
A. Gesetzgebung

Zusammengestellt
von PIA BUSER, MLaw

I. Allgemeines

1. Reformprojekte

a. Allgemeines

Die diesjährige Berichtsperiode ist einerseits charakterisiert durch Stabilisierungsmassnahmen, welche infolge der Währungskrise im Euro-raum kurzfristig notwendig geworden sind, sowie andererseits durch seit Längerem verfolgte Reformprojekte. Zu Ersteren zählen insbesondere das *Massnahmenpaket gegen die Frankenstärke*, dessen primäres Ziel die Stärkung der Exportwirtschaft ist, um dadurch dem Verlust von Arbeitsplätzen entgegenzuwirken sowie die *Fachkräfteinitiative*, mittels welcher durch eine gezielte Rekrutierung von ausländischen Arbeitskräften der Wirtschaft zusätzliche Impulse verschafft werden sollen. Bezeichnend für die Fachkräfteinitiative ist jedoch auch, dass der diesbezügliche Effort nicht allein von der Schweiz ausgeht, sondern vermehrt auch die Schwellenländer wie Indien oder China selbst als Preis für den gewährten Freihandel, welcher nicht zuletzt die Schweizer Exportwirtschaft beflügeln soll, den erleichterten Arbeitsmarktzugang für ihre Spezialisten fordern bzw. vielmehr fordern können. Zu den für das nationale Recht grundlegenden Reformprojekten gehört namentlich die *Vereinheitlichung des Verjährungsrechts*, wodurch auch das Arbeitsrecht, sei es im Hinblick auf die Verjährung von periodischen Forderungen oder in Bezug auf jene bezüglich der Haftung für Personenschäden, Anpassungen unterzogen werden wird. Noch immer in der Gesetzespipeline befinden sich weiter die beiden Reformprojekte hinsichtlich der *variablen Lohnvergütung* sowie zur *Revision des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG)*. Damit sich die Schweiz nicht nur als Wirtschafts-, sondern auch als Forschungs- und Innovationsstandort im internationalen Wettbewerb weiterhin positionieren kann, wird die Totalrevision des *Bundesgesetzes über die Förderung der Forschung und Innovation (FIFG)* weiter vorangetrieben.

b. Massnahmenpaket gegen die Frankenstärke

Zur Abfederung der Wechselkursproblematik stellte der Bundesrat Ende August 2011 parallel zur Intervention der Schweizerischen Nationalbank (SNB), welche die Untergrenze für den Eurowechselkurs bei CHF 1.20 festgesetzt hatte, ein *befristetes Bundesgesetz über Massnahmen zur Abfederung der Frankenstärke und zur Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit*¹ in Aussicht, welches diverse Gesetzesänderungen nach sich

¹ Bundesgesetz vom 30. September 2011 über Massnahmen zur Abfederung der Frankenstärke und zur Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit (AS 2011 4497).

zog.² Zielsetzung dieser ausserordentlichen Konjunkturmassnahme war sowohl die Sicherung von Arbeitsplätzen als auch die langfristige Gewährleistung der Standortattraktivität des Werkplatzes Schweiz.³ Die Verwirklichung dieser Anliegen gliederte sich in zwei gesetzgeberische Etappen, wovon die eine bereits für 2011 Wirkung entfaltete, die andere dagegen erst im Laufe des Jahres 2012 Bedeutung erlangen sollte.⁴ So unterbreitete der Bundesrat dem Parlament zunächst das sog. «Massnahmenpaket 2011», welches Finanzmittel in der Höhe von CHF 870 Mio. zur Intensivierung des Wissens- und Technologietransfers, zur Förderung des Tourismussektors und der Exportindustrie, zur Äufnung der Arbeitslosenversicherung sowie zur Stützung des alpenquerenden kombinierten Verkehrs vorsah.⁵ Die aus arbeitsrechtlicher Sicht interessierende Massnahme der Mittelbereitstellung von rund CHF 500 Mio. – was mehr als der Hälfte der für das erste Massnahmenpaket veranschlagten Kosten entspricht – zur Stützung des Fonds der Arbeitslosenversicherung sollte die Kostensteigerung der Arbeitslosenversicherung infolge einer vermehrten Beanspruchung von Kurzarbeitszeitentschädigungen finanziell auffangen.⁶ Flankierend dazu hat der Bundesrat am 19. Oktober 2011 eine Erhöhung der Höchstdauer zum Bezug der Kurzarbeitsentschädigung festgelegt.⁷

Entgegen anfänglicher Bedenken der Finanzkommission des Nationalrates⁸ gegen die Vorlage des Bundesrates wurde diese unter Vornahme kleinerer Anpassungen im Differenzbereinigungsverfahren sowohl vom Ständerat als auch vom Nationalrat gutgeheissen und konnte Ende September 2011 als dringliches Bundesgesetz im Sinne von Artikel 165 Absatz 1 BV verabschiedet werden.⁹ Das Bundesgesetz trat daraufhin am 1. Oktober

² 11.048 Botschaft vom 31. August 2011 zum Bundesgesetz über Massnahmen zur Abfederung der Frankenstärke und zur Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit sowie zum Bundesbeschluss über den Nachtrag IIa zum Voranschlag 2011 (BBl 2011 6749); vgl. weiter Votum ANITA FETZ zu 11.048 Abfederung der Frankenstärke, Voranschlag 2011, Nachtrag IIa anlässlich der Ständeratssitzung vom 14. September 2011 (AB 2011 S 776).

³ Medienmitteilung des Bundesrates vom 31. August 2011.

⁴ 11.048 Botschaft vom 31. August 2011 zum Bundesgesetz über Massnahmen zur Abfederung der Frankenstärke und zur Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit sowie zum Bundesbeschluss über den Nachtrag IIa zum Voranschlag 2011 (BBl 2011 6749).

⁵ Medienmitteilung des Bundesrates vom 31. August 2011.

⁶ Medienmitteilung des Bundesrates vom 31. August 2011.

⁷ Medienmitteilung des Bundesrates vom 19. Dezember 2011.

⁸ Vgl. Medienmitteilung der Finanzkommission des Nationalrates (FK-N) vom 15. September 2011.

⁹ Vgl. Schlussabstimmung des Ständerates vom 30. September 2011 sowie Schlussabstimmung des Nationalrates vom 30. September 2011 (AB 2011 N 1871); Abstimmung des Ständerates zur Dringlichkeit vom 27. September 2011 sowie Abstimmung des Nationalrates zur Dringlichkeit vom 28. September 2011.

2011 mit Geltung bis zum 30. September 2012 in Kraft.¹⁰ Ergänzend zum «Massnahmenpaket 2011» sollte im Rahmen einer Nachmeldung zum Voranschlag 2012 ein zweites Massnahmenpaket lanciert werden, welches ein weiteres mittel- und längerfristiges finanzielles Impulsprogramm zur Konjunkturförderung für die Bereiche Technologie, Forschung, Innovation, Infrastruktur und Berufsbildung bereithielt.¹¹

Beobachter erachteten jedoch namentlich die Mittelverschiebung von CHF 500 Mio. vom Bundeshaushalt in die Arbeitslosenversicherung sowohl aus ordnungspolitischer als auch aus verfassungsrechtlicher Sicht als kritisch. Auch der Bundesrat hat hinsichtlich dieser Bedenken eingeräumt, dass es sich beim Mitteltransfer um eine weitgehend «pragmatische Problemlösung» aufgrund einer ausserordentlichen Situation handle, weshalb die tatsächliche Inangriffnahme des zweiten Massnahmenpaktes für 2012 in seiner ursprünglich geplanten Form noch nicht so konzis sei, wie dies anlässlich der Botschaft noch zu vermuten war.¹² Es ist nicht auszuschliessen, dass das Massnahmenpaket bedingt durch andere, aller Voraussicht nach effektivere Massnahmen, wie bspw. die Festlegung der Wechselkursuntergrenze im Verhältnis zum Euro, toter Buchstabe bleiben könnte.

c. *Fachkräfteinitiative*

Der auf der Grundlage der bereits im Mai 2011 lancierten *Fachkräfteinitiative* des Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartements (EVD) erschienene Grundlagenbericht «Fachkräfte für die Schweiz»¹³ zeigt auf, wie die Schweiz dem aller Voraussicht nach drohenden Mangel an Fachkräften am geeignetsten begegnen könnte. Fokussiert wird dabei eine umfassende Strategie, welche einerseits auf die Mobilisierung nicht oder ungenügend qualifizierter potentiell Erwerbstätiger und andererseits auf die Erhöhung des Beschäftigungsgrades von Teilzeiterwerbstätigen durch die Schaffung von geeigneten Rahmenbedingungen abzielt.¹⁴ Parallel dazu wird die kontinuierliche Nach- und Höherqualifizierung der aktiven Erwerbstätigen anvisiert, wozu gerade auch die Schaffung des eidgenössischen Weiterbildungsgesetzes (WeBiG)¹⁵ einen wertvollen Beitrag leisten soll. Vermehrt soll zudem die Zuwanderung dahingehend gesteuert werden, dass Fachkräftelücken gedeckt werden können. Die meisten der rund 40 vor-

¹⁰ Bundesgesetz vom 30. September 2011 über Massnahmen zur Abfederung der Frankenstärke und zur Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit (AS 2011 4497).

¹¹ Medienmitteilung des Bundesrates vom 31. August 2011.

¹² NEUE ZÜRCHER ZEITUNG (NZZ) vom 15. September 2011, S. 13.

¹³ Fachkräfte für die Schweiz, Eine Initiative des Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartements vom August 2011.

¹⁴ Medienmitteilung des Eidg. Volkswirtschaftsdepartements (EVD) vom 9. September 2011.

¹⁵ Vgl. infra S. 54 ff.

geschlagenen Massnahmen könnten ohne gesetzliche Anpassungen sofort vorgenommen werden. Der Bericht des EVD wurde als Arbeitsgrundlage gutgeheissen, wobei die Einbindung weiterer Departemente notwendig sein wird.¹⁶

d. *Vereinheitlichung des Verjährungsrechts*

Im Rahmen einer Teilrevision des Obligationenrechts schickte der Bundesrat Ende August 2011 eine Vorlage zur *Vereinheitlichung und Modifikation des Verjährungsrechts* in die Vernehmlassung, deren Frist am 30. November 2011 endete. Vorgesehen ist einerseits die Verlängerung der Verjährungsfristen im Haftpflichtrecht, andererseits wird aus Gründen der Rechtssicherheit eine Vereinheitlichung des gesamten Verjährungsrechtes im Privatrecht angestrebt.¹⁷

Aus arbeitsrechtlicher Perspektive interessieren namentlich die Auswirkungen dieser Revisionsbestrebungen auf die Verjährungsfristen von periodischen Leistungen sowie hinsichtlich jener für die Haftung für Personenschäden.

Das neue Verjährungsrecht ist gekennzeichnet durch die Einführung *doppelter Fristen*. Grundsätzlich soll künftig für sämtliche Forderungen eine relative Frist von drei Jahren, welche vertraglich auf ein Jahr verkürzt bzw. auf zehn Jahre verlängert werden kann, gelten. Diese relative Frist folgt einer subjektiven Anknüpfung, was bedeutet, dass die relative Frist in dem Zeitpunkt zu laufen beginnt, in welchem der Gläubiger sowohl Kenntnis bezüglich der Forderung als auch bezüglich der Person seines Schuldners erlangt hat. Nicht erforderlich ist, dass der Gläubiger die Höhe der Forderung bereits genau beziffern kann.¹⁸ Ergänzt wird diese relative Frist durch eine längere, absolute Frist, welche grundsätzlich nach Ablauf von zehn Jahren die Durchsetzung einer Forderung hemmen soll. Für Personenschäden ist in Abweichung von dieser Bestimmung eine absolute Frist von 30 Jahren vorgesehen (vgl. unten). Diese absolute zehnjährige Frist ist an die Dauer der Aktenaufbewahrungspflicht nach Artikel 962 OR gekoppelt und beginnt unabhängig vom Kenntnisstand des Gläubigers mit Fälligkeit der Forderung zu laufen.¹⁹ Auch die absolute Frist ist grundsätzlich offen gegenüber einer vertraglichen Anpassung: Sie kann auf drei Jahre herunter- bzw. auf 30 Jahre hinaufgesetzt werden. Zu beachten ist allerdings, dass bei einer Verkürzung der Verjährungsfristen im Rahmen von AGB ein restriktiver Massstab anzusetzen sein wird. So sind Verkürzungen

¹⁶ Medienmitteilung des EVD vom 9. September 2011.

¹⁷ Medienmitteilung des Bundesrats vom 31. August 2011.

¹⁸ Bericht des Bundesamtes für Justiz (BJ) zum Vorentwurf Obligationenrecht (Revision des Verjährungsrechts) vom August 2011, S. 23 f., S. 27.

¹⁹ Vgl. ebd., S. 24.

hinsichtlich der Haftung für Personenschäden nach Vorlage des Bundesrates als nichtig zu erachten. Für alle übrigen Schäden gelten die allgemeinen Grundsätze der AGB-Kontrolle, wobei diesbezüglich insbesondere die am 17. Juni 2012 in Kraft gesetzte Neufassung von Artikel 8 UWG in Bezug auf Konsumentenverträge zu beachten ist.²⁰ Ein strenger Massstab für die Zulässigkeit müsste nach der hier vertretenen Auffassung kongruenterweise auch in Bezug auf die Verkürzung von Verjährungsfristen im Rahmen von Allgemeinen Arbeitsbedingungen (ABB) gelten.

Diese im Rahmen der Vorlage entwickelten allgemeinen Verjährungsgrundsätze sind mit Blick auf die Intention der Rechtsvereinheitlichung auch auf *periodische Forderungen* anzuwenden. Damit wird die bisher geltende fünfjährige Verjährungsfrist für Forderungen aus dem Arbeitsverhältnis nach Artikel 128 Ziffer 3 OR hinfällig werden. Dabei ist zu beachten, dass der Verjährungslauf der Gesamtforderung mit der Fälligkeit einer jeden Leistung ausgelöst wird und solange besteht, bis diese erfüllt ist. Sollte eine fällige Teilleistung jedoch während dreier Jahre unbezahlt bleiben, so tritt die Verjährung der Gesamtforderung ein, falls der Gläubiger im Sinne der Erfordernisse an die relative Frist Kenntnis über die Forderung und die Person des Schuldners erlangt hat. In jedem Fall tritt die Verjährung der Gesamtforderung ebenfalls nach zehn Jahren ein.²¹

In Bezug auf die *Haftung für Personenschäden* im Rahmen des Arbeitsverhältnisses haben im Berichtsjahr Fälle von Asbest-Kontaminationen bei Arbeitnehmern für Aufsehen gesorgt. Besonders medienwirksam gestaltete sich der sog. «Eternit-Prozess» im italienischen Turin gegen einen ehemaligen schweizerischen Industriellen, welchem Versäumnisse bei der Arbeitsplatzsicherheit vorgeworfen wurden, aufgrund deren tausende Arbeitnehmer zwischen 1973 und 1986 einer Kontamination mit Asbest ausgesetzt gewesen sein sollen. Das Gericht sah die Schuld des Unternehmers für erwiesen an und verurteilte diesen zusammen mit seinem Geschäftspartner zu Gefängnisstrafen von jeweils 16 Jahren.²² Weiter gab es Mitte Februar 2012 Hinweise darauf, dass es auch bei der SBB zu einer allfälligen Freisetzung von Asbestfasern anlässlich von Umbauarbeiten von Reisezügen gekommen sei, woraufhin die Gewerkschaft des Verkehrspersonals SEV eine lebenslange unverjährbare Betreuung all jener Arbeitnehmenden verlangte, welche möglicherweise durch den Kontakt mit Asbest geschädigt worden sein könnten.²³ Vor diesem Hintergrund widerspiegelt sich die Brisanz der bundesrätlichen Vorlage hinsichtlich der Verjährung von Spätschäden, welche auf diverse Vorstösse seitens des Parla-

²⁰ Vgl. ebd., S. 27.

²¹ Vgl. ebd., S. 25.

²² Vgl. NZZ vom 14. Februar 2012, S. 21 «Schmidheiny zu 16 Jahren Haft verurteilt» sowie NZZ Online vom 6. Juli 2011 «Eternit-Prozess ohne Ende».

²³ Vgl. Tagesanzeiger Online vom 20. Februar 2012 «SBB-Mitarbeiter kommen mit Asbest in Kontakt».

ments zurückzuführen ist,²⁴ gerade auch im Rahmen des Arbeitsverhältnisses.

In Bezug auf die *Haftung für Personenschäden* war bzw. ist nicht primär die grundsätzliche Verjährbarkeit von Personenschäden per se Gegenstand der wissenschaftlichen Debatte, sondern es sind vielmehr sowohl die Dauer als auch die Bestimmung des Zeitpunktes, in welchem die Verjährung zu laufen beginnen soll, umstritten.²⁵

Im Fokus steht dabei vor allem die absolute Frist bei Spätschäden. Mittels Artikel 130 VE-OR soll künftig vermieden werden, dass die absolute Frist bei verzögertem oder schwer erkennbarem Schadeneintritt zur Verjährung führt, bevor der Schaden überhaupt erst für den Gläubiger bzw. regelmässig die geschädigte Person erkennbar ist. Aus diesem Grund schlägt die Vorlage zwar auch in diesem Zusammenhang die Berechnung der absoluten Frist ab Fälligkeit der Forderung, welche bei Schadenersatz- bzw. Genugtuungsforderungen im Zeitpunkt der schädigenden Handlung liegen soll, vor, doch verlängert sie die Frist auf 30 Jahre, um so den u.U. langen Latenzperioden bei Gesundheitsschädigungen oder Körperverletzungen Rechnung zu tragen.²⁶ PORTMANN/STREULI-NIKOLIĆ argumentieren diesbezüglich im Rahmen ihrer Kritik an der bundesgerichtlichen Rechtsprechung²⁷, im Zuge welcher ebenfalls der Beginn des Fristenlaufs im Zeitpunkt der schädigenden Handlung festgesetzt worden ist, dass die Verjährung einer Forderung, welche der Gläubiger objektiv nicht kennen kann, wie dies namentlich bei Gesundheitsschädigungen mit langer Latenzzeit der Fall sein kann, weder «vom Ergebnis her noch unter dem Aspekt der Dogmatik» überzeugen könne. Denn nur eine «entstandene bzw. bestehende Forderung» könne fällig werden.²⁸ M.a.W. müsse eine feststellbare Gesundheitsschädigung vorliegen, damit ein schätzbarer Schaden bestehe, welcher die Schadenersatzforderung auslöse, die dann wiederum den Zeitpunkt der Fälligkeit und somit letztlich die Verjährung determinie-

²⁴ 06.404 (Parlamentarische Initiative), Verjährungsfristen im Haftpflichtrecht, HEIM BEA, eingereicht am 15. März 2006; 06.473 (Parlamentarische Initiative), Asbestopfer. Schliessen der Lücken in der heutigen Gesetzgebung, LEUTENEGGER FILIPPO, eingereicht am 6. Oktober 2006; 07.3763 (Motion), Verjährungsfristen im Haftpflichtrecht, Kommission für Rechtsfragen NR (06.404), eingereicht am 11. Oktober 2007.

²⁵ Vgl. dazu m.w.H. PORTMANN/STREULI-NIKOLIĆ, Zur Verjährung von Forderungen aus positiver Vertragsverletzung im Fall von Spätschäden – Ein Problem insbesondere auch des Arbeitsvertragsrechts, in: ArbR 2011, S. 13–38.

²⁶ Bericht des BJ zum Vorentwurf Obligationenrecht (Revision des Verjährungsrechts) vom August 2011, S. 25 f.

²⁷ Vgl. BGE 106 II 134, BGE 117 III 16 sowie BGE 136 II 187.

²⁸ PORTMANN/STREULI-NIKOLIĆ, Zur Verjährung von Forderungen aus positiver Vertragsverletzung im Fall von Spätschäden – Ein Problem insbesondere auch des Arbeitsvertragsrechts, in: ArbR 2011, S. 18 f.

re.²⁹ Diese Argumentation überzeugt. Dennoch folgt die bundesrätliche Vorlage der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichts, welche die Fälligkeit im Zeitpunkt der schädigenden Handlung festsetzt, wodurch es fraglich erscheint, ob die Haftung des Arbeitgebers gegenüber seinen Arbeitnehmern für gesundheitliche Spätschäden effektiv durchdringen wird. Allerdings gilt es trotz der Systemwidrigkeit, welche in der Annahme eines Fristenlaufs vor Bekanntwerden der eigentlichen Forderung liegt, zu bedenken, dass eine 30-jährige Frist doch eine relativ lange Zeitspanne ist, in welcher sich ein fehlbarer Arbeitgeber gegen potentielle Schadenersatzklagen bereithalten muss.

Als *Variante* zur Unterscheidung zwischen Personenschäden und den übrigen Schäden sieht der Bundesrat eine weitere Revisionsmöglichkeit darin, eine einheitliche, absolute Verjährungsfrist von 20 Jahren für sämtliche privatrechtliche Forderungen vorzusehen. Sollte im Rahmen der Vernehmlassung diese zweite Variante auf Zustimmung stossen, so wären auch die de lege lata spezialgesetzlichen absoluten Verjährungsfristen von 30 Jahren (so bspw. Artikel 32 Absatz 1 GTG) auf 20 Jahre zu verkürzen.³⁰

e. *Variable Lohnvergütungen*

aa. Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts

Wie bereits in der Vorjahresberichterstattung thematisiert,³¹ wird gegenwärtig das Unternehmensrecht im Zuge einer *Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts*³² einer umfassenden Modernisierung und Anpassung an wirtschaftliche Bedürfnisse unterzogen, wozu namentlich auch die Begrenzung von Entschädigungsleistungen bzw. Lohnbestandteilen an obere Kadermitarbeiter bei börsenkotierten Gesellschaften zählt.³³ Zugleich stellen diese Revisionsbemühungen den indirekten Gegenvorschlag

²⁹ PORTMANN/STREULI-NIKOLIĆ, Zur Verjährung von Forderungen aus positiver Vertragsverletzung im Fall von Spätschäden – Ein Problem insbesondere auch des Arbeitsvertragsrechts, in: ArbR 2011, S. 21.

³⁰ Bericht des BJ zum Vorentwurf Obligationenrecht (Revision des Verjährungsrechts) vom August 2011, S. 26.

³¹ Vgl. Vorjahresbericht JAR 2011, S. 7 ff.

³² Änderung vom 16. März 2012 zum Obligationenrecht (Vergütungen bei börsenkotierten Gesellschaften sowie weiteren Änderungen im Aktienrecht), Vorlage der Redaktionskommission für die Schlussabstimmung, zuletzt eingesehen am 30. Juni 2012 unter: www.parlament.ch/sites/doc/CuriaFolgeSeite/2010/20100443/Schlussabstimmungstext%201%20NS%20D.pdf

³³ Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts, BJ, Stand am 30. Juni 2012, eingesehen unter: www.ejpd.admin.ch/content/ejpd/de/home/themen/wirtschaft/ref_gesetzgebung/ref_aktienrechtsrevision.html

zur Volksinitiative «gegen die Abzockerei»³⁴ dar. Dieser indirekte Gegen-
vorschlag soll nach Massgabe des Bundesrates in Kraft treten (sofern da-
gegen nicht vorgängig das fakultative Referendum ergriffen wird), falls die
Volksinitiative «gegen die Abzockerei» zurückgezogen oder abgelehnt
wird bzw. in der Stichfrage dem direkten Gegenvorschlag unterliegt.³⁵ Ge-
rade deshalb hat sich eine starke Minderheit im Parlament zur Stärkung des
indirekten Gegenvorschlages dafür ausgesprochen, die Initiative Volk und
Ständen ohne direkten Gegenvorschlag zur Ablehnung zu empfehlen.³⁶

Besonders umstritten zwischen Stände- und Nationalrat war der *indi-
rekte Gegenvorschlag* hinsichtlich des Aspekts der Sonderzahlungen, wes-
halb am 15. März 2012 eine Einigungskonferenz zur Beseitigung der ver-
bliebenen Differenzen einberufen werden musste. Anlässlich derer wurde
weitgehend dem Beschluss des Ständerates zugestimmt.³⁷ Namentlich ist
neu im Sinne der Initiative in den Artikeln 731c ff. E-OR vorgesehen, die
unternehmerische Vergütungspolitik mittels eines sog. «Vergütungsregle-
ments» dem Einflussbereich der Aktionäre zu unterstellen (Artikel 731d
Absatz 2 Ziffer 1–8 E-OR), damit diese die in der Praxis häufig problema-
tischen Vergütungsformen wie Boni bzw. das Bonus-Malus-System mittels
Genehmigung bzw. Ablehnung eines entsprechenden Reglements be-
einflussen können. Dadurch soll Transparenz bei der Vergütungspolitik
geschaffen werden, ohne gleichzeitig die unternehmerische Freiheit einzu-
schränken.³⁸ Weiter hat der Verwaltungsrat neu einen schriftlichen Vergü-
tungsbericht zu erstellen, in welchem er Rechenschaft über die Einhaltung
von gesetzlichen, reglementarischen und ggf. statuarischen Bestimmungen
abgeben muss.³⁹ Hinsichtlich der Stärkung der Aktionärsrechte hält sich
der indirekte Gegenvorschlag damit stark an die Begehren der Initianten.
Allerdings sollen die Aktionäre mittels Statuten selbst darüber entscheiden
können, ob der Abstimmung über Lohnfragen bindende oder lediglich kon-

³⁴ Eidgenössische Volksinitiative «gegen die Abzockerei» (BBl 2008 2577).

³⁵ Vgl. Änderung vom 16. März 2012 zum Obligationenrecht (Vergütungen bei bör-
sennotierten Gesellschaften sowie weiteren Änderungen im Aktienrecht), Vorlage
der Redaktionskommission für die Schlussabstimmung, zuletzt eingesehen am
30. Juni 2012 unter: [www.parlament.ch/sites/doc/CuriaFolgeseite/2010/20100443/
Schlussabstimmungstext%201%20NS%20D.pdf](http://www.parlament.ch/sites/doc/CuriaFolgeseite/2010/20100443/Schlussabstimmungstext%201%20NS%20D.pdf) sowie Jurius, Managerlöhne: Ak-
tionäre erhalten mehr Rechte, in: Jusletter vom 19. März 2012 Rz. 13.

³⁶ Vgl. ebd. sowie Medienmitteilung der Kommission für Rechtsfragen des National-
rats (RK-N) vom 2. Februar 2012.

³⁷ Votum MARKWALDER zu 10.443 Parlamentarische Initiative RK-S. Indirekter Ge-
genentwurf zur Volksinitiative «gegen die Abzockerei», Differenzen, Nationalrat,
Frühjahrssession 2012, 15. Sitzung, 15. März 2012.

³⁸ Votum JANIÄK, 10.443 Parlamentarische Initiative RK-S. Indirekter Gegenvor-
schlag zur Volksinitiative «gegen die Abzockerei», Differenzen, Ständerat, Früh-
jahrssession 2012, 4. Sitzung, 5. März 2012 (AB 2012 S 62).

³⁹ Vgl. Art. 731e E-OR.

sultative Wirkung zukommen soll.⁴⁰ Zudem erlaubt der indirekte Gegenvorschlag auch weiterhin in Ausnahmefällen die Entrichtung von Abgangsentschädigungen (Artikel 7311 E-OR), sofern diese im Interesse der Gesellschaft liegen, wogegen die Initiative solche «goldene Fallschirme» gänzlich verbieten will.⁴¹ Hintergrund dieser Beibehaltung ist, dass die Auflösung eines Arbeitsverhältnisses mit sofortiger Wirkung auch weiterhin möglich bleiben müsse, weshalb die Entrichtung von Abgangsentschädigungen u.U. notwendig sei.⁴² Im Gegensatz zur Initiative enthält der Gegenvorschlag sodann keine Bestimmung, welche dem Verwaltungsrat oder der Geschäftsleitung den Abschluss eines Arbeitsvertrages mit einer anderen Gesellschaft der Gruppe untersagen würde. Die Initiative strebt demgegenüber ein Verbot solcher Arbeitsverhältnisse an, um zu verhindern, dass zusätzliche Vergütungen fliessen.⁴³

Wann die *Volksinitiative «gegen die Abzockerei»* zur Abstimmung gebracht wird, ist gegenwärtig noch unklar, da sie noch beim Parlament liegt.⁴⁴ Der Inhalt des gleichzeitig mit grosser Wahrscheinlichkeit vorgelegten *direkten Gegenvorschlags* ist jedoch bereits bekannt. Der direkte Gegenvorschlag will mit fiskalischen Mitteln gegen sehr hohe Vergütungen ankämpfen. So sollen all jene Vergütungen an eine Person, welche den Betrag von CHF 3 Mio. übersteigen, nicht mehr zum geschäftsmässig begründeten Aufwand gezahlt werden können, sondern wären zu versteuern.⁴⁵ Da der Bestand des indirekten Gegenvorschlags unmittelbar von der Ablehnung der Volksinitiative abhängt, bleibt der Ausgang der Abstimmung abzuwarten.

⁴⁰ Notiz des Sekretariates der Kommission für Rechtsfragen vom 7. März 2012, Vergleich Volksinitiative «gegen die Abzockerei» – indirekter Gegenvorschlag (Geschäft Nr. 10.443; Stand gemäss Beschluss Nationalrat vom 6. März 2012) sowie Jurius, Managerlöhne: Aktionäre erhalten mehr Rechte, in: Jusletter vom 19. März 2012 RN. 2 und 4.

⁴¹ Notiz des Sekretariates der Kommission für Rechtsfragen vom 7. März 2012, Vergleich Volksinitiative «gegen die Abzockerei» – indirekter Gegenvorschlag (Geschäft Nr. 10.443; Stand gemäss Beschluss Nationalrat vom 6. März 2012).

⁴² Vgl. Jurius, Managerlöhne: Aktionäre erhalten mehr Rechte, in: Jusletter vom 19. März 2012 RN. 7.

⁴³ Vgl. Jurius, Managerlöhne: Aktionäre erhalten mehr Rechte, in: Jusletter vom 19. März 2012 RN. 11.

⁴⁴ Vgl. beim Parlament hängige Volksinitiativen, Bundeskanzlei, zuletzt eingesehen am 30. Juni 2012 unter: www.admin.ch/ch/d/pore/vi/vis348.html

⁴⁵ Medienmitteilung RK-N vom 12. Februar 2012.

bb. Revision des Bankengesetzes (BankG) im Rahmen der «Too big to fail»-Problematik

Am 1. März 2012 hat der Bundesrat die vom Parlament am 30. September 2011 verabschiedete *Änderung des Bankengesetzes (BankG)* zur Regelung der «Too big to fail»-Problematik in Kraft gesetzt.⁴⁶ Hintergrund der Revision ist eine Regulierung der impliziten Staatsgarantie für all jene Finanzinstitute, deren Schieflage aufgrund ihrer Bedeutung für die Volkswirtschaft das Funktionieren des gesamten schweizerischen Finanzsystems in signifikanter Weise bedrohen könnte.⁴⁷ Infolge der Änderung sind neu alle systemrelevanten Banken verpflichtet, bis ins Jahr 2018 höhere Eigenmittel aufzubauen sowie sich an strengere Liquiditätsvorschriften zu halten bzw. ihre Risiken besser zu verteilen.⁴⁸ Als systemrelevant gelten dabei gemäss Legaldefinition von Artikel 7 Absatz 1 BankG sämtliche Banken, Finanzgruppen und bankdominierte Finanzkonglomerate, deren Ausfall die schweizerische Volkswirtschaft und das schweizerische Finanzsystem erheblich schädigen würde. Systemrelevanz liegt demnach vor, wenn die entsprechenden Funktionen für die Volkswirtschaft unverzichtbar und nicht kurzfristig substituierbar sind.⁴⁹

Aus arbeitsrechtlicher Perspektive interessieren vor allem die Neuerungen hinsichtlich der *Zulässigkeit von variablen Lohnvergütungen*. Neu verfügt der Bundesrat über die Kompetenz, in Fällen, in denen einer systemrelevanten Bank oder ihrer Konzernobergesellschaft direkt oder indirekt staatliche Bundesmittel gewährt werden müssen, für die Dauer der beanspruchten Unterstützung Massnahmen im Bereich der Vergütungen anzuordnen. Namentlich kann er die Auszahlung von variablen Vergütungen ganz oder teilweise unterbinden oder aber Anpassungen des Vergütungssystems anordnen. Zur Durchsetzung dieser Massnahmen im Individualarbeitsrecht sind die systemrelevanten Banken verpflichtet, einen verbindlichen Vorbehalt in ihren Vergütungssystemen anzubringen, welcher vorsieht, dass im Falle der Notwendigkeit staatlicher Unterstützung der Anspruch auf variable Vergütung beschränkt werden kann.⁵⁰ Aus verfassungsrechtlicher Sicht handelt es sich dabei um eine Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit gemäss Artikel 27 BV, die den Anforderungen von Artikel 36 BV genügen muss. Da der Eingriff in die privatrechtliche Vergütungspolitik nur im Krisenfall stattfindet, wenn der Bund mit Bundesmit-

⁴⁶ Änderung vom 30. September 2012 des Bundesgesetzes über die Banken und Sparkassen (Bankengesetz, BankG), Stärkung der Stabilität im Finanzsektor; too big to fail (AS 2012 811).

⁴⁷ 11.028 Botschaft vom 20. April 2011 zur Änderung des Bankengesetzes (Stärkung der Stabilität im Finanzsektor; too big to fail) BBl 2011 4717, S. 4718.

⁴⁸ Medienmitteilung des Bundesrates vom 15. Februar 2012.

⁴⁹ Art. 8 Abs. 1 BankG.

⁵⁰ Art. 10a Abs. 1–3 BankG.

teln finanzielle Unterstützung zusichern muss und dieser zudem die Erfordernisse des Einzelfalles zu berücksichtigen hat, liegt die auf Gesetzesstufe verankerte Bestimmung nicht nur im öffentlichen Interesse, sondern muss auch als verhältnismässig angesehen werden, sofern die Gleichbehandlung der direkt konkurrierenden Marktteilnehmer garantiert ist.⁵¹ Mit dieser Regelung soll eine Sensibilisierung der potentiellen Vergütungsempfänger erreicht werden, indem Vergütungen für die Inkaufnahme überhöhter Risiken, welche sich zwar individuell lohnen, jedoch für die Bank schädlich sind, im Krisenfall nicht ausbezahlt werden.⁵² M.a.W. soll das sog. «Moral Hazard-Problem» entschärft werden.⁵³ Ebenso besteht die Hoffnung, dass auch nicht systemrelevante Finanzinstitute aufgrund des öffentlichen und politischen Drucks eine Anpassung ihrer variablen Vergütungen für den Krisenfall vornehmen.⁵⁴ Trotz dieser Verankerung der Eingriffskompetenz des Bundesrates bei exzessiven Vergütungspraktiken, welche zum unternehmerischen Ruin führen können, wurde im Rahmen der parlamentarischen Beratungen auf das Vorhaben der Koppelung von fester und variabler Vergütung, wonach die Höhe der variablen Vergütung maximal die Hälfte der festen Vergütung hätte betragen dürfen, verzichtet.⁵⁵

f. Teilrevision des Gesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs

Für punktuelle Verbesserungen im Sanierungsrecht soll eine *Teilrevision des Gesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG)* nach US-amerikanischem Vorbild des sog. «Chapter 11» sorgen. Die Bestrebungen um die Beseitigung der bestehenden Schwachstellen des SchKG sind seit dem Grounding der Swissair im Jahre 2001 im Gange. Im September 2011 hat der Bundesrat basierend auf dem Vorschlag der Expertenkommission eine entsprechende Botschaft zuhanden des Parlaments vorgelegt, seither ist das Vorhaben in den Räten hängig.⁵⁶ Während die Kommission des Nationalrates entgegen ihrer ursprünglichen Intention Ende Juni 2011 ihrem Rat einen Nichteintretensentscheid auf die Vorlage beantragt hatte,⁵⁷ welchem dieser als Erstrat Ende September 2011 Folge geleistet hatte,⁵⁸

⁵¹ 11.028 Botschaft vom 20. April 2011 zur Änderung des Bankgesetzes (Stärkung der Stabilität im Finanzsektor; too big to fail) BBl 2011 4717, S. 4803 f.

⁵² Vgl. ebd., S. 4797.

⁵³ Vgl. ebd., S. 4803.

⁵⁴ Vgl. ebd., S. 4797.

⁵⁵ Medienmitteilung vom 31. August 2011 der Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Nationalrates (WAK-N).

⁵⁶ LORANDI, FRANCO/STAEHELIN, DANIEL/WÜTHRICH, KARL, Beim Sanierungsrecht sind Verbesserungen nötig, in: NZZ vom 20. September 2011, S. 23.

⁵⁷ Vgl. ebd.

⁵⁸ 10.077 Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz. Sanierungsrecht, Nationalrat Herbstsession, 16. Sitzung, Abstimmung vom 29. September 2011 (AB 2011 N 1818).

hielt die Kommission für Rechtsfragen des Ständerates an der Notwendigkeit einer Revision des Sanierungsrechtes weiterhin fest.⁵⁹ Der Ständerat erhielt daraufhin in der Sommersession 2012 Gelegenheit, sich zur Vorlage zu äussern.⁶⁰

Inhaltlich setzt die kontrovers aufgefasste Vorlage im Hinblick auf die Interessen der Arbeitnehmenden im Sanierungsfall u.a. bei der Frage nach dem Schicksal von Arbeitsverhältnissen, welche anlässlich eines *Betriebsüberganges* im Rahmen eines Insolvenzverfahrens auf dem Spiel stehen, sowie bei der Diskussion um eine *allgemeine Sozialplanpflicht* an.⁶¹ Der in diesem Zusammenhang vorgebrachte Vorschlag, im Insolvenzfall aus Gründen einer optimalen Sanierung gerade keine Pflicht zur Übernahme der Belegschaft im Rahmen von Artikel 333 Absatz 1 OR vorzusehen, sorgte bei den Gewerkschaften und diesen nahestehenden Parteien für Unmut.⁶² Daran konnte auch die geplante Einführung einer allgemeinen Sozialplanpflicht zur Abfederung der auf den ersten Blick suboptimalen Konsequenzen für die Arbeitnehmerschaft wenig ändern. Dieser von den erwähnten Kreisen als mangelhaft qualifizierte Arbeitnehmerschutz war denn auch der ausschlaggebende Punkt für das Scheitern der gesamten Vorlage im Nationalrat.⁶³ Die Rechtskommission des Ständerates beantragte demgegenüber die Annahme des bundesrätlichen Kompromissvorschlags, wonach im Falle der vorübergehenden Stundung (also wenn die Sanierung des Unternehmens ohne Nachlassvertrag angestrebt wird) an der Sozialplanpflicht festgehalten wird, jedoch keine allgemeine Übernahmepflicht für den Erwerber besteht. Lediglich eine Kommissionsminderheit wollte auch an der automatischen Übernahme der Arbeitsverträge festhalten.⁶⁴ Diesem Antrag folgte schliesslich auch der Ständerat.⁶⁵ Hintergrund dieses Entscheids bildete die Überzeugung, dass gerade unter Beibehaltung der schweizerischen Tradition eines flexiblen Kündigungsschutzes auch für den Fall des insolvenzbedingten Betriebsüberganges im Ergebnis mehr Ar-

⁵⁹ Medienmitteilung der RK-S vom 24. Januar 2012.

⁶⁰ Vgl. Wortprotokolle zu 10.077 Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz. Sanierungsrecht, Ständerat Sommersession, 4. Sitzung, 31. Mai 2012 (AB 2012 S 352).

⁶¹ Vgl. Vorjahresbericht JAR 2011, S. 10 ff.

⁶² Votum PARDINI, CORRADO, 10.077 Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz. Sanierungsrecht, Nationalrat Herbstsession, 12. Sitzung, 27. September 2011 (AB 2011 N 1701) sowie Medienmitteilung des Schweizerischen Gewerkschaftsbunds (SGB) vom 3. Oktober 2011.

⁶³ Vgl. Wortprotokolle zu 10.077 Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz. Sanierungsrecht, Nationalrat Herbstsession, 12. Sitzung, 27. September 2011 (AB 2011 N 1700 ff.) sowie 16. Sitzung, 29. September 2011 (AB 2011 N 1817 f.).

⁶⁴ Medienmitteilung der RK-S vom 22. Mai 2012.

⁶⁵ Vgl. Wortprotokolle zu 10.077 Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz. Sanierungsrecht, Ständerat Sommersession, 4. Sitzung, 31. Mai 2012 (AB 2012 S 357).

beitsplätze gesichert werden könnten als durch (zu) restriktive Arbeitnehmerschutzvorschriften.⁶⁶

g. *Totalrevision des Bundesgesetzes über die Förderung der Forschung und Innovation*

Nach diversen Vorarbeiten⁶⁷ konnte der Bundesrat schliesslich Anfang November 2011 die Botschaft sowie den Entwurf zur Totalrevision des *Bundesgesetzes über die Förderung der Forschung und Innovation (FIFG)* zuhanden des Parlaments verabschieden.⁶⁸ Auch im Rahmen der Neufassung soll der Charakter des aus dem Jahre 1983 stammenden FIFG als solides Rahmengesetz zur Forschungs- und Innovationsförderung beibehalten werden. Allerdings erfolgt eine Akzentuierung hinsichtlich der Positionierung, welche im Hinblick auf die stärkere internationale Konkurrenz notwendig geworden ist. So finden namentlich die Präzisierung von Aufgaben und Zuständigkeiten der im FIFG verankerten Förderorgane (Schweizerischer Nationalfonds, Kommission für Technologie und Innovation), die Klärung von Aufgaben und Verfahren im Bereich der internationalen wissenschaftlichen Zusammenarbeit, verschiedene Klärungen und Präzisierungen bezüglich der Ressortforschung des Bundes sowie die Vereinfachung und erhöhte Effizienz der Planungsverfahren vermehrte Berücksichtigung. Weiter wird die Grundlage geschaffen, um den Betrieb eines nationalen Innovationsparks, welcher gemeinsam von staatlichen und privatwirtschaftlichen Kreisen realisiert werden könnte, zu unterstützen.⁶⁹

Der Nationalrat erhielt Mitte März 2012 als Erstrat die Gelegenheit, zur bundesrätlichen Vorlage Stellung zu beziehen. Für Diskussionsstoff sorgten insbesondere das Verhältnis der Förderung der Grundlagenforschung zu jener der Innovationsförderung sowie die Förderung der kommerziellen Forschung.⁷⁰ Gleichwohl wurde der Vorschlag des Bundesrates in Übereinstimmung mit dem Antrag der Kommission weitgehend unverändert übernommen.⁷¹

⁶⁶ Vgl. ebd.

⁶⁷ Vgl. Vorjahresberichte in JAR 2011, S. 14 sowie JAR 2010, S. 11 f.

⁶⁸ Medienmitteilung des Bundesrates und des Staatssekretariats für Bildung und Forschung (SBF) vom 9. November 2011.

⁶⁹ Vgl. ebd.

⁷⁰ Vgl. Wortprotokoll zu 11.069 Forschungs- und Innovationsförderungsgesetz. Totalrevision, Nationalrat Frühlingssession, 14. Sitzung, 14. März 2012 (AB 2012 N 444 ff.).

⁷¹ 11.069 Forschungs- und Innovationsförderungsgesetz. Totalrevision, Nationalrat Frühlingssession, 12. Sitzung, 13. März 2012 (AB 2012 N 400 ff.) sowie 14. Sitzung, 14. März 2012 (AB 2012 N 447 ff.).

2. Initiativen

a. *Volksinitiativen (Zustandekommen)*

Volksinitiative «Familieninitiative: Steuerabzüge auch für Eltern, die ihre Kinder selber betreuen» (BBl 2011 6671)

Volksinitiative «1:12 – Für gerechte Löhne» (BBl 2011 3725)

Volksinitiative «Stipendieninitiative» (BBl 2012 2437)

Volksinitiative «Für den Schutz fairer Löhne (Mindestlohn-Initiative)» (BBl 2012 3069)

Volksinitiative «Gegen Masseneinwanderung» (BBl 2012 3869)

b. *Standesinitiativen*

Kanton Waadt: Petition des Verbands Schweizerischer Polizeibeamter (11.312)

Kanton St. Gallen: Abschaffung der Ehestrafe bei den AHV-Renten (11.313)

Kanton Wallis: Schaffung einer Versicherung gegen Währungsschwankungen zur Unterstützung der Wirtschaft (11.319)

Kanton Waadt: Freihandelsabkommen im Agrar- und Lebensmittelbereich. Verhandlungsabbruch (12.300)

c. *Parlamentarische Initiativen*

Kommission für Wirtschaft und Abgaben NR: AVIG. Rahmenfrist und Mindestbeitragszeit für über 55-Jährige (11.467)

Maire: Beschränkung der Transportkosten für Lernende (11.471)

Sozialdemokratische Fraktion: Risikoausgleich (11.473)

Schenker: Erhöhung der Altersgrenze für Ausbildungszulagen (11.481)

Markwalder: Teilzeitbeschäftigte. BVG-Leistungen statt Sozialhilfe (11.482)

Poggia: KVG. Vom System des Tiers garant zum System des Tiers payant (11.492)

Maury Pasquier: Kostenbeteiligung bei Mutterschaft. Gleichbehandlung (11.494)

Reynard: Eine Woche mehr Ferien für alle (12.407)

Jenny: Mehr Gewicht für nichtorganisierte Arbeitnehmer bei der Allgemeinverbindlicherklärung eines GAV (12.408)

Lohr: Entschädigung von Hilfeleistungen von Angehörigen im Rahmen des Assistenzbeitrags (12.409)

Reynard: Schluss mit der Erhöhung der Studiengebühren (12.412)

Bortoluzzi: Herauslösung der technischen Parameter aus dem BVG (12.414)

3. Motionen und Postulate (Übersicht)

In der Berichtsperiode überwiesene Motionen (Mo) und Postulate (Po):

a. Arbeit und Bildung

Heim: Zum Schutz des Patienten- und Arztgeheimnisses (11.3785 Mo)

Wehrli: Titelschutz (11.3788 Po)

Janiak: Anerkennung des Kantons Basel-Landschaft als Universitätskanton (11.3798 Mo)

FDP-Liberale Fraktion: Erhöhung der Fremdbetreuungsabzüge auf 24 000 Franken (11.3801 Mo)

Zisyadis: Swissmetall. Dringliche Massnahmen des Bundes (11.3820 Mo)

Pardini: Bundesaufträge an Schweizer Firmen, die den Gesamtarbeitsvertrag respektieren (11.3853 Mo)

Fehr: Frankenstärke. Unterstützung für grenznahe Gewerbe (11.3855 Mo)

Müller: Anrufung der Ventilklausel für Personen mit B-Bewilligungen aus Staaten der EU-8 (11.3867 Mo)

Schmid-Federer: Förderung der Telearbeit durch steuerliche Anreize (11.3882 Mo)

Fraktion CVP/EVP/glp: Genügend Ärzte ausbilden (11.3887 Mo)

Fraktion CVP/EVP/glp: Umschulungsmöglichkeiten und Zweitausbildungen für Pflegepersonal fördern und unterstützen (11.3889 Mo)

Cassis: Freie Berufe. Stellenwert in der Volkswirtschaft? (11.3899 Po)

Barthassat: Koordinierter Plan zum Schutz aller Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer vor Lohndumping (11.3908 Mo)

Bischofberger: Weiterbildungsmaster der Fachhochschulen. Beibehaltung von Anerkennung und Titelschutz (11.3921 Mo)

Fetz: Personelle Konsequenzen bei Banken nach ausserordentlichen staatlichen Interventionen zum Schutz der betroffenen Bank (11.3922 Mo)

Forster-Vannini: Arbeitsplätze sichern dank weltweit führendem Forschungs-, Entwicklungs- und Produktionsstandort für medizinische Produkte (11.3923 Mo)

Schwaller: Genügend Ärzte ausbilden (11.3930 Mo)

Von Siebenthal: Verzicht auf Nachqualifikation von Gymnasial- und Berufsschullehrkräften (11.3971 Mo)

Barthassat: Wirtschaftszonen und Wirtschaftsförderung grenzübergreifend gestalten (11.3972 Mo)

Malama: Entbürokratisierung der Kinderbetreuung (11.3982 Po)

Reimann: Freiheit stärken, Recht an den eigenen Daten sichern (11.3990 Mo)

Sozialdemokratische Fraktion: Fonds zum Erhalt der exportorientierten Arbeitsplätze (11.3992 Mo)

Favre: Grenzgängerinnen und Grenzgänger und starker Franken. Folgen und Begleitmassnahmen (11.3999 Po)

Schenker: Work and Care. Analyse und Massnahmenplan (11.4001 Po)

Müri: Förderung leistungsstarker Jugendlicher in der Berufsbildung (11.4007 Po)

Kaufmann: Pauschaler Abzug pro beschäftigte Person vom steuerbaren Einkommen für in der Schweiz tätige Unternehmen (11.4016 Mo)

Fehr: Versorgungsbericht Gesundheitsberufe (11.4019 Po)

Pfister: Intereuropäische Vereinbarung zur Finanzierung von Studienplätzen ausländischer Studierender (11.4024 Po)

Pfister: Einwanderung reduzieren dank Aus- und Weiterbildung (11.4026 Po)

FDP-Liberale Fraktion: Beseitigung bürokratischer Hürden für den Bau und Betrieb von Kindertagesstätten (11.4028 Mo)

Zanetti: Fonds zum Erhalt der exportorientierten Arbeitsplätze (11.4032 Mo)

Kommission für Wissenschaft, Bildung und Kultur SR: Hochschulbildungsangebot in rätomanischer Sprach- und Literaturwissenschaft (11.4036 Mo)

Finanzkommission SR (11.041): Vorlage 11.048. Übertragung der Kredite für den ETH- und KTI-Bereich ins Jahr 2012 (11.4039 Mo)

Kommission für Wirtschaft und Abgaben NR (10.502): Stopp dem Lohn-dumping und dem Missbrauch bei Unteraufträgen (11.4040 Mo)

Kommission für Wirtschaft und Abgaben-SR (11.435): Beschleunigung der Anpassung der flankierenden Massnahmen zur Personenfreizügigkeit (11.4048 Mo)

Finanzkommission NR (11.041): Lohnentwicklung im Bundespersonalrecht (11.4049 Mo)

Geschäftsprüfungskommission NR: Flankierende Massnahmen zur Personenfreizügigkeit. Prüfung einer gesetzlichen Lösung zwecks Behebung gewisser Rechtsmängel in diesem Bereich (11.4055 Po)

Buttet: Versorgung von Randregionen sichern (11.4086 Mo)

Fehr: Aus- und Weiterbildung für Medienschaffende verbessern (11.4102 Po)

Schneider-Schneiter: Stärkung des Bildungssystems in den Bereichen Mathematik, Informatik, Naturwissenschaft und Technik (11.4104 Mo)

Streff-Feller: Anwendung des Arbeitsgesetzes im Spital (11.4125 Mo)

Gutzwiller: Kommission für Technologie und Innovation. Nachhaltige Fördertätigkeit (11.4136 Mo)

Hiltpold: Den jungen Leuten den Zugang zu Berufspraktika erleichtern (11.4153 Mo)

Noser: Erhöhung der jährlichen Kredite für die BFI-Botschaft 2013–2016 (11.4182 Mo)

Kommission für Wissenschaft, Bildung und Kultur NR (11.069): Finanzierungsbeschluss für die Kommission für Technologie und Innovation (12.3005 Mo)

Kommission für Wissenschaft, Bildung und Kultur SR (11.069): Finanzierungsbeschluss für die Kommission für Technologie und Innovation (12.310 Mo)

Kommission für Wissenschaft, Bildung und Kultur NR (11.3921): Titelschutz formaler Bildungsgänge inklusive Weiterbildungsmaster an der FH (12.3019 Po)

Aeschi: Strategie betreffend EU-Regulierungsvorhaben MiFID II/MiFIR, EMIR und AIFMD (12.3099 Po)

Chopard-Acklin: Bekämpfung der grenzüberschreitenden Schwarzarbeit (12.3101 Mo)

Aeschi: Transparenz über die tatsächlichen Studienkosten (12.3118 Mo)

Wasserfallen: Flexibilisierung der Ladenöffnungszeiten auf nationaler Ebene (12.3155 Mo)

Amaudruz: Keine einseitige Personenfreizügigkeit (12.3158 Mo)

Meier-Schatz: Rechtliche Folgen der zunehmenden Flexibilisierung des Arbeitsplatzes (12.3166 Po)

FDP-Liberale Fraktion: Organisatorische und finanzielle Gleichstellung von KTI und SNF (12.3186 Mo)

Rossini: Auslaufen des Zulassungsstopps für Ärztinnen und Ärzte. Evaluation der Folgen (12.3218 Po)

Gschwind: Einheitliche Quellenbesteuerung von Grenzgängerinnen und Grenzgängern in der Schweiz (12.3225 Mo)

Schmid-Federer: Rechtliche Rahmenbedingungen für Pendelmigration zur Alterspflege (12.3266 Po)

Wermuth: Gleiche Ferien für alle Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer im gleichen Unternehmen (12.3271 Mo)

Cramer: Genügend Praktikumsplätze für angehende Ärztinnen und Ärzte (12.3320 Mo)

Kommission für Wissenschaft, Bildung und Kultur SR (12.033): Massnahmen zur Förderung des wissenschaftlichen Nachwuchses in der Schweiz (12.3343 Po)

Vogler: Erlass eines umfassenden Anwaltsgesetzes (12.3372 Mo)

Bulliard-Marbach: Hausärztemangel (12.3398 Mo)

Häberli-Koller: Höhere Fachschulen. Sicherung der eidgenössischen Anerkennung der Nachdiplomstudien (12.3415 Po)

b. Soziale Sicherheit

Kommission für Wirtschaft und Abgaben NR: Sanierung der Arbeitslosenversicherung (11.3755 Mo)

FDP-Liberale Fraktion: Berufliche Vorsorge. Mindestzinssatz entpolitisieren (11.3778 Mo)

FDP-Liberale Fraktion: Berufliche Vorsorge. Mindestumwandlungssatz entpolitisieren (11.3779 Mo)

Darbellay: Rechtslücke in der Unfallversicherung schliessen (11.3811 Mo)
Nussbaumer: Stand der Sozialwirtschaft in der Schweiz (11.3817 Po)
Maire: Befristete Verlängerung der Bezugsdauer der Kurzarbeitsentschädigung (11.3849 Mo)
Berberat: Befristete Verlängerung der Bezugsdauer der Kurzarbeitsentschädigung (11.3852 Mo)
Robbiani: Kinderzulagen bei langer Krankheit (11.3947 Mo)
Hochreutner: Besteuerung von Krankenkassenprämien. Vertiefte Abklärung (11.3960 Po)
Markwalder: Öffnung der Säule 3a für nichterwerbstätige Personen (11.3983 Mo)
Fehr: Pflegeversicherung (11.4009 Po)
Teuscher: Anerkennung der Grosselterarbeit (11.4011 Po)
Büchler: IV-Rente auch für teilinvalide Bauern (11.4012 Mo)
Pfister: Härtefallkommission Gesundheit (11.4025 Po)
Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit NR: Anrechenbare Mietzinsmaxima bei Ergänzungsleistungen zur AHV/IV (11.4034 Mo)
Chopard-Acklin: Gewichtsverlagerung im Bereich der Lohnabzüge für die Altersvorsorge von der zweiten zur ersten Säule (11.4074 Po)
Ineichen: Bildung vor Arbeits- und Sozialhilfemassnahmen (11.4087 Mo)
Parmelin: Die AHV den Gegebenheiten der heutigen Gesellschaft anpassen (11.4115 Mo)
Allemann: Sorgsamer Umgang mit den EO-Geldern (11.4171 Mo)
Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit NR: Rahmengesetz für Sozialhilfe (12.3013 Mo)
Aeschi: Erweiterung der Programme zur vorübergehenden Beschäftigung für Arbeitslose (12.3098 Po)
Bulliard-Marbach: Verlängerung des Taggeldanspruchs bei Krankheitsrückfall während der Umschulung durch die IV (12.3119 Mo)
Bortoluzzi: Prüfung der Aufnahme weiterer universitärer Medizinalberufe für die Grundversorgung (12.3227 Po)
Reimann: Verlängerung der gebundenen Selbstvorsorge (Säule 3a) bis zur endgültigen Aufgabe der Erwerbstätigkeit (12.3229 Mo)
Humbel: Finanzierungsperspektiven der Sozialversicherungen (12.3244 Po)
Ineichen: Wiedereingliederung von über 50 Jahre alten Langzeitarbeitslosen (12.3274 Po)
Fetz: Angemessene berufliche Vorsorge auch für Angestellte in Berufen mit typischerweise mehreren Arbeitgebern (12.3318 Po)

4. Konjunkturdaten und Arbeitsmarkt

a. *Konjunkturlage*

Weiterhin fragil gestaltete sich gegen Ende 2011 die *internationale Konjunktur*. Im Euroraum wirkte sich vor allem die Verunsicherung an den Finanzmärkten im Hinblick auf die Bewältigung der Staatsschuldenkrise negativ auf die Konjunktur aus. Vor dem Hintergrund einer zunehmend restriktiven Finanzpolitik sowie dem gesunkenen Wirtschaftsvertrauen privater Anleger und Konsumenten in Europa wurde die Prognose einer für einige Quartale eher schwach verlaufenden Wirtschaftsentwicklung mit der Gefahr einer leichten Rezession gestellt.⁷² Weniger prekär als im Euroraum war demgegenüber die Wirtschaftslage in anderen Weltregionen. Während sich die Konjunktur Japans nach der Natur- und Atomkatastrophe im Frühjahr 2011 erwartungsgemäss erholen konnte, gelang es auch der US-amerikanischen Wirtschaft langsam wieder positive Signale auszusenden. Trotz einer leichten Abkühlung beeinflussten auch die Industrien der Schwellenländer die Wirtschaftsdynamik weiterhin positiv.⁷³

Mit Blick auf die *schweizerische Konjunkturentwicklung* war im 3. Quartal 2011 eine Abkühlung der bis Mitte 2011 grundsätzlich soliden Konjunktur feststellbar. Obwohl auch das Bruttoinlandprodukt (BIP) des 3. Quartals aufgrund von positiven Impulsen des Binnensektors, insbesondere aus dem Bausektor und seitens des öffentlichen und privaten Konsums, ein bescheidenes Wachstum von +0,2 Prozent gegenüber dem Vorquartal ausweisen konnte, hinterliessen die Auswirkungen der schwachen Weltkonjunktur im Zusammenspiel mit einem starken Franken deutliche Spuren.⁷⁴ So sanken namentlich die Warenexporte im 3. Quartal um -0,9 Prozent, die Dienstleistungsexporte sogar um -2,7 Prozent.⁷⁵ Die in Reaktion auf die drohende Konjunkturschwäche von der SNB eingeführte Wechselkursuntergrenze stabilisierte zwar die Währungssituation für die Unternehmen, doch gestaltete sich selbst der Wechselkurs von rund CHF 1,23 pro EURO Ende 2011 als Bewährungsprobe für viele exportabhängige Wirtschaftszweige.⁷⁶

Das BIP des 4. Quartals 2011 wies gegenüber dem Vorquartal einen schwachen Zuwachs von +0,1 Prozent auf, was vornehmlich auf positive Wachstumssignale aus den Sparten der Bruttoanlageinvestitionen, des privaten Konsums und der Handelsbilanz mit Waren zurückzuführen war.

⁷² Medienmitteilung des Staatssekretariates für Wirtschaft (SECO) vom 13. Dezember 2011.

⁷³ Vgl. ebd.

⁷⁴ Medienmitteilung des SECO vom 1. Dezember 2011 sowie vom 13. Dezember 2011.

⁷⁵ Medienmitteilung des SECO vom 1. Dezember 2011.

⁷⁶ Medienmitteilung des SECO vom 13. Dezember 2011.

Auch die Warenexporte stiegen im 4. Quartal im Vergleich zum Vorquartal wieder um +2,8 Prozent, wogegen die Entwicklung der Dienstleistungsexporte (−0,7 Prozent) weiterhin rückläufig verlief.⁷⁷

Im 1. Quartal 2012 konnte das BIP wieder um +0,7 gegenüber dem Vorquartal zulegen. Ursache des leichten Aufschwungs bildeten die positiven Wachstumsimpulse des privaten und öffentlichen Konsums, wogegen die Bruttoanlageinvestitionen und der Aussenhandel negativ zum BIP-Wachstum beitrugen. Gegenüber dem entsprechenden Quartal des Vorjahres resultierte gleichwohl ein BIP-Wachstum von +2,0 Prozent.⁷⁸

b. Arbeitslosigkeit

Der schleppende Konjunkturverlauf ab Herbst 2011 zeigte auch Auswirkungen auf die Beschäftigungssituation. So nahm erstmals seit zwei Jahren die *Arbeitslosigkeit in der Schweiz* im Winter 2011 wieder zu.⁷⁹ Effektiv lag die Arbeitslosenquote Ende November 2011 bei 3,1 Prozent, was 121 109 Personen ohne Beschäftigung entsprach.⁸⁰ Ebenfalls nahmen seit September 2011 die Voranmeldungen für Kurzarbeit zu. Für Dezember 2011 wurde für knapp 22 000 Beschäftigte vorsorglich Kurzarbeit beantragt, was gegenüber der Anzahl der Gesuche im August 2011 von 12 000 eine deutliche Steigerung darstellte.⁸¹ Effektiv haben im Dezember 2011 534 Unternehmen Kurzarbeitsentschädigungen bezogen, was zwar einen signifikanten Zuwachs gegenüber der entsprechenden Anzahl von Mitte 2011 darstellte, jedoch absolut betrachtet einem noch immer relativ geringen Wert entsprach.⁸²

Im Frühjahr 2012 blieb die Zuwachsrate bei der Arbeitslosenquote infolge einer deutlichen Verlangsamung des Anstiegs trotz anhaltenden Konjunkturtiefs unter den anfänglichen Erwartungen. Somit lag die Arbeitslosenquote im Februar 2012 saisonbereinigt bei 3,1 Prozent, effektiv bei 3,4 Prozent. Gerade der saisonbereinigte Wert lag damit nur leicht über dem Tiefstwert von 3,0 Prozent Mitte 2011.⁸³

⁷⁷ Medienmitteilung des SECO vom 1. März 2012.

⁷⁸ Medienmitteilung des SECO vom 31. Mai 2012.

⁷⁹ Konjunkturtendenzen Winter 2011/2012 des SECO vom 30. Januar 2012, S. 1.

⁸⁰ Konjunkturtendenzen Winter 2011/2012 des SECO vom 30. Januar 2012, S. 28.

⁸¹ Konjunkturtendenzen Winter 2011/2012 des SECO vom 30. Januar 2012, S. 29.

⁸² Konjunkturtendenzen Frühjahr 2012 des SECO vom 2. April 2012, S. 27.

⁸³ Konjunkturtendenzen Frühjahr 2012 des SECO vom 2. April 2012, S. 26.

c. Lohnentwicklung

Die auch im Jahre 2011 noch spürbaren Auswirkungen der Wirtschafts- und Finanzkrise führten unter zusätzlichem Einfluss einer schwachen Teuerung zu einer eher moderaten Lohnsituation.⁸⁴

So verzeichnete der *Nominallohnindex 2011* eine leichte Steigerung von durchschnittlich 1,0 Prozent gegenüber dem Vorjahr. Im tertiären Sektor betrug das durchschnittliche Nominallohnwachstum 1,0 Prozent, was in etwa dem Wert von 2010 (+0,9 Prozent) entspricht, jedoch deutlich unter den Werten von 2009 (+2,0 Prozent) bzw. 2008 (+2,1 Prozent) liegt. Am stärksten zulegen konnten mit über 2,0 Prozent Zuwachsraten die Informationstechnologien und -dienstleistungen (+2,5 Prozent) sowie die Versicherungsbranche (+2,3 Prozent), wogegen die öffentliche Verwaltung sowie die Branchen Gastronomie und Beherbergung keinerlei Lohnzunahme verbuchen konnten. Die Wachstumsrate des sekundären Sektors lag im Durchschnitt ebenfalls bei 1,0 Prozent, was einer deutlichen Steigerung gegenüber dem Vorjahr (2010: +0,5 Prozent) entspricht.⁸⁵

Basierend auf dem Nominallohnzuwachs von 1,0 Prozent in Verbindung mit einer Teuerung von 0,2 Prozent betrug die Reallohnzunahme im Jahr 2011 0,7 Prozent.⁸⁶

d. Arbeitszeit

Im Jahr 2011 wurden in der Schweiz 7,708 Mrd. *Arbeitsstunden* geleistet, was einem Anstieg von 2,7 Prozent gegenüber dem Vorjahr entspricht. Diese Zunahme ist auf die Zunahme der Arbeitsstellen (+2,7 Prozent) zurückzuführen, denn die tatsächliche jährliche Arbeitszeit pro Stelle ist im gleichen Zeitraum konstant geblieben. Demgegenüber hat die tatsächliche wöchentliche Arbeitszeit der Vollzeitarbeitnehmenden im Zeitraum zwischen 2006 und 2011 um 9 Minuten auf insgesamt 41 Stunden und 28 Minuten zugenommen. Die Erhöhung ist auf eine Verringerung der Absenkdauer und eine Zunahme der Überstunden zurückzuführen, welche die Abnahme der vertraglich festgelegten wöchentlichen Arbeitszeit (–4 Minuten auf 41 Stunden und 46 Minuten) mehr als kompensiert haben.⁸⁷

⁸⁴ Medienmitteilung des Bundesamtes für Statistik (BFS) vom 27. Februar 2012.

⁸⁵ Vgl. ebd.

⁸⁶ Vgl. ebd.

⁸⁷ Medienmitteilung des BFS vom 18. Juni 2012.

5. Internationale Beziehungen

a. Bilaterale Verhandlungen

aa. Bilaterale Abkommen

Mitte Dezember 2011 fand in Brüssel das 57. Treffen des Gemischten Ausschusses zum *Freihandelsabkommen von 1972 zwischen der Schweiz und der EU* statt. Der Ausschuss, welcher das Abkommen verwaltet und dessen Umsetzung überwacht, stellte der Effizienz des Abkommens ein weitgehend positives Zeugnis aus. So wurde namentlich auf die herausragende Bedeutung des Abkommens für die bilateralen Wirtschaftsbeziehungen hingewiesen. Schliesslich entsprach das Handelsvolumen zwischen der Schweiz und der EU 2010 etwa CHF 260 Mrd. Damit stellt die EU mit einem Exportanteil von 59 Prozent und einem Importanteil von 79 Prozent nach wie vor die wichtigste Wirtschaftspartnerin der Schweiz dar, während die Schweiz ihrerseits an zweiter Stelle der wichtigsten Handelsbeziehungen der EU rangiert. Folglich bildete sodann auch der gemeinsame Umgang mit der gegenwärtigen Währungskrise, infolge welcher die Schweiz durch die Aufwertung des Frankens primär in ihrem Export und im Tourismus beeinträchtigt wird, den zentralen Diskussionspunkt. Weiter wurden u.a. Probleme im Zusammenhang mit dem gegenseitigen Zugang zu Märkten, dem Stand der sog. «Swissness-Vorlage», der Entwicklungen im Zollbereich und der Unternehmensbesteuerung thematisiert. Gerade im Hinblick auf Letzteres unternahm die schweizerische Delegation einen weiteren Versuch, die Vereinbarkeit der gegenwärtigen Gesetzgebung zur Unternehmensbesteuerung mit den bestehenden Abkommen gegenüber den Vertretern der EU darzulegen.⁸⁸

Im Anschluss an die *Freihandelsabkommen* in der Westbalkanregion mit Mazedonien (2000), Kroatien (2001) sowie mit Serbien (2009) und Albanien (2009) konnte die Schweiz im November 2011 im Rahmen der Verhandlungen der EFTA ein weiteres Freihandelsabkommen mit *Montenegro* abschliessen. Zweck dieses Freihandelsabkommens ist die Stärkung der Handelsbeziehungen mit Montenegro sowie die Beseitigung der bestehenden Diskriminierungen, welche mit dem Stabilisierungs- und Assoziationsabkommen (SAA) zwischen Montenegro und der EU entstanden sind. Inhaltlich sieht das geschlossene Abkommen die Liberalisierung des Handels mit Industrieprodukten, Fisch und anderen Meeresfrüchten sowie mit landwirtschaftlichen Verarbeitungsprodukten vor. Weiter enthält es u.a. Bestimmungen zum Schutz von geistigem Eigentum, zum Wettbewerb, zu Handelserleichterungen sowie Entwicklungsklauseln für Dienstleistungen, Investitionen und das öffentliche Beschaffungswesen.⁸⁹ Das Inkrafttreten

⁸⁸ Medienmitteilung des EVD vom 7. Dezember 2011.

⁸⁹ Medienmitteilung des EVD vom 14. November 2011.

des Freihandelsabkommens mit Montenegro wurde auf den 1. September 2012 festgesetzt.⁹⁰

Zur Ratifizierung des bereits am 21. Juni 2011 zwischen den EFTA-Staaten und *Hongkong* geschlossenen Freihandelsabkommens sowie des Abkommens über die Arbeitsstandards und des Landwirtschaftsabkommens zwischen der Schweiz und Hongkong wurde der Bundesrat Ende März 2012 ermächtigt.⁹¹ Das Abkommen über die Arbeitsstandards ist dabei als Selbstdeklaration der Vertragsparteien zugunsten der Anerkennung der massgeblichen Prinzipien der ILO (Artikel 2) und der Aufrechterhaltung eines gewissen arbeitsrechtlichen Schutzniveaus, welches namentlich nicht zur Erzielung oder Vergrösserung von Wettbewerbsvorteilen gesenkt werden darf, zu verstehen. Interessant ist jedoch, dass zur Zweckerzielung keine Sanktionen im Falle der Missachtung dieser Selbstverpflichtung vorgesehen sind, sondern vielmehr eine sog. Kontaktstelle bei Meinungsverschiedenheiten zu bestimmen ist. Der Beizug einer Drittpartei oder die Anrufung eines internationalen Gerichts im Falle einer Meinungsverschiedenheit wird jedoch gerade ausgeschlossen (Artikel 6).⁹² Da gegen die Ratifikation der drei Abkommen mit Hongkong kein Referendum ergriffen worden ist, sind diese am 5. Juli 2012 in Kraft getreten.

Über den Abschluss weiterer Freihandelsabkommen wird gegenwärtig mit den zentralamerikanischen Staaten *Costa Rica*, *Honduras* und *Panama* verhandelt.⁹³

Im Zusammenhang mit der schweizerischen Finanzmarktpolitik hat sich der Bundesrat Ende 2009 für die Einführung der sog. «Weissgeldstrategie» ausgesprochen, welche mittels Einführung einer Abgeltungssteuer sowie weiterer Massnahmen, welche der Steuerehrlichkeit dienen sollen, umgesetzt wird.⁹⁴ Zu diesem Zweck wurde sowohl mit Deutschland als auch mit dem Vereinigten Königreich die Änderung der entsprechenden *Quellensteuerabkommen* erarbeitet. Die Unterzeichnung des jeweiligen Abkommens konnte mit dem Vereinigten Königreich bereits Mitte März 2012 realisiert werden,⁹⁵ mit Deutschland ein paar Wochen später Anfang

⁹⁰ Medienmitteilung des Bundesrates und des EVD vom 26. Juli 2012.

⁹¹ Bundesbeschluss vom 16. März 2012 über die Genehmigung des Freihandelsabkommens zwischen den EFTA-Staaten und Honkong, China, des Landwirtschaftsabkommens zwischen der Schweiz und Hongkong, China, sowie des Abkommens über Arbeitsstandards zwischen den EFTA-Staaten und Hongkong, China (BBl 2011 3525).

⁹² Abkommen vom 21. Juni 2011 über Arbeitsstandards zwischen den EFTA-Staaten und Hongkong, China (BBl 2011 7959).

⁹³ Medienmitteilung des EVD vom 14. November 2011.

⁹⁴ Erläuternder Bericht des Eidgenössischen Finanzdepartements (EFD) vom 3. Oktober 2011 zu einem Bundesgesetz über die internationale Besteuerung, S. 2.

⁹⁵ Medienmitteilung des EFD vom 20. März 2012.

April 2012.⁹⁶ Beide Abkommen treten voraussichtlich Anfang 2013 in Kraft.⁹⁷

Mehrfach im Laufe der Berichtsperiode standen auch die sich dynamisch entwickelnden *wirtschaftlichen Beziehungen zu Indien* auf der Agenda schweizerischer Delegationen. Anlässlich des Treffens zwischen Bundesrat JOHANN N. SCHNEIDER-AMMANN und einer indischen Wirtschaftsdelegation in Bern Anfang Oktober 2011 und dem darauffolgenden Staatsbesuch der indischen Ministerpräsidentin DEVISINGH PATIL wurden neben bilateralen Wirtschaftsthemen auch die laufenden Verhandlungen über ein umfassendes Handels- und Investitionsabkommen zwischen der EFTA und Indien thematisiert.⁹⁸ Bekannt ist, dass Indien sowie auch andere Schwellenländer als Gegenleistung für den Freihandel vermehrt den besseren Zugang zum schweizerischen Arbeitsmarkt gerade im Bereich der Informationstechnologie fordern. Obwohl sich beim Bund eine zunehmend offenere Haltung gegenüber der Beschäftigung von Fachkräften aus sog. Drittstaaten abzeichnet, wovon namentlich auch die jüngst lancierte Fachkräfteinitiative⁹⁹ zeugt, ist die Zulassung entsprechender Kontingente vor dem Hintergrund der Verpflichtungen gemäss dem FZA, welches die Aufnahme von Arbeitskräften ausserhalb der EU streng reglementiert,¹⁰⁰ besonders heikel. Dieses Spannungsfeld dürfte sich weiter verschärft haben, seit sich der Bundesrat zur Anrufung der Ventilklausel gegenüber den EU-8-Staaten entschieden hat.¹⁰¹

Klarheit konnte im Laufe der Berichtsperiode schliesslich im Zusammenhang mit der Unterstellung des schweizerischen Sektors des *Flughafens Basel-Mülhausen* unter das schweizerische Arbeitsrecht geschaffen werden. Durch den Abschluss einer entsprechenden Rahmenvereinbarung, sog. «accord de méthode», Mitte März 2012 zwischen Vertretern der schweizerischen und der französischen Delegation wurde die seit Eröffnung des Flughafens 1946 bewährte Praxis bestätigt, wonach alle Arbeitsverhältnisse des schweizerischen Sektors schweizerischem Recht unterstehen. Diese Praxis wurde kürzlich von französischen Gerichten in Zweifel gezogen, wodurch die Rechtssicherheit gefährdet war. Durch das Abkommen wurde in der Folge die Gleichwertigkeit des schweizerischen und des französischen Rechts unterstrichen sowie zugleich ein Verhandlungsrahmen für Individual- und Gesamtarbeitsverträge, welche die Unternehmen

⁹⁶ Medienmitteilung des EFD vom 5. April 2012.

⁹⁷ Medienmitteilung des EFD vom 20. März 2012 sowie vom 5. April 2012.

⁹⁸ Beide Medienmitteilungen des EVD vom 3. Oktober 2011.

⁹⁹ Vgl. supra S. 5.

¹⁰⁰ NEUE ZÜRCHER ZEITUNG AM SONNTAG (NZZAS) vom 2. Oktober 2011, S. 12.

¹⁰¹ Vgl. infra S. 27.

und die Arbeitnehmenden im schweizerischen und im gemeinsamen Sektor abschliessen, geschaffen.¹⁰²

bb. Personenfreizügigkeit

Das *Personenfreizügigkeitsabkommen (FZA)* vereinfacht seit seinem Inkrafttreten am 1. Juni 2002 die Lebens- und Arbeitsbedingungen für EU-Bürger und -Bürgerinnen in der Schweiz. Flankiert wird das FZA durch die gegenseitige Anerkennung von Berufsdiplomen, vom Recht auf den Erwerb von Immobilien sowie von der Koordination der Sozialversicherungssysteme.¹⁰³ Die Staatsangehörigen der sog. «alten» EU-Staaten inkl. Zypern und Malta (EU-17) sowie die EFTA-Staaten profitieren bereits seit Beginn von der vollen Personenfreizügigkeit, während die infolge der EU-Osterweiterung vom 1. Mai 2004 in die EU aufgenommenen Staaten (EU-8) diese erst Anfang Mai 2011 erlangten.¹⁰⁴

Die Anwendung der vollständigen Personenfreizügigkeit auf Staatsangehörige der EU-8 (Estland, Ungarn, Lettland, Litauen, Polen, Slowenien, Slowakei und der Tschechischen Republik) währte jedoch nur ein Jahr. Obwohl die Einführung der sog. *Ventilklausel* auch in den bisherigen Berichtsperioden des Öfteren zur Debatte gestanden hatte,¹⁰⁵ entschied sich der Bundesrat erstmals in der Geschichte des FZA am 18. April 2012 für die Wiedereinführung der Kontingentierung von B-Aufenthaltsbewilligungen für Staatsangehörige aus den EU-8-Staaten.¹⁰⁶ Diesen Entscheid stützte er auf die genannte Schutzklausel, welche es der Schweiz bis zu zwölf Jahre nach dem Inkrafttreten des Abkommens erlaubt, entgegen der Zusicherung der vollen Freizügigkeit einseitig Höchstzahlen für die Kurz- und Aufenthaltsbewilligungen einzuführen, wenn die Zahl der in einem Jahr neu erteilten Bewilligungen mehr als 10 Prozent des Durchschnitts der drei vorangegangenen Jahre beträgt.¹⁰⁷ Dies war 2011 der Fall, der Höchstrekord der Zuwanderung aus der EU lag im Dezember 2011 im Vergleich zum Vorjahresmonat sogar bei einer Zunahme von 61 Prozent.¹⁰⁸ Die Einführung der jährlichen Höchstzahl von insgesamt 2180 Aufenthaltsbewilligungen der Kategorie B gilt seit dem 1. Mai 2012 für alle neuen Einreisen im Hinblick auf die Ausübung einer selbstständigen

¹⁰² Medienmitteilung des Eidg. Departements für Auswärtige Angelegenheiten (EDA) vom 22. März 2012.

¹⁰³ Personenfreizügigkeit Schweiz – EU/EFTA, Eidg. Justiz- und Polizeidepartement (EJPD), Stand am 8. Juni 2012, zuletzt eingesehen am 30. Juni 2012 unter: www.ejpd.admin.ch/content/bfm/de/home/themen/fza_schweiz-eu-efta.html

¹⁰⁴ Vgl. ebd. sowie Vorjahresbericht JAR 2011, S. 26 f.

¹⁰⁵ Vgl. Vorjahresbericht JAR 2010, S. 28 f. sowie JAR 2011, S. 27.

¹⁰⁶ Medienmitteilung des Bundesrates vom 25. April 2012.

¹⁰⁷ Rundschreiben des Bundesamtes für Migration (BFM) vom 23. April 2012, S. 1.

¹⁰⁸ NZZAS vom 12. Februar 2012, S. 12 f.

gen oder unselbstständigen Erwerbstätigkeit. Verlängerungsgesuche bereits erteilter Aufenthaltsbewilligungen unterliegen demgegenüber nicht der Kontingentierung. Die Beschränkungsmassnahme gilt vorläufig bis zum 30. April 2013.¹⁰⁹

Insgesamt wurde die Anrufung der Schutzklausel differenziert aufgenommen. Während die Parteilandschaft bereits zu Beginn der Diskussion nahezu geschlossen hinter dem Entscheid des Bundesrates stand, äusserten sich die Kantone mehrheitlich kritisch zur Zuwanderungsbeschränkung, da diese in der Praxis wenig ändere, sondern lediglich «symbolischen Effekt» aufweise. So können Unternehmen die Klausel in der Tat umgehen, indem sie entweder auf Bewerber mit Kurzaufenthaltsbewilligungen ausweichen oder aber vermehrt solche aus anderen EU-Staaten berücksichtigen.¹¹⁰ Gerade diese Symbolwirkung mag denn aber auch erwünscht sein, gilt es im Interesse der bilateralen Beziehungen schliesslich, eine gesamthafte Gefährdung des FZA durch die jüngst vom rechtspolitischen Lager lancierte Volksinitiative «gegen die Masseneinwanderung»¹¹¹ einzudämmen.¹¹²

Die einseitige Einführung der Ventilklausel führte jedoch zu Verstimmungen bei Vertretern der EU, welche sich darauf beriefen, dass für eine unterschiedliche Behandlung einzelner EU-Staaten keinerlei rechtliche Grundlage bestehe.¹¹³

Im Verhältnis zu den zuletzt dazugestossenen EU-Mitgliedstaaten Rumänien und Bulgarien (EU-2) gelten nach wie vor entsprechende Zulassungsbeschränkungen.¹¹⁴

Neben der Anrufung der Ventilklausel gab ferner die Problematik um die *Entsendung von Dienstleistungserbringern aus EU/EFTA-Staaten ohne Wohnsitznahme in der Schweiz* Anlass zur Debatte. Die Konstellation, dass Arbeitnehmer von Betrieben mit Sitz im Gebiet eines EU/EFTA-Staates in die Schweiz entsandt werden, jedoch *täglich* an ihren Wohnsitz im grenznahen Ausland zurückkehren, wird derzeit nämlich weder vom AuG noch von der VZAE explizit erfasst, wodurch eine Rechtsunsicherheit seitens der Kantone im Hinblick auf die Bewilligungserteilung entstanden ist.¹¹⁵ Das Bundesamt für Migration (BFM) riet deshalb zu folgender Praxis: Statt einer Kurzaufenthaltsbewilligung (Ausweis L-EU/EFTA) bzw. Aufenthaltsbewilligung (Ausweis B-EU/EFTA) sind die kantonalen Behörden

¹⁰⁹ Rundschreiben des BFM vom 23. April 2012, S. 2.

¹¹⁰ NZZAS vom 18. März 2012, S. 10.

¹¹¹ Eidg. Volksinitiative «gegen die Masseneinwanderung», zustande gekommen am 19. März 2012 (BBJ 2012 3869).

¹¹² NZZAS vom 12. Februar 2012, S. 10 f.

¹¹³ NZZAS vom 29. April 2012, S. 12.

¹¹⁴ Personenfreizügigkeit Schweiz – EU/EFTA, EJPD, Stand am 8. Juni 2012, zuletzt eingesehen am 30. Juni 2012 unter: www.ejpd.admin.ch/content/bfm/de/home/themen/fza_schweiz-eu-efta.html

¹¹⁵ Rundschreiben des BFM vom 11. Januar 2012, S. 1.

im Rahmen ihres Ermessens gehalten, eine *Zusicherung der Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA* auszustellen. Wird ein Drittstaatsangehöriger von einem Betrieb mit Sitz im Hoheitsgebiet der EU/EFTA in die Schweiz zur Dienstleistungserbringung entsandt, so tritt anstelle der Zusicherung der Aufenthaltsbewilligung die Einreiselerlaubnis. Sofern die tägliche Heimkehr vom Gesuchsteller effektiv nachgewiesen werden kann, unterliegt der betroffene Dienstleistungserbringer nicht der Anmeldepflicht in der Schweiz.¹¹⁶ Die Weisungen des BFM sind am 1. August 2012 in Kraft getreten. Geplant ist, sie in das Kapitel 6.3.5 der momentan in Revision befindlichen VEP-Weisungen aufzunehmen.¹¹⁷ Obwohl das BFM den Ausnahmecharakter dieser Handhabung betont, ist nach wie vor unklar, wie sich eine solche Zusicherung im Lichte der erwähnten Kontingentierung von B-Bewilligungen verhält.

Schliesslich ist zur Sicherstellung, dass Dienstleistungserbringende aus EU/EFTA-Staaten über die in der Schweiz notwendige Berufsqualifikation verfügen, ein entsprechendes *Meldeverfahren* mit kurzen Fristen vorgesehen. Dadurch sollen Konsumentinnen und Konsumenten namentlich in den Bereichen der öffentlichen Gesundheit oder Sicherheit die Gewähr erhalten, dass Dienstleistungen von Berufsleuten aus dem Ausland identischen Qualitätsstandards wie solchen von schweizerischen Berufsleuten entsprechen. Der Bundesrat hat dazu die entsprechende Botschaft zur Aktualisierung von Anhang III des FZA an das Parlament überwiesen. Bereits seit dem 1. November 2011 wird ein Teil der Novellen provisorisch angewendet. Sobald das entsprechende Bundesgesetz erlassen ist, treten alle Bestimmungen des Anhang III definitiv in Kraft.¹¹⁸

cc. Flankierende Massnahmen

Als Ausgleich für den Wegfall von Zuwanderungsbeschränkungen infolge des freien Personenverkehrs zwischen der Schweiz und der EU sind seit dem 1. Juni 2004 die *flankierenden Massnahmen* (FlaM) in Kraft. Die Eckpfeiler der FlaM zum Schutz vor missbräuchlichen Lohnunterbietungen und Verstössen gegen die Arbeitsbedingungen, welche nicht zuletzt geeignet sind, Wettbewerbsverzerrungen zwischen inländischen und ausländischen Dienstleistungserbringern hervorzurufen, bilden neben dem Entsendegesetz (EntsG)¹¹⁹ die Möglichkeit zur erleichterten Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen¹²⁰ (AVE GAV) sowie jene zum

¹¹⁶ Vgl. ebd., S. 2.

¹¹⁷ Vgl. ebd., S. 3.

¹¹⁸ Medienmitteilung des Bundesrates vom 4. April 2012.

¹¹⁹ Bundesgesetz über die minimalen Arbeits- und Lohnbedingungen für in die Schweiz entsandte Arbeitnehmende (EntsG; SR 823.30).

¹²⁰ Bundesgesetz vom 28. September 1956 über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (AVEG; SR 221.215.311).

Erläss von Normalarbeitsverträgen im Sinne von Artikel 360a OR bei all jenen Branchen, welche über keinen Gesamtarbeitsvertrag (GAV) verfügen, eine wiederholt missbräuchliche Lohnunterbietung jedoch feststellbar ist.¹²¹

Mit der Überprüfung der Einhaltung der minimalen Lohn- und Arbeitsbedingungen bei meldepflichtigen Personen sowie bei Angestellten von Schweizer Arbeitgebenden sind sowohl die kantonalen tripartiten Kommissionen (TPK) als auch die paritätischen Kommissionen (PK) beauftragt. Zusätzlich überwachen die TPK den Arbeitsmarkt als Ganzes.¹²² Basierend auf der Berichterstattung dieser beiden Vollzugsorgane konnte festgestellt werden, dass die Anzahl entsandter Arbeitnehmenden im Jahr 2011 nochmals um 12 Prozent gegenüber dem Vorjahr zugenommen hatte. Insgesamt ergab sich somit im Vorjahresvergleich eine Zunahme um 22 Prozent im Hinblick auf alle meldepflichtigen Kurzaufenthalter (Entsandte, Selbstständigerwerbende und kurzfristige Stellenantritte bei Schweizer Arbeitgebenden). Besonders signifikant war dabei der Beschäftigungsanteil meldepflichtiger Kurzaufenthalter im Personalverleih (9 Prozent) und im Baunebengewerbe.¹²³ Korrelierend mit dieser Zunahme ist auch ein leichter Anstieg an vermuteten Lohnunterbietungen von 3 Prozent bei den kontrollierten Betrieben feststellbar.¹²⁴

Vor dem Hintergrund dieser Ergebnisse zeichnete sich für den Gesetzgeber Handlungsbedarf hinsichtlich der *Bekämpfung von Scheinselbstständigkeit* und der *Durchsetzbarkeit von Normal- und Gesamtarbeitsverträgen* ab. Um die bestehenden Lücken der gegenwärtigen Gesetzgebung zu schliessen, schickte der Bundesrat Ende September 2009 eine entsprechende Gesetzesvorlage in die Vernehmlassung.¹²⁵ Aufgrund des positiven Echos der vorgeschlagenen Massnahmen verabschiedete der Bundesrat Anfang März 2012 die entsprechende Botschaft¹²⁶ zuhanden der eidgenössischen Räte. Auf Gesetzesebene sollen die nachfolgenden Massnahmen umgesetzt werden.¹²⁷

¹²¹ FlaM-Bericht des SECO vom 27. April 2012 – Umsetzung der flankierenden Massnahmen zum freien Personenverkehr Schweiz–Europäische Union, 1. Januar–31. Dezember, S. 8 sowie Flankierende Massnahmen, SECO, zuletzt eingesehen am 30. Juni 2012 unter: www.seco.admin.ch/themen/00385/00448/00449/index.html?lang=de

¹²² Vgl. ebd., S. 6.

¹²³ Vgl. ebd., S. 6, 14.

¹²⁴ Vgl. ebd., S. 7, wobei die Zunahme der gemeldeten Lohnunterbietungen nicht zwingend auf generell tiefere Löhne zurückzuführen sei, sondern vor allem auch im Zusammenhang mit der Auswahl der sog. Fokusbranchen durch die tripartite Kommission des Bundes stehe.

¹²⁵ Medienmitteilung des Bundesrates vom 23. September 2011.

¹²⁶ 12.039 Botschaft vom 2. März 2012 zum Bundesgesetz über die Anpassung der flankierenden Massnahmen zur Personenfreizügigkeit (BB1 2012 3397).

¹²⁷ Medienmitteilung des Bundesrates vom 2. März 2012.

- Zur Bekämpfung der Scheinselbstständigkeit ausländischer Dienstleistungserbringer ist im Rahmen einer Änderung des EntsG vorgesehen, eine *Dokumentationspflicht* einzuführen, welche es den Kontrollorganen ermöglicht, die Selbstständigkeit zu überprüfen bzw. bei Verletzung dieser Dokumentations- bzw. Auskunftspflicht Sanktionen wie Bussen oder Dienstleistungssperren auszusprechen. Daneben soll auch die Androhung eines Arbeitsunterbruchs als Repressionsmassnahme dienen.¹²⁸
- Sowohl ausländische als neu auch *inländische Arbeitgebende* sollen mit einer Verwaltungsbusse von bis zu CHF 5000.– sanktioniert werden können, falls sie in ihrem Betrieb gegen zwingende Mindestlöhne in NAV gemäss Artikel 360a OR verstossen. Auch diese Massnahme soll durch eine entsprechende Änderung des EntsG gesetzlich verankert werden.¹²⁹
- Entsprechend ist vorgesehen, bei Verstössen gegen Bestimmungen gemäss allgemeinverbindlich erklärten GAV die Palette an Repressionsmassnahmen zu erweitern. Indem die Möglichkeit zur erleichterten Allgemeinverbindlicherklärung von *Konventionalstrafen, Kontrollkosten und Vollzugsunkostenbeiträgen* in den betreffenden GAV geschaffen werden soll, könnten Verstösse neu von den zuständigen PK sanktioniert werden.¹³⁰
- Gegen Betriebe, über welche eine rechtskräftige *Dienstleistungssperre* verhängt worden ist, sind zusätzliche Sanktionsmöglichkeiten vorgesehen.¹³¹
- Zudem ist beabsichtigt, eine gesetzliche Grundlage für die *Weiterleitung der rechtskräftigen kantonalen Sanktionen* an die zuständigen paritätischen Kommissionen zu schaffen.¹³²

Der Gesetzesentwurf befand sich in der Folge in der Beratung der eidgenössischen Räte. Die Geschäftsprüfungskommission des Nationalrates (GPK-N) äusserte sich auf die Stellungnahme des Bundesrates jedoch kritisch. Namentlich die Verwaltungsbusse von CHF 5000.– wurde als zu wenig abschreckend erachtet, da die Nichteinhaltung des NAV so noch immer profitabler erschiene als rechtskonformes Verhalten.¹³³ Gleichzeitig beschäftigten sich das SECO, die Sozialpartner und die Kantone damit, die Arbeitsabläufe im Vollzug zu optimieren, während der Bundesrat das EVD

¹²⁸ Art. 1a, Art. 1b, Art. 7 Abs. 2 sowie 9 Abs. 2 E-EntsG (BBl 2012 3429 ff.).

¹²⁹ Art. 9 Abs. 2 lit. c E-EntsG (BBl 2012 3429 ff.).

¹³⁰ Art. 1a E-AVEG (BBl 2012 3429 ff.).

¹³¹ Art. 12 Abs. 1 lit. c und d E-EntsG (BBl 2012 3429 ff.).

¹³² Art. 9 Abs. 3 E-EntsG (BBl 2012 3429 ff.).

¹³³ Medienmitteilung der Geschäftsprüfungskommission des Nationalrates (GPK-N) vom 9. Mai 2012.

beauftragte, konkrete Vorschläge zur Gewährleistung der Einhaltung von Lohn- und Arbeitsbedingungen durch Subunternehmer zu unterbreiten.¹³⁴

b. Internationale Arbeitsorganisation (IAO/ILO)

Die Schweizer Delegation wurde an der *101. Tagung der Internationalen Arbeitskonferenz (IAK)*, welche vom 30. Mai bis zum 15. Juni 2012 in Genf abgehalten wurde, von SERGE GAILLARD, als Vertreter der Regierungsdelegation, BLAISE MATTHEY, als Arbeitgebervertreter, und VASCO PEDRINA, als Arbeitnehmervertreter, präsiert.¹³⁵ Zudem nahm Bundesrat JOHANN N. SCHNEIDER-AMMANN an der Präsentation der von der Schweiz mitfinanzierten Studie der ILO und der Weltbank zum Thema «Antworten auf die Krise» teil.¹³⁶ Prioritäres Ziel der Schweiz bildete die Erarbeitung konkreter Massnahmen zur Bekämpfung der Jugendarbeitslosigkeit sowie der weltweiten Jugendbeschäftigungspolitik. Zudem wurde die Förderung der grundlegenden sozialen Sicherheit sowie die weltweite Stärkung fundamentaler Arbeitsrechte thematisiert.¹³⁷

Weiter standen für die Schweiz in der diesjährigen Berichtsperiode die Bemühungen um die Ratifikation des *Übereinkommens Nr. 183 der ILO über den Mutterschutz* im Zentrum des Interesses. Ausgehend von einer parlamentarischen Initiative aus dem Jahre 2007¹³⁸ wurde im Mai 2011 eine entsprechende Vernehmlassung im Hinblick auf eine mögliche Ratifikation des Übereinkommens lanciert.¹³⁹ Anlässlich dieses Vernehmlassungsverfahrens zeigten sich einzig die Arbeitgebervertreter und die diesen nahestehenden Parteien kritisch gegenüber einer Ratifikation bzw. deren Folgen für die schweizerische Gesetzgebung, während eine Mehrheit der Kantone sowie der Parteien die Ratifizierung unterstützte.¹⁴⁰ Vor diesem Hintergrund beschloss die Bundesversammlung in der Folge die Genehmi-

¹³⁴ Medienmitteilung des SECO vom 27. April 2012.

¹³⁵ Medienmitteilung des Bundesrates vom 9. Mai 2012.

¹³⁶ Medienmitteilung des EVD vom 12. Juni 2012.

¹³⁷ Medienmitteilung des Bundesrates vom 9. Mai 2012.

¹³⁸ 07.455 (Parlamentarische Initiative) Ratifikation des IAO-Übereinkommens Nr. 183 über den Mutterschutz, MAURY PASQUIER LILIANE, eingereicht am 22. Juni 2007.

¹³⁹ Bericht der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrates (SGK-N) vom 11. November 2011, 07.455 Parlamentarische Initiative Ratifikation des Übereinkommens über den Mutterschutz (Nr. 183) der IAO (BBl 2012 1797), S. 1798; vgl. auch Vorjahresbericht JAR 2011, S. 31 f.

¹⁴⁰ Bericht der SGK-N vom 11. November 2011, 07.455 Parlamentarische Initiative Ratifikation des Übereinkommens über den Mutterschutz (Nr. 183) der IAO (BBl 2012 1797), S. 1799.

gung des Übereinkommens und ermächtigte den Bundesrat, das Mutterschaftsübereinkommen zu ratifizieren.¹⁴¹

Inhaltlich statuiert das ILO-Übereinkommen Nr. 183 den Schutz von Arbeitnehmerinnen während der Mutterschaft und Stillzeit. Vom persönlichen Geltungsbereich erfasst sind insbesondere auch Frauen, welche in untypischen Arbeitsformen beschäftigt sind. Von den Konventionsbestimmungen ausgeschlossen sind demgegenüber jedoch all jene Kategorien von Arbeitnehmerinnen, welche bereits de lege lata nicht dem ArG unterstehen.¹⁴² Neben der Festsetzung eines Mutterschaftsurlaubes von mindestens 14 Wochen für unselbstständig beschäftigte Frauen beinhaltet das Übereinkommen Bestimmungen zum Gesundheitsschutz, zum Urlaub im Falle von Krankheit oder Komplikationen, zu Geld- und medizinischen Leistungen, zum Beschäftigungsschutz, zum Nichtdiskriminierungsgebot sowie zum Schutz stillender Mütter.¹⁴³ Da die schweizerische Regelung von Artikel 329f OR zum Mutterschaftsurlaub den zeitlichen Mindestanforderungen des Übereinkommens entspricht, muss das ArG lediglich punktuell angepasst werden, um den Anforderungen der Konvention zu entsprechen. Namentlich verpflichtet das Mutterschaftsübereinkommen die Staaten nicht, einen pränatalen Mutterschaftsurlaub vorzusehen.¹⁴⁴ Eine Anpassung der schweizerischen Gesetzeslage wird jedoch im Zusammenhang mit den Bestimmungen zur Stillzeit notwendig. So soll Artikel 35a Absatz 2 ArG dahingehend geändert werden, dass stillenden Müttern nicht bloss die erforderliche Zeit zum Stillen vom Arbeitgeber einzuräumen, sondern diese neu auch vollumfänglich als entlohnte Arbeitszeit anzurechnen ist. Die Einzelheiten im Zusammenhang mit der Dauer der entlohten Stillpausen werden vom Bundesrat voraussichtlich in Artikel 60 Absatz 2 ArGV 1 festgelegt werden.¹⁴⁵

Um vermehrt Kohärenz in der Beschäftigungspolitik auf internationaler Ebene zu erlangen, beabsichtigt der Bundesrat ferner, das *Übereinkommen Nr. 122 der ILO über die Beschäftigungspolitik* zu ratifizieren. Dies hat die Schweiz anlässlich der 101. Tagung der Internationalen Arbeitskonferenz angekündigt.¹⁴⁶ Das Übereinkommen Nr. 122 beinhaltet Normen

¹⁴¹ Bundesbeschluss über die Genehmigung des Übereinkommens Nr. 183 der Internationalen Arbeitsorganisation über den Mutterschutz (Entwurf; BBl 2012 1813).

¹⁴² Bericht der SGK-N vom 11. November 2011, 07.455 Parlamentarische Initiative Ratifikation des Übereinkommens über den Mutterschutz (Nr. 183) der IAO (BBl 2012 1797), S. 1799 sowie S. 1801.

¹⁴³ Vgl. ebd., S. 1799.

¹⁴⁴ Vgl. ebd., S. 1802.

¹⁴⁵ Bundesbeschluss über die Genehmigung des Übereinkommens Nr. 183 der Internationalen Arbeitsorganisation über den Mutterschutz (Entwurf; BBl 2012 1813) sowie Bericht der SGK-N vom 11. November 2011, 07.455 Parlamentarische Initiative Ratifikation des Übereinkommens über den Mutterschutz (Nr. 183) der IAO (BBl 2012 1797), S. 1809.

¹⁴⁶ Medienmitteilung des EVD vom 12. Juni 2012.

zur Schaffung von unternehmensfreundlichen Rahmenbedingungen, welche die Beschäftigung positiv beeinflussen sollen. Die primäre Zielsetzung liegt dabei in der Förderung der Vollbeschäftigung für all jene Personen, welche für Arbeit zur Verfügung stehen und Arbeit suchen. Da durch das Übereinkommen keine eigentlichen Individualrechte geschaffen werden, sondern vielmehr die Konsultationen zwischen allen politischen und gesellschaftlichen Parteien im Sinne der schweizerischen Tradition der Sozialpartnerschaft im Zentrum stehen, würde die Ratifikation weder Änderungen hinsichtlich der Gesetzgebung noch in der Praxis nach sich ziehen.¹⁴⁷

6. Stagiaires

Die Schweiz hat mit verschiedenen Staaten sog. *Stagiaires-Abkommen* geschlossen, um dadurch jungen Berufsleuten eine Erweiterung ihrer beruflichen und sprachlichen Kenntnisse zu ermöglichen. So haben seit dem Abschluss des ersten Stagiaires-Abkommens mit Belgien im Jahre 1936 40 000 schweizerische Arbeitskräfte im Rahmen eines Berufspraktikums vorübergehend im Ausland gearbeitet, während umgekehrt über 58 000 junge ausländische Berufsleute Erfahrungen in der schweizerischen Arbeitswelt sammelten.¹⁴⁸ Schweizerische Berufsleute unter 35 (bzw. 30) Jahren können auf Grundlage der Abkommen ohne Rücksicht auf die Lage am Arbeitsmarkt eine Einreise-, Aufenthalts-, und Arbeitsbewilligung in den nachfolgenden Staaten erhalten: Argentinien, Australien, Chile, Japan, Kanada, Monaco, Neuseeland, Philippinen, Russland, Südafrika, Ukraine und den USA.¹⁴⁹ Im Verhältnis zu den Mitgliedstaaten der EU/EFTA wurden die einst geschlossenen Stagiaires-Abkommen zwischenzeitlich durch die Anwendung des FZA verdrängt.¹⁵⁰ In Bezug auf Bulgarien und Rumänien verfügen die entsprechenden Stagiaires-Abkommen jedoch weiterhin über Gültigkeit, da nach wie vor Zulassungsbeschränkungen bezüglich der Aufenthaltsbewilligungen für Staatsangehörige aus den Staaten der EU-2 gelten.¹⁵¹ Denkbar ist freilich, dass vor dem Hintergrund der Ventilklausel die in Vergessenheit geratenen Stagiaires-Abkommen bei Gesuchen von jungen Berufsleuten aus Staaten der EU-8 neue Blüte erlangen könnten.

Neu hinzugetreten ist im Berichtsjahr das Stagiaires-Abkommen mit *Brasilien*, welches am 14. Oktober 2011 unterzeichnet worden ist. Das Abkommen tritt in Kraft, sobald der gegenseitige Notentausch stattgefunden

¹⁴⁷ Medienmitteilung des Bundesrates vom 21. März 2012.

¹⁴⁸ Medienmitteilung des EJPD und des EVD vom 14. Oktober 2011.

¹⁴⁹ Stagiaires-Programme, BFM, Stand am 24. Februar 2012, zuletzt eingesehen am 30. Juni 2012 unter: www.bfm.admin.ch/content/bfm/de/home/themen/auswanderung/stagiaires.html

¹⁵⁰ Medienmitteilung des EJPD und des EVD vom 14. Oktober 2011.

¹⁵¹ Vgl. Vorjahresbericht JAR, S. 32.

hat. Diese diplomatische Formalität stellt sicher, dass die gesetzlichen und technischen Voraussetzungen zur Umsetzung des Abkommens vorliegen.¹⁵²

II. Individualarbeitsrecht

1. Teilzeitarbeit

Wirft man einen Blick auf die statistische Verbreitung, so gilt *Teilzeitarbeit* als typisches Merkmal weiblicher Erwerbsarbeit. Erwerbstätige Frauen waren im Jahr 2011 mit einem Anteil von 57,4 Prozent prozentual häufiger Teilzeit beschäftigt als Männer (13,5 Prozent), wobei die Teilzeitarbeit bei Frauen in der Verlaufsperiode zwischen 2006 und 2011 mit 0,9 Prozentpunkten etwas geringer zunahm als bei den erwerbstätigen Männern, bei welchen eine Zunahme an Teilzeitarbeit von 1,5 Prozentpunkten zu verzeichnen war. Vielmehr verharrt die Teilzeitbeschäftigung bei erwerbstätigen Frauen seit einiger Zeit auf konstant hohem Niveau.¹⁵³ Da Frauen insgesamt vor allem im Tertiärsektor arbeiten (so waren 2011 86,4 Prozent aller erwerbstätigen Frauen im Tertiärsektor tätig), wirft die Verbreitung von Teilzeitarbeit vermehrt in denjenigen Bereichen Handlungsbedarf auf, wo die Zulassungsbedingungen zum Arbeitsmarkt reglementiert sind. Darauf weist bspw. eine im Mai 2012 eingereichte Motion im Zusammenhang mit dem drohenden Hausärztemangel hin, welche die Teilzeitarbeit von jungen Ärztinnen als eine Mitursache des Nachwuchsproblems von Hausärzten ausmachen will. So sollen sieben von zehn Medizinstudenten weiblich sein und später vornehmlich Teilzeit arbeiten wollen. Die Motion fordert deshalb entsprechende Massnahmen, um dem Hausärztemangel unter Berücksichtigung der tatsächlichen Voraussetzungen entgegenzuwirken.¹⁵⁴

¹⁵² Medienmitteilung des EJPD und des EVD vom 14. Oktober 2011.

¹⁵³ Publikation des Bundesamts für Statistik (BFS), Taschenstatistik der Schweiz 2012, S. 11 sowie Teilzeitarbeit, BFS, Stand am 15. Mai 2012, zuletzt eingesehen am 30. Juni 2012 unter: www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/20/05/blank/key/erwerbstaetigkeit/teilzeitarbeit.html

¹⁵⁴ 12.3398 (Motion) Hausärztemangel, BULLIARD-MARBACH CHRISTINE, eingereicht am 3. Mai 2012.

2. Gleichbehandlung der Geschlechter, Chancengleichheit

a. Allgemeines

Die Thematik um die Gleichbehandlung der Geschlechter und Chancengleichheit findet nicht nur unter dem Aspekt der individuellen Gleichberechtigung Beachtung, sondern war in der Berichtsperiode auch Thema des *Weltentwicklungsberichtes 2012* der Weltbank. Der Bericht «Gleichstellung der Geschlechter und Entwicklung», welcher im September 2011 in Washington gemeinsam mit der Direktion für Entwicklung und Zusammenarbeit (DEZA) lanciert worden ist, zeigt auf, dass die volkswirtschaftliche Produktivität in gewissen Staaten um bis zu einem Viertel gesteigert werden könnte, hätten Frauen die Möglichkeit, in sämtlichen Branchen zu arbeiten bzw. alle Berufe auszuüben. Denn obwohl Frauen weltweit über 40 Prozent der erwerbstätigen Bevölkerung, 43 Prozent der landwirtschaftlichen Arbeitskräfte und über 50 Prozent der Studierenden an den Universitäten ausmachen, ist die politische und wirtschaftliche Gleichstellung erst in wenigen Staaten voll verwirklicht. Das DEZA geht zudem davon aus, dass die Diskriminierung von Frauen nicht nur die weltweit am meisten verbreitete Form der Ausgrenzung darstellt, sondern ungleiche Machtverhältnisse zwischen den Geschlechtern auch zu den Ursachen von Armut und politischer Instabilität gehörten. Der Bericht kommt deshalb zum Schluss, dass eine Verbesserung des Zugangs von Frauen zu eigener wirtschaftlicher Tätigkeit (bspw. durch Zugang zu Krediten bzw. Grundeigentum oder mittels Schaffung von Betreuungseinrichtungen für Kinder) notwendig sei. Zudem wird der internationalen Gemeinschaft empfohlen, vermehrt die Partnerschaft mit der Privatwirtschaft, mit Entwicklungsorganisationen und mit Organisationen der Zivilgesellschaft zu suchen, um die bestehenden Ungleichheiten zugunsten der Chancengleichheit zu beseitigen.¹⁵⁵ Dieselbe Stossrichtung wurde auch anlässlich der 56. Sitzung der UNO-Kommission für die Stellung der Frau CSW Ende Februar 2012 in New York verfolgt, welche in diesem Jahr von der Schweizer Direktorin des Eidgenössischen Büros für die Gleichstellung von Frau und Mann (EBG), SYLVIE DURRER, geleitet wurde.¹⁵⁶

Für die Schweiz brachte eine im deutschsprachigen Raum durchgeführte Studie des IT- und Beratungsunternehmens Accenture hervor, dass sich Schweizerinnen im Vergleich zu ihren deutschen und österreichischen Berufskolleginnen am Arbeitsplatz weniger diskriminiert fühlten. So gaben sogar 43 Prozent der Befragten an, dass sie in ihrer Karriere nichts zurück-

¹⁵⁵ Medienmitteilung des EDA vom 22. November 2011.

¹⁵⁶ Medienmitteilung des Eidgenössischen Büros für die Gleichstellung von Frau und Mann (EBG) vom 24. Februar 2012.

halte.¹⁵⁷ In Anbetracht der Tatsache, dass gemäss dem von McKinsey jährlich veröffentlichten Bericht «Woman Matter 2012» gerade einmal ein Frauenanteil von 5 Prozent in den Geschäftsleitungen bzw. 10 Prozent in den Verwaltungsräten der börsenkotierten Firmen der Schweiz besteht, mag eine solche (Selbst-)Wahrnehmung erstaunen. Denn der Studie zufolge ist die Überzeugung, dass auch Frauen Zugang zu Spitzenpositionen haben sollten, nicht auf allen Hierarchiestufen gleich ausgeprägt. Auf der Stufe des mittleren Kaders sind gerade einmal 13 Prozent der Vorgesetzten von der Notwendigkeit des Aufstiegs der Frauen überzeugt.¹⁵⁸ Weshalb sich Schweizerinnen dennoch kaum diskriminiert fühlten, führen die Macher der Befragung auf die «landestypische Art der Wahrnehmung» zurück. So sollen sich Schweizerinnen weniger benachteiligt fühlen, weil bescheidenere Karrieremöglichkeiten in einer «Kultur des Unterschieds wie derjenigen der Schweiz wahrscheinlich weniger kritisch gesehen werden».¹⁵⁹ Es bleibt freilich die Frage, ob nicht zuletzt auch ein gewisser «landestypischer» Pragmatismus hinsichtlich der Akzeptanz von Tatsachen, die sich in der Schweiz bekanntlich nur mit reichlicher Verzögerung ändern (zu denken ist nur an die Einführung des Frauenstimmrechts), den Schweizerinnen zu einer solchen Gelassenheit verhilft.

Um die Chancengleichheit nicht nur im Bereich idealtypischer Frauenanliegen zu intensivieren, sondern auch die männliche Perspektive in die Genderdebatte miteinzubeziehen, hat der Kanton Zürich in Pionierarbeit den schweizweit ersten *Männerbeauftragten* verpflichtet. Namentlich im Bereich der Vereinbarkeit von Familie und Beruf sollte so auch auf Verbesserungen am Arbeitsplatz für Männer hingewirkt werden.¹⁶⁰ Bedauerlicherweise blieb der betreffende Männerbeauftragte lediglich 24 Tage in seinem Amt.¹⁶¹

b. Lohngleichheit

Die Verwirklichung der *Lohngleichheit* als Ausdruck der Gleichstellung von Frau und Mann bildet nach wie vor die Kernaufgabe des EBG. Denn nach wie vor zeigt die Statistik, dass zwischen Frauen und Männern eine Lohndifferenz von 18,4 Prozent (im Privatsektor) bzw. 12,1 Prozent (im öffentlichen Sektor) besteht.¹⁶²

¹⁵⁷ NZZAS vom 11. März 2012, S. 73.

¹⁵⁸ NZZAS vom 11. März 2012, S. 33.

¹⁵⁹ NZZAS vom 11. März 2012, S. 73.

¹⁶⁰ Medienmitteilung des Kantons Zürich vom 7. März 2012.

¹⁶¹ NZZAS vom 29. Juli 2012, S. 15.

¹⁶² Schwerpunktthemen 2012, EBG, zuletzt eingesehen am 30. Juni 2012 unter: www.ebg.admin.ch/aktuell/00003/index.html?lang=de

Das derzeit hoffnungsvollste im Auftrag des EBG entwickelte Projekt zur Beseitigung der genderspezifischen Lohndiskriminierung ist der Lohn-gleichheit-Selbsttest *Logib*. Der Selbsttest erlaubt es Unternehmen mit mindestens 50 Mitarbeitenden, die Saläre ihrer Mitarbeitenden auf allfällige Diskriminierungen hin zu überprüfen. Im Beschaffungswesen des Bundes, wo die Einhaltung der Lohn-gleichheit eine notwendige Voraussetzung im Submissionsverfahren bildet, wird Logib ebenso als Kontrollinstrument verwendet wie im Rahmen des Lohn-gleichheitsdialoges zwischen den Dachverbänden der Arbeitgebenden und Arbeitnehmenden und dem Bund.¹⁶³ Im Jahr 2011 wurde Logib zur Überprüfung der Lohn-gleichheit rund 4900 Mal heruntergeladen, was einer Steigerung um 30 Prozent gegenüber dem Vorjahr entspricht.¹⁶⁴ Aufgrund des positiven Echos im Inland präsentierte die Schweiz Anfang Dezember 2011 Logib anlässlich eines Treffens der Europäischen Kommission zum Austausch über Best Practices zur Beseitigung der Lohndifferenz zwischen Frau und Mann. Auch international stiess Logib auf Interesse, was sich namentlich darin gezeigt hat, dass Deutschland und Luxemburg den Selbsttest zur Lohn-gleichheit bereits adaptiert haben.¹⁶⁵ Von Seiten des EBG bestehen derzeit Bestrebungen, das Angebot mit der Entwicklung eines einfachen Arbeitsplatzbewerbers auf Unternehmen mit weniger als 50 Mitarbeitenden auszudehnen. Zudem soll die Zertifizierung von Lohn-gleichheitsexpertInnen weiter vorangetrieben werden. Ebenso ist das EBG bestrebt, die Kontrollen im Rahmen des öffentlichen Beschaffungswesens sowie die finanzielle und fachliche Unterstützung des Lohn-gleichheitsdialoges weiterzuführen.¹⁶⁶

Weiter können private und öffentliche Unternehmen, welche mindestens 50 Arbeitnehmende beschäftigen, wovon wiederum mindestens zehn Frauen sein müssen, die *Zertifizierung «equal salary»* beantragen. Zur Erlangung dieses «Gütesiegels» müssen interessierte Firmen ein Verfahren durchlaufen, welches die Lohndaten statistisch erfasst sowie ein betriebsinternes Audit und eine Mitarbeiterbefragung beinhaltet. Die beantragte Zertifizierung wird bei erfolgreichem Bestehen des Verfahrens vom EBG in Zusammenarbeit mit dem Observatoire universitaire de l'emploi (OUE) der Universität Genf erteilt. Das Zertifikat «equal salary» haben bis Juni 2011 sieben Unternehmen und Organisationen erhalten.¹⁶⁷

¹⁶³ Medienmitteilung des EBG vom 6. November 2011.

¹⁶⁴ Medienmitteilung des EBG und des Eidg. Departements des Innern (EDI) vom 12. Juni 2012.

¹⁶⁵ Medienmitteilung des EBG vom 6. November 2011.

¹⁶⁶ Schwerpunktthemen 2012, EBG, zuletzt eingesehen am 30. Juni 2012 unter www.ebg.admin.ch/aktuell/00003/index.html?lang=de

¹⁶⁷ Zertifizierung «equal salary», EBG, zuletzt eingesehen am 30. Juni 2012 unter: www.ebg.admin.ch/themen/00008/00072/00381/index.html?lang=de

c. Vereinbarkeit von Beruf und Familie

Ebenso wie die Bemühungen um die Lohngleichheit bilden die *Massnahmen zur Vereinbarkeit von Beruf und Familie* einen weiteren Eckpfeiler in der Gleichstellungsdiskussion. Für das Jahr 2012 ist deshalb vom EBG in Zusammenarbeit mit dem SECO die Realisierung eines Projektes geplant, welches rund 250 KMU dazu anhalten soll, konkrete Massnahmen zur besseren Vereinbarkeit von Beruf und Familie zu ergreifen.¹⁶⁸

Wie wichtig die Vereinbarkeit von Beruf und Familie gerade auch für die oftmals in prekären Verhältnissen lebenden *Alleinerziehenden* in der Schweiz ist, zeigte eine anhand der Steuerdaten des Kantons Bern aus dem Jahre 2006 durchgeführte Analyse zur wirtschaftlichen Situation Alleinerziehender. Da besonders alleinerziehende Frauen im Vergleich zu alleinstehenden kinderlosen Frauen bzw. zu alleinerziehenden Vätern ein oft nur tiefes Erwerbseinkommen erzielen und zudem die Hälfte aller alleinerziehenden Frauen über ein Vermögen von unter CHF 4500.– verfügt, spielt neben den Unterhaltszahlungen das Erwerbseinkommen eine fundamentale Rolle. Letzteres hängt dabei integral davon ab, ob und wie die Erwerbsarbeit mit den familiären Pflichten zu vereinbaren ist.¹⁶⁹

Wie bedeutend die Vereinbarkeit von Berufsleben und Kinderbetreuung für die Volkswirtschaft ist, zeigt sich auch in den jüngsten Bestrebungen der Legislative, welche gemäss einem Entwurf der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrates (SGK-N) einen *neuen Verfassungsartikel zur Familienpolitik* verankern will. Mittels Einführung eines neuen Artikels 115a BV soll die Vereinbarkeit von Beruf und Familie zur Staatsaufgabe werden. Konkret ist neben der Übernahme des bisher allgemein gehaltenen Artikels 116 Absatz 1 BV zur Wahrung und Unterstützung der Familie in den neu zu schaffenden Artikel 115a Absatz 1 BV vorgesehen, in Absatz 2 den Bund zusammen mit den Kantonen dazu anzuhalten, die Vereinbarkeit von Beruf und Familie namentlich durch die Schaffung eines bedarfsgerechten Angebots an familien- und schulergänzenden Tagesstrukturen zu fördern. Weiter soll der Bund in Artikel 115a Absatz 3 BV verpflichtet werden, sich finanziell an den Massnahmen der Kantone zu beteiligen, sollten die Bestrebungen der Kantone oder Dritter nicht ausreichen. Ein Minderheitsantrag der SGK-N sieht in einem zusätzlichen Absatz 4 die Harmonisierung der Alimentenbevorschussung vor.¹⁷⁰ Der Bundesrat, welchem die Vorlage in der Folge zu einer Stellungnahme unterbreitet worden war, befürwortete grundsätzlich die genannte Förderung der Familienpolitik, stand dem Ansinnen der (Mit-)Verantwortlichkeit

¹⁶⁸ Schwerpunktthemen 2012, EBG, zuletzt eingesehen am 30. Juni 2012 unter www.ebg.admin.ch/aktuell/00003/index.html?lang=de

¹⁶⁹ Medienmitteilung des Bundesamtes für Sozialversicherungen (BSV) vom 26. Januar 2012.

¹⁷⁰ Medienmitteilung des Bundesrates vom 15. Februar 2012.

des Bundes für die Schaffung eines ausreichenden Betreuungsangebotes jedoch ablehnend gegenüber. Vielmehr stellte er sich in seiner Stellungnahme auf den Standpunkt, dass im Bereich der familienergänzenden Kinderbetreuung nach wie vor die Kantone für die Schaffung eines bedarfsgerechten Betreuungsangebotes zuständig sein sollten. Er beantragte deshalb, von der ausdrücklichen Erwähnung einer fakultativen Mitfinanzierungskompetenz des Bundes abzusehen.¹⁷¹

In Bezug auf die seit Längerem hängige Regulierung der *familienergänzenden Kinderbetreuung*¹⁷² hat sich der Bundesrat infolge der kritischen Reaktionen im Rahmen der entsprechenden Vernehmlassung dazu entschlossen, auf die ursprünglich vorgesehene umfassende Regelung der ausserfamiliären Tages- und Vollzeitbetreuung von Kindern zu verzichten. Er beschränkt sich stattdessen auf eine Teilrevision der Pflegekinderverordnung.¹⁷³

3. Einfluss der Frankenstärke auf das Individualarbeitsrecht

Die Frankenstärke zog nicht nur wirtschaftspolitische Massnahmen wie das sog. «*Massnahmenpaket 2011*» nach sich, wodurch Finanzmittel von rund CHF 870 Mio. für die Arbeitslosenversicherung, den Wissens- und Technologietransfer, den Tourismus, die Exportförderung und die Infrastruktur vom Bund zur Verfügung gestellt worden waren, sondern sorgte auch im Hinblick auf das Individualarbeitsrecht für Diskussionen auf dem politischen Parkett. Denn obwohl die SNB am 6. September 2011 den Mindestkurs von CHF 1.20 pro Euro festgelegt hatte, traf die Währungsstärke die Export- und Tourismusbranche besonders hart.¹⁷⁴ Vermehrt stellte sich in diesem Zusammenhang die Frage, inwiefern Löhne dem Währungsverlauf angepasst werden können bzw. inwieweit eine solche Koppelung gerade nicht statthaft sei. Letzteren Standpunkt versuchten die Nationalräte CORRADO PARDINI und MEINRADO ROBBIANI mittels der von ihnen eingereichten Motionen¹⁷⁵ zu bekräftigen. Während PARDINI forderte, die Bezahlung von schweizerischen Löhnen in einer Fremdwährung wie etwa in Dollar oder Euro bzw. deren direkte Bindung an den Kurs solcher

¹⁷¹ Vgl. ebd.

¹⁷² Vgl. Vorjahresbericht JAR 2012, S. 39 f.

¹⁷³ Medienmitteilung des Bundesrates vom 22. Februar 2012.

¹⁷⁴ Massnahmen zur Unterstützung der von der Frankenstärke betroffenen Unternehmen, SECO, zuletzt eingesehen am 30. Juni 2012 unter: www.seco.admin.ch/themen/02860/04718/index.html?lang=de

¹⁷⁵ Vgl. 11.3534 (Motion) Verbot von Eurolöhnen, PARDINI CORRADO, eingereicht am 15. Juni 2011 sowie 11.3608 (Motion) Löhne in ausländischer Währung, ROBBIANI MEINRADO, eingereicht am 16. Juni 2011.

Fremdwährungen sei zu verbieten,¹⁷⁶ fokussierte sich ROBBIANI in seiner Motion auf die Grenzgänger, indem er namentlich mit Blick auf die Grenzgebiete die Bestimmung von Artikel 323b OR, wonach der Lohn grundsätzlich in gesetzlicher Währung auszurichten ist, zur zwingenden Vorschrift beantragte. Alternativ sollte das Verbot, den Lohn in ausländischer Währung zu entrichten, in den Katalog der flankierenden Massnahmen aufgenommen werden, um Lohndumping zu verhindern.¹⁷⁷ Beiden Anträgen stand der Bundesrat in Übereinstimmung mit der bestehenden Rechtslage ablehnend gegenüber. Er bestätigte seine Ansicht, dass solche Anliegen trotz berechtigter Bedenken bezüglich der Auswirkungen der Frankenstärke über das Ziel hinausschiessen würden. Vielmehr sei die Bezahlung des Lohnes in bestimmten Fällen, in denen die Arbeitnehmenden bspw. im Ausland tätig sind, geradezu erwünscht und eine entsprechende Einschränkung des Individualarbeitsrechts deshalb unverhältnismässig. Lohndumping müsse durch die Mindestlohnbestimmungen in den von den Sozialpartnern ausgehandelten GAV begegnet werden.¹⁷⁸ In der Tat scheint ein generelles Verbot von Währungsvereinbarungen im Individualarbeitsrecht nicht sachgerecht. Doch sollten bei der Vereinbarung des Lohnes in Fremdwährung zwei Präzisierungen beachtet werden: Einerseits muss die vereinbarte Währung tatsächlich die Kaufkraftparität reflektieren, um als angemessen zu gelten, andererseits sollte im Rahmen einer jährlichen Lohnanpassung die laufende Entwicklung der Lebenshaltungskosten im Auge behalten werden.¹⁷⁹ Für die besondere Konstellation um die Entlohnung von Grenzgängern sei an dieser Stelle zudem auf die im Laufe der Berichtsperiode erschienene, reichhaltige Literatur verwiesen.¹⁸⁰

¹⁷⁶ 11.3534 (Motion) Verbot von Eurolöhnen, PARDINI CORRADO, eingereicht am 15. Juni 2011.

¹⁷⁷ 11.3608 (Motion) Löhne in ausländischer Währung, ROBBIANI MEINRADO, eingereicht am 16. Juni 2011; in diesem Sinne plädierte auch der SGB für eine zwingende Entrichtung des Lohnes in Schweizer Franken und forderte er die Nationalbank zudem zur Sicherung der Arbeitsplätze auf, die Untergrenze pro Euro von CHF 1.20 auf mindestens CHF 1.40 anzuheben, vgl. Medienmitteilung des SGB vom 11. Mai 2012.

¹⁷⁸ Medienmitteilung des Bundesrates vom 16. September 2011.

¹⁷⁹ STÖCKLI, JEAN-FRITZ, Lohngleichheit für Grenzgänger bei Währungsverschiebungen, in: ARV Online 2012 Nr. 262, RN 6.

¹⁸⁰ So bspw. STÖCKLI, JEAN-FRITZ, Lohngleichheit für Grenzgänger bei Währungsverschiebungen, in: ARV Online 2012 Nr. 262; GREMPER PHILIPP, Frage der Zulässigkeit der Zahlung des Lohnes in Euro, in: Anwaltsrevue/Revue de l'avocat 2/2012, S. 73 ff.; SCHWAAB JEAN CHRISTOPHE, Paiement du salaire en euros, adaptation au cours de l'euro: que dit le droit du travail?, in: Jusletter vom 8. August 2011.

4. Beschränkungen in der Lohnbildung

Die von den JungsozialistInnen Schweiz (JUSO) eingereichte Volksinitiative «1:12 – Für gerechte Löhne» verlangt, dass niemand mehr als zwölf Mal weniger verdient als die Person mit dem höchsten Salär im gleichen Unternehmen. Obwohl der Bundesrat die Problematik, welche sich in den letzten Jahren im Zusammenhang mit unverhältnismässig hohen Löhnen gezeigt hat, erkannt hat, sprach er sich im Rahmen der Botschaft¹⁸¹ zur Volksinitiative deutlich gegen einen Eingriff in die Vertragsfreiheit aus und empfahl die Volksinitiative ohne direkten oder indirekten Gegenentwurf Volk und Ständen zur Ablehnung. Insbesondere sieht er keinen Handlungsbedarf, da bei niedrigen und mittleren Löhnen die Gesamtarbeitsverträge eine tragende Rolle spielten, im Bereich der hohen und höchsten Saläre dagegen ein staatlicher Eingriff nicht zu rechtfertigen wäre. Zudem würden in diesem Lohnsegment zunehmend die Vorschriften zur Corporate Governance regulierend wirken, weshalb das Problem der Lohnschere im Rahmen des indirekten Gegenvorschlags zur Volksinitiative «gegen die Abzockerei» der RK-S zu bewältigen sei.¹⁸² Infolge des vehementen Widerstandes sowohl staatlicher als auch wirtschaftlich orientierter Kreise dürften der Volksinitiative kaum Erfolgsaussichten beschieden sein. Dies gilt umso mehr, sollte die erwähnte Initiative «gegen die Abzockerei» bzw. einer der beiden Gegenvorschläge angenommen bzw. in Kraft gesetzt werden.

5. Keine Erhöhung des Ferienanspruchs

Die eidgenössische Volksabstimmung «6 Wochen Ferien für alle» vom 11. März 2012 wurde im Sinne der bundesrätlichen Empfehlung von Volk und Ständen mit rund zwei Drittel Neinstimmen (Stimmbeteiligung von 45,1 Prozent) und geschlossenem Ständemehr verworfen.¹⁸³ Damit hat die Wählerschaft die Bedenken des Bundesrates geteilt, wonach die gesetzliche Erhöhung vor allem eine Mehrbelastung für die Mitarbeiterschaft mit sich bringe und zudem die KMU zu stark belaste.¹⁸⁴ Das Abstimmungsre-

¹⁸¹ 12.017 Botschaft vom 18. Januar 2012 zur Volksinitiative «1:12 – Für gerechte Löhne» (BBl 2012 637).

¹⁸² Medienmitteilung des Bundesrates vom 18. Januar 2012.

¹⁸³ Vorlage Nr. 557, Schweizerische Bundeskanzlei, Stand am 11. März 2012, zuletzt eingesehen am 30. Juni 2012 unter: www.admin.ch/ch/d/pore/va/20120311/det557.html

¹⁸⁴ Vgl. Medienmitteilung des EJPD vom 17. Januar 2012.

sultat hat im grenznahen Ausland durchaus für Verwunderung gesorgt.¹⁸⁵ Doch auch in der Schweiz scheint das Thema zumindest noch nicht ganz vom Tisch zu sein, wovon zwei direkt im Anschluss an die Abstimmung eingereichte Vorstösse im Parlament zur Änderung der gegenwärtigen Feriengesetzgebung zeugen: Anstelle von gleich zwei Wochen mehr Ferien will eine parlamentarische Initiative den gesetzlichen Ferienanspruch um lediglich eine Woche auf insgesamt fünf Ferienwochen erhöhen,¹⁸⁶ während eine weitere Motion bei einer egalitären Ferienregelung innerhalb des Betriebs ansetzen will.¹⁸⁷ Letztere sieht vor, dass allen Arbeitnehmenden im gleichen Unternehmen unabhängig von ihrer hierarchischen Position der gleiche Ferienanspruch zukommt.¹⁸⁸

III. Öffentliches Arbeitsrecht

1. Allgemeines

Im Rahmen seiner Kompetenzen als Bundesbehörde über die Aufsicht und den Vollzug des Arbeitsgesetzes hat das SECO eine *Untersuchung zur psychischen Gesundheit von Arbeitnehmenden* in der Schweiz in Auftrag gegeben. Ziel der Studie war es, die aktuelle Situation in Bezug auf Stress am Arbeitsplatz zu erfassen und Entwicklungen aufzuzeigen. Die Studie, an welcher sich rund 1006 abhängig und selbstständig erwerbstätige Personen beteiligt hatten, zeigte auf, dass der Anteil an Personen, welche angaben, «häufig» oder «sehr häufig» unter Stress zu leiden, im Vergleich zum Jahr 2000, in welchem das SECO eine vergleichbare Studie durchgeführt hatte, von 26,6 Prozent auf 34,4 Prozent zunahm. Westschweizer fühlten sich der Studie zufolge leicht öfter gestresst als Personen aus anderen Landesteilen. Ebenso konnte eine erhöhte Stressempfindlichkeit bei jüngeren Erwerbstätigen (15- bis 34-Jährige) festgestellt werden. Keine Unterschiede zeigten sich dagegen bei einer Differenzierung nach Wirtschaftszweig, Berufsgruppe oder Geschlecht. Als besonders belastend wurden namentlich folgende Faktoren festgestellt: So wurde von Erwerbstätigen die Arbeit während der Freizeit, mehr als zehnstündige Arbeitstage (ein- bis zweimal pro Woche bis jeden Tag), unklare Arbeitsanweisungen,

¹⁸⁵ Statt vieler: STERN, Stand am 11. März 2012, zuletzt eingesehen am 30. Juni 2012 unter: www.stern.de/politik/ausland/volksabstimmung-ueber-mindesturlaub-schweiz-entscheidet-sich-gegen-lange-ferien-1798426.html

¹⁸⁶ 12.407 (Parlamentarische Initiative), Eine Woche mehr Ferien für alle, REYNARD MATHYS, eingereicht am 12. März 2012.

¹⁸⁷ 12.3271 (Motion), Gleiches Unternehmen, gleiche Ferien für alle Arbeitnehmerinnen und -nehmer, WERMUTH CÉDRIC, eingereicht am 16. März 2012.

¹⁸⁸ Vgl. ebd.

die Diskrepanz zwischen echten und erwarteten Gefühlsausdrücken sowie ein grosser Termindruck bzw. ein hohes Arbeitstempo als massgebliche Stressfaktoren ausgemacht. Gleichsam als Gegenmassnahme zur Belastung durch Stress kam die Studie zum Schluss, dass ein geeignetes Führungsverhalten der Vorgesetzten die Gesundheit der Mitarbeitenden positiv beeinflussen könne.¹⁸⁹ Dieses Ergebnis wurde in der Folge an der Nationalen Tagung für Betriebliche Gesundheitsförderung 2011 aufgegriffen und diskutiert. Von juristischer Bedeutung sind die Folgen einer schlechten Work-Life-Balance vor allem im Hinblick auf mögliche Stresshaftungsklagen.¹⁹⁰

Ein weiterer Dauerbrenner im Arbeitsschutz ist der *Schutz vor Passivrauchen*. Da insbesondere in der Gastronomie der Schutz vor Tabakemissionen nur ungenügend verwirklicht sei, appellierte allen voran die Eidgenössische Kommission für Tabakprävention (EKTP) an die eidgenössischen Räte, die bestehenden Lücken im Bundesgesetz zum Schutz für Passivrauchen von 2010 zu schliessen, indem entweder die entsprechende Volksinitiative¹⁹¹ unterstützt oder aber auf anderem Wege das Bundesgesetz entsprechend anpasst werden müsste.¹⁹² Obwohl sich die Voten im Parlament mehrheitlich gegen eine Verschärfung der derzeitigen Gesetzeslage ausgesprochen haben, scheinen die Chancen der Initiative, welche am 23. September 2012 zur Abstimmung gebracht wird,¹⁹³ zumindest intakt zu sein, sehen schliesslich bereits zahlreiche kantonale Gesetze eine Regelung vor, welche über die Mindestanforderungen des Bundesgesetzes hinausgeht.¹⁹⁴

¹⁸⁹ Medienmitteilung des SECO vom 6. September 2011.

¹⁹⁰ Medienmitteilung des SECO vom 7. September 2011; vgl. zur Stresshaftung zudem PORTMANN WOLFGANG, Stresshaftung im Arbeitsverhältnis – Erfolgreiche Stresshaftungsklagen gegen Arbeitgeber in der Schweiz und in anderen europäischen Ländern, in: Gauch Peter/Werro Franz/Pichonnaz Pascal (Hrsg.): *Mélanges en l'honneur de Pierre Tercier*, Genf/Zürich/Basel 2008, S. 397 ff. sowie in: ARV – Zeitschrift für Arbeitsrecht und Arbeitslosenversicherung, Band 2008, Heft 1, S. 1 ff.

¹⁹¹ Bundesbeschluss vom 16. März 2012 über die eidg. Volksinitiative «Schutz vor Passivrauchen» (BBl 2012 3439).

¹⁹² Medienmitteilung der Kommissionen des EDI vom 19. Dezember 2011.

¹⁹³ Medienmitteilung des Bundesrates vom 23. September 2012.

¹⁹⁴ Vgl. bspw. 11.025 Schutz vor Passivrauchen. Eidg. Volksinitiative, die Wortprotokolle des Ständerates in der Frühjahrssession 2012, 8. Sitzung vom 12. März 2012 (AB 2012 S 159 ff.).

2. Änderungen des Arbeitsgesetzes und der Verordnungen zum Arbeitsgesetz

a. *Teilrevision des Arbeitsgesetzes: neue Regelung für Tankstellenshops*

Während Tankstellen ihr Personal zum Verkauf von Treibstoff sowie für den Bistrobetrieb ohne behördliche Bewilligung rund um die Uhr sowie an Sonntagen beschäftigen dürfen, gelten bislang für die oftmals dazugehörigen *Tankstellenshops* restriktivere Bestimmungen. So ist die Beschäftigung in den Tankstellenshops nur während den regulären Tages- und Abendarbeitszeiten bzw. für Tankstellenshops auf Autobahnraststätten sowie an Hauptverkehrswegen mit starkem Reiseverkehr bis 1 Uhr in der Nacht und am Sonntag bewilligungsfrei.¹⁹⁵ Eine parlamentarische Initiative aus dem Jahr 2009 will diese bisweilen als willkürlich und mit Blick auf Erwerbstätige, welche nachts oder in Schichten arbeiten, als impraktikabel empfundene arbeitsgesetzliche Unterscheidung zwischen dem eigentlichen Tankstellenbetrieb und den dazugehörigen Shops beseitigen.¹⁹⁶ So soll es künftig infolge einer Ergänzung durch Artikel 27 Absatz 1^{quater} ArG nicht mehr notwendig sein, eine Absperrung eines Teiles der Verkaufsfläche vorzunehmen, um den arbeitsgesetzlichen Anforderungen gerecht zu werden, sofern vornehmlich auf die Bedürfnisse von Reisenden abgestimmte Produkte vertrieben werden.¹⁹⁷ Auch der Bundesrat geht davon aus, dass mittels dieser Modifikation einem Bedürfnis der Kundschaft entsprochen wird, ohne dass gleichzeitig anzunehmen ist, dass mit einer erheblichen Zunahme der Nachtarbeit gerechnet werden müsste, da Arbeitnehmende, welche Tankstellen bedienen, bereits im Rahmen der gegenwärtigen Gesetzeslage während der ganzen Nacht anwesend sind. Im Gegensatz zum Kommissionsentwurf, welcher von Tankstellen bzw. Tankstellenshops an «Hauptverkehrswegen» spricht, will der Bundesrat die bereits in der Verordnung 2 zum Arbeitsgesetz verwendete Formulierung «an Hauptverkehrswegen mit starkem Reiseverkehr» verankert wissen. Der Vorteil einer übereinstimmenden Formulierung im ArG und in der ArGV 2 wäre, dass bereits eine reichhaltige Verwaltungs- und Gerichtspraxis besteht, welche den Begriff konkretisiert, während die vorgeschlagene Formulierung «an Hauptverkehrsstrassen» als unbestimmter Rechtsbegriff zu Unklarheiten führen könnte.¹⁹⁸ Trotz dieser Bedenken hielt die Kommission an ihrem ur-

¹⁹⁵ Bericht der Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Nationalrates (WAK-S) vom 10. Oktober 2011 (BBl 2011 8981).

¹⁹⁶ 09.462 (Parlamentarische Initiative) Liberalisierung der Öffnungszeiten von Tankstellenshops, LÜSCHER CHRISTIAN, eingereicht am 12. Juni 2009.

¹⁹⁷ Vgl. ebd.

¹⁹⁸ Medienmitteilung des Bundesrates vom 11. Januar 2012.

sprünglichen Entwurf fest.¹⁹⁹ In Rahmen einer Sondersession schloss sich der Nationalrat schliesslich dem Entwurf der Kommission an.²⁰⁰

b. Änderung der Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz (ArGV 1)

Am 6. Juli 2011 hat sich der Bundesrat dazu entschieden, im Rahmen einer Anpassung von Artikel 81 ArGV 1 die *Eidgenössische Arbeitskommission* auf 19 Mitglieder zu reduzieren. Neu besteht die Arbeitskommission aus jeweils sieben Sitzen für die Arbeitgeber- und Arbeitnehmervertretung, zwei Sitzen für die Kantone, zwei Sitzen für die Wissenschaft und einem Sitz für die Frauenorganisationen. Diese Änderung ist per 1. August 2011 in Kraft getreten.²⁰¹

Ebenfalls mit Wirkung per 1. August 2011 wurde infolge der Neuorganisation des Leistungsbereichs Arbeitsbedingungen der Direktion für Arbeit Artikel 76 ArGV 1, welcher die *Gebietszuständigkeit der Eidgenössischen Arbeitsinspektion* betrifft, aufgehoben. Gleichzeitig wurde auch die auf Artikel 76 ArGV 1 basierende Verordnung des EVD über die Gebietszuständigkeit der Organe der Eidgenössischen Arbeitsinspektion hinfällig.²⁰²

Wie bereits im Zusammenhang mit der möglichen Ratifikation des ILO-Übereinkommens Nr. 183 zum *Mutterschutz* thematisiert worden ist,²⁰³ setzt ein entsprechender Beitritt der Schweiz Änderungen der ArGV 1 voraus. Aus diesem Grund setzt sich der Bundesrat dafür ein, dass im Sinne des Übereinkommens die Stillpausen zu entlönnen sind. Nach Anpassung der ArGV 1 soll die Ratifikationsurkunde des Übereinkommens Nr. 183 dem Generaldirektor der ILO überreicht werden. Es wird davon ausgegangen, dass die notwendigen Arbeiten bis Mitte 2013 abgeschlossen sein sollten.²⁰⁴

¹⁹⁹ Medienmitteilung der WAK-N vom 28. März 2012.

²⁰⁰ GesamtAbstimmung im Nationalrat vom 3. Mai 2012 mit 105 Ja- zu 73 Gegenstimmen (Beilage 09.462/7316).

²⁰¹ Änderung vom 6. Juli 2011 zur Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz (ArGV 1), AS 2011 3381 sowie Änderung der Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz (ArGV 1) sowie Aufhebung der Verordnung des EVD über die Gebietszuständigkeit der Organe der Eidgenössischen Arbeitsinspektion, SECO, zuletzt eingesehen am 30. Juni 2012 unter: www.seco.admin.ch/themen/00385/00390/01899/04707/index.html?lang=de

²⁰² Vgl. ebd.

²⁰³ Vgl. supra S. 32.

²⁰⁴ Medienmitteilung des Bundesrates, des EVD und des SECO vom 22. Februar 2012.

c. *Verordnung über die Arbeit in Unternehmen des öffentlichen Verkehrs (Verordnung zum Arbeitszeitgesetz, AZGV)*

Artikel 29 der Verordnung über die Arbeit in Unternehmen des öffentlichen Verkehrs (AZGV) wurde dahingehend geändert, dass die Unternehmen des öffentlichen Verkehrs zusammen mit den betreffenden Arbeitnehmervertretern schriftlich vereinbaren können, dass die *Dienstschicht von Sicherheitsorganen*, welche zur Begleitung von Fussballfanextrazügen eingesetzt werden, in zeitlicher Hinsicht bis zu einem gewissen Grad überschritten werden darf. So kann namentlich die Höchstarbeitszeit innerhalb einer einzelnen Dienstschicht nach Artikel 4 Absatz 3 AZG um höchstens fünf Stunden überschritten werden. Allerdings gilt dabei eine absolute Höchstarbeitszeit von 72 Stunden innerhalb von sieben aufeinanderfolgenden Arbeitstagen. Die Änderung ist per 1. Dezember 2011 in Kraft getreten.²⁰⁵

d. *Revision der Verordnung des EVD über die Ausnahmen vom Verbot von Nacht- und Sonntagsarbeit während der beruflichen Grundbildung*

Per 1. April 2012 wurde die berufliche Grundbildung der *Assistentin Gesundheit und Soziales EBA/Assistent Gesundheit und Soziales EBA* vom EVD ebenfalls jenen Bildungsgängen zugeordnet, für welche keine Bewilligung für die Befreiung vom Verbot der Nacht- oder Sonntagsarbeit im festgelegten Rahmen notwendig ist. Artikel 10 Absatz 1 der Verordnung, welcher die beruflichen Grundbildungen des Gesundheitswesens umfasst, wurde entsprechend um litera f ergänzt.²⁰⁶

3. Schwarzarbeit

Unlängst wies der österreichische Wirtschaftsprofessor FRIEDRICH SCHNEIDER der Universität Linz auf die *positiven Effekte der Schattenwirtschaft* hin. Seine Untersuchung²⁰⁷ führte zutage, dass gemäss Schätzungen in der Schweiz rund 1,1 Mio. Menschen zeitweilig schwarz arbeiten wür-

²⁰⁵ Vgl. Art. 29 lit. a bis lit. c gemäss Änderung vom 19. Oktober 2011 zur Verordnung über die Arbeit in Unternehmen des öffentlichen Verkehrs (Verordnung zum Arbeitszeitgesetz, AZGV, SR 822.211), AS 2011 4743.

²⁰⁶ Änderung vom 3. Februar 2012 der Verordnung des EVD über die Ausnahmen vom Verbot von Nacht- und Sonntagsarbeit während der beruflichen Grundbildung (SR 822.115.4), AS 2012 927.

²⁰⁷ Vgl. Latest Research – Papers, Johannes Kepler Universität Linz, SCHNEIDER FRIEDRICH, zuletzt eingesehen am 30. Juni 2012 unter: www.econ.jku.at/531

den, wodurch eine zusätzliche Wertschöpfung entstünde, da das so eingenommene Geld zu zwei Drittel wieder in die Schweizer Wirtschaft zurückfliessen würde. Was wie eine Absolution der verpönten Eigennützigkeit klingt, kann jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, dass Schwarzarbeit vor allem die öffentliche Hand als Verliererin dastehen lässt, da infolge von Schwarzarbeit die für den Staatshaushalt unverzichtbaren Steuerbeiträge und Sozialabgaben fehlen.²⁰⁸

So wird der Schwarzarbeit nach wie vor entschieden entgegengetreten. Zur Bekämpfung der Schwarzarbeit sind im Bundesgesetz gegen die Schwarzarbeit (BGSA) *diverse Massnahmen* vorgesehen, welche in den Jahren 2008 und 2009 zusätzlich von einer Informationskampagne flankiert worden sind, um die Bevölkerung für die schädlichen Auswirkungen von Schwarzarbeit zu sensibilisieren. Neben der Einführung eines vereinfachten Abrechnungsverfahrens, welches sich dadurch auszeichnet, dass der vornehmlich private Arbeitgeber für Löhne bis zu CHF 20 880.– pro Arbeitnehmer bzw. bis zu einer Gesamtlohnsumme von CHF 55 680.– nur einmal im Jahr Sozialversicherungsbeiträge zu leisten hat und dass das Einkommen gleichzeitig mit der Abrechnung der Sozialversicherungsbeiträge versteuert wird, zeichnen sich die Massnahmen des BGSA vor allem durch engmaschige Kontrollvorschriften aus. So bilden die Schaffung von entsprechenden kantonalen Kontrollorganen, ein verbesserter Informationsaustausch zwischen den Behörden der Kantone und des Bundes sowie die Einführung zusätzlicher Sanktionsmassnahmen wie des Ausschlusses vom öffentlichen Beschaffungswesen oder der Kürzung von Finanzhilfen bei fehlbaren Arbeitgebern die Eckpfeiler des BGSA.²⁰⁹

Dem Jahresbericht über den Vollzug des BGSA zufolge wurden im Jahr 2011 denn auch 65,7 kantonale Vollzeitstellen zur Bekämpfung der Schwarzarbeit eingesetzt. Insgesamt wurden 11 130 Betriebs- und 33 866 Personenkontrollen durchgeführt, was einer leichten Abnahme gegenüber dem Vorjahr entspricht. Erklärt wird der Rückgang von –9 Prozent bei den Betriebs- bzw. –8 Prozent bei den Personenkontrollen durch eine Intensivierung bei den einzelnen Inspektionen.²¹⁰ Die Zahl der vermuteten Verstösse und von Sanktionen im Ausländerrecht war im Jahr 2011 rückläufig (–31 Prozent vermutete Verstösse und –43 Prozent Rückmeldungen der Ausländerbehörden über verhängte Sanktionen und getroffene Massnahmen), was auf die Einführung der vollen Personenfreizügigkeit und die Erweiterung der Dienstleistungsfreiheit gegenüber den EU-8-Staaten zu-

²⁰⁸ NZZ Online vom 19. März 2012.

²⁰⁹ Bericht des SECO 2011 zum Vollzug des Bundesgesetzes über Massnahmen zur Bekämpfung der Schwarzarbeit, 1. Januar 2011 bis 31. Dezember 2011, S. 7 f.

²¹⁰ Medienmitteilung des SECO vom 11. Mai 2012.

rückgeführt wird.²¹¹ Weiterhin erfreulich verlief sodann die Zunahme der Anmeldungen beim vereinfachten Anmeldeverfahren.²¹²

Das BGSA sieht vor, dass die vorgeschriebenen Vollzugsmassnahmen zur Bekämpfung der Schwarzarbeit innerhalb von fünf Jahren nach ihrem Inkrafttreten zu evaluieren sind. Aufgrund dessen ist das EVD damit betraut, bis Ende 2012 einen umfassenden Bericht zu erarbeiten und ggf. Vorschläge für das weitere Vorgehen zu unterbreiten.²¹³

4. Berufs- und Weiterbildung

a. *Allgemeines*

Globalisierung, Strukturwandel und die wachsende Bedeutung der Wissensgesellschaft bilden die Kernaspekte, welche das *Leitbild der schweizerischen Berufsbildung* massgeblich beeinflussen. Insbesondere der wachsende Bedarf an qualifizierten Fachkräften für die Wirtschaft nimmt nicht zuletzt deshalb einen hohen Stellenwert in der Lenkung des Bildungssystems ein, weil sich infolge der demographischen Entwicklung die Bevölkerung im Erwerbsalter zunehmend verkleinert. Um Engpässe bei der Rekrutierung von Fachkräften aus dem Ausland zu vermeiden, sollen vermehrt Arbeitskräfte in der Schweiz entlang den wirtschaftlichen Bedürfnissen qualifiziert werden. Anzusetzen ist dabei nicht nur bei der Erstausbildung, sondern vermehrt auch bei Umschulungen und einer konsequenten Nach- und Höherqualifizierung. Dazu sind auf Bundesebene zahlreiche Massnahmen wie der Entwurf zu einem Weiterbildungsgesetz (WeBiG) oder die Umsetzung der vom EVD lancierten Fachkräfteinitiative²¹⁴ vorgesehen. Weiter bildet ein national vorgesehener Qualifikationsrahmen (NQR-CH) mit Diplomzusätzen ein Instrument, um schweizerische Berufsbildungsabschlüsse vergleichbarer zu machen und die Chancen von Personen mit einem Abschluss der höheren Berufsbildung bei Bewerbungen im In- und Ausland zu erhöhen. Der dazugehörige Verordnungsentwurf befand sich bis zum 15. Mai 2012 in der Anhörung.²¹⁵

In finanzieller Hinsicht beantragte der Bundesrat mit der *Botschaft über die Förderung von Bildung, Forschung und Innovation (BFI)* in den Jahren 2013 bis 2016 den Räten die Genehmigung von Fördermitteln im Umfang von rund CHF 23,9 Mrd. Werden die für die EU-Rahmenprogramme für Forschung und Bildung vorgesehenen Mittel dazuaddiert,

²¹¹ Vgl. ebd.

²¹² Vgl. ebd.

²¹³ Vgl. ebd.

²¹⁴ Vgl. supra S. 5.

²¹⁵ Medienmitteilung des Bundesamtes für Berufsbildung und Technologie (BBT) vom 10. Mai 2012.

so belaufen sich die Voranschlagskredite sogar auf rund CHF 26 Mrd. Dadurch soll in dieser Förderperiode ein nominales jährliches Wachstum von durchschnittlich 3,7 Prozent erreicht werden können, was ein gegenüber anderen Politikbereichen überproportionales Wachstum darstellen würde. Massgebliches Ziel dieser Investition ist es, die Spitzenposition der Schweiz in den Bereichen Bildung sowie Forschung und Innovation beizubehalten, da der Bundesrat von der politischen Priorität dieser Bereiche für die Schweiz überzeugt ist.²¹⁶

Weiter ist geplant, die Fahrten mit öffentlichen Verkehrsmitteln von Personen in Ausbildung zu subventionieren. Die Kommission für Wissenschaft, Bildung und Kultur des Nationalrates (WBK-N) gab einer entsprechenden parlamentarischen Initiative²¹⁷ Folge, obwohl diverse Detailfragen wie die Kompensation der zusätzlichen Kosten oder die genaue Bestimmung der Leistungsempfänger gegenwärtig noch offen sind.²¹⁸

b. Hochschulbildung

Anlässlich einer Konferenz Ende April 2012 haben die BildungsministerInnen der mittlerweile 47 Bologna-Signatarstaaten die *Fortschritte des sog. «Bologna-Prozesses»*, welcher die Vereinheitlichung der Hochschulbildung umfasst, gewürdigt und die nähere Zielsetzung definiert. Gleichzeitig wurde auf die Schwierigkeiten bei der Umsetzung hingewiesen. Bereits weit vorangeschritten ist der Umsetzungsprozess von Bologna in der Schweiz: Studien zufolge belegen bereits 93 Prozent aller regulär Studierenden unterhalb der Doktoratsstufe einen Studiengang nach dem Bologna-Modell, das Kreditpunktesystem ECTS wird flächendeckend verwendet und das sog. «Diploma Supplement» allen Bologna-Abschlüssen beigelegt.²¹⁹

Im Fachhochschulbereich besteht seit der Bologna-Reform die Möglichkeit, eine Masterstufe vorzusehen, obwohl dort grundsätzlich das berufsqualifizierende Bachelorstudium die Regel bildet. Gesteuert wird der Aufbau der Masterstufe durch die seit 2007 bestehende *Fachhochschulmastervereinbarung* zwischen dem EVD und der Schweizerischen Konferenz der kantonalen Erziehungsdirektoren (EDK). Diese war ursprünglich bis Ende 2011 befristet, wurde jedoch bis Ende 2014 verlängert, um so den nahtlosen Übergang von der Verordnung zum neuen Hochschulförderungs- und -koordinationsgesetz (HFKG), welches ebenfalls zu diesem Zeitpunkt in Kraft treten wird, zu gewährleisten. Masterstudiengänge an Fachhoch-

²¹⁶ Medienmitteilung des Bundesrates, des EDI, des EVD, des SBF und des BBT vom 22. Februar 2012.

²¹⁷ 11.471 Beschränkung der Transportkosten für Lernende (Parlamentarische Initiative), MAIRE JACQUES-ANDRÉ, eingereicht am 15. September 2011.

²¹⁸ Medienmitteilung der Kommission für Wissenschaft, Bildung und Kultur des Nationalrates (WBK-N) vom 11. Mai 2012.

²¹⁹ Medienmitteilung des SBF und des BBT vom 27. April 2012.

schulen bedürfen einer Bewilligung und müssen sowohl qualitative als auch quantitative Kriterien erfüllen.²²⁰

Ein Grundanliegen von Bologna umfasst die Förderung der *Mobilität von Studierenden*. Formuliertes Ziel der BildungsministerInnen ist es, dass bis 2020 mindestens 20 Prozent der Studierenden des europäischen Hochschulraumes während ihres Studiums mobil sind. Eine Studie des BFS für das Jahr 2008 konnte zeigen, dass die Schweiz diese Marke mit einer Quote von 20,9 Prozent bereits knapp erreicht, allerdings nur, wenn Personen mit Bachelorabschluss nicht miteinbezogen werden. Werden sämtliche Studierende miteinbezogen, so sinken die Werte auf 15,5 Prozent an universitären Hochschulen bzw. 7,0 Prozent an Fachhochschulen und pädagogischen Hochschulen. Die am häufigsten angeführten Gründe für den Verzicht auf einen Auslandsstudienaufenthalt sind die mit dem Aufenthalt verbundenen Kosten (49,8 Prozent), das Risiko einer Verlängerung des Studiums (29,7 Prozent) sowie der zeitliche Aufwand für die Organisation des Auslandsaufenthaltes.²²¹

Zur Professionalisierung bei der Aus-, Weiter- und Fortbildung im *öffentlichen Veterinärwesen* hat der Bundesrat eine entsprechende Verordnung verabschiedet, welche vorsieht, dass in Zukunft alle Personen, die eine Funktion im öffentlichen Veterinärwesen übernehmen, unabhängig von ihrer organisatorischen Zugehörigkeit über ein dafür erforderliches Fähigkeitszeugnis verfügen müssen. Die revidierte Verordnung ist am 1. Januar 2012 in Kraft getreten und sieht eine Übergangsfrist von drei Jahren vor, innert welcher das Fähigkeitszeugnis erlangt werden muss.²²²

c. Berufsbildung

Zur Qualitätssicherung der Berufsbildung tragen die *eidgenössischen Prüfungen* bei, welche ein bedeutendes Instrument zur Höherqualifizierung von Berufsleuten darstellen. Derzeit existieren 240 eidgenössisch anerkannte Berufs- und 170 höhere Fachprüfungen. Pro Jahr werden rund 16 000 derartige Abschlüsse erworben. Finanziell beruhen die eidgenössischen Prüfungen bislang zu grossen Teilen auf der Beteiligung der Wirtschaft sowie der AbsolventInnen. Um die eidgenössischen Prüfungen als wirkungsvolles Instrument der arbeitsmarktorientierten Zusatzqualifizierung von Berufsleuten auch für die Zukunft zu sichern, beabsichtigt der Bund, die höhere Berufsbildung zu stärken, indem er vermehrt Beiträge an die Durchführung eidgenössischer Prüfungen leisten will. So sollen die Bundesbeiträge an die Kosten der eidgenössischen Prüfungen von derzeit 25 auf 60 Prozent, in Ausnahmefällen bei besonders kostenintensiven Prü-

²²⁰ Medienmitteilung des EVD vom 28. November 2011.

²²¹ Medienmitteilung des BFS vom 26. September 2011.

²²² Medienmitteilung des Bundesrates und des EVD vom 16. November 2011.

fungen sogar auf 80 Prozent erhöht werden. Diese Beitragserhöhungen machen eine Änderung von Artikel 65 der Berufsbildungsverordnung notwendig. Das Ende der entsprechenden Vernehmlassungsfrist wurde auf den 8. August 2012 festgesetzt, während die Inkraftsetzung der Revision auf Anfang 2013 geplant ist.²²³

Wie erfolgreich das schweizerische Konzept der dualen Berufsbildung zu sein scheint, hat sich anlässlich der *41. Berufsweltmeisterschaft* Mitte Oktober 2011 in London gezeigt. Die Schweiz belegte durch die Leistung ihrer jungen Berufsleute anlässlich des weltweiten Berufswettbewerbes im europäischen Vergleich die Spitzenposition und landete weltweit auf dem dritten Rang hinter Korea und Japan.²²⁴

Solche Ergebnisse leisten u.a. Bildungskooperationsprojekten mit anderen Staaten Vorschub. Bestes Beispiel dafür ist das *schweizerisch-indische Berufsbildungsprojekt*, welches 2008 vom BBT und der schweizerisch-indischen Handelskammer ins Leben gerufen worden ist. Im Rahmen der Bildungskooperation erlangten indische Berufsleute eine qualitativ hochstehende Berufsbildung im industriellen Sektor. Das als Pilotprojekt auf drei Jahre angelegte Unternehmen startete als öffentlich-private Projektpartnerschaft zwischen der Schweiz und Indien und soll nun auf selbsttragender Basis fortgesetzt werden. Aufgrund des grossen Erfolgs des Projekts sind weitere internationale Berufsbildungsprojekte in verschiedenen Ländern geplant.²²⁵

Noch immer dauert die Reglementierung der *beruflichen Grundbildungen* durch das BBT in Zusammenarbeit mit den entsprechenden Organisationen der Arbeitswelt nach Massgabe des BBG an. Im Berichtsjahr 2011/2012 sind für folgende Berufe die nachstehenden Verordnungen über die berufliche Grundbildung in Kraft getreten:²²⁶

- Assistent Gesundheit und Soziales EBA/Assistentin Gesundheit und Soziales EBA
- Bau-Polier mit eidg. Fachausweis/Bau-Polierin mit eidg. Fachausweis
- Baubiologe mit eidg. Fachausweis/Baubiologin mit eidg. Fachausweis
- Baumeister, diplomiert/Baumeisterin, diplomierte
- Bauwerktrenn-Polier mit eidg. Fachausweis/Bauwerktrenn-Polierin mit eidg. Fachausweis
- Bereichsleiter Restauration mit eidg. Fachausweis/Bereichsleiterin Restauration mit eidg. Fachausweis
- Boden-Parkettleger EFZ/Boden-Parkettlegerin EFZ

²²³ Medienmitteilung des Bundesrates und des EVD vom 4. April 2012.

²²⁴ Medienmitteilung des EVD vom 10. Oktober 2011.

²²⁵ Medienmitteilung des BBT vom 7. November 2011.

²²⁶ Vgl. In Kraft getretene Verordnungen über die berufliche Grundbildung, BBT, Stand am 30. Juni 2012, eingesehen unter: www.bbt.admin.ch/bvz/berufe/index.html?jahr=2011&suche=Suche+starten&lang=de bzw. www.bbt.admin.ch/bvz/berufe/index.html?jahr=2012&suche=Suche+starten&lang=de

- Chef de Réception mit eidg. Fachausweis/Cheffe de Réception mit eidg. Fachausweis
- Chefkoch mit eidg. Fachausweis/Chefköchin mit eidg. Fachausweis
- Coiffeur EBA/Coiffeuse EBA
- Direktionsassistent mit eidg. Fachausweis/Direktionsassistentin mit eidg. Fachausweis
- Einkaufsleiter mit eidg. Diplom/Einkaufsleiterin mit eidg. Diplom
- Experte in Organisationsmanagement mit eidg. Diplom/Expertin in Organisationsmanagement mit eidg. Diplom
- Fachmann Bewegungs- und Gesundheitsförderung EFZ/Fachfrau Bewegungs- und Gesundheitsförderung EFZ
- Fachmann im Pisten- und Rettungsdienst mit eidg. Fachausweis/Fachfrau im Pisten- und Rettungsdienst mit eidg. Fachausweis
- Fachmann Leder und Textil EFZ/Fachfrau Leder und Textil EFZ
- Fahrradmechaniker EFZ/Fahrradmechanikerin EFZ
- Feinwerkoptiker EFZ/Feinwerkoptikerin EFZ
- Gärtner EBA/Gärtnerin EBA
- Gärtner EFZ/Gärtnerin EFZ
- Glaser EFZ/Glaserin EFZ
- Handelsspezialist Früchte und Gemüse mit eidg. Fachausweis/Handelsspezialistin Früchte und Gemüse mit eidg. Fachausweis
- ICT-Applikationsentwickler mit eidg. Fachausweis/ICT-Applikationsentwicklerin mit eidg. Fachausweis
- ICT-System- und Netzwerktechniker mit eidg. Fachausweis/ICT-System- und Netzwerktechnikerin mit eidg. Fachausweis
- Institutionsleiter im sozialen und sozialmedizinischen Bereich, diplomiert/Institutionsleiterin im sozialen und sozialmedizinischen Bereich, diplomierte
- Kältemontage-Praktiker EBA/Kältemontage-Praktikerin EBA
- Kältesystem-Monteur EFZ/Kältesystem-Monteurin EFZ
- Kältesystem-Planer EFZ/Kältesystem-Planerin EFZ
- Kaufmann EFZ/Kauffrau EFZ
- Kleinmotorrad- und Fahrradmechaniker EFZ/Kleinmotorrad- und Fahrradmechanikerin EFZ
- Küchenchef mit eidg. Diplom/Küchenchefin mit eidg. Diplom
- Leiter Gemeinschaftsgastronomie mit eidg. Diplom/Leiterin Gemeinschaftsgastronomie mit eidg. Diplom
- Leiter Hotellerie-Hauswirtschaft mit eidg. Diplom/Leiterin Hotellerie-Hauswirtschaft mit eidg. Diplom
- Leiter Restauration mit eidg. Diplom/Leiterin Restauration mit eidg. Diplom
- Leiter Technische Dokumentation, diplomierter/Leiterin Technische Dokumentation, diplomierte
- Logistiker mit eidg. Fachausweis/Logistikerin mit eidg. Fachausweis

- Matrose der Binnenschifffahrt EFZ/Matrosin der Binnenschifffahrt EFZ
- Mediamatiker mit eidg. Fachausweis/Mediamatikerin mit eidg. Fachausweis
- Milchtechnologe EFZ/Milchtechnologin EFZ
- Motorradmechanikerin EFZ/Motorradmechaniker EFZ
- Müller EFZ/Müllerin EFZ
- Packaging Manager mit eidg. Diplom/Packaging Managerin mit eidg. Diplom
- Papiertechnologe EFZ/Papiertechnologin EFZ
- Pharma-Spezialist mit eidg. Fachausweis/Pharma-Spezialistin mit eidg. Fachausweis
- Printmedienpraktiker EBA/Printmedienpraktikerin EBA
- Seilbahnfachmann mit eidg. Fachausweis/Seilbahnfachfrau mit eidg. Fachausweis
- Spezialist für Printmedienverarbeitung EFA/Spezialistin für Printmedienverarbeitung EFA
- Spezialist für die Rehabilitation von sehbehinderten und blinden Menschen mit eidg. Diplom/Spezialistin für die Rehabilitation von sehbehinderten und blinden Menschen mit eidg. Diplom
- Steuerexperte, diplomierter/Steuerexperten, diplomierte
- Theatermaler EFZ/Theatermalerin EFZ
- Wirtschaftsinformatiker mit eidg. Fachausweis/Wirtschaftsinformatikerin mit eidg. Fachausweis
- Zahntechnikmeister/Zahntechnikmeisterin

d. *Weiterbildung*

Die Beschleunigung in gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Entwicklungen bringt es mit sich, dass die vom Individuum einst erworbene berufliche Qualifikation sowie das angeeignete Wissen laufend den Veränderungen angepasst werden müssen, um den Anforderungen des Erwerbslebens gerecht zu werden. Lebenslanges Lernen gilt in der heutigen Informationsgesellschaft als unerlässlich. Mit der Einführung der Verfassungsartikel über die Forschung und Bildung wurde dem Bund in Artikel 64a BV der Auftrag erteilt, die Grundsätze betreffend die Weiterbildung festzulegen sowie diese entsprechend zu fördern. Dieser Auftrag fand seine Konkretisierung schliesslich in einem Entwurf zu einem *Bundesgesetz über die Weiterbildung (WeBiG)*, welcher Anfang November 2011 in die Vernehmlassung²²⁷ geschickt worden ist.²²⁸ Aufgrund der weitgehend positiven Re-

²²⁷ Vernehmlassungsverfahren zum Bundesgesetz über die Weiterbildung (Weiterbildungsgesetz, WeBiG), EVD (BBI 2011 8626).

sonanz, welche aus den rund 180 eingegangenen Stellungnahmen hervorgegangen ist, erachtete der Bundesrat den Entwurf als geeignete Grundlage für eine entsprechende Botschaft. Das EVD wurde deshalb zusammen mit dem EDI damit betraut, den Entwurf in einzelnen Punkten zu überarbeiten und bis Ende 2012 die Botschaft zum neuen WeBiG vorzulegen.²²⁹

Im WeBiG soll gemäss Entwurf die nicht-formale Bildung (also alle staatlich nicht geregelten Bildungsangebote wie Kurse oder Seminare) gesetzlich verankert werden. Namentlich ist geplant, den Begriff der Weiterbildung zu konkretisieren und diesen klar von staatlich normierten Bildungsabschlüssen abzugrenzen. Weiter werden die Grundsätze für die finanzielle Förderung der Weiterbildung durch den Bund definiert und die Kohärenz in der Gesetzgebung verbessert. Durch das WeBiG soll der Wettbewerb gestärkt werden, wodurch mehr Transparenz, Qualität und Durchlässigkeit bei den Weiterbildungsangeboten entstehen soll. Ziel ist es, dadurch Bildungsleistungen aus einer Weiterbildung an formale Bildungsgänge anrechnen zu können. Insbesondere soll durch die Reglementierung der Weiterbildung ein weiterbildungsfreundliches Klima geschaffen werden, welches nicht nur Eigeninitiative belohnt, sondern auch die Chancengleichheit besser verwirklicht, indem Menschen mit Behinderungen oder MigrantInnen gezielt gefördert werden.²³⁰ So wird denn der Entwurf zum WeBiG in der Literatur auch als «Instrument zum sozialen Ausgleich» gesehen.²³¹ Zentral erscheint zudem, wie am ehesten die erhoffte, gesamtwirtschaftliche Breitenwirkung der Weiterbildung zur Erhöhung der volkswirtschaftlichen Produktivität erlangt werden kann. Dazu ist der Auftrag an den Staat genauer unter die Lupe zu nehmen. Denn mehr als reine Finanzhilfen könnte auch ein funktionierendes Validierungssystem für die nicht-formale Bildung dem erhaltenen Mandat gerecht werden.²³² Es bleibt zu hoffen, dass auch solche Überlegungen Eingang in die Gesetzgebung finden.

Bereits vor der geplanten Einführung des WeBiG hat der Bundesrat die Botschaft²³³ und den Entwurf zum *dringlichen Bundesgesetz über die Unterstützung von Dachverbänden der Weiterbildung* zuhanden des Parlaments verabschiedet.²³⁴ Am 17. März 2012 trat das Bundesgesetz

²²⁸ Weiterbildung, BBT, zuletzt eingesehen am 30. Juni 2012 unter: www.bbt.admin.ch/themen/berufsbildung/00105/index.html?lang=de

²²⁹ Medienmitteilung des Bundesrats und des EVD vom 28. Juni 2012.

²³⁰ Medienmitteilung des Bundesrats und des EVD vom 9. November 2011.

²³¹ STÖCKLI JEAN-FRITZ, Arbeitsvertragliche Regelung der Weiterbildung, in: ArbR 2011, S. 129.

²³² Dazu im Ganzen STÖCKLI JEAN-FRITZ, Arbeitsvertragliche Regelung der Weiterbildung, in: ArbR 2011, S. 117 ff.

²³³ 12.015 Botschaft vom 18. Januar 2012 zum Bundesgesetz über die Unterstützung von Dachverbänden der Weiterbildung (BBl 2012 665).

²³⁴ Medienmitteilung des Bundesrates und des EVD vom 18. Januar 2012.

schliesslich befristet bis zum 31. Dezember 2012 in Kraft.²³⁵ Mittels dieses Bundesgesetzes soll die Übergangsfinanzierung der Weiterbildung im Jahr 2012 sichergestellt werden, da infolge des Kulturfördergesetzes die bisherige Rechtsgrundlage zur Unterstützung der Dachverbände aufgehoben worden ist. Zudem sieht der Bundesrat in seiner BFI-Botschaft 2013 bis 2016 ein nicht dringliches Bundesgesetz vor, welches die Unterstützung der Dachverbände über das Jahr 2012 hinaus bis zur Einführung des WeBiG gewährleisten soll.²³⁶

5. Soziale Sicherheit

a. Allgemeines

Seit dem 1. April 2012, dem Datum des Inkrafttretens des revidierten Anhangs II zum Freizügigkeitsabkommen (FZA), sind die neuen *EU-Verordnungen Nr. 883/2004 sowie Nr. 987/2009 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit* in der Beziehung zwischen der Schweiz und den EU-Mitgliedstaaten anwendbar. Die EU-Verordnungen ersetzen die Verordnungen Nr. 1408/71 sowie Nr. 574/72.²³⁷ Insgesamt sind die damit einhergehenden Neuerungen von beschränkter Tragweite. Namentlich konnte die Schweiz den Nichtexport von beitragsunabhängigen Sonderleistungen (Ergänzungsleistungen, Hilflosenentschädigung, Arbeitslosenhilfe) beibehalten. Zudem besteht durch einen entsprechenden Vorbehalt die Möglichkeit, ausserordentliche IV-Renten von Nichterwerbstätigen weiterhin vom Export auszunehmen. Im Bereich der Unterstellung unter die Rechtsvorschriften des Wohnsitzstaates sind folgende Änderungen erfolgt.²³⁸

- Die maximale Entsendedauer für Arbeitnehmende und selbstständig Erwerbende wird von zwölf auf 24 Monate erweitert.
- Für die Unterstellung unter die Rechtsvorschriften des Wohnstaates bei gewöhnlicher Erwerbstätigkeit in mehreren Staaten für einen Arbeitgeber mit Sitz in einem Staat ist Voraussetzung, dass ein «wesentlicher Teil» im Sinne eines Viertels der Erwerbstätigkeit im Wohnstaat ausgeübt wird. Kann dieses Kriterium nicht erfüllt werden, so ist der Arbeitnehmer den Vorschriften des Staates, in welchem sich der

²³⁵ Bundesgesetz vom 16. März 2012 über die Unterstützung von Dachverbänden der Weiterbildung (AS 2012 1469).

²³⁶ Medienmitteilung des Bundesrates und des EVD vom 18. Januar 2012.

²³⁷ Anwendung der Verordnung (EG) Nr. 883/04 und Nr. 987/2009 zwischen der Schweiz und den EU-Mitgliedstaaten, BSV, zuletzt eingesehen am 30. Juni 2012 unter: www.bsv.admin.ch/themen/internationales/aktuell/02778/index.html?lang=de

²³⁸ Mitteilungen an die AHV-Ausgleichskassen und EL-Durchführungsstellen Nr. 301 vom 15. Februar 2012 des BSV.

Arbeitgebersitz befindet, unterstellt. Analoges gilt für selbstständig Erwerbende, wobei dann nicht auf den Arbeitgebersitz, sondern auf den Mittelpunkt ihrer Tätigkeit abzustellen ist.

- Mit der neuen Verordnung wird das Prinzip der Unterstellung unter die Rechtsvorschriften eines einzigen Staates umfassend verwirklicht. Im Gegensatz zu früher ist die «Doppelunterstellung» bei einer Erwerbstätigkeit in mehreren Staaten nicht mehr möglich.
- Weiter sieht die Verordnung Nr. 883/2004 keine Sondervorschriften für die Versicherungspflicht von Arbeitnehmenden in internationalen Transportunternehmen mehr vor, sondern bestimmt sich deren Unterstellung nach den allgemeinen Regeln zur Tätigkeit in mehreren Mitgliedstaaten.
- Der Bezug von kurzfristigen Geldleistungen ist der Ausübung einer Erwerbstätigkeit gleichgestellt. Als Erwerbsstaat gilt in diesen Fällen der Staat, welcher die Geldleistungen (bspw. Mutterschaftsentschädigung oder Unfalltaggeld) ausbezahlt.
- Solange sich der zugrunde liegende Sachverhalt nicht ändert, besteht eine Übergangsfrist von maximal zehn Jahren, in welchen Personen weiterhin gemäss den altrechtlichen Bestimmungen einem Staat unterstellt bleiben.

Wesentliche Änderungen ergaben sich jedoch nicht nur hinsichtlich der Unterstellung, sondern auch im Bereich der Leistungen:²³⁹

- Der Gleichbehandlungsgrundsatz von Artikel 4 der Verordnung Nr. 883/2004 bezieht sich neu auf alle Personen, welche in den Anwendungsbereich der Verordnung fallen, auch wenn sie ausserhalb eines EU-Mitgliedstaates ihren Wohnsitz haben. Das bedeutet, dass AHV/IV-Renten grundsätzlich weltweit an alle berechtigten EU-Staatsangehörigen auszubezahlen sind. Allerdings bestehen Ausnahmen vom weltweiten Export von AHV/IV-Renten bspw. im Zusammenhang mit Ergänzungsleistungen und gleichartigen kantonalen Leistungen sowie Härtefallrenten der IV.
- Kinder- und Waisenrenten werden aufgrund der Verordnung denselben Berechnungsregeln unterstellt wie Altersrenten.
- Weiter entfällt die Nachversicherung für den Anspruch auf IV-Renten, während weiterhin eine Nachversicherung für den Anspruch auf Eingliederungsmassnahmen besteht.
- Nichterwerbstätige EU- und EFTA-Staatsangehörige, deren Ansprüche auf Ergänzungsleistungen früher plafoniert waren, weil sie zwar die fünf-, nicht jedoch die zehnjährige Karenzfrist erfüllt haben, haben neu einen Anspruch unplafonierte EL.
- Das Freizügigkeitsabkommen gilt neu für alle Rentenansprüche bzw. deren Anpassungen, die nach dem Beginn der Anwendungen des Abkommens verfügt werden.

²³⁹ Vgl. ebd.

Zur Sicherstellung des Funktionierens der beiden Koordinationsverordnungen ist der elektronische Austausch von Daten und Informationen zwischen den Versicherungsträgern und Behörden der EU und der Schweiz vorgesehen. Dies zieht eine Änderung bei der Verwendung der entsprechenden Formulare nach sich.²⁴⁰

b. Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung (AHVG/IVG)

aa. AHV

Wie nach dem Scheitern der letzten Revisionsbemühungen in Bezug auf die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHV) angekündigt worden war,²⁴¹ verabschiedete das Parlament in der Sommersession 2011 Änderungen im AHVG und in den entsprechenden Verordnungen. Der Bundesrat setzte dieses Revisionspaket, welches eine Serie von Verbesserungsmassnahmen beinhaltet, die seit Jahren hängig sind und im Rahmen der 11. AHV-Revision unbestritten waren, schliesslich per 1. Januar 2012 in Kraft. Betroffen von den Neuregelungen sind insbesondere der Bereich der Beiträge sowie die technische Durchführung der Versicherung von bestimmten Personengruppen. Von herausragender Bedeutung sind namentlich die folgenden Massnahmen:²⁴²

- Das bisherige Privileg für Versicherte, die zwar in der Schweiz arbeiten, jedoch nicht für einen in der Schweiz domizilierten Arbeitgeber tätig sind, ist weggefallen, da diese neu den gleichen Beitragssätzen unterstellt sind wie andere Arbeitnehmende und damit nicht länger von den Beiträgen für selbstständig Erwerbende profitieren können.
- Der Maximalbeitrag für Nichterwerbstätige, der seit 1975 CHF 8400.– betrug, ist auf das 50-Fache des Mindestbeitrages limitiert worden, was derzeit einem Betrag von CHF 19 350.– entspricht. Den Höchtsbetrag entrichten müssen Personen, deren Vermögen mindestens CHF 8,3 Mio. (unter Einschluss der kapitalisierten Rentenleistungen) beträgt.
- Die Durchführung der AHV wird bspw. dadurch vereinfacht, dass alle Frühpensionierten ihrer bisherigen Ausgleichskasse unterstellt bleiben und somit keine Pflicht zum Wechsel zur kantonalen Ausgleichskasse mehr besteht.²⁴³

Zur Schaffung von Transparenz und zur Dokumentation des partnerschaftlichen Reformprozesses der AHV wurde die Internetplattform

²⁴⁰ M.w.H., vgl. ebd.

²⁴¹ Vgl. Vorjahresbericht JAR 2011, S. 63 f.

²⁴² Medienmitteilung des Bundesrates und des BSV vom 19. Oktober 2011.

²⁴³ Vgl. ebd.

www.ahv-gemeinsam.ch ins Leben gerufen. Sie informiert über den Stand der Arbeiten und das weitere Vorgehen.²⁴⁴

bb. IV

Seit Mitte der 90er Jahre verschlechterte sich die finanzielle Situation der *Invalidenversicherung (IV)*. Seit 2006 konnte das bestehende Defizit zwar stabilisiert werden, doch betrug der Fehlbetrag im Jahre 2010 noch immer rund CHF 1 Mrd. Zur nachhaltigen Sanierung der IV wird deshalb gegenwärtig ein mehrstufiger Sanierungsplan verfolgt.²⁴⁵ Wie bereits in der letzten Berichtsperiode erwähnt, ist die Revision in zwei Stufen, das Massnahmenpaket der IV-Revision 6a und jenes der IV-Revision 6b, gegliedert.²⁴⁶ Ersteres ist am 1. Januar 2012 in Kraft getreten und legt den Fokus auf die Eingliederung von IV-Rentnern ins Erwerbsleben. Gleichzeitig soll ein Assistenzbeitrag von CHF 32.50 pro Stunde, welcher es Menschen mit Behinderung erlauben soll, in Eigenregie eine Hilfe zu engagieren, zur Förderung eines selbstbestimmten Lebens beitragen. Dadurch sollen auch Einsparungen durch die Vermeidung nicht zwingend notwendiger Heimaufenthalte generiert werden. Insgesamt ist geplant, durch die IV-Revision 6a die IV-Rechnung jährlich im Durchschnitt um CHF 335 Mio. zu verbessern. Die Massnahmen der IV-Revision 6b sind derzeit Gegenstand der parlamentarischen Beratungen. Geplant ist, die IV vollständig zu sanieren und bis ins Jahr 2025 umfassend zu entschulden.²⁴⁷

c. *Ergänzungsleistungen (EL), Erwerbsersatzordnung (EO) und Familienzulagengesetz (FamZG)*

Die gesamtschweizerische Ausdehnung des Anspruchs auf die national festgelegten Mindestbeiträge der *Familienzulagen* (mindestens CHF 200.– Kinder- bzw. CHF 250.– Ausbildungszulagen pro Kind und Monat) auf selbstständig Erwerbende erfolgt per 1. Januar 2013. Das Parlament hat eine entsprechende Änderung bereits in der Frühjahrssession 2011 beschlossen. Gleichzeitig müssen sich die selbstständig Erwerbenden jedoch auch an der Finanzierung der Zulagen nach Massgabe ihres Erwerbseinkommens beteiligen.²⁴⁸ Unabhängig von dieser Novelle hat der Bundesrat mit Wirkung per 1. Januar 2012 zwei weitere Anpassungen aufgrund von Gerichtsentscheiden vorgenommen. Einerseits werden die Aus-

²⁴⁴ Medienmitteilung des EDI und des BSV vom 5. Oktober 2011.

²⁴⁵ Faktenblatt vom Dezember 2011 zum Sanierungsplan und 6. IV-Revision im Überblick des Bundesamts für Sozialversicherungen (BSV).

²⁴⁶ Vgl. Vorjahresbericht JAR 2011, S. 64 f.

²⁴⁷ Medienmitteilung des Bundesrates und des EDI vom 16. November 2011.

²⁴⁸ Medienmitteilung des Bundesrates und des EDI vom 26. Oktober 2011.

bildungszulagen neu auch bei längeren Ausbildungen der Kinder und Jugendlichen im Ausland ausgerichtet. Andererseits haben Arbeitnehmende bei einem unbezahlten Urlaub von bis zu drei Monaten weiterhin Anspruch auf Familienzulagen.²⁴⁹

Keine gesetzgeberischen Projekte fanden in der Berichtsperiode bezüglich der Erwerbsersatzordnung (EO) bzw. der Ergänzungsleistungen (EL) statt.

d. Berufliche Vorsorge (BVG)

Trotz des Scheiterns der von Bundesrat und Parlament beschlossenen *Anpassung des Mindestumwandlungssatzes* in der beruflichen Vorsorge im März 2010 an der Urne bildet die Diskussion um dessen Höhe und die Auswirkungen einer möglichen Senkung des Mindestumwandlungssatzes noch immer den neuralgischen Punkt. Ein diesbezüglicher Bericht über eine umfassende Problemanalyse zusammen mit gangbaren Lösungsansätzen zu den verschiedenen Reformpunkten befand sich nach der Anhörung durch das EDI im Dezember 2011 beim Bundesrat, welcher diesen nach seinen Vorstellungen bereinigt und mit konkreten Reformvorschlägen im Sinne einer Reformagenda dem Parlament im Sommer 2012 vorgelegt hat.²⁵⁰

Die im März 2010 vom Parlament verabschiedete *Strukturreform* zog strengere Anforderungen an Transparenz, Governance und Unabhängigkeit der involvierten Akteure der 2. Säule nach sich und führte so zu einer Entflechtung der Zuständigkeiten im Aufsichtssystem. Während für die Direktaufsicht neu ausschliesslich die kantonalen bzw. interkantonalen Aufsichtsbehörden am Sitz der jeweiligen Vorsorgeeinrichtung zuständig sind, erfolgt deren Oberaufsicht durch die *Oberaufsichtskommission Berufliche Vorsorge (OAK BV)* seit dem 1. Januar 2012 ausserhalb der zentralen Bundesverwaltung und unabhängig von Weisungen des Parlaments oder des Bundesrates.²⁵¹

Der Mindestzinssatz der beruflichen Vorsorge wurde vom Bundesrat per 1. Januar 2012 auf 1,5 Prozent festgelegt.²⁵²

Demgegenüber mussten die Hinterlassenen- und Invalidenrenten der beruflichen Vorsorge, die seit 2008 laufen, nicht per 1. Januar 2012 der Teuerung angepasst werden, da der Septemberindex 2011 mit 99,7 Punkten (Basis Dezember 2010 = 100) tiefer war als jener von 2008 mit 99,8 Punk-

²⁴⁹ Vgl. ebd.

²⁵⁰ Medienmitteilung des EDI vom 4. Januar 2012.

²⁵¹ Medienmitteilung der Oberaufsichtskommission Berufliche Vorsorge, des BSV, des BFM sowie des Bundesamtes für Landwirtschaft vom 5. Januar 2012.

²⁵² Medienmitteilung des Bundesrates und des EDI vom 2. November 2011.

ten. Die Renten werden somit frühestens zusammen mit der nächsten AHV-Rentenerhöhung, also per 1. Januar 2013, der Teuerung angepasst.²⁵³

e. *Arbeitslosenversicherung (ALV)*

Die *Rechnung der Arbeitslosenversicherung (ALV)* schloss für das Jahr 2010 mit einem Verlust von CHF 1,71 Mrd. ab, wobei die Darlehensschulden per Ende 2010 auf CHF 7,6 Mrd. stiegen. Für das Jahr 2011 wird jedoch infolge der Revision des Arbeitslosenversicherungsgesetzes (AVIG)²⁵⁴ sowie der Aufstockung des Ausgleichsfonds im Zusammenhang mit der Frankenstärke mit einem Überschuss und einem deutlichen Schuldenabbau gerechnet.²⁵⁵

Mittels der am 1. April 2011 in Kraft gesetzten Revision des AVIG wurde der *Anspruch von über 55-Jährigen* auf den Maximalsatz von 520 Taggeldern dahingehend geändert, dass dieser nur dann bestand, wenn die Berechtigten innerhalb der Rahmenfrist von zwei Jahren eine Beitragszeit von mindestens 24 statt wie zuvor von 18 Monaten nachweisen konnten.²⁵⁶ Da diese Verschärfung der Beitragszeit zu stossenden Härtefällen führte, wurde in der Herbstsession 2011 eine erneute Korrektur dieser Regelung vorgenommen.²⁵⁷ Per 1. Januar 2012 wurde deshalb die Beitragszeit für den Höchstanspruch von 520 Taggeldern von mindestens 24 auf 22 Monate gesenkt (Artikel 27 Absatz 2 litera c AVIG).²⁵⁸ Betroffen von der Änderung sind neben den über 55-Jährigen Versicherten Versicherte, die eine IV-Rente beziehen, welche einem Invaliditätsgrad von mindestens 40 Prozent entspricht und die entweder älter als 25 oder unterhaltspflichtig gegenüber unter 25-jährigen Kindern sind.²⁵⁹

Weiter wurde per 1. Januar 2012 mit Wirkung bis zum 31. Dezember 2013 die Höchstdauer zum Bezug einer *Kurzarbeitsentschädigung* von zwölf auf 18 Monate erhöht sowie die Geltung der verkürzten Karenzfrist

²⁵³ Medienmitteilung des BSV vom 20. Oktober 2011.

²⁵⁴ Vgl. Vorjahresbericht JAR 2011, S. 66 ff.

²⁵⁵ Medienmitteilung des Bundesrates, des EVD und des SECO vom 13. Dezember 2011.

²⁵⁶ 11.467 Parlamentarische Initiative AVIG. Rahmenfrist und Mindestbeitragszeit für über 55-Jährige. Bericht vom 30. August 2011 der WAK-N.

²⁵⁷ Vgl. Medienmitteilung der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit (SGK-S) vom 19. August 2011.

²⁵⁸ Änderung vom 30. September 2011 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung (Arbeitslosenversicherungsgesetz, AVIG), AS 2012 495.

²⁵⁹ Arbeitslosenversicherung – Die Änderung ab dem 1. Januar 2012, SECO, zuletzt eingesehen am 30. Juni 2012 unter: www.seco.admin.ch/themen/00385/04770/04773/index.html?lang=de

verlängert.²⁶⁰ Diese Anpassung von Artikel 50 Absatz 3 AVIV bzw. Artikel 57b AVIV wurde vor dem Hintergrund des bestehenden Arbeitsmarktklimas sowie dem gleichzeitigen Ende der Massnahmen des Stabilisierungsgesetzes, welche noch bis Ende 2011 eine ausserordentliche Bezugsdauer von 24 Monaten innerhalb einer Bezugsdauer von zwei Jahren vorsahen, notwendig.²⁶¹

Weiter erfolgten in Anpassung an die Verordnung (EG) Nr. 883/2004 diverse Änderungen der AVIV, welche massgeblich die Koordination von Versicherungsleistungen an Bürger von Mitgliedstaaten der EU betreffen.²⁶²

f. Unfallversicherung (UVG) und Krankenversicherung (KVG)

Änderungen des Sozialversicherungsrechts machten auch diverse Anpassungen im Unfallversicherungsgesetz (UVG) per 1. Januar 2012 notwendig. So wurde namentlich infolge der Verbesserung in der Durchführung der AHV per 1. Januar 2012 eine Anpassung von Artikel 22 UVG notwendig. Neu werden die Invalidenrenten der obligatorischen Unfallversicherung nicht mehr revidiert, wenn davon ausgegangen werden kann, dass ein definitiver Rückzug der anspruchsberechtigten Person aus dem Erwerbsleben stattgefunden hat. Davon ist auszugehen, wenn die Person das ordentliche Rentenalter der AHV erreicht hat oder eine ganze Altersrente dieser Versicherung vorbezieht.²⁶³

Die Versicherungsdeckung im Bereich der Unfallversicherung für Personen, welche an einem im Rahmen der 6. IV-Revision eingeführten «Arbeitsversuch» gemäss Artikel 18a IVG teilnehmen, war bislang nicht explizit geregelt. Namentlich wurde darauf verzichtet, diesen durch eine Anpassung der Unfallversicherungsverordnung (UVV) zu gewährleisten, weshalb gegenwärtig kein Unfallversicherungsschutz nach UVG für Teilnehmer an einem «Arbeitsversuch» besteht. Eine Arbeitsgruppe erhielt jedoch den Auftrag, die Voraussetzungen zur Schaffung einer Kollektivversicherung zu prüfen, mittels welcher sämtliche Eingliederungsmassnahmen versicherungstechnisch aufgefangen werden könnten.²⁶⁴

²⁶⁰ Änderung vom 19. Oktober 2011 der Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (Arbeitslosenversicherungsverordnung, AVIV), AS 2011 4771.

²⁶¹ Medienmitteilung des Bundesrates und des EVD vom 19. Oktober 2011.

²⁶² Änderung vom 2. März 2012 der Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (Arbeitslosenversicherungsverordnung, AVIV), AS 2012 1203.

²⁶³ Informationsschreiben des Bundesamtes für Gesundheit (BAG) vom Dezember 2011 zur Änderung des bisherigen Rechts per 1. Januar 2012.

²⁶⁴ Vgl. ebd.

Weiter wurde die Revision der *Bauarbeitenverordnung (BauAV)*²⁶⁵ per 1. November 2011 in Kraft gesetzt. Die BauAV, welche in grossen Teilen noch auf dem technischen Stand von 1963 basierte und deshalb nicht mehr den heutigen Sicherheitsanforderungen entsprach, statuiert neu die Pflicht zur Spezialausbildung bei Arbeiten an wärmetechnischen Anlagen und Hochkaminen. Zudem wurden die Bestimmungen im Bereich von Arbeiten auf Dächern angepasst.²⁶⁶

Aufgrund einer negativen Entwicklung des Landesindex um minus 0,6 Punkte wurde für das Jahr 2012 trotz der Regel einer zweijährlichen Anpassung an die Teuerung *keine derartige Renten Anpassung* vorgenommen.²⁶⁷

Mit Blick auf die Krankenversicherung standen im Berichtsjahr die Reformprojekte bezüglich der *Aufsicht über die soziale Krankenversicherung* sowie der sog. «*Managed Care*»-Vorlage im Zentrum des Interesses.

Um die Aufsicht in der sozialen Krankenversicherung zu stärken und die Transparenz des Systems zu erhöhen, hat der Bundesrat Mitte Februar 2012 einen Gesetzesentwurf sowie die entsprechende Botschaft dem Parlament überwiesen. Die vorgeschlagenen Neuerungen betreffen sowohl Massnahmen zur Stärkung der finanziellen Sicherheit der Krankenversicherer als auch Regulierungen im Bereich der Prämien genehmigung und der Corporate Governance im Sinne von Gewährsanforderungen für die Mitglieder der leitenden Organe einer Krankenkasse. Zudem werden die Vermittlertätigkeit sowie die Werbung weiter kanalisiert und Instrumente auf aufsichtsrechtlicher Ebene geschaffen, um eingreifen zu können, falls die finanzielle Stabilität einer Krankenkasse gefährdet ist. Die Aufsichtsfunktion soll jedoch weiterhin vom Bundesamt für Gesundheit (BAG) wahrgenommen werden.²⁶⁸

Am 17. Juni 2012 haben die Stimmberechtigten über die integrierte Versorgung, bekannt unter dem Schlagwort «*Managed Care*», abgestimmt. Die Vorlage sah vor, mittels integrierter Versorgungsnetzwerke die Effizienz und Qualität im Gesundheitswesen zu stärken. Ziel war es, durch eine Verbesserung der Zusammenarbeit und Koordination u.a. unnötige Untersuchungen und Doppelspurigkeiten im Gesundheitswesen zu vermeiden. Daneben waren Neuerungen beim Risikoausgleich zwischen den Kranken-

²⁶⁵ Verordnung vom 29. Juni 2005 über die Sicherheit und den Gesundheitsschutz der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer bei Bauarbeiten (Bauarbeitenverordnung, BauAV, SR 832.311.141).

²⁶⁶ Änderung vom 29. Juni 2011 der Verordnung vom 29. Juni 2005 über die Sicherheit und den Gesundheitsschutz der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer bei Bauarbeiten (Bauarbeitenverordnung, BauAV, SR 832.311.141), AS 2011 3537 sowie Informationsschreiben des BAG vom Dezember 2011 zur Änderung des bisherigen Rechts per 1. Januar 2012.

²⁶⁷ Informationsschreiben des BAG vom Dezember 2011 zur Änderung des bisherigen Rechts per 1. Januar 2012.

²⁶⁸ Medienmitteilung des Bundesrates, des EDI und des BAG vom 16. Februar 2012.

kassen vorgesehen.²⁶⁹ Befürworter des Referendums befürchteten infolge der «Managed Care»-Vorlage jedoch eine Zunahme der medizinischen Rationierung sowie eine Zweiklassenmedizin aufgrund der beschränkten Arztwahl.²⁷⁰ Die Vorlage wurde mit 76 Prozent Gegenstimmen verworfen, wobei sich der fehlende Zuspruch am deutlichsten in der Romandie zeigte.²⁷¹

g. Sozialversicherungsabkommen

Zwischen der Schweiz und Japan ist das bereits am 22. Oktober 2010 unterzeichnete Sozialversicherungsabkommen²⁷² am 1. März 2012 in Kraft getreten. Das Abkommen bezieht sich auf die AHV, die IV sowie die Krankenversicherung. Insbesondere werden der gegenseitige Export von Rentenleistungen, die Gleichbehandlung der Staatsangehörigen des anderen Vertragsstaates, die anwendbaren Rechtsvorschriften und die gegenseitige Verwaltungshilfe geregelt.²⁷³ Damit unterhält die Schweiz gegenwärtig mit 44 Staaten bilaterale Abkommen über die soziale Sicherheit.²⁷⁴

6. Personalrecht des Bundes

Der Bericht zur *Bundespersonalpolitik* für das Jahr 2011 konnte erstmals auf den Umsetzungsstand der Personalstrategie Bundesverwaltung 2011–2015 Bezug nehmen. Im Zuge dieser Reformbemühungen konnten zudem bereits einige Massnahmen der Personalstrategie umgesetzt werden. Der Stellenbestand ist im Vergleich zum Vorjahr leicht um 235 Vollzeitstellen gesunken, wobei sich die Verteilung der Geschlechter den Verhältnissen in der übrigen erwerbstätigen Bevölkerung angenähert hat. Ebenso entwickelten sich die Anteile der Landessprachen und jene der Lernenden sowie die Integration von Menschen mit Behinderungen in Richtung der

²⁶⁹ Abstimmung über die integrierte Versorgung am 17. Juni, BAG, Stand am 19. Juni 2012, zuletzt eingesehen am 30. Juni 2012 unter: www.bag.admin.ch/themen/krankenversicherung/00305/06506/06664/index.html?lang=de

²⁷⁰ NZZ vom 12. Mai 2012, S. 12 sowie DAS MAGAZIN vom 26. Mai 2012, Kommentar von DANIEL BINSWANGER, S. 4.

²⁷¹ Vorlage Nr. 562, Vorläufige amtliche Endergebnisse, Schweizerische Bundeskanzlei, zuletzt eingesehen am 30. Juni 2012 unter: www.admin.ch/ch/d/pore/va/20120617/det562.html

²⁷² Abkommen vom 22. Oktober 2010 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und Japan über soziale Sicherheit (SR 0.831.109.463.1).

²⁷³ Medienmitteilung des BAG und des BSV vom 13. Januar 2012.

²⁷⁴ Sozialversicherungsabkommen und normative Übereinkommen, BSV, zuletzt eingesehen am 30. Juni 2012 unter: www.bsv.admin.ch/themen/internationales/02094/index.html?lang=de

im Rahmen der Bundespersonalstrategie gesetzten Sollwerte. Weiter wurde ein neues Stellenportal unter der Domain *www.stelle.admin.ch* aufgeschaltet und eine bessere Informatikunterstützung für das Personalkostencontrolling verwirklicht. Ebenso konnte die erste Etappe für den Lohngleichheitsdialog zwischen Bundesrat und Sozialpartnern abgeschlossen werden.²⁷⁵

Zentraler Aspekt des Personalrechts des Bundes bildet noch immer die Reformbemühung um ein modernes und wettbewerbsfähiges *Bundespersonalgesetz (BPG)*.²⁷⁶ Nachdem eine erste Botschaft zum BPG im Vernehmlassungsverfahren aufgrund von Differenzen mit den Sozialpartnern gescheitert war, verabschiedete der Bundesrat Ende August 2011 eine zweite Botschaft. Noch immer gilt die Annäherung des BPG an die arbeitsrechtlichen Bestimmungen des OR als Ausgangspunkt der Revision. So soll die Auflösung von Arbeitsverhältnissen flexibler gestaltet werden können, indem die im BPG aufgelisteten Kündigungsgründe als lediglich enumerativ zu verstehen sein sollen. Beibehalten werden jedoch der Grundsatz, dass ein Arbeitsverhältnis nur aus «sachlich hinreichenden Gründen» aufgelöst werden kann, sowie die Grundrechtsbindung des Bundes in seiner Funktion als Arbeitgeber. Ebenso muss eine Kündigung gemäss Entwurf auch weiterhin als begründungsbedürftige Verfügung ergehen. Das Kündigungsrecht wird zudem durch weitere Bestimmungen zur unverschuldeten Kündigung, zur Möglichkeit der Weiterbeschäftigung und zum Beschwerdeverfahren flankiert. Gerade die letzten beiden Regelungskomplexe bildeten im Rahmen des Verhandlungspakets mit den Sozialpartnern die neuralgischen Punkte. Weiter ist geplant, die gesetzlichen Grundlagen für den Elternurlaub (Vaterschafts- und Adoptionsurlaub) zu schaffen. Betreffend die berufliche Vorsorge gilt es, deren Finanzierung flexibler zu gestalten.²⁷⁷ Die mit der Vorlage betraute Staatspolitische Kommission des Ständerates (SPK-S) folgte weitgehend dem Entwurf des Bundesrates, ergänzte diesen jedoch um die Bestimmung, wonach die Arbeitgeber Massnahmen zur Förderung der aktiven Kenntnisse einer zweiten Amtssprache bzw. der passiven Kenntnisse einer dritten Amtssprache der höheren Kader zu treffen hätten. Von der grundsätzlichen Abschaffung von Abgangsentschädigungen, wie diese von einer Kommissionsminderheit gefordert worden war, wurde hingegen abgesehen.²⁷⁸

Da die Bundesverwaltung die *Personendaten* ihrer Mitarbeitenden zunehmend elektronisch verarbeitet, indem Personalerfassungssysteme wie bspw. das Personalinformationssystem (BV Plus), das elektronische Be-

²⁷⁵ Medienmitteilung des Bundesrates und des Eidg. Finanzdepartements (EFD) vom 28. März 2012.

²⁷⁶ Vgl. bereits Vorjahresbericht JAR 2011, S. 70 f.

²⁷⁷ Medienmitteilung des EFD und des Bundesrates vom 31. August 2011.

²⁷⁸ Medienmitteilung der Staatspolitischen Kommission des Ständerates (SPK-S) vom 1. Februar 2012.

werbungsmanagement (E-Recruiting) oder das elektronische Personaldossier (E-Personaldossier) zum Einsatz gelangen, sind Anpassungen im bestehenden BPG notwendig geworden. Die Artikel 27 a–c BPG beinhalten deshalb entsprechende Grundlagen zur Informationsverwaltung. Zudem wurde die bisherige Verordnung über den Schutz von Personaldaten in der Bundesverwaltung durch eine neue ersetzt, welche in erster Linie die Organisation und den Betrieb der Informationssysteme sowie die damit verbundene Datenbearbeitung regelt.²⁷⁹

Nicht nur bei der Verwaltung von Personaldaten, sondern auch im Bereich des *Datenschutzes bei der Benutzung der elektronischen Infrastruktur des Bundes* wurden Verbesserungen durch eine Änderung des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes (RVOG) sowie der entsprechenden Verordnung bewerkstelligt. Da Bundesangestellte und andere Personen, welche die elektronische Infrastruktur des Bundes benutzen, zwangsläufig digitale Spuren hinterlassen, welche teilweise als besonders schützenswerte Personendaten einzustufen sind, wurde zur Speicherung solcher Daten endlich eine entsprechende gesetzliche Grundlage geschaffen. So dürfen Bundesorgane seit dem Inkrafttreten der gesetzlichen Grundlage am 1. April 2012 personenbezogene Daten, welche bei der Benutzung der elektronischen Infrastruktur des Bundes entstehen, nur zu abschliessend aufgezählten Zwecken aufzeichnen und auswerten. Die Voraussetzungen zur Auswertung sind unterschiedlich streng und hängen davon ab, ob die Auswertung anonym oder bezogen auf eine namentlich bekannte Person erfolgt. Die strengsten Voraussetzungen gelten für Abklärungen bei einem konkreten Verdacht der missbräuchlichen Verwendung des Internets.²⁸⁰

Für das Jahr 2012 erhielten die Bundesangestellten einen Teuerungsausgleich von 0,4 Prozent sowie eine Realloohnerhöhung von 0,8 Prozent. Insgesamt wurden somit *Lohnmassnahmen* von 1,2 Prozent verabschiedet.²⁸¹ Bereits Anfang Mai 2012 wurden die Verhandlungen im Hinblick auf die Lohnmassnahmen 2013 aufgenommen. Obwohl diverse Umstände, darunter insbesondere die negative Teuerungsprognose für das Jahr 2012, eher für eine Nullrunde sprachen, wurde im Voranschlag 2013 ein kleiner Spielraum für mögliche Lohnmassnahmen vorgesehen. Die Personalverbände sprachen sich dabei für Lohnmassnahmen von rund einem Prozent aus und betonten abermals ihre Forderung nach einer Einmalzulage auf den Renten in der Höhe von CHF 1000.–. Gerade letzteres Anliegen dürfte jedoch einen eher schweren Stand haben. Um die Sozialpartnerschaft beim Bund weiter zu stärken, wurde zudem eine Absichtserklärung zwischen den Spitzen der Personalverbände und der Bundespräsidentin, EVELINE

²⁷⁹ Medienmitteilung des Bundesrates und des EFD vom 26. Oktober 2011.

²⁸⁰ Medienmitteilung des Bundesrates und des EJPD vom 22. Februar 2012.

²⁸¹ Medienmitteilung des Bundesrates und des EFD vom 23. November 2011.

7. Öffentliches Dienstrecht der Kantone

Im *Kanton Basel-Stadt* wurde per 1. Januar 2012 die bereits im Jahre 2008 beschlossene Erhöhung des allgemeinen Ferienanspruchs auf 25 Arbeitstage pro Kalenderjahr wirksam. Für Staatsangestellte nach Vollendung des 50. Altersjahres gilt zudem ein Ferienanspruch von 28 Tagen, welcher nach Vollendung des 60. Lebensjahres auf 32 Tage erhöht wird.²⁸³ Basierend auf dieser gesetzlichen Erhöhung des Ferienanspruchs wurde eine Überarbeitung des Arbeitszeitreglements Schichtdienst Berufsfeuerwehr notwendig. Da die darin enthaltenen Regelungen teilweise deutlich von den Regelungen der Arbeitszeitverordnung sowie denjenigen der Ferien- und Urlaubsverordnung abwichen und dadurch das Rechtsgleichheitsgebot verletzen, wurde ein neues Arbeitszeitreglement erarbeitet. Nach Massgabe eines externen Gutachtens stellte die Änderung keine Verschlechterung der Arbeitsbedingungen dar, sondern es ergab sich, dass die Berufsfeuerwehrleute gegenüber anderen Angestellten im Kanton noch immer leicht besser gestellt sind.²⁸⁴ Dennoch bekundeten die betroffenen Berufsfeuerwehrleute mit Unterstützung der Gewerkschaft Syna im Vorfeld ihren Unmut über das Reglement im Rahmen einer 24-stündigen «Brandwache».²⁸⁵ Da diese weitgehend wirkungslos blieb, erhob Ende Mai 2012 eine Mehrheit der betroffenen Berufsfeuerwehrleute zusammen mit den involvierten Gewerkschaften eine Verfassungsbeschwerde beim basel-städtischen Appellationsgericht gegen das Reglement.²⁸⁶

Weiter wurde per 1. Januar 2012 infolge des Inkrafttretens von § 52 Ziffer 4 des Informations- und Datenschutzgesetzes (IDG)²⁸⁷ die Fassung von § 19 des Personalgesetzes revidiert, indem neu festgehalten ist, dass Staatsangestellte zur Verschwiegenheit über Angelegenheiten verpflichtet sind, soweit an deren Geheimhaltung ein überwiegendes öffentliches oder privates Interesse besteht bzw. sofern dies durch eine besondere Vorschrift

²⁸² Medienmitteilung des EFD vom 4. Mai 2012.

²⁸³ § 2a Verordnung vom 6. Juli 2004 betreffend Ferien und Urlaub der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter des Kantons Basel-Stadt (Ferien- und Urlaubsverordnung), SG 162.410.

²⁸⁴ Medienmitteilung des Kantons Basel-Stadt vom 20. März 2012.

²⁸⁵ BASELLANDSCHAFTLICHE ZEITUNG (BZ) Online vom 16. Februar 2012.

²⁸⁶ TAGESWOCHS vom 31. Mai 2012.

²⁸⁷ Gesetz über die Information und den Datenschutz (Informations- und Datenschutzgesetz, IDG) des Kantons Basel-Stadt vom 9. Juni 2010, SG 153.260.

statuiert ist. Der frühere § 19 Absatz 3 Personalgesetz wurde entsprechend aufgehoben.²⁸⁸

Zur besseren Vereinbarkeit von Beruf und Familie hat der Regierungsrat des *Kantons Basel-Landschaft* die Einführung der Möglichkeit zur Telearbeit in der kantonalen Verwaltung beschlossen. Seit dem 1. Januar 2012 können die Mitarbeitenden der kantonalen Verwaltung einen Teil ihres Arbeitspensums ausserhalb der Büroräumlichkeiten der kantonalen Verwaltung leisten. Da sich jedoch nicht jede Tätigkeit für Telearbeit eignet, besteht kein Rechtsanspruch auf selbige. Der Kanton übernimmt zur Realisierung der Telearbeit die Kosten für den Zugriff auf das kantonale Server-System und die allfällige Hardware, sofern keine privaten Informationsmittel zur Verfügung stehen, jedoch wird keine Entschädigung für die Räumlichkeiten des Telearbeitsplatzes geleistet.²⁸⁹

Der *Kanton Bern* hat im Laufe des Berichtsjahres als erster Kanton die Zertifizierung als familienfreundlicher Arbeitgeber, welcher die Gleichstellung von Mann und Frau fördert, von der Fachstelle «UND. Familien- und Erwerbsarbeit für Frauen und Männer» verliehen erhalten. Der Zertifizierungsprozess begann bereits im Jahr 2008, anlässlich dessen insbesondere die zeitliche und örtliche Flexibilität (Jahresarbeitszeit bzw. Telearbeit), die Gleichstellungsrichtlinien sowie die Lohngleichheit zwischen Männern und Frauen als äusserst positiv bewertet wurden.²⁹⁰

In Reaktion auf die im Sommer 2009 bekannt gewordenen Vereinbarungen zwischen ausgetretenen Kadermitarbeitern und dem Kanton Bern als Arbeitgeber hinsichtlich exorbitant hoher Abgangsentschädigungen und übermässiger Zeitguthaben²⁹¹ lancierte der Regierungsrat des Kantons Bern im Auftrag des Grossen Rates Anfang Dezember 2011 ein entsprechendes Reformprojekt zur Behebung der Schwachstellen bei den Anstellungsbedingungen. Geplant war die Teilrevision des Personalgesetzes, das die Schaffung von zwei zusätzlichen Gehaltsklassen für das oberste Kader vorsah, mittels welcher die vom Kader erwartete Mehrarbeit abgegolten werden sollte. Gleichzeitig war die Abschaffung der Zeiterfassung beabsichtigt, um die Anhäufung übermässiger Zeitguthaben inskünftig zu verhindern. Namentlich hätte auf Verordnungsstufe die Vertrauensarbeitszeit für die obersten Kader eingeführt werden sollen. Ebenso sollten die Treueprämien für Regierungsmitglieder entfallen. Weitere Anpassungen bei den Austrittsvereinbarungen, beim Langzeitkonto und dergleichen wären auf Verordnungsstufe zu regeln gewesen. Aufgrund der zeitlichen Dringlichkeit – die Revision hätte per 1. Januar 2013 in Kraft treten sollen – verzichtete der Regierungsrat auf eine ordentliche Vernehmlassung und ersetzte diese durch ein verkürztes Verfahren in Form einer konferenziellen Anhö-

²⁸⁸ § 19 Personalgesetz des Kantons Basel-Stadt vom 17. November 1999, SG 162.100.

²⁸⁹ Medienmitteilung des Regierungsrates Basel-Landschaft vom 20. September 2011.

²⁹⁰ Medienmitteilung der Finanzdirektion des Kantons Bern vom 15. Dezember 2011.

²⁹¹ Vgl. JAR 2010, S. 82.

rung. Die Interessierten konnten ihre Stellungnahmen folglich lediglich innert einer Frist von knapp drei Wochen ab Bekanntgabe des Revisionsvorhabens einreichen, welche dann anlässlich der mündlichen Lesung behandelt wurden.²⁹² Wenig überraschend wurde von den interessierten Kreisen neben inhaltlichen Kritikpunkten zur Reform insbesondere die kurze Frist des Reformprojekts moniert. Daraufhin zog der Regierungsrat die Kadervorlage zurück und beauftragte die Finanzdirektion, eine Gesamtschau zur Personalpolitik zu erarbeiten, welche nicht nur der Kaderfrage Rechnung trägt, sondern auch die finanzielle Situation des Kantons berücksichtigt.²⁹³

Vom Regierungsrat zur Vernehmlassung freigegeben wurde weiter eine entsprechende Änderung des Gesetzes über die Anstellung der Lehrkräfte und des Personalgesetzes, mittels welcher die Lehrkräfte künftig wieder einen ausreichenden jährlichen individuellen Gehaltsaufstieg erhalten sollen. Damit soll dem Mangel an qualifizierten Lehrkräften und Kantonsangestellten begegnet werden.²⁹⁴

Im *Kanton Zürich* wurde die Verselbstständigung der BVK Personalvorsorge weiter vorangetrieben. Der bereits 2003 erfolgte Beschluss zur Verselbstständigung konnte bislang nicht vollzogen werden, weil der damit verbundene Deckungsgrad von 100 Prozent plus Schwankungsreserve nicht erreicht worden war. Da zwischenzeitlich vom Bund die Verselbstständigung öffentlich-rechtlicher Kassen bis zum Jahr 2014 unabhängig von deren Deckungsgrad beschlossen wurde, konnte das Projekt 2012 wiederaufgenommen werden. Geplant ist, eine Projektorganisation zu bilden, um noch im Laufe des Jahres 2012 den Stiftungsrat wählen zu können, welcher paritätisch von Arbeitgebern und Arbeitnehmern zu bilden ist und die BVK künftig führen soll. Die Projektarbeiten wurden Mitte Februar 2012 aufgenommen und sollen Mitte 2014 nach erfolgter Verselbstständigung der BVK abgeschlossen sein. Der Stiftungsrat soll Mitte 2013 seine Arbeit aufnehmen können. Damit ist die BVK ab 2014 nicht länger Teil der kantonalen Verwaltung, sondern eine privatrechtliche Stiftung.²⁹⁵

8. Ausländische Arbeitnehmer

a. *Ausländerstatistik*

Die *Zahl von Ausländerinnen und Ausländern*, welche in der Schweiz leben, hat 2011 mit 4,1 Prozent etwas stärker zugenommen als im Vorjahr (2010: 3,3 Prozent). Insgesamt waren damit im Jahr 2011 rund 1,77 Mio. Ausländerinnen und Ausländer in der Schweiz wohnhaft, wobei die meis-

²⁹² Medienmitteilung des Regierungsrates des Kantons Bern vom 1. Dezember 2011.

²⁹³ Medienmitteilung des Regierungsrates des Kantons Bern vom 18. Januar 2012.

²⁹⁴ Medienmitteilung der Erziehungsdirektion des Kantons Bern vom 3. April 2012.

²⁹⁵ Medienmitteilung des Kantons Zürich vom 16. Februar 2012.

ten aus den EU-27/EFTA-Staaten stammten (rund 1,15 Mio.). Der Bestand der Personen aus Drittstaaten betrug somit Ende 2011 625 094 Personen und ist gegenüber dem Vorjahr um ein Prozent gestiegen.²⁹⁶ Neu eingewandert sind im Jahr 2011 insgesamt 142 471 Personen, was einer leichten Zunahme gegenüber dem Vorjahr entspricht (2010: 134 171). Demgegenüber sind mit 64 038 Personen etwas weniger Ausländerinnen und Ausländer als im Vorjahr aus der Schweiz ausgewandert (2010: 65 523).²⁹⁷ Bezogen auf die Staatsangehörigkeit ist erkennbar, dass die Zuwanderung von Personen aus Deutschland am stärksten war (+12 601), gefolgt von Staatsangehörigen aus Portugal (+11 018), Kosovo (+8923), Frankreich (+4370) und Eritrea (+2575). Rückläufig war demgegenüber die Anzahl Personen aus Serbien (−10 386), Bosnien-Herzegowina (−1053), Kroatien (−1011), Sri Lanka (−941) und der Türkei (−452), was insgesamt dem Trend der letzten Jahre entspricht.²⁹⁸

Eine relativ starke Zunahme zeichnete sich bei den *Grenzgängern* ab. Insgesamt waren Ende 2011 252 000 ausländische Grenzgänger in der Schweiz beschäftigt, was eine Zunahme um 8,5 Prozent gegenüber dem Vorjahr darstellt (2009: 2,4 Prozent, 2010: 4,8 Prozent). Eine ähnlich starke Zunahme konnte zuletzt 2006 beobachtet werden. Beobachtet man die Entwicklung über den Zeitraum der letzten fünf Jahre hinweg, so ist gar eine Zunahme um knapp ein Drittel feststellbar. In absoluten Zahlen ausgedrückt waren im Jahr 2006 194 000 Grenzgänger gemeldet, im Jahre 2011 252 000. Gleichzeitig ist die Gesamtzahl der Erwerbstätigen in der Schweiz um 8,8 Prozent gestiegen (2006: 4,349 Mio.; 2011: 4,732 Mio.). Charakteristisch ist dabei, dass die Jahre mit einem starken Grenzgängerwachstum mit Phasen einer gesteigerten Zunahme der Erwerbstätigkeit korrelieren. Bezogen auf die Staatsangehörigkeit stammen mehr als die Hälfte der Grenzgänger aus Frankreich (52,7 Prozent).²⁹⁹

b. *Fremdarbeiterregelung*

Im Rahmen der jährlich wiederkehrenden Revision der Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE) hat der Bundesrat Mitte November 2011 die *Höchstzahlen für Erwerbstätige aus Drittstaaten sowie für Dienstleistungserbringer aus EU/EFTA-Staaten*, welche über 120 Tage beschäftigt sind, festgelegt. Mit der Bereitstellung jeweils eines Kontingents von 8500 für Fachkräfte aus Drittstaaten (davon 3500 Aufenthaltsbewilligungen und 5000 Kurzaufenthaltsbewilligungen) und

²⁹⁶ Medienmitteilung des BFM vom 20. Februar 2012.

²⁹⁷ Vgl. ebd.

²⁹⁸ Vgl. ebd.

²⁹⁹ Medienmitteilung des BFS vom 5. März 2012 unter Berücksichtigung der Berichtigung vom 25. Mai 2012.

eines von 3500 für Angehörige aus EU/EFTA-Staaten (davon 3000 Einheiten für Kurzaufenthalter und 500 Einheiten für Aufenthalter) blieben die Höchstzahlen für das Jahr 2012 auf dem Niveau von 2011.³⁰⁰ Da in der Schweiz und der EU/EFTA oftmals nicht genügend Spezialistinnen und Spezialisten rekrutiert werden können, bilden die Kontingente für Angehörige aus Drittstaaten den neuralgischen Punkt bei der Festlegung der Höchstzahlen. Aus diesem Grund plant der Bundesrat die Veröffentlichung eines umfassenden Berichts zur Zuwanderungsthematik, welcher die Kontingentpolitik für Angehörige aus Drittstaaten vertieft behandeln soll.³⁰¹

Im Rahmen der Diskussion um den Zugang zu einer *Berufslehre für jugendliche Sans-Papiers*³⁰² hat der Bundesrat zwischenzeitlich die Vernehmlassung zu einer entsprechenden Revision der VZAE durchgeführt. Bislang können jugendliche Sans-Papiers, welche oftmals als Kinder ihren Eltern in die Schweiz gefolgt sind, zwar die öffentliche Schule besuchen, jedoch keine Berufslehre absolvieren, da sie über keine Aufenthalts- oder Arbeitsbewilligung verfügen, welche zum Abschluss eines Lehrarbeitsvertrags vorausgesetzt wird. Zudem macht sich de lege lata ein potentieller Lehrmeister strafbar, falls er eine solche lernende Person beschäftigt. Aus diesem Grund ist im Rahmen der Revision eine Ergänzung der VZAE dahingehend geplant, dass ein neuer Artikel 30a VZAE die geltende Bestimmung zur Behandlung von Härtefällen (Artikel 30 Absatz 1 litera b VZAE) erweitern soll und gleichzeitig die Voraussetzungen bezeichnet, unter welchen der Zugang zu einer Berufslehre möglich sein wird. Um eine Berufslehre absolvieren zu können, müssen gemäss Intention des Bundesrats jugendliche Sans-Papiers gut integriert sein, also namentlich eine Landessprache beherrschen und die öffentliche Ordnung respektieren, sowie während mindestens fünf Jahren die obligatorische Schule besucht haben.³⁰³ Nach Ansicht des Bundesrates sollen die Eltern und die Geschwister jedoch ein eigenes Härtefallverfahren nach bisherigem Recht durchlaufen müssen, während die Eidgenössische Kommission für Migrationsfragen vorschlägt, ein befristetes Aufenthaltsrecht für die Zeit der beruflichen Grundausbildung auch auf den Rest der Familie auszudehnen.³⁰⁴

³⁰⁰ Medienmitteilung des Bundesrates und des EJPD vom 23. November 2011.

³⁰¹ Vgl. ebd.

³⁰² 08.3616 (Motion) Jugendlichen ohne gesetzlichen Status eine Berufslehre ermöglichen, BARTHASSAT LUC, eingereicht am 2. Oktober 2008, vgl. auch Vorjahresbericht JAR 2011, S. 78 f.

³⁰³ Medienmitteilung des Bundesrates und des EJPD vom 2. März 2012.

³⁰⁴ Medienmitteilung der Eidg. Kommission für Migrationsfragen (EKM) vom 5. März 2012.

9. Zusammenstellung der Normalarbeitsverträge

Stand: 30. Juni 2012

Kanton	NAV für die Berufe	Fundstelle in den Gesetzsammlungen
Bund	NAV für die Erzieher in Heimen und Internaten vom 16. Januar 1985/1. Februar 1985	SR 221.215.324.1
	NAV für Assistenzärzte vom 5. Mai 1971/24. Januar 1973	SR 221.215.328.1
	NAV für das Pflegepersonal vom 23. Dezember 1971/1. Januar 1972	SR 221.215.328.4
	NAV über die Versicherungsleistungen für das beruflich strahlenexponierte Personal vom 22. April 1966/24. Januar 1973	SR 221.215.328.6
	NAV für milchwirtschaftliche Arbeitnehmer vom 11. Januar 1984/1. Februar 1984	SR 221.215.329.2
	NAV für Privatgärtner vom 3. Dezember 1979/1. Januar 1980	SR 221.215.329.3
	NAV für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in der Hauswirtschaft (NAV Hauswirtschaft) vom 20. Oktober 2010/1. Januar 2011	SR 221.215.329.4
AG	NAV über das Arbeitsverhältnis in der Land- wirtschaft vom 24. Oktober 2004/1. Januar 2007	SAR 963.372
	NAV für Hauspersonal vom 19. Oktober 2008/1. Januar 2009	SAR 963.374
AI	NAV für landwirtschaftliche Arbeitsverhältnisse vom 25. September 2000/16. August 2004	SGS 821.001
AR	NAV für Betriebs- und Hausangestellte in der Landwirtschaft vom 16. Dezember 2008/1. Januar 2009	SGS 222.16
	NAV für hauswirtschaftliche Arbeitnehmer vom 8. Dezember 1986/1. Januar 1987	SGS 222.217

Kanton	NAV für die Berufe	Fundstelle in den Gesetzessammlungen
BE	NAV für die Landwirtschaft vom 24. Oktober 2007/1. Januar 2012	BSG 222.153.21
	NAV für den Hausdienst (NAV Hausdienst) vom 25. April 2007/1. Januar 2012	BSG 222.153.22
	NAV für den Detailhandel (NAV Detailhandel) vom 15. Oktober 2006/1. Januar 2012	BSG 222.153.23
BL	NAV für landwirtschaftliche Arbeitnehmer vom 16. Dezember 1986/1. Januar 2007	SGS 212.31
	NAV für Hauspersonal vom 15. Dezember 1998/1. Januar 2007	SGS 212.34
BS	NAV für landwirtschaftliche Arbeitsverhältnisse im Kanton Basel-Stadt vom 15. Juni 1993/1. Januar 1998	SG 215.600
	NAV für Hauspersonal im Kanton Basel-Stadt vom 20. November 1990/1. Januar 2009	SG 215.700
FR	NAV für die Mitarbeiter im Hausdienst vom 7. März 1989/1. Mai 2009	SGS 222.5.91
	NAV für die Landwirtschaft vom 26. September 1988/1. Januar 2011	SGS 222.5.92
GE	CTT de l'économie domestique (CTT-Edom) du 13 décembre 2011/1 janvier 2012	J 1 50.03
	CTT de l agriculture (CTT-Agri) du 13 décembre 2011/1 janvier 2012	J 1 50.09
	CTT de la floriculture (CTT-Flor) du 13 décembre 2011/1 janvier 2012	J 1 50.10
	CTT pour les travailleurs au pair (CTT-TP) du 13 décembre 2011/1 janvier 2012	J 1 50.12
	CTT des jeunes gens au pair mineurs (CTT-TPM) du 13 décembre 2011/1 janvier 2012	J 1 50.15
GL	NAV für hauswirtschaftliche Arbeitnehmer vom 26. April 1988/1. Januar 2011	SGS VIII C/12/3

Kanton	NAV für die Berufe	Fundstelle in den Gesetzessammlungen
	NAV für männliche und weibliche Arbeitnehmer in der Landwirtschaft vom 4. Dezember 1972/1. Januar 2011	SGS IX D/7/1
GR	NAV für das hauswirtschaftliche Arbeitsverhältnis vom 7. September 1987/1. Januar 2011	SGS 535.200
	NAV für das landwirtschaftliche Arbeitsverhältnis vom 27. Oktober 1998/1. Juli 2009	SGS 535.230
	NAV für das Alp- und Hirtenschaftspersonal vom 27. Oktober 1998/1. Dezember 1998	SGS 535.250
JU	CTT pour les travailleurs agricoles et le service de maison dans l'agriculture du 20 décembre 1995/18 janvier 2011	SGS 222.153.21
	CTT pour travailleurs de l'économie domestique du 6 décembre 1978/1 janvier 1979	SGS 222.153.22
	CTT pour le personnel au service de la vente dans le commerce de détail du 20 juin 2006/1 juillet 2006	SGS 222.153.23
LU	NAV für das hauswirtschaftliche Arbeitsverhältnis vom 26. Januar 1990/1. Februar 1990	SRL Nr. 854
	NAV für das landwirtschaftliche Arbeitsverhältnis vom 5. Mai 2000/1. Januar 2007	SRL Nr. 854a
NE	CTT pour le service de maison du 5 mai 1988/5 mai 1988	RSN 225.42
	CTT pour l'agriculture (CTT-Agri) du 27 novembre 2002/1 janvier 2011	RSN 225.43
	CTT du personnel de vente dans le commerce de détail du 13 mars 1991/1 septembre 2009	RSN 225.44
	CTT pour des jeunes travailleurs au pair du 13 mars 1991/ 1 janvier 1992	RSN 225.45
	CTT pour le personnel forestier du 14 octobre 2009/1 janvier 2010	RSN 225.46

Kanton	NAV für die Berufe	Fundstelle in den Gesetzsammlungen
NW	NAV für hauswirtschaftliche Arbeitnehmer vom 1. Juli 1985/1. Juli 1985	LGS 223.1
	NAV für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in der Landwirtschaft (NAV Landwirtschaft) vom 14. April 1997/1. Juli 1997	LGS 223.2
OW	NAV für hauswirtschaftliche Arbeitnehmer vom 18. Dezember 1973/1. Januar 2011	GDB 844.1
	NAV für Arbeitnehmer in der Landwirtschaft vom 13. Mai 2008/1. Januar 2011	GDB 844.2
SG	NAV für hauswirtschaftliche Arbeitnehmer vom 25. Februar 1986/1. Mai 1986	SGS 513.1
	NAV für landwirtschaftliche Arbeitnehmer vom 9. Dezember 2003/1. März 2004	SGS 513.2
SH	NAV für hauswirtschaftliche Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer vom 16. März 1993/1. Januar 2012	SHR 221.216
	NAV für Arbeitnehmende in der Landwirtschaft (NAV LW) vom 7. Januar 1986/1. Januar 2012	SHR 221.217
SO	NAV für Arbeitnehmer im Hausdienst vom 11. März 1986/1. Februar 2011	BGS 821.321
	NAV für Arbeitnehmer in der Landwirtschaft vom 10. November 1972/1. Februar 2011	BGS 821.322
SZ	NAV für hauswirtschaftliche Arbeitnehmer vom 5. August 1997/1. Januar 1998	SRSZ 217.111
	NAV für Arbeitnehmer in der Landwirtschaft vom 26. Juni 2001/1. Januar 2011	SRSZ 217.112
TG	NAV für hauswirtschaftliche Arbeitsverhältnisse im Kanton Thurgau vom 6. Juli 1999/28. August 2010	RB 221.252
	NAV für landwirtschaftliche Arbeitsverhältnisse im Kanton Thurgau vom 28. März 2006/1. April 2006	RB 221.253

Kanton	NAV für die Berufe	Fundstelle in den Gesetzessammlungen
TI	CNL per il personale domestico del 14 dicembre 1989/1 gennaio 2012	FU N. 102/2011 vom 23. Dezember 2011
	CNL per il personale dell'agricoltura del 22 dicembre 1990/1 gennaio 2012	FU N. 102/2011 vom 23. Dezember 2011
	CNL per i giovani alla pari (CNL) del 16 febbraio 1995/1 gennaio 2012	FU N. 102/2011 vom 23. Dezember 2011
	CNL per il personale di vendita al dettaglio (CNLV) del 1 maggio 2001/1 gennaio 2012	FU N. 102/2011 vom 23. Dezember 2011
	CNL per gli operatori dei Call Centers (CNLCC) del 15 gennaio 2010/1 gennaio 2012	FU N. 102/2011 vom 23. Dezember 2011
	CNL per i saloni di bellezza (CNLE) del 24 marzo 2010/1 gennaio 2012	FU N. 102/2011 vom 23. Dezember 2011
	CNL per le aziende di riparazione e/o sostituzione gomme «gommisti» (CNLRSG) del 21 dicembre 2011/1 gennaio 2012	FU N. 102/2011 vom 23. Dezember 2011
UR	NAV für hauswirtschaftliche Arbeitnehmer vom 5. September 1988/1. Februar 2007	SGS IV-20.1311
	NAV für landwirtschaftliche Arbeitnehmer vom 1. Oktober 1973/1. Mai 1998	SGS IV-20.1321
VD	CTT pour chefs-vignerons (ACTT-cv) du 30 mai 1986/1 novembre 1985	RSV 222.53.1
	CTT de vignolage pour les districts d'Aigle, de Vevey et de Lavaux (ACTT-vavl) du 27 juillet 1994/1 novembre 1994	RSV 222.53.2
	CTT de vignolage pour les districts d'Aubonne, Morges, Nyon et Rolle (ACTT-vamnr) du 27 juillet 1994/1 novembre 1994	RSV 222.53.3
	CTT pour l'agriculture (ACTT-agr) du 3 avril 2000/1 janvier 2009	RSV 222.55.1
	CTT pour le personnel des ménages privés (ACTT-mpr) du 18 janvier 2006/1 mars 2006	RSV 222.105.1

Kanton	NAV für die Berufe	Fundstelle in den Gesetzsammlungen
VS	NAV für das Personal der Autotransportunter- nehmungen (Sachentransporte und Erdbewe- gungsarbeiten) vom 1. Januar 1993/8. Februar 2012	Amtsblatt Nr. 7 vom 17. Februar 2012
	NAV für die Landwirtschaft vom 16. Juni 1989/4. April 2012	Amtsblatt Nr. 19 vom 11. Mai 2012
	NAV für das Personal der Ingenieur-, Architek- tur- und anderen Planungsbüros vom 15. September 1982/8. Februar 2012	Amtsblatt Nr. 7 vom 17. Februar 2012
	NAV für die Kellerarbeiter vom 11. April 1972/8. Februar 2012	Amtsblatt Nr. 7 vom 17. Februar 2012
	NAV für hauswirtschaftliche Arbeitnehmer vom 1. Januar 1992/8. Februar 2012	Amtsblatt Nr. 7 vom 17. Februar 2012
	NAV für das Personal der Käsereien vom 10. Februar 1993/8. Februar 2012	Amtsblatt Nr. 7 vom 17. Februar 2012
	NAV für das Personal der Luftseilbahnen, Ses- selbahnen, Skilifte und ähnlicher Betriebe vom 18. November 1987/8. Februar 2012	Amtsblatt Nr. 7 vom 17. Februar 2012
	NAV für das im Verkauf beschäftigte Personal des Detailhandels vom 10. Juli 1985/8. Februar 2012	Amtsblatt Nr. 7 vom 17. Februar 2012
	NAV für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer des Sektors der industriellen Wartung und Rei- nigung vom 21. Januar 2009/7. März 2012	Amtsblatt Nr. 13 vom 30. März 2012
ZG	NAV für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer des Bauhauptgewerbes im Kanton Wallis vom 7. März 2012	Amtsblatt Nr. 10 vom 9. März 2012
	NAV für das landwirtschaftliche Arbeitsverhält- nis vom 11. Juni 2002/1. Januar 2008	BGS 831.51
	NAV Privathaushalt vom 18. Dezember 1984/1. Januar 2011	BGS 831.52

Kanton	NAV für die Berufe	Fundstelle in den Gesetzsammlungen
ZH	NAV für hauswirtschaftliche Arbeitnehmer vom 29. Mai 1991/1. Januar 2011	LS 821.12
	NAV für das landwirtschaftliche Arbeitsverhältnis vom 2. März 2005/1. Januar 2011	LS 821.13

IV. Kollektives Arbeitsrecht

1. Sozialpartnerschaft

Der *Schweizerische Gewerkschaftsbund (SGB)* zählte als Dachorganisation der schweizerischen Gewerkschaften am Ende des Jahres 2010 372 082 Mitglieder, was im Ergebnis einer Abnahme um 1,3 Prozent bzw. gut 5000 Personen gegenüber dem Vorjahr entspricht. Die Zahl der angeschlossenen Verbände hat sich durch die Fusion der beiden Gewerkschaften «Kommunikation» und «comedia» von 16 auf 15 verkleinert.³⁰⁵ Eine Steigerung der weiblichen Mitgliederzahl ist vor allem bei der Gewerkschaft Unia feststellbar, was diese auf ihre zunehmende Verankerung im Dienstleistungssektor zurückführt.³⁰⁶

Anlässlich seiner *Jahreskonferenz 2012* stellte der SGB die von ihm verfolgten Massnahmen zur Bekämpfung der Frankenstärke und der sich öffnenden Einkommensschere in einem schwachen Konjunkturumfeld dar. Eine prioritäre Forderung besteht in der Anhebung des Euro-Mindestwechselkurses von gegenwärtig CHF 1.20 auf CHF 1.40 pro Euro. Damit soll der Druck, welcher auf die Löhne und die Arbeitsplätze (vor allem auch im Gastgewerbe)³⁰⁷ ausgeübt wird, verringert werden. Zudem soll gemäss Ankündigung die Bezahlung von Löhnen in der Schweiz in Schweizer Franken besser durchgesetzt werden, wobei vom SGB jedoch nicht auf die grundsätzliche Zulässigkeit der Vereinbarung einer ausländischen Währung eingegangen wird. Daneben sollen Steuersenkungen für hohe Einkommen sowie Rentensenkungen bekämpft werden.³⁰⁸

In Aktion trat der SGB weiter im Zusammenhang mit der von ihm lancierten und Anfang März 2012 offiziell zustande gekommenen «Min-

³⁰⁵ Medienmitteilung des SGB vom 31. Oktober 2011.

³⁰⁶ Medienmitteilung der Unia vom 23. März 2012.

³⁰⁷ Vgl. Medienmitteilung der Unia vom 20. Februar 2012.

³⁰⁸ Medienmitteilung des SGB vom 5. Januar 2012.

destlohn-Initiative».³⁰⁹ Da eine vergleichbare Forderung nach einem gesetzlichen Mindestlohn von den Stimmberechtigten im Kanton Neuenburg im November 2011 in die Kantonsverfassung aufgenommen worden ist,³¹⁰ erhofft sich das gewerkschaftliche Initiativkomitee einen Durchbruch für einen gesetzlichen Mindestlohn von CHF 4000.- auch auf eidgenössischer Ebene.³¹¹

Ein weiteres Anliegen des SGB bzw. der Unia betrifft die *Ladenöffnungszeiten im Detailhandel*. Die Gewerkschaften monieren, dass im Laufe der Jahre die Anzahl der Stellen im Detailhandel zwar gesunken sei, parallel dazu jedoch eine stetige Verlängerung der Ladenöffnungszeiten stattgefunden habe. Die Löhne verharren dabei auf sehr tiefem Niveau. Die Situation in Zürich und Winterthur wird dabei als besonders prekär eingestuft. Ursprung der ungleichen Machtverhältnisse sei vor allem der im Detailhandel weitgehend fehlende Schutz durch Gesamtarbeitsverträge oder verbindliche Vereinbarungen. Gefordert werden deshalb verbindliche Eckwerte wie eine Normalarbeitszeit von 41 Stunden pro Woche, Mindestlöhne von CHF 4000.- und Zuschläge für Spät- bzw. Wochenendeinsätze.³¹² Anfang Juni 2012 hatten deshalb in Zürich und Winterthur nach Angaben der Gewerkschaften über 350 Beschäftigte im Detailhandel gegen eine entsprechende Initiative der FDP protestiert, welche am 17. Juni 2012 zur Abstimmung gebracht wurde und eine Aufhebung der Bestimmungen zu den Ladenöffnungszeiten vorsah. Die Initiative wurde jedoch vom Zürcher Stimmvolk abgelehnt.³¹³

2. Arbeitskämpfe

In der diesjährigen Berichtsperiode ist es vor allem im *Baugewerbe* zu Streiks gekommen. Im Kanton Tessin führten ca. 1800 Bauarbeiter Anfang Juli 2011 einen «Protesttag» gegen die Bedingungen auf Tessiner Baustellen durch. Da vermehrt Schlepperorganisationen Gruppen von Bauarbeitern in die Schweiz holten, welche zum Teil für die Hälfte des Mindestlohnes arbeiteten, indem diese zwar offiziell den gesetzlichen Mindestlohn erhielten, einen Teil davon jedoch sogleich wieder an die

³⁰⁹ Eidg. Volksinitiative «Für den Schutz fairer Löhne (Mindestlohn-Initiative)», BBl 2012 3069.

³¹⁰ NZZ Online vom 27. November 2011.

³¹¹ Medienmitteilung der Unia vom 27. November 2011.

³¹² Medienmitteilung der Unia vom 5. Juni 2012 bzw. Medienmitteilung des SGB vom 7. Juni 2011.

³¹³ Vgl. ebd. sowie Kantonale Volksinitiative «Der Kunde ist König! (Kantonale Volksinitiative für freie Ladenöffnungszeiten)», zuletzt eingesehen am 30. Juni 2012 unter: www.stadtzuerich.ch/portal/de/index/politik_u_recht/abstimmungen_u_wahlen/nachste_termine/120617.html

Schlepperorganisationen abliefern mussten, monierten die Protestierenden, dass durch diese Praktiken die Arbeitsbedingungen insgesamt unter Druck geraten seien. Sie forderten deshalb verbindliche Massnahmen in Form von stärkeren Kontrollen bzw. einer effektiveren Durchsetzung der festgelegten Mindestarbeitsbedingungen, um eine Destabilisierung des Tessiner Bau-gewerbes zu verhindern.³¹⁴

Ein weiterer «Protesttag» wurde von rund 1000 Bauarbeitern Ende November 2011 auf rund 40 Baustellen im Kanton Zürich durchgeführt. Zur gleichen Zeit marschierten in Genf und Lausanne jeweils rund 2000 Bauarbeiter durch die Stadt. In Bern und Basel kam es zu Kundgebungen. Zum «Protesttag» aufgerufen hatten die Gewerkschaften Unia und Syna, da die Verhandlungen zu einem neuen Landesmantelvertrag (LMV), hinsichtlich welchem lange keine Einigung zwischen den Sozialpartnern erzielt werden konnte, während einiger Wochen zum Erliegen gekommen waren. Da die Arbeitnehmer zum Zeitpunkt der Arbeitsniederlegung noch der Friedenspflicht des per Ende 2011 auslaufenden LMV unterstellt waren, bekräftigten die Gewerkschaftsvertreter, dass es sich nicht um einen eigentlichen Streik bzw. Warnstreik handelte, sondern um einen «Protesttag».³¹⁵ Nach einem kurzzeitigen vertragslosen Zustand konnten sich die Verhandlungsdelegationen der Sozialpartner schliesslich im März 2012 auf den Inhalt eines neuen LMV einigen.³¹⁶

Am Novartis-Standort in *Nyon* verlangten die Mitarbeitenden mittels eines Warnstreiks Mitte November 2011, dass ihre im Rahmen des Konsultativverfahrens geltend gemachten Alternativvorschläge gegen die geplante Standortschliessung seriös geprüft würden. Nachdem die Konzernleitung von Novartis die entsprechende Zusicherung abgegeben hatte, nahm die Belegschaft die Arbeit noch am selben Tag wieder auf.³¹⁷

In *Schaffhausen* demonstrierten die Lehrkräfte Mitte Februar 2012 mit einem kurzen Warnstreik für attraktivere Arbeitsbedingungen. Besonders der im Vergleich zum Kanton Zürich tiefe Einstiegslohn für junge Lehrkräfte wurde bemängelt. Weiter forderten die Lehrkräfte substanzielle Verbesserungen wie eine zusätzliche Klassenlehrstunde für die Elternarbeit sowie kleinere Klassengrössen. Angesichts des geplanten Sparprogramms des Kantons ist jedoch kaum eine Änderung der bestehenden Situation zu erwarten.³¹⁸

Im Juni 2012 protestierten weiter die Mitarbeitenden des Pharmaunternehmens Merck Serono am Standort *Genf* gegen die Modalitäten des geplanten Standortabbaus. Für öffentliche Empörung in der Medienlandschaft sorgte diesbezüglich die vorgeworfene mangelnde Bereitschaft des

³¹⁴ Medienmitteilung der Unia vom 4. Juli 2011.

³¹⁵ NZZ vom 26. November 2011, S. 21.

³¹⁶ NZZ Online vom 9. März 2012.

³¹⁷ Medienmitteilungen der Unia vom 16. November 2011.

³¹⁸ NZZ vom 11. Februar 2012, S. 15.

Unternehmens, den im Rahmen des Sozialplans geäusserten Vorschlägen der betroffenen Belegschaft ausreichend Gehör zu schenken. Allerdings zeigten die Streiks der Akademiker nicht die erhoffte Wirkung, so dass am Genfer Standort dennoch 500 Stellen gestrichen und 620 nach Darmstadt bzw. Boston ausgelagert wurden.³¹⁹

3. Gesamtarbeitsvertragsrecht

a. *Gesamtarbeitsvertragliche Lohnabschlüsse 2012*

Im Rahmen der jährlich vom BFS erhobenen Statistik zu den *gesamtarbeitsvertraglichen Lohnabschlüssen* werden sämtliche Gesamtarbeitsverträge (GAV) mit normativen Bestimmungen berücksichtigt, welchen mindestens 1500 Arbeitnehmende unterstellt sind.³²⁰ Darauf gestützt lassen sich die Veränderungen bei den Effektiv- und Mindestlöhnen feststellen. Für das Jahr 2012 haben die Sozialpartner eine Erhöhung der nominalen Effektivlöhne von durchschnittlich 1,1 Prozent vereinbart. Die kollektiv gewährte Lohnerhöhung betrug dabei 0,7 Prozent, während die individuelle 0,4 Prozent ausmachte. Die Mindestlöhne wurden im Durchschnitt um 1,4 Prozent erhöht.³²¹

b. *Gesamtarbeitsverträge*

Am 24. November 2011 jährte sich die Aufnahme des Gesamtarbeitsvertrages (GAV) ins schweizerische Obligationenrecht zum 100. Mal. Anlässlich dieses Jahrestags der kodifizierten Sozialpartnerschaft betonte der Bundesrat, vertreten durch JOHANN N. SCHNEIDER-AMMANN, die Bedeutung des GAV gerade in wirtschaftlich turbulenten Zeiten. So sei die Sozialpartnerschaft schliesslich ein überaus taugliches Instrument, um branchenspezifische und regionale Besonderheiten zu berücksichtigen, ohne mit dem im Vergleich zum Ausland liberalen Arbeitsmarkt in Konflikt zu geraten.³²²

Wie intensiv sozialpartnerschaftliche Verhandlungen zur Ausarbeitung oder aber zur Modifikation bestehender GAV geführt werden, zeigte auch das diesjährige Berichtsjahr.

³¹⁹ NZZ vom 12. Juni 2012, S. 34; NZZAS vom 17. Juni 2012, S. 33; NZZ vom 20. Juni 2012, S. 37.

³²⁰ Medienmitteilung des BFS vom 25. Juli 2012.

³²¹ Vgl. ebd.

³²² Vgl. Rede von Bundesrat und Vorsteher des EVD JOHANN N. SCHNEIDER-AMMANN zu 100 Jahre GAV vom 24. November 2011 in Bern (Medienmitteilung des EVD vom 24. November 2011).

So konnte im *Bauhauptgewerbe* ein neuer Landesmantelvertrag (LMV) unter Zustimmung des Baumeisterverbandes, der Syna und der Unia per 1. April 2012 in Kraft gesetzt werden. Der Einigung auf den neuen Inhalt des LMV waren diverse Protestaktionen und Demonstrationen auf Baustellen vorangegangen, mittels welcher die Bauarbeiter gegen die bestehenden Lohn- und Arbeitsbedingungen demonstriert hatten.³²³ Erreicht werden konnte, dass der neue LMV einen verbesserten Kündigungsschutz für ältere und gewerkschaftlich aktive Bauarbeiter vorsieht sowie die Lohnfortzahlung im Krankheitsfall verbessert wird. Ebenso sind Lohnreduktionen für Lehrabgänger nur noch bei unbefristeter Anstellung möglich, wobei im Gegenzug die maximalen Lohnabzüge leicht erhöht worden sind. Trotz dieser Erfolge bemängelt die Gewerkschaft Unia die noch immer unbefriedigend ausgefallene Lohnerhöhung. Zu den prioritären Zielen im Hinblick auf die noch offenen Fragen, zu deren Aushandlung sich die Gewerkschaften und der Baumeisterverband bis Ende 2012 bereit erklärt haben, gehören aus Sicht der Gewerkschaften die Verbesserung des Schutzes gegen Lohndumping durch die Einführung einer Solidarhaftung zwischen Unternehmer und Unterakkordanten sowie eine Verbesserung der Arbeitsbedingungen bei Schlechtwetter.³²⁴ Zumindest für den Geltungsbereich des Kantons Tessin konnte bereits Anfang Februar 2012 ein entsprechender Übergangsvertrag zwischen den Gewerkschaften und dem Tessiner Baumeisterverband vereinbart werden, welcher eine solche Solidarhaftung statuiert.³²⁵

Nach langen und intensiven Verhandlungen zwischen dem Schweizerischen Maler- und Gipserunternehmerverband SMGV sowie den Gewerkschaften Unia und Syna konnte für das *Maler- und Gipsergewerbe* Einigung im Hinblick auf einen neuen GAV erzielt werden. Der neue GAV trat am 1. April 2012 mit einer Wirkung für drei Jahre in Kraft. Er beinhaltet eine pauschale Lohnerhöhung für alle GAV-Unterstellten von CHF 85.– (bzw. plus 1,6 Prozent). Die Mindestlöhne stiegen dabei um die Hälfte der generellen Lohnerhöhung. Im Hinblick auf die Samstagsarbeit wurden die Arbeitsbedingungen durch verbindliche Kriterien, welche von der zentralen Paritätischen Kommission erarbeitet wurden, konkretisiert. Zudem wurden zusätzliche Massnahmen vereinbart, mittels welcher die Vertragsdurchsetzung verbessert wird. So sind die Unternehmen neu verpflichtet, die Geschäftsunterlagen länger aufzubewahren. Ebenso gelten schärfere Strafen für Vertragsverletzungen. Wie auch im Bauhauptgewerbe wird von beiden Sozialpartnern die Einführung einer Solidarhaftung zwischen Unternehmen und Unterakkordanten befürwortet. Sie wollen sich deshalb darum bemühen, dass auf gesetzlicher Ebene eine umfassende und für alle Branchen gültige Lösung in Kraft gesetzt wird. Daneben beantragten die

³²³ Vgl. supra S. 79.

³²⁴ Medienmitteilung der Unia vom 28. März 2012.

³²⁵ Medienmitteilung der Unia vom 3. Februar 2012.

Vertragsparteien beim Bundesrat die Allgemeinverbindlicherklärung des ausgehandelten GAV.³²⁶

Am 1. Januar 2012 trat weiter der zwischen der Gewerkschaft Unia und dem Arbeitgeberverband der schweizerischen Uhrenindustrie (CP) ausgehandelte *GAV der Schweizer Uhren- und Mikrotechnikindustrie* in Kraft. Mit Beginn desselben Jahres konnten Gewerkschaft und Arbeitgeber zudem das 75-Jahr-Jubiläum ihrer Sozialpartnerschaft feiern. Inhaltlich sieht der GAV, welchem rund 42 000 Arbeitnehmende und 400 Unternehmen unterstellt sind, eine Erhöhung des Arbeitgeberbeitrags an die Krankenkassenprämien von CHF 130.– auf neu CHF 160.– für Erwachsene sowie einen zusätzlichen Beitrag zur Unterstützung der Familien und der Ausbildung ihrer Kinder von CHF 30.– je Kind vor. Weiter wurde eine Erhöhung der Mindestanfangslöhne um CHF 117.– bzw. CHF 100.– in Regionen mit dem tiefsten Lohnniveau und CHF 80.– in den anderen Regionen vereinbart. Indem neu die etappenweise Pensionierung möglich ist, kann die Arbeitszeit zwei Jahre vor dem AHV-Rentenalter um bis zu 20 Prozent bzw. ein Jahr davor um bis zu 40 Prozent reduziert werden. In beiden Fällen trägt der Arbeitgeber die Hälfte des Lohnausfalls. Zudem wurde der Vaterschaftsurlaub von drei auf fünf Tage erhöht und ein bezahlter Urlaubstag für Gewerkschaftsdelegierte, die an den Industrie- und Berufskonferenzen der Gewerkschaft teilnehmen, eingeführt. Die Arbeitgeber profitieren demgegenüber von einer Anpassung der Berechnungsmethode für den medianen Lohn, von einer Aufstockung des Betrags, den die paritätische Stiftung PREVHOR zur Subventionierung von Berufsbildungsmassnahmen ausgibt, um CHF 1 Mio. sowie von der Möglichkeit, flexiblere Arbeitszeiten unter Lockerung des sog. «Bandbreitenmodells» vorsehen zu können.³²⁷

Im *Gartenbaugewerbe* wurde Mitte Dezember 2011 ein neuer GAV abgeschlossen. Die Unia bemängelte diesbezüglich, dass der Arbeitgeberverband Jardin Suisse keine Einigung mit den massgeblichen Gewerkschaften suchte, sondern lediglich den in ihren Augen nicht repräsentativen Berufsverband Grüne Berufe Schweiz in die Verhandlungen miteinbezog, woraus für die Gewerkschaftsmitglieder, aber auch für viele nicht organisierte Berufsleute ein ungenügender gesamtarbeitsvertraglicher Schutz hervorgegangen sei. Besonders stossend seien die ausgehandelten Mindestlöhne, wonach ein ungelernter Topfgärtner monatlich CHF 3300.– bzw. ein gelernter Landschaftsgärtner CHF 3920.– erhalte. Dieses Tieflohniveau begünstige selbst bei einer Vollzeitanstellung das Armutsrisiko und stehe in keinem Verhältnis zur vergleichbaren Tätigkeit eines Maurers, welcher gemäss GAV CHF 5400.– erhalte. Weiter wurde moniert, dass durch den fehlenden Einbezug der massgeblichen Gewerkschaften keine Allgemein-

³²⁶ Medienmitteilung der Unia vom 5. April 2012.

³²⁷ Medienmitteilung der Unia vom 12. Oktober 2011.

verbindlichkeit beantragt werden könne, wodurch die Situation der Gärtner zusätzlich geschwächt würde.³²⁸

Ebenso fiel das Verhandlungsergebnis für einen neuen GAV in der *Coiffeurbranche* nicht zur Zufriedenheit der Gewerkschaften aus, da namentlich die Forderungen nach der Einführung einer fünften Ferienwoche sowie nach einer Anhebung der Mindestlöhne vom Arbeitgeberverband *Coiffeur Suisse* anlässlich der Delegiertenversammlung mit knapper Mehrheit abgeschmettert worden waren. Dies wird als besonders stossend empfunden, da die Löhne seit 2009 nicht mehr angepasst worden seien und auf einem vergleichsweise tiefen Niveau stagnierten.³²⁹

Im Rahmen der gemäss einem Beschluss der Gewerkschaftsbasis aus dem Jahr 2008 am 30. April 2012 beginnenden Verhandlungen mit dem Verband der Basler *Pharma-, Chemie- und Dienstleistungsunternehmen* (VBCD) stellte die Gewerkschaft Unia Anfang März 2012 ihren Forderungskatalog vor. Zentrales Anliegen bildete dabei die Ausweitung des Geltungsbereichs auf alle Arbeitnehmenden der neun GAV-Unternehmungen. Dadurch sollen auch die bislang vom Geltungsbereich ausgeschlossenen Mitarbeitenden aus der Forschung und Entwicklung, Laborangestellte und das Administrativpersonal sowie die Temporärangestellten vom ausgehandelten Sozialschutz profitieren können. Weiter wird ein besserer Kündigungsschutz für Arbeitnehmende über 55 Jahre angestrebt, da diese oftmals zuerst von einem möglichen Stellenabbau betroffen seien.³³⁰ Dagegen bilden höhere Lohnforderungen kein Thema, da lediglich die Rahmenbedingungen der Anstellungen problematisch seien. Das Rumoren in der Pharma- und Chemiebranche wurde zwar durch entsprechende Protesttage gegen Werkschliessungen in der jüngsten Vergangenheit publik, doch zeigte sich auch die eher sozialdemokratische Öffentlichkeit über die klaren Forderungen der Gewerkschaft erstaunt, da der Pharmavertrag als Muster-GAV der Schweiz gilt. Dem hält die Gewerkschaft entgegen, dass der GAV nur einem Teil der Belegschaft zugutekäme. Gelingt es den Gewerkschaftsvertretern allerdings nicht, sich mit den Arbeitgebervertretern zu einigen, droht ein vertragsloser Zustand.³³¹

³²⁸ Medienmitteilung der Unia vom 16. Dezember 2011 bzw. vom 27. August 2011.

³²⁹ Medienmitteilung der Unia vom 24. Mai 2012.

³³⁰ Medienmitteilung der Unia vom 7. März 2012.

³³¹ Vgl. TAGESWOCHE vom 7. März 2012.

c. *Vom Bundesrat allgemeinverbindlich erklärte Gesamtarbeitsverträge*³³²

In verschiedenen Branchen wurden im Laufe dieser Berichtsperiode Gesamtarbeitsverträge (GAV) vom Bundesrat für allgemein verbindlich erklärt. Die bedeutsamsten Neuerungen bei den Allgemeinverbindlicherklärungen werden nachfolgend kurz umrissen.

Als «historischer Meilenstein» wurde von Gewerkschaftsvertretern die Allgemeinverbindlicherklärung des ersten *branchenübergreifenden GAV Personalverleih* gewertet.³³³ Der GAV Personalverleih trat am 1. Januar 2012 in Kraft und gilt bis zum 31. Dezember 2014. Er gilt für sämtliche Betriebe, die über eine Arbeitsverleihbewilligung verfügen, bei der SUVA versichert sind und im Hinblick auf die verliehenen Arbeitnehmenden pro Kalenderjahr eine Lohnsumme von mindestens CHF 120 000.– ausweisen.³³⁴ Inhaltlich sieht der GAV Personalverleih eine Unterstellung aller Temporärarbeitnehmenden unter die obligatorische Krankentaggeldversicherung (Artikel 28 GAV) sowie die Pflicht zum Anschluss an eine Einrichtung der beruflichen Vorsorge gemäss BVG (Artikel 31 GAV) vor. Weiter enthält der GAV Personalverleih AHV-pflichtige Mindestlöhne von bspw. minimal CHF 16.65 pro Stunde für Ungelernte bzw. minimal CHF 23.59 pro Stunde für Gelernte im Hochlohngebiet, wobei diese Lohnansätze nur gelten, sofern kein GAV in der Einsatzbranche einen höheren Stundenlohn vorsieht.³³⁵ Denn obwohl der GAV Personalverleih auch dann zur Anwendung gelangt, wenn für die Einsatzbranche ein anderer GAV gilt, werden dessen Bestimmungen über Löhne, Arbeitszeiten, Ferien bzw. Feiertage sowie allfällige Bestimmungen über den flexiblen Altersrücktritt inkorporiert, sofern es sich dabei um einen allgemeinverbindlich erklärten GAV oder um einen GAV handelt, welcher in Anhang 1 zum GAV Personalverleih aufgeführt ist.³³⁶ Eine weitere Verbesserung erfahren die Temporärarbeitnehmenden durch die Schaffung eines Weiterbildungsfonds. Neu erhält jede Temporärarbeitskraft, welche 22 Einsatztage geleistet hat, auf Gesuch hin finanzielle Unterstützung für einen Weiterbildungskurs. Damit sollen die Chancen von Temporärarbeitnehmenden auf dem Arbeitsmarkt verbessert werden. Um die Durchset-

³³² Eine Übersicht über die vom Bundesrat allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsverträge ist abrufbar unter: www.seco.admin.ch/themen/00385/00420/00430/index.html

³³³ Medienmitteilung der Unia vom 20. Dezember 2012.

³³⁴ Medienmitteilung des Bundesrats vom 13. Dezember 2011.

³³⁵ Bundesbeschluss über die Allgemeinverbindlicherklärung des Gesamtarbeitsvertrages für den Personalverleih, Änderung vom 13. Dezember 2011, in Kraft seit dem 1. Januar 2012 bis zum 31. Dezember 2014, BBl 2011 9223 sowie Medienmitteilung der Unia vom 20. Dezember 2011.

³³⁶ Medienmitteilung des Bundesrats und des EVD vom 13. Dezember 2011.

zung des GAV Personalverleih auch in tatsächlicher Hinsicht zu verbessern, wurde die Informationsplattform *www.tempservice.ch* eingerichtet.³³⁷ Obwohl die Schaffung des GAV Personalverleih weitgehend auf breite Zustimmung gestossen ist, waren auch vereinzelte Unkenrufe in Reaktion darauf zu vernehmen. So wird von Skeptikern durch die scheinbar vermehrte Allgemeinverbindlicherklärung eine schleichende Ausdehnung von Gesamtarbeitsverträgen auf Arbeitsverhältnisse ausserhalb einer bestimmten Branche befürchtet, wobei als Beispiele der GAV Personalverleih oder aber der Landes-Gesamtarbeitsvertrag der Gastro- und Hotelbranche, dessen Allgemeinverbindlicherklärung geplant ist, angeführt werden. Namentlich wurden diesbezüglich die fehlenden Rechtsmittel gegen einen Entscheid des Bundesrates zur Allgemeinverbindlicherklärung gerügt, worauf der Bundesrat in seiner Antwort auf die entsprechende dringliche Interpellation auf die Möglichkeit der Einsprache ähnlich der Teilnahme am gesetzlichen Vernehmlassungsverfahren hinwies, wodurch dem rechtstaatlichen Verfahren ausreichend Genüge getan werde.³³⁸

Die Kautionspflicht, welche bereits im letzten Jahr für Diskussionsstoff im Zusammenhang mit dem freien Dienstleistungsverkehr bzw. den flankierenden Massnahmen gesorgt hatte,³³⁹ wurde auch in diesem Berichtsjahr in diversen Branchen vornehmlich des Bausektors eingeführt bzw. beibehalten. So wurde im *GAV für Branchen des Ausbaugewerbes in den Kantonen Basel-Landschaft, Basel-Stadt und Solothurn* die Kautionspflicht von Unternehmen, welche im Geltungsbereich des GAV ansässig sind oder aber Arbeitnehmende in den Geltungsbereich des GAV entsenden, mit Änderung vom 12. Juli 2012 für allgemeinverbindlich erklärt. Die Kaution ist dabei in Form einer unwiderruflichen Garantieerklärung eines dem schweizerischen Bankengesetz unterstehenden Finanzinstituts zugunsten der Zentralparitätischen Kontrollstelle (ZPK) zu leisten und bemisst sich nach dem jeweiligen Auftragswert. Als Auftragswert gilt dabei das im Geltungsbereich des GAV kumulativ erzielte Auftragsvolumen, wobei Auftragswerte unter CHF 2000.– von der Kautionspflicht befreit sind. Für im Geltungsbereich des GAV ansässige Unternehmen gilt die Vermutung, dass das Auftragsvolumen pro Kalenderjahr den Höchstsatz des Auftragswerts von CHF 40 001.– übersteigt, womit eine Kaution in der Höhe von CHF 20 000.– zu entrichten ist. Wird der Auftragswert nicht erreicht, so ist dies der ZPK mittels Vorlage der einschlägigen Dokumente nachzuweisen.

³³⁷ Bundesbeschluss über die Allgemeinverbindlicherklärung des Gesamtarbeitsvertrages für den Personalverleih, Änderung vom 13. Dezember 2011, in Kraft seit dem 1. Januar 2012 bis zum 31. Dezember 2014, BBl 2011 9223 sowie Medienmitteilung der Unia vom 20. Dezember 2011.

³³⁸ Vgl. 12.3041 (Dringliche Interpellation) Keine schleichende Ausdehnung von Gesamtarbeitsverträgen auf andere Branchen, NOSER RUEDI, eingereicht am 29. Februar 2012 sowie dazugehörige Antwort des Bundesrats vom 9. März 2012.

³³⁹ Vgl. Vorjahresbericht JAR 2011, S. 92 f.

Gleiches gilt auch für die Entsendebetriebe, wobei dort die Anforderungen an die Nachweispflicht höher sind, indem der massgebliche Auftragswert jedes einzelnen Auftrags mittels Vorlage der entsprechenden Dokumente (explizit genannt sind das verbindliche schriftliche Angebot, die Auftragsbestätigung, der Werkvertrag oder dergl.) der ZPK vorzulegen ist.³⁴⁰

Vergleichbare Bestimmungen zur Kautionspflicht sind seit Dezember 2011 auch im *GAV im Schweizerischen Dach- und Wandgewerbe* enthalten. Die Höhe der zu entrichtenden Kaution liegt jedoch mit einem Maximalbetrag von CHF 10 000.– deutlich unter jenem für die zuvor erwähnten Branchen des Ausbaugewerbes in den Kantonen Basel-Landschaft, Basel-Stadt und Solothurn.³⁴¹ Die Kautionspflicht ist zudem enthalten im *GAV der schweizerischen Gebäudetechnikbranche*, im *GAV für das schweizerische Isoliergewerbe*, im *GAV für das Maler- und Gipsergewerbe* sowie im *GAV für das Plattenlegergewerbe der Kantone Aargau, Bern, Glarus, Luzern, Nidwalden, Obwalden, Solothurn, Schwyz, Uri, Zug und Zürich*.³⁴²

Für allgemein verbindlich erklärt wurde Ende Oktober 2011 zudem der *GAV für die Reinigungsbranche in der Deutschschweiz*. Er teilt die Reinigungstätigkeiten in die drei Kategorien der Unterhalts-, Spezial- und Spitalreinigung ein, wobei für jede Kategorie eigenständige Minimallohnbestimmungen gelten. Weiter enthält der GAV verbindliche Regelungen zu Überstunden, Feiertagen, Militär- bzw. Zivildienst sowie zur Lohnfortzahlung. Ein Anspruch auf einen 13. Monatslohn besteht ab dem dritten Anstellungsmonat und wird gemäss Anhang 5 zum GAV je nach Kategorie stufenweise bis ins Jahr 2015 eingeführt.³⁴³

Weiter wurde der *GAV für das Schreinergewerbe* per 1. Juni 2012 für allgemein verbindlich erklärt. Der GAV enthält neben der Festsetzung der Mindestlöhne u.a. sehr detaillierte Regelungen zur betrieblichen Arbeitszeit, zu Überstundenarbeit, Lohnfortzahlung, Weiterbildung, Ferien und zur Kündigung. Für gelernte Berufsleute wurde der minimale Einstiegslohn

³⁴⁰ Bundesbeschluss über die Allgemeinverbindlicherklärung des Gesamtarbeitsvertrages für Branchen des Ausbaugewerbes in den Kantonen Basel-Landschaft, Basel-Stadt und Solothurn, Änderung vom 12. Juli 2011, in Kraft seit dem 1. August 2011 bis zum 31. Dezember 2013, BBl 2011 6267.

³⁴¹ Bundesratsbeschluss über die Allgemeinverbindlicherklärung des Gesamtarbeitsvertrages im Schweizerischen Dach- und Wandgewerbe, Änderung vom 25. Oktober 2011, in Kraft seit dem 1. Dezember 2011 bis zum 31. Dezember 2013, BBl 2011 8623.

³⁴² Vgl. Übersicht Allgemeinverbindlich erklärte Gesamtarbeitsverträge (GAV), Bundesratsbeschlüsse, Stand am 1. Juni 2012, zuletzt eingesehen am 30. Juni 2012 unter: www.seco.admin.ch/themen/00385/00420/00430/index.html

³⁴³ Bundesbeschluss über die erleichterte Allgemeinverbindlicherklärung des Gesamtarbeitsvertrages für die Reinigungsbranche in der Deutschschweiz vom 31. Oktober 2011, in Kraft seit dem 1. Januar 2012 bis zum 31. Dezember 2015, BBl 2011 8755.

für einen Berufsarbeiter nach der Ausbildung bei CHF 4018.– pro Monat bzw. bei CHF 22.30 pro Stunde festgesetzt.³⁴⁴

Wieder in Kraft gesetzt wurde per 1. März 2012 weiter der *GAV für den Gleisbau*.³⁴⁵

d. *Vom EVD genehmigte kantonale Allgemeinverbindlicherklärungen*³⁴⁶

Auf *kantonomer Ebene* wurden in Fribourg, Genf, St. Gallen, Tessin, Wallis und Waadt verschiedene Gesamtarbeitsverträge (GAV) bzw. deren Verlängerung oder Wiederinkraftsetzung von den zuständigen kantonalen Behörden für allgemeinverbindlich erklärt und vom EVD genehmigt.³⁴⁷

Im *Kanton Fribourg* hat der Staatsrat die Allgemeinverbindlicherklärung des *GAV für das Autogewerbe des Kantons Freiburg* verfügt, welcher durch den Beschluss des EVD Anfang August 2011 in Kraft treten konnte. Der GAV wurde zwischen dem Schweizerischen Autogewerbeverband AGVS, Sektion Freiburg, sowie den Gewerkschaften Unia und Syna geschlossen. Neben einer nicht allgemeinverbindlichen Festlegung der Lage der Arbeitszeit zwischen 7.00 und 19.00 Uhr fanden diverse gesetzliche Mindestvorschriften bspw. im Zusammenhang mit den Kündigungsvoraussetzungen (Artikel 16 ff. GAV) oder mit der Pausenregelung (Artikel 22 Ziffer 3 GAV) Eingang in den allgemeinverbindlichen Teil des GAV. Interessant ist weiter, dass der GAV beide Parteien in allgemeinverbindlicher Weise verpflichtet, die Schwarzarbeit zu bekämpfen, indem jegliche Verstösse gegen die im GAV normierten Bestimmungen bei der paritätischen Berufskommission zu melden sind (Artikel 36 Ziffer 3 und 4 GAV).³⁴⁸

Der *Kanton Genf* genehmigte im November 2011 die Allgemeinverbindlicherklärung des *CCT des bureaux d'ingénieurs de la construction et des techniques du bâtiment*. Der GAV gilt für sämtliche Ingenieurbüros bzw. für sämtliche Abteilungen von Unternehmen, welche Ingenieure beschäftigen und ihren Sitz im Kanton Genf haben, sowie für sämtliche Arbeitnehmenden im Ingenieurbereich (d.h. Ingenieure mit Abschluss

³⁴⁴ Bundesratsbeschluss über die Allgemeinverbindlicherklärung des Gesamtarbeitsvertrages für das Schreinergerberbe vom 24. April 2012, in Kraft seit dem 1. Juni 2012 bis zum 31. Dezember 2016, BBl 2012 5369.

³⁴⁵ Bundesratsbeschluss über die Allgemeinverbindlicherklärung des Gesamtarbeitsvertrages für den Gleisbau, Wiederinkraftsetzung vom 6. Februar 2012, in Kraft seit dem 1. März 2012 bis zum 31. Dezember 2013, BBl 2012 1517.

³⁴⁶ Eine aktuelle Übersicht über die vom EVD genehmigten Allgemeinverbindlicherklärungen, welche monatlich aktualisiert wird, ist abrufbar unter: www.seco.admin.ch/themen/00385/00420/02500/index.html?lang=de

³⁴⁷ Vgl. ebd.

³⁴⁸ Beschluss über die Allgemeinverbindlicherklärung des Gesamtarbeitsvertrages für das Autogewerbe des Kantons Freiburg vom 17. Mai 2011, Amtsblatt Nr. 30 2011.

ETH/EPF, ETS/HES oder weitere Techniker, Zeichner und das Administrativpersonal) mit Ausnahme von Auszubildenden. Inhaltlich statuiert er neben der Wiederholung diverser gesetzlicher Vorschriften wie bspw. jener zu den Kündigungsfristen (Artikel 6 GAV) eine wöchentliche Normalarbeitszeit von 42,5 Stunden verteilt auf fünf Tage, wobei eine viertelstündige Pause pro Tag zur Arbeitszeit zu zählen und damit vom Arbeitgeber zu entschädigen ist (Artikel 10 GAV). Zudem ist ein Ferienanspruch von fünf Wochen pro Jahr zwingend (Artikel 14 GAV). Ebenso wurden die Mindestlöhne für allgemeinverbindlich erklärt, wobei der Einstiegsgehalt für einen Ingenieur der EPF/ETH bei CHF 5300.– bzw. für das Administrativpersonal bei CHF 4064.– pro Monat festgesetzt worden ist.³⁴⁹

Im *Kanton St. Gallen* wurde der bereits im letzten Berichtsjahr wieder in Kraft gesetzte *GAV für die Tankstellen-Shops des Kantons St. Gallen* dahingehend modifiziert, dass neu auch die Bestimmung zum räumlichen, betrieblichen und personellen Geltungsbereich als allgemeinverbindlich gilt. Ebenso wurde die Auflage betreffend den Einzug und die Verwendung der Vollzugskostenbeiträge für allgemeinverbindlich erklärt sowie die Geltungsdauer des GAV bis zum 31. Dezember 2013 verlängert.³⁵⁰

Der *Kanton Waadt* hat sowohl für den Geltungsbereich der Stadt Lausanne als auch denjenigen der Stadt Nyon jeweils einen GAV für den Detailhandel wieder in Kraft setzen bzw. für allgemeinverbindlich erklären lassen.³⁵¹ Der GAV der Stadt Lausanne gilt für alle Arbeitnehmenden des Detailhandels inklusive der temporär Beschäftigten, schliesst jedoch auf der Arbeitgeberseite gewisse Branchenzweige wie Bäckereien-Konditoreien, Kioskbetriebe oder Blumengeschäfte vom sachlich-personellen Geltungsbereich aus (Artikel 3 GAV). Inhaltlich konkretisiert der GAV die wöchentliche Arbeitszeit bei 41 Stunden an fünf Wochentagen (Artikel 6 GAV) und setzt die Mindestlöhne zwischen einem Jahresbruttoeinkommen von CHF 42 000.– für ungelerntes Personal und CHF 44 340.– für gelerntes Personal mit mindestens zwei Jahren Berufserfahrung fest (Artikel 4

³⁴⁹ Arrêté étendant le champ d'application de la convention collective de travail des bureaux d'ingénieurs de la construction et des techniques du bâtiment conclue à Genève le 28 septembre 2006, du 9 novembre 2011, J 1 50.21, approuvé par le DFE le 7 décembre 2011.

³⁵⁰ Beschluss über die Allgemeinverbindlicherklärung der überarbeiteten Fassung vom 1. Januar 2011 des Gesamtarbeitsvertrages für die Tankstellen-Shops des Kantons St. Gallen vom 1. Juli 2004, vom 11. Oktober 2011, vom EVD genehmigt am 4. November 2011.

³⁵¹ Arrêté à fin de remise en vigueur de l'extension du champ d'application de la convention collective de travail du commerce de détail de la ville de Lausanne ainsi que de ses avenants du 21 décembre 2007, du 4 juillet 2008, du 6 novembre 2008 et du 11 décembre, du 7 décembre 2011, 821.10.071211.1, vom EVD genehmigt am 13. Januar 2012 sowie Arrêté étendant le champ d'application de la convention collective de travail du commerce de détail de la ville de Nyon, du 4 avril 2012, 821.10.040412.1.

i.V.m. Annex 2 GAV). Der GAV für die Detailhandelsbranche der Stadt Lausanne war bis zum 30. Juni 2012 in Kraft.³⁵² Eine etwas längere Geltungsdauer besass demgegenüber der GAV für die Detailhandelsbranche der Stadt Nyon, welcher für die Zeit bis zum 31. Dezember 2014 in Kraft gesetzt worden war.³⁵³

³⁵² Arrêté à fin de remise en vigueur de l'extension du champ d'application de la convention collective de travail du commerce de détail de la ville de Lausanne ainsi que de ses avenants du 21 décembre 2007, du 4 juillet 2008, du 6 novembre 2008 et du 11 décembre, du 7 décembre 2011, 821.10.071211.1, vom EVD genehmigt am 13. Januar 2012 i.V.m. Arrêté du 12 avril 2006 et du 21 mai 2010 étendant le champ d'application de la convention collective du commerce de détail de la ville de Lausanne.

³⁵³ Arrêté étendant le champ d'application de la convention collective de travail du commerce de détail de la ville de Nyon, du 4 avril 2012, 821.10.040412.1.

**B. Mitteilungen
des Staatssekretariats
für Wirtschaft (SECO)
und des Eidgenössischen
Datenschutz- und Öffent-
lichkeitsbeauftragten**

Zusammengestellt von
Dr. iur. HUBERT FRITSCH

Merk- und Informationsblätter des SECO

I. Merkblatt zur Betriebsordnung (BO)¹ (letzte Änderung: 13. Mai 2011)

1. Zielpublikum und Zweck

Dieses Merkblatt richtet sich an industrielle Betriebe, welche vom zuständigen kantonalen Arbeitsinspektorat unterstellt wurden. Für industrielle Betriebe ist das Aufstellen und betriebsinterne Publizieren einer Betriebsordnung (BO) obligatorisch.

Nicht-industrielle Betriebe können eine BO freiwillig aufstellen und publizieren.

Zwingend für die Form der BO ist ihre Schriftlichkeit mit der/den Unterschrift/en.

Die BO hat zum Zweck, die Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen über verbindliche betriebsinterne Basisregeln betreffend die Arbeitssicherheit und den Gesundheitsschutz zu informieren. Dieses Merkblatt soll dem Arbeitgeber als Hilfestellung für die Verständlichkeit der entsprechenden gesetzlichen Vorschriften sowie für die Aufstellung einer eigenen BO dienen.

Eine Muster-BO findet sich zum Download auf der SECO-Website: www.seco.admin.ch (Suchbegriff «Betriebsordnung»).

2. Grundlagen

Die gesetzliche Grundlage der BO für industrielle Betriebe bilden die Artikel 37 bis 39 des Arbeitsgesetzes (ArG, SR 822.11) im Allgemeinen – sowie themenspezifisch die Artikel 67 und 68 der Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz (ArGV 1, SR 822.111):

Art. 37 ArG – Aufstellung

¹ Für industrielle Betriebe ist eine Betriebsordnung aufzustellen.

² Durch Verordnung kann die Aufstellung einer Betriebsordnung auch für nichtindustrielle Betriebe vorgeschrieben werden, soweit die Art des Betriebes oder die Zahl der Arbeitnehmer dies rechtfertigen.

³ Andere nicht-industrielle Betriebe können nach Massgabe der Vorschriften dieses Abschnittes freiwillig eine Betriebsordnung aufstellen.

⁴ Die Betriebsordnung wird zwischen dem Arbeitgeber und einer von den Arbeitnehmern frei gewählten Vertretung schriftlich vereinbart oder vom Arbeitgeber nach Anhören der Arbeitnehmer erlassen.

¹ Aus www.seco.admin.ch > Dokumentation > Publikationen und Formulare > Merk- und Informationsblätter > Arbeit

Der Absatz 4 betreffend die Aufstellung der BO ist näher umschrieben im

Art. 67 ArGV I – Vereinbarte oder erlassene Betriebsordnung

¹ Als frei gewählt gilt die Arbeitnehmervertretung, wenn die Wahl nach den Grundsätzen der Artikel 5–7 des Mitwirkungsgesetzes vom 17. Dezember 1993 erfolgt ist.

² Wird die Betriebsordnung vom Arbeitgeber erlassen, so ist der Entwurf im Betrieb gut sichtbar anzuschlagen oder den Arbeitnehmern und Arbeitnehmerinnen auszuhändigen. Innert vier Wochen können die Arbeitnehmer oder Arbeitnehmerinnen schriftlich dazu Stellung nehmen oder sie sind vom Arbeitgeber mündlich anzuhören.

Art. 38 ArG – Inhalt

¹ Die Betriebsordnung hat Bestimmungen über den Gesundheitsschutz und die Unfallverhütung und, soweit notwendig, über die Ordnung im Betrieb und das Verhalten der Arbeitnehmer im Betrieb aufzustellen; Ordnungsstrafen sind nur zulässig, wenn sie in der Betriebsordnung angemessen geregelt sind.

² Die vereinbarte Betriebsordnung kann auch andere Bestimmungen enthalten, die das Verhältnis zwischen dem Arbeitgeber und den Arbeitnehmern betreffen, jedoch nur soweit, als ihr Gegenstand in dem Bereich, dem der Betrieb angehört, nicht üblicherweise durch Gesamtarbeitsvertrag oder durch andere kollektive Vereinbarung geregelt wird.

³ Der Inhalt der Betriebsordnung darf dem zwingenden Recht und den für den Arbeitgeber verbindlichen Gesamtarbeitsverträgen nicht widersprechen.

Art. 39 ArG – Kontrolle, Wirkungen

¹ Die Betriebsordnung ist der kantonalen Behörde zuzustellen; stellt diese fest, dass Bestimmungen der Betriebsordnung mit den Vorschriften dieses Gesetzes nicht übereinstimmen, so ist das Verfahren gemäss Artikel 51 durchzuführen.

² Nach der Bekanntgabe im Betrieb ist die Betriebsordnung für den Arbeitgeber und für die Arbeitnehmer verbindlich.

Der Absatz 2 betreffend die Bekanntmachung der BO ist näher umschrieben im

Art. 68 ArGV I – Bekanntmachung der Betriebsordnung

¹ Die Betriebsordnung ist im Betrieb gut sichtbar anzuschlagen oder den Arbeitnehmern oder Arbeitnehmerinnen auszuhändigen.

² Die Betriebsordnung ist der kantonalen Behörde zuzustellen.

Die BO kann auf zwei Arten aufgestellt werden: einseitig durch den Arbeitgeber erlassen oder mit einer von den Arbeitnehmenden frei gewählten Vertretung vereinbart bzw., wenn eine solche fehlt, mit den Arbeitnehmenden selber. Falls der Arbeitgeber seine BO einseitig erlässt, muss er dennoch die Arbeitnehmerschaft anhören und das nachfolgend beschriebene Verfahren einhalten. Die Praxis zeigt, dass eine mit den Arbeitnehmenden vereinbarte BO besser befolgt wird. Wir empfehlen deshalb, die BO gemeinsam mit den Arbeitnehmenden bzw. mit deren Vertretung aufzustellen.

3. Inhalt der Betriebsordnung (BO)

Die BO muss aus mindestens dem ersten der drei folgenden Abschnitte bestehen:

- a. Gesundheitsschutz und Unfallverhütung
- b. Ordnung und Verhalten im Betrieb
- c. Sanktionen

Eine vereinbarte BO kann – evtl. in eingeschränkter Form – auch Bestimmungen über die Arbeitsbeziehungen enthalten.

a. Gesundheitsschutz und Unfallverhütung

Der erste obligatorische Teil der BO bestimmt die Vorgaben des Unternehmens für den Gesundheitsschutz und die Unfallverhütung im Betrieb. In ihm werden die allgemeinen Pflichten gemäss Art. 6 ArG und Verordnung 3 zum Arbeitsgesetz (ArGV 3, SR 822.113) sowie der Verordnung über die Verhütung von Berufsunfällen und Berufskrankheiten (VUV, SR 832.30) konkretisiert. D.h., unter Berücksichtigung der konkreten arbeitsplatzspezifischen Risiken werden in diesem die zu treffenden Schutzmassnahmen aufgeführt. Hat sich der Betrieb einer Branchenlösung angeschlossen, so ist in diesem Abschnitt aufzuführen, wie sie im Betrieb umzusetzen ist.

Folgendes ist dabei u.a. zu berücksichtigen (Aufzählung nicht abschliessend): Benutzung der Schutzeinrichtungen sowie der persönlichen Schutzausrüstung, Vorkehren zur sicheren Instandhaltung von Maschinen und Anlagen, Reparatur der Werkzeuge, Meldung allfälliger Mängel, Umgang mit gefährlichen Stoffen oder der Schutz vor besonderen Gefahren im Betrieb, usw. Wird in einem Betrieb z.B. mit giftigem oder explosivem Material gearbeitet, so müssen die dafür besonderen Schutzmassnahmen erwähnt werden.

Da die BO sowohl vor physischen wie auch vor psychischen Gefahren schützen soll, ist es notwendig, auch Massnahmen gegen Diskriminierung, Mobbing, sexuelle Belästigung und andere psychische Risiken zu integrieren.

b. *Ordnung und Verhalten im Betrieb*

Im zweiten Teil der BO wird das Verhalten der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer im Betrieb (soweit notwendig) geregelt. Die Vorgaben dürfen jedoch das Arbeitsgesetz und andere zwingende Regelungen nicht verletzen. Dabei ist Folgendes zu beachten:

- Der Arbeitgeber muss die persönliche Integrität der Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen schützen (Art. 6 ArG und Art. 328 OR, SR 220). Dies bedeutet beispielsweise, dass generelle Leibesvisitationen der Arbeitnehmenden sowie die Überwachung ihres Verhaltens im Betrieb mittels technischer Einrichtungen wie Kameras, Mikrofonen usw. grundsätzlich unzulässig sind (ausser in den in Art. 26 ArGV 3 vorgesehenen Ausnahmefällen).
- Die Reglementierung des Verhaltens muss im Verhältnis zum angestrebten Ziel sein. Schikanöse oder unverhältnismässige Bestimmungen müssen vermieden werden. *Beispiel:* Von Arbeitnehmenden mit Kundenkontakt kann verlangt werden, dass sie eine entsprechende Arbeitskleidung tragen. Die BO wird aber einen Mechaniker nicht zwingen können, während der Arbeit einen Geschäftsanzug zu tragen.
- Die BO kann bestimmte Verhaltensweisen der Arbeitnehmenden während ihrer Arbeitszeit vorschreiben. Entsprechende Anweisungen für ausserhalb ihrer Arbeitszeit sind grundsätzlich nicht möglich. *Beispiel:* Die BO kann den Konsum von Alkohol während der Arbeitszeit verbieten. Hingegen wird sie den Arbeitnehmenden den Alkoholkonsum vor oder nach der Arbeit nicht untersagen dürfen – ausser dies ist aus Sicherheitsgründen notwendig, wie z.B. für Chauffeure, um Restalkohol im Blut während ihrer Arbeit zu verhindern. Im Prinzip dürfen Alkoholtests, ausser wenn Nüchternheit für die Durchführung der Arbeit notwendig ist (z.B. bei Chirurgen, Piloten, Chauffeuren usw.), aus Gründen des Persönlichkeitsschutzes nicht durchgeführt werden. Dazu sei Folgendes erwähnt: Erscheinen dem Arbeitgeber gewisse Arbeitnehmende als unfähig, die geforderte Arbeit auszuführen, und können diese für sich selbst oder ihre Umgebung eine Gefahr darstellen, so muss der Arbeitgeber deren Arbeitsleistung ablehnen, auch dann, wenn ein allfälliger Alkoholtest zeigt, dass die Betroffenen nicht durch Alkohol berauscht sind (z.B. Diabetiker/innen im Falle eines akuten Zuckermangels).

Der Abschnitt über das Verhalten der Arbeitnehmenden kann je nach Bedürfnis des Betriebes z.B. Folgendes regeln: Zutritt zu den Betriebsgebäuden (für wen, wann und wie), Verbot bestimmter Verhalten (Rauchen, Alkoholgenuss usw.), Sauberkeit im Betrieb (Regeln, Organisation, Verantwortung), Benutzung und Instandhaltung der Apparaturen (wer, wann, wie, Zweck – z.B. die private Benutzung der Telefone und EDV-Infrastruktur) usw.

c. Sanktionen

Die BO kann bei Regelverstössen Sanktionen vorsehen. Dieser Teil ist fakultativ. Wird er aufgenommen, so ist es notwendig, ein für die Anordnung von Sanktionen angepasstes Verfahren festzulegen. Dieses soll definieren, in welchen Fällen Sanktionen möglich sind, wie und von wem die Sanktionen getroffen werden und wie der betroffene Arbeitnehmer oder die betroffene Arbeitnehmerin dazu Stellung nehmen kann. Es sind unterschiedliche Sanktionen möglich wie z.B. eine Ermahnung, ein Verweis, eine Busse usw.

Eine Busse ist nur dann sinnvoll, wenn der vom/von der Arbeitnehmenden ausgelöste gefährliche Zustand nicht weiterbesteht. So kann einem Arbeitnehmer, der z.B. die Vorschrift des Tragens eines Schutzhelms nicht befolgt, eine Busse auferlegt werden. Verstösst dieser wiederholt gegen diese Regel, so wird eine Busse ungenügend sein und aufgrund von Art. 6 ArG und 328 OR aus Gründen des Selbstschutzes die Entgegennahme der Leistung des Arbeitnehmers verweigert werden müssen. Werden Bussen auferlegt, so muss ihr Umfang verhältnismässig sein. (Gemäss dem früher gültigen Fabrikgesetz durften die Bussen nicht mehr als einen Viertel des Tagessalärs betragen.) Diese Einnahmen müssen zum Zweck des Gesundheitsschutzes am Arbeitsplatz verwendet werden.

4. Aufstellen der Betriebsordnung (BO)

Wie oben erwähnt, kann die BO auf zwei Arten aufgestellt werden: einseitig durch den Arbeitgeber erlassen oder mit einer von den Arbeitnehmenden gewählten Vertretung vereinbart oder, falls eine solche fehlt, direkt mit den betroffenen Arbeitnehmenden.

Für die Aufstellung oder die Änderungen der BO ist eines der beiden folgenden Verfahren zu wählen:

- a. Vom Arbeitgeber erlassene BO
 - i. Aufstellung eines BO-Entwurfes durch den Arbeitgeber
 - ii. Bekanntgabe des BO-Entwurfs durch Anschlag oder durch Verteilen an die Arbeitnehmenden oder eventuell an die gewählte Vertretung nach Art. 5 bis 7 des Mitwirkungsgesetzes (SR 822.14)
 - iii. Allfällige schriftliche oder mündliche Stellungnahme der Arbeitnehmenden innert vier Wochen, Verhandlungen über die streitigen Punkte. Falls die Mitarbeitenden mündlich Einwände vorbringen, kann es von Vorteil sein, diese schriftlich zu verlangen. Akzeptiert der Arbeitgeber die Einwände der Arbeitnehmenden nicht, so muss er dies begründen.
 - iv. Der BO-Entwurf muss, eventuell zusammen mit den Stellungnahmen, dem zuständigen kantonalen Arbeitsinspektorat zur Stellungnahme unterbreitet werden. Das kantonale

Arbeitsinspektorat kontrolliert sie auf ihre Übereinstimmung mit dem Arbeitsgesetz.

- v. Falls der BO-Entwurf nicht gesetzeskonform ist, gewährt das kantonale Arbeitsinspektorat dem Arbeitgeber eine Frist, um sie zu verbessern (das Verfahren nach Art. 51 ff. ArG ist anwendbar).
- vi. Die definitive BO wird im Betrieb gut sichtbar angeschlagen und/oder an die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter verteilt. Mit der Bestätigung der Gesetzeskonformität durch das kantonale Arbeitsinspektorat wird die BO für die Arbeitnehmenden verbindlich.
- b. Vom Arbeitgeber mit der Arbeitnehmervertretung vereinbarte BO
 - i. Der BO-Entwurf wird vom Arbeitgeber gemeinsam mit der Arbeitnehmervertretung, oder mangels einer solchen mit den Arbeitnehmern, aufgestellt.
 - ii. Der BO-Entwurf muss vom Arbeitgeber und der Arbeitnehmervertretung oder den Arbeitnehmern unterzeichnet und dem zuständigen kantonalen Arbeitsinspektorat zur Stellungnahme unterbreitet werden. Das kantonale Arbeitsinspektorat kontrolliert sie auf ihre Übereinstimmung mit dem Arbeitsgesetz.
 - iii. Falls der BO-Entwurf nicht gesetzeskonform ist, gewährt das kantonale Arbeitsinspektorat dem Arbeitgeber eine Frist, um sie zu verbessern (das Verfahren nach Art. 51 ff. ArG ist anwendbar).
 - iv. Die definitive Betriebsordnung wird im Betrieb gut sichtbar angeschlagen und/oder an die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter verteilt. Die BO wird mit der Bestätigung der Gesetzeskonformität durch das kantonale Arbeitsinspektorat für die Arbeitnehmenden verbindlich.

Wird die BO gemeinsam mit der Arbeitnehmervertretung bzw. mit der Arbeitnehmerschaft vereinbart, so kann sie auch das Arbeitsverhältnis regeln. In der BO sind aber Abweichungen vom zwingenden Recht nicht zulässig. Wenn der Betrieb zudem einem Gesamtarbeitsvertrag untersteht, so dürfen die Bestimmungen seiner BO nichts enthalten, das dem Inhalt des Gesamtarbeitsvertrags widerspricht.

II. Merkblatt über Vollzugskostenbeiträge² (letzte Änderung: 9. März 2012)

1. Einleitung

Die Vertragsparteien eines Gesamtarbeitsvertrags (GAV) sehen häufig Bestimmungen vor, die die unterstellten Arbeitgeber und Arbeitnehmerinnen bzw. Arbeitnehmer verpflichten, für einen bestimmten Zweck Beiträge an gemeinsame Institutionen der GAV-Parteien zu leisten. Es kann sich dabei um Beiträge handeln, mit denen eine Ausgleichskasse (z.B. Ferienausgleichskasse) gespeist wird. In der Praxis finden sich aber vor allem Beiträge, die dem Vollzug oder der Kontrolle des GAV gewidmet sind.

Das vorliegende Merkblatt gibt insbesondere Auskunft über die Voraussetzungen der Allgemeinverbindlicherklärung solcher Vollzugskostenbeiträge, über die Pflicht der Vertragsparteien, darüber Buch zu führen, und die Aufsicht der zuständigen Behörden.

Für die Allgemeinverbindlicherklärung (AVE) von Bestimmungen über gemeinsame Einrichtungen und Kassen der Vertragsparteien gelten besondere Voraussetzungen, geregelt in Artikel 3 des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (AVEG, SR 221.215.311).

Im Anhang 1 werden die Grundsätze für die Führung von gemeinsamen Kassen zusammengefasst. Diese ersetzen die Grundsätze aus dem Jahr 1994.

Anhang 2 enthält einen Auszug aus dem Bundesgesetz über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (AVEG).

2. Voraussetzungen für die AVE von Vollzugskostenbeiträgen

a. *Bestimmung über gemeinsame Durchführung des GAV*

Bei den Bestimmungen über Vollzugskostenbeiträge handelt es sich um sog. indirekt-schuldrechtliche Bestimmungen. Das sind Bestimmungen, die das Verhältnis der einzelnen Arbeitgeber und Arbeitnehmer gegenüber der Gemeinschaft der GAV-Parteien betreffen. Die Parteien bilden für den gemeinsamen Vollzug des GAV in der Regel Paritätische Kommissionen in der Rechtsform eines Vereins.

Für die AVE zulässig sind nur Beiträge, die an eine gemeinsame Institution der GAV-Parteien einbezahlt werden. Nicht zulässig ist es, dass die Beiträge an die einzelnen Verbände (Gewerkschaften oder Arbeitgeberorganisationen) geleistet werden.

² Aus www.seco.admin.ch > Dokumentation > Publikationen und Formulare > Merk- und Informationsblätter > Arbeit

Damit solche indirekt-schuldrechtlichen Bestimmungen allgemeinverbindlich erklärt werden können, ist es notwendig, dass die Vertragsparteien vereinbaren, dass ihnen gemeinsam ein Anspruch auf Einhaltung des GAV gegenüber den beteiligten Arbeitgebern und Arbeitnehmerinnen bzw. Arbeitnehmern zusteht (Art. 1 Abs. 2 AVEG und Art. 357b Abs. 1 OR). An sich kann die Einsetzung einer paritätisch zusammengesetzten Kommission und die Regelung der Aufgaben der Kommission implizit als solche Vereinbarung angesehen werden. Zu empfehlen ist aber, dass dies in der Form einer separaten Bestimmung erfolgt.

Beispiel für eine solche GAV-Regelung:

Den Gesamtarbeitsvertragsparteien steht gegenüber den beteiligten Arbeitgebern und Arbeitnehmerinnen bzw. Arbeitnehmern ein gemeinsamer Anspruch auf Einhaltung der gesamtarbeitsvertraglichen Bestimmungen gemäss Artikel 357b OR zu.

b. Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis

Die Beiträge dürfen nur für Zwecke verwendet werden, die das im GAV geregelte Arbeitsverhältnis betreffen.

Nicht zum Arbeitsverhältnis gehören allgemeine Verwendungszwecke wie z.B. die Branchen- oder Berufsförderung. Deshalb sollten die Beiträge auch nicht als Berufsbeiträge bezeichnet werden, wie dies in einigen GAV der Fall ist.

Sind in einem GAV die Lehrlinge nicht erfasst, so können auch keine Beiträge für die berufliche Grundausbildung verwendet werden. Die Erhebung von Beiträgen für die Berufsausbildung ist nur zulässig, wenn die entsprechenden Arbeitsverhältnisse – die Lehrverhältnisse – auch vom GAV erfasst werden.

c. Regelung der Verwendungszwecke

Im GAV ist abschliessend anzugeben, für welche Zwecke die Beiträge verwendet werden. In der Regel werden die Beiträge verwendet für den eigentlichen Vollzug, für die berufliche Weiterbildung, für Arbeitssicherheit und Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz sowie gegebenenfalls für soziale Zwecke (z.B. Notlagenfonds).

Enthält ein GAV materielle Bestimmungen über die Weiterbildung, so kann die Förderung der Weiterbildung in einem weiteren Sinne auch unter dem Begriff GAV-Vollzug erfasst sein. Dasselbe gilt für Gesundheit und Sicherheit am Arbeitsplatz. Zu empfehlen ist aber auch hier, in einer separaten Bestimmung aufzuführen, dass der Beitrag auch für diese Zwecke verwendet wird.

Formulierungen wie «namentlich» oder «insbesondere» vor der Aufzählung der Verwendungszwecke der Beiträge können nicht allgemeinver-

bindlich erklärt werden. Die Verwendungszwecke der Beiträge müssen im GAV abschliessend geregelt sein.

d. Allgemeine Voraussetzungen

Bestimmungen über Vollzugskostenbeiträge müssen neben den nachstehend erläuterten besonderen Voraussetzungen nach Artikel 3 AVEG (s. lit. e, f, g) auch die allgemeinen Voraussetzungen der AVE (Art. 2 AVEG) erfüllen. So darf insbesondere die Rechtsgleichheit und die Verbandsfreiheit nicht verletzt werden.

e. Höhe der Beiträge

Das Gesetz enthält in Bezug auf die Höhe der Vollzugskostenbeiträge (= Kontrollkostenbeiträge) eine allgemeine Vorschrift, die der Bundesrat in seiner AVE-Praxis konkretisiert hat.

Laut Gesetz dürfen die Kontrollkostenbeiträge der am Gesamtarbeitsvertrag nicht beteiligten Arbeitgeber und Arbeitnehmer die Anteile nicht übersteigen, die sich bei einer gleichmässigen Verteilung der tatsächlichen Kosten auf alle Arbeitgeber einerseits und alle Arbeitnehmer andererseits ergeben (Art. 3 Abs. 2 Bst. b AVEG).

Nach der Praxis des Bundesrates wird die Höhe der Beiträge insbesondere durch zwei Kriterien begrenzt, nämlich die effektive Verwendung der Gelder und die Höhe der Mitgliederbeiträge (Mitgliederbeiträge für Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände).

Die Vollzugskostenbeiträge müssen (1.) im Verhältnis zu den effektiven Kosten gerechtfertigt sein und (2.) tiefer sein als die Mitgliederbeiträge der Gewerkschaften und der Arbeitgeberorganisationen.

e/a. Verwendung der Gelder

Die Beiträge müssen für die vorgesehenen Verwendungszwecke effektiv auch laufend gebraucht werden. Eine Vermögensbildung, die über normale Reserven hinausgeht, ist nicht zulässig. Rückstellungen grösseren Ausmasses sind nur zulässig, wenn sie für konkret vorgesehene Projekte notwendig sind.

Dem AVE-Gesuch sind eine Abrechnung über die letzte Erhebungsperiode sowie ein Budget für die beantragte Dauer der AVE beizulegen. Aufgrund dieser Unterlagen prüft die Behörde, ob die vorgesehenen Beiträge angemessen sind (s. dazu Punkt 5).

e/b. Verhältnis zu den Mitgliederbeiträgen

Die AVE-Praxis der letzten Jahrzehnte hat gezeigt, dass die organisierten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in der Regel entweder keine Vollzugskostenbeiträge bezahlen müssen oder dass ihnen die Beiträge zu-

rückerstattet werden, wenn sie nachweisen, dass sie ihren Gewerkschaftsbeitrag bezahlt haben (S. dazu auch Punkt 6).

Wenn nun der Vollzugskostenbeitrag nur unwesentlich tiefer, gleich hoch oder sogar höher ist als der Gewerkschaftsbeitrag, kann dies auf die Aussenseiter einen indirekten Beitrittszwang ausüben. Dies widerspricht der in Artikel 28 der Bundesverfassung garantierten Koalitionsfreiheit, die auch die negative Koalitionsfreiheit (die Freiheit, einem Verband fernzubleiben) beinhaltet. Im AVEG ist diese negative Koalitionsfreiheit als Voraussetzung der AVE ebenfalls aufgeführt (Art. 2 Ziff. 5 AVEG). Hinzu kommt, dass die Verbandsmitglieder – mit der Bezahlung eines nur unwesentlich höheren, gleichen oder sogar tieferen Beitrages als die Aussenseiter – von zusätzlichen Leistungen der Verbände profitieren würden, die den Aussenseitern grundsätzlich nicht zur Verfügung stehen. Im Ergebnis würden deshalb die Aussenseiter für den Vollzug der AVE mehr zahlen als die Mitglieder der vertragschliessenden Verbände. Dies würde Artikel 3 Absatz 2 Buchstabe b widersprechen und auch die Rechtsgleichheit (Art. 2 Ziff. 4 AVEG) verletzen.

Daraus folgt, dass der Vollzugskostenbeitrag deutlich tiefer als der Gewerkschaftsbeitrag sein muss, damit er allgemeinverbindlich erklärt werden kann.

Da die Beiträge deutlich tiefer sein müssen als die Mitgliederbeiträge, besteht von vornherein eine Begrenzung in Bezug auf die Aufgaben, die mit den Beiträgen erledigt werden sollen. Höhere Beiträge sind grundsätzlich nicht möglich, auch wenn die Aufgaben dies vielleicht erforderlich erscheinen lassen. Höhere Beiträge können nur dann zur AVE zugelassen werden, wenn die organisierten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer diese Beiträge ebenfalls – und zwar zusätzlich zu ihrem Mitgliederbeitrag – ganz oder teilweise entrichten müssen.

Diese Überlegungen gelten sinngemäss auch für die Beiträge der Arbeitgeber.

f. Organisation und Führung der Kasse

Das Gesetz verlangt, dass die Organisation der Kasse oder Einrichtung ausreichend geregelt ist und Gewähr für eine ordnungsgemässe Führung besteht (Art. 3 Abs. 1 AVEG). Die ordnungsgemässe Führung verlangt die Einhaltung der allgemeinen Buchhaltungsgrundsätze der Artikel 957 bis 962 OR (Bilanzpflicht, Bilanzwahrheit und Bilanzklarheit).

Die Vertragsparteien haben im AVE-Gesuch darzulegen, dass diese Voraussetzungen erfüllt sind (Art. 8 Abs. 2 AVEG). Dazu gehört auch die Einreichung eines Budgets für die Dauer der beantragten AVE und des Kassenreglements.

g. *Ausreichende Regelung der Kontrolle und Durchsetzung*

Das Gesetz verlangt weiter, dass der Vollzug (bzw. die Kontrolle und Durchsetzung) ausreichend geregelt sein muss und Gewähr für eine geordnete Anwendung besteht (Art. 3 Abs. 2 Bst. a AVEG).

Die Regelung des Vollzugs ist zumindest im Grundsatz direkt im GAV vorzusehen und kann im Übrigen in einem separaten Reglement erfolgen, soweit es um organisatorische Belange geht.

Gewähr für eine geordnete Anwendung ist insbesondere dann gegeben, wenn:

- die erfassten Arbeitgeber und Arbeitnehmer/innen gleich behandelt werden und nicht etwa die Aussenseiter strenger kontrolliert werden;
- die Kontrollorgane paritätisch zusammengesetzt und mit den nötigen Ausweisen versehen sind; allerdings ist es auch zulässig, dass die Vertragsparteien bzw. die paritätischen Kommissionen einen Dritten mit den Kontrollaufgaben beauftragen;
- die Kontrollorgane über die bei ihrer Tätigkeit zur Kenntnis gelangenden Tatsachen Verschwiegenheit bewahren.

h. *Einzureichende Unterlagen und Informationen*

Werden Bestimmungen über Vollzugskostenbeiträge zur AVE beantragt, so sind von den GAV-Parteien (zusammen mit dem AVE-Gesuch) folgende Unterlagen und Informationen einzureichen:

- letzte Jahresrechnung betreffend die Beiträge und deren Verwendung (falls nicht bereits eingereicht)
- Budget für die Periode der vorgesehenen AVE
- Reglement, Statuten und andere Unterlagen der Organisation (in der Regel die Paritätische Kommission), die mit dem Vollzug des GAV, dem Einzug der Beiträge sowie deren Verwendung betraut ist
- Erklärung und Begründung, dass Gewähr für ordnungsgemässe Führung der Kasse besteht
- Angabe der Höhe der Mitgliederbeiträge von Gewerkschaftsmitgliedern und der Mitglieder der Arbeitgeberverbände, sofern die vorgesehenen Vollzugskostenbeiträge eine gewisse Höhe (z.B. 0,7% des Lohns) übersteigen.

Werden diese Unterlagen und Informationen nicht oder nur unvollständig eingereicht, so sind sie von der Direktion für Arbeit des SECO bzw. von der zuständigen kantonalen Behörde nachzufordern.

3. Abgrenzung zu den Solidaritätsbeiträgen

Es ist möglich, dass sich einzelne (nicht organisierte) Arbeitgeber und einzelne Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer dem Gesamtarbeitsvertrag anschliessen, wenn die Vertragsparteien des GAV damit einverstanden sind. Diese sind dann am GAV beteiligt und gleich an den GAV gebunden,

wie die Mitglieder der GAV-Parteien. Für einen solchen Anschluss sehen Gesamtarbeitsverträge häufig sog. Solidaritätsbeiträge vor. Diese Beiträge bezwecken einerseits, den Vorteil auszugleichen, der dem Nichtmitglied durch den GAV zukommt, und anderseits sollen sie einen angemessenen Anteil der Vollzugskosten des GAV decken. Es können aber nur solche Beiträge allgemeinverbindlich erklärt werden, die ausschliesslich die Deckung der Vollzugskosten zum Zweck haben. Da der Verwendungszweck der Solidaritätsbeiträge weiter geht – im Gegensatz zu den Vollzugskostenbeiträgen dürfen auch die Kosten der GAV-Parteien im Zusammenhang mit der Vorbereitung und Ausarbeitung des GAV berücksichtigt werden –, können Solidaritätsbeiträge nicht allgemeinverbindlich erklärt werden.

4. Kontrolle durch die zuständige Behörde

Artikel 5 Absatz 2 AVEG sieht vor, dass die Kasse oder Einrichtung im Sinne von Artikel 357b Absatz 1 Buchstabe b OR der Aufsicht der zuständigen Behörde untersteht. Diese hat dafür zu sorgen, dass die Kasse oder Einrichtung ordnungsgemäss geführt wird, und kann zu diesem Zweck von deren Träger die notwendigen Auskünfte verlangen.

Zuständige Behörde auf Bundesebene – bei GAV, die vom Bundesrat allgemeinverbindlich erklärt werden – ist das SECO (Art. 20 Abs. 2 AVEG). Auf kantonaler Ebene – bei GAV, die von einem Kanton allgemeinverbindlich erklärt werden – werden die zuständigen Behörden durch die einzelnen Kantone bezeichnet (Art. 20 Abs. 1 AVEG).

Die Kontrolle erfolgt in erster Linie durch Prüfung der von den GAV-Parteien jährlich einzureichenden Jahresrechnungen (inkl. Bericht einer anerkannten Revisionsstelle) und Budgets. Die Pflicht zur Einreichung dieser Unterlagen wird den Parteien in den einzelnen Beschlüssen des Bundesrates bzw. der Kantone auferlegt. Die Bundesratsbeschlüsse enthalten jeweils folgende Bestimmung:

«Über den Einzug und die Verwendung der Vollzugskostenbeiträge (Art. ...) sind der Direktion für Arbeit des SECO alljährlich eine Abrechnung sowie das Budget für die nächste Geschäftsperiode zuzustellen. Der Abrechnung ist überdies der Bericht einer anerkannten Revisionsstelle beizulegen. Die Führung der entsprechenden Kassen muss nach den von der Direktion für Arbeit aufgestellten Grundsätzen erfolgen und muss über das Ende der Allgemeinverbindlicherklärung (AVE) hinaus fortgesetzt werden, soweit es die Erledigung pender oder anderer Fälle erfordert, die in die Geltungszeit der AVE fallen. Die Direktion für Arbeit kann weitere Auskünfte und Unterlagen zur Einsichtnahme verlangen sowie auf Kosten der Vertragsparteien Überprüfungen vornehmen lassen.»

Zu beachten ist, dass die AVE ausser Kraft gesetzt werden kann, wenn eine Kasse oder Einrichtung nicht ordnungsgemäss geführt wird (Art. 18 Abs. 2 AVEG). Unter Berücksichtigung der konkreten Situation kann allenfalls auch eine weniger weitgehende Massnahme getroffen wer-

den, indem z.B. lediglich die Bestimmungen über den Vollzugskostenbeitrag von der AVE ausgenommen werden.

5. Jahresrechnung und Budget

In Jahresrechnung und Budget sind die einzelnen Budgetposten detailliert aufzuführen.

Jahresrechnung und Budget dürfen nur Posten enthalten, die im Zusammenhang mit der AVE stehen.

Auf der Einnahmenseite ist insbesondere zu unterscheiden zwischen Einnahmen der Arbeitgeber und Arbeitnehmenden einerseits sowie zwischen organisierten und nicht organisierten Arbeitgebern und Arbeitnehmenden andererseits (s. Beispiel).

Neben den Einnahmen aus den Vollzugskostenbeiträgen sind auf der Einnahmenseite auch die Zinserträge aus Sparkapitalien sowie die Einnahmen aus Konventionalstrafen und auferlegten Kontrollkosten aufzuführen.

Beispiel:

<i>Einnahmen aus Vollzugskostenbeiträgen</i>	
Arbeitgeber (Mitglieder des Arbeitgeberverbandes x)	Fr. ...
Arbeitgeber (Aussenseiter)	Fr. ...
Arbeitnehmer/innen (Mitglieder der Gewerkschaft/en y, z)	Fr. ...
Arbeitnehmer/innen (Aussenseiter)	Fr. ...

Auf der Ausgabenseite sind die einzelnen Ausgabenposten im Detail anzugeben und gegebenenfalls zu erklären, sodass daraus klar ersichtlich ist, wofür die Gelder verwendet werden. Werden Beiträge an GAV-Parteien ausgerichtet, so ist anzugeben, für welche Zwecke (s. dazu Punkt 6).

Zu beachten ist, dass in Jahresrechnung und Budget nur Aufwandsposten aufgeführt werden dürfen, die einen Zusammenhang zu den Verwendungszwecken der Beiträge haben (s. auch lit. b und c). Zu den Vollzugskosten gehören insbesondere folgende Aufwendungen bzw. Tätigkeiten:

- Durchführung von Kontrollen über die Einhaltung des GAV
- Erfassen der Aussenseiter
- Erhebung der Beiträge (Inkasso)
- Erteilen von Rechtsauskünften zur AVE an Mitglieder und Aussenseiter
- Sitzungsgelder und Spesen der Mitglieder der paritätischen Kommission
- die mit diesen Tätigkeiten verbundenen Personal-, Verwaltungs- und Infrastrukturkosten.

In einem weiteren Sinne können auch folgende Kosten zu den Vollzugskosten gezählt werden:

- Kosten für die Übersetzung des GAV
- Kosten für den Druck des GAV

Nicht über die Vollzugskostenbeiträge können dagegen die Aufwendungen der Vertragsparteien im Zusammenhang mit GAV-Verhandlungen sowie Leistungen, die ausschliesslich für Verbandsmitglieder vorgesehen sind, finanziert werden. Dies ist alleinige Sache der Verbände.

Die Verwendung der Beiträge für die berufliche Weiterbildung ist zulässig, wenn die Weiterbildung im GAV geregelt ist oder – was vorzuziehen ist – ausdrücklich als Verwendungszweck der Beiträge vorgesehen ist. Dasselbe gilt für Gesundheit und Sicherheit am Arbeitsplatz.

Die Verwendung für die berufliche Grundausbildung ist nur zulässig, wenn die Lehrlinge (zumindest teilweise) auch vom GAV und von der AVE erfasst werden.

Für Verwendungszwecke, die in keinem direkten Zusammenhang zum Arbeitsverhältnis stehen (z.B. allgemeine Branchenförderung, Ausbildung von Familienangehörigen der Arbeitnehmenden), dürfen die Vollzugskostenbeiträge nicht eingesetzt werden.

6. Rückerstattung von Vollzugskostenbeiträgen / Zuwendungen an Vertragsparteien

Die Vertragsparteien eines GAV sehen häufig vor, dass aus den Einnahmen der Vollzugskostenbeiträge Beträge an die GAV-Parteien ausgerichtet werden. Zudem werden den Mitgliedern der Verbände (Mitglieder der Gewerkschaften oder der Arbeitgeberverbände) die Vollzugskostenbeiträge häufig zurückerstattet. Teilweise ist auch vorgesehen, dass die Mitglieder der Verbände gar keine Vollzugskostenbeiträge zu entrichten haben.

Das Gesetz verlangt eine gleichmässige Verteilung der Kosten auf alle unterstellten Arbeitgeber und Arbeitnehmenden, d.h. auf die Aussenseiter und die Verbandsmitglieder (Art. 3 Abs. 2 Bst. b AVEG).

Solche Zuwendungen, Rückerstattungen oder Nichterhebungen der Vollzugskostenbeiträge sind deshalb nur zulässig, wenn die Verbände ihrerseits Aufwendungen im Sinne der Verwendungszwecke der Beiträge haben, die rechnerisch mindestens der Summe der Zuwendungen, Rückerstattungen bzw. nicht erhobenen Vollzugskostenbeiträge entsprechen. Es ist insbesondere nicht erlaubt, dass diese Gelder für reine Verbandszwecke ausgegeben werden.

Um auch in diesem Bereich die Kontrollfunktion wahrnehmen zu können, sind dem SECO bzw. den zuständigen kantonalen Behörden von den GAV-Parteien – in der Regel jedes Jahr – Zusammenstellungen im Sinne einer Selbstdeklaration über die von ihnen getätigten Aufwendungen Aufwendungen für den GAV-Vollzug (bzw. für die Verwendungszwecke

der Beiträge) einzureichen. Die entsprechenden Aufgaben sind möglichst konkret und ausführlich zu umschreiben. Die Kontrollbehörden können von den Verbänden zusätzliche Informationen verlangen und deren Angaben überprüfen.

Von Dienstleistungen der Paritätischen Kommissionen und der Verbände müssen alle Betroffenen – d.h. auch die Aussenseiter – profitieren können. Andernfalls liegt eine Verletzung der Rechtsgleichheit vor.

Zu beachten ist, dass die Leistungen der Verbände, die direkt oder indirekt aus AVE-Beiträgen finanziert werden, auch den Aussenseitern zugutekommen müssen.

Dies jedenfalls dann, wenn – als Folge der Zuwendungen an die Verbände – die Kosten der Paritätischen Kommission(en) ganz oder zu einem überwiegenden Teil von den Aussenseitern getragen werden. Für diese ungleiche Verteilung – zentrale Aufgaben des Vollzugs praktisch nur von Aussenseitern finanziert – muss ein Ausgleich geschaffen werden, indem aus den Geldern der Verbände eben auch Dienstleistungen für die Aussenseiter erbracht werden. In den Zusammenstellungen der Verbände ist deshalb auch aufzuzeigen, inwiefern die Aussenseiter ebenfalls von den Dienstleistungen der Verbände profitieren.

Zur Erläuterung dient folgendes Beispiel:

Einnahmen aus Vollzugskostenbeiträgen:	
Aussenseiter	Fr. 1 600 000.–
Mitglieder Verbände	Fr. 400 000.–
Ausgaben:	
Bedarf Paritätische Berufskommission (PBK)	Fr. 1 000 000.–
Leistung an Verbände für Rückerstattungen	Fr. 400 000.–
Weitere Zuwendungen an Verbände	Fr. 600 000.–
Die Verbände haben insgesamt mindestens den erhaltenen Betrag von Fr. 1 000 000.– (400 000.– + 600 000.–) für die Zwecke des Beitrags zu verwenden.	
Die Aussenseiter zahlen hier den ganzen Bedarf der PBK (Fr. 1 000 000.–) und zusätzlich Fr. 600 000.– für die Verbände. Von den Verbänden müsste im vorliegenden Beispiel ein Betrag von Fr. 800 000.– (die 600 000 Franken von den Aussenseitern + 200 000 Franken = verhältnismässiger Anteil der Verbandsmitglieder an den Kosten der PBK, $\frac{1}{5}$ von Fr. 1 000 000.–) den Aussenseitern zukommen.	

Anhang 1:

Grundsätze für die Führung von gemeinsamen Einrichtungen und Kassen

1. Die ordnungsgemässe Führung beinhaltet die Einhaltung der allgemeinen Buchhaltungsgrundsätze der Artikel 957 bis 962 OR (Bilanzpflicht, Bilanzwahrheit und Bilanzklarheit).

2. Die aufgrund von allgemeinverbindlich erklärten GAV-Bestimmungen von Arbeitgebern und Arbeitnehmenden bezahlten Beiträge dürfen nur für die in diesen Bestimmungen aufgeführten Zwecke verwendet werden.

3. Die Beiträge dürfen nur für Zwecke verwendet werden, die das im GAV geregelte Arbeitsverhältnis betreffen. Das bedeutet insbesondere, dass Aufwendungen für die berufliche Grundausbildung oder weitere spezifisch die Lehrlinge betreffende Zwecke nur zulässig sind, wenn die AVE auch (mindestens teilweise) auf Lehrlinge anwendbar ist.

4. Die gemeinsamen Einrichtungen dürfen nicht überwiegend oder ausschliesslich durch die Aussenseiter finanziert werden. Die Rückerstattung der Vollzugskostenbeiträge an die Verbandsmitglieder oder Zuwendungen an die Vertragsparteien ist deshalb nur zulässig, wenn die Verbände die entsprechenden Summen aus ihrem eigenen Vermögen wieder in die Kasse zurückführen oder wenn sie Aufwendungen für die gleichen Zwecke in mindestens der gleichen Höhe nachweisen können.

5. Über normale Reserven hinausgehende Vermögensbildung ist nicht zulässig.

6. Zusammen mit dem Antrag auf AVE muss ein Budget für die beauftragte Dauer der AVE eingereicht werden.

7. Der Direktion für Arbeit des SECO bzw. der zuständigen kantonalen Behörde sind jährlich die Jahresrechnungen, die Berichte der Revisionsstellen sowie die Budgets für die kommende Periode unaufgefordert zuzustellen.

8. Im Falle von Rückerstattungen und Zuwendungen an die Verbände sind der Direktion für Arbeit des SECO bzw. der zuständigen kantonalen Behörde – in der Regel ebenfalls jährlich – Zusammenstellungen der Verbände über die von ihnen getätigten Aufwendungen für den GAV-Vollzug (bzw. die Verwendungszwecke der Beiträge) zukommen zu lassen.

9. Die Direktion für Arbeit des SECO bzw. die zuständige kantonale Behörde kann im Einzelfall weitere Auskünfte verlangen, Auflagen machen und Bedingungen stellen.

10. Wenn die zur Verfügung gestellten Unterlagen und die Auskünfte nicht zufriedenstellend sind oder wenn Zweifel über die ordnungsgemässe Führung bestehen, kann die Direktion für Arbeit des SECO oder die zuständige kantonale Behörde auf Kosten der Vertragsparteien eine umfassende Untersuchung durchführen lassen.

Anhang 2:

Auszug aus dem AVEG

Art. 2 – Allgemeine Voraussetzungen

Die Allgemeinverbindlichkeit darf nur unter folgenden Voraussetzungen angeordnet werden:

1. Die Allgemeinverbindlichkeit muss sich wegen der für die beteiligten Arbeitgeber und Arbeitnehmer andernfalls zu erwartenden erheblichen Nachteile als notwendig erweisen.
2. Die Allgemeinverbindlichkeit darf dem Gesamtinteresse nicht zuwiderlaufen und die berechtigten Interessen anderer Wirtschaftsgruppen und Bevölkerungskreise nicht beeinträchtigen. Sie muss ferner den auf regionalen oder betrieblichen Verschiedenheiten beruhenden Minderheitsinteressen innerhalb des betreffenden Wirtschaftszweiges oder Berufes angemessen Rechnung tragen.
3. Am Gesamtarbeitsvertrag müssen mehr als die Hälfte aller Arbeitgeber und mehr als die Hälfte aller Arbeitnehmer, auf die der Geltungsbereich des Gesamtarbeitsvertrages ausgedehnt werden soll, beteiligt sein. Die beteiligten Arbeitgeber müssen überdies mehr als die Hälfte aller Arbeitnehmer beschäftigen. Ausnahmsweise kann bei besonderen Verhältnissen vom Erfordernis der Mehrheit der beteiligten Arbeitnehmer abgesehen werden.
- 3^{bis}. Im Falle eines Antrags auf Allgemeinverbindlicherklärung nach Artikel 1a müssen die beteiligten Arbeitgeber mindestens 50 Prozent der Arbeitgeber ausmachen, die nach der Allgemeinverbindlicherklärung dem Gesamtarbeitsvertrag unterstehen sollen.
4. Der Gesamtarbeitsvertrag darf die Rechtsgleichheit nicht verletzen und, unter Vorbehalt von Artikel 358 des Obligationenrechts, dem zwingenden Recht des Bundes und der Kantone nicht widersprechen.
5. Der Gesamtarbeitsvertrag darf die Verbandsfreiheit nicht beeinträchtigen, insbesondere nicht die Freiheit, sich einem Verband anzuschliessen oder ihm fernzubleiben.
6. Nicht beteiligten Arbeitgeber- und Arbeitnehmerverbänden muss der Beitritt zum Gesamtarbeitsvertrag zu gleichen Rechten und Pflichten offen stehen, wenn sie ein berechtigtes Interesse nachweisen und ausreichende Gewähr für die Einhaltung des Vertrages bieten.
7. Einzelnen Arbeitgebern und Arbeitnehmern, die am Gesamtarbeitsvertrag nicht beteiligt sind, muss der Beitritt zum vertragschliessenden Verband oder der Anschluss an den Gesamtarbeitsvertrag offen stehen.

Art. 3 – Besondere Voraussetzungen

¹ Bestimmungen über Ausgleichskassen und andere Einrichtungen im Sinne von Artikel 357b Absatz 1 Buchstabe b des Obligationenrechts dürfen nur allgemeinverbindlich erklärt werden, wenn die Organisation der Kasse oder Einrichtung ausreichend geregelt ist und Gewähr für eine ordnungsgemässe Führung besteht.

² Bestimmungen über Kontrollen, Kautionen und Konventionalstrafen dürfen nur allgemeinverbindlich erklärt werden:

- a. wenn die Kontrolle und Durchsetzung ausreichend geregelt sind und Gewähr für eine geordnete Anwendung besteht;
- b. wenn die Kontrollkostenbeiträge der am Gesamtarbeitsvertrag nicht beteiligten Arbeitgeber und Arbeitnehmer die Anteile nicht übersteigen, die sich bei einer gleichmässigen Verteilung der tatsächlichen Kosten auf alle Arbeitgeber einerseits und auf alle Arbeitnehmer anderseits ergeben;
- c. wenn die Konventionalstrafen zur Deckung der Kontrollkosten bestimmt sind und allfällige Überschüsse in angemessener Weise, vor allem zugunsten allgemeiner Zwecke des betreffenden Wirtschaftszweiges oder Berufes, verwendet werden.

Art. 5 – Wirkung auf die Vertragsparteien

¹ Die Vertragsparteien sind verpflichtet, die Arbeitgeber und Arbeitnehmer, auf die der Geltungsbereich des Gesamtarbeitsvertrages ausgedehnt wird, bei der Durchführung des Vertrages gleich wie die beteiligten Arbeitgeber und Arbeitnehmer zu behandeln.

² Werden Bestimmungen über Ausgleichskassen oder andere Einrichtungen im Sinne von Artikel 357b Absatz 1 Buchstabe b des Obligationenrechts allgemeinverbindlich erklärt, so untersteht die Kasse oder Einrichtung der Aufsicht der zuständigen Behörde. Diese hat dafür zu sorgen, dass die Kasse oder Einrichtung ordnungsgemäss geführt wird, und kann zu diesem Zweck von deren Träger die notwendigen Auskünfte verlangen.

Art. 8 – Antrag

¹ Der Antrag auf Allgemeinverbindlicherklärung ist von allen Vertragsparteien der zuständigen Behörde schriftlich einzureichen. Die allgemeinverbindlich zu erklärenden Bestimmungen sind dem Antrag in den für den Geltungsbereich massgebenden Amtssprachen beizulegen.

² Der Antrag hat den Gegenstand, den räumlichen, beruflichen und betrieblichen Geltungsbereich sowie Beginn und Dauer der Allgemeinverbindlichkeit anzuführen und die erforderlichen Angaben über die Voraussetzungen gemäss den Artikeln 2 und 3 zu enthalten.

³ Wird der Antrag nicht ordnungsgemäss oder nicht mit den erforderlichen Angaben eingereicht, so ruht das Verfahren und wird nach erfolgloser Fristansetzung eingestellt.

Art. 18 – Ausserkraftsetzung der Allgemeinverbindlichkeit auf Antrag und von Amtes wegen

¹ Die für die Allgemeinverbindlicherklärung zuständige Behörde hat auf Antrag aller Vertragsparteien die Allgemeinverbindlichkeit ausser Kraft zu setzen.

² Stellt die für die Allgemeinverbindlicherklärung zuständige Behörde von Amtes wegen oder auf Anzeige hin fest, dass die Voraussetzungen für die Allgemeinverbindlichkeit nicht oder nicht mehr erfüllt sind, so hat sie die Allgemeinverbindlichkeit ausser Kraft zu setzen. Ebenso kann sie dies anordnen, wenn der Grundsatz der Gleichbehandlung gemäss Artikel 5 Absatz 1 verletzt, oder wenn entgegen Artikel 5 Absatz 2 eine Kasse oder Einrichtung nicht ordnungsgemäss geführt wird.

Eidgenössischer Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragter (EDÖB)

I. 19. Tätigkeitsbericht 2011/2012 des EDÖB, Arbeitsbereich, S. 77 ff.³

1. Bürgeranfragen zur Überwachung am Arbeitsplatz

Die vielen Anrufe an unseren telefonischen Beratungsdienst zum Thema Überwachung am Arbeitsplatz zeigen: Weder den Arbeitgebern noch den Arbeitnehmern ist klar, was wirklich zulässig ist.

Zahlreiche Arbeitgeber und Arbeitnehmer haben im Berichtsjahr unseren telefonischen Beratungsdienst kontaktiert und sich über die Zulässigkeit der Überwachung am Arbeitsplatz erkundigt. Dabei zeigte sich, dass hauptsächlich Videoüberwachung, Bewegungsüberwachung mittels firmeneigener Smartphones oder anderer Geräte und die Überwachung von E-Mail-Verkehr und Surfverhalten die Topthemen sind.

Bei den Arbeitgebern konnten wir feststellen, dass sie sich primär nach dem datenschutzkonformen Vorgehen erkundigen. Seitens der Arbeitnehmer bemerkten wir, dass die Überwachung am Arbeitsplatz nicht prinzipiell in Frage gestellt wird; den meisten ist klar, dass überwacht wird, und das wird auch akzeptiert. Vielmehr richteten sich die Fragen darauf, was der Arbeitgeber wirklich tun darf. Oftmals handelte es sich bei den Ratsuchenden auch um Personen, die vom Arbeitgeber wegen ihres Verhaltens gerügt worden waren, Teil einer laufenden Untersuchung waren oder sogar entlassen wurden.

Das Grundproblem, aber auch die Lösung besteht in der Wahrung der Transparenz in einer klaren Kommunikation. Der Arbeitgeber muss die Arbeitnehmer präzise darüber informieren, wie überwacht und ausgewertet wird und für welchen Zweck dies geschieht. Mit einem Nutzungs- und Überwachungsreglement muss er den Angestellten also seine Datenbearbeitungen ausdrücklich bekannt geben. Ebenso muss er klar erkennbar machen, welche Nutzung von E-Mail und Internet erlaubt und was verboten ist.

Selbstverständlich stellt sich auch in diesem Bereich immer wieder die Frage nach der Verhältnismässigkeit der vorgesehenen Überwachungsmassnahmen in Bezug auf den verfolgten Zweck. Hier müssen wir sagen, dass die technischen Möglichkeiten die Arbeitgeber teilweise zu unverhältnismässigen Überwachungsaktionen verleiten. Deshalb halten wir hier klar fest: Eine namentliche Auswertung der bei der Benutzung von Informations- und Kommunikationsmitteln (Telefon, E-Mail, Internet, Fax)

³ Aus www.edoeb.admin.ch > Dokumentation > Tätigkeitsberichte > Publikationen

anfallenden Daten ist nur dann zulässig, wenn der konkrete Verdacht eines erheblichen Missbrauchs besteht. Zudem muss feststehen, dass der Missbrauchsverdacht nicht durch ein anderes Vorgehen, das weniger stark in die Persönlichkeitsrechte der Arbeitnehmer eingreift, geklärt werden kann. Zudem: Überwachungs- und Kontrollsysteme, die der Verhaltensüberwachung dienen, sind illegal (Art. 26 Verordnung 3 zum Arbeitsgesetz).

2. Zustellung von Pensionskassenausweisen – Urteil des Bundesverwaltungsgerichts

Fast zwei Jahre nachdem wir das Eidgenössische Departement des Innern (EDI) ersucht hatten, die unseres Erachtens gesetzeswidrige Praxis der offenen Zustellung von Pensionskassenausweisen über den Arbeitgeber zu unterbinden (vgl. unseren 17. Tätigkeitsbericht 2009/2010, Ziff. 1.7.8, und unseren 18. Tätigkeitsbericht 2010/2011, Ziff. 1.7.3), hat das Departement eine Verfügung in dieser Sache erlassen. Wir waren mit deren Inhalt nicht einverstanden und haben daher beim Bundesverwaltungsgericht (BVGer) beantragt, die Verfügung aufzuheben und die Pensionskasse anzuweisen, die persönlichen Pensionskassenausweise künftig so zuzustellen, dass ausschliesslich die versicherten Personen, insbesondere aber nicht deren Arbeitgeber, Kenntnis vom Inhalt dieser Ausweise erlangen können.

Das BVGer ist mit Urteil vom 10. April 2012 (A-4467/2011) unserer Rechtsauffassung vollumfänglich gefolgt. Es hat festgehalten, dass für die offene, ungeschützte Zustellung der persönlichen Ausweise über die Arbeitgeber keine gesetzliche Grundlage besteht. Die Pensionskasse verstosse damit gegen ihre Schweigepflicht und gegen den Grundsatz der Datensicherheit. Dies führe zu einer rechtswidrigen Persönlichkeitsverletzung der betroffenen versicherten Personen.

Das Urteil des BVGer war bei Redaktionsschluss dieses Tätigkeitsberichts noch nicht rechtskräftig.

3. Elektronisches Personaldossier in der Bundesverwaltung

Mit der Revision des Bundespersonalgesetzes wurde die Rechtsgrundlage für das elektronische Personalinformationssystem und für elektronische Personal- und Bewerbungsdossiers geschaffen.

Elektronische Personal- und Bewerbungsdossiers sind in der Privatwirtschaft eine Selbstverständlichkeit. Für Bundesorgane gilt aber das Legalitätsprinzip, das besagt, dass für jede Datenbearbeitung eine gesetzliche Grundlage bestehen muss. Für das Bearbeiten von besonders schützenswerten Personendaten und Persönlichkeitsprofilen muss sich diese Grundlage zudem in einem Bundesgesetz im formellen Sinn befinden. Personal- oder Bewerbungsdossiers enthalten höchstwahrscheinlich besonders schützenswerte Personendaten und stellen in der Regel ein Persönlichkeitsprofil dar. Weil eine Ermächtigung in einem Bundesgesetz im formellen Sinn

bislang fehlte, hätten innerhalb der Bundesverwaltung eigentlich weder elektronische Personal- noch Bewerbungsdossiers geführt werden dürfen. Auch das Personalinformationssystem des Eidgenössischen Personalamtes (EPA) war bislang lediglich auf Verordnungsstufe geregelt.

Mit der Revision des Bundespersonalgesetzes (BPG, Art. 27 a–c) wurde nun die geeignete gesetzliche Grundlage für das Personalinformationssystem (BV PLUS), das elektronische Bewerbungsmanagement (eRecruiting) und das elektronische Personaldossier (ePersonaldossier) geschaffen. Die Anpassung des BPG machte zudem eine Revision der Verordnung über den Schutz von Personaldaten in der Bundesverwaltung notwendig. Die entsprechenden Bestimmungen sind am 1. Januar 2012 in Kraft getreten. Wir haben im Berichtsjahr massgeblich an der Ausarbeitung dieser Bestimmungen mitgearbeitet und das EPA unterstützt.

4. Kontrolle des Informationssystems für die Arbeitsvermittlung und die Arbeitsmarktstatistik

Die Dokumentation des Informationssystems für die Arbeitsvermittlung und die Arbeitsmarktstatistik AVAM wurde verbessert. Es bestehen aber noch Abweichungen zwischen dem Soll und dem Ist, die behoben werden müssen, wie bspw. die Prozessdokumentation im Bearbeitungsreglement, die Zugriffsregelung sowie die Chiffrierung.

Bei unserer Kontrolle haben wir festgestellt, dass einige Bereiche verbessert worden sind. Es gibt aber noch einige wichtige Punkte, die besser dokumentiert werden müssen. Wir haben u. a. darauf hingewiesen, dass die Prozesse von der Erhebung bis zur Anonymisierung oder Löschung der Daten zu dokumentieren sind. Insbesondere die Abläufe, in denen besonders schützenswerte Daten oder Persönlichkeitsprofile bearbeitet werden, müssen im Bearbeitungsreglement dokumentiert sein. So kann man nachvollziehen, wo welche Daten mit Hilfe welcher Sachmittel von welchen Stellen oder Organisationseinheiten zu welchem Zweck bearbeitet werden. Die heutige Prozessdokumentation ist auf einer A4-Seite im Reglement aufgeführt und zu wenig aussagekräftig. Sie sollte eine aussagekräftige Zusammenfassung sein, anstatt von Anfang an auf detailliertere Informationen in anderen Dokumenten zu verweisen.

Wir haben auch festgestellt, dass der Zugriff auf die Daten zu wenig restriktiv geregelt ist. Nach unseren heutigen Kenntnissen können alle Systembenutzer mit Hilfe von Namen, Vornamen, Personen- oder AHV-Nummer die Stellensuchenden kantonswweit suchen. Unseres Erachtens ist die Suche mit einer der beiden Nummern datenschutzkonform, weil sie direkt die entsprechende Person anzeigen. Die Suche mit Hilfe von Namen oder Vornamen ergibt zu viele Treffer und sollte nur möglich sein, wenn man Name und Vorname sowie eine zusätzliche Angabe eingeben kann. Eine solche wäre natürlich das Geburtsdatum, was aber nicht optimal ist, weil dieses Datum in vielen Fällen bekannt ist, was wiederum zweckentfremdete Abfragen er-

laubt. Wichtig wäre neben Namen und Vornamen eine Angabe, die der Betroffene auswendig kennt, die für andere aber nicht einfach in Erfahrung zu bringen ist. Für Ausnahmefälle könnte ermöglicht werden, nur nach dem Namen zu suchen. Diese Abfragen müssten aber revisionssicher protokolliert werden. Im Weiteren haben wir darauf aufmerksam gemacht, dass sensitive Personendaten auch auf den Datenträgern chiffriert werden müssen. Dies wird meist mit dem Hinweis abgelehnt, dass die Systemperformance stark beeinträchtigt werde. Wir haben deshalb den Verantwortlichen für das AVAM gebeten, uns detaillierte Unterlagen darüber zu unterbreiten.

II. Datenschutz⁴

Privatsphäre des Mitarbeiters: häufig gestellte Fragen

1. Wo findet die Privatsphäre eines Mitarbeiters ihre Grenzen?

Die Privatsphäre eines Menschen ist ein hohes Gut und geniesst einen besonderen Schutz. Das gilt natürlich auch am Arbeitsplatz. Als Arbeitgeber hat man diese Privatsphäre zu respektieren; nicht nur, weil unser Rechtssystem das fordert, sondern auch, weil andernfalls das Arbeitsklima erheblich vergiftet wird. Gegenseitiges Misstrauen kann keine Basis für einen funktionierenden Betrieb sein.

Es lässt sich aber nicht leugnen, dass die Privatsphäre des Arbeitnehmers dort ihre Grenzen findet, wo sie mit den Geschäftsinteressen des Arbeitgebers oder mit dem Gesetz in Konflikt gerät. Wer nur noch privat im Internet surft und seinen geschäftlichen Pflichten nicht in angemessenem Mass nachkommt, kann sich schwerlich auf sein Recht auf Persönlichkeitsschutz berufen. In jedem Fall gilt es, den Schutz der Privatsphäre und das Interesse des Arbeitgebers gegeneinander abzuwägen, und diese Interessensabwägung darf nicht leichtfertig vorgenommen werden.

Zu beachten gilt es aber, dass ein Arbeitnehmer in jedem Fall seinen Freiraum braucht, was nicht mit dem uneingeschränkten Ausüben privater Aktivitäten gleichzusetzen ist. Eine ständige Überwachung seines Verhaltens am Arbeitsplatz ist nicht nur menschlich nicht akzeptabel, sie verstösst auch gegen das Gesetz und ist daher nicht statthaft, und zwar selbst dann nicht, wenn sich der Arbeitnehmer damit einverstanden erklären sollte.

⁴ Aus www.edoeb.admin.ch > Dokumentation > Datenschutz > Häufige Fragen > Arbeitsbereich

2. Muss ein Arzt Auskünfte über den Gesundheitsstand eines Arbeitnehmers im Krankheitsstand geben?

Nein. Die ärztliche Schweigepflicht beinhaltet die Pflicht der Ärzte, Informationen, die ihnen im Rahmen der beruflichen Tätigkeit anvertraut worden sind oder die sie in deren Ausübung wahrgenommen haben, geheim zu halten. Patientendaten dürfen gegenüber Dritten nur offenbart werden, wenn der Patient den Arzt von seiner Schweigepflicht befreit hat oder ein Gesetz es erlaubt. Dies gilt auch gegenüber dem Arbeitgeber eines erkrankten Arbeitnehmers.

3. Welche Gesundheitsdaten dürfen im Rahmen des Bewerbungsverfahrens von wem bearbeitet werden?

Im Arbeitsverhältnis sind Fragen nur zulässig, soweit sie die Eignung des Bewerbers für das Arbeitsverhältnis betreffen oder sonstige Sachverhalte, die für die Erfüllung des Arbeitsvertrages von Bedeutung sind. Zulässig sind somit Fragen über die Gesundheit mit Auswirkung auf die Arbeitsfähigkeit. Ausgeheilte Krankheiten oder frühere Operationen und Spitalaufenthalte ohne Einfluss auf die zu besetzende Stelle gehen den neuen Arbeitgeber nichts an. Das Gleiche gilt auch in Bezug auf frühere Renten, sofern die zugrunde liegende Krankheit keinen Bezug zur neuen Arbeitsstelle mehr aufweist. Die Abklärung des Arbeitsplatzbezuges von Krankheiten, an welche der Bewerber leidet oder gelitten hat, oder von Behandlungen, die durchgeführt werden bzw. wurden, beurteilt der Arzt. Nach der herrschenden Lehre ist der Arzt von seiner ärztlichen Schweigepflicht nur insofern entbunden, als er dem Arbeitgeber die gesundheitliche Eignung des Bewerbers für die in Frage stehende Arbeitsstelle mitteilen darf, nicht aber weitere Angaben wie die Diagnose oder die Krankengeschichte. Der Bescheidbogen des Arztes mit Angaben über die Arbeitsfähigkeit und allfällige Einschränkungen geht demzufolge als Bestandteil des Personaldossiers an den Arbeitgeber. Der Befundbogen bleibt hingegen beim Arzt.

4. Haben Arbeitnehmer aufgrund des Datenschutzes ein Recht darauf, dass ihre Arbeitskollegen ihren Lohn nicht kennen? Ist Lohntransparenz mit dem Datenschutz unvereinbar?

Bei der vorliegenden Problematik haben wir es mit zwei Interessen zu tun, die es gegeneinander abzuwägen gilt: Der Lohntransparenz und dem Schutz der Persönlichkeit. Pauschale Aussagen lassen sich dabei nur schwer machen. Grundsätzlich kann gesagt werden, dass die Lohntransparenz für sich genommen kein hinreichender Grund sein kann, um die Persönlichkeitsrechte der Arbeitnehmenden einzuschränken.

Im Einzelfall kann aber durchaus ein berechtigtes Interesse vorliegen, das eine Bekanntgabe der Lohndaten rechtfertigt. Wenn es insbesondere darum geht, dem Verdacht von Ungleichbehandlung der verschiedenen

Arbeitnehmenden nachzugehen, darf der Datenschutz nicht vorgeschoben werden.

Lohntransparenz kann aber auch zu Problemen in einem Betrieb führen, weil das bekannt werden allfälliger Lohnunterschiede zu Missgunst und zu einer Verschlechterung des Arbeitsklima führen kann, selbst wenn diese Unterschiede gerechtfertigt sind.

Daraus ergibt sich aus datenschutzrechtlicher Sicht, dass eine Person durchaus ein Recht darauf hat, dass ihr Lohn nicht bekannt gegeben wird, dass aber unter bestimmten Bedingungen dieses Recht zugunsten überwiegender Interessen aufgegeben wird.

5. Dürfen Personendaten nicht berücksichtigter Bewerber durch den Arbeitgeber aufbewahrt werden?

Wenn ein Anstellungsverfahren abgeschlossen ist, müssen die Unterlagen der nicht berücksichtigten Bewerber zurückgegeben und allfällige Kopien vernichtet werden. Nicht zurückgeben muss der Arbeitgeber einzig die Unterlagen, die ihm gehören, wie Bewerbungsschreiben (samt Namen, Geburtsdatum, usw.), Personalfragebögen, graphologische Gutachten und Referenzauskünfte, wobei all diese, wie auch gesundheitliche Daten, vernichtet werden müssen. Nur mit Zustimmung der Bewerbenden dürfen Unterlagen für eine bestimmte, im Voraus festgelegte Dauer aufbewahrt werden, wenn anzunehmen ist, dass sie demnächst wieder gebraucht werden. Denkbar ist in Ausnahmefällen auch die Aufbewahrung von Daten eines Bewerbers ohne seine Einwilligung, wenn überwiegende Interessen der Firma es rechtfertigen und die betroffene Person darüber informiert wird.

6. Was passiert mit meinen Daten nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses?

Vor dem Austritt hat ein Arbeitnehmer die noch hängigen Geschäfte wie E-Mails intern weiterzuleiten. Der Arbeitnehmer hat die Übergabe sämtlicher Geschäftsdokumente an die Firma zu bestätigen. Er hat die Möglichkeit, seine privaten E-Mails und andere Dokumente auf private Datenträger zu speichern und aus den Servern der Firma zu löschen.

Beim Austritt (oder im Todesfall) ist spätestens am letzten Arbeitstag sein E-Mail-Account wie übrigens auch alle anderen EDV-Accounts zu sperren und sein Briefkasten wie alle anderen persönlichen Datenträger zu löschen. Der Arbeitgeber sollte sich dazu schriftlich verpflichten. Absender, welche E-Mails an die gesperrte E-Mail-Adresse schicken, werden automatisch informiert, dass die Empfängeradresse hinfällig ist. In der automatischen Antwort wird eine geeignete E-Mail-Adresse der Firma angegeben. Die erhaltenen E-Mails sind zu löschen.

7. Darf eine Arbeitgeberin systematisch die Kreditwürdigkeit von Angestellten prüfen, indem sie Betreibungsregistrauszüge anfordert?

Nein. Der Gesetzgeber schreibt vor, dass ein schützenswertes, besonderes und gegenwärtiges Interesse geltend machen muss, wer eine Betreibungsauskunft über eine Drittperson anfordert. Ungeachtet dessen ist es bekanntlich nicht schwierig, an solche Auskünfte heranzukommen.

Aus Sicht des Datenschutzes jedoch ist das Einholen eines Betreibungsregistrauszugs durch die Arbeitgeberin nur dann gerechtfertigt, wenn der Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin eine Vertrauensposition einnimmt oder Kundengelder, Kassen oder Tresors verwaltet. Für eine systematische Überprüfung der Kreditwürdigkeit der Angestellten durch die Arbeitgeberin besteht kein schützenswertes und berechtigtes Interesse.

8. Darf eine Arbeitgeberin systematisch die Strafregistrauszüge der Mitarbeitenden anfordern?

Aus Sicht des Datenschutzes ist die systematische Überprüfung des Strafregistrauszugs aller Angestellten unverhältnismässig. Ein Sonderfall liegt jedoch, analog der Regelung betreffend Betreibungsauskünfte, beispielsweise dann vor, wenn eine Mitarbeiterin oder ein Mitarbeiter eine Vertrauensposition besetzt, mit wertvollen Gütern oder hohen Geldsummen in Kontakt kommt oder für solche verantwortlich ist. In diesen Fällen kann das Sicherheitsinteresse einer Firma das Interesse am Schutz der Persönlichkeit der betroffenen Person überwiegen.

Da es sich beim Strafregistrauszug um besonders schützenswerte Personendaten handelt, müssen die Prinzipien des Datenschutzes umso strenger eingehalten werden. Die Arbeitgeberin muss den Betroffenen gegenüber transparent informieren und das Auskunftsrecht gewährleisten. Die Daten sind angemessen vor unberechtigtem Zugriff zu schützen, der Kreis der zugriffsberechtigten Personen ist so klein wie möglich zu halten, und die Daten müssen vernichtet werden, sobald sie nicht mehr gebraucht werden.

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 12 janvier 2011, Doss.-N° 4A_474/2010
(Admission partielle du recours en matière civile interjeté contre l'arrêt
de la Cour d'appel de la juridiction des prud'hommes du canton de
Genève du 30 juin 2010)*

Art. 337c CO. Conséquences pécuniaires d'un licenciement immédiat injustifié.

Calcul de l'indemnité prévue à l'art. 337c al. 1 CO. En cas de rémunération variable d'un mois à l'autre, il convient de faire la moyenne des gains réalisés durant l'année précédente, dont on peut supposer qu'ils reflètent les accords les plus récents des parties et la situation économique la plus actuelle. La somme due porte intérêt dès le moment du licenciement immédiat (c. 2.2.1-2).

Bien que cela ne ressorte pas de l'art. 362 CO, il est admis que l'indemnité prévue à l'art. 337c al. 3 CO revêt un caractère relativement impératif. Les parties peuvent donc convenir d'un régime d'indemnisation plus favorable au travailleur (c. 2.3).

Extraits des faits:

Par contrat du 14 juillet 2005, la société Y. SA, qui a son siège à ... (précédemment: à ...) et qui est active dans le domaine de la création, la fabrication et la commercialisation de montres et d'articles de bijouterie de luxe, a engagé, en qualité de président, X., qui est domicilié dans le canton de Genève. Il était prévu un salaire de 300 000 euros par an, auquel s'ajoutait un bonus de 40%, pour autant que les objectifs budgétaires annuels aient été atteints. Le salaire devait être réduit du montant des dépenses effectuées par la société pour l'employé et/ou les frais de scolarité de ses enfants. Il a été convenu que chacune des parties pouvait mettre fin au contrat, moyennant un préavis de six mois. Par ailleurs, la société s'est engagée à verser à son employé six mois de salaire si elle le licenciait sans cause, en précisant qu'il fallait entendre sans que l'employé n'ait commis une faute lourde. X. a pris ses fonctions au sein de Y. SA le 1^{er} novembre 2005. Les salaires perçus ont varié, sans que l'employé n'ait jamais prétendu que cela ne correspondait pas à la volonté des parties. Le 2 juin 2008, le réviseur de Y. SA a signalé que la société était en état de surendettement. A. confirma à X., par des courriels des 18 et 23 juin 2008, qu'il ne recevrait aucun bonus pour l'exercice 2007/2008. Le 30 octobre 2008, X. a reçu en mains propres un courrier portant la signature de A. par lequel Y. SA déclarait le licencier avec effet immédiat pour avoir gravement violé ses obligations envers la société.

Le 28 novembre 2008, X. a déposé devant le Tribunal des prud'hommes de Genève une demande en paiement dirigée contre Y. SA, concluant à ce que celle-ci soit condamnée à lui verser plus d'un million de francs suisses en capital. Y. SA, qui conteste la demande, a pris des conclusions reconventionnelles. Le Tribunal des prud'hommes a rendu son jugement le 18 août 2009. Saisie d'un appel et d'un appel incident, la Cour d'appel de la juridiction des prud'hommes, par arrêt du 30 juin 2010, a annulé le jugement attaqué et statué à nouveau. Ayant reçu cet arrêt le 2 juillet 2010, X. a déposé dans un bureau de poste suisse, le 1^{er} septembre 2010, un recours en matière civile au Tribunal fédéral. Invoquant une constatation arbitraire des faits, une violation des art. 337c al. 3, 62, 63 et 120 CO, il conclut, sous suite de frais et dépens, à ce que sa partie adverse soit condamnée à lui verser, à titre de salaire pendant la période de congé, 221 442 fr. avec intérêts à 5% l'an dès le 1^{er} décembre 2008, sous déduction de 46 760 fr. 70 avec intérêts à 5% l'an dès le 1^{er} mars 2009 dus à la Caisse Z.; à titre d'indemnité contractuelle de licenciement, il demande que sa partie adverse soit condamnée à lui payer la somme brute de 221 442 fr. avec intérêts à 5% l'an dès le 1^{er} décembre 2008. A titre d'indemnité selon l'art. 337c al. 3 CO, il conclut au paiement de 221 442 fr. avec intérêts à 5% l'an dès le 1^{er} décembre 2008 (ou toute autre indemnité que le Tribunal fédéral fixera). Il conclut enfin à ce que sa partie adverse soit condamnée à payer à la Caisse Z. la somme de 46 760 fr. 70 avec intérêts à 5% l'an dès le 1^{er} mars 2009 et à ce qu'elle soit condamnée à lui délivrer un certificat de travail.

Extraits des considérants:

2.

2.1 Il ressort des constatations cantonales – qui lient le Tribunal fédéral (art. 105 al. 1 LTF) – que les parties ont conclu un contrat individuel de travail au sens de l'art. 319 al. 1 CO, étant non contesté que le recourant devait travailler dans une position subordonnée.

L'employeuse a mis fin à la relation de travail en prononçant un licenciement immédiat pour justes motifs au sens de l'art. 337 al. 1 CO.

A l'issue de son appréciation des preuves, la cour cantonale est parvenue à la conclusion qu'il n'avait été prouvé aucun fait qui puisse constituer un juste motif pour une résiliation immédiate. Cette question n'est plus litigieuse devant le Tribunal fédéral. On se trouve donc en présence d'un licenciement immédiat qui n'était pas justifié. Il reste à en tirer les conséquences.

2.2 Selon l'art. 337c al. 1 CO, lorsque l'employeur résilie immédiatement sans juste motif, 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 ou à la cessation du contrat conclu pour une durée déterminée. En l'espèce, le contrat a été conclu pour une durée indéterminée et les parties étaient

convenues d'un délai de résiliation de six mois. La cour cantonale a donc conclu à juste titre que l'employé avait droit, en application de l'art. 337c al. 1 CO, à six mois de salaire.

2.2.1 Il faut donc déterminer quel est le montant du salaire qu'il aurait reçu dans les six mois suivant la résiliation immédiate injustifiée. En se fondant sur les faits constatés par la cour cantonale, le recourant soutient que le montant du salaire a été fixé arbitrairement.

Il a été établi et il n'est pas contesté que le recourant n'a pas reçu les 300 000 euros annuels prévus dans le contrat initial, mais bien des sommes en francs suisses, qui ont varié constamment. Il faut relever que les parties peuvent toujours convenir, sans aucune exigence de forme, de modifier leur accord sur le montant de la rémunération. Le recourant n'a jamais prétendu qu'il n'avait pas reçu son dû. On doit donc en déduire – sans arbitraire – que les sommes qu'il a reçues correspondaient bien à la volonté commune des parties. Constatant que la rémunération variait d'un mois à l'autre, la cour cantonale a opéré une moyenne. Cette manière de procéder est conforme à la jurisprudence (ATF 125 III 14 consid. 2b p. 16). La doctrine préconise de faire la moyenne des gains réalisés durant l'année précédente, dont on peut supposer qu'ils reflètent les accords les plus récents des parties et la situation économique la plus actuelle (cf. RÉMY WYLER, *Droit du travail*, 2^e éd. 2008, p. 514). La cour cantonale s'est donc fondée sur la moyenne des sommes reçues au cours de l'exercice 2008. Le recourant voudrait que l'on calcule une moyenne sur trois ans, mais aucune règle du droit fédéral n'exige un tel système, qui pourrait recouvrir des périodes où le salaire convenu était différent. En suivant les lignes directrices tracées par la jurisprudence et par la doctrine, la cour cantonale n'a ni violé le droit fédéral, ni établi les faits de manière arbitraire.

2.2.2 Pour ces six mois de salaire, la cour cantonale a fait courir l'intérêt à partir d'une date moyenne. Cette manière de raisonner n'est pas dépourvue de logique, puisque l'employé doit être placé en principe dans la même situation que si le délai de congé avait été respecté et qu'il n'aurait reçu son salaire que de mois en mois. Toutefois, l'art. 339 al. 1 CO contient une règle spéciale et prévoit qu'à la fin du contrat, toutes les créances qui en découlent deviennent exigibles. Dans le cas d'un licenciement immédiat injustifié, le contrat prend fin néanmoins de manière immédiate (ATF 117 II 270 consid. 3b p. 271). Il en a été déduit que la somme due en application de l'art. 337c al. 1 CO portait intérêt, en raison de l'art. 339 al. 1 CO, dès le moment du licenciement immédiat (ATF 103 II 274 consid. 3b p. 275). Cette jurisprudence a été approuvée par la majorité des auteurs (MANFRED REHBINDER, *Berner Kommentar*, no 5 ad art. 337c CO; PHILIPPE CARRUZZO, *Le contrat individuel de travail*, 2009, n° 1 ad art. 337c p. 572; FAVRE/MUNOZ/TOBLER, *Le contrat de travail code annoté*, 2010, n° 1.11 ad art. 337c; opinion divergente: GABRIEL AUBERT, in *Commentaire romand, Code des obligations*, vol. I, 2003, n° 6 ad art. 337c CO). Il n'y a pas lieu d'y revenir.

Le recourant obtient gain de cause sur ce point. Le capital devait lui être alloué avec intérêts à compter de la résiliation immédiate, c'est-à-dire dès le 30 octobre 2008. Cependant, le recourant a conclu à ce que l'intérêt lui soit alloué à compter du 1^{er} décembre 2008 et le Tribunal fédéral ne peut aller au-delà des conclusions des parties (art. 107 al. 1 LTF). Le point de départ de l'intérêt sera donc fixé – comme demandé – au 1^{er} décembre 2008, ce qui revient, par rapport à l'arrêt catonal, à l'avancer de deux mois.

2.3 En cas de licenciement immédiat injustifié, l'employé a droit, en sus du salaire pendant le délai de congé (art. 337c al. 1 CO), à une indemnité selon l'art. 337c al. 3 CO. Cette disposition prévoit que le juge peut condamner l'employeur à verser au travailleur une indemnité dont il fixera librement le montant, compte tenu de toutes les circonstances; elle ne peut toutefois dépasser le montant correspondant à six mois de salaire du travailleur. Cette indemnité doit être soigneusement distinguée des droits découlant de l'art. 337c al. 1 CO et s'ajoute à eux (ATF 120 II 209 consid. 9b p. 214). Cette indemnité a une double finalité, à la fois réparatrice et punitive (ATF 135 III 405 consid. 3.1 p. 407).

Bien que cela ne ressorte pas de l'art. 362 CO, la doctrine admet que cette indemnité revêt un caractère relativement impératif (WYLER, op. cit., p. 520; CHRISTIANE BRUNNER ET AL., Commentaire du contrat de travail, 3^e éd. 2004, n° 12 p. 290).

Les parties peuvent donc convenir d'un régime d'indemnisation plus favorable au travailleur que celui prévu par l'art. 337c al. 3 CO.

2.3.1 En l'espèce, le contrat prévoit que l'employé a droit, en cas de licenciement sans faute grave de sa part, à une indemnité correspondant à six mois de rémunération. Cette clause est évidemment plus favorable au travailleur que la règle contenue à l'art. 337c al. 3 CO. En effet, elle s'applique même si le licenciement n'est pas immédiat et l'indemnité est automatiquement fixée à six mois de salaire, ce qui correspond au maximum prévu par la disposition légale. Cette clause plus favorable étant licite, la cour cantonale l'a appliquée à juste titre.

2.3.2 Le recourant soutient cependant qu'il faudrait cumuler cette indemnité conventionnelle avec celle prévue par l'art. 337c al. 3 CO.

Il pose en réalité un problème d'interprétation de la clause contractuelle. Il s'agit en effet de savoir si les parties ont voulu que cette indemnisation remplace celle, moins favorable, prévue par la loi, ou si, au contraire, elle doit être cumulée avec elle. En l'absence de toute discussion sur cette clause au moment de sa conclusion, la cour cantonale a constaté que la volonté réelle des parties ne pouvait pas être établie et qu'il fallait donc procéder à une interprétation selon le principe de la confiance (sur les principes régissant l'interprétation des manifestations de volonté: ATF 135 III 410 consid. 3.2 p. 412 s.).

Lorsqu'une clause contractuelle régit une question qui est également réglementée par une norme de droit dispositif, on doit, sauf indice

contraire, présumer qu'elle tend à remplacer la norme dispositive et non pas à s'ajouter à elle.

S'agissant plus précisément de l'indemnité prévue par l'art. 337c al. 3 CO, la jurisprudence a souligné qu'elle tendait à réparer de manière exhaustive le préjudice résultant d'un licenciement injustifié; ainsi, un cumul avec l'indemnité prévue par l'art. 336a al. 1 CO est exclu (ATF 121 III 64 consid. 2b p. 67), de même, en principe, qu'avec toute prétention pour le tort moral ou un quelconque autre dommage (ATF 135 III 405 consid. 3.1 et 3.2 p. 408 s.).

En l'espèce, l'indemnité contractuelle, dont le montant correspond au maximum prévu par la norme dispositive, est due en cas de congé qui n'est pas fondé sur un juste motif. La parenté avec l'indemnité prévue par l'art. 337c al. 3 CO est évidente. On ne voit pas pour quel motif l'employé pourrait cumuler cette indemnité contractuelle (en soi très favorable) avec l'indemnité prévue par la loi. Rien, dans le libellé de la clause contractuelle, ne permet de penser que les parties avaient en vue un cumul, qui ne trouverait d'ailleurs aucune justification. En concluant que, d'un point de vue objectif, l'indemnité contractuelle devait remplacer l'indemnité légale, la cour cantonale n'a pas violé les règles du droit fédéral sur l'interprétation des manifestations de volonté. Ce grief est donc infondé.

Bundesgericht, Urteil vom 25. Januar 2011, Doss.-Nr. 4A_613/2010 (Bestätigung des Urteils des Obergerichts des Kantons Zürich vom 16. Juni 2009 und des Zirkulationsbeschlusses des Kassationsgerichts des Kantons Zürich vom 17. September 2010)

Eine Weisung, wonach Geldspenden von Heimbewohnern, Angehörigen oder Dritten, die das Personal für geleisteten Einsatz belohnen und für künftigen stärken sollen, in einen Personalfonds einzulegen sind, welcher dem gesamten Personal zugute kommt, ordnet nicht eine über Art. 321b OR hinausgehende Herausgabepflicht an die Arbeitgeberin betreffend Geldbeträge an, die nicht für sie bestimmt waren, sondern regelt das Vorgehen bei Geldspenden zuhanden des Personals. Sie verstösst damit nicht gegen Art. 321b Abs. 1 OR. Eine Verletzung der Befolungspflicht stellt somit eine Vertragsverletzung der Arbeitnehmerin dar (E. 4.2).

Eine leitende Angestellte, welche eine Weisung der Arbeitgeberin für unrechtmässig hält, darf nicht ohne Rücksprache mit der Arbeitgeberin einfach ihren Untergebenen ihre eigene Rechtsauffassung kundtun und sie so indirekt zur Nichtbefolgung der Weisung anhalten. Ein solches Vorgehen verstösst gegen die Treuepflicht (E. 5).

Sachverhalt:

A. (Beschwerdeführerin und Klägerin), von Beruf Krankenschwester, war ab dem 15. Mai 1993 als stellvertretende Stationsleiterin und ab 1. September 1993 als Stationsleiterin beim Heim X. (Beschwerdegegnerin und Beklagte) tätig. Mit Brief vom 27. Juli 1999 kündigte die Beschwerdegegnerin das Arbeitsverhältnis auf den 31. Oktober 1999 und stellte die Beschwerdeführerin per sofort frei. Mit Schreiben vom 27. Oktober 1999 verlangte die Beschwerdeführerin eine schriftliche Begründung der Kündigung und erhob Einsprache. Am 9. November 1999 begründete die Beschwerdegegnerin die Kündigung wie folgt: «Am Stationsleiterinnen-Rapport vom 31. Juli 1996 wurde in Ihrer Anwesenheit festgehalten, dass Geldspenden von Angehörigen umgehend im Sekretariat zu Händen der Personalkasse abgeliefert werden müssen. Mit der Lohnabrechnung vom November 1996 wurden sämtliche Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter über diese Regelung orientiert. In der Folge mussten wir jedoch feststellen, dass Sie in den Monaten Juni und Juli 1999 nachweisbar zweimal Geldgeschenke (einmal Fr. 500.–, einmal Fr. 300.–) entgegengenommen haben, ohne diese weisungsgemäss unverzüglich der Heimleitung zu Händen des Personalfonds abzuliefern. Sie haben der Heimleitung auch nicht Meldung erstattet, dass diese Spenden eingegangen sind. Die Spende von Fr. 500.– haben Sie während fünf Wochen zu Hause aufbewahrt. Durch dieses Verhalten haben Sie gegen Ziffer 13 der Hausordnung vom 16. Oktober 1982 verstossen und gegenüber der Heimleitung und der Stiftung einen schwerwiegenden Vertrauensmissbrauch begangen. Das haben wir Ihnen am 13. Juli 1999 an der Besprechung, an der die Betriebskommission und die Heimleitung vertreten waren, mündlich mitgeteilt und Ihnen die Kündigung nahegelegt. Sie hatten darauf klar geantwortet, dass Sie zu den formulierten Vorwürfen keine Stellung nehmen und dass Sie auch nicht selber kündigen werden. Sie händigten den Anwesenden einen schriftlichen Kommentar Ihres Gatten zur Rechtslage bei Geschenken an Arbeitnehmer aus. Wie Sie in diesem Schriftstück selber schriftlich bestätigten, haben Sie diesen Kommentar nach Erscheinen der Weisung der Heimleitung im Jahre 1996 an Ihre Mitarbeiterinnen verteilt, ohne die Heimleitung zu orientieren. Damit haben Sie aber einen noch schwerer wiegenden Vertrauensmissbrauch gegenüber Ihrem Arbeitgeber begangen, indem Sie gegen das Prinzip der Loyalität, das jedem Arbeitsvertrag zugrunde liegt, verstossen haben. Dieser Sachverhalt hat uns bewogen, das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der vertraglichen Kündigungsfrist aufzulösen und Sie mit sofortiger Wirkung freizustellen.»

Am 14. September 2000 erhob die Beschwerdeführerin beim Bezirksgericht Uster Klage gegen die Beschwerdegegnerin und verlangte eine Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung nach Art. 336a OR in der Höhe von Fr. 29 000.– und die Berichtigung des Arbeitszeugnisses. In ihrer ergänzenden Klagebegründung reduzierte sie ihre Forderung auf

Fr. 19 000.–. Mit Urteil vom 21. August 2007 wies das Bezirksgericht die Klage im verbleibenden Umfang ab, nachdem zuvor das Obergericht ein erstes (gleichlautendes) Urteil vom 24. April 2002 auf Berufung der Beschwerdeführerin hin wegen unzulässigem Aus-dem-Recht-Weisen ihrer Replikschrift aufgehoben und die Sache an die erste Instanz zurückgewiesen hatte. Gegen das Urteil des Bezirksgerichts vom 21. August 2007 erhob die Beschwerdeführerin erneut Berufung an das Obergericht und beantragte eine Entschädigung von Fr. 19 000.–. Mit Urteil vom 16. Juni 2009 wies das Obergericht die Klage in Abweisung der Berufung ab. Dagegen erhob die Beschwerdeführerin kantonale Nichtigkeitsbeschwerde an das Kassationsgericht des Kantons Zürich. Dieses wies die Beschwerde mit Zirkulations-Beschluss vom 17. September 2010 ab, soweit es darauf eintretet. Die Beschwerdeführerin beantragt mit Beschwerde in Zivilsachen, das Urteil des Obergerichts vom 16. Juni 2009 aufzuheben und die Angelegenheit zur Durchführung eines Beweisverfahrens und zur Neuentscheidung an das Obergericht, eventualiter an das Bezirksgericht zurückzuweisen.

Aus den Erwägungen:

2.

Nach Art. 335 Abs. 1 OR kann ein unbefristetes Arbeitsverhältnis von jeder Vertragspartei unter Einhaltung der gesetzlichen oder vertraglichen Kündigungsfrist gekündigt werden. Damit ist das Prinzip der Kündigungsfreiheit festgehalten. Es bedarf grundsätzlich keiner besonderen Gründe, um kündigen zu können. Das Prinzip der Kündigungsfreiheit findet aber seine Grenzen am Missbrauchsverbot. Missbräuchlich ist eine Kündigung nur, wenn sie aus bestimmten unzulässigen Gründen ausgesprochen wird, die in Art. 336 OR umschrieben werden, wobei die Aufzählung nicht abschliessend ist (BGE 134 III 108 E. 7.1 S. 110; 132 III 115 E. 2.1; 125 III 70 E. 2a S. 72). Der Missbrauch einer Kündigung kann sich nicht nur aus den Kündigungsmotiven, sondern auch aus der Art und Weise ergeben, wie die kündigende Person ihr Recht ausübt (BGE 132 III 115 E. 2.2.). Das Obergericht ging davon aus, eine missbräuchliche Kündigung könne jedenfalls nur gegeben sein, wenn die Arbeitnehmerin selbst keine Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis verletzt habe. Es prüfte daher, ob die Beschwerdeführerin durch ihr Verhalten ihrer Befolgungspflicht gegenüber den Weisungen der Beschwerdegegnerin nachgekommen sei. Dabei kam es zum Schluss, dass die umstrittene Weisung zur Weiterleitung von Geldspenden in die «Personalkasse» sowohl rechtmässig und verhältnismässig als auch in der Branche üblich sei und demzufolge von der Beschwerdeführerin zu befolgen war. Die Beschwerdeführerin habe sich der Weisung zu Unrecht widersetzt und damit ihre Befolgungspflicht verletzt. Indem sie ihre Mitarbeitenden auf die von ihr behauptete Rechtswidrigkeit der Weisung hingewiesen und so ihre Rechtsauffassung, die von derjenigen der Beschwerdegegnerin abgewichen sei, kundgetan habe, habe sie auch ihre

Treuepflicht gegenüber der Beschwerdegegnerin verletzt. Erschwerend falle ins Gewicht, dass sie ihre Untergebenen ohne Wissen der Beschwerdegegnerin orientiert habe. Aufgrund ihrer Treuepflicht hätte sie sich zuerst an den Arbeitgeber wenden müssen, wenn sie die Weisung für unrechtmässig gehalten habe. Indem sie dies unterlassen habe, habe sie eine weitere Treuepflichtverletzung begangen. Angesichts der Verletzung von Befolungs- und Treuepflicht erweise sich die ausgesprochene Kündigung nicht als missbräuchlich. Die Kündigung gegenüber der Beschwerdeführerin als Kaderangestellte mit erhöhter Treuepflicht beruhe auf einem schützenswerten Grund und sei daher rechtmässig. Auch die Art und Weise, wie die Kündigung erfolgt sei, sei nicht zu beanstanden.

3.

Der Arbeitgeber kann über die Ausführung der Arbeit und das Verhalten der Arbeitnehmer im Betrieb oder Haushalt allgemeine Anordnungen erlassen und ihnen besondere Weisungen erteilen (Art. 321d Abs. 1 OR). Nach Art. 321d Abs. 2 OR hat der Arbeitnehmer die allgemeinen Anordnungen des Arbeitgebers und die ihm erteilten besonderen Weisungen nach Treu und Glauben zu befolgen. Der Arbeitnehmer ist aber nicht verpflichtet, Weisungen zu befolgen, die widerrechtlich oder unsittlich sind. Zudem findet das Weisungsrecht am Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers seine Schranke. Sodann können mit einer Weisung die Verpflichtungen des Arbeitnehmers nicht über den vertraglichen Rahmen erweitert werden (132 III 115 E. 5.2; Urteil 4C.357/2002 vom 4. April 2003 E. 4.1; STAEHELIN, Zürcher Kommentar, 4. Aufl. 2006, N. 14 ff. zu Art. 321d OR; STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsvertrag, 6. Aufl. 2006, N. 3 zu Art. 321d OR). Die Beschwerdeführerin rügt, das Obergericht habe Art. 321d OR verletzt, indem es die Hausordnung der Beschwerdegegnerin vom 22. November 1982 als arbeitsrechtliche Anordnung bzw. Weisung qualifiziert habe. Die Hausordnung richte sich nicht an einen oder mehrere Arbeitnehmer, sondern ausschliesslich an die Pensionäre und Patienten des Heimes. Die Schlussfolgerung des Obergerichts, dass sich die Beschwerdeführerin einer rechtmässigen und verhältnismässigen sowie in der Branche üblichen Weisung zu Unrecht widersetzt und damit ihre Befolungspflicht verletzt habe, sei bundesrechtswidrig. Es liege schlicht keine Weisung vor, welche die Beschwerdeführerin hätte verletzen können. Dem kann nicht gefolgt werden. Das Obergericht bezog sich auf das Protokoll der Stationsleiterinnen-Sitzung vom 31. Juli 1996 und die der Lohnabrechnung vom November 1996 beigelegte Mitteilung, indem es festhielt, dass die Beschwerdeführerin im Juli 1996 mündlich und im November 1996 schriftlich seitens der Beschwerdegegnerin die konkrete Weisung mitgeteilt erhielt, wie mit Geldgeschenken von Heimbewohnern, Angehörigen oder Dritten umzugehen sei. Das Vorliegen dieser Weisung ist unbestritten. Insofern ist es irrelevant, ob diese Weisung auch in der Hausordnung vom 22. November 1982 enthalten ist. Es liegt jedenfalls eine mündliche und schriftliche Weisung vom Juli bzw. November 1996 vor. Das Obergericht

berücksichtigte die Hausordnung bei der Prüfung, ob die betreffende Weisung im Widerspruch zu vertraglichen Vereinbarungen der Parteien stehen könnte. Dabei gelangte es im Gegenteil zum Schluss, dass die Hausordnung verschiedentlich auch das Personal einbeziehe oder dieses zumindest indirekt anspreche. Das Befolgen und Durchsetzen der Hausordnung lasse sich auch ohne ausdrückliche Erwähnung im Arbeitsvertrag unter die dort genannte Pflicht des Arbeitnehmers subsumieren, «die Interessen des Heims nach Kräften zu wahren». Die Hausordnung sei folglich auch als Teil des Arbeitsverhältnisses anzusehen. Ziffer 13 der Hausordnung, wonach es dem gesamten Personal untersagt ist, irgendwelche Trinkgelder und Geschenke entgegenzunehmen, widerspreche der strittigen Weisung nicht, sondern stelle vielmehr eine Wiederholung und Präzisierung dar. Eine Vertragswidrigkeit sei demnach nicht erkennbar. Dies wird von der Beschwerdeführerin nicht in Frage gestellt.

4.

Weiter wirft die Beschwerdeführerin dem Obergericht vor, Art. 321b OR verletzt zu haben, weil es ein Weisungsrecht hinsichtlich der Ablieferung von Geldspenden bejaht habe, obwohl diese gerade nicht für den Arbeitgeber bestimmt seien. Sie erachtet daher die Weisung als unrechtmässig, weshalb sie diese auch nicht zu befolgen gehabt habe.

4.1 Der Arbeitnehmer hat dem Arbeitgeber über alles, was er bei seiner vertraglichen Tätigkeit für diesen von Dritten erhält, wie namentlich Geldbeträge, Rechenschaft abzulegen und ihm alles sofort herauszugeben (Art. 321b Abs. 1 OR). Das Obergericht hielt diese Bestimmung für nicht anwendbar, da sie lediglich Zuwendungen Dritter regle, die für den Arbeitgeber bestimmt seien. Eine gesetzliche Norm, die sich mit der Sachlage bei Zuwendungen Dritter an den Arbeitnehmer persönlich befasse und gegen welche die Weisung verstossen könnte, existiere nicht. Die Geldübergaben seien während der Arbeitszeit und am Arbeitsort erfolgt und hätten in engstem Zusammenhang mit der Berufsarbeit gestanden. Die Beschwerdeführerin schliesst demgegenüber aus dem Umstand, dass Geldbeträge, die nicht für den Arbeitgeber bestimmt sind, in Art. 321b OR nicht genannt sind, dass diese vom Weisungsrecht des Arbeitgebers ausgenommen seien. Eine Erweiterung der Herausgabepflicht könne nur durch Vereinbarung erfolgen.

4.2 Es trifft zu, dass Trinkgelder und Gelegenheitsgeschenke nicht unter die Herausgabepflicht nach Art. 321b OR fallen, da sie für den Arbeitnehmer und nicht für den Arbeitgeber bestimmt sind (STAEHELIN, a.a.O., N. 2 zu Art. 321b OR; STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., N. 3 zu Art. 321b OR; PORTMANN, Basler Kommentar, Obligationenrecht, Bd. I, 4. Aufl. 2007, N. 1 zu Art. 321b OR). Vorliegend ging es aber nicht um Trinkgelder an die Beschwerdeführerin persönlich, sondern um Geldspenden, die nach der Darstellung der Beschwerdeführerin als Wertschätzung und Dankbarkeit für einfühlsame Pflege und Begleitung im Sterben gedacht waren, als Linderung des erlittenen Leides auch der Pflegenden so-

wie zur Stärkung für die weitere gemeinsame Pflgetätigkeit. Die strittigen Geldspenden sollten mithin das Personal für geleisteten Einsatz belohnen und für künftigen stärken. Entsprechend waren die Geldbeträge gemäss der strittigen Weisung nicht etwa an den Arbeitgeber herauszugeben, sondern vielmehr in den Personalfonds einzulegen, der dem gesamten Personal zugute kommt. Die Weisung ordnet mithin nicht eine über Art. 321b OR hinausgehende Herausgabepflicht an den Arbeitgeber betreffend Geldbeträge an, die nicht für ihn bestimmt waren, sondern regelt das Vorgehen bei Geldspenden zuhanden des Personals. Sie verstösst damit nicht gegen Art. 321b Abs. 1 OR. Im Übrigen musste die Hausordnung vom 22. November 1982 und insbesondere die darin enthaltene Ziffer 13, wonach es dem gesamten Personal untersagt ist, irgendwelche Trinkgelder und Geschenke entgegenzunehmen, der Beschwerdeführerin nach den vorinstanzlichen Feststellungen spätestens nach der Stationsleiterinnen-Sitzung vom 31. Juli 1996 bekannt sein, ohne dass sie bei der Heimleitung dagegen remonstriert hätte. Ebenso wenig opponierte sie gemäss dem Stationsleiterinnen-Protokoll an dieser Sitzung, an der festgehalten wurde, dass es nur eine Personalkasse gebe und dass alle Geldspenden dort abgegeben werden müssten. Daraus durfte die Beschwerdegegnerin auf das Einverständnis der Beschwerdeführerin zum angeordneten Vorgehen schliessen. Die Einwände der Beschwerdeführerin gegen die vom Obergericht angenommene Verletzung der Befolgungspflicht gegenüber der Weisung betreffend Geldspenden erweisen sich als unbegründet. Das Obergericht nahm diesbezüglich zu Recht eine Vertragsverletzung durch die Beschwerdeführerin an.

5.

Des weiteren bleibt auch der Vorwurf aufrecht, dass die Beschwerdeführerin als leitende Angestellte ihre Treuepflicht (Art. 321a OR) gegenüber der Beschwerdegegnerin verletzte, indem sie ihre Untergebenen auf die von ihr behauptete Rechtswidrigkeit der Weisung hinwies und sie dadurch zumindest sinngemäss anhielt, die Weisung nicht einzuhalten, wobei erschwerend ins Gewicht fällt, dass sie ihre Untergebenen orientierte, ohne zuvor mit der Beschwerdegegnerin betreffend ihre abweichende Auffassung eine Lösung zu suchen. Die Beschwerdeführerin hält diesem Vorwurf zu Unrecht entgegen, der Arbeitnehmer sei bloss bei einer unzweckmässigen Weisung verpflichtet, diesen Umstand dem Arbeitgeber anzuzeigen, nicht aber bei einer Rechtswidrigkeit der Weisung. Zwar trifft es zu, dass *Staehelein* an der vom Obergericht angegebenen Kommentarstelle lediglich die unzweckmässigen Weisungen behandelt. Dies erklärt sich aber ohne weiteres aus dem Zusammenhang. An der angegebenen Stelle führt STAEHELIN aus, bloss unzweckmässige Weisungen habe der Arbeitnehmer im Allgemeinen zu befolgen, da er gewöhnlich weder gehalten noch berechtigt sei, Weisungen auf ihre Zweckmässigkeit zu überprüfen. Erkenne er aber aufgrund seiner Erfahrung und seiner besonderen Kenntnisse die Unzweckmässigkeit einer Weisung, habe er dies dem Arbeitgeber aufgrund seiner Treuepflicht anzuzeigen (Abmahnungspflicht; STAEHELIN, a.a.O.,

N. 21 zu Art. 321d OR). Das bedeutet aber nicht, dass ein leitender Angestellter, der eine Weisung des Arbeitgebers für unrechtmässig hält, ohne Rücksprache mit dem Arbeitgeber einfach seinen Untergebenen seine eigene Rechtsauffassung kundtun und sie so indirekt zur Nichtbefolgung der Weisung anhalten darf. Das Obergericht hat in einem solchen Vorgehen der Beschwerdeführerin zu Recht eine Treuepflichtverletzung erkannt.

Bundesgericht, Urteil vom 8. Februar 2011, Doss.-Nr. 4A_575/2010 (teilweise Gutheissung der Beschwerde und Aufhebung des Entscheids des Obergerichts des Kantons Thurgau vom 30. August 2010)

Bildet ein Qualitätsmanagement-Handbuch integrierenden Bestandteil des Arbeitsvertrages, bedeutet dies nicht zwingend, dass der Arbeitgeber kein abweichendes Verfahren anordnen darf. Im Normalfall dient das Qualitätsmanagement im Wesentlichen den Eigeninteressen des Arbeitgebers an einem qualitativ hochwertigen Endprodukt. Der Arbeitgeber kann daher auf die Einhaltung des Qualitätsmanagement-Handbuchs verzichten, auch wenn dieses zum Vertragsbestandteil gemacht wurde. Eine Zustimmung des Arbeitnehmers wäre namentlich nur dann nötig, wenn der Arbeitnehmer an der Einhaltung hoher Qualitätsstandards ein direktes Eigeninteresse hätte (E. 2.2.1).

Weicht ein Arbeitnehmer bei der Erstellung von Werkstattzeichnungen eigenmächtig von Berechnungen des Ingenieurs ab, so verletzt er seine Sorgfaltspflicht, auch wenn die Berechnungen teilweise tatsächlich problematisch sind. Der Arbeitgeber darf davon ausgehen, dass der Arbeitnehmer bei Problemen mit der Umsetzung der Pläne mit dem zuständigen Vorgesetzten oder direkt mit dem Ingenieur Rücksprache nimmt. Ist der Arbeitnehmer grundsätzlich in der Lage, aufgrund von Ingenieurplänen Werkstattzeichnungen herzustellen, besteht für den Arbeitgeber kein Anlass zur Kontrolle des Arbeitserzeugnisses. Ein Mitverschulden des Arbeitgebers liegt somit nicht vor (E. 2.3. bis 2.4).

Das Verschulden des Arbeitnehmers wurde in casu als nicht grob eingestuft. Zwar hätte ein vernünftiger Arbeitnehmer den zuständigen Ingenieur oder Vorgesetzten auf die Probleme aufmerksam gemacht, statt selbst eine Problemlösung zu suchen, für die es ihm an der nötigen fachlichen Qualifikation mangelte. Daran ändern auch die vom Arbeitnehmer durchgeführten Feldversuche nichts, welche sich als ungenügend erwiesen. Er war aber bemüht, eine taugliche Lösung zu finden. Zudem verfügte er zumindest über die konkludente Zustimmung eines Vorgesetzten, der für das Projekt allerdings nicht zuständig war. Überdies waren die ihm zur Verfügung gestellten Ingenieurpläne zwar nicht objektiv untauglich, aber optimierungsbedürftig und

gaben so erst Anlass für das pflichtwidrige Verhalten des Arbeitnehmers. Das Bundesgericht erachtete es deshalb als nicht angemessen, den Arbeitnehmer den vollen Schadenersatz tragen zu lassen, und setzte die Haftungsquote auf $\frac{2}{3}$ des geltend gemachten Schadens fest (E. 3).

Sachverhalt:

A. (Beklagter und Beschwerdegegner) war von 1992 bis Ende März 2000 als Verkaufsingenieur bzw. Aussendienstmitarbeiter bei der Y. AG angestellt. Zu seinen Aufgaben gehörte die Mitarbeit bei der technischen Entwicklung von Produkten. In diesem Rahmen war er an der im Februar 1996 lancierten Entwicklung des Projekts «Q.» beteiligt. Dabei handelt sich um eine durch Drehen in der Höhe verstellbare Strassenkappe und um die Herstellung eines Drehwerkzeuges, mit welchem die Strassenkappe gelöst und gedreht werden kann. Das Drehwerkzeug wurde nachträglich konstruiert, da sich herausgestellt hatte, dass Pickel für das Verstellen der Strassenkappe zu schwach waren. Der Beschwerdegegner hatte für dessen Konstruktion und Herstellung nach den Plänen und Vorgaben des Ingenieurbüros Z. AG die Werkstattzeichnungen zu erstellen. Die Y. AG fertigte Ende 1999 eine Serie von 110 Drehwerkzeugen an. Im Herbst 2000 soll es wegen der Verformung von Drehwerkzeugen zu Reklamationen gekommen sein. 110 Garnituren (Rohre mit Zubehör) seien nicht funktionstüchtig gewesen. Nach Angaben der Y. AG hat ein Test ergeben, dass die Kraft zweier Männer bei genügend Drehwiderstand ausreicht, um die Teleskop-Rohre der Drehwerkzeuge zu verbiegen. Diesen Mangel führte die Y. AG darauf zurück, dass der Beschwerdegegner bei der Erstellung der Werkstattzeichnungen für die Rohre der Drehwerkzeuge eigenmächtig von den Berechnungen des Ingenieurs abgewichen ist. Den Gesamtschaden bezifferte die Y. AG mit Fr. 27 522.– (Fr. 250.20 [Fr. 367.70 für Material und Arbeitsaufwand pro Garnitur abzüglich Wert der noch brauchbaren Teile von je Fr. 117.50] x 110).

Mit Klage vom 21. April 2001 beantragte die Y. AG der bezirksgerichtlichen Kommission Weinfelden, den Beschwerdegegner gestützt auf Art. 321e OR zu verpflichten, ihr Fr. 27 522.– nebst Zins zu bezahlen. Diese und das anschliessend angerufene Obergericht des Kantons Thurgau wiesen die Klage bzw. die Berufung der Y. AG ab. Die Y. AG zog die Sache an das Bundesgericht weiter, worauf dieses am 24. Juni 2003 das obergerichtliche Urteil vom 15. August 2002 aufhob, weil die darin enthaltenen tatsächlichen Feststellungen für die Beurteilung der Klage nicht ausreichten (Urteile des Bundesgerichts 4P.10/2003 und 4C.16/2003 vom 24. Juni 2006). Nach erneuter erstinstanzlicher Abweisung der Klage und Rückweisung durch das Obergericht zur Ergänzung des Sachverhalts wies das Bezirksgericht Weinfelden nach Durchführung eines Beweisverfahrens schliesslich die Klage am 22. Juni 2007 erneut ab. Am 27. Januar 2006 hat-

te die Y. AG die strittige Forderung der X. AG (Beschwerdeführerin) zediert, welche an Stelle der Y. AG als Klägerin in den Prozess eintrat. Mit Urteil vom 30. August 2010 schützte das Obergericht des Kantons Thurgau auf Berufung der Beschwerdeführerin die Klage teilweise und verpflichtete den Beschwerdegegner, der Beschwerdeführerin Fr. 9174.– zuzüglich 5% Zins seit 5. April 2001 zu bezahlen. Für das erstinstanzliche Verfahren sprach das Obergericht dem Beschwerdegegner eine Parteientschädigung von Fr. 6592.35 zu und für das Berufungsverfahren eine solche von Fr. 1715.–. Die Beschwerdeführerin beantragt dem Bundesgericht mit Beschwerde in Zivilsachen, es sei das Urteil des Obergerichts des Kantons Thurgau vom 30. August 2010 aufzuheben und der Sachverhalt «durch das Bundesgericht, schlimmstenfalls durch die Vorinstanz» zu ergänzen. Der Beschwerdegegner sei zu verpflichten, der Beschwerdeführerin Fr. 27 522.– nebst 5% Zins seit 5. April 2001 zu bezahlen und die Beschwerdeführerin für das kantonale Verfahren mit insgesamt Fr. 18 502.15 zu entschädigen.

Aus den Erwägungen:

2.

Während die bezirksgerichtliche Kommission Weinfelden eine Haftung des Beschwerdegegners verneinte, weil die Y. AG bzw. deren Geschäftsführungsmitglied B. wusste, dass der Beschwerdegegner bei der Erstellung der Werkstattzeichnungen von den Ingenieurplänen abgewichen ist und dies widerspruchslos duldete, hielt die Vorinstanz für unbewiesen, dass die Arbeitgeberin des Beschwerdegegners von dessen erwähntem Vorgehen Kenntnis hatte. B., der allein für eine Genehmigung zuständig gewesen wäre, habe eine solche nicht erteilt, geschweige denn die Änderung der Planvorgaben angeordnet. Die Vorinstanz erachtete die Verletzung der Sorgfaltspflicht durch den Beschwerdegegner für nachgewiesen und dessen Haftung im Grundsatz für gegeben. Immerhin hielt sie fest, die Ingenieurpläne hätten neben problematischen Details auch Widersprüche zwischen den Zahlenwerten und der zeichnerischen Darstellung der Konstruktion aufgewiesen. Darüber hinaus hätten die festgelegten Parameter die Optimierungsmöglichkeiten der Konstruktion teilweise stark eingeengt. So hätte etwa das übermässige Fassungsspiel der zusammengesteckten Rohre keine adäquate Schweissnahtqualität erlaubt. Gestützt auf ein Gutachten ging die Vorinstanz indessen davon aus, es sei eher wahrscheinlich, die bislang nicht festgelegten Parameter der Konstruktion könnten so optimiert werden, dass dadurch die Brauchbarkeit des Drehwerkzeugs gewährleistet werde. Daher ging die Vorinstanz davon aus, auch nach den mangelhaften Plänen hätte sich ein brauchbares Drehwerkzeug konstruieren lassen. Den geltend gemachten Schaden erachtete sie als betragsmässig ausgewiesen.

2.1 In der Folge legte die Vorinstanz die Haftungsquote des Beschwerdegegners fest und bemass diese auf einen Drittel.

2.1.1 Zum Verschulden des Beschwerdegegners mit Bezug auf das Abweichen von den Ingenieurplänen ohne Wissen der Geschäftsleitung erwog die Vorinstanz, dieses werde dadurch herabgesetzt, dass der Beschwerdegegner wegen der Mängel, welche die Ingenieurpläne aufgewiesen hätten, gute Gründe hatte, davon abzuweichen und damit für seine Arbeitgeberin ein besseres Ergebnis zu erzielen beabsichtigte. Hierfür habe er auch über eine zumindest konkludente Genehmigung seines Vorgesetzten verfügt, der allerdings für das Projekt «Q.» nicht zuständig gewesen sei. Zudem habe der Beschwerdegegner mit einem Prototyp erfolgreich Feldversuche unternommen, wobei sich jedoch nachträglich herausgestellt habe, dass die Tests ungenügend angelegt gewesen seien, da sie Extremsituationen nicht einbezogen hätten. Zwar führen nach Einschätzung der Vorinstanz die Mängel in den Konstruktionsplänen des Ingenieurs zu einer Herabsetzung des Verschuldens des Beschwerdegegners, nicht aber zum Ausschluss seiner Haftung, denn der Beschwerdegegner hätte die Problemlagen erkennen können und entsprechend dem gängigen Verfahren diesbezüglich mit dem Ingenieur Rücksprache nehmen müssen. Insgesamt sei das Verschulden des Beschwerdegegners weit von Grobfahrlässigkeit entfernt.

2.1.2 Der Y. AG als Arbeitgeberin lastete die Vorinstanz ein erhebliches Mitverschulden an, darin bestehend, dass deren Geschäftsleitung ihrer Verantwortung und ihren Pflichten gemäss ihren eigenen Vorgaben nicht nachgekommen sei. Die einschlägigen Vorschriften fänden sich im Qualitätsmanagement-Handbuch (QM-Handbuch), welches nach den Feststellungen im erstinstanzlichen Urteil, auf welches die Vorinstanz verweist, integrierenden Bestandteil des Arbeitsvertrages bildete. Daran sei auch die Geschäftsleitung gebunden. Die Verantwortung für die Entwicklung eines Produkts liege nicht beim Projektleiter allein, sondern die Geschäftsleitung sei von Anfang an eingebunden und müsse insbesondere jeden einzelnen Projektschritt freigeben. Auch wenn der Beschwerdegegner sich als zusätzliches Verschulden anrechnen lassen müsse, dass er diese im Handbuch vorgesehene Kontrolle und Freigabe nicht verlangt habe, führe dies nicht dazu, dass sich die Geschäftsleitung nach Auslösung eines Auftrags oder Projekts zurücklehnen oder gar völlig ausklinken könne, um im Falle eines missglückten Ergebnisses vom Arbeitnehmer Schadenersatz zu fordern. Im internen Verhältnis zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeberin habe vielmehr letztere die Mängel der Pläne zu vertreten, was sich auf die Haftungsquote mindernd auswirke. Wenn sich die Beschwerdeführerin durch die Anordnung eines «ad hoc»-Projekts nicht an das QM-Handbuch halte und insbesondere keine Freigaben erfolgten, müsse sich die Y. AG die Folgen entsprechend anrechnen lassen.

2.2 Die Vorinstanz hat bei der Beurteilung des Verschuldens der Arbeitgeberin auf das QM-Handbuch abgestellt, obwohl nach ihren Feststellungen ein ad hoc Verfahren angeordnet worden war.

2.2.1 Dass das QM-Handbuch integrierenden Bestandteil des Arbeitsvertrages bildete, bedeutet nicht zwingend, dass die Arbeitgeberin kein abweichendes Verfahren anordnen durfte. Im Normalfall dient das Qualitätsmanagement im Wesentlichen dem Eigeninteresse des Arbeitgebers an einem qualitativ hochwertigen Endprodukt. Dieser kann daher auf die Einhaltung des QM-Handbuchs verzichten, auch wenn dieses zum Vertragsbestandteil gemacht wurde. Zwar sind Fälle denkbar, in denen nach dem Willen der Parteien ein Abweichen nur mit Zustimmung des Arbeitnehmers zulässig sein soll, namentlich wenn der Arbeitnehmer an der Einhaltung hoher Qualitätsstandards ein direktes Eigeninteresse hat. Davon ist nach Treu und Glauben aber nicht auszugehen, wenn keinerlei Hinweise auf ein entsprechendes Interesse des Arbeitnehmers bestehen.

2.2.2 Dass die Parteien den Vertrag tatsächlich im Sinne eines Verbots der einseitigen Anordnung eines abweichenden Verfahrens verstanden hätten, ist nicht festgestellt, ebenso wenig wie Umstände, die ein entsprechendes Verständnis nahelegen würden. Nach Treu und Glauben musste sich der Beschwerdegegner damit bewusst sein, dass die Arbeitgeberin trotz der Übernahme in den Vertrag ein abweichendes «ad hoc»-Verfahren anordnen durfte.

2.3 Daraus, dass die Vorgaben des QM-Handbuches nicht eingehalten wurden, kann mithin für ein allfälliges Verschulden der Arbeitgeberin nichts abgeleitet werden. Vielmehr ist massgebend, ob das gewählte Verfahren objektiv unzulänglich erscheint. Dies ist mit Blick auf den konkreten Einzelfall zu entscheiden. Massgebend dafür sind, wie das Bundesgericht bereits entschieden hat, einerseits der Überwachungsbedarf des Beschwerdegegners, der sich namentlich aus dessen Pflichtenheft und dessen Qualifikationen ergibt, und andererseits die weiteren Umstände, welche die Klägerin allenfalls zur Kontrolle des Prototyps des Drehwerkzeugs hätten veranlassen sollen. Schliesslich kann eine Rolle spielen, ob die Überwachung des Arbeitsergebnisses der Branchenüblichkeit entsprach und der Beschwerdegegner deshalb darauf vertraute, die Klägerin werde den Prototyp testen (zit. Urteil 4C.16/2003 E. 2.2 S. 5). Im Zeitpunkt dieses Entscheides stand indessen noch nicht fest, inwieweit der Beschwerdegegner seine Arbeitgeberin über die vorgenommenen Abänderungen informiert hatte. Diesem Aspekt kommt auch für die Beurteilung eines allfälligen Mitverschuldens Bedeutung zu.

2.3.1 Da der für das Projekt zuständige Vorgesetzte nach den Feststellungen der Vorinstanz nichts von den vorgenommenen Änderungen wusste, bestand für ihn kein Anlass, das Verfahren entsprechend anzupassen. Aus Sicht der Arbeitgeberin hatte der Beschwerdegegner lediglich Pläne umzusetzen, für deren Brauchbarkeit ihr Dritte gerade standen. Daher kann der Beschwerdegegner aus den Tests, die bei einer Eigenentwicklung vielleicht objektiv angezeigt oder branchenüblich gewesen wären, nichts für seinen Standpunkt ableiten.

2.3.2 Dasselbe gilt für die Tatsache, dass sich die Umsetzung der Pläne aufgrund der festgestellten Mängel nicht problemlos gestaltete. Die Arbeitgeberin durfte davon ausgehen, der Beschwerdegegner werde bei Problemen mit dem zuständigen Vorgesetzten oder direkt mit dem Ingenieur Rücksprache nehmen. Dass der Beschwerdegegner grundsätzlich in der Lage war, aufgrund von Ingenieurplänen Werkstattzeichnungen herzustellen, blieb nach den Feststellungen der Vorinstanz unbestritten. Insoweit bestand für die Arbeitgeberin kein Anlass zur Kontrolle des Arbeitsergebnisses. Der Beschwerdegegner argumentiert, die Anfertigung der Werkstattzeichnungen habe Berechnungen erfordert, zu denen er nicht in der Lage gewesen und mit denen er nicht beauftragt worden sei. Er schliesst daraus auf die Notwendigkeit der Prüfung des Arbeitsergebnisses durch die Arbeitgeberin. Da aber nicht festgestellt ist, dass der zuständige Vorgesetzte vom Beschwerdegegner über die Mängel der Pläne informiert worden war, geht diese Argumentation an der Sache vorbei.

2.4 Soweit die Vorinstanz gestützt auf die Nichtbeachtung des QM-Handbuchs ein Mitverschulden der Arbeitgeberin annahm, verletzt der angefochtene Entscheid mithin im Ergebnis Bundesrecht. Zu prüfen bleibt, ob dies dazu führt, dass der Beschwerdegegner für den gesamten Schaden in Anspruch genommen werden kann, wie die Beschwerdeführerin verlangt.

3.

Art und Grösse des Ersatzes für den eingetretenen Schaden bestimmt der Richter, der hiebei sowohl die Umstände als die Grösse des Verschuldens zu würdigen hat (Art. 43 Abs. 1 OR). Die Vorinstanz hat das Verschulden des Beschwerdegegners zu Recht nicht als grob eingestuft. Zwar hätte ein vernünftiger Arbeitnehmer den zuständigen Ingenieur oder Vorgesetzten auf die Probleme aufmerksam gemacht, statt selbst eine Problemlösung zu suchen, für die es ihm an der nötigen fachlichen Qualifikation mangelte. Daran ändern auch die vom Beschwerdegegner selbst durchgeführten Feldversuche nichts, die sich ebenfalls als ungenügend erwiesen. Immerhin dokumentieren die Tests das Bemühen des Beschwerdegegners, eine taugliche Lösung zu finden. Zu seinen Gunsten ist zu berücksichtigen, dass das Abweichen von den Plänen nicht völlig eigenmächtig erfolgte. Der Beschwerdegegner verfügte zumindest über die konkludente Zustimmung eines Vorgesetzten, der für das Projekt allerdings nicht zuständig war. Die Abänderungen erfolgten mit Blick auf die dem Beschwerdegegner zur Verfügung gestellten Pläne, die objektiv zwar nicht unbrauchbar, aber optimierungsbedürftig waren und so erst Anlass für das pflichtwidrige Verhalten des Beschwerdegegners gaben. Zudem fällt ins Gewicht, dass es dem Beschwerdegegner darum ging, für seine Arbeitgeberin ein besseres Resultat zu erreichen, wovon diese profitiert hätte, wenn seine Initiative von Erfolg gekrönt gewesen wäre. Mit Blick darauf erscheint es nicht angemessen, den Beschwerdegegner den vollen Schadenersatz tragen zu las-

sen. Seine Haftungsquote ist vielmehr auf $\frac{2}{3}$ des geltend gemachten Schadens festzusetzen.

Bundesgericht, Urteil vom 14. Februar 2011, Doss.-Nr. 4A_569/2010 (Bestätigung des Beschlusses und des Urteils des Obergerichts des Kantons Zürich vom 18. Mai 2009)

Einem Mitglied der Direktion kommt eine hohe Verantwortung zu. Seine Anstellung setzt daher zusätzlich zur Erfüllung der Aufgaben ein besonderes Vertrauen in seine Aufrichtigkeit und Ehrlichkeit voraus. Die Kenntnis darüber, dass das Direktionsmitglied anlässlich seiner Vorstellungsgespräche bezüglich seiner bisherigen Anstellung und Berufserfahrung wahrheitswidrige Angaben gemacht hat, war daher unabhängig von der Qualität seiner danach erbrachten Arbeitsleistung objektiv geeignet, die für seine weitere Anstellung wesentliche Vertrauensgrundlage zu zerstören oder zumindest so tief greifend zu erschüttern, dass der Arbeitgeberin die Fortsetzung des Vertrages nicht mehr zuzumuten war (E. 2.5).

Sachverhalt:

A. (Kläger und Beschwerdeführer) war vom 17. März 2003 bis am 30. September 2003 für ein Jahresgehalt von Fr. 100 000.– bei der Banque Y. SA (nachstehend Y.) angestellt, bei der er in der Zweigniederlassung Zürich die Aufgabe hatte, private und institutionelle Kunden zu akquirieren und zu betreuen. Danach war er ohne Anstellung und bezog Arbeitslosengelder. Er hatte zwar noch Beziehungen zu vermögenden Personen im Mittleren Osten, aber keine Vermögensverwaltungsaufträge mehr. Im Verlaufe von Vorstellungsgesprächen bei der Bank X. (Beklagte und Beschwerdegegnerin), welche damals noch mit Bank Z. firmierte, erklärte der Arbeitnehmer wahrheitswidrig, er stehe in einem ungekündigten Vertragsverhältnis bei der Y., seine Kündigungsfrist betrage drei Monate, er beziehe ein Jahresgehalt von Fr. 180 000.–, verwalte und betreue Kundengelder in der Höhe zwischen US-\$ 200 und 300 Mio. und habe sich zwischen 1993 und 2003 während zehn Jahren in Abu Dhabi aufgehalten. In der Folge stellte ihn die Arbeitgeberin mit Vertrag vom 23./26. Februar 2005 als «Senior Private Banker» und Mitglied der Direktion an. Seine Aufgabe bestand darin, neue Kunden in von ihm bis anhin schwergewichtig bearbeiteten Teilmärkten zu akquirieren und bisherige Kunden zu betreuen. Das Jahressalär wurde auf insgesamt Fr. 160 000.– zuzüglich einer Erfolgsbeteiligung festgelegt. Der Arbeitnehmer trat seine Stelle am 1. April 2005 an. Im Probezeit-Bericht vom 22. Juni 2005 attestierte ihm die Arbeitgeberin namentlich, dass er sich sehr gründlich eingearbeitet habe, sehr abgeschlossen sei und aktiv mitdenke und die ihm übertragenen Verantwortun-

gen gewissenhaft wahrnehme. Ende August 2005 ersuchte die Arbeitgeberin die Y. telefonisch um die Zustellung eines Arbeitszeugnisses betreffend den Arbeitnehmer, weil dieser der Aufforderung auf Aushändigung eines solchen nicht nachgekommen war. Dem am 7. September 2005 eingegangenen Arbeitszeugnis konnte die Arbeitgeberin entnehmen, dass die Y. dem Arbeitnehmer den Arbeitsvertrag wegen ungenügender Leistung auf den 30. September 2003 gekündigt hatte. Daraufhin erklärte die Arbeitgeberin am 13. September 2005 dem Arbeitnehmer mündlich und schriftlich die fristlose Kündigung des Arbeitsverhältnisses wegen falscher Angaben bei den Einstellungsgesprächen. Mit Brief vom 15. September 2005 opponierte der Arbeitnehmer gegen diese Kündigung und bot seine Arbeitskraft an.

Am 14. Oktober 2005 klagte der A. beim Arbeitsgericht Zürich gegen die Y. auf Zahlung von Fr. 398 668.35 brutto zuzüglich Zins sowie auf Ausstellung eines Arbeitszeugnisses und einer Arbeitsbestätigung. Zur Begründung der Geldforderung machte der Kläger geltend, die Beklagte schulde ihm zufolge ungerechtfertigter fristlosen Kündigung gemäss Art. 337c OR Lohnersatz und eine Entschädigung. Anlässlich der Hauptverhandlung vom 18. Januar 2006 reduzierte der Kläger seine Lohnforderung auf Fr. 167 555.35 brutto nebst Zins. Mit Beschluss und Urteil vom 22. September 2008 verpflichtete das Arbeitsgericht die Beklagte zur Ausstellung eines vorgegebenen Arbeitszeugnisses und wies die Klage im Übrigen ab. Auf Berufung des Klägers hin wies das Obergericht des Kantons Zürich mit Beschluss und Urteil vom 18. Mai 2009 die Klage betreffend die Geldforderungen des Klägers ebenfalls ab. Eine dagegen vom Kläger erhobene Nichtigkeitsbeschwerde wies das Kassationsgericht des Kantons Zürich mit Zirkulationsbeschluss vom 17. September 2010 ab, soweit es darauf eintrat. Der Kläger beantragt dem Bundesgericht mit Beschwerde, das Urteil des Obergerichts vom 18. Mai 2009 aufzuheben und die Beklagte zu verpflichten, ihm brutto Fr. 167 555.35 nebst 5% Zins seit dem 13. September 2005 zu bezahlen.

Aus den Erwägungen:

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 Vorhandensein dem Kündigenden nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden darf (Abs. 2). Nach der Rechtsprechung ist eine fristlose Entlassung 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 tief greifend zu erschüttern, dass dem Arbeitgeber die Fortsetzung des Vertrags nicht mehr zuzumuten

ist. Andererseits müssen sie auch tatsächlich zu einer derartigen Zerstörung oder Erschütterung des gegenseitigen Vertrauens geführt haben. Sind die Verfehlungen weniger schwerwiegend, so müssen sie trotz Verwarnung wiederholt vorgekommen sein (BGE 129 III 380 E. 2.1 mit Hinweisen). Bei der Gewichtung einer Pflichtverletzung ist bei Kaderpersonen aufgrund des ihnen entgegengebrachten besonderen Vertrauens und der Verantwortung, welche ihnen ihre Funktion im Betrieb überträgt, ein strenger Massstab anzulegen (BGE 130 III 28 E. 4.1 S. 31; 127 III 86 E. 2c S. 89). Demgemäss hat das Bundesgericht bei einem Arbeitnehmer, der als Personalleiter eine Vertrauensposition im Betrieb innehatte, eine Täuschung des Arbeitgebers durch das Herstellen wahrheitswidriger Dokumente für die Buchhaltung als wichtigen Grund zur fristlosen Kündigung qualifiziert (BGE 124 III 25 E. 3a S. 27 f.).

2.2 Über das Vorhandensein eines wichtigen Grundes zur fristlosen Kündigung entscheidet das Gericht nach seinem Ermessen (Art. 337 Abs. 3 OR). Ermessensentscheide überprüft das Bundesgericht bei Beschwerden in Zivilsachen grundsätzlich frei. Es übt dabei aber Zurückhaltung und schreitet nur ein, wenn die Vorinstanz grundlos von in Lehre und Rechtsprechung anerkannten Grundsätzen abgewichen ist, wenn sie Tatsachen berücksichtigt hat, die für den Entscheid im Einzelfall keine Rolle hätten spielen dürfen, oder wenn sie umgekehrt Umstände ausser Betracht gelassen hat, die zwingend hätten beachtet werden müssen. Ausserdem greift das Bundesgericht in Ermessensentscheide ein, falls sich diese als offensichtlich unbillig, als in stossender Weise ungerecht erweisen (BGE 129 III 380 E. 2 mit weiteren Hinweisen).

2.3 Das Obergericht erwog, da den Arbeitnehmer bereits im Stadium der Vertragsverhandlungen eine vorvertragliche Treuepflicht treffe, könnten bewusst wahrheitswidrige Angaben bei der Stellensuche einen wichtigen Grund für die fristlose Kündigung darstellen. Dies könne bei falschen Angaben über Fähigkeiten, Kenntnisse, Examen und Ausbildungsgänge zutreffen, wenn sie einen Bezug zur zugewiesenen Stelle hätten und der Arbeitgeber ein berechtigtes Interesse an der Kenntnis der Wahrheit habe. Die Aufgabe des Beschwerdeführers habe gemäss Anstellungsvertrag in der Akquisition neuer Kunden bestanden, weshalb es für seine Anstellung entscheidend gewesen sei, dass er eine gute bisherige Kundenbeziehung und einen intensiven Kundenkontakt hatte. Die Beschwerdegegnerin hätte ihn nicht angestellt, wenn sie gewusst hätte, dass er seit längerer Zeit arbeitslos war und keine konkreten Vermögensverwaltungsaufträge mehr hatte. Seine Anstellung bei der Y. und seine angegebene Vermögensverwaltungstätigkeit seien demnach von ausschlaggebender Bedeutung gewesen. Zudem sei der Beschwerdeführer als Mitglied der Direktion mit kollektiver Zeichnungsberechtigung angestellt worden. Es habe daher von ihm besondere Aufrichtigkeit und Ehrlichkeit erwartet werden können, habe er doch gegenüber seinen Kunden und der Beschwerdegegnerin eine ausgesprochen hohe Verantwortung gehabt. Da er seine Anstellung durch un-

wahre Angaben erschlichen habe, könne ihm ein solches Vertrauen aber nicht mehr entgegengebracht werden. Bezüglich des von ihm erwarteten Aufbaus einer neuen Kundschaft im Mittleren Osten seien seine wahrheitswidrig behaupteten Kundenkontakte von entscheidender Bedeutung gewesen. Dass er während seiner kurzen Anstellungszeit den Kundenzuwachs noch nicht erfolgreich habe fördern können, laste ihm die Beschwerdegegnerin nicht an. Sie habe jedoch nicht mehr an eine erfolgversprechende Tätigkeit des Beschwerdeführers glauben können. Durch seine unwahren Angaben zu vertragsrelevanten Tatsachen habe der Beschwerdeführer seine vorvertragliche Treuepflicht in schwerer Weise verletzt und das gegenseitige Vertrauensverhältnis endgültig zerstört, weshalb es der Beschwerdegegnerin nicht zumutbar gewesen sei, das Arbeitsverhältnis mit dem Beschwerdeführer bis zum Ablauf der vertraglich vereinbarten Kündigungsfrist von sechs Monaten fortzusetzen.

2.4 Der Beschwerdeführer bestreitet nicht, dass falsche Angaben bei der Stellensuche einen wichtigen Grund zur fristlosen Kündigung bilden können. Er wendet jedoch ein, die ihm angelasteten unwahren Angaben hätten keinen Zusammenhang mit der Vertragserfüllung gehabt. Dies werde durch die guten Noten im Probezeit-Bericht bestätigt. Dass die Beschwerdegegnerin nicht mehr an seine erfolgreiche Tätigkeit geglaubt habe, sei unerheblich, weil dieser Glaube auf Spekulationen beruhe und solche keinen hinreichenden Grund für eine fristlose Kündigung bilden könnten. Auch wenn in Bezug auf unzutreffende Angaben beim Vorstellungsgespräch bei einem Mitglied der Direktion ein strengerer Massstab anzulegen sei als bei einem Bauzeichner, der unzutreffende Angaben über seine Ausbildung mache, sei ein wichtiger Grund zu verneinen, wenn die vertraglichen Leistungen erbracht würden. Indem die Beschwerdegegnerin die gute bis sehr gute Erbringung dieser Leistungen bestätigt habe, habe sie zum Ausdruck gebracht, dass die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses von einem objektiven Standpunkt aus gesehen zumutbar gewesen wäre.

2.5 Der Beschwerdeführer lässt ausser Acht, dass ihm als Mitglied der Direktion eine sehr hohe Verantwortung zukam und seine Anstellung daher zusätzlich zur Erfüllung seiner Aufgaben ein besonderes Vertrauen in seine Aufrichtigkeit und Ehrlichkeit voraussetzte. Die Kenntnis darüber, dass der Beschwerdeführer anlässlich seiner Vorstellungsgespräche bezüglich seiner bisherigen Anstellung und Berufserfahrung wahrheitswidrige Angaben gemacht hatte, war daher unabhängig von der Qualität seiner danach erbrachten Arbeitsleistung objektiv geeignet, die für seine weitere Anstellung wesentliche Vertrauensgrundlage zu zerstören oder zumindest so tief greifend zu erschüttern, dass der Beschwerdegegnerin die Fortsetzung des Vertrags nicht mehr zuzumuten war. Das Obergericht hat demnach das ihm zustehende Ermessen nicht überschritten, wenn es einen wichtigen Grund gemäss Art. 337 OR bejahte.

Tribunal fédéral, Arrêt du 14 février, Doss.-N° 4A_635/2010 (Irrecevabilité du recours interjeté contre l'arrêt rendu le 13 août 2010 par la Chambre des recours du Tribunal cantonal du canton de Vaud)

Art. 42 al. 2 LTF. Exigences de motivation du recours en matière civile. L'employeur qui affirme que la résiliation du contrat de travail est valable au regard de l'art. 336c al. 1 let. b CO doit, sous peine d'irrecevabilité du recours, exposer la date d'expiration du contrat qu'il estime correcte. De même, s'il se plaint d'une violation de l'art. 324a al. 1 et 2 CO, l'employeur doit présenter le calcul du salaire qu'il estime fondé (c. 2).

Extraits des faits:

Dès le 15 mars 2004, X. est entré au service de l'Association A. en qualité de secrétaire général. Son taux d'activité était fixé à soixante pour cent. Le secrétaire général a plusieurs fois communiqué à l'association employeuse qu'il se trouvait incapable de travailler pour cause de maladie. Il a remis trois certificats d'incapacité de travail établis par la doctoresse F.: le premier, daté du 10 février 2009, pour une période d'incapacité à cinquante pour cent du 11 au 24 février; le deuxième, du 23 février 2009, pour une incapacité au même taux du 23 février au 16 mars; le troisième, du 6 avril 2009, pour une incapacité ayant débuté le 23 février et destinée à se prolonger jusqu'au 14 avril; le taux d'incapacité n'était pas précisé. X. a aussi produit deux certificats du docteur G.: le premier, du 20 mai 2009, pour une incapacité totale du 20 mai au 30 juin; le deuxième, du 30 juin 2009, pour une incapacité demeurant totale jusqu'au 31 août.

Par lettre du 23 mars 2009, signée du président de son comité, l'employeuse a déclaré la résiliation du contrat de travail avec effet au 29 mai 2009. Cette résiliation fut confirmée par lettre du 27, signée du président et du vice-président, car le secrétaire général, par son mandataire, avait fait valoir que les membres du comité devaient signer collectivement à deux. Dans la correspondance ultérieure, le 6 avril 2009, le secrétaire général a produit le troisième certificat de la doctoresse F. et fait valoir que la résiliation du contrat était intervenue au cours d'une période d'incapacité de travail. Répondant aussitôt le 8 avril, l'employeuse a exprimé les doutes de son comité, en invitant le secrétaire général à remettre un autre certificat à faire établir par un autre médecin. Le secrétaire général a perçu son salaire mensuel jusqu'au 31 juillet 2009.

Le 9 juillet 2009, le secrétaire général a ouvert action contre l'employeuse devant le Tribunal de prud'hommes de l'arrondissement de Lausanne. Selon ses conclusions qu'il a chiffrées lors de l'audience de conciliation du 18 août 2009, la défenderesse devait être condamnée à payer 30 000 francs. Le tribunal s'est prononcé par jugement du 1^{er} février 2010. Accueillant partiellement l'action, il a condamné la défenderesse à payer

21 576 fr. à titre de salaire brut. La défenderesse ayant saisi la Chambre des recours du Tribunal cantonal, le demandeur a usé du recours joint. Par arrêt du 13 août 2010, l'autorité supérieure a rejeté le recours principal et accueilli le recours joint; la défenderesse se trouve donc condamnée à payer 30 000 fr. à titre de salaire brut, soumis aux déductions sociales, et à remettre un certificat de travail selon la rédaction des premiers juges. D'après cette décision, la résiliation du 23 mars 2009, confirmée le 27, est nulle; le demandeur s'est trouvé en incapacité de travail conformément aux certificats qu'il a remis à la défenderesse, et, en outre, du 1er septembre au 30 novembre 2009; le contrat a pris fin le 31 décembre 2009 par l'effet d'un accord de résiliation des parties.

Agissant par la voie du recours en matière civile, la défenderesse requiert le Tribunal fédéral de réformer l'arrêt de la Chambre des recours en ce sens qu'elle ne soit condamnée à aucun paiement.

Extraits des considérants:

2.

La défenderesse reproche à la Chambre des recours d'avoir constaté arbitrairement, en admettant de manière insoutenable la force probante du troisième certificat de la doctoresse F., que le demandeur se trouvait en incapacité de travail lorsqu'il a reçu la résiliation du 27 mars 2009. Cette critique, quoique longuement développée, ne semble pas respecter l'exigence précitée; il n'est cependant pas nécessaire de l'étudier de façon plus approfondie car le recours se révèle de toute manière irrecevable.

Pour le surplus, la défenderesse affirme que la résiliation est valable au regard de l'art. 336c al. 1 let. b CO, faute d'incapacité de travail du demandeur, mais elle n'explique pas pour quelle date, par hypothèse antérieure au 31 décembre 2009, cette résiliation a censément provoqué l'expiration du contrat de travail. En particulier, la défenderesse ne conteste pas que le contrat ait pris fin à cette date-ci par l'effet d'un accord de résiliation.

La défenderesse se plaint aussi de violation de l'art. 324a al. 1 et 2 CO concernant le versement du salaire pendant les périodes d'incapacité de travail, mais elle n'indique pas, parmi les périodes constatées par la Chambre des recours, celles qu'elle reconnaît ou, au contraire, qu'elle conteste, et elle ne présente pas le calcul du salaire que, à son avis, les juges auraient dû effectuer à la place de celui adopté dans la décision attaquée.

Dans ces conditions, la motivation du recours ne répond pas aux exigences de l'art. 42 al. 2 LTF. En particulier, elle ne permet pas de reconnaître en quoi la rectification d'une constatation arbitraire des faits, quant à l'incapacité de travail au moment de la réception de la résiliation, influencerait l'issue de la cause. Il s'ensuit que le recours est irrecevable.

Tribunal fédéral, Arrêt du 17 février 2011, Doss-N° 8C_873/2010 (Rejet du recours en matière de droit public interjeté contre le jugement du Tribunal cantonal du canton de Fribourg, 1e Cour administrative, du 14 septembre 2010)

Art. 337 CO. Les principes généraux dégagés par la jurisprudence de droit privé peuvent être appliqués par analogie au droit de la fonction publique (c. 7.1).

Une liaison extraconjugale dans un contexte professionnel n'est pas en soi un juste motif de licenciement immédiat, dans la mesure tout au moins où les relations de travail ne sont pas perturbées. Elles le seraient, par exemple, dans le cas d'une liaison tapageuse ou conflictuelle qui serait propre à créer des tensions au travail. Une liaison au travail peut induire un mélange entre la vie personnelle et professionnelle qui peut s'avérer difficilement gérable, spécialement dans des activités qui exigent une coopération avec d'autres personnes (c. 9.1.1).

Les agents de la fonction publique, comme représentants de l'Etat à l'égard des citoyens, sont tenus par un devoir de dignité, pouvant affecter même leur vie privée. Ce devoir ne saurait toutefois dépasser ce qui est requis pour la correcte exécution de leurs tâches et dépend de la position occupée et de la nature des fonctions (c. 9.2.2).

Extraits des faits:

Le 27 mars 2009, l'établissement X. a prononcé le renvoi pour justes motifs de P. avec effet au 31 mars 2009 et moyennant une indemnité correspondant à deux mois de salaire. Saisi d'un recours de P., le Conseil d'Etat du canton de Fribourg l'a rejeté par décision du 3 novembre 2009. P. a recouru contre cette décision devant le Tribunal cantonal du canton de Fribourg en concluant à sa réintégration auprès de l'établissement X., dans sa fonction antérieure ou dans un emploi équivalent au sein d'un autre département ou d'un autre site de l'établissement. Subsidiairement, il a conclu au versement par l'établissement X. d'une indemnité équivalant à une année de traitement. Statuant le 14 septembre 2010, la 1e Cour administrative du tribunal cantonal a admis le recours. Elle a annulé la décision attaquée et renvoyé la cause à l'autorité d'engagement pour décision conformément à l'art. 41 de la loi sur le personnel de l'Etat.

Le Conseil d'Etat forme un recours en matière de droit public dans lequel il conclut principalement à l'annulation de l'arrêt attaqué et à la confirmation des décisions de renvoi rendues par l'établissement X. et le Conseil d'Etat. Subsidiairement, il demande que l'indemnité à verser à P. tienne compte «des infractions aux devoirs de service commises par celui-ci». Par ordonnance du 21 décembre 2010, le juge instructeur a attribué l'effet suspensif au recours.

Extraits des considérants:

7.

7.1 Sous le titre «Renvoi pour de justes motifs», l'art. 44 de la loi sur le personnel de l'Etat du 17 octobre 2001 (LPers; RS/FR 122.70.1) prévoit ceci:

1 En cas de manquements graves ou répétés aux devoirs de service, ou pour d'autres circonstances qui, selon les règles de la bonne foi, ne permettent pas d'exiger de l'autorité d'engagement le maintien des rapports de service, l'autorité d'engagement peut décider du renvoi pour de justes motifs du collaborateur ou de la collaboratrice.

2 La décision de renvoi a un effet immédiat.

7.2 La résiliation immédiate pour justes motifs est une mesure exceptionnelle. Conformément aux principes dégagés par la jurisprudence du droit privé (mais qui peuvent être appliqués par analogie au droit de la fonction publique; arrêts 8C_170/2009 du 25 août 2009 consid. 4.2.2 et 1C_142/2007 du 13 septembre 2007 consid. 6.4), elle doit être admise de manière restrictive. D'après la jurisprudence, les faits invoqués à l'appui d'un renvoi immédiat doivent avoir entraîné la perte du rapport de confiance qui constitue le fondement du contrat de travail. Seul un manquement particulièrement grave du travailleur justifie le licenciement immédiat; si le manquement est moins grave, il ne peut entraîner une résiliation immédiate que s'il a été répété malgré un avertissement (ATF 130 III 28 consid. 4.1 p. 31; 213 consid. 3.1 p. 220; 129 III 380 consid. 2.1 p. 382). Par manquement du travailleur, on entend en règle ordinaire la violation d'une obligation découlant du contrat de travail (ATF 127 III 351 consid. 4a p. 354 et les arrêts cités), mais d'autres incidents peuvent aussi justifier une résiliation immédiate lorsque ceux-ci rendent peu envisageable le maintien de la relation de service (ATF 129 III 380 consid. 2.2 p. 382; arrêt 1C_142/2007, précité, consid. 6.4; sur l'ensemble de la question, voir également HARRY NÖTZLI, *Die Beendigung von Arbeitsverhältnissen im Bundespersonalrecht*, Berne 2005, p. 151 ss no 242 ss; TERCIER/FAVRE/EIGENMANN, *Les contrats spéciaux*, 2009, p. 559 ss no 3748 ss; MARIE-NOËLLE VENTURIZEN-RUFFINEN, *La résiliation pour justes motifs des contrats de durée*, 2007, p. 198 ss no 526 ss).

8.

En l'espèce, les premiers juges ont considéré que l'on ne pouvait reprocher à l'intimé d'avoir entretenu une liaison avec une partenaire majeure et consentante. En effet, l'existence de relations intimes entre agents de la fonction publique relève de la sphère privée, sauf si elle entrave la bonne marche du service, notamment si la liaison dégénère ou menace de dégénérer en scandale au point de porter atteinte à la réputation de l'établissement. Tel n'était pas le cas en l'espèce. Quand au risque théorique que pouvait représenter la coexistence dans un même service de deux ex-amants, il ne justifiait pas un licenciement préventif: au besoin, l'em-

ployeur disposait d'autres moyens pour ramener le calme. En définitive, la liaison entre l'intimé et l'apprentie ne représentait aucune particularité propre à menacer le fonctionnement de l'établissement et ne constituait pas une atteinte telle à la morale ordinaire que le scandale allait nécessairement rejaillir sur la fonction publique.

Par ailleurs, toujours selon la juridiction cantonale, même si l'on pouvait avoir des soupçons à cet égard, on ne pouvait pas tenir pour établi que les partenaires aient entretenu des relations intimes pendant le temps de travail de l'intimé. On ne pouvait pas non plus retenir à la charge de ce dernier que les relations sexuelles ont été entretenues dans la chambre que louait R.. Bien que celle-ci se trouvât dans l'enceinte de l'établissement X., l'apprentie était libre, en l'absence d'un règlement de maison contraire, de recevoir dans sa chambre qui elle voulait. S'il est vrai, d'autre part, que les faits incriminés ont eu lieu à une reprise au moins (plusieurs fois selon les allégations de R.) dans un local technique de l'établissement, il n'en restait pas moins que les partenaires n'avaient pas été surpris. Cette circonstance ne justifiait donc pas une réaction a posteriori de l'employeur. Celui-ci devait garder mesure et respecter le principe de proportionnalité.

Les premiers juges ont aussi tenu compte du fait que l'intimé avait à son actif plus de trois décennies de bons et loyaux services. Ils ont conclu qu'au-delà de la dénonciation pénale calomnieuse de l'apprentie, la relation intime clandestine n'avait pas eu de conséquences sur le service et n'avait pas été de nature à créer un scandale. L'utilisation abusive des locaux de service à l'une ou l'autre occasion (venue à la connaissance de l'employeur après coup) et les doutes qui subsistaient sur le point de savoir si les rencontres avaient toujours eu lieu hors du temps de travail ne justifiaient pas un licenciement immédiat d'un collaborateur après autant d'années de service. D'autres mesures, moins incisives, auraient permis à l'employeur de marquer clairement sa désapprobation et, au besoin, de rappeler le collaborateur à ses devoirs.

9.

9.1 Sur la base des faits ainsi retenus, cette conclusion ne procède pas d'une application arbitraire de la réglementation précitée en matière de renvoi immédiat ni n'aboutit à un résultat insoutenable.

9.1.1 Comme le fait observer la juridiction cantonale, une liaison extraconjugale dans un contexte professionnel n'est pas en soi un motif de licenciement immédiat, dans la mesure tout au moins où les relations de travail ne sont pas perturbées (cf. ATF 129 III 380 consid. 3.1 p. 383). Elles le seraient, par exemple, dans le cas d'une liaison tapageuse ou conflictuelle qui serait propre à créer des tensions au travail. Une liaison au travail peut induire un mélange entre la vie personnelle et professionnelle qui peut s'avérer difficilement gérable, spécialement dans des activités qui exigent une coopération avec d'autres personnes. En l'espèce, rien de tel n'est reproché à l'intimé, la liaison ayant d'ailleurs pris fin avant qu'elle ne soit portée à la connaissance de l'employeur et des autres collaborateurs. Au

demeurant, n'importe quelle perturbation dans l'entreprise ne suffit pas à justifier le licenciement immédiat d'un travailleur en raison de tensions de ce type. L'employeur ne peut adopter cette solution extrême qu'en présence d'une perturbation grave, éventuellement après avoir introduit sans succès les mesures que l'on pouvait raisonnablement attendre de lui, telles que des modifications de son organisation (cf. arrêt 4C.431/2005 du 31 janvier 2006 consid. 3).

9.1.2 Les circonstances particulières invoquées par le recourant ne suffisent pas pour justifier un licenciement immédiat. En ce qui concerne la différence d'âge, il s'agit d'un facteur purement subjectif qui relève de choix personnels dans lesquels l'Etat-employeur ne saurait guère s'immiscer. Quant au fait que la jeune femme avait à l'époque un statut d'apprentie, il n'apparaît pas décisif, à tout le moins dans la mesure où elle ne se trouvait pas dans un rapport de formation avec l'intimé. Enfin, on ne peut pas déduire du fait que la jeune femme consommait des médicaments et qu'elle avait été dans le passé victime d'un viol que son partenaire exerçait sur elle une pression psychologique. D'ailleurs, selon les constatations du jugement attaqué, ces faits n'ont été révélés à l'intimé qu'au mois de septembre 2007, soit bien après que la liaison a été nouée.

9.1.3 Le recourant a insisté et insiste sur la préservation de l'image de l'établissement, tant à l'intérieur de celui-ci que vis-à-vis de l'extérieur. On relèvera toutefois à ce propos que l'ensemble des personnes de l'établissement et le public en général n'étaient pas censés connaître l'existence de la liaison, qui, du reste, ne présentait aucun intérêt pour le public. Si elle a pu recevoir une certaine publicité, c'est en raison de la dénonciation – injustifiée si l'on se réfère aux ordonnance pénales – de l'apprentie à l'encontre de l'intimé. Celui-ci n'en est pas responsable.

9.2

9.2.1 Le recourant se plaint d'une violation arbitraire de l'art. 56 al. 3 LPers, selon lequel le collaborateur ou la collaboratrice, par son comportement, doit se montrer digne de la confiance et de la considération que sa fonction, en tant qu'agent ou agente des services publics, lui confère. Selon le recourant, l'ensemble des circonstances dans lesquelles s'est déroulée la relation entre l'intimé et la jeune femme dénotait une violation flagrante du devoir de dignité qui incombe au personnel de l'Etat selon cette disposition. Le recourant invoque également l'art. 4 LPers qui définit le but de la politique du personnel en se fondant sur un certain nombre de principes, notamment le respect de l'intégrité du collaborateur ou de la collaboratrice et son épanouissement professionnel. Le recourant soutient que, dans cette perspective, l'employeur est également en droit d'exiger de ses propres collaborateurs qu'ils aient entre eux le même respect de cette intégrité et ne portent pas préjudice à l'épanouissement professionnel de l'autre. Or, l'intimé aurait manqué à cette obligation, dans une mesure bien plus importante que R., compte tenu de son âge, de son expérience de la vie et de son statut d'agent du service public depuis de nombreuses années.

9.2.2 On ne peut cependant pas déduire de ces dispositions à caractère général une règle précise qui interdirait à un collaborateur d'entretenir une liaison au travail, dont on ne saurait en l'espèce affirmer, en dépit des particularités relevées par le recourant, qu'elle représentait une violation des principes susmentionnés ou une atteinte à la morale incompatible avec le devoir de dignité auquel la loi soumet les agents publics. Certes, comme représentants de l'Etat à l'égard des citoyens, les agents de la fonction publique sont tenus par un devoir de dignité, pouvant affecter même leur vie privée. Ce devoir ne saurait toutefois dépasser ce qui est requis pour la correcte exécution de leurs tâches et dépend de la position occupée et de la nature des fonctions (PIERRE MOOR, *Droit administratif*, Berne 1992, vol. III, n. 5.3.3.2 p. 231). En l'espèce, on ne voit pas qu'il y ait eu de relation qualifiée entre le comportement reproché et la fonction, au demeurant tout à fait subalterne, occupée par l'intimé.

10.

10.1 Le recourant reproche au tribunal cantonal de n'avoir pas tenu compte des règles spécifiques de la LPers concernant la résiliation des rapports de service. Il relève à cet égard que, contrairement aux règles du Code des obligations, la résiliation ordinaire des rapports de service (art. 37 à 40 LPers) n'est possible qu'au terme d'un processus qui dure au minimum sept à huit mois et passe obligatoirement par l'envoi d'un avertissement préalable. Par conséquent, lorsque de justes motifs de renvoi sont objectivement réunis, et qu'il y aurait un doute sur le maintien ou non des rapports de service, l'autorité saisie devrait, selon le recourant, privilégier le renvoi immédiat plutôt que le simple avertissement, qui implique le maintien probablement durable des rapports de service.

10.2 Le recourant émet ici des considérations d'ordre général qui ne sont pas aptes à démontrer une application arbitraire par l'autorité précédente de la législation cantonale. Le droit de la fonction publique n'est pas régi par les mêmes règles que le droit privé. Il se caractérise en général par le fait qu'il accorde aux fonctionnaires une protection accrue - voulue par le législateur - contre le licenciement. Que les conditions d'une résiliation ordinaire obéissent en droit public à des règles qui impliquent une certaine longueur de procédure ne justifie pas de les contourner par une application extensive de la réglementation relative au renvoi immédiat pour justes motifs, dont les conditions sont clairement fixées à l'art. 44 LPers.

11.

L'art. 41 LPers règle les conséquences d'un licenciement injustifié. Lorsque les motifs de licenciement se révèlent injustifiés, le collaborateur ou la collaboratrice est maintenu(e) dans sa fonction. Toutefois, s'il y a eu cessation de fait des rapports de service et qu'une réintégration du collaborateur ou de la collaboratrice n'est plus possible, celui-ci ou celle-ci a droit à une indemnité dont le montant maximal est égal à une année de traitement. L'art. 45 al. 4 LPers, qui se rapporte au renvoi immédiat pour justes motifs, prévoit que les conséquences d'un renvoi injustifié sont réglées

conformément à l'art. 41 précité. Sur la base de cette réglementation, les premiers juges ont renvoyé l'affaire à l'autorité d'engagement pour qu'elle ordonne soit la réintégration de son agent, soit son indemnisation, conformément à l'art. 41 LPers. Elle a cependant relevé que, compte tenu de la gravité des conséquences d'un licenciement intervenant à l'âge de 59 ans et du rang subalterne qu'occupait l'intimé, des exigences élevées devraient être posées pour la démonstration d'une éventuelle impossibilité de le réintégrer sur un autre site.

A ce stade, il est prématuré de se prononcer sur l'une ou l'autre des éventualités envisagées à l'art. 41 LPers. La question devra préalablement être tranchée par l'autorité de nomination. Le fait que les premiers juges, dans leurs considérants, ont mentionné qu'une réintégration apparaissait mieux appropriée ne justifie pas que le Tribunal fédéral se saisisse maintenant de la question. Au reste, le dispositif du jugement attaqué ne renvoie pas à ses motifs. Il n'est dès lors pas contraignant pour l'autorité de nomination (cf. arrêt 9C_703/2009 du 30 octobre 2009 consid. 2.2).

Tribunal fédéral, Arrêt du 19 février 2011, Doss.-N° 8C_396/2010 (Rejet du recours en matière de droit public interjeté contre le jugement du Tribunal administratif de la République et canton de Genève du 23 mars 2010)

A partir d'un certain niveau hiérarchique et de responsabilités, on ne saurait guère exiger d'un employeur qu'il établisse dans les moindres détails la part de responsabilité imputable à l'une ou l'autre personne à l'origine d'une situation conflictuelle avant de prendre la décision de licencier l'une d'entre elles; en pareil cas, l'employeur se doit en effet d'agir rapidement afin d'éviter que le conflit n'entrave ou même ne paralyse le bon fonctionnement de l'administration (c. 4.3).

Extraits des faits:

Le 17 décembre 2007, le Conseil d'Etat a pris un arrêté par lequel il a mis fin aux rapports de service de L. avec effet au 31 mars 2008. L'intéressé a recouru contre cette décision devant le Tribunal administratif (à partir du 1^{er} janvier 2011: Cour de justice du canton de Genève, Chambre administrative), en concluant principalement à ce qu'il fût constaté que la résiliation de ses rapports de service était contraire au droit et à sa réintégration dans ses fonctions. Subsidiairement, il a demandé que l'Etat de Genève lui verse l'indemnité maximale prévue à l'art. 31 al. 3 de la loi générale relative au personnel de l'administration cantonale, du pouvoir judiciaire et des établissements publics médicaux du 4 décembre 1997 (LPAC). Le tribunal administratif a rejeté le recours, par jugement du 23 mars 2010.

L. interjette un recours en matière de droit public contre ce jugement dont il demande l'annulation. Sous suite de frais et dépens, il conclut à ce qu'il soit constaté que son licenciement est dénué de motif fondé et au renvoi de la cause à l'autorité précédente pour qu'elle statue sur le montant de l'indemnité due pour licenciement contraire au droit.

Extraits des considérants:

4.

4.1 Sous réserve des cas visés à l'art. 95 let. c à e LTF, la violation du droit cantonal ou communal ne constitue pas un motif de recours. L'application de ce droit peut toutefois être contestée sous l'angle de sa conformité au droit constitutionnel, notamment à l'art. 9 Cst., qui consacre l'interdiction de l'arbitraire. Appelé à revoir l'application faite d'une norme cantonale ou communale sous l'angle de l'arbitraire, le Tribunal fédéral ne s'écarte de la solution retenue que si celle-ci apparaît insoutenable ou en contradiction manifeste avec la situation effective, ou encore si elle a été adoptée sans motifs objectifs ou en violation d'un droit certain. 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 135 V 2 consid. 1.3 p. 4; 134 II 124 consid. 4.1 p. 133; 133 II 257 consid. 5.1 p. 260), ce qu'il revient à la partie recourante de démontrer conformément aux exigences de motivation déduites de l'art. 106 al. 2 LTF (ATF 133 II 396 consid. 3.2 p. 400).

4.2 Le droit genevois permet au Conseil d'Etat de résilier les rapports de service du fonctionnaire pour un motif fondé (art. 21 al. 3 LPAC). Il y a un motif fondé, selon l'art. 22 LPAC, lorsque la continuation des rapports de service n'est plus compatible avec le bon fonctionnement de l'administration, soit notamment en raison de:

- a) l'insuffisance des prestations;
- b) l'inaptitude à remplir les exigences du poste;
- c) la disparition durable d'un motif d'engagement.

D'après le recourant, le tribunal administratif aurait versé dans l'arbitraire en retenant comme motif essentiel de licenciement ses relations conflictuelles avec l'un de ses collègues sans avoir examiné au préalable si l'un ou l'autre des protagonistes assumait une responsabilité prépondérante.

4.3 Il ressort des constatations de l'arrêt attaqué, en plus de ce qui a déjà été relevé plus haut, que ce n'était pas le conflit en tant que tel qui était à l'origine du licenciement par le Conseil d'Etat mais bien le fait que ce conflit avait perduré en dépit des mesures prises par l'employeur pour minimiser la fréquence des contacts entre le recourant et son collègue, perturbant ainsi gravement le climat de travail. Si le recourant n'était pas le seul à être impliqué dans ce conflit, son attitude avait évolué défavorablement au fil du temps, contrairement à celle de son collègue. Le tribunal

administratif a en outre constaté que le recourant n'avait pas été écarté pour cette seule raison, mais bien parce qu'en plus de la dégradation du climat de travail résultant de son comportement, il avait refusé toutes les propositions de reclassement qui lui avaient été faites et qu'il avait formulé des prétentions déraisonnables. On ajoutera qu'à partir d'un certain niveau hiérarchique et de responsabilités, on ne saurait guère exiger d'un employeur qu'il établisse dans les moindres détails la part de responsabilité imputable à l'une et l'autre personne à l'origine d'une situation conflictuelle avant de prendre la décision de licencier l'une d'entre elles; en pareil cas, l'employeur se doit en effet d'agir rapidement afin d'éviter que le conflit n'entrave ou même ne paralyse le bon fonctionnement de l'administration. En l'occurrence, le choix de se séparer du recourant ne s'est pas avéré inadéquat puisqu'il ressort des nombreux témoignages que l'ambiance de travail était meilleure et le fonctionnement du département plus efficace depuis le départ de celui-ci.

Dans ces conditions, le tribunal administratif pouvait admettre, sans arbitraire, que le licenciement du recourant reposait sur un motif fondé au sens de l'art. 22 LPAC.

Tribunal fédéral, Arrêt du 28 février 2011, Doss.-N° 4A_663/2010 (Rejet du recours en matière civile interjeté contre l'arrêt rendu le 4 novembre 2010 par la Cour d'appel de la juridiction des prud'hommes du canton de Genève)

Recevabilité d'un recours en matière civile portant sur le caractère abusif du congé.

Art. 335c CO. Une partie peut résilier le contrat de travail pour une échéance plus lointaine que celle prévue légalement ou contractuellement, mais dans un tel cas l'autre partie conserve la faculté de signifier le congé pour l'échéance légale ou contractuelle plus rapprochée (c. 2.4).

Art. 336 CO. Recevabilité du recours en matière civile. Un travailleur qui ne conteste pas le motif de la résiliation dans la procédure cantonale peut-il s'en prendre pour la première fois devant le Tribunal fédéral à la résiliation même du contrat en soutenant qu'elle est abusive? La question de savoir si le recourant modifie ainsi l'objet du litige et prend une conclusion irrecevable peut rester indécise (c. 3.1).

Extraits des faits:

Par contrat de travail du 7 mai 2008, Y. & Cie (ci-après: l'employeuse), société active dans la gérance et le courtage d'immeubles, a engagé X. (ci-après: l'employé) en qualité de responsable du service des locations commerciales à compter du 1^{er} novembre 2008. L'employé devait

percevoir un salaire mensuel brut de 14 500 fr. payable treize fois l'an ainsi qu'une indemnité de 950 fr. par mois pour ses frais de représentation et de déplacement. Pendant la période d'essai de trois mois, les relations de service pouvaient être dénoncées moyennant un préavis de quatorze jours pour la fin d'une semaine. A l'échéance de la période d'essai, le contrat pouvait être dénoncé moyennant un préavis de trois mois pour la fin d'un mois durant la première année de service, respectivement de six mois pour la fin d'un mois dès la deuxième année d'activité. Il était en outre convenu que l'employeuse verserait, pour autant que le contrat ne soit pas résilié, une première contribution de 15 000 fr. au terme de la période d'essai, puis une seconde contribution de même montant payable au 31 décembre 2009; ces paiements devaient permettre à l'employé de racheter des années de cotisations auprès de la caisse de pension de sa nouvelle employeuse. Le 22 janvier 2009, l'employeuse, qui était peu satisfaite des prestations de son employé, a préparé un projet de lettre de licenciement prévoyant de mettre fin à leur relation contractuelle pour le 30 juin 2009, échéance qui devait permettre à l'employé de retrouver une activité. Il était précisé qu'à l'intérieur de cette période, l'employé pouvait mettre fin au contrat moyennant un délai de quinze jours s'il retrouvait un nouvel emploi.

Le 23 janvier 2009, les parties ont eu un entretien. La lettre en question n'a pas été remise à l'employé. Celui-ci a objecté que la qualité de son travail ne pouvait pas être jugée sur un laps de temps aussi court et que la réalisation des objectifs qui lui avaient été assignés nécessitait une période plus longue. Ces arguments ont été entendus par l'employeuse, qui a renoncé à le licencier et s'est déclarée d'accord de revoir la pérennité de leur collaboration quelques mois plus tard, soit au début du mois de mai 2009. Les décisions prises lors de cet entretien ont été formalisées dans un courrier de l'employeuse daté du 27 janvier 2009 valant avenant au contrat de travail, lequel a été contresigné pour accord par l'employé. Cet avenant avait la teneur suivante:

«La présente fait suite à l'entretien que le soussigné, A., a eu avec vous-même le vendredi 23 janvier 2009 dans le but de faire le point par rapport à votre engagement à l'aube de la fin de la période d'essai de trois mois contractuellement convenue.

Nous avons communément convenu qu'avec la période de fêtes à cheval sur celle-ci et l'importance de la mission comportée pour le poste, cette échéance était beaucoup trop rapide.

En conséquence, nous avons, d'un commun accord, convenu ce qui suit:

1. Nous ferons une dernière fois le point le 8 mai 2009 (je propose d'ores et déjà un rendez-vous à 16.00 heures) et à l'issue duquel chacune des parties pourra résilier le contrat pour l'échéance du 30 juin 2009, moyennant un préavis minimum d'un mois.

2. En dehors de ce préavis exceptionnel d'un mois, le préavis contractuel de trois mois de votre contrat d'engagement devient applicable et nous

vous confirmons que le premier versement de fr. 15 000.—, contractuellement prévu pour le 31 janvier 2009 au titre de prévoyance professionnelle, sera bien effectué.

3. En revanche, le deuxième versement de fr. 15 000.—, lui prévu pour le 31 décembre 2009, reste conditionné à ce que votre engagement soit toujours actif à cette même date.

(...)»

L'employeuse s'est ensuite montrée satisfaite des prestations de son employé.

Le 21 avril 2009, l'employé a dénoncé son contrat pour le 31 juillet 2009. Le 24 avril 2009, il a conclu un nouveau contrat de travail avec une autre régie pour le 1^{er} août 2009. Par courrier du 5 mai 2009 remis en mains propres, l'employeuse a déclaré vouloir exercer l'option prévue dans l'accord du 27 janvier 2009 et a confirmé le congé de son employé pour le 30 juin 2009, ce dernier étant invité à liquider son solde de vacances à cette date. Diverses communications ont été échangées ultérieurement, dont il résulte que les parties sont entrées en litige sur l'échéance des rapports de service, l'employé alléguant que celle-ci intervenait le 31 juillet 2009 tandis que l'employeuse prétendait bénéficier du préavis d'un mois pour le 30 juin 2009.

Par assignation déposée au greffe de la juridiction des prud'hommes le 29 août 2009, l'employé a réclamé le paiement de son salaire pour les mois de juin et juillet 2009 (2 fois 14 500 fr.), de son treizième salaire pro rata temporis (8458 fr. 33) et de frais forfaitaires (950 fr.), le tout avec suite d'intérêts. Il a en outre conclu à la délivrance d'un certificat de travail. L'employeuse a formé une demande reconventionnelle en paiement de 91 996 fr. 85 dans laquelle elle faisait valoir que l'avenant était entaché de dol. Par jugement du 8 avril 2010, le Tribunal des prud'hommes a entièrement fait droit aux prétentions de l'employé et rejeté l'action reconventionnelle de l'employeuse. Celle-ci a saisi la Cour d'appel de la juridiction des prud'hommes contre ce jugement. Par arrêt du 4 novembre 2010, la Cour d'appel a annulé le jugement de première instance en tant qu'il condamnait l'employeuse à verser le salaire de juillet 2009 et le treizième salaire pro rata temporis. L'employeuse restait ainsi condamnée à verser la somme brute de 14 500 fr. plus intérêts à titre de salaire pour le mois de juin 2009, la somme brute de 7250 fr. plus intérêts à titre de treizième salaire pro rata temporis et la somme nette de 950 fr. plus intérêts à titre de remboursement de frais.

X. (ci-après: le recourant) interjette un recours en matière civile auprès du Tribunal fédéral contre l'arrêt du 4 novembre 2010.

Extraits des considérants:

2.

Le recourant se plaint d'une violation de l'art. 18 al. 1 CO relatif à l'interprétation des contrats. En substance, il soutient que selon la lettre claire de l'avenant du 27 janvier 2009, le droit de résilier le contrat moyennant un préavis d'un mois pour le 30 juin 2009 ne pouvait être exercé qu'à compter du 8 mai 2009, ce jusqu'au 31 mai 2009; en dehors de cette période, le délai de préavis ordinaire de trois mois était applicable. A supposer qu'une telle déduction ne s'impose pas déjà en vertu de l'interprétation littérale, il faudrait selon lui appliquer le principe «in dubio contra stipulatorem» et retenir la solution la plus favorable à ses intérêts. A cet égard, il fait remarquer qu'il n'avait aucune raison d'accepter une péjoration de sa situation par une diminution notable du délai de préavis indiqué dans le contrat du 7 mai 2008; le préavis de trois mois lui assurait une certaine pérennité de son contrat jusqu'à la réunion du 8 mai 2009.

L'intimée, faisant sienne l'interprétation de l'autorité précédente, plaide que les parties ont convenu de la possibilité de dénoncer le contrat pour le 30 juin 2009 moyennant un préavis d'un mois et qu'au-delà de cette échéance, le préavis ordinaire de trois mois s'appliquait. A son avis, il serait contraire à la logique d'appliquer un délai de congé de trois mois jusqu'à la date du 8 mai 2009 alors que les résultats du recourant ne donnaient pas satisfaction et qu'elle voulait disposer de quelques mois supplémentaires pour évaluer les performances de celui-ci.

Les parties sont ainsi divisées sur l'applicabilité des deux délais de congé prévus par l'avenant du 27 janvier 2009.

(...)

2.2 Le recourant reconnaît que la volonté des parties n'a pas pu être établie. Il critique l'interprétation objective que l'autorité cantonale a faite de l'avenant au contrat du 27 janvier 2009. Le grief, qui relève du droit, est recevable.

2.3 Il résulte de l'état de fait de l'arrêt attaqué qu'à l'approche de l'échéance du temps d'essai fixée au 31 janvier 2009, l'intimée n'était pas satisfaite des prestations du recourant et envisageait de le licencier pour le 30 juin 2009; elle entendait ainsi lui laisser suffisamment de temps pour retrouver un emploi. Les parties ont eu une discussion le 23 janvier 2009, à l'issue de laquelle le recourant a convaincu l'intimée que l'appréciation de la qualité de ses prestations nécessitait un temps d'observation plus long. L'intimée a renoncé au licenciement et accepté «de revoir la pérennité de la collaboration quelques mois plus tard, soit au début mai 2009». C'est dans ce contexte qu'a été rédigé l'avenant litigieux. Selon les chiffres 1 et 2 de cet accord, les parties ont aménagé la suite de leurs relations en distinguant deux phases. Pendant une première période courant jusqu'au 30 juin 2009, le contrat pouvait être dénoncé moyennant un préavis d'un mois, lequel devait être donné au plus tôt le 8 mai 2009. Passé l'échéance du

30 juin 2009, le contrat était résiliable moyennant le préavis de trois mois pour la fin d'un mois.

Compte tenu des modalités prévues par les parties, le congé avec préavis d'un mois devait en principe s'exercer dans la période du 8 au 31 mai 2009. Toutefois, la tournure «en dehors de ce préavis exceptionnel d'un mois» ne signifie pas «en dehors de la période du 8 au 31 mai 2009» et n'implique pas d'appliquer le préavis de trois mois à la période antérieure au 8 mai 2009. Comme le relève l'autorité précédente, la logique de l'opération s'oppose à l'application d'un préavis successivement de trois mois jusqu'au 8 mai 2009, puis d'un mois du 8 au 31 mai 2009, puis à nouveau de trois mois dès le 1^{er} juin 2009. A l'issue du temps d'essai, l'intimée n'était pas satisfaite des prestations du recourant. Le temps d'essai ne pouvait pas être prolongé dès lors qu'il avait déjà atteint la durée maximale de trois mois autorisée par l'art. 335b al. 2 CO. Les parties ont convenu de surseoir à l'entrée en vigueur du délai de congé contractuel de trois mois et d'appliquer, jusqu'à l'échéance du 30 juin 2009, un délai de congé d'un mois, correspondant au délai légal minimal applicable après le temps d'essai (art. 335c CO). Pour permettre au recourant de faire la preuve de ses capacités sur un temps d'observation suffisant, il a été convenu que le droit de résilier avec préavis d'un mois ne pouvait s'exercer avant le 8 mai 2009, date à laquelle les parties devaient se réunir pour faire le point sur la situation. Comme le relève la Cour d'appel, cette date et la tenue de la réunion ne constituent pas une condition d'exercice du droit de résilier avec un délai d'un mois, mais un terme fixé dans l'intérêt du recourant. La renonciation du recourant à attendre la survenance de ce terme n'impliquait donc nullement d'appliquer le délai de congé de trois mois.

Dans la mesure où l'interprétation selon le principe de la confiance permet d'établir la volonté objective des parties, il est exclu de recourir au moyen d'interprétation subsidiaire «in dubio contra stipulatorem». Peu importe que le recourant ait pu croire de bonne foi qu'il était lié à l'intimée jusqu'au 31 juillet 2009; il doit se laisser imputer le sens qui pouvait objectivement être donné à l'avenant.

2.4 Comme l'admet le recourant lui-même, la partie peut donner son congé pour une échéance plus lointaine que celle prévue légalement ou contractuellement, mais dans un tel cas l'autre partie conserve la faculté de signifier le congé pour l'échéance légale ou contractuelle plus rapprochée (FAVRE/MUNOZ/TOBLER, *Le contrat de travail*, Code annoté, 2^e éd. 2010, n° 1.3 ad art. 335c CO; STREIFF/VON KAENEL, *Arbeitsvertrag*, Praxiskommentar, 6^e éd. 2006, n° 2 ad art. 335 CO). En l'occurrence, l'intimée était donc fondée à résilier le contrat le 5 mai 2009 pour l'échéance contractuelle du 30 juin 2009.

3.

A titre subsidiaire, le recourant se plaint d'une violation de l'art. 336 al. 1 CO. La contre-résiliation de l'intimée, en soi admissible, serait abusive dans le cas d'espèce et justifierait l'octroi d'une indemnité correspon-

dant au salaire de juillet 2009 et au 13^{ème} salaire pro rata temporis. La Cour d'appel aurait omis d'examiner cette question dont elle devait pourtant connaître d'office.

L'intimée plaide l'irrecevabilité du grief.

3.1 Dans la procédure cantonale, le recourant a prétendu au paiement de son salaire pour un mois supplémentaire en soutenant, sans contester la résiliation, que l'intimée n'avait pas respecté le délai de congé contractuel. Devant le Tribunal fédéral, il s'en prend pour la première fois à la résiliation même du contrat en soutenant qu'elle est abusive et donne droit à une indemnité.

La question de savoir si le recourant modifie ainsi l'objet du litige et prend une conclusion irrecevable peut rester indécise; en effet, le moyen doit de toute façon être rejeté sur le fond.

3.2

3.2.1 L'art. 336 CO, qui énumère une série de cas de résiliation abusive, n'est pas exhaustif. Il concrétise avant tout l'interdiction générale de l'abus de droit et en aménage les conséquences juridiques pour le contrat de travail. D'autres situations peuvent entrer dans le champ d'application de cette disposition; toutefois, il faut qu'elles apparaissent comparables, par leur gravité, aux cas expressément envisagés par la loi (ATF 132 III 115 consid. 2.1). Ainsi, un congé peut être abusif en raison de la manière dont il est donné, soit notamment lorsque la partie qui donne le congé se livre à un double jeu, contrevenant de manière caractérisée au principe de la bonne foi (ATF 135 III 115 consid. 2.2 p. 117), lorsqu'il est donné par un employeur qui viole les droits de la personnalité du travailleur (ATF 132 III 115 consid. 2.2) ou quand il y a une disproportion évidente des intérêts en présence (ATF 132 III 115 consid. 2.4).

En revanche, un comportement qui ne serait simplement pas convenable ou indigne des relations commerciales établies ne suffit pas. Il n'appartient pas à l'ordre juridique de sanctionner une attitude seulement incorrecte (ATF 132 III 115 consid. 2.3).

3.2.2 De l'avis du recourant, les circonstances d'espèce devraient faire conclure à un «congé-représailles». Dans une argumentation qui n'est pas entièrement claire, il reproche à l'intimée de ne pas avoir réagi à réception de son courrier signifiant le congé et d'avoir sciemment attendu jusqu'au mois de mai avant de résilier elle-même le contrat pour l'échéance du 30 juin 2009. Dans le même temps, il fait grief à l'intimée de ne pas avoir attendu le terme du 8 mai 2009 fixé pour l'entretien, lequel, à l'en croire, aurait peut-être permis aux parties de s'entendre sur la continuation des rapports de travail.

L'argument est téméraire, sachant que le recourant a lui-même décidé de mettre fin aux rapports de travail et conclu un nouveau contrat avant l'entretien prévu pour le 8 mai 2009, ayant par ailleurs expliqué à la Cour d'appel qu'il n'avait pas voulu courir le risque d'une dénonciation du contrat à cette date «couperet» et qu'il avait pris l'initiative de rechercher

une autre activité sans s'en ouvrir auprès de l'intimée. Encore une fois, le congé donné par le recourant privait d'objet la réunion. Par ailleurs, quand bien même l'intimée aurait pour sa part été disposée à poursuivre les relations contractuelles, la situation s'est modifiée avec la décision du recourant de résilier le contrat; l'intimée pouvait dès lors décider, sans qu'on lui reproche une attitude contradictoire constitutive d'un abus au sens de l'art. 336 CO, de résilier le contrat pour l'échéance contractuelle la plus proche. Le fait d'avoir attendu deux semaines pour exercer son droit ne remplit pas non plus les conditions restrictives d'un abus. Il s'ensuit que les conditions d'une indemnité fondée sur l'art. 336a CO ne seraient de toute façon pas réalisées.

Tribunal fédéral, Arrêt du 1^{er} mars 2011, Doss.-N° 4A_665/2010 (Rejet du recours en matière civile interjeté contre l'arrêt de la Cour d'appel de la juridiction des prud'hommes du canton de Genève du 4 novembre 2010)

En cas de transfert illimité d'un contrat de travail, le nouveau co-contractant prend la place de la partie sortante dans le contrat de base également pour la période précédant le transfert; il assume ainsi toutes les obligations et acquiert tous les droits qui ont pris naissance à partir de la conclusion du contrat de base. En revanche, dans le transfert limité de contrat, le nouveau cocontractant remplace la partie sortante dans le contrat de base uniquement pour la période postérieure au transfert (c. 4.1).

Art. 49 et 328 CO. Subi une atteinte grave à sa personnalité, qui justifie l'octroi d'une réparation morale, la travailleuse qui se trouve reléguée dans une activité moins intéressante, alors qu'elle donnait satisfaction dans son travail précédent; dont la santé est atteinte du fait que ses nouvelles tâches impliquent l'emploi de produits toxiques dans un local insuffisamment aéré et sans protection respiratoire; et qui est l'objet d'une mesure pouvant être considérée comme punitive (c. 6.2).

Art. 336 CO. Selon la jurisprudence, le juge peut présumer en fait l'existence d'un licenciement abusif lorsque l'employé parvient à présenter des indices suffisants pour faire apparaître comme non réel le motif avancé par l'employeur. Si elle facilite la preuve, cette présomption de fait n'a pas pour résultat d'en renverser le fardeau. Elle constitue, en définitive, une forme de «preuve par indices». De son côté, l'employeur ne peut rester inactif; il n'a pas d'autre issue que de fournir des preuves à l'appui de ses propres allégations quant au motif du congé (c. 7.2).

Extraits des faits:

Le groupe A. est actif dans l'horlogerie de luxe. Il est composé d'un certain nombre de sociétés, dont A. SA (ci-après: A.), X. SA (ci-après: X.) et B. SA (ci-après: B.), laquelle a repris, en 2005, C. SA (ci-après: C.), D. SA et E. SA à la suite d'une fusion par absorption. En principe, chaque société a une tâche spécifique dans le groupe. Ainsi, par exemple, A. s'occupe pour l'essentiel de l'aspect commercial et de la vente de montres produites par d'autres sociétés du groupe, X. assemble les composants et B. procède à l'emboîtage. Les comptabilités des différentes sociétés sont séparées et n'ont pas été consolidées. En revanche, certaines divisions de management ont été regroupées en un seul service; tel est le cas du service des ressources humaines. R. est administrateur de la plupart des sociétés du groupe, dont X. et B.

Le 1^{er} mai 2001, Y. a été engagée par C. en qualité d'ouvrière polyvalente, moyennant un salaire mensuel brut de 3200 fr. A partir du 1^{er} décembre 2003, elle a travaillé pour B. comme auxiliaire en horlogerie, moyennant un salaire mensuel brut de 3500 fr. Par courrier du 25 novembre 2003, C. avait précisé à la travailleuse qu'un nouveau contrat de travail serait conclu, mais que, lors du transfert, elle conserverait ses droits acquis (vacances, bonus/malus, etc.), le treizième salaire étant toutefois payé au prorata du temps travaillé chez C. Le samedi 24 mars 2007, Y. ne s'est pas présentée à son poste de travail alors qu'elle était censée effectuer des heures supplémentaires. A la suite de cette absence, Y. a eu un entretien le lundi suivant avec S. dans le bureau de ce dernier. Le supérieur hiérarchique a reproché à la collaboratrice de ne pas être venue travailler le samedi précédent en criant, en l'invectivant et en tapant du poing sur la table. Par ailleurs, il l'a immédiatement transférée dans un local plus petit et dépourvu de fenêtres, dans lequel elle était chargée de contrôler et nettoyer des verres de montres déjà emboîtées, ce qui nécessitait parfois de les décoller. Ce travail supposait l'emploi de produits toxiques (alcool isopropylique, acétone et F45) qui, en raison de l'absence d'une installation d'aération ou de ventilation spécifique dans un local confiné sans fenêtres, ont causé des maux de tête et des nausées à la collaboratrice. Jusque-là, personne n'avait jamais été affecté à plein temps à ce travail, qui était effectué, pour chaque montre, par l'ouvrier chargé de l'emboîtage. Ce déplacement, qui avait désorganisé le travail de l'atelier, n'était pas lié à de mauvaises prestations de la collaboratrice en tant que contrôleuse de mouvements. Quelques jours plus tard, Y. s'est plainte de ses nouvelles conditions de travail. Après avoir constaté qu'il était impossible de dialoguer avec S., la responsable des ressources humaines a proposé le transfert de la collaboratrice auprès de X., où elle pourrait exercer à nouveau l'activité de contrôleuse de mouvements, l'entreprise ayant besoin d'une employée dotée de cette compétence. Après un essai concluant chez X., Y. a dû toutefois retourner chez B., la procédure de transfert prenant du retard pour une

raison indéterminée. Du 14 juin au 18 septembre 2007, Y. a été en incapacité de travail à 100%. Par courrier du 1^{er} octobre 2007, B. a confirmé à la collaboratrice que son contrat de travail serait «transféré au sein de» X.; malgré la conclusion d'un nouveau contrat, elle conserverait ses droits acquis en termes de vacances, bonus/malus, durée du délai de congé et droit au salaire en cas de maladie ou d'accident. Dès le 1^{er} décembre 2007, Y. a travaillé pour X., dans le département «logistique, fourniture et stock» dirigé par T. Selon le contrat de travail établi à en-tête de X., elle était engagée comme auxiliaire en horlogerie pour un salaire mensuel brut de 4300 fr.; il était précisé qu'elle pouvait en tout temps être chargée d'autres travaux au sein du groupe A. et déplacée sur d'autres sites.

A partir de décembre 2007, le syndicat H. a dénoncé, notamment dans la presse, la direction des entreprises du groupe A. qui, selon lui, tolérerait et couvrirait des comportements inadmissibles envers les salariés, comme le recours systématique et exagéré aux heures supplémentaires, payées sans majoration, des insultes, des actes de harcèlement sexuel et de mobbing; S. et T. étaient visés en particulier. A l'initiative de H., une assemblée du personnel de X. et de B. a eu lieu le 2 juin 2008; Y. y a participé avec une quarantaine d'autres personnes. Ensuite, au moins deux autres assemblées du personnel se sont déroulées jusqu'au 23 juin 2008; Y. s'y est également rendue. Une employée de B., qui a assisté à l'une de ces assemblées, a rapporté à la responsable des ressources humaines de X. et B. le nom de quelques participants, dont celui de Y.. Le 10 juin 2008, R. et U., directeur de B., ont interrogé Y. à propos de T.. La collaboratrice a répondu qu'elle n'avait pas de reproches à élever contre ce chef, mais qu'elle avait refusé de signer une lettre de soutien en sa faveur lorsqu'il le lui avait demandé. Elle a voulu par ailleurs aborder la question du comportement de S. envers elle au printemps 2007, mais ses interlocuteurs ont refusé d'entrer en matière et l'ont priée de mettre ses griefs éventuels par écrit. Le même jour, Y. a écrit à U.. Elle déclarait avoir été «victime et humiliée suite au comportement inadmissible» de S. le 26 mars 2007, avoir beaucoup souffert de cette situation et être «tombée en dépression» durant trois mois et demi, bien qu'elle aimât son travail; elle regrettait que R., lors de sa visite du 10 juin 2008, n'ait pas voulu rencontrer ses collègues pour tenter de comprendre la situation résultant des méthodes de S. et T.. Le 19 juin 2008, B. lui a répondu que son problème avait été réglé en 2007 et que des mesures avaient été prises afin d'éviter qu'un cas similaire se reproduise.

Le 27 juin 2008, X. a résilié le contrat de travail la liant à Y. pour le 31 août 2008. Le motif invoqué résidait dans la «restructuration du département logistique». Par courrier du 15 juillet 2008, Y. s'est opposée au licenciement; elle faisait valoir que le congé avait été donné en représailles à sa participation aux assemblées du personnel de juin 2008. Par demande déposée le 26 septembre 2008, Y. a assigné X. et A. en paiement d'un montant de 47 000 fr. plus intérêts, soit 20 000 fr. à titre de réparation du tort moral et 27 000 fr. à titre d'indemnité pour licenciement abusif. Par ju-

gement du 23 décembre 2009, le Tribunal des prud'hommes du canton de Genève a débouté Y. des fins de sa demande. La demanderesse a appelé de ce jugement, sans remettre en cause le rejet de l'action en tant qu'elle était dirigée contre A.. Statuant le 4 novembre 2010, la Cour d'appel des prud'hommes du canton de Genève a annulé le jugement de première instance et condamné X. à payer à Y. les sommes de 5000 fr. en réparation du tort moral et de 27 000 fr. à titre d'indemnité pour licenciement abusif, avec intérêts.

X. interjette un recours en matière civile et conclut à l'annulation de l'arrêt cantonal.

Extraits des considérants:

2.

D'une part, après avoir retenu un transfert conventionnel du contrat de travail, la cour cantonale a condamné la recourante à verser à l'intimée une indemnité pour tort moral en raison du comportement de S., employé de B., au printemps 2007. D'autre part, elle a reconnu le caractère abusif du licenciement signifié le 27 juin 2008 par la recourante et a alloué à l'intimée une indemnité pour ce motif.

La recourante dirige ses griefs contre ces deux parties de l'arrêt cantonal. Il convient d'examiner en premier lieu ceux qui concernent la réparation du tort moral, en particulier la question préalable du transfert du contrat de travail.

(...)

4.

La recourante fait ensuite grief à l'autorité cantonale d'avoir violé les conditions posées par la jurisprudence et la doctrine en matière de transfert conventionnel de contrat. Les juges précédents n'auraient pas examiné la question centrale de l'intérêt de la recourante à convenir d'un transfert limité dans le temps, cet intérêt étant pourtant évident. Or, un transfert limité excluait la légitimation passive de la recourante pour une demande en réparation d'un tort moral subi avant le transfert.

4.1 En cas de transfert illimité de contrat, le nouveau cocontractant prend la place de la partie sortante dans le contrat de base également pour la période précédant le transfert; il assume ainsi toutes les obligations et acquiert tous les droits qui ont pris naissance à partir de la conclusion du contrat de base. En revanche, dans le transfert limité de contrat, le nouveau cocontractant remplace la partie sortante dans le contrat de base uniquement pour la période postérieure au transfert (PASCAL G. FAVRE, *Le transfert conventionnel de contrat*, 2005, n° 93 p. 24 et n° 100 p. 26; cf. également ERICA MERGNER-DAL VESCO, *Die Übertragung des Vertrages unter besonderer Berücksichtigung des Sozialschutzes im Arbeits- und Mietvertragsrecht*, 1989, p. 89 ss).

Déterminer si un transfert de contrat conventionnel est illimité ou limité est affaire d'interprétation. En cas de doute sur la volonté des parties, il faut se référer à l'intérêt supposé du nouveau cocontractant au transfert (Pascal G. Favre, op. cit., n° 111 p. 28 s.). Ainsi, il est admis que lorsque le contrat de base est un contrat de durée, l'intérêt du nouveau cocontractant est en principe de convenir d'un transfert limité (cf. arrêt 4A_79/2010 du 29 avril 2010 consid. 2.4, in SJ 2010 I p. 459; Pascal G. Favre, op. cit., n° 113 p. 29; Peter Früh, Die Vertragsübertragung im schweizerischen Recht, 1944, p. 77).

4.2 Comme on l'a déjà vu, la cour cantonale a, sur la base d'une interprétation subjective, retenu que les parties avaient conclu un contrat de transfert illimité. Cette constatation ne peut être attaquée que pour arbitraire dans l'établissement des faits. Or, la règle d'interprétation que la recourante voudrait voir appliquée en l'espèce n'entre en considération que lorsqu'il y a doute, en d'autres termes, lorsque l'interprétation subjective n'a pas permis d'établir la volonté réelle et commune des parties et qu'il convient de recourir à l'interprétation objective (cf. arrêt précité du 29 avril 2010 consid. 2.4). Elle n'est d'aucun secours lorsqu'il s'agit de remettre en cause l'appréciation des preuves. Le moyen est dès lors irrecevable.

(...)

6.

En ce qui concerne la prétention en réparation du tort moral, la recourante invoque une violation de l'art. 49 CO. A son avis, ni le comportement du supérieur hiérarchique le 26 mars 2007, ni la relégation de l'intimée à un travail de contrôle et de nettoyage de verres de montres, ne constituent des atteintes subjectivement et objectivement graves justifiant l'octroi d'une réparation morale. La recourante fait valoir en outre qu'aucune indemnité n'est due à l'intimée, dès lors que l'employeur a donné à celle-ci satisfaction autrement en la transférant dans une autre société du groupe.

6.1 Selon l'art. 328 al. 1 CO, l'employeur protège et respecte, dans les rapports de travail, la personnalité du travailleur; en particulier, il manifeste les égards voulus par sa santé. L'art. 328 al. 2 CO précise que l'employeur prend, pour protéger la vie, la santé et l'intégrité personnelle du travailleur, les mesures commandées par l'expérience, applicables en l'état de la technique, et adaptées aux conditions de l'exploitation, dans la mesure où les rapports de travail et la nature du travail permettent équitablement de l'exiger de lui. Le salarié victime d'une atteinte à sa personnalité contraire à l'art. 328 CO du fait de son employeur ou d'un auxiliaire de celui-ci peut prétendre à une indemnité pour tort moral aux conditions fixées par l'art. 49 al. 1 CO (art. 97 al. 1, art. 101 al. 1 et art. 99 al. 3 CO; ATF 130 III 699 consid. 5.1 p. 704; 125 III 70 consid. 3a p. 74).

Cette disposition prévoit que celui qui subit une atteinte illicite à sa personnalité a droit à une somme d'argent à titre de réparation morale, pour autant que la gravité de l'atteinte le justifie et que l'auteur ne lui ait pas donné satisfaction autrement. N'importe quelle atteinte légère à la réputa-

tion professionnelle, économique ou sociale d'une personne ne justifie pas une réparation (ATF 130 III 699 consid. 5.1 p. 704; 125 III 70 consid. 3a p. 75). L'allocation d'une indemnité pour tort moral fondée sur l'art. 49 al. 1 CO suppose que l'atteinte ait une certaine gravité objective et qu'elle ait été ressentie par la victime, subjectivement, comme une souffrance morale suffisamment forte pour qu'il apparaisse légitime qu'une personne, dans ces circonstances, s'adresse au juge pour obtenir réparation (arrêt 4A_128/2007 du 9 juillet 2007 consid. 2.3).

6.2 En l'espèce, les faits suivants ressortent de l'arrêt cantonal:

Le lundi 26 mars 2007, le supérieur hiérarchique de l'intimée, mécontent de l'absence de celle-ci le samedi précédent, a invectivé la travailleuse en tapant du poing sur la table et l'a immédiatement affectée à une autre tâche que celle qu'elle avait exercée jusqu'alors à la satisfaction de ses supérieurs et en bonne entente avec ses collègues, soit le contrôle des mouvements. Cette nouvelle activité consistait à contrôler et à nettoyer les verres des montres déjà emboîtées, ce qui nécessitait parfois de les décoller. Ces opérations supposaient, pour une partie des verres, l'emploi d'alcool isopropylique et d'acétone – produits irritants et narcotisants dont l'inhalation des vapeurs peut provoquer notamment somnolence, vertiges et migraine – ainsi que de F45 – produit nocif et irritant pour les yeux dont l'utilisation nécessite des lunettes de protection hermétiques; la manipulation de ces produits doit se faire avec une bonne ventilation du poste de travail et une bonne aération du local. Après son changement d'activité, l'intimée ne travaillait plus dans l'atelier, mais dans un local confiné, dépourvu de fenêtre et sans installation d'aération ou de ventilation spécifique. L'utilisation régulière des produits toxiques susmentionnés a provoqué des maux de tête et des nausées chez l'intimée, qui ne disposait par ailleurs d'aucune protection respiratoire. Avant qu'il ne soit confié à l'intimée, le travail de contrôle et de nettoyage des glaces n'était pas exécuté par une seule personne, mais réparti entre les ouvriers chargés de l'emboîter, chaque ouvrier nettoyant le verre de la montre qu'il venait d'emboîter. L'intimée a été en incapacité de travail du 14 juin au 18 septembre 2007, sans qu'il soit établi que sa maladie soit liée au changement d'activité imposé. Elle a commencé de travailler pour la recourante le 1^{er} décembre 2007.

En résumé, il apparaît qu'à la suite du «coup de sang» de son supérieur qui n'a jamais voulu revenir en arrière malgré l'intervention de la responsable des ressources humaines, l'intimée s'est trouvée reléguée dans une activité moins intéressante, alors qu'elle donnait satisfaction dans son travail précédent. Ses nouvelles tâches, qui impliquaient l'emploi de produits toxiques, s'effectuaient dans un local insuffisamment aéré, sans protection respiratoire. Sa santé s'en est trouvée atteinte puisque l'intimée a subi des maux de tête et des nausées liées à l'exercice de sa nouvelle activité. L'intimée a subi cette situation, à laquelle elle ne s'est jamais accommodée, pendant une durée non négligeable, soit en tout cas jusqu'à la

mi-juin 2007. La mesure adoptée par le supérieur hiérarchique revêtait en outre un aspect punitif, puisque les tâches confiées à l'intimée n'avaient jusque-là jamais été exercées de manière permanente par une seule personne et que l'auxiliaire de l'employeur n'a pas hésité à modifier l'organisation du travail de l'atelier pour aboutir à ses fins. Or, le fait que l'intimée ne soit pas venue faire des heures supplémentaires un samedi ne justifiait assurément pas une telle sanction.

A l'instar de la cour cantonale, il convient d'admettre, sur le vu de ces éléments, que l'atteinte à la personnalité subie par l'intimée est suffisamment grave, sur les plans objectif et subjectif, pour allouer à la travailleuse une indemnité pour tort moral au sens de l'art. 49 al. 1 CO.

Il reste encore à examiner si l'intimée n'a pas obtenu satisfaction autrement, comme la recourante le prétend. Certes, la travailleuse a été transférée en raison des événements survenus au printemps 2007. Cependant, le transfert n'est devenu effectif que cinq mois après le début de l'atteinte, si l'on fait abstraction de la période d'incapacité de travail de trois mois. L'atteinte à la personnalité a duré un certain temps et le fait d'y mettre fin en transférant la personne concernée ne constitue manifestement pas une réparation.

Il s'ensuit que la cour cantonale n'a pas violé l'art. 49 CO en condamnant la recourante à verser une indemnité pour tort moral à l'intimée.

Au surplus, la cour de céans n'examinera pas l'ampleur de l'indemnité accordée puisque la recourante ne formule aucun grief à ce propos.

7.

7.1 En ce qui concerne le licenciement du 27 juin 2008, la recourante reproche tout d'abord aux juges cantonaux d'avoir admis le caractère abusif dudit congé en violation de l'art. 8 CC en lien avec l'art. 336 CO. Alors qu'il appartenait à la travailleuse de démontrer que la résiliation était abusive, la cour cantonale aurait fait porter sur l'employeur le fardeau de la preuve de la réalité du motif de licenciement qu'il invoquait.

Par ailleurs, la recourante fait grief à la cour cantonale d'avoir apprécié les preuves de manière arbitraire. Ainsi, le fait que l'intimée n'a pas été remplacée démontrerait qu'il y avait bien sous-occupation à l'époque du licenciement. Retenir dans ces circonstances que ce motif de congé était fictif serait arbitraire.

La recourante fait valoir en outre qu'elle n'a pas invoqué le manque d'intégration de l'intimée au moment du licenciement, mais plus tard. L'absence de preuve des relations difficiles de la travailleuse, retenue par la cour cantonale, ne serait ainsi pas déterminante pour juger du caractère abusif ou non du licenciement. Poursuivant dans une logique quelque peu particulière, la recourante invoque les témoignages de deux employés du groupe A., qui auraient confirmé le caractère difficile de l'intimée. Ces éléments seraient de nature à faire apparaître comme arbitraire la conclu-

sion de la cour cantonale selon laquelle le caractère difficile de l'intimée n'avait pas été établi.

Enfin, la recourante s'en prend, toujours sous l'angle de l'appréciation arbitraire des preuves, aux motifs réels du licenciement tels que retenus dans l'arrêt entrepris, soit, selon elle, la participation de l'intimée en juin 2008 aux réunions organisées par le syndicat H., la plainte de la travailleuse en rapport avec la demande de signer des lettres de complaisance en faveur de S. et T., ainsi que la volonté de l'intimée de «remettre sur le tapis» le comportement de S. intervenu un an plus tôt. La recourante invoque le témoignage de V., laquelle a rapporté à l'employeur le nom de participants aux réunions organisées par H.; cette employée du groupe a déclaré qu'«à sa connaissance, aucune des personnes dont elle avait cité le nom n'avait ensuite été licenciée», ce qui infirmerait l'existence de représailles dans le cas de l'intimée. Par ailleurs, l'existence de lettres de complaisance en faveur de S. et T. ne résulterait que des déclarations de l'intimée. Enfin, la lettre du 10 juin 2008 de l'intimée était adressée à U., directeur de B., et non à R., comme la cour cantonale l'a retenu par erreur. Elle traitait au surplus du comportement de S., employé de B.. Selon la recourante, il est arbitraire de conclure à un congé-représailles dans ces circonstances, dès lors que le courrier précité n'était pas adressé à l'employeur qui a procédé au licenciement et ne concernait pas un collaborateur dudit employeur.

7.2 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. L'art. 336 al. 1 et 2 CO énumère des cas dans lesquels la résiliation est abusive, comme, par exemple, lorsqu'elle est donnée parce que l'autre partie fait valoir de bonne foi des prétentions résultant du contrat de travail (art. 336 al. 1 let. d CO) ou parce que le travailleur a exercé, conformément au droit, une activité syndicale (art. 336 al. 2 let. a CO). Cette liste n'est toutefois pas exhaustive et un congé abusif peut aussi être admis dans d'autres circonstances. Il faut cependant que ces autres situations apparaissent comparables, par leur gravité, aux cas expressément envisagés par l'art. 336 CO. Pour dire si un congé est abusif, il faut se fonder sur son motif réel. Déterminer le motif d'une résiliation est une question de fait (ATF 136 III 513 consid. 2.3 p. 514 s. et les arrêts cités).

En application de l'art. 8 CC, il appartient, en principe, à la partie qui a reçu son congé de démontrer que celui-ci est abusif. Dans ce domaine, le Tribunal fédéral a toutefois tenu compte des difficultés qu'il pouvait y avoir à apporter la preuve d'un élément subjectif, à savoir le motif réel du congé. Selon la jurisprudence, le juge peut présumer en fait l'existence d'un licenciement abusif lorsque l'employé parvient à présenter des indices

suffisants pour faire apparaître comme non réel le motif avancé par l'employeur. Si elle facilite la preuve, cette présomption de fait n'a pas pour résultat d'en renverser le fardeau. Elle constitue, en définitive, une forme de «preuve par indices». De son côté, l'employeur ne peut rester inactif; il n'a pas d'autre issue que de fournir des preuves à l'appui de ses propres allégations quant au motif du congé (ATF 130 III 699 consid. 4.1 p. 703 et les arrêts cités).

7.3 En l'espèce, la recourante a motivé le licenciement de l'intimée par une «restructuration» du service dans lequel elle travaillait, les employées de ce service étant sous-occupées. Elle a expliqué que le choix de la personne à licencier s'était porté sur l'intimée parce que celle-ci avait fait l'objet de plusieurs mutations en raison de difficultés relationnelles avec ses collègues.

Selon la cour cantonale, il n'a été établi ni la sous-occupation des employées du service du stock, ni les relations difficiles que l'intimée entretenait prétendument avec ses collègues. Partant de ce constat, les juges précédents se sont alors attachés à la chronologie des faits survenus en juin 2008, peu avant le licenciement, soit la participation de l'intimée – connue de l'employeur – à des réunions organisées par le syndicat H., la rencontre du 10 juin 2008 entre l'intimée, R. et U., ainsi que la lettre de l'intimée de la même date. Ils sont ainsi parvenus à la conviction que «la principale, sinon l'unique raison ayant conduit [l'employeur] à licencier [la travailleuse] à fin juin 2008 résidait dans l'activité déployée par [la travailleuse] en juin 2008, consistant à participer aux réunions organisées par H. et à vouloir «remettre sur le tapis» le comportement de S. envers elle au printemps 2007.»

Ce faisant, la cour cantonale n'a pas renversé le fardeau de la preuve. Elle n'a pas jugé que le congé était abusif parce que l'employeur n'était pas parvenu à démontrer la réalité du motif qu'il invoquait. En revanche, cette circonstance a été prise en compte dans le cadre de l'appréciation des preuves (cf. Rémy Wyler, *Droit du travail*, 2^e éd. 2008, p. 534). L'absence de réalité du motif allégué par l'employeur a conduit la cour cantonale à donner plus de poids aux éléments apportés par la travailleuse, en particulier à l'enchaînement des événements en juin 2008.

Le moyen tiré d'une violation de l'art. 8 CC est dès lors mal fondé.

7.4 Il reste à examiner si la cour cantonale a apprécié les preuves de manière arbitraire en établissant que le motif du congé résidait dans les activités déployées en juin 2008 par l'intimée, et non dans une restructuration liée à une sous-occupation du personnel du service du stock.

Sur ce dernier point, la cour cantonale a tenu une sous-occupation pour non démontrée en l'absence de tout document comparatif par rapport à des périodes précédentes, sur la base des témoignages des employées du service lui-même et sur le fait que l'intimée a effectué des heures supplémentaires dans les mois précédant son licenciement. Face à ces éléments, le seul fait amené par la recourante – le non-remplacement de l'intimée –

n'est pas de nature à faire apparaître insoutenable la conclusion des juges genevois à ce sujet.

Quant aux prétendues difficultés relationnelles de l'intimée, il s'agit d'un élément dénué de toute pertinence, dès lors que la recourante ne l'invoquait que pour justifier son choix de licencier l'intimée plutôt que l'une de ses collègues en raison d'un manque de travail, précisément non établi. Au demeurant, la cour cantonale pouvait constater sans arbitraire que la recourante n'avait pas démontré que les transferts de l'intimée étaient liés à un manque d'intégration, les bonnes relations de la travailleuse étant attestées par les témoignages de ses collègues et de la responsable des ressources humaines.

Pour le reste, il est manifeste que les seules déclarations de V., invoquées par la recourante, ne sont pas à même d'infirmer le lien de causalité entre la participation aux réunions organisées par le syndicat et le licenciement, d'autant moins que ce témoignage émane de l'employée qui a mentionné à l'employeur la présence de l'intimée aux réunions en question. Pour sa part, l'existence de lettres de complaisance en faveur notamment de T. résulte non seulement des déclarations de l'intimée, comme la recourante le prétend, mais également du témoignage de W. cité dans l'arrêt attaqué. Enfin, l'intimée a certes réitéré ses griefs à l'endroit de S. dans sa lettre du 10 juin 2008 à U.; or, S. ne travaillait pas pour la recourante et U. était le directeur de B.. Vu l'organisation du groupe A., ces circonstances n'excluent toutefois pas que la lettre en question ait joué un rôle dans la décision de licencier l'intimée. En effet, tout le groupe était touché depuis plusieurs mois par les dénonciations du syndicat, qui avait dans le collimateur S. en particulier. Or, il existe des liens étroits entre les différentes sociétés du groupe, notamment entre la recourante et B. qui partagent la même responsable des ressources humaines. Du reste, la recourante elle-même confirme cette imbrication puisque, selon la position qu'elle a défendue dans la procédure cantonale, la décision de licencier l'intimée a été prise par T., R. et U. lui-même.

En conclusion, le grief fondé sur une appréciation arbitraire des preuves ne peut être que rejeté.

7.5 Il convient de relever finalement que la recourante ne nie pas le caractère abusif du motif de congé retenu par la cour cantonale. Une éventuelle violation de l'art. 336 CO n'a donc pas à être examinée. De même, la recourante ne critique pas le montant, correspondant à six mois de salaire, accordé à titre d'indemnité pour licenciement abusif. Il n'y a pas non plus à revenir sur ce point.

Bundesgericht, Urteil vom 11. März 2011, Doss.-Nr. 4A_31/2011 (Bestätigung des Beschlusses des Obergerichts des Kantons Zürich vom 10. Juli 2009 und des Zirkulationsbeschlusses des Kassationsgerichts des Kantons Zürich vom 26. November 2010)

Bei der Beurteilung der Zuständigkeit ist primär auf den vom Kläger eingeklagten Anspruch und dessen Begründung abzustellen. Die vom Kläger behaupteten Tatsachen, die sowohl für die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts als auch die Begründetheit der Klage erheblich sind (sog. doppelrelevante Tatsachen), sind für die Beurteilung der Zuständigkeit als wahr zu unterstellen. Eine Ausnahme gilt nur für den Fall, dass der klägerische Tatsachenvortrag auf Anhieb fadenscheinig oder inkohärent erscheint und durch die Klageantwort sowie die von der Gegenseite produzierten Dokumente unmittelbar und eindeutig widerlegt werden kann. In Bezug auf die rechtliche Würdigung der vom Kläger behaupteten Tatsachen ist das Gericht aber nicht an die Auffassung des Klägers gebunden. Soweit sich die Unzuständigkeit des Gerichts schon aus den Vorbringen des Klägers selbst ergibt, ist unerheblich, ob die tatsächlichen Behauptungen zutreffen (E. 2).

Es ist bundesrechtlich nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz aufgrund der Vorbringen des Klägers erkannte, dass mit dem Dazwischenschalten der Kommanditgesellschaft des Klägers (zwecks Umgehung einer höheren Einkommenssteuer) das Vertragsverhältnis zwischen dieser Kommanditgesellschaft und der Beklagten an die Stelle des vorherigen arbeitsrechtlichen Vertragsverhältnisses zwischen den Parteien getreten ist. Ab diesem Zeitpunkt bestand zwischen dem Kläger und der Beklagten kein Vertragsverhältnis mehr, mithin auch kein Arbeitsverhältnis, zumal der Kläger nicht dazutun vermochte, in tatsächlicher Hinsicht vorgebracht zu haben, dass es der (übereinstimmende) Wille beider (Prozess-)Parteien gewesen sei, dass sie sich auch nach dem Dazwischenschalten der Kommanditgesellschaft als direkte Arbeitsvertragsparteien gegenüberstehen sollten (E. 3.2 und 4).

Sachverhalt:

Am 16. Oktober 2006 erhob X. (Kläger und Beschwerdeführer) beim Arbeitsgericht Winterthur Klage gegen die A. AG (Beklagte und Beschwerdegegnerin) mit dem Antrag, diese sei mit einem ausdrücklichen Nachklagevorbehalt zu verpflichten, ihm brutto Fr. 100 713.60 nebst Zins zu 5% seit 1. Juli 2006, abzüglich der gesetzlichen und vereinbarten sozialversicherungsrechtlichen Abgaben, zu bezahlen. Er stützte sich dabei auf ein angebliches arbeitsrechtliches Vertragsverhältnis zur Beschwerdegegnerin für den Zeitraum von April bis September 2006. Die Beschwerdegegnerin erhob die Einrede der sachlichen Unzuständigkeit des angerufenen Arbeitsgerichts und machte geltend, für die fragliche Zeit habe

zwischen den Parteien kein Arbeitsvertrag bestanden. Eventualiter beantragte sie die Abweisung der Klage. Mit Verfügung vom 13. Februar 2007 beschränkte das Arbeitsgericht das Verfahren vorerst auf die Einrede der sachlichen Unzuständigkeit.

Mit Beschluss vom 6. Juli 2007 trat das Arbeitsgericht mangels sachlicher Zuständigkeit auf die Klage nicht ein. Es kam zum Schluss, dass zwischen den Parteien in der relevanten Zeit von April bis September 2006 kein Arbeitsvertrag mehr bestanden habe. Zur gleichen Erkenntnis gelangte das Obergericht des Kantons Zürich, weshalb es einen Rekurs des Beschwerdeführers gegen den Beschluss des Arbeitsgerichts am 10. Juli 2009 abwies. Eine vom Beschwerdeführer dagegen erhobene Nichtigkeitsbeschwerde wies das Kassationsgericht des Kantons Zürich mit Zirkulationsbeschluss vom 26. November 2010 ebenfalls ab. Der Beschwerdeführer beantragt mit Beschwerde in Zivilsachen, es sei der Beschluss des Obergerichts aufzuheben und das Arbeitsgericht Winterthur anzuweisen, auf die Klage einzutreten, eventuell sei der vorinstanzliche Beschluss zu kassieren. Ferner sei der Zirkulationsbeschluss des Kassationsgerichts aufzuheben.

Aus den Erwägungen:

2.

Bei der Beurteilung der Zuständigkeit ist primär auf den vom Kläger eingeklagten Anspruch und dessen Begründung abzustellen. Die vom Kläger behaupteten Tatsachen, die sowohl für die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts als auch die Begründetheit der Klage erheblich sind (sog. doppelrelevante Tatsachen), sind für die Beurteilung der Zuständigkeit als wahr zu unterstellen. Sie werden erst im Moment der materiellen Prüfung des eingeklagten Anspruchs untersucht; diesbezügliche Einwände der Gegenpartei sind im Rahmen der Zuständigkeitsprüfung unbeachtlich. Eine Ausnahme gilt nur für den Fall, dass der klägerische Tatsachenvortrag auf Anhieb fadenscheinig oder inkohärent erscheint und durch die Klageantwort sowie die von der Gegenseite produzierten Dokumente unmittelbar und eindeutig widerlegt werden kann (BGer 4A_461/2010 vom 22. November 2010 E. 2.3; 136 III 486 E. 4 S. 488, je mit Hinweisen). In Bezug auf die rechtliche Würdigung der vom Kläger behaupteten Tatsachen ist das Gericht aber nicht an die Auffassung des Klägers gebunden. Soweit sich die Unzuständigkeit des Gerichts schon aus den Vorbringen des Klägers selbst ergibt, ist unerheblich, ob die tatsächlichen Behauptungen zutreffen. Eine Beweisabnahme erübrigt sich. Hängt die Zuständigkeit – wie hier – vom Bestand eines Arbeitsvertrags zwischen den Parteien ab, sind die klägerischen Tatsachenbehauptungen im Rahmen der Zuständigkeitsprüfung daraufhin zu beurteilen, ob sich aus ihnen auf das Bestehen eines solchen Vertrags schliessen lässt. Erscheint dies ausgeschlossen, ist auf die Klage nicht einzutreten (BGer 4A_461/2010 vom 22. November 2010 E. 2.2 mit Hinweisen; Urteil 4P.104/2006 vom 25. September 2006 E. 2.3).

3.

Diese Grundsätze hat das Obergericht seinem Entscheid zutreffend zugrunde gelegt. Zu prüfen ist, ob es bundesrechtskonform davon ausgehen durfte, die Zuständigkeit des Arbeitsgerichts sei bereits gestützt auf den Tatsachenvortrag des Beschwerdeführers zu verneinen.

3.1 Das Obergericht stellte auf die eigenen Ausführungen des Beschwerdeführers in der Rekurschrift ab, wonach für die von ihm erbrachten Leistungen ab Januar 2006 die B. & Co, und nicht er, Rechnung an die Beschwerdegegnerin gestellt habe und hierfür die Beschwerdegegnerin ab Januar 2006 an die B. & Co Entgelt geleistet habe. Dieses Konstrukt, nach Darstellung des Beschwerdeführers eine «Pseudoselbstständigkeit», habe man gewählt, um einer höheren Einkommenssteuer auf seiner Seite zu entgehen. Weiter habe der Beschwerdeführer im Wesentlichen ausgeführt, dass sich an seinen Leistungen gegenüber der Beschwerdegegnerin (Erledigung der Geschäftsführung) auch ab Januar 2006 nichts geändert habe. Aufgrund dieser Vorbringen gelangte das Obergericht zur Beurteilung, das vom Beschwerdeführer gewählte Konstrukt, mit dem seine Kommanditgesellschaft zwischen ihn und die Beschwerdegegnerin geschaltet worden sei, habe zur Folge, dass ab 1. Januar 2006 von einem Vertragsverhältnis zwischen der Beschwerdegegnerin und der B. & Co auszugehen sei, das an die Stelle des bis dahin bestehenden, arbeitsrechtlichen Vertragsverhältnisses zwischen den Parteien getreten sei. Dieses Vertragsverhältnis zwischen der Beschwerdegegnerin und der B. & Co könne nicht als arbeitsrechtliches betrachtet werden, da Arbeitnehmer nur eine natürliche Person und nicht eine Kommanditgesellschaft sein könne. Die Vorbringen des Beschwerdeführers, wonach seine Arbeitsleistung gegenüber der Beschwerdegegnerin ab Januar 2006 unverändert geblieben sei, änderten an der genannten Beurteilung nichts.

3.2 Der Beschwerdeführer macht geltend, er habe substantiiert dargelegt, dass sämtliche Elemente eines Arbeitsvertrags im Sinne von Art. 319 ff. OR vorgelegen seien. Insbesondere sei nicht entscheidend, wer den Lohn zahle. Es sei daher für die rechtsgeschäftliche Begründung eines Arbeitsverhältnisses ohne Belang, wer die Tätigkeit des Arbeitnehmers bezahle. Die von ihm vorgebrachten tatsächlichen Umstände liessen zwingend darauf schliessen, dass der «Wechsel der Zahlstelle» von der Beschwerdegegnerin auf die B. & Co am Vorliegen eines arbeitsrechtlichen Vertragsverhältnisses zwischen den Parteien nichts ändere. Das Obergericht verletze mit seiner gegenteiligen Annahme Bundesrecht. Dem kann nicht gefolgt werden. Vielmehr ist es bundesrechtlich nicht zu beanstanden, wenn das Obergericht aufgrund der Vorbringen des Beschwerdeführers nicht bloss von einem «Wechsel der Zahlstelle» ausging, sondern erkannte, dass mit dem Dazwischenschalten der Kommanditgesellschaft des Beschwerdeführers das Vertragsverhältnis zwischen dieser Kommanditgesellschaft und der Beschwerdegegnerin an die Stelle des vorherigen arbeitsrechtlichen Vertragsverhältnisses zwischen den Parteien getreten ist.

Es geht nicht um die Frage, wer den Lohn aus einem Arbeitsvertrag zwischen den Parteien auszahlte. Nach den Vorbringen des Beschwerdeführers stellte die B. & Co der Beschwerdegegnerin für die erbrachten Dienstleistungen Rechnung, und die Zahlungen der Beschwerdegegnerin gingen an die B. & Co. Der Beschwerdeführer verkennt, dass danach nicht die Frage zu beurteilen war, wie ein Vertragsverhältnis zwischen den Parteien, mithin zwischen X. und der A. AG, rechtlich zu qualifizieren ist. Nur für eine solche Beurteilung wären die vom Beschwerdeführer weiter genannten Elemente massgebend gewesen. Vielmehr erkannte das Obergericht aufgrund der Vorbringen des Beschwerdeführers betreffend das von ihm zwecks Umgehung einer höheren Einkommenssteuer gewählte Konstrukt, mit dem die Kommanditgesellschaft des Beschwerdeführers zwischen ihn und die Beschwerdegegnerin geschaltet wurde, zu Recht, dass ab 1. Januar 2006 zwischen den Parteien gar kein Vertragsverhältnis, mithin auch kein Arbeitsvertragsverhältnis mehr bestand, sondern von einem Vertragsverhältnis zwischen der Kommanditgesellschaft und der Beschwerdegegnerin auszugehen war. Der Beschwerdeführer vermag nicht aufzuzeigen, dass es aufgrund seiner Vorbringen bundesrechtswidrig ist, das Bestehen eines (arbeitsrechtlichen) Vertragsverhältnisses zwischen den Parteien ab 1. Januar 2006 zu verneinen.

3.3 Weiter beanstandet der Beschwerdeführer folgende Erwägungen des Obergerichts: Gegen ein arbeitsrechtliches Vertragsverhältnis zwischen den Parteien für die Zeit ab Januar 2006 spreche auch die Tatsache, dass in den Rechnungen der B. & Co an die Beschwerdegegnerin für die Leistungen des Beschwerdeführers Mehrwertsteuerzuschläge aufgeführt seien. Bei Arbeitsleistungen eines Arbeitnehmers gegenüber seinem Arbeitgeber fielen keine Mehrwertsteuern an. Die vom Bezirksgericht vorgebrachten Tatsachen, wonach der Beschwerdeführer per 31. Dezember 2005 seine Überstunden- und Ferienguthaben geltend gemacht und die Formulierungen «Austritt: 31.12.2005», «Dienstleistungen» und «Auftragsbestätigung/Vereinbarung» benutzt habe, dienten aufgrund der vorangehenden Erwägungen und unter Berücksichtigung der klägerischen Erklärungen hierzu lediglich noch als Indizien, die gegen das Vorliegen eines (Arbeits-)Vertrages nach dem 1. Januar 2006 zwischen den Parteien spreche. Nach Auffassung des Beschwerdeführers zeigt diese Argumentation, dass sich das Obergericht im Rahmen seines Entscheids über die Zuständigkeit nicht auf die rechtliche Beurteilung der Vorbringen des Beschwerdeführers beschränkt, sondern bereits eine Beweiswürdigung vorgenommen habe, was auch an der Verwendung des Ausdrucks «Indizien» ersichtlich sei. Das verletze den allgemeinen prozessrechtlichen Grundsatz betreffend die Prüfung doppelrelevanter Tatsachen und damit Bundesrecht. Dieser Einwand trifft nicht zu. Das Obergericht nahm nicht eine Beweiswürdigung vor. Vielmehr zog es den in den Vorbringen des Beschwerdeführers enthaltenen Umstand, dass die Rechnungen der B. & Co Mehrwertsteuerzuschläge aufführten, im Rahmen seiner rechtlichen Beurteilung ergänzend heran, indem

es erwog, dieser Umstand spreche ebenfalls gegen ein (arbeitsrechtliches) Vertragsverhältnis zwischen den Parteien. Aus der im weiteren beanstandeten obergerichtlichen Erwägung betreffend Abrechnung der Überstunden- und Ferienguthaben per 31. Dezember 2005 und der Verwendung der Formulierungen «Austritt: 31.12.2005», «Dienstleistungen» und «Auftragsbestätigung/Vereinbarung» geht klar hervor, dass das Obergericht diesen Punkten für seine bereits aufgrund der Vorbringen des Beschwerdeführers gewonnene Erkenntnis, dass zwischen den Parteien ab dem 1. Januar 2006 kein (Arbeits-)Vertrag mehr bestand, keine ausschlaggebende Bedeutung beimass. Zu erwähnen bleibt, dass von einem «Indiz» auch im Rahmen rechtlicher Überlegungen gesprochen werden kann im Sinne eines Umstands, der für eine bestimmte rechtliche Beurteilung spricht. Das Obergericht erhob und würdigte keine Beweise, um gestützt darauf festzustellen, ob ein (Arbeits-)Vertrag zwischen den Parteien ab 1. Januar 2006 bestand, sondern gelangte einzig aufgrund des Tatsachenvortrags des Beschwerdeführers zur Erkenntnis, dass dies nicht der Fall war. Das Obergericht hat demnach den prozessrechtlichen Grundsatz betreffend die Prüfung doppelrelevanter Tatsachen nicht verletzt.

4.

Dem Kassationsgericht wirft der Beschwerdeführer Willkür vor, weil es schloss, der Beschwerdeführer habe nicht darzutun vermocht, in tatsächlicher Hinsicht vorgebracht zu haben, dass es der (übereinstimmende) Wille beider (Prozess-)Parteien gewesen sei, dass sie sich auch ab Januar 2006 als direkte Arbeitsvertragspartner gegenüberstehen sollten. Das Kassationsgericht hielt fest, an keiner der zitierten Stellen aus den klägerischen Vorbringen vor erster Instanz habe der Beschwerdeführer einen übereinstimmenden Willen der Parteien behauptet, sich weiterhin als Parteien des Arbeitsverhältnisses gegenüberzustehen. In seiner Klagebegründung habe er etwa ausgeführt: «... Für ihn persönlich spielte es keine Rolle, ob er seinen Lohn abzüglich der Sozialleistungen direkt von der Beklagten oder als Selbständigerwerbender via seine Kommanditgesellschaft erhielt.» Sodann habe er in der Klagebegründung von «einer Vereinbarung zwischen der Beklagten und dem Kläger, dass er nun auf der Basis des Auftragsrechts entschädigt würde» gesprochen. Dass das Kassationsgericht diesen Vorbringen keinen (angebliehen) Willen, (auch ab Januar 2006) direkter Arbeitsvertragspartner der Beschwerdegegnerin zu sein, entnehmen konnte, ist nicht unhaltbar, sondern durchaus nachvollziehbar. Der Beschwerdeführer begründet jedenfalls keine Willkür, indem er lediglich das Gegenteil behauptet und vorgebrachte Elemente rekapituliert, die für die rechtliche Qualifikation als Einzelarbeitsvertrag sprechen sollen. Damit zeigt er nicht auf, dass er erstinstanzlich einen übereinstimmenden tatsächlichen Willen der Parteien, auch ab 1. Januar 2006 in einem direkten Arbeitsvertrag verbunden zu sein, behauptet hätte, und dass eine solche Behauptung vom Kassationsgericht willkürlich übergangen worden wäre. Der Willkürvorwurf erweist sich als unbegründet, soweit er überhaupt als rechtsgenügend

motiviert zu betrachten und zu behandeln ist (vgl. Art. 106 Abs. 2 BGG und BGE 135 III 513 E. 4.3 S. 522; 134 II 349 E. 3 S. 352).

5.

Aus diesen Gründen ist die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. (...)

Tribunal fédéral, Arrêt du 11 mars 2011, Doss.-N° 4A_660/2010 (Rejet du recours en matière civile interjeté contre l'arrêt rendu le 27 août 2010 par la Chambre des recours du Tribunal cantonal du canton de Vaud)

Art. 337c al. 3 CO. L'indemnité punitive et réparatrice prévue en cas de résiliation immédiate injustifiée du contrat de travail doit être fixée selon la gravité de la faute, 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 (c. 3.2).

Dans ce cadre, le juge est en droit de tenir compte du fait que le travailleur a retrouvé rapidement un emploi mieux rémunéré. En effet, le temps que l'employé met à obtenir un nouveau travail est propre à aggraver l'atteinte causée par le congé injustifié et peut à ce titre être pris en considération. Par ailleurs, le réengagement rapide du travailleur démontre aussi que sa bonne réputation sur le marché du travail n'a pas été ternie par l'attitude de l'employeur (c. 3.3).

On ne saurait déduire de la jurisprudence qu'un mois de salaire constituerait nécessairement le minimum accordé dans des cas limites, notamment en présence d'une faute concomitante de l'employé. Au contraire, le Tribunal fédéral souligne la nécessité de fixer l'indemnité en équité, selon les circonstances d'espèce, et rejette expressément la méthode consistant à se fonder sur une peine de base (Einsatzstrafe), qui s'appliquerait au cas hypothétique normal et qui serait ensuite adaptée en fonction des circonstances aggravantes ou atténuantes du cas concret (c. 3.3).

Extraits des faits:

Y. SA (ci-après: l'employeuse) a engagé X. (ci-après: l'employé) en qualité de vendeur pour son magasin lausannois avec effet au 1^{er} juillet 2007. Le contrat de travail prévoyait un salaire mensuel de 3400 fr. brut payable douze fois l'an ainsi que quatre semaines de vacances annuelles. Au cours du second semestre de l'année 2008, la nouvelle gérante a constaté des vols de matériel et d'argent au sein du magasin. Elle a soupçonné l'employé et un autre vendeur, qui ont nié avoir commis ces actes. En juin

2009, l'employé a reçu un avertissement écrit en raison d'arrivées tardives répétées. Le samedi 27 juin 2009, l'employé devait travailler seul avec la gérante jusqu'à 11 heures, heure à laquelle une vendeuse devait arriver. Deux autres vendeurs devaient prendre leur service à 13 heures. En cours de journée, l'employé puis une vendeuse ont constaté l'apparition de petites taches noires sur leurs mains. La gérante a expliqué qu'en raison des vols commis dans le magasin, elle avait appliqué de la poudre sur des billets de 100 fr. déposés comme acomptes par des clients et qui étaient conservés dans des enveloppes jusqu'au retrait de la marchandise réservée; la poudre devait faire apparaître des taches sur les doigts des personnes ayant par hypothèse manipulé l'argent. Le jour même, la gérante a accusé l'employé d'avoir volé un billet de 100 fr. dont elle prétendait avoir constaté la disparition avant 11 heures. L'employé a contesté l'accusation. Après la fermeture du magasin, la gérante a expliqué les événements aux trois autres vendeurs.

Le lundi 29 juin 2009, l'employé s'est vu remettre une lettre dans laquelle l'employeuse déclarait résilier le contrat de travail pour le 31 août 2009. La gérante lui a expliqué que cette décision était motivée par le vol du 27 juin 2009. L'employé ayant refusé de contresigner ce document et s'étant opposé au congé, la gérante lui a signifié oralement son licenciement immédiat pour le même motif. L'employé s'y est également opposé. Le même jour, l'employé s'est rendu selon ses propres dires à l'inspection du travail puis chez son médecin généraliste, qui a établi un certificat attestant d'une incapacité de travail complète dès le 29 juin 2009 pour une durée indéterminée. Dès le 1^{er} août 2009, l'employé a été engagé comme vendeur par un autre magasin de sport lausannois pour un salaire mensuel de 4 000 fr. brut.

Par requête du 28 août 2009 déposée devant le Tribunal des prud'hommes de l'arrondissement de Lausanne, l'employé a conclu au paiement des sommes de 3400 fr. brut et de 13 600 fr. ainsi qu'à la délivrance d'un certificat de travail.

Par jugement du 22 décembre 2009, le Tribunal des prud'hommes a condamné l'employeuse au paiement de 7663 fr. 45 brut, sous déduction des cotisations sociales légales et conventionnelles, intérêts en sus (I), ainsi qu'à la délivrance d'un certificat de travail dont le contenu était précisé dans le dispositif (II). L'employé a contesté ce jugement devant la Chambre des recours du Tribunal cantonal vaudois, concluant principalement à ce que lui soient allouées une indemnité pour licenciement abusif fixée à dire de justice mais non inférieure à trois mois de salaire, ainsi qu'une indemnité pour résiliation immédiate injustifiée fixée à dire de justice mais non inférieure à trois mois de salaire, les chiffres I et II du dispositif du jugement entrepris étant confirmés. L'employeuse a conclu au rejet du recours et, par voie de jonction, à la réforme du chiffre I du dispositif. Par arrêt du 27 août 2010, la Chambre des recours a partiellement admis les recours de l'employé et de l'employeuse et réformé le chiffre I du dispositif

du jugement en ce sens que l'employeuse doit verser à l'employé un montant brut de 4013 fr. 45, sous déduction des charges sociales légales et conventionnelles, ainsi qu'un montant net de 3400 fr., le tout avec intérêts.

L'employé (ci-après: le recourant) interjette un recours en matière civile auprès du Tribunal fédéral.

Extraits des considérants:

3.

3.1 Le recourant se plaint d'une violation de l'art. 337c al. 3 CO. En substance, il reproche à la cour cantonale d'avoir tenu compte du fait qu'il avait retrouvé rapidement du travail, ce qui reviendrait à pénaliser celui qui met tout en oeuvre pour se réinsérer rapidement. La cour aurait en outre méconnu la position qu'il occupait dans le magasin, ses compétences, le comportement totalement inadéquat de l'intimée et la manière dont le licenciement lui a été communiqué. L'indemnité d'un mois serait arbitrairement basse.

3.2 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 (ATF 135 III 405 consid. 3.1 p. 407; 120 II 209 consid. 9b). Elle est en principe due dans tous les cas de licenciement immédiat et injustifié. Une éventuelle exception doit répondre à des circonstances particulières, qui ne dénotent aucune faute de l'employeur et qui ne lui sont pas non plus imputables pour d'autres raisons (ATF 133 III 657 consid. 3.2 p. 660; 116 II 300 consid. 5a).

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 (ATF 123 III 391 consid. 3c; 121 III 64 consid. 3c; STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar, 6^e éd. 2006, n° 8 ad art. 337c CO p. 777 s.).

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. Il n'intervient que si la décision s'écarte sans raison des règles établies par la doctrine et la jurisprudence en matière de libre appréciation, ou lorsqu'elle repose sur des faits qui, dans le cas particulier, ne devaient jouer aucun rôle, ou encore lorsqu'elle n'a pas tenu compte d'éléments qui auraient absolument dû être pris en considération; en outre, il redresse un résultat ma-

nifestement injuste ou une iniquité choquante (ATF 121 III 64 consid. 3c; cf. aussi ATF 135 III 259 consid. 2.5).

3.3 En l'occurrence, le congé immédiat injustifié a été donné en raison d'un soupçon de vol dont le bien-fondé n'est pas établi; il fait suite à un congé ordinaire donné pour le même motif, auquel le recourant s'est opposé. Celui-ci, né en 1978, avait travaillé deux ans pour l'intimée. Il était apprécié sur le plan professionnel et personnel; ses qualités de vendeur étaient reconnues.

Les circonstances de l'espèce ne font pas ressortir une atteinte sérieuse à la personnalité du recourant ni un résultat particulièrement dommageable pour lui. Dans un courrier du 6 juillet 2009 adressé à l'intimée, il écrivait en substance contester non pas tant la résiliation que le refus de payer son salaire d'août 2009. Un certificat médical d'incapacité de travail a certes été délivré le jour même du licenciement, mais le Tribunal des prud'hommes a jugé qu'il s'agissait d'un certificat de complaisance; l'autorité précédente a laissé cette question indécise dans la mesure où la question d'un éventuel report de l'échéance du contrat n'avait pas d'incidence pratique. A tout le moins n'est-il pas établi que l'incapacité serait due à un état psychologique résultant des difficultés professionnelles du recourant, cet élément ressortant des seules déclarations de l'intéressé.

Contrairement à ce que plaide le recourant, la cour cantonale était en droit de tenir compte du fait qu'il avait retrouvé rapidement un emploi mieux rémunéré. En effet, le temps que l'employé met à obtenir un nouveau travail est propre à aggraver l'atteinte causée par le congé injustifié et peut à ce titre être pris en considération (arrêt 4C.159/1995 du 19 mars 1996 consid. 5a). En l'occurrence, le réengagement rapide du recourant démontre aussi que sa bonne réputation sur le marché du travail n'a pas été ternie par l'attitude de l'intimée.

Il n'apparaît pas que l'autorité précédente se soit fondée sur des critères erronés pour fixer l'indemnité de l'art. 337c al. 3 CO. En retenant l'équivalent d'un mois de salaire brut, elle n'a pas abusé de son pouvoir d'appréciation.

Contrairement à ce que plaide le recourant, on ne saurait déduire de la jurisprudence qu'un mois de salaire constitue le minimum accordé dans des cas limites, notamment en présence d'une faute concomitante de l'employé. Le Tribunal fédéral souligne la nécessité de fixer une telle indemnité en équité selon les circonstances d'espèce et rejette expressément la méthode consistant à se fonder sur une peine de base (Einsatzstrafe), applicable au cas hypothétique normal, qui serait ensuite adaptée en fonction des circonstances aggravantes ou atténuantes du cas concret (arrêt 4C.30/1999 du 19 mars 1999 consid. 3, in Plädoyer 1999/3 p. 57; dans ce sens aussi STREIFF/VON KAENEL, op. cit., n° 8 ad art. 337c CO p. 778).

Il est certes question d'élever à douze mois le montant maximal de l'indemnité pour mieux tenir compte des cas graves (cf. rapport explicatif et avant-projet de révision partielle du code des obligations [sanction en

cas de congé abusif ou injustifié], septembre 2010, ch. 1.2.3 pp. 16–18). En droit positif, le Tribunal fédéral admet du reste que dans des cas exceptionnels une indemnité supplémentaire fondée sur l'art. 49 CO puisse être allouée en sus de l'indemnité de l'art. 337c al. 3 CO, lorsque le montant maximal légal ne permet pas de tenir suffisamment compte de l'atteinte à la personnalité (arrêt 4C.463/1999 du 4 juillet 2000 consid. 9c non publié à l'ATF 126 III 395, confirmé notamment à l'arrêt 4A_142/2009 du 25 juin 2009 consid. 5; STREIFF/VON KAENEL, op. cit., n° 8 ad art. 337c CO p. 778 s.). La présente situation ne constitue toutefois clairement pas un cas grave, l'importance de l'atteinte devant être relativisée pour les motifs indiqués ci-dessus. L'indemnité correspondant grosso modo à un mois de salaire brut prononcée par l'autorité précédente tient suffisamment compte du double caractère punitif et réparatoire voulu par le législateur.

Bundesgericht, Urteil vom 17. März 2011, Doss.-Nr. 4A_483/2010 (Bestätigung des Urteils des Obergerichts des Kantons Solothurn vom 16. Juli 2010), in: BGE 137 III 162

Konsultation der Arbeitnehmervertretung vor Massenentlassungen; zweckdienliche Auskünfte (Art. 335f OR).

Pflicht des Arbeitgebers zur Konsultation der Arbeitnehmervertretung vor Massenentlassungen (E. 1).

Der Arbeitgeber verletzt die Mitwirkungsrechte der Arbeitnehmer, wenn er Auskünfte verweigert, die es den Arbeitnehmern konkret erlaubt hätten, zusätzliche oder verbesserte Lösungsvorschläge mit realistischen Erfolgsaussichten zur Vermeidung der Kündigungen oder zur Milderung der Folgen der Entlassungen vorzulegen. Prüft der Arbeitgeber dagegen ernsthaft sämtliche in Betracht kommenden Alternativen, bevor er die Kündigungen ausspricht, wird der Zweck der Mitwirkung der Arbeitnehmer erreicht (E. 2).

Consultation de la représentation des travailleurs avant un licenciement collectif; renseignements utiles à cet effet (art. 335f CO).

Devoir de l'employeur de consulter la représentation des travailleurs avant un licenciement collectif (consid. 1).

L'employeur viole les droits de participation des travailleurs s'il refuse de fournir des renseignements qui auraient permis concrètement à ces derniers de présenter des propositions de solutions additionnelles ou améliorées, dotées de chances de succès réalistes, permettant d'éviter les congés ou d'en atténuer les conséquences. Le but auquel tend la participation des travailleurs est par contre atteint si l'employeur examine sérieusement, avant de prononcer les licenciements, l'ensemble des alternatives entrant en ligne de compte (consid. 2).

Sachverhalt:

Die A. AG (Beschwerdegegnerin) beabsichtigte, ihren Betrieb in L. zu schliessen, wovon gemäss Schreiben vom 26. September 2008, mit dem sie gegenüber der Arbeitnehmervertretung, darunter die Gewerkschaft X. (Beschwerdeführerin), das Konsultationsverfahren nach Art. 335f OR eröffnete, über 437 Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter betroffen waren. In dem Schreiben zeigte sie die geschäftliche Entwicklung seit dem Jahr 2002 auf sowie die Faktoren, welche für die Zukunft negative Ergebnisse erwarten liessen, und informierte über die getroffenen Abklärungen betreffend Alternativen zu einer Betriebsschliessung. Sie beschrieb die Modalitäten der beabsichtigten Betriebsstilllegung, die Folgen für die Mitarbeiter, erklärte sich bereit, an einer Sitzung mit den Sozialpartnern weitere zweckdienliche Auskünfte zu erteilen, und schloss, die Konsultationsfrist laufe am Freitag, den 24. Oktober 2008, ab.

Zufolge der komplexen Organisationsstruktur auf der Arbeitnehmerseite fand erst 11 Tage nach Beginn der Konsultationsfrist, am 7. Oktober 2008, eine Auftaktsitzung statt. Am 8. Oktober 2008 legte die auf Arbeitnehmerseite gebildete Verhandlungsgemeinschaft ihre Fragen in Schriftform vor. Die Beschwerdegegnerin verlangte ursprünglich, die Exponenten der Verhandlungsgemeinschaft hätten eine Geheimhaltungserklärung zu unterzeichnen, und wollte die Antworten zunächst nur mündlich abgeben. Am Abend des 20. Oktober 2008 beantwortete sie schliesslich schriftlich alle gestellten Fragen, wobei gewisse Antworten wenig aussagekräftig ausfielen.

Der Beschwerdegegnerin wurden insbesondere zwei Projekte unterbreitet. Die «Ein-Strang-Option», welche sie bereits eingehend geprüft und verworfen hatte, lehnte sie ab. Mit Bezug auf die vom anderen Projekt betroffenen Stellen und zwei weitere Betriebseinheiten verzichtete sie vorerst auf Kündigungen. Mit den Interessenten, mit denen die Verhandlungsgemeinschaft Kontakt hatte, nahm sie Verhandlungen auf. Letztlich wurde keine Lösung gefunden.

Die Beschwerdeführerin ist der Auffassung, die Beschwerdegegnerin habe anlässlich der Entlassung ihrer Belegschaft die Mitwirkungsrechte der Arbeitnehmervertretung bzw. der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer gemäss Art. 10 lit. c des Bundesgesetzes vom 17. Dezember 1993 über die Information und Mitsprache der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in den Betrieben (Mitwirkungsgesetz; SR 822.14) in Verbindung mit Art. 335f OR verletzt. Sie hat eine entsprechende Feststellungsklage erhoben, der vor den kantonalen Instanzen kein Erfolg beschieden war. Die von ihr eingereichte Beschwerde weist das Bundesgericht ab, soweit es darauf eintritt.

Aus den Erwägungen:

1.

Nach Art. 335f Abs. 1 und 2 OR hat der Arbeitgeber, wenn er eine Massenentlassung beabsichtigt, die Arbeitnehmervertretung oder, falls keine solche besteht, die Arbeitnehmer zu konsultieren. Er gibt ihnen zumindest die Möglichkeit, Vorschläge zu unterbreiten, wie die Kündigungen vermieden oder deren Zahl beschränkt sowie ihre Folgen gemildert werden können.

1.1 Der Arbeitgeber ist nach Art. 335f Abs. 1 OR zur Einleitung der Konsultation verpflichtet, sobald er eine Massenentlassung beabsichtigt. Die Arbeitnehmer sollen die Möglichkeit haben, den Arbeitgeber zu veranlassen, von ihnen vorgeschlagene alternative Massnahmen zu prüfen, bevor sich dieser endgültig zu einer Massenentlassung entschliesst. Der Arbeitgeber hat die Konsultation so frühzeitig einzuleiten, dass sie abgeschlossen werden kann, bevor er sich endgültig entscheiden muss, ob und in welcher Form er die in Aussicht genommene Massenentlassung vornimmt (BGE 123 III 176 E. 4a S. 180 f.). Die Konsultation räumt den Arbeitnehmern die Möglichkeit ein, dem Arbeitgeber Lösungsvorschläge zu unterbreiten, ohne dass dieser verpflichtet wäre, sie zu verwirklichen. Die Zusammenarbeit zwischen dem Arbeitgeber und der Arbeitnehmervertretung basiert aber auf dem Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 11 Mitwirkungsgesetz), so dass der Arbeitgeber gehalten ist, die Lösungsvorschläge seriös zu prüfen (Urteil des Bundesgerichts 4A_449/2010 vom 2. Dezember 2010 E. 5.2, nicht publ. in: BGE 137 III 27).

1.2 Der Arbeitgeber kann den Arbeitnehmern eine Frist zur Stellungnahme ansetzen. Bei der Bemessung der Frist hat er sich an den Grundsatz von Treu und Glauben zu halten. Die Arbeitnehmer müssen genügend Zeit erhalten, um die Informationen des Arbeitgebers (vgl. Art. 335f Abs. 3 OR) verarbeiten, konstruktive Vorschläge formulieren und sie dem Arbeitgeber zur Kenntnis bringen zu können.

Allerdings haben sowohl die Arbeitnehmer als auch der Arbeitgeber ein Interesse an einer raschen Ausarbeitung der Vorschläge. Für die Bemessung der Konsultationsfrist lassen sich keine allgemeinen Regeln aufstellen. Massgebend sind die konkreten Umstände, wie die Komplexität der sich stellenden Fragen und die Dringlichkeit der beabsichtigten Massenentlassung. Lässt der Arbeitgeber den Arbeitnehmern zu wenig Zeit zu einer sachgerechten Prüfung und Stellungnahme, so verletzt er die Pflichten, die ihm Art. 335f OR auferlegt. Die Kündigungen, die er im Anschluss an die ungenügende Konsultation ausspricht, sind deshalb missbräuchlich im Sinne von Art. 336 Abs. 2 lit. c OR (BGE 123 III 176 E. 4b S. 181 f. mit Hinweisen).

1.3 Der Arbeitgeber hat der Arbeitnehmervertretung alle zweckdienlichen Auskünfte zu erteilen. Die Gründe der Massenentlassung, die Zahl der zu entlassenden und der in der Regel beschäftigten Arbeitnehmer sowie

den Zeitraum, in dem die Kündigungen ausgesprochen werden sollen, muss er in jedem Fall schriftlich mitteilen (Art. 335f Abs. 3 OR).

2.

Die Beschwerdeführerin sieht den zentralen Streitpunkt in der Frage, welche Informationen «zweckdienlich» seien. Sie ist der Auffassung, sämtliche Informationen, die für die Erarbeitung von Vorschlägen eventuell hilfreich sein könnten, würden davon erfasst. Die Zweckdienlichkeit der erbetenen Auskünfte sei zukunftsorientiert offen zu beurteilen, nicht ex post anhand der konkreten Vorschläge, welche die Verhandlungsgemeinschaft schliesslich präsentiert habe. Die Zweckdienlichkeit wäre nur dann zu verneinen, wenn die Fragestellung offensichtlich rechtsmissbräuchlich wäre. Die Beschwerdeführerin rügt, die Vorinstanz hätte nicht auf die Begründung der Fragen abstellen dürfen, da die Auskunftserteilung nicht von einer Begründungs- und Rechenschaftspflicht der Arbeitnehmervertretung abhängt. Die Beschwerdegegnerin selbst habe nie vorgebracht, sie gebe mangels Begründung keine hinreichenden Auskünfte. Die Mitwirkungsrechte dürften nicht mit Blick auf die Geheimhaltungsinteressen des Arbeitgebers verunmöglicht werden. Die Beschwerdeführerin verweist in diesem Zusammenhang auch auf die Verschwiegenheitspflicht nach Mitwirkungsgesetz. Insgesamt ist sie der Auffassung, die von der Beschwerdegegnerin gelieferten Informationen seien ungenügend und verspätet gewesen. Sie wirft der Beschwerdegegnerin auch vor, das Projekt einer internen Übernahme behindert und mit gewissen Interessenten nur zögerlich Kontakt aufgenommen zu haben. Im Zusammenhang mit dem Projekt der internen Übernahme sieht die Beschwerdeführerin auch ihren Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt.

2.1 Dass das Schreiben vom 26. September 2008 die nach Art. 335f Abs. 3 OR den Arbeitnehmern auf jeden Fall schriftlich zu erteilenden Auskünfte enthält, hat die Vorinstanz einlässlich erläutert und wird von der Beschwerdeführerin vor Bundesgericht nicht mehr substantiiert in Abrede gestellt. Mit der Regelung gemäss Art. 335f OR soll sicher gestellt werden, dass vor der Kündigung unter Einbezug der Arbeitnehmer die Möglichkeiten, die Entlassungen zu verhindern oder deren Folgen zu mildern, abgeklärt werden. Bei der Beurteilung, ob die Mitwirkungsrechte mit Bezug auf dem Arbeitgeber unterbreitete Zusatzfragen verletzt wurden, ist diesem Zweck Rechnung zu tragen.

2.1.1 Die Zweckdienlichkeit der dem Arbeitgeber unterbreiteten Fragen kann, wie die Beschwerdeführerin zu Recht erkennt, nicht allein mit Blick auf die dem Arbeitgeber tatsächlich vorgeschlagenen Projekte beurteilt werden. Gerade Informationen, die sich für die Ausarbeitung von zusätzlichen Vorschlägen als notwendig erweisen, sind zweckdienlich. Verweigert der Arbeitgeber diese Auskünfte, verletzt er die Mitwirkungsrechte der Arbeitnehmer. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin kann aber für die Annahme einer Verletzung der Mitwirkungsrechte und damit der Missbräuchlichkeit der Kündigung nicht genügen, dass nicht oder nicht

hinreichend beantwortete Fragen ex ante betrachtet theoretisch hätten zweckdienlich sein können. Während ein Grundstock an Informationen unverzichtbar ist, damit überhaupt nach vernünftigen Alternativen gesucht werden kann (vgl. Art. 335f Abs. 3 lit. a–d OR), ist das Feld der Informationen, die ex ante betrachtet theoretisch einmal zweckdienlich sein könnten, praktisch unbegrenzt. Stellt sich im Nachhinein aber heraus, dass die nachgesuchte Auskunft den Arbeitnehmern im konkreten Fall nicht erlaubt hätte, andere oder verbesserte Lösungen vorzuschlagen, wurden die Möglichkeiten, Alternativlösungen zu suchen, durch das Vorenthalten der Information nicht beeinträchtigt und die Mitwirkungsrechte der Arbeitnehmer im Ergebnis nicht verletzt. Wird der Arbeitgeber wahllos mit allen Fragen überhäuft, die ex ante betrachtet für die Ausarbeitung von Projekten theoretisch hilfreich sein könnten, verursacht dies unnötigen Aufwand und kann zu Verzögerungen bei der Erteilung der Auskünfte führen. Ein Verhalten nach Treu und Glauben gebietet vielmehr, sich zunächst auf die für die Auswahl erfolversprechender Projekte notwendigen Informationen zu konzentrieren und nur diejenigen Zusatzauskünfte zu verlangen, die für die Ausarbeitung dieser Projekte konkret benötigt werden.

2.1.2 Nach dem Gesagten ist zur Begründung einer Verletzung der Mitwirkungsrechte zufolge mangelhafter Auskunfterteilung, soweit diese über die obligatorische gemäss Art. 335f Abs. 3 lit. a–d OR hinausreicht, unerlässlich, aufzuzeigen, inwiefern die verlangten Informationen konkret zur Ausarbeitung weiterer oder zur Verbesserung bestehender Vorschläge hätten dienen können. Indem die Beschwerdeführerin dies unterlässt und statt dessen aufzuzeigen versucht, dass die von ihr verlangten Informationen ex ante betrachtet zweckdienlich hätten sein können, und indem sie die erhaltenen Auskünfte als unzulänglich ausgibt, vermag sie keine Bundesrechtsverletzung der Vorinstanz aufzuzeigen, so dass auf ihre entsprechenden Vorbringen nicht näher einzugehen ist.

2.2 Die Beschwerdeführerin macht weiter geltend, die Arbeitnehmerschaft sei nicht verpflichtet, eine Begründung für die dem Arbeitgeber unterbreiteten Fragen zu geben. Die Vorinstanz hätte die Zweckdienlichkeit der Fragen daher nicht mit Blick auf die von der Verhandlungsgemeinschaft dafür gegebene Begründung beurteilen dürfen.

2.2.1 Nach den Feststellungen der Vorinstanz wurden die Fragen zunächst damit gerechtfertigt, es gehe darum, sich eine eigene Meinung zu bilden, um beispielsweise Fragen von Politikern beantworten zu können. Allfällige Interessenten werde die Verhandlungsgemeinschaft an die Beschwerdegegnerin weiterleiten, sie vermittele nicht für Dritte.

2.2.2 Ziel der Information ist es, den Arbeitnehmern zu ermöglichen, dem Arbeitgeber Vorschläge zu unterbreiten. Deren Verwirklichung liegt im Entscheidungsbereich und ist Sache des Arbeitgebers. Die Information Dritter, namentlich der Öffentlichkeit, ist nicht Zweck der in Art. 335f OR geregelten Auskunftspflicht. Die Äusserung der Verhandlungsgemeinschaft gab mithin objektiv Anlass zur Befürchtung, die Informationen

könnten für andere Zwecke als die Ausarbeitung von Vorschlägen verwendet und an Dritte weitergegeben werden. Vor diesem Hintergrund erscheint die Reaktion der Beschwerdegegnerin, die eine Geheimhaltungserklärung verlangte, verständlich. Wenn die Beschwerdeführerin argumentiert, sie sei ohnehin gesetzlich zur Vertraulichkeit verpflichtet und habe diese bereits im Frageschreiben zugesichert, ist nicht nachvollziehbar, weshalb sie der Forderung der Beschwerdegegnerin nicht nachkam.

2.2.3 Unklar bleibt ferner, weshalb die Verhandlungsgemeinschaft auf einer schriftlichen Beantwortung der Fragen beharrte. Das Gesetz schreibt nur für die in 335f Abs. 3 lit. a–d OR genannten Informationen ausdrücklich Schriftlichkeit vor. Die weiteren zweckdienlichen Angaben können auch mündlich erfolgen (STAEHELIN, in: Zürcher Kommentar, 3. Aufl. 1996, N. 4 zu Art. 335f OR). Die Vorinstanz hält allerdings fest, angesichts der Komplexität der Materie erscheine die Schriftform als deutlich besser geeignet als eine mündliche Übermittlung. Es steht ausser Zweifel, dass die Information der Arbeitnehmer in einer Form erfolgen muss, welche das Ausarbeiten von konkreten Lösungsvorschlägen erlaubt. Inwiefern die Arbeitnehmer auf eine schriftliche Beantwortung aller Fragen angewiesen waren, um allfällige Vorschläge auszuarbeiten, zeigt die Beschwerdeführerin aber nicht hinreichend auf. Sie bemängelt vielmehr die schliesslich gegebene schriftliche Auskunft als ungenügend und übersieht dabei, dass gerade eine mündliche Auskunft Gelegenheit geboten hätte, nachzufragen, wenn eine Antwort nicht hinreichend detailliert war, und dort schriftliche Unterlagen zu verlangen, wo dies für die Verarbeitung der Auskünfte zu Lösungsvorschlägen notwendig erschien. Auch in diesem Zusammenhang kann der Begründung der Fragen Bedeutung zukommen. Unterbleibt diese, ist für den Arbeitgeber entsprechend schwieriger erkennbar, welchen Detaillierungsgrad eine zweckdienliche Beantwortung der Frage erfordert.

2.3 Die schriftliche Information erfolgte allerdings in der Tat erst sehr spät. Es ist aber zu beachten, dass bis zur ersten Sitzung wegen der komplexen Organisationsstruktur auf der Arbeitnehmerseite bereits 11 Tage verstrichen waren und dass die Verhandlungsgemeinschaft durch ihr nachfolgendes Verhalten nicht zu einer speditiven Behandlung der Fragen beigetragen hat. Ausschlaggebend ist indessen, dass nach den Feststellungen der Vorinstanz aufgrund der grossen Spezialisierung des zu schliessenden Betriebes realistischerweise keine anderen Vorschläge oder Übernahmekandidaten als die der Beschwerdegegnerin schliesslich unterbreiteten in Betracht kamen. Diese hat die Beschwerdegegnerin aber ausnahmslos geprüft. Dass die Information gegenüber gewissen Interessenten schleppend erfolgte oder mit gewissen Interessenten erst nach einer Verzögerung Kontakt aufgenommen wurde, ist nicht von Belang, da nicht festgestellt ist und die Beschwerdeführerin auch nicht behauptet, eine Übernahme sei an der mangelnden Kooperation der Beschwerdegegnerin gescheitert.

2.4 Neben allfälligen Übernahmen standen zwei weitere Projekte zur Debatte. Das eine hatte die Beschwerdegegnerin selbst vorgängig bereits vertieft geprüft und verworfen. Sie war daher nach Treu und Glauben nicht gehalten, diesen Vorschlag erneut zu prüfen. Bezüglich des anderen Projekts wie auch bezüglich zwei weiterer Betriebseinheiten, für welche eine vertiefte Prüfung geboten war, hat die Beschwerdegegnerin mit der Kündigung der damit zusammenhängenden Arbeitsverhältnisse vorerst zugewartet. Sie hat mithin die Vorschläge der Arbeitnehmer ernsthaft in Betracht gezogen, bevor sie die Kündigungen aussprach, und insoweit Art. 335f OR Genüge getan.

2.5 Die Beschwerdeführerin macht allerdings geltend, sie hätte die beantragten Informationen auch für das Projekt einer internen Übernahme benötigt. Die Beschwerdegegnerin habe dieses Projekt auch durch ihr übriges Verhalten behindert. Die Beschwerdeführerin rügt insoweit zwar eine Verletzung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör, sie legt in ihrer Beschwerde aber nicht hinreichend dar, woraus sich ergeben sollte, dass das Projekt einer internen Übernahme bei frühzeitiger umfassender Information ohne Behinderung realistische Erfolgsaussichten gehabt hätte. Sie zeigt somit nicht auf, dass die Konsultationsfrist mit Blick auf dieses Projekt hätte verlängert werden müssen oder dass die Beschwerdegegnerin durch ihr sonstiges Verhalten für das Scheitern dieses Projektes verantwortlich ist. Die Beschwerde konzentriert sich auf das behauptete Fehlverhalten der Beschwerdegegnerin. Es wird darin aber nicht rechtsgenügend dargetan, dass bei frühzeitiger Beantwortung aller gestellten Fragen tatsächlich weitere, über die vor den Kündigungen von der Arbeitgeberin bereits geprüften hinausreichende Vorschläge mit realistischen Erfolgsaussichten in Betracht gefallen wären. Daher verletzt die Vorinstanz kein Bundesrecht, wenn sie davon ausgeht, die Mitwirkungsrechte der Arbeitnehmer seien nicht verletzt worden.

Tribunal fédéral, Arrêt du 21 mars 2011, Doss.-N° 4A_33/2011 (Rejet du recours en matière civile interjeté contre l'arrêt de la Cour d'appel de la juridiction des prud'hommes du canton de Genève du 30 novembre 2010)

Fin d'une prohibition de faire concurrence. Art. 340c al. 2 CO. Constitue un motifs justifié au sens de cette disposition: tout évènement imputable à l'autre partie qui, selon des considérations commerciales raisonnables, peut donner une raison suffisante pour un licenciement. Il n'est pas nécessaire qu'il s'agisse d'une violation contractuelle en tant que telle. Constituent manifestement des motifs justifiés le fait de ne pas remplir sa fonction, de manière contraire à ses engagements contractuels, ou encore le fait de projeter de s'engager pour une société

concurrente et de préparer la suite de ses activités avant la fin des rapports de travail (cf. 4.2).

Extraits des faits:

La société Y. SA, de siège à ..., a pour but l'achat et la vente d'instruments pour laboratoires analytiques, de même que l'installation et l'équipement de laboratoires analytiques. Par contrat du 13 janvier 2004 prenant effet le 26 du même mois, X., docteur en chimie, a été engagé par Y. SA en qualité de délégué technico-commercial. Dans le cadre de cette activité, qui consistait à visiter la clientèle de la Suisse romande, X. était en particulier chargé du conseil technique et de la promotion des ventes des produits de la gamme chromatographie. Le salaire, composé d'une part fixe et d'une part variable en fonction des objectifs atteints, a passé progressivement de 54 000 fr. à 108 000 fr. brut l'an dès le 1^{er} janvier 2007. Par avenant du 18 avril 2007, prenant effet le 1^{er} janvier 2007, des changements de statut et de salaire de l'employé ont été convenus entre les parties. L'employé s'est ainsi vu confier la tâche de «Business Development Manager» et son salaire a été porté à 120 000 fr. brut l'an, versé en douze mensualités. A ce salaire fixe s'ajoutait un «bonus/commission» qui correspondait au 15% de la part dépassant la marge budgétée. L'employé était désormais chargé de la vente du secteur de la chromatographie pour la Suisse entière, tout en devant développer la gamme de produits de ce secteur proposés et distribués par l'employeur. Le contrat de travail prévoyait également le paiement envisageable d'une gratification en fin d'année, avec la précision que cette prestation était à bien plaire et n'avait aucun caractère obligatoire.

Le jour de l'engagement de X., une clause de confidentialité et de non-concurrence a été signée, de même qu'un document concernant les conditions d'utilisation du courrier électronique et d'internet. Par la clause de confidentialité, l'employé s'engageait à garder strictement secrets et à ne montrer ni révéler à des tiers tous documents ou informations liés à l'activité de l'employeur, ou d'une société soeur ou filiale, dont il a eu connaissance par son travail. Quant à la clause de non-concurrence, elle interdisait tout acte de concurrence, sur tout le territoire suisse, durant deux ans dès la fin des rapports de travail et prévoyait une peine conventionnelle de 200 000 francs; la clause n'était pas applicable si l'employé était licencié pour des raisons économiques.

Le 21 avril 2008, l'employé a été congédié pour le 30 juin 2008 et libéré avec effet immédiat de son obligation de travailler. Les motifs invoqués à l'appui du licenciement étaient un net manque de collaboration avec l'équipe dirigeante de la société, un problème de communication et de relation avec l'ensemble des collaborateurs rattachés à la vente, ainsi que d'autres collègues de travail, un manque dans le développement des gammes de chromatographie et un manque de croissance des ventes chro-

matographies en Suisse allemande. Des griefs supplémentaires ont été invoqués par courrier du 23 avril 2008. Le 15 mai 2008, X. a formé opposition à ce congé qu'il a qualifié d'abusif au sens de l'art. 336 CO.

Par contrat de travail signé le 2 juillet 2008, X. a été engagé par la société M. AG, active dans le même domaine que Y. SA et seule distributrice avec cette dernière des produits de la marque xxx en Suisse. Par courrier du 18 juillet 2008, Y. SA faisait valoir la clause de non-concurrence et sommait son ancien employé de lui donner l'engagement de ne pas développer la distribution de la marque xxx chez son nouvel employeur.

Le 27 août 2008, Y. SA a ouvert action contre X. devant le Tribunal de prud'hommes du canton de Genève; l'employé devait être condamné à payer le montant de 200 000 fr., avec intérêts, à titre de peine conventionnelle pour la violation de la clause de non-concurrence. Le 29 août 2008, X. a également ouvert action contre Y. SA, concluant au paiement par l'employeur d'une somme de 96 483 fr. 70, plus intérêts, à titre de solde de bonus/commission 2007 (12 452 fr. 25) et de bonus/commission 2008 (23 721 fr. 90), à titre de gratification 2007 (10 000 fr.), à titre de jours de vacances non prises en nature (5 948 fr. 55) et à titre d'indemnité pour licenciement abusif (44 361 fr.). Par jugement du 26 janvier 2010, le tribunal a condamné l'employé à payer à l'employeur la somme nette de 200 000 fr., avec intérêts. Statuant le 30 novembre 2010 sur appel de l'employé, la Cour d'appel de la juridiction des prud'hommes du canton de Genève a annulé le jugement de première instance. Elle a condamné l'employeur à verser à l'employé la somme de 12 452 fr. 25 à titre de solde de bonus/commission pour l'exercice 2007, avec intérêts, et condamné celui-ci à verser à celui-là la somme de 40 000 fr., avec intérêts, à titre de violation de la clause de non-concurrence, en autorisant la compensation des montants précités.

L'employé exerce un recours en matière civile au Tribunal fédéral contre l'arrêt cantonal.

Extraits des considérants:

2.

La présente cause comporte un élément d'extranéité dans la mesure où le recourant a son domicile en France. Le Tribunal fédéral doit donc contrôler d'office la question du droit applicable au litige (ATF 136 III 142 consid. 3.2 p. 144 et les arrêts cités). L'arrêt attaqué ne contient aucune considération à ce sujet. Les parties se réfèrent toutes deux au droit suisse dans leurs écritures et ce droit correspond à celui de l'Etat dans lequel le recourant a accompli son travail (art. 121 al. 1 LDIP). Il y a donc lieu d'appliquer le droit suisse au présent litige.

3.

Déterminer les motifs réels d'une résiliation est une question de fait (ATF 136 III 513 consid. 2.3 p. 515; 131 III 535 consid. 4.3 p. 540; 130 III 699 consid. 4.1 p. 702).

La cour cantonale a retenu que plusieurs des motifs avancés par l'employeur à l'appui du licenciement de l'employé sont bien réels. Il s'agit du manque dans le développement des gammes de chromatographie, du non-développement du secteur des ventes en chromatographie en Suisse allemande et de la disparition des serveurs de certaines informations et/ou répertoires. Parmi ces motifs ne figurent pas les revendications de l'employé s'agissant de l'octroi d'un «bonus/commission» et/ou d'une gratification. Pour la cour cantonale, dites revendications n'ont joué aucun rôle causal dans la décision de licencier l'employé (cf. jugement, p. 24 s.).

Le recourant dénonce en lien avec chacun des trois motifs retenus, le grief d'arbitraire dans la constatation des faits. De son point de vue, les reproches formulés par l'employeur ne sont pas fondés et la cour cantonale ne pouvait pas, sans arbitraire, retenir leur existence comme établie.

Pour le surplus, le recourant indique expressément s'en rapporter aux faits tels qu'établis par l'autorité cantonale.

4.

Il n'est pas contesté que le recourant, initialement chargé de visiter la clientèle de la Suisse romande, plus spécialement d'assurer le conseil technique et la promotion des ventes des produits de la gamme chromatographie, s'est vu par la suite confier la tâche de «Business Development Manager». En cette qualité, définie par avenant du 18 avril 2007, l'employé ne devait plus seulement s'occuper de la vente du secteur de la chromatographie pour la Suisse romande, mais pour tout le pays; il était aussi chargé de développer la gamme de produits de ce secteur.

4.1 Il a été retenu que les termes «développement de la gamme de produits» figurant dans l'avenant, supposent, entre autres, la recherche de nouveaux fournisseurs et leur portée n'a pas pu échapper à l'employé, déjà actif depuis plus de trois ans dans l'entreprise. Cette interprétation est contestée par l'employé, qui prétend qu'il n'avait pas comme nouvel objectif de trouver des partenariats avec de nouveaux fournisseurs potentiels.

A supposer que l'autorité cantonale soit parvenue à déterminer la commune et réelle intention des parties – ce qui ne ressort pas clairement du jugement entrepris –, le recourant ne prétend pas et encore moins ne démontre que cette constatation aurait été établie de manière arbitraire. Le grief est donc irrecevable. Il l'est tout autant si la question a été tranchée sous l'angle du principe de la confiance, dès lors que le recourant n'expose pas en quoi sur ce point l'acte attaqué viole le droit. Il va donc sans dire que le moyen ne répond nullement aux exigences de motivation de l'art. 42 al. 2 LTF.

(...)

4.2 La validité de la clause de prohibition de faire concurrence n'est pas remise en cause par le recourant (art. 340 et 340a CO), de même que le montant de la pénalité retenue par les magistrats cantonaux. Le recourant prétend toutefois que la prohibition a cessé du fait que le contrat a été résilié par l'employeur sans que l'employé lui ait donné un motif justifié au sens de l'art. 340c al. 2 CO. Il dénonce à cet égard une violation du droit fédéral.

Une clause de prohibition de faire concurrence valablement conclue devient caduque lorsque l'employeur congédie le travailleur sans que celui-ci ait donné un motif valable pour ce licenciement, ou lorsque le travailleur a résilié le contrat pour un motif justifié imputable à l'employeur (art. 340c al. 2 CO). Il ne faut toutefois pas confondre ce motif justifié avec le juste motif donnant lieu à un licenciement avec effet immédiat selon l'art. 337 CO. Ne sont des motifs justifiés au sens de l'art. 340c al. 2 CO que les événements qui ont été causés par la partie adverse, ou à tout le moins dont elle doit répondre. Est considéré comme un motif justifié au sens de l'art. 340c al. 2 CO tout événement imputable à l'autre partie qui, selon des considérations commerciales raisonnables, peut donner une raison suffisante pour un licenciement. Il n'est pas nécessaire qu'il s'agisse d'une violation contractuelle en tant que telle (ATF 130 III 353 consid. 2.2.1 p. 359 s. et les références citées).

Il convient de déterminer si le motif retenu ci-dessus (cf. supra, consid. 4.1 in fine) peut être considéré comme un motif justifié au sens de la disposition précitée. Si tel devait être le cas, il n'y a pas lieu d'entrer en matière sur les critiques se rapportant aux autres motifs retenus à l'appui du licenciement, à savoir un manque dans le développement des ventes en chromatographie en Suisse allemande et la disparition des serveurs informatiques de certaines informations et/ou répertoires.

En ne contribuant pas au développement de la gamme de chromatographie tel que convenu par avenant du 18 avril 2007, le recourant n'a pas rempli, de manière contraire à ses engagements contractuels, sa fonction de «Business Development Manager». En cela, la condition du motif justifié est réalisée (cf. ATF 130 III consid. 2.2.1 p. 359). On notera encore qu'il ressort des faits de la cause – sans que l'arbitraire ne soit invoqué – que l'employé avait déjà le projet de s'engager au service d'une concurrente et qu'il préparait la suite de ses activités avant la fin des rapports de travail avec l'intimée. Or, un tel comportement, évoqué par l'employeur pour dénoncer la violation par l'employé de son devoir de confidentialité, justifie en soi le licenciement (ATF 130 III 353 consid. 2.2.3 p. 361).

Partant, c'est sans violer le droit fédéral que la cour cantonale a admis que le congé ordinaire donné le 21 avril 2008 pour le 30 juin 2008 était justifié et que la clause de prohibition de faire concurrence pouvait déployer ses effets.

5.

Le recourant soutient avoir été victime d'un congé-représailles au sens de l'art. 336 al. 1 let. d CO, parce que la résiliation a été donnée pour le motif qu'il faisait valoir de bonne foi des prétentions résultant du contrat de travail.

Il a été constaté en fait – de manière à lier le Tribunal fédéral (art. 105 al. 1 LTF) – que le recourant a été licencié du fait qu'il ne remplissait pas intégralement ses obligations contractuelles. Il a été jugé que ce motif, évoqué parmi d'autres motifs, justifiait le licenciement ordinaire notifié au recourant. Le congé litigieux ne saurait être qualifié de congé-représailles puisque l'employeur – ainsi que cela ressort de l'état de fait – n'entendait nullement, en licenciant l'employé, le sanctionner pour des revendications formulées en lien avec le contrat de travail. Les demandes de l'employé n'ayant joué aucun rôle causal dans le licenciement, c'est à bon droit que la cour cantonale a rejeté les prétentions du recourant en paiement d'une indemnité pour licenciement abusif (cf. ATF 136 III 513 consid. 2.6 p. 517 s.). Le grief est infondé.

Bundesgericht, Urteil vom 23. März 2011, Doss.-Nr. 8C_713/2010 (Bestätigung des Entscheids des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 3. August 2010), in: BGE 137 V 121

Art. 13 Abs. 1 FamZG; Art. 10 FamZV.

Rz. 519.1 der Wegleitung zum Bundesgesetz über die Familienzulagen FamZG (FamZWL) geht über die Gesetzes- und Verordnungsbestimmung hinaus; dem darin festgehaltenen Anspruch auf Familienzulagen während eines nicht spezifisch begründeten unbezahlten Urlaubs fehlt es somit an einer gesetzlichen Grundlage (E. 5).

Art. 13 al. 1 LAFam; art. 10 OAFam.

Le ch. m. 519.1 des directives pour l'application de la loi fédérale sur les allocations familiales LAFam (DAFam) va au-delà de la loi et de l'ordonnance; le droit, consacré par cette directive, à des allocations familiales pendant un congé non payé accordé sans motif particulier ne repose sur aucune base légale (consid. 5).

Sachverhalt:

A.

S., geboren 1974, bezog im Anschluss an ihren Mutterschaftsurlaub zusätzlich vom 30. September 2009 bis 6. Februar 2010 unbezahlten Urlaub. Mit Verfügung vom 5. Januar 2010, bestätigt mit Einspracheentscheid vom 19. Februar 2010, lehnte die Familienausgleichskasse des Vereins für Sozialversicherungsfragen von öffentlichen Institutionen des

Kantons Bern (FAK ÖKB) für die Zeit von 1. Oktober 2009 bis 6. Februar 2010 einen Anspruch auf Familienzulagen ab.

B.

Das Verwaltungsgericht des Kantons Bern wies die dagegen erhobene Beschwerde mit Entscheid vom 3. August 2010 ab.

C.

Das Bundesamt für Sozialversicherungen (BSV) führt Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten mit dem Antrag, es sei der vorinstanzliche Entscheid aufzuheben und die Sache an die Vorinstanz zum Erlass einer neuen Verfügung im Sinne der Erwägungen zurückzuweisen.

Die FAK ÖKB schliesst auf Abweisung der Beschwerde. S. verzichtet auf eine Vernehmlassung.

Das Bundesgericht weist die Beschwerde ab.

Aus den Erwägungen:

2.

Streitig ist die Bundesrechtskonformität der Rz. 519.1 der Wegleitung des BSV zum Bundesgesetz über die Familienzulagen FamZG (FamZWL), gültig ab 1. Januar 2009 (Fassung vom 1. Januar 2010; <http://www.bsv.admin.ch/vollzug>), gemäss welcher bei unbezahlttem Urlaub die Familienzulagen oder die Differenzzahlungen noch während des laufenden und der drei folgenden Monate ausgerichtet werden, sofern der Jahreslohn immer noch Fr. 6840.– erreicht.

(...)

4.

4.1 Art. 13 Abs. 1 des am 1. Januar 2009 in Kraft getretenen Bundesgesetzes vom 24. März 2006 über die Familienzulagen (Familienzulagen-gesetz, FamZG; SR 836.2) lautet:

«Die als Arbeitnehmerinnen oder Arbeitnehmer in der AHV obligatorisch versicherten Personen, die von einem diesem Gesetz unterstellten Arbeitgeber beschäftigt werden, haben Anspruch auf Familienzulagen. Die Leistungen richten sich nach der Familienzulagenordnung des Kantons gemäss Artikel 12 Absatz 2. Der Anspruch entsteht und erlischt mit dem Lohnanspruch. Der Bundesrat regelt den Anspruch nach dem Erlöschen des Lohnanspruchs.»

Dieser Absatz regelt somit den Anspruch auf Familienzulagen in persönlicher (Satz 1), sachlicher (Satz 2) und zeitlicher Hinsicht (Satz 3).

4.2 In Wahrnehmung der Delegation gemäss Satz 4 von Art. 13 Abs. 1 FamZG hat der Bundesrat in Art. 10 der Verordnung vom 31. Oktober 2007 über die Familienzulagen (Familienzulagenverordnung, FamZV; SR 836.21) folgende Regelung vorgesehen:

«¹ Ist der Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin aus einem der in Artikel 324a Absätze 1 und 3 des Obligationenrechts (OR) genannten Gründe an der Arbeitsleistung verhindert, so werden die Familienzulagen nach

Eintritt der Arbeitsverhinderung noch während des laufenden Monats und der drei darauf folgenden Monate ausgerichtet, auch wenn der gesetzliche Lohnanspruch erloschen ist.

² Der Anspruch auf Familienzulagen bleibt auch ohne gesetzlichen Lohnanspruch bestehen:

- a. während eines Mutterschaftsurlaubs von höchstens 16 Wochen;
- b. während eines Jugendurlaubs gemäss Artikel 329e Absatz 1 OR.

³ Stirbt der Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin, so werden die Familienzulagen noch während des laufenden Monats und der drei darauf folgenden Monate ausgerichtet.»

4.3 Der Bundesrat hat den Anspruch auf Familienzulagen während eines unbezahlten Urlaubs im Sinne der Befreiung von der Arbeitsleistungs- und Lohnzahlungspflicht bei fortbestehendem Arbeitsverhältnis in der FamZV weder direkt geregelt noch dessen Regelung an das BSV übertragen. Insofern kann sich das BSV für den Erlass der strittigen Rz. 519.1 FamZWL weder auf eine explizite Regelung noch auf eine Subdelegation von Rechtsetzungsbefugnissen stützen. Zu prüfen bleibt, ob die Verwaltungsweisung im Gesetz oder in der Verordnung eine Stütze findet und deren rechtsgleichen Anwendung dient (vgl. nicht publ. E. 3).

5.

5.1 Art. 13 Abs. 1 FamZG lässt sich keine Regelung des Anspruchs auf Familienzulagen für jene Fälle entnehmen, in welchen der Lohnanspruch erloschen ist. Diese Aufgabe wurde vielmehr dem Bundesrat übertragen. Auch in den Materialien ist kein Anhaltspunkt ersichtlich, wonach der Gesetzgeber in Art. 13 FamZG einen Anspruch auf Familienzulagen bei vorübergehend fehlendem Lohnanspruch statuieren wollte. So gaben die genauere Bestimmung von Beginn und Ende des Anspruchs auf Familienzulagen und die Delegation zur Regelung dieser Sache an den Bundesrat in den Räten keinen Anlass zu einlässlichen Bemerkungen; umstritten war einzig der Einbezug der Selbstständigerwerbenden (vgl. AB 2005 N 330, 1572 ff. und 2006 N 246 sowie AB 2005 S 719 f. und 2006 S 99). Art. 13 Abs. 1 FamZG ist somit keine Grundlage für Rz. 519.1 FamZWL.

5.2 Der Gesetzgeber hat in Art. 13 Abs. 1 FamZG den Grundsatz statuiert, wonach der Anspruch auf Familienzulagen mit dem Lohnanspruch entsteht und erlischt. Bezüglich der Regelung allfälliger Ausnahmen hat er dem Bundesrat hingegen keine Vorgaben gemacht und ihm so ein grosses Ermessen eingeräumt.

Bei der Bestimmung dieses Anspruchs hat der Bundesrat an spezifische Tatbestände angeknüpft. Vom Wortlaut her fällt der ohne einen solchen Tatbestand bezogene unbezahlte Urlaub nicht darunter. Diese spezifischen Tatbestände in Art. 10 FamZV beziehen sich auf Arbeitsverhinderungs- und Urlaubsgründe des Arbeitsrechts (Art. 324a Abs. 1 und 3 sowie Art. 329e Abs. 1 OR) sowie auf den Tod des Arbeitnehmers oder der Arbeitnehmerin (Art. 338 OR) und den Bezug von Mutterschaftsurlaub; diese Tatbestände sind – mit Ausnahme von Art. 329e OR (Urlaub für aus-

erschulische Jugendarbeit) – mit einer Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers bzw. im Falle des Mutterschaftsurlaubs mit Lohnersatzleistungen gemäss dem Bundesgesetz vom 25. September 1952 über den Erwerbsersatz für Dienstleistende und bei Mutterschaft (Erwerbsersatzgesetz, EOG; SR 834.1) verbunden. Art. 10 FamZV dehnt die Anspruchsberechtigung gegenüber der Lohn(ersatz)zahlungspflicht in zeitlicher Hinsicht aus und vereinheitlicht sie für die einzelnen Tatbestände; es lässt sich ihm jedoch kein Anspruch auf Familienzulagen bei einem nicht spezifisch begründeten Urlaub ohne Lohn(ersatz)-zahlungspflicht entnehmen. Auch aus den Erläuterungen zur Familienzulagenverordnung ergibt sich nichts, das für eine Ausdehnung der Anspruchsberechtigung sprechen würde (vgl. Erläuterungen des BSV vom Oktober 2007 zur Verordnung über die Familienzulagen vom 31. Oktober 2007 [Familienzulagenverordnung, FamZV] und zu den Änderungen der Verordnung vom 11. November 1952 über die Familienzulagen in der Landwirtschaft [FLV], S. 8 f. <http://www.news.admin.ch/message/index.html-lang=de&msg-id=15365>). Eine sachliche Ausdehnung auf unspezifisch begründeten Urlaub war vom Verordnungsgeber somit offensichtlich nicht geplant.

5.3 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, wenn also Gleiches nicht nach Massgabe seiner Gleichheit gleich oder Ungleiches nicht nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich behandelt wird. 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 136 I 1 E. 4.1 S. 5; BGE 135 V 361 E. 5.4.1 S. 369; BGE 134 I 23 E. 9.1 S. 42 mit Hinweisen).

Das Gebot der rechtsgleichen Behandlung (Art. 8 Abs. 1 BV) gebietet keine Auslegung im Sinne der Gleichbehandlung des nicht spezifisch begründeten unbezahlten Urlaubs mit den anspruchsberechtigenden Tatbeständen. Denn angesichts der fehlenden Lohn(ersatz)zahlungspflicht beim nicht spezifisch begründeten unbezahlten Urlaub ist gerade ein sachlicher Grund gegeben, um diesen anders zu behandeln als die in Art. 10 FamZV geregelten Tatbestände, bei welchen der Arbeitnehmerin oder dem Arbeitnehmer ein Lohn(ersatz) auch während des Aussetzens der Arbeit ausgerichtet wird.

5.4 Nach dem Gesagten erweist sich die gemäss Verordnung fehlende Anspruchsberechtigung auf Familienzulagen bei nicht spezifisch begründetem unbezahltem Urlaub nicht als gesetzwidrig. Da Rz. 519.1 FamZWL über die Gesetzes- und die Verordnungsbestimmung hinausgeht, fehlt es an

einer Rechtsgrundlage für den Zulagenanspruch während eines solchen Urlaubs (vgl. auch KIESER/REICHMUTH, Bundesgesetz über die Familienzulagen [FamZG], Praxiskommentar, 2010, N. 94 ff. zu Art. 13 FamZG). Gleiches gilt, wenn nach den 16 Wochen Mutterschaftsurlaub das Aussetzen der Arbeit mit einem unbezahlten Urlaub verlängert wird.

Daran ändern auch die vom BSV für die Ausdehnung der Anspruchsberechtigung auf den unbezahlten Urlaub geltend gemachten Gründe (Gleichstellung der trotz andauerndem Arbeitsverhältnis nur einen Teil des Jahres erwerbstätigen Arbeitnehmenden mit regelmässig in einem kleinen Pensum tätigen Arbeitnehmenden; Vermeidung von Anspruchslücken; Vermeidung von administrativem Mehraufwand) nichts. Denn das BSV hat sich als Aufsichtsbehörde an die gesetzlichen Anspruchsvoraussetzungen zu halten.

Tribunal fédéral, Arrêt du 14 avril 2011, Doss.-N° 4D_13/2011 (Rejet du recours constitutionnel subsidiaire interjeté contre l'arrêt de la Chambre des recours du Tribunal cantonal du canton de Vaud du 3 septembre 2010)

Temps consacré par le travailleur à une formation pendant le temps de travail. Art. 13 al. 4 OLT1 et art. 327a CO. Lorsqu'une formation n'est pas imposée par l'exécution du travail, les parties peuvent convenir, pour les jours consacrés à la formation par l'employé, de l'octroi d'un congé non payé, ou se mettre d'accord sur le maintien du salaire en contrepartie de l'accomplissement d'un travail compensatoire, ou même convenir que les heures de cours seront assimilées, en totalité ou en partie, à du temps de travail. Dans ce dernier cas de figure, l'employeur a la liberté de lier sa contribution à un engagement de remboursement dégressif du salaire payé pendant les heures de formation si le travailleur quitte l'entreprise avant l'échéance de la période convenue (c. 2.3).

Extraits des faits:

Par contrat de travail du 3 juin 2003, l'Association A. de B. (ci-après: l'employeuse) a engagé X. (ci-après: l'employée) comme éducatrice au sein de la garderie-nursery «La C.». Le salaire mensuel, versé treize fois par an, a été fixé initialement à 4400 fr. brut – puis à 4450 fr. brut – pour un taux d'activité à 100%. A teneur du chiffre 10 du contrat, l'employée s'engageait, «en cas de formation suivie [...] à ne pas donner son congé dans un délai de 12 mois, suivant la fin de la formation. L'employeuse se [réservait] le droit de demander le remboursement de la formation au pro-rata temporis». Peu après son engagement, l'employée a participé à une série de cours de perfectionnement professionnel. Les coûts occasionnés par

la formation ont été supportés par l'employeuse, conformément à l'art. 10 de l'avenant au contrat signé le 31 décembre 2003. Cet avenant précisait les modalités du remboursement des frais de formation payés par l'employeuse ainsi que de «la contre-valeur des jours de congé» accordés à l'employée («montants calculés en fonction [du] salaire»).

L'employée a ensuite émis le désir de suivre une formation en gestion d'équipe dispensée par l'Ecole d'études sociales et pédagogiques, à Lausanne. Des discussions ont eu lieu entre les parties, notamment en vue d'établir les modalités de paiement de cette formation par l'employeuse et les obligations qui en résulteraient pour l'employée. Les 27 et 28 mars 2007, les parties ont signé un nouvel avenant au contrat de travail, qui annulait et remplaçait celui du 31 décembre 2003. Il se présentait comme suit:

«10. Formation

Votre formation «certificat en gestion d'équipe» débutera en mai 2007, et sera intégralement prise en charge par l'employeur. La participation de l'employeur comprend notamment 100% des heures de cours, les frais pour écolages, taxes d'examens et supports obligatoires de cours.

(...) Les avantages, en temps et financement, mentionnés ci-dessus, sont accordés pour la durée normale de la formation. Afin que les frais à charge de l'employeur soient supportables, il est d'usage d'exiger, après la période de perfectionnement, le maintien des rapports de travail pour une durée de deux ans.

Si, par le fait de l'employée, ces rapports se terminent avant, cette dernière est redevable du pourcentage correspondant à la durée non assumée.»

La formation était divisée en un «module de base», d'une durée de huit jours et d'un «module d'approfondissement spécifique» de dix-huit jours au total qui devait s'achever par la rédaction d'un mémoire devant être approuvé par l'école.

Dans le cadre du «module spécifique», l'employée a participé à divers cours. Elle a reçu, pour chacun d'eux, un document attestant de sa participation. Au final, le «module spécifique» a coûté 3740 fr. L'employée n'a pas rendu le mémoire final devant clôturer ce module et n'a en conséquence pas reçu de certificat.

Le 23 mars 2009, l'employée a résilié le contrat de travail la liant à l'employeuse avec effet au 31 mai 2009.

Par requête du 26 août 2009, l'employeuse a ouvert action devant le Tribunal de prud'hommes de l'arrondissement de Lausanne concluant à ce que l'employée soit condamnée à lui payer le montant de 12 058 fr. 90 à titre de remboursement des coûts de la formation supportés par l'employeuse. Par jugement du 17 décembre 2009, le Tribunal de prud'hommes a condamné l'employée à verser à l'employeuse le montant de 3740 fr. avec intérêt. Il a considéré que le remboursement se justifiait dans son principe, mais que le montant demandé (soit 12 058 fr. 90), était excessif

par rapport à un salaire mensuel de 4450 fr. et qu'ainsi seuls les frais d'écolage (par 3740 fr.) pouvaient être réclamés par l'employeuse. Sur recours (principal) de l'employeuse et de l'employée (par voie de jonction), la Chambre des recours du Tribunal cantonal vaudois, par arrêt du 3 septembre 2010, a admis le recours principal, rejeté le recours joint, réformé le chiffre I du dispositif du jugement de première instance en ce sens que l'employée doit payer à l'employeuse la somme nette de 10 821 fr. 75, avec intérêt. La Chambre des recours a considéré que les frais (par 2200 fr.) du «module de base» étaient bien établis et qu'ils devaient être mis à la charge de l'employée en sus du montant de 3740 fr. (frais du «module spécifique»). Elle a retenu que les heures d'absence pour cause de formation devaient être, conformément à l'avenant des 27 et 28 mars 2007, mises à la charge de l'employée (salaire horaire multiplié par 208 heures d'absence, soit un montant de 4881 fr. 75). Enfin, elle a considéré qu'il n'y avait pas lieu de réduire le montant total de 10 821 fr. 75.

L'employée exerce un recours constitutionnel subsidiaire contre l'arrêt cantonal du 3 septembre 2010.

Extraits des considérants:

2.

La recourante ne remet en cause l'arrêt cantonal que dans la mesure où il l'astreint à devoir rembourser le salaire équivalant aux périodes d'absence pour cause de formation (soit le montant de 4881 fr. 75).

(...)

2.3 Selon l'art. 13 al. 4 de l'Ordonnance 1 du 10 mai 2000 relative à la loi sur le travail (OLT 1; RS 822.111), le temps qu'un travailleur consacre à une formation complémentaire ou continue, soit sur ordre de l'employeur, soit, en vertu de la loi, parce que son activité professionnelle l'exige, est réputée temps de travail. Ainsi, si la formation est imposée par l'exécution du travail, le salaire est dû au travailleur pour toute la durée consacrée à la formation (PHILIPPE CARRUZZO, La rémunération du travailleur et le remboursement des frais, 2007, p. 245; STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar, 6^e éd. 2006, n° 7 ad art. 327a CO).

Tel n'est par contre pas le cas lorsque la formation n'est pas imposée par l'exécution du travail, mais destinée à améliorer la capacité professionnelle du travailleur. Une telle formation n'est pas liée à un employeur déterminé ou à un produit spécifique (cf. arrêt 4C.326/2005 du 21 octobre 2005 consid. 4) et elle se distingue du travail qui est exécuté directement dans l'intérêt de l'employeur et qui constitue la contrepartie du salaire (cf. arrêt 4P.264/2001 du 10 janvier 2002 consid. 2c/aa; CARRUZZO, op. cit., p. 246 ss). L'employeur et le travailleur peuvent alors convenir, pour les jours consacrés à la formation de l'employé, de l'octroi d'un congé non payé, ou se mettre d'accord sur le maintien du salaire en contrepartie de l'accomplissement d'un travail compensatoire, ou même convenir

que les heures de cours seront assimilées, en totalité ou en partie, à du temps de travail (cf. CARRUZZO, op. cit., p. 247 s.). Dans ce dernier cas de figure, l'employeur a la liberté de lier sa contribution à un engagement de remboursement dégressif du salaire payé pendant les heures de formation si le travailleur quitte l'entreprise avant l'échéance de la période convenue (cf. CARRUZZO, op. cit., p. 246 et 248; sur l'admissibilité du remboursement des frais de formation: REMY WYLER, Droit du travail, 2^e éd. 2008, p. 289 s.).

La constatation de la nature de la formation, ainsi que des frais y relatifs, relève du fait et lie, par conséquent, la juridiction fédérale (cf. arrêt 4C.326/2005 déjà cité consid. 4).

2.4 En l'espèce, la Chambre des recours, reprenant la constatation des premiers juges, a retenu que la recourante avait suivi une formation non indispensable à l'exécution de son travail, mais qui lui conférait, par l'acquisition de nouvelles connaissances, un avantage durable sur le marché du travail.

Il est ainsi indéniable que la formation n'était pas liée à un employeur déterminé ou à un produit spécifique et que les parties pouvaient, dans un accord, assimiler les heures de cours à du temps de travail et convenir des modalités de remboursement du salaire prévues dans l'avenant des 27 et 28 mars 2007; on ne voit pas en quoi les art 319 ss CO, plus particulièrement les art. 319 al. 1 et 320 al. 3 CO, aurait été appliqués arbitrairement par la cour cantonale.

Enfin, la recourante soutient que la juridiction précédente «confesse son malaise» en n'allouant que le remboursement du salaire net et non celui des cotisations sociales. Elle ne précise toutefois pas en quoi cet argument plaiderait en faveur de l'application arbitraire d'une norme – d'ailleurs non spécifiquement désignée dans l'acte de recours – du droit fédéral. L'argument est au demeurant dénué de pertinence puisque l'intimée a pu procéder de la sorte en faveur de l'employé, pour lui éviter des lacunes de cotisation aux assurances sociales (AVS et prévoyance professionnelle) (cf. CARRUZZO, op. cit., p. 248). Le seul fait que la cour précédente a confirmé le bien-fondé du remboursement du salaire net ne permet donc pas de qualifier d'insoutenable la décision attaquée.

Tribunal fédéral, Arrêt du 15 avril 2011, Doss.-N° 4A_84/2011 et 4A_94/2011 (Rejet des recours interjetés contre l'arrêt rendu le 22 décembre 2010 par la Cour d'appel de la juridiction des prud'hommes du canton de Genève)

Contrat de travail et contrat de licence conclus entre un cycliste professionnel et une société gérant une équipe cycliste internationale. Le contrat de travail et le contrat de licence sont deux contrats indépendants. Il n'est ainsi par arbitraire de considérer que la clause d'élec-

tion de for contenue dans le contrat de travail, en faveur des tribunaux des prud'hommes du canton de Genève, ne concerne pas le contrat de licence lequel prévoit en cas de litige la mise en œuvre d'un arbitrage international (c. 3).

Art. 337 al. 3 CO. Les parties à un contrat de travail n'ont pas la faculté de définir librement certains justes motifs de résiliation immédiate car ils ne sont pas autorisés à restreindre le pouvoir d'appréciation que la loi confère au juge. Dès lors, les motifs de résiliation conventionnels ont pour seule portée d'aider le juge à reconnaître, dans l'évaluation des circonstances, quelles étaient les attentes réciproques les plus importantes selon l'opinion commune des parties (c. 4).

Extraits des faits:

X. est un coureur cycliste professionnel licencié de l'Union cycliste internationale; il est citoyen belge et domicilié à Monaco. Z. Management SA, à Genève, se consacre notamment à la gestion d'une équipe cycliste internationale dénommée Z. Le 19 octobre 2008, X. et Z. Management SA ont conclu un accord intitulé «contrat de travail standard» par lequel celui-ci s'engageait dans l'équipe de celle-ci, en qualité de coureur, du 1^{er} janvier 2009 au 31 décembre 2010. Le salaire annuel était fixé à 385 000 euros. En cas de suspension du coureur selon les règles de l'Union cycliste internationale, le versement du salaire se poursuivrait durant un mois et il serait ensuite, lui aussi, suspendu. L'employeuse devait permettre au coureur d'accomplir son activité de manière adéquate, en lui fournissant l'habillement et l'équipement nécessaires et en l'autorisant à participer à un nombre de courses suffisant, soit en qualité de membre de l'équipe, soit individuellement. Le coureur n'était pas autorisé à participer à une épreuve à titre individuel sans le consentement exprès de l'employeuse; celle-ci était néanmoins réputée avoir donné son consentement si elle ne répondait pas à une requête dans un délai de dix jours. Le coureur pouvait résilier le contrat sans préavis en cas de faute grave de l'employeuse. La faute grave incluait le refus de permettre au coureur, nonobstant ses demandes répétées, de participer à des compétitions durant une période continue de six semaines, ou durant quatre périodes continues de sept jours chacune pendant lesquelles au moins une course d'une journée figurait au calendrier international. Si nécessaire, l'employeuse devait prouver que le coureur ne se trouvait pas en état de prendre part à une course.

L'employeuse pouvait elle aussi résilier le contrat, sans préavis, en cas de faute grave du coureur ou de suspension, selon les règles de l'Union cycliste, pour la durée restante de l'engagement. La faute grave incluait le refus de prendre part à des courses nonobstant les demandes répétées de l'employeuse; le cas échéant, il incombait au coureur de prouver qu'il ne se trouvait pas en état de participer à une course. Le contrat était soumis au

droit suisse et à la juridiction des tribunaux de prud'hommes du canton de Genève.

Le contrat de travail faisait référence à un contrat de licence («image right licence agreement»), conclu simultanément entre les mêmes parties pour avoir effet, lui aussi, du 1^{er} janvier 2009 au 31 décembre 2010. L'employeuse et preneuse de licence obtenait le droit exclusif d'exploiter le nom et l'image du coureur dans le cadre de manifestations publicitaires, pour des produits ou marques de ses propres clients, en contrepartie d'une redevance annuelle fixée à 165 000 euros et payable par tranches trimestrielles. Le contrat de licence était également soumis au droit suisse mais en cas de litige, les parties préoyaient un arbitrage à mettre en œuvre selon les règles de la Chambre de commerce internationale; le siège de cet arbitrage se trouverait à Genève.

Le 28 avril 2009, l'employeuse a adressé un courrier aux coureurs de Z. pour les remercier des bons résultats et des victoires obtenus au cours de la première partie de la saison; elle mentionnait notamment les victoires de X.. Le 11 mai suivant, toutefois, l'employeuse a signifié un avertissement formel à X. par suite de manque de résultats, rendement insuffisant, condition physique défaillante et blessures non signalées. Elle décidait de ne pas verser la première tranche trimestrielle de la redevance prévue par le contrat de licence. X. a répondu trois semaines plus tard pour contester ces reproches et expliquer qu'il avait entrepris tous ses efforts pour remédier à ses problèmes de santé. Dans l'intervalle, le 14 mai 2009, l'employeuse a invité X. à souscrire deux documents qui étaient des avenants au contrat de travail et à celui de licence. Les obligations contractuelles seraient suspendues avec effet immédiat en cas de résultat positif à un test de dopage, ou de violation des règles de l'Union cycliste sur la lutte contre le dopage; en pareil cas, le coureur s'obligeait aussi à payer une indemnité égale à cinq fois les rémunération et redevance annuelles convenues, et l'employeuse se réservait encore des dommages-intérêts. En dépit de l'insistance opiniâtre de l'employeuse, X. s'est refusé à signer ces documents. Il a fait valoir que les règles de l'Union cycliste préoyaient déjà une pénalité égale à un an de salaire, ce qui lui paraissait suffisant. L'employeuse a ouvert une «procédure interne» contre ce coureur, consécutive à son refus de participer à sa politique de lutte contre le dopage; il en résultait que celui-ci, jusqu'à nouvel avis, ne serait plus inscrit à aucune course sous le maillot Z. L'employeuse a confirmé cette mesure, à l'intention du coureur, le 23 juin 2009. Peu avant, ce dernier avait reçu le programme des courses pour les deux prochains mois, où son nom n'apparaissait pas. Le 22 juin, alors que la mesure précitée ne lui était pas encore communiquée, il a signalé ce qui lui semblait être une erreur. Le 1^{er} juillet, il a réécrit pour demander de participer aux courses prévues au programme. Le 16 juillet, il a exigé de l'employeuse qu'elle levât la mesure de suspension prise contre lui et qu'elle versât les sommes contractuellement promises. Le 17, il a fait savoir qu'il ne pouvait pas donner suite à une convocation de l'employeuse qui voulait

l'entendre le 20 juillet à Genève; il demandait une autre entrevue et, derechef, la levée de la suspension et le versement des sommes exigibles.

Le 5 août 2009, par l'entremise de son conseil, le coureur a résilié le contrat de travail avec effet immédiat et il a annoncé des prétentions pécuniaires. Le 13 août, il a aussi résilié le contrat de licence. L'employeuse avait alors versé 160 300,28 euros à titre de salaire pour les mois de janvier à mai 2009.

Le 16 octobre 2009, X. a ouvert action contre Z. Management SA devant le Tribunal de prud'hommes du canton de Genève. Le tribunal était requis de constater la résiliation avec effet immédiat du contrat de travail et du contrat de licence, et de condamner la défenderesse au paiement de 980 699,72 euros. La défenderesse a conclu au rejet de l'action; elle a présenté des conclusions reconventionnelles tendant au paiement de 668 437,50 euros avec intérêts au taux de 5% par an dès le 5 août 2009. Le tribunal s'est prononcé le 21 mai 2010. Il a jugé que les conclusions tendant à une constatation étaient irrecevables; pour le surplus, accueillant partiellement l'action principale, il a condamné la défenderesse à payer 739 583,50 euros plus intérêts. Le tribunal a rejeté l'action reconventionnelle. La Cour d'appel a statué le 22 décembre 2010 sur l'appel de la défenderesse. Elle a déclaré la demande irrecevable, faute de compétence de la juridiction des prud'hommes, en tant qu'elle portait sur une prétention de 330 000 euros, en capital, admise par les premiers juges et fondée sur le contrat de licence; pour le surplus, la Cour a rejeté l'appel et condamné la défenderesse à payer 409 583,50 euros avec intérêts.

Agissant par la voie du recours en matière civile, le demandeur requiert le Tribunal fédéral d'annuler l'arrêt de la Cour d'appel, de confirmer la compétence de la juridiction prud'homale sur toutes les prétentions en cause et de confirmer le jugement du 21 mai 2010. Agissant elle aussi par la voie du recours en matière civile, la défenderesse requiert le Tribunal fédéral de réformer l'arrêt de la Cour d'appel en ce sens que l'action du demandeur soit entièrement rejetée.

Extraits des considérants:

3.

Le recours du demandeur porte exclusivement sur la compétence de la juridiction prud'homale, déclinée par la Cour d'appel, pour connaître d'une prétention de 330 000 euros fondée sur le contrat de licence.

A teneur de l'art. 22 de la loi genevoise sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 (aOJ gen.), demeurée en vigueur jusqu'au 31 décembre 2010, le Tribunal de première instance connaissait en premier ou dernier ressort, selon la valeur litigieuse, de toutes les contestations en matière civile et commerciale, mobilière et immobilière. Sa compétence était toutefois exclue dans les causes qui ressortissaient au Tribunal de prud'hommes, selon la loi sur la juridiction des prud'hommes du 25 février

1999 (aLJP gen.); il s'agissait surtout, selon l'art. 1^{er} al. 1 let. a aLJP gen., des contestations entre employeurs et salariés pour tout ce qui concernait leurs rapports découlant d'un contrat de travail, au sens du titre dixième du code des obligations. La législation genevoise actuelle, depuis le 1^{er} janvier 2011, continue de délimiter ainsi les compétences respectives des juridictions ordinaire et prud'homale (art. 86 al. 1 OJ gen.; art. 1^{er} al. 1 let. a LJP gen.).

L'art. 18 CO régit l'interprétation des déclarations et manifestations de volonté réciproques des cocontractants (cf. ATF 135 III 410 consid. 3.2 p. 412; 133 III 675 consid. 3.3 p. 681). Le demandeur s'y réfère pour soutenir que la Cour d'appel n'a pas élucidé correctement l'objet des contrats conclus le 19 octobre 2008. Il est vrai que l'application de l'art. 1^{er} al. 1 let. a LJP gen. nécessite de qualifier la relation contractuelle des parties sur la base des règles de droit civil fédéral relatives au contrat de travail. Néanmoins, le droit fédéral n'impose pas aux cantons d'attribuer le contentieux du contrat de travail à une juridiction distincte de celles compétentes dans d'autres domaines, et depuis le 1^{er} janvier 2011, leur liberté est consacrée par l'art. 4 al. 1 CPC; c'est pourquoi les compétences fonctionnelles respectives du Tribunal de première instance et du Tribunal de prud'hommes sont délimitées exclusivement par le droit cantonal, alors même que celui-ci incorpore une définition appartenant au droit fédéral; en conséquence, et pour autant qu'un tribunal soit accessible selon l'organisation judiciaire cantonale, une décision relative à la compétence, telle que celle présentement litigieuse, ne peut pas contrevenir à ce droit-ci (ATF 128 III 76 consid. 1a p. 80; 125 III 461 consid. 2 p. 463; 115 II 237 consid. 1c p. 241). En particulier, elle ne peut pas non plus contrevenir à l'art. 18 CO.

Le demandeur se réfère également à l'art. 5 de la loi fédérale sur le droit international privé (LDIP). Cette disposition concerne les conventions d'élection de for; elle permet aux cocontractants, selon les modalités qu'elle spécifie, de soumettre un différend à naître aux tribunaux compétents du lieu voulu par eux et désigné dans leur accord, mais pour le surplus, elle ne leur garantit pas la faculté de déroger aux prescriptions cantonales délimitant les compétences fonctionnelles des tribunaux accessibles au lieu choisi.

Le demandeur invoque encore l'art. 9 Cst. et se plaint d'une application arbitraire du droit cantonal. Il insiste sur la clause d'élection de for insérée dans le contrat de travail; il tente de démontrer que les deux contrats conclus le 19 octobre 2008, étroitement connexes, n'en sont en réalité qu'un seul, et que cette clause d'élection de for vise aussi les prétentions à élever sur la base du contrat de licence. Cette argumentation passe entièrement sous silence que ce contrat-ci prévoit un mode de règlement des litiges – un arbitrage international – excluant la compétence du Tribunal de prud'hommes, de sorte que le grief d'arbitraire apparaît d'emblée inconsistent. Le recours du demandeur se révèle mal fondé et il sera donc rejeté.

4.

La défenderesse conteste que le demandeur se trouvât en droit, le 5 août 2009, de résilier le contrat de travail.

Les parties se sont liées par un contrat de travail de durée déterminée, soumis au droit suisse, qui devait se poursuivre jusqu'au 31 décembre 2010; ce contrat pouvait néanmoins, le cas échéant et en application de l'art. 337 al. 1 CO, être résilié 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 p. 31; 129 III 380 consid. 2.2 p. 382).

Le juge apprécie librement, selon les règles du droit et de l'équité (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 p. 32; 127 III 351 consid. 4a p. 354). Le Tribunal fédéral ne contrôle qu'avec réserve une décision d'équité prise en dernière instance cantonale. Il intervient lorsque la décision s'écarte sans raison des règles établies par la doctrine et la jurisprudence en matière de libre appréciation, ou lorsqu'elle s'appuie sur des faits qui, dans le cas particulier, ne devaient jouer aucun rôle, ou encore lorsqu'elle ignore des éléments qui auraient absolument dû être pris en considération; en outre, le Tribunal fédéral redresse les décisions rendues en vertu d'un pouvoir d'appréciation lorsqu'elles aboutissent à un résultat manifestement injuste ou à une iniquité choquante (ATF 130 III 28 consid. 4.1 p. 32; 130 III 213 consid. 3.1 p. 220; 129 III 380 consid. 2 p. 382).

Dans sa décision, la Cour d'appel retient que les parties à un contrat de travail ont la faculté de définir conventionnellement certains justes motifs de résiliation immédiate. Cette affirmation doit être nuancée; en réalité, les cocontractants ne sont pas autorisés à restreindre le pouvoir d'appréciation que la loi confère au juge, et les motifs de résiliation conventionnels ont pour seule portée d'aider celui-ci à reconnaître, dans l'évaluation des circonstances, quelles étaient les attentes réciproques les plus importantes

selon l'opinion commune des parties (arrêt 4C.149/2002 du 12 août 2002, consid. 1.1; ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL, *Arbeitsvertrag*, 6^e éd., 2006, n° 26 ad art. 337 CO; CHRISTIANE BRUNNER ET AL., *Commentaire du contrat de travail*, 3^e éd., 2004, n° 7 ad art. 337 CO; MANFRED REHBINDER, in *Commentaire bernois*, 1992, n° 4 ad art. 337 CO; voir aussi PIER-MARCO ZEN-RUFFINEN, *Droit du sport*, 2002, p. 214 n° 629). Il s'ensuit que les juges d'appel ne pouvaient pas se référer simplement, sans plus de discussion, au droit de résiliation qui était censément conféré au coureur cycliste, selon le contrat de travail de 19 octobre 2008, au cas où l'employeuse l'empêcherait de participer aux compétitions durant une période continue de six semaines. Il s'imposait plutôt d'examiner si la résiliation du 5 août 2009 répondait effectivement à un juste motif.

5.

Dès mi-mai 2009, le demandeur a refusé la modification du contrat de travail demandée par l'employeuse, modification consistant à prévoir des sanctions conventionnelles en cas de dopage. Ces sanctions devaient s'ajouter à celles déjà prévues par les règles de l'Union cycliste internationale. Le refus de modifier le contrat ne pouvait évidemment pas être considéré comme une violation de ce même contrat, si louable que fût l'intention de la défenderesse de lutter énergiquement contre le dopage; le demandeur jouissait au contraire de la liberté contractuelle, qui inclut la liberté de ne pas contracter (ATF 129 III 35 consid. 6.1 p. 42), et il l'a exercée en n'acceptant pas l'avenant qui lui était proposé. On observe d'ailleurs que la peine conventionnelle envisagée – cinq années de salaire – était grossièrement exagérée et sujette à réduction selon l'art. 163 al. 3 CO.

En conséquence du refus qui lui était opposé, la défenderesse a établi et distribué un programme de courses, semble-t-il pour les mois de juillet et août 2009, où la participation du demandeur n'était pas prévue. La tenue de ce programme n'est pas constatée et le document n'a d'ailleurs pas été produit. Le 23 juin 2009, la défenderesse a confirmé au demandeur que jusqu'à nouvel avis, il ne serait plus inscrit à aucune course sous le maillot Z.. A plusieurs reprises, avant de déclarer la résiliation du contrat de travail le 5 août 2009, le demandeur a vainement exigé d'être réintégré dans l'équipe.

La défenderesse a ainsi exclu le demandeur des compétitions en équipe, pour une durée indéterminée qui était apparemment laissée à sa seule discrétion. Cette mesure n'était justifiée par aucun motif valable; en particulier, elle ne l'était pas par le refus du demandeur d'accepter des sanctions conventionnelles supplémentaires en cas de dopage. Il importe peu que les autres coureurs aient accepté, eux, des avenants identiques à ceux refusés par le demandeur. Il importe également peu que la défenderesse fût, selon ses affirmations, mécontente des prestations sportives du demandeur; les juges ne sont d'ailleurs pas en mesure d'apprécier les performances d'un coureur cycliste et il eût incombé à la demanderesse de requérir une expertise à ce sujet. Ladite mesure constituait une violation

grave du contrat de travail, en tant qu'elle empêchait le demandeur de prendre part à «un nombre suffisant de courses» aux termes de ce même contrat.

Le demandeur a plusieurs fois protesté et exigé sa réintégration. Certes, il n'a pas textuellement menacé la défenderesse d'une résiliation du contrat; néanmoins, selon les circonstances, un avertissement même dépourvu de cette menace explicite peut être concluant au regard de l'art. 337 CO (ATF 127 III 153 consid. 1b–c p. 155). En l'occurrence, au regard des stipulations du contrat de travail visant spécialement le cas où l'employeuse entraverait l'activité du coureur pendant plus de six semaines, la défenderesse pouvait de toute manière s'attendre à une éventuelle résiliation.

6.

Le Tour de France s'est disputé du 4 au 26 juillet 2009, semble-t-il avec la participation de Z. mais certainement sans celle du demandeur. A l'appui de son recours, la défenderesse met en doute que le demandeur eût la volonté et la capacité d'y prendre part, et elle relève que la Cour d'appel n'a fait aucune constatation à ce sujet. Elle relève aussi que la Cour n'a constaté «ni l'existence d'autres courses ayant eu lieu pendant la période de suspension (du 23 juin au 5 août 2009), ni l'incapacité [du demandeur] d'y participer à titre individuel».

La défenderesse ne prétend pas que sur ces points, les juges d'appel aient méconnu des allégués topiques et des preuves concluantes. Or, si elle entendait faire valoir que le demandeur était exclu du Tour de France pour des motifs autres que son refus d'accepter les avenants proposés par elle dès le 14 mai 2009, il lui incombait, au regard de l'art. 8 CC qui répartit le fardeau de la preuve dans les causes soumises au droit civil fédéral, de l'alléguer et de le prouver.

De même, si la défenderesse voulait faire valoir que le demandeur aurait pu prendre part à des compétitions autres que le Tour de France, à titre individuel, il lui incombait d'alléguer et de prouver l'existence de ces compétitions. Elle ne peut donc rien déduire, en sa faveur, du silence de la décision attaquée au sujet d'un contexte qui n'est pas décrit et qu'elle tient pour important. Cette décision indique seulement que le demandeur aurait pu demander l'autorisation de participer individuellement au Championnat de Belgique, dont la date n'est pas précisée. Au regard de ce seul élément, on ne peut pas retenir que le demandeur se soit de son propre chef, indépendamment de la suspension décidée par la défenderesse, abstenu de prendre part à un «nombre suffisant de courses».

La défenderesse ne peut non plus rien déduire de ce que le demandeur a refusé une entrevue proposée à Genève le 20 juillet 2009. La possibilité de prendre part à un entretien ne remplaçait pas celle de prendre part à des compétitions cyclistes.

7.

En définitive, il se confirme que l'exclusion imposée au demandeur, pour une durée indéterminée et sans motif pertinent, était gravement contraire aux obligations contractuelles de la défenderesse. Celle-ci a persisté dans son attitude nonobstant les protestations de son cocontractant. Dans ces conditions, il n'apparaît pas que les juges d'appel, en reconnaissant la validité de la résiliation du 5 août 2009, aient abusé du pouvoir d'appréciation à eux conféré par l'art. 337 al. 3 CO.

Pour le surplus, la défenderesse ne met pas en doute que le montant de 409 583,50 euros soit alloué au demandeur conformément aux règles applicables au contrat de travail. Le recours de la défenderesse se révèle donc, lui aussi, privé de fondement.

Tribunal fédéral, Arrêt du 27 avril 2011, Doss.-N° 4A_89/2011 (Admission partielle du recours en matière civile interjeté contre l'arrêt rendu le 1^{er} novembre 2010 par la Chambre des recours du Tribunal cantonal du canton de Vaud)

Art. 335 al. 1 CO. La résiliation est une déclaration de volonté soumise à réception, qui produit ses effets seulement lorsqu'elle parvient à l'autre partie. Une déclaration de volonté émise sous forme de lettre parvient à son destinataire au moment où elle entre dans la sphère d'influence de celui-ci, d'une manière telle que l'on peut prévoir, selon les usages, qu'il en prendra connaissance. Un éventuel refus de recevoir la lettre et d'en lire le contenu n'est pas opposable à l'auteur de cet écrit (c. 3).

Selon l'art. 336c al. 1 let. b CO, l'employeur ne peut pas résilier le contrat de travail pendant une incapacité de travail totale ou partielle résultant d'une maladie ou d'un accident. Lorsque le travailleur accomplit son travail normalement, sans présenter aucun signe de maladie, jusqu'à son licenciement en début d'après-midi, qu'il se plaint de malaise seulement après, et qu'il se rend chez son médecin le jour même par ses propres moyens, il n'y pas lieu de retenir que la résiliation est intervenue en temps inopportun même si le médecin consulté a attesté de l'incapacité (c. 3).

Art. 324 al. 2 CO. Les indemnités mensuelles de repas et de frais de représentation sont des prestations distinctes du salaire; en effet, parce que les indemnités de ce genre ne sont pas versées pendant les périodes d'incapacité de travail, elles ne sont pas non plus dues dans les périodes où le travailleur est libéré de l'obligation de travailler et doit imputer sur le salaire ce qu'il épargne par suite de son inactivité (c. 6).

Extraits des faits:

Dès le 1^{er} mai 2007, X. est entré au service de la Compagnie d'assurances Z. SA en qualité d'inspecteur de sinistres. Son salaire mensuel, payable treize fois par an, fut fixé à 9032 fr. à partir du 1^{er} mai 2008; il s'y ajoutait des indemnités mensuelles de repas et frais de représentation au total de 450 francs. A son intention, l'employeuse a préparé une lettre de licenciement avec effet au 31 janvier 2009, datée du 24 octobre 2008. Trois collaborateurs furent chargés de la lui notifier ce même jour, alors qu'il se trouvait dans les locaux de l'entreprise pour l'accomplissement de son travail. Il refusa toutefois de recevoir cet écrit et quitta les locaux. Il consulta un médecin, lequel délivra un certificat attestant d'une incapacité de travail dès le 24 octobre 2008. Cette incapacité s'est prolongée jusqu'au 21 janvier 2009. X. a subi une deuxième période d'incapacité de travail, consécutive à un accident, du 17 février au 2 mars 2009. Il était par ailleurs libéré de l'obligation de travailler et l'accès des locaux lui était interdit.

Le 31 janvier 2009, X. a ouvert action contre la compagnie d'assurances devant le Tribunal de prud'hommes de l'arrondissement de Lausanne. La défenderesse devait être condamnée à payer 20 264 fr. à titre d'arriérés de salaire et d'indemnités. Le 25 juin 2009, le demandeur a introduit une demande additionnelle portant sur un mois de rémunération supplémentaire. Le tribunal s'est prononcé par jugement du 20 mai 2010. Accueillant partiellement l'action, il a condamné la défenderesse à payer 13 245 fr. 35 à titre de salaire, soumis aux déductions sociales, et 1300 fr. à titre d'indemnité nette. Statuant le 1^{er} novembre 2010, la Chambre des recours du Tribunal cantonal a rejeté le recours du demandeur et confirmé le jugement.

Agissant personnellement par la voie du recours en matière civile, le demandeur requiert le Tribunal fédéral de lui allouer le salaire des mois de mai et juin 2009 en sus des prestations déjà obtenues devant le Tribunal de prud'hommes.

Extraits des considérants:

3.

Le demandeur conteste qu'il ait été valablement licencié le 24 octobre 2008.

Les parties s'étaient liées par un contrat de travail de durée indéterminée et ce contrat pouvait être résilié conformément à l'art. 335 al. 1 CO. En règle générale, la résiliation est une déclaration libre de forme, mais il est établi qu'en l'espèce, les conditions d'engagement du personnel de la défenderesse, incorporée au contrat des parties, prévoyaient que la résiliation serait soumise à la forme écrite.

La lettre du 24 octobre 2008, dûment signée, constituait l'avis écrit nécessaire selon les termes du contrat.

La résiliation est une déclaration de volonté soumise à réception, qui produit ses effets seulement lorsqu'elle parvient à l'autre partie (ATF 133 III 517 consid. 3.3 p. 523; 113 II 259 consid. 2a p. 261). Une déclaration de volonté émise sous forme de lettre parvient à son destinataire au moment où elle entre dans la sphère d'influence de celui-ci, d'une manière telle que l'on peut prévoir, selon les usages, qu'il en prendra connaissance (PETER GAUCH et al., *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, 9^e éd., vol. I, n. 199 et 200 p. 38). Un éventuel refus de recevoir la lettre et d'en lire le contenu n'est pas opposable à l'auteur de cet écrit. En l'occurrence, la résiliation est entrée dans la sphère d'influence du demandeur au moment où les collaborateurs désignés par la défenderesse ont voulu la lui remettre et se sont heurtés à un refus. La résiliation est donc intervenue, dans la forme requise, aussi ce même 24 octobre 2008. Le demandeur soutient inutilement que son adverse partie n'a alors procédé qu'à une notification verbale; en particulier, ses dénégations ne suffisent pas à invalider les constatations du Tribunal de prud'hommes fondées sur le témoignage de l'employé A., témoignage dont le compte-rendu indique textuellement que la lettre de résiliation a été présentée au demandeur et qu'il a refusé de la contresigner.

Selon l'art. 336c al. 1 let. b CO, l'employeur ne peut pas résilier le contrat de travail pendant une incapacité de travail totale ou partielle résultant d'une maladie ou d'un accident. Sur la base des témoignages, les premiers juges ont constaté que le demandeur a accompli son travail normalement le 24 octobre 2008, sans présenter aucun signe de maladie, jusqu'à son licenciement en début d'après-midi, qu'il s'est plaint de malaise seulement après et qu'il s'est rendu chez le médecin par ses propres moyens. Dans ces circonstances, contrairement à l'argumentation développée par le demandeur, alors même que le médecin consulté a attesté de son incapacité de travail dès le 24 octobre 2008, la résiliation n'est pas intervenue en temps inopportun selon la disposition précitée.

4.

Le Tribunal de prud'hommes a pris en considération un délai de résiliation de deux mois; en raison de deux périodes d'incapacité de travail, du 24 octobre 2008 au 21 janvier 2009 puis du 17 février au 2 mars 2009, il a retenu que le contrat de travail a pris fin le 30 avril suivant. Le demandeur soutient que son adverse partie devait observer un délai de trois mois et que le contrat n'est donc arrivé à échéance que le 31 mai 2009.

Lors de la résiliation, le demandeur accomplissait sa deuxième année de service; en règle générale, pour ce degré d'ancienneté, les conditions d'engagement incorporées au contrat prévoyaient un délai de résiliation de deux mois. Le Tribunal de prud'hommes s'est référé à cette clause générale, qui correspond d'ailleurs au régime ordinaire de 335c al. 1 CO.

Avec raison, le demandeur fait valoir que lesdites conditions d'engagement comportaient une dérogation en faveur des «membres des cadres», en ce sens que le délai était fixé à trois mois pour cette catégorie de

travailleurs. Des pièces présentes au dossier, précisément désignées dans le mémoire de recours, soit deux versions successives du contrat de travail personnel du demandeur et une liste de personnes admises ou promues à des fonctions de cadre, signée du directeur général de la défenderesse, il ressort textuellement que le demandeur était engagé à titre de «membre des cadres». Indiscutablement, les premiers juges n'ont constaté le statut contractuel du demandeur que de manière incomplète, et ils ont retenu à tort un délai de résiliation de deux mois seulement; la défenderesse devait observer, en réalité, un délai de trois mois.

A l'argumentation du demandeur, la Chambre des recours a opposé une fin de non recevoir très sommaire, en considérant que la résiliation signifiée le 24 octobre 2008 pour fin janvier 2009 respectait de toute manière un délai de trois mois. Elle n'a tenu aucun compte des périodes d'incapacité de travail.

5.

Le délai de résiliation du contrat de travail se compute rétrospectivement dès le jour auquel il est censé expirer (ATF 134 III 354 consid. 2 et 3 p. 358). En l'espèce, ce délai de trois mois devait courir du 1^{er} novembre 2008 au 31 janvier 2009.

Deux périodes d'incapacité de travail sont survenues après la résiliation du contrat, soit du 25 octobre 2008 au 21 janvier 2009 et du 17 février au 2 mars 2009.

En vertu de l'art. 336c al. 2 CO, le délai s'est trouvé suspendu dès son propre commencement et jusqu'à la fin de la première de ces périodes, du 1^{er} novembre 2008 au 21 janvier 2009, soit durant huitante-deux jours. Le délai a couru du 22 au 31 janvier 2009, puis, au delà, du 1^{er} au 16 février, pendant seize des huitante-deux jours qui devaient être reportés. Après une deuxième suspension correspondant à la deuxième période d'incapacité de travail, les soixante-six jours restants se sont écoulés du 3 mars au 7 mai 2009, qui était ainsi le dernier jour du délai. L'échéance s'est trouvée reportée au 31 mai 2009 par l'effet de l'art. 336c al. 3 CO.

En conséquence, le demandeur est fondé à réclamer le salaire du mois de mai 2009 et la part du treizième salaire correspondante; ces prestations ne lui ont pas été allouées puisque la somme effectivement reçue à ce titre est affectée, par le jugement de première instance confirmé par la Chambre des recours, au salaire des mois de décembre 2008 et janvier 2009.

6.

Le salaire d'un mois et la part proportionnelle du treizième salaire s'élèvent respectivement à 9032 fr. et 753 francs. Contrairement à l'opinion du demandeur, les indemnités mensuelles de repas et de frais de représentation sont des prestations distinctes du salaire; en effet, parce que les indemnités de ce genre ne sont pas versées pendant les périodes d'incapacité de travail (ULLIN STREIFF ET ADRIAN VON KAENEL, Arbeitsvertrag, 6^e éd., 2006, n° 9 ad art. 324a–b CO), elles ne sont pas non plus dues dans les périodes où le travailleur est libéré de l'obligation de travail-

ler et doit imputer sur le salaire, en vertu de l'art. 324 al. 2 CO, ce qu'il épargne par suite de son inactivité (cf. ATF 128 III 271 consid. 4a/bb p. 281/282). La seule référence aux «conditions générales d'engagement», dans le mémoire de recours, ne suffit pas à établir l'existence d'un accord plus favorable au demandeur. Celui-ci recevra donc 9785 fr. pour le mois de mai 2009.

7.

Le contrat ayant pris fin au 31 de ce mois, aucun salaire n'est dû pour le mois de juin 2009; le demandeur argue vainement, alors qu'il n'a jamais été réintégré dans l'entreprise, de la conclusion tacite d'un nouveau contrat de travail.

Tribunal fédéral, Arrêt du 28 avril 2011, Doss.-N° 4A_53/2011 (Rejet du recours contre le jugement rendu le 9 décembre 2010 par la 1^{re} Cour civile du Tribunal cantonal du canton de Neuchâtel), in: ATF 137 III 303

Art. 337 al. 1 CO; résiliation immédiate justifiée du contrat par le travailleur.

Selon les circonstances, le travailleur peut avoir un intérêt légitime à fournir effectivement la prestation prévue contractuellement. Un tel intérêt à être effectivement occupé doit être notamment reconnu s'agissant d'un sportif professionnel, en l'occurrence un footballeur (consid. 2.1).

Le travailleur victime d'une atteinte à sa personnalité contraire à l'art. 328 al. 1 CO peut prétendre à une indemnité pour tort moral aux conditions fixées par l'art. 49 al. 1 CO (rappel de la jurisprudence; consid. 2.2).

Art. 337 Abs. 1 OR; gerechtfertigte fristlose Kündigung des Vertrags durch den Arbeitnehmer.

Der Arbeitnehmer kann unter Umständen ein legitimes Interesse daran haben, die vertraglich vereinbarte Leistung tatsächlich zu erbringen. Ein solches Interesse an einer tatsächlichen Beschäftigung muss namentlich bei einem professionellen Sportler, im vorliegenden Fall bei einem Fussballspieler, anerkannt werden (E. 2.1).

Ein Arbeitnehmer, dessen Persönlichkeit i.S. von Art. 328 Abs. 1 OR verletzt wurde, kann eine Genugtuung gemäss den Voraussetzungen des Art. 49 Abs. 1 OR verlangen (Bestätigung der Rechtsprechung; E. 2.2).

Extrait des considérants:

2.

2.1 La recourante prétend que n'étaient pas réunies les conditions permettant au travailleur de résilier immédiatement le contrat pour de justes motifs.

2.1.1 Il ressort des constatations cantonales – qui lient le Tribunal fédéral (art. 105 al. 1 LTF) – que l'employeur n'a jamais manifesté la volonté de mettre fin au contrat de travail avant son échéance fixée au 30 juin 2006. La question litigieuse est de savoir si le travailleur était en droit de mettre fin au contrat immédiatement en application de l'art. 337 CO.

Il ressort clairement du texte de cette disposition que la faculté de résilier immédiatement le contrat pour de justes motifs est ouverte non seulement à l'employeur, mais aussi au travailleur.

Selon l'art 337 al. 1 1^{re} phrase CO, l'employeur et le travailleur peuvent résilier immédiatement le contrat en tout temps pour de justes motifs. 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 (art. 337 al. 2 CO).

Selon la jurisprudence, la résiliation immédiate pour justes motifs, qui constitue une mesure exceptionnelle, doit être admise de manière restrictive; les faits invoqués à l'appui d'une résiliation immédiate doivent avoir entraîné la perte du rapport de confiance qui constitue le fondement du contrat de travail. En règle générale, seule une violation particulièrement grave des obligations contractuelles peut justifier une telle résiliation, mais d'autres incidents peuvent également justifier une telle mesure; ainsi, une infraction pénale commise au détriment de l'autre partie constitue en règle générale un motif justifiant la résiliation immédiate. Le juge apprécie librement s'il existe de justes motifs (art. 337 al. 3 in initio CO) et il applique les règles du droit et de l'équité (art. 4 CC); à cet effet, il prendra en considération tous les éléments du cas particulier, notamment la position et la responsabilité du travailleur, le type et la durée des rapports contractuels, ainsi que la nature et l'importance des incidents invoqués.

Le Tribunal fédéral ne revoit qu'avec réserve la décision d'équité prise en dernière instance cantonale; il n'intervient que lorsque celle-ci s'écarte sans raison des règles établies par la doctrine et la jurisprudence en matière de libre appréciation, ou lorsqu'elle s'appuie sur des faits qui, dans le cas particulier, ne devaient jouer aucun rôle, ou à l'inverse, lorsqu'elle n'a pas tenu compte d'éléments qui auraient absolument dû être pris en considération; il sanctionnera en outre les décisions rendues en vertu d'un pouvoir d'appréciation lorsque celles-ci aboutissent à un résultat manifestement injuste ou à une iniquité choquante (ATF 130 III 28 consid. 4.1 p. 31 s. et les arrêts cités).

Si les justes motifs de la résiliation immédiate du contrat consistent dans son inobservation par l'une des parties, celle-ci doit réparer intégralement le dommage causé, compte tenu de toutes les prétentions découlant des rapports de travail (art. 337b al. 1 CO). Le dommage couvert par l'art. 337b al. 1 CO correspond à l'ensemble des préjudices financiers qui sont dans un rapport de causalité adéquate avec la fin anticipée du contrat de travail; ainsi, le travailleur amené à donner une résiliation immédiate peut réclamer la perte de gain consécutive à la résiliation anticipée des rapports de travail, ce qui équivaut au montant auquel peut prétendre, en vertu de l'art. 337c al. 1 et 2 CO, un salarié injustement licencié avec effet immédiat par son employeur (ATF 133 III 657 consid. 3.2 p. 659 s.).

Lorsque la résiliation immédiate émane du travailleur – comme c'est le cas en l'espèce –, celui-ci ne peut pas prétendre à une indemnité sur la base de l'art. 337c al. 3 CO; en revanche, s'il y a eu atteinte à ses droits de la personnalité (art. 328 CO), il peut réclamer une indemnité pour tort moral aux conditions de l'art. 49 CO (ATF 133 III 657 consid. 3; ATF 130 III 699 consid. 5.1 p. 704).

2.1.2 En l'espèce, le conflit trouve son origine dans une désobéissance de la part du travailleur. Selon les constatations cantonales – qui lient le Tribunal fédéral (art. 105 al. 1 LTF) – l'intimé a contesté, durant la mi-temps d'un match et devant les autres joueurs, une consigne donnée par l'entraîneur.

On ne saurait sous-estimer l'importance de la discipline au sein d'une équipe pour disputer efficacement un match de football. La contestation de l'intimé apparaît d'autant plus grave qu'il assumait la charge de capitaine de l'équipe. Comme le contrat de travail s'inscrit dans la durée, on ne doit cependant pas, pour apprécier la gravité d'une faute, isoler un comportement ponctuel de l'ensemble de son contexte. Il ressort également des constatations cantonales que l'intimé jouait pour ce club de football depuis plus de cinq ans, apparemment à la satisfaction de son employeur, puisque la charge de capitaine lui avait été confiée. Aucune incartade précédente n'a été constatée. Il s'agit donc d'une défaillance unique. Il n'a pas été retenu par la cour cantonale que le comportement de l'intimé aurait eu pour l'équipe une influence défavorable dans le cours du match. Il n'est même pas constaté que la contestation de l'intimé aurait été injustifiée. En conséquence la gravité de cet acte de désobéissance isolé, dans le feu de l'action, ne doit pas non plus être exagérée. Une réaction appropriée aurait consisté à laisser l'intimé sur le banc de touche et à le remplacer par un autre joueur. Son exclusion définitive de l'équipe professionnelle apparaît clairement comme une réaction disproportionnée.

La recourante semble d'ailleurs en être consciente puisqu'elle n'a pas tenté de soutenir que les circonstances lui permettaient de résilier immédiatement le contrat pour de justes motifs en l'application de l'art. 337 CO. Elle a cependant choisi – d'où la naissance du problème à résoudre – d'adopter une attitude qui équivaut dans les faits à une résiliation immé-

diante, sans que les justes motifs ne soient réunis. Il ressort clairement des courriers de la recourante – tels qu’ils sont reproduits dans l’arrêt cantonal (art. 105 al. 1 LTF) – que celle-ci a définitivement renoncé aux prestations de l’intimé, qui n’avait plus aucun espoir de jouer pour ce club de football et qui ne pouvait même plus s’entraîner avec l’équipe professionnelle, mais seulement avec l’équipe des joueurs de moins de 21 ans.

On ne se trouve pas dans un cas où l’employeur, pour une quelconque raison, n’aurait plus eu de travail à donner à l’employé, mais dans un cas où l’employeur a choisi d’expulser immédiatement et définitivement le travailleur (attitude que l’intimé a interprétée comme un licenciement abrupt). Toutefois, en ne donnant pas le congé immédiat (alors qu’il n’y avait pas de justes motifs pour ce faire), l’employeur pouvait espérer échapper au paiement du salaire variable (parce que le footballeur ne jouait plus) et d’une indemnité fondée sur l’art. 337c al. 3 CO (pour licenciement immédiat injustifié); la continuation du rapport de travail était conçue dans l’intérêt de l’employeur, alors même qu’elle plaçait le travailleur, comme on va le voir, dans une situation insupportable pour lui.

Certes, le contrat de travail est un contrat synallagmatique. Le travail fourni par l’employé et le salaire versé par l’employeur sont des prestations qui s’échangent l’une l’autre. L’intérêt de l’employeur est de recevoir le travail et l’intérêt de l’employé est de toucher son salaire. Si l’employeur renonce à donner du travail à l’employé tout en lui payant son salaire, on se trouve en principe devant un cas de demeure du créancier (cf. art. 324 al. 1 CO), puisque l’employeur est le créancier de la prestation de travail.

On ne peut cependant pas ignorer que le travailleur peut avoir un intérêt légitime à fournir effectivement la prestation prévue au contrat; un employé qui ne travaille plus se déprécie sur le marché du travail et son avenir professionnel s’en trouve compromis. La doctrine a reconnu, en particulier pour des artistes, des sportifs professionnels ou des chirurgiens, un intérêt légitime à être effectivement occupés par l’employeur (REHBINDER/STÖCKLI, *Berner Kommentar*, 2010, n° 13 ad art. 328 CO; PHILIPPE CARRUZZO, *Le contrat individuel de travail*, 2009, p. 276; CHRISTIANE BRUNNER ET AL., *Commentaire du contrat de travail*, 2004, n° 13 ad art. 328 CO; CHRISTIAN FAVRE ET AL., *Le contrat de travail*, 2^e éd. 2010, n° 1.33 ad art. 328 CO; FRANK VISCHER, *Le contrat de travail*, TDPS VII, tome I, 2, 1982, p. 82; WOLFGANG PORTMANN, in *Basler Kommentar, Obligationenrecht*, vol. I, 4^e éd. 2007, n° 22 ad art. 328 CO; PIERRE ENGEL, *Contrats de droit suisse*, 2000, p. 334; question laissée ouverte in arrêt 4C.240/2000 du 2 février 2001 consid. 3b/bb/aaa).

Il est évident qu’un footballeur professionnel jouant en première division doit, pour conserver sa valeur sur le marché du travail, non seulement s’entraîner régulièrement avec des joueurs de son niveau, mais aussi disputer des matchs avec des équipes du niveau le plus élevé possible. Or, l’intimé n’avait plus aucun espoir de disputer un match et n’était plus admis qu’à s’entraîner avec une équipe d’un niveau inférieur au sien. Fondée

sur une réaction disproportionnée, l'attitude du club lésait gravement l'intérêt de l'intimé à exercer l'activité pour laquelle il avait été engagé. A cela s'ajoute que l'entraîneur – qui était son supérieur hiérarchique et représentait l'employeur – s'était exprimé, par la voie de la presse, en qualifiant l'intimé de traître et en montrant qu'il le tenait pour un imbécile. La situation était ainsi devenue insupportable pour l'intimé, de sorte que l'on peut aisément comprendre qu'il n'ait pas voulu continuer de rester, jusqu'à l'échéance du contrat, dans un club où il était méprisé et où il n'avait plus la possibilité d'être sélectionné pour un match. L'attitude adoptée par le club vidait le contrat de son sens. Dans ce contexte, on ne pouvait pas exiger de l'intimé la continuation du rapport de travail.

Les conditions d'une résiliation immédiate pour justes motifs au sens de l'art. 337 al. 1 CO étaient donc réunies.

2.1.3 La recourante soutient que l'intimé aurait tardé à invoquer les justes motifs, de sorte qu'il serait déchu du droit de s'en prévaloir (sur cette question, cf. ATF 130 III 28 consid. 4.4 p. 34).

L'intimé pouvait de bonne foi s'imaginer que la décision prise à chaud par l'entraîneur ne serait pas forcément avalisée par le club. Ce n'est qu'à réception de la lettre du 2 mars 2006 qu'il a su qu'il n'avait plus aucun espoir de jouer avec cette équipe. On peut admettre qu'il a agi sans retard en répondant, par lettre du 10 mars 2006, qu'il interprétait l'attitude de l'employeur comme un licenciement avec effet immédiat. Il a ainsi clairement montré qu'il n'envisageait pas la continuation du rapport de travail dans ces conditions. Certes, l'employeur ne lui avait en réalité pas vraiment donné le congé, mais le principe de la bonne foi obligeait alors la recourante à répondre immédiatement pour dissiper le malentendu. Elle ne l'a pas fait, laissant ainsi l'intimé dans l'incertitude, ce qui a amené ce dernier, par lettre du 20 mars 2006, à résilier lui-même le contrat. La recourante ayant tardé à répondre à la lettre du 10 mars 2006, elle ne peut, sans violer les règles de la bonne foi (art. 2 CC), reprocher à l'intimé d'avoir tardé à envoyer sa lettre de résiliation. Dès qu'il a connu la prise de position de son employeur par lettre du 2 mars 2006, l'intimé, par ses plis des 10 et 20 mars 2006, a clairement montré qu'il n'entendait pas poursuivre la relation de travail. Qu'il y ait eu un certain flottement est exclusivement dû au fait que la recourante, contrairement aux règles de la bonne foi, n'a pas répondu dans un délai usuel à la lettre du 10 mars 2006, alors même qu'elle devait bien se rendre compte que l'intimé se trompait sur sa position. Dans de telles circonstances, on ne saurait dire que l'intimé, par une passivité prolongée, a montré qu'il s'accommodait en réalité de la poursuite du contrat jusqu'à son échéance.

2.2 La recourante reproche aussi à la cour cantonale d'avoir alloué à l'intimé une indemnité pour tort moral en application des art. 328 et 49 CO.

2.2.1 Invoquant une violation arbitraire (art. 9 Cst.) de l'art. 56 al. 1 du code de procédure civile neuchâtelois, la recourante soutient que la cour cantonale a violé l'interdiction de statuer *ultra petita*.

Il ressort cependant clairement des constatations cantonales – dont l'arbitraire n'est pas invoqué (art. 106 al. 2 LTF) – que l'intimé a demandé une indemnité pour l'extinction abusive et injustifiée du rapport de travail qu'il a chiffrée à 49 063 fr. 50. Ainsi, le montant demandé et les circonstances de fait sur lesquelles s'appuyait cette prétention apparaissaient clairement. En n'allouant à l'intimé que 15 000 fr. (alors qu'il demandait 49 063 fr. 50), la cour cantonale n'a manifestement pas statué au-delà de ce qui était demandé.

Il est vrai que l'intimé, en méconnaissant apparemment la jurisprudence publiée à l'ATF 133 III 657, avait fondé juridiquement sa demande sur l'art. 337c al. 3 CO. Il s'agit là cependant d'une erreur sur la construction juridique et la cour cantonale, en application du principe *iura novit curia*, pouvait assurément apporter la rectification nécessaire et fonder correctement la demande sur l'art. 49 CO. La recourante ne prétend pas que la procédure cantonale interdisait à la cour cantonale de modifier la construction juridique présentée par le demandeur; il n'y a donc pas à examiner la question sous cet angle (art. 106 al. 2 LTF).

2.2.2 Selon l'art. 328 al. 1 CO, l'employeur protège et respecte, dans les rapports de travail, la personnalité du travailleur. En particulier, l'employeur ne doit pas stigmatiser, de manière inutilement vexatoire et au-delà du cercle des intéressés, le comportement d'un travailleur (cf. ATF 130 III 699 consid. 5.2 p. 705 s.). Le salarié victime d'une atteinte à sa personnalité contraire à cette disposition du fait de son employeur ou des auxiliaires de celui-ci (art. 101 al. 1 CO) peut prétendre à une indemnité pour tort moral aux conditions fixées par l'art. 49 al. 1 CO. Cette norme prévoit que celui qui subit une atteinte illicite à sa personnalité a droit à une somme d'argent à titre de réparation morale, pour autant que la gravité de l'atteinte le justifie et que l'auteur ne lui ait pas donné satisfaction autrement; l'ampleur de la réparation morale dépend avant tout de la gravité des souffrances consécutives à l'atteinte subie par la victime et de la possibilité de l'adoucir sensiblement par le versement d'une somme d'argent. La fixation de l'indemnité pour tort moral est une question d'appréciation, de sorte que le Tribunal fédéral ne la revoit qu'avec retenue (ATF 130 III 699 consid. 5.1 p. 704 s. et les références citées).

Il a été constaté (art. 105 al. 1 LTF) que l'entraîneur a fait des déclarations par la voie de la presse qui lui ont valu une condamnation pénale pour atteinte à l'honneur. La recourante ne conteste pas l'existence de cette infraction. Il s'agit là d'un acte illicite au sens de l'art. 41 CO. Il n'est pas douteux que l'entraîneur a agi dans le cadre de son travail et la recourante ne prétend pas qu'elle ait exercé un quelconque contrôle sur l'entraîneur avant que celui-ci ne fasse ses déclarations. En conséquence, la prétention

en réparation du tort moral pouvait aussi se fonder sur la responsabilité extra-contractuelle de l'art. 55 CO.

Une atteinte à l'honneur pénalement réprimée constitue évidemment aussi une atteinte aux droits de la personnalité au sens de l'art. 28 CC. Dans le cadre du contrat de travail, l'employeur doit respecter la personnalité du travailleur (art. 328 al. 1 CO) et il faut lui imputer le comportement des travailleurs auxquels il confie des tâches de direction à l'égard de son personnel (art. 101 al. 1 CO). La recourante est donc également responsable sur le plan contractuel, en application de l'art. 328 al. 1 CO, de l'atteinte portée par l'entraîneur au droit de la personnalité du travailleur.

Que l'on se fonde sur la responsabilité délictuelle ou sur la responsabilité contractuelle, l'intimé pouvait en conséquence se voir octroyer une réparation morale aux conditions de l'art. 49 al. 1 CO (cf. également art. 99 al. 3 CO).

En l'espèce, l'intimé a été traité publiquement, par la voie de la presse, de traître et d'imbécile dans un contexte où, étant le capitaine de l'équipe de football et jouant pour elle depuis plus de cinq ans, il se trouvait du jour au lendemain chassé de l'équipe, pour des faits qui ne justifiaient pas une telle réaction. Le comportement imputé à la recourante était assurément de nature à causer une grave atteinte à la réputation professionnelle de l'intimé (la cour cantonale retient qu'il n'a pas retrouvé de travail comme footballeur professionnel). Le fait d'être ainsi dénigré publiquement et chassé soudainement du club dans lequel il exerçait un rôle important, cela pour des raisons qui ne justifiaient pas une telle réaction, était assurément de nature à provoquer chez l'intimé une importante souffrance morale. En considérant que l'atteinte justifiait l'octroi d'une indemnité pour tort moral, la cour cantonale n'a pas violé l'art. 49 al. 1 CO.

2.3 La recourante ne discute pas les chiffres retenus par la cour cantonale pour ce qui est des dommages-intérêts et de l'indemnité pour tort moral, de sorte qu'il n'y a pas lieu d'y revenir.

Tribunal fédéral, Arrêt du 2 mai 2011, Doss.-N° 4A_73/2011 (Admission du recours en matière civile interjeté contre l'arrêt rendu le 10 décembre 2010 par la Cour d'appel de la juridiction des prud'hommes du canton de Genève)

Art. 321c CO. Selon la jurisprudence, les parties peuvent valablement prévoir, par écrit, que les heures supplémentaires seront rémunérés sans supplément ou ne seront pas rémunérées du tout, à tout le moins lorsque la rémunération des heures supplémentaires est forfaitairement comprise dans le salaire. La situation est cependant particulière lorsque le travailleur accomplit des heures supplémentaires en nombre excédant notablement ce qui était prévisible lors de la conclusion du contrat. Dans cette hypothèse, il est en effet possible d'appliquer la

théorie de l'imprévision, selon laquelle la partie liée par un contrat peut se dégager partiellement ou totalement de ses obligations en cas de changement important et imprévisible des circonstances, ayant pour effet de créer une disproportion grave, entre sa prestation et la contre-prestation de l'autre partie, que le maintien du contrat se révélerait abusif (c. 4).

On peut aussi se demander si la possibilité d'intégrer dans le salaire la rémunération forfaitaire des heures supplémentaires ne doit pas être conditionnée au fait que le salaire soit suffisamment élevé pour inclure une rémunération équitable des heures supplémentaires ou à tout le moins excéder un éventuel salaire minimum (c. 4).

Extraits des faits:

Dès le 1^{er} décembre 2005, Z. est entré au service de X. SA en qualité de comptable. Selon le contrat conclu par écrit le 28 septembre précédent, la durée du travail était fixée à quarante heures par semaine, à accomplir du lundi au vendredi avec présence obligatoire de neuf heures à midi et de quatorze heures à seize heures; des arrangements particuliers seraient possibles avec l'accord de la direction. Le salaire mensuel était fixé à 7500 fr., payable douze fois par an; il s'y ajouterait un bonus annuel à déterminer librement par la direction. Cette rémunération comprenait «les compensations pour les heures supplémentaires et les voyages d'affaires».

Le 17 mars 2008, l'employeuse a résilié le contrat avec effet au 31 mai suivant.

Le 14 juillet 2009, Z. a ouvert action contre l'employeuse devant le Tribunal de prud'hommes du canton de Genève. La défenderesse devait être condamnée au paiement de diverses sommes au total de 65 798 fr. en capital. Le tribunal s'est prononcé le 10 mars 2010. Il a rejeté la demande en paiement. La Cour d'appel a statué le 10 décembre 2010 sur l'appel du demandeur. Elle lui a reconnu deux prétentions aux montants de 17 750 fr. 10 et 3966 fr., respectivement pour paiement d'heures supplémentaires et pour compensation de vacances non prises.

Agissant par la voie du recours en matière civile, la défenderesse requiert le Tribunal fédéral de réformer l'arrêt de la Cour d'appel en ce sens qu'elle ne soit condamnée à aucun paiement.

Extraits des considérants:

2.

En l'état de la cause, le litige porte exclusivement sur une prétention de 17 750 fr. 10 pour paiement d'heures de travail supplémentaires, prétention que la Cour d'appel a reconnue au demandeur et que la défenderesse persiste à contester.

3.

Cette partie-ci fait notamment valoir que selon les termes exprès du contrat de travail conclu par écrit le 28 septembre 2005, le salaire mensuel et le bonus annuel incluaient le paiement des heures de travail supplémentaires qui n'étaient pas compensées. Elle tient cet accord pour valable au regard de l'art. 321c al. 3 CO et elle reproche à la Cour d'appel de l'avoir méconnu.

4.

Aux termes de cette disposition légale, l'employeur est tenu de rétribuer les heures de travail supplémentaires – soit celles excédant le nombre d'heures à fournir d'après le contrat – qui ne sont pas compensées par un congé, en versant le salaire normal majoré d'un quart au moins, sauf clause contraire d'un accord écrit, d'un contrat-type de travail ou d'une convention collective.

Selon la jurisprudence qui s'y rapporte, les parties peuvent valablement prévoir, par écrit, que les heures supplémentaires seront rémunérées sans supplément ou ne seront pas rémunérées, «à tout le moins lorsque la rémunération des heures supplémentaires est forfaitairement comprise dans le salaire» (arrêt de la I^{re} Cour civile du 2 septembre 1998; ATF 124 III 469 consid. 3a p. 472).

La doctrine admet généralement que le salaire ordinaire puisse inclure, si les parties en conviennent ainsi par écrit, une rémunération forfaitaire des heures supplémentaires non compensées, de sorte que ces heures ne donneront droit à aucun paiement spécifique (cf. ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL, *Arbeitsvertrag*, 6^e éd., 2006, n° 5 ad art. 321c CO, avec référence aux autres auteurs). On réserve parfois l'hypothèse où le travailleur accomplit des heures supplémentaires en nombre excédant notablement ce qui était prévisible lors de la conclusion de l'accord, de sorte que, selon les auteurs concernés, l'employeur ne peut plus s'en prévaloir pour refuser une rémunération spécifique (*ibidem*); en réalité, cette préoccupation ne fait référence qu'à la théorie de l'imprévision à appliquer dans toute espèce de relation contractuelle, selon laquelle la partie liée par un contrat peut se dégager partiellement ou totalement de ses obligations en cas de changement important et imprévisible des circonstances, ayant pour effet de créer une disproportion si grave, entre sa prestation et la contreprestation de l'autre partie, que le maintien du contrat se révélerait abusif (*clausula rebus sic stantibus*; ATF 127 III 300 consid. 5b p. 304/305; 135 III 1 consid. 2.4 p. 9/10). Selon d'autres auteurs, l'arrêt précité du 2 septembre 1998 contient une réserve ou condition, à comprendre en ce sens que le salaire doit être «suffisamment élevé» pour inclure une rémunération équitable des heures supplémentaires (RÉMY WYLER, *Droit du travail*, 2^e éd., 2008, p. 129/130), et doit au moins excéder un éventuel salaire minimum (THOMAS GEISER/ROLAND MÜLLER, *Arbeitsrecht in der Schweiz*, 2009, p. 111 n° 318, n.d.p. n° 363).

Le demandeur avait droit à un salaire mensuel fixé à 7500 fr., douze fois par an, pour un emploi de comptable à temps complet, et à un bonus qui était de toute évidence, aux regard de l'art. 322d al. 1 CO, une gratification convenue; l'employeuse était donc tenue de le verser et elle ne jouissait d'une certaine liberté que dans l'évaluation du montant à allouer (cf. ATF 131 III 615 consid. 5.2 p. 620). Il n'apparaît pas que ces prestations fussent insuffisantes à couvrir de manière forfaitaire aussi les heures de travail supplémentaires normalement prévisibles, et dans sa réponse au recours, le demandeur ne tente aucune démonstration à ce sujet. Il n'est pas non plus constaté, dans la décision attaquée, que le demandeur ait dû fournir des heures supplémentaires en quantité extraordinaire et imprévisible. Dans ces conditions, le contrat de travail est opposable au demandeur en tant qu'il excluait le paiement spécifique d'heures supplémentaires, et son adverse partie est fondée à s'en prévaloir. Pour ce motif déjà, la Cour d'appel aurait dû rejeter la prétention déduite des heures de travail supplémentaires et sa décision, qui constate la teneur du contrat mais ne lui consacre aucune discussion, se révèle contraire à l'art. 321c al. 3 CO.

Bundesgericht, Urteil vom 20. Mai 2011, Doss.-Nr. 4A_62/2011 (Bestätigung des Urteils des Obergerichts des Kantons Aargau vom 7. Dezember 2010)

Die aus blossen Einblick in den Kundenkreis gewonnenen Kenntnisse können den früheren Arbeitgeber regelmässig nur während kurzer Zeit schädigen, nämlich bis der Arbeitgeber einen neuen Arbeitnehmer bei seiner Kundschaft eingeführt hat; danach kann der Betroffene seinem früheren Arbeitgeber keine Kunden mehr abwerben, sondern diesem nur noch durch seine persönlichen Fähigkeiten – die nicht unter dem Konkurrenzverbot stehen – Schaden zufügen (E. 4.1.1).

Die zeitliche Begrenzung des Konkurrenzverbots eines Aussendienstmitarbeiters mit Einblick in den Kundenkreis auf ein halbes Jahr wurde in casu unter Berücksichtigung der konkreten örtlichen und sachlichen Beschränkung des Konkurrenzverbots sowie namentlich auch im Hinblick auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung und Lehre als vertretbar beurteilt (E. 4.1.3).

Sachverhalt:

A. (Beklagter und Beschwerdegegner) trat per 1. Juli 2004 in den Dienst der X. AG (Klägerin und Beschwerdeführerin) ein; zu 50% für «Sachbearbeitung, Administration, Verkauf und Einkauf im Innendienst» und zu 50% für «Verkauf im Aussendienst in der Natursteinindustrie, Bauindustrie, andere Industrien». Der Arbeitsvertrag vom 20. Oktober 2004 enthält eine «Konkurrenzklausel» mit folgendem Wortlaut: «Herr A. ver-

pflichtet sich, nach Beendigung dieses Arbeitsvertrages während drei Jahren (Art. 340a OR), sich 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 (Art. 340 OR). Bei Übertretung des Konkurrenzverbotes durch den Arbeitnehmer schuldet dieser dem Arbeitgeber eine Konventionalstrafe in der Höhe des vorjährigen Jahressalärs, jedoch nicht mehr als Fr. 100 000.–. Auch nach Leistung der Konventionalstrafe bleibt der Arbeitnehmer für weiteren Schaden ersatzpflichtig (Art. 340b OR).» Am 25. März 2008 kündigte der Beschwerdegegner das Arbeitsverhältnis, welches am 31. Mai 2008 endete. Der Beschwerdegegner begann am 1. Januar 2009 als Aussendienstmitarbeiter für die Firma Y. GmbH in der Schweiz tätig zu werden.

Am 30. April 2009 belangte die Beschwerdeführerin den Beschwerdegegner beim Arbeitsgericht Baden wegen Verletzung des Konkurrenzverbotes auf Bezahlung von Fr. 100 000.– und allfälligen über die Konventionalstrafe hinausgehenden Schaden. Ausserdem beantragte sie die Feststellung der Verletzung des Konkurrenzverbots sowie die definitive Rechtsöffnung über Fr. 100 000.– in der angehobenen Betreibung gegenüber dem Beschwerdegegner. An der Vermittlungsverhandlung vor dem Arbeitsgerichtspräsidium Baden vom 6. Juli 2009 vereinbarten die Parteien gemäss dem zu jenem Zeitpunkt geltenden § 378 i.V.m. § 364 aZPO/AG, dass die Streitsache an das Obergericht des Kantons Aargau zu überweisen sei. Das Verfahren vor Arbeitsgericht wurde mit Verfügung des Präsidenten vom 6. Juli 2009 als erledigt abgeschlossen. Das Obergericht wies die Klage mit Urteil vom 7. Dezember 2010 ab. Mit Beschwerde in Zivilsachen beantragt die Beschwerdeführerin dem Bundesgericht, das Urteil des Obergerichts aufzuheben und festzustellen, dass der Beschwerdegegner das Konkurrenzverbot verletzt habe. Zudem sei der Beschwerdegegner zu verpflichten, eine Konventionalstrafe von Fr. 100 000.– zu leisten, und es sei der Beschwerdeführerin für den gleichen Betrag die definitive Rechtsöffnung zu erteilen.

Aus den Erwägungen:

2.

Nach Art. 340 Abs. 1 OR kann sich der handlungsfähige Arbeitnehmer gegenüber dem Arbeitgeber schriftlich verpflichten, nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses sich jeder konkurrierenden 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 nach Abs. 2 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. Die Vorinstanz bejahte zwar die Verbindlichkeit des vereinbarten Konkurrenzverbotes, da der Beschwerdegegner Einblick in den von ihm betreuten Kundenkreis bekommen hatte. In zeitlicher Hinsicht beschränkte sie das Konkurrenzverbot aber auf sechs Monate. Die Vorinstanz ging damit von einer Geltungsdauer des Konkurrenzverbots vom 1. Juni 2008 (Beendigung des Arbeitsverhältnisses) bis zum 1. November 2008 (recte 30. November 2008) aus. Damit sei die Konkurrenzklausel bereits hinfällig gewesen, als der Beschwerdegegner am 1. Januar 2009 seine Tätigkeit bei der Y. GmbH aufnahm. Selbst bei einer allfälligen konkurrenzierenden Tätigkeit wäre damit keine Konventionalstrafe geschuldet. Dementsprechend wies die Vorinstanz die Klage ab. Die Beschwerdeführerin rügt, die Vorinstanz habe damit Bundesrecht verletzt.

3.

3.1 Das Konkurrenzverbot ist nach Ort, Zeit und Gegenstand angemessen zu beschränken, so dass eine unbillige Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens des Arbeitnehmers ausgeschlossen ist (Art. 340a Abs. 1 OR). Ob ein Konkurrenzverbot als übermässig anzusehen ist, lässt sich immer nur unter gesamthafter Berücksichtigung seines Umfangs nach Gegenstand, Ort und Zeit beurteilen. Entscheidend ist, ob das Konkurrenzverbot das wirtschaftliche Fortkommen des Arbeitnehmers in einer Weise beeinträchtigt, dass es sich durch die Interessen des Arbeitgebers nicht rechtfertigen lässt (BGE 130 III 353 E. 2 S. 354 f.; 96 II 139 E. 3b). Dabei ist auch zu berücksichtigen, ob der Berechtigte dem Verpflichteten für das Konkurrenzverbot eine Karenzentschädigung ausrichtet oder nicht (BGE 130 III 353 E. 2 S. 355; 91 II 372 E. 8b S. 381). Dass die sachlichen, zeitlichen und geografischen Beschränkungen des Konkurrenzverbotes stets gesamthaft zu beurteilen sind, bedeutet etwa, dass der örtliche und der sachliche Geltungsbereich bei einem nur sehr kurz dauernden Konkurrenzverbot sehr viel grösser sein kann als bei einem länger dauernden. Ebenso darf das Konkurrenzverbot mehr unterschiedliche Tätigkeiten erfassen, wenn es örtlich sehr eng begrenzt ist und umgekehrt lässt sich ein weltweites Konkurrenzverbot eher rechtfertigen, wenn die Tätigkeit sehr eng umschrieben ist, sodass der Arbeitnehmer ohne Weiteres in andere Tätigkeiten ausweichen kann (Urteil 4C.44/2002 vom 9. Juli 2002 E. 2).

3.2 Der Richter kann ein übermässiges Konkurrenzverbot unter Würdigung aller Umstände nach seinem Ermessen einschränken; er hat dabei eine allfällige Gegenleistung des Arbeitgebers angemessen zu berücksichtigen (Art. 340a Abs. 2 OR). Es handelt sich um eine Billigkeitsentscheidung, die auf objektiver Interessenabwägung unter Beachtung der Umstände des beurteilten Falles beruht (Art. 4 ZGB). Ermessensentscheide dieser Art überprüft das Bundesgericht an sich frei; es übt dabei aber Zurückhaltung und greift nur ein, wenn die kantonale Instanz von dem ihr zustehenden Ermessen einen falschen Gebrauch gemacht hat, das heisst, wenn sie grundlos von in Lehre und Rechtsprechung anerkannten Grundsätzen abgegangen ist, wenn sie Gesichtspunkte berücksichtigt hat, die keine Rolle

hätten spielen dürfen, oder wenn sie umgekehrt rechtserhebliche Umstände ausser Acht gelassen hat. Aufzuheben und zu korrigieren sind ausserdem Ermessensentscheide, die sich als im Ergebnis offensichtlich unbillig, als in stossender Weise ungerecht erweisen (BGE 135 III 121 E. 2 S. 123 f.; 133 III 201 E. 5.4 S. 211; 130 II 28 E. 4.1 S. 32; 213 E. 3.1 S. 220, je mit Hinweisen).

3.3 Die Vorinstanz hielt das Konkurrenzverbot in sachlicher Hinsicht für nicht unangemessen. Es sei nicht vorausgesetzt, schriftlich zu bestimmen, welche konkreten Tätigkeiten verboten seien. Sie verstand unter dem vertraglich stipulierten Verbot «jeder konkurrenzierenden Tätigkeit» ein Verbot, für einen anderen Arbeitgeber mit den gleichen Tätigkeitsgebieten wie denjenigen der Beschwerdeführerin im Aussendienst tätig zu werden, mithin in der Belieferung der Natursteinindustrie und von Baufirmen mit Werkzeugen, Maschinen und insbesondere mit chemisch-technischen Produkten (Klebstoffe, Reinigungsmittel etc.) zur Steinbearbeitung. In Bezug auf die geografische Beschränkung enthält die «Konkurrenzklausele» keine Angaben. Die Vorinstanz begrenzte das Konkurrenzverbot aufgrund von Partei- und Zeugenbefragungen zu den effektiven Tätigkeitsgebieten des Beschwerdegegners auf die Ostschweiz (Kantone Schaffhausen, St. Gallen, Appenzell, Thurgau, Graubünden, Zürich) sowie den Ostteil des Kantons Aargau. In zeitlicher Hinsicht beschränkte die Vorinstanz das Verbot auf ein halbes Jahr, weil sie von einer weniger langen Wertbeständigkeit von Kundenkreisen als von Geschäftsgeheimnissen ausging, womit sich kein längeres Konkurrenzverbot rechtfertige. Zur Begründung stützte sie sich zum einen auf entsprechende Lehrmeinungen (u.a. zitiert in nachfolgender Erwägung 4.1.1). Zum anderen erwog sie sinngemäss, dass die Beschwerdeführerin ihre Kunden nach dem Weggang des Beschwerdegegners offenbar nicht mehr in der gleichen Art und Intensität betreut und es insbesondere unterlassen habe, einen Nachfolger einzusetzen, sodass auch allfällige – nicht bewiesene – Umsatzeinbussen nicht auf eine Konkurrenzierung des Beschwerdegegners zurückzuführen wären. Nach Ansicht der Vorinstanz wäre es einem neuen Aussendienstmitarbeiter bei Beibehaltung des intensiven, d.h. wöchentlichen bis monatlichen, Kontakts, den der Beschwerdegegnern mit den Kunden gepflegt hatte, vielmehr gelungen, innerhalb von sechs oder sieben Monaten das Vertrauen der Kunden in ihn aufzubauen und damit die Beziehungen zur Beschwerdeführerin aufrechtzuerhalten. In einer solchen Situation wäre der Beschwerdegegnern bei seinem Wiedereintritt in den Arbeitsmarkt, am 1. Januar 2009, nicht mehr in der Lage gewesen, der Beschwerdeführerin Kunden abzuwerben, sodass sich das Konkurrenzverbot nicht in diesen Zeitraum hinein erstrecken dürfe.

4.

4.1 Die Beschwerdeführerin beanstandet, die Vorinstanz sei zu Unrecht von einem «Richtwert» für die Schutzdauer eines Kundenkreises von sechs Monaten ausgegangen. Ein solcher entspreche weder verbreiteter Lehrmeinung noch der Bundesgerichtspraxis.

4.1.1 In zeitlicher Hinsicht darf ein Konkurrenzverbot nur unter besonderen Umständen drei Jahre überschreiten (Art. 340a Abs. 1 OR). Das Gesetz stellt eine Vermutung auf, wonach längere Konkurrenzverbote nicht angemessen sind. Damit ist aber nicht gesagt, dass kürzere Verbote oder solche von drei Jahren stets angemessen seien. Entscheidend für die angemessene Dauer des Verbots ist unter anderem die Art der zu schützenden Kenntnisse. Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse rechtfertigen regelmässig eine längere Dauer als der blosser Einblick in einen Kundenkreis (BGE 91 II 372 E. 8a; 61 II 90 E. 2 S. 93). Denn die aus einem solchen gewonnenen Kenntnisse können den früheren Arbeitgeber regelmässig nur während kurzer Zeit schädigen, nämlich bis der Arbeitgeber einen neuen Arbeitnehmer bei seiner Kundschaft eingeführt hat; danach kann der Betroffene seinem früheren Arbeitgeber keine Kunden mehr abwerben, sondern diesem nur noch durch seine persönlichen Fähigkeiten – die nicht unter dem Konkurrenzverbot stehen – Schaden zufügen (BGE 91 II 372 E. 8b; STAEHELIN/VISCHER, Zürcher Kommentar, 3. Aufl. 1996, N. 3 zu Art. 340a OR mit Hinweisen). Dies korreliert mit Art. 340c Abs. 1 OR, denn das Konkurrenzverbot fällt dahin, wenn der Arbeitgeber nachweislich kein Interesse mehr hat, es aufrecht zu erhalten. In der Lehre wird deshalb im Zusammenhang mit Einblicken in Kundenkreise von einem Richtwert von ungefähr sechs Monaten ausgegangen (STAEHELIN/VISCHER, Das arbeitsvertragliche Konkurrenzverbot, 2001, S. 53; STAEHELIN/VISCHER, a.a.O., N. 16 zu Art. 340 OR, N. 3 zu Art. 340a OR; MANFRED REHBINDER, Berner Kommentar, 1992, N. 3 zu Art. 340a OR mit Hinweisen; PETER BOHNY, Das arbeitsvertragliche Konkurrenzverbot, 1989, S. 128; *derselbe*, Konkurrenzverbot, in: Geiser/Münch [Hrsg.], Stellenwechsel und Entlassung, 1997, S. 155 f., Fn. 138; vgl. auch die Übersicht bei STREIFF/VON KAENEL, in: Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 6. Aufl. 2006, N. 3 zu Art. 340a OR, mit weiteren Hinweisen auf kantonale Urteile, auch auf solche, die eine längere Dauer zum Schutz von Kundenkreisen zulassen; a.A. ROGER RUDOLPH, Fokus Arbeitsrecht: Sorgenkind Konkurrenzverbot, TREX 2010 S. 88 ff. Fn. 8, der von einer tauglichen Obergrenze von 18 Monaten ausgeht). Das Bundesgericht hat im Zusammenhang mit Kundenkontakten ein einjähriges (Urteile 4C.360/2004 vom 19. Januar 2005 E. 3.3; 4P.167/1995 vom 27. Oktober 1995 E. 3a) und ein 18 Monate dauerndes (Urteil 4P.335/1994 vom 4. April 1995 E. 3c) Konkurrenzverbot geschützt. In etwas älteren Entscheiden wurde für Einblicke in Kundenkreise ein Schutzanspruch von zwei (BGE 91 II 372 E. 8b) und drei Jahren (BGE 96 II 139 E. 3b S. 143 f.; 61 II 90 E. 2 S. 95) anerkannt.

4.1.2 Vorliegend geht es um ein Konkurrenzverbot, das den Einblick in einen Kundenkreis betrifft. Ist die Vorinstanz für die Wertbeständigkeit des konkreten Kundenkreises und einer entsprechenden angemessenen Schutzdauer durch das Konkurrenzverbot von einem halben Jahr als «Richtwert» ausgegangen, so liegt dieser Wert, im Gegensatz zur Auffassung der Beschwerdeführerin, im Bereiche dessen, was verbreiteter Lehr-

meinung entspricht. Diese sieht zusammengefasst in jüngerer Zeit für die Schutzdauer eines Kundenkreises einen Rahmen von wenigen bis 18 Monaten vor, womit eine Schutzdauer von sechs Monaten grundsätzlich nicht zu beanstanden ist.

4.1.3 Da die zeitliche Begrenzung auf ein halbes Jahr gesamthaft, d.h. im Lichte der konkreten örtlichen Beschränkung auf die Ostschweiz sowie Teile des Kantons Aargau und einer nicht existierenden sachlichen Beschränkung zu beurteilen ist, lässt sich der vorinstanzliche Entscheid namentlich auch im Hinblick auf die erwähnte bundesgerichtliche Rechtsprechung vertreten. Die konkreten Umstände lagen jeweils anders als im vorliegenden Fall: So betraf das einjährige Konkurrenzverbot eines Transportfahrers bloss die Tätigkeit bei drei Unternehmungen (4C.360/2004) und nicht eine solche in der ganzen Ostschweiz. Das einjährige Konkurrenzverbot eines Mitarbeiters einer Stellenvermittlungsfirma unterscheidet sich insofern vom vorliegenden Fall, als dieser Mitarbeiter zeitgleich mit der Beendigung der Arbeitstätigkeit eine Konkurrenzfirma errichtet hatte, sodass die Dauer für die Beurteilung unerheblich war (4P.167/1995). Das Konkurrenzverbot von 18 Monaten betraf schliesslich die Tätigkeiten eines Ingenieurs und keines jungen Aussendienstmitarbeiters ohne branchenspezifische Ausbildung (4P.335/1994). Auch das dreijährige Konkurrenzverbot nach BGE 96 II 139 bezog sich auf einen leitenden Angestellten, und das zweijährige Konkurrenzverbot nach BGE 91 II 372 betraf in räumlicher Hinsicht wiederum bloss die Kantone Ob- und Nidwalden. Es kann insoweit nicht davon gesprochen werden, dass die Vorinstanz von in Lehre und Rechtsprechung anerkannten Grundsätzen abgewichen wäre.

4.2 Was die Beschwerdeführerin darüber hinaus gegen die Schutzdauer von sechs Monaten einwendet, verfängt nicht, soweit darauf einzutreten ist:

4.2.1 Sie beanstandet, dass es sich bei ihrer Unternehmung nicht um einen gewöhnlichen Geschäftsbetrieb, wie eine Autogarage, eine Bäckerei oder einen Industriebetrieb handle. Vielmehr sei sie in einem sehr beschränkten Marktsegment, der steinbearbeitenden Industrie, tätig, weshalb nicht von einer weniger langen Wertbeständigkeit von Kundenkreisen als von Geschäftsgeheimnissen ausgegangen werden könne; ihre Kundenbindung sei stärker zu gewichten. Es ist nicht festgestellt, dass die Beschwerdeführerin in einem spezialisierten Markt, den nur wenige Unternehmungen in der Schweiz bedienen, tätig ist. Die Beschwerdeführerin unterlässt es, hierzu eine begründete Sachverhaltsrüge zu erheben, mit der sie eine Ergänzung des vorinstanzlichen Sachverhalts verlangen und begründen würde, warum diese für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sei (Art. 97 Abs. 1 BGG; BGE 133 II 249 E. 1.2.2). Auf dieses Vorbringen kann daher nicht abgestellt werden und die Beschwerdeführerin ist mit ihrer darauf aufgebauten Argumentation nicht zu hören. Es ist auch nicht ersichtlich, wieso für den Markt der steinbearbeitenden Industrie, was die Unterscheidung der Wertbeständigkeit von Geschäftsgeheimnissen und

Kenntnissen über Kunden (vgl. Erwägung 4.1.1) anbelangt, etwas anderes gelten soll als für den Markt der Autoindustrie oder der Bäckereien. Es bleibt auch in der steinbearbeitenden Industrie ein Unterschied, ob der Beschwerdegegner Kenntnisse über ein Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnis, wie beispielsweise eine «Schleifmethode» oder über die Bedienung einer speziellen Maschine, oder ob er Kenntnisse über Kunden gewonnen hat, die z.B. Klebstoff für Natursteine kaufen. Auch in dieser Branche dürfte es relativ rasch möglich sein, durch den Einsatz eines neuen Aussendienstmitarbeiters die Kundentreue zu erhalten. Jedenfalls legt die Beschwerdeführerin nicht begründet dar, wieso dies auf ihren Markt nicht zu treffen soll. Selbst wenn von einer längeren marktspezifischen Schutzdauer für die Kundendaten der Beschwerdeführerin ausgegangen würde, schränkte umgekehrt ein kleiner und spezialisierter Markt den Beschwerdegegner umso stärker in seiner wirtschaftlichen Freiheit ein. Das müsste bei der gesamthaften Beurteilung ebenfalls berücksichtigt werden, weshalb die Beschwerdeführerin aus diesem Argument keine Verlängerung des Konkurrenzverbots ableiten kann.

4.2.2 Soweit die Beschwerdeführerin in diesem Zusammenhang behauptet, in ihrer Branche sei aufgrund der speziellen «Kenntnisse» und «Kundenbedürfnisse» eine längere Einarbeitungsphase nötig, um einen Nachfolger einzuarbeiten, zumindest neun Monate oder noch länger, ergänzt sie den im angefochtenen Urteil festgestellten Sachverhalt in unzulässiger Weise und ist nicht zu hören. Indem sie bloss auf die Vorakten verweist, erhebt sie dazu keine taugliche Sachverhaltsrüge (vgl. dazu Erwägung 4.2.1).

4.2.3 Die Beschwerdeführerin beanstandet sodann, dass die Art der Kundenbetreuung nach dem Weggang eines Angestellten durch den alten Arbeitgeber und der dadurch allenfalls entstandene Umsatzrückgang, welcher der Arbeitgeberin zuzuschreiben sei, nicht relevant sein könnten für die Frage, ob und wie lange nach Auflösung des Anstellungsverhältnisses ein Konkurrenzverbot noch Gültigkeit habe. Dem kann nicht gefolgt werden. Die relativ kurze Schutzdauer für Einblicke in Kundenkreise trägt nach Lehre und Rechtsprechung (Erwägung 4.1.1) dem Umstand Rechnung, dass unter normalen Umständen ein Nachfolger eines Aussendienstmitarbeiters in der Lage ist, den Kundenstamm des Vorgängers innert relativ kurzer Zeit zu übernehmen, womit danach regelmässig kein Schädigungspotenzial und damit auch kein Interesse mehr an der Aufrechterhaltung des Konkurrenzverbotes besteht. Die Vorinstanz hielt fest, dass die Beschwerdeführerin es für 6–7 Monate nach dem Weggang des Beschwerdegegners unterlassen hatte, einen Nachfolger einzusetzen, weshalb allfällige Umsatzeinbussen ihr selber zuzuschreiben seien und kein längeres Konkurrenzverbot, als eines von sechs Monaten gerechtfertigt sei. Diese Auffassung ist nicht zu beanstanden und wird von der Beschwerdeführerin auch nicht rechtsgenügend als bundesrechtswidrig gerügt. Namentlich vermag sie auch angebliche Widersprüche in der Argumentation der Vor-

instanz nicht nachvollziehbar aufzuzeigen. Die Beschwerdeführerin hatte vielmehr ab Beendigung des Arbeitsverhältnisses sieben Monate, bzw. ab Zeitpunkt der Kündigung des Beschwerdegegners gerechnet, neun Monate Zeit gehabt, um bei ihrem Kundenkreis einen Nachfolger einzuführen. Wäre ein solcher in diesem Zeitraum eingesetzt worden, so wäre ein Konkurrenzverbot nach der Einarbeitungszeit mangels Interesses weggefallen (Art. 340c OR), weil allfällige Kundenabwerbungen danach den persönlichen Fähigkeiten des Beschwerdegegners zuzuschreiben wären, die unbestrittenermassen nicht Gegenstand des Konkurrenzverbots sind.

4.2.4 Soweit die Beschwerdeführerin geltend macht, dass ihre Umsatzeinbussen erst zu dem Zeitpunkt entstanden seien, als der Beschwerdegegner wieder in den Arbeitsmarkt eingetreten sei (Januar 2009), so ist dies nach dem vorstehend Ausgeführten nicht entscheidrelevant. Zudem wiederholt sie damit bloss, was sie schon vorinstanzlich behauptet und nicht bewiesen hat. Sie unterlässt es, dazu eine zulässige Sachverhaltsrüge zu erheben, sondern beschränkt sich auf einen blossen Verweis auf die Vorakten, womit auf diese Rüge ohnehin nicht eingetreten werden kann.

4.3 Zusammenfassend hat die Vorinstanz ihr Ermessen nicht falsch ausgeübt, wenn sie von einer Wertbeständigkeit und einer entsprechenden Schutzdauer des konkreten Kundenkreises von sechs Monaten ausging und das Konkurrenzverbot gesamthaft auf ein halbes Jahr beschränkte. Die Geltungsdauer des Konkurrenzverbots begann somit am 1. Juni 2008 mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses und endete am 30. November 2008. Zum Zeitpunkt, als der Beschwerdegegner seine neue Stelle antrat, war das Konkurrenzverbot damit bereits hinfällig, womit auch keine Konventionalstrafe geschuldet ist.

4.4 Bei dieser Rechtslage erübrigt es sich zu prüfen, ob das Konkurrenzverbot allenfalls von Anfang an ungültig war, wie der Beschwerdegegner geltend macht. Es erübrigt sich ebenfalls, auf die von der Beschwerdeführerin beanstandete geografische Einschränkung des Konkurrenzverbotes auf die Ostschweiz einzugehen.

Tribunal fédéral, Arrêt du 31 mai 2011, Doss.-N° 4A_173/2011 (Rejet du recours en matière civile interjeté contre l'arrêt rendu le 9 février 2011 par la Cour de cassation civile du Tribunal cantonal du canton de Neuchâtel)

Selon l'art. 335f al. 1 CO, l'employeur qui envisage de procéder à un licenciement collectif est tenu de consulter la représentation des travailleurs ou, à défaut, les travailleurs. Les droits d'information et de participation (cf. art. 4 et 10 let. c LPart) appartiennent à tous les travailleurs, c'est-à-dire à toutes les personnes qui apportent durablement leur activité en exécution d'un contrat de travail, dans

l'entreprise ou dans le secteur d'entreprise, cela quels que soient leurs fonction ou niveau hiérarchique (c. 4.2).

Les droits d'information et de participation des travailleurs sont destinés à la défense collective de leurs intérêts communs ; même s'ils exercent ces droits directement parce qu'ils n'ont pas de représentation, chacun d'eux n'a pas le droit individuel d'être averti de son propre licenciement afin de sauvegarder son intérêt particulier (c. 4.2). L'art. 335f al. 2 et al. 3 CO fixe les exigences minimales que l'employeur doit observer dans la consultation des travailleurs. Le cas de résiliation abusive de l'art. 336 al. 2 let. c CO est évidemment réalisé lorsque l'employeur omet entièrement la consultation. Il l'est aussi lorsque la consultation intervient mais qu'elle n'est pas entièrement conforme auxdites exigences, en particulier parce que l'employeur n'a pas fourni aux travailleurs toutes les informations utiles à l'élaboration de propositions pertinentes (c. 4.1). Une information incomplète et trompeuse est absolument inconciliable avec les exigences de l'art. 335f al. 3 CO (c. 4.3).

Le montant de l'indemnité prévue par l'art. 336a al. 1 et al. 3 CO doit être évalué selon les règles du droit et de l'équité (cf. art. 4 CC). Dans le contexte d'un licenciement collectif, il faut surtout prendre en considération la gravité de la faute que l'employeur a commise au préjudice de l'ensemble des travailleurs, et aussi, outre le montant du salaire mensuel, la gravité de l'atteinte subie personnellement par le travailleur qui prétend à une indemnité, pour autant que sa situation individuelle présente quelque particularité (c. 5).

Extraits des faits:

X. SA s'est consacrée au développement et à la production de produits d'horlogerie; elle était liée à un fabricant de montres qui a mis fin à ses commandes alors qu'il était son seul client. Elle est entrée en liquidation le 5 novembre 2010.

Dès le 1^{er} novembre 2004, elle a engagé A. en qualité de directeur général. Son salaire mensuel brut, payable treize fois par an, fut d'abord fixé à 13 076 fr., puis augmenté à 16 000 francs. Le 2 juin 2009, par l'entremise du directeur général, le personnel fut averti du prochain licenciement de vingt-deux collaborateurs sur les vingt-quatre qui étaient alors salariés par la société; la lettre remise à chacun comportait la précision ci-après: «Le service du personnel ainsi que Monsieur A. se tiennent volontiers à votre disposition pour des précisions complémentaires ou pour discuter de situation plus personnelle.» Le directeur général reçut et transmit une lettre du 12 juin 2009 que le personnel, par son représentant, adressait à l'administrateur-délégué de l'employeuse. Le licenciement des collaborateurs fut accompli au cours du même mois, après consultation du personnel et notification du projet à l'office cantonal du travail. A. a lui aussi été

licencié, le 1^{er} juillet 2009. Il a protesté en faisant valoir que son propre congé n'avait pas été prévu dans la procédure du licenciement collectif. L'employeuse a répondu le 13 août 2009 que les règles à appliquer en cas de licenciement collectif avaient été respectées.

Le 16 octobre 2009, A. a ouvert action contre X. SA devant le Tribunal des prud'hommes du district de Neuchâtel. La défenderesse devait être condamnée à payer 17 333 fr. à titre d'indemnité pour licenciement abusif, avec intérêts. Le tribunal s'est prononcé le 12 avril 2010; accueillant partiellement l'action, il a condamné la défenderesse à payer 15 000 fr. avec intérêts. Saisie par la défenderesse, la Cour de cassation civile du Tribunal cantonal a rejeté le recours par arrêt du 9 février 2011.

Agissant par la voie du recours en matière civile, la défenderesse requiert le Tribunal fédéral de réformer l'arrêt de la Cour de cassation civile.

Extraits des considérants:

2.

Il est incontesté que les parties se sont liées par contrat de travail de durée indéterminée et que chacune d'elles avait le droit de résilier ce contrat conformément à l'art. 335 al. 1 CO. Une résiliation est cependant abusive lorsqu'elle intervient dans l'une des situations énumérées à l'art. 336 al. 1 ou 2 CO, soit notamment, aux termes de l'art. 336 al. 2 let. c CO, lorsque l'employeur procède à un licenciement collectif sans avoir respecté la procédure de consultation des travailleurs prévue par l'art. 335f CO.

Selon l'art. 336a al. 1 et 2 CO, la partie qui a résilié abusivement doit à l'autre une indemnité à fixer par le juge et correspondant, en règle générale, à six mois de salaire au plus. L'art. 336a al. 3 CO limite à deux mois de salaire, au plus, l'indemnité due en cas de licenciement collectif sans respect de la procédure de consultation prévue par l'art. 335f CO. C'est cette indemnité qui est présentement litigieuse.

3.

D'après l'art. 336b al. 1 et 2 CO, la partie qui envisage de réclamer une indemnité par suite d'un licenciement abusif doit faire opposition au congé auprès de l'autre partie, par écrit et au plus tard à la fin du délai de congé (al. 1). Si l'opposition est valable et que les parties ne s'entendent pas pour maintenir le rapport de travail, celle qui a reçu le congé peut faire valoir sa prétention; au besoin, et sous peine de péremption, elle doit agir en justice dans un délai de cent huitante jours (al. 2). Il n'est pas contesté que le demandeur ait dûment observé ces prescriptions.

4.

Selon l'art. 335f al. 1 à 3 CO, l'employeur qui envisage de procéder à un licenciement collectif est tenu de consulter la représentation des travailleurs ou, à défaut, les travailleurs (al. 1). La consultation doit fournir aux travailleurs ou à leur représentation la possibilité de formuler des propositions sur les moyens d'éviter les congés ou d'en limiter le nombre, ainsi

que d'en atténuer les conséquences (al. 2). Les travailleurs ou leur représentation doivent recevoir tous les renseignements utiles à cet effet; ils doivent notamment être informés du nombre des travailleurs à licencier et du nombre des travailleurs habituellement employés (al. 3 let. b et c).

4.1 L'art. 335f al. 2 et 3 CO fixe les exigences minimales que l'employeur doit observer dans la consultation des travailleurs. Le cas de résiliation abusive de l'art. 336 al. 2 let. c CO est évidemment réalisé lorsque l'employeur omet entièrement la consultation. Il l'est aussi lorsque la consultation intervient mais qu'elle n'est pas entièrement conforme aux dites exigences, en particulier parce que l'employeur n'a pas fourni aux travailleurs toutes les informations utiles à l'élaboration de propositions pertinentes (arrêt 4A_483/2010 du 17 mars 2011, destiné à la publication, consid. 2.1.1).

4.2 La représentation des travailleurs est celle instituée, le cas échéant, conformément à la loi fédérale du 17 décembre 1993 sur l'information et la consultation des travailleurs dans les entreprises (loi sur la participation ou, ci-après, LPart). Cette loi permet de créer, dans une entreprise, des représentations distinctes pour divers secteurs de l'entreprise ou pour diverses catégories de travailleurs (MAX FRITZ, La loi sur la participation, 1994, n° 2 ad art. 3 LPart; REMY WYLER, Droit du travail, 2008, p. 782). Dans les entreprises ou secteurs d'entreprise sans représentation des travailleurs, ceux-ci exercent directement leurs droits d'information et de participation, notamment lorsque l'employeur envisage un licenciement collectif (art. 4 et 10 let. c LPart). Ces droits appartiennent à tous les travailleurs, c'est-à-dire à toutes les personnes qui apportent durablement leur activité en exécution d'un contrat de travail, dans l'entreprise ou dans le secteur d'entreprise, cela quels que soient leurs fonction ou niveau hiérarchique (ROLAND A. MÜLLER, Die neuen Bestimmungen über Massenenstellungen, in Mitteilungen des Instituts für schweizerisches Arbeitsrecht, 1995, p. 105, 109/110; FRITZ, op. cit., n° 1 ad art. 3 LPart; WYLER, loc. cit.). A l'instar des travailleurs qui lui sont subordonnés, un directeur général jouit donc de ces droits d'information et de participation; s'il n'existe pas de représentation des travailleurs, ou si le directeur général n'appartient pas à une catégorie de travailleurs dotée d'une représentation, il exerce ces droits directement.

Il convient de souligner que les droits d'information et de participation des travailleurs sont destinés à la défense collective de leurs intérêts communs (MÜLLER, op. cit., p. 106/107); même s'ils exercent ces droits directement parce qu'ils n'ont pas de représentation, chacun d'eux n'a pas le droit individuel d'être averti de son propre licenciement afin de sauvegarder son intérêt particulier (FRITZ, op. cit., n° 1 ad art. 4 LPart; WYLER, op. cit., p. 787/788). En cas de contestation sur le respect de la procédure, le juge doit donc évaluer les obligations qui incombaient à l'employeur d'après l'intérêt commun de l'ensemble des travailleurs.

De la décision attaquée, il ressort que les vingt-quatre collaborateurs de la défenderesse étaient dotés d'un représentant, puisque celui-ci a formulé des propositions par lettre du 12 juin 2009. Il n'est pas constaté que ce représentant fût habilité à s'exprimer aussi au nom du directeur général. Dans l'affirmative, ce dernier aurait pu exercer son droit de participation par l'intermédiaire du représentant, comme l'ont fait les collaborateurs. Dans la négative, ayant transmis la lettre du 12 juin 2009, il a eu l'occasion d'avancer ses propres propositions ou de faire savoir qu'il adhérerait à celles des collaborateurs; de fait, il ne s'est pas exprimé, mais il a néanmoins été inclus dans la consultation.

4.3 Il reste à examiner si dans son contenu, l'information transmise par la défenderesse était conforme aux exigences de l'art. 335f al. 3 CO. On observe d'emblée que par son libellé, la lettre d'information du 2 juin 2009 ne permettait pas de supposer que le directeur général serait lui aussi licencié; au contraire, celui-ci paraissait exclu du nombre des vingt-deux «collaborateurs» à licencier, et aussi de celui des vingt-quatre «collaborateurs» habituellement employés. De ce point de vue, l'information transmise aux travailleurs, y compris au directeur général, était incomplète et trompeuse; à l'unité près, les nombres indiqués (cf. art. 335f al. 3 let. b et c CO) étaient aussi inexacts.

Il est douteux que ce vice de l'information ait réellement empêché l'ensemble des travailleurs de présenter des propositions pertinentes, autres que celles effectivement énoncées le 12 juin 2009. Ce point de fait devrait, si nécessaire, être élucidé par la juridiction cantonale. Dans sa réponse au recours, le demandeur affirme qu'il aurait pu présenter lui aussi des propositions s'il avait su qu'il était également visé, mais il ne précise pas lesquelles. On ne peut cependant pas exclure qu'il se fût engagé plus activement, dans la procédure de consultation et en faveur de l'ensemble du personnel, si l'éventualité de son propre licenciement avait été dûment annoncée. Quoi qu'il en soit, une information incomplète et trompeuse est absolument inconciliable avec les exigences de l'art. 335f al. 3 CO, de sorte que la défenderesse, faute d'avoir respecté la procédure de consultation aux termes de l'art. 336 al. 2 let. c CO, a licencié le demandeur de manière abusive.

5.

Le montant de l'indemnité prévue par l'art. 336a al. 1 et 3 CO doit être évalué selon les règles du droit et de l'équité, conformément à l'art. 4 CC (ATF 123 III 391 consid. 3; voir aussi ATF 123 III 246 consid. 6a p. 255). Dans ce contexte juridique spécifique, il faut surtout prendre en considération la gravité de la faute que l'employeur a commise au préjudice de l'ensemble des travailleurs, et aussi, outre le montant du salaire mensuel, la gravité de l'atteinte subie personnellement par le travailleur qui prétend à l'indemnité (ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL, *Arbeitsvertrag*, 6^e éd., 2006, n° 3 ad art. 336a CO, p. 704 in medio), pour autant que sa situation individuelle présente quelque particularité. Au regard de

l'intérêt commun des travailleurs licenciés par la défenderesse, le manquement consistant à avoir tu que le directeur général serait lui aussi licencié est de faible gravité, compte tenu que ses conséquences paraissent limitées et que, de toute manière, les travailleurs ne pouvaient pas raisonnablement s'attendre à ce que le directeur général demeurât longtemps encore en fonction pour un personnel désormais réduit à deux collaborateurs. Dans ces circonstances, l'indemnité au montant de 15 000 fr., peu inférieure à un mois du salaire du demandeur, semble importante; néanmoins, il n'apparaît pas que la Cour de cassation civile ait méconnu les limites de son pouvoir d'appréciation. Ce montant n'est d'ailleurs pas contesté par la défenderesse. Il s'ensuit que le recours au Tribunal fédéral est dépourvu de fondement et doit être rejeté.

Tribunal fédéral, Arrêt du 20 juin 2011, Doss.-N° 4A_145/2011 (Rejet du recours interjeté contre l'arrêt rendu le 10 janvier 2011 par la II^e Cour d'appel civil du Tribunal cantonal du canton de Fribourg), in: ATF 137 III 311

Compétence à raison du lieu; for des actions fondées sur le droit du travail (art. 24 LFors); cumul objectif d'actions (art. 7 al. 2 LFors); action à double fondement.

Le système des fors partiellement impératifs (art. 21 ss LFors) ne s'oppose pas à ce que le travailleur invoque l'art. 7 al. 2 LFors pour intenter action à son ancien employeur à un autre for qu'à l'un des fors alternatifs semi-impératifs de l'art. 24 LFors (consid. 3 et 4).

Conditions d'application de l'art. 7 al. 2 LFors (consid. 5.1.1); examen de la réalisation de ces conditions dans le cas concret (consid. 5.1.2).

For de l'action à double fondement (consid. 5.2.1). S'agissant, en l'espèce, d'un différend issu des seuls rapports de travail noués par les parties, le Tribunal fédéral a soumis au for spécifique de l'art. 24 LFors la demande du travailleur fondée à la fois sur la responsabilité contractuelle et la responsabilité aquilienne de l'employeur (consid. 5.2.2).

Örtliche Zuständigkeit; Gerichtsstand für arbeitsrechtliche Klagen (Art. 24 GestG); objektive Klagenhäufung (Art. 7 Abs. 2 GestG); auf mehrere Anspruchsgrundlagen gestützte Klagen.

Das System der teilzwingenden Gerichtsstände (Art. 21 ff. GestG) schliesst nicht aus, dass der Arbeitnehmer gestützt auf Art. 7 Abs. 2 GestG eine Klage gegen seinen ehemaligen Arbeitgeber an einem anderen Gerichtsstand erhebt als an einem der alternativ anwendbaren teilzwingenden Gerichtsstände von Art. 24 GestG (E. 3 und 4).

Anwendungsvoraussetzungen von Art. 7 Abs. 2 GestG (E. 5.1.1); Beurteilung der Voraussetzungen im konkreten Fall (E. 5.1.2).

Gerichtsstand für eine Klage, die sich auf zwei Anspruchsgrundlagen stützt (E. 5.2.1). Nachdem der zu beurteilende Rechtsstreit einzig auf das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien zurückgeht, hat das Bundesgericht die gleichzeitig auf eine vertragliche und eine deliktische Haftung des Arbeitgebers gestützte Klage des Arbeitnehmers dem besonderen Gerichtsstand von Art. 24 GestG unterstellt (E. 5.2.2).

Extrait des considérants:

3.

3.1 Le recourant n'a pas introduit son action devant le tribunal neuchâtelois compétent *ratione loci* pour trancher les litiges en matière de droit du travail en vertu de l'art. 24 LFors (RO 2000 2355), c'est-à-dire au siège de l'intimée (...), qui était aussi le lieu où il accomplissait habituellement son travail, mais dans le canton de Fribourg, devant le tribunal d'arrondissement de son propre domicile. Pour ce faire, il s'est prévalu de l'art. 7 al. 2 LFors en liaison avec les art. 12 let. a et 25 LFors: la première de ces trois dispositions a trait au cumul objectif d'actions; elle prévoit que, si plusieurs prétentions présentant un lien de connexité sont élevées contre un même défendeur, chaque tribunal compétent pour connaître de l'une d'elles est compétent relativement à l'ensemble des prétentions; les deux autres permettent au demandeur d'introduire devant le tribunal de son domicile une action fondée sur une atteinte à la personnalité, resp. sur un acte illicite.

Selon le recourant, les différentes prétentions qu'il élève à l'encontre de l'intimée constituent un cumul entre des actions fondées sur le contrat de travail (indemnités pour congé abusif et vacances non prises, délivrance d'un certificat de travail) et une action à double fondement, contractuel et délictuel (réparation du préjudice et du tort moral découlant de l'atteinte à sa personnalité antérieure à son licenciement). Invoquant l'art. 7 al. 2 LFors, qu'il dit être applicable tant au cumul d'actions qu'à une action à double fondement, le recourant soutient que le tribunal de son domicile, compétent pour connaître de l'action en responsabilité délictuelle qu'il a choisi d'exercer au titre de l'action à double fondement, l'est aussi pour juger toutes les autres prétentions découlant du contrat de travail qu'il lui a soumises.

3.2 Le point de vue du recourant n'a été partagé par aucune des deux juridictions fribourgeoises qui se sont occupées de l'affaire. Celles-ci ont cependant rejeté l'exception d'incompétence pour des motifs différents.

Les premiers juges ont retenu, en résumé, que la compétence à raison du lieu relevait de l'art. 24 LFors dès lors que toutes les prétentions élevées par le recourant découlaient exclusivement des rapports de travail noués avec l'intimée. Il en allait, en particulier, ainsi des prétentions liées au harcèlement psychologique que le travailleur aurait subi avant de se faire licencier par l'intimée, prétentions que l'intéressé n'aurait très vraisemblablement

blement pas fait valoir en justice s'il n'avait pas reçu son congé. L'art. 328 CO permettait, d'ailleurs, de prendre en compte de telles atteintes à la personnalité du travailleur sans qu'il fût nécessaire de mettre en oeuvre les art. 28 ss CC. Aussi, pour le Tribunal civil, tenter de rattacher les prétentions y relatives à la matière extracontractuelle revenait à user d'un artifice juridique en vue de contourner l'art. 24 LFors et à seule fin d'attirer l'intimée devant le juge du domicile du recourant par le détour de l'art. 7 al. 2 LFors.

Considérant le cas sous un autre angle, la cour cantonale s'est interrogée sur le point de savoir si le caractère partiellement impératif, au sens de l'art. 21 al. 1 let. d LFors, des fors de l'art. 24 LFors était compatible avec l'application de l'art. 7 al. 2 LFors. Elle a répondu à cette question par la négative, à l'instar de ce qu'elle a estimé être l'avis majoritaire au sein de la doctrine, en précisant que cette réponse visait aussi l'hypothèse d'une action introduite par la partie dite faible, i.e. le travailleur. Partant, pour les juges d'appel, en cas de cumul d'actions et/ou d'action à double fondement, seul le tribunal du for prévu par l'art. 24 LFors serait compétent pour connaître de l'ensemble des prétentions élevées. Le recourant aurait donc dû intenter son action dans le canton de Neuchâtel, en application de cette disposition, au lieu de saisir les tribunaux fribourgeois, incompétents à raison du lieu.

4.

Il convient d'examiner d'abord la question soulevée par les juges d'appel. En effet, si la réponse que ceux-ci lui ont apportée devait être jugée conforme au droit fédéral, la décision d'incompétence attaquée ne pourrait qu'être confirmée, que la solution retenue par les juges de première instance fût correcte ou non.

4.1

4.1.1 L'art. 24 LFors règle la question du for des actions fondées sur le droit du travail; il prévoit que le tribunal du domicile ou du siège du défendeur ou le tribunal du lieu où le travailleur accomplit habituellement son travail est compétent pour connaître de telles actions (al. 1). Le législateur fédéral a rangé cette disposition dans la catégorie des fors partiellement impératifs, instituée par l'art. 21 LFors. Ces fors découlent du concept de procès civil à caractère social (Message du 18 novembre 1998 concernant la LFors, FF 1999 2603 ch. 163) et visent à assurer la protection de la partie dite faible au contrat, tel le travailleur (art. 21 al. 1 let. d LFors), en lui interdisant de renoncer à l'avance ou par acceptation tacite (*Einlassung*) aux fors prévus par la section 5 du chapitre 3 de la LFors; en revanche, ils ne s'opposent pas à une élection de for conclue après la naissance du différend (art. 21 al. 2 LFors). Au demeurant, vis-à-vis du cocontractant de la partie dite faible, par ex. l'employeur, ces fors sont de nature dispositive: ainsi, la partie dite forte peut y renoncer à l'avance (arrêt 4C.29/2006 du 21 mars 2006 consid. 4.1 et les auteurs cités; YVES DONZALLAS, Commentaire de la loi fédérale sur les fors en matière civile, 2001, p. 470) ou accep-

ter tacitement un autre for (PATRICIA DIETSCHY, Les conflits de travail en procédure civile suisse, 2010, n° 101).

Le système des fors partiellement impératifs a été repris dans le CPC (RS 272), qu'il s'agisse du principe de la renonciation aux fors légaux (art. 35) ou de la compétence à raison du lieu en matière d'actions relevant du droit du travail (art. 34 al. 1).

4.1.2 En l'espèce, le travailleur a assigné son ex-employeur devant le juge de son domicile, dans le canton de Fribourg, alors qu'il aurait dû introduire son action dans le canton de Neuchâtel où se trouvent les deux fors alternatifs de l'art. 24 al. 1 LFors. Il est constant que la Fondation recherchée n'a pas accepté, même tacitement, de renoncer à ces fors et qu'il n'existait pas non plus une élection de for en faveur du tribunal du domicile du travailleur qui aurait pu lui être opposée. Au regard de la disposition citée, il se justifiait donc d'admettre l'exception d'incompétence *ratione loci* soulevée par l'intimée.

4.2 Il en irait différemment si, comme il le soutient, le recourant pouvait se prévaloir du for dérivé institué par l'art. 7 al. 2 LFors et que les conditions d'application de cette disposition fussent réalisées *in casu*.

Les juges d'appel ont exclu, par principe, l'applicabilité de cette règle de for, quand bien même l'action avait été introduite par le travailleur, soit la partie faible au contrat. Ils n'ont pas fourni de justification particulière pour étayer leur décision, mais se sont contentés d'invoquer l'autorité de la doctrine, laquelle irait dans le même sens qu'eux. Or, les auteurs cités dans le corps de l'arrêt ne professent nullement de manière univoque l'opinion que leur prête la cour cantonale, voire, pour une majorité d'entre eux, s'en écartent résolument. Ainsi, PETER REETZ soutient que les règles générales en matière de for, tel l'art. 7 LFors, ont le pas, notamment, sur les fors partiellement impératifs (in *Kommentar zum schweizerischen Zivilprozessrecht, Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen* [GestG], 2001, n° 16 ad art. 7 LFors). BALZ GROSS explique que les personnes protégées par l'art. 21 LFors peuvent se prévaloir sans aucune restriction de l'art. 7 LFors lorsqu'elles intentent une action à une personne non protégée par la règle semi-impérative (in *Gerichtsstandsgesetz, Kommentar zum Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen*, 2001, n° 39 i.f. ad art. 21 LFors). De même, THOMAS MÜLLER précise qu'il n'est pas possible de priver la partie faible au contrat d'un for partiellement impératif par le biais de l'art. 7 LFors, laissant ainsi entendre, *a contrario*, qu'il n'en va pas de même pour l'autre partie (in *Gerichtsstandsgesetz, Kommentar zum Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen*, 2001, n° 47 ad art. 7 LFors p. 171; dans le même sens, cf. ISAAK MEIER, *Anspruchs- und Normenkonkurrenz im Gerichtsstandsgesetz*, in *Symposien zum schweizerischen Recht, Zum Gerichtsstand in Zivilsachen*, 2002, p. 55 ss, 71). Quant à FRANZ KELLERHALS et à ANDREAS GRÜNGERICH, ils ne prennent pas directement position sur la question controversée, sinon pour emboîter le pas à THOMAS MÜLLER et se distancier de PETER REETZ en tant qu'il prône

l'application inconditionnelle de l'art. 7 LFors, même en défaveur de la partie faible au contrat (in *Gerichtsstandsgesetz, Kommentar zum Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen*, 2^e éd. 2005, n° 24 ad art. 7 LFors). En définitive, seul YVES DONZALLAZ semble favorable à la solution adoptée par l'autorité intimée lorsqu'il soutient qu'en l'absence d'une acceptation tacite ou d'une prorogation anticipée, les fors partiellement impératifs des art. 22 ss LFors sont exclusifs (op. cit., n° 22 ad art. 21 LFors p. 477; voir aussi: n°s 5–7 ad Section 5 p. 464 ss et n° 15 ad art. 21 LFors p. 474).

S'agissant des références à la doctrine relative au nouveau droit, faites dans l'arrêt déferé, elles ne sont pas non plus propres à corroborer l'opinion des juges d'appel. En effet, tant MARC WEBER que NOËLLE KAISER JOB reprennent l'avis contraire, exprimé par THOMAS MÜLLER sous l'empire de l'ancien droit (in *Commentaire bâlois, Schweizerische Zivilprozessordnung*, 2010, n° 28 ad art. 15 CPC, resp. n° 12 ad art. 35 CPC), tout comme le font THOMAS SUTTER-SOMM et RAFAEL KLINGLER, non cités dans ledit arrêt (in *Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO]*, 2010, n° 22 ad art. 15CPC). Deux autres auteurs, enfin, considèrent – l'un expressément, l'autre de manière implicite – que la partie faible au contrat est en droit d'assigner la partie forte au for de la connexité visé par l'art. 15 al. 2 CPC (MATTHIAS COURVOISIER, in *Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO]*, 2010, n° 9 ad art. 35 CPC; DIETSCHY, op. cit., n° 117).

Le système des fors partiellement impératifs, on l'a vu, a pour objectif de protéger la partie faible au contrat. C'est la raison pour laquelle il restreint la possibilité que pourrait avoir l'autre partie, étant donné sa position dominante, de contraindre son cocontractant à conclure une élection de for et à renoncer par avance à un for prévu par la loi. Dans la même perspective, il cherche à éviter que la partie faible, qui ne dispose souvent pas des connaissances juridiques nécessaires, singulièrement en matière procédurale, puisse se laisser attirer tacitement devant un for autre que ceux que prévoient les art. 22 ss LFors. Cela étant, on ne discerne pas en quoi il serait contraire à la *ratio legis* de l'art. 21 LFors de permettre à la partie faible au contrat d'invoquer l'art. 7 al. 2 LFors pour intenter action à son cocontractant à un autre for que l'un des fors partiellement impératifs prévus par la LFors. Lui offrir une possibilité de choix supplémentaire pour agir en justice n'irait certes pas à l'encontre du but protecteur du système en question. Inversement, lui interdire pareille option au seul motif qu'elle fait partie de la catégorie des personnes sociologiquement plus faibles mentionnées à l'art. 21 al. 1 LFors reviendrait à la désavantager par rapport à d'autres sujets de droit n'y figurant pas. Il serait ainsi difficilement justifiable qu'une personne physique victime d'un acte illicite soit privée de la possibilité de saisir le tribunal de son domicile du seul fait qu'elle est liée à l'auteur de cet acte par un contrat de travail (sous réserve de la réalisation des conditions de l'art. 7 al. 2 LFors).

Par conséquent, il y a lieu d'admettre, contrairement à l'avis de l'autorité précédente, que le recourant était en droit de se prévaloir de l'art. 7 al. 2 LFors.

Il reste à examiner si les conditions d'application de cette disposition étaient réalisées en l'espèce et, plus généralement, si le recourant était en droit de faire valoir ses prétentions à un autre for qu'à l'un des fors alternatifs de l'art. 24 LFors, ce que les premiers juges ont nié.

5.

5.1

5.1.1 Aux termes de l'art. 7 al. 2 LFors, «lorsque plusieurs prétentions qui présentent un lien de connexité entre elles sont élevées contre un même défendeur, chaque tribunal compétent pour connaître de l'une d'elles est compétent».

L'application de cette disposition, reprise à l'art. 15 al. 2 CPC avec quelques modifications textuelles, suppose l'existence d'un «cumul d'actions» (*Klagenhäufung*), comme son titre marginal l'indique, et, plus précisément, d'un cumul objectif, puisque les actions doivent être dirigées contre le même défendeur. Il y a cumul objectif lorsque divers objets sont simultanément réclamés, que ce soit en vertu de la même cause juridique ou sur la base de fondements juridiques distincts, par opposition à une réclamation unique s'appuyant sur plusieurs causes juridiques (concours d'actions, action à double fondement, réunion de plusieurs chefs de responsabilité dans la même personne, selon les différentes expressions utilisées par la doctrine de langue française; en allemand: *Anspruchskonkurrenz* ou *Anspruchsnormenkonkurrenz*).

Les diverses prétentions doivent se trouver dans un rapport de connexité. Selon la jurisprudence (ATF 129 III 80 consid. 2.2 p. 84), cette notion est comparable à celle qui figure à l'art. 22 al. 3 de la Convention du 16 septembre 1988 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des réclamations en matière civile et commerciale (Convention de Lugano; la disposition citée a été reprise à l'art. 28 al. 3 de la Convention de Lugano révisée le 30 octobre 2007 [CL; RS 0.275.12]). Sont donc connexes les demandes liées entre elles par un rapport si étroit qu'il y a intérêt à les instruire et à les juger en même temps afin d'éviter des solutions qui pourraient être inconciliables si les causes étaient jugées séparément. Cette condition est réalisée dès lors que les prétentions reposent pour l'essentiel sur les mêmes faits ou fondements juridiques (DIETSCHY, op. cit., n° 116).

Il faut en outre – autres conditions usuellement admises et désormais codifiées à l'art. 90 CPC – que le même tribunal soit compétent à raison de la matière, relativement à toutes les prétentions, et que celles-ci soient soumises à la même procédure (DONZALLAZ, op. cit., n° 32 ad art. 7 LFors; KELLERHALS/GÜNGERICH, op. cit., n° 9 à 11 ad art. 7 LFors; MÜLLER, op. cit., n° 36/37 ad art. 7 LFors), ce qui n'ira pas toujours de soi, notamment dans les cantons ayant institué des juridictions spécialisées pour ré-

gler les conflits en matière de droit du travail (cf., pour le nouveau droit: MARK LIVSCHITZ, in *Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO)*, 2010, n° 10 ad art. 90 CPC).

5.1.2 En l'espèce, le recourant élève trois prétentions déduites directement des rapports de travail noués avec l'intimée (paiement relatif à un solde de vacances, indemnité pour congé abusif et délivrance d'un certificat de travail). Ces prétentions relevant exclusivement du droit du travail, il ne pourrait pas les soumettre au tribunal de son domicile, puisque la loi ne prévoit pas un tel for pour ce type de prétentions (cf. consid. 4.1.2 ci-dessus). Cependant, il les a couplées avec les deux prétentions résiduelles (dommages-intérêts et indemnité pour réparation du tort moral afférents à un harcèlement psychologique subi avant son licenciement) qui seraient fondées, non seulement sur le contrat de travail, mais encore sur une atteinte illicite à sa personnalité (art. 28 CC et 41 CO), prétentions qu'il aurait choisi de soumettre au juge de son domicile conformément aux art. 12 let. a et 25 LFors (sur le champ d'application de ces deux dispositions en fonction de la nature de l'action, au sens de l'art. 28a CC, choisie par le lésé, cf. ANDREAS MEILI, in *Commentaire bâlois, Zivilgesetzbuch*, vol. I, 4^e éd. 2010, n° 16 ad art. 28a CC et les références). A supposer que ce dernier for lui soit ouvert, ce qu'il y aura lieu d'examiner ci-après (cf. consid. 5.2), les conditions d'application de l'art. 7 al. 2 LFors seraient sans conteste réalisées: il existe, en effet, un lien de connexité indubitable entre les cinq prétentions élevées par le recourant à l'encontre de la même partie défenderesse. Au demeurant, le Tribunal civil serait compétent *ratione materiae* à l'égard de chacune d'elles pour rendre un unique jugement au terme d'une même procédure; de fait, la valeur litigieuse des prétentions ressortissant exclusivement au contrat de travail dépasse déjà la limite de 30 000 fr.; or, au-delà de cette limite, la compétence de jugement du Tribunal des prud'hommes était exclue, selon le droit applicable à l'époque de l'introduction de l'action, au profit de celle du Tribunal d'arrondissement (art. 26 al. 3 de la loi fribourgeoise du 22 novembre 1972 sur la juridiction des prud'hommes, abrogée par l'art. 170 let. f de la loi du 31 mai 2010 sur la justice [RSF 130.1], en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2011); d'autre part et pour la même raison, la procédure simple et rapide de l'ancien art. 343 al. 2 CO, en soi applicable *ratione temporis* vu l'art. 404 al. 1 CPC (cf. l'art. 243 al. 1 CPC pour les procédures ouvertes après le 31 décembre 2010), n'entre pas en ligne de compte en l'occurrence.

5.2

5.2.1 Le droit suisse reconnaît, en principe, au lésé un concours (alternatif) entre les prétentions résultant d'un acte qui est à la fois illicite et contraire à une obligation contractuelle. Le lésé bénéficie ainsi du régime qui lui est le plus favorable. Ce sera souvent celui de la responsabilité contractuelle, mais il se peut aussi que la victime de l'acte illicite préfère se mettre au bénéfice de la responsabilité délictuelle pour des raisons tenant notamment au for de son action (LUC THÉVENOZ, in *Commentaire romand*,

Code des obligations, vol. I, 2003, n° 13 ad Intro. art. 97–109 CO). La question du for applicable en cas de pluralité de fondements d’une même prétention n’en demeure pas moins des plus controversées en doctrine.

Sur deux points, la réponse à lui apporter ne devrait guère soulever de difficultés majeures. Il s’agit, en premier lieu, d’exclure la possibilité que le tribunal saisi ne puisse connaître que de l’élément de la demande reposant sur le fondement (délictuel ou contractuel) pour lequel sa compétence *ratione loci* est donnée, le demandeur étant renvoyé à agir devant un autre tribunal pour faire examiner la même prétention sous son autre fondement; le tribunal saisi doit se voir reconnaître le droit de considérer la prétention litigieuse sous tous les fondements susceptibles de l’étayer. Il importe, en second lieu, de faire respecter les fors partiellement impératifs de la LFors, pour les motifs sus-indiqués (cf. consid. 4.2), de sorte que, vis-à-vis de la partie faible au contrat, tel le travailleur, seuls ces fors-là (en l’occurrence ceux de l’art. 24 LFors) pourront s’appliquer, sans égard au concours d’actions. En d’autres termes, l’employeur soi-disant victime d’un acte illécite du travailleur dans l’exécution du contrat de travail ne pourra pas attirer le défendeur devant le for de son domicile (i.e. le domicile du lésé) en invoquant l’art. 25 LFors. Pour le reste, les opinions émises sur la question litigieuse se caractérisent par la plus grande diversité.

Les uns estiment que le demandeur peut choisir à sa guise le for rattaché à l’un ou l’autre fondement. Les tenants de cette solution la justifient du reste par des motifs variés. Certains la déduisent directement du principe *iura novit curia*, lequel commande au juge saisi d’examiner la prétention litigieuse sous tous ses fondements possibles (KURTH/BERNET, in *Gerichtsstandsgesetz, Kommentar zum Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen*, 2^e éd. 2005, n° 26 ad art. 25 LFors). D’autres considèrent qu’elle va dans le sens de l’art. 7 al. 2 LFors, relatif au cumul objectif d’actions, dont ils proposent une application extensive; selon eux, du moment qu’une pluralité de fors est offerte dans le cas où diverses prétentions sont émises, le même principe devrait s’appliquer, à plus forte raison, lorsqu’une seule prétention repose sur divers fondements (MEIER, op. cit., ibid.; FLAVIO ROMERIO, *Anmerkungen zu Art. 25 und 27 GestG*, in *Symposien zum schweizerischen Recht, Zum Gerichtsstand in Zivilsachen*, 2002, p. 75 ss, 78). On évoque aussi, à l’appui de ladite solution, le souci d’éviter que la victime d’un acte illicite soit moins bien traitée du seul fait que cet acte est intervenu dans le cadre de rapports contractuels, et l’on met en doute que l’auteur de l’acte illicite puisse exiger de bénéficier du for de son domicile de ce seul fait (DONZALLAZ, op. cit., n° 11 ad art. 25 LFors). D’aucuns, enfin, se contentent de se rallier à ce qu’ils estiment être l’avis majoritaire, tout en concédant que l’opinion inverse repose, elle aussi, sur de bons arguments (SUTTER-SOMM/HEDINGER, in *Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO]*, 2010, n° 15 ad art. 36 CPC). Au demeurant, certains des partisans de cette solution, que l’on pourrait qualifier de libérale, réservent l’hypothèse dans laquelle le choix du for consti-

tuerait un abus de droit (ROMERIO, op. cit., *ibid.*; KURTH/BERNET, op. cit., n° 27 ad art. 25 LFors); ils préconisent, en outre, pour parer aux manoeuvres contraires à la bonne foi, une application moins automatique de la théorie des faits dits de double pertinence, qui veut que les allégations de la partie demanderesse soient déterminantes pour trancher la question de la compétence (cf. ATF 137 III 32 consid. 2.3 et 2.4).

D'autres auteurs, moins nombreux, considèrent que le for contractuel l'emporte toujours et est seul applicable (HEINRICH HEMPEL, in *Kommentar zum schweizerischen Zivilprozessrecht, Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen*[GestG], 2001, n° 16 ad art. 25LFors; *le même*, in *Commentaire bâlois, Schweizerische Zivilprozessordnung*, 2010, n° 16 ad art. 36 CPC) ou, ce qui reviendra souvent au même, qu'il y a lieu de déterminer le for en fonction de l'aspect prépondérant de la prétention (DIETSCHY, op. cit., n° 107). Pour HEMPEL, la doctrine majoritaire ne tient pas suffisamment compte de la différence fondamentale existant entre un contrat et un acte illicite et, singulièrement, de ce que les rapports noués sur la base du premier résultent d'un acte conscient et volontaire des parties, contrairement à ce qui est le cas pour le second. L'auteur ne voit donc pas pourquoi l'on priverait une partie du for que le législateur a institué spécialement pour le jugement des différends issus du contrat en cause, au seul motif que la violation contractuelle remplirait aussi les conditions de l'acte illicite. A son avis, ce qui est déterminant et facile à établir, en définitive, c'est de savoir si l'acte illicite est à l'origine de la relation juridique qui s'est nouée entre les parties contre leur gré ou si cet acte est venu se greffer sur une relation juridique préexistante, fondée sur un contrat. Pour sa part, DIETSCHY propose d'appliquer la même solution qu'en matière de contrat mixte. Elle met l'accent sur le fondement principal de la prétention en cause, parce que c'est lui qui détermine le véritable objet du litige; à son avis, retenir l'accessoire comme déterminant pourrait amener le demandeur à fonder sa prétention sur une autre cause également, dans le seul but d'utiliser le for qui s'y rattache.

Il paraît difficile de trancher définitivement, en faisant abstraction du type de concours d'actions considéré, entre les deux solutions antagonistes en présence, qui comportent chacune des avantages et des inconvénients, et sont sujettes à de nombreux tempéraments ou exceptions. Il serait d'autant plus délicat de le faire que cela pourrait commander un réexamen plus général de la théorie du concours d'actions, qui n'est d'ailleurs pas restée incontestée (cf., parmi d'autres: FRANZ WERRO, *La responsabilité civile*, 2005, n° 1494 ss). La sécurité du droit dû-elle en pâtir, mieux vaut donc privilégier une approche circonstancielle, qui tienne compte de la nature des responsabilités invoquées et des éléments factuels allégués par le demandeur.

5.2.2 La cause en litige a trait à un contrat de travail, au sens des art. 319 ss CO. Pour des motifs de politique sociale, entre autres considérations, le législateur fédéral a jugé bon de régler spécifiquement la compé-

tence à raison du lieu en matière d'actions fondées sur un tel contrat (art. 24 al. 1 LFors). De surcroît, il a attribué à cette réglementation un caractère semi-impératif, afin d'éviter que le travailleur ne se voie privé du for prévu par la loi (art. 21 let. d LFors). Un grand nombre de cantons ont, en outre, introduit des juridictions spéciales en matière de droit du travail, à savoir des tribunaux de prud'hommes. De plus, certains des différends en ce domaine sont soumis à une procédure simplifiée et à la maxime inquisitoire sociale (ancien art. 343 al. 2 et 4 CO; art. 243 al. 1 et 247 al. 2 let. b ch. 2 CPC). De ces constatations, on peut inférer, sur un plan plus général, une volonté affirmée du pouvoir législatif de soumettre ce type de contrat à un traitement procédural particulier et, si possible, unifié. Pareille impression est du reste corroborée par la jurisprudence et la doctrine relatives à l'ancien art. 343 al. 1 CO. Il en appert le souci de voir la contestation en matière de contrat de travail tranchée dans son intégralité au for et selon les règles établis à cette fin, même lorsque la prétention litigieuse repose sur un double fondement, contractuel et délictuel, pour peu que le différend prenne sa source dans les rapports de travail (arrêt 4C.440/1995 du 6 mai 1997 consid. 7, in *Jahrbuch des schweizerischen Arbeitsrechts* [JAR]1998 p. 306; ADRIAN STAEHELIN, *Commentaire zurichois*, 1996, n° 7 ad art. 343 CO; JÜRIG BRÜHWILER, *Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag*, 2^e éd. 1996, n° 1 ad art. 343 CO p. 460; ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL, *Arbeitsvertrag*, 6^e éd. 2006, n° 5 ad art. 343 CO p. 917 i.f.). Il y a là de solides arguments en faveur de la solution qui fait prédominer, en règle générale, le for contractuel. Il s'agit aussi d'éviter que le fondement délictuel de l'action, qui sera souvent accessoire par rapport au fondement contractuel, ne serve qu'à attirer la partie défenderesse devant le tribunal du domicile du demandeur (*forum shopping*). Il ne paraît pas inconciliable, enfin, de renvoyer le travailleur à agir devant le for contractuel en cas de concours d'actions, à l'instar de l'employeur, tout en lui permettant d'assigner ce dernier devant le for de l'art. 25 LFors, en vertu de l'art. 7 al. 2 LFors, lorsqu'il élève contre lui diverses prétentions dont l'une repose sur un acte illicite commis en dehors du cadre des rapports de travail.

Appliquées au cas particulier, ces réflexions commandent de confirmer, sinon les motifs, du moins la décision d'irrecevabilité pour défaut de compétence *ratione loci* prise pas la II^e Cour d'appel. Le différend qui divise les parties prend racine dans les seuls rapports de travail noués par elles. Dès lors, il paraît raisonnable de le soumettre au tribunal chargé de connaître des actions relatives au contrat de travail, conformément à l'art. 24 LFors, soit à la juridiction neuchâteloise compétente. Force est, d'ailleurs, de relever le caractère artificiel de la construction juridique échafaudée par le recourant à l'effet d'établir la compétence des tribunaux fribourgeois, dans la mesure où cette construction repose sur la combinaison de la règle touchant le cumul objectif d'actions et de celle que l'intéressé voudrait poser pour l'action à double fondement (ou concours d'actions). Ce caractère artificiel est illustré également par le fait que le re-

courant entend soumettre le même comportement de l'employeur – le prétendu harcèlement psychologique – à un régime juridique distinct (responsabilité délictuelle/responsabilité contractuelle) en fonction du critère purement contingent que constitue le moment où ce comportement a sorti ses effets (avant ou après le licenciement). Il n'est, au demeurant, pas certain que l'on ait véritablement affaire, ici, à une action à double fondement, s'il faut admettre, avec TERCIER/FAVRE/EIGENMANN (Les contrats spéciaux, 4^e éd. 2009, n° 3521) qu'il y a de bons motifs pour appliquer la règle spéciale de l'art. 328 CO lorsqu'elle est invoquée concurremment avec la règle générale de l'art. 28 CC.

Cela étant, il y a lieu de rejeter le recours.

Bundesgericht, Urteil vom 15. Juli 2011, Doss.-Nr. 4A_42/2011 und 4A_68/2011 (Bestätigung des Urteils des Obergerichts des Kantons Luzern vom 15. Dezember 2010)

Dem Beweis der Anordnung von Überstunden wird in der Rechtsprechung gleichgesetzt, wenn der Arbeitgeber um die Notwendigkeit, Überstunden zu leisten, gewusst oder zumindest darum hätte wissen müssen. Dies gilt ohne weiteres auch in Bezug auf die Genehmigung von Überstunden (E. 5.2).

Da aufgrund der konkreten Umstände keine Zweifel bestanden, dass Überstunden geleistet wurden, ist die von der Vorinstanz zugestandene Beweiserleichterung analog Art. 42 Abs. 2 OR nicht zu beanstanden (E. 6). Die Vorinstanz verfiel auch nicht in Willkür, wenn sie zur Bestimmung der Überstunden der Arbeitnehmerin, welche als Pflegekraft, Haushaltshilfe und Assistentin für die umfassend pflegebedürftige Mutter des Arbeitgebers tätig war und bei dieser wohnte, auf die schweizerische Arbeitskräfteerhebung (SAKE) des Bundesamtes für Statistik abstellte (Tabelle 2.2.1 «Frauen in Paarhaushalten inkl. Aufwand für betreuungspflichtige Haushaltsmitglieder»), da diese Rückschlüsse auf die Anzahl Arbeitsstunden und damit auch auf die geleisteten Überstunden zu liefern vermag. Die SAKE-Statistiken sind jedoch nicht unbesehen zu übernehmen, sondern es ist jedem Einzelfall bestmöglich Rechnung zu tragen (E. 7.2 und 7.3).

Sachverhalt:

A. (Klägerin) arbeitete seit dem 2. Oktober 2006 für B. (Beklagte) als Pflegekraft, Haushaltshilfe und Assistentin von C., der Mutter der Beklagten. Die Klägerin hatte dabei Kost und Logis im Haushalt von C. Am 24. Oktober 2007 kündigte die Beklagte den Vertrag per Ende 31. Dezember 2007. Der Kündigung vorausgegangen war ein unbeantwortetes Begeh-

ren der Klägerin um Anpassung des Arbeitsvertrags sowie dessen Teilkündigung, d.h. einer Kündigung von Kost und Logis.

Mit Klage vom 2. Mai 2008 verlangte die Klägerin von der Beklagten Fr. 25 957.– und ein Arbeitszeugnis. Diese Forderung setzte sich zusammen aus Fr. 625.– für eine Gratifikation, Fr. 17 343.– als Entgelt für Überstunden und Fr. 7989.– für Spesen. Nach Ansicht der Beklagten war die Forderung nicht ausgewiesen; sie machte widerklageweise Fr. 554.80 für Kosten aus privatem Gebrauch des Telefons und des Internets geltend. Das Arbeitsgericht des Kantons Luzern hiess die Klage mit Urteil vom 26. Februar 2010 teilweise gut und verpflichtete die Beklagte der Klägerin Fr. 627.– (netto) nebst Zins von 5% seit dem 1. Januar 2008 zu bezahlen, auf den Betrag von Fr. 532.20 die Sozialversicherungsbeiträge aufzurechnen und ihr ein Arbeitszeugnis auszustellen. Die übrigen Klage- und Widerklagebegehren wies es ab. Auf Appellation der Klägerin hin verpflichtete das Obergericht des Kantons Luzern, 1. Kammer als Appellationsinstanz, die Beklagte mit Urteil vom 15. Dezember 2010, der Klägerin Fr. 10 964.90 nebst Zins von 5% seit dem 1. Januar 2008 zu bezahlen und bestätigte die Pflicht der Beklagten zur Ausstellung eines Arbeitszeugnisses. Gegen dieses Urteil erhoben beide Parteien Beschwerde in Zivilsachen.

Aus den Erwägungen:

5.

Nach Auffassung der Beklagten ist die Vorinstanz in bundesrechtswidriger Weise davon ausgegangen, dass abteilungspflichtige Überstunden bestünden. Gemäss Anstellungsvertrag der Parteien bestehe eine Pflicht der Klägerin, ihre Überstunden monatlich zur Genehmigung vorzulegen, was die Klägerin unbestrittenermassen unterlassen habe. Sie habe daher jedenfalls den Anspruch auf eine Entschädigung für die nicht gemeldeten Überstunden verwirkt. Dies habe die Vorinstanz missachtet. Insbesondere habe sie zu Unrecht angenommen, dass der Beklagten die Notwendigkeit, Überstunden zu leisten, bekannt war oder zumindest hätte bekannt sein müssen.

5.1 Nach Art. 321c Abs. 1 OR ist der Arbeitnehmer 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. Überstundenarbeit ist mit Lohn zu entgelten, der sich nach dem Normallohn samt Zuschlag von mindestens einem Viertel bemisst (Art. 321c Abs. 3 OR). Allerdings können im gegenseitigen Einverständnis statt der Bezahlung der Überstunden diese auch durch Bezug von Freizeit abgegolten werden (Art. 321c Abs. 2 OR; BGE 129 III 171 E. 2). Im Anstellungsvertrag vom 6. Oktober 2006 haben die Parteien bezüglich der Überstunden u.a. folgendes vereinbart: «Ziff. 3.2 Überzeit: Überstunden

sind in der Regel in gegenseitiger Vereinbarung durch Freizeit zu kompensieren. Ausnahmen sind mit dem/der Arbeitgeberin abzusprechen. Überstunden sind jeweils Ende Monat durch B. zu genehmigen.» Während die Pflicht zur Überstundenleistung nach Art. 321c Abs. 1 OR zwingender Natur ist (Art. 361 OR), können die Parteien in Bezug auf den Ausgleich und die Entschädigung der Überstunden eine andere Regelung treffen. Das haben die Parteien vorliegend mit der genannten Überstundenvereinbarung getan, welche damit grundsätzlich anwendbar ist.

5.2 Dem Beweis der Anordnung von Überstunden wird in der Rechtsprechung gleichgesetzt, wenn der Arbeitgeber um die Notwendigkeit, Überstunden zu leisten, gewusst oder zumindest darum hätte wissen müssen (BGE 129 III 171 E. 2.2; 116 II 69 E. 4b S. 71; 86 II 155 E. 2 S. 157 mit Hinweis). Dies gilt ohne weiteres auch für die Genehmigung von Überstunden (vgl. Urteil vom 9. Oktober 2000, SARB 2001 1136 E. 2b/bb S. 1140). Die Vorinstanz stellte im Rahmen ihrer Beweismwürdigung fest, dass die Klägerin bei C. wohnte, d.h. bei dieser übernachtete und dieser die Mahlzeiten dreimal täglich zubereitete sowie gemeinsam mit ihr speiste und damit «grundsätzlich sieben Tage die Woche» für die Mutter der Beklagten tätig war. C. habe an zunehmender Demenz sowie diversen körperlichen Leiden (wie Beeinträchtigung des Sehvermögens, Urininkontinenz, Gleichgewichtsstörungen) gelitten, weshalb ihr der Arzt eine umfassende Pflegebedürftigkeit attestiert habe. Überdies stellte die Vorinstanz fest, neben der bereits zitierten Vertragsklausel bestünden noch weitere Vertragsbestimmungen (Ziff. 3.4, 4.2), die sich mit dem Thema Überstunden befassen. Sie schloss daraus, die Beklagte habe um die Notwendigkeit, Überstunden zu leisten, gewusst oder zumindest darum wissen müssen. Diesen nachvollziehbaren Schluss über das Wissen um Leistung von Überstunden stellt die Beklagte nicht mit einer rechtsgenügend begründeten Willkür in Frage, sondern stellt ihm in rein appellatorischer Weise bloss ihre eigene Sicht der Dinge gegenüber. Darauf ist nicht einzutreten. Steht damit fest, dass die Beklagte um die geleisteten Überstunden wusste oder hätte wissen müssen, kommt dem Umstand, dass die Klägerin die Überstunden nicht gemeldet hatte, keine Bedeutung zu. Der Vorinstanz lässt sich insoweit keine Verletzung von Bundesrecht vorwerfen. Überdies sind nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung an die Verwirkung von Ansprüchen wegen fehlender Mitteilung geleisteter Überstunden strenge Anforderungen zu stellen (vgl. BGE 129 III 171 E. 2.4 S. 176; 126 III 337 E. 7b S. 344; 124 II 469 E. 3a S. 472). Der Beklagten wäre es unter den gegebenen Umständen einer zunehmend fortschreitenden Demenz ihrer Mutter ohne Weiteres zumutbar gewesen, die Klägerin, die in der Wohnung der Mutter lebte, nach ihrer Anzahl Mehrstunden zu fragen (vgl. Urteil vom 9. Oktober 2000, SARB 1/2001 1136 E. 3d S. 1142; STREIFF/VON KAENEL, in: Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 6. Aufl. 2006, N. 10 zu Art. 321c OR).

6.

Die Beklagte beanstandet sodann, die der Klägerin zugestandene Beweiserleichterung nach Art. 42 Abs. 2 OR verletze die Beweislastregeln, denn das vertragswidrige Verhalten der Klägerin (die Überstunden nicht zu melden) rechtfertige eine solche nicht. Die Rüge geht ins Leere. Macht ein Arbeitnehmer Überstunden geltend, so trägt er zwar die Beweislast, dass er Überstunden geleistet hat (BGE 129 II 171 E. 2.4 S. 176). Dieser Nachweis kann ihm aber erleichtert werden durch die analoge Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR, sofern nach der Natur der Sache ein strikter Beweis nicht möglich oder nicht zumutbar ist (BGE 128 III 271 E. 2 b/aa S. 276 f.). Die Vorinstanz ist in Würdigung der ihr vorliegenden Beweise zum Ergebnis gelangt, dass nicht genau nachgewiesen werden könne, wie viele Überstunden die Klägerin geleistet habe, insbesondere deshalb nicht, weil deren vorgelegte «Zeitabrechnungen» beweisuntauglich seien und keine anderen Beweismittel existierten. Aufgrund der konkreten Pflegefallsituation (vgl. Erwägung 5.2) bestand für die Vorinstanz jedoch kein Zweifel am Bestehen von Mehrstunden, weshalb die Beweiserleichterung analog Art. 42 Abs. 2 OR nicht zu beanstanden ist. Daran vermag auch das Vorbringen der Beklagten nichts zu ändern, denn das angeblich vertragswidrige Verhalten der Klägerin (Nichtmelden der Überstunden) ist, wie bereits dargelegt (Erwägung 5.2), nicht entscheidend, weil die Vorinstanz ohne Bundesrecht zu verletzen annahm, die Beklagte habe von den Überstunden gewusst bzw. jedenfalls wissen müssen.

7.

Die Beklagte rügt ferner, es sei zur Ermittlung der Überstunden nicht auf die statistischen Werte der SAKE-Tabelle 2.2.1 abzustellen, die vorinstanzliche Berechnung sei in mehrfacher Hinsicht falsch und beruhe auf willkürlicher Beweismittelwürdigung (Art. 9 BV).

7.1 Die Vorinstanz ging davon aus, dass der Klägerin 155 abteilungspflichtige Überstunden à Fr. 18.70 plus einem Zuschlag von 25% gestützt auf Art. 321 Abs. 3 OR zustehen. Zur Begründung stützte sie sich auf die SAKE-Tabelle 2.2.1 und errechnete für die Klägerin (damals 52 Jahre alt) einen wöchentlichen Stundenaufwand von durchschnittlich 47,1 Stunden, was bei einer 42-Stundenwoche wöchentlich 5,1 Überstunden ergab.

7.2 Zu prüfen ist, ob die Vorinstanz in Willkür verfiel, wenn sie zur Bestimmung der Überstunden der Klägerin (analog Art. 42 Abs. 2 OR) die SAKE-Tabelle 2.2.1 «Frauen in Paarhaushalten inkl. Aufwand für betreuungspflichtige Haushaltsmitglieder» herbeizog. Es handelt sich bei der schweizerischen Arbeitskräfteerhebung (SAKE) des Bundesamtes für Statistik um gefestigte statistische Grundlagen, die als Normhypothesen für die Ermittlung von Haus- und Familienarbeit dienen und in der Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Bestimmung des Haushaltsschadens anerkannt sind (BGE 131 III 360 E. 8.2.1; 127 II 403 E. 3b; MARC SCHAETZLE, Neue SAKE-Zahlen zum Haushaltsschaden, HAVE 1/2006 S. 176). Da die

Klägerin mit C. zu zweit in einem Haushalt lebte und dabei den gesamten Haushalt alleine führte sowie zusätzlich Pflegearbeiten verrichtete, kann die SAKE-Tabelle 2.2.1 für einen Paarhaushalt mit einem pflegebedürftigen Haushaltsmitglied Rückschlüsse auf die Anzahl Arbeitsstunden und damit auch auf die Überstunden der Klägerin liefern, weshalb der Beizug der SAKE-Tabelle nicht willkürlich ist (BGE 129 III 135 E. 4.2.2.1 S. 55; Urteil 4A.23/2010 vom 12. April 2010 E. 2.3.1). Auf das, was die Beklagte im Einzelnen dazu vorbringt, kann nicht eingetreten werden: Die Beklagte unterlässt es, rechtsgenügend darzulegen (Art. 42 Abs. 2 BGG), warum die Klägerin als «Angestellte» weniger Arbeitsstunden leiste als eine «Vorsterherin» des Haushaltes etwa mit einem pflegebedürftigen Ehegatten. Ebenfalls auf rein appellatorische Kritik beschränkt sich die Beklagte, wenn sie bekundet, das Abstellen der SAKE-Tabellen auf das jeweilige Alter der haushaltsführenden Person ergebe keinen Sinn, ist doch ohne Weiteres nachvollziehbar, dass je nach Alter der haushaltsführenden Person die einzelnen Verrichtungen nicht gleich schnell erfolgen. Soweit die Beklagte in diesem Zusammenhang geltend macht, die Klägerin habe jeweils am Mittwoch- und am Samstagnachmittag sowie den ganzen Sonntag nicht arbeiten müssen, weshalb die Tafel nicht zur Anwendung gelangen dürfe, weicht sie unbegründet von der vorinstanzlichen Sachverhaltsfeststellung ab. Da sie es unterlässt, diesbezüglich eine begründete Sachverhaltsrüge zu erheben, kann auf diese Rüge nicht eingetreten werden.

7.3 Die SAKE-Statistiken sind vom Sachrichter indessen nicht unbe-
sehen zu übernehmen, sondern dieser hat jedem Einzelfall bestmöglich
Rechnung zu tragen (Urteil 4A.23/2010 vom 12. April 2010 E. 2.3.1). Die
SAKE-Tabelle 2.2.1 setzt für die Betreuung einer pflegebedürftigen Person
durchschnittlich 14 Stunden die Woche an. Das sind täglich zwei Stunden
für die Pflege. Zählte man nur schon die Zeit für das tägliche Duschen/
Waschen, zweimal täglich An- und Auskleiden und das Spaziergehen
zusammen, die unbestritten sind, so ergibt dies ungefähr zwei Stunden.
Kommen aber – wie dies im Anstellungsvertrag der Parteien verbindlich
festgelegt wurde – etwa noch «Atemtherapie, Gymnastik, Bewegungs-
übungen, Gedächtnistraining etc.» hinzu, so sind mehr als zwei Stunden pro
Tag für die Pflege nötig. Daraus folgt, dass der Beizug der SAKE-Tafel
2.2.1. zur Ermittlung der Überstunden nicht zum Nachteil der Beklagten
war. Die Beklagte vermag auch mit ihren konkreten Einwänden gegen die
SAKE-Tafel 2.2.1 nicht begründet darzulegen, inwiefern die Vorinstanz
mit deren Beizug ihr Ermessen überschritten haben soll: Entgegen der An-
sicht der Beklagten ist nicht ersichtlich, warum die Klägerin keine «admini-
strative Arbeiten» im Sinne der SAKE-Tafel 2.2.1 (von 0.8 Stunden) tä-
tigte, hat sie doch unbestrittenermassen den Briefkasten geleert, die Post
gesichtet und teilweise vorgelesen. Ferner sind die beanstandeten 5,2 Stun-
den Hausarbeit infolge «fehlender Haustiere und fehlenden Gartens» in der
Gesamtbetrachtung des Aufwandes des konkreten Pflegeverhältnisses ver-
nachlässigbar, machte diese doch täglich höchstens 40 Minuten aus.

7.4 Zusammenfassend ist nicht dargetan, dass die Vorinstanz, jedenfalls im Ergebnis, in Willkür verfiel, indem sie anhand der SAKE-Tabelle 2.2.1 5.1 Überstunden pro Woche ermittelte.

Tribunal fédéral, Arrêt du 28 juillet 2011, Doss.-N° 2C_561/2010 (Réformation du l'arrêt du 21 mai 2010 de la Cour de justice du canton de Genève), in: ATF 137 II 399

Art. 60 al. 3 LFPr, art. 72 et 83 LTF; nature de la contribution de formation professionnelle rendue obligatoire par déclaration du Conseil fédéral. La déclaration du Conseil fédéral rendant obligatoire la participation à un fonds en faveur de la formation professionnelle pour toutes les entreprises de la branche et contraignant ces dernières à verser des contributions de formation (art. 60 al. 3 LFPr) a pour effet que la nature de la contribution, à l'origine de droit privé, puisqu'elle trouvait son fondement dans le règlement d'une association de droit privé, se transforme en une obligation de droit public. Seul le recours en matière de droit public est par conséquent ouvert (consid. 1). Cas d'application (consid. 4).

Art. 60 al. 6 LFPr; exception à l'obligation de contribuer. Il n'y a pas de concurrence entre les fonds des différentes branches d'activités et ceux des cantons de sorte que l'obligation de cotiser au fonds cantonal n'entraîne aucune réduction ni suppression de l'obligation de contribuer aux fonds des différentes branches d'activités (consid. 5 et 6).

Art. 60 Abs. 3 BBG, Art. 72 und 83 BGG; Rechtsnatur der gemäss Verbindlicherklärung des Bundesrates zu leistenden Bildungsbeiträge. Die Verbindlicherklärung eines Berufsbildungsfonds für alle Betriebe der Branche und deren Verpflichtung zur Entrichtung von Bildungsbeiträgen (Art. 60 Abs. 3 BBG) hat zur Folge, dass die ursprünglich auf dem Reglement einer privatrechtlichen Vereinigung beruhende privatrechtliche Beitragspflicht zu einer öffentlich-rechtlichen wird. Damit steht in diesem Bereich einzig die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten zur Verfügung (E. 1). Anwendung im konkreten Fall (E. 4).

Art. 60 Abs. 6 BBG; Ausnahmen von der Beitragspflicht. Zwischen den Berufsbildungsfonds der einzelnen Branchen und jenen der Kantone besteht keine Konkurrenz; die Beitragspflicht für kantonale Fonds bewirkt daher weder eine Herabsetzung noch die Aufhebung derjenigen für die Branchenfonds (E. 5 und 6).

Faits:

L'Union Suisse des Installateurs-Electriciens (ci-après: l'USIE) est une association professionnelle regroupant divers métiers du domaine de l'électricité. Le 21 avril 2005, elle a adopté le «Règlement concernant le Fonds de l'USIE en faveur de la formation professionnelle» (ci-après: le Règlement concernant le Fonds) alimenté par les contributions de ses membres. Par arrêté du 2 décembre 2005, le Conseil fédéral a étendu la force obligatoire du Règlement concernant le Fonds à toutes les entreprises de la branche.

X. est une société anonyme inscrite au registre du commerce du canton de Genève qui a pour but l'exploitation d'une entreprise de dépannages rapides d'enseignes au néon, la fabrication et la commercialisation d'enseignes et autres objets notamment à base de tubes fluorescents à décharge électrique. Y. en est l'administrateur unique avec signature individuelle.

Pour l'année 2007, Y. a rempli le formulaire concernant l'effectif de l'entreprise indiquant qu'elle employait un monteur-électricien, lui-même, en qualité de «propriétaire d'une entreprise», mention «EU» au sens du Règlement concernant le Fonds. L'USIE lui a réclamé une contribution au Fonds pour 2007 et 2008.

Par arrêt du 12 novembre 2009, le Tribunal de première instance du canton de Genève a jugé que X. employait un monteur-électricien, mais qu'elle était dispensée de l'obligation de payer une contribution au fonds de l'USIE dans la mesure où elle s'acquittait déjà d'une contribution aux frais de formation professionnelle, obligatoire, auprès d'un fonds de l'Etat de Genève.

Par arrêt du 21 mai 2010, la Cour de justice du canton de Genève, Chambre civile, a annulé l'arrêt du 12 novembre 2009 et, statuant à nouveau, a condamné l'intéressée à payer à l'USIE des contributions réduites en raison des versements en faveur du fonds de l'Etat de Genève.

Le Tribunal fédéral a admis le recours en matière de droit public déposé par l'USIE.

Extrait des considérants:

1.

La voie de droit ouverte devant le Tribunal fédéral, recours en matière civile (art. 72 ss LTF) ou recours en matière de droit public (art. 82 ss LTF), dépend de la nature civile ou publique de la créance litigieuse.

1.1 Pour délimiter ces deux domaines du droit, le Tribunal fédéral s'appuie sur diverses théories: la théorie des intérêts, qui qualifie les normes juridiques ainsi que les rapports de droit dont elles sont le fondement de droit public ou de droit privé selon qu'elles sauvegardent exclusivement ou principalement l'intérêt public ou les intérêts privés, notamment dans ce dernier cas en réduisant les inégalités entre cocontractants par une

protection accrue de la partie la plus faible (cf. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6^e éd. 2010, n° 257, p. 57), la théorie dite fonctionnelle, qui qualifie les normes juridiques de droit public lorsqu'elles réglementent la réalisation de tâches publiques ou l'exercice d'une activité publique, la théorie de la subordination, qui assujettit au droit public les rapports dans lesquels une partie est supérieure à l'autre en fait ou en droit et au droit privé ceux où les parties traitent d'égal à égal à tous points de vue et enfin la théorie dite modale qui attribue une norme à l'un ou l'autre droit selon que sa violation entraîne une sanction relevant du droit privé (par exemple, nullité d'un acte juridique) ou une sanction relevant du droit public (par exemple, révocation d'une autorisation). Aucune ne l'emporte *a priori* sur les autres (ATF 132 V 303 consid. 4.42 p. 307; arrêt 2C_58/2009 du 4 février 2010 consid. 1.2 et les références citées).

1.2 D'après l'art. 63 al. 1 Cst., la Confédération légifère sur la formation professionnelle. Il s'agit d'une tâche d'intérêt public (EHRENZELLER/SAHLFELD, Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, n^{os} 23 ss ad Vorbemerkungen zur Bildungsverfassung, p. 1120 ss et les références citées), dont l'Etat est responsable (Message du 6 septembre 2000 relatif à une nouvelle loi sur la formation professionnelle, FF 2000 5274 ch. 1.7). Selon la théorie des intérêts, les dispositions légales relatives à la formation professionnelle constituent par conséquent du droit public (cf. arrêts 2C_58/2009 du 4 février 2010 consid. 1.3; 2A.249/2002 du 7 novembre 2002 consid. 2.3).

D'après l'art. 1^{er} al. 1 de la loi fédérale du 13 décembre 2002 sur la formation professionnelle (LFPr; RS 412.10) toutefois, la formation professionnelle est une tâche commune non seulement à la Confédération et aux cantons mais également aux organisations du monde du travail, par quoi il faut entendre «les partenaires sociaux, les associations professionnelles ainsi que les prestataires privés ou publics d'offres de formation et de places d'apprentissage» et notamment les «pouvoirs publics et les organisations d'utilité publique» (Message précité, FF 2000 5268 ch. 1.4). Ces trois partenaires se partagent non seulement l'encouragement de la formation professionnelle (art. 3 LFPr), mais également son financement. Parmi les organisations figurent naturellement les organisations professionnelles et les groupements économiques revêtus de la forme juridique de l'association au sens des art. 60 ss CC, comme en l'espèce l'USIE.

1.3 S'il va de soi qu'à l'instar des dispositions légales qui définissent la manière dont la formation professionnelle doit être encouragée en Suisse, celles qui fixent les engagements financiers de la Confédération et des cantons (cf. art. 52 ss LFPr; cf. en outre, le Message précité, FF 2000 5313 ch. 3.1) constituent aussi du droit public, en revanche, la qualification de droit public ou de droit privé du régime des contributions aux fonds en faveur de la formation professionnelle, mis en place par l'art. 60 al. 1 LFPr, doit faire l'objet d'un examen détaillé.

1.4 Selon l'art. 60 al. 1 LFPr, «les organisations du monde du travail actives dans le domaine de la formation, de la formation continue à des fins professionnelles et de la tenue d'examens peuvent créer et alimenter leurs propres fonds pour encourager la formation professionnelle». D'après l'art. 60 al. 3 LFPr, sur demande de l'organisation compétente, le Conseil fédéral peut déclarer la participation à un tel fonds obligatoire pour toutes les entreprises de la branche et contraindre ces dernières à verser des contributions de formation. Dans ce cas, la loi fédérale du 28 septembre 1956 permettant d'étendre le champ d'application de la convention collective de travail (LECCT; RS 221.215.311) est applicable par analogie. Cette disposition légale distingue les contributions réclamées aux membres des organisations du monde du travail de celles qui peuvent l'être après intervention du Conseil fédéral à toutes les entreprises d'une même branche professionnelle.

1.5 Lorsque la contribution destinée à alimenter un fonds en faveur de la formation professionnelle est réclamée par une association (professionnelle) au sens de l'art. 60 CC à l'un de ses membres en vertu des statuts et d'un règlement adopté en exécution de ces derniers, le rapport d'obligation et les règles qui le régissent relèvent du droit privé (cf. art. 60 al. 2, 63 et 71 CC). L'existence de la créance et son montant entrent dans la compétence du juge civil et constituent une *res inter alios acta* à l'égard des entreprises de la branche qui ne sont pas membres de l'association en cause et cette dernière ne dispose d'aucun moyen pour contraindre celles-ci à alimenter son fonds. En dernier lieu, une éventuelle contestation sera tranchée par la voie du recours en matière civile auprès du Tribunal fédéral. La situation est différente lorsque le Conseil fédéral fait usage de la faculté qui lui est conférée par l'art. 60 al. 3 LFPr.

1.6 Selon la jurisprudence certes, les conventions collectives de travail qui ont fait l'objet d'une décision d'extension par le Conseil fédéral renferment du droit privé fédéral également pour les personnes qui ne sont pas liées par la convention (ATF 118 II 528 consid. 2b p. 531; ATF 98 II 205 consid. 1 p. 207 s.). Il serait faux cependant de déduire de cette jurisprudence que la déclaration d'extension du Conseil fédéral prévue par l'art. 60 al. 3 LFPr a pour effet de maintenir la nature de droit privé préexistante (cf. consid. 1.5 ci-dessus) de la contribution alimentant un fonds en faveur de la formation professionnelle. Il faut en effet remarquer en premier lieu que l'art. 60 al. 3 LFPr ne déclare applicable la loi fédérale du 28 septembre 1956 permettant d'étendre le champ d'application de la convention collective de travail que par analogie. Cette cautèle démontre que l'objet de l'extension diffère selon qu'il s'agit d'étendre les conventions collectives de travail ou l'obligation de participer à un fonds en faveur de la formation professionnelle. Dans le premier cas, l'autonomie contractuelle des parties, bien que limitée, demeure, puisque les dérogations stipulées dans les contrats de travail individuels en faveur des travailleurs sont valables (art. 357 CO). Les personnes qui ne sont pas liées par la

convention collective et pour qui l'extension du champ d'application prend effet demeurent libre de négocier sur un pied d'égalité le contenu du contrat de travail qu'elles entendent passer dans les limites de l'art. 358 CO, ce qui plaide évidemment en faveur de la nature de droit privé de ces conventions et confirme la jurisprudence rendue jusqu'à aujourd'hui sur la question (cf. ATF 118 II 528 consid. 2b p. 531; ATF 98 II 205 consid. 1 p. 207 s.). En revanche, dans le deuxième cas, les entreprises de la branche pour lesquelles le Conseil fédéral a déclaré obligatoire la participation à un fonds en faveur de la prévoyance professionnelle en application de l'art. 60 al. 3 LFPr et de la loi sur l'extension des conventions collectives par analogie ne disposent pas d'un même espace de négociation et d'autonomie contractuelle. Au contraire, il résulte de la lettre de l'art. 60 al. 3 LFPr que non seulement le Conseil fédéral peut déclarer la participation à un tel fonds obligatoire, mais encore qu'il «peut contraindre ces dernières (entreprises) à verser des contributions de formation», ce que l'art. 4 LECCT ne connaît pas, même *mutatis mutandis*. L'obligation de verser la contribution pour les entreprises de la branche qui ne sont pas membres de l'association compétente trouve par conséquent son véritable fondement dans la législation de droit public que constitue la loi sur la formation professionnelle (cf. consid. 1.2 ci-dessus) et dans la déclaration du Conseil fédéral édictée sous forme d'arrêté de portée générale (cf. ATF 128 II 13 consid. 1d/bb et cc p. 17 s.). Il s'agit bien là d'un acte de puissance publique. Ce fondement légal (de droit public) diffère grandement, par voie de comparaison, du droit objectif né de l'accord négocié entre deux sujets de droit dans un contrat individuel de travail dont une partie seulement de la liberté contractuelle a été amputée (art. 357 CO).

L'organisation du monde du travail ne traite par conséquent pas sur pied d'égalité avec les entreprises de la branche qui n'appartiennent pas au cercle de ses membres (théorie de la subordination). En tant que partenaire de la Confédération et des cantons dans le domaine de l'encouragement de la formation professionnelle (cf. consid. 1.2 ci-dessus) recevant par arrêté de droit public du Conseil fédéral le droit de percevoir une contribution auprès de ces mêmes entreprises (théorie des intérêts et théorie fonctionnelle), elle assume une tâche d'intérêt public.

1.7 La déclaration du Conseil fédéral rendant obligatoire la participation à un fonds en faveur de la formation professionnelle pour toutes les entreprises de la branche et contraignant ces dernières à verser des contributions de formation a par conséquent pour effet d'annuler l'exception «res inter alios acta» rendant ainsi opposables à des tiers des dispositions statutaires qui ne s'adressaient qu'aux membres d'une association de droit privé. Le rapport d'obligation cesse d'être régi par le droit privé. Plus précisément la nature de la contribution en cause, à l'origine de droit privé, puisqu'elle trouvait son fondement dans le règlement d'une association de droit privé, se transforme en une obligation de droit public, dès le moment où, comme en l'espèce par l'arrêté du 2 décembre 2005, le Conseil fédéral

a contraint toutes les entreprises de la branche à verser les contributions de formation. Dans ces conditions, seul le recours en matière de droit public est ouvert en l'espèce.

Au terme d'un échange de vues (art. 23 LTF), la I^{re} Cour de droit civil s'est ralliée à cette position, qui ne change rien au fait que les litiges relatifs aux conventions collectives de travail ayant fait l'objet d'une décision d'extension (art. 1 al. 1 LECCT) constituent encore des litiges de droit civil (ATF 118 II 528 consid. 2b p. 531; ATF 98 II 205 consid. 1 p. 207 s.).

1.8 Au surplus enfin, il importe peu en l'espèce que les instances cantonales aient fait application de la procédure de droit civil. Il convient par ailleurs de constater que, dès le 1^{er} janvier 2011, les organisations du monde du travail qui ont mis sur pied un fonds en faveur de la formation professionnelle pourront facturer les cotisations aux entreprises tenues de participer à leurs fonds en faveur de la formation professionnelle et que leurs décisions de cotisations exécutoires seront assimilées à un jugement exécutoire au sens de l'art. 80 de la loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite (art. 68a al. 1 et 4 de l'ordonnance du 19 novembre 2003 sur la formation professionnelle [OFPr; RS 412.101], dans sa version en vigueur dès le 1^{er} janvier 2011 [RO 2010 6005]).

1.9 La cause entre donc dans la compétence de la II^{re} Cour de droit public (art. 30 al. 1 let. c ch. 2 du règlement du 20 novembre 2006 du Tribunal fédéral, RTF; RS 173.110.131).

1.10 Le recours est dirigé contre une décision finale (art. 90 LTF) rendue par un tribunal supérieur de dernière instance cantonale (art. 86 al. 1 let. d et al. 2 LTF) et ne tombe pas sous le coup d'une des exceptions mentionnées à l'art. 83 LTF. Déposé en temps utile (art. 100 al. 1 LTF) et en la forme prévue (art. 42 LTF), par la destinataire de l'arrêt attaqué qui a un intérêt digne de protection à l'annulation ou à la modification de celui-ci (art. 89 al. 1 LTF), le présent recours est en principe recevable comme recours en matière de droit public.

(...)

4.

4.1 Selon l'art. 60 al. 1 LFPr, les organisations du monde du travail actives dans le domaine de la formation, de la formation continue à des fins professionnelles et de la tenue d'examens peuvent créer et alimenter leurs propres fonds pour encourager la formation professionnelle. Elles définissent les buts de leur fonds en faveur de la formation professionnelle. Elles doivent notamment soutenir les entreprises de leur branche pour développer la formation continue spécifique à leur domaine (art. 60 al. 2 LFPr).

4.2 Le 21 avril 2007, la recourante a adopté un règlement instituant un fonds en faveur de la formation professionnelle qui s'applique à toutes les entreprises qui présentent des rapports de travail typiques pour la branche, avec des personnes dans des professions dont l'USIE se charge de l'assistance, notamment les monteurs-électriciens, les électriciens, les télématiciens, les dessinateurs-électriciens, les gestionnaires du commerce de

détail et les assistants du commerce de détail qui sont membres de l'USIE ou encore les personnes ayant accompli un examen professionnel ou professionnel supérieur au plan fédéral fondé sur une formation professionnelle de base au sens du ch. 1 ou celles ayant accompli un examen pratique au sens de l'art. 8 OIBT (RS 734.27) et qui sont membres de l'USIE ou assujetties au Fonds en vertu de la décision d'extension du champ d'application (art. II let. B du Règlement concernant le Fonds). Selon l'art. III al. 1 du Règlement concernant le Fonds, le but du fonds est de financer des prestations dans le domaine de la formation professionnelle de base et de la formation professionnelle supérieure, notamment le développement et l'actualisation des procédures d'évaluation et de qualification dans les offres de formation dont se charge l'USIE. En application de l'art. IV let. B du Règlement concernant le Fonds, le montant de la contribution est égal à la somme de la contribution d'entreprise de 175 fr., des contributions par collaborateur de 50 fr. et des contributions par apprenti de 20 fr., les entreprises de personnes ne payant que la contribution d'entreprise.

4.3 Conformément à l'art. 60 al. 3 LFPr, par arrêté du 2 décembre 2005, le Conseil fédéral a déclaré la participation au fonds de la recourante en faveur de la formation professionnelle obligatoire pour toutes les entreprises de la branche et a contraint ces dernières à verser des contributions de formation.

4.4 En l'espèce, l'Instance précédente a jugé à bon droit que l'entreprise intimée est astreinte à verser une contribution en application de l'arrêté du 2 décembre 2005.

5.

Le canton de Genève a édicté une loi cantonale du 15 juin 2007 sur la formation professionnelle (LFP/GE; RSG C 2 05) entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2008. Selon l'art. 1^{er} LFP/GE, cette loi assure la mise en œuvre de la loi fédérale, englobe tous les niveaux de qualification liés à la formation professionnelle, institue des mesures cantonales complémentaires relatives à la formation professionnelle et régit en particulier tous les secteurs professionnels autres que ceux relevant des hautes écoles, notamment grâce à la participation financière de la «Fondation en faveur de la formation professionnelle et continue» (ci-après: la fondation; art. 60 al. 1 et 2 LFP/GE). Selon les art. 61 al. 1 let. a et 62 LFP/GE, les ressources de la fondation sont constituées notamment par une cotisation à la charge des employeurs tenus de s'affilier à une caisse d'allocations familiales et astreints au paiement de contributions en vertu de la loi sur les allocations familiales.

6.

La recourante soutient que l'instance précédente a violé le droit fédéral en jugeant que l'Entreprise intimée, astreinte à cotiser également auprès de la Fondation en faveur de la formation professionnelle et continue du

canton de Genève, ne devait verser qu'une partie des contributions prévues par le Règlement concernant le Fonds.

6.1 Selon l'art. 60 al. 6 LFPr, les entreprises qui versent des contributions destinées à la formation professionnelle à une association ou à un fonds ou qui peuvent prouver qu'elles fournissent des prestations de formation ou de formation continue à des fins professionnelles suffisantes ne peuvent être contraintes à faire d'autres paiements à un fonds en faveur de la formation professionnelle qui a été déclaré obligatoire.

L'art. 68 al. 4 de l'OFPr (dans sa version en vigueur jusqu'au 1^{er} janvier 2011, dont la teneur correspond à celle du nouvel art. 68a al. 2 OFPr: cf. RO 2010 6005) prévoit que l'entreprise qui fournit déjà des prestations au sens de l'art. 60 al. 6 LFPr paie la différence entre le montant des prestations fournies et le montant de la cotisation destinée à alimenter le fonds en faveur de la formation professionnelle déclaré obligatoire. La différence se calcule proportionnellement sur la base des prestations qui se recoupent dans les deux fonds. L'art. IV let. c du Règlement concernant le Fonds contient des dispositions similaires à celles des art. 60 al. 6 LFPr et 68 al. 4 OFPr.

6.2 Selon le Message relatif à la nouvelle loi sur la formation professionnelle, l'art. 60 LFPr permet «l'instauration, pour chaque branche de l'économie, de fonds en faveur de la formation professionnelle gérés par le secteur privé et dont les ressources viendront compléter le financement alloué par l'Etat et celui que fournissent aujourd'hui déjà les organisations concernées. Les membres de la branche qui ne font pas partie de l'association correspondante seront elles aussi tenues d'alimenter ces fonds. Ainsi, les entreprises qui ne participent pas de leur plein gré aux dépenses de formation professionnelle de leur branche pourront être contraintes de s'acquitter d'une contribution de solidarité adéquate» (FF 2000 5319 ch. 3.2). Il résulte du Message que le but est d'amener les entreprises d'une branche à prendre en charge la formation professionnelle relative à leur branche d'activité, soit en versant des contributions destinées à la formation professionnelle à une association ou à un fonds soit en fournissant des prestations de formation ou de formation continue à des fins professionnelles suffisantes, c'est-à-dire qui dépassent le cadre même de l'entreprise (arrêt 2C_58/2009 du 4 février 2010 consid. 3.4 et 3.5). Le Message souligne dans le même sens qu'une concurrence entre les fonds des différentes branches d'activités et ceux des cantons (Genève, Fribourg et Neuchâtel) n'est pas à craindre, l'objectif de ces deux types d'institutions et l'affectation prévue des ressources étant totalement différents (FF 2000 5319 ch. 3.2).

C'est par conséquent en violation du droit fédéral que l'instance précédente a jugé que les prestations des deux fonds – celui de la recourante et celui du canton de Genève – se recoupaient du moins très partiellement, ce qui entraînait une réduction partielle de la contribution de l'entreprise intimée en faveur de la recourante. L'entreprise intimée est dès lors tenue de

verser l'intégralité des contributions annuelles 2007 et 2008 telles qu'elles sont prévues par le Règlement concernant le Fonds de l'USIE en faveur de la formation professionnelle.

Bundesgericht, Urteil vom 15. August 2011, Doss.-Nr. 5A_113/2011 (Bestätigung des Urteils des Obergerichts des Kantons Zürich vom 16. Dezember 2010), in: BGE 137 III 487

Art. 293 ff. SchKG, Art. 333 OR; Betriebsübernahme während der Nachlassstundung.

Überträgt ein Arbeitgeber während der Nachlassstundung den Betrieb, so geht das Arbeitsverhältnis auf den Erwerber über (Art. 333 Abs. 1 OR) und haftet der bisherige Arbeitgeber nach Art. 333 Abs. 3 OR für die Forderungen des Arbeitnehmers (E. 2–5).

Prüfung, wann das Arbeitsverhältnis ordentlicherweise beendet werden könnte und damit des Zeitraumes, für welchen der bisherige Arbeitgeber nach der Betriebsübernahme haftet (E. 6).

Prüfung, ob der bisherige Arbeitgeber trotz Übergang des Arbeitsverhältnisses und Neuanstellung durch den Betriebserwerber eine Abfindungszahlung schuldet (E. 7).

Art. 293 ss LP, art. 333 CO; transfert d'entreprise durant le sursis concordataire.

Si un employeur transfère l'entreprise durant le sursis concordataire, le rapport de travail passe à l'acquéreur (art. 333 al. 1 CO) et l'ancien employeur répond selon l'art. 333 al. 3 CO des créances du travailleur (consid. 2–5).

Examen du délai dans lequel le rapport de travail pourrait être résilié de façon ordinaire et, ainsi, de la période durant laquelle l'ancien employeur répond après le transfert d'entreprise (consid. 6).

Examen de l'obligation de l'ancien employeur de verser une indemnité, malgré le transfert du rapport de travail et le nouvel engagement par l'acquéreur de l'entreprise (consid. 7).

Sachverhalt:

A.

A.a Am 5. Oktober 2001 bewilligte der Nachlassrichter der Swissair Schweizerischen Luftverkehr-Aktiengesellschaft (nachfolgend: Swissair) die Nachlassstundung. Am 10. Januar 2002 bzw. 30./31. März 2002 (während der Nachlassstundung) wurde das kontinentale bzw. interkontinentale Flugstreckennetz der Swissair auf die Crossair Aktiengesellschaft für europäischen Regionalluftverkehr (nachfolgend: Crossair) übertragen. Die Crossair wurde am 13. Mai 2002 (Statutendatum) bzw. 4. Juli 2002 (Publi-

kation im SHAB) in Swiss International Air Lines AG (nachfolgend: Swiss) umfirmiert.

A.b X. trat am 1. Januar 1993 als Pilot in das Arbeitsverhältnis mit der Swissair ein, für welches im Jahr 2002 der Gesamtarbeitsvertrag Swissair-Aeropers vom 1. Juli 1999, Stand 2001 (nachfolgend: GAV) anwendbar war. Mit Schreiben vom 15. März 2002 kündigte die Swissair das Arbeitsverhältnis mit X. «aufgrund der Einstellung des Flugbetriebes per 31. März» auf den 30. Juni 2002 und stellte ihn per 31. März 2002 frei. Gestützt auf eine Vertragsofferte vom 13. März 2002 ging X. per 31. März 2002 ein Vertragsverhältnis mit der Swiss ein.

A.c Am 22. Mai 2003 wurde der vom Sachwalter der Swissair in Nachlassstundung unterbreitete Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung bestätigt. Der Liquidator verfügte am 13. Februar 2007 über die Kollokation der von X. angemeldeten Forderungen. Er anerkannte (mit Verfügung Nr. SR00750) in der ersten Klasse für die Kündigungsfrist von sechs Monaten (April bis September 2002) folgende Forderungen für Lohn im Betrag von Fr. 3818.95 brutto, und Pensionskassenbeiträge im Betrag von Fr. 5276.95. Weiter anerkannte der Liquidator (mit Verfügung Nr. SR05216) die im Namen der Vorsorgeeinrichtung der Swissair («VEF») zu Gunsten von X. geltend gemachte Forderung für Sozialversicherungsbeiträge im Betrag von Fr. 16 160.35, sowie eine Eventualforderung von 40,5% des kollozierten Bruttolohnes (Fr. 3818.95).

Zur Begründung hielt der Liquidator fest, das Arbeitsverhältnis sei Ende März 2002 nach Art. 333 OR auf die Swiss übergegangen. Die Swissair hafte für seit Betriebsübergang fällig gewordene Ansprüche bis Ende September 2002 bzw. für den Zeitraum, welcher sich unter Berücksichtigung der sechsmonatigen Kündigungsfrist gemäss GAV ergebe. Über diesen Zeitraum hinausgehende Forderungen wies der Liquidator ab, ebenso die Forderung für eine Abfindung, da das Arbeitsverhältnis wegen des Betriebsüberganges nicht aufgelöst worden sei.

A.d X. gelangte am 6. März 2007 an das Bezirksgericht Bülach und erhob Kollokationsklage gegen die Swissair in Nachlassliquidation. Er stellte sich auf den Standpunkt, dass die Kündigung der Swissair vom 15. März 2002 ungültig gewesen und sein Arbeitsverhältnis weder gemäss Art. 333 OR auf die Swiss übergegangen noch mit sechsmonatiger Frist kündbar sei. Aus diesem Grund verlangte er von der Nachlassmasse die (bezüfferte) Differenz der Lohn- und Pensionskassenbeiträge zwischen den beiden Arbeitgebern bis zum 30. Juni 2006 bzw. Ende der Wirkungen des GAV. Im Eventualbegehren (d.h. für den Fall, dass die Lohn- und Pensionskassenbeiträge nur bis Ende September 2002 geschuldet sind) verlangte er eine Abfindung in der Höhe eines Jahressalärs gemäss dem letzten bezogenen Lohn.

B.

B.a Mit Urteil vom 4. Januar 2010 wies das Bezirksgericht Bülach (Einzelrichter im beschleunigten Verfahren) die Kollokationsklage von X.

im Umfang von Fr. 293 844.95 ab, d.h. soweit darauf eingetreten und die Klage nicht zufolge Rückzug als gegenstandslos abgeschrieben wurde.

B.b Gegen das Urteil des Bezirksgerichts erhob X. Berufung und verlangte die Gutheissung der Klage im (ursprünglichen) Umfang von Fr. 370 608.05; weiter hielt er an seinem Eventualbegehren fest. Das Obergericht des Kantons Zürich, II. Zivilkammer, wies die Berufung am 16. Dezember 2010 ab, soweit darauf eingetreten wurde.

C.

Mit Eingabe vom 7. Februar 2011 hat X. Beschwerde in Zivilsachen erhoben. Der Beschwerdeführer beantragt die Aufhebung des obergerichtlichen Urteils. In der Sache hält er im Wesentlichen an seinen im kantonalen Verfahren gestellten Anträgen fest. Er verlangt die Kollokation einer Forderung erster Klasse von Fr. 73 229.55 auf Lohnzahlung (für die Differenz zwischen seinem früheren Salär bei der Swissair und demjenigen bei der Swiss für den Zeitraum von April 2002 bis März 2006) sowie für den gleichen Zeitraum die Differenz der Pensionskassenbeiträge im Umfang von Fr. 220 615.15). Im Eventualbegehren verlangt er die Kollokation einer Forderung erster Klasse von Fr. 139 562.– brutto für eine Abfindung (in der Höhe eines Jahressalärs) sowie entsprechender Pensionskassenbeiträge von Fr. 24 515.25). (...)

Das Bundesgericht weist die Beschwerde ab.

Aus den Erwägungen:

2.

Das Obergericht hat zunächst erwogen, dass Art. 333 OR (mit Ausnahme der Erwerberhaftung) bei einer Betriebsübertragung aus dem Nachlassverfahren heraus anwendbar sei. Nach Würdigung der konkreten Umstände sei mit der Übertragung des Lang- und Mittelstreckenflugbetriebes der Swissair auf die Swiss per 31. März 2002 der Betrieb im Sinne des Gesetzes übergegangen. Am betreffenden Datum sei daher auch das Arbeitsverhältnis des Beschwerdeführers auf die Swiss übergegangen. Mit Bezug auf die mit der Kollokationsklage verlangten Forderungen hat das Obergericht das Folgende festgehalten.

2.1 Da ein Betriebsübergang nach Art. 333 OR vorliege, hafte die Beschwerdegegnerin als bisherige Arbeitgeberin (gemäss Abs. 3) für die Forderungen des Beschwerdeführers, die nach dem Übergang bis zum Zeitpunkt fällig werden, auf den das Arbeitsverhältnis ordentlicherweise hätte beendet werden können. Zur Ermittlung des nach dem 31. März 2002 möglichen Kündigungstermins hat sich das Obergericht auf den GAV gestützt. Es ist (wie bereits das Bezirksgericht) betreffend Hauptbegehren zum Ergebnis gelangt, dass der GAV bzw. dessen Kündigungssystem für den Fall der Betriebsschliessung der Swissair eine Lücke aufweise bzw. eine zweckgerichtete Auslegung erfordere. Vernünftig und am hypothetischen Parteiwillen ausgerichtet sei die analoge Anwendung der Kündigungsfrist

bei Überbestand, d.h. eine Kündigungsfrist von sechs Monaten (Art. 23 Abs. 2 GAV). Nächstmöglicher Kündigungstermin nach dem 31. März 2002 sei daher Ende September 2002. Bis zu diesem Zeitpunkt hafte die Beschwerdegegnerin. Die Forderungen für die Zeit danach seien zu Recht nicht kolloziert worden.

2.2 Das Obergericht hat den Anspruch auf eine Abfindung, welche bei Kündigung wegen Überbestand im GAV vorgesehen ist (Art. 23 Abs. 3 GAV), mit der Begründung verneint, dass das Arbeitsverhältnis (in Anwendung von Art. 333 OR) ex lege auf die Swiss übergegangen sei. Der Abschluss eines Arbeitsvertrages des Beschwerdeführers mit der Swiss habe kein neues Arbeitsverhältnis begründet. Die Kündigung der Beschwerdegegnerin vom 15. März 2002 habe keine Abfindung auslösen können, da es an der Voraussetzung des Austritts fehle.

3.

Gegenstand des Kollokationsprozesses (Art. 250 Abs. 1 und Art. 321 SchKG) ist die Feststellung, inwieweit die streitigen Gläubigeransprüche bei der Liquidationsmasse zu berücksichtigen sind, wobei zur Prüfung des strittigen Rechtsverhältnisses vorfrageweise materielles Recht anzuwenden ist (BGE 133 III 386 E. 4.3.3 S. 390 f.). Anlass zur vorliegenden Beschwerde gibt die Klage auf Kollokation von Forderungen aus dem Arbeitsverhältnis des Beschwerdeführers. Unbestritten ist, dass seine Forderungen für Lohn- und Pensionskassenbeiträge aus der Anstellung als Flugpilot in der ersten Klasse zu kollozieren sind. Streitpunkt ist in erster Linie der zeitliche Rahmen, für welchen Forderungen nach GAV vor dem Hintergrund der Übertragung des Flugstreckennetzes geschuldet sein sollen. Der Beschwerdeführer wirft dem Obergericht in verschiedener Hinsicht eine Verletzung von Bundesrecht vor.

4.

Das kontinentale bzw. interkontinentale Flugstreckennetz der Beschwerdegegnerin wurde am 10. Januar 2002 bzw. 30./31. März 2002, m.a.W. während der Nachlassstundung (Art. 293 ff. SchKG) auf die Swiss übertragen. Der Beschwerdeführer macht geltend, die Vorinstanz habe zu Unrecht Art. 333 OR angewendet, um gestützt darauf den Übergang des Arbeitsverhältnisses auf die Swiss per 31. März 2002 anzunehmen. Daher sei Art. 333 Abs. 3 OR für die Weiterhaftung der Beschwerdegegnerin nicht massgebend und habe er Ansprüche aus der Beendigung des Arbeitsverhältnisses.

4.1 Nach Art. 333 OR geht im Fall, dass der Arbeitgeber den Betrieb oder einen Betriebsteil auf einen Dritten überträgt, das Arbeitsverhältnis mit allen Rechten und Pflichten mit dem Tage der Betriebsnachfolge auf den Erwerber über, sofern der Arbeitnehmer den Übergang nicht ablehnt (Abs. 1). Der bisherige Arbeitgeber und der Erwerber des Betriebes haften solidarisch für die Forderungen des Arbeitnehmers, die vor dem Übergang fällig geworden sind und die nachher bis zum Zeitpunkt fällig werden, auf den das Arbeitsverhältnis ordentlicherweise beendet werden könnte oder

bei Ablehnung des Überganges durch den Arbeitnehmer beendet wird (Abs. 3). Wird ein Betrieb – wie hier – aus der Nachlassstundung an einen Dritten übertragen, stellt sich die Frage, ob bzw. inwieweit Art. 333 OR mit Blick auf den automatischen Übergang des Arbeitsverhältnisses auch in Insolvenzverfahren anwendbar ist.

4.2 Das Bundesgericht hat in BGE 129 III 335 (E. 3 S. 340) die Frage der grundsätzlichen Anwendbarkeit von Art. 333 OR im Konkurs offengelassen. Es hat die Lehrmeinungen dargelegt und festgestellt, dass die Auffassungen zur Frage geteilt sind. Nach dem Urteil kommt für die Hypothese, dass Art. 333 OR anwendbar ist, die Haftung des Erwerbers nach Abs. 3 bei Übernahmen aus der Konkursmasse jedoch nicht zum Tragen (BGE 129 III 335 E. 5–8 S. 340 ff., insb. S. 349). In BGE 134 III 102 (E. 2.2 S. 105) wurde die Frage, ob Art. 333 OR auf den Betriebsübergang im Rahmen eines Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung (Art. 317 ff. SchKG) anwendbar ist, offengelassen.

4.3 Das Ergebnis von BGE 129 III 335 ff. – die Ablehnung der Haftung des Erwerbers bei Betriebsübernahmen im Konkurs – ist grundsätzlich auf Zustimmung gestossen (vgl. zuletzt BAISCH, Arbeitnehmerschutz bei M&A Transaktionen und Sanierungen, in: jusletter 20. Juni 2011, S. 23, Rz. 82, mit weiteren Hinweisen). Die seither geäusserten Auffassungen zur Frage der grundsätzlichen Anwendbarkeit von Art. 333 OR in Konkurs- und Nachlassverfahren sind weiterhin uneinheitlich (u.a. eine grundsätzliche bzw. durch das Bundesgerichtsurteil modifizierte Anwendbarkeit bejahend PORTMANN, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht, Bd. I, 4. Aufl. 2007, N. 12 zu Art. 333 OR; KRADOLFER, Der Betriebsübergang – Auswirkungen auf das Individualarbeitsverhältnis, 2008, S. 322, 327; STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar [...], 6. Aufl. 2006, N. 7 zu Art. 333 OR, S. 551; JEANDIN, L'insolvabilité en relation avec les contrats de bail et de travail, ZSR 2005 I S. 217; ablehnend TERCIER/FAVRE, Contrats spéciaux, 4. Aufl. 2009, Rz. 3896, betreffend Konkurs; differenzierend SUBILIA/DUC, Droit du travail, 2010, S. 478 Rz. 28: keine Anwendung im Konkurs und bei Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung, jedoch während der Nachlassstundung). Aus der kantonalen Praxis ist das Urteil der Vorinstanz vom 10. September 2003 bekannt, welches unter Bezugnahme auf BGE 129 III 335 ff. zum Schluss gelangt ist, dass Art. 333 OR – mit Ausnahme der Haftung des Erwerbers – im Falle der Betriebsübernahme im Konkurs anwendbar ist (ZR 2004 Nr. 71 S. 276, 278). Im angefochtenen Entscheid hat die Vorinstanz diese Praxis bestätigt und auf das Nachlassverfahren übertragen.

4.4 Das Bundesgericht hat in BGE 129 III 335 (E. 2.2 S. 338, mit Hinweisen) festgehalten, dass sich die Antwort auf die Frage, ob Art. 333 OR bei Übernahme aus einem Konkurs anwendbar ist, dem Gesetzestext nicht unmittelbar entnehmen lässt und die Materialien keine klaren Anhaltspunkte liefern. Der Beschwerdeführer kritisiert in systematischer Hinsicht, dass «die Bestimmungen des SchKG als öffentlich-rechtliche (Spezi-

al-)Normen den Bestimmungen des OR vorgehen» und aus diesem Grund Art. 333 OR (auf Konkurs- und Nachlassverfahren) nicht anwendbar sei. Dieser Einwand überzeugt nicht. Im SchKG finden sich in Bezug auf übergehende Rechte und Pflichten aus Arbeitsverträgen keine Regelungen, sodass nichts gegen die Anwendung von Art. 333 OR spricht. Das Bundesgericht hat in BGE 127 V 183 (E. 4d S. 187) bereits erklärt, dass die Übernahme des bisherigen Arbeitsverhältnisses nach Art. 333 OR Rechtsfolge und nicht Tatbestandsmerkmal ist. Danach setzt eine Betriebsübertragung im Sinne dieser Bestimmung keine rechtliche Beziehung zwischen altem und neuem Arbeitgeber voraus; es genügt, wenn der Betrieb tatsächlich weitergeführt oder wieder aufgenommen wird. Nach dem erwähnten Urteil ist für die Anwendung von Art. 333 OR unerheblich, ob eine zivilrechtliche Übertragung vorliegt. Gestützt auf diese Überlegung des Bundesgerichts kann die grundsätzliche Anwendbarkeit von Art. 333 OR (Rechtsfolge) nicht davon abhängen, ob der Übergang bzw. Erwerb des Betriebes (Tatbestand) auf rechtsgeschäftliche oder auf andere Weise, d.h. – wie hier – in einem zwangsvollstreckungsrechtlichen Rahmen erfolgt ist (u.a. GEISER, in: AJP 2009 S. 137/138).

4.5 Sinn und Zweck von Art. 333 OR besteht darin, die Interessen der betroffenen Arbeitnehmer beim Betriebsübergang zu wahren (BGE 127 V 183 E. 4b S. 186; BGE 129 III 335 E. 5.1 S. 341). Der bisherige Arbeitgeber wird kraft Gesetzes durch den neuen Arbeitgeber ersetzt. Das Hauptanliegen ist somit die Sicherung der Kontinuität des Arbeitsverhältnisses beim Betriebsübergang (vgl. JEANDIN, a.a.O., S. 213/214; WILDHABER, Aktienoptionen und deren Verfallsklauseln bei Betriebsübergang, SZW 2008 S. 18).

4.5.1 Mit der Haftung des Erwerbers bei Betriebsübernahmen im Konkurs wäre der mit Art. 333 OR angestrebte Zweck der Verbesserung des Arbeitnehmerschutzes in den meisten Fällen in sein Gegenteil verkehrt (BGE 129 III 335 E. 5.5.5 S. 347). Durch Ablehnung dieser Haftung im Konkurs ist das entscheidende Hindernis zur zweckkonformen Anwendung weggefallen (vgl. LORANDI, in: AJP 2003 S. 1100). Der Beschwerdeführer beruft sich vergeblich auf VOLLMAR (in: Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Bd. II, 2. Aufl. 2010, N. 18 zu Art. 298 SchKG), wonach zu befürchten sei, dass die Anwendung von Art. 333 OR in einem Nachlass- oder Konkursverfahren generell Unternehmenssanierungen verhindern könne. Diese Auffassung hat vorab die Problematik des Betriebserwerbers für Altlasten im Blick. Die Frage der Erwerberhaftung steht jedoch dem automatischen Übergang des Arbeitsverhältnisses gemäss Art. 333 Abs. 1 OR für sich allein nicht entgegen. Dies übergeht der Beschwerdeführer weiter mit seinem Hinweis auf das Gutachten des Bundesamtes für Justiz aus dem Jahre 2001 (VPB 2002 Nr. 8), zumal bereits das Obergericht dazu festgehalten hat, jene Argumentation sei überholt, weil sie vor allem die Haftung des Erwerbers betrifft. Das weitere Argument des Beschwerdeführers, der Übergang des Arbeits-

verhältnisses führe zu einer Bevorzugung einer bestimmten Gläubigerkategorie, welche erheblich über das Konkursprivileg der Arbeitnehmer (vgl. Art. 219 Abs. 4, Art. 321 SchKG) hinausgehe, ist ebenso wenig ausschlaggebend: Nach BGE 129 III 335 (E. 5.6 S. 348) führt lediglich die Erwerberhaftung zu einer nicht gerechtfertigten Privilegierung der Arbeitnehmer. Entgegen der Darstellung des Beschwerdeführers wurde im Übrigen bereits mit BGE 127 V 183 E. 6 S. 190 ff. entschieden, dass Arbeitnehmer unabhängig davon, ob ein Anwendungsfall von Art. 333 OR vorliegt, unter den Voraussetzungen von Art. 51 des Arbeitslosenversicherungsgesetzes (AVIG; SR 837.0) Insolvenzenschädigung beanspruchen können.

4.5.2 Zu Recht wird in der Literatur darauf hingewiesen, dass sich die konkreten Sanierungssituationen in der Praxis sehr unterschiedlich präsentieren. Dass die Anwendung von Art. 333 OR mit dem Zweck der Bestimmung nicht in Einklang zu bringen sei, weil der automatische Übergang der Arbeitsverhältnisse generell die Gläubiger des bisherigen Arbeitgebers schädige oder Betriebsanierungen verhindere, kann jedoch nicht gesagt werden (u.a. PORTMANN, a.a.O.). Sowohl für die freiwillige Sanierung als in der Zwangsvollstreckung gilt, dass die Kontinuität des Arbeitsverhältnisses nicht nur die Interessen des Arbeitnehmers schützt, sondern dem Erwerber die Übernahme eines funktionierenden Betriebes erleichtert oder ermöglicht (JEANDIN, a.a.O., S. 213/214). Der automatische Übergang des Arbeitsverhältnisses steht im Einklang mit dem Zweck der Bestimmung, zumal der Handlungsspielraum des Erwerbers nicht übermässig eingeschränkt wird. Das Arbeitsverhältnis kann mit Blick auf die Übernahme gekündigt werden, was – Missbrauch vorbehalten – zulässig ist (BGE 136 III 552 E. 3.3 S. 559); sodann kann der Erwerber das nicht beendete bzw. übergegangene Arbeitsverhältnis kündigen. Mit Blick auf den in Art. 333 OR vorgesehenen Übergang des Arbeitsverhältnisses sind keine triftigen Anhaltspunkte ersichtlich, welche dem Zweck der Bestimmung geradezu zuwiderlaufen und diese Wirkung des Betriebsüberganges aufgrund teleologischer Reduktion (vgl. BGE 129 III 335 E. 5.8 S. 349) in der Nachlassstundung ausgeschlossen werden muss.

4.6 Weiter behauptet der Beschwerdeführer nicht, dass die grundsätzliche Anwendbarkeit von Art. 333 OR auf eine Betriebsübernahme während der Nachlassstundung einer europarechtskonformen Auslegung widersprechen würde. Das Bundesgericht hat in BGE 129 III 335 E. 6 S. 350 festgehalten, dass nachvollzogenes Binnenrecht im Zweifel bzw. im Falle von Angleichungsspielraum europarechtskonform auszulegen sei. Als Auslegungshilfe hat es dabei auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes sowie die Richtlinie 2001/23/EG vom 12. März 2001 (ABl. L 82 vom 22. März 2001 S. 16; nachfolgend: Richtlinie) Bezug genommen. Aus diesem Blickwinkel ergibt sich nichts zu Gunsten des Beschwerdeführers.

4.6.1 Nach Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie gilt der automatische Übergang der Arbeitsverhältnisse (Art. 3 Abs. 1, Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie)

nicht bei einem Betriebsübergang in einem behördlich beaufsichtigten Insolvenzverfahren, welches die Liquidation des Vermögens des Schuldners bzw. Veräusserers zum Ziel hat. Die EU-Mitgliedstaaten können indessen vorsehen, dass der Übergang des Arbeitsverhältnisses auch während eines Insolvenzverfahrens gegen den Veräusserer (unabhängig davon, ob dieses Verfahren zur Auflösung seines Vermögens eingeleitet wurde) gilt, sofern dieses Verfahren unter behördlicher Aufsicht steht (vgl. Art. 5 Abs. 1 und 2 der Richtlinie; BLANPAIN, *European Labor Law*, 2010, S. 710, Rz. 1603). Wohl hat das Bundesgericht festgehalten, dass der Schweizer Gesetzgeber «nichts anderes» im Sinne von Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie vorgesehen habe (BGE 129 III 335 E. 6 S. 352 oben). Diese Feststellung erfolgte jedoch bei der Beurteilung, ob eine Erwerberhaftung bestehe. Daraus kann nicht zwingend gefolgert werden, dass mit Art. 333 OR – nach dem dargelegtem Sinn und Zweck der Norm – ein Übergang des Arbeitsverhältnisses in Insolvenzverfahren ausgeschlossen und «nichts anderes» vorgesehen worden sei. Eine schweizerische Regelung, welche bei einem Betriebsübergang aus einem Konkurs- oder Insolvenzverfahren den Übergang des Arbeitsverhältnisses vorsieht, läuft einer europarechtskonformen Auslegung nicht zuwider.

4.6.2 Im Übrigen bedeutet die Annahme, dass mit Art. 333 OR für das Konkurs- und Nachlassverfahren überhaupt «nichts anderes» im Sinne von Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie vorgesehen worden sei, auf das schweizerische Recht übertragen, dass Art. 333 OR für Betriebsübernahmen während der Nachlassstundung anwendbar ist (WYLER, *Droit du travail*, 2. Aufl. 2008, S. 404 ff.). Grund dafür ist, dass es sich bei der Nachlassstundung wohl um ein Verfahren handelt, welches nicht die Auflösung des Vermögens des Schuldners zum Ziel hat (vgl. zur Verfahrensnatur BGE 135 III 430 E. 1.2 S. 431). Auch bei dieser Sicht der Dinge ist das Arbeitsverhältnis des Beschwerdeführers auf die Swiss übergegangen.

4.7 Am Ergebnis vermögen die weiteren Ausführungen des Beschwerdeführers nichts zu ändern, da er damit im Wesentlichen de lege ferenda argumentiert. Der Entwurf des Bundesrates von 2010 kehrt von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gemäss BGE 129 III 335 ff. ab (Botschaft vom 8. September 2010 zur Änderung des SchKG [Sanierungsrecht], BBl 2010 6455, Ziff. 2.14 S. 6496, S. 6519, vgl. E-Art. 333b OR). Nach dem Entwurf verlangt der Vorschlag des «nicht automatischen Übergangs des Arbeitsverhältnisses», dass er mit der Solidarhaftung des Erwerbers für die übernommenen Arbeitsverträge, mit der Konsultation der Arbeitnehmervertretung sowie mit der allgemeinen Sozialplanpflicht vor dem Insolvenzverfahren verbunden wird (Botschaft, a.a.O., S. 6497, 6501; vgl. Art. 333a, E-Art. 333k OR). Die Rechtskommission des Nationalrates hat am 24. Juni 2011 das Nichteintreten auf den Gesetzesentwurf beschlossen. Die Bestrebungen zur Reform von Art. 333 OR (vgl. dazu bereits BGE 129 III 335 E. 7 S. 352) weisen nicht in die vom Beschwerdeführer vorgebrachte Richtung hin.

4.8 Nach dem Dargelegten ist mit Bundesrecht vereinbar, wenn die Vorinstanz zum Ergebnis gelangt ist, Art. 333 OR sei bei einer Übernahme des Betriebs aus der Nachlassstundung grundsätzlich anwendbar mit der Wirkung, dass das Arbeitsverhältnis übergeht und der bisherige Arbeitgeber nach Art. 333 Abs. 3 OR haftet. Die Frage, ob die weitere Wirkung – die Haftung des Betriebserwerbers – im Nachlassverfahren ebenfalls (wie im Konkurs gemäss BGE 129 III 335 ff.) entfällt, ist umstritten (u.a. bejahend JEANDIN, a.a.O.; PORTMANN, a.a.O., STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., N. 7 zu Art. 333 OR, S. 551; verneinend LORANDI, in: AJP 2003 S. 1103). Die Erörterung dieser Frage ist nicht notwendig. Eine allfällige Erwerberhaftung der Swiss für Forderungen nach Art. 333 Abs. 3 OR ist nicht Gegenstand des Verfahrens.

5.

Die konkreten Voraussetzungen zur Anwendung von Art. 333 OR vermag der Beschwerdeführer nicht in Frage zu stellen. Es ist unbestritten, dass mit der Übertragung des Flugbetriebes der Beschwerdegegnerin auf die Swiss per 31. März 2002 der Tatbestand eines Betriebsüberganges im Sinne des Gesetzes erfüllt ist.

5.1 Rechtsfolge nach Art. 333 Abs. 1 OR ist, dass ein im Zeitpunkt des Betriebsübergangs bestehendes Arbeitsverhältnis unverändert auf die Swiss übergegangen ist (BGE 134 III 102 E. 3.1.1 S. 106; BGE 136 III 552 E. 3.1 S. 555). Der Beschwerdeführer weist darauf hin, dass die Beschwerdegegnerin am 15. März 2002 kurz vor dem Betriebsübergang gekündigt habe. Nach seiner Auffassung stellt die Kündigung vom 15. März 2002 ein «venire contra factum proprium bzw. einen Verstoss gegen Treu und Glauben» dar, so dass «gestützt auf den Vertrauensschutz» Art. 333 OR nicht gelte. Dieses Vorbringen ist unbehelflich. Keine der Parteien behauptet, dass die Kündigungsfrist vor dem Betriebsübergang wirksam geendet habe und das Arbeitsverhältnis vor dem 31. März 2002 erloschen sei. Der Beschwerdeführer stellt sich selber auf den Standpunkt, dass die am 15. März 2002 per 30. Juni 2002 ausgesprochene Kündigung unwirksam war und ihm aus dem noch weiterlaufenden Arbeitsverhältnis Ansprüche zustehen sollen. Vorliegend ist das gekündigte Arbeitsverhältnis am 31. März 2002 von Gesetzes wegen auf die Swiss übergegangen und diese in das gekündigte Arbeitsverhältnis eingetreten (vgl. BGE 123 III 466 E. 3b S. 468; BGE 134 III 102 E. 3.1.1 S. 106). Es ist nicht zu beanstanden, wenn das Obergericht angenommen hat, am 31. März 2002 sei das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis auf die Swiss als Erwerberin übergegangen. Das Obergericht hat im Übrigen festgestellt (Art. 105 Abs. 1 BGG), dass der Beschwerdeführer den Übergang nicht abgelehnt hat.

5.2 Rechtsfolge nach Art. 333 Abs. 3 OR ist weiter, dass die Beschwerdegegnerin für die Forderungen des Beschwerdeführers haftet, die vor dem Übergang fällig geworden sind und die nachher bis zu jenem Zeitpunkt fällig werden, auf den das Arbeitsverhältnis ordentlicherweise beendet werden könnte. Der Zeitpunkt, auf den das Arbeitsverhältnis «or-

dentlicherweise beendet werden könnte», ist der nach Vertrag (oder gegebenenfalls nach Gesetz) frühestmögliche Kündigungstermin (BGE 135 III 349 E. 4.1 S. 356). Massgeblicher Zeitpunkt, ab dem die Kündigungsfrist hypothetisch (d.h. zur Bestimmung der Haftung) zu laufen beginnt, ist der Tag des Betriebsübergangs (STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., N. 13 zu Art. 333 OR, S. 561), im konkreten Fall der 31. März 2002. Davon ist das Obergericht zu Recht ausgegangen. Umstritten ist die für den Beschwerdeführer massgebende Kündigungsfrist und damit der Zeitraum, für welchen die Beschwerdegegnerin für die Forderungen aus dem Arbeitsverhältnis haftet. Dies ist im Folgenden zu prüfen.

6.

Nach den Sachverhaltsfeststellungen im angefochtenen Entscheid hat die Beschwerdegegnerin mit Schreiben vom 15. März 2002 das Arbeitsverhältnis mit dem Beschwerdeführer «aufgrund der Einstellung des Flugbetriebes per 31. März» gekündigt und den Flugbetrieb an diesem Datum (durch Übertragung auf die Swiss) vollständig eingestellt. Der Beschwerdeführer wirft dem Obergericht im Wesentlichen vor, es sei durch unkorrekte Auslegung des GAV zum Schluss gekommen, dass für ein Grounding-Szenario eine Lücke im Kündigungssystem bestehe. Es habe zu Unrecht eine Kündigungsfrist von sechs Monaten nach Art. 21 und 23 GAV angenommen. In Art. 8 GAV sei der «wirtschaftliche Notfall», worunter auch die Betriebseinstellung falle, geregelt und hierfür ein Abbau von lediglich 5% der Vollzeitstellen gemäss Art. 13 GAV vereinbart. Der GAV sei nie gekündigt worden bzw. erst frühestens auf 31. Dezember 2005 kündbar gewesen und habe sich mangels Kündigung des GAV um ein Jahr verlängert. Die Lohnansprüche (Differenz) würden daher bis Ende Juni 2006 laufen, zumal die Kündigung des Arbeitsvertrages vom 15. März 2002 unwirksam sei.

6.1 Unter dem Titel «Allgemeine Bestimmungen» gilt nach Art. 8 GAV («Wirtschaftlicher Notfall») das Folgende: «Falls ein wirtschaftlicher Notfall zu Sparmassnahmen zwingt, verpflichtet sich Aeropers mit Swissair Verhandlungen aufzunehmen. Ziel solcher Verhandlungen ist eine Reduktion des Gesamtaufwandes um maximal fünf Prozent». Nach Art. 13 GAV sichert die Arbeitgeberin im Jahre 2002 der Aeropers die Anzahl von 1150 Vollzeitpositionen «FCM» (Flight Crew Members bzw. Piloten) zu. Im Abschnitt «Anstellung und Beendigung des Arbeitsverhältnisses» sieht Art. 20 Abs. 1 GAV («Im Allgemeinen/Frist») vor, dass das Arbeitsverhältnis beidseitig auf das Ende eines Kalendermonates aufgelöst werden kann, und zwar nach Ablauf der Ausbildungszeit unter Einhaltung einer dreimonatigen Kündigungsfrist, unter Vorbehalt von Art. 23 Abs. 2 GAV. Weiter regelt der Abschnitt verschiedene ordentliche Kündigungsgründe, darunter die «Kündigung bei Überbestand» nach Art. 21 und 23 GAV. Diese Kündigungen gehen nicht unter die in Art. 13 GAV zugesicherte Anzahl Vollzeitpositionen (Art. 21 Abs. 2 Ziff. 8 GAV); sodann gilt eine Kündigungsfrist von sechs Monaten (Art. 23 Abs. 2 GAV).

6.2 Zu Recht ist unbestritten, dass die Kündigungsregeln des GAV zu dessen normativen Bestimmungen gehören und wie Gesetze auszulegen sind (BGE 133 III 213 E. 4.2 S. 214). Erweisen sich die normativen Bestimmungen eines Gesamtarbeitsvertrages als lückenhaft, sind grundsätzlich die gleichen Prinzipien wie im Gesetzesbereich anzuwenden (Urteil 4C.10/1998 vom 19. März 1998 E. 2a; vgl. BGE 128 I 34 E. 3b S. 42).

6.3 Der Beschwerdeführer macht zu Recht nicht geltend, dass er aus Art. 8 und 13 GAV unmittelbar individuelle Ansprüche ableiten könne, sondern er verlangt die Berücksichtigung dieser Normen bei der Auslegung der Kündigungsgründe, insbesondere mit Blick auf den Kündigungsgrund wegen Überbestand (Art. 23 GAV). Er behauptet, Art. 8 GAV erfasse auch den Fall eines Groundings, ohne jedoch darzulegen, welchen Sinn eine Regel macht, bei einer Betriebseinstellung den «Abbau von 5%» vorzusehen. Mit Art. 8 GAV wurden Schwankungen im Flugmarkt bedacht, zumal in Art. 13 GAV Vollzeitpositionen von 1999 bis 2002 zugesichert wurden. Nichts anderes ergibt sich aus dem Kündigungsgrund «Überbestand» gemäss Art. 23 GAV. Werden alle Piloten von der Kündigung infolge Betriebseinstellung betroffen, ist – wie das Obergericht zutreffend festgehalten hat – weder die Feststellung eines Überbestandes am Platz, noch kann die Anzahl der Kündigungen beschränkt werden. Die Auffassung des Beschwerdeführers, die Nicht-Regelung der Betriebseinstellung bedeute (im Sinne eines qualifizierten Schweigens), dass der Arbeitgeber das wirtschaftliche Risiko trage, läuft sodann darauf hinaus, dass der GAV für diesen Fall die Kündigung ausschliessen soll. Dies überzeugt nicht. Wenn schon leichte Bedarfsschwankungen nach dem Willen der GAV-Parteien die Kündigung von Piloten erlauben, erscheint die Annahme, bei Betriebseinstellung hätten die Parteien des Arbeitsvertrages die Möglichkeit der Kündigung vorgesehen, zulässig.

6.4 Damit liegt der Schluss nahe, nach GAV eine Kündigung infolge Betriebsschliessung als Kündigung bei Überbestand anzusehen. Wenn die Beschwerdegegnerin keine Piloten mehr braucht, weil sie den Betrieb einstellt, hat sie offensichtlich einen Überbestand von 100%, was nach Sinn und Zweck von Art. 23 Abs. 2 GAV einen zulässigen Kündigungsgrund darstellt. Damit gilt die sechsmonatige Kündigungsfrist. Mit Blick auf den Standpunkt der Vorinstanz, wonach der GAV für den Fall der Einstellung des Flugbetriebes weder nach Wortlaut noch Sinn eine direkt anwendbare Regel enthalte, ergibt sich – wie aus dem Folgenden hervorgeht – nichts anderes.

6.5 Zur Schliessung der Lücke hat das Bezirksgericht die Kündigung wegen Überbestand (Art. 23 GAV) auf die vollständige Betriebsschliessung angewendet, ohne dass der Überbestand durch die Tarifpartner festzustellen und die Kündigung auf die Anzahl Vollzeitstellen beschränkt sei. Das Obergericht hat diesen Analogieschluss bzw. die Anwendung der sechsmonatigen Kündigungsfrist gemäss Art. 23 Abs. 2 GAV im Falle der Betriebsschliessung bestätigt, weil sie am hypothetischen Parteiwillen aus-

gerichtet sei und eine vernünftige Lösung beinhalte. Auf diese Erwägung geht der Beschwerdeführer nicht ein. Er legt nicht dar, wie die Lücke (im Falle ihres Bestehens) zu schliessen wäre. Sein Einwand, beim Vorgehen zur Lückenschliessung seien die Art. 21 Abs. 2 Ziff. 8 sowie Art. 13 GAV, m.a.W. die Zusicherung von Vollzeitpositionen nicht in Betracht gezogen worden, ist unzutreffend. Die kantonalen Instanzen haben dargelegt, dass diese Zusicherung bei einer Betriebsschliessung keinen Sinn macht. Seine weiteren Ausführungen betreffend «Änderungskündigung» sind unbehelflich. Das Obergericht hat die Frage, ob eine derartige Kündigung vorliegt, offengelassen; die entsprechende Erwägung im angefochtenen Urteil ist nicht entscheidrelevant. Mit Bezug auf die Erwägung zur Schliessung der GAV-Lücke durch die kantonalen Instanzen liegen keine begründeten Rügen vor (Art. 42 Abs. 2 BGG).

6.6 Nach dem Dargelegten konnte das Arbeitsverhältnis des Beschwerdeführers wegen Betriebsschliessung unter Einhaltung einer sechsmonatigen Kündigungsfrist gekündigt werden. Der Betriebsübergang erfolgte am 31. März 2002. Der Zeitpunkt, auf den das Arbeitsverhältnis «ordentlichweise» im Sinne von Art. 333 Abs. 3 OR «hätte beendet werden können», ist demnach der 30. September 2002. Bis zu diesem Datum haftet die Beschwerdegegnerin für nach dem 31. März 2002 fällig gewordene Forderungen aus dem Arbeitsverhältnis. Dass der während des Haftungszeitraumes vom Beschwerdeführer bei der Swiss erzielte anderweitige Lohn anzurechnen ist, steht ausser Frage (vgl. BGE 118 II 139 E. 1 S. 140). Wenn das Obergericht zum Ergebnis gelangt ist, das Hauptbegehren (Ziff. 2) bzw. die Lohnforderungen (Differenz) für die Zeit ab 1. Oktober 2002 seien abzuweisen, stellt dies keine Rechtsverletzung dar.

7.

Der Beschwerdeführer stellt ein Eventualbegehren für den Fall, dass die Regeln der Kündigung bei Überbestand bzw. die Kündigungsfrist von sechs Monaten massgebend sind. In diesem Fall müsse die Beschwerdegegnerin auch die bei Kündigung wegen Überbestand geschuldete Abfindungsschädigung leisten. Der gesetzliche Übergang des Arbeitsverhältnisses schliesse die Abfindungszahlung nach GAV nicht aus, da die Beschwerdegegnerin am 15. März 2002 die Kündigung ausgesprochen habe.

7.1 Gemäss Art. 23 Abs. 3 GAV erhalten die von einer Kündigung bei Überbestand betroffenen Piloten «eine einmalige Abfindung in der Höhe des zwölfwachen zuletzt bezogenen Monatslohnes», abgesehen von hier nicht relevanten Ausnahmen (Art. 23 Abs. 6 GAV, wie während der Ausbildungszeit). Die Abfindungszahlung ist – wie der Beschwerdeführer zu Recht ausführt – an keine weitere Voraussetzung gebunden, und sie muss auch bei einer späteren Wiederanstellung nicht zurückbezahlt werden (Art. 23 Abs. 5 GAV). Das Obergericht hat erwogen, Sinn und Zweck der im GAV vereinbarten Abfindungszahlung sei, das Risiko des Betroffenen abzugelten, falls dieser nach der Kündigung nicht sogleich oder keinen neuen gleichwertigen Vertrag abschliessen könne. Es hat den Schluss ge-

zogen, dass nach GAV keine Abfindung geschuldet sei, weil das Arbeitsverhältnis von Gesetzes wegen auf die Swiss übergegangen sei und der Abschluss eines neuen Arbeitsvertrages mit der Erwerberin kein neues Arbeitsverhältnis begründet habe.

7.2 Der Beschwerdeführer behauptet zu Recht nicht, dass der GAV eine Abfindung bei gesetzlichem Übergang des Arbeitsverhältnisses vorsehe. Diese ist nur bei einer Kündigung (bei Überbestand) vorgesehen. Wohl hat die Beschwerdegegnerin gegenüber dem Beschwerdeführer am 15. März 2002 per Ende Juni 2002 die Kündigung ausgesprochen. Daraus kann er indessen keinen Grund für eine Abfindungszahlung ableiten. Im Fall von Art. 333 OR ändert der Abschluss von neuen Verträgen nichts daran, dass das bisherige Arbeitsverhältnis fortgesetzt wird (vgl. BGE 112 II 51 E. 3b/aa S. 56; A. STAEHELIN, Zürcher Kommentar, 1996, N. 9 zu Art. 333 OR; TERCIER/FAVRE, a.a.O., Rz. 3889 und 3890). Vorliegend ist die Swiss am 31. März 2002 in das gekündigte Arbeitsverhältnis eingetreten (E. 5.1) und hat der Beschwerdeführer mit der Erwerberin unbestrittenmassen vor Ablauf der Kündigungsfrist einen neuen Arbeitsvertrag abgeschlossen. Es besteht kein Zweifel, dass der Beschwerdeführer und die Swiss der ausgesprochenen und «übernommenen» Kündigung keine Wirkung zuerkennen und das Arbeitsverhältnis nicht mit Ablauf der Kündigungsfrist enden lassen wollten. Der Beschwerdeführer hat damit die von der Swiss offerierte Rücknahme der Kündigung angenommen. Dass der Arbeitnehmer sich mit dem Widerruf einer Kündigung einverstanden erklären kann, ist anerkannt (vgl. BGE 128 III 70 E. 2 S. 75 f., mit Hinweisen). Wenn das Obergericht angenommen hat, das Arbeitsverhältnis des Beschwerdeführers sei nie beendet worden, und geschlossen hat, die Kündigung vom 15. März 2002 habe keine Abfindung im Sinne von Art. 23 Abs. 3 GAV auslösen können, ist dies nicht zu beanstanden.

7.3 An diesem Ergebnis können die erneuerten Ausführungen und Rügen des Beschwerdeführers betreffend «Änderungskündigung» und Austrittsabfindung aus den bereits (in E. 6.5) erwähnten Gründen nichts ändern. Die von ihm verlangte Abfindung ist nicht geschuldet und kann von der Beschwerdegegnerin im Rahmen ihrer Weiterhaftung nicht beansprucht werden. Das Ergebnis des Obergerichts, wonach das Eventualbegehren betreffend Abfindungszahlung abzuweisen ist, stellt keine Rechtsverletzung dar.

Bundesgericht, Urteil vom 22. August 2011, Doss.-Nr. 6B_1000/2010 (Aufhebung des Urteils des Obergerichts des Kantons Zürich vom 9. September 2010), in: BGE 137 IV 305

Art. 70 StGB; Art. 320 OR; Art. 14 und 15 BGSA; Einziehung; Schwarzarbeit.

Vermögenswerte sind nicht einziehbar, wenn sie aus einem objektiv legalen Rechtsgeschäft stammen (E. 3.1).

Zivilrecht und öffentliches Recht schützen die Lohnansprüche ausländischer Arbeitnehmer ohne fremdenrechtliche Arbeitsbewilligung (E. 3.3 und 3.4). Solche Lohnansprüche bzw. der entsprechend ausbezahlte Lohn sind strafrechtlich nicht einziehbar (E. 3.5).

Art. 70 CP; art. 320 CO; art. 14 et 15 LTN; confiscation; travail au noir.

Des valeurs patrimoniales ne peuvent pas être confisquées lorsqu'elles proviennent d'un acte juridique objectivement légal (consid. 3.1).

Le droit civil et le droit public protègent les prétentions salariales des travailleurs étrangers sans autorisation de travail imposée par le droit public (consid. 3.3 et 3.4). De telles prétentions, respectivement le salaire payé qui y correspond, ne peuvent pas être confisqués pénalement (consid. 3.5).

Sachverhalt:

A.

X. wurde im Strafbefehl vom 18. September 2009 vorgeworfen, sich vom 4. März 1998 bis zu ihrer Verhaftung am 17. September 2009 in der Schweiz aufgehalten zu haben, obschon sie gewusst habe, dass mit Entscheid vom 29. Juni 2000 ihre Wegweisung aus der Schweiz mit einer Ausreisefrist bis zum 21. Februar 2001 verfügt worden sei. Sie habe nach Ablauf dieser Ausreisefrist bis zu ihrer Verhaftung jeweils von Montag bis Freitag, während ca. 4 bis 6 Stunden pro Tag, für verschiedene Auftraggeber in Zürich als Raumpflegerin mit einem Stundenlohn von Fr. 25.– bis Fr. 30.– gearbeitet, obschon sie gewusst habe, dass sie über die nötigen Bewilligungen nicht verfügte. Sie habe während ca. 102 Monaten monatlich ca. Fr. 2400.– durch rechtswidrigen Arbeitserwerb verdient.

X. wurde wegen vorsätzlicher Widerhandlung gegen Art. 115 Abs. 1 lit. b (rechtswidriger Aufenthalt) und lit. c (nicht bewilligte Erwerbstätigkeit) des Bundesgesetzes über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG; SR 142.20) mit einer bedingten Geldstrafe von 90 Tagessätzen zu Fr. 60.– und einer Busse von Fr. 500.– bestraft.

Das bei ihr sichergestellte Bargeld wurde im Betrag von Fr. 8600.– beschlagnahmt, eingezogen und zur Deckung der Busse, der Verfahrenskosten und im Restbetrag zugunsten der Staatskasse verwendet.

B.

Das Bezirksgericht Zürich bestätigte auf Einsprache hin am 15. Januar 2010 den Schuldspruch. Es setzte eine bedingte Geldstrafe von 90 Tagessätzen zu Fr. 30.– fest, verwendete das sichergestellte Bargeld zur Kostendeckung und zog es im Übrigen zugunsten der Staatskasse ein.

Das Obergericht des Kantons Zürich stellte im Berufungsverfahren am 9. September 2010 fest, das bezirksgerichtliche Urteil sei im Schuld- und Strafpunkt (mit Ausnahme der Höhe des Tagessatzes) in Rechtskraft erwachsen. Die Tagessatzhöhe setzte es (unter Hinweis auf BGE 135 IV 180 E. 1.4) neu auf Fr. 10.– fest. Das sichergestellte Bargeld verwendete es zur Deckung der Kosten der Untersuchung und des erstinstanzlichen Strafverfahrens und zog es im Übrigen zugunsten der Staatskasse ein.

C.

X. erhebt Beschwerde in Strafsachen mit den Anträgen, das obergerichtliche Urteil in den Ziff. 2-6 des Dispositivs (betreffend Kostenfolgen und Einziehung) aufzuheben, von der Einziehung des sichergestellten Bargelds abzusehen und die kantonalen Kosten neu zu verteilen, eventualiter die Sache zur Neuregelung der Kosten und Entschädigungen bzw. zur neuen Entscheidung in der Sache selbst an die Vorinstanz zurückzuweisen. Es sei ihr die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren.

Obergericht und Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich verzichten auf Vernehmlassung.

Das Bundesgericht heisst die Beschwerde gut.

Aus den Erwägungen:

1.

Die Beschwerdeführerin richtet sich gegen die Einziehung des sichergestellten Bargeldbetrags. Ihr Erwerbseinkommen sei die Gegenleistung für eine vertragliche Arbeitsleistung. Wer ohne ausländerrechtliche Bewilligung erwerbstätig sei, habe einen klagbaren Anspruch auf den orts-, berufs- und branchenüblichen Lohn. Der Arbeitsvertrag sei nicht widerrechtlich (Art. 20 OR). Die strafrechtliche Einziehung sei mit der Zivilrechtsordnung nicht vereinbar. Das angefochtene Urteil verletze Art. 70 StGB.

2.

Die Vorinstanz führt aus, als Anlasstat der Einziehung gemäss Art. 70 StGB kämen sämtliche strafbaren Handlungen des eidgenössischen Rechts einschliesslich des Nebenstrafrechts in Betracht. Als unrechtmässiger Vorteil komme jeder geldwerte bzw. wirtschaftliche Vorteil in Frage. Vorausgesetzt sei lediglich der adäquate Kausalzusammenhang zwischen Straftat und unrechtmässigem Vorteil. Diese Voraussetzungen seien erfüllt. Die Argumentation der Beschwerdeführerin beschreibe lediglich die arbeitsrechtliche Situation und vermöge nicht zu überzeugen.

3.

Gemäss Art. 70 Abs. 1 StGB verfügt das Gericht die Einziehung von Vermögenswerten, die durch eine Straftat erlangt worden sind oder dazu bestimmt waren, eine Straftat zu veranlassen oder zu belohnen, sofern sie nicht dem Verletzten zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes ausgehändigt werden.

3.1 Die so genannte Ausgleichseinziehung beruht vor allem auf dem grundlegenden sozialetischen Gedanken, dass sich strafbares Verhalten nicht lohnen darf (BGE 129 IV 107 E. 3.2). In BGE 125 IV 4 E. 2a/bb S. 7 hielt das Bundesgericht fest, es sei unbeachtlich, ob der Vermögensvorteil rechtlich oder bloss tatsächlich, direkt oder indirekt durch die strafbare Handlung erlangt worden sei (ebenso BGE 120 IV 365 E. 1d S. 367; Urteil 1S.5/2005 vom 26. September 2005 E. 7.4). Es führte weiter aus, auf die Unrechtmässigkeit der Vorteile dürfe aber nicht schon aufgrund der Tatbegehung selbst geschlossen werden. Der Vorteil müsse «in sich» unrechtmässig sein. Das sei beispielsweise nicht der Fall, wenn die fragliche Handlung objektiv nicht verboten sei, wie bei der Erlangung von Vermögenswerten durch vollendet untauglich versuchte Hehlerei. Soweit die Einnahmen aus einem objektiv legalen Rechtsgeschäft stammten, seien sie nicht Produkt einer strafbaren Handlung und damit nicht unrechtmässig. In diesem Umfang bestehe keine Grundlage für die Einziehung (a.a.O., E. 2b/bb S. 8).

Nach dieser Rechtsprechung ist die Einziehung nicht zulässig, soweit die Einnahmen «aus einem objektiv legalen Rechtsgeschäft stammen». Daher ist zunächst zu prüfen, ob die strafrechtliche Einziehung der sichergestellten Bargeldbeträge mit der Schweizerischen Rechtsordnung vereinbar ist. Die Frage des adäquaten Kausalzusammenhangs kann insoweit offenbleiben.

3.2 Die sichergestellten Beträge stellen Lohnbestandteile der Beschwerdeführerin aus Einzelarbeitsverträgen in der Schweiz dar. Sie hielt sich während dieser Arbeitsverhältnisse rechtswidrig und ohne Arbeitsbewilligung in der Schweiz auf. Es handelt sich somit um Entgelt aus «Schwarzarbeit» (zum Begriff NÄGELI/SCHOCH, in: *Ausländerrecht, Übersax/Rudin/Hugi Yar/Geiser* [Hrsg.], 2. Aufl. 2009, S. 1121).

3.3 Nach konstanter Rechtsprechung bewirkt eine fehlende fremdenrechtliche Arbeitsbewilligung als solche nicht die Nichtigkeit des Arbeitsvertrags im Sinne von Art. 20 Abs. 1 OR (BGE 122 III 110 E. 4e S. 116; BGE 114 II 279 E. d/aa S. 283; zustimmend GABRIEL AUBERT, in: *Commentaire romand, Code des obligations*, Bd. I, 2003, N. 4 zu Art. 320 OR; ANDREAS ABEGG, in: *Präjudizienbuch zum OR*, Gauch/Aeppli/Stöckli [Hrsg.], 7. Aufl. 2009, N. 9 zu Art. 320 OR). Obwohl keine Bewilligung vorliegt, ist der Arbeitsvertrag mit dem Ausländer gültig (FELIX KLAUS, in: *Ausländerrecht, Übersax/Rudin/Hugi Yar/Geiser* [Hrsg.], 2. Aufl. 2009, S. 889).

Zivilrechtlich gilt eine gesetzliche Abschlussvermutung (Art. 320 Abs. 2 OR). Entscheidend für den Anspruch sind allein die objektiven Umstände, die im Interesse des sozialen Schutzes des Arbeitnehmers ipso iure zur Begründung des Einzelarbeitsvertrags mit allen seinen rechtlichen Konsequenzen führen, insbesondere der Lohnzahlungspflicht des Arbeitgebers (ADRIAN STAEHELIN, in: *Zürcher Kommentar*, 4. Aufl. 2006, N. 7 zu Art. 320 OR). Selbst bei Annahme der Ungültigkeit eines Einzelarbeits-

vertrages treten die Rechtsfolgen grundsätzlich erst ex nunc ein, sobald Arbeit geleistet worden ist. Art. 320 Abs. 3 OR erscheint als *lex specialis* zu Art. 20 OR (STAEHELIN, a.a.O., N. 27 zu Art. 320 OR). Bei gutgläubiger Arbeitsleistung haben beide Parteien die Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis in gleicher Weise wie aus gültigem Vertrag zu erfüllen, bis dieses wegen Ungültigkeit des Vertrags aufgehoben wird (BGE 132 III 242 E. 4.2). Die Gutgläubigkeit wäre nur zu verneinen, wenn dem Arbeitnehmer positiv nachgewiesen werden könnte, dass er um die rechtliche Unverbindlichkeit des Vertrages wusste (BGE 132 III 242 E. 4.2.5). Art. 320 Abs. 3 OR soll auch Ausländer schützen, die ohne gültige Arbeitsbewilligung gearbeitet haben und um den Mangel des Arbeitsvertrages wussten oder hätten wissen sollen (vgl. BGE 132 III 242 E. 4.2.4 mit Hinweisen). Es würde dem Schutzgedanken widersprechen, wenn sich «Schwarzarbeiter» nicht auf diese Bestimmung berufen könnten (ABEGG, a.a.O.). Nach der Lehre soll Art. 320 Abs. 3 OR ebenso zur Anwendung kommen, wenn Arbeitgeber und Arbeitnehmer gleichermaßen von der Ungültigkeit des Vertrages wussten. Der Arbeitgeber soll nicht den Einwand der Bösgläubigkeit erheben können (GEISER/MÜLLER, Arbeitsrecht in der Schweiz, 2009, S. 103).

Die Zivilrechtsordnung schützt somit den Lohnanspruch der Beschwerdeführerin (Art. 319 OR). Unter zivilrechtlichen Gesichtspunkten stammen die sichergestellten Lohnbeträge «aus einem objektiv legalen Rechtsgeschäft» (oben E. 3.1). Damit erscheint deren strafrechtliche Einziehung als unzulässig. Es handelt sich nicht um das Entgelt für ein strafbares Verhalten wie beispielsweise den Transport von Betäubungsmitteln.

3.4 Auch das Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 über Massnahmen zur Bekämpfung der Schwarzarbeit (BGSA; SR 822.41) schützt die «Ansprüche von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer auf Grund nicht bewilligter Erwerbstätigkeit». Nach diesem Gesetz sind die Behörden verpflichtet, im Rahmen eines Weg- oder Ausweisungsverfahrens die betroffenen Ausländerinnen und Ausländer insbesondere darauf hinzuweisen, dass sie auf Grund ihrer nicht bewilligten Erwerbstätigkeit gegebenenfalls Ansprüche gegenüber Arbeitgebern haben und dass sie zur Durchsetzung solcher Ansprüche eine Vertreterin oder einen Vertreter bezeichnen können (Art. 14 BGSA). Wird ein Fall von Verletzung der Bewilligungs- oder Meldepflicht aufgedeckt und hat die betroffene Person die Schweiz verlassen, so kommt den gewerkschaftlichen Organisationen, die nach ihren Statuten die sozialen und wirtschaftlichen Interessen ihrer Mitglieder wahren, ein Klagerecht auf Feststellung über die Ansprüche zu, die eine Arbeitnehmerin oder ein Arbeitnehmer gegen den Arbeitgeber geltend machen könnte (Art. 15 Abs. 1 BGSA).

Die Art. 14 und 15 BGSA wurden von den Räten in das BGSA eingefügt. Bei der Beratung des Gesetzes im Nationalrat wurde zunächst ein Artikel 15a vorgeschlagen, wonach ausländischen Arbeitnehmern, die ohne Aufenthaltsbewilligung entdeckt werden und seit mindestens einem Jahr in

der Schweiz arbeiten, eine Aufenthaltsbewilligung ausgestellt werden soll, und zwar für eine Frist, innerhalb welcher sie ihre arbeitsvertraglichen und sozialversicherungsrechtlichen Ansprüche geltend machen können. Dagegen wies der Kommissionssprecher darauf hin, die Arbeitnehmerseite habe mit der Feststellungsklage ein Instrument, um gegen illegal profitierende Arbeitgeber vorzugehen. Die Bestimmung wurde in der Abstimmung abgelehnt (AB 2004 N 1201 und 1204). Bei der Beratung des Klagerechts von gewerkschaftlichen Organisationen führte Bundesrat Deiss aus, dass dieses Institut im schweizerischen Recht weit verbreitet sei. Verliessen die Arbeiter das Land, seien sie nicht mehr in der Lage ihre Ansprüche geltend zu machen. Es sei aber ein wichtiges Element eines Gesetzes, das gegen die Schwarzarbeit kämpfen will (vgl. Art. 1 BGSA), jene Personen zu schützen, die durch solche Praktiken verletzt würden (AB 2004 N 1214 f.). Vom Ständerat wurden die Artikel 19a und 19b (entsprechend Art. 14 und 15 BGSA) in das Gesetz aufgenommen (AB 2004 S 933 f.). Der Nationalrat stimmte diesen Beschlüssen des Ständerates in der Folge zu (AB 2005 N 218).

Aus der Entstehungsgeschichte ergibt sich das Bestreben des Gesetzgebers, ausländische Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, die ohne Arbeitsbewilligung arbeiten, in ihren arbeitsrechtlichen Ansprüchen und vor der Ausbeutung durch Schwarzarbeit zu schützen. Dies ist denn auch nach dem Wortlaut Sinn und Zweck von Art. 14 und 15 BGSA.

3.5 Zivilrecht und öffentliches Recht schützen somit ausländische Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer ohne Arbeitsbewilligung in ihren arbeitsrechtlichen Ansprüchen. Wie das Bundesgericht bereits in einem Entscheid aus dem Jahre 1985 ausgeführt hatte, ändert es nichts an der Gültigkeit des Arbeitsvertrags, dass Ausländer ohne Arbeitsbewilligung mit dem Abschluss eines Arbeitsvertrags verwaltungsstrafrechtlichen Normen zuwiderhandeln (BGE 111 II 52 S. 54: «[...] expose une partie à une sanction de droit pénal administratif»). Allerdings ging es nach dieser Rechtsprechung nur um Ordnungsvorschriften mit relativ leichten administrativrechtlichen Sanktionen. Das Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 über Massnahmen zur Bekämpfung der Schwarzarbeit sollte vor allem zu einer systematischeren Bestrafung der Arbeitgeber führen. Es müsse sichergestellt werden, dass die Schwarzarbeit nicht als rentabel angesehen werde (BBl 2002 3607 und 3643 f.). In der Botschaft vom 8. März 2002 zu Art. 112 E-AuG (heute Art. 117 AuG, Beschäftigung von Ausländerinnen und Ausländern ohne Bewilligung) wird zwar die Möglichkeit der Einziehung von Vermögenswerten vorbehalten (BBl 2002 3833). Adressat der Strafnorm von Art. 117 AuG sind aber «Arbeitgeberin und Arbeitgeber», nicht die Arbeitnehmer. Ein ähnlicher Vorbehalt findet sich auch in der Botschaft zum BGSA (BBl 2002 3644). Diesen Hinweisen in den beiden Botschaften kommt keine weitergehende Tragweite zu. Sie verstehen sich von selbst. Art. 70 StGB über die Einziehung von Vermögenswerten ist immer anwendbar, wenn die Voraussetzungen dazu erfüllt sind.

In der vorliegenden Konstellation erweisen sich die einschlägigen Bestimmungen des Obligationenrechts sowie von Art. 14 und 15 BGSA als spezialgesetzliche Normen und gehen der strafrechtlichen Einziehung gemäss Art. 70 StGB grundsätzlich vor. Bundesgesetze sind für das Bundesgericht und die anderen rechtsanwendenden Behörden massgebend (Art. 190 BV). Das BGSA erweitert mit den Mitteln des öffentlichen Rechts den zivilrechtlichen Schutz ausländischer Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer ohne Arbeitsbewilligung als schwächeren Vertragsparteien vor der Ausbeutung durch Schwarzarbeit, indem es im Rahmen eines Weg- oder Ausweisungsverfahrens nicht nur die Behörden verpflichtet, sie über ihre Rechte zu informieren, sondern gewerkschaftlichen Organisationen zusätzlich noch ein Klagerecht zur Durchsetzung ihrer Ansprüche aus Arbeitsvertrag oder aus einem faktischen Arbeitsverhältnis einräumt. Es widerspräche Wortlaut, Sinn und Zweck dieser Gesetzgebung, in der Folge die gegebenenfalls klageweise durchgesetzten Lohnansprüche einzuziehen. Hingegen unterliegen diese Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer neben der Weg- oder Ausweisung insbesondere der Strafnorm von Art. 115 AuG, die Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe androht.

Neben zivil- und öffentlichrechtlichen Normen stehen somit auch Gesichtspunkte der Einheit der Rechtsordnung einer Einziehung entgegen. Es handelt sich demnach um eine bundesrechtlich normierte sozialpolitische Einschränkung des strafrechtlichen Einziehungsrechts. Wo dieser Schutzgedanke der schwächeren Vertragspartei nicht zum Tragen kommt, steht einer Einziehung grundsätzlich nichts mehr im Wege.

Tribunal fédéral, Arrêt du 24 août 2001, Doss.-N° 4A_261/2011 (Admission du recours en matière civile interjeté contre l'arrêt de la Chambre des recours du Tribunal cantonal du canton de Vaud du 17 février 2011)

Art. 3 et 5 al. 1 let. d LEg. Discrimination salariale. La comparaison avec la rémunération d'un seul collègue de l'autre sexe exerçant la même activité suffit à établir la vraisemblance d'une discrimination à l'encontre d'une travailleuse (c. 3.2). La proportionnalité peut aussi être utilisée pour arrêter l'écart de rémunération admissible à considérer les critères non discriminatoires établis par l'employeur (c. 3.2). Dans le cas d'espèce, des connaissances techniques et des capacités linguistiques en allemand et en suisse-allemand ne sauraient autoriser une disparité de traitement de 50% (c. 3.4).

Extraits des faits:

Par contrat individuel de travail du 26 mai 2009, Y. SA, société ayant pour but notamment le placement de personnel fixe et temporaire ainsi que

le conseil en personnel, a engagé dès le 1^{er} juin 2009 X., ressortissante britannique et française née le 30 juillet 1969, en qualité de conseillère en placement à un taux d'activité de 90% au sein de l'unité « administration-commercial ». Le contrat prévoyait que le salaire de la travailleuse, qui devait être versé douze fois l'an, serait de 6000 fr. bruts par mois pendant la période d'essai de trois mois, soit durant les mois de juin, juillet et août 2009; dès le quatrième mois d'activité, le salaire devait se décomposer en une part fixe, de 4100 fr. bruts par mois, et une part variable comprenant un bonus individuel calculé en pourcentage du chiffre d'affaires généré par les placements opérés par la salariée (6% si le chiffre d'affaires dépassait 15 000 fr.) et un bonus extraordinaire pour travail en équipe si certains objectifs étaient atteints. A l'issue de la période d'essai, les parties ont signé un avenant daté du 4 septembre 2009, par lequel était reconduit pour les mois de septembre, octobre et novembre 2009 le régime salarial qui avait prévalu pendant la période d'essai, soit le paiement d'une rémunération fixe brute de 6000 fr. par mois, à l'exclusion de toute rémunération variable. Par courrier du 30 novembre 2009, Y. SA a résilié le contrat de la travailleuse pour le 30 décembre 2009.

Par contrat individuel de travail du 19 avril 2009, Y. SA a engagé A., né le 17 décembre 1966, alors au chômage, comme « conseiller en personnel pour le secteur administration-commercial » à compter du 1er juin 2009. Le contrat prévoyait une rémunération fixe mensuelle de 10 000 fr. bruts, versée douze fois l'an, pour un taux d'activité de 100%. Il a été constaté que lors des entretiens d'embauche, A. a fait valoir ses connaissances techniques et sa maîtrise de l'allemand et du suisse-allemand, ce qui devait permettre à Y. SA d'investir le domaine de l'ingénierie, qu'elle ne développait pas encore, et d'approcher le marché suisse-alsacien.

Par demande du 24 mars 2010, X. a ouvert action contre Y. SA devant le Tribunal de prud'hommes de l'arrondissement de Lausanne. Faisant valoir une discrimination salariale sexiste par comparaison avec son ancien collègue A. en application de la loi fédérale du 24 mars 1995 sur l'égalité entre femmes et hommes (Loi sur l'égalité ou LEG; RS 151.1), elle a conclu au versement de 21'000 fr. bruts, plus intérêts à 5% l'an dès le 1er janvier 2010. Par jugement dont le dispositif a été communiqué aux parties le 4 octobre 2010 et les motifs le 4 janvier 2011, le Tribunal de prud'hommes a rejeté entièrement les conclusions de la demande, la décision étant rendue sans frais ni dépens. Saisie d'un recours de la demanderesse contre le jugement précité, la Chambre des recours du Tribunal cantonal vaudois l'a rejeté, par arrêt du 17 février 2011. X. exerce un recours en matière civile au Tribunal fédéral contre cet arrêt.

Extraits des considérants:

2.

2.1 La recourante, se référant à l'art. 105 al. 2 LTF, demande que l'état de fait retenu par la cour cantonale soit complété en ce qui concerne les diplômes dont elle est titulaire. Elle fait ainsi valoir que pendant qu'elle était au service de l'intimée, elle a obtenu un brevet fédéral de spécialiste en ressources humaines.

2.2 Si le Tribunal fédéral peut assurément compléter même d'office les constatations cantonales (art. 105 al. 2 LTF), une partie ne peut demander un ajout qu'en démontrant que les conditions de l'art. 97 al. 1 LTF sont réunies. Elle doit tout d'abord établir qu'elle a allégué et offert en preuve régulièrement les faits à ajouter (arrêt 4A_470/2009 du 18 février 2010 consid. 1.2) et également expliquer en quoi ces faits sont susceptibles d'influer sur le sort de la cause (art. 97 al. 1 LTF); si elle soutient que les faits omis sont déjà établis, elle doit montrer qu'ils ressortent de façon univoque du résultat de l'administration des preuves.

Il résulte du dossier que, dans sa demande du 24 mars 2010, la recourante a allégué, sous chiffre 19, être titulaire d'un brevet fédéral en ressources humaines. A l'appui de cette allégation, elle a produit un document, sous la cote 9, délivré par l'Office fédéral de la formation professionnelle et de la technologie, daté du 28 octobre 2009, attestant qu'elle est autorisée à porter le titre légalement protégé de « spécialiste en ressources humaines, option gestion du personnel, avec brevet fédéral ». Dès l'instant où il est reconnu, selon l'expérience générale de la vie, que les certificats et diplômes obtenus à l'issue d'une formation influent sur le niveau des rémunérations (cf. ATF 127 III 207 consid. 3c p. 214; REMY WYLER, in Commentaire de la loi fédérale sur l'égalité, 2011, n° 30 in initio ad art. 6 LEg, p. 167/168), il doit être retenu que la recourante a acquis, pendant son temps de service auprès de l'intimée, le brevet fédéral de spécialiste en ressources humaines.

3.

3.1 La recourante se plaint d'une violation de l'art. 3 LEg. Elle s'en prend aux motifs objectifs retenus par la cour cantonale pour justifier la différence de rémunération litigieuse. Elle fait valoir liminairement que sa position ainsi que celle de A. étaient la même au début des rapports de travail. Elle nie que l'expérience professionnelle passée de A. puisse être retenue comme une raison justifiant la disparité salariale. La recourante allègue que les prétendues compétences techniques du précité provenaient uniquement de la maîtrise d'un vocabulaire spécifique propre aux télécommunications acquis lors de ses précédents emplois. Si la recourante admet que l'intimée avait la volonté de se développer dans le domaine de l'ingénierie, elle soutient que cette intention est demeurée au stade de projet embryonnaire et qu'aucune structure concrète au sein de l'intimée n'a été mise sur pied pendant la durée des rapports de travail noués avec A.. La recourante

prétend que le bilinguisme de A. ne devait pas être pris en compte comme un élément justifiant un salaire inégal, car l'intimée possède essentiellement une clientèle locale de langue française. Le critère de la performance ne pouvait pas jouer de rôle, dès lors que la disparité de salaire a existé lors de l'entrée en fonction des deux travailleurs en question et qu'elle ne saurait donc autoriser a posteriori la différence de salaire litigieuse. De toute manière, la recourante prétend que la valeur de ses performances n'était pas inférieure à celles de A.. Enfin, la situation conjoncturelle n'était pas un critère déterminant: les deux travailleurs dont les salaires sont comparés ont été engagés à la même date et l'intimée n'a pas prouvé avoir eu un besoin précis d'engager un employé spécialisé pour répondre à une demande particulière.

3.2 Le principe selon lequel l'homme et la femme ont droit à un salaire égal pour un travail de valeur égale est inscrit à l'art. 8 al. 3 in fine Cst. Ce principe constitutionnel, auquel la jurisprudence a conféré un effet horizontal direct (ATF 113 Ia 107 consid. 1a), a été concrétisé dans la Loi sur l'égalité, précisément à l'art. 3 al. 2 LEg, qui prévoit que l'interdiction de toute discrimination des travailleurs à raison du sexe s'applique en particulier à la rémunération.

Parmi les moyens judiciaires à disposition de celui qui subit ou risque de subir une discrimination au sens de l'art. 3 LEg figure l'action en paiement du salaire dû (art. 5 al. 1 let. d LEg).

Selon l'art. 6, 1^{er} phrase, LEg, l'existence d'une discrimination est présumée pour autant que la personne qui s'en prévaut la rende vraisemblable. Cette disposition, qui s'applique notamment à la rémunération (art. 6, 2^e phrase, LEg), allège le fardeau de la preuve d'une discrimination à raison du sexe, en ce sens qu'il suffit à la partie demanderesse de rendre vraisemblable l'existence d'une telle discrimination. Le juge n'a ainsi pas à être convaincu du bien-fondé des arguments de la partie qui se prévaut de la discrimination; il doit simplement disposer d'indices objectifs suffisants pour que les faits allégués présentent une certaine vraisemblance, sans devoir exclure qu'il puisse en aller différemment. Par exemple, la vraisemblance d'une discrimination salariale a été admise dans le cas d'une travailleuse dont le salaire était de 15% à 25% inférieur à celui d'un collègue masculin qui accomplissait le même travail (ATF 130 III 145 consid. 4.2 p. 161/162 et les arrêts cités).

La comparaison avec la rémunération d'un seul collègue de l'autre sexe exerçant la même activité suffit à établir la vraisemblance d'une discrimination à l'encontre d'une travailleuse (FLORENCE AUBRY GIRARDIN, in Commentaire de la loi fédérale sur l'égalité, 2011, n° 13 in fine ad art. 3 LEg, p. 75; WYLER, op. cit., n° 14 ad art. 6 LEg, p. 158).

Si la discrimination de nature sexuelle a été rendue vraisemblable, le fardeau de la preuve est renversé. Il appartient donc à l'employeur d'apporter la preuve stricte qu'il n'existe pas de différence de traitement ou, si celle-ci existe, qu'elle repose sur des facteurs objectifs (ATF 131 II

393 consid. 7.1; 130 III 145 consid. 5.2). S'il échoue dans cette entreprise, l'existence d'une discrimination salariale doit être tenue pour établie.

Constituent des motifs objectifs ceux qui peuvent influencer la valeur même du travail, comme la formation, le temps passé dans une fonction, la qualification, l'expérience professionnelle, le domaine concret d'activité, les prestations effectuées, les risques encourus et le cahier des charges. Des disparités salariales peuvent également se justifier pour des motifs qui ne se rapportent pas immédiatement à l'activité en cause, mais qui découlent de préoccupations sociales, comme les charges familiales ou l'âge (ATF 130 III 145 consid. 5.2 p. 164; 127 III 207 consid. 3c p. 214). La position de force d'un travailleur dans la négociation salariale et la situation conjoncturelle peuvent conduire à une différence de rémunération pour un même travail (ATF 130 III 145 consid. 5.2 et les références).

Pour qu'un motif objectif puisse légitimer une différence de salaire, il faut qu'il influe véritablement de manière importante sur la prestation de travail et sa rémunération par l'employeur. Celui-ci doit démontrer que le but objectif qu'il poursuit répond à un véritable besoin de l'entreprise et que les mesures discriminatoires adoptées sont propres à atteindre le but recherché, sous l'angle du principe de la proportionnalité (ATF 130 III 145 consid. 5.2 p. 165).

La proportionnalité peut aussi être utilisée pour arrêter l'écart de rémunération admissible à considérer les critères non discriminatoires établis par l'employeur (arrêt 4A_449/2008 du 25 février 2009 consid. 3.2.1, cité par AUBRY GIRARDIN, op. cit., n° 41 ad art. 3 LEg).

3.3 En l'espèce, il n'est pas remis en cause que la recourante a rendu vraisemblable qu'elle a été victime d'une discrimination salariale pendant qu'elle a été employée par l'intimée. De fait, son revenu mensuel de 6000 fr. bruts par mois, versé douze fois l'an pour une activité à 90%, correspond à une rémunération mensuelle à plein temps de 6666 fr. 65 bruts. Quant à son collègue masculin A., qui avait des fonctions identiques au sein de l'intimée, il percevait mensuellement 10 000 fr. bruts douze fois l'an, à savoir une rétribution exactement 50% plus élevée que celle de la recourante.

Il reste donc à vérifier si l'intimée est parvenue à prouver l'existence de critères objectifs pouvant justifier la discrimination salariale rendue vraisemblable par la recourante. L'autorité cantonale a mentionné au considérant 5 de l'arrêt déféré les six motifs qui légitiment à son sens une disparité de revenu. Il convient de les passer systématiquement en revue.

3.3.1 Pour les magistrats vaudois, la position différente de la recourante et de A. au sein de l'intimée autorisait une différence de salaire. Ils accordent beaucoup d'importance au fait que le régime salarial qui avait prévalu pour la travailleuse au cours de la période d'essai a été reconduit par la suite pour trois mois, alors que A. n'a pour sa part sollicité aucune modification de sa rémunération tout au long de son engagement.

Le mode de rétribution de la salariée pendant son temps d'essai, lequel prévoyait un salaire fixe comme dans le cas de A., a effectivement été prolongé de trois mois par un avenant signé par les parties le 4 septembre 2009. Mais on cherche vainement comment la circonstance que la travailleuse a été mise sur le même pied que son collègue masculin quant au mode de rémunération pendant le temps d'essai – certes avec une prolongation supplémentaire de trois mois – puisse constituer un critère objectif au sens susrappelé. Et il est établi que tant la recourante que A. avaient tous deux le statut de conseiller en personnel. Le motif pris de la position chez l'intimée ne saurait donc justifier une quelconque différence salariale. La cour cantonale a erré sur ce point.

3.3.2 L'autorité cantonale a retenu que les contacts noués par A. dans sa carrière professionnelle ont permis à l'intimée d'obtenir de nouveaux clients. De plus, le domaine d'activité du prénommé était différent puisque son recrutement avait pour but de permettre à l'employeuse d'effectuer des placements de personnel dans des sociétés d'ingénierie.

La Chambre des recours ne mentionne pas avec précision les relations privilégiées qu'avait pu nouer A. avant d'être recruté par l'intimée et que le prénommé aurait mises à profit lorsqu'il a été au service de celle-ci.

Du reste, il ressort des faits constatés (art. 105 al. 1 LTF) qu'avant d'entrer au service de l'intimée, l'intéressé n'avait pas travaillé dans des sociétés d'ingénierie, Mais, de 1997 à 2009, en tant que manager dans des entreprises de télécommunications, soit B. SA, puis C. AG.

Enfin, A., tout comme la recourante, a été engagé explicitement pour le secteur administration-commercial de l'intimée, de sorte qu'il avait exactement le même domaine concret d'activité que sa collègue féminine.

Ce motif est derechef impropre à justifier une discrimination de rémunération.

3.3.3 L'autorité cantonale a estimé qu'à l'inverse de la recourante A. avait des connaissances techniques et maîtrisait un langage scientifique.

Ainsi qu'on l'a vu ci-dessus, A. avait oeuvré douze ans dans des entreprises de télécommunication avec la fonction de manager avant de travailler pour l'intimée. A défaut d'indices allant dans le sens contraire, il faut donc admettre qu'il a alors acquis de bonnes connaissances du langage technique.

Du moment qu'il est établi que l'intimée voulait effectuer des placements de personnel dans des sociétés d'ingénierie, les connaissances techniques qu'avait acquises A. dans ses précédents emplois pouvaient influencer la valeur même de son travail et constituaient effectivement un motif justificatif pour une différence de traitement (cf. ATF 130 III 145 consid. 5.2).

3.3.4 La cour cantonale a relevé que A. avait une parfaite connaissance de l'allemand et du suisse-allemand, ce qui n'était pas le cas de la recourante. Ce constat n'a fait l'objet d'aucune contestation.

Comme il a été prouvé que l'intimée désirait approcher le marché suisse-allemandique, les capacités linguistiques de A. permettaient bel et bien une disparité salariale (cf. WYLER, op. cit., n° 30 let K. ad art. 6 LÉg, p. 170).

3.3.5 A suivre la Chambre des recours, les performances de A. pour l'intimée ont été meilleures que celles de la recourante.

Les performances du travailleur ne peuvent jouer de rôle pour la fixation de son salaire d'engagement, puisqu'elles n'ont pas encore été accomplies. Mais, dans le cas présent, il est possible d'en tenir compte, car la travailleuse, lors des entretiens d'embauche, avait annoncé être en mesure de réaliser un certain nombre de placements.

Il a été constaté que la recourante, pendant son temps d'essai, n'avait pas atteint le chiffre d'affaires qu'elle souhaitait réaliser. Sur une période de six mois, elle a toutefois effectué, en travaillant à 90%, des placements en personnel ayant produit des recettes arrêtees à 27 634 fr. Durant ces six mois, elle a reçu 36 000 fr. bruts (6000 fr. x 6), de sorte qu'elle a permis à l'intimée de couvrir près de 77% de la rémunération versée.

Quant à A., selon l'arrêt cantonal, l'intimée a pu, grâce aux placements réalisés par celui-ci, encaisser un total de 73 255 fr. sur neuf mois. Si l'on compare ce montant aux salaires touchés par le précité dans le même temps, soit 90 000 fr. (10 000 fr. x 9), il apparaît que les recettes tirées des placements représentaient 81,4% de l'ensemble du traitement versé.

Cette différence de pourcentage est bien trop faible pour affirmer, comme a cru pouvoir le faire la Chambre des recours, que les prestations supérieures de A. autorisaient qu'il soit mieux rémunéré que la recourante.

3.3.6 La cour cantonale a encore relevé que le contexte conjoncturel permettait de donner suite aux exigences salariales de A., lesquelles correspondaient aux rétributions qu'il avait perçues antérieurement.

Il est vrai que la situation conjoncturelle peut justifier des différences de traitement, cependant de manière limitée et temporaire (ATF 130 III 145 consid. 5.2; 125 III 368 consid. 5c). Il est par exemple envisageable qu'un employeur, du fait d'un besoin particulier, engage un travailleur spécialisé en lui octroyant pour un temps donné, en raison de la situation du marché du travail, un salaire plus élevé que celui de la personne du sexe opposé déjà en place (cf. ATF 125 III 368 consid. 5c/aa p. 378).

In casu, tant la recourante que A. sont entrés au service de l'intimée le 1^{er} juin 2009. On cherche dès lors en vain le rôle qu'a pu jouer la situation du marché du travail dans le niveau de rémunération accordé à ces deux travailleurs. Et l'intimée n'a pas pu établir que le marché du travail au printemps 2009 était soumis à des conditions particulières s'agissant de l'engagement de conseiller en personnel maîtrisant en particulier le langage technique.

C'est à nouveau à tort que la cour cantonale a retenu ce motif pour permettre la disparité salariale litigieuse.

3.4 En définitive, seuls deux critères pouvaient influencer la valeur même du travail de A. et autoriser par conséquent une différence de traitement entre celui-ci et la recourante: ses connaissances techniques et ses capacités linguistiques en allemand et en suisse-allemand.

A considérer le principe de la proportionnalité, ces deux facteurs non discriminatoires ne sauraient autoriser une disparité de traitement de 50%.

A cela s'ajoute que la formation de base dont bénéficie la recourante est d'un niveau supérieur à celle dont dispose A.. La première a obtenu un baccalauréat (cf. p. 2 de l'arrêt cantonal), alors que le second n'est titulaire que d'un certificat fédéral de capacité (cf. p. 6 du même arrêt). Surtout, la recourante est titulaire du brevet fédéral de spécialiste en ressources humaines, alors qu'il n'a pas été constaté que A. possédât un quelconque diplôme touchant aux ressources humaines.

Partant, il appartiendra à l'autorité cantonale, à laquelle la cause sera retournée après l'admission du recours, de déterminer le salaire non discriminatoire sur la base des considérations qui viennent d'être émises. Il sied de rappeler à ce propos que le Tribunal fédéral, après avoir retenu que l'ancienneté, l'expérience professionnelle et le bilinguisme d'un collègue masculin étaient des motifs objectifs justifiés de différence de traitement, a tenu pour équitable un écart salarial de 8,5% avec une salariée ayant la même formation et exerçant la même activité que l'intéressé (arrêt 4A_449/2008 du 25 février 2009 consid. 3.2.1 et 3.2.2, cité par AUBRY GIRARDIN, op. cit., n° 41 ad art. 3 LEg p. 86).

Bundesgericht, Urteil vom 25. August 2011, Doss.-Nr. 8C_594/2010 (Aufhebung des Urteils des Verwaltungsgerichts des Kantons Schwyz vom 20. Mai 2010)

Art. 336 OR. Missbräuchlichkeit einer Kündigung liegt u.a. vor, wenn der Arbeitgeber selbst eine Ursache für das dem Mitarbeiter vorgeordnete Verhalten gesetzt hat. Eine Fürsorgepflichtverletzung und in der Folge eine missbräuchliche Kündigung liegt vor, wenn der Arbeitgeber einen Konflikt zwischen Mitarbeitern, welcher massgeblich mit ungeregelten und unklaren Kompetenzabgrenzungen zusammenhängt und somit vom Arbeitgeber jedenfalls mitverursacht wurde, nicht zu verhindern sucht und stattdessen zur Kündigung schreitet (E. 5.3.3).

Sachverhalt:

G. (Klägerin und Beschwerdeführerin) wurde mit öffentlich-rechtlichem Anstellungsvertrag vom 18. März 2008 vom Bezirksrat Einsiedeln (Beklagter und Beschwerdegegner) als «Leiterin Personalwesen» angestellt. Gemäss Ziffer 2 dieses Vertrages ist die Leiterin des Personalwesens dem Landschreiber als direktem Vorgesetztem unterstellt. Diese im

Rahmen einer Reorganisation der Behörden und Verwaltungsstrukturen im Bezirk Einsiedeln neu geschaffene Arbeitsstelle trat G. am 1. Juni 2008 an. Einen Monat später nahm der vom Stimmvolk des Bezirks Einsiedeln im Frühjahr 2008 neu gewählte Landschreiber E. die Arbeit in seinem Amt auf. Nachdem in der Verwaltungsleitung des Bezirks seit längerem Spannungen bestanden hatten, ersuchten G., der Abteilungsleiter Finanzen H. und Schulleiter Z. im Februar 2009 um ein Gespräch mit dem Bezirksammann, an welchem sie Vorbehalte gegenüber Landschreiber E. erhoben. Ein Protokoll wurde nicht erstellt. Darauf setzten der Bezirksammann und der Landschreiber auf den 13. März 2009 eine Besprechung an, an welcher sich alle Mitglieder der Verwaltungsleitung und die Personalleiterin offen aussprechen sollten. In einem als «Persönlich/Vertraulich» bezeichneten Schreiben vom 12. März 2009 wandte sich die Beschwerdeführerin an den Bezirksammann und schilderte das aus ihrer Sicht schlechte Verhältnis insbesondere zum Landschreiber, dessen Verhalten sie als feindlich und destruktiv empfinde. Am 13. März 2009 fand die – wiederum nicht protokollierte – Aussprache statt. Es wurden weitere Aussprachen vorgesehen. Eine solche fand am 20. März 2009 zwischen dem Bezirksammann, dem Landschreiber und G. statt. Letztere las ihre schriftlich vorgebrachten Vorhalte vor, die vom Landschreiber bestritten wurden. Am 31. März 2009 folgte eine weitere Aussprache, an welcher auch W., der Abteilungsleiter Liegenschaften und frühere Sachbearbeiter Personal, teilnahm. Anlässlich dieses Gesprächs händigte Abteilungsleiter W. ein Papier «Problemsituation Verwaltungsleitung» aus. G. sagte, dass sie sich zu den darin erhobenen Vorwürfen nicht sofort äussern könne, sondern schriftlich Stellung nehmen werde. Am 7. April 2009 fand auf Ersuchen von O., Abteilungsleiter Soziales, eine Besprechung zwischen diesem, dem Bezirksammann, dem Landschreiber und G. statt. O. hielt u.a. fest, dass die Vorwürfe im Papier von W. zuträfen. Mit Schreiben vom 8. April 2009 (welches am 9. April 2009 bzw. am Donnerstag vor Ostern einging) erhob G. ihrerseits Vorwürfe gegen den Landschreiber sowie gegen Abteilungsleiter W. und beantragte dem Bezirksrat:

1. Das Arbeitsverhältnis des Angestellten W. sei unverzüglich und fristlos zu kündigen.

2. Im Allermindesten sei E. ein scharfer, schriftlicher Verweis zu erteilen, welcher zu den Personalakten zu nehmen sei.

3. Es sei die Stabstelle Personalleitung direkt dem Bezirksrat als Gremium oder aber einem einzelnen Bezirksrat zu unterstellen.

Daraufhin gewährte die Präsidialkommission des Bezirksrats G. am 17. April 2009 das rechtliche Gehör. G. erhielt am 21. April 2009 eine Kopie des Protokolls dieser Unterredung und bescheinigte am 22. April 2009 sinngemäss, ihre Aussagen seien an sich zutreffend, aber komprimiert festgehalten worden. Am 22. April 2009 fällte der Bezirksrat Einsiedeln folgenden Beschluss:

1. Das Arbeitsverhältnis mit Personalleiterin G. ist unter Einhaltung der Kündigungsfrist von einem Monat auf den 31. Mai 2009 aufzulösen. Die Kündigung hat in Form eines begründeten Kündigungsschreibens zu erfolgen.

2. G. ist per sofort von ihren Arbeitsverpflichtungen freizustellen. Nach erfolgter Kündigung hat sie den Arbeitsplatz sofort zu räumen.

3. Die Kündigung ist vom Bezirksammann und vom Landschreiber-Stellvertreter zu vollziehen.

Mit Schreiben vom 23. April 2009 teilte der Bezirksrat G. mit, dass das bestehende Arbeitsverhältnis per 31. Mai 2009 aufgelöst und sie mit sofortiger Wirkung freigestellt werde. Mit Schreiben vom 27. April 2009 präzisierte der Bezirksrat, dass die Kündigungsfrist sechs Monate und nicht einen Monat betrage, womit das Anstellungsverhältnis mit dem Bezirk Einsiedeln am 31. Oktober 2009 ende. Mit Schreiben vom 28. April 2009 liess G. dem Bezirksrat durch ihren Rechtsvertreter u.a. mitteilen, dass sie die Kündigung nicht akzeptiere und ihre Arbeitskraft weiterhin uneingeschränkt zur Verfügung stelle. Von diesem Schreiben nahm der Bezirksrat an seiner Sitzung vom 6. Mai 2009 Kenntnis und beschloss, an der Kündigung des Arbeitsverhältnisses festzuhalten. Dieses Ergebnis teilte der Bezirksrat G. mit Schreiben vom 12. Mai 2009 mit.

Mit Klage vom 13. Juni 2009 gegen den Bezirk Einsiedeln stellte G. beim Verwaltungsgericht Schwyz folgende Anträge:

1. Der Klägerin sei eine Abfindung i.S.v. § 21g Abs. 3 i.V.m. Abs. 2 PBV in der Höhe eines Jahressalärs sowie eine Entschädigung i.S.v. § 21g Abs. 3 PBV in der Höhe eines halben Jahressalärs zuzusprechen.

2. Die durch in Presse und Radio sowie verwaltungsintern verbreiteten wahrheitswidrigen Tatsachendarstellungen eingetretene und andauernde widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung i.S.v. Art. 28 Abs. 1 ZGB sei i.S.v. Art. 28a Abs. 1 Ziff. 2 ZGB zu beseitigen.

3. Gestützt auf die widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung i.S.v. Art. 28 Abs. 1 ZGB sei der Beklagte zu verpflichten, eine Gegendarstellung i.S.v. Art. 28g ZGB i.V.m. Art. 28a Abs. 2 ZGB zu den in Presse und Radio sowie verwaltungsintern verbreiteten wahrheitswidrigen Tatsachendarstellungen vorzunehmen.

4. Der Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin aufgrund ihrer durch die widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung erlittenen immateriellen Unbill eine Genugtuung in der Höhe von Fr. 20 000.– auszurichten.

5. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Beklagten.

Das Verwaltungsgericht wies mit Entscheid vom 20. Mai 2010 das Begehren gemäss Ziffer 1 und jenes gemäss Ziffer 4, soweit damit eine Genugtuung im Zusammenhang mit den Umständen der Kündigung verlangt werde, ab. Auf die Anträge gemäss Ziffer 2 und 3 sowie Ziffer 4, soweit damit eine Genugtuung gestützt auf Art. 28a Abs. 3 ZGB verlangt werde, trat es nicht ein. Mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten lässt G. weiterhin die Zusprechung einer Abfindung in der Höhe

eines Jahressalärs und einer Entschädigung i.S.v. § 21g Abs. 3 i.V.m. § 21f Abs. 2 PBV in der Höhe eines halben Jahressalärs beantragen. Im Übrigen sei der Entscheid der Vorinstanz aufzuheben und die Sache zur Neubeurteilung an diese zurückzuweisen. Der Bezirk Einsiedeln schliesst auf Abweisung der Beschwerde, soweit darauf eingetreten werden könne.

Aus den Erwägungen:

2.

2.1 Grundlage für die Beurteilung der vorliegenden Streitsache bilden die Personal- und Besoldungsverordnung des Bezirkes Einsiedeln vom 17. Januar 2008 (PBV) und die Vollzugsverordnung dazu vom 31. Januar 2008 (VVzPBV). Gemäss § 6 Abs. 2 PBV gilt ergänzend das Obligationenrecht, wenn weder der PBV noch ihren Vollzugserlassen eine Vorschrift entnommen werden kann.

2.2 Das Arbeitsverhältnis der Angestellten endet u.a. durch Kündigung (§ 18 lit. a PBV) oder durch Auflösung aus wichtigen Gründen (lit. b). Das Verfahren der Kündigung durch den Arbeitgeber regelt § 21 PBV wie folgt:

«1. Will die Anstellungsbehörde einem Mitarbeiter kündigen, hat er (recte: sie) ihm zuerst das rechtliche Gehör zu gewähren.

2. Die Kündigung ist von der Anstellungsbehörde schriftlich zu begründen.

3. Bevor einem Mitarbeiter nach Ablauf der Probezeit gekündigt werden kann, der nicht geeignet ist, seine Aufgabe zu erfüllen oder dessen Leistung und Verhalten nicht befriedigen, sind ihm die Beanstandungen durch eine Mitarbeiterbeurteilung vorzuhalten und ist ihm eine Bewährungsfrist von mindestens drei Monaten anzusetzen.»

Unter dem Titel «sachlicher Kündigungsschutz» gilt, dass die Kündigung nicht missbräuchlich nach den Bestimmungen des Obligationenrechts sein darf und einen sachlichen Grund voraussetzt (§ 21a Abs. 1 PBV). Ein sachlicher Grund liegt u.a. vor, wenn ein Mitarbeiter nicht geeignet ist, seine Aufgabe zu erfüllen oder wenn seine Leistung und sein Verhalten nicht befriedigen (§ 21a Abs. 2 lit. b PBV). Ausserdem kann das Arbeitsverhältnis aus wichtigen Gründen jederzeit aufgelöst werden. Auch diese Auflösung hat schriftlich und mit Begründung zu erfolgen. Als wichtiger Grund gilt jeder Umstand, bei dessen Vorhandensein nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht zumutbar ist (§ 21c PBV).

2.3 Zu den Folgen einer unzulässigen Kündigung oder Auflösung sieht der hier interessierende Absatz 2 des § 21f PBV vor: «Ist eine Kündigung missbräuchlich nach den Bestimmungen des Obligationenrechts, ist eine Kündigung ohne sachlich zureichenden Grund nach § 21a Abs. 2 oder in Missachtung der Verfahrensvorschriften nach § 21 ausgesprochen worden oder ist eine fristlose Entlassung nach § 21c ohne wichtigen Grund erfolgt, entstehen finanzielle Ansprüche nach § 21g, sofern der betroffene

Mitarbeiter nicht wieder eingestellt wird. Hingegen kann in diesen Fällen kein Anspruch auf die Fortführung des Arbeitsverhältnisses abgeleitet werden.» Gemäss § 21g Abs. 3 PBV bestehen die erwähnten finanziellen Ansprüche des betroffenen Mitarbeiters in einer Abfindung nach Absatz 2 und in einer zusätzlichen Entschädigung, die höchstens dem letzten halben Jahreslohn entspricht. Gemäss Absatz 2 entspricht die Abfindung höchstens dem letzten Jahreslohn und wird vom Bezirksrat nach bestimmten Gesichtspunkten festgesetzt.

3.

Der Beschwerdeführerin wurde mit Schreiben vom 23. April 2009 «unter Einhaltung der in § 20 Abs. 1 lit. a der Personal- und Besoldungsverordnung des Bezirkes Einsiedeln festgelegten Kündigungsfrist von einem Monat per 31. Mai 2009» gekündigt. Mit Schreiben vom 27. April 2009 wurde das Beendigungsdatum im Hinblick auf die im Arbeitsvertrag enthaltene Kündigungsfrist von sechs Monaten auf den 31. Oktober 2009 geändert. Von ihrer Arbeitspflicht wurde die Beschwerdeführerin mit sofortiger Wirkung freigestellt. Die Kündigung wurde im Schreiben vom 23. April 2009 wie folgt begründet: «Vor allem aufgrund Ihres Schreibens vom 8. April 2009 an den Bezirksrat hat sich das Vertrauensverhältnis zwischen Ihnen und dem Landschreiber sowie weiteren Mitarbeitern so stark verschlechtert, dass eine weitere Zusammenarbeit für den Bezirk nicht mehr zumutbar ist».

3.1 Die Vorinstanz erwog, die Beschwerdeführerin habe in dem genannten Schreiben vom 8. April 2009 die «Amtsenthebung» des vom Stimmvolk gewählten Landschreibers gefordert und unmissverständlich erklärt, dass sie den Landschreiber als Vorgesetzten nicht mehr akzeptieren könne, dass das Vertrauensverhältnis zwischen ihm und ihr vollends zerstört und eine Zusammenarbeit mit ihm nicht mehr möglich sei. Mit ihrer Weigerung, mit dem Landschreiber als Vorgesetztem länger zusammen zu arbeiten, habe sie einen wichtigen Grund zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses im Sinn von § 21c PBV gesetzt. Entsprechend gehe auch die Rüge der Beschwerdeführerin fehl, das in § 21 Abs. 3 PBV enthaltene Kündigungsverfahren (Mitarbeitergespräch, Bewährungsfrist) sei nicht eingehalten worden. Diese Bestimmung betreffe nur Konstellationen, bei welchen der Mitarbeiter nicht geeignet sei, seine Aufgabe zu erfüllen, oder dessen Leistung und Verhalten nicht befriedigten. Diese Bestimmung gelte indessen nicht für Fälle gemäss § 21c PBV, wonach das Arbeitsverhältnis aus wichtigen Gründen jederzeit aufgelöst werden könne. Es sei denn auch nicht einzusehen, weshalb der Beschwerdeführerin noch eine Bewährungsfrist anzusetzen gewesen wäre, nachdem sie den Landschreiber als Vorgesetzten nicht akzeptiert und die weitere Zusammenarbeit abgelehnt habe.

3.2 Die Beschwerdeführerin macht geltend, das Arbeitsverhältnis sei ordentlich, unter Einhaltung der Kündigungsfrist, aufgelöst worden. Wenn die Vorinstanz behaupte, es liege eine fristlose Auflösung gemäss § 21c PBV vor, wende sie das kantonale Recht willkürlich an. Demzufolge hät-

ten die zwingenden Verfahrensvorschriften von § 21 PBV – schriftliche Begründung, Mitarbeiterbeurteilung, Ansetzen einer Bewährungsfrist – eingehalten werden müssen. Tatsächlich sei aber weder die erforderliche Mitarbeiterbeurteilung durchgeführt noch eine Bewährungsfrist angesetzt worden. Die Argumentation des kantonalen Gerichts, eine Bewährungsfrist sei nicht anzusetzen gewesen, weil die Beschwerdeführerin die weitere Zusammenarbeit verweigert habe, sei verfehlt. Während dieser Periode hätte die von ihr vorgeschlagene Entflechtung der Kompetenzen zwischen Land-schreiber und Leiterin Personalwesen vorgenommen und damit die Situation beruhigt werden können. Die Nichtanwendung von § 21 Abs. 3 PBV sei willkürlich.

3.3 Der Beschwerdegegner hält dem entgegen, er habe das Arbeits-verhältnis aufgrund des zerstörten Vertrauensverhältnisses, mithin aus wichtigen Gründen nach § 21c PBV, aufgelöst. Seien die Voraussetzungen für eine Auflösung aus wichtigen Gründen gegeben, so könne der Arbeit-geber fristlos kündigen, müsse aber nicht. Stattdessen könne er auch ordentlich oder auf eine verkürzte Frist (sog. Sozialfrist) kündigen. Ungeachtet dessen habe er die Verfahrensvorschriften von § 21 Abs. 1 und 2 PBV eingehalten. Einzig die Bewährungsfrist sei nicht angesetzt worden. Eine solche wäre aber sinn- und zwecklos gewesen und daher habe darauf verzichtet werden können.

3.4

3.4.1 Wie sich aus den beiden Schreiben des Beschwerdegegners vom 23. und 29. April 2009 – insbesondere der im Nachhinein verfükten Kor-rektur zur Wahrung der vertraglichen Kündigungsfrist gemäss Schreiben vom 29. April 2009 – unzweifelhaft ergibt, handelt es sich vorliegend um eine ordentliche Kündigung und nicht um eine fristlose. Der Beschwerde-gegner und allenfalls auch die Vorinstanz (ihre Argumentation ist nicht klar) gehen sinngemäss davon aus, die Verfahrensvorschriften für eine ordentliche Kündigung müssten nicht eingehalten werden, wenn zwar ordent-lich gekündigt wurde, jedoch der Kündigungsgrund auch eine fristlose Kündigung gerechtfertigt hätte. Entscheidend sei somit einzig, dass mate-riell ein Grund für eine fristlose Kündigung vorgelegen habe. Das trifft nicht zu. § 18 PBV zählt die Beendigungsgründe abschliessend auf. Der Arbeitgeber muss sich für die ordentliche Kündigung oder die – fristlose – Auflösung aus wichtigen Gründen entscheiden. Eine weitere Möglichkeit sieht die PBV nicht vor. Insbesondere gibt es nicht so etwas wie eine frist-los-ordentliche Kündigung (mit den Verfahrensvorschriften einer fristlosen und den Voraussetzungen und Rechtsfolgen der ordentlichen Kündigung). § 21c Abs. 2 PBV (Auflösung aus wichtigen Gründen) entspricht praktisch wörtlich Art. 337 Abs. 2 OR (fristlose Auflösung aus wichtigen Gründen). Zur Auslegung kann daher die zu Art. 337 Abs. 1 und 2 OR entwickelte Praxis angemessen berücksichtigt werden. Danach rechtfertigt nur ein be-sonders schweres Fehlverhalten des Angestellten, welches die Weiterfüh-rung des Arbeitsverhältnisses für den Arbeitgeber unzumutbar macht, die

fristlose Kündigung (BGE 130 III 28 E. 4.1 S. 31; Urteile 4A_32/2008 vom 20. Mai 2008 E. 3.1 und 2A.495/2006 vom 30 April 2007 E. 2, je mit weiteren Hinweisen). Kündigt ein Arbeitgeber ordentlich, gibt er damit zu erkennen, dass er selber die Weiterführung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist als zumutbar erachtet. Den Voraussetzungen für eine fristlose Auflösung muss daher in solchen Fällen nicht weiter nachgegangen werden. Nichts anderes ergibt sich auch aus dem vom Beschwerdegegner zitierten BGE 123 III 86. Vielmehr wird dort ausgeführt, entscheide sich der Arbeitgeber für eine ordentliche Kündigung, verliere er das Recht auf eine fristlose Auflösung (E. 2b S. 88). Ebenso wenig lässt sich aus der vom Beschwerdegegner angeführten (privatrechtlichen) Lehre zur sog. Sozialfrist bzw. zur sog. vorzeitigen Kündigung etwas anderes ableiten. Soweit die Lehre eine solche befürwortet, wird gleichzeitig festgestellt, dass die Sozialfrist aber jedenfalls nicht die Frist für die ordentliche Kündigung erreichen darf; denn damit habe der Kündigende zu erkennen gegeben, dass ihm die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der Frist der ordentlichen Kündigung nicht unzumutbar sei (MANFRED REHBINDER, Berner Kommentar, N. 19 zu Art. 337 OR; ADRIAN STAEHELIN, Zürcher Kommentar, N. 40 zu Art. 337 OR; vgl. auch Urteil 4C.174/2003 vom 27. Oktober 2003 E. 3.2.1). § 21a Abs. 2 PBV enthält einen abschliessenden Katalog der sachlichen Kündigungsgründe. Der vom Beschwerdegegner im Kündigungsschreiben vom 23. April 2009 geltend gemachte Grund – «Vertrauensverlust» – ist dort nicht als eigenständiger Kündigungsgrund genannt. Die Argumentation der Vorinstanz und des Beschwerdegegners läuft aber darauf hinaus, letztlich einen selbständigen Kündigungsgrund des Vertrauensverlusts zu bejahen, bei dem – wie auch bei den Kündigungstatbeständen gemäss § 21a Abs. 2 lit. a, c, d und e und anders als bei lit. b – die Verfahrensvorschriften gemäss § 21 Abs. 3 PBV nicht gelten. Das würde bedeuten, dass jedes als mangelhaft empfundene Verhalten in eine Störung des Vertrauensverhältnisses umdeutbar wäre und so die besonderen Schutzvorschriften des § 21 Abs. 3 PBV umgangen werden könnten. Der Beschwerdegegner hatte ursprünglich nicht dargelegt, auf welchen der sachlichen Kündigungsgründe gemäss § 21a Abs. 2 PBV er sich stützt. Im Protokoll vom 22. April 2009, wo er die Kündigung in Ergänzung zum Kündigungsschreiben vom 23. April 2009 vertiefter begründete, führte er einzig unter Hinweis auf ZBl 2003 S. 202 aus, es genügten sachlich vertretbare Gründe. Es reiche daher, wenn die Weiterbeschäftigung dem öffentlichen Interesse an einer funktionierenden Verwaltung widerspreche. Damit verkannte der Beschwerdegegner, dass dem von ihm zitierten Präjudiz eine Regelung zugrunde lag, die keine besonderen materiellen Voraussetzungen für eine ordentliche Kündigung enthielt. Die vorinstanzliche Begründung, dass vorliegend die Verfahrensvorschriften von § 21 Abs. 3 PBV nicht einzuhalten waren, weil diese für Fälle nach § 21c PBV nicht gälten, erweist sich daher als willkürlich.

3.4.2 Eine willkürliche Begründung für sich allein genügt aber nicht. Vielmehr muss der Entscheid auch im Ergebnis unhaltbar sein, damit er vom Bundesgericht aufgehoben werden kann. Die ordentliche Kündigung setzt wie dargelegt einen der sachlichen Kündigungsgründe gemäss § 21a Abs. 2 PBV voraus. Für diesen Fall gehen die Parteien stillschweigend davon aus, dass der geltend gemachte Vertrauensverlust unter § 21a Abs. 2 lit. b PBV zu subsumieren ist. Nachdem Vertrauensverlust nicht im luftleeren Raum entsteht, sondern in der Regel auf ein bestimmtes Verhalten oder allenfalls eine unbefriedigende Leistung zurückzuführen ist, besteht kein Anlass, die Subsumtion unter § 21a Abs. 2 lit. b PBV («... oder wenn seine Leistung und sein Verhalten nicht befriedigen») in Frage zu stellen. Für den Kündigungsgrund von § 21a Abs. 2 lit. b PBV sieht § 21 Abs. 3 PBV die Durchführung einer Mitarbeiterbeurteilung und das Ansetzen einer mindestens dreimonatigen Bewährungsfrist vor. Die Bestimmung enthält – anders als andere kantonale Regelungen (z.B. § 19 Abs. 1 des Gesetzes über das Arbeitsverhältnis des Staatspersonals des Kantons Zürich, LS 177.10: «Bevor die Anstellungsbehörde eine Kündigung aufgrund mangelnder Leistung oder unbefriedigenden Verhaltens ausspricht, räumt sie der oder dem Angestellten eine angemessene Bewährungsfrist von längstens sechs Monaten ein. Von einer Bewährungsfrist kann ausnahmsweise abgesehen werden, wenn feststeht, dass sie ihren Zweck nicht erfüllen kann») – keine Ausnahme für den Fall, dass die Bewährungsfrist zwecklos erscheint. Wenn die Vorinstanz trotzdem – die Begründung ist wie dargelegt nicht klar – wegen Nutzlosigkeit auf das Ansetzen einer Bewährungsfrist verzichten will, legt sie das kantonale Recht willkürlich aus.

3.4.3 Falls mit der Begründung, eine Bewährungsfrist hätte nicht angesetzt werden müssen, weil die Beschwerdeführerin die weitere Zusammenarbeit mit dem Landschreiber und einem Abteilungsleiter verweigerte, gemeint sein soll, sie habe damit ihre Arbeitspflicht nicht erfüllt – womit allenfalls der Kündigungsgrund gemäss § 21a Abs. 2 lit. c PBV (schwere Verletzung der Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis) zur Diskussion gestanden wäre – ist darauf nicht weiter einzugehen. Der Beschwerdegegner hat sich nie auf diesen Kündigungsgrund berufen.

3.4.4 Unbestrittenermassen (E. 3.3 und 3.4 hiavor) wurde keine Bewährungsfrist nach § 21 Abs. 3 PBV angesetzt. Auch die nach dieser Bestimmung vorgeschriebene Mitarbeiterbeurteilung fand nicht statt. Die Beschwerdeführerin hat somit Anspruch auf eine Abfindung und eine zusätzliche Entschädigung gemäss § 21g Abs. 3 PBV.

4.

4.1 Gemäss Kündigungsschreiben vom 23. April 2009 und Protokoll vom 22. April 2009 war für den Beschwerdegegner vor allem das Schreiben der Beschwerdeführerin vom 8. April 2009 an den Bezirksrat massgeblich. Aufgrund der in diesem Schreiben enthaltenen überaus schweren Anschuldigungen gegenüber dem Landschreiber und den beiden Abteilungsleitern W. und O. sei eine weitere Zusammenarbeit nicht mehr denkbar.

Ein grosser Teil der Anschuldigungen zielt auf deren Persönlichkeit. Die Fürsorgepflicht gebietet es dem Arbeitgeber zu handeln und die involvierten Arbeitnehmer nicht unzumutbaren Belastungen auszusetzen.

4.2 Das kantonale Gericht bejahte einen sachlichen Kündigungsgrund in diesem Sinn. Indem die Beschwerdeführerin in ihrem Schreiben vom 8. April 2009 den (vom Volk gewählten) Landschreiber als Vorgesetzten abgelehnt und eine weitere Zusammenarbeit mit ihm als unmöglich erachtet sowie ihm schwerwiegendes Fehlverhalten vorgeworfen habe, ohne dies ausreichend begründen zu können, habe sie einen wichtigen Grund für die Auflösung des Arbeitsverhältnisses geschaffen.

4.3 Die Beschwerdeführerin rügt, mit der alleinigen Fokussierung auf das Schreiben vom 8. April 2009 urteile die Vorinstanz willkürlich. Diese negiere damit die Schwere der Ereignisse, welche vorausgegangen seien. Die Beschwerdeführerin macht insbesondere wie bereits vorinstanzlich geltend, die Kündigung sei missbräuchlich. Sie sieht diese Missbräuchlichkeit darin, dass ihre Vorwürfe betreffend Mobbing, Schikanen und Missstände ungenügend abgeklärt worden seien. Der Arbeitgeber hätten ohne Zeitdruck ihre Vorwürfe prüfen müssen – genauso wie diejenigen von Abteilungsleiter W. –, um dann, auch in Wahrung seiner Fürsorgepflicht, die erforderlichen Massnahmen (z.B. die Entflechtung der Kompetenzbereiche Landschreiber/Leitung Personalwesen) zu ergreifen.

4.4 § 21a Abs. 1 PBV verlangt unter dem Titel «sachlicher Kündigungsschutz» zweierlei, erstens, dass eine Kündigung nicht missbräuchlich nach den Bestimmungen des Obligationenrechts sein darf und zweitens, dass ein sachlich zureichender Grund vorliegt. Mit dem Erfordernis des sachlich zureichenden Kündigungsgrundes geht der öffentlich-rechtliche Kündigungsschutz weiter als jener im privaten Arbeitsrecht, wo grundsätzlich Kündigungsfreiheit besteht und die Kündigung einzig durch die Missbrauchstatbestände des Obligationenrechts beschränkt ist (vgl. Urteile 2P.252/2006 vom 13. März 2007 E. 3.1 und 2A.71/2001 vom 22. Mai 2001 E. 2c). Das Erfordernis des sachlichen Kündigungsgrundes einerseits und des Verbots des Rechtsmissbrauchs andererseits können insbesondere dort zu Abgrenzungsschwierigkeiten führen, wo der sachliche Grund mit einem bestimmten Verhalten des Arbeitnehmers begründet wird. Dieser Vorwurf lässt sich zumeist nicht klar objektivieren und stellt in der Regel einen verschuldensunabhängigen Kündigungsgrund dar (HARRY NÖTZLI, Die Beendigung von Arbeitsverhältnissen im Bundespersonalrecht, Bern 2005, Rz 140, bezogen auf Art. 12 Abs. 6 lit. b BPG – «Mängel ... im Verhalten»). Bei Kündigungen aufgrund eines Verhaltens des Mitarbeiters, das jedoch seinerseits aufgrund eines Konflikts zwischen verschiedenen Mitarbeitern oder zwischen Vorgesetzten und Mitarbeitern entstanden ist, können daher die Ursachen dieser Spannungen unter Umständen sowohl bei der Würdigung des sachlichen Kündigungsgrundes wie bei der Frage, ob eine sachlich begründete Kündigung nicht rechtsmissbräuchlich war, von Bedeutung sein. Wie es sich damit im Hinblick auf § 21a Abs. 1 PBV verhält, kann

hier jedoch offen bleiben, zumal diese Bestimmung sowohl gegen eine missbräuchliche als auch gegen eine sachlich unbegründete Kündigung schützt und im Übrigen aus den in der nachfolgenden E. 5.1 aufgeführten Urteilen hervorgeht, dass auch eine sachlich an sich begründete Kündigung missbräuchlich sein kann. Die Beschwerdeführerin bemängelt zwar, dass die Vorinstanz die Umstände, die zu ihrem Schreiben vom 8. April 2009 geführt hätten, nicht in ihre Würdigung einbezogen habe. Sie begründet aber in der Beschwerde ihren Entschädigungsanspruch gemäss Ziffer 1 ihrer Rechtsbegehren ausdrücklich nur (nebst der Verletzung von Verfahrensvorschriften) mit der Missbräuchlichkeit der Kündigung. Sie rügt damit nicht das Fehlen eines sachlichen Kündigungsgrundes nach kantonalem Recht. Nachfolgend ist somit zu prüfen, ob die Kündigung missbräuchlich nach den Bestimmungen des Obligationenrechts war.

5.

5.1 Missbräuchlich ist eine Kündigung, wenn sie aus bestimmten Gründen ausgesprochen wird, die in Art. 336 OR umschrieben sind. Die Aufzählung in Art. 336 OR ist indessen nicht abschliessend. Sie konkretisiert vielmehr das allgemeine Rechtsmissbrauchsverbot. Eine missbräuchliche Kündigung kann somit auch aus andern Gründen bejaht werden. Der Vorwurf der Missbräuchlichkeit setzt indessen 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 4C.234/2001 vom 10. Dezember 2001 E. 3a und b, nicht publ. in: BGE 128 III 129; je mit Hinweisen). So kann eine Kündigung rechtsmissbräuchlich sein wegen der Art und Weise, wie sie ausgesprochen wurde, weil die kündigende Partei ein falsches und verdecktes Spiel treibt, das Treu und Glauben krass widerspricht, wegen einer schweren Persönlichkeitsverletzung im Umfeld der Kündigung (BGE 136 III 513 E. 2.3 S. 515; 132 III 115 E. 2.2 S. 117; 131 III 535 E. 4.2 S. 538 f.; 125 III 70 E. 2b S. 73), bei einem offensichtlichen Missverhältnis der auf dem Spiel stehenden Interessen oder wenn das Kündigungsrecht zweckwidrig ausgeübt wird (BGE 136 III 513 E. 2.3 S. 515; 132 III 115 E. 2.4 S. 118; 131 III 535 E. 4.2 S. 539). Mobbing an sich begründet den Missbrauch des Kündigungsrechts nicht ohne weiteres. Denkbar ist in diesem Zusammenhang allerdings, dass eine Kündigung etwa dann missbräuchlich sein kann, wenn sie wegen einer Leistungseinbusse des Arbeitnehmers ausgesprochen wird, die sich ihrerseits als Folge des Mobbing erweist. Denn die Ausnutzung eigenen rechtswidrigen Verhaltens bildet einen typischen Anwendungsfall des Rechtsmissbrauchs. Der Arbeitgeber, der Mobbing nicht verhindert, verletzt seine Fürsorgepflicht. Er kann daher die Kündigung nicht mit den Folgen seiner eigenen Vertragsverletzung rechtfertigen (BGE 125 III 70 E. 2a S. 72 f.; Pra 2009 Nr. 74 S. 496, 1C_245/2008 E. 4.2; Urteile 4C.189/2003 vom 23. September 2003 E. 5.1 und 4C.253/2001 vom 18. Dezember 2001 E. 2 und 3). Ferner gilt, dass eine Kündigung nicht

missbräuchlich ist, wenn wegen des schwierigen Charakters eines Arbeitnehmers eine konfliktgeladene Situation am Arbeitsplatz entstanden ist, die sich schädlich auf die gemeinsame Arbeit auswirkt, und wenn der Arbeitgeber zuvor sämtliche ihm zumutbaren Vorkehren getroffen hat, um den Konflikt zu entschärfen. Hat sich der Arbeitgeber aber nicht oder ungenügend um die Lösung des Konflikts bemüht, ist er seiner Fürsorgepflicht nicht hinreichend nachgekommen, weshalb sich die Kündigung als missbräuchlich erweist (BGE 132 III 115 E. 2.2 S. 117; 125 III 70 E. 2c S. 74).

5.2 Ein zentraler Vorwurf gegenüber dem Landschreiber und dem Abteilungsleiter W. im Schreiben vom 8. April 2009 bezog sich auf das von letzterem vorgelegte Papier «Problemsituation Verwaltungsleitung». Insbesondere stützte die Beschwerdeführerin ihre Vorbringen gegen den Landschreiber darauf, dass dieser bereits fünf Tage vor der Aussprache vom 31. März 2009 Kenntnis von diesem Papier gehabt bzw. allenfalls sogar selber daran mitgewirkt habe. Das kantonale Gericht erachtete dieses Papier als nicht entscheidend.

5.2.1 Die Beschwerdeführerin rügt, die Vorinstanz verharmlose das Papier, indem sie es als «Arbeitspapier» bzw. «Diskussionspapier» bezeichne, welches lediglich die subjektive Sicht eines Teilnehmers wiedergebe. Es sei willkürlich, wenn das kantonale Gericht im Zusammenhang mit der Verbreitung dieses Papiers keine schwerwiegende Verfehlung des Landschreibers erblickt habe. Zudem sei es bezeichnend, dass der vorinstanzliche Entscheid die Aussprache vom 7. April 2009 mit Abteilungsleiter O., an welcher sich dieser hinter das Papier «Problemsituation Verwaltungsleitung» von Abteilungsleiter W. gestellt habe, überhaupt nicht erwähne, obwohl dies ein wesentliches Glied in der Kette von Mobbing-Attacken gegenüber der Beschwerdeführerin gewesen sei.

5.2.2 Wenn die Vorinstanz ausführt, für die Beschwerdeführerin sei erkennbar gewesen, «dass dieses Arbeitspapier von W. vorgetragen und als sein Werk präsentiert wurde», verkennt sie dessen Tragweite. Der Landschreiber hielt dazu in seinem E-Mail vom 13. April 2008 u.a. fest: «In Sachen W. war ich ehrlich und sagte, dass er mir sein Dokument gezeigt habe. Ich sagte ihm, es handle sich um sehr schwerwiegende Vorwürfe, welche er nötigenfalls beweisen müsse. Er sagte, er stehe dazu und ich hatte weder das Recht noch die Pflicht, ihm einen Maulkorb zu verpassen.» Gemäss der vom Beschwerdegegner eingereichten «Organisations- und Kompetenzordnung des Bezirks Einsiedeln» vom 10. Oktober 2006, Ziffer 6.1, ist der Landschreiber Vorsitzender der Verwaltungsleitung, welcher die einzelnen Abteilungsleiter angehören. Er verfügt gegenüber den Abteilungsleitenden in fachunabhängigen, abteilungsübergreifenden Fragestellungen über eine Weisungsbefugnis. Der Angriff eines Abteilungsleiters gegenüber der Leiterin Personalwesen gehört zweifellos zu den fachunabhängigen und abteilungsübergreifenden Fragestellungen. Wenn ein Mitarbeiter «sehr schwerwiegende Vorwürfe» äusserte, die der Landschreiber selber als noch nicht bewiesen erachtete, hätte dieser daher darauf hinwir-

ken müssen, dass diese zuerst abgeklärt werden. Das Schreiben des Abteilungsleiters W., das vom Landschreiber nicht unterbunden und vom Abteilungsleiter O. unterstützt wurde, war daher zweifellos eine Provokation.

5.3 Missbräuchlichkeit liegt wie dargelegt (E. 5.1) insbesondere vor, wenn der Arbeitgeber selber eine Ursache für das dem Mitarbeiter vorgeworfene Verhalten gesetzt hat.

5.3.1 Die Spannungen zwischen der Beschwerdeführerin und dem Landschreiber hingen massgeblich mit Kompetenzabgrenzungen zusammen. Hintergrund war eine im Jahr 2005 durchgeführte Behördenreform, nach welcher der Landschreiber als Personalchef fungierte, während damals die Stelle Personalleitung noch nicht bestand. Letztere wurde erst durch einen späteren Bezirksratsentscheid beschlossen. Im Bericht vom 9. November 2009 über die vom Bezirksrat in Auftrag gegebene Administrativuntersuchung wird dazu schlussfolgernd festgehalten, mangels Abstimmung dieser beiden organisatorischen Massnahmen habe die Beschwerdeführerin Mühe bekundet, ihren Kompetenzbereich zu finden respektive durchzusetzen. Dieser Konflikt deutet sich bereits in der Probezeitbeurteilung der Beschwerdeführerin durch den Landschreiber vom 5. September 2008 an, indem dort festgehalten wurde, ihre Stellung in Bezug auf Kompetenzen müsse sie teilweise noch finden. Ein Beispiel für einen solchen Konflikt war die dem Abteilungsleiter W. bewilligte Spesenspauschale. Die Beschwerdeführerin hatte sich dazu in einem Mitbericht negativ geäussert; der Landschreiber stellte dann aber einen Antrag auf Befürwortung, dem der Bezirksrat folgte. Entsprechend führte die Beschwerdeführerin in ihrem Schreiben vom 8. April 2009 aus, sie habe sich gegenüber dem Landschreiber frustriert über die klaffende Diskrepanz zwischen dem Soll-Zustand gemäss dem Stelleninserat «Leiterin Personalwesen» und dem Ist-Zustand geäussert.

5.3.2 Im Stelleninserat suchte der Beschwerdegegner eine Personalfachperson mit eidgenössischem Fachausweis oder Fachhochschulausbildung, eine Persönlichkeit mit unternehmerischen Fähigkeiten, die gewohnt sei, selbstständig zu handeln. Als Hauptaufgaben wurden genannt die gesamte Personaladministration für rund 450 Lohnbezüger, die Personalrekrutierung/-betreuung/-entwicklung sowie die Koordination der Lehrlingsausbildung nebst der Mitarbeit in strategischen und bereichsübergreifenden Projekten. Die neu geschaffene Funktion wurde als Stabstelle beschrieben, bei der sämtliche Personalaufgaben zusammenlaufen. Aufgrund dieses Inserats durfte die Beschwerdeführerin von einer Leitungsfunktion ausgehen. Im Anstellungsvertrag wurde dann auf die Umschreibung der Aufgaben und Kompetenzen gemäss Stellenbeschrieb verwiesen. In letzterem wurde der Landschreiber sowohl fachlich wie organisatorisch-personell als übergeordnete Stelle bezeichnet. Insbesondere aus der fachlichen Überordnung ergab sich für den Landschreiber, dass seine Entscheidungen auch in Aufgabenbereichen, die der Beschwerdeführerin zugewiesen waren, vorgingen. Aus dem Begleitschreiben zum Arbeitsvertrag, nach welchem es sich

beim beigelegten Stellenbeschrieb erst um einen Entwurf handelte, leitete die Beschwerdeführerin indessen ab, dass die Kompetenzabgrenzung noch nicht klar geregelt war. Dafür hatte sie umso mehr Anlass, als die rechtlichen Grundlagen widersprüchlich waren. In der «Organisations- und Kompetenzordnung des Bezirks Einsiedeln» vom 10. Oktober 2006 wurde zwar der Landschreiber als Personalchef bezeichnet (Ziff. 6.1 und 8.1), der zusammen mit einer Personaladministration die Stabstelle Personalwesen bildet (Ziff. 8.1), und ihm wurden – in seiner Funktion als Personalchef – konkret als Aufgaben das Ausstellen von Arbeitszeugnissen und das Führen von Mitarbeitendengesprächen mit Abteilungsleitenden zugewiesen (Ziff. 8.4). Die – neuere – VVzPBV vom 31. Januar 2008 weist demgegenüber unter dem Titel «II. Organisation» nur dem Bezirksrat (§ 5), der Verwaltungsleitung (§ 6; Bearbeitung der allgemeinen Personalfragen), dem Leiter Personalwesen (§§ 7, 8) und dem Personalverband (§ 8b) Funktionen im Personalwesen zu, nicht aber dem Landschreiber. So wurde beispielsweise die in der «Organisations- und Kompetenzordnung des Bezirks Einsiedeln» ausdrücklich dem Landschreiber zugewiesene Aufgabe des Ausstellens von Arbeitszeugnissen in § 7 Abs. 2 lit. j VVzPBV als Aufgabe des Leiters Personalwesen angeführt.

5.3.3 Die seit längerem schwelenden Spannungen, die schliesslich – nach der Provokation durch das Papier «Problemsituation Verwaltungsleitung» – in die Eskalation mit dem Schreiben der Beschwerdeführerin vom 8. April 2009 mündeten, waren also massgeblich durch die vom Beschwerdegegner zu vertretende ungeregelte und unklare Kompetenzabgrenzung verursacht. Diese wirkt umso gewichtiger, als die Beschwerdeführerin im Hinblick auf die ausgeschriebene Leitungsfunktion beim Beschwerdegegner eine Kaderposition als Leiterin Finanzen und Personalwesen in einer Privatklinik aufgegeben hatte (vgl. Arbeitszeugnis vom 31. Mai 2008). Bejaht nun die Rechtsprechung eine Fürsorgepflichtverletzung und in der Folge eine missbräuchliche Kündigung bereits, wenn ein Arbeitgeber einen nicht von ihm verursachten Konflikt zwischen Mitarbeitern nicht zu verhindern sucht und stattdessen zur Kündigung schreitet, dann hat dies erst recht zu gelten, wenn ebendieser Konflikt sogar von ihm durch einen Organisationsmangel jedenfalls mitverursacht wurde (vgl. E. 5.1 am Ende; Urteil 1C_354/2008 vom 4. Mai 2009 E. 2.2 und 2.4). Daran ändert nichts, dass im Vorfeld der Kündigung mehrere Gespräche unter Leitung des Bezirksammanns stattfanden, denn es ist nicht ersichtlich, dass die grundsätzliche Frage der Kompetenzabgrenzung angegangen worden wäre. Indem die Vorinstanz diesen Gesichtspunkt völlig ausgeblendet hat und vielmehr umgekehrt zu Ungunsten der Beschwerdeführerin gewichtete, dass diese auf die Frage nach der künftigen Zusammenarbeit sinngemäss eine solche «von der Regelung der Schnittstellen zwischen dem Landschreiber und der Personalleitung einerseits und zwischen einer klaren Kompetenzabgrenzung andererseits» abhängig machte, handelte sie nicht nur in der Begründung, sondern auch im Ergebnis willkürlich.

5.3.4 Bei diesem Ergebnis muss auf die weiteren Vorbringen der Beschwerdeführerin – namentlich fehlende Zeugeneinvernahmen und den Vorwurf einer Manipulation im Zusammenhang mit dem Begleitschreiben zu ihrem Arbeitsvertrag – nicht weiter eingegangen werden.

6.

6.1 Die Beschwerdeführerin hat somit Anspruch auf eine Abfindung und eine zusätzliche Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung und Verletzung der Verfahrensvorschriften (§ 21f Abs. 2 i.V.m. § 21g Abs. 2 und 3 PBV). Die Abfindung entspricht höchstens dem letzten Jahreslohn. Massgebliche Kriterien im Einzelfall sind das Alter, die Dienstjahre und die persönlichen Verhältnisse des Mitarbeiters sowie der Grund, der zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses geführt hat (§ 21g Abs. 2 PBV). Die zusätzliche Entschädigung entspricht höchstens dem letzten halben Jahreslohn (§ 21g Abs. 3 PBV).

6.2 Da die Parteien keine Ergänzung des Sachverhalts verlangen, kann das Bundesgericht über die Höhe der Abfindung und Entschädigung reformatorisch entscheiden (vgl. Art. 107 Abs. 2 BGG und Urteil 4A_571/2008 vom 5. März 2009 E. 5.2). Die Beschwerdeführerin hat weder im vorinstanzlichen Schriftenwechsel noch im vorliegenden Beschwerdeverfahren Umstände dargelegt, welche die von ihr geforderte maximale Abfindung und Entschädigung von eineinhalb Jahreslöhnen rechtfertigen. Weder das Alter, noch die Dienstjahre oder die persönlichen Verhältnisse begründen ihre Forderung in masslicher Hinsicht. Praxisgemäss ist dem verfahrensmässigen Mangel bei der Kündigung mit Blick auf die Entschädigung kein allzu grosses Gewicht beizumessen. Das gilt in casu umso mehr für den inhaltlichen Mangel der Kündigung, da die Beschwerdeführerin aufgrund der unnötigen Schärfe ihres Schreibens vom 8. April 2009 eine erhebliche Mitverantwortung an der Auflösung des Arbeitsverhältnisses trägt. Insgesamt erscheint eine Abfindung und Entschädigung von drei Monatslöhnen angemessen.

6.3 Der Beschwerdeführerin ist demzufolge eine Abfindung und Entschädigung in der Höhe von drei Bruttomonatslöhnen auszurichten, basierend auf ihrem letzten Lohn im Jahr 2009, zuzüglich allfälliger Zulagen und Anteil am dreizehnten Monatslohn.

7.

7.1 Die Vorinstanz trat auf das weitere Begehren um Genugtuung, soweit es sich auf Art. 28 Abs. 1 ZGB stützte, nicht ein; soweit eine Genugtuungsforderung im Zusammenhang mit der Kündigung geltend gemacht wurde, wies es die Klage ab. Solche Unbill werde durch die in der PBV gewährleisteten Abfindungs- und Entschädigungsansprüche abgedeckt. Es sei auch nicht zulässig, für die gleiche Unbill nebst den Entschädigungen aus dem Personal- und Besoldungsrecht eine auf das Staatshaftungsgesetz abgestützte Genugtuung zu fordern.

7.2 Die Beschwerdeführerin macht geltend, eine Genugtuung könne nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung auch neben einer arbeits-

rechtlichen Entschädigung zugesprochen werden, wenn die Persönlichkeitsverletzung wegen ihrer Schwere durch die Strafzahlung als nicht kompensiert erscheine. Jedenfalls bestehe aber ein Anspruch unabhängig von den personalrechtlichen Ansprüchen, wenn die Genugtuung nicht für Umstände im Zusammenhang mit der Kündigung gefordert werde, sondern aus Umständen resultiere, die vor der Kündigung eingetreten seien.

7.3

7.3.1 Soweit die Beschwerdeführerin eine Genugtuung für Umstände vor der Kündigung geltend macht, substantiiert sie dies einzig mit dem Schreiben «Problemsituation Verwaltungsleitung». Es ist daher auch nur auf diese Rüge einzugehen. Wie indessen aus den vorstehenden Ausführungen hervorgeht, kann das eigene Schreiben der Beschwerdeführerin vom 8. April 2009 und damit die Frage, ob die Kündigung sachlich nicht gerechtfertigt bzw. missbräuchlich war, nicht ohne Einbezug des Schreibens «Problemsituation Verwaltungsleitung» beurteilt werden. Besteht aber dieser Zusammenhang, kann daraus offensichtlich kein selbständiger Genugtuungsanspruch abgeleitet werden.

7.3.2 § 21g Abs. 3 PBV gewährt neben dem Anspruch auf Abfindung einen Entschädigungsanspruch von höchstens dem halben Jahreslohn. Es ist nicht ersichtlich – und die Beschwerdeführerin substantiiert dies auch nicht weiter – inwiefern dieser Rahmen nicht genügen sollte (vgl. auch BGE 135 III 405 E. 3.1 S. 408). Ein darüber hinausgehender Anspruch besteht nicht.

8.

Auf die Anträge um Beseitigung und Gegendarstellung (Rechtsbegehren Ziffern 2 und 3 im vorinstanzlichen Verfahren) ist das Verwaltungsgericht nicht eingetreten, da sie sich auf Art. 28 ff. ZGB stützten. Die Beschwerdeführerin verlangt zwar mit Ziffer 2 ihrer Anträge vor Bundesgericht ohne Unterscheidung Rückweisung an die Vorinstanz zur Neubeurteilung. In der Begründung bezieht sie sich aber nurmehr auf Genugtuungsansprüche aus Staatshaftungsrecht. Es ist somit davon auszugehen, dass das Nichteintreten auf die Ziffern 2 und 3 ihrer vorinstanzlichen Rechtsbegehren nicht angefochten ist.

(...)

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Beschwerde wird in dem Sinne gutgeheissen, dass der Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Schwyz vom 20. Mai 2010 aufgehoben und der Beschwerdegegner verpflichtet wird, der Beschwerdeführerin drei Bruttomonatslöhne (zuzüglich allfälliger Zulagen und Anteil 13. Monatslohn) im Sinne der Erwägungen zu bezahlen.

Stellt der Arbeitnehmer gleichzeitig arbeitsrechtliche und persönlichkeitsrechtliche Begehren (gestützt auf Art. 28 ff. ZGB) und hat die eingeklagte Persönlichkeitsverletzung ihren Ursprung im Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien, so ist der Arbeitnehmer vollumfänglich auf den Gerichtsstand gemäss Art. 24 aGestG verwiesen. Er kann folglich seine rein arbeitsrechtlich begründeten Begehren gegen die Arbeitgeberin nicht kraft Art. 7 aGestG an den Gerichtsstand seines Wohnsitzes ziehen, da Art. 12 lit. a aGestG für im Arbeitsverhältnis gründende Ansprüche durch Art. 24 aGestG verdrängt wird (E. 3.3.4).

Sachverhalt:

Der in Y. wohnhafte B. (Kläger und Beschwerdegegner) wurde mit Arbeitsvertrag vom 27. Juni 2007 als Direktor der in Z. ansässigen X. (Beklagte 1 und Beschwerdeführerin 1) eingestellt. A. (Beklagter und Beschwerdeführer 2) ist Verwaltungsratspräsident der Beschwerdeführerin 1. Am 7. August 2009 teilte die Beschwerdeführerin 1 dem Beschwerdegegner mit, dass er ab sofort freigestellt sei. Der Beschwerdegegner unterzeichnete noch am gleichen Tag eine Vereinbarung, mit welcher der Arbeitsvertrag ordentlich per 28. Februar 2010 aufgelöst wurde. In der Folge wurde in den Medien wiederholt und umfassend über die Gründe für die Freistellung des Beschwerdegegners berichtet. Am 15. Oktober 2009 wurde der Beschwerdegegner wegen Verdachts auf Betrug, ungetreue Geschäftsführung, ungetreue Amtsführung und Korruption in Untersuchungshaft gesetzt. Darüber berichteten die Medien ausführlich. Am 19. Oktober 2009 wurde der Beschwerdegegner von der Beschwerdeführerin 1 fristlos entlassen.

Am 12. Oktober 2009 reichte der Beschwerdegegner beim Landgericht Uri eine Klage gegen die Beschwerdeführer mit u.a. folgenden Rechtsbegehren ein:

«1. Es sei den Beklagten zu verbieten, gegenüber Dritten, insbesondere gegenüber Massenmedien, Angaben zu den Gründen und Umständen der Beendigung des Arbeitsverhältnisses zwischen dem Kläger und der Beklagten 1 [vorliegend: Beschwerdeführerin 1] zu machen, und dabei insbesondere wörtlich oder sinngemäss zu behaupten dass

- die Beendigung des Arbeitsverhältnisses zwischen der Beklagten 1 und dem Kläger auf ein zerrüttetes oder verschlechtertes Vertrauensverhältnis zurückgehe oder
- eigenmächtiger oder unkollegialer Führungsstil des Klägers zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses geführt oder beigetragen habe, oder

- der Kläger den Verwaltungsrat der Beklagten 1 nicht oder intransparent oder unzureichend über seine Geschäftsführung orientiert habe, oder
- die Geschäftsführung des Klägers bei der Beklagten 1 zu internen und/oder externen Konflikten oder zu Problemen bei Kundenbeziehungen geführt habe, oder
- der Kläger für die Beklagte 1 die Beteiligung an dem Unternehmen «Q» zu einem überhöhten Preis erworben habe, oder dass dieser Erwerb von der persönlichen Bekanntschaft zwischen dem Kläger und dem Gründer der Q. beeinflusst worden sei, oder
- der Kläger auf einem Industrieareal in R. ein Palmölkraftwerk betreiben wollte, aber ohne Grund die Verhandlungen über den Grundstückkauf abbrach und so die X. in einen unnötigen Schadenersatzprozess über EUR 17 Mio. zwang, oder
- der Kläger seiner Aufgabe als Direktor der Beklagten 1 nicht gewachsen gewesen sei, oder
- Unregelmässigkeiten in der Geschäftsführung des Klägers oder dadurch möglicherweise entstandener Schaden anzunehmen oder indiziert oder Gegenstand laufender oder künftiger Untersuchungen seien.

2. Es seien Ausnahmen vom Verbot gemäss Ziffer 1 hiavor nur im Umfang der gesetzlichen Rechenschaftsablage der Beklagten 1 an die «Commissione di Controllo X.» des grossen Rates des Kantons Tessin zuzulassen, und zwar unter den kumulativen Bedingungen, dass (i) die interne Untersuchung der Beklagten 1 über die Geschäftsführung des Klägers definitiv abgeschlossen ist und (ii) der Kläger sich umfassend und aufgrund vollumfänglicher Akteneinsicht schriftlich gegenüber der Beklagten 1 zum Untersuchungsergebnis geäussert hat und (iii) die Stellungnahme des Klägers dem Rechenschaftsbericht der Beklagten 1 beiliegt.

3. Es sei den Beklagten im Falle der Zuwiderhandlung gegen die Verbote gemäss Ziffern 1 und 2 hiavor die Überweisung an den Strafrichter zur Bestrafung (bzw. im Falle der Beklagten 1: Zur Bestrafung der verantwortlichen Organe) wegen Ungehorsams gegen eine amtliche Verfügung nach Art. 292 StGB (mit Busse) anzudrohen.

4. Es sei festzustellen, dass die Beklagten durch Verbreitung der Aussagen gemäss Ziffer 1 hiavor die Persönlichkeit des Klägers widerrechtlich verletzt haben.

5. Es seien die Beklagten solidarisch zu verpflichten, dem Kläger eine Genugtuung in der Höhe von Fr. 15 000.– zu bezahlen.

6. Es seien die Beklagten solidarisch zu verpflichten, auf eigene Kosten das Urteil über die Anträge Ziffer 1–5 hiavor in den Tessiner Regionalzeitungen «S.» und «T.», in der «U.», der «V.» sowie je in einer Hauptausgabe des Nachrichtenmagazins der Fernseher «W.» und «M.» zu veröffentlichen.

7. Es sei die Ungültigkeit der Arbeitsvertrags-Auflösungsvereinbarung zwischen dem Kläger und der Beklagten 1 vom 7. August 2009 festzustellen.

8. Es sei die Beklagte 1 zu verpflichten, dem Kläger eine Entschädigung für missbräuchliche Entlassung in der Höhe von Fr. 100 000.– zu bezahlen.

9. Es sei die Beklagte 1 zu verpflichten, dem Kläger ein Zwischenzeugnis mit dem beiliegenden Wortlaut auszustellen.

10. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge solidarisch zu Lasten der Beklagten.»

Mit Klageergänzung vom 14. Dezember 2009 erweiterte der Beschwerdegegner seine Begehren um folgende Anträge:

«1. Es sei die Beklagte 1 zu verpflichten, dem Kläger Fr. 227 000.– zuzüglich Zinsen zu 5% p.a. seit 20. Oktober 2009 zu bezahlen;

2. Es sei die Beklagte 1 zu verpflichten, dem Kläger den Teilbetrag von Fr. 30 001.– zuzüglich Zins zu 5% p.a. seit dem 6. Oktober 2009 zu bezahlen.»

Mit nicht einlässlicher Klageantwort vom 29. Januar 2010 stellten die Beschwerdeführer u.a. die folgenden Begehren:

«1. Es sei auf die Klage betreffend arbeitsrechtliche Auseinandersetzung nicht einzutreten, eventualiter sei die Klage abzuweisen.

2. Im Übrigen sei die Klage vollumfänglich abzuweisen.

3. Es seien die dringliche Anordnung und der Entscheid des Landgerichtspräsidiums Uri vom 10. September 2009 vollumfänglich aufzuheben.»

Mit Zwischenentscheid vom 11. März 2010 bejahte das Landgericht seine örtliche Zuständigkeit zur Beurteilung der Forderungen aus Arbeitsvertrag des Beschwerdegegners gegen die Beschwerdeführerin 1. Zur örtlichen Zuständigkeit bezüglich der Klage gegen den Beschwerdeführer 2 hat sich das Landgericht demgegenüber im Urteilsdispositiv nicht geäussert. Mit kantonalen Berufung vom 13. April 2010 beantragten die Beschwerdeführer dem Obergericht des Kantons Uri, es sei der Entscheid des Landgerichts vom 11. März 2010 aufzuheben, die örtliche Zuständigkeit des Landgerichts Uri zur Beurteilung der klägerischen Forderungen aus Arbeitsvertrag sei zu verneinen und das Landgericht Uri sei anzuweisen, auf die arbeitsrechtlichen Klagen nicht einzutreten. Mit Entscheid vom 18. November 2010 trat das Obergericht auf die Berufung des Beschwerdeführers 2 nicht ein, wies die Berufung der Beschwerdeführerin 1 ab und bestätigte den Zwischenentscheid des Landgerichts. Mit Beschwerde in Zivilsachen beantragen die Beschwerdeführer dem Bundesgericht, es seien die Entscheide des Landgerichts Uri vom 11. März 2010 und des Obergerichts des Kantons Uri vom 18. November 2010 aufzuheben und es sei festzustellen, dass das Landgericht Uri für die arbeitsrechtlichen Ansprüche des Beschwerdegegners (Klage vom 12. Oktober 2009, Rechtsbegehren Nr. 7–9; ergänzende Klage vom 14. Dezember 2009, Rechtsbegehren

Nr. 1) nicht zuständig ist; eventualiter sei die Streitsache zur Neuurteilung an das Obergericht zurückzuweisen. Weiter sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen.

Aus den Erwägungen:

2.

Die Beschwerdeführer werfen der Vorinstanz vor, diese sei in Verletzung von Art. 7 des Bundesgesetzes über den Gerichtsstand in Zivilsachen vom 24. März 2000 (AS 2000 2355; aGestG), Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 8 ZGB zu Unrecht nicht auf die Berufung des Beschwerdeführers 2 eingetreten.

2.2 Auf das Rechtsmittelverfahren vor der Vorinstanz fand gemäss Art. 404 Abs. 1 der Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (ZPO; SR 272) noch die nunmehr ausser Kraft gesetzte Zivilprozessordnung des Kantons Uri Anwendung. Ob und inwieweit die materielle Beschwer eine Zulässigkeitsvoraussetzung von kantonalen Rechtsmitteln bildet, ist eine Frage des kantonalen Rechts (VOGEL/SPÜHLER, Grundriss des Zivilprozessrechts, 8. Aufl. 2006, 13. Kapitel N. 62, S. 372; Urteil 4A_164/2007 vom 9. August 2007 E. 3.2) und bestimmte sich damit im vorinstanzlichen Verfahren nach Urner Zivilprozessrecht.

2.4 Die Beschwerdeführer verkennen, dass der Nichteintretensentscheid der Vorinstanz gestützt auf kantonales Recht ergangen ist und dass das Bundesgericht die Frage, ob der Beschwerdeführer 2 nach den Massstäben des Urner Zivilprozesses materiell beschwert und damit zur Erhebung der Berufung legitimiert ist, nicht mit freier Kognition prüfen kann. Mangels gleichzeitig erhobener, tauglicher und hinreichend substantzierter Verfassungsrügen sind die Beschwerdeführer mit ihren appellatorischen Ausführungen, weshalb der Beschwerdeführer 2 hinsichtlich der Anfechtung des Zuständigkeitsentscheids des Landgerichts Uri angeblich dennoch ein Rechtsschutzinteresse haben soll, nicht zu hören. Soweit die Beschwerdeführer ein Rechtsschutzinteresse des Beschwerdeführers 2 aus einer angeblichen Verletzung von Art. 7 aGestG ableiten wollen, scheinen sie dessen Tragweite zu verkennen. Art. 7 aGestG ist eine Zuständigkeitsnorm, die regelt, unter welchen Voraussetzungen für subjektiv (Abs. 1) oder objektiv (Abs. 2) gehäufte Begehren in örtlicher Hinsicht ein gemeinsamer Gerichtsstand des Sachzusammenhangs besteht (vgl. auch Art. 1 aGestG: «Dieses Gesetz regelt die örtliche Zuständigkeit in Zivilsachen, wenn kein internationales Verhältnis vorliegt»). Dass das Landgericht zur Beurteilung der gegen den Beschwerdeführer 2 gerichteten Begehren örtlich nicht zuständig sein soll, machen die Beschwerdeführer aber gerade nicht geltend, womit der Beschwerdeführer 2 aus Art. 7 aGestG hinsichtlich des Zuständigkeitsentscheids auch kein Rechtsschutzinteresse ableiten kann und die Vorinstanz die materielle Beschwer insoweit zu Recht verneint hat. Soweit die Beschwerdeführer den Nichteintretensentscheid der Vorinstanz anfech-

ten, sind ihre Rügen mithin nicht hinreichend substantiiert bzw. erweisen sich als unbegründet.

3.

Die Beschwerdeführer rügen sodann, die Vorinstanz habe ihre Unzuständigkeitseinrede in Verletzung von Art. 7 aGestG zu Unrecht abgewiesen und damit die örtliche Zuständigkeit des Landgerichts Uri zur Beurteilung der arbeitsrechtlichen Ansprüche des Beschwerdegegners gegen die Beschwerdeführerin 1 bundesrechtswidrig bejaht.

3.1

3.1.1 Die Vorinstanz hat die örtliche Zuständigkeit des Landgerichts Uri nach aGestG geprüft. Dieses Gesetz wurde mit Inkrafttreten der Schweizerischen Zivilprozessordnung per 1. Januar 2011 aufgehoben. Gemäss Art. 404 Abs. 2 ZPO bestimmt sich die örtliche Zuständigkeit nach dem neuen Recht, wobei eine bestehende nach dem alten Recht erhalten bleibt. Da sich die neue Rechtslage im hier zu beurteilenden Punkt von der Regelung im aGestG nicht unterscheidet – Art. 7, 12 und 24 aGestG wurden mit für den vorliegenden Fall nicht relevanten, punktuellen Änderungen tel quel übernommen – kann sich die nachfolgende Beurteilung auf die Prüfung des alten Rechts beschränken (so auch BGE 4A_145/2011 vom 20. Juni 2011 E. 2 mit Hinweisen [zur Publikation bestimmt]). Eine Prüfung nach neuem Recht käme zum gleichen Ergebnis.

3.2

3.2.1 Das Bundesgericht hat sich in einem kürzlich ergangenen, zur Publikation bestimmten Urteil zu den Voraussetzungen geäussert, unter denen arbeitsrechtliche Klagen, welche mit persönlichkeits- bzw. deliktsrechtlichen Klagen objektiv gehäuft werden, gemäss Art. 7 Abs. 2 aGestG (nunmehr Art. 15 Abs. 2 ZPO) an den Gerichtsstand des Sachzusammenhangs gezogen werden können (BGE 4A_145/2011 vom 20. Juni 2011 E. 4–5). Das Bundesgericht hat dabei zunächst ausgeführt, dass sich der Arbeitnehmer als schwächere Vertragspartei auch bei arbeitsrechtlichen Klagen gegen den Arbeitgeber grundsätzlich auf den Gerichtsstand des Sachzusammenhangs gemäss Art. 7 Abs. 2 aGestG berufen kann. Der teilzwingende Charakter des arbeitsrechtlichen Gerichtsstands gemäss Art. 24 aGestG (nunmehr Art. 34 ZPO), der dem Schutz des Arbeitnehmers dient, steht einer Anwendung von Art. 7 Abs. 2 aGestG nicht entgegen, falls dem Arbeitnehmer für seine Ansprüche gegenüber dem Arbeitgeber auch ein anderes als die von Art. 24 aGestG vorgesehenen Foren offen steht (BGE 4A_145/2011 vom 20. Juni 2011 E. 4.2). In der Folge prüfte das Bundesgericht, ob der Arbeitnehmer im zu beurteilenden Fall seine mit persönlichkeits- bzw. deliktsrechtlichen Klagen gehäuften arbeitsrechtlichen Klagen kraft Art. 7 Abs. 2 aGestG an den Klägergerichtsstand gemäss Art. 12 lit. a bzw. Art. 25 aGestG ziehen durfte (BGE 4A_145/2011 vom 20. Juni 2011 E. 5).

3.2.2 In das Zentrum seiner Überlegungen stellte das Bundesgericht dabei die Tatsache, dass der Streit zwischen den Parteien ein Arbeitsver-

hältnis im Sinne von Art. 319 ff. OR betraf, und führte Folgendes aus (BGE 4A_145/2011 vom 20. Juni 2011 E. 5.2.2): Aus namentlich sozialpolitischen Gründen hat es der Bundesgesetzgeber für opportun erachtet, die örtliche Zuständigkeit für Klagen aus solchen Verhältnissen speziell zu regeln (Art. 24 Abs. 1 aGestG). Der Gesetzgeber hat diese Regelung teils zwingend ausgestaltet, um zu verhindern, dass dem Arbeitnehmer der gesetzlich vorgesehene Gerichtsstand durch vorgängigen Verzicht oder Einlassung entzogen wird (Art. 21 lit. d aGestG). Einige Kantone haben für arbeitsrechtliche Streitigkeiten zudem spezielle Gerichte eingeführt (Arbeitsgerichte bzw. sog. Tribunaux de prud'hommes). Ein grosser Teil solcher arbeitsrechtlichen Streitigkeiten wird in einem vereinfachten Verfahren behandelt und untersteht dem beschränkten (sozialen) Untersuchungsgrundsatz (Art. 343 Abs. 2 und 4 aOR; Art. 243 Abs. 1 und 247 Abs. 2 lit. b Ziff. 2 ZPO). Aus diesen Regelungen lässt sich auf den klaren gesetzgeberischen Willen schliessen, Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis einer speziellen, wenn möglich einheitlichen prozessualen Behandlung zu unterstellen. Dieser Eindruck wird durch die Rechtsprechung und die Lehre zu Art. 343 Abs. 1 aOR bestätigt, welche darum besorgt ist, dass arbeitsrechtliche Streitigkeiten an demjenigen Gerichtsstand und gemäss denjenigen Regeln erledigt werden, die spezifisch dafür vorgesehen sind. Dies gilt selbst dann, wenn der umstrittene Anspruch auf einer doppelten, z.B. vertraglich und deliktischen Grundlage beruht, sofern nur die Streitigkeit ihren Grund im Arbeitsverhältnis hat (Urteil 4C.440/1995 vom 6. Mai 1997 E. 7, in: JAR 1998 S. 306; ADRIAN STAEHELIN, Zürcher Kommentar, 1996, N. 7 zu Art. 343 OR; JÜRGEN BRÜHWILER, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 2. Aufl. 1996, N. 1 zu Art. 343 OR, S. 460; ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL, Arbeitsvertrag, 6. Aufl. 2006, N. 5 zu Art. 343 OR S. 917i. f.). Es spricht daher vieles dafür, dass im Bereich des Arbeitsrechts der Vertragsgerichtsstand den anderen Gerichtsständen vorgeht. Dabei geht es auch darum zu verhindern, dass z.B. die deliktische Grundlage der Klage, welche häufig nebensächlich ist, lediglich dazu dient, die beklagte Partei vor den Klägergerichtsstand zu ziehen (forum shopping). Damit scheint denn auch nicht unvereinbar, den Arbeitnehmer im Rahmen einer Anspruchskonkurrenz an den Vertragsgerichtsstand zu schicken, ihm aber durchaus offen zu lassen, den Arbeitgeber kraft Art. 7 Abs. 2 aGestG vor den Gerichtsstand etwa des Art. 25 aGestG zu ziehen, falls er gegen den Arbeitgeber verschiedene Ansprüche geltend macht, von denen eine z.B. auf einer unerlaubten Handlung beruht, welche ausserhalb des Rahmens des Arbeitsverhältnisses begangen wurde (BGE 4A_145/2011 vom 20. Juni 2011 E. 5.2.2). Im konkreten Fall ist das Bundesgericht zum Schluss gelangt, dass der Streit seinen Ursprung im Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien nahm und der Arbeitnehmer deshalb auch seine auf Art. 28 ff. ZGB i.V.m. Art. 41 OR gestützten persönlichkeits- bzw. deliktsrechtlichen Ansprüche (Schadenersatz und Genugtuung wegen Mobbing vor der Kündigung) am Gerichtsstand für arbeitsrechtliche Streitigkeiten (Art. 24 aGestG) einkla-

gen muss. Der Wohnsitzgerichtsstand gemäss Art. 12 lit. a bzw. Art. 25 aGestG steht ihm nicht offen, weshalb er auch die rein arbeitsrechtlichen Klagen nicht kraft Art. 7 Abs. 2 aGestG an diesen Gerichtsstand ziehen kann. Zudem zweifelte das Bundesgericht, ob der Kläger seine Schadenersatz- und Genugtuungsansprüche überhaupt auf Art. 28 ff. ZGB abstützen kann, da gute Gründe dafür sprechen, dass die spezielle Norm von Art. 328 OR (Schutz der Persönlichkeit des Arbeitnehmers) bei einer Persönlichkeitsverletzung im Rahmen des Arbeitsverhältnisses die allgemeine Regelung gemäss Art. 28 ff. ZGB verdrängt (unter Hinweis auf TERCIER/FAVRE/EIGENMANN, *Les contrats spéciaux*, 4. Aufl. 2009, N 3521).

3.3

3.3.1 Diese Erwägungen aus der jüngsten bundesgerichtlichen Rechtsprechung sind auf den vorliegenden Fall zu übertragen, der sich im zu beurteilenden Punkt mit der Konstellation, welche dem BGE 4A_145/2011 vom 20. Juni 2011 E. 4.2 zugrunde lag, nahezu deckt.

3.3.2 Gemäss der Vorinstanz begründet der Beschwerdegegner seine persönlichkeitsrechtlichen Begehren, kraft derer er den Wohnsitzgerichtsstand gemäss Art. 12 lit. a aGestG erwirken will, im Wesentlichen damit, dass er am 9. August 2009 von der Beschwerdeführerin 1 freigestellt worden sei und ihm beide Beschwerdeführer in der Folge sowohl im Internet als auch in verschiedenen Presseberichten schwerwiegende Führungsmängel vorgeworfen hätten. Diese Sachverhaltselemente stehen alle im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien; in diesem liegt mithin der Ursprung des den Klagebegehren Nr. 1 - 6 bzw. dem ergänzenden Klageantrag Nr. 2 zugrunde liegenden Streits. Gemäss Art. 328 Abs. 1 OR hat der Arbeitgeber im Arbeitsverhältnis die Persönlichkeit des Arbeitnehmers zu achten und zu schützen. Er hat sich jedes durch den Arbeitsvertrag nicht gerechtfertigten Eingriffs in die Persönlichkeitsrechte zu enthalten und diese auch gegen Eingriffe Vorgesetzter, Mitarbeiter oder Dritter zu schützen (BGE 132 III 257 E. 5.1 S. 259). Art. 328 Abs. 1 OR konkretisiert damit den allgemeinen Persönlichkeitsschutz gemäss Art. 28 ff. ZGB für das Arbeitsverhältnis (Urteil 4C.386/2001 vom 1. Februar 2002 E. 3; ferner Urteil 4A_53/2011 vom 28. April 2011 E. 2.2.2) und umfasst namentlich auch die Rechtsbehelfe gemäss Art. 28a ZGB (vgl. Urteil 4C.386/2001 vom 1. Februar 2002 E. 3b, in: JAR 2003, S. 244).

3.3.3 In seiner Vernehmlassung an das Bundesgericht bezieht sich der Beschwerdegegner auf diese Grundsätze und gibt zu, dass er seine auf Persönlichkeitsrecht abgestützten Begehren «in Anspruchskonkurrenz von der Beschwerdeführerin 1 auch aus Arbeitsvertragsverletzung» fordere, dass er wegen des «Kommunikationsverhaltens der Beschwerdeführer ... sowohl Ansprüche aus Art. 28a ff. ZGB als auch Ansprüche aus Art. 328 OR» geltend mache bzw. dass sich die Forderung gemäss dem Antrag 2 seiner Klageergänzung «sowohl auf Art. 28a ff. ZGB als auch auf Art. 328 OR» stütze. Weiter führt er an, dass «die Ansprüche aus Persönlichkeitsverletzung

einerseits und aus Arbeitsvertrag andererseits ... dasselbe Rechtsverhältnis, nämlich die Anstellung des Beschwerdegegners bei der Beschwerdeführerin 1» betreffen bzw. dass sich alle Ansprüche auf «dasselbe Rechtsgeschäft» bezögen, «nämlich die (öffentlich kommunizierte) Entlassung des Beschwerdegegners, aus deren Anlass zugleich arbeitsrechtliche und persönlichkeitsrechtliche Pflichtverletzungen der Beschwerdeführerin 1 zur Debatte stehen». In seiner Duplik wiederholt der Beschwerdegegner diese Argumentation und macht geltend, dass «bei der Verletzung der Fürsorgepflicht ... dem Arbeitnehmer in Anspruchskonkurrenz arbeitsvertragliche und persönlichkeitsrechtliche Behelfe zu[stehen], weshalb der behauptete Sachverhalt im Zusammenhang mit den medial geäußerten Strafbarkeitsvorwürfen ... sowohl auf der Grundlage von Persönlichkeitsrecht als auch von Arbeitsrecht beurteilt werden wird». Die diese Ausführungen teilweise relativierenden Behauptungen, welche der Beschwerdegegner in seiner – offenbar nunmehr nach Kenntnisnahme von BGE 4A_145/2011 vom 20. Juni 2011 verfassten – Quadruplik nachschiebt, sind widersprüchlich und damit unbeachtlich.

3.3.4 Die angeblichen Persönlichkeitsverletzungen durch die Beschwerdeführerin 1 gegenüber dem Beschwerdegegner haben gemäss den Vorbringen des Beschwerdegegners ihren Ursprung im Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien. Daraus folgt nach der jüngsten bundesgerichtlichen Rechtsprechung (oben E. 3.2.2), dass der Beschwerdegegner für seine Begehren gemäss den Anträgen 1–6 der Klage vom 12. Oktober 2009 bzw. dem Antrag 2 der Klageergänzung vom 14. Dezember 2009 vollumfänglich auf den Gerichtsstand gemäss Art. 24 aGestG verwiesen ist, soweit sich die Begehren gegen die Beschwerdeführerin 1 als Arbeitgeberin richten. Folglich kann der Beschwerdegegner auch die übrigen, rein arbeitsrechtlich begründeten Begehren gegen die Beschwerdeführerin 1 nicht kraft Art. 7 Abs. 2 aGestG an den Gerichtsstand seines Wohnsitzes ziehen, da Art. 12 lit. a aGestG für im Arbeitsverhältnis gründende Ansprüche gegenüber der im Tessin ansässigen Arbeitgeberin durch Art. 24 aGestG verdrängt wird. Dass der Beschwerdegegner seinen gewöhnlichen Arbeitsort i.S. von Art. 24 Abs. 1 aGestG an seinem Wohnsitz hätte, macht er im Übrigen nicht geltend. Damit steht ihm der Wohnsitzgerichtsstand für die arbeitsrechtlichen Begehren gegenüber der Beschwerdeführerin 1 nicht zur Verfügung.

3.3.5 Die Vorinstanz hat die Zuständigkeit des Landgerichts Uri zur Beurteilung der Forderung des Beschwerdegegners aus Arbeitsvertrag gegen die Beschwerdeführerin 1 damit bundesrechtswidrig bejaht und die Berufung der Beschwerdeführerin 1 zu Unrecht abgewiesen. Sie hat den Zwischenentscheid des Landgerichts Uri zu Unrecht bestätigt und auch die Gerichts- und Parteikosten des vorinstanzlichen Verfahrens zu Unrecht vollumfänglich den Beschwerdeführern auferlegt (Dispositiv-Ziffern 3 und 4).

(...)

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen, soweit darauf einzutreten ist, und die Dispositiv-Ziffern 1.2, 2, 3 und 4 des angefochtenen Urteils werden aufgehoben.

2.

Es wird festgestellt, dass das Landgericht Uri zur Beurteilung der arbeitsrechtlichen Ansprüche des Beschwerdegegners gegen die Beschwerdeführerin 1 (Klage vom 12. Oktober 2009, Rechtsbegehren Nr. 7–9; Klageergänzung vom 14. Dezember 2009, Rechtsbegehren Nr. 1) örtlich nicht zuständig ist.

Bundesgericht, Urteil vom 5. September 2011, Doss.-Nr. 4A_351/2011 (Bestätigung des Urteils des Obergerichts des Kantons Luzern vom 18. April 2011)

Die Erklärung des Arbeitgebers, dass Schadenersatzansprüche gegenüber dem Arbeitnehmer aus einem bestimmten Ereignis vorbehalten bleiben, genügt, um zu verhindern, dass beim Arbeitnehmer die berechnete Erwartung entsteht, der Arbeitgeber verzichte auf Schadenersatz (vertraglicher Verzicht nach Art. 115 OR). Es braucht für den Vorbehalt keine Bezifferung, Verrechnung oder gar Klage. Jedoch muss der Arbeitgeber ihm bekannte Ersatzforderungen – auch wenn er sie sich vorbehalten hat oder wegen Unpfändbarkeit des Lohnanspruchs nicht hat verrechnen können – auf alle Fälle spätestens bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses stellen, andernfalls Verzicht anzunehmen ist (E. 2.2).

Sachverhalt:

K. (Kläger und Beschwerdegegner) war seit 28. November 1988 für die X. AG (Beklagte und Beschwerdeführerin) tätig, zuerst als Chauffeur, ab 1. Januar 2008 als Maschinist. Nachdem der Beschwerdegegner am 29. Januar 2007 zum zweiten Mal alkoholisiert einen Unfall verursacht hatte, unterzeichneten die Parteien am 30. Januar 2007 eine Vereinbarung. Darin hielten sie fest, der Beschwerdegegner stelle sich ab sofort unter ärztliche Aufsicht und verzichte auf jeglichen Alkoholkonsum. Bei Nichteinhaltung der Vereinbarung werde das Arbeitsverhältnis fristlos aufgelöst. Im Weiteren behielt sich die Beschwerdeführerin vor, die entstandenen Kosten dem Beschwerdegegner zu verrechnen. Am 8. August 2008 löste die Beschwerdeführerin das Arbeitsverhältnis fristlos auf. Als Begründung führte sie an, die Arbeitsmoral, der Umgang mit den Mitarbeitern und die Interessenvertretung der Arbeitgeberfirma hätten massiv nachgelassen und

seien nicht mehr tolerierbar. Zudem habe der Beschwerdegegner wieder Alkohol konsumiert und somit die Vereinbarung vom 30. Januar 2007 nicht eingehalten.

Am 4. November 2008 reichte der Beschwerdegegner beim Arbeitsgericht des Kantons Luzern Klage ein, mit der er im Wesentlichen beantragte, die Beschwerdeführerin habe ihm als Ersatz für den Lohn (inkl. 13. Monatslohn) bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist Fr. 21 458.45 netto sowie eine gerichtlich festzusetzende, angemessene Entschädigung für die ungerechtfertigte Entlassung zu bezahlen. Die Beschwerdeführerin verlangte die Abweisung der Klage. Im Verlaufe des Verfahrens stellte sie den Eventualantrag, falls die Klageforderung gutgeheissen werde, sei festzustellen, dass diese durch die geltend gemachte Schadenersatzforderung von Fr. 48 000.– durch Verrechnung untergegangen sei. Mit Urteil vom 15. April 2010 stellte das Arbeitsgericht fest, dass die fristlose Kündigung ungerechtfertigt sei. Es schützte die Klageforderung im Umfang von Fr. 24 997.30 netto (Fr. 16 054.– netto Lohn für August bis November 2008, Fr. 3 679.05 netto Anteil 13. Monatslohn, Fr. 250.– Ausbildungszulage für August 2008, Fr. 12.– für ein Mittagessen, Fr. 43.55 Pauschalspesen sowie Fr. 4958.70 Entschädigung für die ungerechtfertigte fristlose Entlassung). Weil es auch die von der Beschwerdeführerin zur Verrechnung gestellte Schadenersatzforderung anerkannte, deren genaue Höhe es offen liess, aber als mindestens Fr. 30 000.– übersteigend angab, wies es die Klage dennoch ab. Gegen dieses Urteil appellierte der Beschwerdegegner an das Obergericht des Kantons Luzern und verlangte die Gutheissung der Klage. Mit Urteil vom 18. April 2011 hiess das Obergericht die Appellation gut. Es verpflichtete die Beschwerdeführerin, dem Beschwerdegegner Fr. 24 997.30 netto zu bezahlen (Fr. 20 038.60 netto Lohnersatz und Fr. 4958.70 Entschädigung für die ungerechtfertigte fristlose Entlassung). Anders als das Arbeitsgericht nahm es an, die Beschwerdeführerin habe konkludent auf die Schadenersatzforderung verzichtet. Die Beschwerdeführerin beantragt mit Beschwerde in Zivilsachen, das Urteil des Obergerichts vom 18. April 2011 aufzuheben und das Urteil des Arbeitsgerichts vom 15. April 2010 zu bestätigen. Eventuell sei die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Aus den Erwägungen:

2.

2.1 Die Beschwerdeführerin bestreitet, dass der Schadenersatzanspruch verwirkt sei. Sie rügt eine Verletzung von Art. 1, 115, 321e OR, Art. 8 ZGB sowie des Grundsatzes von Treu und Glauben und des Willkürverbots. Die Beschwerdeführerin habe die Schadenersatzansprüche dreimal explizit vorbehalten, so in der Vereinbarung vom 30. Januar 2007, der fristlosen Kündigung vom 8. August 2008 und im Schreiben vom 12. September 2008. Bereits angesichts dieser Vorbehalte habe der Be-

schwerdegegner zu keinem Zeitpunkt von einem Verzicht auf die Schadenersatzansprüche ausgehen können.

2.2 Das Gesetz enthält keinerlei Bestimmungen darüber, wann spätestens ein Schadenersatzanspruch gegenüber dem Arbeitnehmer geltend gemacht werden muss. Namentlich enthält das Bundesrecht keine besonderen Regeln über die Verjährung solcher Forderungen, so dass grundsätzlich die allgemeine zehnjährige Frist für Vertragsverletzungen gilt (Art. 127 OR). Von einem vorzeitigen Untergang der Forderung ist nur auszugehen, wenn der Arbeitnehmer nach den allgemeinen Regeln des Obligationenrechts über den Vertragsabschluss aus dem Verhalten des Arbeitgebers nach Treu und Glauben auf einen vertraglichen Verzicht nach Art. 115 OR schliessen kann. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kann der Arbeitnehmer von einem Verzicht ausgehen, wenn es der Arbeitgeber unterlässt, Ansprüche, die ihm dem Umfang oder dem Grundsatz nach bekannt sind, vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses geltend zu machen, insbesondere unter vorbehaltloser Auszahlung des letzten Lohnes. Die Beweislast für die Tatsachen, die auf einen Verzicht schliessen lassen, trägt der Arbeitnehmer (BGE 110 II 344 E. 2b S. 345 f.; Urteile 4C.155/2006 vom 23. Oktober 2006 E. 7.1.1; 4C.146/2003 vom 28. August 2003 E. 6.2). Die weitergehende Ansicht und Praxis einiger kantonaler Gerichte, in Kenntnis aller Voraussetzungen der Schadenersatzforderung müsse der Arbeitgeber die Forderung bereits bei der nächsten Lohnzahlung durch Verrechnung geltend machen oder wenigstens einen entsprechenden Vorbehalt anbringen, andernfalls sein Anspruch in der Regel als verwirkt gelte (STAEHELIN, Zürcher Kommentar, 4. Aufl. 2006, N. 34 zu Art. 321e OR; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, Kommentar zum Arbeitsvertragsrecht, 3. Aufl. 2005, N. 8 zu Art. 321e OR; FRANK VISCHER, Der Arbeitsvertrag, 3. Aufl. 2005, S. 195, m.H. auf entsprechende kantonale Rechtsprechung), wird demgegenüber von einem Teil der Lehre als zu streng abgelehnt (REHBINDER/STÖCKLI, Berner Kommentar, 3. Aufl. 2010, N. 16 zu Art. 321e OR; PORTMANN, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht, Bd. I, 4. Aufl. 2007, N. 23 zu Art. 321e OR; STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar, 6. Aufl. 2006, N. 14 zu Art. 321e OR). Die Erklärung, dass Schadenersatzansprüche aus einem bestimmten Ereignis vorbehalten bleiben, genügt, um zu verhindern, dass beim Arbeitnehmer die berechnete Erwartung entsteht, der Arbeitgeber verzichte auf Schadenersatz. Es braucht für den Vorbehalt keine Bezifferung, Verrechnung oder gar Klage (STAEHELIN, a.a.O., N. 34 zu Art. 321e OR). Jedoch muss der Arbeitgeber nach dem Ausgeführten ihm bekannte Ersatzforderungen – auch wenn er sie sich vorbehalten hat oder wegen Unpfändbarkeit des Lohnanspruchs nicht hat verrechnen können – auf alle Fälle spätestens bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses stellen, andernfalls Verzicht anzunehmen ist (BGE 110 II 344 E. 2b S. 346; REHBINDER/STÖCKLI, a.a.O., N. 16 zu Art. 321e OR; STAEHELIN, a.a.O., N. 34 zu Art. 321e OR; als zu streng abgelehnt von STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., N. 14 zu Art. 321e OR).

2.3 Nach den tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz ereigneten sich die schadensbegründenden Vorfälle am 14. Oktober 2004 bzw. am 29. Januar 2007. Vier Tage nach dem ersten Unfall vom 14. Oktober 2004 habe die Beschwerdeführerin dem Beschwerdegegner geschrieben, sie werde bei dessen Haftpflichtversicherung Ansprüche anmelden, da er sich nicht an das generelle Alkoholverbot gehalten habe. In der Vereinbarung vom 30. Januar 2007 habe sich die Beschwerdeführerin vorbehalten, die entstandenen Kosten dem Beschwerdegegner zu verrechnen. Im Schreiben zur fristlosen Auflösung des Arbeitsverhältnisses vom 8. August 2008 habe die Beschwerdeführerin erwähnt, für sie habe die Vereinbarung vom 30. Januar 2007 weiterhin Gültigkeit und sie behalte sich Schadenersatzforderungen vor. Auch im Schreiben vom 12. September 2008 an den Anwalt des Beschwerdegegners habe sich die Beschwerdeführerin Schadenersatzforderungen gegenüber dem Beschwerdegegner vorbehalten. Trotz dieser wiederholt geäußerten Vorbehalte nahm die Vorinstanz Verzicht auf die Schadenersatzforderung an. Sie erwog, die Höhe des aus den Unfällen vom 14. Oktober 2004 und 29. Januar 2007 entstandenen Schadens sei der Beschwerdeführerin im Zeitpunkt der letzten Lohnabrechnung im August 2008 längstens bekannt gewesen. Sie hätte daher spätestens mit der letzten Lohnabrechnung ihre Schadenersatzforderung geltend machen oder zumindest erneut einen entsprechenden Vorbehalt anbringen müssen. Nachdem sie in der fristlosen Kündigung vom 8. August 2008 einen Vorbehalt angebracht habe, hätte sie bis zur letzten Lohnabrechnung vom 14. August 2008 genügend Zeit gehabt, sich zu entscheiden, ob sie nun den Beschwerdegegner belangen wolle oder nicht und in welcher Höhe. Indem sie in der letzten Lohnabrechnung ihre Schadenersatzforderung nicht beziffert und auch nicht den allgemeinen Vorbehalt derselben erneuert habe, habe sie konkludent zu erkennen gegeben, nun doch auf eine Schadenersatzforderung gegenüber dem Beschwerdegegner zu verzichten. Damit könne sie den Schaden auch nicht mehr verrechnungsweise geltend machen. Folglich sei die dem Beschwerdegegner zugesprochene Forderung von Fr. 24 997.30 netto nicht durch Verrechnung untergegangen.

2.4 Diese Erwägungen lassen sich mit Blick auf die zitierte bundesgerichtliche Rechtsprechung halten. Die Vorbringen der Beschwerdeführerin erheischen keine andere Beurteilung:

2.4.1 Es trifft zwar zu, dass der Beschwerdegegner angesichts der expliziten Vorbehalte in der Vereinbarung vom 30. Januar 2007 und der fristlosen Kündigung vom 8. August 2008 zunächst nicht davon ausgehen konnte und durfte, die Beschwerdeführerin werde auf Schadenersatz verzichten. Als die Beschwerdeführerin dann aber in der letzten Lohnabrechnung vom 14. August 2008 dennoch keine Schadenersatzforderung zur Verrechnung brachte und auch den allgemeinen Vorbehalt nicht erneuerte, änderte sich dies. Es ist vertretbar anzunehmen, mit der vorbehaltslosen Auszahlung des letzten Lohnes habe die Beschwerdeführerin konkludent

zu verstehen gegeben, einen Schlusstrich zu ziehen und trotz der zuvor angebrachten Vorbehalte nun doch auf Schadenersatz zu verzichten.

2.4.2 Die Beschwerdeführerin bringt vor, selbst wenn ein konkludenter Verzicht anzunehmen wäre (was bestritten werde), müsste angesichts des Verhaltens der Beschwerdeführerin und insbesondere deren Schreiben an den Rechtsvertreter des Beschwerdegegners vom 12. September 2008 geprüft werden, ob dieser nicht unter einer Bedingung gestanden sei. Es entspreche dem praktischen Bedürfnis des Arbeitgebers, sich Forderungen vor allem für den Fall einer nachvertraglichen Arbeitsstreitigkeit vorzubehalten. Grundsätzlich kann dieser Überlegung gefolgt werden. Allein, im vorliegenden Fall wurde der Vorbehalt im Kündigungsschreiben sehr allgemein und nicht unter dieser Bedingung formuliert, obwohl die Beschwerdeführerin nicht ausschliessen konnte, dass die fristlose Entlassung angefochten werden könnte. Es bestand daher kein Grund für den Beschwerdegegner anzunehmen, er riskiere bei einer allfälligen Klage gegen seine Arbeitgeberin, dass diese ihrerseits mit Gegenforderungen reagiere. Vielmehr erfolgte die letzte Lohnabrechnung vorbehaltlos. Erst im Nachgang zur letzten vorbehaltlosen Lohnauszahlung, nämlich im Schreiben vom 12. September 2008 an den Rechtsvertreter des Beschwerdegegners, behielt sich die Beschwerdeführerin vor, Schadenersatzforderungen einzufordern, sollte der Beschwerdegegner die Kündigung anfechten. Dann aber konnte sie auf den Verzicht, der in der letzten vorbehaltlosen Lohnabrechnung zu erblicken ist, nicht mehr zurückkommen. Deshalb erscheint es entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin auch nicht rechtsmissbräuchlich, dass sich der Beschwerdegegner auf den Forderungsverzicht berief.

2.4.3 Zusammenfassend erscheint es nicht bundesrechtswidrig, dass die Vorinstanz einen Forderungsverzicht annahm.

Bundesgericht, Urteil vom 21. September 2011, Doss.-Nr. 4A_301/2011 (Bestätigung der Entscheide des Kantonsgerichts St. Gallen vom 20. Januar 2009 und vom 21. April 2011), in: BGE 137 III 556

Streitigkeiten über die Auslegung und die Anwendung von Gesamtarbeitsverträgen (AVEG, Art. 60 Abs. 3 BBG, Art. 72 und 82 BGG); Aktivlegitimation der paritätischen Berufskommissionen (Landesmantelvertrag für das Bauhauptgewerbe)?

Streitigkeiten über die Auslegung und Anwendung von nach dem AVEG allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsverträgen gelten als Zivilsachen. Dies gilt nicht für die nach Art. 60 Abs. 3 BBG auf alle Betriebe einer Branche ausgedehnte Pflicht zur Leistung von Bildungsbeiträgen an Berufsausbildungsfonds (E. 3).

Ist die paritätische Berufskommission gestützt auf den Landesmantelvertrag für das Bauhauptgewerbe berechtigt, eine von ihr verhängte Konventionalstrafe in eigenem Namen gerichtlich geltend zu machen? Frage offengelassen (E. 4–4.6).

Litiges concernant l'interprétation et l'application de conventions collectives de travail (LECCT, art. 60 al. 3 LFPr, art. 72 et 82 LTF); légitimation active des commissions professionnelles paritaires (Convention nationale pour le secteur principal de la construction)?

Appartiennent à la matière civile les litiges concernant l'interprétation et l'application de conventions collectives de travail dont le champ d'application a été étendu d'après la LECCT. Cela ne vaut pas pour le devoir étendu à toutes les entreprises d'une branche au sens de l'art. 60 al. 3 LFPr de verser des contributions de formation à un fonds en faveur de la formation professionnelle (consid. 3).

La commission professionnelle paritaire, sur la base de la Convention nationale pour le secteur principal de la construction, est-elle en droit de faire valoir en justice en son propre nom une peine conventionnelle prononcée par elle? Question laissée ouverte (consid. 4–4.6).

Sachverhalt:

Die Paritätische Berufskommission Bauhauptgewerbe X. (Beschwerdegegnerin) liess bei K. (Beschwerdeführer) eine externe Lohnbuchkontrolle durchführen und stellte dabei diverse Verletzungen der gesamtarbeitsvertraglichen Bestimmungen fest. Sie beschloss gestützt auf den Landesmantelvertrag für das Bauhauptgewerbe (nachfolgend: LMV), dem Beschwerdeführer die Kosten für die externe Kontrolle sowie die Verfahrenskosten aufzuerlegen und eine Konventionalstrafe zu verhängen. Nachdem das Kreisgericht Gaster-See die Klage, mit welcher die Beschwerdegegnerin die entsprechenden Beträge einforderte, zunächst mangels Aktivlegitimation abgewiesen hatte, wies das Kantonsgericht St. Gallen die Sache an das Kreisgericht zurück (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_109/2009 vom 16. April 2009, in welchem der Rückweisungsentscheid mangels selbständiger Anfechtbarkeit nicht überprüft wurde). Das Kreisgericht setzte hierauf die Konventionalstrafe auf Fr. 35 000.– herab und verpflichtete den Beschwerdeführer zusätzlich zur Übernahme der Kontroll- und Verfahrenskosten, was einen Gesamtbetrag von Fr. 52 485.30 ergab. Das anschliessend angerufene Kantonsgericht sprach der Beschwerdegegnerin im Rechtsmittelverfahren überdies noch Zins auf dem geschuldeten Betrag zu. Das Bundesgericht weist die gegen die Entscheide des Kantonsgerichts erhobene Beschwerde in Zivilsachen ab.

Aus den Erwägungen:

3.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts gelten Streitigkeiten über die Auslegung und Anwendung von Gesamtarbeitsverträgen als Zivilsachen (BGE 134 III 399, 541). Ansprüche aus Gesamtarbeitsverträgen werden auch dann dem Privatrecht zugeordnet, wenn sie auf gemäss dem Bundesgesetz vom 28. September 1956 über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (AVEG; SR 221.215.311) allgemeinverbindlich erklärten Bestimmungen beruhen und gegenüber Aussenseitern geltend gemacht werden (BGE 118 II 528 E. 2a S. 531; Urteil des Bundesgerichts 4A_300/2007 vom 6. Mai 2008 E. 1, nicht publ. in: BGE 134 III 399). Wird allerdings die Pflicht zur Leistung von Bildungsbeiträgen an Berufsausbildungsfonds in Anwendung von Art. 60 Abs. 3 des Bundesgesetzes vom 13. Dezember 2002 über die Berufsbildung (Berufsbildungsgesetz, BBG; SR 412.10) für alle Betriebe einer Branche verbindlich erklärt, ist keine Zivilsache mehr gegeben (BGE 2C_561/2010 vom 28. Juli 2011 E. 1). Da die zu beurteilende Streitigkeit nicht Beiträge an Berufsbildungsfonds betrifft, steht die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nicht offen und hat der Beschwerdeführer zu Recht Beschwerde in Zivilsachen ergriffen.

4.

Der Betrieb des Beschwerdeführers fällt unbestritten in den räumlichen und sachlichen Anwendungsbereich des vom Bundesrat allgemeinverbindlich erklärten Landesmantelvertrages. Der Beschwerdeführer hält jedoch die ihm auferlegte Konventionalstrafe und die Verfahrenskostenbeteiligung für rechtswidrig, wobei er namentlich die Aktivlegitimation der Beschwerdegegnerin bestreitet sowie mit Blick auf Lücken in der zeitlichen Geltungsdauer der Landesmantelverträge das Recht der Beschwerdegegnerin, die eingeleiteten Verfahren weiterzuverfolgen, in Abrede stellt. Der Beschwerdeführer hält zwar auch vor Bundesgericht an seinem Begehren um Herabsetzung der Konventionalstrafe fest. Mit Bezug auf die Höhe der Konventionalstrafe äussert er sich in der Beschwerdebegründung aber ausschliesslich zum Zinsenlauf. Hauptstreitpunkt bildet die Frage, ob die Beschwerdegegnerin aktivlegitimiert ist.

4.1 Gemäss Art. 76 Abs. 1 LMV/2005 bestellen die Vertragsparteien des lokalen GAV eine lokale paritätische Berufskommission in der Rechtsform eines Vereines, die ausdrücklich ermächtigt ist, den LMV während seiner Gültigkeit zu vollziehen. Art. 76 Abs. 2 LMV/2005, der die Vertragsparteien des LMV verpflichtet, den lokalen paritätischen Berufskommissionen die erforderlichen Vollmachten zur Vertretung des gemeinsamen Anspruchs gemäss Art. 357b OR zu erteilen, wurde nicht allgemeinverbindlich erklärt. Gemäss Art. 76 Abs. 3 lit. a LMV/2005 hat die lokale paritätische Berufskommission die Aufgabe, auftrags und namens der LMV-Vertragsparteien die arbeitsvertraglichen Bestimmungen des LMV

inklusive deren Anhänge und Zusatzvereinbarungen durchzusetzen, sofern im LMV oder in einer anderen Vereinbarung keine andere Lösung getroffen wurde, und den lokalen GAV anzuwenden und durchzusetzen sowie allfällige Meinungsverschiedenheiten oder Streitigkeiten über die Anwendung des lokalen GAV zu schlichten. Dabei obliegt der lokalen paritätischen Berufskommission nach Art. 76 Abs. 3 lit. b LMV/2005 insbesondere die Durchführung von gemeinsamen Lohnkontrollen und Untersuchungen über die Arbeitsverhältnisse im Betrieb. Die lokale paritätische Berufskommission kann eine Firma bezüglich Einhaltung des LMV kontrollieren, führt Kontrollen bezüglich Einhaltung des LMV durch und kontrolliert die Baustellen oder lässt die Kontrolle durch Dritte vornehmen und beschliesst, ob eine Verwarnung oder eine Sanktion ausgesprochen wird und wer die Kontroll- und Verfahrenskosten zu tragen hat (vgl. Art. 76 Abs. 4 LMV/2005). Unter dem Titel Sanktionen hält Art. 79 Abs. 2 LMV/2005 fest, die paritätische Berufskommission sei berechtigt, eine Konventionalstrafe bis zu Fr. 50 000.– zu verhängen (wobei in Fällen vorenthaltener geldwerter Ansprüche die Konventionalstrafe bis zur Höhe der geschuldeten Leistung gehen dürfe) und die Neben- und Verfahrenskosten der fehlbaren Partei aufzuerlegen. Gemäss Art. 79 Abs. 4 LMV/2005 kann im lokalen GAV die gemeinsame Durchführung, beschränkt auf die Durchsetzung von Konventionalstrafen der paritätischen Berufskommission (Art. 357b Abs. 1 lit. c OR), aufgenommen werden, sofern die Vertragsparteien von dieser Möglichkeit Gebrauch machen wollen und die erforderliche Ermächtigung nach Art. 357b Abs. 2 OR vorliegt. Art. 79 Abs. 5 LMV/2005 bestimmt schliesslich, eine rechtskräftig verhängte Konventionalstrafe sei innert 30 Tagen der paritätischen Berufskommission zu zahlen, wobei diese den Betrag für den Vollzug und die Durchsetzung des GAV verwendet.

4.2 Aufgrund des Textes des Landesmantelvertrages blieb nach Auffassung der Vorinstanz unklar, ob der paritätischen Berufskommission ein eigener Anspruch auf die Konventionalstrafe und die Kosten eingeräumt werden sollte. Die Vorinstanz ging indessen davon aus, namentlich mit Blick auf den verfolgten Zweck, eine wirtschaftliche Verflechtung mit den Vertragsparteien zu vermeiden, sei der Beschwerdegegnerin ein eigener Anspruch zuzuerkennen oder zumindest das Recht, diesen im Rahmen einer Prozessstandschaft in eigenem Namen geltend zu machen. Der Beschwerdeführer vertritt demgegenüber den Standpunkt, die Beschwerdegegnerin hätte im Gerichtsverfahren sowie bereits zuvor bei Ausfällung der Konventionalstrafe nur im Namen der Vertragsparteien handeln können. Er weist ausserdem darauf hin, dass der LMV gekündigt worden sei und zeitweise ein vertragsloser Zustand geherrscht habe. Für die in dieser Zeit vorgenommenen Prozesshandlungen habe es der Beschwerdegegnerin an der Vertretungsbefugnis gefehlt, da die von ihr eingereichten Vollmachten auf die Geltung des LMV beschränkt seien.

4.3 Die Beschwerdegegnerin hat den LMV für dessen Geltungsdauer gegenüber den davon erfassten Parteien durchzusetzen. Der Beschwerdeführer behauptet nicht, dass sich der eingeklagte Betrag auch auf Handlungen ausserhalb der Geltungszeit des LMV bezieht. Aus der Funktion der Beschwerdegegnerin ergibt sich, dass deren Aufgabe erst mit Abschluss der die Geltungsdauer des LMV betreffenden Verfahren beendet ist. Vor diesem Hintergrund ist die Befristung der Vollmachten auf die Geltungsdauer des LMV funktional und nicht zeitlich zu verstehen. Es kann nicht die Absicht der Parteien gewesen sein, die Vollmacht während laufenden Gerichtsverfahren entfallen zu lassen. Der diesbezügliche Einwand des Beschwerdeführers ist unbegründet.

4.4 Nicht stichhaltig ist auch der Einwand, die Beschwerdegegnerin hätte bereits die Konventionalstrafe nur im Namen der Vertragsparteien verhängen können. Gemäss LMV ist die paritätische Kommission selbst berechtigt, die Konventionalstrafe zu verhängen. Dass sie den LMV im Namen der Vertragsparteien durchsetzt, ergibt sich bereits aus ihrer im LMV umschriebenen Funktion.

4.5 Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts sind die Vertragsparteien eines Gesamtarbeitsvertrages in der Ausgestaltung der Kontrolle des Verhältnisses zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer frei (BGE 134 III 541 E. 4.3 S. 546). Die Frage, ob es zulässig ist, den Anspruch auf die Konventionalstrafe an die paritätische Berufskommission abzutreten oder ihr zumindest das Recht einzuräumen, diesen im Rahmen einer Prozessstandschaft im eigenen Namen gerichtlich durchzusetzen, wird in Lehre und Rechtsprechung unterschiedlich beantwortet (STREIFF/VON KÄNEL, Arbeitsvertrag, 6. Aufl. 2006, N. 5 zu Art. 357b OR mit Hinweisen; vgl. auch VISCHER/ALBRECHT, Zürcher Kommentar, 4. Aufl. 2006, N. 13 zu Art. 357b OR). Sie stellt sich aber nur, wenn gemäss dem Gesamtarbeitsvertrag der paritätischen Berufskommission entsprechende Kompetenzen zugewiesen werden sollen. Ob dies hier der Fall ist, scheint zweifelhaft.

4.5.1 Art. 76 Abs. 1 LMV/2005 ermächtigt die lokale paritätische Berufskommission zwar ausdrücklich, den LMV während seiner Gültigkeit zu vollziehen. Gemäss Abs. 3 lit. a dieses Artikels hat die lokale paritätische Berufskommission die arbeitsvertraglichen Bestimmungen des LMV aber auftrags und namens der LMV-Vertragsparteien durchzusetzen. Im LMV oder in einer anderen Vereinbarung können zwar andere Lösungen getroffen werden. Als Ausnahme von der Regel müsste sich dies aber klar ergeben. Die Vorinstanz selbst hält den Wortlaut des LMV aber für unklar. Gerade anschliessend an den Auftrag zum Vollzug namens der Vertragsparteien wird in lit. b als Beispiel das Durchführen der Untersuchungen über das Arbeitsverhältnis erwähnt. Art. 79 LMV regelt schliesslich die Sanktionen, bestimmt aber nicht, die Sanktionen seien im Namen der paritätischen Berufskommission gerichtlich durchzusetzen, sondern knüpft in Abs. 4 an das Bestehen der erforderlichen Ermächtigung an.

4.5.2 Darüber hinaus ist nicht ersichtlich, inwiefern ein Vorgehen im Namen der Parteien des LMV mit Schwierigkeiten verbunden sein sollte. Im LMV wird festgehalten, die Konventionalstrafe sei an die paritätische Berufskommission zu leisten, und festgesetzt, dass und wie diese den Betrag verwenden darf. Insoweit besteht auch bei einer Klage im Namen der Vertragsparteien wirtschaftlich kaum eine grössere Verflechtung, als wenn der Beschwerdegegnerin ein eigener Anspruch zuerkannt würde, mit einer Auflage betreffend die Verwendung der Einkünfte. Zur Ausstellung der notwendigen Vollmachten haben sich die Vertragsparteien in Art. 76 Abs. 2 LMV/2005 verpflichtet. Dass dieser Absatz nicht allgemeinverbindlich erklärt wurde, spielt keine Rolle, begründet er doch ohnehin nur zwischen den Vertragsparteien unter sich und gegenüber den lokalen paritätischen Berufskommissionen Rechte und Pflichten, an denen sich durch eine Allgemeinverbindlicherklärung nichts ändern würde. Art. 76 Abs. 2 LMV/2005 bekräftigt nur, was sich aus dem Wortlaut des allgemeinverbindlich erklärten Art. 76 Abs. 3 lit. a LMV/2005 ergibt, nämlich dass die Vertragsparteien ein Handeln der lokalen paritätischen Berufskommission in ihrem Namen vorsahen. Eine entsprechende Vollmacht wäre zudem wohl unabhängig von Abs. 2 der Bestimmung als im Auftrag zur Durchsetzung der Ansprüche namens der LMV-Vertragsparteien enthalten anzusehen.

4.6 Die Frage braucht indessen nicht abschliessend behandelt zu werden. Aus Art. 79 Abs. 5 LMV/2005 geht ausdrücklich hervor, dass die Konventionalstrafe an die paritätische Berufskommission, also die Beschwerdegegnerin zu bezahlen ist. Der Beschwerdeführer weist selbst darauf hin, die Beschwerdegegnerin habe im Prozess zum Teil ausgeführt, sie handle im Namen der Vertragsparteien. Gestützt auf die erteilten Vollmachten müssen sich die Vertragsparteien des LMV das Verhalten der Beschwerdegegnerin entgegenhalten lassen. Daher könnten sie, auch wenn die Beschwerdegegnerin zu Unrecht im eigenen Namen geklagt haben sollte, vom Beschwerdeführer nicht nochmals Zahlung verlangen. Entgegen seiner Auffassung würde der Beschwerdeführer durch Zahlung an die Beschwerdegegnerin in jedem Fall befreit. Ob die Konventionalstrafe als eigener Anspruch der Beschwerdegegnerin angesehen wird oder nicht, ändert nichts daran, dass der Beschwerdeführer an diese leisten muss und durch die Leistung befreit wird. Der Beschwerdeführer zeigt nicht auf, inwiefern er unter diesen Umständen ein schützenswertes Interesse an der Klärung der Frage hat, ob der Anspruch formell auf die Beschwerdegegnerin übergegangen ist. Es kann ihm gleichgültig sein, wem der Anspruch im Verhältnis der lokalen paritätischen Berufskommission zu den Vertragsparteien des LMV zusteht. Selbst wenn die Beschwerdegegnerin formell im Namen der LMV-Vertragspartner hätte klagen müssen, erweist sich die Einwendung des Beschwerdeführers als blosser Schikane, um sich der in jedem Fall gegenüber der Beschwerdegegnerin zu erbringenden Zahlung zu entziehen. Dieses Verhalten verdient keinen Rechtsschutz.

Tribunal fédéral, Arrêt du 26 septembre 2011, Doss.-N° 4A_328/2011 (Annulation du l'arrêt du 15 avril 2011 de la Chambre civile de la Cour de justice du canton de Genève), in: ATF 137 III 550

Confusion des sphères de la société-mère et de la société-fille.

Apparence d'unité créée par des signes extérieurs tels que des raisons sociales identiques ou très semblables, des sièges sociaux, locaux, organes, personnel ou coordonnées téléphoniques identiques. Confusion admise en l'occurrence, permettant au lésé de rechercher en responsabilité aussi bien la société-mère que la filiale (consid. 2.4).

Vermischung der Sphären der Mutter- und Tochtergesellschaft.

Der Anschein der Einheit kann durch äusserliche Anzeichen, wie identische oder sehr ähnliche Firmen oder identische Sitze, Räumlichkeiten, Organe, Angestellte oder Telefonnummern erweckt werden. Im vorliegenden Fall wurde eine Sphärenvermischung angenommen, welche dem Verletzten erlaubte, sowohl von der Mutter- als auch von der Tochtergesellschaft Schadenersatz zu verlangen (E. 2.4).

Faits:

A.

A.a Le 23 juin 1994, X. a signé un contrat cadre de travail temporaire avec Z. SA. Le même jour, ces deux parties ont signé un contrat de mission de durée indéterminée prévoyant l'engagement de X. pour des travaux de manutention-nettoyage à effectuer à ... chez «Givaudan-Roure SA». Z. SA a reçu des bulletins de commande portant le timbre de «Givaudan-Roure SA» et a établi ses factures à ce même nom.

A.b Le chemin ... à ... est le siège de deux sociétés. La première, intitulée initialement Givaudan-Roure Société Anonyme, a modifié sa raison sociale en Givaudan Vernier SA dès le 18 mai 2000, puis en Givaudan Suisse SA dès le 24 décembre 2002. La seconde, dénommée tout d'abord Givaudan-Roure (International) SA, a ensuite pris la raison sociale Givaudan SA dès le 7 mai 2000. Les deux sociétés ont un but analogue. La première est la filiale de la seconde.

A.c Dans le cadre de sa mission, X. a été victime le 19 octobre 1998 d'un grave accident. Le rapport de police, le rapport d'accident de la SUVA et la déclaration d'accident LAA indiquent que l'accident s'est produit chez «Givaudan-Roure SA». C'est également à ce nom que l'Office cantonal AI a adressé son annonce de recours contre le tiers responsable.

A.d Chaque année entre 1999 et 2007, le conseil de X. a adressé, tout d'abord à «Givaudan Roure SA», puis dès 2001 à Givaudan Vernier SA, un courrier sollicitant une renonciation à se prévaloir de la prescription jusqu'à la fin de l'année suivante.

Ces renonciations ont toutes été signées par B., titulaire d'une signature collective à deux tant pour Givaudan Suisse SA que pour Givaudan SA. A., qui a contresigné ces courriers de 2004 à 2007, dispose du même pouvoir d'engager les deux sociétés.

En 2002 et 2003, la déclaration a été signée sans que le timbre d'une société ne soit apposé, contrairement aux années précédentes. Les lettres d'accompagnement étaient rédigées sur le papier d'affaires de Givaudan SA (à en-tête Givaudan).

Le 14 octobre 2008, X. a envoyé à Z. SA et à Givaudan SA une demande d'indemnisation à hauteur de 318 245 fr. Il a reçu la réponse suivante de Givaudan Suisse SA, rédigée sur son papier d'affaires à en-tête «Givaudan»:

«(...) la responsabilité de Givaudan dans cet accident n'a jamais été engagée. Par ailleurs, les indemnités demandées nous paraissent totalement infondées, sinon d'ores et déjà périmées. Nous ne pouvons dès lors que décliner votre demande. (...)»

B.

B.a Le 6 janvier 2010, X. a déposé devant le Tribunal de première instance du canton de Genève une demande contre Z. SA et Givaudan SA, dans laquelle il concluait à ce que ces deux sociétés soient condamnées, conjointement et solidairement, à lui verser divers montants totalisant 263 683 fr.

Givaudan SA a contesté avoir la légitimation passive et soulevé l'exception de prescription. Par jugement du 11 novembre 2010, le Tribunal de première instance a «débouté Givaudan SA de son incident de légitimation passive» et a réservé la suite de la procédure au fond.

B.b Givaudan SA a déposé un appel, dont X. a demandé le rejet. Par arrêt du 15 avril 2011, la Chambre civile de la Cour de justice a dit que Givaudan SA n'avait pas la légitimation passive et a débouté X. de ses conclusions contre cette société.

C.

X. (ci-après: le recourant) a interjeté un recours en matière civile auprès du Tribunal fédéral. Il concluait principalement à ce qu'il soit dit que Givaudan SA avait la légitimation passive et à ce que cette dernière et Z. SA, solidairement entre elles, soient condamnées à lui payer divers montants totalisant 263'683 fr., intérêts en sus.

Le Tribunal fédéral a partiellement admis le recours dans la mesure où il était recevable. Il a annulé l'arrêt attaqué en tant qu'il avait trait à la légitimation passive de Givaudan SA, a constaté que Givaudan SA avait la légitimation passive et renvoyé le dossier à l'autorité précédente pour nouvelle décision sur les frais et dépens de la procédure cantonale et reprise de l'instruction de la cause.

Extrait des considérants:

2.

2.3

2.3.1 En principe, les sociétés dominées (ou sociétés-filles) appartenant à un groupe soumis à une direction économique unique peuvent se prévaloir de leur indépendance juridique par rapport à la société dominante (ou société-mère; sur la terminologie, cf. ROLAND VONBÜREN, Der Konzern, TDPS vol. VIII/6, 2^e éd. 2005, p. 5 ss, spéc. p. 15 s.). Toutefois, le voile social peut être levé et l'identité économique avec la société dominante être invoquée (Durchgriff) lorsque le fait d'opposer l'indépendance juridique des deux entités constitue un abus de droit (art. 2 CC; cf. ATF 132 III 489 consid. 3.2).

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, il n'y a pas de «Durchgriff» proprement dit lorsque les sphères de la société dominante et de la société dominée se confondent, ou lorsque la responsabilité de la société dominante est déjà engagée en vertu d'un fondement propre, par exemple parce qu'elle déçoit la confiance de tiers ou doit se laisser imputer des déclarations de volonté propres à faire naître une obligation. Dans tous ces cas de figure, ce n'est pas l'indépendance de la personne morale qui est niée, mais bien sa légitimation active ou passive exclusive: la société dominante est légitimée ou obligée non pas à la place de la société dominée, Mais à ses côtés (arrêt 4P.330/1994 du 29 janvier 1996 consid. 6a, in Bulletin ASA 1996 496).

2.3.2 Selon la doctrine, il existe une confusion des sphères lorsqu'extérieurement, l'identité d'une société-fille ne peut plus être distinguée de celle de la société-mère, en d'autres termes lorsqu'une apparence d'unité est créée par des signes extérieurs tels que des raisons sociales identiques ou très semblables, des sièges sociaux, des locaux, des organes, du personnel ou des coordonnées téléphoniques identiques (NINA SAUERWEIN, La responsabilité de la société mère, 2006, p. 322; KRISTINA KUZMIC, Haftung aus «Konzernvertrauen», 1998, p. 128; ALEXANDER VOGEL, Die Haftung der Muttergesellschaft als materielles, faktisches oder kundgegebenes Organ der Tochtergesellschaft, 1997, p. 228). Divers correctifs sont envisageables. D'aucuns évoquent le Durchgriff, en ce sens qu'il est abusif d'invoquer l'indépendance juridique de deux sociétés alors qu'elles-mêmes n'en tiennent pas compte (SAUERWEIN, op. cit., p. 320, 322, 330 et 333, à titre d'*ultima ratio*). Des obligations contractuelles peuvent aussi être imputées à la société-mère en recourant à la figure de la procuration apparente (SAUERWEIN, op. cit., p. 332 s.) ou, plus largement, en vertu de la responsabilité fondée sur l'apparence juridique, où le partenaire contractuel, en vertu du principe de la confiance, doit être protégé dans sa croyance erronée qu'il a conclu le contrat avec la société-mère et non la fille, ou cas échéant avec les deux sociétés (BEAT BRECHBÜHL, Haftung aus er-

wecktem Konzernvertrauen, 1998, p. 102 s.; VOGEL, op. cit., p. 172 ss, spéc. p. 174 et 228 s.).

2.4 En l'espèce, le raisonnement tenu par la cour cantonale est en substance le suivant: la filiale de Givaudan SA était identifiable comme la locataire des services du recourant et la personne morale concernée par son accident puisque la dénomination utilisée dans les bulletins de commande et les rapports relatifs à l'accident ne contenait pas le mot «International» caractérisant la société-mère et que par ailleurs, les déclarations de renonciation à la prescription étaient faites soit au nom exact ou abrégé de la filiale, soit sans aucune précision. Le recourant avait lui-même identifié la personne morale impliquée, puisqu'il s'était adressé à la filiale jusqu'en 2007 et avait bien dû constater, avec la réponse donnée à sa demande d'indemnisation en 2008, que la société-mère n'était pas concernée par le litige.

Un tel raisonnement repose sur une interprétation juridique erronée des faits retenus dans l'arrêt attaqué. Le groupe Givaudan s'est présenté au bailleur de services ainsi qu'à la police et aux assureurs concernés par l'accident sous le nom de «Givaudan-Roure SA». A l'époque, la raison sociale exacte de la filiale était «Givaudan-Roure Société Anonyme», et celle de la société-mère «Givaudan-Roure (International) SA». L'abréviation «Givaudan-Roure SA» pouvait désigner aussi bien la filiale que la société-mère. A cela s'ajoute qu'extérieurement, les deux sociétés présentaient une unité apparente. Outre le caractère très semblable de leur raison sociale inscrite au registre du commerce, elles avaient un siège identique, un but social analogue et des représentants communs. Aucun élément n'indique que dans le cadre de l'exécution de son travail, le recourant ait été à même de distinguer pour quelle entité il travaillait; selon les constatations du Tribunal de première instance, la société-mère n'a du reste pas pu établir que sa filiale était seule concernée par le chantier.

Extérieurement, il existait une confusion des sphères de la société-mère et de la filiale. Cette confusion a persisté lorsque le recourant a demandé des déclarations d'interruption de la prescription et émis des prétentions en indemnisation.

La première renonciation en 1999 a été faite au nom équivoque de «Givaudan Roure SA». En 2002 et 2003, les déclarations ont été signées sans mention de la société, et accompagnées d'un courrier comportant le seul nom préimprimé de la société-mère (papier d'affaires). A tout le moins dans ces deux cas, le destinataire pouvait déduire que la renonciation émanait de la société-mère. A une exception près, les courriers accompagnant les renonciations ont été rédigés sur le papier d'affaires de la société-mère, étant entendu que dans plusieurs cas, ils étaient signés au nom de la filiale. Pris dans leur ensemble, ces éléments donnaient l'apparence d'une confusion des deux entités.

En 2008, le recourant a fait parvenir une demande d'indemnisation à la société-mère et a obtenu une réponse de la filiale. Il n'avait pas à déduire

de ce fait que la société-mère n'était pas concernée par l'accident, d'autant moins que la filiale déclarait contester la responsabilité de «Givaudan», par quoi le recourant était en droit de comprendre «la responsabilité du groupe Givaudan».

Extérieurement, il existait bel et bien une confusion des sphères, une unité apparente dont le recourant pouvait de bonne foi inférer que la société-mère et la filiale étaient aussi concernées l'une que l'autre par l'accident, pouvaient l'une et l'autre être recherchées en responsabilité. Dans un tel contexte, le recourant, même s'il était assisté d'un conseil, était en droit de déduire qu'il pouvait adresser ses demandes de renonciation à la prescription et d'indemnisation indifféremment à la société-mère ou à la filiale.

En considérant que la société-mère Givaudan SA ne disposait pas de la légitimation passive, la cour cantonale a enfreint le droit fédéral.

Tribunal fédéral, Arrêt du 3 octobre 2011, Doss.-N° 2C_45/2011 (Annulation du l'arrêt du Tribunal administratif du canton de Genève du 14 décembre 2010), in: ATF 137 II 409

Art. 29a et 178 al. 3 Cst.; art. 60 LFPr; art. 68a OFPr; contribution de formation professionnelle déclarée obligatoire par le Conseil fédéral; compétence décisionnelle de l'organisation du monde du travail; action de droit administratif; droit intertemporel.

Critères posés à l'art. 178 al. 3 Cst. pour confier des tâches de l'administration à des organismes extérieurs à l'administration fédérale (consid. 7.1-7.3), ainsi que conditions auxquelles ces derniers peuvent rendre des décisions administratives (consid. 6 et 7.4). Confirmation de la nature de droit public de la contribution de formation professionnelle rendue obligatoire par le Conseil fédéral (ATF 137 II 399; consid. 7.3.2).

Avant l'entrée en vigueur de l'art. 68a OFPr, lequel se fonde sur une clause de délégation législative suffisante, les organisations du monde du travail ne pouvaient rendre des décisions relatives au prélèvement de la contribution de formation professionnelle déclarée obligatoire; elles devaient ouvrir action de droit administratif devant l'autorité cantonale compétente (consid. 7 et 8).

Art. 29a und 178 Abs. 3 BV; Art. 60 BBG; Art. 68a BBV; vom Bundesrat verbindlich erklärte Berufsbildungsbeiträge; Entscheidungskompetenz der Organisationen der Arbeitswelt; Verwaltungsklage; Übergangsrecht.

In Art. 178 Abs. 3 BV enthaltene Kriterien für die Übertragung von Verwaltungsaufgaben an Organisationen, die ausserhalb der Bundesverwaltung stehen (E. 7.1–7.3) sowie Voraussetzungen, nach denen

Letztere Verfügungsverfügungen erlassen können (E. 6 und 7.4). Bestätigung der öffentlich-rechtlichen Natur der durch den Bundesrat verbindlich erklärten Berufsbildungsbeiträge (BGE 137 II 399; E. 7.3.2).

Vor Inkrafttreten von Art. 68a BBV, der sich auf eine genügende Gesetzesdelegationsnorm stützt, durften die Organisationen der Arbeitswelt keine Verfügungen betreffend die Erhebung von obligatorisch erklärten Berufsbildungsbeiträgen erlassen; sie mussten vor den zuständigen kantonalen Behörden Verwaltungsklage einreichen (E. 7 und 8).

Faits:

A.

Sur mandat de l'Association des laboratoires de prothèses dentaires de Suisse, a été constituée en 2005 la Fondation de l'Association de technique dentaire (ci-après: la Fondation). Cette dernière a créé un Fonds national en faveur de la formation professionnelle en technique dentaire (ci-après: le Fonds national), que le Conseil fédéral a déclaré de force obligatoire générale par arrêté du 28 novembre 2006 (ci-après: l'Arrêté).

B.

Le 14 novembre 2010, la Fondation a déposé une action de droit administratif auprès du Tribunal administratif de la République et canton de Genève (ci-après: le Tribunal administratif). Son action étant dirigée contre Y. S.à.r.l. et Z., tous deux établis à Genève, la Fondation conclut à ce que ces derniers soient condamnés à lui verser divers arriérés de cotisations d'entreprise afférents à la période allant de 2007 à 2010, intérêts moratoires, frais de rappel et de commandement de payer y compris.

Par arrêt du 14 décembre 2010, le Tribunal administratif, dont les compétences ont été dévolues à la Chambre administrative de la Cour de Justice (ci-après: la Cour de Justice) à partir du 1^{er} janvier 2011, a déclaré irrecevable l'action de droit administratif formée le 14 novembre 2010, au motif qu'il aurait incombé à la Fondation de rendre des décisions administratives condamnant ses débiteurs à s'acquitter des cotisations dues.

C.

Devant le Tribunal fédéral, la Fondation a conclu à l'annulation de l'arrêt du Tribunal administratif du 14 décembre 2010 et au renvoi de la cause à l'instance précédente afin qu'elle rende une décision au fond. Le Tribunal fédéral a admis le recours.

Extrait des considérants:

4.

4.1 La recourante reproche avant tout aux juges cantonaux d'avoir considéré qu'il lui aurait appartenu de rendre des décisions. Elle se prévaut d'une violation des art. 29a et 178 al. 3 Cst., de l'art. 1 al. 2 let. e de la loi

fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA; RS 172.021) et de l'art. 60 de la loi fédérale du 13 décembre 2002 sur la formation professionnelle (LFPr; RS 412.10). Elle conteste être la délégataire d'une tâche de l'administration et avoir été de ce fait investie d'une compétence décisionnelle en matière de cotisations en faveur de la formation professionnelle. Avant la modification, avec effet au 1^{er} janvier 2011, de l'ordonnance fédérale du 19 novembre 2003 sur la formation professionnelle (OFPr; RS 412.101; RO 2003 5047, 5070 s.), la loi ne lui conférait pas de tels pouvoirs. Partant, il aurait incombé au Tribunal administratif d'entrer en matière sur son action de droit administratif du 10 novembre 2010 ou de transmettre la cause à l'autorité compétente.

4.2 Aux termes de l'art. 29a Cst., toute personne a droit à ce que sa cause soit jugée par une autorité judiciaire. La Confédération et les cantons peuvent, par la loi, exclure l'accès au juge dans des cas exceptionnels. Cette disposition étend donc le contrôle judiciaire en principe à toutes les contestations juridiques. Il s'agit en particulier de contestations portant sur les droits et les obligations de personnes (physiques ou morales). La garantie ne s'oppose cependant pas aux conditions de recevabilité habituelles du recours ou de l'action (ATF 136 I 323 consid. 4.3 p. 328 s.).

4.3 L'art. 178 al. 3 Cst. prévoit que la loi peut confier des tâches de l'administration à des organismes et à des personnes de droit public ou de droit privé qui sont extérieurs à l'administration fédérale. Cette disposition est entre autres concrétisée sur le plan fédéral par l'art. 2 al. 4 de la loi fédérale du 21 mars 1997 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (LOGA; RS 172.0109) (cf. ATF 136 II 399 consid. 2.2 p. 401) et, s'agissant de la notion d'autorité administrative fédérale, par l'art. 1 al. 2 let. e PA.

5.

Il convient de déterminer si la Fondation disposait d'une compétence décisionnelle, telle que le retient l'arrêt querellé, pour condamner ses prétendus débiteurs Y. S.à.r.l. et Z. à verser les arriérés de cotisations pour la période allant de 2007 à 2010. A cet égard, l'art. 60 LFPr, qui traite spécifiquement des fonds en faveur de la formation professionnelle, dispose:

«¹ Les organisations du monde du travail actives dans le domaine de la formation, de la formation continue à des fins professionnelles et de la tenue d'examens peuvent créer et alimenter leurs propres fonds pour encourager la formation professionnelle.

² Elles définissent les buts de leur fonds en faveur de la formation professionnelle. Elles doivent notamment soutenir les entreprises de leur branche pour développer la formation continue spécifique à leur domaine.

³ Sur demande de l'organisation compétente, le Conseil fédéral peut déclarer la participation à un fonds en faveur de la formation professionnelle obligatoire pour toutes les entreprises de la branche et contraindre ces dernières à verser des contributions de formation (...).

⁵ Le genre et le montant des contributions de formation sont fonction du montant des contributions versées par les membres de l'organisation et destinées à la formation professionnelle. Le Conseil fédéral en fixe le montant maximal; celui-ci peut varier en fonction des branches (...).

6.

6.1 Sont des décisions les actes de l'autorité qui règlent de manière unilatérale et contraignante un rapport juridique dans un cas particulier (cf. ATF 135 II 30 consid. 1.1 p. 32; arrêt 2C_777/2009 du 21 avril 2010 consid. 2.2, in SJ 2010 I p. 516). Dès lors que les décisions administratives sont rendues dans l'exercice de la puissance publique et ont un caractère exécutoire, l'existence d'une compétence décisionnelle ne peut être admise sans autre, mais doit reposer sur une base légale suffisante (arrêt 2C_715/2008 du 15 avril 2009 consid. 3.2, in RDAF 2010 I p. 425).

6.2 La délégation de tâches publiques à un organisme extérieur à l'administration peut comprendre implicitement le pouvoir décisionnel nécessaire à l'accomplissement desdites tâches (cf. arrêt 2C_715/2008 du 15 avril 2009 consid. 3.2, in RDAF 2010 I p. 425), pour autant qu'une loi spéciale ne l'exclue pas (cf. ATF 129 II 331 consid. 2.3.1 p. 338 s.; arrêt 2C_715/2008 précité, consid. 3.2).

Il y a toutefois lieu de préciser que la délégation de tâches publiques à un organisme extérieur à l'administration n'inclut pas automatiquement le transfert implicite d'une compétence décisionnelle. Encore faut-il que l'exercice d'un pouvoir décisionnel s'avère *indispensable* pour permettre à l'organisme délégataire de tâches publiques d'accomplir celles-ci. Le plus souvent, la question de savoir si la délégation d'une tâche d'intérêt public englobe celle d'une compétence décisionnelle ne pourra pas trouver de réponse évidente dans le texte légal, de sorte qu'il conviendra de déterminer, par la voie de l'interprétation, l'éventuelle existence et, le cas échéant, l'étendue et le champ d'application précis d'un tel pouvoir (cf. arrêt 2C_715/2008 précité, consid. 3.2). Si, à l'issue d'une telle analyse, l'existence d'un pouvoir décisionnel dérivant de la délégation de tâches publiques demeurerait ambiguë, seule une délégation distincte et explicite dudit pouvoir décisionnel pourra être admise. Cela se justifie au regard des enjeux en présence, soit la délégation d'une parcelle de puissance publique en faveur d'un organisme, souvent de droit privé, extérieur à l'administration ainsi que la sécurité du droit pour les administrés.

6.3 En tout état, qu'une compétence décisionnelle soit expressément déléguée à un organisme extérieur à l'administration ou qu'elle lui soit implicitement conférée à la faveur de la délégation d'une tâche publique dont l'exécution requerra nécessairement le transfert d'un pouvoir décisionnel audit organisme, cette clause de délégation devra s'appuyer sur une base légale suffisante émanant du législateur *au sens formel* (cf. art. 178 al. 3 Cst. et art. 2 al. 4 LOGA; voir aussi l'art. 1 al. 2 let. e PA; ATF 135 II 38 consid. 4.4 p. 45; arrêts 2C_715/2008 précité, consid. 3.2 in fine; 2A.167/2005 du 8 mai 2006 consid. 7 et 10.2, in RDAF 2007 II p. 332;

AUBERT/MAHON, in *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse* du 18 avril 1999, 2003, n° 11 ad art. 178 Cst. p. 1358; GIOVANNI BIAGGINI, in *Die schweizerische Bundesverfassung – Kommentar*, Bernhard Ehrenzeller et al. [éd.], 2^e éd. 2008, n° 32 s. ad art. 178 Cst. p. 2642 s.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 6^e éd. 2010, n. 1515 p. 340 s.). A ce titre, il sied de rappeler que, dans le cadre de la révision de la Constitution fédérale, l'Assemblée fédérale avait, en suivant l'avis du Conseil fédéral, expressément rejeté la proposition visant à assouplir l'exigence de la réserve de la loi qui gouverne chaque cas concret d'externalisation de tâches de l'administration (BO 1998 CN 147 ss; BO 1998 CE 868; THOMAS SÄGESEER, *Regierungs- und Verwaltungsgesetz RVOG*, 2007, n. 94 p. 33 s.).

6.4 L'exigence d'une base légale formelle n'exclut pas que le législateur puisse autoriser le pouvoir exécutif, par le biais d'une clause de délégation législative, à édicter des règles de droit (art. 164 al. 2 Cst.; cf. ATF 130 I 26 consid. 5.1 p. 43) destinées à préciser les tâches publiques et les pouvoirs y afférents que la loi a confiés à une organisation extérieure à l'administration, ceci valant en particulier pour la délégation de tâches publiques mineures ou purement techniques (cf. BO 1998 CN 148 s.; BIAGGINI, op. cit., n° 33 ad art. 178 Cst. p. 2642 s.). La clause de délégation législative en faveur du Conseil fédéral est cependant soumise à des exigences strictes lorsqu'elle porte sur des tâches de puissance publique (BIAGGINI, ibidem) ou lorsque les droits et obligations des personnes sont en jeu (art. 164 al. 1 let. c Cst.). Il lui faut dans un tel cas être suffisamment précise de manière à circonscrire les lignes fondamentales de la réglementation déléguée, soit le but, l'objet et l'étendue des pouvoirs délégués au Conseil fédéral (ATF 131 II 13 consid. 6.4.4 p. 29; ATF 130 I 26 consid. 5.1 p. 43; ATF 128 I 113 consid. 3c p. 122).

7.

7.1 En tant que fondation de droit privé régie par les art. 80 ss CC, la recourante est une *organisation extérieure à l'administration* au sens des art. 178 al. 3 Cst. et 2 al. 4 LOGA.

7.2 Pour savoir si la Fondation aurait dû réclamer les cotisations litigieuses par voie de décision, comme le soutient la Cour de Justice, encore faut-il déterminer si la recourante s'est vu *confier une tâche de l'administration* au sens de l'art. 178 al. 3 Cst. (cf. consid. 7.3) et, le cas échéant, si la délégation de cette tâche comprenait au moment déterminant, le pouvoir implicite de rendre des décisions administratives (cf. consid. 7.4).

7.3

7.3.1 La création d'un fonds en faveur de la formation professionnelle, au sens de l'art. 60 al. 1 LFPr, dont peuvent bénéficier les membres de toute une branche professionnelle, poursuit assurément un but d'intérêt public. Il ne s'ensuit toutefois pas nécessairement que l'organisation de droit

privé aurait été chargée par l'Etat d'exécuter une «tâche de l'administration» au sens de l'art. 178 al. 3 Cst.

Contrairement à ce que retient l'arrêt 2C_58/2009 du 4 février 2010 consid. 1.3, dont il faut s'écarter sur ce point, le fonds en faveur de la formation professionnelle mentionné à l'art. 60 al. 1 LFPr n'a pas été créé en application d'une obligation légale; il fait partie des fonds dont la création et l'alimentation sont laissées à la discrétion des organisations du monde du travail («peuvent»), sans qu'une obligation – même supplétive en cas d'absence d'initiative privée des organisations – ne soit imposée à l'Etat. On se trouve ainsi en présence d'une renonciation de l'Etat à accomplir lui-même une tâche d'intérêt public, son exécution étant laissée à la libre initiative des organismes de droit privé (cf. SÄGESSER, op. cit., n. 85 p. 31). La LFPr traite d'ailleurs ces organisations en tant que véritables partenaires qui se partagent non seulement la tâche de promouvoir la formation professionnelle (art. 3 LFPr), mais également son financement (cf. ATF 137 II 399 consid. 1.2; arrêt 2C_58/2009 du 4 février 2010 consid. 1.3).

La Cour de céans a récemment retenu que lorsque la contribution destinée à alimenter un fonds en faveur de la formation professionnelle est réclamée par une association (professionnelle) au sens de l'art. 60 CC à l'un de ses membres en vertu des statuts et d'un règlement adopté en exécution de ces derniers sans que le Conseil fédéral n'ait déclaré la participation à ce fonds obligatoire pour toutes les entreprises de la branche (cf. art. 60 al. 3 LFPr), le rapport d'obligation et les règles qui le régissent relèvent du droit privé (ATF 137 II 399 consid. 1.5). Dans de telles circonstances, la question de savoir si l'organisation du monde du travail qui a créé et gère ce fonds dispose d'un pouvoir décisionnel lui permettant de contraindre des entreprises non-membres à y cotiser, reçoit une réponse négative (ATF 137 II 399 consid. 1.5).

7.3.2 En revanche, la tâche dont l'accomplissement était initialement laissé à l'initiative privée et au bon vouloir des organisations du monde du travail, et par voie de conséquence assujettie au droit privé, se transforme en une tâche de l'administration soumise au droit public fédéral lorsque le Conseil fédéral déclare obligatoire l'alimentation dudit fonds. Dans une telle hypothèse, en effet, l'organisation du monde du travail ne traite pas sur pied d'égalité avec les entreprises de la branche qui n'appartiennent pas au cercle de ses membres, mais reçoit de l'Etat, en sa qualité de partenaire de la Confédération et des cantons dans le domaine de l'encouragement de la formation professionnelle, le droit de percevoir une contribution auprès des entreprises concernées (cf. ATF 137 II 399 consid. 1.6 in fine). Elle exerce alors une tâche de l'administration au sens de l'art. 178 al. 3 Cst.

L'existence d'une délégation de tâches de l'administration à une organisation du monde du travail se laisse de plus déduire des conditions auxquelles le Conseil fédéral est en droit d'accéder à une demande d'extension de l'obligation de cotiser au fonds de promotion. Il faut notamment que l'organisation dispose de sa propre institution de formation et

que les contributions soient investies dans des mesures de formation professionnelle qui bénéficient à *toutes* les entreprises (art. 60 al. 4 LFPr; cf. aussi l'arrêt 2C_58/2009 du 4 février 2010 consid. 1.3 et 2). Il sied d'ajouter que l'extension de l'obligation de cotiser au fonds de promotion vise à éviter que les initiatives en matière de formation professionnelle qui sont lancées par une organisation du monde du travail pour le bénéfice de toute une branche d'activité ne soient indûment affaiblies si d'autres entreprises n'ayant pas adhéré au fonds pouvaient librement profiter des activités de formation sans fournir de contrepartie équitable (cf. FF 2000 5256, 5318 ss ch. 3.2).

7.3.3 En l'espèce, le Conseil fédéral a, par arrêté du 28 novembre 2008, pris en conformité avec l'art. 60 al. 3 LFPr, procédé à une telle extension de l'obligation de participer au Fonds national instauré par la Fondation. La recourante doit, partant, être considérée comme la délégataire de tâches publiques dans le domaine de la création et de la gestion d'un fonds en faveur de la formation professionnelle.

7.4 Cela étant, il faut encore que l'exercice des tâches publiques qui sont déléguées à la recourante soit accompagné du pouvoir de rendre des décisions administratives relatives à la perception des cotisations au Fonds national.

7.4.1 La délégation de tâches publiques et le pouvoir décisionnel accompagnant cette dernière sont abordés de façon générale à l'art. 67 LFPr, à teneur duquel:

«La Confédération et les cantons peuvent confier des tâches d'exécution de la présente loi aux organisations du monde du travail. Celles-ci peuvent prélever des émoluments pour les décisions et services rendus.»

L'art. 61 al. 1 LFPr, dans sa version amendée effective à partir du 1^{er} janvier 2007 (RO 2006 2246), traite également des pouvoirs décisionnels des organisations du monde du travail, en désignant les autorités de recours contre les décisions prises en application de la LFPr, à savoir: une autorité cantonale désignée par le canton, pour les décisions prises par les autorités cantonales ou par les prestataires de la formation professionnelle ayant un mandat du canton (let. a), ou l'Office fédéral de la formation professionnelle et de la technologie (ci-après: l'Office fédéral), pour les autres décisions prises par des organisations extérieures à l'administration fédérale (let. b).

Les domaines dans lesquels les organisations du monde du travail peuvent effectivement rendre des décisions ne se laissent toutefois pas expressément déduire des art. 61 et 67 LFPr.

7.4.2 La doctrine considère en revanche que de telles clauses de délégation topiques en faveur des organisations du monde du travail se rencontrent, en particulier, à l'art. 28 al. 2 LFPr, aux termes duquel les organisations du monde du travail compétentes sont chargées de réglementer les conditions d'admission, le niveau exigé, les procédures de qualification, les

certificats délivrés et les titres décernés, ainsi qu'à l'art. 40 al. 2 LFPr, en vertu duquel l'Office fédéral peut charger les organisations qui en font la demande d'effectuer les procédures de qualification pour certaines régions ou pour l'ensemble du pays (cf. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, op. cit., n. 1516 et 1524 p. 340 s.; PIERRE TSCHANNEN, in *Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren*, Auer/Müller/Schindler [éd.], 2008, ad art. 1 PA p. 39). Ces dispositions ne sont cependant pas pertinentes au regard du cas d'espèce. A l'inverse de ces règles, l'art. 60 LFPr ne contient pas de clause confiant expressément et directement aux organisations du monde du travail le pouvoir de rendre des décisions s'agissant du prélèvement des cotisations versées par les entreprises au Fonds national.

7.4.3 De surcroît, une compétence décisionnelle en faveur de la Fondation dans le domaine des cotisations au Fonds national ne résultait pas non plus *implicitement* de la législation sur la formation professionnelle dans sa version en vigueur avant le 1^{er} janvier 2011.

Contrairement à ce que retient l'arrêt attaqué, le fait que l'Arrêté du Conseil fédéral ait rendu contraignante la participation financière des entreprises de la branche au Fonds national ne permet pas d'en déduire la compétence de la Fondation de rendre des décisions obligeant ces entreprises à s'acquitter des cotisations dues, en l'absence d'une disposition légale lui conférant un pouvoir décisionnel. Une telle compétence ne s'avère en effet pas indispensable (cf. consid. 6.2) pour recouvrer les montants dus auprès des entreprises de la branche concernée, dès lors que la voie de l'action de droit administratif est ouverte (cf. consid. 9.1 non publié).

7.4.4 L'absence de pouvoir décisionnel avant l'année 2011 est corroborée par la modification de l'OFPr, intervenue le 3 décembre 2010 avec effet au 1^{er} janvier 2011 (RO 2003 5047, 5070 s.). Son nouvel art. 68a concernant la perception des cotisations (RO 2010 6005) habilite désormais expressément l'organisation du monde du travail à ordonner le versement des cotisations sur demande de l'entreprise ou lorsque celle-ci ne les verse pas (al. 3), et assimile une décision de cotisations exécutoires à un jugement exécutoire au sens de l'art. 80 LP (art. 68a al. 4 OFPr). Comme dans sa version en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2004, l'OFPr n'instaurait pas une telle compétence décisionnelle, on peut en conclure *a contrario* qu'avant 2011, celle-ci n'existait pas.

7.4.5 En outre, l'art. 68a OFPr, qui précise la portée de l'art. 60 al. 3 LFPr, ne peut s'appliquer rétroactivement au cas d'espèce.

D'après les règles générales régissant la détermination du droit applicable, qui se déploient en l'absence de dispositions transitoires particulières (cf. ATF 131 V 425 consid. 5.1 p. 429), l'application d'une norme à des faits entièrement révolus avant son entrée en vigueur est interdite (ATF 137 II 371 consid. 4.2). En dérogation à ce principe général, les nouvelles règles de procédure s'appliquent pleinement dès leur entrée en vigueur aux causes qui sont encore pendantes. La procédure administrative connaît néanmoins une exception à l'application immédiate de la nouvelle procé-

dure; celle-ci n'est admissible que pour autant que l'ancien et le nouveau droit s'inscrivent dans la continuité du système de procédure en place et que les modifications procédurales demeurent ponctuelles. En revanche, l'ancien droit de procédure continue à gouverner les situations dans lesquelles le nouveau droit de procédure marque une rupture par rapport au système procédural antérieur et apporte des modifications fondamentales à l'ordre procédural (cf. ATF 130 V 1 consid. 3.3.2 p. 5 s.; ATF 112 V 356 consid. 4a et 4b p. 360 s.; ATF 111 V 46 consid. 4 p. 47; PIERRE MOOR, *Droit administratif*, vol. I, 1994, p. 170 ss).

En l'espèce, l'action de droit public litigieuse a été introduite par la Fondation et jugée par le Tribunal administratif avant l'entrée en vigueur de l'art. 68a OFPr. De plus, cette disposition a pour effet de modifier substantiellement la procédure administrative en vigueur jusqu'au 1^{er} janvier 2011, dans le sens où elle abandonne le système de l'action de droit public (cf. consid. 9.1 non publié) au profit de l'octroi d'une compétence décisionnelle à l'organisation du monde du travail en vue de prélever des cotisations en faveur d'un fonds professionnel. En vertu des règles de droit intertemporel, la procédure administrative en vigueur jusqu'au 31 décembre 2010 demeure dès lors applicable au présent cas. Par ailleurs, ni les dispositions transitoires figurant aux art. 75 à 78 OFPr ni la modification du 3 décembre 2010 (RO 2010 6005) ne prévoient une solution contraire.

7.4.6 Par conséquent, une application rétroactive de l'art. 68a OFPr au présent litige ne peut être admise. Il en découle qu'en déclarant irrecevable l'action de droit administratif que la recourante a formée devant lui, au motif qu'il aurait incombé à cette dernière d'émettre une décision à l'encontre des deux débiteurs du Fonds national, le Tribunal administratif a méconnu les règles gouvernant la délégation de la compétence décisionnelle à un organisme extérieur à l'administration (art. 178 al. 3 Cst.), ainsi que la garantie de l'accès au juge de la recourante (art. 29a Cst.). L'arrêt attaqué doit donc être annulé.

8.

Dans un souci de sécurité juridique, il paraît utile de clarifier la procédure qu'une organisation du monde du travail doit, à partir du 1^{er} janvier 2011, y compris par rapport aux cotisations échues antérieurement pour lesquelles une procédure judiciaire n'aurait pas encore été ouverte, engager à l'égard des entreprises qui ne s'acquittent pas des cotisations en faveur d'un fonds pour la formation professionnelle qu'un arrêté d'extension du Conseil fédéral a rendues obligatoires. A ce titre, l'organisation du monde du travail pourra obliger les entreprises de sa branche à verser des cotisations par le biais d'une décision administrative, susceptible de recours auprès de l'Office fédéral (art. 61 al. 1 let. b LFPr). La cause pourra subséquemment être portée devant le Tribunal administratif fédéral (art. 33 let. d de la loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral [LTAF; RS 173.32]) et, en dernier ressort, le Tribunal fédéral (art. 86 al. 1 let. a LTF).

Bien qu'une compétence décisionnelle ne puisse être déduite directement de l'art. 60 LFPr, dont se réclame l'art. 68a OFPr, la première disposition n'en fonde pas moins, combinée à l'art. 67 LFPr, une clause de délégation législative suffisamment claire pour permettre au Conseil fédéral d'attribuer, par ordonnance, un pouvoir décisionnel auxdites organisations. Partant, on peut admettre que l'art. 68a OFPr repose sur une clause de délégation législative suffisante et est conforme à la Constitution.

Tribunal fédéral, Arrêt du 13 octobre 2011, Doss.-N° 4A_403/2011 (Rejt du recours en matière civile interjeté contre l'arrêt rendu le 20 mai 2011 par la Chambre des prud'hommes de la Cour de justice du canton de Genève)

Ouverture d'une action par le travailleur plus de 5 ans après la fin des relations de travail.

Abus de droit. Le fait de surseoir à faire valoir ses prétentions, sans pour autant laisser s'écouler le délai de prescription, ne constitue pas encore un abus de droit pros crit par l'art. 2 al. 2 CC. N'est en principe pas abusif le dépôt par le travailleur d'une action en justice tendant à l'octroi d'une indemnité fondée sur l'art. 337c III CO, ainsi qu'à la délivrance d'un certificat de travail, plus de cinq ans après la notification du licenciement immédiat (c. 3).

Extraits des faits:

Le 12 février 2003, la société X. Sàrl a engagé par contrat individuel de travail Y., avec effet au 3 mars 2003, comme consultant à plein temps. Le salaire du travailleur a été fixé à 9000 fr. bruts, versé douze fois l'an, auquel s'ajoutait un bonus. L'art. 17 du contrat de travail prévoyait une clause de prohibition de concurrence. Vers la fin de l'année 2003, les relations entre les parties se sont dégradées. Le travailleur a fait grief à l'employeur que la relation professionnelle ne s'était pas développée de manière satisfaisante, alors que le second a reproché au premier la mauvaise qualité de ses prestations. Y., qui songeait à quitter son employeur, a alors pris langue avec la société A.. Le 28 mars 2004, X. Sàrl a déposé plainte pénale contre inconnu pour le vol dans ses locaux d'un classeur contenant un logiciel informatique de 8 CD-ROM. L'enquête de police n'a pas abouti et le matériel n'a pas été retrouvé. L'associé gérant de X. Sàrl a soupçonné Y. d'avoir subtilisé ce classeur, ce que ce dernier a toujours nié. Le matin du 31 mars 2004, l'associé gérant de X. Sàrl a eu un entretien avec le salarié. Le contenu de cette discussion n'a pas pu être établi, même s'il semble qu'elle a porté sur les offres de services du travailleur à la société A. et sur la disparition du classeur renfermant un logiciel. Par lettre du 2 avril 2004, X. Sàrl, se référant à cet entretien, a déclaré mettre fin avec effet immédiat

au contrat de travail la liant à Y., aux motifs que les graves manquements et les violations constantes de ses obligations par le précité avaient ruiné le rapport de confiance. Y. n'a pas été engagé par A.

Plus de cinq ans après ces faits, le 11 juin 2009, le travailleur a demandé à son ancien employeur la délivrance d'un certificat de travail. X. Sàrl a répondu qu'un tel document lui avait été remis le 16 avril 2004, mais n'a pas été en mesure d'en produire copie. Le 22 octobre 2009, Y. a ouvert action contre X. Sàrl devant le Tribunal des prud'hommes de Genève. Le demandeur a conclu au paiement de 54 000 fr. plus intérêts au titre d'une indemnité fondée sur l'art. 337c al. 3 CO, équivalente à six mois de salaire. Il a également requis la délivrance d'un certificat de travail énumérant ses activités et précisant ses compétences. Par jugement du 17 mai 2010, le Tribunal des prud'hommes a condamné la défenderesse à verser au demandeur la somme nette de 18 000 fr. avec intérêts à titre d'indemnité pour licenciement immédiat injustifié (chiffre 2) et à établir et remettre à celui-ci un certificat de travail complet, renseignant sur la qualité de son travail et sur sa conduite (chiffre 3). Statuant sur l'appel de X. Sàrl, la Chambre des prud'hommes de la Cour de justice du canton de Genève, par arrêt du 20 mai 2010, a confirmé le jugement déféré en ce qui concerne l'allocation au demandeur d'une indemnité de 18 000 fr. fondée sur l'art. 337c al. 3 CO, annulé le chiffre 3 de son dispositif, et statuant à nouveau sur ce point, condamné la défenderesse à délivrer à son ancien employé un certificat de travail dans le sens de celui rédigé par le demandeur, sans y adjoindre toutefois des qualifications élogieuses quant aux compétences professionnelles de l'ex-salarié et sans y indiquer que l'intéressé était parti de son plein gré. X. Sàrl exerce un recours en matière civile au Tribunal fédéral contre l'arrêt cantonal.

Extraits des considérants:

2.

La cour cantonale a tout d'abord relevé que si le demandeur a soulevé la question de la prescription dans ses écritures, alléguant que ses prétentions n'étaient pas prescrites, la défenderesse n'a pas du tout abordé la question, à l'instar du Tribunal des prud'hommes. A supposer que le principe de la bonne foi lui imposât d'examiner le problème, l'autorité cantonale a jugé que la prescription n'entraînait pas en ligne compte, que ce soit pour la conclusion du demandeur en délivrance d'un certificat de travail ou pour celle en versement d'une indemnité fondée sur l'art. 337c al. 3 CO. Puis elle a admis que la défenderesse ne disposait pas de justes motifs de licenciement avec effet immédiat et a accordé au demandeur, compte tenu de toutes les circonstances, une indemnité de 18 000 fr. en capital représentant deux mois de salaire. Prenant en compte que si la défenderesse ne pouvait pas se prévaloir de justes motifs de congé abrupt, cette dernière n'était néanmoins pas satisfaite des prestations du demandeur, ce dont ce-

lui-ci était conscient, elle a en conséquence condamné la première à délivrer au second un certificat de travail libellé conformément à ce qui a été mentionné au consid. B in fine ci-dessus.

3.

Invoquant une violation de l'art. 2 CC, la recourante fait valoir que le contrat de travail de l'intimé a été résilié plus de cinq ans avant le dépôt de sa demande en paiement et que s'il n'a pas agi plus tôt, c'est qu'il savait que ses prétentions étaient injustifiées. Elle soutient que l'action intentée par le demandeur est constitutive d'un abus de droit manifeste et doit être qualifiée de procédurière, dès l'instant où elle vise à « provoquer » la défenderesse et à se venger de son associé gérant. La recourante rappelle à cet égard la teneur de courriels injurieux envoyés par l'intimé audit associé gérant.

3.1 En l'espèce, la recourante ne remet pas en cause que le licenciement sans délai qu'elle a communiqué à l'intimé le 2 avril 2004 était injustifié. Elle ne prétend pas davantage que les prétentions de l'intimé en délivrance d'un certificat de travail et en versement d'une indemnité pour licenciement immédiat sans motifs (cf. art. 337c al. 3 CO) étaient prescrites. Elle soutient uniquement que l'intimé a abusé de son droit en ouvrant action à son encontre plus de cinq ans après avoir été congédié de manière abrupte.

3.2 A teneur de l'art. 2 al. 2 CC, l'abus manifeste d'un droit n'est pas protégé. L'existence d'un abus de droit doit être établie sur la base des circonstances concrètes du cas particulier, en prenant en considération les groupes de cas développés par la doctrine et la jurisprudence (ATF 129 III 493 consid. 5.1 p. 497 et les arrêts cités).

Selon la jurisprudence constante, le fait de surseoir à faire valoir ses prétentions, sans pour autant laisser s'écouler le délai de prescription, ne constitue pas encore un abus de droit proscrit par l'art. 2 al. 2 CC (ATF 131 III 439 consid. 5.1 p. 443; 129 III 618 consid. 5.2). Il faut que se réalisent des circonstances particulières qui fassent apparaître l'exercice du droit en contradiction avec la précédente inaction de son titulaire (ATF 131 III 439 ibidem, 129 III 493 consid. 5.1 p. 497/498). De telles circonstances sont admises par exemple lorsque le débiteur de la prestation subit un dommage reconnaissable provoqué par l'action exercée tardivement alors que l'on aurait pu attendre du titulaire du droit qu'il exerce sa prétention sans tarder ou encore quand l'ayant droit diffère son action pour se procurer un avantage injustifié (ATF 131 III 439 consid. 5.1 p. 443 et les références doctrinales).

4.

Dans le cas présent, on ne peut déduire de l'état de fait qui lie le Tribunal fédéral (art. 105 al. 1 LTF) aucune circonstance particulière, qui pourrait faire admettre, à la lumière de la jurisprudence précitée, le caractère abusif des prétentions soulevées par l'intimé contre sa partie adverse.

Ainsi, la recourante ne subit aucun dommage supplémentaire du fait que le demandeur a ouvert action plus de cinq ans après avoir été congédié immédiatement de façon injustifiée. La diminution d'actif entraînée pour la recourante par l'accueil partiel des conclusions en paiement du travailleur aurait été identique si celui-ci avait agi sitôt après avoir été licencié. Et on ne voit pas l'avantage indu que l'intimé a retiré d'avoir différé l'exercice de ses prétentions. La recourante n'allègue d'ailleurs rien à ce propos. Que l'employeur ait mal ressenti le fait d'être actionné en justice n'y change rien. (...)

Bundesgericht, Urteil vom 18. Oktober 2011, Doss.-Nr. 8C_269/2011 (Bestätigung des Entscheids des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 4. März 2011), in: BGE 138 II 1

Art. 7 GIG; Art. 135 Ziff. 2 OR; Unterbrechung der Verjährung des Anspruchs auf einen diskriminierungsfreien Lohn.

Das Anheben einer Verbandsklage nach Art. 7 GIG unterbricht die Verjährung des Anspruchs der einzelnen Arbeitnehmenden auf einen diskriminierungsfreien Lohn nicht. Das Gleichstellungsgesetz weist diesbezüglich keine echte Lücke auf, welche vom Bundesgericht zu füllen wäre (E. 4.3).

Art. 7 LEG; art. 135 ch. 2 CO; interruption de la prescription du droit à une rémunération non discriminatoire.

L'ouverture d'une action par une organisation en vertu de l'art. 7 LEG n'interrompt pas la prescription du droit du travailleur lui-même à une rémunération non discriminatoire. A cet égard, la loi sur l'égalité ne contient pas une lacune proprement dite qu'il appartiendrait au Tribunal fédéral de combler (consid. 4.3).

Sachverhalt:

A.

A.a Aufgrund des Urteils des Schweizerischen Bundesgerichts 2A.97/2007 vom 20. November 2007 betreffend Lohndiskriminierung anerkannte die Stadt Zürich im Grundsatz, dass sie dem in der Zeit zwischen dem 1. Januar 1997 und dem 30. Juni 2002 beschäftigten Pflegepersonal Lohnnachzahlungen zu leisten hat.

A. hat mit Unterbrüchen zwischen Januar 1997 und Oktober 2001 im Spital X. als Krankenschwester/Operationsschwester gearbeitet. Am 19. Mai 2003 betrieb sie die Stadt Zürich auf einen Betrag von Fr. 60 000.–, um die Verjährung für allfällige Lohnnachzahlungsansprüche zu unterbrechen. Mit Verfügung vom 22. September 2008 und Einspracheentscheid vom 8. April 2009 anerkannte die Stadt Zürich einen Nachzah-

lungsanspruch für die Zeit zwischen Mai 1998 und Oktober 2001, wohingegen der Anspruch für die Periode von Januar 1997 bis April 1998 verjährt sei.

A.b Den von A. hiegegen erhobenen Rekurs wies der Bezirksrat Zürich mit Entscheid vom 28. Januar 2010 ab.

B.

Mit Entscheid vom 4. März 2011 wies das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich die von A. hiegegen erhobene Beschwerde ab; gleichzeitig legte es den Streitwert der Beschwerde auf unter Fr. 15 000.– fest.

C.

Mit Beschwerde beantragt A., die Stadt Zürich sei unter Aufhebung des kantonalen Gerichtsentscheides zu verpflichten, ihr auch für die Zeit zwischen Januar 1997 und April 1998 Lohnnachzahlungen zu erbringen. Darüber hinaus sei die Beschwerdegegnerin zur Bezahlung von Verzugszinsen zu verpflichten.

Die Stadt Zürich und das Eidgenössische Büro für die Gleichstellung von Frau und Mann beantragen die Abweisung der Beschwerde.

Aus den Erwägungen:

3.

Die Beschwerdegegnerin hat den auf das Gleichstellungsgesetz gestützten Lohnnachzahlungsanspruch der Beschwerdeführerin grundsätzlich anerkannt. Streitig und zu prüfen ist einzig, ob die Verjährungsfrist für diesen Nachzahlungsanspruch bereits mit dem Anheben der Verbandsklage im Sinne von Art. 7 des Bundesgesetzes vom 24. März 1995 über die Gleichstellung von Frau und Mann (Gleichstellungsgesetz, GLG; SR 151.1), oder erst mit der von der Beschwerdeführerin eingeleiteten Betreibung unterbrochen wurde.

4.

4.1 Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung handelt es sich beim Anspruch auf einen diskriminierungsfreien Lohn um ein bundesrechtliches Individualrecht, auf welches mangels Spezialregelung im GLG die fünfjährige Verjährungsfrist gemäss Art. 128 Ziff. 3 OR anwendbar ist. Dies gilt sowohl für privatrechtliche als auch für öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnisse (vgl. BGE 131 I 105 E. 3.3 S. 108). Die Vorinstanz hat erwogen, diese Frist könne grundsätzlich unterbrochen werden, allerdings komme dem Anheben einer Verbandsklage im Sinne von Art. 7 GLG in Bezug auf die individuellen Forderungen keine entsprechende Wirkung zu. Eine solche Verbandsklage entfalte grundsätzlich nur Wirkung zwischen den Parteien; zu einer Verjährungsunterbrechung müsste die Klage vom Gläubiger oder einem bevollmächtigten Vertreter, nicht aber von einem beliebigen Dritten erhoben werden (vgl. BGE 111 II 358 E. 4a S. 364; bestätigt in Urteil 4A_576/2010 vom 7. Juni 2011 E. 3.1.1, nicht publ. in: BGE 137 III 352). Im Gleichstellungsgesetz finde sich keine Spezialregelung, welche

von diesem Grundsatz abweichen würde. Die Beschwerdeführerin macht demgegenüber geltend, das Gleichstellungsgesetz sei diesbezüglich lückenhaft; diese Lücke sei in analoger Anwendung von Art. 15 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über Massnahmen zur Bekämpfung der Schwarzarbeit (Bundesgesetz gegen die Schwarzarbeit, BGSA; SR 822.41) zu füllen.

4.2 Eine Lücke im Gesetz besteht, wenn sich eine Regelung als unvollständig erweist, weil sie jede Antwort auf die sich stellende Rechtsfrage schuldig bleibt oder eine Antwort gibt, die aber als sachlich unhaltbar angesehen werden muss. Hat der Gesetzgeber eine Rechtsfrage nicht übersehen, sondern stillschweigend – im negativen Sinn – mitentschieden (qualifiziertes Schweigen), bleibt kein Raum für richterliche Lückenfüllung (BGE 135 III 385 E. 2.1 S. 386; BGE 135 V 279 E. 5.1 S. 284).

Eine echte Gesetzeslücke liegt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts dann vor, wenn der Gesetzgeber etwas zu regeln unterlassen hat, was er hätte regeln sollen, und dem Gesetz diesbezüglich weder nach seinem Wortlaut noch nach dem durch Auslegung zu ermittelnden Inhalt eine Vorschrift entnommen werden kann. Von einer unechten oder rechtspolitischen Lücke ist demgegenüber die Rede, wenn dem Gesetz zwar eine Antwort, aber keine befriedigende, zu entnehmen ist. Echte Lücken zu füllen, ist dem Gericht aufgegeben, unechte zu korrigieren, ist ihm nach traditioneller Auffassung grundsätzlich verwehrt, es sei denn, die Berufung auf den als massgeblich erachteten Wortsinn der Norm stelle einen Rechtsmissbrauch dar (BGE 136 III 96 E. 3.3 S. 99 f.).

4.3 Die vom kantonalen Gericht vertretene Auslegung, wonach mangels einer Spezialregelung im Gleichstellungsgesetz die Anhebung einer Verbandsklage im Sinne von Art. 7 GIG die Verjährungsfristen der individuellen Lohnansprüche nicht unterbricht, entspricht den Stellungnahmen in der Lehre (ELISABETH FREIVOGEL, in: Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, Kaufmann/Steiger-Sackmann [Hrsg.], 2. Aufl. 2009, N. 35 zu Art. 7 GIG; CHRISTIAN BRUCHEZ, in: Commentaire de la loi fédérale sur l'égalité, Aubert/Lempen [Hrsg.], 2011, N. 31 zu Art. 7 GIG). Entgegen den Ausführungen der Beschwerdeführerin drängt sich keine analoge Anwendung von Art. 15 Abs. 2 BGSA auf. Zwar wären die einzelnen Arbeitnehmenden zweifellos bessergestellt, wenn auch das Gleichstellungsgesetz eine entsprechende Regelung kennen würde. Die Verbandsklage im Sinne von Art. 7 GIG wird aber auch dann nicht ihres Sinnes beraubt, wenn man deren Anhebung nicht als Unterbrechungsgrund für die individuellen Ansprüche der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer anerkennt. Das Fehlen einer solchen Regelung stellt demnach keine echte Lücke dar, welche vom Gericht geschlossen werden könnte. Es ist vielmehr von einem qualifizierten Schweigen des Gesetzgebers auszugehen. Wie die Vorinstanz zudem zutreffend ausgeführt hat, hätte die Beschwerdeführerin leicht und ohne sich sehr zu exponieren eine Unterbrechung der Verjährung erwirken können (vgl. auch BGE 133 V 579 E. 4.3.1 S. 583 mit zahlreichen weiteren

Hinweisen); anzufragen bleibt, dass sie dies unbestritten ermessen am 19. Mai 2003 auch getan hat.

4.4 Führt die Anhebung der Verbandsklage im Sinne von Art. 7 GlG nicht zu einer Unterbrechung der Verjährung für den Nachzahlungsanspruch der Beschwerdeführerin, so besteht der kantonale Gerichtsentscheid zu Recht; ihre Beschwerde ist somit abzuweisen.

Tribunal fédéral, Arrêt du 2 novembre 2011, Doss.-N° 4A_215/2011 (Rejet du recours en matière civile interjeté contre le jugement rendu le 16 avril 2010 par la Cour civile du Tribunal cantonal du canton de Vaud et contre l'arrêt rendu le 9 novembre 2010 par la Chambre des recours du Tribunal cantonal du canton de Vaud)

En cas de résiliation immédiate 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 (art. 337c al. 1 CO). Si l'employé est frappé d'une incapacité de travail, l'employeur doit lui verser, à titre d'indemnité, ce qu'il aurait pu toucher comme salaire en vertu de l'art. 324a CO jusqu'à la résiliation ordinaire du contrat (c. 4.2).

Art. 337c al. 1-2 CO. Dans la mesure où la perte de la couverture d'assurance est une conséquence de la résiliation injustifiée, le travailleur doit pouvoir obtenir réparation pour le dommage encouru. Toutefois, s'il avait connaissance de la possibilité de conclure des assurances facultatives pour couvrir les risques qui n'étaient plus assurés en raison de la résiliation et qu'il n'a pas agi, il ne peut plus se plaindre de la lacune de couverture qu'il a omis de combler. Dans le cas contraire où il aurait fait le nécessaire, il pourrait demander à être indemnisé pour les primes payées pendant la période correspondant au délai ordinaire de résiliation (c. 6.2).

Art. 337c al. 3 CO. Lors de la fixation de l'indemnité prévue en cas de licenciement immédiat injustifié, le juge ne saurait accorder d'importance particulière à la longue durée écoulée entre le licenciement effectif et l'échéance ordinaire du contrat, prolongée en l'occurrence par le délai de protection pour cause de maladie (c. 7.4).

Extraits des faits:

Le 1^{er} mai 1996, l'infirmier-anesthésiste Y. (ci-après: l'employé), né en 1962, est entré au service de l'Association X. (ci-après: l'employeuse). Cette association de droit privé exploitait l'Hôpital Z., qui est devenu par la suite l'Hôpital ... Au mois de mars 2004, l'employé a eu quelques problèmes relationnels avec le responsable du service d'anesthésie. Au début du mois de février 2006, il a échangé des propos vifs avec un nouveau collègue. Cela étant, il entretenait de bons rapports avec ses collègues de travail,

mais acceptait mal les critiques de son supérieur hiérarchique A. Le 28 novembre 2006, à l'occasion d'une opération, l'employé a jeté du matériel au sol, à côté des poubelles. Il n'est pas établi qu'il ait agi de façon délibérée. Le 29 novembre 2006, peu avant 7 heures, l'employé a été interpellé sur cet incident par B., infirmier-chef du service d'anesthésie. L'employé a contesté les faits et haussé le ton. Très énervé, il a crié, déclarant qu'il en avait assez des remarques qui lui étaient faites, que cela n'allait pas bien et que si cela continuait ainsi, il allait partir. Il a demandé combien d'infirmiers-anesthésistes travaillaient ce jour-là. L'infirmier-chef lui a répondu qu'ils étaient tous occupés – ce qui était exact – et que sauf à trouver un remplaçant, il faudrait fermer une salle d'opération; après avoir précisé qu'il allait tenter de résoudre le problème, il s'est absenté dans ce but. Il a trouvé une personne disponible qui était infirmier-anesthésiste, mais dont la fonction d'anesthésiste ne figurait pas dans le cahier des charges. L'infirmier-chef n'a pas eu le temps d'annoncer cette nouvelle à l'employé, qui était déjà parti. Ce même 29 novembre 2006, avant d'avoir connaissance de son licenciement, l'employé a consulté son généraliste qui l'a immédiatement mis en arrêt de travail à 100% pour cause de maladie. En fin de matinée, l'employé a été informé par téléphone de son licenciement immédiat pour abandon de poste. Il a sollicité et obtenu un entretien au cours duquel la résiliation lui a été confirmée une première fois, avant de l'être encore par lettre recommandée. A. et le responsable des ressources humaines, qui ont pris conjointement la décision et accordé l'entrevue, savaient que l'employé vivait une situation personnelle difficile et qu'il avait des problèmes avec son épouse. Le soir même, l'employé a été hospitalisé jusqu'au lendemain à 10 heures à l'Hôpital ... sur le site de ... Il a contesté son congé par courrier posté le 30 novembre 2006. L'employé a ensuite été suivi par les services psycho-sociaux et par son médecin-traitant. Il est resté en incapacité de travail totale jusqu'au 18 juin 2007; au cours de cette période, il a dû être hospitalisé en milieu psychiatrique du 30 janvier au 7 avril 2007.

A compter du 28 janvier 2007, l'assurance-maladie collective perte de salaire contractée par l'employeuse a versé à l'employé des prestations qui se sont élevées à 15 907 fr. 50 jusqu'au 31 mars 2007. L'Office d'assurance-invalidité a reconnu à l'employé le droit à une rente entière au taux d'invalidité de 100% dès le 1^{er} novembre 2007, puis à une demi-rente au taux d'invalidité de 50% dès le 1^{er} avril 2008.

Le 19 juin 2007, l'employé a actionné l'employeuse devant le Tribunal civil de l'arrondissement de La cause a ensuite été transmise à la Cour civile du Tribunal cantonal. Dans son mémoire de droit du 15 janvier 2010, l'employé a conclu au paiement de 112 666 fr. 60, dont 49 717 fr. 50 à titre d'indemnité pour licenciement immédiat injustifié, 20 665 fr. 85 à titre de salaire pour la période du 29 novembre 2006 au 30 mars 2007 et 39 742 fr. 50 à titre de salaire, respectivement défaut d'assurance, pour la durée du 1^{er} juin au 31 octobre 2007. Par jugement du 16 avril 2010, la

Cour civile a condamné l'employeuse à verser à l'employé divers montants dont une indemnité de 35 835 fr. pour licenciement immédiat injustifié. Contre ce jugement, l'employeuse a formé un recours en nullité que la Chambre des recours a rejeté par arrêt du 9 novembre 2010. Devant le Tribunal fédéral, l'employeuse (ci-après: la recourante) a interjeté un recours en matière civile dirigé aussi bien contre le jugement de la Cour civile que contre l'arrêt de la Chambre des recours.

Extraits des considérants:

3.

3.1 La recourante reproche à la Cour civile vaudoise d'avoir violé l'art. 337 CO en refusant de reconnaître l'existence de motifs justifiant un licenciement immédiat. Les premiers juges auraient relativisé à tort la gravité objective du comportement de l'intimé.

3.2 La cour cantonale a considéré que les parties avaient été liées par un rapport de travail de droit privé et non de droit public. L'application du droit civil fédéral n'est pas remise en cause par la recourante.

3.3 En vertu de l'art. 337 CO, l'employeur peut résilier immédiatement le contrat en tout temps pour de justes motifs (al. 1). Sont notamment considérées comme tels 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). (...)

3.4 Dans le cas concret, la Cour civile vaudoise a fait en substance les considérations suivantes:

Le premier incident relatif au matériel jeté par terre en salle d'opération était excusable et ne constituait pas un juste motif de résiliation immédiate. En revanche, l'intimé avait commis le lendemain un manquement objectivement grave en quittant les lieux sans attendre de savoir si l'infirmier-chef avait pu lui trouver un remplaçant, alors que l'opération d'un patient était programmée et que l'intimé connaissait le défaut d'organisation précise de la recourante pour suppléer à l'absence d'un infirmier-anesthésiste. Il fallait toutefois tenir compte de l'état d'énervement et d'excitation dans lequel se trouvait l'intimé, état qui ne pouvait s'expliquer par les seuls reproches formulés à son encontre. L'intimé traversait une période difficile dans sa vie privée, ce que la recourante savait. Cet état, qui avait conduit l'intimé à quitter les lieux, l'avait aussi conduit à consulter un médecin le même jour, avant de savoir qu'il était licencié. L'intimé avait bénéficié d'un arrêt de travail immédiat et avait été hospitalisé le soir même à ..., puis à nouveau deux mois plus tard en milieu psychiatrique. Il fallait en outre avoir égard au fait que l'intimé travaillait pour la recourante depuis plus de dix ans et n'avait jamais occasionné de problèmes, étant apprécié de ses collègues.

(...)

3.6. (...) En définitive, les juges vaudois n'ont pas ignoré la gravité objective du comportement de l'intimé, compte tenu de sa responsabilité et du planning de la journée. Ils l'ont toutefois relativisée à juste titre eu égard à l'état de santé de l'intimé, à son ancienneté et aux bonnes relations qu'il entretenait avec ses collègues. La recourante n'avait pas connaissance du certificat médical d'incapacité de travail pour cause de maladie lorsqu'elle a signifié le licenciement, mais elle était à même de constater l'état de l'intimé. De surcroît, il ne ressort pas de l'état de fait que l'intimé ait eu le moindre antécédent d'abandon de son poste. En bref, la cour cantonale n'a pas abusé de son pouvoir d'appréciation en considérant que la recourante aurait pu raisonnablement maintenir la poursuite des relations contractuelles jusqu'à l'échéance ordinaire du contrat.

4.

4.1 La recourante reproche aux juges vaudois une fausse application de l'art. 324a CO. Elle soutient qu'en vertu de l'échelle bernoise, l'intimé incapable de travailler n'aurait dû toucher un salaire que jusqu'à fin février 2007; or, il se serait vu indûment allouer un salaire pour les mois d'avril et mai 2007, sans qu'il résulte du dossier que l'incapacité de travail ait cessé.

4.2 En cas de résiliation immédiate 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 (art. 337c al. 1 CO). Si l'employé est frappé d'une incapacité de travail, l'employeur doit lui verser, à titre d'indemnité, ce qu'il aurait pu toucher comme salaire en vertu de l'art. 324a CO jusqu'à la résiliation ordinaire du contrat (STAEHELIN/VISCHER, *Zürcher Kommentar*, 3e éd. 1996, n° 8 ad art. 337c CO).

Selon l'article 324a CO, le travailleur empêché de travailler sans faute de sa part en raison d'une maladie a droit à son salaire pour un temps limité (al. 1). L'employeur paie en principe un salaire de trois semaines pendant la première année de service et, ensuite, un salaire pour une période plus longue fixée équitablement (al. 2). Selon l'échelle bernoise habituellement utilisée en Suisse romande, le salaire est dû pendant quatre mois s'agissant de la 10ème à la 14ème année de service (REHBINDER/STÖCKLI, *Berner Kommentar*, 2010, p. 383 n° 28 ad art. 324a CO; RÉMY WYLER, *Droit du travail*, 2e éd. 2008, p. 227 s.). Le droit au paiement d'un salaire limité vaut pour chaque année de service. Lorsque l'incapacité de travail s'étend d'une année de service à l'autre, le travailleur peut donc cumuler les prétentions pour les deux années en cause (arrêt 4C.125/1998 du 10 septembre 1998 consid. 1a, in *JAR* 1999 167, confirmé par l'arrêt 4P.87/2002 du 20 juin 2002 consid. 3; REHBINDER/STÖCKLI, *op. cit.*, p. 384 n° 28 ad art. 324a CO; WYLER, *op. cit.*, p. 229).

4.3 En l'occurrence, les premiers juges ont retenu une incapacité de travail du 29 novembre 2006, jour du renvoi immédiat, au 18 juin 2007; ils ont considéré que le délai de congé ordinaire expirait le 31 août 2007. Ils ont octroyé à l'intimé des dommages-intérêts correspondant à quatre mois de salaire pour la période du 29 novembre 2006 au 29 mars 2007 et à deux

mois et 12/30èmes de salaire du 19 juin 2007 au 31 août 2007, soit un montant total de 57 336 fr. Ils ont déduit de cette somme les indemnités d'assurance touchées pour les mois de janvier à mars 2007 (15 907 fr. 50); pour le surplus, ils ont constaté que la recourante n'avait pas allégué ni établi le montant des prestations d'assurance afférentes aux mois d'avril et mai 2007.

4.4 Contrairement à ce que plaide la recourante, la cour vaudoise n'a précisément pas alloué d'indemnité à titre de salaire pour les mois d'avril et mai 2007, de sorte que le grief tombe à faux. Par ailleurs, la recourante ne conteste pas l'indemnité allouée pour la période du 19 juin au 31 août 2007. Pour le surplus, il n'est pas nécessaire d'examiner plus avant s'il aurait fallu tenir compte de l'entrée de l'intimé dans une nouvelle année de service le 1^{er} mai 2007, dès lors que l'intéressé n'a pour sa part pas contesté le jugement.

4.5 S'agissant des indemnités d'assurance afférentes aux mois d'avril et mai 2007, la recourante objecte que le cadre du litige ne portait pas sur ces deux mois puisque l'intimé n'avait pas réclamé de salaires y-afférents. Elle en déduit que l'instruction n'avait pas à porter sur cette période et que le reproche de la Cour civile sur le défaut d'allégation et de preuve serait contraire à la bonne foi.

Si la recourante estimait disposer d'un élément propre à réduire la créance de l'intimé, il lui incombait d'alléguer et d'établir l'étendue des indemnités touchées (art. 8 CC), cas échéant en requérant la collaboration de l'intimé ou de l'assurance. Comme elle ne l'a pas fait, il n'est pas nécessaire d'examiner plus avant si l'employeur peut exiger la déduction des indemnités d'assurance qui continuent d'être versées alors que le devoir de payer le salaire a expiré (cf. STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsvertrag, 6e éd. 2006, p. 288 n° 13 ad art. 324a/b CO).

5.

5.1 La recourante se plaint ensuite d'une application arbitraire de l'art. 3 aCPC/VD et d'une violation de l'art. 29 Cst. La cour cantonale aurait statué *extra petita* en allouant à l'intimé des salaires pour les mois d'avril et mai 2007 alors que dans son mémoire de droit, il avait conclu au paiement de salaire uniquement pour les périodes du 29 novembre 2006 au 30 mars 2007, puis du 1^{er} juin au 31 octobre 2007.

5.2 Le grief est irrecevable en tant qu'il a trait à l'application de l'art. 29 Cst., faute de motivation suffisante (cf. art. 106 al. 2 LTF). Pour le surplus, la recourante se méprend sur la teneur du jugement de la Cour civile, puisque l'intimé, encore une fois, n'a pas touché de compensation en relation avec les mois d'avril et mai 2007. Le grief relatif à l'art. 3 aCPC/VD tombe à faux.

6.

6.1 La recourante se plaint d'une violation de l'art. 44 CO. De son point de vue, l'intimé aurait contrevenu à l'obligation faite au lésé de réduire le dommage dès lors qu'il s'est abstenu de contracter une assurance

individuelle perte de gain qui lui aurait permis de continuer à toucher des indemnités. La cour cantonale aurait ainsi dû renoncer à lui allouer des salaires pendant la période d'incapacité de travail, soit jusqu'au 31 août 2007.

6.2 L'art. 337c CO permet à l'employé d'obtenir ce qu'il aurait gagné si l'employeur avait respecté l'échéance du délai de congé (al. 1). Il faut toutefois imputer sur ce montant le revenu auquel il a intentionnellement renoncé (al. 2). Cette disposition découle du principe selon lequel le lésé doit s'efforcer de diminuer le dommage (STAEHELIN/VISCHER, op. cit., n° 10 ad art. 337c CO).

La résiliation du rapport de travail a pour effet de mettre fin au rapport d'assurance. Dans la mesure où la perte de la couverture d'assurance est une conséquence de la résiliation injustifiée, le travailleur doit pouvoir obtenir réparation pour le dommage encouru. Toutefois, s'il avait connaissance de la possibilité de conclure des assurances facultatives pour couvrir les risques qui n'étaient plus assurés en raison de la résiliation et qu'il n'a pas agi, il ne peut plus se plaindre de la lacune de couverture qu'il a omis de combler. Dans le cas contraire où il aurait fait le nécessaire, il pourrait demander à être indemnisé pour les primes payées pendant la période correspondant au délai ordinaire de résiliation (WYLER, op. cit., p. 515).

6.3 En l'occurrence, il apparaît que la couverture de l'assurance collective perte de salaire a expiré 180 jours après la fin des rapports de travail survenue le 29 novembre 2006. Il s'avère toutefois que pour la période postérieure à l'échéance de l'assurance, la recourante a été condamnée à dédommager l'intimé uniquement pour la perte de salaire subie entre le 19 juin et le 31 août 2007, alors que l'intimé était apte au travail, selon les constatations des juges vaudois qui lient la Cour de céans. Dès lors que la recourante n'a pas dû supporter de dommage lié à la perte de couverture d'assurance, elle ne saurait reprocher à l'intimé de ne pas avoir diminué ce dommage. Il s'ensuit que le grief doit être rejeté.

7.

7.1 La recourante se plaint enfin d'une violation de l'art. 337c al. 3 CO. L'indemnité allouée à l'intimé – correspondant à quatre mois de salaire – devrait être supprimée ou réduite compte tenu de la gravité des manquements de l'intimé et du fait que la recourante n'avait pas connaissance de son incapacité de travail pour cause de maladie, qu'elle n'aurait apprise que deux jours après le licenciement.

7.2 En cas de résiliation immédiate injustifiée, l'art. 337c al. 3 CO permet au juge d'allouer au travailleur une indemnité dont il fixe 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 (ATF 135 III 405 consid. 3.1 p. 407). Elle est en principe due dans tous les cas de licenciement immédiat et injustifié (ATF 133 III 657 consid. 3.2 p. 660). Une éventuelle exception ne peut se justi-

fier que dans des conditions particulières; les circonstances doivent être propres à exclure tout manquement de l'employeur ou tout reproche d'un autre ordre (ATF 116 II 300 consid. 5a; cf. aussi ATF 120 II 243 consid. 3e p. 248).

L'atteinte portée par un tel licenciement aux droits de la personnalité du travailleur étant à la base de son octroi, ladite indemnité doit être proportionnée à la mesure de cette atteinte. Entrent aussi en considération la gravité de la faute de l'employeur, une éventuelle faute concomitante de l'employé, la manière dont la résiliation a été annoncée, la durée des rapports de travail, l'âge de l'employé, sa position dans l'entreprise, sa situation personnelle et les effets économiques du licenciement (ATF 123 III 391 consid. 3c; 121 III 64 consid. 3c; WYLER, op. cit., p. 517 s.; STAEHELIN/VISCHER, op. cit., n° 18 ad art. 337c CO). 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 (art. 4 CC; ATF 121 III 64 consid. 3c).

7.3 En l'occurrence, la cour cantonale a fixé l'indemnité à 35'835 fr., correspondant à 4 mois de salaire, en mentionnant les éléments suivants: les conséquences importantes que le licenciement a manifestement eues sur la santé de l'intimé, même si ses difficultés personnelles ont aussi joué un rôle; la durée des rapports de travail, qui s'est écoulée sans qu'il y ait eu de problèmes; le fait que l'intimé était apprécié de ses collègues; l'absence d'avertissement; les effets économiques du licenciement et, enfin, la gravité objective du manquement de l'intimé, même si celle-ci n'était pas suffisante pour justifier un renvoi immédiat.

7.4 La cour cantonale n'a pas méconnu la gravité objective du comportement de l'intimé. Il faut effectivement avoir égard au fait que la recourante n'avait pas connaissance de l'incapacité de travail de l'intimé lorsqu'elle a pris et annoncé sa décision de licenciement. L'on ne saurait donc accorder d'importance particulière à la longue durée écoulée entre le licenciement effectif et l'échéance ordinaire du contrat, prolongée en l'occurrence par le délai de protection pour cause de maladie (art. 336c al. 1 let. b CO; cf. STAEHELIN/VISCHER, op. cit., p. 668 n° 18 ad art. 337c CO); la cour cantonale n'en a à juste titre pas tiré argument. Cela étant, la recourante connaissait la situation personnelle difficile de l'intimé et pouvait se rendre compte de l'état anormal d'excitation dans lequel il se trouvait, qui paraissait au demeurant peu compatible avec une activité d'assistance en salle d'opération; elle n'avait pas eu à souffrir jusque-là d'absence impromptue de sa part, ni d'aucun manquement établi pendant les quelque dix ans qu'a duré la relation contractuelle. L'ignorance du certificat d'incapacité de travail ne saurait dès lors avoir le même rôle que dans l'affaire jugée à l'arrêt 4C.259/2006 du 12 janvier 2007 cité par la recourante. L'on peut encore relever que l'intimé a dû attendre un délai de carence de 60 jours avant de toucher des indemnités d'assurance et a dû s'adresser aux services sociaux, alors que la recourante, de son propre

aveu, avait reçu le certificat d'incapacité de travail deux jours après le licenciement.

En définitive, en fixant l'indemnité à 4 mois de salaire, on peut encore admettre que la Cour civile n'a pas abusé de son large pouvoir d'appréciation.

Pour le surplus, la recourante ne formule aucun grief sur le calcul de l'indemnité de 35 835 fr., de sorte que celle-ci doit être confirmée.

Bundesgericht, Urteil vom 3. November 2011, Doss.-Nr. 6B_277/2011 (Bestätigung des Urteils des Obergerichts des Kantons Zürich vom 18. Januar 2011), in: BGE 137 IV 297

Art. 117 AuG; Teilnahme eines ausländischen Stellenbewerbers, der nicht berechtigt ist, in der Schweiz zu arbeiten, an einem Anstellungsverfahren.

Die Bewilligung zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit in der Schweiz muss nach Vertragsabschluss und im Zeitpunkt des Stellenantritts vorliegen. Die Stellenbewerbung und die Teilnahme an einem Anstellungsverfahren setzen keine entsprechende Bewilligung voraus. Der Arbeitgeber, der einen ausländischen Stellenbewerber im Hinblick auf eine allfällige Anstellung probeweise arbeiten lässt, beschäftigt diesen nicht im Sinne von Art. 117 AuG (E. 1).

Art. 117 LEtr; participation d'un candidat étranger, non autorisé à travailler en Suisse, à une procédure de recrutement.

L'autorisation d'exercer une activité lucrative en Suisse doit exister après la conclusion du contrat de travail et au moment de l'entrée en service. La candidature à un poste de travail et la participation à une procédure de recrutement ne nécessitent pas d'autorisation correspondante. L'employeur, qui fait travailler à titre d'essai un candidat étranger dans la perspective d'un engagement éventuel, ne l'emploie pas au sens de l'art. 117 LEtr (consid. 1).

Sachverhalt:

A.

X. (Beschwerdegegner) ist Geschäftsführer des Restaurants A. in Bülach (ZH). Er liess B., der sich um eine Stelle als Küchenhilfe beworben hatte, am 18. und 19. August 2009 über die Mittagszeit während je maximal 90 Minuten in der Küche probeweise und unentgeltlich arbeiten. B. verfügte lediglich über einen Ausweis N (für Asylsuchende) ohne Arbeitsbewilligung.

B.

Mit Entscheid der Einzelrichterin in Strafsachen des Bezirkes Bülach vom 21. Juli 2010 wurde X. wegen Beschäftigung eines Ausländers ohne Bewilligung verurteilt. Die Einzelrichterin bestrafte ihn mit einer Geldstrafe von 60 Tagessätzen zu Fr. 30.–, bedingt vollziehbar bei einer Probezeit von vier Jahren. Zudem widerrief sie den bedingten Vollzug einer Geldstrafe von 60 Tagessätzen zu Fr. 50.– aus dem Jahre 2008.

Das Obergericht des Kantons Zürich hiess eine von X. dagegen erhobene Berufung mit Entscheid vom 18. Januar 2011 gut. Es sprach ihn von Schuld und Strafe frei.

C.

Die Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich (Beschwerdeführerin) führt Beschwerde in Strafsachen. Sie beantragt, der Entscheid des Obergerichts des Kantons Zürich sei aufzuheben, und die Sache sei zur neuen Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

D.

Vernehmlassungen wurden keine eingeholt.

Aus den Erwägungen:

1.

1.1 Die Beschwerdeführerin rügt eine Verletzung von Art. 117 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 2005 über die Ausländerinnen und Ausländer (Ausländergesetz, AuG; SR 142.20). Sie macht zusammengefasst geltend, die Tätigkeit von B. sei nicht ehrenamtlich, nicht in Erfüllung einer sittlichen Pflicht und auch nicht aus Gefälligkeit erfolgt. Vielmehr sei sein Einsatz letztlich auf Erwerb ausgerichtet gewesen. Bloss von untergeordneter Bedeutung sei, ob für X. (nachfolgend: Beschwerdegegner) die Leistung von Arbeit oder die Bewertung der Fähigkeiten im Hinblick auf eine allfällige spätere Anstellung im Zentrum gewesen sei. Der Arbeitsvertrag habe unter einer Suspensivbedingung gestanden, dass sich der Stellenbewerber bewähren würde. Dieser habe faktisch eine unbezahlte Probezeit absolviert. Nicht massgeblich sei, ob ein Arbeitsvertrag oder nur schon ein einseitiger Entscheid auf Seiten des Arbeitgebers vorgelegen habe oder nicht. Der Beschwerdegegner habe hingegen entschieden, die offene Stelle im Bewährungsfalle mit B. zu besetzen, weshalb eine «Art Vorvertrag» bestanden habe. Ein solcher möglicher Einstieg in eine Anstellung habe Einfluss auf den Schweizer Arbeitsmarkt.

1.2 Die Vorinstanz erwägt, eine Erwerbstätigkeit im Sinne des Ausländergesetzes liege vor, wenn die Tätigkeit üblicherweise gegen Entgelt ausgeübt werde. Dies gelte auch, wenn sie im Einzelfall nicht entlohnt werde. Die Lehre stelle diesbezüglich darauf ab, ob die Aufnahme der Tätigkeit durch die ausländische Person einen Einfluss auf den Schweizer Arbeitsmarkt habe. Der Beschwerdegegner habe B. zweimal während je maximal 90 Minuten unentgeltlich Arbeit verrichten lassen, die gemeinhin

gegen Entgelt geleistet werde. Diese Tätigkeit könne nicht als Erwerbstätigkeit qualifiziert werden. Ein (konkludenter oder ausdrücklicher) Arbeitsvertrag sei nicht abgeschlossen worden. Auch habe sich der Beschwerdegegner noch nicht zur Anstellung des Stellenbewerbers entschieden. Dieser habe sich nicht in einer Probezeit im Sinne von Art. 335b Abs. 1 OR respektive Art. 5 des Landes-Gesamtarbeitsvertrags des Gastgewerbes befunden, sondern vielmehr in einem Evaluationsverfahren. «Schnupperhalbtage» seien in vielen Betrieben üblich und hätten noch keinen Einfluss auf den Arbeitsmarkt. Im Zentrum stehe nicht die Leistung von geldwerter Arbeit durch den Bewerber, sondern die Bewertung der Fähigkeiten eines Kandidaten im Hinblick auf eine allfällige spätere Anstellung.

1.3 Das Verhalten von Flüchtlingen ist (nebst Art. 115 f. des Asylgesetzes vom 26. Juni 1998 [AsylG; SR 142.31]) nach den Bestimmungen in Art. 115 ff. AuG zu würdigen (NÄGELI/SCHOCH, Ausländische Personen als Straftäter und Straftäterinnen, in: *Ausländerrecht [...]*, 2009, S. 1108). Nach Art. 117 Abs. 1 AuG wird bestraft, wer als Arbeitgeber vorsätzlich Ausländer beschäftigt, die in der Schweiz nicht zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtigt sind. Gemäss Art. 11 Abs. 2 AuG gilt als Erwerbstätigkeit jede üblicherweise gegen Entgelt ausgeübte unselbständige oder selbständige Tätigkeit, selbst wenn sie unentgeltlich erfolgt. Gemäss Art. 91 Abs. 1 AuG hat sich der Arbeitgeber vor dem Stellenantritt des Ausländers durch Einsicht in den Ausweis oder durch Nachfrage bei den zuständigen Behörden zu vergewissern, dass die Berechtigung zur Erwerbstätigkeit in der Schweiz besteht.

Art. 91 Abs. 1 und Art. 117 Abs. 1 AuG entsprechen im Wesentlichen der Rechtslage vor dem Inkrafttreten des Ausländergesetzes am 1. Januar 2008 (siehe die Botschaft vom 8. März 2002 über die Ausländerinnen und Ausländer, BBl 2002 3709 ff., 3820 Ziff. 2.11.1 und 3833 Ziff. 2.15). Nach Art. 23 Abs. 4 des früheren Bundesgesetzes über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (ANAG [BS 1 121]) wurde bestraft, wer Ausländer beschäftigte, die nicht berechtigt waren, in der Schweiz zu arbeiten. Gemäss Art. 3 Abs. 3 ANAG durfte der nicht niedergelassene Ausländer eine Stelle erst antreten und vom Arbeitgeber zum Antritt der Stelle nur zugelassen werden, wenn ihm der Aufenthalt zum Stellenantritt bewilligt worden war. Nach Art. 10 Abs. 1 der früheren Verordnung über die Begrenzung der Zahl der Ausländer (BVO [AS 1986, 1791]) durfte der Arbeitgeber keinen Ausländer eine Stelle antreten lassen, ohne sich vorher durch Einsicht in den Ausländerausweis oder durch Nachfrage bei der Fremdenpolizei zu vergewissern, dass der Arbeitnehmer zum Antritt dieser Stelle berechtigt war. Zwar war in Art. 23 Abs. 4 ANAG nicht ausdrücklich vom Arbeitgeber die Rede, doch hatte der Gesetzgeber bei der Schaffung dieser Bestimmung im Kampf gegen die Schwarzarbeit in der Schweiz gerade die Arbeitgeber im Auge, wie sich auch aus den Gesetzesmaterialien ergibt (BGE 137 IV 159 E. 1.3 mit Hinweis).

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts zum früheren Recht war der Anwendungsbereich von Art. 23 Abs. 4 ANAG mit Rücksicht auf dessen Sinn und Zweck nicht auf Arbeitgeber im zivilrechtlichen Sinne (Art. 319 ff. OR) beschränkt, sondern vielmehr weit zu fassen. «Beschäftigen» im Sinne dieser Bestimmung bedeutete, jemanden eine Erwerbstätigkeit ausüben zu lassen. Auf die Natur des Rechtsverhältnisses kam es nicht an (BGE 128 IV 170 E. 4.1 S. 175 mit Hinweisen). Diese Rechtsprechung hat unter dem neuen Recht weiterhin Bestand.

1.4 Nach den tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz hatte am 17. August 2009 das Bewerbungsgespräch stattgefunden. Der Beschwerdegegner wollte mit dem rund dreistündigen Einsatz von B. abklären, ob sich dieser für die zu besetzende Stelle eignen würde. Er hatte demnach noch keinen Entscheid über die Anstellung getroffen. Ebenso wenig stellt die Vorinstanz fest, dass der Stellenbewerber bereits eine Entscheidung für oder gegen den Abschluss eines Arbeitsvertrages gefällt hatte. Die Parteien befanden sich somit in laufenden Vertragsverhandlungen, und der Einsatz vom 18. und 19. August 2009 war Teil des Evaluationsverfahrens. Dieser Umstand ist wesentlich. Im Vordergrund standen nach den zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz die Bewertung der Fähigkeiten des Stellenbewerbers und – aus dessen Sicht – zudem das Einholen von Informationen über die mögliche Anstellung (Arbeitsplatz, Arbeitsbedingungen, Belegschaft usw.). Gleichzeitig waren ein betrieblicher Nutzen für den Beschwerdegegner und die Ausbildung des Stellenbewerbers (im Gegensatz zu einer Tätigkeit im Rahmen eines Praktikums oder Volontariats) nachrangig. Soweit die Beschwerdeführerin im Übrigen behauptet, die Parteien hätten im Sinne einer «Suspensivbedingung» den Arbeitsvertrag bereits abgeschlossen gehabt und diesen einzig vom erfolgreichen Arbeitseinsatz abhängig gemacht, entfernt sie sich in unzulässiger Weise vom verbindlichen Sachverhalt der Vorinstanz (Art. 105 Abs. 1 BGG). Eine willkürliche (Art. 9 BV) Beweiswürdigung macht sie nicht geltend. Rund vier Wochen nach den eingeklagten Vorfällen trat B., nachdem der Arbeitsvertrag abgeschlossen worden war und der Beschwerdegegner die Arbeitsbewilligung eingeholt hatte, die Stelle als Küchenhilfe im Restaurant A. an.

1.5 Die Vorinstanz qualifiziert den fraglichen Einsatz von B. nicht als Beschäftigung im Sinne von Art. 117 Abs. 1 AuG. Dies ist nicht zu beanstanden.

1.5.1 Unbestritten ist, dass B. über keine Arbeitsbewilligung verfügte. Die Zulassung von Ausländern zur Ausübung einer unselbstständigen Erwerbstätigkeit bedingt unter anderem, dass die Voraussetzungen nach den Art. 20-25 AuG erfüllt sind (Art. 18 AuG). Die Zulassung Asylsuchender richtet sich gemäss Art. 30 Abs. 1 lit. 1 AuG und Art. 43 AsylG nach Art. 52 der Verordnung vom 24. Oktober 2007 über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE; SR 142.201). Danach kann eine vorübergehende Erwerbstätigkeit bewilligt werden, wenn die asylrechtlichen Voraussetzungen nach Art. 43 Abs. 1-3 AsylG sowie die Voraussetzungen von

Art. 18 lit. b AuG (Gesuch des Arbeitgebers), Art. 21 AuG (Vorrang) und Art. 22 AuG (Einhaltung der Lohn- und Arbeitsbedingungen) erfüllt sind. Zudem muss es die Wirtschafts- und Arbeitsmarktlage erlauben.

Mit Blick auf das Ausländergesetz und die VZAE ist zu folgern, dass die entsprechende Bewilligung erst im Zeitpunkt des Stellenantritts und nach erfolgtem Vertragsabschluss vorliegen muss. Nach Art. 91 Abs. 1 AuG, der unter der Marginalie «Sorgfaltspflicht von Arbeitgebern und Dienstleistungsempfängern» steht, hat der Arbeitgeber vor dem Stellenantritt der Ausländerin oder des Ausländers Abklärungen zu treffen betreffend die erforderliche Berechtigung zur Erwerbstätigkeit in der Schweiz. Nach ROSCHACHER ist auf den Arbeitsbeginn nach Vertragsabschluss abzustellen (VALENTIN ROSCHACHER, Die Strafbestimmungen des Bundesgesetzes über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer vom 26. März 1931 [ANAG], 1991, S. 105 f.). Liegt eine Bewilligung nicht vor, ist sie vom Arbeitgeber zu beantragen (Art. 11 Abs. 3 AuG). Nach Art. 22 AuG ist im konkreten Fall nachzuweisen, dass die orts-, berufs- und branchenüblichen Lohn- und Arbeitsbedingungen eingehalten werden. Diese Bestimmung soll inländische Arbeitnehmer vor Lohn- und Sozialdumping und die ausländischen Arbeitnehmer vor finanzieller Ausbeutung schützen (BBl 2002 3781 Ziff. 2.4.2; vgl. auch MANFRED REHBINDER, Berner Kommentar, 1992, N. 14 zu Art. 342 OR). Zu diesem Zweck hat der Arbeitgeber bei der für die Zulassung zum Arbeitsmarkt zuständigen Stelle einen Arbeitsvertrag einzureichen. Dieser muss Angaben zur Dauer der Erwerbstätigkeit, zu den Anstellungsbedingungen und zur Entlohnung enthalten (Art. 22 Abs. 2 VZAE). Aus der Notwendigkeit, dem Gesuch den im konkreten Fall abgeschlossenen und unterzeichneten Arbeitsvertrag beizulegen, erhellt, dass die blossе Bewerbung und die Teilnahme an einem Rekrutierungsprozess nicht von einer Bewilligung abhängig sein können. Vielmehr wird der Arbeitgeber regelmässig im Rahmen der fortgeschrittenen Vertragsverhandlungen das Einholen einer Arbeitsbewilligung zusagen. Liegt diese im entsprechenden Zeitpunkt nicht vor und wird damit die Arbeitsaufnahme verunmöglicht, entsteht möglicherweise eine Schadenersatzpflicht (REHBINDER/STÖCKLI, Berner Kommentar, 2010, N. 8 zu Art. 320 OR).

1.5.2 Zudem erscheint die für beide Parteien unverbindliche Teilnahme an einem Evaluationsverfahren nicht sanktionswürdig. Einem effektiven Stellenantritt gehen in aller Regel eine Vertragsanbahnung (Stellenausschreibung, Auswahlverfahren usw.) und der Abschluss des (Arbeits-) Vertrages voraus. Dass ein ausländischer Bewerber bereits für das Auswahlverfahren und vor dem Vertragsabschluss über eine Arbeitsbewilligung im Sinne von Art. 18 ff. AuG verfügen müsste, ist nicht plausibel, geschweige denn praktikabel. Eine Integration in den Arbeitsmarkt ist in diesem Augenblick nicht erfolgt.

Mit der Vorinstanz ist anzunehmen, dass eine entsprechende Tätigkeit im Rahmen eines Bewerbungsverfahrens keinen Einfluss auf den Arbeits-

markt hat (vgl. EGLI/MEYER, in: Handkommentar zum Bundesgesetz über Ausländerinnen und Ausländer, 2010, N. 6 zu Art. 11 AuG). Der gegenteiligen Auffassung der Beschwerdeführerin kann nicht gefolgt werden. Nicht massgeblich ist der Umstand, dass für andere Kandidaten die Wahrscheinlichkeit einer Anstellung theoretisch geschmälert wird. Dies ist im Übrigen bereits der Fall, sobald der Stellenanbieter nicht nur den inländischen Arbeitnehmer (im Sinne von Art. 21 Abs. 2 AuG) zur Wahl hat, sondern verschiedene Dossiers ausländischer Bewerber prüfen, mit verschiedenen Ausländern Bewerbungsgespräche führen oder mit ihnen Eignungstests durchführen kann. Solange die Stelle nicht besetzt wird, wird die Situation von anderen Bewerbern nicht in relevanter Weise tangiert. Der Arbeitsmarkt wird erst durch die Anstellung respektive mit dem Stellenantritt massgeblich beeinflusst. Hier setzen die fremdenpolizeilichen Bestimmungen an. Die gegenteilige Auffassung der Beschwerdeführerin findet keine Stütze im geltenden Recht (E. 1.5.1) und läuft zudem auf eine Abschottung der inländischen Märkte gegen ausländische Konkurrenz hinaus. Erst bei der konkreten Anstellung respektive dem Stellenantritt sieht das Ausländergesetz einen Inländervorrang vor. Danach setzt die Zulassung zu einer unselbständigen Erwerbstätigkeit den Nachweis voraus, dass keine dafür geeigneten inländischen Arbeitnehmer gefunden werden können (Art. 21 AuG). Der Arbeitgeber muss entsprechende erfolglose Suchbemühungen nachweisen, indem er beispielsweise die zu besetzende Stelle bei den Regionalen Arbeitsvermittlungszentren (RAV) meldet und im Hinblick auf mögliche Kandidaten aus der EU und den EFTA-Staaten im «European Employment Services» ausschreiben lässt (SPESCHA/KERLAND/BOLZLI, Handbuch zum Migrationsrecht, 2010, S. 139). Dadurch soll sichergestellt werden, dass vorhandene fähige Arbeitskräfte berücksichtigt werden, bevor neue Zulassungen bewilligt werden (MARC SPESCHA, in: Migrationsrecht, Kommentar, 2. Aufl. 2009, N. 1 zu Art. 21 AuG).

Selbst wenn nach der Argumentation der Beschwerdeführerin der Beschwerdegegner B. in die engere Auswahl genommen und dessen Stellenantritt einzig von einem erfolgreichen dreistündigen Einsatz abhängig gemacht hätte, bedingte dessen Stellenantritt nach wie vor die behördliche Zulassung zum schweizerischen Arbeitsmarkt und damit die Respektierung des Inländervorrangs im Sinne von Art. 21 AuG. Dies wird in der Beschwerde verkannt. Die fragliche Tätigkeit hat den Schweizer Arbeitsmarkt nicht unterwandert. Die Bestimmungen des Ausländergesetzes und der entsprechenden Verordnungen verhindern, dass neu einreisende Ausländer die inländischen Arbeitskräfte in unerwünschtem Mass konkurrieren. Soweit die Beschwerdeführerin eine Benachteiligung von Mitbewerbern geltend macht, ist ihre Befürchtung deshalb unbegründet. Schliesslich macht es entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin mit Blick auf den Arbeitsmarkt durchaus einen Unterschied, ob die Anstellung eines ausländischen Bewerbers nicht zu Stande kommt oder bei bestehendem Arbeitsver-

trag (während oder nach Ablauf der Probezeit im Sinne von Art. 335b Abs. 1 OR) gekündigt wird.

1.5.3 Indem der Beschwerdegegner B. im Rahmen eines Rekrutierungsprozesses und vor Abschluss eines Arbeitsvertrages probeweise während rund drei Stunden in der Küche seines von ihm geführten Restaurants arbeiten liess, hat er ihn nicht im Sinne von Art. 117 AuG beschäftigt. Daran ändert die von der Beschwerdeführerin angeführte Beweisproblematik nichts. Ob die Schwarzarbeit dem Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer nachgewiesen werden kann, ist eine Frage der Beweiserhebung und Beweiswürdigung.

Bundesgericht, Urteil vom 9. November 2011, Doss.-Nr. 4A_356/2011 (Bestätigung des Urteils des Obergerichts des Kantons Zürich vom 20. April 2011)

Die Verweigerung einer Gratifikationszahlung verstösst gegen das individuelle Diskriminierungsverbot, wenn damit ein Arbeitnehmer gegenüber einer Vielzahl von anderen Arbeitnehmern deutlich ungünstiger gestellt wird. Der Arbeitnehmer kann nach dem Vertrauensprinzip eine betriebliche Übung hinsichtlich der Ausrichtung von Gratifikationen auch für sich in Anspruch nehmen, sofern der Einzelarbeitsvertrag die Ausrichtung einer Gratifikation nicht ausdrücklich ausschliesst. Vorliegend wurde für die befristete zweijährige Vertragsdauer ein Bonus von jährlich Fr. 800 000.– garantiert, wobei sich der Vertrag hinsichtlich der Bonusregelung in einem weitergeführten unbefristeten Arbeitsvertrag ausschieg. Der Arbeitnehmer erhielt im dritten Jahr keinen Bonus zugesprochen, obwohl es der Bonuspolitik der Arbeitgeberin entsprach, allen Frontoffice-Angestellten einen Bonus auszubezahlen. Die Vorinstanz überschritt das ihr bei der Vertragsergänzung zustehende Ermessen nicht, wenn sie annahm, die Parteien hätten gemäss dieser Übung für den Fall der Weiterführung des Vertrages nach zwei Jahren dem Grundsatz nach einen weiteren Anspruch auf Bonuszahlungen vorgesehen, welche jedoch der Höhe nach nicht mehr zugesichert sind. Sie überschritt auch nicht ihren Ermessenspielraum, wenn sie die in Anlehnung an die Ausrichtung an die übrigen Arbeitnehmer festgelegte Gratifikation wegen der gekündigten Stellung des Arbeitnehmers um einen Drittel kürzte (E. 7.4, 7.5 und 11.2).

Sachverhalt:

A. (Arbeitnehmer) war ab dem 15. April 2000 in der Zweigniederlassung Zürich der X. (Arbeitgeberin), mit Sitz in Frankreich, als Senior Analyst und Sektorkoordinator im Bereich Pharma tätig. Der auf Englisch ver-

fasste Arbeitsvertrag vom 23. Dezember 1999 sah in § 4 betreffend die Entlohnung dem Sinne nach vor, der Vertrag solle zwei Jahre gelten und der jährliche Fixlohn von Fr. 270 000.– sei nach der zweijährigen Vertragsdauer als Minimum zu betrachten, wenn keine Partei den Vertrag künde. Die Arbeitgeberin verpflichtete sich, dem Arbeitnehmer für den Verlust des Bonus für das Jahr 1999 bei seinem aktuellen Arbeitgeber eine Entschädigung von Fr. 850 000.– und für das Jahr 2000 einen minimalen Bonus von Fr. 800 000.– zu bezahlen. Dieser war Ende März 2001 fällig, jedoch nur, wenn das Arbeitsverhältnis zu diesem Zeitpunkt noch andauert und es der Arbeitnehmer auch nicht gekündigt hat und/oder die Arbeitgeberin keine Kündigung aus wichtigem Grund («dismissal notice for cause») ausgesprochen hat. Unter den gleichen Bedingungen sicherte die Arbeitgeberin dem Arbeitnehmer für das Jahr 2001 einen zumindest gleich hohen Bonus zu, wenn das Umfeld des europäischen Aktienmarktes demjenigen in den Jahren 1999 und 2000 entspricht. In § 9 unter dem Titel «Entire Agreement» sah der Vertrag ferner vor: «This Agreement supercedes all previous written or oral agreements between the parties. Any amendment or alteration of this Agreement must be in writing.» Die Arbeitgeberin bezahlte dem Arbeitnehmer für den ihm im Jahr 1999 entgangenen Bonus eine Entschädigung von Fr. 850 000.–, für das Jahr 2000 einen Bonus von Fr. 880 000.– und für das Jahr 2001 einen solchen von Fr. 800 000.–. Mit Schreiben vom 14. März 2003 kündigte die Arbeitgeberin das Arbeitsverhältnis per 30. September 2003 und stellte den Arbeitnehmer frei. Für das Jahr 2002 bezahlte sie ihm keinen Bonus.

Mit Klage vom 4. März 2004 belangte der Arbeitnehmer (Kläger) die Arbeitgeberin (Beklagte) beim Arbeitsgericht des Kantons Zürich auf Zahlung eines Bonus von Fr. 560 000.– für das Jahr 2002 zuzüglich Zins von 5% seit 1. April 2003 und auf Zahlung einer Ferienentschädigung von brutto Fr. 28 124.– nebst Zins seit 4. April 2003. Das Arbeitsgericht hiess die Klage am 4. Juli 2005 betreffend die von der Beklagten anerkannte Ferienentschädigung gut und wies die Klage im Übrigen ab. Nach Rückweisung der Sache durch das Obergericht des Kantons Zürich verpflichtete das Arbeitsgericht die Beklagte mit Urteil vom 15. Dezember 2009, dem Kläger für das Jahr 2002 einen Bonus von Fr. 100 000.– nebst 5% Zins seit 1. April 2003 zu bezahlen und wies die Bonusforderung im Mehrbetrag ab. Auf Berufung des Klägers und Anschlussberufung der Beklagten verpflichtete das Obergericht die Beklagte am 20. April 2011, dem Kläger als Bonus für das Jahr 2002 Fr. 267 000.– brutto zuzüglich Zins von 5% ab 1. April 2003 zu bezahlen. Die Beklagte (Beschwerdeführerin) erhebt Beschwerde in Zivilsachen mit den Anträgen, das Urteil des Obergerichts vom 20. April 2011 aufzuheben und die Klage betreffend den Bonus für das Jahr 2002 abzuweisen. Eventuell sei die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Mit Präsidialverfügung vom 5. Juli 2011 hat das Bundesgericht der Beschwerde die aufschiebende Wirkung erteilt. Das Obergericht verzichtet auf eine Vernehmlassung. Der Kläger (Be-

schwerdegegner) schliesst auf Abweisung der Beschwerde und stellt darüber hinaus die Begehren, das Urteil des Obergerichts vom 20. April 2011 aufzuheben und die Klage betreffend den Bonus für das Jahr 2002 im Umfang von Fr. 560 000.– zuzüglich Zins gutzuheissen.

Aus den Erwägungen:

2.

Der Beschwerdegegner hat innert der Beschwerdefrist von Art. 100 Abs. 1 BGG keine Beschwerde erhoben. In seiner Vernehmlassung zur Beschwerde der Beschwerdeführerin stellt er die Anträge, das angefochtene Urteil aufzuheben und die Klage im Umfang von Fr. 560 000.– gutzuheissen. Auf diese Anträge ist nicht einzutreten, weil das BGG eine Anschlussbeschwerde nicht zulässt (Art. 90 ff. BGG; BGE 134 III 332 E. 2.5 S. 335; Urteil 4A_347/2009 vom 16. November 2009 E. 1.2).

3.

Die vorliegende Streitigkeit betrifft aufgrund des Sitzes der Beschwerdeführerin in Frankreich ein internationales Privatrechtsverhältnis, bei dem das Bundesgericht das anwendbare Recht von Amtes wegen prüft (BGE 131 III 153 E. 3; 118 II 83 E. 2b). Die Vorinstanz geht zutreffend von der Anwendung schweizerischen Rechts aus, da die Parteien in § 11 des Arbeitsvertrages eine entsprechende Rechtswahl getroffen haben (Art. 116 IPRG).

4.

4.1 Eine Vertragslücke liegt vor, wenn die Parteien eine Rechtsfrage, die den Vertragsinhalt betrifft, nicht oder nicht vollständig geregelt haben. Ob der Vertrag in diesem Sinn einer Ergänzung bedarf, ist vorerst durch subjektive (empirische), bei deren Ergebnislosigkeit durch objektive (normative) Auslegung zu ermitteln (BGE 115 II 484 E. 4 S. 487 mit Hinweisen). Der Richter hat somit in erster Linie den übereinstimmenden wirklichen Parteiwillen zu ermitteln (Art. 18 Abs. 1 OR). Nur wenn eine tatsächliche Willensübereinstimmung unbewiesen bleibt, sind zur Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens die Erklärungen der Parteien aufgrund des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten (BGE 133 III 406 E. 2.2. S. 409; Urteil 5A_122/2008 vom 30. Juli 2008 E. 3.1, in: Pra 2009 Nr. 42 S. 269).

4.2 Das Obergericht kam zum Ergebnis, die Beschwerdeführerin habe nicht beweisen können, dass die Parteien einen klagbaren Gratifikationsanspruch des Beschwerdeführers für das Geschäftsjahr 2002 hätten ausschliessen wollen. Der Zeuge B. (Direktor bei der Beschwerdeführerin) habe einräumen müssen, dass er sich nicht mehr daran erinnere, was beim Abschluss des Arbeitsvertrages mit dem Beschwerdegegner konkret diskutiert worden sei. Er habe betont, dass es für die Jahre 2000 und 2001 einen garantierten Bonus und einen garantierten Lohn gegeben habe. Er habe nie

gesagt, dass der Beschwerdegegner kein Recht mehr auf einen Bonus gehabt hätte. Tatsächlich hätten sie ihm auch CHF oder EUR 1'000.– (für das Jahr 2002) vorgeschlagen. Der Zeuge habe also nicht bestätigt, dass mit dem Beschwerdeführer abgemacht worden sei, er habe für das Jahr 2002 keinen Anspruch auf einen Bonus und dass deshalb im Arbeitsvertrag nichts darüber geschrieben worden sei.

4.3 Die Beschwerdeführerin rügt, diese Feststellung sei willkürlich, da der Zeuge B. in der Einvernahme vom 7. April 2009 ausgeführt habe, für die Zeit danach (d.h. nach 2000 und 2001) sei dem Beschwerdegegner ein Lohn garantiert worden, aber kein Bonus.

4.4 Auch im Hinblick auf diese Aussage erscheint die vorinstanzliche Beweiswürdigung nicht als unhaltbar, zumal unbestritten ist, dass ein Bonus für das Jahr 2002 nicht ausdrücklich zugesichert wurde. Dies muss indessen keineswegs bedeuten, dass dem Beschwerdegegner nicht dennoch für dieses Jahr ein Anspruch auf einen Bonus zusteht. Hinzu kommt, dass sich der Zeuge B. nach eigenen Angaben nicht mehr daran zu erinnern vermochte, was im konkreten Fall diskutiert wurde. Er musste zur Auffrischung des Gedächtnisses den Vertrag zur Hand nehmen, um darin zu lesen, was vereinbart worden war. Der Zeuge konnte also bezüglich des damaligen tatsächlichen Vertragswillens der Parteien ohnehin keine verlässlichen Angaben machen.

4.5 Die Beschwerdeführerin beanstandet, das Obergericht habe bei der Feststellung des wirklichen Willens der Parteien den Wortlaut des Arbeitsvertrages ausser Acht gelassen, der ein qualifiziertes Schweigen (zusätzlich) hätte unterstreichen können. In diesem Zusammenhang habe das Obergericht ihren Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt, weil es ihre Vorbringen nicht tatsächlich gehört, geprüft und in der Entscheidungsfindung berücksichtigt habe.

4.6 Die Beschwerdeführerin legt weder dar, inwiefern das Obergericht in Willkür verfallen sein soll, wenn es aus dem Wortlaut des Arbeitsvertrages nicht auf ein qualifiziertes Schweigen schloss, noch welche Vorbringen das Obergericht nicht gehört haben soll. Auf die Rügen ist daher mangels rechtsgenügender Begründung nicht einzutreten.

5.

5.1 Das Obergericht lehnte bezüglich der Frage, ob die Parteien einen klagbaren Bonusanspruch des Beschwerdegegners für 2002 bewusst ausgeschlossen haben, die Einholung eines Gutachtens zu den Gepflogenheiten in der Bankenbranche ab, da ein solches Gutachten die Frage nicht beantworten könne.

5.2 Die Beschwerdeführerin bringt vor, das beantragte Gutachten hätte belegen können, dass ein qualifiziertes Schweigen bezüglich eines Bonusanspruches des Beschwerdegegners für 2002 vorliege. Das Obergericht habe damit ohne sachlichen Grund ein wichtiges Beweismittel unberücksichtigt gelassen und damit gegen das Willkürverbot gemäss Art. 9 BV

verstossen und den Anspruch auf rechtliche Gehör der Beschwerdeführerin verletzt.

5.3 Inwiefern ein Gutachten zu den Gepflogenheiten in der Bankenbranche die Frage nach dem konkreten Parteiwillen soll beantworten und Aufschluss darüber geben können, ob die Parteien dem Beschwerdegegner einen klagbaren Bonusanspruch auch ab dem Jahr 2002 einräumen wollten oder nicht, ist nicht ersichtlich. Das Obergericht hat daher mit der Ablehnung dieses Beweisantrags kein Verfassungsrecht verletzt.

5.4 Aus dem Gesagten folgt, dass das Obergericht kein Bundesrecht verletzt, wenn es einen tatsächlichen übereinstimmenden Vertragswillen der Parteien bezüglich der Regelung des Bonus für das Jahr 2002 für unbewiesen hielt.

6.

6.1 Im Rückweisungsbeschluss vom 14. März 2007 qualifizierte das Obergericht die Bonuszahlungen der Jahre 2000 und 2001 als Gratifikationen und erwog, die Regelung der Bonuszahlungen in § 4 des Vertrages beziehe sich nur auf die zunächst fest vereinbarte Vertragsdauer von zwei Jahren. Aus dieser Regelung könne daher für Bonuszahlungen in einem weitergeführten unbefristeten Arbeitsvertrag nichts abgeleitet werden. Gemäss § 9 der Vereinbarung hätte jede Änderung, Ergänzung oder jeder Zusatz (amendment, alteration) in schriftlicher Form erfolgen müssen. Da für die Zeit nach Ablauf der zwei Jahre keine Regelung betreffend Bonuszahlungen vorliege, und die Parteien nachträglich keine schriftliche Ergänzung der Vereinbarung getroffen hätten, könne hier eine Lücke im Vertrag bestehen.

6.2 Im angefochtenen Urteil bestätigte das Obergericht diese Erwägungen und kam zum Ergebnis, es bestehe eine Vertragslücke. Beide Parteien hätten die vertraglich vereinbarten Boni für die Jahre 2000 und 2001 damit begründet, dass die Zweigniederlassung der Beschwerdeführerin in der Schweiz (im Dezember 1999) neu gegründet worden sei und ihre wirtschaftliche Zukunft ungewiss gewesen sei. Dem Beschwerdegegner sei es darum gegangen, mit dem Wechsel zur Beschwerdeführerin keine Verminderung der Einkünfte im Vergleich zu seiner vorherigen Anstellung zu riskieren, bei der er im Jahre 1998 einen Fixlohn von etwa [Fr.] 150 000.– und einen Bonus von ca. [Fr.] 600 000.– erzielt habe. Mit der Garantie der Boni für die Jahre 2000 und 2001 habe die Beschwerdeführerin ihr hohes Interesse daran gezeigt, den Beschwerdegegner als Mitarbeiter zu gewinnen. Längerfristig hätten die Parteien daran interessiert sein müssen, das Vertragsverhältnis unter marktkonformer Entlohnung des Beschwerdegegners weiterzuführen. Gemäss seinen Parteiaussagen hätte die Höhe der ab 2002 nicht festgelegten Boni von der Marktsituation abhängen sollen. Zur allgemeinen Bonuspolitik der Beschwerdeführerin habe der Zeuge B. ausgeführt, es sei allen Frontoffice-Angestellten ein Lohn und ein Bonus ausbezahlt worden. 25% der von den Kunden erhaltenen Kommissionen nach Abzug der Kosten seien als Lohnhöhe und – falls ein Rest verblieben sei –

als Boni ausbezahlt worden. Die Boni seien individuell und nach Ermessen des Managements zugeteilt worden. Ab 2002 hätte dieses System für die Zweigniederlassung in der Schweiz übernommen werden sollen. Aus diesen Äusserungen sei zu schliessen, dass beide Parteien für die Zeit ab 2002 wenigstens grundsätzlich von Bonuszahlungen ausgegangen seien. Da der Vertrag aber diesbezüglich keine Regelung enthalte, erweise er sich als lückenhaft.

6.3 Die Beschwerdeführerin vertritt den Standpunkt, es bestehe keine Vertragslücke. Der Arbeitsvertrag regle den Bonusanspruch nur für die feste Vertragsdauer 2000–2001. Für die Zeit danach enthalte er keine Bonusregelung. Daraus habe nach Treu und Glauben geschlossen werden müssen, dass für diese Zeit die Auszahlung eines Bonus allein auf freiwilliger Basis beruhe, zumal der vom Beschwerdegegner verlangte Bonus sich in einer Grössenordnung bewege, die klar hätte formuliert sein müssen. Das Fehlen einer vertraglichen Regelung eines Bonusanspruchs für diese Zeit sei daher als qualifiziertes Schweigen zu verstehen. Dies ergebe sich auch aus der Vollständigkeitsklausel in § 9 des Arbeitsvertrages. Das Obergericht habe nur dessen zweiten Satz, wonach jede Änderung, Ergänzung oder Zusatz der Vereinbarung in schriftlicher Form erfolgen müsse, berücksichtigt. Den ersten Satz von § 9, der besage, dass die Vereinbarung alle vorgängigen schriftlichen oder mündlichen Abreden zwischen den Parteien ersetze, habe es dagegen nicht gewürdigt. Vernünftige Parteien hätten ihm entnehmen müssen, dass der Arbeitsvertrag die gesamte Vereinbarung der Parteien umfasse, dass mit anderen Worten eine Berufung darauf, die Parteien hätten etwas vereinbart, was nicht explizit im Vertrag niedergeschrieben war, ausgeschlossen sei.

6.4 Der erste Satz von § 9 des Arbeitsvertrages betrifft die weitere Gültigkeit früherer Parteivereinbarungen. Da die Parteien bezüglich des Bonus für das Jahr 2002 jedoch keine Vereinbarung getroffen haben, kommt diesem Satz keine entscheidende Bedeutung zu. Inwiefern der zweite Satz von § 9 entgegen der Ansicht des Obergerichts eine Vertragslücke ausschliesse soll, ist nicht ersichtlich, da die Vollständigkeitsklausel – wie ihr Name besagt – von der Vollständigkeit des Vertrages ausgeht, was bei einem lückenhaften Vertrag gerade nicht zutrifft.

6.5 Sodann wendet die Beschwerdeführerin ein, unter Berücksichtigung des Parteiverhaltens, der Interessenlage der Parteien, des dispositiven Rechts und der Usancen im Bankbereich hätte der Arbeitsvertrag so verstanden werden müssen, dass eine Gratifikation ab dem Jahr 2002 freiwillig gewesen sei, was eine Lücke ausschliesse. Zudem liege keine Lücke vor, weil eine solche meist dadurch entstehe, dass die Parteien im Zeitpunkt des Vertragsschlusses eine sich nachträglich stellende Frage nicht gesehen und deshalb nicht geregelt hätten. Vorliegend hätte den Parteien jedoch bereits bei Vertragsschluss klar sein müssen, dass sich die Bonusfrage spätestens ab 2002 stellen würde, weil diesbezüglich keine vertragliche Regelung bestand.

6.6 Mit dieser Argumentation stellt die Beschwerdeführerin im Ergebnis nicht das Vorliegen einer Vertragslücke zufolge fehlender Regelung des Bonus für das Jahr 2002 in Abrede, sondern legt dar, wie diese ihrer Ansicht nach zu füllen sei. Auf diese Frage ist nachstehend einzugehen. Jedenfalls hat das Obergericht kein Bundesrecht verletzt, wenn es annahm, die fehlende vertragliche Regelung bezüglich des Anspruchs auf einen Bonus für das Jahr 2002 bilde eine Lücke im Rechtssinne.

7.

7.1 Ist ein lückenhafter Vertrag zu ergänzen, so hat der Richter – falls dispositive Gesetzesbestimmungen fehlen – zu ermitteln, was die Parteien nach dem Grundsatz von Treu und Glauben vereinbart hätten, wenn sie den nicht geregelten Punkt in Betracht gezogen hätten. Bei der Feststellung dieses hypothetischen Parteiwillens hat er sich am Denken und Handeln vernünftiger und redlicher Vertragspartner sowie an Wesen und Zweck des Vertrages zu orientieren. Die richterliche Vertragsgestaltung ist eine normative Tätigkeit, die regelmässig mit Ermessen verbunden ist (BGE 115 II 484 E. 4b S. 488; Urteil 5A_122/2008 vom 30. Juli 2008 E. 3.4, in: Pra 2009 Nr. 42 S. 275; Urteil 4C.286/2005 vom 18. Januar 2006 E. 2.2 mit Hinweisen). Das Bundesgericht überprüft derartige Ermessensentscheide mit Zurückhaltung und greift nur ein, wenn die Vorinstanz grundlos von in Lehre und Rechtsprechung anerkannten Grundsätzen abgewichen ist, wenn sie Tatsachen berücksichtigt hat, die für den Entscheid im Einzelfall keine Rolle hätten 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 136 III 278 E. 2.2.1 S. 279; 135 III 121 E. 2 S. 123 f. mit Hinweisen).

7.2 Das Obergericht ging bei der Lückenfüllung davon aus, die Beschwerdeführerin habe sich einem vertraglichen Anspruch auf Bonuszahlung angesichts der für die ersten beiden Jahre vereinbarten Boni in beträchtlicher Höhe kaum widersetzen können. Ihr Interesse habe darin gelegen, die Höhe des Anspruchs von Bedingungen abhängig zu machen. Nach Auffassung beider Parteien hätten der Geschäftsgang und die persönliche Leistung des Beschwerdeführers beachtliche Kriterien für die Festlegung des Bonus dargestellt. Der Vertrag sei daher dahin zu ergänzen, dass dem Beschwerdeführer grundsätzlich ein Bonusanspruch zustand, dieser jedoch von den genannten Kriterien abhing und allenfalls auch Null ein konnte (sog. unechte Gratifikation).

7.3 Die Beschwerdeführerin wirft dem Obergericht vor, in Willkür verfallen zu sein, wenn es annimmt, sie – die Beschwerdeführerin – hätte sich angesichts der für die ersten beiden Jahre vereinbarten Boni einem Begehren des Beschwerdegegners nach einem vertraglichen Anspruch auf Ausrichtung von Boni nicht widersetzen können. Die beiden ersten Boni hätten anerkanntermassen die Absicherung des Beschwerdegegners bezweckt, weil er für eine neu gegründete Zweigniederlassung gearbeitet

habe, deren wirtschaftliche Zukunft ungewiss gewesen sei. Dieser spezielle Zweck sei nach 2001 entfallen. Hinzu komme, dass Boni in der Bankenbranche grundsätzlich als freiwillige Leistungen konzipiert seien. Würde die Argumentation des Obergerichts verallgemeinert, wären freiwillige Boni ausgeschlossen, wenn bereits zwei garantierte Boni in «beträchtlicher» Höhe zugesichert wurden. Das Obergericht argumentiere widersprüchlich, wenn es bei der Vertragsauslegung einerseits annehme, aus den während der festen Vertragsdauer garantierten Boni könne nichts für die Weitergeltung von Bonuszahlungen in einem unbefristeten Vertragsverhältnis abgeleitet werden und andererseits im Rahmen der Vertragsergänzung aus den zugesicherten Boni auf einen hypothetischen Parteiwillen zur grundsätzlichen Einräumung eines Bonusanspruchs ab 2002 schliesse. Indem das Obergericht im Rahmen der Vertragsergänzung die Vereinbarung einer unechten, d.h. grundsätzlich geschuldeten, Gratifikation annehme, verletze es ebenfalls Art. 18 OR, da vom dispositiven Recht auszugehen sei, welches in Art. 322d Abs. 1 OR vorsehe, dass grundsätzlich kein Anspruch auf eine Gratifikation bestehe.

7.4 Das Bundesgericht hat erkannt, die Verweigerung einer Gratifikationszahlung könne gegen das individuelle Diskriminierungsverbot verstossen, wenn damit ein Arbeitnehmer gegenüber einer Vielzahl von anderen Arbeitnehmern deutlich ungünstiger gestellt wird (BGE 129 III 276 E. 3.1. S. 282 f.). Entsprechend wird in der Lehre postuliert, ein Arbeitnehmer könne nach dem Vertrauensprinzip eine betriebliche Übung hinsichtlich der Ausrichtung von Gratifikationen auch für sich in Anspruch nehmen, sofern der Einzelarbeitsvertrag die Ausrichtung einer Gratifikation nicht ausdrücklich ausschliesse (ADRIAN STAEHELIN, Zürcher Kommentar, 4. Aufl. 2006, N. 11 zu Art. 322d OR; REHBINDER/STÖCKLI, in: Berner Kommentar, 2010, N. 9 zu Art. 322d OR; CHRISTIANE BRUNNER UND ANDERE, Kommentar zum Arbeitsvertragsrecht, 3. Aufl. 2005, S. 73; vgl. auch: WOLFGANG PORTMANN, in: Basler Kommentar, OR I, 4. Aufl. 2007, N. 6 und 13 zu Art. 322d OR).

7.5 Gemäss den vorinstanzlichen Feststellungen entspricht es der Bonuspolitik der Beschwerdeführerin, allen Frontoffice-Angestellten einen Bonus auszubezahlen. Entsprechend haben mit einer Ausnahme alle Mitarbeiter der Filiale Zürich für das Jahr 2002 einen Bonus erhalten. Bei der Beschwerdeführerin war somit die Ausrichtung von Boni bzw. Gratifikationen üblich. Das Obergericht hat demnach das ihm bei der Vertragsergänzung zustehende Ermessen nicht überschritten, wenn es annahm, die Parteien hätten gemäss dieser Übung für den Fall der Weiterführung des Vertrages nach zwei Jahren dem Grundsatz nach einen weiteren Anspruch auf Bonuszahlungen vorgesehen, welche jedoch der Höhe nach nicht mehr zugesichert sind.

8.

8.1 Weiter erwog das Obergericht, die Kündigung nach Ablauf des Jahres 2002 hätte den Anspruch auf einen Bonus für dieses Jahr nicht

grundsätzlich hinfällig werden lassen, sei er doch Entgelt für gute Leistungen und einen erfolgreichen Geschäftsgang.

8.2 Die Beschwerdeführerin wendet ein, gemäss § 4 des Arbeitsvertrages seien die zur der Absicherung des Risikos des Stellenwechsels garantierten Boni für die Jahre 2000 und 2001 von der ungekündigten Stellung des Arbeitnehmers abhängig gemacht worden. Diese Voraussetzung müsse umso mehr auch für allfällige Boni ab 2002 gelten, da diese nicht garantiert wurden und auch nicht mehr die Funktion der Risikoabsicherung haben konnten. Zudem sei in der Bankenpraxis üblich, dass Arbeitnehmer in gekündigter Stellung keinen Bonus erhielten. Die Eigennormen der Parteien und die Verkehrsübung wiesen somit darauf hin, dass die Parteien gemäss ihrem hypothetischen Vertragswillen einen allfälligen Bonusanspruch ab dem Jahr 2002 an die Bedingung der ungekündigten Stelle geknüpft hätten. Da die Kündigung vor Ende März 2003 ausgesprochen worden sei und nicht gegen das Rechtsmissbrauchsverbot verstossen habe, sei die Bonusklage für das Jahr 2002 vollumfänglich abzuweisen.

8.3 Bei der Vertragsergänzung ist hinsichtlich der Ausrichtung von Boni gemäss dem Gleichbehandlungsgrundsatz auf die Übung bei der Arbeitgeberin und nicht auf eine mögliche allgemeine Branchenübung abzustellen (vgl. E. 7.4 hiavor).

8.4 Dass bei der Beschwerdeführerin üblicherweise auch eine durch sie ausgesprochene Kündigung den Wegfall des Bonus bewirkt hätte, geht aus dem angefochtenen Urteil nicht hervor. Dies musste der Beschwerdegegner auch nicht aus seinem Arbeitsvertrag ableiten, da dieser den Wegfall des Bonus nicht allgemein bei gekündigtem Arbeitsverhältnis, sondern nur bei Kündigung durch den Arbeitnehmer oder bei Kündigung des Arbeitgebers «for cause», d.h. aus wichtigem Grund vorsah (vgl. KARIN LINHART, Wörterbuch Recht, Englisch-Deutsch, Deutsch-Englisch, Manz 2010, S. 26; Online Wörterbuch der Leo GmbH, München [dict.leo.org], das «to terminate a contract for cause», mit «aus wichtigem Grund kündigen» übersetzt; ebenso: dict.cc Englisch-Deutsch-Wörterbuch [www.dict.cc]). Im vorliegenden Fall hat die Beschwerdeführerin den Arbeitsvertrag gekündigt, weil sie beabsichtigte, den Beschwerdegegner künftig in London einzusetzen, eine Einigung jedoch aufgrund unterschiedlicher Verhandlungspositionen, die den Wechsel des Arbeitsortes betrafen, nicht zustande kam. Dies konnte dem Beschwerdegegner nicht als Pflichtverletzung bzw. als wichtiger Grund zur Kündigung angelastet werden, da die Beschwerdeführerin nicht geltend macht, er sei vertraglich verpflichtet gewesen, eine Versetzung zu akzeptieren. Die Vorinstanz hat ihr Ermessen damit auch mit der Verneinung des Vorbehalts der ungekündigten Stellung im Zeitpunkt der Fälligkeit des Bonus nicht überschritten. Damit kann offenbleiben, ob ein solcher Vorbehalt in Anbetracht des Umstandes, dass dem Beschwerdegegner in den Jahren 2000 und 2001 den Fixlohn bei weitem übersteigende Boni bezahlt wurden, zulässig gewesen wäre (vgl. BGE 129 III 276 E. 2.1 S. 279 f.; 131 III 615 E. 5.2 S. 621).

9.

9.1 Das Obergericht erwog, die Beschwerdeführerin hätte die Höhe des Bonus des Beschwerdegegners für das Jahr 2002 trotz weitgehender Bemessungsfreiheit auf die Bonuszahlungen an andere Arbeitnehmer in der Zweigniederlassung Zürich abgestimmt. Eine Differenzierung der Boni aufgrund des Arbeitsortes, des Geschäftsgangs der Filiale und des Umstandes, dass sich diese im Aufbau befand, sei zulässig. Demnach sei zu berücksichtigen, dass die Zweigniederlassung auch im Jahr 2002 Verluste erlitt. Der Beschwerdegegner anerkenne, dass sich das Marktumfeld im Jahr 2002 verschlechterte und die Aktienmärkte deutliche Verluste erlitten, weshalb er eine Reduktion des Bonus um 30% akzeptiere. Gemäss einer Zusammenstellung der Beschwerdeführerin über die Mindest-, Höchst- und Durchschnittsboni ihrer Mitarbeiter in der Schweiz für die Jahre 1999 bis 2003 habe der Beschwerdegegner in den Jahren 2000 und 2001 mit Fr. 880 000.– und 800 000.– jeweils den höchsten Bonus erhalten. Im Jahr 2002 habe der höchste Bonus Fr. 400 000.– betragen. Daher und aufgrund seiner Stellung als Senior Analyst und Sektorkoordinator liege nahe, dass der Bonusanspruch des Beschwerdegegners in dieser Grössenordnung anzusiedeln sei, sofern keine bei ihm liegenden Umstände eine Abweichung rechtfertigten. Der sinngemäss erhobene Einwand der Beschwerdeführerin, der Bonus von Fr. 400 000.– sei zugesichert gewesen, sei verspätet vorgebracht worden (§ 267 Abs. 1 der Zürcher Zivilprozessordnung vom 13. Juni 1976 [aZPO/ZH]). Der Zeuge B. habe lediglich gesagt, falls er sich richtig erinnere, habe es eine oder zwei Personen gegeben, die einen garantierten Bonus gehabt hätten, weil sie frisch rekrutiert worden seien.

9.2 Die Beschwerdeführerin erblickt darin eine willkürliche Anwendung kantonalen Prozessrechts. Gemäss § 267 Abs. 1 in Verbindung mit § 115 Abs. 2 aZPO/ZH dürften im Berufungsverfahren Behauptungen vorgebracht werden, welche durch neu eingereichte Urkunden sofort bewiesen werden können. Diese Voraussetzung habe vorgelegen, da die Beschwerdeführerin durch eine mit der Berufungsantwort eingereichte Zusammenstellung die Berechnung des Höchst- und Durchschnittsbonus unter Ausklammerung der garantierten Boni für das Jahr 2002 präzisiert und sofort bewiesen habe. Diese Zusammenstellung sei beweistauglich gewesen, da das Arbeitsgericht bereits die ursprüngliche Zusammenstellung als taugliches Beweismittel erachtet habe.

9.3 Nach § 267 Abs. 1 aZPO/ZH ist vor der Berufungsinstanz neues Vorbringen unter den Voraussetzungen von §§ 115 und 138 zulässig. § 115 Ziff. 2 aZPOZH lässt neue Behauptungen zu, deren Richtigkeit durch neu eingereichte Urkunden sofort bewiesen werden können.

9.4 Die von der Beschwerdeführerin eingereichte Zusammenstellung wurde offensichtlich von ihr für den Prozess verfasst und ist daher als blosser Parteibehauptung ohne Beweiswert zu qualifizieren. Das Obergericht ist demnach nicht in Willkür verfallen, wenn es diese Zusammenstellung nicht als taugliche Beweisurkunde im Sinne von § 115 Ziff. 2

aZPO/ZH qualifizierte. Daran vermag entgegen der Meinung der Beschwerdeführerin nichts zu ändern, dass ihre erste Aufstellung vom Arbeitsgericht anerkannt wurde und die Aussage des Zeugen B. ein Indiz dafür bildete, dass diese Liste auch garantierte Boni enthielt. Demnach hat das Obergericht auch den aus Art. 8 ZGB abgeleiteten Beweisführungsanspruch nicht verletzt, wenn es die zweite Zusammenstellung als nicht beweistauglich ansah.

9.5 Weiter wendet die Beschwerdeführerin ein, entgegen der Annahme des Obergerichts hätte eine Vereinbarung, wonach sich der Bonus für die Jahre nach der festen Vertragsdauer jeweils nach dem höchsten in der Zweigniederlassung Zürich ausbezahlten richte, nicht dem hypothetischen Willen der Parteien entsprochen. Eine solche Vereinbarung sei unüblich. Sie widerspreche dem Umstand, dass der Beschwerdegegner in der Zweigniederlassung Zürich bloss in der zweithöchsten hierarchischen Position angestellt gewesen sei. Hinzu komme, dass die Boni für 2000 und 2001 garantierte Boni, d.h. von der persönlichen Leistung und Marktumfeld sowie Geschäftsgang unabhängig gewesen seien. Das Obergericht sei jedoch selber davon ausgegangen, der Bonus für das Jahr 2002 solle vom Geschäftsgang und von der persönlichen Leistung abhängig sein. Aufgrund seiner Stellung als Senior Analyst und Sektorkoordinator sei der Beschwerdegegner für den Erfolg der Zweigniederlassung Zürich mitverantwortlich gewesen und habe sich einen grösseren Teil des unternehmerischen Risikos anrechnen zu lassen als Arbeitnehmer der Basis. Deshalb sei anzunehmen, die Parteien hätten hypothetisch vereinbart, der Beschwerdegegner werde bei Misserfolg einen massiv gekürzten oder keinen Bonus erhalten. C., dem Hauptverantwortlichen der Zweigniederlassung Zürich, sei denn für das Jahr 2002 auch kein Bonus ausbezahlt worden, obwohl die meisten anderen Mitarbeiter einen solchen erhalten hätten. Das Obergericht habe das rechtliche Gehör der Beschwerdeführerin verletzt, indem es diese Tatsache nicht gewürdigt habe, obwohl die Beschwerdeführerin mehrfach darauf hingewiesen habe.

9.6 Hat sich ein Arbeitgeber dem Grundsatz nach zur Ausrichtung einer Gratifikation vertraglich verpflichtet, muss ihm bei der Bemessung des Gratifikationsbetrages ein gewisses Ermessen eingeräumt werden. Dabei darf er jedoch nicht willkürlich, d.h. aus sachfremden Gründen, einen Arbeitnehmer schlechter stellen als die übrigen. Insoweit besteht ein Anspruch auf Gleichbehandlung (Urteil 4C.364/2004 vom 1. Juli 2005 E. 3.1 mit Hinweisen). Demnach sind bei der richterlichen Bestimmung der Höhe der bloss dem Grundsatz nach zugesicherten Gratifikationen die bisherigen Zahlungen an den betroffenen Mitarbeiter in früheren Jahren und die generelle Anpassung der Gratifikation der Mitarbeiter im Betrieb zu berücksichtigen (PETER REINERT, Variable Gehaltsysteme aus arbeitsrechtlicher Sicht, AJP 1999, S. 3 ff., 11). Das Bundesgericht hat zur Bestimmung der Höhe eines dem Grundsatz nach zugesicherten Bonus eines Vizepräsidenten bzw. Direktors einer Bank für das Jahr 2002 auf den ihm für das Jahr

2001 bezahlten Bonus abgestellt und diesen um die im Betrieb für Direktoren (fr. directeur de service) durchschnittlich vorgenommenen Bonuskürzungen herabgesetzt (Urteil 4C.475/2005 vom 30. Mai 2005 E. 3.1 und 3.2).

9.7 Die Beschwerdeführerin hat dem Beschwerdegegner für das Jahr 2000 einen Bonus ausbezahlt, der die Zusicherung um Fr. 80 000.– übersteigt. Dies widerlegt, dass es sich dabei um einen garantierten Bonus handelte, sondern weist darauf hin, dass die Beschwerdeführerin diesen Betrag als durch die Leistungen des Beschwerdegegners und das wirtschaftliche Umfeld gerechtfertigt erachtete. Aus dem angefochtenen Urteil ergibt sich auch nicht, dass die Beschwerdeführerin den gegenüber dem Jahr 2000 gekürzten Bonus für das Jahr 2002 nur gestützt auf die abgegebene Zusicherung und nicht aufgrund der Leistungen des Beschwerdegegners bezahlte. Unter diesen Umständen hat das Obergericht kein Bundesrecht verletzt, wenn es gemäss dem Gleichbehandlungsgebot als Vergleichswerte auf den jeweils höchsten in der Zweigniederlassung Zürich ausbezahlten Bonus abstellte, wie ihn der Beschwerdegegner in den Jahren 2000 und 2001 bezog. Dabei wird die Stellung des Arbeitnehmers im Betrieb berücksichtigt, ist doch nach allgemeiner Lebenserfahrung anzunehmen, die höchsten Boni würden nur an hierarchisch hochgestellte Angestellte mit guten Leistungen bezahlt. Da diese Voraussetzungen für den Beschwerdegegner auch im Jahr 2002 zuträfen (vgl. betreffend die Qualität der Arbeitsleistung E. 10 hiernach), konnte das Obergericht im Rahmen des ihm insoweit zustehenden Ermessens bei der Festsetzung der Höhe des Bonus für das Jahr 2002 vom Grundsatz ausgehen, dem Beschwerdegegner wäre auch in diesem Jahr ein Bonus in der Grössenordnung des höchsten Bonus ausgerichtet worden. Dagegen ist die Verweigerung der Zahlung eines Bonus an eine bestimmte Person unter dem Gesichtspunkt der Gleichbehandlung nur dann relevant, wenn gleiche Umstände vorliegen. Dass C. der Bonus trotz gleichwertiger Stellung im Betrieb und trotz guten Leistungen verweigert wurde, stellte das Obergericht nicht fest, und die Beschwerdeführerin macht nicht geltend, dies im kantonalen Verfahren rechtskonform vorgebracht zu haben. Die Behauptung, C. sei für das Jahr 2002 kein Bonus bezahlt worden, ist daher nicht rechtserheblich, weshalb das Obergericht nicht darauf einzugehen hatte. Damit ist in diesem Zusammenhang auch keine Verletzung des rechtlichen Gehörs der Beschwerdeführerin dargetan.

10.

10.1 Das Obergericht kam zum Ergebnis, die Beschwerdeführerin habe den ihr obliegenden Beweis, dass eine schlechte Arbeitsleistung eine Kürzung des Bonus gerechtfertigt hätte, nicht erbracht. Sie habe zwar behauptet, das vom Beschwerdegegner geleitete Team sei im Vergleich zu den anderen Teams europäischer Investmentbanken im Jahr 2002 im Ranking abgesackt. Sie habe jedoch die Erklärung des Beschwerdegegners, das schlechte Abschneiden des Teams im Jahr 2002 sei durch den Verlust von drei Mitarbeitern verursacht gewesen, nicht bestritten. Die pauschalen

Vorwürfe der Beschwerdeführerin hinsichtlich der Leistungen des Beschwerdegegners im Jahr 2002 würden eine Bonuskürzung nicht rechtfertigen. Die Beschwerdeführerin habe nicht behauptet, mit dem Beschwerdegegner Leistungsziele vereinbart zu haben, die er nicht erreicht habe. Nicht einmal B., Direktor bei der Beschwerdeführerin, habe eindeutig sagen können, dass der Beschwerdegegner aufgrund seiner Leistungen (im Jahr 2002) keinen oder nur einen gekürzten Bonus erhalten hätte.

10.2 Die Beschwerdeführerin rügt, das Obergericht habe von der Beschwerdeführerin zu Unrecht den strikten Nachweis einer schlechten Leistung verlangt. Da die Höhe einer bloss dem Grundsatz nach vereinbarten Gratifikation von der subjektiven Einschätzung der persönlichen Arbeitsleistung durch die Arbeitgeberin abhängt und ihr insoweit ein grosser Ermessensspielraum zustehe, müsse genügen, dass diese ihre Einschätzung der ungenügenden Arbeitsleistung des Angestellten glaubhaft mache. Dies sei der Beschwerdeführerin gelungen, wenn berücksichtigt werde, dass das vom Beschwerdegegner geleitete pan-europäische Team sich im Jahr 2002 gemäss dem Reuters Ranking vom 14. auf den 19. Rang verschlechtert habe und die Arbeitszeugnisse dem Beschwerdegegner weder ausgezeichnete noch sehr gute Leistungen attestierten und keine Steigerung wie «very» oder «great» enthielten.

10.3 Ob für den Nachweis der schlechten Arbeitsleistungen das Beweismass des Glaubhaftmachens genügen soll, ist fragwürdig, kann aber offen bleiben. Nach dem angefochtenen Urteil erachtete das Obergericht ungenügende Leistungen des Beschwerdegegners auch nicht als glaubhaft, wenn es ausführt, das schlechte Abschneiden des Teams des Beschwerdegegners sei unbestrittenermassen auf den Verlust von drei Mitarbeitern zurückzuführen gewesen, und nicht einmal der Direktor der Beschwerdeführerin sagen könne, der Beschwerdegegner hätte aufgrund seiner Leistungen bei weiterer Tätigkeit für die Beschwerdeführerin keinen oder nur einen gekürzten Bonus erhalten. Inwiefern diese Beweismässigkeit unhaltbar sein soll, legt die Beschwerdeführerin nicht dar.

11.

11.1 Verschiedene kantonale Gerichte haben in Bezug auf eine der Höhe nach nicht bestimmte Gratifikation aufgrund des gekündigten Arbeitsverhältnisses einen Abzug von einem Drittel und zum Teil auch von der Hälfte zugelassen (vgl. REHBINDER/STÖCKLI, a.a.O., N. 14 zu Art. 322d OR; STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsvertrag, 6. Aufl. 2006, N. 6 zu Art. 322d OR S. 234; STAEHELIN, a.a.O., N. 18 zu Art. 322d OR; PORTMANN, a.a.O., N. 8 zu Art. 322d OR; REINERT, a.a.O., S. 11; je mit Hinweisen).

11.2 Unter Hinweis auf diese kantonale Praxis kürzte das Obergericht die Gratifikation des Beschwerdegegners aufgrund der gekündigten Stellung bei Fälligkeit des Anspruchs um einen Drittel.

11.3 Die Beschwerdeführerin rügt, das Obergericht hätte den Bonus aufgrund des gekündigten Arbeitsverhältnisses um die Hälfte kürzen müs-

sen. Eine solche Kürzung würde in der Lehre als zulässig erachtet, namentlich, wenn der Arbeitgeber in einem Schreiben an die Mitarbeiter unterstreiche, dass die Gratifikation Ansporn für einen künftigen Sondereinsatz sei.

11.4 Mit diesen Ausführungen legt die Beschwerdeführerin nicht dar, inwiefern das Obergericht den ihm bei der Kürzung des Bonus aufgrund der gekündigten Stellung im Zeitpunkt der Fälligkeit des Bonusanspruchs zustehenden Ermessensspielraum überschritten haben soll, zumal eine Kürzung um einen Drittel durchaus üblich ist (vgl. E. 11.1).

12.

Nach dem Gesagten ist die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Auf das Begehren des Beschwerdegegners, die zugesprochene Entschädigung auf Fr. 560 000.– zu erhöhen, ist nicht einzutreten, weil damit eine unzulässige Anschlussberufung erhoben wird (vgl. E. 2 hiervor). (...)

Tribunal fédéral, Arrêt du 10 novembre 2011, Doss.-N° 4A_607/2011 (Rejet du recours en matière civile interjeté contre l'arrêt rendu le 16 août 2011 par la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal du canton de Vaud)

Prétentions du travailleur en tort moral.

Il est douteux que le travailleur licencié de manière abusive, s'il a laissé périmer son droit à l'indemnité spécifique prévue par l'art. 336a al. 1 et 2 CO, puisse encore élever une prétention sur la base des art. 49 al. 1 et 328 al. 1 CO. Cette question peut cependant demeurer indécise dans la présente affaire (c. 3).

Extraits des faits:

Dès le 1^{er} août 2005, X. est entré au service de Z. SA pour contribuer au développement de la stratégie commerciale de cette société. Le salaire annuel brut, incluant une part variable, fut fixé à 170 000 fr. au maximum; il fut par la suite augmenté à 175'000 francs. Au mois de mars 2009, X. apprit qu'il souffrait d'un polype cancéreux. Il continua de travailler jusqu'à la veille d'une opération chirurgicale puis il se trouva en incapacité de travail du 15 mars au 26 juin 2009. Le 22 juin 2009, l'employeuse a résilié le contrat de travail avec effet au 30 septembre 2009, au motif que le poste concerné était supprimé dans le cadre d'une nouvelle organisation. En signe de reconnaissance pour le travail accompli, l'employeuse annonçait le versement de deux salaires mensuels supplémentaires et d'un montant de 15 000 fr. à titre d'aide à la recherche d'un nouvel emploi. Ces prestations furent effectivement versées.

Le 23 avril 2010, X. a ouvert action contre l'employeuse devant le Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne. La défenderesse devait être condamnée à payer 50 000 fr. à titre d'indemnité nette, avec intérêts. Le tribunal s'est prononcé par jugement du 16 mars 2011. Il a rejeté l'action. Le demandeur s'est pourvu devant la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal. Statuant le 16 août 2011, cette autorité a rejeté l'appel et confirmé le jugement. Agissant par la voie du recours en matière civile, le demandeur saisit le Tribunal fédéral de conclusions principales semblables à celles prises dans les instances précédentes.

Extraits des considérants:

2.

Le demandeur fait grief à l'adverse partie de ne pas l'avoir licencié pour le motif indiqué par elle, soit une réorganisation de l'entreprise, mais parce qu'il était malade et que son salaire était jugé « excessif ». Il lui reproche aussi d'avoir totalement manqué, envers lui, de compassion et d'empathie durant le traitement chimiothérapeutique qu'il subissait après l'opération chirurgicale, notamment en l'avertissant par un appel téléphonique, le 1^{er} mai 2009, qu'il serait licencié.

Dans les circonstances ainsi alléguées, le licenciement est prétendument abusif aux termes de l'art. 336 al. 1 CO. Le demandeur renonce cependant à revendiquer l'indemnité prévue par l'art. 336a al. 1 et 2 CO; il admet au contraire que sa prétention s'est périmée parce qu'il n'a pas signifié son opposition au congé avant l'expiration du délai de congé, comme l'exigeait l'art. 336b al. 1 CO.

Le demandeur prétend néanmoins à une indemnité au montant de 50 000 francs. Il fonde cette prétention sur les art. 49 al. 1 et 328 al. 1 CO. Cette disposition-ci impose à l'employeur de protéger et de respecter la personnalité du travailleur; celle-là prévoit une indemnité de réparation morale en cas d'atteinte illicite à la personnalité, pour autant que la gravité de l'atteinte justifie cette indemnité et que l'auteur n'ait pas donné autrement satisfaction au lésé. L'art. 49 CO vise au premier chef les conséquences d'actes illicites; par le renvoi de l'art. 99 al. 3 CO, il est applicable aussi en matière de responsabilité contractuelle.

3.

Selon la jurisprudence, l'allocation et l'évaluation d'une indemnité à verser en application de l'art. 49 al. 1 CO dépendent avant tout de la gravité des souffrances causées par l'atteinte à la personnalité, et de la possibilité de l'adoucir sensiblement par le versement d'une somme d'argent (ATF 137 III 303 consid. 2.2.2 p. 309; 130 III 699 consid. 5.1 p. 704). Une indemnité est éventuellement due au travailleur qui a été victime, dans l'entreprise de l'employeur, de harcèlement psychologique ou mobbing, lorsque, d'un point de vue objectif, il a subi une humiliation particulièrement sévère (ATF 125 III 70 consid. 3a p. 74/75; voir aussi ATF 130 III

699 consid. 5.1 p. 704). Un licenciement abusif ne donne en principe pas droit à une indemnité de ce genre; on réserve cependant l'hypothèse tout à fait exceptionnelle où l'atteinte subie serait à ce point grave que l'indemnité spécifique prévue par l'art. 336a al. 1 et 2 CO, laquelle ne peut pas excéder l'équivalent de six mois de salaire, se révélerait insuffisante (arrêt 4C.310/1998 du 8 janvier 1999, consid. 4a, SJ 1999 I 277).

Il est douteux que le travailleur licencié de manière abusive, s'il a laissé périmer son droit à l'indemnité spécifique prévue par l'art. 336a al. 1 et 2 CO, puisse encore élever une prétention sur la base des art. 49 al. 1 et 328 al. 1 CO. Cette question peut demeurer indécise dans la présente affaire.

En effet, quoique longuement développée, l'argumentation soumise au Tribunal fédéral ne signale aucun indice sérieux d'un comportement qui serait imputable à la défenderesse et qui pourrait être jugé attentatoire à la personnalité du demandeur. Il semble incontesté que pendant la période d'incapacité de travail et de traitement chimiothérapeutique du demandeur, les échanges entre lui et le personnel de l'employeuse se soient limités à des communications purement administratives, mais un pareil fait est dépourvu de signification au regard de l'art. 328 al. 1 CO. Le motif du licenciement, prétendument mensonger, n'est contesté que par simple dénégation, et le demandeur oppose vainement sa propre opinion à celle que les précédents juges ont acquise sur la base de leur appréciation des preuves. Enfin, on ne reconnaît pas en quoi l'employeuse pourrait avoir manqué d'égards dans l'exercice de son droit de licencier - elle a choisi d'avertir le demandeur sans attendre qu'il revienne dans l'entreprise à la fin de l'incapacité de travail, et qu'il découvre alors la nouvelle organisation - ou aurait autrement adopté un comportement biaisé ou trompeur (cf. ATF 132 III 115 consid. 2 p. 116; 131 III 535 consid. 4 p. 537). La prétention que le demandeur persiste à élever est inconsistante; cela conduit au rejet du recours, dans la mesure où l'argumentation présentée est recevable.

Tribunal fédéral, Arrêt du 15 novembre 2011, Doss.-N° 4A_408/2011 (Rejet du recours en matière civile contre l'arrêt rendu le 20 mai 2011 par la Chambre des prud'hommes de la Cour de justice du canton de Genève)

Par droits constitutionnels au sens de l'art. 336 al. 1 let. b CO, il faut entendre notamment la liberté d'association, la liberté de conscience et de croyance, la liberté économique et la liberté personnelle, qui inclut le droit d'organiser librement son temps libre. Le congé n'est pas abusif lorsqu'il est donné en raison de l'exercice d'un tel droit mais que celui-ci viole une obligation découlant du contrat de travail. Entrent principalement en considération le devoir de travail et le devoir de fidélité de l'employé, ainsi que les devoirs prévus par la convention. Les

parties peuvent définir le devoir de fidélité de façon plus stricte que ne le fait l'art. 321a CO. La restriction aux droits constitutionnels doit toutefois se faire dans les limites de la liberté contractuelle, notamment de l'art. 27 al. 2 CC. Se pose la question de savoir si toute violation contractuelle, même minime, est de nature à supprimer le caractère abusif du congé. La loi ne fait aucune distinction à cet égard. Selon la doctrine, il faut se demander si, dans un cas normal, la violation (par exemple une absence de durée peu importante) aurait été tolérée, et si l'employeur n'a réagi par un congé que parce que la violation en question était liée à l'exercice d'un droit constitutionnel (c. 5.4.1).

Extraits des faits:

A. Sàrl, sise en France, fait partie du groupe B.. Cette société a trois filiales suisses, à savoir Y. Sàrl, C. Sàrl et D. Sàrl. A. Sàrl a fondé avec X. une société suisse E. SA, dans laquelle la première détenait 55% des parts et le second 45%. Par contrat du 15 septembre 2005 soumis au droit suisse, X. a été engagé par E. SA en qualité de directeur général avec effet au 1^{er} septembre 2005. La durée de travail était de 42 heures au minimum, répartie sur cinq jours par semaine. X. s'engageait à consacrer tout son temps de travail à la société et à défendre loyalement les intérêts légitimes de cette dernière. Il s'interdisait, sauf accord préalable écrit, de s'intéresser d'une quelconque manière à toute entreprise susceptible de faire concurrence à la société (art. 5). A compter du 1^{er} août 2007, X. a travaillé en qualité de directeur général pour le compte de Y. Sàrl. Depuis cette date, il a également dirigé C. Sàrl et D. Sàrl tout en continuant à gérer E. SA. Sa rémunération est restée la même et il a pu bénéficier du solde de vacances dont il disposait auprès de E. SA. Aucun contrat de travail n'a été signé.

Le 30 octobre 2008, Y. Sàrl a licencié X. avec effet au 31 décembre 2008 et l'a immédiatement libéré de son obligation de travailler. Le 6 novembre 2008, X. a informé Y. Sàrl du fait qu'il s'était trouvé en incapacité de travail du 30 octobre au 5 novembre 2008 et a annoncé qu'il se présenterait le jour même sur son lieu de travail pour offrir ses services, ce qu'il a fait; il a alors constaté que ses accès aux répertoires des sociétés du groupe avaient été supprimés le jour même. Y. Sàrl a repoussé les effets du congé au 31 janvier 2009. Par lettre du 14 novembre 2008, A. Sàrl, en sa qualité d'associée unique de Y. Sàrl, a exposé à X. les motifs justifiant son licenciement, à savoir:

- une diminution du chiffre d'affaires, des effectifs et du nombre de projets des sociétés du groupe, s'expliquant par l'absence d'encadrement des équipes commerciales et de stratégie de développement;
- une désorganisation progressive au sein de Y. Sàrl, en raison d'un manque de gestion rigoureuse des ressources humaines et d'absences fréquentes de X., qui avait ainsi démotivé ses équipes et provoqué le départ progressif des managers;

- un abandon de la gestion de Y. Sàrl et de C. Sàrl au profit des sociétés E. dont il était actionnaire.

X. a contesté son congé par courrier du 16 décembre 2008. Le 8 juin 2009, X. a créé une société de conseil et d'accompagnement à l'ouverture et l'implantation de succursales ou filiales en Suisse. Le 30 juillet 2009, X. a ouvert action contre Y. Sàrl devant le Tribunal de prud'hommes du canton de Genève. Par jugement du 28 juillet 2010, cette juridiction a condamné la défenderesse à payer au demandeur respectivement 137 912 fr. 60 brut à titre de prime d'objectifs, 1149 fr. 70 brut à titre de solde de salaire et 40 000 fr. à titre d'indemnité pour licenciement abusif. Y. Sàrl a fait appel de ce jugement en concluant au rejet de l'action. Par appel incident, X. a conclu au paiement de 257 526 fr. brut à titre de prime d'objectifs, à la mainlevée définitive de l'opposition à concurrence de ce montant et à la confirmation du jugement pour le surplus. Par arrêt du 20 mai 2011, la Chambre des prud'hommes de la Cour de justice a condamné l'appelante à payer 24 184 fr. brut à titre de prime d'objectifs, dont à déduire les cotisations légales et usuelles, et a prononcé la Mainlevée de l'opposition à concurrence de la somme brute précitée. Elle a confirmé l'allocation d'un solde de salaire de 1149 fr. 70 mais a supprimé l'indemnité de 40 000 fr. pour licenciement abusif. X. (ci-après: le recourant) interjette un recours en matière civile auprès du Tribunal fédéral.

Extraits des considérants:

4.

4.1 Le recourant conclut au paiement de la prime d'objectifs discutée ci-dessus. Il réfute l'avoir déjà partiellement touchée sous forme de versements que l'intimée aurait opérés au profit de sociétés contrôlées par lui ou son épouse. Les constatations de la cour cantonale à ce sujet résulteraient d'une appréciation arbitraire des preuves et d'une violation de l'art. 8 CC.

(...)

4.4 En se fondant sur une prime totale de 137 912 fr. et le paiement partiel par 113 728 fr., la cour cantonale a condamné l'intimée à verser le solde de 24 184 fr. Ce montant doit être confirmé dès lors que le montant de la prime en question ne saurait être revu à la hausse, contrairement à ce que plaide le recourant [...].

5.

5.1 Le recourant reproche à la cour cantonale d'avoir violé l'art. 336 CO en refusant de reconnaître le caractère abusif de la résiliation de son contrat de travail. La preuve stricte que l'intimée a cherché à justifier le congé par des motifs fallacieux aurait déjà dû suffire à retenir un abus. De surcroît, le recourant aurait rendu plausible un motif abusif, soit la tentative de A. Sàrl de racheter à bas prix les actions du recourant dans la société E. SA en invoquant un «acte anormal de gestion» prévu par le protocole d'accord du 5 avril 2005. A cela s'ajouterait encore un motif de congé-

représailles; l'intimée aurait en outre porté de graves atteintes à sa personnalité. Enfin, les juges genevois lui auraient reproché à tort une violation de son devoir de fidélité et de loyauté.

5.2 Chaque partie est en principe libre de mettre fin unilatéralement au contrat de travail, de sorte que la validité d'un congé n'est généralement pas subordonnée à l'existence d'un motif particulier. Ce droit de résiliation est toutefois limité par les dispositions sur le congé abusif (art. 336 ss CO). L'art. 336 CO énonce une liste non exhaustive de cas constitutifs d'abus. Est notamment qualifié d'abusif le congé donné par une partie en raison de l'exercice par l'autre partie d'un droit constitutionnel, à moins que l'exercice de ce droit ne viole une obligation résultant du contrat de travail (art. 336 al. 1 let. b CO). Est aussi abusif le congé donné parce que l'autre partie fait valoir de bonne foi des prétentions résultant du contrat de travail (art. 336 al. 1 let. d CO). En outre, la manière dont le congé est donné peut être constitutive d'abus. En effet, la partie qui veut mettre fin au contrat, même pour un motif légitime, doit exercer son droit avec des égards et s'abstenir de tout comportement biaisé ou trompeur. L'art. 328 al. 1 CO impose à l'employeur de respecter et de protéger la personnalité du travailleur; une violation manifeste de ce devoir, en relation avec le licenciement, peut caractériser l'abus. En revanche, un comportement de l'employeur simplement discourtois ou indélicat est insuffisant (ATF 136 III 513 consid. 2.3; 132 III 115 consid. 2.2 et 2.3; 131 III 535 consid. 4.2).

Pour se prononcer sur le caractère abusif du congé, il faut se fonder sur son motif réel. Déterminer le motif d'une résiliation est une question de fait (ATF 136 III 513 consid. 2.3 p. 515). Il n'existe aucune présomption légale selon laquelle le congé serait abusif lorsque la motivation donnée par l'employeur est fautive (ATF 121 III 60 consid. 3c p. 63). Toutefois, selon la jurisprudence, le juge peut présumer en fait l'existence d'un congé abusif lorsque l'employé parvient à présenter des indices suffisants pour faire apparaître comme non réel le motif avancé par l'employeur. Si elle facilite la preuve, cette présomption de fait n'a pas pour résultat d'en renverser le fardeau. Elle constitue, en définitive, une forme de «preuve par indices». De son côté, l'employeur ne peut rester inactif; il n'a pas d'autre issue que de fournir des preuves à l'appui de ses propres allégations quant au motif du congé (ATF 130 III 699 consid. 4.1 p. 703). Le point de savoir si une telle présomption est établie ou non relève de l'appréciation des preuves (cf. ATF 115 II 484 consid. 2b p. 487).

5.3 Le recourant prétend bénéficier d'une présomption du caractère abusif du congé et entend substituer d'autres motifs de licenciement à celui retenu dans l'arrêt attaqué; toutefois, il ne cherche pas à démontrer, comme le requiert pourtant l'art. 106 al. 2 LTF, en quoi l'appréciation des preuves ayant conduit la cour à retenir le motif contesté serait arbitraire. Pour établir le mobile économique de l'intimée, il se réfère à une clause du protocole d'accord qui ne ressort pas de la décision entreprise, sans pour autant soutenir que l'état de fait serait lacunaire. Les exigences permettant

d'entreprendre une rectification de l'état de fait n'étant pas satisfaites en l'espèce (supra, consid. 2.2), la Cour de céans est liée par le motif réel retenu par l'autorité cantonale.

Selon la Cour de justice genevoise, ce ne sont pas les diverses réclamations formulées par le recourant à compter de son courrier du 10 octobre 2008 qui sont à l'origine de son licenciement, mais sa participation à des réunions du conseil d'administration de F. SA entre avril et septembre 2008. Une telle constatation de fait exclut déjà la possibilité de retenir un congé-représailles au sens de l'art. 336 al. 1 let. d CO.

Il convient d'examiner en droit si le motif réel retenu par la cour cantonale permet de retenir un congé abusif.

5.4

5.4.1 Par droits constitutionnels au sens de l'art. 336 al. 1 let. b CO, il faut entendre notamment la liberté d'association, la liberté de conscience et de croyance, la liberté économique et la liberté personnelle, qui inclut le droit d'organiser librement son temps libre (REMY WYLER, *Droit du travail*, 2e éd. 2008, p. 544; CLAUDIA CAMASTRAL, *Grundrechte im Arbeitsverhältnis*, 1996, p. 155).

Le congé n'est pas abusif lorsqu'il est donné en raison de l'exercice d'un tel droit mais que celui-ci viole une obligation découlant du contrat de travail. Entrent principalement en considération le devoir de travail et le devoir de fidélité de l'employé, ainsi que les devoirs prévus par la convention (CAMASTRAL, op. cit., p. 160; PHILIPP GREMPER, *Arbeitsrechtliche Aspekte der Ausübung verfassungsmässiger Rechte*, 1993, p. 174 s.). Les parties peuvent définir le devoir de fidélité de façon plus stricte que ne le fait l'art. 321a CO. La restriction aux droits constitutionnels doit toutefois se faire dans les limites de la liberté contractuelle, notamment de l'art. 27 al. 2 CC (CAMASTRAL, op. cit., pp. 133-136).

Se pose la question de savoir si toute violation contractuelle, même minime, est de nature à supprimer le caractère abusif du congé. La loi ne fait aucune distinction à cet égard. Selon la doctrine, il faut se demander si, dans un cas normal, la violation (par exemple une absence de durée peu importante) aurait été tolérée, et si l'employeur n'a réagi par un congé que parce que la violation en question était liée à l'exercice d'un droit constitutionnel (GREMPER, op. cit., p. 176).

(...)

5.4.3 (...) En définitive, il faut admettre que le recourant, en prenant des participations dans une société sans en informer l'intimée, a commis une violation contractuelle, de sorte que l'hypothèse d'un congé abusif au sens de l'art. 336 al. 1 let. b CO ne saurait être retenue. Le fait que l'intimée a par ailleurs justifié le congé par des motifs dont l'exactitude n'a pas été démontrée, ou a même été contredite à certains égards, ne suffit pas à retenir un congé abusif, dès lors que le motif réel a été établi et que celui-ci se révèle non abusif.

5.5 Il reste à examiner si l'intimée a porté atteinte aux droits de la personnalité du recourant.

5.5.1 De l'avis du recourant, l'intimée aurait porté contre lui des accusations infondées et l'aurait gravement dénigré en cherchant à détruire l'estime que ses équipes avaient pour lui, ce dans le seul but de bénéficier de la clause de rachat à bas prix des actions E.. Il aurait indûment été écarté de la gestion des sociétés qu'il dirigeait et privé d'accès informatiques.

5.5.2 Dans des courriers du 19 novembre 2008, le recourant s'est plaint du fait que de fausses accusations étaient propagées sur sa gestion et sur l'exercice d'une activité parallèle et que l'on portait ainsi gravement atteinte à sa personnalité. Toutefois, rien n'indique dans l'arrêt attaqué que l'intimée ait effectivement critiqué la gestion du recourant auprès de tiers. Il apparaît tout au plus que l'intimée a adressé au recourant une lettre destinée à motiver son congé dans laquelle elle le tenait pour responsable des mauvais résultats de deux filiales et l'accusait de privilégier la gestion de E. SA, reproches dont le bien-fondé n'a pas été démontré; seules les accusations de mauvaise gestion des ressources humaines et de fréquentes absences ont été contredites. La société-mère B. SA a par ailleurs reproché par écrit au recourant de faire directement concurrence au groupe par la société F., dont le but social se recoupait objectivement avec celui de certaines sociétés du groupe. Dans la mesure où le recourant occupait une fonction dirigeante, son activité de gestion était nécessairement exposée à la critique; outre qu'il n'est pas établi que l'intimée aurait sciemment formulé des reproches qu'elle savait erronés, ceux-ci ne sortent pas d'une critique admissible dans le cadre d'un rapport de travail. En bref, ces éléments ne sauraient être constitutifs d'une atteinte aux droits de la personnalité du recourant. La même conclusion s'impose quant au fait que l'intimée a produit, dans la procédure judiciaire, un courriel d'un employé destiné à démontrer le bien-fondé des reproches formulés à l'appui du congé, courriel auquel l'autorité précédente a par ailleurs dénié toute force probante.

Le recourant se plaint aussi des rumeurs qui ont précédé son départ et de la manière dont il a été exclu des prises de décision. La cour cantonale relève qu'il n'est pas démontré que les rumeurs soient dues à un manquement de l'intimée, ni qu'elles aient atteint une intensité et une nature propres à rendre le licenciement abusif sous l'angle des droits de la personnalité. L'on peut ajouter que de telles rumeurs ont pu être alimentées par les événements dont le recourant s'est plaint dans ses courriers des 10 et 17 octobre 2008, à savoir que des décisions relevant de son ressort avaient été prises sans qu'il soit consulté; à cet égard, l'arrêt attaqué admet un manque d'information général du recourant s'expliquant par l'intention de l'intimée de le licencier. Il est certes discutable de prendre des décisions à l'insu du directeur général à la veille de lui signifier son congé; toutefois, une telle attitude ne constitue pas un cas revêtant une gravité semblable aux hypothèses prévues par le législateur à l'art. 336 CO et ne saurait conduire à retenir une atteinte à la personnalité constitutive d'abus au sens

de cette disposition. Quant au fait que le recourant a été privé d'accès aux répertoires des sociétés du groupe, il est intervenu quelques jours après la notification du congé. L'attitude de l'intimée, qui a immédiatement libéré le recourant de son obligation de travailler, peut s'expliquer par le fait qu'elle soupçonnait le recourant d'exercer des activités concurrentes et s'interrogeait sur sa loyauté envers le groupe; objectivement, le recourant n'avait pas informé l'intimée de sa prise de participation dans une société dont le but social, encore une fois, se recoupait partiellement avec certaines entités du groupe. Dans ces circonstances, la manière de procéder de l'intimée pouvait encore se justifier.

N'est ainsi pas démontrée l'existence d'une atteinte aux droits de la personnalité qui justifierait de retenir un congé abusif et l'allocation d'une indemnité fondée sur l'art. 336a CO, respectivement d'une indemnité pour tort moral au sens de l'art. 49 CO.

5.6 En bref, la cour cantonale n'a pas enfreint l'art. 336 CO en considérant que le congé donné n'était pas abusif.

Tribunal fédéral, Arrêt du 23 novembre 2011, Doss.-N° 4A_419/2011 (Admission partielle du recours en matière civile interjeté contre l'arrêt rendu le 26 mai 2011 par la Chambre des prud'hommes de la Cour de justice du canton de Genève)

Compensation du salaire en nature afférent aux vacances. Art. 341 CO et art. 2 al. 2 CC. 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. Est notamment visé le salaire afférent aux vacances. Le silence du travailleur ne signifie en principe pas qu'il a renoncé à faire valoir sa créance, car une telle attitude n'est pas propre à éveiller la confiance que l'intéressé agira d'une certaine façon. Selon l'expérience de la vie, il faut s'attendre à ce que l'intéressé tende à rejeter un acte juridique qui lui est défavorable (c. 4.3.1).

Art. 329d al. 1 CO. L'indemnité pour salaire en nature afférent aux vacances se détermine selon les tarifs convenus ou usuels, fréquemment selon les tarifs AVS en vigueur; le tarif convenu doit impérativement être équitable (c. 6.2).

Art. 359 al. 2 CO. Dans la mesure où le contrat-type édicté par le législateur cantonal reproduit une règle impérative du Code des obligations, il faut considérer qu'il énonce du droit fédéral dont l'application peut être librement revue dans le cadre d'un recours en matière civile (c. 6.4).

Art. 337 CO. Les conditions justifiant une résiliation immédiate sont de droit impératif (art. 361 al. 1 CO). Quant à l'art. 337c al. 3 CO, qui prévoit le principe d'une indemnité en cas de résiliation immédiate in-

justifiée, il ne figure pas dans la liste des art. 361 et 362 CO. La doctrine admet toutefois qu'il s'agit d'une disposition relativement impérative (c. 7.2.).

Art. 336 et 337 CO. Lorsque l'employeur libère l'employé de son obligation de travailler tout en lui payant le salaire dû jusqu'à l'expiration du délai de congé, mais en le privant de son salaire en nature (logement et nourriture), le contrat perdure jusqu'à l'échéance du délai de congé. Il ne s'agit, en principe, ni d'un cas de résiliation anticipée ni d'un cas de congé abusif. En revanche, le travailleur a droit à une indemnité en espèce pour le salaire en nature non touché. (c. 7.3 et 7.4.2).

Extraits des faits:

X. a été engagée dès le 1^{er} avril 1999 en qualité d'employée de maison nourrie et logée au service de A. et Y.. Son lieu de travail se situait à B. dans le canton de Vaud. Son salaire mensuel net était initialement de 2000 fr., puis de 2500 fr. dès le 1^{er} juillet 1999. A compter du mois de février 2000, C., fille de X., a également travaillé comme employée de Maison pour le couple précité. Elle habitait avec sa mère. Le contrat de travail de X. a été résilié pour le 16 septembre 2004. En septembre 2005, soit une année plus tard, X. a été réengagée par la seule Y. en qualité d'employée de Maison. Son lieu de travail se situait à Genève. Nourrie et logée, X. était rétribuée 2600 fr. net par mois, puis 3000 fr. dès le 1^{er} octobre 2008. Par courrier du 17 février 2009, X. a été licenciée pour le 31 mars 2009. Elle a été libérée de son obligation de travailler le 20 février 2009, date à laquelle elle a dû quitter son logement de fonction. Le 21 février 2009, Y. lui a versé 6000 fr. à titre de salaire pour les mois de février et mars 2009. Par courrier du 11 mars 2009, X., représentée par un syndicat, a contesté son licenciement.

Le 1^{er} septembre 2009, X. a ouvert action contre Y. devant le Tribunal de prud'hommes du canton de Genève. Par jugement du 13 septembre 2010, le Tribunal de prud'hommes a condamné Y. à délivrer un certificat de travail à X. et à lui verser la somme totale de 1879 fr. 55 net plus intérêts à titre d'indemnité pour le salaire en nature dû pendant le délai de congé, soit du 21 février au 31 mars 2009 (1272 fr. 85), respectivement à titre de salaire en espèce pour la période du 24 au 30 juin 2006 (606 fr. 70). X. a fait appel de cette décision devant la Chambre des prud'hommes de la Cour de justice. Par arrêt du 26 mai 2011, la Cour de justice a condamné Y. au paiement de 4845 fr. 25 plus intérêts. Ce montant total comprenait les 1879 fr. 55 alloués par le Tribunal de prud'hommes, ainsi que 2965 fr. 70 à titre d'indemnité pour la cinquième semaine de vacances annuelles non prise pendant la période de travail genevoise.

X. (ci-après: la recourante) a interjeté un recours en matière civile auprès du Tribunal fédéral. Elle a conclu au paiement de 57 000 fr. plus intérêts.

Extraits des considérants:

4.

4.1 La recourante reproche aux juges genevois d'avoir violé le droit fédéral, en particulier l'art. 134 al. 1 ch. 4 CO, en considérant qu'elle ne disposait d'aucune créance afférente aux vacances pour la période de travail «vaudoise».

4.2

4.2.1 La cour cantonale a refusé d'entrer en matière sur la prétention en indemnisation des vacances non prises pendant la période du 1^{er} avril 1999 au 31 octobre 2004, respectivement sur la prétention en compensation du salaire en nature non touché pendant 24 jours de vacances en 1999. Elle a fait valoir, d'une part, que la prescription quinquennale de l'art. 128 ch. 3 CO était acquise et, d'autre part, que la recourante avait renoncé à toute prétention en s'abstenant d'émettre une réclamation à la fin de son emploi à B. puis une année plus tard, lorsqu'elle avait accepté de retravailler pour l'intimée à Genève.

4.2.2 Selon l'art. 128 ch. 3 CO, les actions des travailleurs pour leurs services se prescrivent par cinq ans. La jurisprudence a précisé que ce délai quinquennal s'applique aux deux aspects du droit aux vacances, qui comprend à la fois le droit au temps libre et le droit au salaire. En particulier, l'indemnité pour les vacances non prises se prescrit par cinq ans (ATF 136 III 94 consid. 4.1 p. 95). Par ailleurs, l'art. 134 al. 1 ch. 4 CO dispose que tant que durent les rapports de travail, la prescription ne court pas à l'égard des créances du travailleur qui vit dans le ménage de l'employeur.

4.2.3 Il est exact que les prétentions de la recourante en indemnisation des vacances non prises et en compensation du salaire en nature non touché pendant les vacances se prescrivaient par cinq ans. Toutefois, la recourante vivait dans le ménage de l'intimée et de son mari à B., de sorte que le délai quinquennal n'a commencé à courir que le lendemain du jour où les rapports de travail ont pris fin, soit dès le 17 septembre 2004 (cf. art. 134 al. 2 CO). Lorsque la recourante a ouvert action le 1^{er} septembre 2009, sa créance n'était donc pas prescrite, indépendamment de la question d'une éventuelle suspension de la prescription lorsque la recourante a recommencé à faire ménage commun avec l'intimée.

En constatant que les créances de la recourante étaient prescrites, la cour cantonale a enfreint l'art. 134 al. 1 ch. 4 CO.

4.3 Subsiste la question d'une renonciation par actes concludants.

4.3.1 L'art. 341 CO prescrit 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. Est notamment visé le salaire afférent aux vacances (arrêt TF 4C.219/1988 du 25 novembre 1988 consid. 2a, in JAR 1990 340). A contrario, le travailleur est libre de renoncer à de telles créances passé ce délai, ou en tout temps s'agissant

d'autres créances. La renonciation peut intervenir expressément ou par actes concludants.

Le fait de laisser s'écouler du temps et de tarder à agir en justice ne constitue en principe ni une renonciation à la prétention, ni un abus de droit. L'institution de la prescription ne doit en effet pas être vidée de son sens. L'existence d'un abus de droit au sens de l'art. 2 al. 2 CC ne peut être retenue que si des conditions exceptionnelles sont réalisées (ATF 125 I 14 consid. 3g; 110 II 273 consid. 2 p. 275). Tel est notamment le cas lorsque l'exercice du droit se trouve en contradiction totale avec le comportement passif adopté jusque-là; entrent principalement en considération les prétentions non soumises à un délai de prescription ou de péremption, telles les actions en abstention fondées sur le droit de la personnalité ou de la propriété intellectuelle, lorsque le créancier a toléré une violation de son droit pendant une longue période (ATF 94 II 37 consid. 6b et c et les réf. citées).

Le silence du travailleur ne signifie en principe pas qu'il a renoncé à faire valoir sa créance, car une telle attitude n'est pas propre à éveiller la confiance que l'intéressé agira d'une certaine façon. Selon l'expérience de la vie, il faut s'attendre à ce que l'intéressé tende à rejeter un acte juridique qui lui est défavorable (REHBINDER, Berner Kommentar, 1992, n° 5 ad art. 341 CO).

4.3.2 Dans le cas concret, la recourante n'a formé aucune réclamation après la résiliation de son contrat le 16 septembre 2004. Elle n'a pas davantage émis de prétention lorsque l'intimée, en septembre 2005, lui a proposé de retravailler à son service.

L'acceptation sans réserve d'un nouvel emploi au service de la même personne ne saurait s'interpréter comme une renonciation par actes concludants aux prétentions découlant de la première relation de travail. Outre l'interprétation très restrictive qui doit être faite du silence du créancier, une renonciation se conçoit d'autant moins qu'elle implique de celui-ci une connaissance de ses droits, que la recourante, de nationalité philippine, n'avait très vraisemblablement pas.

A défaut de circonstances exceptionnelles requises par la jurisprudence, on ne saurait voir dans le comportement de la recourante une renonciation à ses prétentions afférentes aux années 1999 à 2004, pas plus qu'un comportement abusif. Le grief de la recourante doit être admis sur ce point. [...].

6.

6.1 La recourante reproche aux juges cantonaux d'avoir méconnu l'art. 329d al. 1 CO en relation avec l'art. 24 al. 4 CTT-TED. Elle admet avoir bénéficié de son logement de fonction pendant ses vacances, mais soutient ne pas avoir été nourrie, de sorte qu'elle prétend à une indemnité de 4974 fr. 50 pour les périodes vaudoise et genevoise de son engagement.

6.2 L'art. 329d al. 1 CO prévoit que l'employeur verse au travailleur le salaire total afférent aux vacances et une indemnité équitable en compensation du salaire en nature. Il s'agit d'une disposition relativement im-

pérative, à laquelle il ne peut pas être dérogé au détriment du travailleur (art. 362 al. 1 CO). L'indemnité pour salaire en nature afférent aux vacances se détermine selon les tarifs convenus ou usuels, fréquemment selon les tarifs AVS en vigueur; le tarif convenu doit impérativement être équitable (STAEHELIN, Zürcher Kommentar, 4e éd. 2006, n° 4 ad art. 329d CO; cf. aussi REHBINDER/STÖCKLI, Berner Kommentar, 2010, n° 4 ad art. 329d CO, pour qui les tarifs AVS s'appliquent à défaut d'autres tarifs équitables).

Le droit fédéral impose donc le principe d'une indemnité équitable en compensation du salaire en nature afférent aux vacances; le législateur cantonal est libre, dans ce cadre, de déterminer la fixation de cette indemnité.

6.3 Selon l'arrêt attaqué, qui n'est pas critiqué sur ce point, les relations de travail sont régies, pour la période de B., par le contrat-type édicté par le canton de Vaud, soit l'arrêté du Conseil d'Etat établissant un contrat-type de travail pour le personnel des ménages privés (ACTT-mpr – RSV 222.105.1), et pour la période genevoise, par le contrat-type déjà évoqué (CTT-TED). L'art. 24 al. 4 CTT-TED prévoit que pendant ses vacances, le travailleur a droit à une indemnité équitable en compensation du salaire en nature et que celle-ci est calculée au minimum selon les normes de l'AVS.

6.4 Dans la mesure où le contrat-type édicté par le législateur cantonal en vertu de l'art. 359 al. 2 CO reproduit une règle impérative du Code des obligations, il faut considérer qu'il énonce du droit fédéral dont l'application peut être librement revue dans le cadre d'un recours en matière civile (dans le même sens, cf. AUBERT, op. cit., n° 6 ad art. 359 CO, à propos de l'ancien recours en réforme de l'art. 43 OJ; cf. aussi ATF 107 II 314 consid. 1).

En l'occurrence, la recourante se plaint du fait qu'aucune indemnité ne lui a été allouée en compensation du salaire en nature, de sorte que son grief a trait à l'application de l'art. 329d al. 1 CO. Que l'autorité cantonale n'ait pas appliqué l'art. 24 al. 4 CTT-TED n'est qu'une conséquence accessoire de la décision de ne pas appliquer l'art. 329d al. 1 CO. Il s'ensuit que le grief est recevable sur cette question.

6.5 L'intimée objecte que devant l'autorité précédente, la recourante a restreint sa prétention en compensation du salaire en nature à 484 fr. [recte: 784 fr.] en relation avec 24 jours de vacances pris en 1999. En demandant désormais une compensation afférente à d'autres périodes de vacances prises entre 2000 et 2008, la recourante prendrait des conclusions nouvelles irrecevables (art. 99 al. 2 LTF).

Le grief n'est pas fondé. Dans son mémoire d'appel, la recourante a soutenu qu'elle n'avait pas eu de vacances, sous réserve de 24 jours en 1999 pour lesquels elle réclamait une compensation du salaire en nature de 784 fr. Elle a conclu à des indemnités pour vacances non prises calculées sur la base du salaire global, incluant le salaire en nature tel que défini par les tarifs AVS (soit 810 fr., puis 900 fr., puis 990 fr. par mois). Devant le Tribunal fédéral, la recourante a modifié sa version en ce sens qu'elle a

admis avoir partiellement pu jouir de ses vacances en plus des 24 jours déjà admis. Pour les jours de vacances désormais reconnus, elle a limité sa prétention à une compensation du salaire en nature. On ne saurait voir là une augmentation des conclusions.

6.6 Il appartenait à l'intimée d'établir que la recourante avait été non seulement logée, mais aussi nourrie pendant ses vacances, ou qu'elle avait reçu une indemnité. Il ne ressort pas du jugement qu'une telle preuve ait été apportée; l'intimée ne se réfère qu'à des affirmations qu'elle a faites en se déterminant sur les allégations de la partie adverse. Le fait d'offrir le logement à son employée pendant les vacances ne signifie pas de facto que les frais de nourriture ont aussi été pris en charge. Faute pour l'intimée d'avoir démontré qu'elle avait satisfait à ses obligations, la recourante avait droit à l'indemnité prévue par l'art. 329d al. 1 CO en compensation des prestations de nourriture dues par l'intimée. En ne lui octroyant pas une telle indemnité, la cour cantonale a enfreint le droit fédéral.

La cause doit dès lors être renvoyée à l'autorité cantonale pour qu'elle fixe une indemnité équitable en compensation du salaire en nature, en se référant au CTT-TED pour la période genevoise et, pour la période vaudoise, à l'ACTT-mpr alors en vigueur. Il conviendra de tenir compte, d'une part, du fait que la recourante limite sa prétention aux frais de nourriture à l'exclusion des frais de logement, et, d'autre part, du fait que l'indemnité allouée à la recourante pour la cinquième semaine de vacances annuelles non prise pendant la période genevoise comprend déjà une compensation pour le salaire en nature; les calculs effectués en pages 11 et 12 de l'arrêt attaqué se fondent en effet sur un salaire global incluant une indemnité AVS pour nourriture et logement de 900 fr., puis 990 fr.

7.

7.1 La recourante reproche enfin à la cour cantonale d'avoir enfreint le droit fédéral en refusant de lui allouer une indemnité pour licenciement immédiat injustifié (art. 337c al. 3 CO) ou congé abusif (art. 336a CO), subsidiairement pour tort moral (art. 49 CO en relation avec l'art. 328 al. 1 CO). Elle ne forme aucun grief d'application arbitraire du droit cantonal.

7.2 L'art. 336 CO indique à quelles conditions le congé est abusif et l'art. 336a CO prévoit une indemnité en cas de résiliation abusive; ces dispositions sont d'ordre impératif (art. 361 al. 1 CO), ou relativement impératif s'agissant de l'art. 336 al. 2 CO (art. 362 al. 1 CO). Les conditions justifiant une résiliation immédiate sont aussi de droit impératif (art. 337 al. 1 et 2 et art. 361 al. 1 CO). Quant à l'art. 337c al. 3 CO, qui prévoit le principe d'une indemnité en cas de résiliation immédiate injustifiée, il ne figure pas dans la liste des art. 361 et 362 CO. La doctrine admet toutefois qu'il s'agit d'une disposition relativement impérative (STAEHELIN/VISCHER, *Zürcher Kommentar*, 3^e éd. 1996, n° 28 ad art. 337c CO; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, *Commentaire du contrat de travail*, 3^e éd. 2004, n° 12 ad art. 337c CO). Les art. 30 à 32 CTT-TED traitent du

congé abusif et de la résiliation immédiate en se référant à diverses dispositions du Code des obligations.

Dans la mesure où le droit fédéral régit de façon impérative le principe d'une indemnité pour congé abusif ou licenciement immédiat injustifié, le grief de la recourante est recevable.

7.3 L'arrêt attaqué retient que la recourante s'est vu signifier son congé le 17 février 2009 pour le 31 mars 2009. Elle a été libérée de son obligation de travailler le 20 février 2009 et a dû quitter à cette date son logement de fonction. Le 21 février 2009, elle a touché la somme de 6000 fr. à titre de salaire pour les mois de février et mars 2009.

Selon l'art. 28 al. 1 CTT-TED, le délai de congé est d'un mois pour la fin d'un mois, quelle que soit la durée du contrat. La recourante ne conteste pas en soi que le congé pouvait être donné pour le 31 mars 2009, mais soutient que l'intimée aurait méconnu ce délai en la privant sur-le-champ de son salaire en nature.

Lorsque l'employeur libère l'employé de son obligation de travailler tout en lui payant le salaire dû jusqu'à l'expiration du délai de congé, il ne s'agit pas d'un cas de résiliation anticipée; le contrat perdure jusqu'à l'échéance du délai de congé (ATF 128 III 271 consid. 4a/bb; REMY WYLER, Droit du travail, 2^e éd. 2008, p. 320). L'hypothèse d'une résiliation immédiate n'est ainsi pas réalisée. En ne fournissant pas le salaire en nature (logement et nourriture) qu'elle restait tenue de fournir, l'intimée a violé une obligation dans le cadre du contrat résilié pour un terme ordinaire.

7.4

7.4.1 L'art. 336 CO énumère des cas où le congé est abusif. Cette liste n'est pas exhaustive. Elle concrétise avant tout l'interdiction générale de l'abus de droit et en aménage les conséquences juridiques pour le contrat de travail. D'autres situations constitutives de congé abusif sont admises par la pratique. Elles doivent toutefois comporter une gravité comparable aux cas expressément mentionnés à l'art. 336 CO (ATF 136 III 513 consid. 2.3; 132 III 115 consid. 2.1).

L'abus peut découler non seulement des motifs du congé, mais également de la manière dont la partie qui met fin au contrat exerce son droit. Celle-ci doit en effet agir avec égard et s'abstenir de tout comportement biaisé ou trompeur. Un comportement violent manifestement le contrat, par exemple une atteinte grave au droit de la personnalité dans le contexte d'une résiliation (cf. art. 328 al. 1 CO), peut faire apparaître cette dernière comme abusive. En revanche, un comportement qui ne serait simplement pas convenable ou indigne des relations commerciales établies ne suffit pas (ATF 132 III 115 consid. 2.2; 131 III 535 consid. 4.2).

7.4.2 En l'occurrence, l'intimée a commis une violation contractuelle en privant la recourante de son logement de fonction quelques jours après lui avoir signifié son congé. Dans un tel cas, le travailleur a droit à une indemnité en espèce pour le salaire en nature non touché (STAEHELIN,

op. cit., n° 49 ad art. 322 CO et n° 2 ad art. 328a CO; REHBINDER/STÖCKLI, op. cit., n° 43 ad art. 322 CO).

Les circonstances concrètes sont déterminantes pour apprécier si la privation du logement de fonction constitue une violation crasse du contrat, respectivement une atteinte grave à la personnalité.

En instance cantonale, la recourante a tout d'abord soutenu, sans succès, que le caractère abusif du congé résidait dans le fait qu'il était motivé par son âge, soit 64 ans. En réalité, selon les constatations du Tribunal de prud'hommes, le congé est imputable à une mésentente entre les parties et à une rupture du lien de confiance qui s'en est suivie; le jour du licenciement, une altercation a eu lieu, au cours de laquelle des propos virulents ont été échangés. Il ne ressort pas des constatations des autorités cantonales que la recourante, en étant amenée dans un tel contexte à quitter en quelques jours son logement de fonction, se soit trouvée dans une situation difficile, respectivement qu'elle ait subi une atteinte grave à sa personnalité. L'on ne saurait dès lors retenir un congé abusif. Quant à l'indemnité pour tort moral fondée sur l'art. 49 al. 1 CO, elle suppose aussi une atteinte revêtant une certaine gravité objective, atteinte qui doit avoir été ressentie par la victime comme une souffrance morale suffisamment forte pour qu'il apparaisse légitime de s'adresser au juge pour obtenir réparation (arrêt 4A_123/2007 du 31 août 2007 consid. 7.1; cf. ATF 130 III 699 consid. 5.1). De telles conditions ne ressortent pas non plus des constatations de fait.

7.5 Il s'ensuit que l'autorité cantonale n'a pas enfreint le droit fédéral en refusant d'allouer une indemnité sur la base de l'art. 337c al. 3 CO, de l'art. 336a al. 1 CO ou de l'art. 49 CO.

8.

En définitive, le recours est partiellement admis. L'arrêt attaqué est annulé. La cause est renvoyée à l'autorité cantonale pour qu'elle détermine le montant de l'indemnité équitable due à la recourante en compensation du salaire en nature afférent aux vacances, pour les périodes vaudoise et genevoise (cf. supra, consid. 6.6). Pour le surplus, l'arrêt attaqué n'est pas remis en cause en tant qu'il alloue à la recourante la somme de 4845 fr. 25 plus intérêts.

Bundesgericht, Urteil vom 28. November 2011, Doss.-Nr. 4A_345/2011 (Bestätigung des Entscheids des Kantonsgerichts St. Gallen vom 28. April 2011), in: BGE 137 III 607

Art. 464 OR; Konkurrenzverbot des Prokuristen bzw. Handlungsbevollmächtigten; Gewinnabschöpfung.

Umfang des Konkurrenzverbots des Prokuristen bzw. Handlungsbevollmächtigten; Tätigkeit für Drittunternehmen, die mit dem Geschäftsherrn in direktem Wettbewerb stehen (E. 2.2).

Art. 464 Abs. 2 OR beinhaltet einen Anspruch auf Abschöpfung des erzielten Gewinns (E. 2.3).

Art. 321a Abs. 3, Art. 321b und 423 Abs. 1 OR; Konkurrenzverbot des Arbeitnehmers; Herausgabepflicht; Gewinnabschöpfung.

Frage offengelassen, ob gegenüber einem Arbeitnehmer ohne Handlungsvollmacht oder Prokura ebenfalls ein Anspruch auf Gewinnherausgabe (gestützt auf Art. 423 Abs. 1 OR bzw. in analoger Anwendung von Art. 321b oder 464 Abs. 2 OR) geltend gemacht werden kann, wenn er seinen Arbeitgeber in unzulässiger Weise konkurrenziert (E. 2.4).

Art. 464 CO; prohibition de concurrence imposée au fondé de procuration ou au mandataire commercial; remise du gain.

Etendue de la prohibition de concurrence imposée au fondé de procuration ou au mandataire commercial; activité pour une entreprise tierce en concurrence directe avec le chef de la maison (consid. 2.2).

L'art. 464 al. 2 CO confère un droit à la remise du gain réalisé (consid. 2.3).

Art. 321a al. 3, art. 321b et 423 al. 1 CO; prohibition de concurrence imposée au travailleur; obligation de restituer; remise du gain.

La remise du gain est-elle exigible aussi d'un travailleur dépourvu de pouvoir de représentation ou de procuration (sur la base de l'art. 423 al. 1 CO ou d'une application par analogie des art. 321b ou 464 al. 2 CO), lorsqu'il se livre à une concurrence irrégulière de son employeur? Question laissée indécise (consid. 2.4).

Sachverhalt:

A.

A.a K. (Beschwerdeführer) arbeitete ab 1. Juli 2000 als Leiter der Abteilung Heizung im Betrieb der X. AG (Beschwerdegegnerin). Er gehörte der Geschäftsleitung an, war handlungsbevollmächtigt und führte selbständig eine Zweigstelle, wobei er in dieser Funktion unter anderem für den Abschluss von Verträgen sowie das Erstellen und Visieren von Rechnungen zuständig war.

Der zwischen den Parteien abgeschlossene Arbeitsvertrag hält unter anderem fest, dem Beschwerdeführer sei «jegliche private Erwerbstätigkeit ohne schriftliche Einwilligung der Geschäftsleitung oder des Verwaltungsrates ... untersagt».

Ende Mai 2002 kündigte der Beschwerdeführer das Arbeitsverhältnis per Ende November 2002. Am 30. Juli 2002 stellte ihm die Beschwerdegegnerin ein in jeder Hinsicht gutes Arbeitszeugnis aus.

A.b Nach dem Austritt des Beschwerdeführers stiess die Beschwerdegegnerin bei Räumungsarbeiten auf Hinweise, dass dieser während des Arbeitsverhältnisses unter Verwendung ihrer Infrastruktur auf privater Basis und gegen Entgelt Aufträge im Heizungsbereich (Planungsarbeiten, Ausarbeiten von Kostenvoranschlägen und Offerten, Rechnungsstellung und dergleichen) für Dritte ausgeführt hatte.

B.

B.a Am 21. Juni 2010 klagte die Beschwerdegegnerin beim Kreisgericht Werdenberg-Sarganserland mit dem Rechtsbegehren, es sei der Beschwerdeführer zur Zahlung von Fr. 23 595.– nebst 5% Zins seit dem 1. Dezember 2002 zu verpflichten. Der eingeklagte Betrag entsprach den Einnahmen des Beschwerdeführers aus der während des Arbeitsverhältnisses ausgeübten Nebentätigkeit.

Mit Entscheid vom 21. Oktober 2010 hiess das Kreisgericht die Klage im Umfang von Fr. 15 000.– (Einnahmen des Beschwerdeführers aus der Nebentätigkeit abzüglich einer Entschädigung für die eigene Arbeit) nebst 5% Zins seit dem 14. März 2008 gut. Im Übrigen wies es die Klage ab.

B.b Mit Entscheid vom 28. April 2011 wies das Kantonsgericht St. Gallen eine vom Beschwerdeführer gegen das Urteil des Kreisgerichts Werdenberg-Sarganserland vom 21. Oktober 2010 erhobene Berufung ab.

C.

Mit Beschwerde in Zivilsachen beantragt der Beschwerdeführer dem Bundesgericht, der Entscheid des Kantonsgerichts St. Gallen vom 28. April 2011 sei aufzuheben und die Klage der Beschwerdegegnerin sei abzuweisen.

Das Bundesgericht weist die Beschwerde ab, soweit es darauf eintritt.

Aus den Erwägungen:

2.

Der Beschwerdeführer wirft der Vorinstanz eine Verletzung von Art. 464 OR vor.

2.1 Die Vorinstanz erachtete es – im Gegensatz zur Erstinstanz – zunächst als fraglich, ob aus Art. 321b OR ein Herausgabeanspruch des Arbeitgebers für Einkünfte des Arbeitnehmers aus vertragswidrig ausgeübter Nebentätigkeit hergeleitet oder ob hierfür gegebenenfalls ergänzend die arbeitsvertragsfremde Bestimmung von Art. 423 OR herangezogen werden könne. Der Beschwerdeführer habe jedoch nicht nur dem in Art. 321a Abs. 3 OR geregelten Verbot der Schwarzarbeit unterstanden, sondern als Handlungsbevollmächtigter auch dem gesetzlichen Konkurrenzverbot von Art. 464 OR. Der Beschwerdeführer habe gegen das Verbot verstossen, als handlungsbevollmächtigter Arbeitnehmer im Geschäftsbereich des Arbeitgebers auf eigene Rechnung Geschäfte zu machen (Art. 464 Abs. 1 OR). Der Arbeitgeber könne daher nach Art. 464 Abs. 2 OR die betreffenden Geschäfte auf eigene Rechnung übernehmen, wobei dies auch einen An-

spruch auf Abschöpfung der vom Handlungsbevollmächtigten aus diesen Geschäften erlangten Vorteile umfasse. Ein Herausgabeanspruch der Beschwerdegegnerin für die Einnahmen des Beschwerdeführers aus der konkurrenzierenden Nebentätigkeit ergebe sich damit, wenn auch möglicherweise nicht aus Art. 321b OR, so doch jedenfalls aus Art. 464 Abs. 2 OR. Ob der von der Erstinstanz vorgenommene Abzug für die eigene Arbeitskraft zu Recht und in zutreffendem Umfang erfolgt sei, könne mangels Anschlussberufung offengelassen werden; eine Erhöhung des Abzugs falle jedenfalls ausser Betracht.

2.2

2.2.1 Nach Art. 464 Abs. 1 OR darf der Prokurist und der Handlungsbevollmächtigte, der zum Betrieb des ganzen Gewerbes bestellt ist oder in einem Arbeitsverhältnis zum Inhaber des Gewerbes steht, ohne Einwilligung des Geschäftsherrn weder für eigene Rechnung noch für Rechnung eines Dritten Geschäfte machen, die zu den Geschäftszweigen des Geschäftsherrn gehören. Der Vertreter darf also nicht die gleichen Produkte oder Dienstleistungen anbieten wie der Prinzipal (ROLF WATTER, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht, Bd. I, 5. Aufl. 2011, N. 1 zu Art. 464 OR; JÖRG SCHWARZ, in: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 2007, N. 2 zu Art. 464 OR). Die Bestimmung dient dem Schutz des Geschäftsherrn und will Interessenkollisionen vermeiden, die insbesondere dann drohen würden, wenn der Vertretungsbefugte je nach Belieben für den Geschäftsherrn oder in eigenem Interesse tätig werden könnte (vgl. HEYMANN/HENSSLER, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 2. Aufl. 2008, N. 3 zu § 60 HGB).

Nach herrschender Auffassung bezieht sich das Konkurrenzverbot von Art. 464 Abs. 1 OR nur auf den Abschluss von Rechtsgeschäften, die der Vertreter statt für den Prinzipal mit sich selber oder für einen Dritten abschliesst, während tatsächliche Handlungen für einen Dritten nicht in den Anwendungsbereich dieser Bestimmung fallen (WATTER, a.a.O., N. 6 zu Art. 464 OR; SCHWARZ, a.a.O., N. 2 zu Art. 464 OR; CHRISTINE CHAPPUIS, in: Commentaire romand, Code des obligations, Bd. I, 2003, N. 2 zu Art. 464 OR; GEORG GAUTSCHI, Berner Kommentar, 2. Aufl. 1962, N. 5b zu Art. 464 OR).

2.2.2 Der Beschwerdeführer war handlungsbevollmächtigt und führte eine Zweigstelle der Beschwerdegegnerin. Er hat nach den Feststellungen im angefochtenen Entscheid während des Arbeitsverhältnisses mit der Beschwerdegegnerin für verschiedene Drittunternehmen, die mit seiner Arbeitgeberin in direktem Wettbewerb standen, gegen Entgelt mehrere Aufträge im Heizungsbereich ausgeführt. Die entsprechende Tätigkeit übte der Beschwerdeführer überwiegend in den Geschäftsräumen der Beschwerdegegnerin aus und nutzte dabei auch die dort vorhandene Spezialinfrastruktur. Nach vorinstanzlicher Feststellung hat ihm der spezifisch ausgestattete Arbeitsplatz der Beschwerdegegnerin die von dieser beanstandete Tätigkeit für Dritte überhaupt erst ermöglicht.

Angesichts dieser Feststellungen im angefochtenen Entscheid verfängt der pauschal erhobene Einwand des Beschwerdeführers nicht, das von den Konkurrenzunternehmen erhaltene Entgelt sei reiner Arbeitslohn und seine Dienstleistungen als bloss tatsächliche Handlungen für Dritte zu verstehen, die nicht in den Anwendungsbereich von Art. 464 OR fallen sollen. Insbesondere geht daraus hervor, dass der Beschwerdeführer gerade nicht in die Arbeitsorganisation der Konkurrenzunternehmen eingegliedert war (vgl. BGE 125 III 78 E. 4 S. 81; Urteil 4C.276/2006 vom 25. Januar 2007 E. 4; REHBINDER/STÖCKLI, Berner Kommentar, 3. Aufl. 2010, N. 6 ff. zu Art. 319 OR; ADRIAN STAEHELIN, Zürcher Kommentar, 4. Aufl. 2006, N. 26 ff. zu Art. 319 OR), worauf auch die Beschwerdegegnerin zutreffend hinweist. Unabhängig davon, ob die konkret erbrachten Dienstleistungen im Rahmen eines Auftrags (Art. 394 ff. OR) oder eines Werkvertrags (Art. 363 ff. OR) erfolgten, ist die Vorinstanz im Ergebnis zutreffend davon ausgegangen, dass der Beschwerdeführer damit für eigene Rechnung Rechtsgeschäfte abgeschlossen hat, die zum Geschäftszweig der Beschwerdegegnerin gehören und von Art. 464 Abs. 1 OR erfasst werden.

Unerheblich ist dabei, ob die fraglichen Konkurrenzunternehmen die entsprechenden Geschäfte an die Beschwerdegegnerin vergeben hätten oder diese interessiert gewesen wäre, die konkreten Dienstleistungen selbst zu erbringen (vgl. HEYMANN/HENSSLER, a.a.O., N. 12 zu § 60 HGB). Dem kaufmännischen Vertreter soll der Anreiz zu einem Geschäft in denselben Geschäftszweigen unabhängig davon genommen werden, ob der Geschäftsherr das konkrete Geschäft abgeschlossen hätte oder er selber einen Gewinn hätte erzielen können (vgl. HERBERT BUCHNER, Wettbewerbsverbote während und nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses, Heidelberg 1995, S. 37 Rz. B115, S. 50 Rz. B165; HEYMANN/HENSSLER, a.a.O., N. 12 zu § 60 HGB). Entscheidend ist vielmehr, dass die vom Beschwerdeführer erbrachten Dienstleistungen zu den Geschäftszweigen der Beschwerdegegnerin gehörten und für Drittunternehmen erbracht wurden, die mit der Beschwerdegegnerin in direktem Wettbewerb stehen. Die damit verbundene Gefährdung der Wettbewerbsinteressen der Beschwerdegegnerin ist evident, und dem handlungsbevollmächtigten Beschwerdeführer war es aufgrund seines besonderen Treueverhältnisses nach Art. 464 Abs. 1 OR verwehrt, entsprechende Geschäfte ohne Einwilligung des Geschäftsherrn zu machen. Dass die Beschwerdegegnerin die abgeschlossenen Geschäfte genehmigt hätte, macht der Beschwerdeführer zu Recht nicht geltend.

2.3 Bei Übertretung des Konkurrenzverbots von Art. 464 Abs. 1 OR kann der Geschäftsherr Ersatz des verursachten Schadens fordern und die betreffenden Geschäfte auf eigene Rechnung übernehmen (Art. 464 Abs. 2 OR). Hat der Prokurist bzw. Handlungsbevollmächtigte das fragliche Geschäft in eigenem Namen abgeschlossen, kann der Geschäftsherr die Ablieferung aller daraus tatsächlich erlangten Vermögenswerte verlangen (GAUTSCHI, a.a.O., N. 7b und 8b zu Art. 464 OR; WATTER, a.a.O., N. 8 zu Art. 464 OR; JOSEF HOFSTETTER, Der Auftrag und die Geschäftsführung

ohne Auftrag, SPR Bd. VII/6, 2000, S. 248 N. 4, die den Übernahmeanspruch jeweils mit der Vorteilsaneignung nach Art. 423 Abs. 1 OR gleichsetzen). Es steht ihm demnach ein Anspruch auf Abschöpfung des vom Vertreter bereits erzielten Gewinns zu (JÖRG SCHMID, Zürcher Kommentar, 3. Aufl. 1993, N. 75 zu Art. 423 OR; vgl. auch HEYMANN/HENSSLER, a.a.O., N. 7 zu § 61 HGB).

Entgegen dem, was der Beschwerdeführer anzunehmen scheint, ist es nicht erforderlich, dass der Geschäftsherr ausdrücklich eine Übernahme der Geschäfte auf eigene Rechnung im Sinne von Art. 464 Abs. 2 OR verlangt. Nachdem die Beschwerdegegnerin – wie auch in der Beschwerde festgehalten – im kantonalen Verfahren die Herausgabe des erzielten Gewinns verlangt hat, ist der Vorinstanz keine willkürliche oder aktenwidrige Sachverhaltsfeststellung vorzuwerfen, wenn sie die auf Geldzahlung gerichtete Klage der Beschwerdegegnerin (soweit im Berufungsverfahren noch strittig) gestützt auf diese Bestimmung geschützt hat. Entgegen der in der Beschwerde vertretenen Ansicht hat die Vorinstanz der Beschwerdegegnerin, deren Begehren auf Bestätigung des kreisgerichtlichen Entscheids vom 21. Oktober 2010 lautete, weder mehr noch anderes zugesprochen, als diese selbst verlangt hatte.

2.4 Der Vorinstanz ist keine Verletzung von Art. 464 OR vorzuwerfen, wenn sie das Verhalten des handlungsbevollmächtigten Beschwerdeführers als unzulässig erachtet und die Klage der Beschwerdegegnerin auf Gewinnherausgabe geschützt hat. Die konkrete Bemessung des Herausgabeanspruchs stellt der Beschwerdeführer vor Bundesgericht nicht in Frage.

Es braucht somit nicht entschieden zu werden, ob gegenüber einem Arbeitnehmer ohne Handlungsvollmacht oder Prokura ebenfalls ein Anspruch auf Gewinnherausgabe (gestützt auf Art. 423 Abs. 1 OR bzw. in analoger Anwendung von Art. 321b OR oder Art. 464 Abs. 2 OR) geltend gemacht werden kann, wenn er seinen Arbeitgeber in unzulässiger Weise konkurrenziert (vgl. Art. 321a Abs. 3 OR), oder ob die arbeitsrechtlichen Bestimmungen eine Gewinnabschöpfung (im Sinne eines qualifizierten Schweigens) ausschliessen (gegen eine Gewinnabschöpfung: SCHMID, a.a.O., N. 82 zu Art. 423 OR; THOMAS BRÄNDLI, Arbeitsvertrag und Nebenbeschäftigung, 2000, S. 148 f.; zurückhaltend auch MARKUS NIETLISPACH, Zur Gewinnherausgabe im schweizerischen Privatrecht, 1994, S. 452; für eine Gewinnabschöpfung: CHRISTINE CHAPPUIS, La restitution des profits illégitimes, 1991, S. 141; ROLF H. WEBER, Gewinnherausgabe – Rechtsfigur zwischen Schadenersatz-, Geschäftsführungs- und Bereicherungsrecht, ZSR 111/1992 I S. 337 f.; HOFSTETTER, a.a.O., S. 269 Fn. 7; ALEXANDER CH. BÜRGI-WYSS, Der unrechtmässig erworbene Vorteil im schweizerischen Privatrecht, 2005, S. 272; vgl. im Übrigen BGE 34 II 694 E. 4 hinsichtlich der Nebentätigkeit eines Dienstverpflichteten unter Verwendung des Betriebsmaterials des Dienstherrn; vgl. zum deutschen Dienstvertragsrecht STAUDINGER/RICHARDI/FISCHINGER, Kommentar zum

Bürgerlichen Gesetzbuch, 2011, N. 628 zu § 611 BGB; BUCHNER, a.a.O., S. 48 ff. Rz. B161 ff.).

Tribunal fédéral, Arrêt du 30 novembre 2011, Doss.-N° 4A_542/2011 (Rejet du recours en matière civile interjeté contre l'arrêt de la Chambre des prud'hommes de la Cour de justice du canton de Genève du 7 juillet 2011)

CNUIJE – Bien que Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens du 2 décembre 2004, ratifiée par la Suisse en date du 16 avril 2010, n'est pas encore entrée en vigueur, il est justifié de s'en inspirer lorsqu'il s'agit de rendre une décision fondée sur les règles générales du droit international public relatives à l'immunité de juridiction (c. 2.1).

La personne jouissant de l'immunité diplomatique au sens de l'art. 11 al. 2 let. b/iv CNUIJE est nécessairement une personne s'acquittant de fonctions particulières dans l'exercice de la puissance publique, ce qui exclut les personnes s'occupant uniquement de tâches subalternes comme celles de chauffeur. (c. 2.2.2).

Comme toute notion d'une convention internationale, la résidence permanente au sens de l'art. 11 al. 2 let. e CNUIJE s'interprète de manière autonome, et non pas selon l'accord des parties au contrat, et cela même dans l'hypothèse où l'employé a compris le sens et la portée de la clause contractuelle et l'a librement acceptée. Permettre à l'État employeur d'exclure la constitution d'une résidence permanente de l'employé par une clause contractuelle et d'étendre par ce biais son immunité de juridiction irait à l'encontre du but de la convention; l'art. 11 al. 2 let. f CNUIJE limite d'ailleurs expressément la faculté des parties d'étendre l'immunité de juridiction en matière de contrat de travail (c. 2.3). Pour cerner la notion de résidence permanente, on peut s'inspirer de celle de résidence habituelle, que l'on trouve notamment dans les conventions internationales de La Haye élaborées depuis 1951 et qui a été reprise à l'art. 20 al. 1 let. b LDIP (c. 2.3.2).

Selon la jurisprudence, l'État étranger ne peut se prévaloir de l'immunité de juridiction lorsqu'il a agi comme titulaire d'un droit privé ou au même titre qu'un particulier (jure gestionis). Pour distinguer les actes accomplis jure imperii des actes accomplis jure gestionis, il convient de déterminer si l'acte en cause relève de la puissance publique ou s'il s'agit d'un rapport juridique qui pourrait, dans une forme identique ou similaire, être conclu entre deux particuliers. En matière de rapports de travail, l'État employeur n'est pas touché dans l'exercice de ses tâches relevant de la puissance publique lorsqu'il conclut un contrat avec un employé subalterne; il ne pourra donc bénéficier de l'immunité de juridiction si un litige survient avec cet em-

ployé. Les fonctions subalternes relèvent essentiellement de la logistique, de l'intendance et du soutien, sans influence décisionnelle sur l'activité spécifique de la mission dans la représentation du pays (c. 3.2).

Extraits des faits:

X., ressortissant chilien, a été recruté au Chili par la Mission permanente de la République du Chili auprès de l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC) à Genève (ci-après: la Mission permanente). Arrivé en Suisse à la fin septembre 2003, il a signé un contrat de travail avec la Mission permanente le 3 octobre 2003, à Genève. Selon ce document, X. était engagé en qualité de chauffeur de l'Ambassadeur; en outre, il avait une résidence temporaire en Suisse et le contrat était régi par la législation du travail chilienne. X. a obtenu une carte de légitimation du Département fédéral des affaires étrangères (DFAE) de type «E», destinée aux membres du personnel administratif des Missions permanentes à Genève. Du 3 octobre 2003 au 11 avril 2005, il a travaillé comme chauffeur à la Mission permanente. Son épouse et ses enfants l'ont rejoint fin 2003. La famille se trouve toujours en Suisse où ses membres ont déposé une demande de naturalisation.

Le 4 juin 2008, X. a ouvert action devant le Tribunal des prud'hommes du canton de Genève, concluant à ce que la République du Chili soit condamnée à lui payer 25'058 fr.45, plus intérêts; le capital réclamé se composait de 13'861 fr.95 à titre de différence entre le salaire reçu et le salaire dû en vertu du contrat-type de travail pour les travailleurs de l'économie domestique du canton de Genève et de 11'196 fr.50 en indemnisation d'heures supplémentaires. La République du Chili a soulevé l'exception d'immunité de juridiction et a conclu à l'irrecevabilité de la demande. A titre subsidiaire et éventuel, elle a conclu au rejet de l'action, considérant avoir accordé des conditions de travail conformes au droit chilien auquel les parties avaient soumis le contrat de travail. Par ordonnance préparatoire du 18 décembre 2008, le Tribunal des prud'hommes a implicitement rejeté l'exception d'immunité de juridiction et invité les parties à se déterminer sur le droit chilien applicable. Dans son jugement du 17 juillet 2009, il a motivé le rejet de l'exception, puis, au fond, il a débouté le demandeur de ses conclusions au motif que les créances invoquées étaient prescrites selon le droit chilien. X. a interjeté appel, reprenant ses conclusions en paiement d'un montant de 25'058 fr.45, plus intérêts. Par arrêt du 7 juillet 2011, la Chambre des prud'hommes de la Cour de justice du canton de Genève a annulé le jugement de première instance, admis sa compétence à raison du lieu, rejeté l'exception d'immunité de juridiction et réservé la question du droit applicable au fond jusqu'à l'entrée en force de l'arrêt partiel sur la question de l'immunité.

La République du Chili interjette un recours en matière civile. Elle conclut à l'irrecevabilité de la demande en raison de l'immunité de juridiction dont l'État défendeur bénéficie.

Extraits des considérants:

1.

La recourante s'en prend uniquement au rejet de l'exception d'immunité de juridiction. Elle ne conteste plus la compétence des autorités judiciaires suisses pour le cas où l'immunité de juridiction devrait être définitivement niée. [...].

2.

En premier lieu, la recourante se plaint de la violation de la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens du 2 décembre 2004 (CNUJE; publiée in FF 2009 1481 ss), en particulier de l'art. 11 CNUJE sur lequel la Chambre des prud'hommes s'est fondée pour rejeter l'exception d'immunité de juridiction soulevée par l'État défendeur.

2.1 La Suisse a ratifié la CNUJE le 16 avril 2010 (cf. www.eda.admin.ch [Thèmes > Droit international public > Traités internationaux]; arrêté fédéral portant approbation et mise en oeuvre de la CNUJE du 11 décembre 2009, FF 2009 7969; Message du 25 février 2009 concernant l'approbation et la mise en oeuvre de la CNUJE, FF 2009 1443). Cette convention n'est pas encore entrée en vigueur, faute de ratification par un nombre suffisant d'États. La Chambre des prud'hommes a néanmoins examiné le bien-fondé de l'exception d'immunité de juridiction à la lumière de l'art. 11 CNUJE, au motif que ladite convention codifie le droit international coutumier en matière d'immunité de juridiction (dans ce sens: ATF 134 III 122 consid. 5.1 p. 128; arrêt précité du 8 juin 2010 consid. 5.5, in SJ 2010 I p. 556) – notamment à l'art. 11 consacré au contrat du travail – et qu'elle reprend pour l'essentiel les principes appliqués par le Tribunal fédéral depuis 1918 (cf. FF 2009 1444). Cette manière de procéder ne prête pas le flanc à la critique. Dès lors que la Suisse a ratifié la CNUJE, il est justifié de s'en inspirer lorsqu'il s'agit de rendre une décision fondée sur les règles générales du droit international public relatives à l'immunité de juridiction (cf. ATF 134 III 570 consid. 2.1 p. 572).

Sous le titre marginal «Contrats de travail», l'art. 11 CNUJE a la teneur suivante:

1. A moins que les États concernés n'en conviennent autrement, un État ne peut invoquer l'immunité de juridiction devant un tribunal d'un autre État, compétent en l'espèce, dans une procédure se rapportant à un contrat de travail entre l'État et une personne physique pour un travail accompli ou devant être accompli, en totalité ou en partie, sur le territoire de cet autre État.

2. Le paragraphe 1 ne s'applique pas:

a) Si l'employé a été engagé pour s'acquitter de fonctions particulières dans l'exercice de la puissance publique;

b) Si l'employé est:

i) Agent diplomatique, tel que défini dans la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques de 1961;

ii) Fonctionnaire consulaire, tel que défini dans la Convention de Vienne sur les relations consulaires de 1963;

iii) Membre du personnel diplomatique d'une mission permanente auprès d'une organisation internationale, ou d'une mission spéciale, ou s'il est engagé pour représenter un État lors d'une conférence internationale; ou

iv) S'il s'agit de toute autre personne jouissant de l'immunité diplomatique;

c) Si l'action a pour objet l'engagement, le renouvellement de l'engagement ou la réintégration d'un candidat;

d) Si l'action a pour objet le licenciement ou la résiliation du contrat d'un employé et si, de l'avis du chef de l'État, du chef du gouvernement ou du Ministre des affaires étrangères de l'État employeur, cette action risque d'interférer avec les intérêts de l'État en matière de sécurité;

e) Si l'employé est ressortissant de l'État employeur au moment où l'action est engagée, à moins qu'il n'ait sa résidence permanente dans l'État du for; ou

f) Si l'employé et l'État employeur en sont convenus autrement par écrit, sous réserve de considérations d'ordre public conférant aux tribunaux de l'État du for juridiction exclusive en raison de l'objet de l'action.

2.2 Tout d'abord, la recourante soutient qu'elle bénéficie de l'immunité de juridiction en vertu de l'art. 11 al. 2 let. b/iv CNUJIE. Elle fait valoir à cet égard que l'intimé jouissait de l'immunité diplomatique sur la base de l'art. 11 al. 3 de l'ordonnance sur l'État hôte du 7 décembre 2007 (OLEH; RS 192.121).

2.2.1 La Confédération peut accorder des immunités et privilèges à diverses institutions qu'elle accueille sur son territoire, dont les missions permanentes auprès des organisations intergouvernementales (art. 2 al. 1 let. f de la loi sur l'État hôte du 22 juin 2007 [LEH; RS 192.12]; cf. Message relatif à la LEH du 13 septembre 2006, FF 2006 7603). Ces immunités et privilèges peuvent également être accordés aux personnes physiques appelées en qualité officielle auprès de ces institutions, ainsi qu'aux personnes autorisées à les accompagner, y compris les domestiques privés (art. 2 al. 2 let. a et c LEH). Pour les missions permanentes, les personnes pouvant bénéficier d'immunités et de privilèges sont notamment les membres du personnel administratif et technique, les membres du personnel de service, les membres du personnel local et les personnes autorisées à accompagner une personne bénéficiant de l'immunité (art. 11 al. 3 let. b, c, f et g OLEH). L'étendue personnelle et matérielle des immunités et privilèges

ges est fixée cas par cas (art. 4 al. 1 LEH; art. 23 OLEH). Le DFAE détermine dans chaque cas particulier si une personne physique entre dans la catégorie de «personne bénéficiaire» au sens de l'art. 2 al. 2 let. a et c LEH et lui attribue la carte de légitimation correspondant à sa fonction (art. 30 al. 1 let. e OLEH).

Avant l'entrée en vigueur de la LEH et de son ordonnance d'exécution le 1^{er} janvier 2008, le Conseil fédéral se fondait sur différents instruments, en premier lieu sur des conventions et traités internationaux, en particulier la Convention de Vienne du 18 avril 1961 sur les relations diplomatiques (CVRD; RS 0.191.01), sur des lois et arrêtés fédéraux, en particulier l'arrêté fédéral du 30 septembre 1955 sur la conclusion ou la modification d'accords avec des organisations internationales en vue de déterminer leur statut juridique en Suisse (RO 1956 1216), ainsi que sur ses compétences constitutionnelles en matière de politique étrangère (FF 2006 7604).

En l'espèce, il est possible que l'intimé, titulaire d'une carte de légitimation de type «E», ait bénéficié de certaines immunités ou de privilèges en qualité de membre du personnel administratif d'une mission permanente. Cette question souffre toutefois de rester indécise, car elle est dénuée de pertinence pour les raisons suivantes.

2.2.2 L'art. 11 CNUJE a fait l'objet de longues négociations relatives au groupe de personnes dont les contrats de travail étaient soustraits à la juridiction d'un autre État, ainsi qu'au rapport de ces personnes à la puissance publique. Les exceptions proposées ont été critiquées parce qu'elles étaient trop nombreuses et faisaient de l'immunité de l'État la règle. Il ressort des discussions au sein de l'ONU que la lettre b de l'art. 11 al. 2 CNUJE, qui n'était pas prévue à l'origine, a été introduite en cours de procédure afin de clarifier la portée de la lettre a du même alinéa; les lettres a et b de l'art. 11 al. 2 CNUJE se rapportent ainsi au même groupe de personnes (Report of the Working Group on jurisdictional immunities of States and their property, in Yearbook of the International Law Commission, 1999, vol. II/2, p. 165 ch. 84 ss, spécialement ch. 105; cf. GEHRARD HAFNER/LEONOR LANGE, La convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, in Annuaire français de droit international, 2004, vol. 50, p. 64 s.).

Par conséquent, la personne jouissant de l'immunité diplomatique au sens de l'art. 11 al. 2 let. b/iv CNUJE est nécessairement une personne s'acquittant de fonctions particulières dans l'exercice de la puissance publique, ce qui exclut les personnes s'occupant uniquement de tâches subalternes comme celles de chauffeur. Admettre l'inverse reviendrait d'ailleurs à étendre très fortement l'immunité de juridiction et irait manifestement à l'encontre du principe fixé à l'art. 11 al. 1 CNUJE et du but poursuivi par les Nations Unies, à savoir de limiter l'immunité de juridiction en matière de contestations liées à des contrats de travail.

Il s'ensuit que l'intimé, employé comme chauffeur à la Mission permanente, ne saurait être qualifié de personne jouissant de l'immunité diplomatique au sens de l'art. 11 al. 2 let. b/iv CNUJE.

2.3 La recourante prétend également qu'elle bénéficie de l'immunité de juridiction en vertu de l'art. 11 al. 2 let. e CNUJE. Elle fait valoir que l'intimé était ressortissant chilien et qu'il n'aurait pas eu une résidence permanente en Suisse au moment où il a engagé l'action.

2.3.1 La recourante invoque tout d'abord le contrat de travail liant les parties, dans lequel il est précisé que l'intimé a une résidence temporaire en Suisse.

Comme toute notion d'une convention internationale, la résidence permanente au sens de l'art. 11 al. 2 let. e CNUJE s'interprète de manière autonome, et non pas selon l'accord des parties au contrat, et cela même dans l'hypothèse où l'employé a compris le sens et la portée de la clause contractuelle et l'a librement acceptée. Permettre à l'État employeur d'exclure la constitution d'une résidence permanente de l'employé par une clause contractuelle et d'étendre par ce biais son immunité de juridiction irait à l'encontre du but de la convention rappelé ci-dessus; l'art. 11 al. 2 let. f CNUJE limite d'ailleurs expressément la faculté des parties d'étendre l'immunité de juridiction en matière de contrat de travail.

2.3.2 Pour contester une résidence permanente de l'intimé en Suisse, la recourante relève ensuite que le chauffeur a été recruté au Chili, qu'il y était affilié à la sécurité sociale et que sa famille «réside et résidait à l'époque» au Chili.

Pour cerner la notion de résidence permanente au sens de l'art. 11 al. 2 let. e CNUJE, on peut s'inspirer de celle de résidence habituelle (cf. FF 2009 1459 ch. 3.4), que l'on trouve notamment dans les conventions internationales de La Haye élaborées depuis 1951 (cf. ATF 120 Ib 299 consid. 2a p. 302) et qui a été reprise à l'art. 20 al. 1 let. b LDIP. La résidence habituelle implique la présence physique dans un lieu précis, l'impression objective donnée aux tiers d'y résider normalement étant plus importante que l'intention subjective de la personne concernée d'y créer le centre de sa vie (Message concernant une loi fédérale sur le droit international privé du 10 novembre 1982, FF 1983 I 309 ch. 215.3; cf. ATF 120 Ib 299 consid. 2a p. 302). La résidence habituelle est généralement créée dans un but déterminé, notamment pour exercer une activité professionnelle; elle peut d'emblée être limitée dans le temps. A titre d'exemple, le Message précité évoquait le cas du travailleur saisonnier qui vivait en Suisse durant neuf mois dans l'année et s'y créait une résidence habituelle, tout en gardant le centre de ses intérêts et donc son domicile dans son État national d'origine où vivait sa famille, où se trouvait son foyer et où il rentrait régulièrement (FF 1983 I 309 ch. 215.3).

En l'espèce, les éléments avancés par la recourante pour nier la résidence permanente de l'intimé en Suisse ne sont pas pertinents. En 2003, le chauffeur est venu en Suisse, loin de son pays d'origine, pour y prendre un

emploi de durée non limitée, qu'il a occupé pendant une année et demie avant de trouver un autre poste de chauffeur après d'une mission à Genève. En outre, fin 2003, il a fait venir sa famille en Suisse; depuis lors, il a déposé une requête en naturalisation. Cela suffit amplement pour admettre qu'il s'est créé en Suisse une résidence permanente.

Il en découle que l'une des conditions de l'exception prévue à l'art. 11 al. 2 let. e CNUJE n'est pas réalisée dans le cas particulier.

2.4 En conclusion, la recourante ne bénéficie pas en l'espèce de l'immunité de juridiction au regard des principes posés à l'art. 11 CNUJE, comme la cour cantonale l'a admis à juste titre. Sur ce point, le recours est mal fondé.

3.

3.1 Dans un deuxième volet de son argumentation, la recourante reproche à la cour cantonale d'avoir violé le droit fédéral et les principes développés par le Tribunal fédéral en matière d'immunité de juridiction.

3.2 Selon la jurisprudence, l'État étranger ne peut se prévaloir de l'immunité de juridiction lorsqu'il a agi comme titulaire d'un droit privé ou au même titre qu'un particulier (*jure gestionis*). Pour distinguer les actes accomplis *jure imperii* des actes accomplis *jure gestionis*, il convient de déterminer si l'acte en cause relève de la puissance publique ou s'il s'agit d'un rapport juridique qui pourrait, dans une forme identique ou similaire, être conclu entre deux particuliers. En matière de rapports de travail, l'État employeur n'est pas touché dans l'exercice de ses tâches relevant de la puissance publique lorsqu'il conclut un contrat avec un employé subalterne; il ne pourra donc bénéficier de l'immunité de juridiction si un litige survient avec cet employé. Les fonctions subalternes relèvent essentiellement de la logistique, de l'intendance et du soutien, sans influence décisionnelle sur l'activité spécifique de la mission dans la représentation du pays; il s'agit par exemple du poste de chauffeur (ATF 134 III 570 consid. 2.2 p. 572 ss et les arrêts cités).

En l'espèce, il n'est pas contestable que l'intimé exerçait une fonction subalterne au sens de la jurisprudence précitée.

La recourante insiste sur le fait que l'intimé est un ressortissant chilien et qu'il a été engagé alors qu'il se trouvait au Chili. Certes, la jurisprudence a retenu qu'en tout cas, lorsque l'employé n'est pas un ressortissant de l'État employeur et qu'il a été recruté au for de l'ambassade, la juridiction du for peut être reconnue en règle générale (ATF 110 II 255 consid. 4 p. 261; 120 II 400 consid. 4a p. 406; 134 III 570 consid. 2.2 p. 573). La recourante veut en déduire, a contrario, que la juridiction du for n'est pas admise si l'employé est un ressortissant de l'État employeur et qu'il ne résidait pas au for de l'ambassade lorsqu'il a été engagé. Elle ne saurait être suivie. En précisant que l'immunité de juridiction n'est, dans la règle, pas reconnue «en tout cas» lorsque l'employé n'est pas un ressortissant de l'État employeur et n'a pas été recruté au for de l'ambassade, le Tribunal fédéral a clairement laissé entendre que l'immunité de juridiction peut éga-

lement être niée dans d'autres hypothèses. Par ailleurs, la CNUJIE, dont il y a lieu de s'inspirer dorénavant, ne prévoit pas l'immunité de juridiction au motif qu'un employé subalterne est ressortissant de l'État employeur; au contraire, elle exclut expressément l'immunité lorsqu'un employé ayant la nationalité de l'État employeur a sa résidence permanente dans l'État du for (art. 11 al. 2 let. e CNUJIE).

Le grief tiré d'une violation du droit fédéral ne peut ainsi être qu'écarté.

4.

4.1 En dernier lieu, la recourante est d'avis que les juges genevois ont violé la CVRD et la LEH. Elle cite pêle-mêle diverses dispositions dont il ressortirait que la Mission jouirait en l'espèce de l'immunité de juridiction et que les rapports de travail avec l'intimé seraient régis par la loi chilienne.

4.2 Conformément à l'art. 42 al. 1 et 2 LTF, les motifs contenus dans un mémoire de recours doivent exposer succinctement en quoi l'arrêt attaqué viole le droit fédéral. Le recourant ne satisfait pas à l'obligation de motiver si son recours ne contient que des développements juridiques abstraits, sans lien manifeste avec des motifs déterminés de la décision déférée (arrêt 4A_72/2007 du 22 août 2007 consid. 4.1.1; cf. ATF 116 II 745 consid. 3 p. 749). En l'espèce, la recourante discute en grande partie du droit applicable au fond du litige, alors que l'arrêt attaqué n'aborde pas ce point et se limite essentiellement à la question de l'immunité de juridiction. Dans cette mesure, le recours est irrecevable.

Pour le surplus, les arguments de la recourante sont difficilement compréhensibles lorsqu'elle prétend bénéficier de l'immunité de juridiction en vertu de la CVRD, de la LEH et de l'OLEH. En tout cas, elle n'explique pas en quoi les dispositions qu'elle invoque contiendraient d'autres principes en matière d'immunité de juridiction dans les litiges liés à un contrat de travail que ceux rappelés aux considérants 2 et 3 ci-dessus et lui assureraient une immunité de juridiction plus large. En tant qu'il est recevable, le moyen est manifestement mal fondé.

Bundesgericht, Urteil vom 5. Dezember 2011, Doss.-Nr. 8C_337/2011 (Bestätigung des Entscheids des Verwaltungsgericht des Kantons Zürich vom 23. Februar 2011)

Ist die Hochschule X. Universalsukzedentin der Hochschule Y., welche dem Arbeitnehmer gekündigt hatte, kann sich dieser nicht darauf berufen, es habe zwischen ihm und der Hochschule X. kein Anstellungsverhältnis bestanden, welches letztere legitimieren könnte, einen Antrag auf Einleitung einer vertrauensärztlichen Untersuchung zu stellen (E. 5.1).

Sachverhalt:

W. (Beschwerdeführer) war seit 1983 als Dozent an der Zürcher Hochschule Y. (seit Anfang 2008 Zürcher Hochschule X.; Beschwerdegegnerin) tätig. Die Hochschule Y. kündigte W. auf den 30. September 2006 (Verfügung vom 9. Dezember 2005) und stellte ihn frei (Verwaltungsakt vom 13. März 2006). Da er gesundheitsbedingt arbeitsunfähig war, erfolgte die Lohnfortzahlung bis Ende März 2007. Die Rekurskommission der Zürcher Hochschulen lehnte die von W. sowohl gegen die Entlassung als auch gegen die Freistellung erhobenen Beschwerden mit Beschluss vom 12. Juli 2007 im Wesentlichen ab, soweit sie darauf eintrat. In teilweiser Gutheissung der dagegen geführten Beschwerde stellte das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich fest, dass die Kündigung vom 9. Dezember 2005 nichtig sei, und es verpflichtete die Hochschule X., W. den Lohn ab April 2007 im Sinne der Erwägungen weiter auszurichten; bezüglich des Begehrens um Zuteilung eines 100%-Pensums wies es die Sache im Sinne der Erwägungen an die Hochschule X. zum Entscheid zurück und im Übrigen lehnte es die Beschwerde ab (Entscheid vom 14. Mai 2008). Das Bundesgericht wies die dagegen sowohl von W. als auch von der Hochschule X. erhobenen Rechtsmittel ab, soweit es darauf eintrat (Urteil 1C_296 + 310/2008 vom 5. März 2009). Die Hochschule X. stellte daraufhin mit Verfügung vom 25. Juni 2009 fest, dass sie W. ab April 2007 bis auf weiteres keine Lohnzahlungen ausrichte und gab zur Begründung an, angesichts der lang dauernden krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit lasse sich ein allfälliger Lohnzahlungsanspruch für die Zeit ab April 2007 nur durch eine vertrauensärztliche Untersuchung feststellen, W. komme aber seinen Mitwirkungspflichten bei der Abklärung des Sachverhalts nicht nach, indem er den Weisungen der Arbeitgeberin, sich einer vertrauensärztlichen Untersuchung zu unterziehen, nicht Folge leiste; dasselbe gelte für die Prüfung, ob und gegebenenfalls ab welchem Zeitpunkt W. «invaliditätshalber» zu entlassen sei. Mit einem weiteren Verwaltungsakt vom 3. September 2009 kündigte die Hochschule X. das Arbeitsverhältnis auf Ende März 2010.

Sowohl gegen die Lohneinstellung als auch gegen die Kündigung gelangte W. an die Rekurskommission der Zürcher Hochschulen. Diese vereinigte die beiden Verfahren, ordnete eine vertrauensärztliche Untersuchung an und lehnte die von W. gestellten Ausstandsbegehren ab, soweit sie darauf eintrat (Beschluss vom 2. September 2010). Das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich wies die gegen den Zwischenentscheid vom 2. September 2010 erhobene Beschwerde ab, soweit es darauf eintrat (Entscheid vom 23. Februar 2011). W. führt Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten und «vorsorglich» subsidiäre Verfassungsbeschwerde und beantragt zusammengefasst, in Aufhebung des kantonalen Gerichtsentscheides vom 23. Februar 2011 sei «vorfrageweise» Vormerk zu nehmen, dass er mit der Hochschule X. in keinem Anstellungsverhältnis

stehe, welches gekündigt werden könnte oder diese legitimieren würde, einen Antrag auf Einleitung einer vertrauensärztlichen Untersuchung zu stellen, dass die Rekurskommission unzuständig sei und die Lohnnachzahlungen zu leisten seien; eventualiter sei die Angelegenheit mit der Feststellung, dass die Kündigung vom 3. September 2009 nichtig sei, die Verwaltungsrichter J. und L. ausstandspflichtig seien und die Eingaben der Rechtsvertreterin der Hochschule X. zufolge nicht gehöriger Bevollmächtigung aus dem Recht zu weisen seien, zur Neubeurteilung an das kantonale Gericht zurückzuweisen; ferner seien ihm eine Pönale und eine Genugtuung zuzusprechen. Auf entsprechende Aufforderung des Bundesgerichts hin nimmt W. mit Eingabe vom 7. Juni 2011 zur Rechtzeitigkeit der Beschwerde Stellung. Das kantonale Gericht verzichtet auf eine Vernehmlassung. Die Hochschule X. lässt auf Abweisung der Beschwerde schliessen, soweit darauf einzutreten sei. W. stellt daraufhin das Rechtsbegehren, diese Beschwerdeantwort sei aus dem Recht zu weisen, und er äussert sich auch inhaltlich zur Eingabe der Hochschule X.

Aus den Erwägungen:

2.

Soweit der Beschwerdeführer beantragt, es seien ihm «im Sinne des Akteneinsichtsrechts» die von der Gegenpartei eingereichten Akten und Eingaben zur Einsicht zuzustellen und es sei ihm gegebenenfalls Frist zur Einreichung einer Stellungnahme anzusetzen, erübrigen sich Weiterungen, da die Hochschule X. im Verfahren vor Bundesgericht keine neuen Unterlagen einreichen liess, die Vorinstanz auf eine Stellungnahme verzichtet hat und ihm die Vernehmlassungsantwort der Gegenpartei vom 23. September 2011 zugesandt worden ist. Er hat die Gelegenheit wahrgenommen, sich dazu in einer weiteren Eingabe vom 10. Oktober 2011 zu äussern.

3.

3.1 Der Beschwerdeführer macht ferner geltend, sein in Art. 30 BV verankerter Anspruch auf einen unabhängigen Richter sei verletzt worden, indem der Abteilungspräsident J. und der Verwaltungsrichter L., welche im kantonalen Beschwerdeverfahren am angefochtenen Entscheid mitgewirkt haben, bereits beim Entscheid des Verwaltungsgerichts vom 14. Mai 2008 in gleicher Funktion dabei und somit vorbefasst gewesen seien.

3.2 Nach der in Art. 30 Abs. 1 BV und in Art. 6 Ziff. 1 EMRK enthaltenen Garantie des verfassungsmässigen Richters hat der Einzelne Anspruch darauf, dass seine Sache von einem unparteiischen, unvoreingenommenen und unbefangenen Gericht ohne Einwirken sachfremder Umstände entschieden wird. Liegen bei objektiver Betrachtungsweise Gegebenheiten vor, die den Anschein der Befangenheit und die Gefahr der Voreingenommenheit zu begründen vermögen, so ist die Garantie verletzt. Eine gewisse Besorgnis der Voreingenommenheit und damit Misstrauen in das Gericht kann bei den Parteien immer dann entstehen, wenn sich einzel-

ne Gerichtspersonen in einem früheren Verfahren mit der konkreten Streit-sache schon einmal befasst haben. In einem solchen Fall der so genannten Vorbefassung stellt sich die Frage, ob sich ein Richter durch seine Mitwirkung an früheren Entscheidungen in einzelnen Punkten bereits in einem Mass festgelegt hat, die ihn nicht mehr als unvoreingenommen und dementsprechend das Verfahren als nicht mehr offen erscheinen lassen. Ob dies der Fall ist, kann nicht generell gesagt werden; es ist vielmehr in jedem Einzelfall zu untersuchen, ob die konkret zu entscheidende Rechtsfrage trotz Vorbefassung als offen erscheint (BGE 131 I 113 E. 3.4 S. 116 f. mit Hinweisen). Rechtsprechungsgemäss stellt das Mitwirken an einem früheren Entscheid regelmässig keinen Ausstandsgrund dar, sofern nicht weitere konkrete, für die Befangenheit sprechende Gesichtspunkte hinzukommen (BGE 131 I 113 E. 3.7 S. 120 ff.; Urteile 8C_543/2011 vom 25. August 2011 E. 2.4 und 8C_518/2010 vom 24. Januar 2011 E. 3.1). Vorliegend finden sich keine Anhaltspunkte für eine Befangenheit der genannten Verwaltungsrichter. Entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers lässt sich aus dem Umstand, dass die kantonalen Gerichtspersonen seine Meinung zum massgebenden Sachverhalt und zu den daraus zu ziehenden rechtlichen Schlüssen nicht teilen, nicht bereits eine Befangenheit ableiten.

4.

Wie schon vor dem kantonalen Gericht verlangt der Beschwerdeführer auch letztinstanzlich, die Eingaben der Rechtsvertreterin der Beschwerdegegnerin seien aus dem Recht zu weisen, da sie von der Hochschule Y. – und damit nicht gehörig – bevollmächtigt sei. Das Verwaltungsgericht hat sowohl in seinem Entscheid vom 14. Mai 2008 (bestätigt durch das Urteil des Bundesgerichts 1C_296 + 310/2008 vom 5. März 2009) als auch im vorliegend angefochtenen Gerichtsentscheid dargelegt, dass die Hochschule X. Universalsukzedentin der Hochschule Y. sei und damit die Vollmacht der Hochschule Y. ohne Weiteres auch eine solche der Hochschule X. sei. Es besteht auch in diesem Verfahren kein Grund, die Gültigkeit des Vertretungsverhältnisses anzuzweifeln.

5.

5.1 Das Verwaltungsgericht legt ausführlich dar, weshalb der formelle Beschluss der Rekurskommission über die von der Beschwerdegegnerin bereits eingeleitete, bisher aber noch nicht durchgeführte vertrauensärztliche Untersuchung nicht zu beanstanden ist. Die Hochschule X. ist Universalsukzedentin der Hochschule Y. (E. 4 hiervor). Daher ist der Einwand des Beschwerdeführers, es habe zwischen ihm und der Hochschule X. kein Anstellungsverhältnis bestanden, welches letztere legitimieren könnte, einen Antrag auf Einleitung einer vertrauensärztlichen Untersuchung zu stellen, nicht stichhaltig. Seine weiteren Vorbringen erschöpfen sich in appellarischer Kritik am angefochtenen Entscheid, auf die nicht weiter einzugehen ist.

5.2 Das Ausstandsbegehren betreffend einzelner Mitglieder der Rekurskommission wird letztinstanzlich nicht ausreichend begründet. Demzufolge ist darauf nicht einzutreten.

5.3 Über die Kündigung des Arbeitsverhältnisses und die Lohnfortzahlungspflicht hat die Rekurskommission noch nicht entschieden. Soweit sich die Beschwerde auf diese und die übrigen damit zusammenhängenden Streitpunkte, so unter anderem die geltend gemachte Genugtuung und die beantragte Pönale, richtet, kann darauf nicht eingetreten werden.

(...)

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann.

*Bundesgericht, Urteil vom 9. Dezember 2011, Doss.-Nr. 4A_316/2011
(Bestätigung des Urteils des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 12. April 2011)*

Arbeitet ein (unselbständiger) Arbeitnehmer einer Versicherungsgesellschaft später als deren selbständiger Generalagent und überlässt ihm diese das vorhandene Kundenportefeuille unentgeltlich zur weiteren Bearbeitung, darf der ehemalige Arbeitnehmer nicht annehmen, die Versicherungsgesellschaft werde mit Blick auf eine Entschädigung nach Art. 418u OR bei Vertragsbeendigung auf einen Abzug für den übernommenen Kundenstamm verzichten. Der Generalagent hatte den Kundenstamm seinerzeit als Angestellter der Versicherungsgesellschaft aufgebaut und war dafür angemessen entlohnt worden. Zur Auswertung dieses Kundenstamms war somit nicht mehr er, sondern die Versicherungsgesellschaft als Arbeitgeberin berechtigt (E.1.4.3, 2.3.1 und 2.4.1).

Sachverhalt:

Die X. AG (Beschwerdegegnerin) ist eine in der Versicherungsbranche tätige Aktiengesellschaft mit Sitz in Y. Sie ist aus der Z. und deren Rechtsvorgängerinnen hervorgegangen. A. (Beschwerdeführer) war zunächst (spätestens) ab 1978 bis 1995 als (unselbstständiger) Arbeitnehmer für die Z. tätig und alsdann gemäss Vereinbarung vom 26. Juni 1995 bis Ende 2005 als deren selbständiger Generalagent. Im Oktober 2002 schlossen die Parteien als Folge der Umfirmierung der Beschwerdegegnerin einen neuen Agenturvertrag, woraus sich indessen keine inhaltlichen Änderungen ergaben. Ende 1996 betrug das Prämienvolumen, das der Beschwerdeführer gebucht hatte, Fr. 8 206 682.65, im Jahre 2005 Fr. 10 261 044.–. Als Arbeitnehmer hatte der Beschwerdeführer mindestens ab 1985 ein jährliches Bruttoeinkommen, Boni nicht eingeschlossen,

von Fr. 200 000.– erzielt, als Generalagent ein durchschnittliches jährliches Nettoeinkommen von Fr. 400 000.–. Aus der Vermittlung von Versicherungsverträgen für die Beschwerdegegnerin nach Beendigung des Agenturvertrages erwirtschaftete der Beschwerdeführer, jedenfalls bis Ende 2009, ein jährliches Einkommen von mindestens Fr. 200 000.–. Über die Frage, ob dem Beschwerdeführer nach Auflösung des Agenturvertrages eine Entschädigung für die Kundschaft nach Art. 418u OR zusteht, gerieten die Parteien in Streit. Die einschlägige Bestimmung (Ziff. 22.2) des Agenturvertrages vom 26. Juni 1995 unter dem Titel «Überlassung des bestehenden Portefeuilles und OR Artikel 418u» lautet wie folgt: «Die Z. überlässt dem Agenten per 1.1.1996 ein Portefeuille mit einer gebuchten Jahresprämie von Fr. ... (Stand 31.12.1995) unentgeltlich zur Bearbeitung. Dieser Portefeuillebestand wird bei einer allfälligen nach OR Artikel 418u zu entrichtenden Entschädigung mit dem Portefeuillebestand bei Vertragsende vollumfänglich verrechnet.»

Mit Klage vom 3. Dezember 2007 beantragte der Beschwerdeführer dem Handelsgericht des Kantons Zürich, die Beschwerdegegnerin unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu ihren Lasten zu verpflichten, ihm Fr. 406 654.40 zuzüglich 5% Zins seit 5. März 2007 zu bezahlen. Das Handelsgericht wies die Klage am 12. April 2011 ab. Gegen dieses Urteil hat der Beschwerdeführer Beschwerde in Zivilsachen eingereicht, mit welcher er im Wesentlichen sein vor Handelsgericht gestelltes Rechtsbegehren erneuert.

Aus den Erwägungen:

1.

Unter den Parteien ist die Auslegung der erwähnten Ziff. 22.2 des Agenturvertrages vom 26. Juni 1995 umstritten.

1.1 Nach dem angefochtenen Urteil hat der Beschwerdeführer vorgebracht, ein anzurechnender Betrag sei in die betreffende Rubrik der umstrittenen Vertragsbestimmung nicht eingesetzt worden, weil ihm die Beschwerdegegnerin keine Kunden unentgeltlich zur Bearbeitung überlassen habe. Vielmehr habe er den gesamten Kundenstamm von Grund auf selber aufgebaut bzw. erarbeitet. Überdies habe die Beschwerdegegnerin im Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht riskieren wollen, den Beschwerdeführer und dessen Portefeuille zu verlieren, denn der Beschwerdeführer habe damals vor der Wahl gestanden, zu einer anderen Versicherung zu wechseln oder Makler zu werden, wobei ihm die Kunden wegen seiner fundierten und persönlichen Beratung sicherlich gefolgt wären. Das Nichtausfüllen der fraglichen Zeile in der umstrittenen Vertragsbestimmung sei somit gleich bedeutend mit «Fr. 0.–». Der zu Beginn des Vertragsverhältnisses vorhandene Kundenstamm habe als von Grund auf neu geschaffen zu gelten.

1.2 Die Beschwerdegegnerin bestritt diese Darstellung. Sie brachte vor, der Beschwerdeführer habe das Prämienvolumen von Fr. 8 206 683.– zwischen 1978 und 1995 als Arbeitnehmer erarbeitet und beim Wechsel zur Selbstständigkeit unentgeltlich übernommen. Der anzurechnende Betrag nach Art. 418u OR sei nicht etwa offen gelassen worden, weil die Beschwerdegegnerin befürchtet hätte, den Beschwerdeführer als Generalagenten zu verlieren, sondern wegen der bei Vertragsschluss vorherrschenden speziellen Umstände. Der Beschwerdeführer sei Teil eines Pilotprojekts bei der Einführung von Generalagenturen gewesen. Als solcher habe er den Vertrag früher als die übrigen Generalagenten unterschrieben, und zwar in einem Zeitpunkt, in dem der Betrag der gebuchten Prämien noch nicht festgestanden und das detaillierte Provisionsreglement noch nicht vorgelegen habe.

1.3 Die Vorinstanz erachtete den Nachweis eines übereinstimmenden tatsächlichen Willens, gemäss welchem die Parteien bei Vertragsschluss dem unentgeltlich übergebenen Kundenstamm einen Wert von Fr. 0.– hätten beimessen wollen, wie ihn der Beschwerdeführer behauptet hatte, für nicht erbracht. Dagegen deuteten die Beweismittel darauf hin, dass die Beschwerdegegnerin dem Beschwerdeführer zu Anfang des Agenturverhältnisses den zuvor durch ihn als Arbeitnehmer erarbeiteten Kundenstamm unentgeltlich zur Bearbeitung übergeben habe. Der Beschwerdeführer selbst habe angegeben, unter «bestehendem Portefeuille» seien seine persönlichen Kunden zu verstehen, die er eingebracht bzw. vermittelt habe.

1.4 In der Folge legte die Vorinstanz die umstrittene Bestimmung nach dem Vertrauensprinzip aus.

1.4.1 Die Vorinstanz erwog, der Wortlaut allein führe nicht zu einem eindeutigen Ergebnis. Da die Parteien von der Überlassung eines Portefeuilles per 1. Januar 1996 gesprochen, den entsprechenden Betrag jedoch offen gelassen hätten, sei sowohl die Deutung des Beschwerdeführers als auch jene der Beschwerdegegnerin vertretbar, nach welcher im Hinblick auf eine spätere «Verrechnung» von einem betragsmässig zwar bestimmbar, jedoch einstweilen noch nicht bezifferten Wert des Prämienvolumens auszugehen sei. Allerdings sei nicht ersichtlich, weshalb es nicht möglich gewesen sein sollte, den offen gelassenen Raum für den Frankenbetrag mit «Fr. 0.–» zu füllen. Die offen gelassene Stelle im standardisierten Vertrag hätte es an sich zugelassen, den individuellen Umständen Rechnung zu tragen. Es erscheine daher wahrscheinlicher, dass noch ein Wert hätte eingesetzt werden sollen, der im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses noch nicht bekannt gewesen sei.

1.4.2 Die Entstehungsgeschichte des Vertrages stützt nach Auffassung der Vorinstanz ebenso eher die Sachverhaltsschilderung der Beschwerdegegnerin, nach welcher der Vertrag mit dem Beschwerdeführer als Teilnehmer des Pilotversuchs rund ein halbes Jahr vor den Verträgen mit den übrigen Agenten abgeschlossen worden sei. Es sei auch glaubhaft, dass der Wechsel vom Regie- zum selbstständigen Generalagenten mit der

Übernahme der Z. durch die Beschwerdegegnerin in Zusammenhang gestanden habe und die konkreten Zahlen im Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch nicht bekannt gewesen seien. Dies erkläre den in Klammern angebrachten Hinweis auf den «Stand 31.12.1995».

1.4.3 Der Standpunkt der Beschwerdegegnerin werde auch durch den Vertragszweck untermauert, die Abgeltung von Vorteilen, die der Auftraggeber auch nach Beendigung des Agenturverhältnisses aus den erbrachten vertraglichen Leistungen des Agenten ziehen könne. Wenn dem Agenten zu Beginn des Agenturverhältnisses ein Kundenportefeuille unentgeltlich zur Bearbeitung überlassen werde, sei es bei der Ermittlung der vertraglichen Leistung des Agenten vom Umfang des Portefeuilles bei Vertragsbeendigung in Abzug zu bringen. Bei dem zu Beginn des Agenturverhältnisses vorhandenen Portefeuille habe es sich entgegen der Meinung des Beschwerdeführers nicht um seine eigenen Kunden gehandelt, sondern um solche, die er als Arbeitnehmer der Beschwerdegegnerin für diese gegen Bezahlung eines Lohnes sowie einer variablen Lohnkomponente akquiriert habe. Weshalb die Beschwerdegegnerin diese Kunden hätte «kaufen» bzw. für deren «Überlassung» dem Beschwerdeführer eine Entschädigung hätte bezahlen müssen, sei nicht ersichtlich. Daran ändere nichts, dass der Beschwerdeführer in seinem bisherigen Wirken für die Beschwerdegegnerin, das bis in die 60er Jahre zurückreiche, sehr erfolgreich gewesen sei. Bei der Umgestaltung des Arbeitsverhältnisses in eine Generalagentur habe die Beschwerdegegnerin den Beschwerdeführer als besonders wertvollen und tüchtigen Mitarbeiter zweifellos nicht verlieren wollen. Dieser Interessenlage hätten die Parteien aber gebührend Rechnung getragen, habe doch die Beschwerdegegnerin dem Beschwerdeführer das vorhandene Kundenportefeuille unentgeltlich zur weiteren Bearbeitung überlassen. Der Beschwerdeführer habe auf diese Weise von Anfang an für seine Tätigkeit Provisionen beziehen und dadurch vom ganzen Portefeuille bzw. Prämienvolumen profitieren können und nicht lediglich von Kunden, die er während der Dauer des Agenturvertrages neu geworben habe. Die Parteien hätten daher bei Vertragsschluss kaum angenommen, die Beschwerdegegnerin werde mit Blick auf eine Entschädigung nach Art. 418u OR bei Vertragsbeendigung zusätzlich auf die wertmässige Verrechnung des überlassenen Portefeuillebestandes verzichten.

2.

Der Beschwerdeführer ist der Auffassung, die Vorinstanz sei zu Unrecht davon ausgegangen, die getroffene Vereinbarung enthalte eine Vertragslücke. Mangels Bezifferung des Werts des anzurechnenden Portefeuilles sei davon auszugehen, dass die Parteien gar keine Regelung getroffen hätten. Eine Vertragsergänzung sei unnötig. Zudem gehe eine allfällige Unvollständigkeit bei Formularverträgen immer zu Lasten des Verfassers. Aber auch im Übrigen hat die Vorinstanz nach Auffassung des Beschwerdeführers bei der Auslegung des Vertrages nicht alle wesentlichen Um-

stände berücksichtigt und teilweise widersprüchliche Feststellungen getroffen.

2.1 Bleibt eine tatsächliche Willensübereinstimmung unbewiesen, sind zur Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens die Erklärungen der Parteien aufgrund des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten. Das Bundesgericht überprüft diese objektivierte Auslegung von Willenserklärungen 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 135 III 410 E. 3.2 S. 413 mit Hinweis). 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 S. 67; 132 III 626 E. 3.1 S. 632). Dabei hat das Gericht zu berücksichtigen, was sachgerecht ist, weil nicht anzunehmen ist, dass die Parteien eine unangemessene Lösung gewollt haben (BGE 122 III 420 E. 3a S. 424; 117 II 609 E. 6c S. 621; je mit Hinweisen; vgl. auch BGE 133 III 607 E. 2.2 S. 610).

2.2 Vorformulierte Vertragsbestimmungen sind grundsätzlich nach den gleichen Regeln wie individuell verfasste Vertragsklauseln auszulegen (BGE 135 III 1 E. 2 S. 6, 410 E. 3.2 S. 412). Subsidiär gilt sodann die Unklarheitsregel, wonach mehrdeutige Klauseln gegen den Verfasser bzw. gegen jene Partei auszulegen sind, die als branchenkundiger als die andere zu betrachten ist und die Verwendung der vorformulierten Bestimmungen veranlasst hat (BGE 124 III 155 E. 1b S. 158; 122 III 118 E. 2a S. 121; 133 III 607 E. 2.2 S. 610).

2.3 Diesen Anforderungen wird die Vertragsauslegung nach dem Vertrauensprinzip durch die Vorinstanz im Ergebnis gerecht.

2.3.1 Für die Auslegung nach Treu und Glauben gibt den Ausschlag, ob der Beschwerdeführer zur Annahme berechtigt war, bei der Berechnung einer allfälligen Entschädigung nach Art. 418u OR erfolge kein Abzug für den übernommenen Kundenstamm, da im Agenturvertrag für das überlassenen Portefeuille an der dafür vorgesehenen Stelle kein Betrag eingesetzt war. Dass die Vertragsklausel nicht auslegungsbedürftig wäre, trifft nicht zu. Wäre von der Überlassung eines Portefeuilles mit einer gebuchten Jahresprämie von Fr. 0.– auszugehen, wie der Beschwerdeführer annimmt, hätte diese Zahl ohne Weiteres eingesetzt oder die gesamte Bestimmung gestrichen werden können. Jedenfalls ergäbe die Erläuterung «Stand 31.12.1995» keinen Sinn und der nach Ansicht des Beschwerdeführers einzusetzende Betrag stünde in krassem Widerspruch zum realen Wert des damals vorhandenen Portefeuilles.

2.3.2 Aus dem blossen Umstand, dass am dafür vorbestimmten Ort der schriftlichen Vereinbarung keine Zahl eingesetzt wurde, durfte der Be-

schwerdeführer demnach nicht ableiten, er brauche sich bei Vertragsende den Wert des anfänglich vorhandenen Kundestammes nicht anrechnen zu lassen. Er musste erkennen, dass der Wert des Portefeuilles «Stand 31.12.1995» bei einer allfälligen nach Art. 418u OR zu entrichtenden Entschädigung mit dem Portefeuillebestand bei Vertragsende vollumfänglich verrechnet würde.

2.3.3 Ob die Beschwerdegegnerin dem Beschwerdeführer den Wert im März 1996 mitgeteilt hat oder nicht, ist nicht entscheidend. Aus der Tatsache, dass der Betrag nachträglich nicht ergänzt wurde, durfte der Beschwerdeführer nach Treu und Glauben nicht schliessen, die Beschwerdegegnerin verzichte auf die Anrechnung des Werts des Portefeuilles. Dass eine einvernehmliche Festsetzung des anzurechnenden Werts unterblieb, hat einzig zur Folge, dass die Beschwerdegegnerin im Zeitpunkt der Auflösung des Agenturvertrages zu beweisen hat, welchen Wert das dem Beschwerdeführer überlassene Portefeuille am 31.12.1995 aufwies. Die diesbezügliche Feststellung der Vorinstanz kritisiert der Beschwerdeführer nicht. Auf seine Sachverhaltsrügen betreffend die Frage, ob die Zahlen per Ende 1995 geliefert wurden, ist mangels Relevanz nicht einzutreten. Der anrechenbare Betrag muss nicht bereits im Zeitpunkt des Vertragsschlusses bestimmt zu sein; Bestimmbarkeit genügt.

2.4 Was der Beschwerdeführer gegen die Vertragsauslegung der Vorinstanz einwendet, verfängt nicht:

2.4.1 Soweit der Beschwerdeführer vorbringt, die Vorinstanz habe festgestellt, er selbst habe den Kundenstamm erarbeitet, lässt er ausser Acht, dass die Vorinstanz das Gewicht darauf legte, dass er den Kundenstamm als Angestellter der Beschwerdegegnerin aufgebaut hat und dafür angemessen entlohnt worden ist. Zur Auswertung dieses Kundenstamms war somit nicht mehr der Beschwerdeführer, sondern die Beschwerdegegnerin als Arbeitgeberin berechtigt.

2.4.2 Der Auffassung des Beschwerdeführers, vorformulierte Vertragsbedingungen seien im Zweifel gegen den Verfasser auszulegen, weshalb die im Standardvertrag nicht ausgefüllte Position ohne weiteres entsprechend seiner Auslegung mit Wert Fr. 0.– und nicht mit Fr. 8 034 653.– zu ergänzen sei, ist entgegenzuhalten, dass vorformulierte Vertragsbedingungen zunächst nach den gleichen Regeln wie individuell verfasste auszulegen sind (BGE 135 III 1 E. 2 S. 6, 410 E. 3.2 S. 412) und die Unklarheitenregel, wonach mehrdeutige Wendungen im Zweifel zulasten jener Partei auszulegen sind, welche sie verfasst hat, erst zur Anwendung gelangt, wenn die übrigen Auslegungsmittel versagen (BGE 122 III 118 E. 2a S. 121; 124 III 155 E. 1b S. 158). Die Vorinstanz ist daher bundesrechtskonform vorgegangen, wenn sie die Vertragsklausel nach dem Vertrauensprinzip auslegte.

2.4.3 Der Beschwerdeführer rügt zu Unrecht, die Vorinstanz habe sein Vorbringen ausser Acht gelassen, wonach der Beschwerdegegnerin angesichts seiner beruflichen Qualitäten daran gelegen gewesen sei, ihn

nicht an die Konkurrenz zu verlieren. Die Vorinstanz hielt vielmehr sinn- gemäss fest, die Beschwerdegegnerin habe diesem Interesse dadurch Rechnung getragen, dass sie dem Beschwerdeführer das vorhandene Kun- denportefeuille unentgeltlich zur weiteren Bearbeitung überlassen habe. Weshalb eine Regelung nicht sachgerecht sein soll, bei welcher die Be- schwerdegegnerin bei Beendigung des Agenturvertrages auf dem unent- geltlich überlassenen Kundenportefeuille keine Entschädigung mehr zahlen soll, legt der Beschwerdeführer nicht dar.

3.

Aus den dargelegten Gründen hält die normative Vertragsauslegung der Vorinstanz vor Bundesrecht stand. Deren weitere Erwägungen, welche diese Vertragsauslegung bestätigen bzw. ihr zumindest nicht entgegen ste- hen würden (Usancen bzw. Verkehrssitten; Verhalten der Parteien nach Vertragsabschluss) erweisen sich unter diesen Umständen als nicht ent- scheidwesentlich, weshalb auf die in der Beschwerde dagegen vorgebrach- te Kritik nicht einzutreten ist, ebenso wenig wie auf jene gegen die Alter- nativbegründung der Vorinstanz, wonach ein Entschädigungsanspruch un- billig wäre. Die Beschwerde ist somit abzuweisen, soweit darauf einzutre- ten ist. (...)

*Bundesgericht, Urteil vom 12. Dezember 2011, Doss.-Nr. 6B_305/2011
(Bestätigung des Urteils des Obergerichts des Kantons Zürich vom
11. Januar 2011)*

Bei Verletzung des Amtsgeheimnisses (Art. 320 Abs. 1 StGB) ist der aussergesetzliche Rechtfertigungsgrund der Wahrung berechtigter In- teressen – vorliegend die Bekämpfung des Missbrauchs im Bereich der Sozialhilfe und der Verbesserung der diesbezüglichen Kontrollen – dann nicht gegeben, wenn den Arbeitnehmerinnen legale Handlungs- alternativen zur Übergabe von Dokumenten an einen Journalisten zum Zweck ihrer Verwertung in Zeitungsartikeln zur Verfügung standen. Der Rechtfertigungsgrund der Wahrung berechtigter In- teressen setzt voraus, dass die Straftat zur Erreichung des Ziels notwen- dig und angemessen ist und den einzig möglichen Weg darstellt. Die Whistleblowerinnen hätten sich nach dem verwaltungsinternen Weg, den sie zwar beschritten, aber unter den gegebenen Umständen ver- ständlicherweise nicht zu Ende gingen, an verschiedene Stellen aus- serhalb der Hierarchie des Departements, in dem sie tätig waren, wenden können, um über ihre Wahrnehmungen zu berichten, bevor sie sich einem Journalisten anvertrauten (E. 3.2, 3.4 und 4.1).

Sachverhalt:

X. übergab im Januar 2007 als Angestellte des Sozialdepartements der Stadt Zürich einem Zeitungsjournalisten Ausdrücke von Gesprächsnotizen, Kontoauszügen, Monatsbudgets etc. betreffend verschiedene Sozialhilfeempfänger, wobei sie die Fall-Nummern, Namen und Teile der Geburtsdaten unleserlich gemacht hatte. Y. übergab im Mai 2007 als Angestellte des Sozialdepartements der Stadt Zürich demselben Journalisten zwei Polizeirapporte sowie Ausdrücke von Gesprächsnotizen, Kontoauszügen, Monatsbudgets etc. betreffend verschiedene Sozialhilfeempfänger, wobei sie diese Dokumente in keiner Art und Weise anonymisiert hatte. Die beiden Frauen nahmen in Kauf, dass der Journalist den Inhalt der Dokumente medial aufbereitet einer breiten Öffentlichkeit zugänglich machen würde, was tatsächlich in Form mehrerer Zeitungsartikel geschah.

Die Einzelrichterin in Strafsachen des Bezirksgerichts Zürich sprach X. und Y. mit Urteil vom 17. September 2009 vom Vorwurf der Verletzung des Amtsgeheimnisses frei. Dagegen erhoben die Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich und die Stadt Zürich, Sozialdepartement, Berufung mit den Anträgen, X. und Y. seien wegen Verletzung des Amtsgeheimnisses zu bestrafen. Das Obergericht des Kantons Zürich, II. Strafkammer, sprach X. und Y. mit Urteil vom 11. Januar 2011 der Verletzung des Amtsgeheimnisses im Sinne von Art. 320 Ziff. 1 Abs. 1 StGB schuldig und bestrafte sie mit Geldstrafen von 20 Tagessätzen zu Fr. 80.–, bedingt vollziehbar bei einer Probezeit von zwei Jahren. X. und Y. führen Beschwerde in Strafsachen mit den Anträgen, das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 11. Januar 2011 sei aufzuheben, und sie seien von Schuld und Strafe freizusprechen. Eventualiter sei die Sache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Aus den Erwägungen:

2.

Wer ein Geheimnis offenbart, das ihm in seiner Eigenschaft als Mitglied einer Behörde oder als Beamter anvertraut worden ist, oder das er in seiner amtlichen oder dienstlichen Stellung wahrgenommen hat, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft (Art. 320 Ziff. 1 Abs. 1 StGB).

Die Beschwerdeführerinnen stellen mit Recht nicht mehr in Abrede, dass sie den Tatbestand der Verletzung des Amtsgeheimnisses erfüllt haben. Insoweit kann auf die zutreffenden Erwägungen im angefochtenen Entscheid und im erstinstanzlichen Urteil verwiesen werden.

3.

Die Beschwerdeführerinnen machen zu Recht nicht geltend, dass ein gesetzlicher Rechtfertigungsgrund vorliege, dass ihr Verhalten etwa im Sinne von Art. 14 StGB durch das Gesetz geboten oder erlaubt und daher

rechtmässig sei. Sie sind der Ansicht, ihr Vorgehen sei durch den aussergesetzlichen Rechtfertigungsgrund der Wahrung berechtigter Interessen gerechtfertigt und aus diesem Grunde nicht strafbar. Die Vorinstanz ist abweichend von der ersten Instanz der Auffassung, dass nicht alle Voraussetzungen dieses Rechtfertigungsgrundes erfüllt sind.

3.1 Der aussergesetzliche Rechtfertigungsgrund der Wahrung berechtigter Interessen setzt nach der Rechtsprechung voraus, dass die Tat ein zur Erreichung des berechtigten Ziels notwendiges und angemessenes Mittel ist, sie insoweit den einzig möglichen Weg darstellt und offenkundig weniger schwer wiegt als die Interessen, welche der Täter zu wahren sucht (BGE 134 IV 216 E. 6.1; 127 IV 122 E. 5c, 166 E. 2b; 126 IV 236 E. 4b, je mit Hinweisen).

3.2 Die erste Instanz erwog, sämtliche Voraussetzungen des Rechtfertigungsgrundes der Wahrung berechtigter Interessen seien im konkreten Fall erfüllt. Insbesondere habe auch keine legale Alternative zur inkriminierten Tat bestanden. Der Gang in die Öffentlichkeit sei der einzig mögliche Weg zur Erreichung des berechtigten Ziels gewesen. Zwar seien die Beschwerdeführerinnen den verwaltungsinternen Weg nicht zu Ende gegangen, indem sie es unterlassen hätten, bei der Vorsteherin des Sozialdepartements vorzusprechen. Dies sei aber unter den gegebenen Umständen verständlich. Die erste Instanz befasste sich nicht explizit mit der Frage, ob die Beschwerdeführerinnen vor dem Gang in die Öffentlichkeit departementsexterne Stellen, also Ämter und Behörden ausserhalb der Hierarchie des Sozialdepartements, in dem sie tätig waren, hätten ansprechen sollen.

3.3 Die Vorinstanz ist der Auffassung, dass die von den Beschwerdeführerinnen mit den inkriminierten Taten verfolgten Ziele der Bekämpfung des Missbrauchs im Bereich der Sozialhilfe und der Verbesserung der diesbezüglichen Kontrollen berechtigt und gewichtig sind. Sie lässt offen, ob diese Interessen im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung deutlich höher zu gewichten sind als die Interessen, die mit der Wahrung des Amtsgeheimnisses geschützt werden sollen. Der Rechtfertigungsgrund der Wahrung berechtigter Interessen sei jedenfalls deshalb nicht gegeben, weil den Beschwerdeführerinnen legale Handlungsalternativen zur Verfügung gestanden hätten. Es habe objektiv zahlreiche Stellen gegeben, an welche sich die Beschwerdeführerinnen hätten wenden können, bevor sie an die Öffentlichkeit gelangten. Die Vorinstanz nennt neben der Amtsleiterin respektive der Departementsvorsteherin insbesondere den Rechtsdienst, die Ombudsfrau, die Mitglieder der Sozialbehörde sowie die Mitglieder der Geschäftsprüfungskommission, ferner den Bezirksrat als Aufsichtsbehörde der Stadt Zürich und das kantonale Sozialamt, welches die Oberaufsicht über das ganze Sozialwesen hat. Zwar sei es unter den gegebenen konkreten Umständen nachvollziehbar, dass die Beschwerdeführerinnen sich nicht an die Spitzen des Sozialdepartements richteten. Nicht einzusehen sei jedoch, dass sie sich – vor dem Gang in die Öffentlichkeit – nicht an den Rechtsdienst, die Ombudsfrau, die Sozialbehörde oder auch die Geschäfts-

prüfungskommission wandten. Alle diese Stellen stünden ausserhalb der Hierarchie, in welcher sich die Beschwerdeführerinnen allein gelassen und belastet gefühlt hätten. Für das offenbar massive Misstrauen der Beschwerdeführerinnen auch gegenüber diesen weiteren möglichen Anlaufstellen ausserhalb der Hierarchie des Departements bestünden keine objektiven Anhaltspunkte. Die Vorinstanz weist zudem darauf hin, dass, ausgelöst durch politische Vorstösse, schon vor den inkriminierten Handlungen aufgrund gewisser Aufsehen erregender Vorfälle («Hotel-Fall», «Spanien-Fall») konkrete Schritte zur Missbrauchsbekämpfung eingeleitet worden waren. Sie erwähnt die Weisung 37 des Stadtrates betreffend Massnahmen zur Bekämpfung des Missbrauchs in der Sozialhilfe. Diese Massnahmen seien den Beschwerdeführerinnen bekannt gewesen. Nach der Auffassung der Vorinstanz ist der Rechtfertigungsgrund der Wahrung berechtigter Interessen nicht gegeben, weil die inkriminierten Handlungen insbesondere auch unter Berücksichtigung der damals bereits eingeleiteten Massnahmen zur Verbesserung der Missbrauchsbekämpfung weder nötig noch angemessen waren und die Beschwerdeführerinnen bei der ihnen bekannten Sachlage nicht in guten Treuen davon ausgehen konnten, dass der von ihnen gewählte Weg der einzig mögliche und sinnvolle sei.

3.4 Die Beschwerdeführerinnen betrachten sich als sogenannte «Whistleblowerinnen». Sie definieren diese als Personen, die als Mitglieder einer Organisation auf Missstände aufmerksam machen, die sie innerhalb der Organisation wahrgenommen haben. Dem «Whistleblowing» komme namentlich bei sogenannten opferlosen Delikten und bei Straftaten mit Doppeltäterschaftscharakter wie etwa bei der Korruption eine erhebliche Bedeutung zu, da es bei derartigen Straftaten an einem unmittelbar betroffenen Geschädigten fehle und daher die Strafverfolgungsbehörden häufig nur durch die Informationen von «Whistleblowern» Kenntnis davon erhielten. Der «Whistleblower» werde heute im Unterschied zu früher nicht mehr als «Nestbeschmutzer» und «Verräter» betrachtet. Vielmehr sei das «Whistleblowing» zur Wahrung öffentlicher Interessen gesellschaftlich anerkannt.

Bezogen auf den konkreten Fall machen die Beschwerdeführerinnen geltend, sie seien durch das pflichtgemässe, aber erfolglose Beschreiten des amtsinternen Weges ihrer Pflicht in erschöpfendem Masse nachgekommen. Daher sei zumindest der subjektive Unrechts- und Schuldvorwurf auszuschliessen. Es könne von ihnen nicht erwartet werden, dass sie vor dem Gang in die Öffentlichkeit auch noch alle möglichen verwaltungsexternen Stellen angingen. Solches wäre mit Risiken für ihre berufliche Zukunft verbunden gewesen. Ausserdem wären sie von den departementsexternen Stellen höchstwahrscheinlich auf den internen Dienstweg zurück verwiesen worden. Es gebe kein Reglement, welches das Vorgehen für den Fall regle, dass das amtsinterne «Whistleblowing» unmöglich beziehungsweise erfolglos sei. Der «Whistleblower» könne daher nicht wissen, an wen er sich in diesem Fall zu wenden habe. Es sei denn auch unklar, aus welchen

Gründen die Vorinstanz gerade die im angefochtenen Urteil genannten Stellen und Behörden als geeignete externe Ansprechpartner betrachte, und die von der Vorinstanz getroffene Auswahl sei nicht nachvollziehbar. Keine der im angefochtenen Urteil genannten Stellen und Behörden habe explizit die Aufgabe, als Meldestelle für «Whistleblower» zu fungieren. Selbst die Ombudsperson sei als Meldestelle für deliktisches Verhalten in der öffentlichen Verwaltung an und für sich ungeeignet, liege ihre Hauptfunktion doch in der Gewährung von Rechts- und Interessenschutz zugunsten des Individuums. Die Beschwerdeführerinnen halten dafür, dass nach dem erfolglosen Beschreiten des amtsinternen Weges einzig der Gang in die Öffentlichkeit übrig geblieben sei. Wollte man der vorinstanzlichen Betrachtungsweise folgen, so wäre es potentiellen «Whistleblowern» faktisch nie möglich, sich an die Öffentlichkeit zu wenden, ohne dabei strafrechtliche Folgen befürchten zu müssen. Diese Konsequenz sei unhaltbar, da der «Whistleblower» öffentliche Interessen wahrnehme.

4.

4.1 Der aussergesetzliche Rechtfertigungsgrund der Wahrung berechtigter Interessen setzt nach der Rechtsprechung unter anderem voraus, dass die Straftat zur Erreichung des Ziels notwendig und angemessen ist und den einzig möglichen Weg darstellt (BGE 134 IV 216 E. 6.1 mit Hinweisen). Diese Voraussetzungen müssen auch erfüllt sein, wenn es dem Täter nicht um die Wahrung von eigenen privaten, sondern um die Wahrnehmung öffentlicher Interessen geht. Ob die zu schützenden Interessen privater oder öffentlicher Art sind, betrifft die Abwägung respektive Gewichtung der auf dem Spiel stehenden Interessen. Dass ein Vorgehen der inkriminierten Art – neben zahlreichen anderen Verhaltensweisen, die in keinem Zusammenhang mit Amtsgeheimnissen stehen – neuerdings als «Whistleblowing» bezeichnet wird, ändert an ihrer strafrechtlichen Beurteilung unter dem Gesichtspunkt des aussergesetzlichen Rechtfertigungsgrundes der Wahrung berechtigter Interessen nichts. Ob bei sog. opferlosen Straftaten und bei Delikten mit Doppeltäterschaftscharakter die Strafverfolgungsbehörden in besonderem Masse auf Informationen von «Whistleblowern» angewiesen sind, kann hier dahingestellt bleiben, da die Beschwerdeführerinnen nicht Strafanzeige erstatteten, sondern einem Journalisten Dokumente zum Zwecke der publizistischen Verwertung übergaben.

4.2 Die inkriminierte Handlung war nicht der einzig mögliche Weg zur Erreichung des Ziels, den Kampf gegen den Sozialhilfemissbrauch und die diesbezüglichen Kontrollen deutlich zu verstärken. Die Beschwerdeführerinnen hätten sich an verschiedene Stellen ausserhalb der Hierarchie des Sozialdepartements, in dem sie tätig waren, wenden können, um über ihre Wahrnehmungen und Erfahrungen in der Praxis zu berichten. Die Vorinstanz listet im angefochtenen Urteil einige in Betracht fallende Ansprechpartner auf. Sie bringt damit zum Ausdruck, dass Alternativen zum Gang in die Öffentlichkeit bestanden. Eine geeignete Anlaufstelle war der Rechtsdienst. Dies war auch für die Beschwerdeführerinnen erkennbar,

zumal sie gemäss ihren Aussagen in der Vergangenheit in einem konkreten Einzelfall mit Erfolg beim Rechtsdienst interveniert hatten. Eine geeignete Ansprechpartnerin war zudem die Ombudsstelle, zu deren Aufgaben es gemäss den Feststellungen der Vorinstanz auch gehört, den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern der Stadtverwaltung für deren Anliegen zur Verfügung zu stehen. Als Anlaufstelle kam beispielsweise auch die Geschäftsprüfungskommission in Betracht. Dass und weshalb es den Beschwerdeführerinnen objektiv nicht möglich oder subjektiv nicht zumutbar gewesen sei, vor dem Gang in die Öffentlichkeit durch Übergabe von Dokumenten an einen Zeitungsjournalisten die eine oder andere genannte Stelle anzusprechen, wird in der Beschwerde nicht substantiiert dargelegt und ist nicht ersichtlich. Wohl konnte von den Beschwerdeführerinnen nicht erwartet werden, dass sie alle Ämter und Behörden kontaktierten, die als Ansprechpartner irgendwie in Betracht kommen könnten. Die Beschwerdeführerinnen sprachen indessen überhaupt keine departementsexterne Stelle an. Inwiefern eine Kontaktaufnahme mit einer solchen Stelle für ihre berufliche Zukunft riskanter gewesen wäre als die inkriminierte Übergabe von Dokumenten an einen Journalisten, ist nicht ersichtlich. Eine Kontaktaufnahme mit einer departementsexternen Stelle hätte gerade auch deshalb nahegelegen, weil die Beschwerdeführerinnen nach der Auffassung der Vorinstanz aus nachvollziehbaren Gründen davon absahen, die Departementsvorsteherin anzusprechen und den departementsinternen Weg auszuschöpfen. Aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (siehe BGE 94 IV 68; 115 IV 75 E. 4) lässt sich im Übrigen nicht ableiten, dass der Beamte vor dem Gang in die Öffentlichkeit lediglich den internen Amtsweg auszuschöpfen hat und nicht auch allenfalls vorhandene externe Stellen ansprechen muss, um sein Anliegen vorzutragen.

4.3 Hinzu kommt im Besonderen Folgendes. Schon vor den inkriminierten Handlungen waren Schritte zur Verbesserung der Bekämpfung des Missbrauchs im Bereich der Sozialhilfe eingeleitet worden, was den Beschwerdeführerinnen bekannt war. Der Stadtrat von Zürich erliess am 6. September 2006 die Weisung 37 zur Verstärkung der Missbrauchsbekämpfung in der Sozialhilfe durch verschiedene neue Massnahmen, unter anderem den Einsatz von sog. Sozialinspektoren. Die Weisung wurde am 14. September 2006 departementsintern kommuniziert. Am 24. Januar 2007 nahm der Gemeinderat von Zürich von den Massnahmen zustimmend Kenntnis. Sie wurden auf den 1. Juli 2007 in Kraft gesetzt. Als die Beschwerdeführerin 1 im Januar 2007 und die Beschwerdeführerin 2 im Mai 2007 die inkriminierten Taten begingen, war mithin bereits ein Paket von Massnahmen zur Verstärkung der Bekämpfung des Missbrauchs in der Sozialhilfe beschlossen und departementsintern kommuniziert worden. Die Beschwerdeführerinnen setzen sich mit diesen Tatsachen nicht auseinander und legen nicht dar, dass und inwiefern die Massnahmen objektiv oder zumindest aus ihrer subjektiven Sicht nicht zielführend sein konnten. In Anbetracht der Massnahmen war jedenfalls im Zeitpunkt der inkriminier-

ten Handlungen der Schritt in die Öffentlichkeit durch Übergabe von Dokumenten an einen Journalisten objektiv weder notwendig noch angemessen. Sollten aber die Beschwerdeführerinnen die Massnahmen aus irgendwelchen Gründen als unzureichend und nicht zielführend angesehen haben, hätte es nahegelegen, dass sie zu den mit der Ausarbeitung der Massnahmen befassten Personen Kontakt aufgenommen hätten, um diesen über ihre eigenen Wahrnehmungen und Erfahrungen in der Praxis zu berichten.

4.4 Allerdings hätten die Beschwerdeführerinnen den Tatbestand der Amtsgeheimnisverletzung (Art. 320 Ziff. 1 Abs. 1 StGB), je nach den Umständen, möglicherweise auch erfüllt, wenn sie sich mit ihrem Anliegen an Behörden und Ämter ausserhalb des Sozialdepartements gewandt hätten. Wie es sich damit im Einzelnen verhält, muss vorliegend nicht abschliessend geprüft werden, zumal die Frage und die sich aus ihrer Beantwortung ergebenden Folgen in der Beschwerde nicht thematisiert werden. Die Verletzung des Amtsgeheimnisses durch Übergabe von Dokumenten an einen Journalisten zum Zwecke ihrer Verwertung in Zeitungsartikeln wiegt offenkundig schwerer als die möglicherweise ebenfalls tatbestandsmässige Übergabe von solchen Dokumenten an staatliche Ämter und Behörden, etwa an die Ombudsstelle oder an Mitglieder der Geschäftsprüfungskommission. Selbst wenn die Beschwerdeführerinnen mit einem Gang an die Geschäftsprüfungskommission gegen die Weisung der Direktion respektive des Departements verstossen und sich damit ebenfalls dem Vorwurf der Amtsgeheimnisverletzung ausgesetzt hätten, wäre ein solches Verhalten, wie die Vorinstanz zutreffend bemerkt, «jedenfalls verhältnismässiger», also angemessener, gewesen, zumal die Mitglieder der Geschäftsprüfungskommission ihrerseits dem Amtsgeheimnis unterworfen sind.

4.5 Der aussergesetzliche Rechtfertigungsgrund der Wahrung berechtigter Interessen ist somit jedenfalls deshalb nicht gegeben, weil die inkriminierten Handlungen zur Erreichung des angestrebten Ziels objektiv weder notwendig und angemessen noch der einzig mögliche Weg waren und weil die Beschwerdeführerinnen subjektiv mangels diesbezüglicher konkreter Anhaltspunkte nicht in guten Treuen annehmen konnten, dass das Ziel nur durch die inkriminierten Taten erreichbar sei.

4.6 Den Beschwerdeführerinnen ist im Übrigen darin zuzustimmen, dass eine Regelung betreffend das Vorgehen bei der Meldung von Missständen am Arbeitsplatz im Interesse aller Beteiligten und Betroffenen sinnvoll sein mag. Allerdings kann eine tatbestandsmässige Verletzung des Amtsgeheimnisses durch Meldung eines Missstandes an die Öffentlichkeit nicht schon – etwa gemäss Art. 14 StGB – gerechtfertigt sein, wenn bei der Meldung ein im Gesetz geregeltes Vorgehen eingehalten wird (vgl. auch den Vorentwurf von 2008 betreffend Teilrevision des Obligationenrechts [Schutz bei Meldung von Missständen am Arbeitsplatz], Art. 321abis E-OR, betreffend «Meldung von Missständen» sowie den Erläuternden Bericht zum Vorentwurf, Ziff. 1.4 S. 26). Ob eine Amtsgeheimnisverletzung gerechtfertigt ist, bestimmt sich wesentlich auch nach den auf dem Spiel

stehenden Interessen, und davon kann es abhängen, welche verwaltungsin-
ternen und verwaltungsexternen Wege vor dem Gang in die Öffentlichkeit
zu beschreiten sind.

5.

5.1 Die Beschwerdeführerinnen weisen in einer nachträglich einge-
reichten Eingabe vom 4. November 2011 auf das Urteil des Europäischen
Gerichtshofes für Menschenrechte vom 21. Juli 2011 in Sachen *Heinisch
gegen Deutschland* hin, in welchem der Gerichtshof in einem Fall betref-
fend «Whistleblowing» eine Verletzung der Meinungsäusserungsfreiheit
(Art. 10 EMRK) bejaht hat. Sie machen geltend, der vorliegend zu beurtei-
lende Fall stimme mit dem vom Europäischen Gerichtshof für Menschen-
rechte entschiedenen weitgehend überein. Ihre Verurteilung verletze dem-
nach Art. 10 EMRK.

5.2 Das Bundesgericht prüft die Verletzung von Grundrechten nur in-
sofern, als eine solche Rüge in der Beschwerde vorgebracht und begründet
worden ist (Art. 106 Abs. 2 BGG). Die Beschwerdeführerinnen machen in
ihrer Beschwerdeschrift nicht geltend, dass ihre Verurteilung Grundrechte
im Allgemeinen und die Meinungsfreiheit im Besonderen verletze. Sie er-
heben erstmals in ihrer Eingabe vom 4. November 2011 die Rüge der Ver-
letzung der Meinungsäusserungsfreiheit. Diese Eingabe ist nach Ablauf der
Beschwerdefrist eingereicht worden und somit verspätet. Daher ist darauf
nicht einzutreten.

6.

Die Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. (...)

*Bundesgericht, Urteil vom 14. Dezember 2011, Doss.-Nr. 4A_338/2011
(Bestätigung des Beschlusses des Obergerichts des Kantons Zürich vom
19. Oktober 2009 und den Zirkulationsbeschlusses des Kassationsge-
richts des Kantons Zürich vom 6. April 2011)*

**Der Arbeitnehmer hat den Nachweis der Notwendigkeit der Über-
stunden nicht zu erbringen, wenn er beweist, dass die Arbeitgeberin
über die Leistung der Überstunden informiert war. Vorliegend musste
die Arbeitgeberin um die Leistung von Überstunden wissen, wenn sie
entsprechende Guthaben in ihrer eigenen Buchhaltung als «transitori-
sche Passiven» führte, zumal sie nicht hinreichend substantiiert vor-
brachte, ihre eigenen Geschäftsbücher seien nicht nach allgemein an-
erkannten Grundsätzen geführt. Aus der Buchung als «transitorisches
Passivum» kann ohne Willkür abgeleitet werden, dem Arbeitnehmer
stehe am Stichtag ein entsprechendes Freizeit-Guthaben aus geleiste-
ten Überstunden zu, unbeschten ob diese alle im abgelaufenen Ge-
schäftsjahr geleistet oder aus Vorjahren übertragen wurden (E. 2.2,
3.3 und 3.4).**

Sachverhalt:

Von 1996 bis 2004 war F. (Kläger, Beschwerdegegner) Projektleiter bei der X. GmbH (Beklagte, Beschwerdeführerin). Sein monatlicher Bruttolohn betrug ursprünglich Fr. 6600.–, ab Januar 2002 Fr. 7000.– zuzüglich Pauschalspesen von Fr. 300.– und 13. Monatslohn. Mit Schreiben vom 29. Oktober 2003 kündigte die Beklagte den (nicht in schriftlicher Form vorhandenen) Arbeitsvertrag mit dem Kläger ordentlich auf den 31. Januar 2004. Der Kläger machte ein Guthaben aus Überstunden geltend, das die Beklagte bestritt.

Am 14. Juni 2007 gelangte der Kläger an das Arbeitsgericht Winterthur mit dem Begehren, die Beklagte sei zur Bezahlung von Fr. 30 000.– brutto nebst 5% Zins seit 1. Februar 2004 zu verpflichten. Mit Urteil vom 6. November 2008 wies das Arbeitsgericht Winterthur die Klage nach Durchführung eines Beweisverfahrens ab. Gegen das Urteil des Arbeitsgerichts legte der Kläger Berufung beim Obergericht des Kantons Zürich ein. Mit Beschluss vom 19. Oktober 2009 verurteilte dieses die Beklagte in Gutheissung der Klage, dem Kläger Fr. 27 837.– netto zuzüglich Zins zu 5% seit dem 1. Februar 2004 zu bezahlen. Das Obergericht kam zwar mit der ersten Instanz zum Schluss, dass der Kläger die von ihm behaupteten Überstunden mit den eingereichten Urkunden und den Aussagen der einvernommenen Zeugen nicht zu beweisen vermöge. Das Gericht hielt indes die in der Buchhaltung der Beklagten ausgewiesenen Überstunden-Guthaben des Klägers für beweiskräftig. Diese betrugen per Ende 2003 Fr. 45 000.–. Da der Restanspruch des Klägers bei behaupteten 957 Überstunden (im Wert von Fr. 47 850.–) abzüglich 150 Stunden für private Arbeiten Fr. 40 350.– ergab, erachtete das Gericht die eingeklagten Fr. 30 000.– brutto – entsprechend Fr. 27 837.– netto – für ausgewiesen. Mit Zirkulationsbeschluss vom 6. April 2011 wies das Kassationsgericht des Kantons Zürich die Beschwerde der Beklagten gegen das Urteil des Obergerichts ab, soweit es darauf eintrat. Das Kassationsgericht hielt den Schluss des Obergerichts, dass sich die Beschwerdeführerin den Inhalt ihrer Buchhaltung trotz der bestehenden Widersprüche zu den Aufzeichnungen des Beschwerdegegners anrechnen lassen müsse, weder für widersprüchlich noch geradewegs unhaltbar. Die Würdigung der Zeugenaussagen durch das Obergericht erachtete das Kassationsgericht für vertretbar und wies die entsprechende Rüge der Verletzung des Willkürverbotes ab. Mit Beschwerde in Zivilsachen vom 31. Mai 2011 beantragt die Beklagte dem Bundesgericht, es seien die Beschlüsse des Kassationsgerichts Zürich vom 6. April 2011 und des Obergerichts des Kantons Zürich vom 19. Oktober 2009 aufzuheben und die Forderungsklage des Beschwerdegegners abzuweisen, eventualiter seien die angefochtenen Beschlüsse aufzuheben und die Sache zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Sie rügt die Verletzung der Art. 321c OR und Art. 957 ff. OR i.V.m. Art. 8 ZGB sowie eine willkürliche Feststellung des Sachverhalts.

Aus den Erwägungen:

1.

(...)

1.3 Der Beschluss des Obergerichts ist nur insofern der Beschwerde zugänglich, als er das Erfordernis der Letztinstanzlichkeit erfüllt, mithin für die gegen diesen erhobenen Rügen kein kantonales Rechtsmittel mehr offen stand (Art. 75 Abs. 1 BGG; BGE 134 III 524 E. 1.3 S. 527). Gegen den Beschluss des Obergerichts konnte kantonale Nichtigkeitsbeschwerde an das Kassationsgericht nach § 281 der (auf den 1. Januar 2011 aufgehobenen) Zivilprozessordnung des Kantons Zürich (aZPO/ZH) erhoben werden, die vorliegend denn auch ergriffen wurde. Nach § 281 aZPO/ZH kann mit Nichtigkeitsbeschwerde geltend gemacht werden, der angefochtene Entscheid beruhe zum Nachteil des Nichtigkeitsklägers auf einer Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes (Ziff. 1), auf einer aktenwidrigen oder willkürlichen tatsächlichen Annahme (Ziff. 2) oder auf einer Verletzung klaren materiellen Rechts (Ziff. 3). Ausgeschlossen ist die Nichtigkeitsbeschwerde, wenn das Bundesgericht einen Mangel frei überprüfen kann, wobei sie gemäss § 285 Abs. 2 aZPO/ZH stets zulässig ist, wenn eine Verletzung von Art. 8, 9, 29 oder 30 BV oder von Art. 6 EMRK geltend gemacht wird. Auf Rügen, die mit kantonaler Nichtigkeitsbeschwerde dem Kassationsgericht hätten vorgetragen werden können, ist mangels Letztinstanzlichkeit nicht einzutreten, soweit sie gegen das Urteil des Obergerichts gerichtet werden.

2.

Die Beschwerdeführerin rügt eine Verletzung von Art. 8 ZGB in Verbindung mit Art. 321c OR und behauptet, das Obergericht habe seinem Entscheid vom 18. Oktober 2009 ein bundesrechtswidriges Beweismass zugrunde gelegt und die Beweislast umgekehrt, indem es sich im Ergebnis damit begnügt habe, dass irgendeine Buchung in einer Position der Buchhaltung den Anschein erwecken könne, dass der Beschwerdegegner irgendwelche Mehrarbeit geleistet habe.

2.1 Art. 8 ZGB gibt der beweispflichtigen Partei in allen bundesrechtlichen Zivilstreitigkeiten einen Anspruch darauf, für rechtserhebliche Vorbringen zum Beweis zugelassen zu werden (BGE 132 III 222 E. 2.3 S. 226; 130 III 591 E. 5.4 S. 601), wenn ihr Beweisantrag nach Form und Inhalt den Vorschriften des kantonalen Rechts entspricht (BGE 129 III 18 E. 2.6 S. 24 f.; 114 II 289 E. 2a S. 290, je mit Hinweisen). Ein Beweis gilt als erbracht, wenn das Gericht nach objektiven Gesichtspunkten von der Richtigkeit einer Sachbehauptung überzeugt ist. Absolute Gewissheit kann dabei nicht verlangt werden. Es genügt, wenn das Gericht am Vorliegen der behaupteten Tatsache keine ernsthaften Zweifel mehr hat oder allenfalls verbleibende Zweifel als leicht erscheinen. Eine Herabsetzung des Beweismasses insbesondere auf überwiegende Wahrscheinlichkeit setzt voraus, dass ein strikter Beweis nach der Natur der Sache nicht möglich oder

nicht zumutbar ist (BGE 130 III 321 E. 3.2, 128 III 271 E. 2b S. 276). Die Herabsetzung des Beweismasses darf im Ergebnis nicht zu einer Umkehr der Beweislast führen. Die beweisbelastete Partei hat alle Umstände, die für die Verwirklichung des behaupteten Sachverhalts sprechen, soweit möglich und zumutbar zu behaupten und zu beweisen.

2.2 Für die Leistung von Überstunden trägt der Arbeitnehmer die Beweislast. Er hat somit zu beweisen, dass er auf Weisung oder wenigstens im Interesse der Arbeitgeberin mehr Zeit aufgewendet hat, als vertraglich vereinbart oder üblich. Dabei hat er den Nachweis der Notwendigkeit der Überstunden nicht zu erbringen, wenn er beweist, dass die Arbeitgeberin über die Leistung der Überstunden informiert war (BGE 86 II 155 E. 2 S. 157, vgl. auch BGE 116 II 69 E. 4b S. 71). Sofern der Nachweis erbracht ist, dass Überstunden geleistet wurden, ohne dass deren Ausmass genau bestimmt werden kann, hat das Gericht den Umfang nach Art. 42 Abs. 2 OR zu schätzen; bei der ermessensweisen Schätzung handelt es sich um Beweiswürdigung bzw. Sachverhaltsfeststellung, welche der Überprüfung durch das Bundesgericht grundsätzlich entzogen ist (BGE 128 III 271 E. 2b/aa S. 276 f. mit Hinweisen). Die Beweiserleichterung nach Art. 42 Abs. 2 OR kann sodann nicht nur für das Ausmass der Überzeit, sondern auch für die Leistung als solche anwendbar sein (BGE 122 II 219 E. 3a S. 221 mit Hinweisen). Voraussetzung dafür ist aber, dass sich auf Grund der konkreten Umstände ein genauer Beweis als unmöglich oder unzumutbar erweist. Diese Voraussetzung ist nicht schon dann erfüllt, wenn der Beweis im konkreten Fall misslingt. Die fehlende Beweisbarkeit muss aus objektiven Gründen vorliegen (Urteile 4A_40/2008 vom 19. August 2008 E. 3.3, 4C.142/2005 vom 24. August 2006 E. 5.2).

2.3 Die Beschwerdeführerin beanstandet zu Unrecht, dass sich das Obergericht mit dem Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit begnügt hat. Der zeitliche Mehrumfang der Arbeit gegenüber dem vertraglich vereinbarten oder üblichen Mass lässt sich regelmässig nicht zur vollen Überzeugung beweisen. Denn es ist typisch und trifft nicht nur im vorliegenden Einzelfall zu, dass die eigenen Aufzeichnungen oder «Stundenkontrollen» des Arbeitnehmers diesen Beweis nicht zu erbringen vermögen; es handelt sich bei derartigen Aufzeichnungen letztlich um Parteibehauptungen. Auch die Aussagen von Zeugen werden regelmässig das Ausmass von Überstunden schon deshalb nicht beweisen können, weil Zeugen typischerweise nicht während der ganzen Arbeitszeit anwesend sind. Im vorliegenden Fall verhält es sich nicht anders. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin bestand daher auch im vorliegenden Fall durchaus Anlass für eine Abweichung vom Regelbeweismass, da der Beweis für den Umfang der Überstunden durch die eigenen Aufzeichnungen des Arbeitnehmers und die von ihm angerufenen Zeugen nicht erbracht werden konnten. Die Beschwerdeführerin kritisiert sodann im Ergebnis allein die Beweiswürdigung des Obergerichts und nicht – wie behauptet – das anwendbare Beweismass, wenn sie beanstandet, dass das Gericht ihren

Einwänden gegen die Buchung des Überstundenguthabens als «Transitorische Passiven» nicht gefolgt ist.

3.

Die Beschwerdeführerin rügt, die kantonalen Instanzen hätten die Einträge unter «Transitorische Passiven» willkürlich gewürdigt, was im Ergebnis zum Schluss geführt habe, das Überstundenguthaben des Beschwerdegegners sei ausgewiesen.

3.1 Soweit sich die Beschwerde dabei direkt gegen den Entscheid des Obergerichts richtet, ist darauf nicht einzutreten (oben E. 1.3). Die Beschwerde ist nur insoweit gehörig begründet, als in Auseinandersetzung mit den Erwägungen des Kassationsgerichts gerügt wird, dieses habe die behauptete Willkür zu Unrecht verneint (Art. 42 Abs. 2 BGG).

3.2 Willkürlich ist ein Entscheid nicht schon dann, wenn eine andere Lösung ebenfalls vertretbar erscheint oder gar vorzuziehen wäre. Das Bundesgericht hebt einen kantonalen Entscheid wegen Willkür vielmehr nur auf, wenn er 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. Dabei genügt es nicht, wenn sich nur die Begründung des angefochtenen Entscheides als unhaltbar erweist. Eine Aufhebung rechtfertigt sich nur dann, wenn der Entscheid auch im Ergebnis verfassungswidrig ist (BGE 134 II 124 E. 4.1 S. 133 mit Hinweisen). Rügen betreffend die Beweiswürdigung sind nach Massgabe von Art. 106 Abs. 2 BGG zu begründen (BGE 133 II 249 E. 1.4.3 S. 254 f. mit Hinweisen).

3.3 Das Kassationsgericht hat nicht als willkürlich erachtet, dass das Obergericht die von der Beschwerdeführerin in ihrer Buchhaltung unter den «Transitorischen Passiven» («TP») aufgeführten Guthaben des Beschwerdegegners als Beweis für Bestand und Ausmass der geleisteten Überstunden anerkannt hat. Nach der Feststellung im angefochtenen Entscheid hat die Beschwerdeführerin in diesem Konto «TP» mit dem Vermerk «Überzeit F.» (2000) bzw. «TP Überzeit F.» (2001) oder «TP Ferien F.» (2002 und 2003) Beträge gebucht, Ende 2003 namentlich Fr. 45 000.–. Das Kassationsgericht hat zunächst die Ansicht als vertretbar erachtet, dass die Beschwerdeführerin um die Leistung von Überstunden wissen musste, wenn sie entsprechende Guthaben in ihrer eigenen Buchhaltung führte, zumal die Beschwerdeführerin nicht hinreichend substantiiert vorbringe, ihre eigenen Geschäftsbücher seien nicht nach allgemein anerkannten Grundsätzen geführt. Willkür vermochte das Gericht sodann nicht darin zu erkennen, dass der Beweis für die Behauptung nicht als erbracht angesehen wurde, der Beschwerdegegner selbst habe die umstrittene Buchung angeordnet. Dass sich die Beschwerdeführerin den Inhalt ihrer eigenen Buchhaltung entgegen halten lassen muss, hielt das Kassationsgericht zudem trotz gewisser Ungereimtheiten über Zustandekommen und Höhe der umstrittenen transitorischen Passiven nicht für willkürlich. Schliesslich ver-

neinte das Kassationsgericht, dass das Obergericht die Zeugenaussagen willkürlich gewürdigt habe.

3.4 Die Vorinstanz hat nicht verkannt, dass transitorische Buchungen, namentlich transitorische Passiven, der Rechnungsabgrenzung dienen (vgl. Schweizer Handbuch der Wirtschaftsprüfung, Bd. 1, 2009, S. 192). Da die Aktiven und Passiven auf einen bestimmten Stichtag zu ermitteln sind, müssen gebuchte Aufwendungen und Erträge, wenn sie das folgende Geschäftsjahr betreffen, als transitorische Aktiven oder Passiven einbezogen werden (vgl. statt vieler CARL HELBLING, Bilanz- und Erfolgsanalyse, 10. Aufl. 1997, S. 121). Bei der passiven Rechnungslegung sind namentlich nicht bezogene Ferien der Arbeitnehmer zu berücksichtigen (HELBLING, a.a.O.). Ferien- und Überstunden-Guthaben aus dem abgelaufenen Geschäftsjahr sind damit nach allgemein anerkannten Rechnungslegungsgrundsätzen als transitorische Passiven zu verbuchen, wenn sie im folgenden Geschäftsjahr vom Arbeitnehmer als Freizeit bezogen oder abgegolten werden. Wenn die Vorinstanz daher nicht als willkürlich ansah, dass mit der Verbuchung von Ferien- oder Überstunden-Guthaben eines bestimmten Arbeitnehmers als transitorisches Passivum zum Ausdruck gebracht wird, dem betreffenden Arbeitnehmer stehe per Ende Jahr ein entsprechendes Freizeit-Guthaben zu, ist dies nicht zu beanstanden. Entgegen dem Vorbringen der Beschwerdeführerin ist in diesem Zusammenhang nicht ersichtlich, weshalb wesentlich sein soll, wann genau die per Ende 2003 gebuchten Überstunden entstanden sind; dem Arbeitnehmer steht nach der Buchung als transitorisches Passivum im massgebenden Zeitpunkt das Guthaben aus Überstunden unbesehen darum zu, ob diese alle im abgelaufenen Geschäftsjahr geleistet oder aus Vorjahren übertragen worden sind. Aus der Buchung als transitorisches Passivum kann ohne Willkür abgeleitet werden, dem Arbeitnehmer stehe am Stichtag ein entsprechendes Freizeit-Guthaben aus nicht bezogenen Ferien oder geleisteten Überstunden zu. Da transitorische Aktiven oder Passiven der Rechnungsabgrenzung dienen, ist auch richtigerweise die entsprechende Position im folgenden Geschäftsjahr wieder aufzulösen; es ist nicht erkennbar, was die Beschwerdeführerin aus diesem Vorgehen für den vorliegenden Streit ableiten will.

(...)

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

Tribunal fédéral, Arrêt du 20 décembre 2011, Doss.-N° 4A_705/2011 (Rejet du recours en matière civile interjeté contre l'arrêt rendu le 19 octobre 2011 par la Chambre des prud'hommes de la Cour de justice du canton de Genève)

Art. 322d CO. Bonus. En cas de contestation sur la manière dont l'employeur a évalué la performance d'un travailleur, il n'appartient

pas au juge de s'immiscer dans la conduite de l'entreprise et d'évaluer lui-même la performance du travailleur prétendant au bonus. Cette évaluation est réservée à l'employeuse. Celle-ci doit néanmoins se conformer aux règles de la bonne foi. Par exemple, elle ne saurait adopter une attitude contradictoire et arguer d'une performance prétendument déficiente pour refuser le bonus, alors qu'elle aurait précédemment exprimé sa complète satisfaction. L'employeuse ne saurait non plus porter une appréciation négative seulement parce que, le cas échéant, les rapports de travail ont entre-temps pris fin et qu'elle n'a plus aucun intérêt à récompenser le travailleur (c. 5).

Extraits des faits:

Z. SA, ayant pour but la fabrication et le commerce des produits d'horlogerie, a appartenu au groupe U.. X. est entré à son service le 1^{er} janvier 2007 en qualité de directeur général. Le salaire annuel était fixé à 330 000 fr., y compris une indemnité de 12 000 fr. pour frais de représentation. Le directeur général était par ailleurs «éligible au plan de bonus du groupe U.». Un «bonus» de 60 000 fr. lui fut versé au mois d'avril 2008, semble-t-il pour l'exercice de 2007. Le 21 août 2008, la société a résilié le contrat de travail avec effet au 28 février 2009; le directeur général était immédiatement libéré de l'obligation de travailler.

Le 23 décembre 2009, X. a ouvert action contre Z. SA devant le Tribunal de prud'hommes du canton de Genève. La défenderesse devait être condamnée à lui payer divers montants avec intérêts, dont une somme de 67 200 fr. pour solde du bonus dû pour 2007. Le tribunal s'est prononcé le 15 octobre 2010; il a rejeté l'action. Le demandeur, persistant à réclamer 67 200 fr. pour solde du bonus de 2007, a appelé du jugement. La Chambre des prud'hommes de la Cour de justice a statué le 19 octobre 2011; elle a confirmé le jugement.

Agissant par la voie du recours en matière civile, le demandeur requiert le Tribunal fédéral de réformer l'arrêt de la Cour de justice en ce sens que la défenderesse soit condamnée à payer 67 200 fr. avec intérêts.

Extraits des considérants:

2.

Il est constant que les parties se sont liées par un contrat de travail et que la défenderesse s'est obligée à verser le salaire convenu, conformément à l'art. 322 al. 1 CO.

La contestation porte sur le montant du salaire pour l'année 2007. La Cour de justice retient que la défenderesse devait et a effectivement payé 330 000 fr., et qu'elle a versé de plus, en avril 2008, une gratification discrétionnaire de 60 000 francs. Le demandeur soutient que sa cocontractante devait non seulement un salaire fixe au montant de 330 000 fr., mais aussi

un salaire variable, dépendant des résultats du groupe et de l'entreprise, au montant de 127 200 fr. pour 2007; après imputation du versement de 60 000 fr. reçu en avril 2008, il prétend au solde de ce salaire variable par 67 200 francs.

3.

Dans le contrat de travail, des règles différentes s'appliquent au salaire, d'une part, et à une éventuelle gratification d'autre part.

Le salaire régi par l'art. 322 al. 1 CO est une prestation en argent versée en contrepartie du travail. Il se calcule en fonction du travail effectivement fourni, dans le cas du travail aux pièces ou à la tâche, ou en fonction du temps que le travailleur consacre à l'employeur (art. 319 al. 1 et 323b al. 1 CO). En l'espèce, le salaire expressément convenu était dû pour chaque année de travail et réparti en treize mensualités. Les parties peuvent encore convenir, en sus ou à la place d'un autre mode de rémunération, d'un salaire variable à calculer d'après le chiffre d'affaires ou le bénéfice de l'entreprise (art. 322a CO).

Une gratification, aux termes de l'art. 322d CO, 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. Si le versement d'une gratification n'a pas été convenu, expressément ou par actes concluants, cette prestation est entièrement facultative. Si un versement de ce genre est convenu, l'employeur est tenu d'y procéder mais il jouit d'une certaine liberté dans la fixation du montant à allouer. La gratification est accessoire par rapport au salaire et elle ne peut avoir qu'une importance secondaire dans la rétribution du travailleur. Un montant très élevé en comparaison du salaire annuel, équivalent ou même supérieur à ce dernier, et versé régulièrement, doit être considéré comme un salaire variable même si l'employeur en réservait le caractère facultatif. Cela concerne les revenus les plus considérables; dans le cas de salaires modestes, un montant proportionnellement moins élevé peut déjà présenter le caractère d'un salaire variable (ATF 131 III 615 consid. 5.1 et 5.2 p. 619; 129 III 276 consid. 2 p. 278).

4.

Les autorités précédentes retiennent que le « plan de bonus » du groupe U., pour l'année 2007, était incorporé au contrat de travail des parties. A l'analyse de ce plan, elles sont parvenues à la conclusion que le versement d'un bonus était subordonné à des conditions cumulatives; certaines de ces conditions, précisément énoncées et objectivement vérifiables, portaient sur les résultats financiers du groupe U. et de la société employeuse; une autre condition avait pour objet « l'appréciation positive » de la performance personnelle du travailleur. S'il y avait lieu à bonus, cette prestation se calculait en fonction des mêmes résultats financiers et son montant était limité à quarante pour cent du salaire.

Il est établi que les conditions relatives aux résultats financiers du groupe U. et de la société employeuse, fixées par le « plan de bonus » pour l'exercice de 2007, sont satisfaites.

Contrairement à l'opinion avancée par le demandeur, un bonus plafonné à quarante pour cent d'un salaire annuel de 330 000 fr. est accessoire par rapport à ce salaire. Le demandeur ne peut pas se prévaloir d'un bonus très important et reçu régulièrement au cours des années précédentes, puisque 2007 était sa première année au service de la défenderesse; sous cet aspect, le bonus n'est donc ni un salaire variable selon l'art. 322a CO, ni une gratification convenue par actes concluants selon l'art. 322d CO. Un bonus était certes convenu aux termes de cette disposition-ci, expressément mais sous conditions, et, de l'avis de la défenderesse et de la Cour de justice, une des conditions ne s'est pas accomplie.

Le demandeur ne conteste pas que la condition relative à «l'appréciation positive» de sa performance personnelle fût effectivement convenue entre les parties, Mais il prétend avoir obtenu cette appréciation positive. Par conséquent, il est nécessaire d'élucider la portée de cette condition, compte tenu qu'elle fait référence à une opinion subjective de la défenderesse et qu'il s'agit donc d'une condition potestative.

5.

Si une condition est convenue et que son accomplissement dépend, dans une certaine mesure, de la volonté de l'une des parties auxquelles le contrat impose des obligations, cette partie n'a en principe pas une liberté entière de refuser cet accomplissement et de se dégager, ainsi, de ses obligations contractuelles. Elle doit, au contraire, agir de manière loyale et conforme aux règles de la bonne foi; en cas de violation de ces exigences, la condition est censée accomplie selon l'art. 156 CO. Le degré de liberté subsistant pour la partie concernée, d'une part, et les devoirs à elle imposés par les règles de la bonne foi, d'autre part, doivent être déterminés dans chaque cas d'espèce en tenant compte de l'ensemble des circonstances et, en particulier, de l'objet et du but du contrat (ATF ATF 135 III 295 consid. 5.2 p. 302; 117 II 273 consid. 4c p. 280/281).

La communication au personnel et la mise en oeuvre d'un «plan de bonus», tel que celui du groupe U., ont pour but de stimuler les travailleurs concernés et de les motiver à fournir un travail abondant et efficace. En tant que, comme en l'espèce, l'employeuse se réserve la faculté d'évaluer la performance de chaque travailleur et de décider individuellement, sur la base de sa propre évaluation, si le bonus sera versé ou non, le plan est un instrument de gestion du personnel et il ménage à l'employeuse une liberté étendue d'apprécier la performance selon sa stratégie entrepreneuriale, afin de lui permettre de récompenser certains travailleurs, conformément au plan, et de signifier à d'autres travailleurs, par le refus du bonus, qu'ils ne donnent pas entièrement satisfaction.

En cas de contestation, il n'appartient pas au juge de s'immiscer dans la conduite de l'entreprise et d'évaluer lui-même la performance du travail-

leur prétendant au bonus. Cette évaluation est réservée à l'employeuse. Celle-ci doit néanmoins se conformer aux règles de la bonne foi. Par exemple, elle ne saurait adopter une attitude contradictoire (cf. ATF 136 III 190 consid. 2 p. 192) et arguer d'une performance prétendument déficiente pour refuser le bonus, alors qu'elle aurait précédemment exprimé sa complète satisfaction. L'employeuse ne saurait non plus porter une appréciation négative seulement parce que, le cas échéant, les rapports de travail ont entre-temps pris fin et qu'elle n'a plus aucun intérêt à récompenser le travailleur.

6.

Le demandeur se prévaut d'un rapport d'évaluation établi par sa co-contractante le 12 février 2008. Il y est noté sur quatre éléments spécifiques de sa performance; sur une échelle de 30, il reçoit les notes 14, 15, 15 et 16. Une appréciation globale est exprimée sur une échelle de 5 comprenant 1 «faible performance», 2 «amélioration nécessaire», 3 «bonne performance», 4 «très bonne performance» et 5 «excellente performance»; la note du demandeur y est située entre 2 et 3. Les rubriques concernant l'atteinte des objectifs fixés l'année précédente sont laissées vides. Ce document a été formellement signifié au demandeur; il ne l'a pas contesté alors qu'une procédure était instituée à cette fin dans l'entreprise.

L'évaluation ainsi obtenue n'est guère favorable, alors même que le demandeur, comme il le souligne, a échappé à l'appréciation la plus basse «faible performance».

Ce plaideur souligne aussi que son adverse partie n'a pas allégué ni prouvé qu'elle lui eût assigné des objectifs pour l'année 2007, ni que ces objectifs n'eussent pas été atteints.

Dans le procès, la défenderesse a exposé qu'elle avait engagé le demandeur pour « redresser » la société et qu'elle lui avait donc assigné des objectifs «ambitieux», toutefois sans les spécifier de manière détaillée car imposer des objectifs personnels et précis à un directeur général ne s'inscrivait pas dans la culture du groupe. A son avis, le demandeur n'a pas su prendre les bonnes décisions afin d'améliorer les résultats et redresser la situation. Or, cela n'est pas sérieusement contesté devant le Tribunal fédéral; il importe donc peu que le rapport d'évaluation n'indique rien au sujet des objectifs.

Enfin, au regard du principe de la confiance qui régit l'interprétation des manifestations de volonté (cf. ATF 135 III 410 consid. 3.2 p. 412; 133 III 675 consid. 3.3 p. 681), et contrairement à l'opinion également avancée dans le recours, le versement de 60 000 fr. opéré en avril 2008 ne peut pas être compris comme la reconnaissance d'une obligation de verser le bonus complet que le plan prévoyait pour l'année 2007.

Il n'apparaît donc pas que ce bonus complet soit refusé au demandeur d'une manière déloyale ou autrement contraire aux règles de la bonne foi, ce qui conduit au rejet du recours.

Bundesgericht, Urteil vom 29. Dezember 2011, Doss.-Nr. 8C_294/2011 (Bestätigung des Entscheids des Verwaltungsgerichts des Kantons Graubünden vom 20. Dezember 2010), in: BGE 138 I 113

Art. 9 BV; Art. 10 des Gesetzes vom 14. Juni 2006 über das Arbeitsverhältnis der Mitarbeitenden des Kantons Graubünden; Rechtzeitigkeit der fristlosen Entlassung durch den Arbeitgeber.

Zusammenfassung der Kriterien, welche hinsichtlich der Erklärungsfrist für die fristlose Kündigung im privatrechtlichen (E. 6.3) und im öffentlich-rechtlichen (E. 6.4) Arbeitsverhältnis zu berücksichtigen sind.

Mit Blick auf die Besonderheiten der Kündigung eines öffentlich-rechtlichen im Vergleich zu einem privatrechtlichen Anstellungsverhältnis wurde die fristlose Entlassung eines Lehrers angesichts der konkreten Umstände als nicht verwirkt betrachtet (E. 7).

Art. 9 Cst.; art. 10 de la loi du 14 juin 2006 sur les rapports de travail des employés du canton des Grisons; respect du délai de licenciement immédiat par l'employeur.

Résumé des critères à prendre en considération en cas de déclaration de résiliation immédiate des rapports de travail dans le droit privé (consid. 6.3) et dans le droit public (consid. 6.4).

Eu égard aux particularités de la résiliation des rapports de travail de droit public en comparaison avec celles prévalant dans le droit privé, le licenciement immédiat d'un maître d'école n'a pas été considéré comme tardif au vu des circonstances concrètes du cas d'espèce (consid. 7).

Sachverhalt:

A.

A., geb. 1948, war seit dem Schuljahr 1984 als Primarlehrer in der Gemeinde X. angestellt. Am 2./3. Juli 2007 führte er als Klassenlehrer mit der Primarschulklasse 6b eine zweitägige Schulreise nach B. mit Übernachtung im Hotel durch. Bei einer Zimmerkontrolle um 23.30 Uhr stellte er fest, dass sich trotz Verbots vier Mädchen im Knabenzimmer aufhielten. Er hielt daraufhin eines der Mädchen fest, wobei der genaue Geschehensablauf (Packen an der Schulter oder Würgen bzw. beidhändiges Umfassen des Halses) von den Betroffenen unterschiedlich dargestellt wurde. Eine der betroffenen Schülerinnen rief daraufhin ihre Eltern an. Die alarmierte Polizei führte eine nächtliche Befragung durch. Am 4. Juli 2007 beschloss der Schulrat nach Anhörung von A., diesen per sofort vom Schuldienst zu suspendieren. Nach Durchführung weiterer Abklärungen zum Vorfall fand am 26. Juli 2007 eine Besprechung zwischen dem Schulleiter, dem Schulratspräsidenten und dem Rechtskonsulenten einerseits, sowie A., seiner den

Schulausflug begleitenden Partnerin und dessen Rechtsvertreter anderseits, statt. Am 27. Juli 2007 beschloss der Schulrat, das Anstellungsverhältnis mit dem Klassenlehrer fristlos aufzulösen und eröffnete dies A. am 30. Juli 2007. Mit Schreiben vom 30. Juli 2007 bezeichnete dessen Rechtsvertreter die fristlose Kündigung als ungerechtfertigt und erklärte, sein Mandant biete der Gemeinde weiterhin seine Dienste an. Die schriftlich begründete Kündigungsverfügung wurde diesem am 27. August 2007 zugestellt.

B.

A. gelangte daraufhin an das Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden. Dabei beanstandete er die Rechtmässigkeit der fristlosen Entlassung. Zudem beantragte er die Zahlung von Fr. 130 642.85 sowie einer Pönalentschädigung von Fr. 18 549.90, je zuzüglich Zins von jährlich 5% seit dem 28. Juli 2007 und Abrechnung der Sozialversicherungsbeiträge.

Das kantonale Verwaltungsgericht sistierte das Verfahren bis zum Abschluss des Verfahrens in der gegen A. erhobenen Strafanzeige wegen Tätlichkeit. Das Kantonsgericht sprach diesen mit Entscheid vom 27. Mai 2009 vom Vorwurf der Tätlichkeit frei, weil zwar der objektive Tatbestand erfüllt war, es jedoch am Vorsatz fehlte.

Das Verwaltungsgericht hob die Sistierung auf, setzte den Schriftenwechsel fort und führte eine mündliche Hauptverhandlung durch. Im Laufe des Verfahrens reduzierte A. die Höhe der Pönalentschädigung auf brutto Fr. 9274.95, nebst Zins von 5%. Mit Entscheid vom 20. Dezember 2010 wies das kantonale Gericht die Beschwerde bzw. Klage ab.

C.

Mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten lässt A. beantragen, in Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheids sei die Gemeinde X. zu verpflichten, ihm brutto Fr. 130 642.85 (abzüglich Fr. 7923.50 an erzielttem Einkommen) und Fr. 9274.95 zu zahlen, zuzüglich Verzugszins; zudem seien die Sozialversicherungsbeiträge abzurechnen. Eventuell sei die Sache an das kantonale Gericht zurückzuweisen.

Die Gemeinde X. und das Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden schliessen auf Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten ist.

Aus den Erwägungen:

6.

6.1 Der Beschwerdeführer beanstandet des Weiteren die fristlose Entlassung in zeitlicher Hinsicht. Das rechtliche Gehör zu den ihm zur Last gelegten Vorwürfen sei ihm bereits am 4. Juli 2007 gewährt worden. Weitere Untersuchungen hätten nicht abgewartet werden müssen. Bereits mit Schreiben vom 19. Juli 2007 sei ihm mitgeteilt worden, dass eine fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses nicht ausgeschlossen sei. Die fristlose Entlassung sei schliesslich am 27. Juli 2007 aufgrund derselben Erkenntnisse ausgesprochen worden, wie sie bereits am 4. Juli 2007 festgestanden

hätten. Ein valabler Grund für die Verspätung habe daher nicht bestanden. Nach Auffassung des Beschwerdeführers beruht die vorinstanzliche Bejahung der Rechtzeitigkeit der fristlosen Entlassung auf einer willkürlichen Auslegung des kantonalen Personalgesetzes und widerspricht Doktrin und Praxis zu Art. 337 OR, welche dem Kündigenden für die fristlose Entlassung im Normalfall eine Reaktionszeit von zwei bis drei Arbeitstagen und bei einem Gremium allenfalls von bis zu einer Woche zugestehen würden.

6.2 Aus der gesetzlichen Regelung ergibt sich nicht, innerhalb welcher Zeitspanne eine fristlose Entlassung ausgesprochen werden muss. Art. 10 Abs. 1 des Gesetzes vom 14. Juni 2006 über das Arbeitsverhältnis der Mitarbeitenden des Kantons Graubünden (Personalgesetz, PG/GR; BR 170.400) entspricht praktisch wörtlich Art. 337 Abs. 1 erster Satzteil OR.

Die Auflösung eines Arbeitsverhältnisses ohne Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist zeitigt für beide Seiten nachteilige Folgen. Beim Arbeitgeber fallen personelle Ressourcen aus, während der entlassenen Person der zur Deckung des Lebensunterhalts normalerweise erforderliche Arbeitserwerb entgeht und sie ihr Betätigungsfeld sowie den Kollegenkreis verliert. Fristlose Entlassungen führen zudem häufig zu Rechtsstreitigkeiten. Allein diese Umstände gebieten sowohl in privatrechtlichen als auch in öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnissen eine sorgfältige und allenfalls gerichtlicher Überprüfung standhaltende Abklärung der Verhältnisse, einschliesslich einer Abwägung der auf dem Spiel stehenden Interessen, bevor die Kündigung ausgesprochen wird. Die Vorinstanz verweist in diesem Zusammenhang zu Recht darauf hin, dass rufschädigende Vorverurteilungen zu vermeiden sind.

6.3

6.3.1 Aus dem Wesen des wichtigen Grundes hat die zu Art. 337 OR ergangene privatrechtliche bundesgerichtliche Rechtsprechung abgeleitet, dass der Kündigungsberechtigte sich mit der Aussprechung der fristlosen Auflösung des Arbeitsverhältnisses nicht ungebührlich lange Zeit lassen darf. Ist ein wichtiger Grund gegeben, so ist die fristlose Kündigung sofort auszusprechen. Andernfalls ist anzunehmen, das Einhalten der ordentlichen Kündigungsfrist sei für den Kündigenden subjektiv zumutbar, und ist das Recht auf eine sofortige Vertragsauflösung verwirkt (BGE 130 III 28 E. 4.4 S. 34; BGE 123 III 86 E. 2a S. 87; BGE 99 II 308 E. 5a S. 310; BGE 97 II 142 E. 2a S. 146).

6.3.2 Dabei ist nach den Umständen des konkreten Falles zu entscheiden, innert welcher Frist dem Berechtigten billigerweise ein Entschluss darüber zuzumuten ist, ob er von seinem Recht zur fristlosen Aufhebung des Vertrags Gebrauch machen will. In der Regel wird eine Überlegungsfrist von zwei bis drei Arbeitstagen zum Nachdenken und Einholen von Rechtsauskünften als angemessen angesehen. Ein Hinauszögern über diese Zeitspanne ist nur zulässig, wenn es mit Rücksicht auf die praktischen Erfordernisse des Alltags- und Wirtschaftslebens als verständlich und berechtigt erscheint (BGE 130 III 28 E. 4.4 S. 34 mit Hinweisen; Ur-

teil 4C.345/2001 vom 16. Mai 2002 E. 3.2). Eine Verlängerung von einigen Tagen (gemäss Urteil 4A_569/2010 vom 14. Februar 2011 E. 3.1 von etwa einer Woche) ist etwa dann zulässig, wenn bei einer juristischen Person die Entscheidungskompetenz einem mehrköpfigen Gremium zusteht und die Willensbildung daher aufwendiger ist oder wenn Arbeitnehmervertreter anzuhören sind (Urteile 4C.291/2005 vom 13. Dezember 2005 E. 3.2; 4C.348/2003 vom 24. August 2004 E. 2; 4C.382/1998 vom 2. März 1999 E. 1b; 4C.282/1994 vom 21. Juni 1995 E. 3).

6.3.3 Bei einem klaren Sachverhalt muss anders vorgegangen werden als in Fällen, in denen zuerst Abklärungen notwendig sind oder Verfehlungen erst langsam an den Tag treten (Urteile 4A_238/2007 vom 1. Oktober 2007 E. 4.1; 4C.188/2006 vom 25. September 2006 E. 2; 4C.348/2003 vom 24. August 2004 E. 3.2; 4C.345/2001 vom 16. Mai 2002 E. 3.2). Geht es bei der Abklärung darum, zuerst das Ausmass der Verfehlung abschätzen zu können, so wird die Überlegungsfrist notwendigerweise erst an die Abklärungsfrist anschliessen. Die Art der Vorwürfe (beispielsweise sexuelle Belästigungen) kann eine längere Abklärungsfrist rechtfertigen (Urteil 4A_238/2007). Ist der Vorwurf an den Arbeitnehmer klar und kann sich der Arbeitgeber schon bei der Abklärung des Sachverhalts überlegen, wie er reagieren will, wenn sich der Vorwurf als zutreffend erweist, rechtfertigt es sich nicht, ihm nach der Abklärungsfrist noch eine Überlegungsfrist für die fristlose Entlassung einzuräumen (Urteil 4C.187/2004 vom 5. Juli 2004 E. 4.1). Von einem grösseren Unternehmen ist zu erwarten, dass sich dieses so organisiert, dass wesentliche Entscheidungen auch bei Ferienabwesenheit des Geschäftsführers gefällt werden können, zumal wenn von vornherein mit solchen Entscheiden gerechnet werden muss (Urteil 4C.345/2001 vom 16. Mai 2002 E. 4.2). Liegt ein konkreter nennenswerter Verdacht vor, bei dessen Erhärtung der Arbeitgeber in Betracht zieht, das Arbeitsverhältnis sofort zu beenden, ist zu verlangen, dass der Arbeitgeber unverzüglich alle ihm zumutbaren Massnahmen ergreift, um Klarheit zu gewinnen (Urteil 4A_251/2009 vom 29. Juni 2009 E. 2.1).

6.3.4 In der Literatur zu Art. 337 OR wird bezüglich der Frage, wie viele Tage mit «sofort», «umgehend» oder «innert angemessener Frist» gemeint sind, weitgehend die «Zwei-bis-drei-Tage-Regel» des Bundesgerichts übernommen (vgl. ROGER RUDOLPH, Bagatelldelikte am Arbeitsplatz: ein ausreichender Grund für eine fristlose Entlassung?, AJP 2010 S. 1521). STREIFF/VON KAENEL (Arbeitsvertrag, 6. Aufl. 2006, N. 17 zu Art. 337 OR) gehen davon aus, dass der rigorose Massstab des Bundesgerichts (2-3 Arbeitstage) im Einzelfall mindestens dann der Relativierung bedarf, wenn schützenswerte Gründe ein rasches Handeln verzögern. Müsse beispielsweise der Kündigungsentscheid von einem Gremium (z.B. Verwaltungsrat) in einer gemeinsamen Sitzung getroffen werden, könne sich die Reaktionsfrist auf bis zu einer Woche verlängern. Davon geht auch WOLFGANG PORTMANN (in: Basler Kommentar, Obligationenrecht, Bd. I, 4. Aufl. 2007, N. 13 zu Art. 337 OR) aus, räumt jedoch ein, dass eine län-

gere Frist gelten soll, wenn die angekündigte Antwort des Rechtsvertreters des Arbeitnehmers abzuwarten sei. GUSTAV WACHTER (Der Untergang des Rechts zur fristlosen Auflösung des Arbeitsverhältnisses, ArbR 1990 S. 42 ff.) weist darauf hin, dass auch bei komplizierter Organzusammensetzung nicht mehrere Wochen zugewartet werden könne, und zwar selbst dann nicht, wenn während der Ferienzeit nicht sämtliche Mitglieder anwesend sind. Werde der Arbeitnehmer im Hinblick auf die Klärung des Sachverhalts angehört, beginne die Frist grundsätzlich nach seiner Stellungnahme zu laufen. ADRIAN STAEHELIN (in: Zürcher Kommentar, 3. Aufl. 1996, N. 35 zu Art. 337 OR) geht von einer Überlegungsfrist von ein bis zwei Tagen aus, anerkennt aber, dass die Bedenkzeit ausnahmsweise in komplexen Fällen auch etwas länger dauern kann. HUMBERT/VOLKEN (Fristlose Entlassung [Art. 337 OR], AJP 2004 S. 564 ff.) vertreten die Auffassung, eine Frist von bis zu drei Tagen sei in jedem Fall rechtzeitig. Die kurze Frist habe den Vorteil einer einfachen Rechtsanwendung und diene der Rechtssicherheit. Sie räumen jedoch ein, dass sich die Frage, wie lange der Arbeitgeber mit der Erklärung der fristlosen Entlassung zuwarten darf, nicht nach einem absoluten Massstab beurteilen lässt.

6.4

6.4.1 Obwohl bei der Anwendung von Art. 10 PG/GR auf die (zivilrechtliche) bundesgerichtliche Rechtsprechung zu Art. 337 OR zurückgegriffen werden kann, lässt sich die Praxis, welche eine fristlose Kündigung aus wichtigen Gründen grundsätzlich nur innert einer Zeitspanne von einigen wenigen Arbeitstagen erlaubt, nicht unesehen auf öffentlich-rechtliche Anstellungsverhältnisse übertragen. In diesem Bereich ergeht die Kündigung normalerweise in Form einer schriftlich begründeten Verfügung; dieser geht häufig eine Untersuchung voraus, besonders wenn Zweifel zu erhärten oder auszuschliessen sind. Zudem ist dem Angestellten nach öffentlich-rechtlichen Grundsätzen vor der Kündigungsverfügung das rechtliche Gehör einzuräumen (Art. 29 Abs. 2 BV). Dazu kommen die speziellen Verfahrensabläufe innerhalb der Verwaltung, die es nicht immer erlauben, unverzüglich über die Auflösung des Arbeitsverhältnisses zu entscheiden, vor allem wenn nicht ein direkter Vorgesetzter, sondern die Wahl- und Aufsichtsbehörde zuständig ist (bereits erwähntes Urteil 8C_170/2009 E. 6.2.1; Urteile 2A.656/2006 vom 15. Oktober 2007 E. 5.2.1; 2A.495/2006 vom 30. April 2007 E. 4.1). Ist ein strafrechtlicher Sachverhalt oder dessen rechtliche Würdigung für den Ausgang eines Administrativverfahrens relevant, erweist sich nach der Rechtsprechung ein Verfahrensaufschub bis zum Abschluss des Strafprozesses als zulässig (Urteile 1P.47/2000 vom 25. April 2000 E. 2b; 2P.30/1993 vom 1. Oktober 1993 E. 6b und P.1211/1985 vom 12. März 1986 E. 4; vgl. auch Urteil 1P.127/2000 vom 8. Mai 2000 E. 3). Ebenfalls rechtsprechungsgemäss kann das Resultat einer Administrativuntersuchung (beispielsweise wegen Mobbing) abgewartet werden, bevor die fristlose Entlassung ausgesprochen wird. Zudem kann die Einschaltung einer paritätischen Kommission

eine weitere Verzögerung rechtfertigen (bereits erwähntes Urteil 8C_170/2009 E. 6.2.2 f.).

6.4.2 Das öffentliche Personalrecht unterscheidet sich des Weiteren insofern vom Arbeitsvertragsrecht des Obligationenrechts, als dem Gemeinwesen bei seinem Handeln verfassungsrechtliche Schranken auferlegt sind. Während der private Arbeitgeber sich auf die Privatautonomie und die Vertragsfreiheit berufen kann, bleibt der staatliche Arbeitgeber an die Grundrechte und die rechtsstaatlichen Grundsätze des Verwaltungsrechts (Gesetzmässigkeit, Rechtsgleichheit, öffentliches Interesse, Verhältnismässigkeit, Treu und Glauben, rechtliches Gehör) gebunden (Urteil 8C_340/2009 vom 24. August 2009, auszugsweise in: ARV 2009 S. 311; MARCO DONATSCH, Privatrechtliche Arbeitsverträge und der öffentliche Dienst, Jusletter vom 3. Mai 2010, Rz. 20 ff.; MARTIN BERTSCHI, Auf der Suche nach dem einschlägigen Recht im öffentlichen Personalrecht, ZBl 105/2004 S. 631 f. und 636; THOMAS POLEDNA, Annäherungen ans Obligationenrecht, in: Personalrecht des öffentlichen Dienstes, Helbling/Poledna [Hrsg.], 1999, S. 220).

6.4.3 Schliesslich gilt es auch, auf die unterschiedlichen Rechtsfolgen einer widerrechtlichen fristlosen Entlassung im Privatrecht und im öffentlichen Dienstrecht hinzuweisen. Im Zivilrecht wird mit der fristlosen Entlassung das Arbeitsverhältnis rechtlich beendet, unabhängig davon, ob die Kündigung berechtigt war oder nicht (STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., N. 12 zu Art. 337 OR; PORTMANN, a.a.O., N. 1 zu Art. 337c OR). Entlässt der private Arbeitgeber den Arbeitnehmer fristlos ohne wichtigen Grund, so hat dieser Anspruch auf Ersatz dessen, was er verdient hätte, wenn das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der Kündigungsfrist oder durch Ablauf der bestimmten Vertragszeit beendet worden wäre (Art. 337c Abs. 1 OR), oder auf eine besondere Entschädigung gemäss Art. 337c Abs. 3 OR von höchstens sechs Monatslöhnen. Die Rechtsfolgen einer unrechtmässigen fristlosen Entlassung sind im öffentlichen Personalrecht auf Bundesebene sowie in den massgebenden kantonalen und kommunalen Erlassen unterschiedlich ausgestaltet. Die Entschädigungsansätze sind unter Umständen höher als jene des OR. Eine unrechtmässig ergangene Kündigungsverfügung kann aufgehoben werden und – je nach gesetzlicher Ausgestaltung – einen Anspruch auf Weiterbeschäftigung zur Folge haben (vgl. beispielsweise Art. 14 Abs. 1 und 2 des Bundespersonalgesetzes vom 24. März 2000 [BPG; SR 172. 220.1]; HARRY NÖTZLI, Die Beendigung von Arbeitsverhältnissen im Bundespersonalrecht, 2005, S. 163 Rz. 264; vgl. auch Urteil 8C_808/2010 vom 28. Juni 2011). Eine Stellenbesetzung vor der gerichtlichen Beurteilung der Rechtmässigkeit der fristlosen Entlassung ist somit unter Umständen mit Risiken behaftet. Die Verfügung eines öffentlich-rechtlichen Arbeitgebers über eine fristlose Kündigung kann vom angerufenen Gericht allenfalls in eine ordentliche Auflösung des Arbeitsverhältnisses abgeändert werden, sofern ein sachlich zureichender Kündigungsgrund vorliegt (vgl. BGE 137 I 58 E. 4.3.3 S. 65). Im Privatrecht gilt

dagegen das Prinzip der Kündigungsfreiheit. Es bleibt darauf hinzuweisen, dass eine ordentliche Kündigung bei Lehrpersonen meistens nur auf das Ende eines Schuljahres hin möglich ist (vgl. Art. 34 Abs. 3 des Gesetzes vom 26. November 2000 für die Volksschulen des Kantons Graubünden [Schulgesetz; BR 421.000]).

6.5 Zusammenfassend ergibt sich somit, dass die fristlose Entlassung im öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis für die kündigende Partei mit höheren Risiken verbunden ist als im Privatrecht, und zwar einerseits wegen den formellen Anforderungen an eine rechtmässige fristlose Entlassung und andererseits wegen den Folgen einer formell oder materiell widerrechtlichen fristlosen Entlassung für den Arbeitgeber und damit die öffentliche Hand. Daraus folgt, dass dem öffentlich-rechtlichen Arbeitgeber eine längere Reaktionszeit zuzubilligen ist, damit er die Verfahrensvorschriften einhalten und den die Kündigung begründenden Sachverhalt abklären und nachweisen kann, bevor er die Kündigung ausspricht. Hingegen kann auch dem öffentlich-rechtlichen Arbeitgeber nicht zugestanden werden, das Verfahren längere Zeit ruhen zu lassen, bzw. den Arbeitnehmer nicht über die Überprüfung des Arbeitsverhältnisses zu informieren. Während im Zivilrecht eine fristlose Kündigung in der Regel innert weniger Arbeitstage auszusprechen ist und eine längere Frist nur zugestanden wird, sofern praktische Erfordernisse des Alltags- und Wirtschaftslebens dies als berechtigt erscheinen lassen, vermögen im öffentlichen Personalrecht weitere sachliche Gründe (z.B. rechtliches Gehör, Verfahrensvorschriften) ein längeres Zuwarten zu rechtfertigen (vgl. Urteil 2A.495/2006 vom 30. April 2007 E. 4.1).

7.

Das kantonale Gericht hat in einlässlicher Würdigung der Chronologie der Ereignisse vom Juli 2007 erkannt, dass die aufgrund der eingegangenen Reaktionen besorgter Eltern sehr heikle Angelegenheit von den zuständigen Vertretern der Gemeinde trotz der angelaufenen Sommerferien äusserst zügig vorangetrieben worden sei. Die zu Beginn widersprüchlichen Sachverhaltsdarstellungen der betroffenen Parteien hätten einer sorgfältigen Abklärung bedurft. Dabei sei es auch darum gegangen, einer rufschädigenden Vorverurteilung entgegenzuwirken. Nach den Feststellungen der Vorinstanz reagierte die Gemeinde auf den Vorfall in der Nacht vom 2. auf den 3. Juli 2007 innerhalb von zwei Tagen, indem ein Dreier-Gremium des zuständigen Schulrats den Beschwerdeführer am 4. Juli 2007 zu den Vorfällen befragte. Dabei gab dieser über die genauen Abläufe und Vorkommnisse jener Nacht eine andere Version wieder als die betroffenen Schülerinnen. Seine Angaben zum Alkoholkonsum entsprachen zudem nicht der effektiv getrunkenen Menge. Aufgrund der in der Zwischenzeit getätigten Abklärungen und der Reaktionen besorgter Eltern gelangten die Vertreter der Gemeinde zur Überzeugung, dass eine Wiederaufnahme des Unterrichts durch den Beschwerdeführer zum damaligen Zeitpunkt nicht mehr zu verantworten war. Es wurde daher beschlossen, diesen mit sofort-

tiger Wirkung vom Schulunterricht freizustellen und die Schülerinnen und Schüler der betroffenen Klasse vorzeitig in die Sommerferien zu entlassen. Noch am gleichen Tag teilte der Schulratspräsident dem Beschwerdeführer schriftlich mit, dass er bis auf Weiteres vom Schulunterricht suspendiert sei. Wie es nach den Sommerferien weitergehen werde, sei Gegenstand weiterer Abklärungen und Entscheidungen des Schulrats. Nach weiteren Gesprächen mit den betroffenen Eltern, den die handgreiflich angegangene Schülerin behandelnden Ärzten sowie der Polizei bestätigte der Schulrat drei Tage später, am 9. Juli 2007, die Suspendierung des Beschwerdeführers. Überdies wurde beschlossen und dem Beschwerdeführer am 12. Juli 2007 schriftlich eröffnet, dass dieser in demselben Schulhaus auch nach den Sommerferien 2007 keinen Schulunterricht mehr erteilen können und die Stelle ausgeschrieben werde. Die Gemeinde beauftragte zudem ihren Rechtskonsulten mit der Abklärung der Sach- und Rechtslage im Hinblick auf das weitere Vorgehen. Mit der Freistellung von der Lehrtätigkeit gab die Gemeinde dem Beschwerdeführer unmissverständlich zu verstehen, dass sie sein pflichtwidriges Verhalten als gravierend einstufte und dieser mit weiteren Massnahmen rechnen musste. Obschon sich der Beschwerdeführer am 4. Juli 2007 zu den Ereignissen und zur Freistellung als erster Sofortmassnahme äussern können, musste ihm die Gemeinde anschliessend auch noch hinsichtlich einer allfälligen vorzeitigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses das rechtliche Gehör gewähren, bevor sie darüber beschliessen konnte. Darauf wies sie im Schreiben vom 12. Juli 2007 ausdrücklich hin. Die anschliessende zeitliche Verzögerung ist grösstenteils dem Beschwerdeführer selber zuzuschreiben. Wegen dessen Teilnahme an einem Weiterbildungsseminar wurde bis zur Woche vom 16. Juli 2007 kein Besprechungstermin vereinbart. Nach seiner Rückkehr beauftragte der Beschwerdeführer einen Rechtsvertreter mit der Interessenwahrung. Laut Schreiben vom 19. Juli 2007 kam dieser mit dem Rechtskonsulten der Gemeinde überein, die Anhörung am 26. Juli 2007 durchzuführen. Gleichzeitig zeigte die Gemeinde an, dass eine fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses nicht ausgeschlossen sei. Diese erneute Verzögerung ergab sich insbesondere, weil der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers vorgängig die Polizeiakten einsehen wollte. Nach der Unterredung vom 26. Juli 2007 beschloss der Schulrat an der Sitzung vom 27. Juli 2007 die fristlose Entlassung. Bei diesen Gegebenheiten kann nicht die Rede davon sein, dass die Gemeinde zu lange zugewartet und deshalb ihr Recht auf eine fristlose Kündigung verwirkt hätte.

Kanton Bern

Obergericht des Kantons Bern, Urteil vom 7. September 2011 (Bestätigung des Urteils des Regionalgerichts Berner Jura-Seeland vom 1. März 2011)

Nicht als rechtsmissbräuchlich zu qualifizieren ist die nachträgliche Geltendmachung der Ungültigkeit einer Vertragsbestimmung wegen Verstosses gegen zwingendes Recht. Der erweiterte Schutz des Arbeitnehmers darf nicht dadurch in Frage gestellt werden, dass gestützt auf Art. 2 Abs. 2 ZGB ohne schwerwiegende Gründe eine Forderung als untergegangen erklärt wird, die der Arbeitnehmer während längerer Zeit nicht geltend macht. Eine unterlassene Information über die Ausbildung (als Serviceangestellte) kann daher nicht als zulässiger Verzicht auf den unabdingbaren Mindestlohn gemäss L-GAV interpretiert werden (E. III. B. 3).

Sachverhalt:

Mit Klage vom 31. Mai 2010 stellte die Arbeitnehmerin (Klägerin, Berufungsbeklagte) das Rechtsbegehren, die Arbeitgeberin (Beklagte, Berufungsklägerin) sei zu verurteilen, ihr Fr. 25 501.45 zu bezahlen. Das Regionalgericht Berner Jura-Seeland sprach der Arbeitnehmerin mit Urteil vom 1. März 2011 Fr. 22 614.75 zu.

Aus den Erwägungen:

III.

A.

(...)

2.

2.1 Unbestritten ist, dass die Klägerin am 1. Juli 2002 bei der Beklagten, einem kleinen Hotelbetrieb, als Serviceangestellte ihre Stelle antrat und bei der Beklagten mehrfach eine Lohnerhöhung verlangt hat, ohne auf die Mindestlöhne nach GAV hinzuweisen. Die Klägerin reichte die Gleichwertigkeitsbescheinigung des BBT (Bundesamt für Berufsbildung und Technologie) vom 15. Oktober 2010, in welcher die Gleichwertigkeit der Ausbildung der Klägerin mit dem eidgenössischen Fachausweis als Restaurationsfachfrau anerkannt wird, die Übersetzung der in slowakischer Sprache gehaltenen Ausbildungsbestätigung und die beglaubigte Übersetzung des in slowakischer Sprache vorliegenden Zeugnisses der mittleren Fachlehranstalt Nr. 2 unbestrittenermassen erst anlässlich der Hauptverhandlung ein.

2.2 Weiter ist unbestritten, dass die Klägerin ab Herbst 2008 krankgeschrieben war und die Beklagte das Arbeitsverhältnis nach Ablauf der Sperrfrist per 31. Mai 2009 gekündigt hat. Die Klägerin trat am 27. April 2009 eine neue Arbeitsstelle an und anerkennt, dass sie in der Zeit vom 27. April bis 31. Mai 2009 zu Unrecht Krankentaggelder bezogen hat.

2.3 Die Beklagte anerkennt zudem, dass sie die von der Klägerin geleisteten 209 Überstunden ohne Zuschlag entlohnt hat.

3.

3.1 Bestritten ist, ob die Klägerin der Beklagten anlässlich des Bewerbungsgesprächs ihren slowakischen Fähigkeitsausweis (im Original) ausgehändigt und die Beklagte über ihre Ausbildung informiert hat.

Die Klägerin führte im vorinstanzlichen Parteiverhör aus, sie habe ihre Unterlagen, d.h. ihren Ausweis und ihren slowakischen Fähigkeitsausweis, an das Gespräch mitgenommen. Frau M. habe gemeint, dass sie das Fähigkeitszeugnis nicht brauchen würde, da sie ihr glaube. Die Unterlagen habe sie in einem Couvert Frau M. ausgehändigt. Nach ein paar Wochen habe sie den Fähigkeitsausweis wieder im Büro gefunden und habe ihn wieder mitnehmen dürfen. Anlässlich des Gesprächs habe sie ihr gesagt, dass sie für den Beruf ausgebildet sei. Es sei richtig, dass Frau M. den Fähigkeitsausweis gar nicht habe sehen wollen, sondern gesagt habe, dass sie ihr einfach glaube.

Die Vertreterin der Beklagten, Frau M., führte demgegenüber anlässlich der erstinstanzlichen Hauptverhandlung aus, sie habe anlässlich des Bewerbungsgesprächs mit der Klägerin keine Unterlagen gesehen und wisse nicht, ob die Klägerin Unterlagen mitgebracht habe. Sie hätten keine Bewerbungsunterlagen verlangt, sondern würden die Personen nach dem Eindruck auswählen. Die Klägerin habe ihr keine Diplome gegeben, aber sie habe auch nicht danach gefragt. Das mache sie nie. Sie habe die Klägerin nicht nach der Ausbildung gefragt. Bei Serviceangestellten frage sie nicht nach der Ausbildung. Frau K., ebenfalls Vertreterin der Beklagten, führte anlässlich der vorinstanzlichen Hauptverhandlung aus, sie habe in den Unterlagen der Klägerin keinen Fähigkeitsausweis gefunden und auch nie einen solchen gesehen.

Aufgrund der Aussagen von Frau M. ist erstellt, dass sich die Arbeitgeberin anlässlich des Bewerbungsgesprächs nicht für die Ausbildung der Klägerin bzw. für deren Diplome interessiert und auch nicht danach gefragt hat. Es entspricht sodann der allgemeinen Lebenserfahrung, dass Arbeitssuchende zumindest Kopien ihrer Fähigkeitsausweise an ein Bewerbungsgespräch mitnehmen. Die Aussage der Klägerin, wonach sie ihren Fähigkeitsausweis an das Vorstellungsgespräch mitgenommen, der Beklagten übergeben und die Beklagte über ihre Ausbildung informiert habe, erscheint unter diesen Umständen glaubhaft, zumal Frau M. ihren vorinstanzlichen Aussagen zufolge selbst nicht mehr wusste, ob die Klägerin Unterlagen mitgebracht hatte. Es ist damit erwiesen, dass die Klägerin ihren Fähigkeitsausweis beim Bewerbungsgespräch vorgelegt bzw. erwähnt hat.

3.2 Aufgrund der Gleichwertigkeitsbescheinigung des BBT erachtet die Kammer – der zutreffenden Auffassung der Vorinstanz folgend – die Gleichwertigkeit des slowakischen Lehrbriefs der Klägerin mit dem entsprechenden schweizerischen Fähigkeitsausweis als erwiesen.

B.

1.

Die Berufungsbeklagte verlangt die Anpassung des Lohnes an die Mindestlohnbestimmungen ab Juli 2005. Zu prüfen ist daher, ob im Servicebereich ein Gesamtarbeitsvertrag besteht und ob die Berufungsklägerin Mindestlohnvorschriften hätte einhalten müssen.

Vorab kann auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden. Nachfolgend wird lediglich auf einzelne Punkte eingegangen.

Nach Art. 322 Abs. 1 OR hat der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer den Lohn zu entrichten, der verabredet oder üblich oder durch Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag (GAV) bestimmt ist. Gesamtarbeitsverträge können allgemeinverbindlich erklärt werden, was zur Folge hat, dass der betreffende Gesamtarbeitsvertrag innerhalb seines Geltungsbereichs auf alle Arbeitsverhältnisse des betreffenden Wirtschaftszweiges oder Berufes anwendbar ist (STÖCKLI in: Berner Kommentar, Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Der Arbeitsvertrag, Art. 319–362 OR, Gesamtarbeitsvertrag und Normalarbeitsvertrag, Art. 356–360 OR, Bern 1999, N 87 zu Art. 356b OR). Gemäss Art. 357 Abs. 1 OR gelten die Bestimmungen des Gesamtarbeitsvertrags über Abschluss, Inhalt und Beendigung der einzelnen Arbeitsverhältnisse während der Dauer des Vertrags unmittelbar für die beteiligten Arbeitgeber und Arbeitnehmer und können nicht wegbedungen werden, sofern der Gesamtarbeitsvertrag nichts anderes bestimmt. Höhere Löhne können demnach frei vereinbart werden, während tiefere Löhne nicht zulässig sind, es sei denn, der GAV gestatte dies (PORTMANN in: Honsell/Vogt/Wiegand, Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 4. Auflage, Basel 2007, N 3 zu Art. 322 OR). Gesamtarbeitsverträge enthalten in der Regel Mindestlohnansätze (STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, Zürich/Basel/Genf 2006, 6. Auflage, N 5 zu Art. 322 OR; vgl. auch REHBINDER/STÖCKLI in: Berner Kommentar, Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Der Arbeitsvertrag, Einleitung und Kommentar zu den Art. 319–330b OR, Bern 2010, N 4 zu Art. 322 OR). Gemäss Art. 357 Abs. 2 OR sind vom GAV abweichende Abreden nur zugunsten der Arbeitnehmer möglich (Prinzip der Günstigkeit; PORTMANN in: Honsell/Vogt/Wiegand, Basler Kommentar, Obligationenrecht I, a.a.O., N 41 zu Art. 357 OR; vgl. auch STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., N 5 zu Art. 322 OR; REHBINDER/STÖCKLI, a.a.O., N 4 zu Art. 322 OR). Der Landes-Gesamtarbeitsvertrag des Gastgewerbes (L-GAV 98), der auch auf Serviceangestellte anwendbar ist, wurde allgemeinverbindlich erklärt, ist einseitig zwingend und gestattet angesichts der festgesetzten Mindestlöhne die Vereinbarung tieferer Löhne nicht (vgl. Art. 10 L-GAV). Weicht eine Lohnvereinbarung zuungunsten

des Arbeitnehmers von einer unabdingbaren GAV-Bestimmung ab, so ist sie unwirksam und wird durch die entsprechende Bestimmung im GAV ersetzt (KGer. ZG JAR 1990 150 ff., 153 f.). Auf Lohnforderungen, die sich aus unabdingbaren Bestimmungen eines GAV ergeben, kann der Arbeitnehmer nicht verzichten (OR 341 I; KGer. GR JAR 1990 119 ff.). (REHBINDER/STÖCKLI, a.a.O., N 4 zu Art. 322 OR; Art. 357 Abs. 2 OR; vgl. auch STÖCKLI, a.a.O., N 10 und 14 zu Art. 357 OR).

Massgebend für die Einstufung in die GAV-Lohnklassen ist die tatsächlich geleistete und geforderte Arbeit, nicht aber deren Qualität, die Bezeichnung der Arbeit auf Grund von Arbeitgeberweisungen oder auf Grund von Einzelvereinbarungen anlässlich der Anstellung (STÖCKLI, a.a.O., N 14 zu Art. 357 OR). Der Arbeitgeber hat zur Verhinderung der Lohnunterbietung trotz Vereinbarung eines tieferen Lohnes den üblichen Mindestlohn zu bezahlen (STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., N 8 zu Art. 322 OR).

Der Arbeitgeber hat bei Arbeitnehmern mit einem ausländischen Berufsabschluss zu prüfen, ob die Voraussetzungen für eine bestimmte Mindestlohnkategorie erfüllt sind (S. 26 Kommentar zu Art. 10 L-GAV, 2. Auflage). Der Mitarbeiter hat ihm die entsprechenden Auskünfte über seine ausländische Ausbildung zu erteilen und Nachweis einzureichen (S. 26 Kommentar zu Art. 10 L-GAV). Der Arbeitgeber ordnet den Arbeitnehmer insbesondere anhand der Dauer der ausländischen Ausbildung einer Lohnkategorie zu (S. 26 Kommentar zu Art. 10 L-GAV).

Dielohneinstufung hat neu zu erfolgen, wenn die Dienstzeit dies bedingt. Demnach muss es automatisch zu einer Neueinstufung nach L-GAV kommen, wenn ein Arbeitnehmer aufgrund der Dienstzeit Anspruch auf einen höheren Mindestlohn hat. Nur wenn die Ablehnung einer Neueinstufung wegen ungenügender Arbeitsleistung ausdrücklich begründet wird, kann von einer Lohnerhöhung abgesehen werden (REHBINDER/STÖCKLI, a.a.O., N 4 zu Art. 322 OR; vgl. auch STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., N 14 zu Art. 356 OR N 14 zu Art. 356 OR mit Hinweis auf BGer und TC FR in JAR 2002 S. 183 und 194: der Arbeitgeber, der die Ablehnung unterliess und kommentarlos den alten Lohn weiterzahlte, war an die im LMV Bauhauptgewerbe vorgesehene Lohnstufenerhöhung nach dreijähriger Tätigkeit gebunden).

Einem im Gemüsehandel eingesetzten Angestellten sprach das Bundesgericht den höheren Hilfgärtnerlohn zu, nachdem er als Hilfgärtner eingesetzt worden war (STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., N 8 zu Art. 322 OR mit Hinweis auf BGE 122 III 110 E. 4e = Pra 1997 Nr. 9, bestätigt in Pra 2004 Nr. 66 E. 5.1). Zudem entschied das Arbeitsgericht Brugg, dass ein gelernter Offsetdrucker als solcher zu entlohnen sei, obwohl er als Hilfsdrucker eingestellt worden war (AGer Brugg in SAE 1993 S. 58; STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., N14 zu Art. 356 OR). Der ausländische Fachausweis eines Landschaftsgärtners wurde vom Bundesgericht sodann als mit dem eidgenössischen Fähigkeitsausweis vergleichbar erachtet (BGer in ARV 2004 S. 23; STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., N 14 zu Art. 356 OR).

Im unveröffentlichten Entscheid BGer 4C.227/1994 vom 4. Juli 1995 hatte das Bundesgericht über einen quasi identischen Sachverhalt wie vorliegend zu befinden. Es ging dabei um eine Klägerin, welche in der Schweiz als Serviceangestellte tätig war, eine österreichische Ausbildung hatte, welche mit derjenigen an einer schweizerischen höheren Fachschule für Tourismus vergleichbar war und über gleichwertige theoretische und praktische Kenntnisse verfügte, die in einer Servicelehre vermittelt werden. Das Bundesgericht hielt Folgendes fest: «Auch wenn in der Regel davon ausgegangen werden kann, dass eine Bewerberin beim Vorstellungsgespräch den Arbeitgeber von sich aus über ihre spezifische Berufsausbildung informiert, musste der Beklagte, um die Einhaltung der differenziierten Bestimmungen des L-GAV 88 bezüglich der Mindestlöhne zu gewährleisten, die Klägerin über ihre Berufspraxis und Ausbildung befragen, zumal er nicht davon ausgehen konnte, sie sei sich als Ausländerin der Bedeutung ihrer Ausbildung bezüglich der gesamtarbeitsvertraglichen Mindestlöhne bewusst gewesen. Der Beklagte macht aber nicht geltend, er habe sich über die Berufsausbildung der Klägerin näher erkundigt. (...) Unter diesen Umständen erscheint sein mögliches Vertrauen darauf, die Klägerin weise keine einer Berufslehre gleichwertige Ausbildung auf, kaum als schützenswert. (...) Die Nachforderung des gesamtarbeitsvertraglichen Mindestlohnes wäre daher auch dann nicht als rechtsmissbräuchlich zu qualifizieren, wenn davon ausgegangen würde, die Klägerin habe den Beklagten erst nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses über ihre Berufsausbildung informiert. Dieses Ergebnis entspricht auch dem Grundsatz, dass ein Arbeitnehmer während der Dauer des Arbeitsverhältnisses auf Forderungen, die sich aus unabdingbaren Vorschriften eines Gesamtarbeitsvertrages ergeben, nicht verzichten kann (Art. 341 Abs. 1 OR), und daher eine unterlassene Information über die Ausbildung nicht als zulässigen Verzicht auf den unabdingbaren Mindestlohn interpretiert werden kann.»

Im erwähnten Entscheid wurde die Gleichwertigkeit vom BIGA erst im Jahr 1993, mithin zwei Jahre nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses, festgestellt. Nicht nur die ausländische Ausbildung, auch die bisherige praktische Tätigkeit der Klägerin über mehrere Jahre reichte aus, damit für das Bundesgericht rechtsgenügend feststand, dass die Klägerin eine ausländische Ausbildung aufwies, welche mit einer abgeschlossenen schweizerischen Servicelehre gleichwertig ist und es sprach der Klägerin den Mindestlohn nach GAV zu. Die Ausrede, die Serviertochter habe den Wirt missbräuchlich nicht über ihre Ausbildung informiert, half dem Wirt nicht weiter. (vgl. dazu STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., N 14 zu Art. 356 OR).

2.

Gemäss Art. 69 Abs. 1 BBV (Verordnung über die Berufsbildung, SR 412.101) anerkennt das Bundesamt ausländische Diplome oder Ausweise, wenn diese im Herkunftsland staatlich ausgestellt oder staatlich anerkannt sind und einem schweizerischen Ausweis oder Titel gleichwertig sind. Ei-

nem schweizerischen Diplom oder Ausweis gleichwertig ist ein ausländisches Diplom oder ein ausländischer Ausweis, wenn die gleiche Bildungsstufe gegeben ist, die Bildungsdauer äquivalent ist, die Inhalte vergleichbar sind und der Bildungsgang neben theoretischen auch praktische Qualifikationen umfasst (Art. 69 Abs. 2 BBV). Völkerrechtliche Verträge bleiben vorbehalten (Art. 69 Abs. 4 BBV). Wird die Ausübung einer Berufstätigkeit durch Rechtsvorschriften an den Besitz eines bestimmten Diploms oder Ausweises gebunden und verfügt die Gesuchstellerin oder der Gesuchsteller über ein ausländisches Diplom oder einen ausländischen Ausweis, der in der Schweiz nicht als gleichwertig anerkannt ist, so sorgt das Bundesamt in Zusammenarbeit mit den Kantonen oder mit Organisationen der Arbeitswelt für Ausgleichsmassnahmen, mit denen die verlangten Qualifikationen erreicht werden können (Art. 70 Abs. 1 BBV). Gemäss Art. 70 Abs. 2 BBV gilt Absatz 1 sinngemäss für die Ausübung einer Berufstätigkeit, wenn die Vergütung dieser Tätigkeit oder einer diesbezüglichen Erstattung durch die Sozialversicherung in den Besitz eines bestimmten Diploms oder Ausweises gebunden ist.

Für die Ausübung von reglementierten Berufen ist eine Anerkennung (Gleichwertigkeit) nötig, weil nach dem Gesetz für die Berufsausübung ein bestimmter Abschluss bzw. Titel verlangt wird (Anerkennungsverfahren für ausländische Diplome und Ausweise; www.bbt.admin.ch). Mit der Anerkennung bestätigt das BBT, dass das ausländische Diplom bzw. der Ausweis einem schweizerischen Diplom oder Ausweis gleichwertig ist. Es gibt indessen keine Verpflichtung zur Anerkennung nicht reglementierter Berufe (vgl. auch Anerkennungsverfahren für ausländische Diplome und Ausweise; www.bbt.admin.ch). Bei nicht reglementierten Berufen wird vom BBT lediglich die Einholung einer Niveaubestätigung (Bestätigung des BBT, die Schulen, künftige Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber sowie Behörden über die Einstufung ihres ausländischen Diploms beziehungsweise Ausweises in das schweizerische Bildungssystem informiert) empfohlen. Der Arbeitsmarkt ist dafür massgebend, ob Bewerber mit oder ohne Ausbildung berücksichtigt werden (Anerkennungsverfahren für ausländische Diplome und Ausweise; www.bbt.admin.ch).

Als reglementiert gelten Berufe, deren Ausübung vom Besitz eines Diploms, Zeugnisses oder Befähigungsnachweises abhängig gemacht wird und gesetzlich geregelt sind (vgl. Anerkennung ausländischer Diplome, häufige Anliegen, www.bbt.admin.ch). Eine Anerkennung des ausländischen Berufsabschlusses durch die zuständige Behörde/Institution ist erforderlich. Zu den reglementierten Berufen gehören Berufe im Gesundheitswesen wie Arzt, Hebamme, Chiropraktiker, Krankenpfleger etc., Berufe im Ernährungswesen wie Lebensmittelkontrolleur sowie weitere Berufe wie Forstwart, Tierpfleger, Kaminfeger, Flugpersonal, Zugführer, Trolleybusfahrer, Erziehungsberater, Lehrer, Fahrlehrer, Finanzberater, Revisoren, Treuhänder, Bergführer, Schneesportlehrer, Tauchlehrer, Architekten, Bauingenieure, Anwälte, Notare, Polizisten etc. (vgl. Liste der reg-

lementierten Berufe/Tätigkeiten in der Schweiz, Oktober 2001; www.bbt.admin.ch/diploma). Die Arbeit im Service ist in der Schweiz nicht reglementiert. Für die Arbeit im Service wird denn auch kein bestimmter Berufsabschluss verlangt.

Gemäss STÖCKLI kommt der Eingruppierung durch den Arbeitgeber lediglich deklaratorische Bedeutung zu (STÖCKLI, a.a.O., N 14 zu Art. 357 OR). Die Gleichwertigkeitsbescheinigung ist auch angesichts der zitierten Ausführungen des BBT entgegen der Auffassung der Berufungsklägerin deklaratorisch und nicht konstitutiv, und zwar unabhängig davon, ob altes oder neues Recht anwendbar ist. Festzuhalten ist immerhin, dass die Klägerin vor dem Jahr 2004 angestellt worden ist, weshalb altes Recht anwendbar ist. Auch unter dem neuen Recht hat die Gleichwertigkeitsbescheinigung bloss deklaratorischen Charakter, denn sie dient nur als Nachweis für die Lehre.

Aus dem zitierten Leitfaden bzw. der Broschüre des BBT kann die Beklagte nichts zu ihren Gunsten ableiten. Bei Fragen hinsichtlich der Lohnstufe nach Dauer und Ausbildung kann das BBT die Gleichwertigkeit des ausländischen Diploms prüfen. Ein Arbeitnehmer wird somit auch den Minimallöhnen des GAV unterstellt, wenn er mehrjährige Berufspraxis hat und nicht nur, wenn er ein Diplom besitzt. Art. 70 Abs. 2 BBV gilt nicht für Serviceangestellte, da weder die Vergütung ihrer Tätigkeit noch die Erstattung durch die Sozialversicherung an den Besitz eines bestimmten Diploms oder Ausweises gebunden ist.

In der Regel geht das BBT davon aus, dass eine zweijährige Ausbildung mit einem Berufsattest und eine dreijährige Ausbildung mit einem Fähigkeitszeugnis vergleichbar ist (S. 26 Kommentar zu Art. 10 L-GAV, 2. Auflage). Wenn sich zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer diesbezüglich Fragen stellen, kann das BBT auf Gesuch des Arbeitnehmers die Gleichwertigkeit des ausländischen Diploms im Einzelfall prüfen (S. 26 Kommentar zu Art. 10 L-GAV).

Im Anstellungsgespräch muss der Arbeitgeber fragen, welche Ausbildung und Berufspraxis des Arbeitnehmers vorliegt. Es handelt sich somit um eine Holschuld des Arbeitgebers bzw. um die Erfüllung einer Fürsorgepflicht des Arbeitgebers. Der Arbeitnehmer muss eine Gleichwertigkeitsbescheinigung nur dann vorlegen, wenn sich diesbezüglich Fragen stellen bzw. der Arbeitgeber nach der Qualifikation und der Gleichwertigkeit fragt. Wie erwähnt hat die Beweiswürdigung ergeben, dass die Klägerin anlässlich des Bewerbungsgesprächs ihr ausländisches Diplom an Frau M. ausgehändigt bzw. die Arbeitgeberin über ihre Ausbildung informiert hat. Die Beklagte hat keine Gleichwertigkeitsbescheinigung verlangt. Die Gleichwertigkeitsbescheinigung wurde erst im Laufe des erstinstanzlichen Verfahrens vorgelegt. Die Berufungsbeklagte war nicht dazu verpflichtet, von sich aus im Hinblick auf die Anstellung eine Gleichwertigkeitsbescheinigung zu beschaffen. Die Gleichwertigkeitsbescheinigung hat sodann für die Einstufung nach GAV lediglich eine deklaratorische Wirkung.

3.

Die Berufungsklägerin bringt vor, die Lohnnachforderung der Berufungsbeklagten sei rechtsmissbräuchlich. Gemäss Art. 2 Abs. 1 ZGB hat jedermann in der Ausübung seiner Rechte und in der Erfüllung seiner Pflichten nach Treu und Glauben zu handeln. Der offenbare Missbrauch eines Rechts findet nach Art. 2 Abs. 2 ZGB keinen Rechtsschutz.

Ein Rechtsmissbrauch ist nur mit grosser Zurückhaltung anzunehmen (STÖCKLI, a.a.O., N 16 zu Art. 357 OR mit Hinweisen auf BGer. 27.2.1996 JAR 1997 269; OGer. ZH 10.6.1988 JAR 1990 411). Im Zweifel ist das Vorliegen eines Rechtsmissbrauchs deshalb zu verneinen (HONSELL in: Honsell/Vogt/Geiser, Zivilgesetzbuch I, 4. Auflage, Basel 2010, Basler Kommentar, N 29 zu Art. 2 ZGB). Ein rechtsmissbräuchliches Verhalten erachtet das Bundesgericht insbesondere dann als gegeben, wenn das frühere Verhalten ein schutzwürdiges Vertrauen begründet hat, welches durch die neue Handlung enttäuscht wurde und gestützt auf welches der Vertrauende Dispositionen getroffen hat, die sich angesichts der neuen Situation als nachteilig erweisen (*venire contra factum proprium*; HONSELL in: Honsell/Vogt/Geiser, Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, a.a.O., N 43 zu Art. 2 ZGB mit Hinweisen auf BGE 125 III 257 ff., 259 E. 2a; 121 III 350 ff., 353 E. 5b; 115 II 331 ff., 338 E. 5a; 110 II 494 ff., 498). Die Berufung auf eine sich aus arbeitsvertraglichen Grundsätzen ergebende Nichtigkeit einer Vereinbarung ist nicht als rechtsmissbräuchlich zu qualifizieren, selbst wenn der Arbeitnehmer der unzulässigen Regelung vorab zugestimmt hat (HONSELL in: Honsell/Vogt/Geiser, Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, a.a.O., N 44 zu Art. 2 ZGB mit Hinweis auf OGer AG JAR 1993, 175). Als nicht rechtsmissbräuchlich zu qualifizieren ist sodann die nachträgliche Geltendmachung der Ungültigkeit einer Vertragsbestimmung wegen Verstosses gegen zwingendes Recht (HONSELL in: Honsell/Vogt/Geiser, Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, a.a.O., N 44 zu Art. 2 ZGB). Der erweiterte Schutz des Arbeitnehmers darf nicht dadurch in Frage gestellt werden, dass gestützt auf Art. 2 Abs. 2 ZGB ohne schwerwiegende Gründe eine Forderung als untergegangen erklärt wird, die der Arbeitnehmer während längerer Zeit nicht geltend macht (STÖCKLI, a.a.O., N 16 zu Art. 357 OR).

In BGE 110 II 273 hatte das Bundesgericht über einen Fall zu befinden, in welchem die Klage auf Zahlung der Differenz zwischen erhaltenem Lohn und Mindestlohn gemäss GAV erst zwei Jahre nach Beendigung der Anstellung eingereicht hatte. Das Bundesgericht hielt im erwähnten Entscheid fest, dass es unhaltbar sei, einen Verzicht auf die Forderung oder einen Rechtsmissbrauch nur deshalb anzunehmen, weil der Arbeitnehmer zwei Jahre mit der Geltendmachung seiner zwingenden Ansprüche aus dem Gesamtarbeitsvertrag zugewartet habe.

Das Bundesgericht entschied auch – wie bereits erwähnt – im Urteil Nr. 4C.227/1994 vom 4. Juli 1995 zugunsten der Arbeitnehmerin und hielt fest, dass die Ausrede des Wirts, wonach ihn die österreichische Servier-

tochter missbräuchlich nicht über ihre Ausbildung informiert habe, ihm nicht weiter helfe (vgl. auch STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., N 14 zu Art. 356 OR). Das Bundesgericht führte weiter aus, dass dieses Ergebnis auch dem Grundsatz entspreche, dass ein Arbeitnehmer während der Dauer des Arbeitsverhältnisses auf Forderungen, die sich aus unabdingbaren Vorschriften eines Gesamtarbeitsvertrages ergeben würden, nicht verzichten könne (Art. 341 Abs. 1 OR), und daher eine unterlassene Information über die Ausbildung nicht als zulässiger Verzicht auf den unabdingbaren Mindestlohn interpretiert werden könne (vgl. BGer 4C.227/1994, E. 4c. bb).

In BGE 131 III 439, 443 E. 5 hat das Bundesgericht sodann festgehalten, dass besondere Umstände vorliegen müssten, damit der Arbeitgeber sich auf das Vorliegen eines Rechtsmissbrauchs des Arbeitnehmers, welcher geltend mache, dass eine getroffene Vereinbarung gegen zwingendes Recht verstosse, berufen könne, denn andernfalls würde dem Arbeitnehmer der mit der zwingenden Gesetzesbestimmung gewährte Schutz auf dem Weg über Art. 2 ZGB wieder entzogen. Das blosses Zuwarten mit der Rechtsausübung innerhalb der gesetzlichen Verjährungsfristen stellt nach Auffassung des Bundesgerichts allgemein noch keinen Rechtsmissbrauch dar. Vielmehr müssten besondere Umstände hinzutreten, welche die Rechtsausübung mit der früheren Untätigkeit des Berechtigten in einem unvereinbaren Widerspruch erscheinen liessen. Derartige besondere Umstände könnten darin bestehen, dass dem Verpflichteten aus der verzögerten Geltendmachung in erkennbarer Weise Nachteile erwachsen würden und die Rechtsausübung für den Berechtigten zumutbar gewesen wäre oder darin, dass der Berechtigte mit der Geltendmachung des Anspruchs zuwarte, um sich einen ungerechtfertigten Vorteil zu verschaffen.

Somit sind die konkreten Umstände massgebend. Vorliegend wartete die Berufungsbeklagte mit der Geltendmachung ihrer Rechte nicht zu, denn sie verlangte unbestrittenermassen mehrfach eine Lohnerhöhung. Es ist nicht nötig, dass beim Verlangen einer Lohnerhöhung explizit der Mindestlohn nach GAV erwähnt wird, zumal von einer ausländischen Arbeitnehmerin nicht erwartet werden kann, dass sie den Inhalt des GAV bzw. die spezifischen Mindestlohnvorschriften kennt. Von einer früheren Untätigkeit der Berechtigten kann deshalb in casu nicht gesprochen werden. Hinzu kommt, dass die Arbeitgeberin eine Aufklärungspflicht (auch bezüglich Mindestlohn nach GAV) trifft und die Berufungsklägerin, welche die Mindestlohnvorschriften nach GAV hätte kennen müssen, dieser Pflicht nicht nachgekommen ist. Die Arbeitnehmerin hat das Vorliegen eines Diploms sodann nicht verschwiegen und wartete mit der Geltendmachung der Forderung nicht zu, um sich einen ungerechtfertigten Vorteil zu verschaffen. Wer nicht nachfragt, darf nicht darauf vertrauen, dass keine Berufslehre vorliegt. Aufgrund der Fürsorgepflichten hätte die Arbeitgeberin nach der Ausbildung fragen müssen. Wenn der Arbeitgeber nach der Qualifikation des Arbeitnehmers fragt, muss dieser auf Verlangen eine Gleichwertigkeitsbescheinigung vorlegen. Bei einem Arbeitgeber, der nicht nach der

Qualifikation fragt, ist die Vorlage einer Gleichwertigkeitsbescheinigung indessen nicht nötig. Es liegt schliesslich gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kein Rechtsmissbrauch vor, auch wenn der Arbeitnehmer erst nachträglich über seine Berufsausbildung informiert (BGer 4C.227/1994 vom 4. Juli 1995). Nachdem gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sogar das Zuwarten mit einer Lohnnachforderung während zwei Jahren keinen Rechtsmissbrauch darstellt, ist auch vorliegend – wie die Vorinstanz zutreffend festgestellt hat – ein Rechtsmissbrauch der Berufungsbeklagten zu verneinen.

4.

Die vorinstanzlichen Lohnberechnungen wurden nicht angefochten. Sie sind korrekt, weshalb vollumfänglich darauf verwiesen werden kann. Die Beklagte/Berufungsklägerin hat der Klägerin/Berufungsbeklagten einen Betrag von Fr. 22 614.75 brutto zuzüglich Zins zu 5% seit dem 1.08.2009 zu bezahlen. Zu beachten ist, dass auf diesem Bruttolohn noch Sozialversicherungsbeiträge zu leisten sind.

(...)

6.

(...)

Die Gleichwertigkeitsbescheinigung hat lediglich deklaratorische Wirkung. Die Berufungsklägerin interessierte sich anlässlich des Bewerbungsgesprächs nicht für die Ausbildung der Berufungsbeklagten, obwohl diese ihren ausländischen Fähigkeitsausweis vorgelegt hatte. Es wäre die Pflicht der Berufungsklägerin gewesen, sich nach der Ausbildung der Berufungsbeklagten zu erkundigen und die Einstufung nach L-GAV vorzunehmen bzw. diese im Laufe der Zeit anzupassen. Das Vorliegen eines Rechtsmissbrauchs ist zu verneinen, womit die Berufungsbeklagte Anspruch auf die Auszahlung der Mindestlöhne gemäss L-GAV hat.

Eingesandt von A. Günther, Gerichtsschreiber

Obergericht des Kantons Bern, Urteil vom 31. Oktober 2011 (Aufhebung des Entscheids des Gerichtspräsidenten des Regionalgerichts Bern-Mittelland vom 2. Mai 2011)

Der Kerngedanke des Günstigkeitsprinzips liegt darin, auch im Rahmen des kollektiven Arbeitsrechts der individuellen Vertragsfreiheit soweit Raum zu lassen, als dies mit der Schutzfunktion des Gesamtarbeitsvertrages zu vereinbaren ist. Dieser Leitgedanke ist auch auf Normalarbeitsverträge übertragbar. Es spricht deshalb nichts dagegen, beim vergleichsweise flexibleren Normalarbeitsvertrag das Günstigkeitsprinzip gemäss Art. 357 Abs. 2 OR analog anzuwenden (E. III. B. 3, 5).

Der Gruppenvergleich ist dadurch gekennzeichnet, dass eine Gruppe sachlich zusammenhängender Bestimmungen des Einzelarbeitsvertrages einer vergleichbaren Gruppe von Bestimmungen des Gesamtarbeitsvertrages gegenübergestellt wird. Unzulässig ist demgegenüber der sog. Gesamtvergleich, bei dem die Vor- und Nachteile des gesamten Einzelarbeitsvertrages mit denjenigen des ganzen Gesamtarbeitsvertrages verglichen werden. Vorliegend hat die Vorinstanz den Rahmen des Gruppenvergleichs gesprengt und in der Sache einen (verpönten) Gesamtvergleich vorgenommen (E. III. B. 6, 8).

Rachekündigung gemäss Art. 336 Abs. 1 lit. d OR (E III. E. 1, 2).

Sachverhalt:

Die Klägerin trat im Jahr 2000 den Dienst bei der Beklagten an. Seit 1. Juli 2005 war sie Geschäftsführerin der Tankstelle U. Mit entsprechendem Arbeitsvertrag vom 22. Juni 2005 vereinbarten die Parteien u.a. eine wöchentliche Arbeitszeit von 43 Stunden. Der Bruttolohn betrug zu Anfang Fr. 4500.– und erhöhte sich per 2007 auf Fr. 4650.– bzw. per 2008 auf Fr. 4720.– (jeweils 13 Mal jährlich geschuldet). Vereinbart wurden ferner ein Sonn- und Feiertagszuschlag von Fr. 3.– pro Stunde sowie vier Wochen Ferien. Im Laufe des Jahres 2008 machten die Klägerin sowie 13 weitere Angestellte der Beklagten gegenüber Ansprüche aus dem NAV geltend und verlangten den Abschluss normalarbeitsvertragskonformer Arbeitsverträge. Der NAV ist auf den 1. Januar 2007 in Kraft getreten. Dessen Art. 41 (Übergangsbestimmung) sieht die Geltung des Normalarbeitsvertrages vor, wenn die bestehenden schriftlichen Einzelarbeitsverträge bis zum 30. Juni 2007 nicht erneuert würden. Eine solche Erneuerung des Einzelarbeitsvertrages mit der Klägerin fand innert Frist jedoch nicht statt. Die Beklagte war nicht bereit, den Forderungen der Klägerin nachzukommen und bot ihr lediglich an, sie im Wesentlichen zu unveränderten Konditionen weiterzubeschäftigen. Am 30. Oktober 2008 liess die Beklagte der Klägerin ein Schreiben mit einem «Nachtrag 1» zum Arbeitsvertrag zukommen und forderte sie auf, ihr ein gegengezeichnetes Doppel zurückzusenden, andernfalls das Schreiben als Kündigung des Arbeitsverhältnisses gelte. Der Nachtrag entsprach im Grossen und Ganzen den Bestimmungen des alten Arbeitsvertrages. Namentlich die wöchentliche Arbeitszeit (43h), die Anzahl jährlicher Ferienwochen (4) sowie die Gehalts- und Zuschlagregelung (ML 4720 plus 13. ML/Zuschlag Fr. 3.– für Überstunden) blieben unverändert. Allerdings sah der Nachtrag in Ziff. 4 eine Saldoerklärung vor, mit der die Klägerin auf Ansprüche aus dem Arbeitsvertrag hätte verzichten müssen. Eine Einigung konnte nicht erzielt werden, worauf das Arbeitsverhältnis per 31. Dezember 2008 endete.

Am 14. August 2009 belangte die Klägerin die Beklagte auf Zahlung von Fr. 12 472.15 und auf Ausrichten einer Entschädigung im Sinne von Art. 336a OR wegen missbräuchlicher Kündigung von Fr. 17 500.–. Mit

Entscheid vom 2. Mai 2011 wies der Gerichtspräsident des Regionalgerichts Bern-Mittelland die Klage ab. Dagegen erhob die Klägerin am 31. Mai 2011 Berufung.

Aus den Erwägungen:

II.

1.

Der Streit dreht sich um die Abgeltung angeblich geleisteter Überstunden und um die Ausrichtung einer Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung.

(...)

5.

Die Klägerin machte im Wesentlichen geltend, dass ihr Einzelarbeitsvertrag – im Widerspruch zum geltenden NAV – eine Wochenstundenzahl von 43 statt 41 vorsah und dass ihr lediglich vier statt fünf Ferienwochen gewährt wurden. Sodann vertrat sie die Ansicht, dass der NAV bereits ab 1. Januar 2007 auf sämtliche Arbeitsverhältnisse anwendbar sei. Daraus errechnete sie für die Jahre 2007 und 2008 eine Lohndifferenz von Fr. 11 510.75 (brutto). Weiter stellte sie sich auf den Standpunkt, dass ihr gekündigt worden sei, weil sie Ansprüche aus dem NAV geltend gemacht habe. Für diese Racheündigung verlangte sie eine Entschädigung gemäss Art. 336a OR. Die Beklagte hielt demgegenüber fest, der offerierte Einzelarbeitsvertrag vom 12. September 2008 sei für die Klägerin günstiger gewesen als der NAV. Die Klägerin versuche auf unzulässige Weise, eine Lohnerhöhung durchzusetzen.

6.

Die Vorinstanz nahm einen sogenannten Günstigkeitsvergleich vor. Sie verglich die Lohnsysteme sowie Ferienbestimmungen der beiden Vertragswerke miteinander. Im Endergebnis erwog die Vorinstanz, dass der Einzelarbeitsvertrag der Klägerin insgesamt günstiger gewesen sei als der grundsätzlich verbindliche Normalarbeitsvertrag. Auch wenn der NAV eine grosszügigere Ferienregelung enthalte, werde dies durch den deutlich höheren Lohn des Einzelarbeitsvertrages aufgewogen. Aus diesem Grund sei eine Abweichung vom NAV nicht zu beanstanden. Sodann verneinte die Vorinstanz die Missbräuchlichkeit der Kündigung.

7.

Dagegen wendet die Klägerin zunächst ein, die Vorinstanz habe den NAV fälschlicherweise erst ab dem 1. Juli 2007 anstatt bereits ab dem 1. Januar 2007 angewendet. Auch fehle dem von der Vorinstanz angestellten Günstigkeitsvergleich die gesetzliche Grundlage, zumal Art. 357 Abs. 2 OR nicht auf Normalarbeitsverträge angewendet werden dürfe. Sodann beruft sich die Klägerin auf Art. 25 Abs. 2 NAV und bestreitet, dass für sie die Mindestlohnrichtlinien des NAV einschlägig seien. Vielmehr hätten die Parteien in Form des alten Arbeitsvertrages und demzufolge mit

der nach Art. 25 Abs. 2 NAV erforderlichen «schriftlichen Abrede» einen höheren als den Minimallohn vereinbart. Bereits bestehende schriftliche Abreden über die Lohnhöhe würden vom Inkrafttreten des NAV nicht berührt, sondern einfach unverändert weiter gelten. Dies verkenne die Vorinstanz. Der Vorrichter habe aus den Mindestlöhnen des NAV – entgegen der gesetzgeberischen Absicht – Einheitslöhne gemacht und «Äpfel mit Birnen» verglichen. Richtigerweise müsse der Mindestlohn den Aufgaben, der Ausbildung und den Fähigkeiten der Klägerin entsprechen, d.h. im Einzelfall individuell bestimmt werden. Es sei daher schlicht falsch, den fiktiven Mindestlohn gemäss NAV mit dem konkret bezahlten Lohn zu vergleichen. Ausgegangen werden müsse daher vom unverändert weiter gültigen Lohn der Klägerin von Fr. 4500.–, welcher sich im Laufe der folgenden zwei Jahre schrittweise erhöht habe.

8.

Gestützt auf diese Überlegungen macht die Klägerin geltend, die Beurteilung ihres Anspruchs richte sich einzig nach denjenigen Bestimmungen, mit welchen die Beklagte gegen den NAV verstossen habe. Dazu zählen nach Ansicht der Klägerin die Berechnung der Normalstundenzahl, indem die Beklagte von der Klägerin entgegen Art. 12 Abs. 3 NAV ein Arbeitspensum von 43 Stunden verlangt habe, sowie der von fünf auf vier Wochen gekürzte Ferienanspruch. Daraus errechnet die Klägerin ein Überstunden- und Ferienguthaben von Fr. 11 510.75.

9.

Und schliesslich hält die Klägerin an ihrer Ansicht fest, die Kündigung verstosse gegen Art. 336a OR und sei missbräuchlich. Sie habe in guten Treuen Ansprüche aus dem NAV geltend gemacht. Weil sie auf ihren Ansprüchen beharrte, sei sie entlassen worden. Der klare Wortlaut von Art. 336 OR erfasse gerade solche Fälle.

(...)

III.

A.

Zum Normalarbeitsvertrag im Allgemeinen und im Besonderen:

1.

Der Normalarbeitsvertrag ist entgegen seinem Wortlaut nicht eine vertragliche Vereinbarung, sondern eine von der zuständigen Behörde nach gesetzlich vorgeschriebenem Verfahren erlassene Rechtsverordnung, mithin ein Gesetz im materiellen Sinn. Er stellt privatrechtliche Normen auf, welche für die betroffenen Rechtsverhältnisse unmittelbar gelten. Damit schafft er für einzelne Arten von Rechtsverhältnissen subsidiäres Recht, d.h. er gilt unter den Parteien soweit diese nicht etwas Gegenteiliges vereinbart haben (STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsrecht Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 6. Auflage, N 2 ff zu Art. 359 OR; VISCHER/ALBRECHT, Zürcher Kommentar, Zürich 2006, N 2 zu Art. 359 OR).

Der gewöhnliche Normalarbeitsvertrag nach Art. 359 OR enthält dispositives Recht, von dem im Rahmen eines Einzelvertrages – auch zu

Ungunsten des Arbeitnehmers – abgewichen werden kann. Gemäss Art. 360 Abs. 2 OR kann der Normalarbeitsvertrag vorsehen, dass Abreden, die von einzelnen seiner Bestimmungen abweichen, zu ihrer Gültigkeit der schriftlichen Form bedürfen.

2.

Aus dem Ingress zum NAV geht hervor, dass es sich um einen normalen Normalarbeitsvertrag i.S. von Art. 359 OR handelt, der keine zwingenden Mindestlöhne i.S. von Art. 360a OR vorschreibt. In den Materialien fehlen überdies jegliche Hinweise auf das Vorliegen der Voraussetzungen von Art. 360a OR.

Der NAV sieht in Art. 3 vor, dass Abweichungen der Schriftform bedürfen. Auch in Bezug auf die Lohnhöhe wird in Art. 25 Abs. 2 NAV eine schriftliche Abrede verlangt, soweit nicht die Mindestlohnrichtlinien zum Zuge kommen sollen.

3.

Es blieb unbestritten, dass der zwischen den Parteien am 22. Juni 2005 geschlossene Arbeitsvertrag innert der Übergangsfrist von Art. 41 Abs. 2 NAV nicht erneuert worden ist. Entgegen den Behauptungen der Klägerin liegt deshalb keine «anders lautende schriftliche Abrede» über die Lohnhöhe i.S. von Art. 25 Abs. 2 NAV vor, weil eine solche vor oder nach Inkrafttreten jedoch unter Bezugnahme auf den NAV hätte vereinbart werden müssen. Das war hier aber gerade nicht der Fall.

Es fragt sich deshalb, ob auf das vorliegende Arbeitsverhältnis integral die Bestimmungen des NAV, d.h. auch die Mindestlohnrichtlinien Anwendung finden. Immerhin sehen die Übergangsbestimmungen dem Wortlaut nach vor, dass der NAV gilt, falls bestehende Einzelarbeitsverträge nach dessen Inkrafttreten nicht erneuert worden sind.

4.

Der NAV hat eine besondere Schutztendenz. Er soll die soziale Sicherheit in denjenigen Berufszweigen, bei denen die Stellung des Arbeitnehmers besonders gefährdet erscheint und das Verdienstniveau tief ist, gewährleisten (VISCHER/ALBRECHT, a.a.O., N 2 zu Vorbem. Art. 359–360f OR). Damit bezweckt der NAV eine Besserstellung des Arbeitnehmers, woraus zu schliessen ist, dass mit den Lohnrichtlinien und der Übergangsbestimmung eine Besserstellung in Bezug auf Mindestlöhne bezweckt worden ist.

Die Übergangsbestimmung von Art. 41 Abs. 2 NAV resp. die Mindestlohnrichtlinien gemäss Art. 25 Abs. 2 NAV sind deshalb auf Fälle von unter den Minima liegenden Löhnen gemünzt. Dort soll ohne Erneuerung die Regelung des NAV Detailhandel zum Zuge kommen und mit dem Inkrafttreten des NAV eine Besserstellung des Arbeitnehmers bewirken.

5.

Was dagegen gilt, wenn – wie hier – eine für den Arbeitnehmer vorteilhafte Lohnabrede nicht erneuert wird, lässt sich der Übergangsbestimmung nicht schlüssig entnehmen. Allein gestützt auf den Wortlaut von

Art. 41 Abs. 2 würde der NAV auch diesfalls den Einzelarbeitsvertrag zurückdrängen mit der Konsequenz, dass die für den Arbeitnehmer günstigere Lohnvereinbarung durch den weniger vorteilhaften NAV ersetzt würde. Das käme einer Schlechterstellung des Arbeitnehmers beim Lohn gleich.

Eine solche Betrachtungsweise ist nicht befriedigend und widerspricht insbesondere dem Schutzgedanken des NAV. Eine Auslegung der Übergangsbestimmungen, welche zu einer Schlechterstellung des Arbeitnehmers führt, verbietet sich deshalb.

B.

Günstigkeitsvergleich

1.

Als Ausweg, diese Auslegungslücke zu schliessen, bietet sich das Günstigkeitsprinzip an. Das Günstigkeitsprinzip besagt in seiner allgemeinen Bedeutung, dass von einer zwingenden Regelung durch eine hierarchisch untergeordnete Norm abgewichen werden darf, wenn sich die Abweichung zugunsten des Arbeitnehmers auswirkt (PORTMANN, Einzelvergleich oder Gruppenvergleich?, AVR 2009, 185, 187). Explizit geregelt ist das Günstigkeitsprinzip im Geltungsbereich von Gesamtarbeitsverträgen in Art. 357 Abs. 2 OR.

2.

Die Klägerin bestreitet die Anwendung des Günstigkeitsprinzips mit dem Argument, es fehle dafür eine gesetzliche Grundlage.

3.

Richtig daran ist, dass auf dem Gebiet der Normalarbeitsverträge keine gesetzliche Norm das Günstigkeitsprinzip ausdrücklich regelt. Es steht daher höchstens eine analoge Anwendung von Art. 357 Abs. 2 OR in Frage.

Das Bundesgericht hat sich soweit ersichtlich noch nie zur Frage der analogen Anwendbarkeit des Günstigkeitsprinzips auf einen Normalarbeitsvertrag geäußert. Auch in der Literatur wird ein solches Vorgehen nur stiefmütterlich behandelt (vgl. STÖCKLI, Berner Kommentar Art. 356–360 OR, Bern 1999, N 5 zu Art. 359 OR).

4.

Nach der bundesgerichtlichen Praxis setzt ein Analogieschluss hinreichend gleich gelagerte Verhältnisse voraus. Das bedeutet, dass die Regelung, für die eine Vorschrift im positiven Recht existiert und die Thematik, welche durch das Fehlen einer gesetzlichen Norm gekennzeichnet ist, hinreichende sachliche Gemeinsamkeiten aufweisen müssen (BGE 129 V 345 f E 4.1).

5.

Gesamtarbeitsverträge und Normalarbeitsverträge sind sich in verschiedenerlei Hinsicht ähnlich. Beide beanspruchen Gesamtgültigkeit und bezwecken in erster Linie den Arbeitnehmerschutz. Aus Sicht des Arbeitgebers sind Gesamtarbeitsverträge strenger, weil einzelvertragliche Abweichungen nur zum Vorteil des Arbeitnehmers möglich sind, während beim Normalarbeitsvertrag weitergehend auch Abweichungen zu Ungunsten des Arbeitnehmers zugelassen werden.

Zudem liegt der Kerngedanke des Günstigkeitsprinzips darin, auch im Rahmen des kollektiven Arbeitsrechts der individuellen Vertragsfreiheit soweit Raum zu lassen, als dies mit der Schutzfunktion des Gesamtarbeitsvertrages zu vereinbaren ist (STÖCKLI, a.a.O., N 30 zu Art. 357 OR). Dieser Leitgedanke ist auch auf Normalarbeitsverträge übertragbar.

Nach Ansicht der Kammer spricht deshalb nichts dagegen, beim vergleichsweise flexibleren Normalarbeitsvertrag das Günstigkeitsprinzip analog anzuwenden.

6.

Das Günstigkeitsprinzip und das Prinzip des Gruppenvergleichs sind für die Beurteilung von einzelvertraglichen Abreden im Lichte von Gesamtarbeitsverträgen anerkannt (vgl. BGE 134 III 399 ff mit der dort zitierten einschlägigen Literatur).

Der Gruppenvergleich ist dadurch gekennzeichnet, dass eine Gruppe sachlich zusammenhängender Bestimmungen des Einzelarbeitsvertrages einer vergleichbaren Gruppe von Bestimmungen des Gesamtarbeitsvertrages gegenübergestellt wird. Entscheidend für die Günstigkeitsbeurteilung ist danach, ob die betreffende Gruppe der einzelarbeitsvertraglichen Bestimmungen insgesamt für den Arbeitnehmer günstiger ist als die entsprechende Gruppe der gesamtarbeitsvertraglichen Bestimmungen (dazu BGE 134 III 403; PORTMANN, a.a.O., 185, 188 f).

Unzulässig ist demgegenüber der sog. Gesamtvergleich, bei dem die Vor- und Nachteile des gesamten Einzelarbeitsvertrages mit denjenigen des ganzen Gesamtarbeitsvertrages verglichen werden. Insbesondere darf eine GAV-widrige Regelung im Einzelarbeitsvertrag nicht durch finanzielle oder andere sachlich nicht damit zusammenhängende Vorteile erkauft werden (VISCHER/ALBRECHT, a.a.O., N 24 zu Art. 357 OR).

7.

Die Vorinstanz hat ihren Erwägungen zufolge einen Gruppenvergleich vorgenommen. Entsprechend wurden zwei Vergleichsgruppen gebildet (Lohnsysteme /Ferien- bzw. Feiertagsregelungen) und einander gegenübergestellt. Dagegen ist zunächst nichts einzuwenden, zumal die Vergleichsgruppen korrekt gebildet wurden und die vorgenommenen Berechnungen zutreffend sind. Es kann auf die ausführlichen Erwägungen in Ziff. IV 2.2.1 und IV 2.2.2 des vorinstanzlichen Motives verwiesen werden.

Als Zwischenergebnis wurde sodann festgehalten, dass der Einzelarbeitsvertrag für die Klägerin punkto Lohn vorteilhafter gewesen sei, der NAV demgegenüber eine grosszügigere Freizeitregelung enthalten habe. Auch diese Feststellungen sind richtig, womit der Gruppenvergleich an sich abgeschlossen wäre.

8.

Die Vorinstanz führte den Vergleich jedoch weiter und erwog, der Einzelarbeitsvertrag sei für die Klägerin insgesamt günstiger gewesen als der grundsätzlich verbindliche Normalarbeitsvertrag. Auch wenn der NAV eine grosszügigere Ferienregelung enthalte, werde dies durch den deutlich höheren Lohn des Einzelarbeitsvertrages aufgewogen. Es sei nämlich davon auszugehen, dass der durchschnittliche Arbeitnehmer zugunsten von monatlichen Mehreinnahmen von Fr. 800.– bzw. 700.– auf monatlich einen Tag Ferien bzw. Freizeit verzichten würde.

Damit hat die Vorinstanz den Rahmen des Gruppenvergleichs gesprengt und in der Sache einen (verpönten) Gesamtvergleich vorgenommen. Sie hat die NAV-widrige Ferienregelung des Einzelarbeitsvertrages mit dem sachlich nicht damit zusammenhängenden Lohn verrechnet. Eine solche Betrachtungsweise widerspricht den bundesgerichtlichen Vorgaben zum Gruppenvergleich.

9.

Macht man mit dem Gruppenvergleich ernst, ergibt sich vielmehr, dass zwar in der Gruppe Lohn der NAV nicht anwendbar ist, weil die einzelarbeitsvertragliche Regelung für die Klägerin günstiger ist. Aus dieser Gruppe, d.h. punkto Lohn, wöchentliche Arbeitszeit und Überstundenentschädigung hat die Klägerin deshalb nichts zu fordern.

Anders sieht es dagegen bei der Ferien- und Feiertagsregelung aus. Hier erweist sich der NAV als vorteilhafter, weil er der Klägerin mehr Freizeit gewährt als der Einzelarbeitsvertrag. Die Konsequenz daraus kann nur sein, dass in diesem Bereich der NAV gilt und der Klägerin die entsprechenden Ansprüche zustehen, solange keine anderslautende einzelarbeitsvertragliche Regelung getroffen wurde.

(...)

D.

Quantitative Begründung der Forderung:

1.

Es wurde bereits erörtert, dass der Klägerin aus dem NAV lediglich Ansprüche hinsichtlich Ferien und Freizeit zustehen. Da das Arbeitsverhältnis beendet wurde, ist ein Bezug in Natura ausgeschlossen und die Klägerin muss in Geld entschädigt werden.

2.

Gemäss Art. 20 Abs. 2 NAV stehen der Klägerin fünf Wochen Ferien zu. Da sie diese nur im Umfang von jährlich vier Wochen bezog, hat sie für die fraglichen anderthalb Jahre (1. Juli 2007 bis 31. Dezember 2008) siebeneinhalb Ferientage zu Gute.

Im Jahr 2007 erzielte sie ab 1. Juli 2007 Einkünfte im Betrag von Fr. 30 225.–. Es kann diesbezüglich auf die ausführlichen und zutreffenden Erwägungen in Ziff IV 2.2.1. des angefochtenen Urteils verwiesen werden. Umgerechnet auf eine Woche resultiert daraus ein Betrag von Fr. 1162.50 (Fr. 30 225.– geteilt durch 26). Allerdings ist 2007 nur eine halbe Ferienwoche, mithin Fr. 581.25, zu entschädigen.

Im Jahr 2008 lagen ihre Einkünfte bei Fr. 61 360.–. Umgerechnet auf eine Woche resultiert daraus ein Betrag von Fr. 1180.– (Fr. 61 360.– geteilt durch 52).

Somit schuldet die Beklagte der Klägerin für nicht bezogene Ferien einen Betrag von Fr. 1761.25.

3.

Art. 19 Abs. 1 NAV bezeichnet insgesamt 12 Tage als öffentliche Feiertage, ohne allerdings explizit zu sagen, was Konsequenz dieser Qualifikation ist. Nach Ansicht der Kammer kann diese Auflistung indes nur bedeuten, dass die Arbeitnehmer an diesen Tagen ohne Lohneinbusse frei haben und auch keine Ferien für solche Tage beziehen müssen (Art. 19 Abs. 2 NAV).

Überdies kann der erstinstanzlichen Ansicht beigespflichtet werden, dass im Falle von unregelmässiger Arbeitszeit, die auf einen Feiertag entfallenden Arbeitsstunden nachzugewähren sind, ansonsten Art. 19 Abs. 1 NAV für solche Angestellte jegliche Bedeutung verlieren würde.

4.

Fraglich ist hingegen, ob die tatsächlich geleistete Arbeitszeit oder immer ein ganzer Tag als Ausgleich zu gewähren ist.

Die Vorinstanz war der Auffassung, dass lediglich im Umfang der tatsächlich geleisteten Arbeitszeit Freizeit zu gewähren ist, gegebenenfalls in Form einzelner Freistunden.

Demgegenüber verlangt die Klägerin für jeden Feiertag, an dem sie gearbeitet hat, einen Tag Ersatz, ganz unabhängig davon, wie lange ihr Arbeitseinsatz gedauert hat.

5.

Der Hauptzweck eines Feiertages liegt in dessen festlicher Begehung und nicht primär in der Gewährung zusätzlicher Erholung (PORTMANN, BSK-OR I, Basel 2007, N 6 zu Art. 329 OR).

Leistet der Arbeitnehmer – wie die Klägerin hier – an Feiertagen teilweise nur kurze Arbeitseinsätze, so kann er den Rest der Zeit für die Begehung und Würdigung des festlichen Ereignisses nutzen. Aus diesem Grund ist es sachgerecht, nur die tatsächlich aufgelaufene Arbeitszeit zu ersetzen.

6.

Die von der Klägerin an Feiertagen geleisteten Arbeitsstunden belaufen sich auf 90,5 h und ergeben sich detailliert aus Ziff. IV 2.2.2 des vorinstanzlichen Motives. Darauf kann verwiesen werden.

Auf das Jahr 2007 entfielen 16,25 Stunden. Verdient hat die Klägerin im Jahr 2007 pro Woche Fr. 1162.50 (oben Ziff. 2). Umgerechnet auf eine Stunde resultiert daraus ein Stundenlohn von Fr. 27.– (Fr. 1162.50 geteilt durch 43). Im Ergebnis führt dies zu einer Forderung von 16,25 Std. × Fr. 27.– = Fr. 438.75 (.

Auf das Jahr 2008 entfielen 74.25 Stunden. Verdient hat die Klägerin im Jahr 2008 pro Woche Fr. 1180.–. Umgerechnet auf eine Stunde resultiert daraus ein Stundenlohn von Fr. 27.50 (Fr. 1180.– geteilt durch 43). Im Ergebnis führt dies zu einer Forderung von Fr. 2041.90 (74,25 × 27.50).

7.

Für nicht bezogene Ferien und Feiertage schuldet die Beklagte der Klägern somit insgesamt Fr. 4241.90 (Fr. 1761.25 + Fr. 438.75 + Fr. 2041.90).

E.

Missbräuchliche Kündigung:

1.

Wie die vorstehenden Erwägungen zeigen, machte die Klägerin – zumindest teilweise – zu Recht Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis geltend.

Da der Normalarbeitsvertrag auch einzelarbeitsvertragliche Abreden zu Ungunsten des Arbeitnehmers erlaubt, war eine Änderungskündigung, wie sie die Beklagte vorgenommen hat, dem Grundsatz nach zulässig. Sie war hier jedoch an einen Forderungsverzicht (Saldoklausel) gekoppelt, der berechnete Ansprüche der Klägerin beschnitt. Ihre Weigerung, den Nachtrag zu unterzeichnen, gab letztlich den Ausschlag für die Kündigung. Damit ist die Kausalität zwischen dem geltend gemachten Anspruch und der Kündigung erstellt.

2.

Folglich erweist sich die ausgesprochene Kündigung als missbräuchlich im Sinne von Art. 336 Abs. 1 lit. d OR. Art. 336a Abs. 1 OR sieht ohne Einschränkung vor, dass der Tatbestand der missbräuchlichen Kündigung eine Strafzahlung nach sich zieht.

3.

Die Entschädigung ist auf höchstens sechs Monatslöhne beschränkt (Art. 336a Abs. 2 OR). Sie wird vom Gericht nach pflichtgemäßem Ermessen aufgrund der konkreten Umstände festgesetzt. Zu berücksichtigen sind dabei namentlich die Schwere der Verfehlung des Arbeitgebers, seine wirtschaftlichen Verhältnisse, die Art, wie die Kündigung ausgesprochen wurde, die Schwere des Eingriffs in die Persönlichkeit des Arbeitnehmers, die Enge der vertraglichen Beziehung resp. die Dauer der Anstellung, die soziale Lage des Gekündigten, das Alter des Arbeitnehmers sowie der bisherige Verlauf des Arbeitsverhältnisses BGE 123 III 255; STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., N 3 zu Art. 336a OR.

4.

Für die Bemessung geht die Kammer von folgenden Überlegungen aus: Die Beklagte ist mit der Klägerin nicht eben pfleglich umgegangen. Davon zeugt namentlich die erste – in der Folge wieder zurückgenommene – fristlose Kündigung. Die Klägerin war zum Zeitpunkt der Kündigung 53-jährig. Das Arbeitsverhältnis hat acht Jahre gedauert, was zwar nicht besonders lang aber auch nicht gerade kurz ist. Die Arbeitsleistungen der Klägerin waren klaglos. Bei der Beklagten handelt es sich um ein Unternehmen mit einem Jahresumsatz von Fr. 63 Mio. wobei keine finanziellen Schwierigkeiten bekannt oder geltend gemacht worden wären. Diese Umstände sind eher zu Lasten der Beklagten zu gewichten.

Auf der anderen Seite zahlte die Beklagte der Klägerin einen anständigen Lohn und wäre zur Weiterbeschäftigung bereit gewesen. Sie bot der Klägerin denn auch einen dem Grundsatz nach zulässigen Arbeitsvertrag an. Sowohl die von der Beklagten vorgesehene Arbeitszeit als auch die Ferienregelung hätten abweichend vom NAV vereinbart werden können. Allerdings wären die Übergangsbestimmungen einzuhalten gewesen. Nach dem Verstreichenlassen dieser Frist erwies sich insbesondere die Saldo-klausel als unstatthaft. Im Übrigen zeigt dieses Verfahren, dass die zu behandelnden Rechtsfragen komplex sind und klare Aussagen zur Rechtslage schwierig waren. Der Grad der Missbräuchlichkeit ist daher als eher leicht einzustufen.

4.

Insgesamt ist deshalb das Verschulden der Beklagten als nicht besonders schwer einzustufen. Auch sonst sind keine Umstände ersichtlich, die eine Strafe an der oberen Grenze des Rahmens rechtfertigen würden. Der Kammer erscheint daher eine Strafzahlung in der Höhe von drei Monatslöhnen als angemessen. Bei einem Monatslohn im Jahr vor der Kündigung von Fr. 4720.– resultiert daraus eine Entschädigung gemäss Art. 336a Abs. 2 OR von Fr. 14 160.–.

F.

Schlussbetrachtung:

Aus dem Gesagten folgt, dass die Beklagte der Klägerin für nicht bezogene Ferien und Feiertage Fr. 4241.90 sowie als Entschädigung gemäss Art. 336a OR Fr. 14 160.–, insgesamt demnach Fr. 18 401.90. schuldet.

Eingesandt von A. Günther, Gerichtsschreiber

Kanton Basel-Stadt

Gewerbliches Schiedsgericht Basel-Stadt, Urteil vom 4. Januar 2011

Art. 82, 337 OR. Ein Arbeitnehmer darf seine Arbeit verweigern, wenn sich die Arbeitgeberin mit verfallenen Lohnzahlungen im Rückstand befindet. Das Verweigerungsrecht ist nicht bei geringen Lohnrestanzen, insbesondere aufgrund blosser Abrechnungsdifferenzen infolge eines strittigen Quellensteuertarifs, gegeben. Der Arbeitnehmer hat zudem die Arbeitsverweigerung der Arbeitgeberin gegenüber mit dem Lohnrückstand zu begründen. Eine ordentliche Kündigung, die nach der Verwarnung mit einer fristlosen Kündigung ausgesprochen wird, ist kein Verzicht auf die fristlose Entlassung, wenn sie aus anderen Gründen als die Verwarnung erfolgte. Um noch wirksam zu sein, sollte eine Verwarnung in der Regel nicht mehr als ein halbes Jahr alt sein.

Art. 42 LMV für das schweizerische Bauhauptgewerbe. Aus der Bezeichnung «Bau-Facharbeiter der Lohnklasse C» im Einzelarbeitsvertrag kann ein Arbeitnehmer, der keine Bauarbeiterausbildung absolviert und keinen Fähigkeitsausweis erworben hat, keine höhere Lohnklasse für Bau-Facharbeiter gemäss LMV herleiten.

Sachverhalt:

A. wurde am 2. März 2010 bei der T. GmbH als «Bau-Facharbeiter der Lohnklasse C mit einem Arbeitspensum von 100%» angestellt. Als Lohn war ein Stundenlohn von Fr. 27.– brutto zuzüglich 8.33% 13. Monatslohn sowie 10.63% Fergiengeld vereinbart. Die T. GmbH verwarnte A. am 12. August 2010 per Einschreiben wegen Fernbleibens vom Arbeitsplatz. Er sei schon mehrmals unentschuldigt von der Arbeit ferngeblieben. Bei Abwesenheiten müsse er sich sofort abmelden und den Grund melden. Sein Verhalten könne nicht toleriert werden. Sollte dieses Vergehen nochmals vorkommen, müsse er mit einer fristlosen Kündigung rechnen. Am 27. September 2010 kündigte die T. GmbH das Arbeitsverhältnis per 31. Oktober 2010 aus wirtschaftlichen Gründen. Mit Einschreiben vom 8. Oktober 2010 verwarnte die T. GmbH den A. wegen Alkohol am Arbeitsplatz. Am 14. Oktober 2010 kündigte die T. GmbH dem Arbeitnehmer per Einschreiben fristlos. Sie stellte fest, dass er am 14. Oktober 2010 von der Arbeit unentschuldigt ferngeblieben sei, was nicht das erste Mal sei. Sie könne dieses Verhalten nicht mehr tolerieren.

Mit Klage vom 18. November 2010 verlangte A. die Verurteilung der T. GmbH zur Zahlung von Fr. 13 305.22, im Einzelnen Fr. 4055.20 Lohn-

differenz, Fr. 3872.32 fehlender Lohn vom 2. März 2010 bis 31. Oktober 2010, Fr. 337.80 13. Lohn für die Zeit vom 2. März bis 31. Oktober 2010, Fr. 1410.– Spesen, Fr. 3200.– Kinderzulagen für zwei Kinder und acht Monate sowie Fr. 429.90 Ferienlohn, alles zuzüglich 5% Zins seit 31. Oktober 2010. Anlässlich der Hauptverhandlung vom 4. Januar 2011 behaftete das Arbeitsgericht die T. GmbH bei der Bereitschaft zur Zahlung von Fr. 1410.– Spesen und wies die Klage im Übrigen ab, wobei es was folgt ausführte.

Aus den Erwägungen:

1.

a) Strittig war zur Hauptsache, ob die fristlose Kündigung der Arbeitgeberin gerechtfertigt war oder nicht. Die Beklagte berief sich darauf, dass der Kläger trotz Verwarnung unentschuldigt von der Arbeit ferngeblieben sei. Das Gericht klärte ab, an welchen Tagen der Kläger nach Auffassung der Beklagten nicht zur Arbeit erschienen war. (...) Der Kläger machte für die Abwesenheiten unter anderem geltend, dass die Beklagte auf ihn einen falschen Quellensteuertarif angewendet habe. (...)

b) Die Beklagte rechtfertigte den auf den Kläger angewandten Quellensteuertarif A0 damit, der Kläger habe zwar Kinder und sei unterhaltsverpflichtet. Er sei jedoch nicht verheiratet. Es konnte offen bleiben, ob dieser Quellensteuertarif der richtige war oder nicht. Sollte die Quellensteuer, die dem Kläger von seinem Lohn in Abzug gebracht worden war, zu hoch gewesen sein, so wird der Kläger dies gegenüber der Quellensteuerverwaltung geltend machen können und die zuviel bezahlte Quellensteuer ohne weiteres zurückerhalten (§ 118 Abs. 4 Steuerverordnung). Dies war jedenfalls kein gerechtfertigter Grund, die Arbeit zu verweigern. Nach der ständigen Rechtsprechung darf ein Arbeitnehmer die Arbeit verweigern, wenn die Arbeitgeberin mit verfallenen Lohnzahlungen sich im Rückstand befindet (BGE 136 III 313 E. 2.3.1). Vorliegend hatte die Beklagte dem Kläger nicht ungerechtfertigterweise Lohn vorenthalten. Vielmehr war strittig, ob die vom Lohn des Klägers in Abzug gebrachte und der Steuerverwaltung überwiesene Quellensteuer dem richtigen Steuertarif entsprach. Hinzu kommt, dass nach der Rechtsprechung des Arbeitsgerichts der Arbeitnehmer analog zur fristlosen Kündigung bei Lohnrückständen (BGE 4C.2/2003 E. 5.2) nur wegen eines nicht geringen Lohnanteils, insbesondere nicht wegen blosser Abrechnungsdifferenzen, die Arbeit verweigern darf.

(...)

f) Eine Verweigerung der Arbeitsleistung durch den Arbeitnehmer, weil die Arbeitgeberin ihrer Lohnzahlungspflicht nicht nachkommt, setzt zudem voraus, dass der Mitarbeiter der Arbeitgeberin die Arbeitsverweigerung entsprechend begründet und damit die Einrede nach Art. 82 OR mitteilt (Bger 4C.222/2005 E. 5.4), was vorliegend nicht geschehen war. Zu-

dem hat der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung auch nicht dauernd verweigert, sondern er fehlte lediglich einzelne Tage bei der Arbeit, um hinterher seine Fehlzeiten damit zu begründen, dass die Arbeitgeberin ihm seinen Lohn nicht korrekt ausbezahlt habe. (...) Da der Kläger nicht berechtigt war, seine Arbeit zu verweigern, wurde er durch die Beklagte am 12. August 2010 zu Recht verwarnung und darauf hingewiesen, dass eine Wiederholung dieses Verhaltens die fristlose Kündigung nach sich ziehen würde. Der Kläger wiederholte sein Verhalten am 14. Oktober 2010 und wurde daraufhin am selben Tag von der Arbeitgeberin fristlos entlassen. (...)

g) Nach Art. 337 OR können im Arbeitsverhältnis beide Parteien dieses aus wichtigen Gründen jederzeit fristlos auflösen. Als wichtiger Grund gilt namentlich jeder Umstand, bei dessen Vorhandensein dem Kündigenden nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden darf (Abs. 2). Über das Vorhandensein solcher Umstände entscheidet der Richter nach seinem Ermessen (Abs. 3). Nach der Rechtsprechung können auch geringfügige Verletzungen der Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis zur fristlosen Kündigung berechtigen, wenn die gekündigte Partei sich wiederholt und nach ausreichender Verwarnung mit Hinweis auf eine fristlose Kündigung im Wiederholungsfall pflichtwidrig verhalten hat. Zudem muss die fristlose Kündigung sofort, d.h. nach kurzer Überlegungszeit, ausgesprochen werden.

Diese Voraussetzungen waren vorliegend alle gegeben, weil der Kläger in der Verwarnung auf die fristlose Kündigung hingewiesen wurde, er sich erneut gleichermassen pflichtwidrig verhalten hat und die Arbeitgeberin die fristlose Kündigung noch am selben Tag der wiederholten Verletzung der Arbeitspflichten am 14. Oktober 2010 dem Kläger zugesandt hat. (...) Es stellte sich ferner die Frage, ob die zwischen der Verwarnung vom 12. August 2010 und der Kündigung vom 14. Oktober 2010 ausgesprochene ordentliche Kündigung vom 27. September 2010 auf den 31. Oktober 2010 der Rechtfertigung einer fristlosen Kündigung entgegenstand. Nach der Rechtsprechung wird eine Arbeitgeberin auf ihrer ersten Reaktion auf ein Fehlverhalten des Arbeitnehmers behaftet (BGE 123 III 86 E. 2b). Sie darf deshalb nicht als erste Reaktion auf eine für unzumutbar gehaltene Situation nur eine ordentliche Kündigung und erst nach weiterer Überlegung doch noch eine fristlose Kündigung aussprechen. Vorliegend verwirkte die Beklagte das Recht zur fristlosen Kündigung durch die ordentliche Kündigung vom 27. September 2010 nicht. Diese Kündigung war mit wirtschaftlichen Gründen und nicht mit dem Fehlverhalten des Klägers begründet. Zudem hatte sich der Kläger damals noch nicht entgegen der Verwarnung vom 12. August 2010 verhalten. Selbstverständlich verlor diese Verwarnung ihre Wirkung für den Fall, dass der Arbeitnehmer sich während der ordentlichen Kündigungsfrist verwarnungswidrig verhalten würde, nicht. Im Gegenteil hat die Arbeitgeberin auch nach einer ordentlichen Kündi-

gung ein berechtigtes Interesse daran, dass das Arbeitsverhältnis pflichtgemäss erfüllt wird.

Ausserdem stellte sich die Frage, ob die Verwarnung durch Zeitablauf ihre Wirkung eingebüsst hatte. Es wird in der Rechtsprechung davon ausgegangen, dass eine Verwarnung nicht allzu lange ausgehend von der fristlosen Kündigung zurückliegen darf, um diese noch rechtfertigen zu können. Die Verwarnung sollte in der Regel nicht mehr als ein halbes Jahr alt sein. Zwischen der Verwarnung vom 12. August 2010 und der fristlosen Kündigung vom 14. Oktober 2010 waren lediglich zwei Monate verstrichen, weshalb nicht von einer Verwirkung ausgegangen werden konnte. Damit war festzustellen, dass die fristlose Kündigung vom 14. Oktober 2010 gerechtfertigt war und der Arbeitnehmer über dieses Datum hinaus keine Lohnansprüche mehr hatte.

2.

a) Der Kläger machte weiter geltend, dass ihm seitens von F. ein Lohn von Fr. 35.– pro Stunde versprochen worden sei. Hingegen habe er mit der Beklagten einen Arbeitsvertrag über Fr. 27.– Stundenlohn abgeschlossen. In diesem Arbeitsvertrag sei er als Bau-Facharbeiter bezeichnet worden. Nach dem Landesmantelvertrag für das Bauhauptgewerbe wäre er damit in die Lohnkategorie A mit einem Basisstundenlohn von Fr. 30.25 einzureihen gewesen.

Der Kläger wurde offensichtlich in Spanien durch F. auf die Arbeitsmöglichkeiten in der Schweiz aufmerksam gemacht. Falls ihm damals ein Stundenlohn von Fr. 35.– in Aussicht gestellt worden sein sollte, konnte dieser Ansatz für das vorliegende Arbeitsverhältnis keine Geltung beanspruchen. Der Kläger reiste in der Folge in die Schweiz und schloss hier einen Arbeitsvertrag über Fr. 27.– Stundenlohn zuzüglich Ferien und 13. Monatslohn ab. Dies entspricht einem Gesamtlohn von Fr. 32.35 pro Stunde. Selbst wenn F. als Stellvertreter der Beklagten in Spanien gehandelt haben und dem Kläger einen Lohn von Fr. 35.– versprochen haben sollte, so musste der in der Folge abgeschlossene Arbeitsvertrag zu Fr. 27.– pro Stunde als rechtsgültig vereinbarte Vertragsänderung angesehen werden, deren Gültigkeit bezüglich der Höhe des Stundenlohnes am allgemein verbindlichen Landesmantelvertrag für das Bauhauptgewerbe zu messen war. Es war jedoch davon abgesehen nicht nachgewiesen, dass F. als Stellvertreter für die Beklagte in Spanien gehandelt hat. Sollte F. dem Kläger einen höheren Lohn versprochen haben, so besteht allenfalls eine entsprechende Verpflichtung von F. dem Kläger gegenüber, die vorliegend jedoch nicht zu beurteilen war.

b) Im Arbeitsvertrag mit der Beklagten wurde der Kläger zwar als Bau-Facharbeiter bezeichnet, gleichzeitig jedoch ausdrücklich auf die Lohnklasse C hingewiesen. Art. 42 des Landesmantelvertrages für das schweizerische Bauhauptgewerbe (LMV) unterscheidet verschiedene Kategorien von Bauarbeitern. «Bau-Facharbeiter» werden nach der Lohnklasse A, «Bauarbeiter mit Fachkenntnis» nach der Lohnklasse B und «Bauar-

beiter» nach der Lohnklasse C entschädigt. Ein Bau-Facharbeiter nach Lohnklasse A setzt voraus, dass der Arbeitnehmer mit einem von der Schweizerischen Paritätischen Vollzugskommission anerkannten Kursausweis ausgestattet ist oder vom Arbeitgeber ausdrücklich als Baufacharbeiter anerkannt wurde. Ferner kommt ein Arbeitnehmer in den Genuss der Lohnklasse A, wenn er mit einem von der Schweizerischen Paritätischen Vollzugskommission als nicht zur Lohnklasseneinteilung Q (gelernter Bau-Facharbeiter) anerkannten ausländischen Fähigkeitszeugnis ausgestattet ist.

Vorliegend hatte der Kläger, wie er anerkannte, überhaupt keine Bauarbeiterausbildung absolviert und schon gar nicht einen entsprechenden Fähigkeitsausweis erworben. Zudem war er von der Beklagten nicht als Bau-Facharbeiter, sondern lediglich im Zusammenhang mit der Lohnklasse C als solcher bezeichnet worden. Die Verwendung des Begriffes Bau-Facharbeiter konnte in diesem Zusammenhang nicht als ausdrückliche Anerkennung dieser Qualifikation im Sinne der Lohnklasse A nach LMV durch die Beklagte angesehen werden. Entscheidend war vielmehr der Hinweis im Arbeitsvertrag auf die Lohnklasse C, die in Art. 42 Abs. 1 Landesmantelvertrag eine eigenständige und geringere Lohnklasse darstellt. Der Kläger war aber auch nicht ein Bauarbeiter mit Fachkenntnissen, die eine Entlohnung nach der Lohnklasse B gerechtfertigt hätte. Als solche gelten Bauarbeiter mit Fachkenntnissen ohne bauberuflichen Berufsausweis, die jedoch von der Arbeitgeberin aufgrund guter Qualifikation von der Lohnklasse C in die Lohnklasse B befördert wurden. Der Kläger hat sowohl das erste Mal überhaupt in der Schweiz und als auch das erste Mal bei der Beklagten gearbeitet. Die Beklagte kannte daher die beruflichen Fähigkeiten des Klägers noch nicht und hätte deshalb gar keinen Anlass dazu gehabt, den Kläger in eine höhere Lohnklasse zu befördern. Zudem ergab sich, wie bereits gesehen, aus dem Arbeitsvertrag die eindeutige Zuweisung des Klägers zur Lohnklasse C. Damit hatte der Kläger keinen Anspruch auf Lohndifferenzen aus einem angeblich höher vereinbarten Stundenlohn bzw. aufgrund einer auf ihn anwendbaren höheren Lohnklasse gemäss Art. 42 des Landesmantelvertrages.

Eingesandt von F. Emmel, Gerichtsschreiber

Gewerbliches Schiedsgericht Basel-Stadt, Urteil vom 12. April 2011

Art. 322 Abs. 1 OR. Bei vorbehaltloser Annahme eines reduzierten Lohnes während mindestens drei Monaten wird auf eine konkludente Zustimmung der Arbeitnehmerin zu einer entsprechenden Lohnreduktion geschlossen, sofern diese die Auszahlung eines tieferen Lohnes als Antrag zu einer Lohnkürzung verstehen muss. Die Arbeitgeberin muss dabei den Grund für das Angebot zur Lohnreduktion angeben

und nachweisen. Da die Arbeitgeberin (eine Kaderschule) die von ihr angegebenen Gründe, weshalb sie ihrer Institutsleiterin einen tieferen Lohn als Vertragsänderung angeboten haben wollte, nicht nachweisen konnte, wurde davon ausgegangen, dass die Institutsleiterin deshalb während acht Monaten unwidersprochen einen tieferen Lohn entgegennahm, weil sie von einer Lohnstundung ausging.

Sachverhalt:

S. trat im August 2006 als Institutsleiterin bei der I. AG, die Kaderschulungen organisierte, ein. Einziger Verwaltungsrat der I. AG ist A., der Vater von S. Die Parteien vereinbarten ab 1. Januar 2009 einen monatlichen Bruttolohn von Fr. 3500.–. In der Folge bezahlte die I. AG jedoch jeweils lediglich einen Lohn von Fr. 1500.– brutto bzw. Fr. 1428.05 netto aus. Am 28. Oktober 2009 überwies sie S. einen Nettolohn von Fr. 3284.10. Mit Klage vom 27. Oktober 2010 verlangte S. die Verurteilung der I. AG vor allem zur Zahlung von Fr. 28 038.75 Lohndifferenzen zuzüglich 5% Zins. Insgesamt hätte sie im Jahre 2009 einen Gesamtlohn von Fr. 45 500.– brutto und nach Abzug von 6.05% Lohnprozenten für AHV/IV/EO sowie ALV einen Nettolohn von Fr. 42 747.25 erhalten sollen. Nach Abzug der tatsächlich erfolgten Lohnzahlungen von Fr. 14 708.50 netto verbleibe eine Forderung von Fr. 28 038.75 netto. Am 12. April 2011 hiess das Arbeitsgericht nach Einvernahme einer Mitarbeiterin als Auskunftsperson diese Klagforderung vollumfänglich gut, wobei es was folgt ausführte. Das Appellationsgericht hat eine gegen das Urteil geführte Berufung am 20. April 2012 abgewiesen.

Aus den Erwägungen:

1.

a. Bezüglich der Klageforderung ist zwischen den Parteien strittig, ob der per 1. Januar 2009 vereinbarte Lohn von Fr. 3500.– brutto einvernehmlich auf Fr. 1500.– brutto reduziert wurde. Nach Art. 322 Abs. 1 OR ist der Arbeitnehmerin der vereinbarte, übliche oder durch NAV oder GAV bestimmte Lohn zu entrichten. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts wird bei vorbehaltloser Annahme eines reduzierten Lohnes während mindestens drei Monaten auf eine konkludente Zustimmung der Arbeitnehmerin zu einer entsprechenden Lohnreduktion geschlossen. Vorausgesetzt wird dabei, dass die Arbeitnehmerin die Auszahlung eines tieferen Lohnes als Antrag zu einer Lohnkürzung verstehen muss. Die aufgrund der unwidersprochenen Entgegennahme eines reduzierten Lohnes eingetretenen Vermutung, dass die Arbeitnehmerin mit einer Lohnreduktion einverstanden ist, kann durch den Nachweis besonderer, widersprechender Umstände umgestossen werden (Bger 4A_223/2010 E. 2.1.2, 4C.242/2005 E. 4.3).

b/a. Im vorliegenden Fall gaben die Parteien übereinstimmend an, dass sie auf den 1. Januar 2009 den Monatslohn auf Fr. 3500.– festgesetzt hätten. In der Folge bezahlte die Beklagte jedoch während acht Monaten nur noch einen um Fr. 2000.– verminderten Lohn pro Monat aus, wobei sie die Zahlung mit Fr. 1000.– Bruttolohn und Fr. 500.– Spesen angab. (...) Offensichtlich monierte die Klägerin dagegen während Monaten nicht. Darin konnte jedoch nur dann ein konkludentes Einverständnis in eine Lohnreduktion erblickt werden, falls in diesen Lohnzahlungen das Angebot für einen künftig tieferen Lohn zu erblicken war. Die Klägerin bestritt ein solches Angebot. Ihr Vater habe sie wegen der bestehenden Liquiditätsschwierigkeiten der Beklagten lediglich darum gebeten, sich während ein paar Monaten mit einem tieferen Auszahlungsbetrag zufrieden zu geben. Allerdings konnte eine solche Aussage sowohl eine teilweise Lohnstundung, wie sie die Klägerin verstand und geltend machte, als auch eine Lohnreduktion bedeuten. Letztlich war es jedoch Sache der Beklagten, eine Vertragsänderung nachzuweisen. Dazu gehört der Nachweis, dass und weshalb sie der Klägerin eine Lohnreduktion angeboten haben wollte.

b/b. Die Beklagte gab als Grund für eine Lohnreduktion an, die Klägerin habe ihr Arbeitspensum reduziert, was die Klägerin bestritten hat. Die Beklagte unternahm nichts, die behauptete Pensum-Reduktion nachzuweisen. Die Auskunftsperson A. erklärte anlässlich der Hauptverhandlung, sie habe das Pensum der Klägerin nicht gekannt und wisse daher auch nicht, ob eine Reduktion des Arbeitspensums für das Jahr 2009 stattgefunden habe. (...)

b/c. Als weiteren Grund für die Lohnreduktion gab die Beklagte an, sie habe dies auf ausdrücklichen Wunsch der Klägerin getan. Die Klägerin habe in ihrem Scheidungsverfahren einen tieferen Lohn angeben wollen. (...) Auch dieser Grund war bestritten und nicht nachgewiesen. Im Übrigen hätte ein solcher Reduktionsgrund wohl eher für eine simulierte Lohnreduktion oder eine effektive Lohnstundung gesprochen.

b/d. Die Auskunftsperson A. gab anlässlich der Hauptverhandlung zu Protokoll, ihr sei eine Vereinbarung zwischen dem Inhaber der Beklagten und der Klägerin über einen Lohnverzicht nicht bekannt. Sie jedenfalls habe regelmässig den vollen Lohn erhalten. (...)

c. Nach alledem konnte die Beklagte nicht nachweisen, dass sie der Klägerin eine Lohnreduktion und nicht bloss eine teilweise Lohnstundung angeboten hatte. Auch sämtliche Gründe, die die Beklagte für eine Lohnreduktion anführte, waren bestritten und nicht nachgewiesen. Damit war nicht von einer Lohnreduktion, sondern von einer teilweisen Lohnstundung auszugehen. Daran änderte nichts, dass die tieferen Lohnzahlungen nicht nur während drei Monaten, sondern sogar während acht Monaten an die Klägerin erfolgten. Im Gegenteil ergab sich aus einem Zahlungsbeleg (...), dass die Beklagte im Oktober der Klägerin einen Lohn von Fr. 3284.10 netto und damit wieder auf der Basis von Fr. 3500.00 brutto ausbezahlte,

ohne dass sie sich dies selber erklären konnte. (...) Auch dies sprach für eine Lohnstundung und nicht für eine Lohnreduktion.

Eingesandt von F. Emmel, Gerichtsschreiber

Gewerbliches Schiedsgericht Basel-Stadt, Urteil vom 5. Mai 2011

Art. 321c Abs. 3 OR; Art. 3 lit. d, 9 Abs. 1 lit. a, 12, 13 Abs. 2 ArG; Art. 9, 25 Abs. 2 ArGV 1. Keine höhere leitende Tätigkeit durch einen Senior Management Consultant mangels ihm unterstellter Mitarbeiter, Entscheidungsmacht und Verantwortung. Weist eine Arbeitgeberin Zeiterfassungsblätter des Arbeitnehmers nicht als unrichtig zurück, darf der Arbeitnehmer von einer Genehmigung ausgehen. Kein Rechtsmissbrauch durch Berufung auf zwingend zu entschädigende Überzeit sowie durch Geltendmachung der Entschädigung erst nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Die nach Art. 13 Abs. 1 ArG für Büropersonal entschädigungsfreien ersten 60 Stunden Überzeit setzen die Wegbedingung jeder Entschädigung nach Art. 321c Abs. 3 OR voraus. 60 Stunden gelten dabei für ein volles Kalenderjahr; bei nicht vollen Kalenderjahren ist die Stundenzahl entsprechend zu kürzen.

Sachverhalt:

I. trat am 1. März 2002 bei der M. AG, einer Personal- und Organisationsberatungsfirma, als Business Consultant ein. Seit 1. Januar 2007 wurde er als Senior Management Consultant bei einer Arbeitszeit von «in der Regel 40 Stunden pro Woche» zu einem «Fix-Gehalt» von Fr. 150 000.– beschäftigt. Hinzu kam eine Beteiligung aus den von I. erarbeiteten Umsätzen gemäss dem «Salary System». I. kündigte das Arbeitsverhältnis auf Ende Mai 2009. Mit Teilklage begehrte er die Verurteilung der Beklagten zur Zahlung über Fr. 30 000.– brutto nebst Zins zu 5% für in den Jahren 2008 und 2009 geleistete Überzeit. Das Arbeitsgericht hiess die Teilklage am 5. Mai 2011 vollumfänglich gut, wobei es was folgt ausführte.

Aus den Erwägungen:

2.

(...)

2.2.1 Überstunden sind Arbeit, die über die Normalarbeitszeit hinausgeht (Art. 321c Abs. 1 OR). Der Arbeitnehmer ist verpflichtet, Überstunden zu leisten, sofern und soweit solche Mehrarbeit notwendig und ihm nach Treu und Glauben zumutbar ist. Überstunden sind dann als notwendig anzusehen, wenn auf ihre Leistung aus betrieblicher Sicht ein Bedürfnis besteht und sie auf andere Weise durch die Arbeitgeberin nicht leicht zu vermeiden sind. Als angeordnet oder betriebsnotwendig gelten sie auch,

wenn die Arbeitgeberin darum weiss, dass sie geleistet werden, dagegen jedoch nicht einschreitet (Bger 4A_259/2010 E. 2.7). Ohne Anordnung hat der Arbeitnehmer die Mehrarbeit zu leisten, wenn sich die Notwendigkeit aus der zugewiesenen Arbeit oder der Dringlichkeit der Fälle ergibt (Bger 4C.133/2000 E. 2b).

2.2.2 Ob, unter welchen Voraussetzungen und auf welche Weise Überstunden abzugelten sind, ergibt sich in erster Linie aus Vertrag. Durch schriftliche Abrede kann die Abgeltung der Überstunden, bevor sie geleistet werden, frei geregelt, insbesondere ausgeschlossen werden (Art. 321c Abs. 3 OR). Ohne solche Abrede ist dem Arbeitnehmer mit seinem Einverständnis Freizeit von gleicher Dauer zu gewähren (Art. 321c Abs. 2 OR). Falls die Überstunden nicht durch Freizeit ausgeglichen wurden, hat der Arbeitnehmer Anspruch auf den Normallohn zuzüglich einem Zuschlag von mindestens 25% (Art. 321c Abs. 3 OR). Die Beweislast (Art. 8 ZGB) für geleistete Überstunden – wann und wie viele davon geleistet wurden, ob sie notwendig sowie angeordnet bzw. genehmigt wurden – trägt grundsätzlich der Arbeitnehmer (BGE 129 III 171 E. 2.4).

2.2.3 Überzeitarbeit sind Überstunden, die die Höchstarbeitszeit überschreiten (Art. 12 ArG). Für Büropersonal beträgt die Höchstarbeitszeit 45 Wochenstunden (Art. 9 Abs. 1 lit. a ArG). Überzeit ist zwingend mit dem Basislohn und einem Lohnzuschlag von mindestens 25% abzugelten, wenn sie nicht mit Einverständnis des Arbeitnehmers binnen 14 Wochen durch Freizeit von gleicher Dauer ausgeglichen wird (Art. 13 Abs. 2 ArG i.V.m. Art. 25 Abs. 2 ArGV 1; Bger 4A_259/2010 E. 2.5.1, 2.6; 126 III 337 E. 6b, c = Pra 2001, 273). Für kaufmännisches Personal gilt dies jedoch erst für eine Überzeit von mehr als 60 Stunden im Kalenderjahr (Bger 4C.47/2007 E. 3.1; 126 III 337 E. 6a, c = Pra 2001, 273). Allerdings sind die ersten 60 Stunden nur dann entschädigungslos, wenn Art. 321c Abs. 3 OR vertraglich wegbedungen wurde (Bger 4C.47/2007 E. 3.1).

2.2.4 Auf höhere leitende Angestellte finden die Vorschriften über die Höchstarbeitszeit und die Überzeitarbeit keine Anwendung (Art. 3 lit. d ArG). Als höherer leitender Angestellter gilt, «wer auf Grund seiner Stellung und Verantwortung sowie in Abhängigkeit von der Grösse des Betriebes über weitreichende Entscheidungsbefugnisse verfügt oder Entscheide von grosser Tragweite massgeblich beeinflussen und dadurch auf die Struktur, den Geschäftsgang und die Entwicklung eines Betriebes oder Betriebsteils einen nachhaltigen Einfluss nehmen kann» (Art. 9 ArGV 1). Es kommt dabei weder auf die Funktionsbezeichnung im Vertrag oder Arbeitszeugnis, noch auf die Stellung in einem Organigramm, noch auf eine bestimmte Ausbildung an. Wesentlich ist die ausgeübte Tätigkeit als solche mit Bezug auf die Grösse des Unternehmens. Unterschrifts- und Weisungsbefugnisse sowie die Lohnhöhe sind für sich allein noch keine entscheidenden Kriterien (Bger 4A_86/2007 E. 2.1; 126 III 337 E. 5 = Pra 2001, 273). Ausschlaggebend ist hingegen die Entscheidungsmacht in wesentlichen Angelegenheiten des Unternehmens verbunden mit der entspre-

chenden Verantwortung (BGer 4C.310/2002 E. 5.2), beispielsweise bezüglich Einstellung und Einsatz des Personals, Festlegung der Arbeitszeiten im Unternehmen, Gehaltspolitik oder selbständiger Festsetzung der Jahresziele des Unternehmens oder eines Bereichs davon (BGer 4A_258/2010 E. 1, 2.6.2).

2.3.1 Vorliegend sah der ab dem 1. Januar 2007 gültige Arbeitsvertrag eine Arbeitszeit von «in der Regel 40 Stunden pro Woche» für den Kläger vor. «Sollte es der Geschäftsgang bedingen, ist der Senior Management Consultant bereit, in einem zumutbaren Mass die erwähnte Arbeitszeit unentgeltlich zu verlängern» (...). Damit haben die Parteien die Abgeltung von Mehrarbeit über der Normalarbeitszeit von 40 Wochenstunden wegbedungen, was nach Art. 321c Abs. 3 OR zulässig ist. Allerdings galt dies nur bis zur Höchstarbeitszeit, sofern das Arbeitsgesetz anwendbar war.

2.3.2 Nach Ansicht der Beklagten war der Kläger ein höherer leitender Angestellter im Sinne der arbeitsgesetzlichen Vorschriften, weil er «mitbestimmend» über eine grosse Selbständigkeit, insbesondere bei der Einteilung der Arbeitszeit, verfügt habe. Er habe frei einteilen können, wann, was und wieviel er habe arbeiten wollen. Es sei auch seine eigene Entscheidung gewesen, wie er sich organisiert habe. Er habe «völlig freie Hand» gehabt, «Mehrarbeit zu leisten.» Dadurch habe er erheblichen Einfluss auf das Ergebnis der Zweigniederlassung in Basel nehmen können. In Bezug auf die Beratung und den Umgang mit den Kunden sei der Kläger auf sich selbst gestellt gewesen und habe die volle Verantwortung getragen. Zudem weise auch die Lohnhöhe mit einem Fix-Gehalt von Fr. 150 000.– sowie allfälligen Bonuszahlungen auf eine höhere leitende Tätigkeit hin. Im Jahre 2008 habe er Fr. 155 000.– sowie einen Bonus von Fr. 54 380.– und im Jahr 2009 Fr. 165 000.– und wiederum einen sehr hohen Bonus erhalten. (...)

Die Beklagte erkennt damit die Bedeutung einer höheren leitenden Tätigkeit. Der Kläger war einer von mehreren Senior Management Consultants der Beklagten und hatte keine ihm unterstellten Mitarbeiter. Für Schreibarbeiten durfte er sich lediglich des Sekretariats der Beklagten bedienen. Damit war er nicht einmal leitend tätig. Eine solche einfache leitende Tätigkeit hätte vorliegend vorausgesetzt, dass der Kläger für andere Angestellte oder ausserhalb seines eigenen persönlichen Arbeitsbereichs hätte entscheiden dürfen. Erst recht verfügte er nicht über eine Entscheidungsmacht und eine Verantwortung, wie sie Art. 9 ArGV 1 und die bundesgerichtliche Rechtsprechung voraussetzen. Selbst wenn der Kläger durch den eigenen Umsatz einen erheblichen Einfluss auf das Geschäftsergebnis der Beklagten gehabt haben sollte, hat dies noch nichts mit der erforderlichen Bestimmung der Geschäftspolitik eines Unternehmens zu tun (BGer 4A_258/2010 E. 2.6.2). Nicht massgebend ist auch der dem Kläger für seine Tätigkeit in respektabler Höhe geleistete Lohn.

Da der Kläger bei der Beklagten keine höhere leitende Tätigkeit versah, kam die für Büropersonal nach Art. 9 Abs. 1 lit. a ArG geltende wöchentliche Höchstarbeitszeit von 45 Stunden zur Anwendung. Sofern und soweit die Wegbedingung der Überstundenentschädigung in Ziffer 3 des Arbeitsvertrages (...) der zwingenden Entschädigungspflicht bezüglich Überzeitarbeit in Art. 13 ArG widerspricht, ist sie nichtig und daher nicht zu beachten.

2.3.3.1 Der Kläger hat zum Nachweis der von ihm behaupteten Überstunden in der Zeit vom 1. Januar 2008 bis und mit April 2009 durch ihn geführte monatliche Zeiterfassungsblätter ins Recht gelegt (...). Zudem ergibt sich aus den eingereichten E-Mails an seinen Vorgesetzten P., dass er die Zeiterfassungsblätter am 2. April 2008, am 7. August 2008, am 29. Dezember 2008, am 14. April 2009 und am 4. Mai 2009 der Beklagten zur Kenntnis gebracht hat (...). Da die Beklagte offensichtlich keine eigene Arbeitszeitkontrolle geführt hat, sind die Aufzeichnungen des Klägers als Beweismittel zuzulassen. Unter solchen Umständen wäre übrigens eine richterliche Schätzung zugelassen, hätte der Kläger keine eigene Kontrolle geführt (Bger 4C.307/2006 E. 3.2; 4C.142/2005 E. 5.2: bei Überzeit).

2.3.3.2 Die Beklagte hat offensichtlich auf die Zustellung der Zeiterfassungsblätter durch den Kläger nicht reagiert, diese insbesondere nicht als unrichtig bezeichnet und zurückgewiesen. Sie hat dadurch dem Kläger gegenüber zu erkennen gegeben, dass sie die Leistung von Überstunden weder in Zweifel zieht, noch ihm verbietet oder sonstwie zurückweist. Der Kläger durfte daraus schliessen, dass die Beklagte die geleisteten Überstunden genehmigt hat. Die Beklagte ist daher auch nicht mit ihrem Einwand zu hören, der Kläger habe die Überstunden unaufgefordert geleistet. Im Übrigen hat sie die Mehrarbeit des Klägers im vorliegenden Prozess auch nicht substantiiert bestritten. Die Beklagte wendet ferner zu Recht nicht ein, sie sei der rechtsirrigen Ansicht gewesen, die Überstundenabrede im Arbeitsvertrag befreie sie von einer Abgeltung. Einen solchen Rechtsirrtum hätte sie sich selber zuzuschreiben und die Folgen daraus daher zu tragen.

2.3.3.3 Hinzu kommt, dass die geleistete Mehrarbeit betriebsnotwendig war. Der Kläger hat verschiedene E-Mails eingereicht, aus denen sich unzweifelhaft ergibt, dass die von der Beklagten beschäftigten Berater überlastet waren. Dies war auf eine Administration zurückzuführen, die die Berater nicht mehr ausreichend unterstützen konnte. Zudem war das Arbeiten mit dem Informatiksystem der Beklagten mit einigen Schwierigkeiten verbunden. (...) Die Beklagte hat weder behauptet noch nachgewiesen, dass sich diese Arbeitsbelastung für ihre Angestellten in der Zweigniederlassung Basel in der Folge wesentlich gebessert hätte.

Ferner wendet die Beklagte gegen die Notwendigkeit der Mehrarbeit des Klägers ein, dieser sei frei gewesen, mehr Aufträge zu akquirieren und deshalb mehr zu arbeiten, woran er zwecks Bonussteigerung selber interessiert gewesen sei. (...) Wird in einem Arbeitsvertrag eine bestimmte Normalarbeitszeit vereinbart, so sind die darüber hinaus geleisteten Stunden

Überstunden. Sofern der Lohn des Arbeitnehmers sich nicht ausschliesslich aufgrund seiner Leistung, sondern sich auch nach der gearbeiteten Zeit bemisst, so ist der Angestellte deshalb auch für die geleistete Mehrarbeit durch Zeitlohn zu entschädigen.

2.3.3.4 Der Beklagten kann auch darin nicht gefolgt werden, dass der Kläger mit seiner Zustimmung zum neuen Salary System der Beklagten, bestehend aus einem Fixgehalt und einem umsatzbezogenen Bonus, auf eine Überstundenentschädigung unwiderruflich verzichtet hat. Ein solcher Verzicht unterliegt ebenfalls den gesetzlichen Schranken über die zwingend abzugeltende Überzeit. Dabei kann dem Kläger auch kein Rechtsmissbrauch vorgeworfen werden. Auf Vorliegen eines Rechtsmissbrauchs bei der Berufung auf zwingende Vorschriften wird nur ausnahmsweise und dann erkannt, wenn der Arbeitnehmer im Bewusstsein der Ungültigkeit einer vertraglichen Abrede im eigenen Interesse deren Abschluss gefördert hat (vgl. Bger 4C.184/2000 E. 3b). Davon kann vorliegend keine Rede sein. Auch kann dem Kläger kein rechtsmissbräuchliches Verhalten vorgeworfen werden, weil er die Abgeltung der Überzeit erst nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses geltend gemacht hat (Bger 4C.219/2004 E. 4). Da die Beklagte nicht bewiesen hat, dass der Kläger die von ihm geltend gemachte Mehrarbeit kompensiert hat (Art. 13 Abs. 2 ArG i.V.m. Art. 25 Abs. 2 ArGV 1) oder – was ohnehin als Einwand nicht ohne Weiteres genügen könnte – nach ihrer Behauptung ausreichend Gelegenheit zur Kompensation hatte, hat der Kläger Anspruch auf Bezahlung der Überzeit nach Art. 13 Abs. 1 ArG.

2.3.4 Die Gesamtforderung, die hinter der Teilklage über Fr. 30 000.– brutto steht, beträgt Fr. 41 611.45 brutto. (...) Im Jahre 2008 weist der Kläger 295.96 Überzeitstunden und im Jahre 2009 in seiner ursprünglichen Klage 108,25 Überzeitstunden aus. Da der Kläger das ganze Jahr 2008 gearbeitet hat, sind die ersten 60 Stunden Überzeit nicht zu entschädigen (Art. 13 Abs. 1 ArG). Im Jahre 2009 hat das Arbeitsverhältnis hingegen nur bis Ende Mai gedauert, so dass anteilmässige 25 Überzeitstunden abgeltungsfrei sind. Die zu entschädigende Überzeit beläuft sich damit auf 235.96 Stunden im Jahre 2008 und auf 83,25 Stunden im Jahre 2009. Unbestritten geblieben ist der vom Kläger angegebene Stundenlohn von Fr. 77.04 im Jahre 2008 und von Fr. 84.00 im Jahre 2009. Die Überzeitforderungen betragen inklusive des 25% Zuschlags Fr. 22 722.95 brutto für das Jahr 2008 und Fr. 8741.25 brutto für das Jahr 2009. Insgesamt verbleibt eine Forderung des Klägers von mehr als Fr. 30 000.– brutto, so dass die Teilklage in vollem Umfang gutzuheissen ist. Der Nettobetrag beträgt nach Abzug der in den Jahren 2008 und 2009 gültigen Sozialversicherungsbeiträgen (...) Fr. 28 185.– netto. Hinzu kommen 5% Zins seit dem 1. Juni 2009, weil die Beklagte aufgrund der Beendigung des Arbeitsverhältnisses am 31. Mai 2009 durch Kündigung in Verzug geriet (Art. 102 Abs. 2 i.V.m. Art. 339 OR).

Eingesandt von F. Emmel, Gerichtsschreiber

Kanton Genf

Cour de justice de Genève, Chambre des prud'hommes, Arrêt du 1^{er} février 2011 (Confirmation du jugement du Tribunal des prud'hommes du 14 juin 2010)

Art. 321c al. 3 CO. Rémunération des heures supplémentaires. Il faut examiner avec prudence et interpréter de manière restrictive les clauses et conventions par lesquelles les parties à un contrat de travail entendent déroger, là où la loi le permet, au régime légal, et ce en défaveur du travailleur (c. 2.2.4). Ainsi, une clause, rédigée par l'employeur, qui précise expressis verbis les cas où les heures supplémentaires seraient indemnisées au taux majoré de 25% respectivement 50% ne doit pas nécessairement être interprétée dans le sens que les heures fournies pendant les autres plages horaires seraient, a contrario, indemnisables au taux de base seulement (c. 2.2.6). En effet, l'impératif de la clarté est une condition d'opposabilité au travailleur de la clause dérogatoire visée à l'art. 321c al. 3 CO (c. 2.2.7).

Art. 322d al. 1 CO. Selon les circonstances, la gratification peut être due alors même que, d'année en année, l'employeur a exprimé et répété une réserve à ce sujet; tel est le cas lorsque l'employeur, de par son comportement, a montré qu'il se sentait obligé de la verser nonobstant la réserve, devenue formule vide (c. 3.2.2). Il en va ainsi quand, durant ces années où la gratification a été versée, l'employeur aurait eu des raisons suffisantes de la supprimer: mauvais résultats de l'entreprise, prestations insuffisantes du travailleur (c. 3.2.3). Par ailleurs, le principe de l'égalité de traitement, ancré à l'art. 328 al. 1 CO, prohibe que l'employeur refuse une gratification à un collaborateur, alors que le gros des employés la touchent et que rien de sérieux ne puisse être reproché à l'intéressé. En effet, la liberté contractuelle ne saurait justifier l'arbitraire dans l'attribution de cette prestation (c. 3.2.6).

Extraits des faits:

E. Sàrl est une société dont le but est le conseil, la recherche et la sélection de personnel fixe et temporaire, les activités de placement privé et de location de services; elle a son siège à Genève. T., technicien informatique de formation, titulaire d'un CFC d'électronicien, a été engagé le 5 avril 2006 par E. Sàrl, pour effectuer une mission de durée déterminée (6.4.2006–31.5.2006) auprès de la banque Y & Z, à Genève. Il était chargé de la gestion administrative et technique du parc informatique de la cliente. Les parties ont signé un *Contrat-cadre de travail temporaire de E.*, et un

Contrat de mission. T. s'est vu remettre, en outre, un document intitulé «Directive N°. 5–1.12.2005». Ces trois documents étaient rédigés par E. Sàrl.

A teneur du contrat de mission, les parties sont convenues d'un horaire hebdomadaire de 40 heures, réparties sur 5 jours (lundi à vendredi). L'horaire journalier allait de 07 h 00 à 12 h 00, et de 13 h 00 à 18 h 00. Elles ont fixé le salaire mensuel brut à fr. 5850.–. S'agissant des heures supplémentaires, le contrat de mission contient la clause suivante: *Heures supplémentaires: majoration de 25% (nuit du lundi au vendredi de 20 h 00 à 07 h 30); majoration de 25% (samedi); majoration de 50% (dimanche et jours fériés du Ct. de Genève).* Par ailleurs, le *contrat-cadre de travail temporaire de E. Sàrl* contient la disposition suivante:

3.3 Heures supplémentaires: Les heures de travail prévues par l'horaire de travail de l'entreprise qui dépassent le temps de travail normal prévu par la loi sur le travail sont considérées comme travail supplémentaire. La compensation des heures supplémentaires est réglée dans le contrat de mission. Enfin, la *Directive N° 5–1.12.2005* précise notamment ce qui suit: *3. Heures supplémentaires: Vos heures supplémentaires sont compensées en vacances. Il vous est possible de cumuler de mois en mois vos heures supplémentaires, mais attention, il y a une limite supérieure à ne pas dépasser qui est de 20 heures. Les heures qui dépasseront cette limite vous seront automatiquement payées (...).* T. n'a pas de formation juridique. Il a compris la clause relative aux heures supplémentaires contenue dans son contrat de mission du 5 avril 2006 comme signifiant que les heures supplémentaires non concernées par la clause étaient régies par le Code des obligations. En revanche, selon E. Sàrl, cette clause signifiait la volonté et l'intention que les heures supplémentaires qui seraient fournies en dehors des plages mentionnées, seraient certes rétribuées au taux de base (100%), mais sans supplément.

A l'issue du premier contrat de mission, le 31 mai 2006, T. s'est vu confier un nouveau contrat pour une mission de durée déterminée jusqu'au 6 octobre 2006. La mission a ensuite été prolongée à plusieurs reprises. Le 21 décembre 2006, les parties ont signé un contrat de mission de durée indéterminée – toujours pour une mise à contribution chez Y & Z. Le salaire mensuel brut a été porté à fr. 6250.– avec effet au 1^{er} janvier 2007. La clause relative aux heures supplémentaires est restée inchangée. Les rapports de travail entre les parties ont pris fin le 31 mai 2010 – à l'initiative de T. Durant les rapports de travail, T. a effectué des heures supplémentaires, dûment enregistrées sur feuilles Excel. Une partie substantielle de ces heures a été régulièrement compensée en temps de congé; les autres lui ont été indemnisées: si elles tombaient sur une plage mentionnée dans la clause contractuelle (20 h 00–7 h 30; samedi, dimanche + jours fériés), elles étaient indemnisées avec les suppléments convenus (25%, 50%); en revanche, si elles tombaient dans la journée (7 h 30–20 h 00), lors d'un des jours ouvrables du lundi au vendredi, elles étaient indemnisées au taux de base,

non majorés. Ainsi, T. s'est vu indemniser *sans majoration*: 7,16 heures supplémentaires en 2006, 20,57 heures supplémentaires en 2007; 29 heures supplémentaires en 2008, et 28,5 heures supplémentaires en 2009. T. a fourni un très bon travail chez Y & Z.

E. Sàrl a pour politique de verser à ses salariés (en position non résiliée) à la fin de l'année, une «prime spéciale à bien plaire». Le montant de cette prime, librement déterminé par l'employeur, varie, entre autres, en fonction de la marche des affaires. T. a touché, fin 2006, une prime de fr. 1200.–, fin 2007 une prime de fr. 1750.–, et fin 2008, une prime de fr. 2000.–. En septembre 2009, T. a demandé à E. Sàrl la délivrance d'un certificat de travail intermédiaire. Considérant que cette requête annonçait un départ prochain de T., E. Sàrl s'est refusé à lui verser, à la fin de l'année 2009, la «prime spéciale à bien plaire». Elle s'élevait à fr. 1000.– et à été versée à d'autres employés, et notamment au collègue de travail du demandeur, L.

Par acte déposé au greffe de la Juridiction des prud'hommes en date du 19 août 2009, T. a assigné E. Sàrl en paiement de fr. 1360.70 brut avec intérêt, à titre de supplément 25% selon l'art. 321c al. 3 CO. E. Sàrl, s'est opposée à la demande. A l'audience du Tribunal des Prud'hommes du 9 février 2010, T. a amplifié ses conclusions. Il a encore réclamé la somme de fr. 1000.– brut à titre de «prime de fin d'année pour 2009», ainsi que le montant de fr. 50.– brut correspondant à son salaire pendant un jour de maladie, à la fin 2009. Par jugement du 14 juin 2010, le Tribunal des prud'hommes a condamné E. Sàrl à payer à T. la somme brute de fr. 1827.65 avec intérêts moratoires, cette somme étant ventilée comme suit: fr. 769.30 brut à titre de supplément pour heures supplémentaires, fr. 1000.– brut à titre de prime pour l'année 2009, et fr. 58.35 (sic) à titre de différentiel de salaire pour le jour de maladie en fin 2009.

E. Sàrl a formé appel contre ledit jugement. L'appelante a limité son appel aux points *heures supplémentaires* et *prime spéciale à bien plaire*.

Extraits des considérants:

2.

2.1. Dans son mémoire-appel, l'appelante s'évertue à soutenir, en fait, que l'intimée n'aurait pas fourni des heures supplémentaires qui demanderaient encore le versement d'un supplément de 25%, et à affirmer, en droit, que seules les heures supplémentaires fournies au-delà de la limite des 45 H/sem seraient à indemniser (et ce impérativement).

2.1.1. Les éléments factuels, sur lesquels les deux parties sont tombées d'accord, tant devant le Tribunal que devant la Chambre d'appel, montrent que les heures supplémentaires, dont l'indemnisation complète est litigieuse, relèvent toutes du segment hebdomadaire 40 H/sem. à 45 H/sem. Il s'agit donc d'heures supplémentaires au sens classique du terme (art. 321c al. 1 CO, c'est-à-dire d'heures fournies au-delà de l'ho-

raire contractuel (hebdomadaire) du travail (*in casu*: 40 heures), ou à défaut, de l'horaire usuel pratiqué dans l'entreprise (WYLER, Droit du travail, Berne, 2008, p. 116 et 122; JAR 2005 p. 391).

2.1.2. Par conséquent, l'on n'a pas affaire à des heures fournies au-delà de la limite maximale des 45 H/sem, et qui, de fait, constitueraient du *travail supplémentaire* (art. 9 al. 1 LTr), et appelleraient, de façon impérative et *non dérogeable*, une indemnisation au taux de 125% (cf. art. 13 al. 1 LTr; ATF 126 III 337 cons. 6; *fr.*).

2.1.3. Il s'ensuit que l'argumentation de l'appelante, tirée de la Loi sur le travail, n'a pas de pertinence pour le cas d'espèce.

2.2. La première question à résoudre est celle de savoir si les parties ont valablement dérogé à l'art. 321c al. 3 CO. Le Tribunal a omis d'examiner ce point central.

2.2.1. L'art. 321c al. 3 CO, dispose que l'employeur est tenu de rétribuer les heures de travail supplémentaire qui ne sont pas compensées par un congé en versant le salaire normal majoré d'un quart au moins, *sauf clause contraire d'un accord écrit*, d'un contrat-type de travail ou d'une convention collective (cf. aussi Senti, «Überstunden» in: AJP/PJA 4/2003 p. 373, p. 393; REHBINDER/STÖCKLI, Berner Kommentar, 2010, N. 11 *ad* art. 321c CO).

2.2.1.1. A teneur de l'art. 48a al. 1 let. b de l'Ordonnance sur le service de l'emploi (OSE, RS 823.111), le bailleur de service doit indiquer, dans le contrat de travail avec l'intérimaire, entre autres, les suppléments pour heures supplémentaires. Cette formulation pourrait donner à croire que le versement du supplément visé par l'art. 321c al. 3 CO serait, dans la branche du travail temporaire, *impératif*.

2.2.1.2. Tel n'est cependant pas le cas : hormis les cas où la mise à contribution de l'intérimaire se fait auprès d'un client lié par une convention collective entérinant la majoration pour heures supplémentaires prévue à l'art. 321c al. 3 CO, le bailleur de service est libre de convenir, par écrit, avec l'intérimaire, d'une solution qui déroge à cette disposition (cf. MATILE/ZILLA, Travail temporaire, Commentaire pratique des dispositions fédérales sur la location de services (art. 12–39 LSE), Zurich, 2010, p. 176).

2.2.2. Les parties s'opposent quant au sens à donner à la clause *heures supplémentaires* contenue dans les différents contrats de mission de l'intimé (et des autres employés de l'appelante).

2.2.2.1. De manière étonnante, le libellé de cette clause correspond, dans une large mesure, à la teneur de la clause que le Tribunal fédéral avait à examiner dans la cause 4C.219/2004 du 25 octobre 2004 (*ad* art. 321c al. 3 CO; arrêt en allemand; faits, cons. A).

2.2.2.2. Pour l'appelante, cette clause est *claire*: elle exclut le versement d'un supplément pour les heures supplémentaires fournies durant les plages horaires non visées expressément; il s'agit, pour elle, *a contrario*, des heures supplémentaires fournies durant les jours ouvrables lundi – vendredi, et tombant entre 07H30 et 20H00 du soir.

2.2.2.3. Pour l'intimé, la clause signifie que les heures supplémentaires effectuées pendant la période en question sont régies par la solution légale de l'art. 321c al. 3 CO, c'est-à-dire qu'elles doivent lui être indemnisées au taux majoré de 25%.

2.2.3. Lorsque, comme en l'espèce, la volonté réelle des parties ne peut pas être déterminée, il y a lieu de procéder à l'interprétation normative de la clause, c'est-à-dire de déterminer son sens selon le *principe de la confiance* (art. 18 CO). Pour ce faire, il y a lieu de s'appuyer sur le sens que, le destinataire de la déclaration peut et doit lui attribuer selon les règles de la bonne foi, d'après le texte et le contexte, ainsi que les circonstances (ATF 133 II 61; 131 II 606; 131 III 377 = JdT 2005 I 612; ATF 4C.219/2004 du 24.10.2004 cons. 2).

2.2.4. D'une façon générale, s'agissant des clauses et conventions par lesquelles les parties à un contrat de travail entendent déroger, là où la loi le permet, au régime légal, et ce *en défaveur* du travailleur, il convient de les examiner avec prudence et de ne leur attribuer qu'un sens restrictif (cf. ATF 4C.219/2004 du 25.10.2004 cons. 2.2).

2.2.5. En l'espèce, la clause, rédigée par l'appelante, précise *expressis verbis* les cas où les heures supplémentaires seraient indemnisées *au taux majoré de 25% respectivement 50%*: il s'agit des «heures supplémentaires» fournies le soir et la nuit (entre 20H00 et 07H30), les samedis, ainsi que les dimanches et jours fériés.

2.2.5.1. L'on notera, incidemment, que, pour l'essentiel, la clause ne fait que répéter la loi. En effet, à l'exception du samedi, jour ouvrable ordinaire, et du travail du soir (20 h 00–22 h 00, cf. art. 10 al. 1 LTr), et du travail fourni tôt le matin (06 h 00–07 h 30), le travail effectué durant la nuit (22 h 00–06 h 00, cf. art. 10 al. 1 LTr) et le dimanche (art. 18 al. 1 LTr) et les jours fériés (art. 20a al. 1 LTr) appellent impérativement une rétribution au taux horaire de base majoré de 25% (art. 17b al. 4 LTr en cas de travail de nuit irrégulier), respectivement au taux horaire de base majoré de 50% (art. 19 al. 3 LTr pour le travail dominical temporaire; pour le travail à un jour férié, cf. art. 20a al. 1 LTr).

2.2.6. Du libellé de la clause il ne s'ensuit pas, a contrario, que les heures fournies durant les autres plages horaires seraient indemnisables au taux de base seulement, et ce en dérogation de l'art. 321c al. 3 CO. Pour que cette intention apparaisse clairement, il eût fallu que l'appelante précise ce point *expressis verbis* – i. e. par une phrase du genre: «*les heures supplémentaires effectuées durant les autres plages horaires – pour autant qu'elles n'aient été compensées, seront indemnisées au taux de base, sans majoration*».

2.2.7. L'impératif de la clarté est une condition d'opposabilité au travailleur de la clause dérogatoire visée à l'art. 321c al. 3 CO (cf. BREGNARD-LUSTENBERGER, Ueberstunden- und Ueberzeitarbeit, Berne, 2007, p. 181; ATF 4C.219/2004 du 24.10.2004 cons. 3.3.2).

2.2.8. Ainsi, le Tribunal fédéral a jugé qu'une convention écrite selon laquelle seules les heures supplémentaires *ordonnées* seraient payées ne constitue pas une exclusion générale de l'indemnisation des heures supplémentaires (ATF du 15.9.1992 *in*: JAR 1994 p. 140; cf. aussi ATF 4C.219/2004 cons. 2.2. du 25.10.2004).

2.2.9. En l'occurrence, et vu ce qui précède, le sens que l'appelante entend donner à la clause litigieuse ne peut être retenu, ni par l'interprétation subjective, ni par l'interprétation normative. Partant, la dérogation souhaitée par l'appelante à l'art. 321c al. 3 CO n'est pas opposable à l'intimé, faute d'un consentement exprimé par écrit.

2.2.10. Par ailleurs, il a été jugé que la restriction prévue à l'art. 13 LTr en ce qui concerne les employés de bureau, les techniciens et les autres employés n'a de portée qu'en cas d'accord excluant ou limitant la rétribution des heures supplémentaires. Ainsi, en l'absence d'un accord dérogatoire valable, la rémunération des heures supplémentaires, y compris les 60 premières heures au-delà du maximum légal, est régie par l'art. 321c al. 3 CO (cf. ATF 4C.47/2007 du 8.5.2007 *in*: JAR 2008 p. 192).

2.2.11. L'appelante n'a pas invoqué une erreur de base (art. 24 al. 1 ch. 4 CO), pour le cas où sa thèse voulant que la clause contienne une réglementation exhaustive du chapitre heures supplémentaires serait écartée.

2.2.11.1. En particulier, elle n'a pas soutenu avoir consenti aux suppléments pour les heures supplémentaires effectuées le soir (20 h 00–22 h 00), tôt le matin (06 h 00–07 h 30), et les samedis uniquement en considération du droit de ne devoir indemniser les heures supplémentaires fournies durant la journée (lundi–vendredi) qu'au taux de base.

2.2.11.2. Au demeurant, ce moyen – invoqué à titre subsidiaire par l'employeur recourant dans la cause 4C.219/20004 du 24.10.2004 – a été rejeté par le Tribunal fédéral. La Haute Cour a jugé que l'erreur alléguée par l'employeur n'était pas *une erreur d'importance essentielle* au sens de l'art. 24 al. 1 ch. 4 CO, au point de troubler l'équilibre du contrat.

2.2.12. Une renonciation anticipée, *non convenue par écrit lors de la conclusion du contrat*, fût-elle confirmée par la suite par comportement concluant, à l'indemnisation par principe (ou à l'indemnisation intégrale au taux légal) des heures supplémentaires ne se conçoit pas (cf. art. 341 al. 1 CO; ATF 110 264 = JdT 1985 I 267).

2.2.13. Les heures supplémentaires litigieuses doivent être indemnisées à l'intimé au taux de base majoré d'un quart, conformément à l'art. 321c al. 3 CO. Par conséquent, la Cour d'appel condamnera l'appelante, à l'instar du Tribunal, à verser à l'intimé la somme de fr. 769,30 brut, avec intérêts moratoires 5% l'an à compter du 29 juin 2009.

3.

3.1. L'appelante critique la solution du Tribunal pour ce qui est de la «prime spéciale à bien plaire». Elle conteste sa condamnation à devoir payer fr. 1000.– à titre de prime pour 2009, en insistant sur le caractère discrétionnaire de cette prestation. Le fait qu'elle l'ait versée à trois reprises

consécutives ne l'a pas rendu obligatoire dans son principe – car le versement était assorti de la réserve à *bien plaire*. Elle se réfère, entre autres, à l'ATF 129 III 276.

3.1.1. Il est incontesté et incontestable que les primes de fin d'année versées à l'intimée (2006, 2007, 2008) ne reposent sur aucun fondement contractuel; l'appelante a effectivement pris soin de préciser, sur les décomptes de fin d'année, qu'il s'agissait d'une prime spéciale «à *bien plaire*».

3.1.2. Une prestation discrétionnaire de ce type correspond à la gratification visée à l'art. 322d al. 1 CO.

3.2. La *gratification* est une rétribution spéciale versée en plus du salaire de base à certaines occasions et dépendant, dans une certaine mesure en tout cas, de l'employeur, si ce n'est dans son principe, à tout le moins dans son montant (ATF 131 III 615 c. 5.2; ATF du 24.1.2002 *in*: JAR 2004 p. 187; 4C.263/2001 du 22.1.2002).

3.2.1. Il est de jurisprudence constante qu'une gratification est considérée comme convenue lorsque l'employeur l'a versée durant plus de trois années consécutives, sans en réserver, par une déclaration adressée au travailleur, le caractère facultatif (ATF 4A_509/2008 du 3 février 2009 cons. 4.1 *in*: ARV/DTA 2009 p. 120; 129 III 276 cons. 2 = JdT 2003 I 346).

3.2.2. Toutefois, selon les circonstances, la gratification peut être due alors même que, d'année en année, l'employeur a exprimé et répété une réserve à ce sujet; tel est le cas lorsque l'employeur, de par son comportement, a montré qu'il se sentait *obligé* de la verser nonobstant de la réserve – devenue formule vide (ATF 4A_509/2008 du 3.2.2009 cons. 4.1. *in*: ARV/DTA 2009 p. 121; 4C.244/2004 du 29.9.2003 *in*: JAR 2005 p. 295; 129 III 276 cons. 3; VISCHER, *Der Arbeitsvertrag*, *in*: SPR VII 14, Bâle, 3^e éd., 2007, p. 104; STREIFF/VON KAENEL, *Arbeitsvertrag*, Zurich, 2006, N. 5 *ad art.* 322d CO).

3.2.3. Dans sa jurisprudence, le Tribunal fédéral a posé une condition supplémentaire pour que l'on puisse retenir, à l'encontre de la réserve, le caractère de *formule vide*. Il faut que durant ces années où la gratification a été versée, l'employeur ait eu des raisons suffisantes de la supprimer (p. ex. mauvais résultats de l'entreprise, prestations insuffisantes du travailleur) (cf. ATF 129 III 276 cons. 2.3 = JdT 2003 I 346).

3.2.4. En l'espèce, l'année 2008 était une année de crise; celle-ci a commencé à se faire sentir, notamment dans le monde bancaire, dès l'été 2008 suite au problème dit des sub-primes apparu aux Etats-Unis. Il est notoire qu'elle a également affecté les résultats des prestataires de service gravitant autour de l'industrie bancaire. Ce nonobstant, l'appelante a accordé une prime de fin d'année à l'intimée, ainsi que, du reste, à ses autres employés.

3.2.5. A l'instar du Tribunal, la Chambre d'appel considère le fait qu'en septembre 2009 l'intimé ait demandé un certificat de travail intermédiaire ne constitue pas une raison valable pour lui supprimer la prime

pour l'année 2009. Du reste, à teneur de l'art. 330a al. 1 CO, le travailleur peut demander à l'employeur un certificat de travail *en tout temps*. Il n'était, à ce moment-là, pas non plus en position résiliée qui, selon les usages de l'appelante, eût pu, en effet, justifier la suppression de la gratification. Enfin, selon le témoin X., supérieur direct de l'intimé chez Y. & Z., ce dernier fournissait «du très bon travail».

3.2.6 Mais il y a plus. A supposer que l'on veuille considérer, en l'espèce, la réserve faite, toujours est-il que la gratification serait due aussi en vertu du principe de l'égalité de traitement ancré à l'art. 328 al. 1 CO. Ce principe prohibe que l'employeur refuse la prestation à un collaborateur, alors que le gros des employés la touchent et que rien de sérieux ne puisse être reproché à l'intéressé (CAPH GE JAR 2002 p. 213; CAPH GE JAR 2001 p. 206; CAPH GE JAR 1994 p. 145; STAEHELIN, Zürcher Kommentar, 1984, N. 13 *ad* art. 322d CO; REHBINDER, Berner Kommentar, 1983, N. 9 *ad* art. 322d CO; STREIFF/VON KAENEL, *op. cit.*, N. 5 *ad* art. 322d CO p. 232). L'autonomie privée – la «liberté contractuelle» – ne saurait justifier l'arbitraire dans l'attribution de cette prestation.

3.2.7 En l'espèce, l'appelante, selon ses propres dires, a versé la prime de fin d'année pour 2009 à L., un collègue de travail de l'intimé, *ainsi qu'à d'autres employés*. Dans ces conditions, et vu les principes dégagés, l'on voit mal pourquoi elle n'aurait pas dû être versée à l'intimé également.

3.2.8 La décision du Tribunal condamnant l'appelante à payer à l'intimé la somme de fr. 1000.– à titre de prime pour 2009 sera donc confirmée.

Arrêt communiqué par Me W. Gloor, avocat, Genève.

Cour de justice de Genève, Chambre des prud'hommes, Arrêt du 18 février 2011 (Annulation du jugement du Tribunal des prud'hommes du 14 avril 2010)

Art. 337 CO. Le refus, par une pharmacienne diplômée, de délivrer, en période de garde, une pilule contraceptive ne constitue en principe pas un juste motif de licenciement immédiat (c. 4). Le licenciement sur-le-champ de l'employée, sans chercher à clarifier la situation, et en présence de deux collègues, n'a pu qu'être préjudiciable à l'intéressée, déjà fragilisée par le mauvais état de santé de son mari. Elle a dû s'en trouver d'autant plus perturbée que, depuis son engagement, elle n'avait fait l'objet d'aucun grief et s'était vue, au contraire, rapidement et régulièrement confier des responsabilités. Ces éléments permettent de retenir que l'employée a subi un tort qui doit être compensé par l'allocation d'une indemnité de 15 000 fr., fondée sur l'art. 337c al. 3 CO (c. 9).

Extraits des faits:

E. SA est une société anonyme active notamment dans le domaine de l'exploitation de pharmacies en Suisse. Par contrat daté du 11 décembre 2006, elle a engagé T., pharmacienne diplômée, à dater du 1^{er} novembre 2006 et pour une durée indéterminée, en qualité de pharmacienne adjointe. Le contrat était pour le surplus soumis aux règles du code des obligations et au Règlement du personnel de E. SA, du 1^{er} avril 2006, qui était joint au contrat. Le 6 juin 2007, T. a été nommée pharmacienne co-responsable de la pharmacie de R., avec entrée en fonction le 15 juin 2007. Le délai de résiliation du contrat a été porté à six mois. Les heures supplémentaires devaient être compensées par du temps libre ou, si elles ne pouvaient pas l'être, annoncées à l'employeur, avec un justificatif, pour être indemnisées. Les autres clauses du contrat demeuraient inchangées. Le 15 novembre 2008, le lieu de travail de T. a été transféré à F.. Son salaire a passé à 8650 fr. brut versé 13 fois l'an. Les autres clauses du contrat demeuraient inchangées. En audience le 7 octobre 2009, T. a déclaré, sans être contestée, que son salaire mensuel brut avait finalement passé à 8770 fr. Le contrat du 11 décembre 2006 et ses avenants portent tous, pour E. SA, la signature de M., responsable des ressources humaines et de N. responsable des ventes pour la Suisse romande.

Le dimanche 22 février 2009, T. était de permanence dans les locaux de la pharmacie, qui fonctionnait comme pharmacie de garde ce jour-là. Vers 16 heures une cliente, X., accompagnée de son ami F., est venue acheter un contraceptif d'urgence («pilule du lendemain»). T. a préalablement voulu remplir un questionnaire relatif à la contraception d'urgence, mais il n'y en avait point dans la pharmacie. Elle a ensuite pris la cliente en aparté pour lui poser les questions usuelles. Compte tenu des réponses obtenues, T. a finalement refusé de délivrer le contraceptif demandé. Il s'en est suivi une vive altercation entre T. et F., ami de la cliente. Finalement, X. et F. se sont rendus dans une autre pharmacie où le médicament leur a été délivré rapidement, sans ordonnance, après quelques questions «de routine». Le jour de l'incident, soit le dimanche 22 février 2009, F. a adressé au Service du pharmacien cantonal un courrier portant la référence: «manquement grave d'une employée», dans lequel il relatait, tel qu'il les avait vécus et ressentis, les événements de l'après-midi. Il qualifie le comportement de la pharmacienne d'extrêmement impoli, de non professionnel et d'illégal et dit avoir été choqué de devoir étaler sa vie intime dans l'officine, de se faire menacer et «crier dessus» par une personne totalement hermétique à toute discussion raisonnée et insensible à la détresse psychologique et émotive dans laquelle son amie et lui se trouvaient alors. F. demandait que soient prises les mesures qui s'imposaient.

Lors de son audition du 9 décembre 2009 N. indiqué avoir reçu copie de ce courrier le 24 ou le 25 février 2009. Désirant clarifier la situation, il a décidé de convoquer T. et les deux pharmaciennes co-gérantes pour le

vendredi 27 février 2009, premier jour utile pour réunir ces personnes, qui les jours précédents étaient absentes et/ou indisponibles. La réunion a donc eu lieu le 27 février 2009 vers 09 h. 30. Selon N., T. avait expliqué n'avoir pas délivré le médicament parce qu'il n'y avait pas de formulaire à la pharmacie. Il lui avait alors rappelé que ce document n'était pas nécessaire et qu'en tout état elle aurait pu demander l'aide de ses collègues ou adresser les clients à la pharmacie Z.. Comme elle ne répondait pas à cela, N. a déclaré ce qui suit: *«j'ai décidé de la licencier avec effet immédiat en me basant sur la non dispensation d'un médicament en urgence, du fait que nous étions ce jour-là une pharmacie de garde. En outre ce médicament était délivré sans qu'il y ait besoin d'ordonnance pour faciliter la délivrance et éviter les complications, puisque le facteur temps joue un grand rôle»*. N. a ajouté que les arguments de T. à l'appui de son refus n'étaient pas justifiés, que son comportement avait mis en cause la crédibilité de la pharmacie, sans omettre l'urgence et la mise en danger de la cliente. Il affirme avoir notifié ce licenciement verbalement lors de la réunion du 27 février 2009 en ajoutant qu'une confirmation écrite suivrait. Selon lui, T. avait clairement compris le 27 février 2009 qu'elle était licenciée sur-le-champ car elle avait enlevé sa blouse blanche. Pour sa part, T. soutient n'avoir pas compris lors de la réunion du 27 février 2009 que N. la licenciait avec effet immédiat; il lui avait parlé d'une convention de sortie et à l'issue de la réunion elle était encore restée à son poste jusqu'à 12 h. 30 / 13 h. Devant la Cour d'appel, lors de l'audience du 15 septembre 2010, elle a toutefois indiqué avoir compris qu'on lui offrait trois mois de salaire et qu'on la dispensait désormais de venir travailler. A partir du vendredi 27 février 2009 après-midi T. n'est plus revenue travailler. Le 28 février 2009, elle s'est rendue auprès de son médecin qui a établi dès ce jour-là plusieurs certificats successifs, attestant d'une totale incapacité de travail, du 28 février 2009 au 30 septembre 2009.

Par lettre signature datée du 3 mars 2009, reçue le 6 mars 2009, E. SA a confirmé à T. son licenciement avec effet immédiat, en référence à l'entretien du 27 février 2009, en raison des faits graves qui lui étaient reprochés. Elle se déclarait toutefois prête à lui verser, à bien plaisir et compte tenu de sa situation, une indemnité représentant trois mois de salaire. La dénonciation de F. du 22 février 2009 était jointe en copie à ce courrier et T. était priée de bien vouloir communiquer au pharmacien cantonal ses observations avant le 6 mars 2009 à propos des griefs qu'elle comportait.

A réception, T. a consulté le Groupement transfrontalier européen à Annemasse, qui par courrier du 18 mars 2009, a contesté l'existence de justes motifs de licenciement avec effet immédiat. Le 14 avril 2009, elle a saisi la juridiction des Prud'hommes d'une demande tendant à l'annulation du congé, faute de justes motifs, et au paiement par E. SA de la somme de 67 392 fr. 90 à titre de complément de salaire, de salaire jusqu'au 30 avril 2009, d'indemnité pour vacances non prises et pour heures supplémen-

res en 2008 et en 2009 ainsi que d'une indemnité de 40 000 fr. pour tort moral. T. a par la suite amplifié ses conclusions initiales.

Dans un courrier du 22 mai 2009 le pharmacien cantonal, constatait que les parties divergeaient dans leur version des faits mais qu'il aurait incombé à T. soit de poser les questions adéquates à la cliente en l'absence de formulaire, soit de se faire faxer ce document par une des deux pharmacies ouvertes. Il concluait toutefois que – compte tenu du licenciement et de la procédure prud'homale subséquente – il n'entendait pas, à ce stade, donner une suite particulière à cette affaire.

Par acte déposé le 11 mai 2010 au greffe de la Cour d'appel des Prud'hommes, la société E. SA a appelé du jugement rendu le 14 avril 2010 par le Tribunal des Prud'hommes, qui la condamne à verser à son ancienne employée, T., au titre de salaire, pour la période de mars à novembre 2009 la somme totale de 69 891 fr. 95 en capital, avec les intérêts moratoires et, au titre de treizième salaire, indemnité pour vacances non prises et heures supplémentaires, la somme globale de 20 899 fr., 30, avec les intérêts moratoires. En substance, les premiers juges ont considéré que l'employeur était fondé à se prévaloir d'une faute grave de son employée pour résilier le contrat avec effet immédiat et qu'aucune indemnité fondée sur l'art. 337c al. 3 CO n'était due à cette dernière; toutefois, comme l'employeur avait tardé à notifier la résiliation, il restait tenu de verser le salaire et ses accessoires jusqu'au terme ordinaire du contrat. E. SA conclut à l'annulation de cette décision; elle soutient que le licenciement immédiat est justifié, qu'il n'est pas tardif et qu'elle ne doit plus aucun salaire ni prestations accessoires à l'employée. T. a formé appel incident dans ses écritures de réponse du 7 juillet 2010. Elle conclut globalement à la confirmation du jugement. En outre, elle maintient que l'indemnité fondée sur l'art. 337c al. 3 CO lui est due et elle réclame à ce titre – outre les postes qui lui ont déjà été alloués – la somme de 15 000 fr. correspondant à deux mois de salaire.

Extraits des considérants:

2.

L'art. 337 al. 1 CO donne aux parties le droit de résilier le contrat de travail avec effet immédiat lorsqu'elles ont de justes motifs pour le faire. 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 (art. 337 al. 2 CO). A teneur de la jurisprudence et de la doctrine que les premiers juges ont rappelées, à laquelle le Cour se réfère sans qu'il soit nécessaire de les citer à nouveau ici, la résiliation immédiate pour justes motifs constitue une mesure exceptionnelle, qui doit être admise de manière restrictive; seul un manquement particulièrement grave du travailleur justifie son licenciement immédiat; le juge apprécie librement l'existence de justes motifs

(art. 337 al. 3 CO), en prenant en compte toutes les circonstances, notamment la position et la responsabilité du travailleur. Si le manquement est moins grave, il ne peut entraîner une résiliation immédiate que s'il a été répété en dépit d'un ou de plusieurs avertissements préalables.

La partie qui résilie le contrat en invoquant de justes motifs doit le faire à bref délai, à défaut de quoi on peut admettre que la continuation des rapports de travail est possible jusqu'au terme ordinaire du contrat; d'une manière générale, un délai de réflexion de deux à trois jours ouvrables est présumé approprié, mais ce délai pourra être prolongé à titre exceptionnel, selon les circonstances, notamment si la décision de licenciement implique au préalable de clarifier le déroulement des faits (ATF 130 III 28 consid. 4.4; ATF 123 III 86 consid. 2.; ATF 4C.400/1992 du 14 décembre 1993 consid. 3b). Il appartient à la partie qui résilie le contrat de rapporter la preuve qu'elle a agi à temps (ATF 4C.419/1995 du 12 décembre 1996).

3.

En l'espèce, il ressort que l'instruction de la cause que le contraceptif d'urgence peut être délivré sans ordonnance médicale, mais que le pharmacien doit au préalable soit remplir avec la cliente le questionnaire circonstancié suggéré par PharmaSuisse, soit, a minima, poser à cette dernière des questions circonstanciées, afin de s'assurer s'il est adéquat ou non de délivrer le médicament.

T., en sa qualité de pharmacienne diplômée, était habilitée à procéder à ces vérifications et à décider, sous sa seule responsabilité, de délivrer ou non le médicament. Elle n'a du reste jamais reçu d'instructions particulières sur le comportement à tenir à ce sujet, que ce soit de la part de ses supérieurs et/ou de ses collègues, durant sa collaboration auprès de l'intimée. Aucun grief ne saurait lui être adressé pour avoir agi dans le cadre de ses compétences.

Il est possible, quoique non établi sur la seule base des déclarations du témoin M. que T. ait dirigé les demandes de la clientèle auprès de ses collègues et qu'il lui soit arrivé, par le passé, de refuser de délivrer le médicament. Ces faits, même s'ils étaient établis, n'auraient toutefois aucune pertinence pour la solution du litige; en effet, l'employeur – qui n'a pas relevé ni critiqué ces faits au moment où ils se seraient produits, et moins encore donné d'avertissement à l'employée – ne s'en prévaut pas à l'appui de son licenciement. Aucun grief ne saurait non plus être retenu contre elle sur la base des déclarations ci-dessus rappelées.

4.

Ainsi que l'a bien précisé N. en audience, la résiliation litigieuse est exclusivement consécutive aux événements du 22 février 2009 et les griefs sont les suivants:

- avoir refusé ce jour-là, en période de garde, de délivrer le médicament à X., ce qui décrédibilisait la pharmacie;
- n'avoir ensuite donné aucun motif à l'employeur pour justifier son refus.

4.1. Quant aux événements du 22 février 2009, il est acquis que l'appelante était de garde ce jour-là et qu'elle a refusé de délivrer le médicament. Il résulte de l'instruction qu'elle a préalablement voulu remplir le questionnaire relatif à la contraception d'urgence, qu'il n'y en avait point dans la pharmacie et qu'elle a pris la cliente en aparté pour lui poser les questions usuelles. Compte tenu des réponses obtenues – à savoir qu'elle ne pratiquait pas de contraception orale, qu'elle n'aurait pas été suivie sur le plan gynécologique et qu'elle n'avait pas fait de test de grossesse – la pharmacienne a opté pour un refus. Comme rappelé plus haut, elle a, ce faisant, usé d'une faculté qui lui appartenait. Les recommandations des autorités sanitaires et administratives préconisent, a minima, une investigation verbale de la part du pharmacien, qui en l'occurrence a eu lieu, et confèrent à celui-ci la décision, en dernière analyse, ce qui fut bien le cas. A ce stade de l'examen, aucun grief ne paraît devoir être adressé à l'intimée.

Considérant qu'il n'appartient pas au juge de décider si le refus de T. était justifié ou non sur le plan technique, les observations suivantes s'imposent tout de même: que le médicament soit en vente libre ne devrait pas avoir pour effet contrairement à ce que paraît laisser comprendre l'appelante – de contraindre le pharmacien à délivrer automatiquement le médicament, sauf à rendre tout simplement inutiles les recommandations susmentionnées. La Cour rappellera encore que le pharmacien cantonal s'est limité au constat que l'intimée aurait dû se faire faxer le questionnaire ou poser les questions adéquates à la cliente, mais il ne précise pas en quoi celles posées par l'intimée ne l'auraient pas été ou auraient été lacunaires. Enfin – si l'intimée ne reproche pas à T. – en tant que telle, l'altercation qui a eu lieu dans les locaux de la pharmacie l'après-midi du 22 février 2009 et qui ont opposé, en deux phases successives, l'appelante et F. – il sied tout de même de retenir que les deux protagonistes sont « sortis de leurs gonds », que l'absence d'une communication adéquate a probablement infléchi négativement la situation, et que l'intimée n'en porte pas seule la responsabilité. Il s'ensuit que son comportement le jour des faits ne constitue pas un juste motif de licenciement au sens de l'art. 337c al. 1 CO.

4.2. Quant à l'absence d'explications de la part de l'intimée pour justifier son refus de délivrer le médicament, il convient de rappeler que cette dernière a au contraire d'emblée expliqué qu'elle ne disposait pas du formulaire contenant les questions à poser d'une part, et que la délivrance du médicament devait être refusée compte tenu des réponses verbalement données par la cliente d'autre part. En réalité, le grief de E. SA paraît plutôt tenir au fait qu'elle n'est pas d'accord avec cette motivation et estime – semble-t-il – que la contraception d'urgence doit être délivrée de manière quasi-automatique. Comme déjà relevé ci-dessus, la Cour n'a pas à résoudre cette controverse, mais le fait qu'elle ait surgi entre les parties est un élément non négligeable. Or, en l'occurrence, à supposer que T. ait eu pour pratique de ne pas délivrer de contraceptif d'urgence, ce qui n'est pas avé-

ré, E. SA ne s'en est en tous cas pas soucée, ne lui en a jamais fait grief auparavant et n'a jamais cherché à concilier les points de vue sur cette question, voire à donner des instructions, dans l'optique, comme elle le soutient, de la crédibilité de son établissement. Elle ne saurait donc clore un débat au demeurant non dépourvu d'une certaine importance, et avant-même d'avoir cherché à l'ouvrir – par une mesure de licenciement avec effet immédiat.

Il résulte de tout ce qui précède que l'employeur ne possédait pas de justes motifs de licenciement avec effet immédiat. La question de la tardiveté de ce licenciement ne se pose ainsi pas et le congé doit être analysé comme un congé ordinaire (art. 335c CO).

5.

N. affirme avoir été clair lors de la réunion du vendredi 27 février 2009, en indiquant à T. qu'il la licencierait. La question de savoir si le précité avait ou non clairement indiqué qu'il s'agissait d'un licenciement avec effet immédiat n'a plus d'objet au vu des considérants qui précèdent. L'employée admet pour sa part avoir bien compris lors de cette discussion qu'elle était licenciée. Elle a en effet indiqué en audience devant la Cour d'appel le 15 septembre 2010 qu'elle avait compris qu'on lui donnait trois mois de salaire et qu'elle était dispensée de venir travailler. Le licenciement est ainsi valablement intervenu, verbalement, dans la matinée du vendredi 27 février 2009, et devait prendre effet au 31 août 2009, pour tenir compte du délai de résiliation convenu, de six mois (art. 9 al. 2 de l'avenant au contrat de travail daté du 6 juin 2007).

Toutefois, selon les certificats médicaux versés au dossier, l'employée s'est trouvée en incapacité de travail dès le lendemain 28 février 2009, et jusqu'au 30 septembre 2009. Cette circonstance a pour effet de suspendre le délai de congé (art. 336c al. 3 in fine CO). Comme l'employée se trouvait dans sa troisième année de travail lorsque le licenciement est intervenu, le délai de suspension, qui correspond à l'obligation de l'employeur de verser le salaire durant une période d'incapacité de travail non fautive de l'employé (art. 324a CO) est de deux mois selon l'échelle de Berne (FAVRE/MUNOZ/TOBLER, Code annoté du contrat de travail, Lausanne 2010, Annexe III p. 1013). Par conséquent le congé a pris effet au 31 octobre 2009.

(...)

9.

A teneur de l'art. 337c al. 3 CO lorsque la résiliation immédiate est injustifiée CO le juge peut condamner l'employeur à verser au travailleur une indemnité dont il fixera librement le montant, compte tenu de toutes les circonstances; cette indemnité ne peut toutefois dépasser le montant correspondant à six mois de salaire du travailleur. Il s'agit d'une pénalité infligée à l'employeur en raison de l'atteinte que le congé immédiat injustifié a fait subir aux droits de la personnalité du travailleur et qui doit être proportionnée à cette atteinte. Bien que la loi dispose que le juge «peut» in-

fliger cette pénalité, son allocation est en réalité la règle et son refus l'exception. Le juge en fixe librement le montant, dont le maximum correspond à six mois de salaire, en tenant compte de toutes les circonstances (FAVRE/MUNOZ/TOBLER, op.cit. note 3.1 ad art. 337c CO, p. 361, ainsi que la doctrine et la jurisprudence citées).

En l'espèce, il convient de prendre tout d'abord en considération le fait que l'employeur aurait dû à tout le moins entendre les explications effectivement fournies par T. à propos de son refus de délivrer le contraceptif d'urgence, examiner les divergences d'optique apparues entre eux à ce propos, clarifier la situation et, le cas échéant, attendre la prise de position du pharmacien cantonal, puisque celui-ci avait été saisi par F.. Au lieu de cela il a tout simplement écarté les explications de l'employée, optant pour la licencier sur-le-champ, en présence de deux collègues. Cette manière de faire, drastique et expéditive, n'a pu qu'être préjudiciable à la précitée, déjà fragilisée à ce moment-là en raison de l'état de santé de son mari. Elle a dû s'en trouver d'autant plus perturbée que, depuis son engagement en décembre 2006, elle n'avait fait l'objet d'aucun grief et s'était au contraire vu rapidement et régulièrement confier des responsabilités. Ces éléments permettent de retenir que l'intimée a subi un tort qui doit être réparé par l'allocation d'une indemnité de 15 000 fr. fondée sur l'art. 337c al. 3 CO.

10.

Le jugement déferé sera annulé et E. SA devra verser à T. les montants suivants, bruts, sous déduction des charges sociales, légales et usuelles, avec un intérêt à 5% l'an à la date moyenne du 1er juillet 2009: salaire 64 398 fr. 90; 13^{ème} salaire, 7125 fr. 50; heures supplémentaires 2371,60; vacances 12 436 fr. 65; indemnité selon l'art. 337c al. 3 CO 15.000 fr.

Arrêt communiqué par Me W. Gloor, avocat, Genève.

Cour de Justice de Genève, Chambre des prud'hommes, Arrêt du 14 octobre 2011 (Confirmation du jugement du Tribunal des prud'hommes du 26 novembre 2010)

Art. 319 CO. Groupe de sociétés. Le droit suisse ne distingue pas entre employeur «formel» et employeur «matériel». Est employeur la personne physique ou morale qui, en vertu d'un contrat de travail, a droit aux prestations du travailleur, est habilitée à lui donner des directives, et assume tous les droits et obligations découlant de ce rapport contractuel (c. 2.1.2). Un groupe de sociétés, bien que caractérisé par le phénomène d'une direction unique, n'a jamais, en droit suisse, qualité d'employeur en tant que tel. Est employeur la société qui a engagé le travailleur, peu importe qui paye le salaire (c. 2.1.3).

Art. 321a et 340 CO. Seule la société du groupe qui a qualité d'employeur peut faire valoir, à l'encontre du travailleur, les droits et obligations découlant du contrat de travail, et notamment le droit de ré-

clamer le respect de l'obligation de fidélité ou le respect d'une clause d'interdiction de concurrence (c. 2.2). Certes, l'exercice de ces droits peut être délégué à une autre société au sein du groupe. Toutefois, si telle est l'intention des parties, il faut que le contrat de travail le prévoie expressément (c. 2.2.1).

Art. 321a CO. L'obligation de fidélité n'interdit pas au travailleur, une fois le contrat résilié, de préparer son avenir professionnel. Il peut, déjà durant le préavis, prendre des dispositions pour une activité ultérieure, pour autant qu'il ne commence pas à concurrencer, par une activité concrète personnelle ou par entité interposée, son employeur avant la fin du contrat. Cela vaut même pour un cadre dirigeant (c. 5.2). Ainsi, le fait, pour un employé licencié ou démissionnaire d'informer la clientèle, notamment celle qu'il avait déjà apportée lui-même, de son départ imminent ne constitue pas une violation du devoir de fidélité (c. 5.2.2). En revanche, constitue une grave violation du devoir de fidélité du travailleur le fait de débaucher ou tenter de débaucher, *pendente contractu*, la clientèle de l'employeur (c. 5.2.1).

Art. 340a al. 1 CO. A l'instar d'une clause de non-concurrence usuelle, une clause de prohibition de débauchage de clients doit être limitée convenablement quant au lieu, quant au temps et au genre d'affaires (c. 5.3.1). Selon la doctrine, la clause doit être limitée à une durée de six mois à compter de la fin des rapports de travail. En effet, passé ce délai, la clientèle aura soit suivi l'employé parti, ou s'être laissée fidéliser par le successeur au poste de ce dernier (c. 5.3.2). Il faut aussi tenir compte du fait que la clause de non-sollicitation de clientèle est inopérante là où l'ex-employé a «débauché» des clients qu'il avait lui-même apportés à son ex-employeur, et qui lui étaient attachés en raison de ses qualités et compétences professionnelles (c. 5.3.3). Enfin, selon l'art. 340c al. 3 CO, la clause tombe *ex lege* lorsque le travailleur a résilié le contrat de travail pour un motif justifié imputable à l'employeur (c. 5.3.4).

Extraits des faits:

E. SA a pour but social «toutes activités dans le domaine de la propriété intellectuelle et industrielle, notamment dans le domaine des marques, des designs, des brevets, des noms de domaines, des raisons sociales et du droit d'auteur». Elle est contrôlée par R. Quant à Me Z., avocat au Barreau de Genève, il en est co-actionnaire. Par e-mail du 17 octobre 2008, E. SA, par la plume de R., a soumis à T. un texte intitulé «Projet de collaboration». Il évoquait la conclusion d'un contrat de travail. Par e-mail du 17 novembre 2008, E. SA, toujours sous la plume de R., a fait parvenir à T. un document intitulé «lettre d'intention (projet No 1)», ayant ce contenu-ci:

«Il est préalablement exposé ce qui suit: E. est un cabinet de conseil en propriété intellectuelle actif en Suisse et le reste du monde en matière

de marques, modèles, brevets, nom de domaines et droits d'auteur, créé en 1987; T. a travaillé pendant de nombreuses années dans le domaine des brevets et a ainsi acquis une large expérience dans ce domaine spécialement dans la gestion administrative des brevets; T. a mis au point un business model exclusif consistant à proposer à des clients dans le domaine des brevets un service très spécialisé de gestion administrative des brevets (ci-après dénommé le «Business Model», annexé comme pièce 1); T. a proposé à E. de vendre son Business Model et de l'exploiter ensemble dans le cadre d'une nouvelle société anonyme suisse dénommée GY SA (ci-après G.), dans laquelle elle participera au capital-actions à concurrence de 30%; E. étant intéressée à cette association, les parties décident qu'elles s'engageront comme suit: E. s'engage à constituer dès novembre 2008 G. avec un capital actions de CHF 100 000.– entièrement libéré avec des actions au porteur uniquement; E. s'engage à acheter à T., qui accepte de vendre, le Business Model pour un prix fixé à CHF 30 000.– qui seront versés directement sur le compte de consignation ouvert auprès du Credit Suisse à Genève et qui permettra à T. de souscrire 30% du capital-actions de G., 70% étant souscrits par E., en vue de constituer le capital; E. s'engage à ce que G. conclue avec T. un contrat de travail pour un salaire annuel de CHF 110 000.–, qui déploiera ses effets dès le 1^{er} janvier 2009; E. s'engage à concéder à G. une licence pour permettre à cette dernière d'exploiter le Business Model et G. paiera à E., pendant trois ans, une redevance de CHF 30 000.– en contrepartie de cette concession de licence, soit CHF 10 000. par année. Dès la quatrième année, cette licence sera gratuite; E. s'engage à ce que T. siégera à titre d'administratrice de G. avec signature collective à deux, aux côtés de M. R. qui sera président et aura une signature individuelle dans G.; E. s'engage à ce que G. rachète à T. la clientèle apportée par cette dernière à G. selon une contrepartie financière de 2,5%, calculés sur le chiffre d'affaires apporté (soit les montants facturés aux clients, payés par ces derniers, hors TVA), payable pendant 5 ans. Le délai de 5 ans court pour chaque client à compter de l'émission de la 1^{ère} facture adressée au client concerné; E. s'engage à ce que G. verse à T. une commission de 10% annuelle sur le bénéfice net de G., avant impôts et avant distribution des dividendes; E. s'engage à verser à T. une commission de 5% calculée sur le chiffre d'affaires apporté par T. à E. (hors TVA) pour des mandats en matière de marques et designs (pour autant que les factures soient payées), payable pendant 3 ans. Le délai de 3 ans court pour chaque client à compter de l'émission de la 1^{ère} facture adressée au client concerné; E. s'engage à ce que G. donne à T. des dividendes issus de l'actionnariat de cette dernière dans sa filiale, au prorata de ses actions; E. s'engage à signer avec T. une convention d'actionnaires qui prévoira des dispositions en vue d'accorder aux actionnaires, en cas de vente de leurs actions, au pro rata de leurs actions, des droits de préemption, des droits d'emption et la mise en place d'un système visant à éviter la dilution d'un actionnaire en cas d'augmentation du capital. Cette

convention précisera également la volonté des actionnaires dans la pérennité de G. en particulier dans la constitution préalable de réserves, au-delà des réserves légales, avant la distribution de bénéfices après impôts. Enfin, les parties acceptent que les 30% des actions souscrites par T., dans l'hypothèse où elle désire les vendre dans les 3 prochaines années après la constitution de G. soient achetées par E. pour CHF 10 000.– pendant la première année, CHF 20 000.– la seconde année, et CHF 30 000.– la troisième année, ceci indépendamment de la valeur compatible et commerciale de G.. Après cette période, en cas de vente d'actions, la valeur de celles-ci sera calculée selon les critères usuels en matière de valorisation d'entreprises; Les engagements pris par les parties deviendront exécutoires et obligatoires à la condition que le premier client apporté par T., K., signe un mandat pour la gestion administrative des brevets avec G. pour une période de trois ans. En l'absence de ce mandat d'ici au 31 décembre 2008, chacune des parties renoncera à ses engagements et obligations réciproques, les frais encourus pour la constitution de G. étant exclusivement supportés par E.».

Ce document était précédé d'une lettre d'accompagnement de R., comportant le paragraphe que voici: *«Je vous laisse le soin de lire ce projet et de me faire part de vos commentaires. Vous observerez que pour le surplus, j'ai repris les conditions financières mentionnées dans mon e-mail du 17 octobre 2008.»* Dans l'intention de R., cette «lettre d'intention» constituait une offre ferme, sous réserve de l'art. 11; dans son idée, elle n'était pas sujette à une acceptation par écrit. T. n'a pas réagi. Elle a néanmoins consulté un avocat au Valais; ce dernier lui a déconseillé d'accepter cette offre – l'analysant comme simple lettre d'intention. Pour elle, la négociation n'était pas terminée; ce texte n'était qu'un projet, et ce qu'elle attendait, c'était un «contrat de collaboration», non pas sous forme d'un contrat de travail, mais sous la forme d'une convention d'actionnaires réglant tous les aspects de la collaboration, tels que l'achat du business model.

Par contrat écrit du 22 décembre 2008, T. a été engagée par E. SA, pour une durée indéterminée, et ce en qualité de *Responsable de l'administration des brevets*. E. SA était représentée par R., administrateur, disposant signature individuelle. Les parties sont notamment convenues d'un salaire annuel brut de 110 000 fr., payable en 12 mensualités, d'un horaire hebdomadaire de 40 heures. Le contrat, rédigé par l'employeur, contient en outre la clause suivante: *«Art. 6 Interdiction de sollicitation de la clientèle. Mme T. est consciente que dans le cadre de ses activités, elle sera en contact avec la clientèle de E. SA, ce qui constitue un secret d'affaires. A l'expiration des rapports de travail, Mme T. s'interdira d'entretenir de quelconques relations d'affaires avec la clientèle de E. SA, en particulier de solliciter ou faire solliciter ladite clientèle afin de quitter E. SA»*. Les rapports de travail ont commencé le 1^{er} janvier 2009.

Par courrier recommandé, daté et expédié le 25 mai 2009, T. a notifié à E. SA la résiliation de son contrat de travail pour fin juin 2009. Dans un

second courrier recommandé, également daté et expédié le 25 mai 2009, T. a communiqué à E. SA, attn. M. R., les motifs du congé en ces termes: *«Je me réfère à nos discussions des mois d'octobre et de novembre derniers, ainsi qu'aux projets de lettre d'intention que vous m'aviez fait parvenir par e-mail les 17 octobre 2008 et 17 novembre 2008. Malgré mes nombreuses tentatives, vous n'avez jamais trouvé le temps d'organiser un rendez-vous qui nous aurait permis de discuter du contenu de ces e-mails et de préparer un accord de collaboration, [e-mails] auxquels je tiens à préciser que je n'ai jamais mon accord. De même, je ne peux que constater que vous n'avez, de votre côté, pas exécuté les engagements principaux qui étaient les vôtres, en particulier l'acquisition de mon business model, sa licence, la mise à disposition de 30% du capital action de G. en ma faveur, etc. En conséquence de quoi, en l'absence de tout contrat nous liant [i.e. autre que le contrat de travail], et compte tenu des manquements dans vos engagements, je souhaite par la présente vous informer de mon souhait de mettre un terme immédiat à toute discussion en vue d'une collaboration future au projet susmentionné.»*

Par acte déposé au Greffe de la Juridiction des Prud'hommes en date du 13 juillet 2009, T. a assigné E. SA en paiement de 12 571 fr. 54, à titre de salaire du mois de juin 2009, d'indemnité pour vacances non prises et de «remboursement d'avance de frais fait à G. SA». Par mémoire-réponse du 17 septembre 2009, E. SA a reconnu devoir le montant de 12 571 fr. 54, tout en mettant en doute sa légitimation passive et affirmant que l'employeur réel de la demanderesse était G. SA. Par ailleurs, E. SA a formé une demande reconventionnelle d'un montant de 804 478 fr. 46, et ce sur la base d'une cession de créance en dommages-intérêts *non-chiffrée*, effectuée, le même jour, en sa faveur, par G. SA. Par jugement du 26 novembre 2010, le Tribunal a condamné E. SA à verser à T. la somme *«brute»* de 12 571 fr. 54, plus intérêts. Il a débouté les parties pour le surplus. Par mémoire daté du 30 décembre 2010 et déposé ce même jour à l'office postal, E. SA a formé appel contre le jugement. L'appelante a conclu à l'annulation du jugement entrepris et à la condamnation de T. au paiement de 541 234 fr. 40, avec intérêts, et au déboutement de cette dernière de toutes ses conclusions.

Extraits des considérants:

2.

2.1 Il convient d'abord d'examiner la question de l'identité de l'employeur de l'intimée, et partant, sa légitimation active et passive dans la présente procédure. L'appelante laisse en effet entendre que l'employeur *«réel»* de l'intimée serait sa filiale G. SA.

2.1.1 La question de la légitimation active et/ou passive d'une partie au procès relève du droit matériel, et le juge l'examine d'office.

2.1.2. Le droit suisse ne distingue pas entre employeur formel et employeur «matériel». Est employeur la personne physique ou morale qui, en vertu d'un contrat de travail, a droit aux prestations du travailleur, est habilité à lui donner des directives, et assume tous les droits et obligations découlant de ce rapport contractuel (ATF 4C.158/2002 du 20.8.2002 cons. 2.3 = JAR 2003 p. 181).

2.1.3. Un groupe de sociétés («Konzern»), bien que caractérisé par le phénomène d'une *direction unique* (cf. art. 663 e al. 1 CO), n'a jamais, en droit suisse, qualité d'employeur en tant que tel (ATF 4C.158/2002 du 20.8.2002 cons. 2.3 in: JAR 2003 p. 181; Heiz, *Das Arbeitsverhältnis im Konzern*, Berne, 2005, p.34). Est employeur la société qui a engagé le travailleur, peu importe qui paye le salaire (OG ZH du 17.11.2007 in: ZR 2010 N^o. 31). Le travailleur peut cependant être détaché dans une autre société du groupe et corollairement, le droit de donner les directives (art. 321 d CO) être délégué à cette dernière, néanmoins, le délégataire de ce pouvoir ne devient pas pour autant l'employeur du travailleur détaché (ATF 4C.158/2002 du 20.8.2002, cons. 2.4.; STREIFF/VON KAENEL, *Arbeitsvertrag*, Zurich, 2006, N. 8 ad art. 321 d CO; DRUEY/VOGEL, *Das schweizerische Konzernrecht in der Praxis der Gerichte*, Zurich, 1999, p. 242 N. 6). Il peut même y être détaché pour en assumer la direction et/ou y siéger au conseil d'administration (ATF 130 III 213; ATF 4A_454/2007 du 5.2.2008 in JAR 2009 p. 189; SCHILDKNECHT, *Arbeitnehmer als Verwaltungsräte abhängiger Konzerngesellschaften*, Berne, 1997, p. 30).

2.1.4. C'est le cas d'espèce. L'intimée a été recrutée et engagée par l'appelante; il n'a pas été affirmé, ni davantage établi, que l'intimée aurait conclu – le 22 décembre 2008 – le contrat de travail avec la filiale G. SA. Certes, cette idée avait été articulée dans la lettre d'intention de l'appelante du 17 novembre 2008 mais, d'entente entre les parties, ce point avait été laissé tombé le 22 décembre 2008. La conclusion du contrat entre l'intimée et l'appelante reflétait, du reste, leur commune et réelle volonté (art. 18 al. 1 CO), et ne procède pas d'un acte simulé (art. 18 al. 2 CO) ou d'un vice de volonté (arts. 23 ss CO).

2.1.5. Il n'a pas davantage été allégué, ni établi que l'appelante et sa filiale G. SA formaient, lors de la conclusion du contrat de travail du 22 décembre 2008, une société simple (art. 533 ss CO), conférant ainsi à chacune la qualité de co-employeur (réticent sur cette figure dans un groupe de sociétés: ATF 4C.217/2003 du 29.1.2004 cons. 3.1–3.4), ou que la société-mère aurait agi en représentation directe de la fille (art. 32 CO), ou encore, qu'elle aurait inséré, dans ledit contrat, une stipulation pour autrui [i. e. G. SA] parfaite (art. 112 al. 2 CO).

2.2. Seule la société du groupe qui a qualité d'employeur peut faire valoir, à l'encontre du travailleur – ce dernier fût-il détaché au sein d'une filiale – les droits et obligations découlant du contrat de travail (p. ex. le droit de résilier le contrat, le droit de réclamer le respect de l'obligation de fidélité (art. 321a CO) ou le respect d'une clause de prohibition de faire

concurrence (340a–340c CO) (cf. ZÜRCHER FAUSCH, Konkurrenzverbote in Konzernverhältnissen, Berne, 2007, p. 62, p. 65 et p. 114).

2.2.1. Le droit de donner des directives – on l’a vu – peut être délégué à une autre société au sein d’un groupe de sociétés. Il en va de même du droit d’exiger la fidélité (art. 321 a CO; cf. ATF 4C.95/2004 du 28.6.2004 cons. 3.2.2. = ARV/DTA 2004 p. 165; incertain encore: ATF 130 III 213 cons. 2. 2), et, cas échéant, du droit d’exiger le respect d’une clause de non-concurrence. Toutefois, si telle est l’intention des parties, il faut que le contrat de travail le prévoie expressément (cf. ATF 4C.95/2004 du 28.6.2004 cons. 3.2.2; STREIFF/VON KAENEL, N. 8 ad art. 321 d CO; ZÜRCHER FAUSCH, op. cit., p. 165; NEERACHER, Das arbeitsvertragliche Konkurrenzverbot, Bern, 2001, p. 55; RUDOLPH, Sorgenkind Konkurrenzverbot in: TREX, Der Treuhandexperte/L’expert fiduciaire 2/2010 p. 91 et p. 97).

2.2.2. En l’espèce, le contrat de travail entre l’appelante et l’intimée ne contient pas de clause étendant au profit de G. SA le devoir de fidélité du travailleur (art. 321a CO), le droit de donner des directives (art. 321d CO), le droit de réclamer des dommages-intérêts sur la base de l’art. 321e CO ou le droit de réclamer le respect de la clause de non-concurrence (art. 340a–340c CO).

2.2.3. Par conséquent, seule l’appelante – et non pas G. SA – est habilitée à faire valoir des droits découlant du contrat de travail conclu avec l’intimée.

2.3. G. SA, laquelle, à la lecture des écritures de l’appelante de première et deuxième instance cantonale, s’estime «*employeur réel*» de l’intimée, conscience de ce problème, a pris soin de céder à l’appelante ses «*prétentions fondées sur les art. 321e et 41 CO*». Par ailleurs, la cédante ne s’est pas donné la peine de chiffrer, dans l’acte de cession porté à la connaissance de l’intimée cessionnaire, les prétentions en dommages-intérêts dont elle se dit titulaire.

2.3.1. En principe, la validité, à la forme, d’une cession de créance suppose, entre autres, – en tout cas lorsqu’il ne s’agit pas d’une créance future et incertaine – l’indication, dans l’acte de cession, du *montant* de la créance cédée (Engel, Traité des obligations en droit suisse, 2^e éd., Berne, 1997, p. 877). Toutefois, de l’avis du Tribunal fédéral il suffit que la créance cédée soit *déterminable* («*bestimmbar*») (ATF 122 III 361 cons. 4c; 113 II 163 cons. 2a p. 165; cf. SPIRIG, Zürcher Kommentar, 1993, N. 27 ad art. 165 CO). Lorsqu’il est question de créances au pluriel, le cédant doit les *individualiser* (ATF 4A_125/2010 du 12.8.2010 cons. 4.2; 5A_567/2010 du 4.11.2010 cons. 2.2.). Il est constant par ailleurs qu’elle doit indiquer le *fondement juridique* de la créance ou des créances cédées (ATF 4A_125/2010 du 12.8.2010 cons. 3.2).

2.3.1.1. La question de savoir si, en l’espèce, l’acte de cession du 17 septembre 2009 satisfait à ces exigences de forme – ce qui paraît douteux – peut cependant rester ouverte, et ce pour les raisons suivantes.

2.3.2 *Nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet*. N'étant pas employeur de l'intimée, G. SA ne pouvait valablement transférer à l'appelante une créance à l'encontre de l'intimée en dommages-intérêts basée sur l'art. 321e CO. Corollairement, l'appelante ne saurait faire valoir avec succès à l'encontre de l'intimée, sur la base d'une telle cession, une créance en réparation d'un dommage, survenu auprès d'un tiers non-employeur, créance que ce tiers fonde sur l'art. 321e CO.

2.3.3 En revanche, la cession paraît matériellement valable dans la mesure où la créance alléguée se fonde sur l'art. 41 CO (responsabilité aquilienne pour violation d'une norme de protection générale).

2.3.4. La question de savoir si une juridiction spécialisée – telle que les Prud'hommes – est matériellement compétente pour connaître d'une créance cédée par un tiers et qui ne relève pas du contrat de travail (art. 319 CO) peut rester ouverte (pour: DIETSCHY, Les conflits de travail en procédure civile suisse, Bâle, 2011, p. 16 N^o. 18; contra: CAPH, Gr. X, 8.2.1983 [se référant à l'art. 1 LJP] in: Aubert, 400 arrêts sur le contrat de travail, Lausanne, 1984, N^o. 375).

2.3.5. On peut, à tout le moins douter, que le juge de travail serait compétent, fût-ce directement ou sur la base d'une cession de créance, pour examiner une prétention en rapport avec une violation alléguée de l'obligation de diligence et de fidélité d'un membre du conseil d'administration (art. 717 al. 1 CO). La question ne se pose pas en l'espèce.

3.

3.1. Il convient d'examiner le contenu du *nexus contractuel* entre l'appelante et l'intimée.

3.1.1. L'appelante et l'intimée sont liées par le contrat de travail du 22 décembre 2008. Les deux parties sont cependant également concernées par la «lettre d'intention» de l'appelante du 17 novembre 2008.

3.1.2. Dans ce document du 17 novembre 2008, l'appelante a pris, dans le cadre d'une «offre» adressée à l'intimée une série d'engagements clairs; cette offre n'était pas sujette à une acceptation immédiate, ni à une acceptation par écrit; elle était cependant assujettie à une condition suspensive: les engagements pris seraient «exécutoires et obligatoires» à la condition que le premier client apporté par l'intimée – à savoir K. SA – signe un mandat pour la gestion administrative des brevets avec G. SA pour une période de trois ans».

3.1.3. Interprété selon le principe de la confiance (DESSEMONTET, in: Thévenoz/Werro, Code des obligations I, Bâle, 2003, N. 9 ad art. 1 CO), le comportement subséquent de l'intimée, destinataire de ce document, ne laisse planer aucun doute sur le fait qu'elle a *accepté* (art. 1 CO) l'offre, aux conditions y énoncées, de l'appelante. Si elle avait voulu s'opposer à cette offre, la bonne foi aurait commandé qu'elle le manifestât sans tarder, et clairement (cf. ATF 118 II 32 cons. 3.c = JdT 1993 I 387).

3.1.4. Du reste, le comportement ultérieur des *deux* parties confirme qu'elles ont entendu conférer au document du 17 novembre 2008 des effets de droit, soit donc la valeur d'un engagement contractuel (art. 1 CO).

3.1.5. Preuve en est que les deux parties ont commencé l'exécution de certains points *sine qua non* stipulés dans ce document. L'appelante, conformément à ces engagements, a créé la société filiale G. SA; l'intimée, informée de cette démarche, a été nommée, avec son consentement, au conseil d'administration de celle-ci avec signature collective à deux. L'intimée de son côté, sans plus attendre la conclusion d'une autre convention [contrat de travail, convention d'actionnariat, contrat d'achat/vente du «business modèle»], a apporté à G. SA la société K. SA; par ailleurs, cette société a conclu le contrat de mandat escompté. La condition suspensive liée à l'offre était donc remplie. Sur ce, l'appelante – certes en lieu et place de G. SA – a conclu, le 22 décembre 2008, un contrat de travail avec l'intimée.

3.1.6. Ce contrat de travail entre l'appelante et l'intimée s'insère à l'évidence dans le cadre global de leur accord du 17 novembre 2008; sa raison d'être prenait sa source dans la bonne et fidèle exécution de l'accord global.

4.

4.1. Il convient à présent d'examiner les bases contractuelles et légales de l'action en réparation de l'appelante à l'encontre de l'intimée («Anspruchsgrundlagen»).

4.2. L'appelante reproche à l'intimée, dans un premier moyen, d'avoir grossièrement violé son devoir de fidélité à l'égard de son employeur (art. 321a CO) en débauchant, *pendente contractu*, K. SA, sa cliente. Par conséquent, elle se prévaut de l'art. 321e CO pour fonder sa prétention en dommages-intérêts.

4.2.1. Ce moyen tombe à faux, car l'intimée n'a pas apporté K. à l'appelante, mais à G. SA. L'appelante ne saurait donc faire grief à l'intimée de lui avoir débauché une cliente, fût-ce *pendente contractu*.

4.3. L'appelante reproche à l'intimée, dans un second moyen, d'avoir violé son devoir de fidélité, et, partant, lui avoir causé le dommage allégué, en instruisant, par un e-mail circulaire du 25 mai 2009, ses agents de brevets de transmettre dorénavant copie de toutes correspondances et factures directement à K. SA.

4.3.1. Sans aucun doute, l'initiative incriminée de l'intimée était saugrenue, voire incompatible avec son devoir de fidélité. Cela étant, les *agents de brevets* à l'étranger n'étaient pas clients de l'appelante, ni de G. SA, ni encore de K. SA. Il s'agissait de prestataires de services (*Dienstleistungsanbieter*), non pas de consommateurs de services (*Dienstleistungsabnehmer*).

4.4. L'appelante reproche à l'intimée, dans un troisième moyen, d'avoir violé la clause contractuelle lui interdisant de solliciter sa clientèle («Kundenschutzklausel»).

4.4.1. Ce moyen tombe à faux: En effet, à supposer que l'intimée ait débauché K. SA, ce qu'elle conteste (*cf infra*), cette société n'était pas la cliente de l'appelante.

4.5. L'appelante reproche à l'intimée, dans un dernier moyen, d'avoir violé des normes de protection générale (ATF 121 III 350, 354), notamment les art. 158 CPS (gestion déloyale) et l'art. 4 let. a LCD (incitation d'un client à rompre un contrat en vue de conclure un autre avec lui) – ce qui constitue un acte illicite au sens de l'art. 41 CO et fonde une prétention *ex delictu* en-réparation du dommage subi. Elle se prévaut, à ce propos; de la cession de créance, faite en sa faveur, par G. SA, en date du 17 septembre 2009.

4.5.1. Les autorités de poursuite pénales, saisies par G. SA, ont classé sa plainte faute de prévention suffisante. Certes, le juge civil n'est pas lié par les conclusions du Ministère public, ni par le jugement d'une Chambre d'accusation ou d'un Tribunal pénal (cf. art. 53 CO). Il procède à sa propre appréciation.

4.5.2. En l'espèce, l'intimée occupait certes une position de gérante, au sens de l'art. 158 CP, de G. SA. Mais il n'a pas été prouvé, à satisfaction de droit (art. 8 CC), qu'elle ait, durant son mandat à la direction de cette société, incité K. SA à rompre le contrat de mandat avec G. SA. Selon le témoin N., elle s'était bornée, fin mai 2009, à l'informer de son départ pour fin juin 2009. K. SA a pris sa décision de mettre fin au contrat de mandat la liant à G. SA sur sa propre initiative, en considérant certes qu'avec le départ de l'intimée, une condition essentielle justifiant la poursuite du mandat n'était plus remplie. Mais, le fait, pour l'intimée, d'avoir prévenu la cliente de son départ ne constitue assurément pas un acte de gestion déloyale au sens de l'art. 158 CPS, ni d'ailleurs une violation de l'art. 4 ch. 4 LCD.

4.5.3. Quant à l'art. 4 let. a LCD plus particulièrement, cette norme suppose que le tiers «incité» ait *rompu* le contrat («Vertragsbruch»), c'est-à-dire ait mis fin à ses relations contractuelles, abruptement, sans justes motifs, en violation, cas échéant, de règles contractuelles ou légales relatives au délai de résiliation (ATF 133 III 431 cons. 4.5 = JdT 2008 I 34; 129 II 497 cons. 6.5.6; 122 II 469 cons. 8 a; TC NE RJN 1998 p. 150; BAUDENBACHER, Lauterkeitsrecht, Bâle, 2001, p. 688; Guyet, in: Von Büren/David, Wettbewerbsrecht, SIWR V/1, Bâle, 1994 p. 169). En l'occurrence, et à supposer qu'un contrat de mandat, en dépit du texte clair et du caractère impératif de l'art. 404 al. 1 CO, ne puisse pas être révoqué en tout temps (cf. ATF 98 II 305 = JdT 1973 I 56), force serait de constater que les parties à ce contrat avaient *texto* prévu la possibilité d'y mettre fin prématurément en cas de survenance d'une «raison grave», et ce sans dédommagements. Or, K. SA avait confié le mandat à G. SA en considération notamment de l'intimée («*intuitu personae*» en charge du dossier) et de son fort intéressant «business modèle» dans la gestion administrative de ses brevets. A l'évidence, le départ de l'intimée, chargée de l'administration

des brevets et à l'origine d'un «business modèle» fort intéressant. Pour cette cliente, le départ de l'intimée constituait une «*raison grave*» pour mettre un terme prématuré au mandat. Par conséquent, il n'y a pas eu *Vertragsbruch* au sens de l'art. 4 let. a LCD, mais résiliation conforme à la loi (art. 404 al. 1 CO) et à la cautèle finale du contrat de mandat.

4.5.4. Par ailleurs, la violation d'une clause de prohibition de faire concurrence au sens de l'art. 340a–c CO ne constitue pas forcément une violation de la loi sur la concurrence déloyale (cf. OG BE, 29.5.2009 in: JAR 2010 p. 437 cons. 3.1).

4.5.5. Quant à l'art. 41 al. 2 CO – qui fonde une responsabilité délictuelle pour faits contraires aux bonnes mœurs – il vise surtout les comportements chicaniers, servant exclusivement ou au moins principalement, à nuire autrui (ATF 124 II 297 = JdT 1999 I 268). En principe – et sous réserve de l'art. 4 let. a LCD–, n'engage pas sa responsabilité délictuelle celui qui incite quelqu'un à violer une obligation contractuelle (ATF 52 II 370 = JdT 1927 I 258; 114 II 91 cons. 4 a), à moins qu'il ait agi dans une intention juste de nuire (GROSSEN, La responsabilité du tiers complice de la violation d'un contrat in: Festschrift Schönenberger, Fribourg, 1968, p. 12; BREHM, Berner Kommentar, 2006, N. 255 ad art. 41 CO).

5.

5.1. A supposer que l'on fasse abstraction de la présence de deux entités dans ce dossier – E. SA et G. SA – et que l'on traite cette dernière comme simple département de l'appelante, force serait de considérer ce qui suit.

5.2. *L'obligation de fidélité (art 321a CO)* n'interdit pas au travailleur, une fois le contrat résilié, de préparer son avenir professionnel. Il peut, déjà durant le préavis, prendre des dispositions pour une activité ultérieure, p. ex. fonder une société, pour autant qu'il ne commence à concurrencer, par une activité concrète personnelle ou par entité interposée, son employeur avant la fin du contrat (ATF. 104 II 28, 30; ATF SJ 1989 p. 689 cons. 2; ATF 117 II 72; ATF 4C.10/2004 du 29.4.2004 cons. 8.4.5 = JAR 2005 p. 191; REHBINDER/STÖCKLI, Berner Kommentar, 2010, N. 9 ad art. 321 a CO). Cela vaut même pour un cadre dirigeant (ATF 24. 11. 1992 = JAR 1993 p. 265). En particulier, l'art. 321a al. 4 CO ne lui interdit pas de contacter la clientèle de l'ex-employeur et de leur proposer ses propres services, fussent-ils concurrentiels (OG ZH ZR 2005 N°. 18 cons. 3 b).

5.2.1. Constitue en revanche une violation grave du devoir de fidélité du travailleur le fait de débaucher ou de tenter de débaucher, *pendente contractu*, la clientèle de l'employeur, ce qui justifie son renvoi immédiat (OG TG RBOG, 2003 N°. 14; STREIFF/VON KAENEL, op. cit. N. 4 ch. 3 ad art. 321 a CO; STAEHELIN, Zürcher Kommentar, 1984, N. 20 ad art. 321 a CO; FRICK, Abwerbung von Personal und Kunden, Bern, 2000, p. 13) et peut fonder, en cas d'un préjudice établi, une prétention en dommages-intérêts (art. 97; 321 e CO).

5.2.2. Le fait, pour un employé licencié ou démissionnaire d'informer la clientèle – notamment celle qu'il avait déjà apportée lui-même – de son départ imminent ne constitue pas une violation du devoir de fidélité (TC SG JAR 2010 p. 565 cons. 5.3; CAPH GE JAR 1987 p. 119; OG ZH, arrêt N°. U/LA940064 du 5.10.1995 cité par Frick, op. cit., p. 71; CAPH GE 11.12.1969 in: Aubert, op. cit, N°. 65; STREIFF/VON KAENEL, op. cit., N. 7 ad art. 321 a CO p. 132; RUDOLPH, Kontakte zu Kunden des alten Arbeitgebers nach einem Stellenwechsel, in: ARV/DTA 2009 p. 98).

5.2.3. En l'espèce, l'appelante, à qui incombait le fardeau de preuve (art. 8 CC), n'a pas établi un débauchage (ou tentative de débauche) de clientèle, commis par l'intimée avant la fin de son contrat. Cette dernière a concédé avoir informé K. SA de son départ imminent mais, on l'a vu, ce seul élément ne saurait suffire pour fonder la thèse d'une violation du devoir de fidélité.

5.3. L'appelante se prévaut, pour la période subséquente au contrat, de la clause de non-sollicitation de clientèle («Kundenschutzklausel»).

5.3.1. Le Tribunal fédéral admet les clauses prohibant le débauchage de clientèle, mais seulement dans les limites des clauses de prohibition de faire concurrence au sens des art. 340a–340c CO (ATF 130 III 352 = JdT 2005 I 12). A l'instar d'une clause de non-concurrence usuelle, une clause de prohibition de débauchage de clients doit être limitée convenablement quant au lieu, quant au temps et au genre d'affaires, de façon à ne pas compromettre l'avenir économique du travailleur contrairement à l'équité; elle ne peut excéder trois ans (cf. art. 340a al. 1 CO, norme relativement impérative).

5.3.2. En l'espèce, la clause ne comporte pas de limitation temporelle. Mais cela n'entraîne pas sa nullité, il incombe au juge de la réduire en équité, compte tenu de toutes les circonstances (cf. ATF 96 II 139). Selon la doctrine, de telles clauses doivent être limitées à une durée de six mois à compter de la fin des rapports de travail. En effet, passé ce délai, la clientèle aura soit suivi l'employé parti, ou s'est laissée fidéliser par le successeur au poste de ce dernier (REHBINDER, Berner Kommentar, N. 3 ad art. 340 a CO).

5.3.3. Mais il y a plus. D'abord, la clause de non-sollicitation de clientèle est inopérante là où l'ex-employé a «débauché» des clients qu'il avait lui-même apportés à son ex-employeur, et qui lui étaient attachés en raison de ses qualités et compétences professionnelles (ATF 44 II 56; OG ZH ZR 2001 N°. 92; ArG ZH JAR 2008 p. 533; CAPH GE, Gr. 4, 1.9.2003, *Banque X vs. Y, gérant de fortune*; STREIFF/VON KAENEL, op. cit. N. 8, 10 et 11 ad art. 340 CO; Staehelin, op. cit. N. 16 ss ad art. 340 CO).

5.3.4. Ensuite, la clause tombe *ex lege* lorsque le travailleur a résilié le contrat de travail pour *motif justifié* imputable à l'employeur (art. 340 c al. 3 CO).

5.3.5. En l'espèce, l'appelante s'était engagée, à teneur de sa lettre du 17 novembre 2008, de conclure avec l'intimée une convention d'action-

nariat, de conclure un contrat d'achat pour ce qui est du «business modèle», de lui permettre d'entrer au capital social de G. SA à hauteur de 30%. Or, il ressort des faits sus-exposés que ces engagements n'ont pas été tenus. Ils étaient pourtant d'importance centrale pour l'intimée, ce que l'appelante, par le truchement (art. 55 CC) de son administrateur, R. et son actionnaire Z., ne pouvait l'ignorer de bonne foi. La maladie de l'avocat ne saurait, de façon crédible, expliquer et excuser la non-exécution de ces engagements. Il était donc compréhensible qu'avec le retard mis à l'exécution de ces engagements, l'intimée commençait à craindre pour ses droits, et notamment la sauvegarde de son *Concept* («business modèle»), ce d'autant plus que des mises en demeure – orales certes, mais néanmoins valables et incontestées – n'ont pas eu d'effet. Sa décision de résilier le contrat de travail reposait par conséquent sur des *motifs justifiés* au sens de l'art. 340c al. 3 CO, entraînant la caducité de la clause de non-sollicitation de clientèle.

5.3.6. Enfin, celui qui poursuit l'exécution d'un contrat bilatéral doit avoir exécuté ou offrir d'exécuter ses propres obligations (art. 82 CO).

Arrêt communiqué par Me W. Gloor, avocat, Genève.

Cour de justice de Genève, Chambre des prud'hommes, Arrêt du 27 octobre 2011 (Confirmation du jugement du Tribunal des prud'hommes du 15 février 2011)

Art. 324a CO. Allaitement. Les causes d'empêchement de travailler non mentionnées dans la loi mais usuellement reconnues comme entrant dans le champ d'application de l'art. 324a al. 1 CO sont notamment les suivantes: mariage du travailleur, naissance d'un enfant, consultation urgente d'un médecin ou d'un dentiste, passage d'un examen professionnel, détention préventive non fautive, garde d'un enfant malade jusqu'à concurrence de trois jours (c. 2.3). En revanche, l'allaitement sur le lieu de travail au terme du congé-maternité n'est pas couvert par l'art. 324a CO car il ne constitue pas un empêchement non fautif de travailler. En particulier, l'allaitement est en Suisse un choix personnel qui ne peut être considéré comme l'accomplissement d'une obligation légale envers son enfant (c. 3).

Extraits des faits:

E. est une société qui a pour but notamment de procurer des services dans le domaine des informations électroniques et la transmission des nouvelles par la radio et les voies de télécommunication. T. a été engagée par E., pour une durée indéterminée, dès le 1^{er} octobre 2007, en qualité de rédactrice à 60%, pour un salaire mensuel brut de 3180 fr., payable treize fois l'an. Les dispositions générales relatives au contrat de travail conclu

avec E. préoyaient, en cas d'accouchement, dès la deuxième année de service, le paiement de 100% du salaire assuré pendant quatorze semaines ainsi que deux semaines à concurrence de 100% accordées en plus par l'employeur.

Le 6 juin 2009, T. a donné naissance à une fille. Par courriel du 25 septembre 2009, E. a précisé à T. qu'elle pouvait quitter son travail pour allaiter ou le faire sur place. Le temps d'allaitement sur le lieu de travail serait entièrement compté comme temps de travail. Si elle quittait son lieu de travail pour allaiter, la moitié de ce temps serait considérée comme temps de travail. En tout état, le temps consacré à l'allaitement ne serait pas rémunéré. Ses horaires pouvaient être aménagés pour qu'elle puisse allaiter. T. a contesté qu'elle n'ait pas droit à une rémunération pour le temps consacré à l'allaitement. Les parties ont échangé diverses correspondances concernant cette question. Le Syndicat Suisse de mass média, mandaté par T., est aussi intervenu.

Durant toute la période d'allaitement de son enfant, T. a reçu mensuellement un décompte du temps consacré à l'allaitement, le salaire y afférant étant déduit de son salaire. Ainsi, les montants suivants ont été déduits de sa rémunération: 146 fr. 80, soit 4,28 heures, pour le mois de novembre 2009; 57 fr. 60, soit 1,68 heures, pour le mois de décembre 2009; 171 fr. 55, soit 4,99 heures, pour le mois de janvier 2010; 165 fr. 30, soit 4,82 heures, pour le mois de février 2010; 130 fr. 35, soit 3,80 heures, pour le mois de mars 2010 enfin 59 fr., soit 1,72 heure, pour le mois d'avril 2010; soit un total de 886 fr. 20. T. est actuellement toujours employée auprès de E.

Le 13 juillet 2010, T. a saisi la Juridiction des prud'hommes d'une demande contre E. en paiement de 886 fr. 20, avec intérêts. Par jugement rendu le 15 février 2011, le Tribunal des prud'hommes a débouté T. des fins de sa demande. Par acte déposé le 31 mars 2011 au greffe de la Cour de justice, T. a recouru contre ce jugement.

Extraits des considérants:

2.

2.1 Sous la note marginale «Protection de la santé durant la maternité», l'art. 35 de la Loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (LTr) prévoit que l'employeur doit occuper les femmes enceintes et les mères qui allaitent de telle sorte que leur santé et la santé de l'enfant ne soient pas compromises et aménager leurs conditions de travail en conséquence (al. 1). L'ordonnance peut interdire, pour des raisons de santé, l'occupation des femmes enceintes et des mères qui allaitent à des travaux pénibles ou dangereux, ou l'assortir de conditions particulières (al. 2). Les femmes enceintes et les mères qui allaitent qui ne peuvent être occupées à certains travaux en vertu de l'al. 2 ont droit à 80% de leur salai-

re, y compris une indemnité équitable pour la perte du salaire en nature, lorsqu'aucun travail équivalent ne peut leur être proposé (al. 3).

Sous la note marginale «Occupation durant la maternité», l'art. 35a LTr prévoit que les femmes enceintes et les mères qui allaitent ne peuvent être occupées sans leur consentement (al. 1). Sur simple avis, les femmes enceintes peuvent se dispenser d'aller au travail ou le quitter. Les mères qui allaitent peuvent disposer du temps nécessaire à l'allaitement (al. 2). Les accouchées ne peuvent être occupées durant les huit semaines qui suivent l'accouchement; ensuite, et jusqu'à la seizième semaine, elles ne peuvent l'être que si elles y consentent (al. 3). Durant les huit semaines qui précèdent l'accouchement, les femmes enceintes ne peuvent être occupées entre 20 heures et 6 heures (al. 4).

Au cours de la première année de la vie de l'enfant, l'intégralité du temps consacré à l'allaitement est réputée temps de travail lorsque la travailleuse allaite son enfant dans l'entreprise (art. 60 al. 2 lit. a OLT 1), la moitié du temps consacré à l'allaitement étant réputée temps de travail lorsque la travailleuse quitte son lieu de travail pour allaiter (lit. b). Aucun rattrapage, ni antérieur, ni ultérieur, n'est dû pour la seconde moitié du temps consacré à l'allaitement, qui n'est pas non plus imputée sur d'autres périodes de repos ou de repos compensatoire légales (lit. c).

Les dispositions susmentionnées, qui concernent la protection de la mère et le temps de travail octroient, notamment à la mère qui allaite, une protection particulière. Ces dispositions ne prévoient pas, cependant, un droit pour la travailleuse d'exiger le paiement de son salaire durant le temps consacré à l'allaitement.

Concernant l'allocation de maternité, le Conseil fédéral a relevé, du point de vue de la politique sociale et familiale, qu'il importait d'accorder à la mère une période de repos après l'accouchement, lui permettant de récupérer, de s'occuper du nouveau-né et de développer la relation mère-enfant sans être accablée par des soucis financiers. Selon le Conseil fédéral, il aurait été envisageable de prévoir une solution plus généreuse mais un projet plus ambitieux risquait d'être rejeté par le peuple. Le projet proposé était plutôt modeste mais loin d'être minimaliste (Avis du Conseil fédéral du 6 novembre 2002 au sujet du rapport de la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national du 3 octobre 2002 sur l'initiative parlementaire sur la révision de la loi sur les allocations pour perte de gain, extension du champ d'application aux mères exerçant une activité lucrative (TRIPONEZ PIERRE) (FF 2003 p. 1032 ss).

2.2. Si le travailleur est empêché de travailler sans faute de sa part pour des causes inhérentes à sa personne, telles que maladie, accident, accomplissement d'une obligation légale ou d'une fonction publique, l'employeur lui verse le salaire pour un temps limité, y compris une indemnité équitable pour le salaire en nature perdu, dans la mesure où les rapports de travail ont duré plus de trois mois ou ont été conclus pour plus de trois mois (art. 324a al. 1 CO).

Sous réserve de délais plus longs fixés par accord, contrat-type de travail ou convention collective, l'employeur paie pendant la première année de service le salaire de trois semaines et, ensuite, le salaire pour une période plus longue fixée équitablement, compte tenu de la durée des rapports de travail et des circonstances particulières (al. 2).

En cas de grossesse de la travailleuse, l'employeur est tenu de lui verser le salaire dans la même mesure (al. 3).

Un accord écrit, un contrat-type de travail ou une convention collective peut déroger aux présentes dispositions à condition d'accorder au travailleur des prestations au moins équivalentes (al. 4).

L'art. 324a al. 1^{er} CO a pour but social de mettre partiellement à la charge de l'employeur le risque d'incapacité de travail qui doit en principe être supporté par le travailleur (ATF 122 III 268 = JT 1997 I 336).

Dans son rapport sur l'initiative parlementaire susmentionnée sur la révision de la loi sur les allocations pour perte de gain, la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national a relevé que le droit à l'allocation durant le congé-maternité étant désormais régi par la LAPG, l'art. 324a al. 3 CO n'avait plus de sens pour la période suivant l'accouchement. Aussi était-il adapté pour ne plus se concentrer que sur les empêchements de travailler inhérents à la grossesse de la travailleuse (Rapport de la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national du 3 octobre 2002, FF 2002 6998).

Appelée à se prononcer sur l'application de l'art. 324a CO aux conséquences d'une incapacité non fautive de travailler liée à l'accouchement, la Cour d'appel des prud'hommes a retenu que, dès lors que le catalogue de l'art. 324a al. 1 CO n'était pas exhaustif s'agissant des causes d'empêchement non fautif de travailler et que les articles 324a et 324b CO couvraient la même notion d'empêchement de travailler, il convenait d'admettre une telle application, l'intention du législateur n'ayant jamais été de réduire la protection antérieurement existante (CAPH/184/2008 et réf. cit.).

En outre, selon le Conseil fédéral, le versement du salaire pour le temps pris pour l'allaitement dépendra de la question de savoir si l'allaitement peut être rangé au nombre des causes inhérentes à la personne de la travailleuse entraînant en tant que tel un empêchement de travailler. L'art. 324a al. 1 CO n'énumérant pas les causes possibles d'empêchement de manière exhaustive, il revenait à la jurisprudence de décider si l'allaitement était un cas d'application de cette disposition. Ce point n'avait pas encore fait l'objet d'une décision du Tribunal fédéral. Selon le Conseil fédéral, l'art. 324a CO posait un cadre adéquat pour régler la question du versement du salaire en cas d'allaitement sans qu'il faille la régler explicitement dans la loi, l'interprétation et l'application de cette disposition pouvant être laissées à la jurisprudence (Réponse du Conseil fédéral du 1^{er} septembre 2010 à la motion parlementaire 10.3516 «Allaiter au travail» de Maria Roth-Bernasconi du 17 juin 2010).

Compte tenu de ce qui précède, la solution du problème présentement soumis à la Cour relève de l'art. 324a al. 1 CO. Il convient donc de déterminer si les conditions d'application de cette disposition sont réalisées.

2.3. Les causes d'empêchements de travailler non mentionnées à l'art. 324a CO mais usuellement reconnues comme entrant dans le champ d'application de l'art. 324a al. 1 CO sont notamment les suivantes: le mariage du travailleur, la naissance d'un enfant dans le ménage du travailleur, le décès d'un proche dans la famille du travailleur, la consultation urgente d'un médecin ou d'un dentiste, le passage d'un examen professionnel, la détention préventive non fautive (arrêt du Tribunal fédéral 4C.74/2000 consid. 4b), les congés accordés au travailleur (soumis à la LTr) ayant des responsabilités familiales, pour le temps nécessaire à la garde d'un enfant malade, jusqu'à concurrence de trois jours (art. 36 al. 3 LTr) (WYLER, *Droit du travail*, Berne 2008, p. 221).

Le Tribunal fédéral a notamment été amené à se poser la question de savoir si l'«acceptation volontaire d'une obligation légale» pouvait être considérée comme fautive au sens de l'art. 324a al. 1 CO. Il convenait à cet égard, de tenir compte, dans une perspective sociale, aussi bien de l'intérêt du travailleur à l'exercice de ses droits constitutionnels que de l'intérêt public à l'accomplissement d'obligations légales. Une faute du travailleur devait être niée lorsque ces intérêts l'emportaient sur celui de l'employeur à l'accomplissement du travail. Ainsi, en particulier, l'accomplissement d'une mesure d'astreinte au travail pour objection de conscience conformément à l'art. 81 ch. 2 CPM constitue un empêchement de travailler non fautif au sens de l'art. 324a al. 1^{er} CO, de même que l'engagement pris par une femme de servir dans l'armée (ATF 122 III 268 = JT 1997 I 336).

Interprétant le terme «maladie» dans un sens large (art. 324a al. 1 CO), il a été retenu que, conformément à l'obligation légale prévue par les art. 276, 163 et 328 CC, ce terme recouvrait spécifiquement l'hypothèse de la présence d'un parent auprès de l'enfant lorsque la vie de celui-ci était en danger (CAPH/184/2008).

S'exprimant sur la question d'une éventuelle obligation de rémunérer le temps consacré à l'allaitement par l'employée sur son lieu de travail au terme du congé-maternité, certains auteurs préconisent l'application de l'art. 324a al. 1 CO (BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, *Commentaire du contrat de travail*, 3^{ème} éd., p. 124, n° 7 ad art. 324a CO; FAVRE/MUNOZ/TOBLER, *Le Contrat de travail* annoté, note 3.1. ad art. 324a CO).

En revanche, aucune obligation de payer le salaire durant le temps consacré à l'allaitement ne résulte de l'art. 324a al. 1 CO, selon WYLER (op. cit., p. 212), et CARRUZZO (*Le Contrat individuel de travail*, Zurich 2009, p. 226 infra). Dans le même sens, dans son commentaire sur la LTr, le SECO précise que la loi n'impose pas la rémunération du temps pendant lequel l'intéressé n'occupe pas son poste de travail pour une des raisons énoncées aux al. 1 à 3 de l'art. 35a LTr).

En l'espèce, la recourante ne prétend pas que son enfant a été malade durant la période litigieuse, de sorte que l'application de l'art. 324a CO au titre d'un tel cas de figure n'entre pas en ligne de compte.

Elle invoque néanmoins l'accomplissement d'une obligation légale envers son enfant. Cependant, bien qu'elle ait effectivement le devoir légal de le nourrir et de lui prodiguer des soins, ni le droit suisse ni le droit international applicable en Suisse ne prévoient une obligation d'allaitement pour les mères, pas plus qu'un droit de l'enfant à être allaité. Par voie de conséquence, l'allaitement est, en Suisse en tout cas, un choix personnel.

Or, en l'état du droit et de la jurisprudence relative à l'art. 324a al. 1 CO, le fait que la recourante avait le choix d'allaiter ou non exclut la survenance d'un empêchement de travailler au sens de cette disposition. Il ne convient donc pas de suivre l'avis des quelques auteurs qui préconisent de fonder sur l'art. 324a CO la rémunération du temps consacré à l'allaitement sur le lieu de travail au terme du congé-maternité. Étant donné que l'allaitement relève d'un choix personnel, la réalisation d'une quelconque discrimination de la recourante par rapport aux hommes est, en outre, inexistante. Par ailleurs, l'argument tiré d'une prétendue inégalité de traitement par rapport aux fumeurs tombe à faux car le cas d'une femme qui allaite ne peut pas, au regard de la jurisprudence, être valablement comparé à celui des fumeurs, ces deux situations n'étant pas semblables (ATF 130 I 65 consid. 3.6). Au demeurant, il n'a pas été établi, ni même allégué, que l'intimée verserait le salaire à ceux de ses employés qui quitteraient leur lieu de travail, en dehors des pauses, pour fumer. Cette situation, purement hypothétique, n'a donc pas à être examinée ici.

Arrêt communiqué par Me W. Gloor, avocat, Genève.

Kanton Graubünden

Kantonsgericht von Graubünden, Urteil vom 24. März 2011 (Bestätigung des Urteils des Bezirksgerichts Landquart vom 3. Februar 2010)

Untersuchungsmaxime, Art. 343 aOR; Behauptungs- und Substanziierungslast; Ferien. Die Parteien tragen auch im Bereich der Untersuchungsmaxime die Verantwortung dafür, dass die relevanten Behauptungen vorgebracht werden. 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 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. Da i.c. die Prozessgegnerin den Anspruch bestritt, wäre es am Kläger gelegen, seine angebehrte Forderung aus Ferien in der Prozesseingabe näher zu substantzieren, indem er dargelegt hätte, wie viele Ferientage aus welchem Jahr ihm seiner Auffassung nach noch zustünden (E. 6 und 7).

Sachverhalt:

Mit Datum vom 31. Januar 2006 wurde A. von der B. AG, C., Landquart, auf den 1. März 2006 hin als Chauffeur angestellt. Der Arbeitsvertrag war auf unbestimmte Zeit abgeschlossen, wobei bezüglich der Kündigungsfrist festgehalten wurde, diese betrage nach der dreimonatigen Probezeit im ersten bis fünften Dienstjahr einen Monat. Als Lohn vereinbarten die Parteien Fr. 4500.– brutto im Monat zuzüglich einer monatlichen Spesenentschädigung in Höhe von Fr. 300.– sowie Kinderzulagen. Aufgrund eines Vorfalles, der sich am 27. Juni 2008 in den Ferien von A. ereignete, wurde A. per 28. Juni 2008 der Führerausweis wegen Verdacht des Fahrens in angetrunkenem Zustand vorsorglich auf unbestimmte Zeit abgenommen. A. informierte seine Arbeitgeberin noch während seiner Ferien am 1. Juli 2008 schriftlich über diesen Umstand. In der Folge erschien er nach seinen Ferien nicht mehr zur Arbeit. Für die Zeit vom 14. Juli 2008 bis zum 30. August 2008 wies er mittels Arztzeugnis eine 100%ige Arbeitsunfähigkeit aus. Jedoch nahm er auch in der darauf folgenden Zeit die

Arbeit trotz mehrmaliger Aufforderung durch seine Arbeitgeberin nicht mehr auf. Mit Schreiben vom 20. Oktober 2008 sprach die B. AG die ordentliche Kündigung unter Einhaltung der vertraglich vereinbarten Kündigungsfrist von einem Monat auf den 30. November 2008 hin aus. Am 25. November 2008 erstellte sie eine Lohnabrechnung für den Monat November 2008.

Am 19. März 2009 und 23. September 2009 wurden Verfahren beim Kreispräsidenten anhängig gemacht. Nach erfolglos verlaufener Sühneverhandlung vom 20. Oktober 2009 bezog A. den Leitschein, welcher u.a. folgendes Rechtsbegehren enthielt: «Klägerisches Rechtsbegehren: Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger Fr. 17 010.85 zu bezahlen.» Mit Urteil vom 3. Februar 2010 wies das Bezirksgericht Landquart die Klage vollumfänglich ab. Gegen dieses Urteil erklärte A. mit Eingabe vom 2. März 2010 Berufung an das Kantonsgericht Graubünden. Er beantragt, das Urteil des Bezirksgerichts Landquart sei insofern aufzuheben, indem die Berufungsbeklagte zu verpflichten sei, dem Berufungskläger Fr. 4091.– zu bezahlen.

Aus den Erwägungen:

3.

A. begründet seine in der Berufung geltend gemachte Forderung von Fr. 4091.– mit einem behaupteten Restanspruch aus 13. Monatslohn, Treueprämie und Ferienanspruch, alles pro rata temporis. In der vor der Vorinstanz eingereichten Prozesseingabe bezifferte er diesen Anspruch noch auf Fr. 8341.70 und begründete ihn lediglich mit der Treueprämie pro rata temporis und dem Ferienanspruch. Anlässlich der Hauptverhandlung vor der Vorinstanz reduzierte er diesen Betrag auf Fr. 3479.79. Soweit der mit der Berufung geltend gemachte Betrag das an der vorinstanzlichen Hauptverhandlung Geforderte übersteigt, ist das Begehren zum Vornherein abzuweisen, da die Ausführungen vor der Vorinstanz eine Reduktion des entsprechenden Begehrens beinhalten. Dabei ist der Berufungskläger zu behaften.

4.

A. macht in der Berufungsbegründung geltend, er habe zur Substanziierung seiner Forderung aus 13. Monatslohn, Treueprämie und Ferienanspruch in der Prozesseingabe von der B. AG die Schlussabrechnung zur Edition verlangt. Da diese Edition verweigert worden sei, sei es ihm nicht möglich gewesen, seine Forderung zu substantzieren und den erforderlichen Beweis zu erbringen. Er hat es jedoch unterlassen, in der Berufungserklärung erneut einen Antrag auf Anordnung der Edition zu stellen. Gemäss Art. 226 Abs. 1 Satz 2 ZPO-GR können die Parteien im Berufungsverfahren verlangen, dass Beweismittel, welche vor erster Instanz fristgerecht angemeldet, aber nicht abgenommen worden sind, erhoben werden, sofern sie für die Beurteilung der Streitfrage von wesentlicher Bedeutung

sein können. Solche Anträge müssen aber spätestens in der Berufungserklärung gestellt werden. Geschieht dies nicht, verwirkt der Anspruch auf Abnahme der entsprechenden Beweismittel. Werden solche Begehren erst an der mündlichen Berufungsverhandlung oder in der schriftlichen Berufungsbegründung eingebracht, kann darauf nicht mehr eingetreten werden (PKG 1991 Nr. 12). Da A. in der Berufungserklärung keinen Antrag auf Edition der Schlussabrechnung aus Händen der B. AG gestellt hat, kann die Edition im Berufungsverfahren nicht angeordnet werden, selbst wenn aus der Berufungsbegründung ein entsprechender Antrag herausgelesen werden könnte, denn ein solcher wäre verspätet erfolgt. Daran vermag auch der Umstand nichts zu ändern, dass es sich vorliegend um eine arbeitsrechtliche Streitigkeit handelt, in welcher die richterliche Tätigkeit von der Untersuchungsmaxime beeinflusst wird. Diese gilt nämlich nur für das erstinstanzliche Verfahren, nicht aber bei einem allfälligen Weiterzug an eine höhere Instanz (PKG 1994 Nr. 10 E 2; Urteil der II. Zivilkammer des Kantonsgerichts vom 12. Mai 2009, ZK2 09 16, E. 1.2). Im vorliegenden Berufungsverfahren kann die Edition daher nicht nachgeholt werden.

5.

Soweit A. mit seinen Ausführungen den Umstand rügen will, dass das Bezirksgericht die beantragte Edition nicht angeordnet hat, so ist dem entgegen zu halten, dass die Edition bereits nicht in die Beweisverfügung aufgenommen wurde. Dies musste für A., der von Beginn weg anwaltlich vertreten war, ein klarer Hinweis sein, dass die Edition nicht angeordnet werden sollte. Trotzdem hat er weder gegen die Beweisverfügung ein Rechtsmittel ergriffen, noch beim Bezirksgerichtspräsidenten, der bis zum Abschluss der Prozessvorbereitung auf die Beweisverfügung zurückkommen kann (Art. 96 Abs. 2 ZPO-GR), einen entsprechenden Antrag gestellt. Ebenso wenig hat er anlässlich der Hauptverhandlung vor der Vorinstanz den Editionsantrag erneuert (Art. 108 Abs. 1 ZPO-GR). Nachdem die Edition nicht in die Beweisverfügung aufgenommen worden war und der Bezirksgerichtspräsident auch während der ganzen Prozessvorbereitung die Edition nicht angeordnet hatte, konnten A. und sein Rechtsvertreter nicht mehr darauf vertrauen, das Gericht werde diesen Beweis doch noch annehmen, ohne dass sie sich erneut dazu äusserten beziehungsweise den Antrag an der Hauptverhandlung erneut stellten. In diesem Sinne ist der Hinweis in der Berufungsbegründung, der Editionsantrag habe dem Gericht schon lange vorgelegen, weshalb an der Hauptverhandlung kein mündlicher Antrag gestellt worden sei, unbehelflich. Dies gilt umso mehr, als die Arbeitgeberin eine Lohnabrechnung für den letzten Monat des Arbeitsverhältnisses einreichte und offenbar diese als Schlussabrechnung betrachtete. A. hat den Editionsantrag auch nicht in seiner Berufungserklärung wiederholt, so dass die Edition, wie bereits ausgeführt, aus formellen Gründen auch nicht im Berufungsverfahren angeordnet werden kann, unbeschrieben der Frage, ob sie einen entscheidungswesentlichen Beweis betreffen würde. Schliesslich hat der Berufungskläger auch nicht etwa wegen Verletzung

der Untersuchungsmaxime die Rückweisung der Angelegenheit an die Vorinstanz verlangt. A. hat es somit versäumt, gegen die Nichtabnahme des angebotenen Beweises die möglichen Rechtsbehelfe zu ergreifen beziehungsweise die notwendigen Vorkehren zu treffen, die ihm das Gesetz eröffnet. Unter diesen Umständen aber kann die Tatsache, dass die Edition nicht angeordnet worden ist, nicht zur Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils führen.

6.

Selbst wenn die Edition jedoch noch im Berufungsverfahren vorgenommen werden könnte beziehungsweise bereits von der ersten Instanz angeordnet worden wäre, könnte dies A. nicht helfen. Dies aus folgenden Überlegungen: Zunächst einmal ist festzustellen, dass A. einen Anspruch aus 13. Monatslohn zum ersten Mal in der Berufungsbegründung behauptet, während er in der Prozesseingabe einzig einen Anspruch aus Treueprämie und Ferien geltend gemacht hat. Nachdem das Tatsächliche bereits in der Prozesseingabe vorzutragen ist (Art. 82 Abs. 1 Ziff. 3 ZPO-GR, der auch in einem Verfahren, das der Untersuchungsmaxime gemäss Art. 343 Abs. 4 OR untersteht, Geltung hat), ist der Hinweis auf einen Anspruch aus 13. Monatslohn offensichtlich verspätet erfolgt, weshalb nicht näher darauf einzugehen ist. Im Zusammenhang mit der Treueprämie wiederum ist zu sagen, dass A. seinen behaupteten Anspruch in keiner Weise substantiiert hat, obwohl er seitens der B. AG bestritten wurde. A. hat sich vielmehr damit begnügt, einfach einen Gesamtbetrag aus Treueprämie und Ferien, respektive in der Berufung aus 13. Monatslohn, Treueprämie und Ferien aufzuführen mit der Bemerkung, da ihm eine Schlussabrechnung nicht vorliege, sei er davon überzeugt, dass ihm weder die Treueprämie pro rata noch die Ferien ausbezahlt worden seien. Er nennt weder eine Grundlage, auf die er seine Forderung stützt, noch beziffert und begründet er den geltend gemachten Betrag. Damit ist er seiner Substanziierungspflicht in keiner Art und Weise nachgekommen. Daran ändert auch nichts, dass es sich vorliegend um eine arbeitsrechtliche Streitigkeit handelt, bei der (im erstinstanzlichen Verfahren) Art. 343 Abs. 4 OR zu beachten war. Im Unterschied zur im Zivilprozess üblichen Verhandlungsmaxime, nach der die Parteien den Prozessstoff einbringen müssen und nur über Bestrittenes Beweis zu führen ist, verpflichtet Art. 343 Abs. 4 OR zwar den Richter, den Sachverhalt von Amtes wegen abzuklären. Die sozialpolitisch begründete Untersuchungsmaxime gemäss Art. 343 OR entbindet die Parteien aber nicht davon, an der Sammlung des Prozessstoffes aktiv mitzuwirken, ihre Standpunkte zu substantiieren und die Beweismittel zu nennen. Die Parteien tragen auch im Bereich der Untersuchungsmaxime die Verantwortung dafür, dass die relevanten Behauptungen vorgebracht werden; ebenso sind sie grundsätzlich für die Sachverhaltsermittlung verantwortlich. Zwar gilt für den Richter eine ausgedehntere Fragepflicht, sofern er Zweifel an der Vollständigkeit der Vorbringen und Beweisangebote hat; vom Zweck der Untersuchungsmaxime her, auch prozessunerfahrenen Parteien eine

selbständige Prozessführung zu ermöglichen, rechtfertigt es sich indes, das Ausmass der gerichtlichen Hilfestellungen davon abhängig zu machen, ob eine Partei selbständig oder anwaltlich vertreten ist, das heisst, die ausgedehntere Fragepflicht gilt grundsätzlich nur bei nicht anwaltlich vertretenen Parteien (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 11. November 2010, 4A_519/2010, E. 2.2, mit zahlreichen Hinweisen; Urteil des Bundesgerichts vom 1. März 2006, 4C.395/2005, E.4.3). Im weiteren verlangt Art. 343 Abs.4 OR bei anwaltlich vertretenen Parteien vom Gericht auch nicht, dass es sie auf ungenügende Prozesseingaben aufmerksam macht und ihnen die Verbesserung ermöglicht, zumal von einem Anwalt erwartet werden darf, dass er die Anforderungen an die Substanziierung kennt (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 28. April 2008, 4D_15/2008, E. 2.4). Und schliesslich dient die Untersuchungsmaxime nach Art. 343 Abs. 4 OR ebenfalls nicht dazu, Nachlässigkeiten der Parteien auszugleichen (Urteil des Bundesberichts vom 2. Oktober 2006, 4C.255/2006, E.4.2 in fine). Aus diesen Ausführungen geht deutlich hervor, dass auch unter der Herrschaft der Untersuchungsmaxime gemäss Art. 343 Abs. 4 OR die Parteien das Tatsächliche vortragen, ihre Begehren substantzieren und Beweismittel nennen müssen, was insbesondere gilt, wenn eine Partei – wie vorliegend A. – von Anfang an anwaltlich vertreten ist (vgl. auch Urteil des Bundesgerichts vom 11. November 2010, 4A_519/2010, E.2.3). A. hat seine eingeklagte Forderung aus Treueprämie weder beziffert noch anderweitig substantziiert begründet, geschweige denn bewiesen. Folglich kann sie ihm auch nicht zugesprochen werden. Es ist in keiner Art und Weise nachvollziehbar und wird vom Kläger auch nicht näher begründet, inwieweit es ihm nicht möglich gewesen sein soll, den geltend gemachten Anspruch ohne die zur Edition verlangte Schlussabrechnung zu substantzieren und zu beweisen. Eine Treueprämie bedarf einer entsprechenden Vereinbarung oder einer langjährigen vorbehaltlosen Übung, die ohne Schlussabrechnung bewiesen werden kann. Es wäre dem Kläger also ohne weiteres möglich und zumutbar gewesen, seiner Substanziierungspflicht nachzukommen und zumindest diese Grundlagen zu nennen und gestützt darauf und aufgrund der bereits erhaltenen Zahlungen einen allenfalls noch bestehenden Anspruch zu beziffern. Dazu wäre er umso mehr gehalten gewesen, als die Arbeitgeberin einen noch bestehenden Anspruch stets bestritt und somit von einer Schlussabrechnung ohnehin keine weiteren Aufschlüsse zu erwarten wären. Die Vorinstanz hat somit zu Recht festgehalten, das Bestehen einer Forderung aus Treueprämie sei nicht ersichtlich und vom Kläger nicht rechtsgenüglich substantziiert worden. Sie hat somit die Klage auch in diesem Punkt zu Recht abgewiesen, womit sich die Berufung ebenfalls als nicht begründet erweist.

7.

Im Zusammenhang mit dem geltend gemachten Ferienanspruch ist festzustellen, dass A. seine Forderung auch in dieser Hinsicht in keiner Weise näher substantziiert und begründet. Er macht weder geltend, es sei

ihm noch eine genau bezeichnete Anzahl Ferientage auszubezahlen, noch nennt er die Summe, die ihm nach seiner Ansicht unter dem Titel Ferien noch zustehen würde. Es trifft zwar zu, dass aufgrund der Verteilung der Beweislast bezüglich des Ferienanspruches der Arbeitnehmer die vertragliche Verpflichtung des Arbeitgebers zur Gewährung von Ferien und auch das Entstehen der Ferien durch die Dauer des Arbeitsverhältnisses beweisen muss, während der Arbeitgeber die Beweislast dafür trägt, dass und wie viele Ferientage während der massgebenden Zeit vom Arbeitnehmer bezogen worden sind (BGE 128 III 271 E 2a/bb). Vorliegend geht es jedoch nicht um die Verteilung der Beweislast, sondern um die Behauptungs- beziehungsweise Substanziierungslast. Diese obliegt auch im Geltungsbereich der Untersuchungsmaxime den Parteien (STREIFF/VON KÄNEL, Arbeitsvertrag, 6. Auflage, Zürich 2006, Art. 343 OR N 14). 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 angeehrte 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 (Urteil des Bundesgerichts vom 7. April 2010, 4A_210/2009, E 3.2; BGE 127 III 365 E 2b). A. hat in der Prozesseingabe geltend gemacht, aufgrund der erfolgten Auszahlungen sei er überzeugt, dass ihm die Ferien noch nicht ausbezahlt worden seien. Es stellt sich die Frage, ob er damit seiner Behauptungslast bereits Genüge getan hat, obwohl er keine weiteren Ausführungen oder Präzisierungen vorgenommen und es bei dieser äussert pauschalen blossen Meinungsäusserung belassen hat. Nach Ansicht des Gerichts ist die Frage zu verneinen, zumal die B. AG den Anspruch ausdrücklich bestritten hat. A. war dieser Umstand bekannt, ergibt sich doch aus dem Leitschein, dass die B. AG anlässlich der Sühneverhandlung die vollständige Abweisung der Klage beantragt hat, soweit auf die Klage überhaupt eingetreten werden könne. Ebenso ergibt sich aus der letzten Lohnabrechnung vom November 2008, dass die Arbeitgeberin davon ausging, es bestehe kein Ferienguthaben mehr. Da nun die Prozessgegnerin den Anspruch bestritt, wäre es an A. gelegen, seine angeehrte Forderung aus Ferien in der Prozesseingabe näher zu substantzieren, indem er dargelegt hätte, wie viele Ferientage aus welchem Jahr ihm seiner Auffassung nach noch zustünden. Dies hätte die B. AG in die Lage versetzt, As. Forderung aus nicht bezogenen Ferien substantziiert zu bestreiten und den Beweis anzutreten. Indem nun A. einzig ausführte, seiner Meinung nach seien die Ferien noch nicht ausbezahlt worden, ohne weiter darzulegen, wie viele Ferientage in welchem Jahr

nach seiner Auffassung noch nicht bezogen worden sind, und indem er den behaupteten Ferienanspruch nicht einmal bezifferte, sondern sich vielmehr damit begnügte, einen mehrmals geänderten Gesamtbetrag für 13. Monatslohn, Treueprämie und Ferien zu verlangen, ohne auch nur ansatzweise zu begründen, wie sich diese Beträge berechnen und zusammensetzen, ist er seiner Substanziierungslast nicht nachgekommen. Daran würde auch nichts ändern, wenn im vorinstanzlichen Verfahren die Edition einer Schlussabrechnung angeordnet worden wäre beziehungsweise wenn im Berufungsverfahren diese Edition noch vorgenommen werden könnte. Schliesslich ist auch darauf hinzuweisen, dass eine im erstinstanzlichen Verfahren verpasste genügende Substanziierung nicht mit erst in zweiter Instanz vorgebrachten Ausführungen nachgeholt werden kann (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 19. Januar 2011, 4A_501/2010, E 4.3). Es fehlt vorliegend mithin an einer genügenden Substanziierung der Forderung aus Ferien, weshalb A. auch unter diesem Titel nichts zugesprochen werden kann. Die Vorinstanz hat mithin auch die geltend gemachte Forderung aus Ferien zu Recht abgewiesen und die Berufung erweist sich daher auch in diesem Punkt als unbegründet.

Kantonsgericht von Graubünden, Urteil vom 18. Oktober 2011 (Bestätigung des Urteils des Bezirksgerichts Landquart vom 16. Februar 2011)

Vorliegend wurde der Arbeitnehmer als Fussgänger in einen Verkehrsunfall verwickelt und erlitt einen Dauerschaden mit einem Invaliditätsgrad von 70%. Die relative zweijährige Verjährungsfrist gemäss Art. 83 Abs. 1 SVG zur Geltendmachung von Schadenersatz- und Genugtuungsansprüchen aus Unfällen mit Motorfahrzeugen beginnt an dem Tag, an dem der Geschädigte ausreichende Kenntnis vom Schaden und von der Person des Ersatzpflichtigen erlangt hat. Führt die Beeinträchtigung zu einer privat- oder sozialversicherungsrechtlichen Invalidenrente, so wird grundsätzlich angenommen, dass der Geschädigte dann hinreichende Kenntnis des Schadens im Sinne von Art. 60 Abs. 1 OR hat, wenn ihm der Rentenentscheid eröffnet worden ist. Demgegenüber beginnt die absolute Verjährungsfrist von zehn Jahren gemäss Art. 83 Abs. 1 SVG mit dem Tag der schädigenden Handlung bzw. des Unfalls zu laufen, unabhängig davon, ob der Ersatzberechtigte in diesem Zeitpunkt Kenntnis vom Schadenseintritt und der Person des Ersatzpflichtigen hat. Diese Regelung bringt es mit sich, dass der Ersatzanspruch unter Umständen verjähren kann, bevor der Geschädigte die zur Geltendmachung seines Anspruchs erforderlichen Tatsachen kennt. In einzelnen Fällen mag dieses Ergebnis stossend erscheinen, es wird jedoch im Interesse der Rechtssicherheit in Kauf genommen (E. II. 4 und 6).

Sachverhalt:

A., geboren am 1. November 1958, verfügt über eine abgeschlossene kaufmännische Ausbildung bei der C. Von März 1980 bis Juni 1983 arbeitete er als Buchhalter bei der Hotel- und Touristikfachschule in Z. Nach dem Besuch eines Wirtekurses und der Absolvierung mehrerer Praktika in der Restaurationsbranche begann A. nebenberuflich mit der Ausbildung zum Buchhalter bei der D. Zuletzt war er als Leiter Zahlungsverkehr/Buchhaltung/EDV bei der E. angestellt, womit er obligatorisch gegen die Folgen von Unfällen versichert war. Um sich vermehrt seinem Studium widmen zu können, kündigte er diese Stelle per Ende September 1988. Am 6. August 1988, um 00:30 Uhr, ging A. zu Fuss am linken Strassenrand der Kantonsstrasse von Y. in Richtung Z., wobei er von einem überholenden Personenwagen von hinten angefahren wurde. In der Folge wurde er ins Rhätische Kantons- und Regionalspital Z. eingeliefert, wo eine leichte *Commotio cerebri*, der Verdacht auf ein Halswirbel-Schleudertrauma, eine Unterschenkelfraktur rechts mit beginnendem Compartmentsyndrom sowie multiple Prellungen und Kontusionen diagnostiziert wurden. Nach der operativen Versorgung der Fraktur wurde A. am 23. August 1988 aus dem Spital entlassen. Laut Arztbericht von Dr. med. F. vom 26. Juli 1989 bestand bis zum 11. Dezember 1988 eine vollständige und anschliessend bis zum 2. Januar 1989 eine hälftige Arbeitsunfähigkeit. Zudem liege bei A. seit dem Unfall eine ausgeprägte psychische Störung vor. Nach Abschluss der medizinischen Behandlung zeigte sich, dass A. eine Funktionseinbusse des rechten Beins im Umfang von 15% davontragen würde. Mit Verfügung vom 21. Mai 1992 sprachen ihm die G. Versicherungen (nachfolgend G.) deshalb eine entsprechende Integritätsentschädigung zu und schlossen den Fall ab. Der den Unfall verursachende Automobilist wurde mit Urteil des Kantonsgerichtsausschusses von Graubünden vom 11. Oktober 1989 wegen fahrlässiger Körperverletzung und (einfacher) Verletzung der Verkehrsregeln mit einer Busse von Fr. 1500.– bestraft. Dieses Urteil erwuchs in Rechtskraft. Ab Januar 1989 setzte A. sein Studium bei der D. für ein Jahr fort, brach es in der Folge aber ab, zumal er ein schulisches Scheitern befürchtete. Am 15. Mai 1991 meldete er sich unter Berufung auf seit dem Unfall auftretende psychische Probleme bei der Invalidenversicherung (IV) zum Bezug von Leistungen an. Gestützt auf das Gutachten von Dr. med. H. vom 28. September 1992, welches A. eine posttraumatische Belastungsstörung attestierte, sprach ihm die Ausgleichskasse des Kantons Graubünden mit Verfügung vom 21. Januar 1993 eine ganze IV-Rente aufgrund eines IV-Grads von 70% zu. Weitergehende von A. beantragte Nachzahlungen wurden allesamt mit der Begründung abgewiesen, er habe sich bei der IV verspätet zum Leistungsbezug angemeldet und die gesetzlich zulässige Rückwirkung seit der Anmeldung betrage grundsätzlich nur 12 Monate. Mit Verfügung vom 17. Juni 1994 lehnte die G. gestützt auf das Gutachten von Dr. med. I. vom 3. Mai 1994 einen Anspruch von A. auf eine Invali-

denrente ab. Zur Begründung wurde ausgeführt, zwischen dem Unfall vom 6. August 1988 und der heutigen vollen Arbeitsunfähigkeit bestehe kein natürlicher Kausalzusammenhang. Die dagegen erhobene Einsprache wies die G. mit Entscheid vom 13. November 1995 ab. Gestützt auf das Gutachten von Dr. med. J., Chefarzt der Kantonalen Psychiatrischen Klinik N., vom 21. August 1995 sowie der Stellungnahme hierzu von Prof. Dr. med. K. vom 30. September 1995 gelangte sie zum Schluss, dass der natürliche Kausalzusammenhang zwischen Unfall und psychischer Störung zwar gegeben sei, es aufgrund der bereits vorbestehenden neurotischen Persönlichkeitsstruktur von A. hingegen an der notwendigen Adäquanz fehle. Das Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden hiess die dagegen erhobene Beschwerde mit Entscheid vom 27. September 1996 teilweise gut, hob den angefochtenen Einspracheentscheid auf und wies die Angelegenheit zu ergänzenden Abklärungen in medizinischer Hinsicht an die Versicherungsgesellschaft zurück. In der Folge beauftragte die G. PD Dr. med. L. mit der psychiatrischen Begutachtung von A. und Dr. med. M. mit der Erstellung eines Aktengutachtens. Mit Verfügung vom 6. August 1999 sowie Einspracheentscheid vom 23. März 2000 wurde ein Rentenanspruch von A. gegenüber der Unfallversicherung abermals abgelehnt. Hiergegen erhobene Beschwerden wurden vom Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden (Urteil vom 7. Dezember 2000) und anschliessend auch vom Eidgenössischen Versicherungsgericht (Urteil vom 28. Mai 2002) abgewiesen. Um allfällige Ansprüche gegen die Haftpflichtversicherung des Unfallverursachers, die B. Versicherungsgesellschaft (nachfolgend B.), zu wahren, hatte sich der anwaltlich vertretene A. von dieser ab dem Jahre 1990 mehrere Verzichtserklärungen auf die Einrede der Verjährung ausstellen lassen. In der am 11. September 1995 ausgestellten Verzichtserklärung nahm die B. auf das Schreiben des Rechtsvertreters von A. vom 4. September 1995 Bezug und stellte fest, dass sie mit Schreiben vom 23. Juni 1993 auf die Einrede der Verjährung bis am 6. August 1995 verzichtet habe. In diesem Sinne bestehe ihrerseits die Vermutung, dass die Ansprüche von A. heute verjährt seien. Gleichwohl erklärte sie sich für die Zukunft bereit, auf die Einrede der Verjährung bis am 6. August 1997 zu verzichten. Ergänzend wurde ausgeführt, dieser Verzicht erfolge ausdrücklich unter dem Vorbehalt, dass die Verjährung nicht bereits zum heutigen Zeitpunkt eingetreten sei. In ihrem Schreiben vom 4. Juli 1997 wies die B. auf ihr Schreiben vom 11. September 1995 hin und hielt ihre Meinung, dass die Ansprüche von A. vermungsweise verjährt seien, aufrecht. In diesem Sinne erneuerte sie ihre Vorbehalte gemäss Schreiben vom 11. September 1995 und erklärte sich lediglich für die Zukunft bereit, auf die Einrede der Verjährung bis am 6. August 1998 zu verzichten. Der gleiche Vorbehalt wurde auch in den darauffolgenden Schreiben vom 27. Juli 1998, 7. Dezember 1999 und 9. Dezember 2000 angeführt, in welchen die B. jeweils eine Einredeverzichtserklärung abgab, sofern die Verjährung nicht bereits eingetreten sei. In ihrem Schreiben vom 26. Februar 2002 äusserte sich die B. gegenüber

dem Rechtsvertreter von A. dahingehend, dass von ihrer Seite bereits zu einem früheren Zeitpunkt (Schreiben vom 11. September 1995) die Einrede der Verjährung erhoben worden sei, weil damals die Prolongation ihres Verjährungsverzichts vom 23. Juni 1993 nicht fristgerecht verlangt worden sei. Aus ihrer Sicht bestehe der seinerzeitige Vorbehalt, dass schon damals die Verjährung eingetreten sei, nach wie vor. Nun stelle sie fest, dass sie mit Schreiben vom 9. Dezember 2000 den Verjährungsverzicht bis zum 31. Januar 2001 verlängert habe. Eine Prolongation des Verzichts sei von der Gegenseite wiederum nicht rechtzeitig einverlangt worden, sodass sie davon ausgehe, dass allfällige Forderungen von A. zum heutigen Zeitpunkt definitiv als verjährt anzusehen seien. Um Weiterungen zu vermeiden, erkläre sie sich trotzdem bereit, auf die Einrede der Verjährung bis am 31. Dezember 2002 zu verzichten; dieser Verzicht erfolge ausdrücklich unter dem Vorbehalt, dass eine solche noch nicht eingetreten sei und gelte demzufolge nur für die Zukunft. Der gleichlautende Vorbehalt wurde sodann in den Einredeverzichtserklärungen vom 10. Dezember 2002, 15. Dezember 2003, 3. Dezember 2004, 9. November 2005 und 15. Dezember 2006 angebracht.

Am 28. Dezember 2007 meldete A. vorliegende Streitsache beim Kreispräsidenten Fünf Dörfer zur Vermittlung an. Nach erfolglos verlaufener Sühneverhandlung vom 13. Februar 2008 wurde am 18. Februar 2009 der Leitschein ausgestellt. Mit Prozesseingabe vom 11. März 2009 prosequierte A. die entsprechende Klage gegen die B. an das Bezirksgericht Landquart mit folgendem Rechtsbegehren: «1. Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger Fr. 1 665 000.–, allenfalls einen Betrag nach richterlichem Ermessen, nebst 5% Zins p.a. für den Betrag von Fr. 42 000.–, allenfalls nach richterlichem Ermessen, seit 6. August 1988 zu bezahlen.“ Die eingeklagte Forderung setzt sich aus einer Erwerbsausfallentschädigung (Fr. 779 562.–) und einer Genugtuung (Fr. 885 438.–) zusammen. Bezüglich der Verjährungsfrage äusserte sich der klägerische Rechtsvertreter dahingehend, dem Kläger sei am 28. Mai 2002 definitiv bekannt gewesen, dass er nach Vorliegen des Urteils des Eidgenössischen Versicherungsgerichts keine Versicherungsleistungen der Unfallversicherung seines ehemaligen Arbeitgebers, der G., beanspruchen könne. Somit sei ab diesem Zeitpunkt erstmals eine definitive Schadensberechnung möglich gewesen, welche der Beklagten vorgelegt worden sei. Infolge der kurzen Verjährungsfristen sei die Beklagte um Einredeverzichtserklärungen angefragt worden. Diese habe sämtliche Verzichte lückenlos bis Ende Dezember 2007 erklärt, als die Vermittlungsverhandlung durch den Kläger anbegehrt und somit der Verjährungslauf unterbrochen worden sei. Mit Prozessantwort vom 15. Juli 2009 beantragte die B. die Abweisung der Klage, soweit auf diese eingetreten werden könne. In ihrer Rechtsschrift erhob sie ausdrücklich die Einrede der Verjährung hinsichtlich sämtlicher eingeklagter Schadenersatz- und Genugtuungsforderungen und bestritt, dass der Kläger den approximativen Schadensumfang erst nach Vorliegen des Entscheids

des Eidgenössischen Versicherungsgerichts vom 28. Mai 2002 habe bestimmen können. Darüber hinaus treffe es nicht zu, dass die ausgestellten Einredeverzichtserklärungen lückenlos bis Ende Dezember 2007 vorhanden seien. Vielmehr bestünden diesbezüglich zwei Lücken, auf welche die Beklagte die Gegenseite bereits im damaligen Zeitpunkt ausdrücklich und mehrfach hingewiesen habe. Angesichts der Verjährung erübrigten sich weitergehende Beweiserhebungen etc. und es sei zu prüfen, ob die Hauptverhandlung zunächst auf die Frage der Verjährung beschränkt werde. Diesem Antrag schloss sich der Rechtsvertreter von A. mit Vernehmlassung vom 20. Oktober 2009 an. In der Folge beschränkte das Bezirksgericht Landquart das Verfahren auf die Beurteilung der Verjährungsfrage und setzte die Hauptverhandlung – nachdem diese wegen Vergleichsverhandlungen zwischen den Parteien, welche gemäss Schreiben der B. vom 11. Oktober 2010 letztlich jedoch scheiterten, zunächst aufgeschoben worden war – auf den 16. Februar 2011 an. Mit Urteil vom 16. Februar 2011 wies es die Klage vollumfänglich ab. Das Bezirksgericht Landquart gelangte zum Schluss, dass die eingeklagte Forderung sowohl in relativer wie auch in absoluter Hinsicht verjährt sei. Gegen dieses Urteil liess A. mit Eingabe vom 12. Mai 2011 Berufung ans Kantonsgericht von Graubünden erheben.

Aus den Erwägungen:

II.

4.

Gemäss Art. 83 Abs. 1 SVG verjähren Schadenersatz- und Genugtuungsansprüche aus Motorfahrzeug- und Fahrradunfällen in zwei Jahren vom Tag hinweg, an dem der Geschädigte Kenntnis vom Schaden und von der Person des Ersatzpflichtigen erlangt hat, jedenfalls aber mit Ablauf von zehn Jahren vom Tag des Unfalls an. Der Anfang der Verjährungsfrist ist folglich gleich geregelt wie in Art. 60 OR, weshalb die Judikatur dazu auch für Art. 83 SVG herangezogen werden kann (HANS GIGER, SVG-Kommentar, Zürich 2008, N 2 zu Art. 83 SVG). Wird die Klage aus einer strafbaren Handlung hergeleitet, für die das Strafrecht eine längere Verjährung vorsieht, so gilt diese auch für den Zivilanspruch (Art. 83 Abs. 1 Satz 2 SVG). Diesbezüglich hat die Vorinstanz zutreffend festgehalten, dass vorliegend keine längeren strafrechtlichen Verjährungsfristen zur Anwendung gelangen. Aufgrund der Akten wurde der Unfall verursachende Automobilist mit Urteil des Kantonsgerichtsausschusses von Graubünden vom 11. Oktober 1989 wegen fahrlässiger Körperverletzung und (einfacher) Verletzung der Verkehrsregeln verurteilt. Dieses Urteil erwuchs in Rechtskraft. Anders als unter dem neuen Recht, wonach nach ergangenem erstinstanzlichen Urteil die Verjährung nicht mehr eintreten kann (Art. 97 Abs. 3 StGB), endete die Verfolgungsverjährung unter dem bis zum 30. September 2002 geltenden Verjährungsrecht gemäss bundesgerichtli-

cher Rechtsprechung mit der Ausfällung des in Rechtskraft erwachsenen letztinstanzlichen kantonalen Entscheids, durch den der Beschuldigte verurteilt wurde (Urteil des Bundesgerichts 6B_776/2010 vom 25. Januar 2011, E. 2.3 mit Hinweisen). Im vorliegenden Fall endete der Lauf der strafrechtlichen Verjährung somit am 11. Oktober 1989.

Nach der Rechtsprechung hat der Geschädigte Kenntnis vom Schaden, wenn er die Beschaffenheit und die wesentlichen Merkmale, d.h. alle tatsächlichen Umstände kennt, die geeignet sind, eine Klage zu veranlassen und zu begründen. Ergibt sich das Ausmass des Schadens aus einem Sachverhalt, der sich noch weiter entwickelt, so beginnt die Verjährung nicht vor Abschluss dieser Entwicklung zu laufen. Auch bedarf der Geschädigte unter Umständen noch einer gewissen Zeit, um entweder selbst oder mit Hilfe eines Dritten den Verlauf der unerlaubten Handlung und das endgültige Ausmass des Schadens abschätzen zu können (BGE 96 II 39 E. 2.a S. 41 mit Hinweisen; ROLAND BREHM, Berner Kommentar, Band VI.1.3.1, 3. Aufl., Bern 2006, N 27 ff. zu Art. 60 OR; HEINZ REY, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 4. Aufl., Zürich 2008, N 1611 ff.). Allerdings darf der Geschädigte mit der Geltendmachung seiner Forderung nicht bis zu dem Zeitpunkt zuwarten, indem er den genauen Schadensbetrag kennt; es genügt, dass er über ausreichende Elemente verfügt, um den Schaden im Sinne von Art. 42 Abs. 2 OR zu schätzen. Er muss die schädigenden Auswirkungen der unerlaubten Handlung so weit kennen, dass er in der Lage ist, für alle Schadensposten auf dem Prozessweg Ersatz zu verlangen (Urteil des Bundesgerichts 4C.151/1999 vom 1. September 1999, E. 2 mit Hinweisen). Für den vorliegenden Fall von Bedeutung ist namentlich, dass bei bleibender Invalidität die Verjährung mit dem Zeitpunkt beginnt, in welchem der Arzt die entsprechende Diagnose stellt und den Grad dieser Invalidität ungefähr angibt (GIGER, a.a.O., N 3 zu Art. 83 SVG; BREHM, a.a.O., N 41 zu Art. 60 OR). Führt die Beeinträchtigung des Geschädigten zu einer privat- oder sozialversicherungsrechtlichen Invalidenrente, so wird grundsätzlich angenommen, dass der Geschädigte dann hinreichende Kenntnis des Schadens im Sinne von Art. 60 Abs. 1 OR habe, wenn ihm der Rentenentscheid eröffnet worden ist (REY, a.a.O., N 1618 und 1622 ff.; BREHM, a.a.O., N 43 ff. zu Art. 60 OR; BGE 93 II 498 E. 2 S. 503; Urteil des Bundesgerichts 4C.151/1999 vom 1. September 1999, E. 2). Wird gegen den Entscheid Beschwerde eingereicht, so ist der Verjährungsbeginn nur dann bis zum gerichtlichen Entscheid des Versicherungsgerichts aufgeschoben, wenn dieser eine neue Schadenerkenntnis vermittelt und nicht nur eine geringe Korrektur des Invaliditätsprozentsatzes vornimmt (BREHM, a.a.O., N 43a zu Art. 60 OR; Urteil des Bundesgerichts 2C.1/1999 vom 12. September 2000, E. 3.c). Es kann namentlich nicht geltend gemacht werden, dass in Anbetracht des Regressrechts des UVG-Versicherers der Geschädigte, welcher nur den nicht gedeckten Restschaden einklagen muss, dies erst tun könne, wenn er die Höhe der Leistungen des UVG-Versicherers kennt und diese vom Gesamtschaden abziehen kann. Art. 60

OR spricht von der «Kenntnis des Schadens» und nicht von der Kenntnis der klagbaren Forderung. Es geht somit um den gesamten Schaden, welchen der Geschädigte erlitten hat, einschliesslich demjenigen, der vom Sozialversicherer übernommen wird, ohne Ausscheidung der zu erwartenden Versicherungsleistungen (BREHM, a.a.O., N 45 zu Art. 60 OR mit Hinweisen auf die Urteile des Bundesgerichts 2C.1/1999 vom 12. September 2000, E. 3.c, sowie 4C.65/1990 vom 27. August 1990, E. 3).

5.

a. Mit Bezug auf den Zeitpunkt der Kenntnis des Schadens hat die Vorinstanz festgehalten, dass dem Kläger mit Verfügung vom 21. Januar 1993 gestützt auf ein entsprechendes Gutachten eine ordentliche einfache IV-Rente aufgrund eines Invaliditätsgrads von 70% ab Mai 1990 zugesprochen worden sei. Ausgehend davon hat sie in Erwägung gezogen, dass die medizinischen Abklärungen hinsichtlich einer teilweisen Arbeitsunfähigkeit zu diesem Zeitpunkt somit abgeschlossen und dem Kläger der Grad seiner Arbeitsunfähigkeit und damit im Wesentlichen das Ausmass des ihm dadurch entstandenen Schadens bekannt gewesen seien. Angesichts dessen, dass der Geschädigte dann hinreichende Kenntnis des Schadens im Sinne von Art. 60 Abs. 1 OR habe, wenn ihm der Rentenentscheid eröffnet worden sei, habe die relative Verjährungsfrist somit bereits ab dem 22. Januar 1993 zu laufen begonnen. Im Rahmen einer Eventualbegründung ist das Bezirksgericht Landquart sodann zum Schluss gelangt, dass, selbst wenn der Kläger zu diesem Zeitpunkt trotz medizinischem Gutachten und gestützt darauf zugesprochener Invalidenrente noch keine hinreichende Kenntnis des Schadens besessen hätte, dies spätestens mit Erstattung des Obergutachtens von PD Dr. med. L. am 4. Mai 1998 der Fall gewesen wäre. Darin sei der Mediziner zum Schluss gekommen, dass der Versicherte seit dem Unfall gänzlich arbeitsunfähig sei und eine Wiedererlangung der Arbeitsfähigkeit nicht erwartet werden könne. Allerspätstens habe er aber mit dem Aktengutachten von Dr. med. M. vom 17. März/18. Mai 1999 ausreichende Kenntnis des Schadens im Sinne von Art. 83 Abs. 1 SVG gehabt. Allerspätstens zu diesem Zeitpunkt seien sämtliche medizinischen Abklärungen abgeschlossen gewesen und der Kläger habe über die Art und wesentlichen Merkmale bzw. über alle tatsächlichen Umstände Bescheid gewusst, die genügt hätten, um eine Klage zu veranlassen. Dies namentlich auch unter dem Aspekt des Dauerschadens. Es verhalte sich gemäss der Aktenlage auch nicht so, dass das Ausmass des Schadens noch durch einen sich weiterentwickelnden Sachverhalt bestimmt worden sei, welcher den Beginn der Verjährung hinausgezögert hätte. So seien bis zum definitiven Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts vom 28. Mai 2002 gemäss den Akten auch keine weiteren relevanten medizinischen Abklärungen mehr erfolgt, weshalb keinerlei Grund dafür ersichtlich sei, warum die relative Verjährungsfrist erst ab diesem Zeitpunkt hätte zu laufen beginnen sollen. Bei sehr wohlwollender Betrachtung sei die relative zweijährige Verjährungsfrist demnach allerspätstens Ende 1999 ausge-

löst worden, nämlich wenn man dem Kläger ab dem Zeitpunkt des Vorliegens des Gutachtens von Dr. med. M. vom 17. März/18. Mai 1999 noch ein gutes halbes Jahr zugestehe, um entweder selbst oder mit Hilfe eines Dritten das endgültige Ausmass des Schadens abschätzen zu können.

b. Der Berufungskläger stellt sich dagegen auf den Standpunkt, ihm sei erst am 28. Mai 2002 mit dem Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts definitiv bekannt geworden, dass er keine Versicherungsleistungen der Unfallversicherung seines ehemaligen Arbeitgebers beanspruchen könne. Somit sei ab diesem Zeitpunkt erstmals eine definitive Schadensberechnung möglich gewesen, welche der Berufungsbeklagten vorgelegt worden sei. Wenn aber schon nicht auf dieses Urteil als auslösender Zeitpunkt abgestellt werde, dann müsse mindestens die Verfügung der G., welche in Form eines Einspracheentscheids am 23. März 2000 ergangen sei, als auslösender Zeitpunkt gelten. Der erstmalige Ablauf der relativen Verjährungsfrist würde diesfalls am 23. März 2002 erfolgen. Da unbestrittenermassen seit dem 26. Februar 2002 lückenlose Verjährungsverzichtserklärungen seitens der Berufungsbeklagten vorlägen, sei die Verjährung bis zum Zeitpunkt der Anhebung der Klage bei der Vorinstanz nicht eingetreten.

c. Gemäss oben zitierter Lehre und Rechtsprechung hängt der Zeitpunkt der Schadensenkenntnis entgegen der Ansicht des Berufungsklägers nicht mit dem Vorliegen eines rechtskräftigen Urteils des Versicherungsgerichts zusammen. Vielmehr beginnt bei bleibender Invalidität die Verjährung mit dem Zeitpunkt zu laufen, in welchem der Arzt die entsprechende Diagnose stellt und den Grad der Invalidität ungefähr angibt. Die Vorinstanz hat daher zu Recht auf die Verfügung der Ausgleichskasse des Kantons Graubünden vom 21. Januar 1993 abgestellt. Dieser Entscheid verfügt gestützt auf das entsprechende Gutachten von Dr. med. H. vom 28. September 1992 sowie aufgrund eines von der IV-Kommission ermittelten IV-Grads von 70% die Ausrichtung einer ganzen IV-Rente mit Wirkung ab dem 1. Mai 1990. Mit Eröffnung dieses Rentenentscheids erlangte der Berufungskläger grundsätzlich hinreichende Kenntnis des Schadens im Sinne von Art. 60 Abs. 1 OR (vgl. E. 4 hiervor). Der Entscheid blieb in der Folge unangetastet. Auf Grundlage dieses Entscheids und des Gutachtens von Dr. med. H. hatte der Berufungskläger von allen relevanten Teilaspekten des Schadens Kenntnis. Es standen weder zu diesem Zeitpunkt noch später weitere medizinische Behandlungsindikationen oder Entwicklungen des Gesundheitszustands im Raum, welche Einfluss auf die Arbeitsfähigkeit oder die anderen geltend gemachten Schadenspositionen gehabt hätten. Dass erst mit den im Einspracheverfahren gegen den Entscheid der G. als Unfallversicherer eingeholten Gutachten taugliche Grundlagen für die Beurteilung des unfallbedingten Dauerschadens zur Verfügung standen, ist weder ersichtlich noch dargetan. Namentlich bezeichnet der Berufungskläger keine Elemente, deren er – über die Feststellungen im Gutachten von Dr. med. H. hinaus – für eine aussichtsreiche Belangung der Berufungsbe-

klagten noch beduft hätte. Die Ergebnisse des Gutachters Dr. med. H. wurden denn auch in Bezug auf die verjährungsrelevanten Kriterien durch die später eingeholten Gutachten bestätigt. Eine vorläufige Bezifferung des Direktschadens war dem Berufungskläger somit bereits aufgrund der IV-Verfügung vom 21. Januar 1993 möglich.

d. Selbst wenn entgegen den vorangegangenen Ausführungen – wozu vorliegend indessen kein Grund besteht – auf den Entscheid der G. als UVG-Versicherer abgestellt würde, wäre gemäss den von Lehre und Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen nicht, wie vom Berufungskläger geltend gemacht, der Einspracheentscheid vom 23. März 2000, sondern der Rentenentscheid vom 17. Juni 1994 massgebend, zumal die nachfolgenden Rechtsmittelverfahren keine neuen Schadenerkenntnisse hervorbrachten. Bei Erhebung einer Beschwerde gegen einen Rentenentscheid wird der Verjährungsbeginn nämlich nur dann bis zum gerichtlichen Entscheid des Versicherungsgerichts aufgeschoben, wenn dieser eine neue Schadenerkenntnis vermittelt und nicht nur eine geringe Korrektur des Invaliditätsprozentsatzes vornimmt (vgl. E. 4 hiervor). Diese Voraussetzungen sind vorliegendenfalls nicht gegeben. Die zweijährige relative Verjährungsfrist wäre somit in jedem Fall vor der unbestrittenen vorhandenen Lücke in den Verjährungsverzichtserklärungen vom 1. Januar bis 26. Februar 2002 abgelaufen, womit die Forderung selbst dann verjährt wäre, wenn vom Zeitpunkt der Rentenentscheide des UVG-Versicherers ausgegangen würde.

Letzteres gilt auch, wenn auf den zweiten Rentenentscheid der G. vom 6. August 1999, der infolge eines Rechtsmittelverfahrens gegen den ersten UVG-Entscheid vom 17. Juni 1994 erging, abgestellt würde. Auch dieser Entscheid ist in Bezug auf die Kenntnis des Schadens im Sinne von Art. 60 Abs. 1 OR bzw. Art. 83 Abs. 1 SVG allerdings nicht massgebend, da er im Wesentlichen nur noch die Frage der Adäquanz zwischen Unfall und psychischen Störungen zum Gegenstand hatte und es nicht mehr um die Feststellung des Schadens ging. Neue Schadenerkenntnisse enthielt der betreffende Entscheid keine. Die vorgängig eingeholten Gutachten von Dr. med. L. vom 4. Mai 1988 und Dr. med. M. vom 17. März/18. Mai 1999 bestätigten lediglich die früheren medizinischen Erkenntnisse. Nicht massgebend sind jedenfalls – wie bereits dargelegt – der im nachfolgenden Rechtsmittelverfahren ergangene Einspracheentscheid der G. sowie die darauffolgenden Rechtsmittelentscheide des Verwaltungs- und des Eidgenössischen Versicherungsgerichts, mit welchen der Einspracheentscheid bestätigt wurde.

e. Unzutreffend ist sodann das Vorbringen des Berufungsklägers, die Vorinstanz habe zu Unrecht auf das letztergangene Gutachten vom Mai 1999 abgestellt. Die Vorinstanz hat lediglich im Rahmen einer Eventualbegründung in Erwägung gezogen, für den Fall, dass nicht bereits auf die IV-Verfügung vom 21. Januar 1993 abzustellen wäre, der Berufungskläger allerspätestens mit dem Aktengutachten von Dr. med. M. vom 17. März/

18. Mai 1999 ausreichende Kenntnis des Schadens im Sinne von Art. 83 Abs. 1 SVG gehabt habe. Mit dem fraglichen Gutachten – sowie mit dem psychiatrischen Gutachten von Dr. med. L. vom 4. Mai 1998 – wurden die medizinischen Abklärungen im Hinblick auf den Entscheid vom 6. August 1999 definitiv abgeschlossen. Spätestens zu diesem Zeitpunkt waren denn auch die letzten allfälligen Unklarheiten aufgrund des Aktengutachtens von Prof. Dr. med. K. vom 30. September 1995 ausgeräumt, welcher als einziger der im vorliegenden Fall involvierten Experten eine Arbeitsunfähigkeit des Berufungsklägers ernsthaft in Frage stellte. In diesem Zusammenhang ist sodann darauf hinzuweisen, dass der Berufungskläger die Begründung des vorinstanzlichen Urteils auch in einem anderen Punkt offensichtlich falsch interpretiert. Entgegen seiner Auffassung hat die Vorinstanz darin nämlich nicht erkannt, dass der am 21. Januar 1993 eröffnete Rentenentscheid nicht das die Verjährungsfrist auslösende Momentum darstelle, sondern für den Beginn der relativen Verjährungsfrist vielmehr gerade auf diese Verfügung abgestellt.

f. Schliesslich rügt der Berufungskläger, die Vorinstanz habe es unterlassen, den Aspekt des Dauerschadens einer näheren Betrachtung zuzuführen und sich mit einem kurzen Hinweis auf die vor Schranken erörterte Rechtslage begnügt. Auch diese Argumentation zielt ins Leere. Im vorliegenden Fall ist – wie bereits ausgeführt – spätestens ab dem Zeitpunkt der Verfügung der Ausgleichskasse des Kantons Graubünden vom 21. Januar 1993 von einem konsolidierten Dauerschaden auszugehen. Die massgebenden Beeinträchtigungen ergaben sich aus diesem Rentenentscheid sowie den medizinischen Gutachten, welche besagtem Entscheid zugrunde lagen. Der Invaliditätsgrad wurde darin mit 70% genau, d.h. ohne Bandbreite angegeben. Auch die im Rahmen des UVG-Verfahrens eingeholten medizinischen Berichte gehen – mit Ausnahme desjenigen von Prof. Dr. med. K. – einhellig von einer vollständigen Arbeitsunfähigkeit aus. Angesichts der Vielzahl übereinstimmender Arztgutachten kann es auch nicht von Relevanz sein, dass der Berufungskläger gemäss seinen eigenen unbewiesenen Angaben offenbar bis im September 2003 davon ausging, eines Tages wieder ins Erwerbsleben zurückkehren zu können.

6.

Der Berufungskläger macht weiter geltend, auch die absolute Verjährungsfrist könne unterbrochen werden. Dies sei vorliegend unter Berücksichtigung des korrekten Zeitpunkts im Mai 2000 (recte wohl Mai 2002 mit Entscheid des Eidgenössischen Versicherungsgerichts) geschehen, womit die Verjährungsfristen sowohl in relativer als auch in absoluter Hinsicht rechtzeitig unterbrochen worden seien.

Zutreffend ist, dass auch absolute Verjährungsfristen grundsätzlich unterbrochen werden können (vgl. hierzu REY, a.a.O., N 1633). Indessen verkennt der Berufungskläger in seiner Argumentation, dass gemäss Art. 83 Abs. 1 SVG die absolute Verjährungsfrist von zehn Jahren mit dem Tag der schädigenden Handlung bzw. des Unfalls zu laufen beginnt, und

zwar unabhängig davon, ob der Ersatzberechtigte in diesem Zeitpunkt Kenntnis vom Schadenseintritt und der Person des Ersatzpflichtigen hat. Diese Regelung bringt es mit sich, dass der Ersatzanspruch unter Umständen verjähren kann, bevor der Geschädigte die zur Geltendmachung seines Anspruchs erforderlichen Tatsachen kennt. In einzelnen Fällen mag dieses Ergebnis stossend erscheinen, es wird jedoch im Interesse der Rechtssicherheit in Kauf genommen (REY, a.a.O., N 1634 mit Hinweisen; GIGER, a.a.O., N 4 zu Art. 83 SVG; BREHM, a.a.O., N 64 f. zu Art. 60 OR). Der massgebende Zeitpunkt für den Beginn der absoluten Verjährungsfrist ist daher in jedem Fall der Tag des Unfalls, vorliegend mithin der 6. August 1988. Da die Verjährung auch nicht unterbrochen worden ist, ist sie demnach am 7. August 1998 eingetreten. Ab diesem Datum wurden unbestrittenermassen keine lückenlosen Verjährungsverzichtserklärungen abgegeben und es besteht aufgrund der Akten mitunter eine Lücke zwischen dem 1. Januar und dem 26. Februar 2002. Die eingeklagte Forderung ist somit in jedem Fall in absoluter Hinsicht verjährt, selbst wenn der Beginn der relativen Verjährungsfrist abweichend von der hier vertretenen Meinung auf einen späteren Zeitpunkt festgelegt würde. Dies würde im Übrigen auch dann gelten, wenn die aktenkundige Entschädigungsvereinbarung vom 14./15. März 1990 als verjährungsunterbrechend angesehen würde. Diesfalls wäre die absolute Verjährungsfrist spätestens am 16. März 2000 eingetreten, womit die Lücke in den nachfolgenden Verjährungsverzichtserklärungen wiederum relevant wäre.

7.

(...)

Nach dem Gesagten erweist sich die vorliegende Berufung in allen Punkten als unbegründet, weshalb sie abzuweisen ist.

Kantonsgericht von Graubünden, Urteil vom 1. November 2011 (Bestätigung des Urteils des Bezirksgerichts Maloja vom 9. März 2011)

Zur Kündigung gemäss Art. 335 OR legitimiert ist die Vertragspartei selbst oder ihr Vertreter. Die Vertretung kann sich unter anderem auf Organstellung, Prokura oder auf gewillkürte Bevollmächtigung nach Art. 32 OR stützen. Vorliegend war der Verwaltungsrat ohne Weiteres befugt, die Kündigungskompetenz mit Erlass des Reglements über die Anstellung von Unterrichtenden an der Mittelschule an den Schulrat beziehungsweise in der Folge mit Erlass des Organisations- und Geschäftsreglements an die Geschäftsleitung zu delegieren. Insofern als im Laufe des Anstellungsverhältnisses die Kompetenz zur Kündigung vom Schulrat auf die Geschäftsleitung übertragen wurde, ist der Verwaltungsrat dazu aufgrund seiner grundsätzlichen Zuständigkeit zur Festlegung der Organisation berechtigt (Art. 716a Abs. 1 lit. 2 OR).

Dazu war nicht die ausdrückliche Zustimmung der Mitarbeitenden der Mittelschule notwendig, zumal diese Änderung in der Kündigungs-kompetenz die Rechtsstellung beziehungsweise schützenswerte Interessen der Mitarbeiter nicht tangieren (E. 4.a und 7).

Sachverhalt:

Am 13. Juni 1997 beziehungsweise am 17. Juni 1997 schlossen die C. als Arbeitgeberin, sowie A., als Arbeitnehmer, einen befristeten Arbeitsvertrag ab. Der Arbeitnehmer wurde als Stellvertretung für die Fächer Latein und Geschichte angestellt. Der Beginn des Arbeitsverhältnisses wurde auf den 1. August 1997 und dessen Ende auf den 31. Januar 1998 festgelegt. Mit Anstellungsvertrag vom 22. Januar 1998 beziehungsweise 27. Januar 1998 wurde der befristete Arbeitsvertrag vom 13. Juni 1997/17. Juni 1997 infolge einer Firmenänderung ersetzt und A. wurde von der B. als hauptamtliche Lehrkraft für den Unterricht in den Fächern Latein und Geschichte angestellt. Am 15. März 1999 beziehungsweise 22. März 1999 schlossen die genannten Parteien schliesslich erneut einen Anstellungsvertrag ab, welcher denjenigen vom 22. Januar 1998/27. Januar 1998 ersetzen sollte. A. war gemäss diesem Vertrag weiterhin als unbefristet angestellte Lehrkraft für den Unterricht in den Fächern Latein und Geschichte an der B. angestellt. Sämtliche Verträge verwiesen bezüglich der Voraussetzungen für eine Anstellung als unbefristet angestellte Lehrkraft sowie die Kündigungsfristen auf das Reglement über die Anstellung von Unterrichtenden an der Mittelschule; dieses Reglement galt ergänzend zum genannten Anstellungsvertrag. Im Weiteren wurden die Statuten und das Leitbild der B., die einschlägigen Reglemente und Weisungen der Schule sowie die Reglemente der Versicherungskasse als integrierende Bestandteile des Anstellungsvertrages bezeichnet. Mit Schreiben vom 17. Januar 2005 kündigte die B. – vertreten durch D., Delegierter des Verwaltungsrates, für welchen F. (Mitglied der Geschäftsleitung) in Vertretung unterzeichnete, und E., Leiter der Mittelschule – das Arbeitsverhältnis zwischen ihr und A. per Ende Schuljahr 2004/2005 (31. Juli 2005). Die B. begründete die Kündigung auf Verlangen von A. damit, dass die Teamfähigkeit in einer kleinen Schule ein entscheidender Faktor sei. Diese Fähigkeit, mit Lehrpersonen zusammenzuarbeiten, die anderen Standpunkte zu vertreten, sei bei A. nicht gegeben. Im Weiteren wurde ausgeführt, dass an einer Maturitätsschule je länger je mehr Fähigkeiten verlangt würden, die über das reine Unterrichten hinausgehen würden. Hierzu vermisse die B. die notwendige Flexibilität seitens A.

Mit Vermittlungsbegehren vom 22. Juni 2010 gelangte A. an den Kreispräsidenten des Kreises Oberengadin, woraufhin dieser die Parteien zu einer Sühneverhandlung auf den 9. Juli 2010 einlud. Dabei stellte der Kläger das Rechtsbegehren, die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger den Betrag von Fr. 30 000.– zu bezahlen. Die angestellten Vergleichsver-

suche blieben erfolglos, weshalb den Parteien am 16. August 2010 der Leitschein zugestellt wurde. Mit Prozesseingabe vom 18. August 2010 gelangte A. an das Bezirksgericht Maloja und stellte folgende Rechtsbegehren, die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger den Betrag von Fr. 30 000.– zu bezahlen. Zur Begründung brachte A. vor, gemäss Art. 16 Ziffer 11 der Statuten sei die abschliessende Entscheidung in Personalfragen eine Verpflichtung, welche der Verwaltungsrat an niemanden delegieren dürfe. Sowohl das Reglement über die Anstellung von Unterrichtenden an der Mittelschule als auch das Organisations- und Geschäftsreglement hätten nie in Kraft gesetzt werden dürfen, da damit eine unzulässige Delegation der Kündigungskompetenz des Verwaltungsrats an den Schulrat beziehungsweise an die Geschäftsleitung stattgefunden habe. Im Weiteren führte A. aus, am 17. Januar 2005 habe er das Kündigungsschreiben per 31. Juli 2005, unterzeichnet von der Geschäftsleitung, erhalten. Dies stehe im Widerspruch zu seinem Arbeitsvertrag beziehungsweise dem Reglement über die Anstellung von Unterrichtenden an der Mittelschule, welches integrierender Bestandteil seines Arbeitsvertrages sei und die Kompetenz zur Kündigung dem Schulrat zuweise. Die Geschäftsleitung könne sich bei ihrer Kündigung nicht auf das Organisations- und Geschäftsreglement vom 31. Oktober 2003 berufen, da sie nicht beweisen könne, dass A. dieses zur Kenntnisnahme erhalten habe. Das neue Organisations- und Geschäftsreglement hätte den Arbeitnehmern ausgehändigt werden müssen und dessen Kenntnisnahme hätte sich die B. schriftlich bestätigen lassen müssen. Im Übrigen verstosse dieses Organisations- und Geschäftsreglement ohnehin gegen die Statuten, da gemäss Art. 16 Ziffer 11 der Statuten die Kündigung eine unübertragbare und unentziehbare Aufgabe des Verwaltungsrates darstelle. Eine rechtsgültige Kündigung habe demnach nie stattgefunden. B. machte in der Prozessantwort im Wesentlichen geltend, dass gemäss Art. 16 Ziffer 11 der Statuten lediglich die Bestätigung der Lehrkräfte in fester Anstellung eine unübertragbare Aufgabe des Verwaltungsrates darstelle. Eine entsprechende Bestätigung sei lediglich ein Instrument der Finanzkontrolle des Verwaltungsrates. Es gehe mithin darum, die Arbeit der Geschäftsleitung zu prüfen und entsprechend intervenieren zu können. Mit der Unterzeichnung eines Arbeitsvertrages durch zeichnungsberechtigte Mitglieder der Geschäftsleitung und durch den Arbeitnehmer komme ein Arbeitsvertrag bereits gültig zu Stande. Einer Bestätigung bedürfe der Vertrag zu seiner Gültigkeit nicht. Die Bestätigung habe im Übrigen nicht dem Lehrer gegenüber, sondern gegenüber der Geschäftsleitung zu erfolgen. Die Kompetenz zum Abschluss und zur Auflösung eines Arbeitsvertrages gehöre in die operative Führungsebene, welche von einer Geschäftsleitung wahrgenommen werde. Schliesslich seien die Reglemente, welche der Kläger nenne, korrekt in Kraft gesetzt worden. Eine ausführliche Information des Klägers über das neue Organisationsreglement sei angeboten worden. Dies sei jedoch nicht notwendig gewesen, da nur interne Abläufe und nicht Pflichten oder Rechte des Klägers verändert

worden seien. Im Übrigen seien die Reglemente statutenkonform erlassen und richtig angewendet worden. Mit Urteil vom 9. März 2011 wies das Bezirksgericht Maloja die Klage vollumfänglich ab. Gegen diesen Entscheid erhob A. am 3. Mai 2011 Berufung beim Kantonsgericht von Graubünden.

Aus den Erwägungen:

II.

4.

a) Gemäss Art. 335 OR kann ein unbefristetes Arbeitsverhältnis von jeder Vertragspartei gekündigt werden (Abs. 1). Der Kündigende muss die Kündigung schriftlich begründen, wenn die andere Partei dies verlangt (Abs. 2). Die Kündigung ist grundsätzlich formfrei gültig, wenn nicht vertraglich etwas anderes vereinbart wurde. Zur Kündigung legitimiert ist die Vertragspartei selbst oder ihr Vertreter. Die Vertretung kann sich unter anderem auf Organstellung, Prokura oder auf gewillkürte Bevollmächtigung nach Art. 32 OR stützen (vgl. ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 6. Auflage, Zürich 2005, N 8 zu Art. 335). Wer für die Gesellschaft rechtsgeschäftlich handeln kann, bestimmt sich in erster Linie nach dem Aktienrecht. Dieses ist deshalb auch für die Frage massgebend, ob die Geschäftsleitung oder der Verwaltungsrat für den Abschluss und die Beendigung eines Arbeitsvertrags zuständig ist (vgl. BGE 128 III 129 ff.).

b) Vorliegend kündigte die B. AG als Arbeitgeberin das Arbeitsverhältnis zwischen ihr und A. mit Schreiben vom 17. Januar 2005 per Ende Schuljahr 2004/2005, mithin den 31. Juli 2005. Die Kündigung wurde von D., für welchen F. in Vertretung unterzeichnete, sowie E. unterzeichnet. Die genannten Personen sind allesamt Mitglieder der Geschäftsleitung und handelten in deren Namen. Folglich wurde die vorliegende Kündigung von der Geschäftsleitung ausgesprochen. Die Berufungsbeklagte stützt sich bezüglich der Zuständigkeit der Geschäftsleitung zur Aussprechung der Kündigung auf das Organisations- und Geschäftsreglement, welches am 31. Oktober 2003 in Kraft getreten ist. Der Berufungskläger führt in seiner Berufung an das Kantonsgericht von Graubünden diesbezüglich aus, dass die Kündigung vom 17. Januar 2005 ungültig sei, da sie von einem unzuständigen Organ ausgesprochen worden sei; insbesondere hätte der Verwaltungsrat der von der Geschäftsleitung ausgesprochenen Kündigung gemäss Art. 16 Ziffer 11 der Statuten vorgängig zustimmen müssen. Das Bezirksgericht Maloja führte diesbezüglich aus, dass die Kündigung des Arbeitsverhältnisses gestützt auf das geltende Organisations- und Geschäftsreglement von der dafür zuständigen Geschäftsleitung beschlossen und mitgeteilt worden sei, weshalb die Kündigung rechtsgültig erfolgt sei. Insbesondere sei der Verwaltungsrat während der Anstellungsdauer des Klägers für die Kündigung der festangestellten Lehrpersonen nicht zuständig

gewesen. Dieser Umstand spreche somit gegen die Interpretation des Art. 16 Ziffer 11 der Statuten durch den Kläger, wonach die Kündigung einer festangestellten Lehrperson eine unübertragbare und unentziehbare Aufgabe des Verwaltungsrates darstelle. Nachfolgend gilt es zu prüfen, ob die Kündigung der festangestellten Lehrpersonen eine unübertragbare und unentziehbare Aufgabe des Verwaltungsrates im Sinne von Art. 16 der Statuten darstellt beziehungsweise ob der Verwaltungsrat zur Gültigkeit der Kündigung dieser tatsächlich vorgängig hätte zustimmen müssen.

6.

(...)

d/2. Die vorliegende Vertragsänderung betrifft die Zuständigkeit zur Aussprechung der Kündigung. Wie bereits dargelegt, gehört gemäss Art. 716a Abs. 1 Ziff. 2 OR beziehungsweise Art. 16 Ziffer 2 der Statuten die Festlegung der Organisation der Aktiengesellschaft zu den unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben des Verwaltungsrates. Diese Festlegung der Organisation umfasst unter anderem Bestimmungen der Führungsorganisation (vgl. ROLF WATTER/KATJA ROTH PELLANDA, a.a.O., N 10 zu Art. 716a). Sowohl mit dem Erlass des Reglements über die Anstellung von Unterrichtenden an der Mittelschule als auch mit dem Erlass des Geschäfts- und Organisationsreglements ist der Verwaltungsrat dieser Aufgabe in zulässiger Art und Weise nachgekommen. Insofern als dem Verwaltungsrat diese Aufgabe übertragen wird, muss ihm auch die Kompetenz zustehen, die Festlegung der Organisation im Verlaufe der Zeit in eigener Kompetenz an veränderte Verhältnisse anzupassen. Bei der vorliegenden Änderung der Zuständigkeit zur Aussprechung der Kündigung vom Schulrat auf die Geschäftsleitung geht es dabei lediglich um eine personelle Änderung in Bezug auf die Kündigungskompetenz, mithin ist auch die Geschäftsleitung bei der Aussprechung der Kündigung an die gesetzlichen und reglementarischen Kündigungsvoraussetzungen gebunden. Der Geschäftsleitung kommen darüber hinaus keine weiteren, für den Berufungskläger nachteilig auswirkende Befugnisse zu. Mithin betrifft die Änderung bezüglich der Zuständigkeit zur Aussprechung der Kündigung keine derart wesentlichen Elemente des Arbeitsvertrages beziehungsweise greift sie nicht in schützenswerte Interessen des Arbeitnehmers ein, welche eine ausdrückliche Zustimmung zur Vertragsänderung seitens des Arbeitnehmers notwendig gemacht hätten. Insbesondere hat ein angestellter Lehrer weder in tatsächlicher noch in rechtlicher Hinsicht einen Anspruch darauf, dass die Kündigung von einer bestimmten Person beziehungsweise einem bestimmten Gremium ausgesprochen wird. Insbesondere kann nicht verlangt werden, dass die personelle Zusammensetzung des für eine Kündigung zuständigen Gremiums während der Zeitdauer zwischen Anstellung und Kündigung gleich zu bleiben hat, zumal diesfalls ein personeller Wechsel faktisch ausgeschlossen werden würde.

d/3. Massgebend für die Zuständigkeit zur Aussprechung der Kündigung ist einzig und allein, ob diese vom zuständigen Organ beschlossen

und von diesem Organ angehörenden und zeichnungsberechtigten Personen dem betroffenen Arbeitnehmer mitgeteilt worden ist. Wie bereits erwähnt, ist zur Kündigung entweder die Vertragspartei selbst oder ihr Vertreter legitimiert. Die Vertretung kann sich dabei unter anderem auf Organstellung, Prokura oder auf gewillkürte Bevollmächtigung nach Art. 32 OR stützen (vgl. ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL, a.a.O., N 8 zu Art. 335). Gemäss dem zum Zeitpunkt der Kündigung massgebenden Organisations- und Geschäftsreglement entscheidet in Personalfragen wie Anstellung, Entlassung und Entlohnung die Geschäftsleitung auf Antrag des jeweiligen bereichsleitenden Mitgliedes der Geschäftsleitung (vgl. Art. 17 des Geschäfts- und Organisationsreglements). Dementsprechend ging der Kündigung vorliegend ein entsprechender Beschluss der Geschäftsleitung voraus. Zudem waren die damals Unterzeichnenden – D. und E. – Mitglieder der Geschäftsleitung und aufgrund einer Kollektivunterschrift zu zweien auch zeichnungsberechtigt (vgl. Art. 25 des Geschäfts- und Organisationsreglements), was vom Berufungskläger im Übrigen auch nicht bestritten wird. Schliesslich war auch die damals in Vertretung für D. unterzeichnende F. gemäss dem Handelsregistrauszug Mitglied der Geschäftsleitung und mit Kollektivunterschrift zu Zweien zeichnungsberechtigt.

d/4. Soweit der Berufungskläger schliesslich eine fehlende Orientierung beziehungsweise Aushändigung des entsprechenden Reglements und die darin erwähnte Kompetenzübertragung hinsichtlich der Zuständigkeit für die Kündigung geltend macht, erweisen sich auch diese Vorbringen als unbegründet. Sämtliche Mitarbeiter und damit auch der Kläger wurden am 17. November 2003 zu einer Informationsveranstaltung – «Direttissima» – auf den 24. November 2003 eingeladen. Ziel dieser «Direttissima» war es, die Informationen aus der Geschäftsleitung und aus dem Verwaltungsrat direkt an die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der B. weiterzugeben. Gemäss der Traktandenliste war unter anderem eine Information über das Organisations- und Geschäftsreglement geplant. Aufgrund dieser Umschreibung musste für den Berufungskläger nach Treu und Glauben durchaus erkennbar sein, was Gegenstand der Informationsveranstaltung war. Insbesondere bedurfte es keiner detaillierten Aufzählung einzelner Informationsgegenstände. Damit ist der Arbeitgeber seiner Offenlegungspflicht in Bezug auf die Vertragsgrundlagen in genügender Art und Weise nachgekommen. Dabei ist insbesondere darauf hinzuweisen, dass die Aufklärungspflicht des Arbeitgebers mit der Informationsobliegenheit des Arbeitnehmers korreliert; mithin hat sich auch der Arbeitnehmer um den Erhalt der notwendigen Informationen zu bemühen. Im Übrigen ist die vorliegende Traktandenliste im Einladungsschreiben vom 17. November 2003 bezüglich dem verlangten Grad der Bestimmtheit nicht mit einer Traktandenliste einer Generalversammlung von Aktionären zu vergleichen. Vorliegend geht es lediglich um eine Informationsveranstaltung für Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter, während bei einer Generalversammlung bestimmte

Angelegenheiten – welche zwingend zu traktandieren sind – von den Aktionären beraten und darüber Beschluss gefasst wird. An die Einladung zu einer Generalversammlung werden mithin bestimmte gesetzlich Anforderungen gestellt, welche sich nicht leichthin auf die Einladung zu einer Informationsveranstaltung übertragen lassen (vgl. Art. 700 OR; DIETER DUBS/ROLAND TRUFFER in: Heinrich Honsell/Peter Nedim Vogt/Rolf Watter [Hrsg.], a.a.O., N 11 zu Art. 700).

d/5. Schliesslich ist an dieser Stelle darauf hinzuweisen, dass nebst dem Reglement über die Anstellung von Unterrichtenden an der Mittelschule auch weitere einschlägige Reglemente und Weisungen der Schule integrierende Bestandteile des Arbeitsvertrages zwischen der B. und A. bilden; mithin auch das Organisations- und Geschäftsreglement. Bei einer Gesamtbetrachtung des Organisations- und Geschäftsreglements fällt zudem auf, dass der Geschäftsleitung als operativ tätiges Organ im Gegensatz zum Schulrat weit mehr Kompetenzen und Verantwortung zufallen. Der Schulrat tritt – im Gegensatz zu früheren Regelungen – lediglich noch als beratendes und beobachtendes Organ in Erscheinung. Diese umfassende interne Organisationsreform, welche mit Inkrafttreten des Organisations- und Geschäftsreglements erfolgt ist, musste auch A. aufgefallen sein. Aufgrund dessen und in Anbetracht des Umstandes, dass dem Organisations- und Geschäftsreglement aufgrund seines grundlegenden und umfassenden Regelungsbereiches gegenüber dem Reglement über die Anstellung von Unterrichtenden an der Mittelschule Vorrang zukommt, ist denn auch das Reglement über die Anstellung von Unterrichtenden an der Mittelschule im Sinne des Organisations- und Geschäftsreglements auszulegen.

e) Aufgrund des Gesagten ergibt sich, dass die betreffende Bestimmung des Geschäfts- und Organisationsreglements in Bezug auf die Zuständigkeit zur Aussprechung der Kündigung gegenüber dem Reglement über die Anstellung von Unterrichtenden an der Mittelschule Vorrang genießt. Im Weiteren war der Verwaltungsrat durchaus befugt, eine Änderung bezüglich Zuständigkeit der Kündigung auch ohne Zustimmung des Arbeitnehmers vorzunehmen. Die Änderung greift nicht derart in die Rechtstellung des Arbeitnehmers ein beziehungsweise betrifft keine schützenswerten Interessen des Arbeitnehmers, so dass eine ausdrückliche Zustimmung seitens des Arbeitnehmers notwendig gewesen wäre. Im Übrigen kam der Arbeitgeber seiner Pflicht zur Orientierung in Bezug auf die Änderung von allgemeinen Vertragsbedingungen nach, insbesondere wurden sämtlichen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern in zumutbarer Weise Gelegenheit geboten, Kenntnis von deren Inhalt zu erlangen.

7.

Zusammenfassend ist somit einerseits festzuhalten, dass sich aus Art. 16 Ziffer 11 der Statuten – entgegen der Ansicht des Berufungsklägers – nicht ableiten lässt, dass der Verwaltungsrat der Kündigung des Arbeitsverhältnisses vorgängig hätte zustimmen müssen. Insbesondere stellt die Kündigung des Anstellungsverhältnisses von Unterrichtenden an der Mittelschule keine unübertragbare und unentziehbare Aufgabe des Verwaltungsrates dar; mithin war der Verwaltungsrat ohne weiteres befugt, diese Kompetenz zu delegieren. Dementsprechend hat der Verwaltungsrat in zulässiger Art und Weise die Kündigungskompetenz mit Erlass des Reglements über die Anstellung von Unterrichtenden an der Mittelschule an den Schulrat beziehungsweise in der Folge mit Erlass des Organisations- und Geschäftsreglements an die Geschäftsleitung delegiert. Insofern als im Laufe des Anstellungsverhältnisses die Kompetenz zur Kündigung vom Schulrat auf die Geschäftsleitung übertragen wurde, ist der Verwaltungsrat dazu aufgrund seiner grundsätzlichen Zuständigkeit zur Festlegung der Organisation ohne weiteres berechtigt. Insbesondere war dazu die ausdrückliche Zustimmung der Mitarbeitenden der Mittelschule nicht notwendig, zumal diese Änderung in der Kündigungskompetenz die Rechtsstellung beziehungsweise schützenswerte Interessen der Mitarbeiter nicht tangieren. Die Arbeitgeberin konnte sich darauf beschränken, den Arbeitnehmern die Möglichkeit zu verschaffen, von dieser Änderung der allgemeinen Anstellungsbedingungen Kenntnis zu erlangen; dieser Pflicht ist die B. AG mit der entsprechenden Informationsveranstaltung nachgekommen. Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses wurde folglich vom zum Kündigungszeitpunkt zuständigen Organ beschlossen und dem Arbeitnehmer von hierfür zeichnungsberechtigten Personen mitgeteilt. Die Berufung ist demnach vollumfänglich abzuweisen.

Kanton Luzern

Obergericht des Kantons Luzern, Urteil vom 14. März 2011

Art. 12, 16 Abs. 1. OR, Schriftlichkeit, vertraglich vorbehaltene Form; Art. 322 Abs. 1 OR, Lohn. Selbst ohne jede Lohnvereinbarung ist Lohn geschuldet, falls von einem Arbeitsverhältnis auszugehen ist (Art. 320 Abs. 2 OR). Aus diesem Grund kann ein entstandener Lohnanspruch in seinem Bestand nicht von der Beachtung einer gewillkürten Form abhängig sein. Die schriftliche Fixierung der Lohnbemessungskriterien (sog. Zielvereinbarung) kann demnach von Gesetzes wegen bloss die Wirkung einer Beweissicherung haben. Behauptet der Arbeitnehmer, es sei nach schriftlicher Fixierung der Zielvereinbarung eine neue, mündliche, zu seinen Gunsten abweichende Vereinbarung betreffend dieser Bemessungskriterien getroffen worden, welche die getroffene schriftliche Vereinbarung ersetzt, muss er zum Beweis dieser neuen Abrede zugelassen werden (E. 6.3, 7).

Sachverhalt:

Die Parteien streiten im Rahmen eines Arbeitsvertrags, ob die vertragsgemäss in Schriftform für eine Lohnperiode vereinbarten Bemessungskriterien (sog. Zielvereinbarung) durch eine nachträgliche mündliche Abrede abgeändert worden sind. Die Vorinstanz wies die entsprechende Leistungsklage aus der behaupteten mündlichen Abänderungsvereinbarung ab mit der Begründung, der vertragliche Vorbehalt der Schriftform beziehe sich auch auf eine allfällige Abänderung der Zielvereinbarung. Auf die Frage, ob die behauptete nachträgliche mündliche Vereinbarung überhaupt zustande gekommen war und mit welchem Inhalt, trat das Gericht mangels Vorliegens einer schriftlich fixierten Zielvereinbarung nicht ein.

Aus den Erwägungen:

5.

Die Vorinstanz beruft sich zur Begründung der Klageabweisung auf Art. 16 OR. Diese Bestimmung regelt das Zustandekommen des Vertrags. Beide Parteien sind sich über das Zustandekommen des geschlossenen Arbeitsvertrags jedoch einig. Streit herrscht vielmehr bei bereits laufendem Vertrag über den Vertragsinhalt und den damit verbundenen Pflichten, was mit Art. 16 OR nichts zu tun hat (zudem steht nach Lehre und Rechtsprechung fest, dass Art. 12 OR im Sinne einer dispositiven Regel im Rahmen

der gewillkürten Form nicht gilt; vgl. SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Zürcher Komm., 3. Aufl., Art. 16 OR N 43; BGE 40 II 614 E. 1 S. 615 f.).

6.

Streitig ist, ob die gemäss den arbeitsvertraglichen Abreden schriftlich geschlossene Zielvereinbarung durch eine spätere mündliche Vereinbarung abgeändert bzw. ersetzt wurde.

6.1 Die Abrede der Schriftlichkeit von Zielvereinbarungen ist Gegenstand des Leistungszusatz-Reglements, das seinerseits Bestandteil des Arbeitsvertrags ist. Letzteres folgt aus der Ziff. 1 «Grundlagen» des Arbeitsvertrags, die unter anderem das genannte Reglement zum Inhalt des Arbeitsvertrags macht. Zudem wird in der vom Kläger unterzeichneten Zielvereinbarung in der Fusszeile auf das Reglement verwiesen und unter anderem festgehalten, der Arbeitnehmer bestätige mit seiner Unterschrift, mit dem Reglement in allen Teilen einverstanden zu sein.

6.2 Die Abrede, dass die jeweiligen Zielvereinbarungen in Schriftform zu erfolgen haben, betrifft eine Modalität in der Abwicklung des geschlossenen und gelebten Arbeitsvertrags.

6.3 Der Lohnanspruch des Arbeitnehmers ist zwingender Natur. Lohn ist grundsätzlich auch dann geschuldet, wenn trotz entsprechender Vereinbarung im Arbeitsvertrag eine schriftliche Fixierung von Bemessungskriterien fehlt. Selbst ohne jede Lohnvereinbarung ist Lohn geschuldet, falls von einem Arbeitsverhältnis auszugehen ist (vgl. Art. 320 Abs. 2 OR; STAEHELIN/VISCHER, Zürcher Komm., 3. Aufl., Art. 320 OR N 7 f.). Aus diesem Grund kann ein entstandener Lohnanspruch in seinem Bestand nicht von der Beachtung einer gewillkürten Form abhängig sein. Die schriftliche Fixierung der Lohnbemessungskriterien kann demnach von Gesetzes wegen bloss die Wirkung einer Beweissicherung haben. Wer behauptet (und aus dieser Behauptung Rechte ableitet), es sei nach schriftlicher Fixierung der Lohnbemessungskriterien eine neue, abweichende Vereinbarung betreffend dieser Bemessungskriterien getroffen worden, welche die getroffene schriftliche Vereinbarung ersetze, muss zum Beweis dieser neuen Abrede zugelassen werden. Die Sachlage ist mit jener vergleichbar, bei der für den Abschluss des Arbeitsvertrags die Schriftform vereinbart wird und eine Partei bei laufendem Vertrag später behauptet, der im schriftlichen Arbeitsvertrag vereinbarte Lohn sei nachträglich im gegenseitigen Einvernehmen erhöht oder herabgesetzt worden; eine solche Behauptung kann nicht aufgrund der fehlenden Schriftlichkeit unbeachtet bleiben.

7.

Nach dem Gesagten ist das angefochtene Urteil aufzuheben. Die Streitsache ist an die Vorinstanz zurückzuweisen, die das Beweisverfahren durchzuführen hat bezüglich der Behauptung des Klägers, die schriftlich fixierte Zielvereinbarung sei nachträglich durch eine zu seinen Gunsten abweichende mündliche Vereinbarung ersetzt worden. Gelingt es dem Kläger, die behauptete nachträgliche Vereinbarung in Bestand und Inhalt nachzuweisen, ist sein Lohnanspruch aufgrund dieser veränderten Kriterien

zu bemessen; andernfalls bleibt es beim Lohnanspruch gemäss der nachgewiesenen Zielvereinbarung.

Eingesandt von L. Iseli, Gerichtsschreiber

Obergericht des Kantons Luzern, Urteil vom 29. Juli 2011

Da sich Lohnzahlung und Arbeitsleistung in einem Austauschverhältnis pro Abrechnungsperiode – in casu pro Monat – gegenüberstehen und die Arbeitgeberin den Lohn jeweils vorbehaltlos ausbezahlt hat, ist die Schlussfolgerung, die Arbeitgeberin habe auf eine Lohnkürzung wegen Minusstunden konkludent verzichtet, nicht zu beanstanden (E. 5.2).

Art. 329a Abs. 3 OR. Ob bei zu viel bezogenen Ferien ein Rückforderungsrecht der Arbeitgeberin gegenüber dem Arbeitnehmer besteht, ist im Gesetz nicht explizit geregelt. Es ist an der Rechtsprechung festzuhalten, dass die Arbeitgeberin den bezahlten Ferienlohn nicht zurückfordern kann, wenn sie das Arbeitsverhältnis aus wirtschaftlichen Gründen kündigt und der Arbeitnehmer die in diesem Zeitpunkt zu viel bezogenen Ferien nicht mehr «abarbeiten» kann (E. 5.3).

Sachverhalt:

In einer Arbeitsstreitsache verlangte die Arbeitgeberin (Beklagte) vor Obergericht u.a., der Arbeitnehmer (Kläger) habe ihr seine Minusstunden für das Jahr 2006 und seine zu viel bezogenen Ferien zu entschädigen.

Aus den Erwägungen:

5.2 Die Vorinstanz hat im angefochtenen Entscheid erwogen, die Beklagte habe durch die vorbehaltlose monatliche Lohnauszahlung im vollen Umfang auf eine Lohnkürzung für Minusstunden verzichtet. Die Beklagte bemängelt, sie habe keine konkludente Willenserklärung abgeben können, da im Zeitpunkt der Lohnzahlungen Abrechnungen der Suva nicht vorgelegen hätten.

Das Arbeitsgericht berechnete für die Jahre 2006 und 2007 durch Auswertung der handschriftlichen Rapporte des Klägers und den von der Beklagten gestützt darauf erstellten Tabellen einen Minusstundensaldo von 109,82 Stunden bzw. 13,3 Tagen. Mit diesen Unterlagen waren der Beklagten die jeweiligen Fehlstunden des Klägers bekannt. Da sich Lohnzahlung und Arbeitsleistung in einem Austauschverhältnis pro Abrechnungsperiode – in casu pro Monat – gegenüberstehen und die Beklagte den Lohn jeweils vorbehaltlos ausbezahlt hat, ist die Schlussfolgerung des Arbeitsgerichts, dass die Beklagte auf eine Lohnkürzung wegen nicht erfülltem Vertrag konkludent verzichtet habe, richtig und nicht zu beanstanden.

5.3 Das Arbeitsgericht hat schliesslich einen Anspruch der Beklagten wegen zu viel bezogener Ferien des Klägers verneint, weil sie das Arbeitsverhältnis selber gekündigt habe, bevor der Kläger das bezogene Ferien Guthaben erarbeitet habe. Die Beklagte bemängelt dazu, sie habe zwar die Kündigung ausgesprochen; die Kündigung sei aber durch Nichterscheinen zur Arbeit, wegen Unzuverlässigkeit und wegen Gewaltandrohung vom Kläger ausgegangen.

Die Ausführungen der Beklagten stehen im Widerspruch zu ihrer Kündigung vom 28. Februar 2008. Darin wird die Kündigung aus wirtschaftlichen Gründen ausgesprochen.

Gemäss Art. 329a Abs. 3 OR sind für ein unvollständiges Dienstjahr Ferien entsprechend der Dauer des Arbeitsverhältnisses im betreffenden Dienstjahr zu gewähren. Der Arbeitgeber hat dem Arbeitnehmer auch für die Ferien den gesamten darauf entfallenden Lohn und eine angemessene Entschädigung für Naturallohn zu entrichten (Art. 329d Abs. 1 OR). Ob bei zu viel bezogenen Ferien ein Rückforderungsrecht des Arbeitgebers gegenüber dem Arbeitnehmer besteht, ist im Gesetz nicht explizit geregelt. Das Luzerner Obergericht hat im Entscheid vom 19. Dezember 2001 entschieden, der Arbeitgeber könne den bezahlten Ferienlohn nicht zurückfordern, wenn er das Arbeitsverhältnis aus wirtschaftlichen Gründen künde und der Arbeitnehmer die in diesem Zeitpunkt zu viel bezogenen Ferien nicht mehr «abarbeiten» könne (Entscheid der I. Kammer vom 19.12.2001, 11 01 155). An dieser Rechtsprechung ist festzuhalten.

Eingesandt von L. Iseli, Gerichtsschreiber

Obergericht des Kantons Luzern, Urteil vom 1. Dezember 2011

Wer sich teilzeitlich anstellen lässt, ist in der Erwartung zu schützen, über die weitere Zeit grundsätzlich frei verfügen zu können. Indem sich die Arbeitnehmerin dagegen wehrte, ausserhalb der vereinbarten Arbeitszeiten Arbeit leisten zu müssen, machte sie Ansprüche aus dem Vertrag gemäss Art. 336 Abs. 1 lit. d OR geltend (E. 6).

Macht die Arbeitnehmerin die sexuelle Beziehung zwischen dem Vereinsanwalt des Arbeitgebers und einer von ihm betreuten, aus der Psychiatrie entlassenen Klientin bekannt, und hat sie dabei im objektiven Interesse des Arbeitgebers gehandelt, ist die darauf gestützte Kündigung missbräuchlich im Sinne des Art. 336 OR, nachdem das Gesetz in der genannten Bestimmung die Fälle missbräuchlicher Kündigung nicht abschliessend regelt (E. 7).

Sachverhalt:

Die Klägerin war beim Beklagten, einem Verein zur Unterstützung psychisch mit Problemen belasteter Menschen, angestellt. Nach der Kün-

digung des Vertrags durch den Beklagten belangte die Klägerin diesen auf Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung. Das Arbeitsgericht bejahte die Missbräuchlichkeit der Kündigung in doppelter Hinsicht. Zum gleichen Schluss kam das Obergericht, an welches der Beklagte mit Berufung gelangt war.

Aus den Erwägungen:

4.

Der Beklagte sieht eine Verletzung der EMRK im Umstand, dass das Arbeitsgericht die sexuelle Beziehung des Rechtsvertreters und Vereinssekretärs des Beklagten mit einer von ihm betreuten Klientin im Rahmen der Missbräuchlichkeit der Kündigung (mit-)berücksichtigt hat. Diese Sicht des Beklagten ist bereits im Ansatz verfehlt. Denn es geht nicht um die allenfalls EMRK-relevante Frage, ob dem Rechtsvertreter und Vereinssekretär des Beklagten das Recht zu sexuellem Kontakt beschränkt wird, sondern um die Frage, ob der Umstand, dass die Klägerin als Arbeitnehmerin das (in der Sache selber unbestrittene) Thema aufs Tapet brachte, im Zusammenhang mit der ausgesprochenen Kündigung im Hinblick auf ein mögliches missbräuchliches Kündigungsverhalten eine Rolle spielt. Mit andern Worten ist die Fragestellung rein arbeitsvertraglicher Natur im Verhältnis zwischen der Klägerin als Arbeitnehmerin und dem Beklagten als Arbeitgeber. Das Arbeitsgericht hat in der Reaktion des Beklagten auf die Thematisierung des Verhaltens seines Anwalts und Vereinssekretärs durch die Klägerin den Grund einer missbräuchlichen Kündigung erblickt, was nach dem Gesagten nicht auf die Konformität zur EMRK zu prüfen ist.

5.

Das Arbeitsgericht ist im Ergebnis von zwei Gründen der Kündigung ausgegangen, die es beide als rechtsmissbräuchlich im Sinne des Art. 336 OR erachtete; zum einen hatte die Klägerin offenbar ausserhalb der vereinbarten (Teil-)Arbeitszeiten zu arbeiten, zum andern monierte sie das obgenannte Thema der sexuellen Beziehung zwischen einem Vereinsanwalt und einer von ihm betreuten, aus der Psychiatrie entlassenen Klientin.

Der Beklagte macht geltend, das klägerische Mail vom 29. November 2009 an eine Frau X. enthalte alles an belastendem Material für die Prüfung der Missbräuchlichkeit der Kündigung. Auch wenn der Beklagte dieses Mail als in Teilen unzutreffend kritisiert, ist aufgrund der Aktenlage davon auszugehen, dass zweierlei nicht beanstandet wird: erstens die Behauptung der Klägerin, dass sie ausserhalb ihrer Arbeitstage Arbeit leisten musste und sich dagegen wehrte, und zweitens das sexuelle Verhältnis des Rechtsvertreters und Vereinssekretärs des Beklagten mit einer Klientin des Beklagten nach deren Klinikaufenthalt. Dass die Klägerin unter Androhung der Kündigung angehalten wurde, an arbeitsfreien Tagen für den Beklagten gewisse Arbeiten zu erledigen, ergibt sich im Übrigen auch aus dem Mail des Beklagten an die Klägerin vom 28. November 2009, wo ausgeführt

wird: «Wenn Du nicht im Stande bist, Dich neben Deinen übrigen Tätigkeiten so zu organisieren, dass Du nicht aufschiebbare Pendenzen an Nichtdiensttagen erledigen kannst, müssen wir uns trennen», was denn auch den engen sachlichen Zusammenhang mit der streitigen Kündigung aufzeigt.

6.

Soweit die Klägerin ausserhalb der vereinbarten Arbeitszeiten Arbeit leisten musste bzw. ihre Weigerung in dieser Hinsicht vom Beklagten als Kündigungsgrund betrachtet wird, ist die Kündigung missbräuchlich, und dies unabhängig davon, ob der Beklagte bereit war, dieses zusätzliche Pensum zu honorieren oder nicht. Denn wer sich teilzeitlich anstellen lässt, ist in der Erwartung zu schützen, über die weitere Zeit grundsätzlich frei verfügen zu können, sei es im Hinblick auf weitere Erwerbs- oder sonstige Tätigkeiten. So gesehen begründet die Bemerkung des Beklagten, man müsse sich von der Klägerin trennen, falls sie zu solchen zusätzlichen Arbeiten nicht zur Verfügung stehe, ohne Weiteres eine Missbräuchlichkeit der Kündigung. Dabei geht es vorliegend nicht um die Frage, in einem konkreten Fall ausnahmsweise Überstunden zu leisten, sondern um das generelle Ansinnen des Beklagten, die Klägerin ausserhalb der vereinbarten Zeiten zur Arbeit anzuhalten. Indem sich die Klägerin dagegen wehrte, hat sie Ansprüche aus dem Vertrag im Sinne von Art. 336 Abs. 1 lit. d OR geltend gemacht.

7.

Was die Thematisierung des sexuellen Verhältnisses des Rechtsvertreters und Vereinssekretärs des Beklagten mit einer Klientin unmittelbar nach deren Entlassung aus der Klinik durch die Klägerin betrifft, ist ein solches Verhalten auf Vereinsebene dahingehend abzuklären, ob es mit dem Vereinszweck vereinbar ist, da ein Verein zur Unterstützung psychisch mit Problemen belasteter Menschen auch und gerade in diesem Punkt sich in einem sensibeln Bereich bewegt. Die Klärung solcher Fragen liegt im eminenten Eigeninteresse des beklagten Vereins; daran ändert auch der Umstand nichts, dass die Beziehung ihren Anfang erst im Zeitpunkt des Austritts der Klientin aus der psychiatrischen Klinik nahm. Insofern ist arbeitsrechtlich nicht zu beanstanden, dass die Klägerin das Thema in ihrem dem Beklagten zugänglichen arbeitsrechtlichen Tagebuch aufgebracht hat. Der Beklagte widerspricht mit seinen Ausführungen den arbeitsgerichtlichen Feststellungen nicht, wonach auch dieser Punkt ein Grund der ausgesprochenen Kündigung war. Hat die Klägerin im objektiven Interesse des Beklagten gehandelt, ist die darauf gestützte Kündigung missbräuchlich im Sinne des Art. 336 OR, nachdem das Gesetz in der genannten Bestimmung die Fälle missbräuchlicher Kündigung nicht abschliessend regelt (STAEHELIN, Zürcher Komm., Art. 336 OR N 7 und 35).

Eingesandt von L. Iseli, Gerichtsschreiber

Kanton St. Gallen

Kantonsgericht St. Gallen, Urteil vom 28. Juni 2011 (Bestätigung des Urteils des Kreisgerichts vom 23. November 2010)

Private Arbeitsvermittlung, Art. 1 AVG. Aus dem Stillschweigen auf die ungebetene Zustellung von Namen von Bewerbern und von Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Bewerbungsunterlagen in einem E-Mail-Anhang durfte der Vermittlungsmäkler (Art. 412 ff. OR), der regelmässige und entgeltliche private Arbeitsvermittlung i.S.v. Art. 1 AVG und Art. 1–3 AVV betreibt, nach dem Vertrauensprinzip nicht auf eine Genehmigung seiner Mäklertätigkeit schliessen. Mit dem einzigen Argument, er habe den schlussendlich angestellten Arbeitnehmer über die E-Mail zuerst ins Spiel gebracht, ist nicht erstellt, dass sich der Arbeitgeber den Nutzen der Tätigkeit des Mäklers angeeignet hat («post hoc ergo propter hoc»), zumal bestritten ist, dass der Arbeitgeber die Bewerbungsunterlagen im Anhang der E-Mail überhaupt zur Kenntnis genommen hat (E. III.2. und 5.2).

Sachverhalt:

Die Klägerin ist eine Aktiengesellschaft, deren hauptsächlicher Zweck die Vermittlung und Beratung von Dauer- und Temporärpersonal ist. Der Beklagte ist Inhaber der Einzelunternehmung «X & Co., Inh. X». Diese bezweckt die Fabrikation von und den Handel mit Spezialmaschinen für das Buchbindergewerbe. Zeichnungsberechtigt (je mit Einzelunterschrift) sind Frau und Herr X. Im Sommer 2009 hatte der Beklagte die Stelle eines Konstrukteurs zu besetzen. Er publizierte ein Stelleninserat am 2. Juli und 10. September 2009 in zwei Tageszeitungen. Ein Mitarbeiter der Klägerin kontaktierte die Unternehmung des Beklagten. In einem Telefonat mit einer nicht zeichnungsberechtigten Mitarbeiterin habe diese auf die Anfrage, dem Beklagten Vorschläge für die Besetzung der Vakanz zukommen zu lassen, zugesagt. Gleichentags, am 25. August 2009, stellte der Mitarbeiter der für Personalbelange des Beklagten zuständigen Frau X. eine E-Mail zu, welcher die Bewerbungsunterlagen eines Y. sowie allgemeine Geschäftsbedingungen als Anhang beigelegt waren. In einer weiteren E-Mail vom 27. August 2009 teilte die Klägerin Frau X. mit, sie erhalte die vollständigen Bewerbungsunterlagen von Z. Als Anlage dieser E-Mail waren die AGB 2007, «Z CV» und «Z Zeugnisse» erwähnt. Vorangegangen war dieser Zustellung ein telefonischer Kontakt zwischen der Klägerin und Frau X. Laut Klägerin hätte der erste Vorschlag nicht befriedigt, laut dem Beklagten sei dem Mitarbeiter der Klägerin mitgeteilt worden, man habe

kein Interesse an deren Dienstleistungen und wolle diese nicht beanspruchen. Beide Emails der Klägerin seien gelöscht worden, ohne die Anhänge zur Kenntnis zu nehmen. Am 1. November 2009 trat Z. eine Arbeitsstelle beim Beklagten an. Laut Beklagtem sei der Kontakt aus dem Bekanntenkreis der Schwiegertochter der Ehegatten X. entstanden. Z. habe im Bewerbungsgespräch erwähnt, sich einst bei der Klägerin gemeldet zu haben, dieser gegenüber habe er keine Verpflichtungen und von ihr auch nichts mehr vernommen. Konkret hatte Z. der Klägerin am 11. August 2009 per E-Mail seine Bewerbungsunterlagen gesandt. Die Klägerin stellte dem Beklagten am 15. Dezember 2009 Rechnung für ein Vermittlungshonorar von Fr. 12 740.00 zzgl. 7.6% MWSt und mahnte den Betrag von Fr. 13 708.25 am 17. und 28. Januar 2010 zur Zahlung an. Der Beklagte, handelnd durch Frau X., bestritt gegenüber der Klägerin umgehend, je einen Auftrag erteilt zu haben, und wiederholte dies gegenüber dem später durch die Klägerin betrauten Treuhandbüro. Am 9. März 2010 wurde dem Beklagten der Zahlungsbefehl zugestellt. Am selben Tag erhob er Rechtsvorschlag.

Nach erfolgloser Durchführung des Vermittlungsverfahrens wurde am 25. Juni 2010 die Klage beim Kreisgericht anhängig gemacht. Die Klageantwort wurde am 7. September 2010 erstattet. Nach der Gerichtsverhandlung vom 22. September 2010 äusserten sich die Parteien abschlägig zu Klagerückzug resp. Vergleichsbereitschaft. Am 3. November 2010 wurde den Parteien das Urteil im Dispositiv, am 23. November 2010 in begründeter Form zugestellt. Gegen diesen Entscheid führt die Klägerin mit Eingabe vom 27. Dezember 2010 Berufung.

Aus den Erwägungen:

III.

1.

Die Klägerin beruft sich – zusammengefasst – darauf, Z. habe ihr einen Auftrag zur Stellenvermittlung erteilt. Zwischen ihr und dem Beklagten sei ein Mäklervertrag zustande gekommen. Zwar wird eine Zusage behauptet, doch sei ein Nachweis der Zustellung der Bewerbungsunterlagen in gegenseitigem Einvernehmen gar nicht notwendig. Die stillschweigende Aneignung des Nutzens der Mäklertätigkeit bewirke den Konsens. Die Vermittlung sei erfolgreich, das Honorar geschuldet.

Der Beklagte macht geltend, ein Vermittlungsangebot der Klägerin nicht gewünscht und auf Anfrage hin explizit abgelehnt zu haben. Zwischen der angeblichen Mäklertätigkeit der Klägerin und der Anstellung Z. bestehe kein kausaler Zusammenhang, ein Mäklervertrag sei nicht zustande gekommen.

2.

Die Klägerin betreibt regelmässige und entgeltliche private Arbeitsvermittlung i.S.v. Art. 1 AVG und Art. 1 bis 3 AVV. Ihre Tätigkeit untersteht aus vertragsrechtlicher Warte den Regeln des Mäklervertrages

(Art. 412 ff. OR; vgl. BK-GAUTSCHI, N 1b vor Art. 412 ff. OR und N 1b zu Art. 412 OR; Staatssekretariat für Wirtschaft: Weisungen und Erläuterungen zum Arbeitsvermittlungsgesetz [AVG], zur Arbeitsvermittlungsverordnung [AVV] und der Gebührenverordnung zum Arbeitsvermittlungsgesetz [GebV-AVG], p. 43). Dessen Modifikation durch die zwingenden Bestimmungen des AVG (Art. 7 ff. AVG) betrifft das Verhältnis zwischen privatem Arbeitsvermittler und Stellensuchendem, also nicht dasjenige zwischen den Parteien. Die Natur des Rechtsverhältnisses zwischen Z. und der Klägerin kann offen bleiben. Fest steht, dass die Klägerin von Z. die Bewerbungsunterlagen im Zusammenhang mit seiner Stellensuche erhalten hatte. Im Folgenden ist lediglich zu prüfen, ob zwischen der Klägerin und dem Beklagten, der Z. schliesslich angestellt hat, ein Mäklervertrag bestand und ob der Beklagte den eingeklagten Mäklerlohn schuldet.

3.1 Der Mäklervertrag ist eine Sonderform des Auftrags (Art. 394 ff. OR i.V.m. Art. 412 Abs. 2 OR). Er kennzeichnet sich durch die geschuldete Tätigkeit des Beauftragten, die im Nachweis von Interessenten, Zuführung von Interessenten oder der Vermittlung von Verhandlungen besteht. Der Auftraggeber schuldet ein Entgelt (Art. 412 OR). Dieses ist durch den Abschluss eines Vertrages infolge der Vermittlung oder des Nachweises bedingt, wobei keine Abschlusspflicht besteht (Art. 413 OR; BSK OR I-AMMANN N 1 bis 3 und 11 zu Art. 412 OR; BGE 131 III 268 E. 5.1.2; 124 III 481 E. 3a). Hat sich der Mäkler lediglich zum Nachweis einer Abschlussgelegenheit verpflichtet, so muss er dem Auftraggeber einen Interessenten für das fragliche Geschäft so konkret nachweisen, dass der Auftraggeber die Vertragsverhandlungen aufnehmen kann. Der Vermittlungsmäkler muss zusätzlich auf die Abschlussbereitschaft des möglichen Vertragspartners hinwirken und den Abschluss des Vertrages fördern. Mit dem blossen Nachweis eines Interessenten hat der Vermittlungsmäkler die Provision auch dann nicht verdient, wenn ein Vertrag tatsächlich zustande kommt (Entscheid des Bundesgerichts 4C.268/2001 vom 12. November 2001, E. 2.b.bb m.w.H.).

3.2 Für den Abschluss des Mäklervertrages sieht das Gesetz keine besondere Form vor, er kann daher durch ausdrückliche Willensäusserung oder konkludentes Verhalten geschlossen werden (Art. 1 Abs. 2 OR; BGE 131 III 268 E. 5.1.2, BSK OR I-AMMANN, N 5 zu Art. 412 OR). Gelingt es dem Mäkler nicht, eine – ausdrückliche oder stillschweigende – Auftragserteilung im Sinne einer tatsächlichen Willenseinigung nachzuweisen, so kann er sich nach Vertrauensprinzip darauf berufen, er habe dem Auftraggeber seine Dienste angeboten und aus dem Verhalten des Auftraggebers auf einen stillschweigenden Abschluss eines Mäklervertrages schliessen dürfen (BGE 131 III 268 E. 5.1.3; Entscheid des Bundesgerichts 4C.282/2002 vom 10. Dezember 2002 E. 2.1 m.w.H.). Ein konkludentes Zustandekommen des Mäklervertrages kann unter Umständen bejaht werden, wenn jemand die Tätigkeit eines (insbesondere gewerbmässig handelnden) Mäklers wissentlich duldet oder sie stillschweigend genehmigt

und nach den Umständen das Tätigwerden nicht als unentgeltliche Gefälligkeit verstanden werden durfte. Das Bundesgericht nimmt jedoch bei der Bejahung eines stillschweigenden Erstabschlusses eines Mäklervertrages eine zurückhaltende Haltung ein. Um den Auftraggeber vor Zudringlichkeit zu schützen, darf aus der blossen Duldung gewisser Vermittlungstätigkeiten nicht ohne Weiteres auf einen Vertragswillen und aus dem Schweigen des «Auftraggebers» gegenüber einzelnen Aktivitäten des Mäklers nicht ohne Weiteres auf eine Annahme geschlossen werden. Erforderlich ist ein genügend bestimmtes, unmissverständliches Verhalten des Mäklers, so dass das Ausbleiben eines Widerspruchs gegen seine Tätigkeit nach Treu und Glauben nur den Schluss auf einen Geschäftswillen des Auftraggebers zulässt (vgl. BGE 72 II 84 E. 1.b; Entscheide des Bundesgerichts 4C.54/2001 vom 9. April 2002 E. 2.a; 4C.282/2002 vom 10. Dezember 2002 E. 2.3; 4C.328/2006 vom 16. Oktober 2007 E. 3.1, je m.w.H.). Schliesslich kann auch die stillschweigende Aneignung des Nutzens der Mäklertätigkeit als Vertragskonsens ausgelegt werden und den Mäklerlohnanspruch zur Entstehung bringen (vgl. BK-GAUTSCHI, N 5d zu Art. 412 OR mit Hinweis auf BGE 84 II 525).

3.3. Der Mäklerlohn ist geschuldet, wenn der Hauptvertrag infolge der vertraglich geschuldeten Bemühungen des Mäklers (Vermittlung oder Nachweis, Entscheid des Bundesgerichts 4C.268/2001 vom 12. November 2001 E. 2.b.bb m.w.H.) abgeschlossen worden ist; das heisst, die Tätigkeit des Mäklers muss für das Zustandekommen des Vertrages kausal gewesen sein. Hierfür bedarf es keiner ausschliesslichen oder vorwiegenden Ursächlichkeit; es reicht aus, wenn ein «psychologischer Zusammenhang» zwischen den Bemühungen des Mäklers und dem Vertragsabschluss besteht (BSK OR I-AMMANN, N 8 zu Art. 413 OR; BUCHER, Obligationenrecht Besonderer Teil, 3. A. 1988, p. 237; BGE 84 II 524 E. 5; Entscheid des Bundesgerichts 4A_155/2008 vom 24. April 2008 E. 3.1).

3.4. Dem Mäkler obliegt der Beweis für die Entstehung und Inhalt des Mäklervertrages sowie für den Kausalzusammenhang zwischen Mäklertätigkeit und Vertragsschluss (Entscheid des Bundesgerichts 4C.120/2006 vom 30. Juni 2006 E. 2.1 m.H. auf BGE 131 III 268 E. 5.1.2 und 124 III 481 E. 3a S. 483). Der Nachweis, dass sich seine Aufgabe auf den blossen Nachweis oder das Zuführen beschränkte, obliegt dem klagenden Mäkler – eine gesetzliche Auslegungsregel, welche im Zweifelsfall blosser Nachweismäkelei genügen liesse, existiert nicht (BGE 90 II 92 E. 2; BSK OR I-AMMANN, N 12 zu Art. 412 OR).

4.

Inhalt des von der Klägerin behaupteten Vertrages, sollte dieser zustande gekommen sein (siehe dazu E. 5 hiernach), wäre gemäss den vorgelegten AGB eine Tätigkeit als Vermittlungsmäkler. Die Klägerin macht folgerichtig geltend, sie habe eine erfolgreiche Vermittlungstätigkeit erbracht und der Beklagte schulde ihr die eingeklagte Summe als «Vermittlungshonorar».

Die Leistung, welche die Klägerin erbrachte, ging nach ihrer eigenen Darstellung über die Nennung von Z. als möglicher Stellenbewerber nicht hinaus. Ein Tätigwerden zur Förderung der beidseitigen Abschlussbereitschaft – welches für die Annahme einer Vermittlertätigkeit zentral wäre – ist nicht erkennbar, geschweige denn behauptet oder bewiesen. Die Tätigkeit, aus der die Klägerin ihren Anspruch ableitet, erschöpfte sich im Nachweis eines möglichen Vertragspartners.

Wie dargetan (E. 3.1), vermag die blossе Nachweismäkelei durch den Vermittlungsmäkler dessen Honorar nicht zu begründen. Es hätte der Klägerin zu beweisen oblegen, dass Abmachungen bestünden, gestützt auf welche auch die blossе Nachweismäkelei ihren Honoraranspruch hätte entstehen lassen können (E. 3.4). Eine solche Vereinbarung läge angesichts der klägerischen Rechtsbehauptungen selbst dann nicht vor, wenn der Vertragsschluss an sich erstellt wäre. Das Honorar als Vermittlungsmäkler ist nicht geschuldet.

5.

Abgesehen davon sind weder der Vertragsschluss noch die Kausalität erstellt.

5.1 Seitens der Klägerin wird weder behauptet noch belegt, dass der Beklagte ihr von sich aus die Vertragsofferte unterbreitet hätte, ihm bei der Suche nach einem geeigneten Konstrukteur behilflich zu sein. Eine Offerte erfolgte auch nach Darstellung der Klägerin telefonisch von ihrer Seite. Die Klägerin behauptet, der Beklagte habe dieses Angebot angenommen, offeriert jedoch einzig die E-Mail vom 25. August 2009 an die gemäss Homepage des Beklagten für das Personalwesen zuständige Frau X. als Beweis für das telefonische Akzept. Dabei handelt es sich um eine einseitige Erklärung der Klägerin. Daraus geht einzig hervor, dass gleichentags mit einer Mitarbeiterin des Beklagten telefoniert worden sei, und es wird auf die (im Anhang) enthaltenen vollständigen Bewerbungsunterlagen eines in der E-Mail namentlich genannten Interessenten hingewiesen und angeboten, ein Vorstellungsgespräch zu vereinbaren. Ein durch eine dazu ermächtigte Person erfolgtes Akzept ergibt sich aus diesem Dokument nicht. Der Beklagte bestreitet ausdrücklich eine telefonische Zusage und macht vielmehr geltend, in einem weiteren Telefongespräch vom 27. August 2009 habe Frau X. gegenüber dem Angestellten der Klägerin aus Kostengründen klar ihr Desinteresse erklärt. Damit gelingt der beweisbelasteten Klägerin der Nachweis der ausdrücklichen telefonischen Erteilung des Mäklerauftrages und damit eines übereinstimmenden Parteiwillens zum Abschluss eines Mäklervertrages nicht. Es erübrigt sich, die vom Beklagten als Zeugin für seine Sicht der Dinge (ausdrückliche telefonische Ablehnung) angerufene Frau X. anzuhören.

5.2 Die Klägerin beruft sich im Übrigen darauf, dass eine einvernehmliche Zustellung der Bewerbungsunterlagen nicht nachgewiesen sein müsse. Es genüge die unbestrittene Tatsache, dass Z. durch die Beklagte angestellt worden sei. Damit könne in guten Treuen davon ausgegangen

werden, dass der Beklagte die ihm von der Klägerin zugestellten Bewerbungsunterlagen benutzt habe, womit der Annahme eines Mäklervertrages nichts entgegenstehe.

Allein die Tatsache, dass der in der E-Mail vom 27. August 2009 genannte Z. später vom Beklagten angestellt wurde, beweist unter den gegebenen Umständen noch nicht, dass ein Mäklervertrag im Sinne der AGB der Klägerin («Vermittlungsvertrag») stillschweigend zustande gekommen ist. Da die klägerische Behauptung, die Zustellung von Bewerbungsunterlagen sei vom Beklagten gewünscht gewesen, nicht mit (naheliegenden) Beweisanträgen (z.B. Angestellter, der mit dem Beklagten telefoniert hat, als Zeuge) versehen ist, ist von einer ungebetenen Zustellung der E-Mails mit Namen von Bewerbern auszugehen. Aus dem Stillschweigen auf die ungebetene Zustellung von Namen von Bewerbern und von Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Bewerbungsunterlagen in einem E-Mail-Anhang durfte die Klägerin nach Vertrauensprinzip nicht auf eine Genehmigung ihrer Mäklertätigkeit schliessen. Der Beklagte macht zudem geltend, die E-Mails ohne Kenntnisnahme der Anhänge (Bewerbungsunterlagen und AGB) gelöscht zu haben. Eine Kenntnisnahme ist nicht nachgewiesen und die Klägerin durfte unter den gegebenen Umständen auch nicht davon ausgehen. Die einzig vorliegenden E-Mails vom 25. und 27. August 2009 sind in freundlichem, aber belanglosem Ton gehalten, suggerieren eine Zusammenarbeit als wünschenswert und enthalten insbesondere keinen Hinweis auf die als Anlage angehängten AGB. Weitere Aktivitäten im Hinblick auf einen Vertragsschluss des Beklagten mit Z. entfaltet zu haben, behauptet die Klägerin nicht, so dass auch nicht aus anderen Gründen auf eine stillschweigende Genehmigung der Mäklertätigkeit durch den Beklagten geschlossen werden könnte.

Soweit die Klägerin geltend machen will, der Vertragskonsens ergebe sich daraus, dass sich der Beklagte die Früchte der klägerischen Tätigkeit mit der Anstellung von Z. offensichtlich angeeignet habe, fehlt es ebenfalls an jedem Beweis dafür. Wie gesagt ist bestritten und nicht erstellt, dass der Beklagte die Bewerbungsunterlagen im Anhang der E-Mail vom 27. August 2009 zur Kenntnis genommen hat; er behauptet, die E-Mail ohne Kenntnisnahme der Anhänge gelöscht und autonom weiter nach einem Bewerber gesucht zu haben. Die später geschalteten Inserate des Beklagten belegen, dass dieser nach Zustellung der E-Mails die Personalsuche selbst weiter verfolgt hat. Allein das Zugeständnis des Beklagten, Z. habe sich nicht auf das Stelleninserat, sondern über persönliche Beziehungen gemeldet, ändert nichts daran, dass vorliegend nicht von einer erwiesenen Aneignung des Nutzens der Tätigkeit der Klägerin ausgegangen werden kann. Mit dem einzigen Argument, weil Z. über die E-Mail zuerst von ihr ins Spiel gebracht und nachher auch angestellt worden sei, sei erstellt, dass sich der Beklagte den Nutzen ihrer Tätigkeit angeeignet habe («post hoc ergo propter hoc»), kann unter den vorliegenden Umständen nicht von einem Vertragskonsens ausgegangen werden – und könnte ebenso wenig ei-

ne Kausalität zwischen der Tätigkeit der Klägerin und dem Vertragsschluss zwischen dem Beklagten und Z. als nachgewiesen angesehen werden.

Damit ist nicht erwiesen, dass die Klägerin mit dem Beklagten in einem Vertragsverhältnis stand. Es fehlt daher an einer vertraglichen Grundlage für die geforderte Vergütung.

6.

Die Klage und damit auch die Berufung sind abzuweisen.

Kanton Tessin

Tribunal d'appel du canton du Tessin, II^e Chambre civile, Arrêt du 8 juillet 2011 (Admission partielle de l'appel interjeté contre la sentence du Préteur de la troisième section du district de Lugano du 26 mai 2010)

L'art. 324b CO constitue une disposition de coordination avec le droit des assurances sociales dont le but est de prévenir une surindemnisation, soit le cumul de l'obligation de payer le salaire avec les prestations de l'assurance. L'affiliation à l'assurance-accidents confère au travailleur un droit relevant du droit public aux prestations définies dans la LAA. La dispense de l'employeur de l'obligation de continuer à verser le salaire intervient toutefois seulement s'il existe une couverture pour l'empêchement annoncé. Lorsque l'employeur continue de verser le salaire à l'employé totalement ou partiellement incapable de travailler, il bénéficie d'une subrogation légale et peut conserver les indemnités journalières versées par la SUVA jusqu'à concurrence des salaires payés (19 al. 2 LPGA). Certes, les assureurs peuvent confier le versement des indemnités journalières à l'employeur (49 LAA). Toutefois, même dans une telle hypothèse, l'employé n'est en principe titulaire d'une créance qu'envers l'assurance, lorsque celle-ci verse des indemnités correspondant à 80% du salaire (art. 324b al. 1 et 2 CO), sous réserve du salaire dû pendant le délai d'attente (art. 324b al. 3 CO) ; (c. 6 et 8).

Art. 319 et 324 CO. L'employé doit offrir à l'employeur sa prestation dès qu'il a récupéré sa capacité de travail. La demeure de l'employeur présuppose que l'employé ait offert de manière claire sa prestation de travail et qu'il soit effectivement en mesure de l'exécuter conformément au contrat de travail. Le travailleur qui est resté passif ne peut exiger le versement du salaire (c. 10).

In fatto e in diritto:

1.

In data 28 febbraio 2007 AO 1, dal 1997 alle dipendenze di AP 1 in qualità di segretaria e responsabile amministrativa, è stata aggredita sul posto di lavoro dal(l'ex) marito nonché amministratore unico della società, M., il quale per questo episodio – e più precisamente per averla minacciata, picchiata, gettata e rinchiusa in una macchina tritalegna – è stato condannato a una pena detentiva di tre anni, in parte sospesa, per sequestro di persona aggravato, lesioni semplici, minaccia ripetuta, vie di fatto reiterate e coazione ripetuta (Corte di cassazione e di revisione penale 12 maggio 2010

inc. n. 17.2009.73). A seguito dell'aggressione, AO 1 è stata inabile al lavoro al 100% dal 28 febbraio 2007, al 75% dal 1° febbraio 2009, al 50% dal 1° marzo 2009, al 25% dal 1° aprile 2009, recuperando la piena capacità al lavoro dal 1° maggio 2009. Trascorso il periodo di attesa, la SUVA ha corrisposto alla datrice di lavoro indennità giornaliera di fr. 159.60 l'una, per un totale di fr. 82 513.20, di cui fr. 48 518.40 per il 2007 e fr. 33 994.80 per il periodo 1° gennaio – 31 luglio 2008. Per parte sua, AP 1 ha versato a AO 1 il salario fino al 31 dicembre 2007, sospendendo in seguito ogni versamento. Di fronte alla richiesta della lavoratrice di ricevere direttamente le indennità giornaliera e alla opposizione della datrice di lavoro, la SUVA, pur riconoscendo il proprio obbligo di prestazione fino al 30 aprile 2009, ha sospeso ogni pagamento dopo il 31 luglio 2008.

2.

Con petizione 17 luglio 2008 AO 1 ha convenuto in giudizio AP 1 per ottenere il pagamento di fr. 32 922.30 oltre interessi del 5% dal 1 gennaio 2008 nonché il rigetto definitivo dell'opposizione al PE n. dell'UE di Lugano. L'attrice ha lamentato il mancato versamento dei salari (da gennaio a giugno 2008) che la convenuta avrebbe dovuto corrisponderle per avere percepito le indennità dalla SUVA. AP 1 si è tuttavia opposta alla petizione contestando l'inabilità lavorativa dell'attrice e sostenendo che il contributo alimentare concordato in ambito matrimoniale era da intendersi come onnicomprensivo e non lasciava dunque spazio a ulteriori pretese. Con la replica l'attrice ha adeguato la pretesa iniziale e chiesto il pagamento di fr. 51 482.–, quale corrispettivo per i salari relativi al periodo 1° gennaio – 31 ottobre 2008, oltre al contestuale rigetto definitivo dell'opposizione al nuovo PE n.° dell'UE di Lugano. Con la duplica la convenuta ha contestato l'ammissibilità dell'adeguamento e ribadito per il resto il suo punto di vista. All'udienza preliminare l'attrice ha aumentato a fr. 87 519.40 la pretesa salariale fino al 31 maggio 2009, data per la quale le era stata notificata, il 21 febbraio 2009, la disdetta del rapporto di lavoro. Esperita l'istruttoria, le parti hanno rinunciato al dibattimento finale, producendo memoriali scritti. Nei propri allegati del 15 gennaio 2010, l'attrice ha ulteriormente aumentato la pretesa a complessivi fr. 94 812.70, oltre interessi scalari e moratori, mentre la convenuta, ribadita l'inammissibilità di qualsiasi adeguamento dopo la presentazione della petizione, ha osservato di non dovere più nulla all'attrice poiché con il pagamento dello stipendio per il 2007 avrebbe compensato anche ogni suo eventuale obbligo di coprire, per un tempo limitato, la perdita salariale dovuta alla incapacità lavorativa.

3.

Con sentenza 26 maggio 2010 il Pretore, posta l'ammissibilità degli adeguamenti richiesti, ha osservato che le indennità della SUVA andavano intese quali prestazioni sostitutive dell'obbligo per il datore di lavoro di corrispondere il salario durante l'incapacità lavorativa ai sensi dell'art. 324b CO e che in simili circostanze, trascorso il periodo di attesa, la datrice di lavoro poteva si ritenersi liberata dal proprio obbligo salariale,

ma rimaneva pur sempre obbligata a riversare alla lavoratrice quanto percepito dall'istituto assicurativo. Avendo però, con la sospensione di ogni versamento dopo il 31 dicembre 2007, fatto solo parzialmente fronte a tale obbligo, la convenuta andava condannata a rifondere all'attrice gli importi versati dalla SUVA nel 2008 e da lei indebitamente trattenuti, pari a fr. 33 994.80, così come l'importo di fr. 36 388.80, corrispondente a quanto l'assicuratore infortuni avrebbe dovuto versare a titolo di indennità giornaliera (parziali) per il periodo 1° agosto 2008–30 aprile 2009, fatta salva comunque la possibilità per AP 1 di liberarsi da questo (secondo) onere nella misura in cui avesse dato disposizioni alla SUVA di versare detto importo direttamente all'attrice. Per il resto, il primo giudice ha rifiutato ogni ulteriore indennizzo, respingendo in particolare la richiesta di versamento del salario per il periodo di (parziale) recupero della capacità lavorativa (tra febbraio e maggio 2009, sino alla fine del rapporto di lavoro) per la parte non coperta dalle indennità giornaliere della SUVA poiché l'attrice aveva ommesso di quanto meno offrire la ripresa dei propri servizi. All'importo di fr. 70 383.60 il Pretore ha quindi aggiunto gli interessi di mora dal 1° settembre 2008 (periodo intermedio) e ha posto la tassa e le spese a carico della convenuta nella misura di tre quarti e dell'attrice per un quarto, obbligando per il resto la prima a rifondere alla controparte fr. 8000.– a titolo di ripetibili ridotte.

4.

Entrambe le parti hanno impugnato la sentenza 26 maggio 2010. La convenuta, con appello 9 giugno 2010 e osservazioni all'appello adesivo 30 luglio 2010, ribadisce di avere corrisposto all'attrice quanto quest'ultima era in diritto di pretendere per un periodo limitato e di non doverle più nulla. Osserva pure che l'attrice avrebbe percepito i salari prima ancora che maturasse il diritto a riceverli, beneficiando in questo modo per almeno due anni di un interesse remunerativo quantificabile in fr. 6240.60 che deve essere in ogni caso posto in deduzione dalla somma riconosciuta con la sentenza impugnata. Rimprovera inoltre al primo giudice di non avere considerato, nella ripartizione delle spese e delle ripetibili, la desistenza della controparte che con l'allegato conclusivo non aveva più chiesto il rigetto definitivo delle opposizioni ai precetti da lei fatti spiccare. Già solo in considerazione di questa desistenza ritiene necessaria una nuova ripartizione delle tasse e spese, che andrebbero (come minimo) poste a carico dell'attrice in misura di tre quarti e a suo carico per il restante quarto, come pure delle ripetibili, che le spetterebbero per fr. 400.– (applicando la tariffa massima come ha fatto il Pretore) o che, in via subordinata, andrebbero tutt'al più riconosciute all'attrice nella limitata misura di fr. 2512.50 (applicando la tariffa minima). L'appellante principale contesta infine l'assegnazione di interessi di mora e ritiene in ogni caso errata la sua decorrenza dal 1° settembre 2008. Dal canto suo, rivendicando il riconoscimento del salario (parziale) dal 1° febbraio al 31 maggio 2009 per una pretesa mora della datrice di lavoro, l'attrice, con appello adesivo 12 luglio 2010,

chiede la riforma della sentenza pretorile nel senso di aumentare di fr. 15286.45 l'importo riconosciute dal Pretore, di porre le spese processuali integralmente a carico di quest'ultima e di obbligarla a rifonderle fr. 10 000.– a titolo di ripetibili. Delle osservazioni con cui le parti auspicano la reiezione del gravame di parte avversa si dirà, per quanto necessario, nei prossimi considerandi.

5.

Preliminarmente va respinta l'eccezione di nullità dell'appello sollevata dall'attrice per la pretesa mancanza di indicazione precisa, nel gravame principale, dei punti della sentenza impugnata che la convenuta intende dedurre dinanzi alla presente istanza (art. 309 cpv. 2 lett. d CPC-TI, applicabile nel caso di specie essendo l'atto di appello stato introdotto prima dell'entrata in vigore, il 1° gennaio 2011, del Codice di diritto processuale civile svizzero del 19 dicembre 2008 [cfr. art. 404 cpv. 1 del Codice federale]). La volontà di appellare il giudizio impugnato nei suoi singoli aspetti è in realtà chiara ed è sorretta da richieste specifiche che in nessun caso pregiudicano la posizione dell'attrice (v. COCCHI/TREZZINI, CPC-TI, Lugano 2000, m. 6 ad art. 309).

6.

Giusta l'art. 324b CO se, in virtù di disposizioni legali, il lavoratore è assicurato obbligatoriamente contro le conseguenze economiche d'un impedimento al lavoro, dovuto a motivi inerenti alla sua persona e intervenuto senza sua colpa, il datore di lavoro non è tenuto a pagare il salario qualora le prestazioni dovute dall'assicurazione per il tempo limitato (di cui all'art. 324a CO) compensano almeno i quattro quinti del salario (cpv. 1). Se le prestazioni dell'assicurazione sono inferiori, il datore di lavoro deve pagare la differenza fra queste e i quattro quinti del salario (cpv. 2). Se le prestazioni assicurative sono versate solo dopo un periodo di attesa, il datore di lavoro deve versare durante questo periodo almeno i quattro quinti del salario (cpv. 3).

L'art. 324b CO configura una disposizione di coordinamento con il diritto delle assicurazioni sociali e intende prevenire situazioni di sovrassicurazione, e più precisamente il cumulo dell'obbligo di pagare il salario con prestazioni assicurative (REHBINDER/STÖCKLI, Berner Kommentar, 3a ed. 2010, N. 1 ad art. 324b CO; RAGG, Die Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers im System der obligatorischen Unfallversicherung, 1997, pag. 38, 43 e 44). In presenza di una assicurazione obbligatoria che copre le conseguenze economiche di un impedimento non colposo della prestazione lavorativa, l'ordinamento in materia obbliga in effetti l'istituto assicuratore ad erogare le prestazioni dovute ed esonera di riflesso e nella stessa misura il datore di lavoro dal proprio obbligo di pagare il salario. Una deroga all'obbligo – sancito dall'art. 324a CO – per il datore di lavoro di pagare il salario (per un tempo limitato) si giustifica tuttavia unicamente se la copertura è chiaramente definita in virtù di una disposizione di legge che metta il lavoratore in condizione di prevedere le prestazioni che gli sono

garantite. È quanto si verifica nell'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni, segnatamente con la garanzia delle indennità giornaliere al lavoratore che diventa (parzialmente o per intero) inabile al lavoro a seguito di infortunio (art. 16 LAINF). L'affiliazione a un assicuratore infortuni ai sensi della LAINF conferisce infatti al lavoratore un diritto di natura pubblicistica alle relative prestazioni pecuniarie che sono ben predefinite e sufficientemente garantite (RAGG, op. cit., pag. 45). La dispensa del datore di lavoro dall'obbligo di continuare a pagare il salario interviene però solo se per l'impedimento annunciato esiste una copertura assicurativa. Non occorre che le prestazioni assicurative siano già state erogate. È sufficiente che il lavoratore rientri nella cerchia degli assicurati e che di principio possa pretendere la copertura per l'evento in questione. Il datore di lavoro non ha pertanto un obbligo di anticipare le prestazioni se si realizzano le condizioni per ottenere una prestazione dall'assicuratore sociale (RAGG, op. cit., pag. 47).

L'indennità giornaliera secondo la LAINF adempie la medesima funzione dell'obbligo di continuare a versare il salario poiché si propone di attenuare o eliminare le conseguenze economiche di un impedimento al lavoro non colposo. Avente diritto è di principio l'assicurato cui spetta un credito nei confronti dell'assicurazione infortuni. Nella pratica accade però sovente che il datore di lavoro continua a versare il salario nella misura di almeno l'80%. In simile ipotesi le indennità giornaliere spettano a quest'ultimo, in virtù di una surrogazione legale, fino a concorrenza dei versamenti effettuati (art. 19 cpv. 2 LPGA; RAGG, op. cit., pag. 102). L'art. 49 LAINF prevede inoltre che gli assicuratori possono incaricare del pagamento delle indennità giornaliere il datore di lavoro, il quale assume in tale circostanza il ruolo di ufficio di pagamento nella sua qualità di organo esecutivo della LAINF (FRÉSARD/MOSER-SZELESS, L'assurance-accidents obligatoire, in: Meyer, Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Vol. XIV, Soziale Sicherheit, 2^a ed. 2007, pag. 973 n. 466). Ciò non toglie però che anche in questa evenienza il lavoratore dispone di principio solo di un credito nei confronti dell'assicurazione se questa – come si avvera per le indennità giornaliere in caso di infortunio (art. 17 cpv. 1 LAINF) – copre l'80% del suo salario; per contro egli non vanta di regola alcun credito salariale nei confronti del datore di lavoro al di fuori del salario dovuto per l'eventuale periodo di attesa (art. 324b cpv. 3 CO), che per le indennità giornaliere della LAINF si estingue il terzo giorno successivo a quello dell'infortunio (art. 16 cpv. 2 LAINF; cfr. pure DTF 125 V 492 consid. 4a). Se pertanto l'incapacità lavorativa scaturisce da un infortunio coperto da un'assicurazione obbligatoria, il datore di lavoro si trova liberato e il lavoratore deve agire contro l'assicuratore (JAR 1984 pag. 132; GABRIEL AUBERT, Le droit au salaire en cas d'empêchement de travailler, in: Journée 1991 du droit du travail et de la sécurité sociale, pag. 81 segg., pag. 127 seg., il quale autore mette pure in risalto i vantaggi, in astratto, per il lavoratore di una procedura – semplice rapida e gratuita [art. 61 lett. a

LPGA] – secondo il diritto delle assicurazioni sociali rispetto a quelli di un processo civile).

7.

Nel caso di specie, lo statuto di assicurata dell'attrice non può seriamente essere messo in discussione. In qualità di lavoratrice occupata in Svizzera ella era assicurata d'obbligo alla LAINF (art. 1 cpv. 1 LAINF). L'eccezione secondo cui AO 1 non fosse obbligatoriamente assicurata alla SUVA (art. 66 LAINF), oltre a essere nuova e pertanto irricevibile (art. 321 lett. b CPC-TI), si dimostra anche infondata e comunque del tutto irrilevante ai fini della valutazione. A parte infatti che l'appellante principale, con la sua falegnameria, rientra a ben vedere tra le aziende comprese nel campo di applicazione dell'art. 66 (cpv. 1 lett. e) LAINF sicché i suoi lavoratori sono assicurati d'obbligo alla SUVA, decisivo, per l'applicazione dell'art. 324b CO, non è tanto il fatto di essere affiliato d'obbligo alla SUVA piuttosto che a un altro assicuratore ai sensi dell'art. 68 LAINF, quanto quello – pacifico nella fattispecie – di essere assoggettato alla assicurazione obbligatoria contro gli infortuni.

8.

Fatte queste premesse e accertata l'applicabilità di massima dell'art. 324b CO, questa Camera ravvisa un problema di legittimazione passiva della convenuta in relazione alla pretesa di fr. 36 388.80 che il Pretore ha riconosciuto all'attrice per le indennità giornaliere trattenute dalla SUVA dal 1° agosto 2008 al 30 aprile 2009.

8.1 La legittimazione delle parti al processo – attiva dell'attore, passiva del convenuto – è una premessa sostanziale dell'esistenza della pretesa dedotta in giudizio. La legittimazione passiva, ossia la posizione della parte convenuta per rapporto al diritto fatto valere in causa nei suoi confronti, non rappresenta un presupposto processuale ma è invece un elemento del diritto sostanziale, che impone un giudizio di merito emanato dal giudice sulla base dei fatti allegati dalle parti ed accertati. Determinare la legittimazione passiva di una parte significa stabilire contro chi si deve far valere in giudizio, in proprio nome, una determinata pretesa in qualità di suo titolare (DTF 125 II 82 consid. la; sentenza del Tribunale federale 5C.243/2002 del 2 giugno 2003; II CCA 25 ottobre 2005 inc. n. 12.2005.137). La legittimazione è una questione di diritto materiale (DTF 130 III 417 consid. 3.1 pag. 424) che deve essere esaminata d'ufficio dal giudice (DTF 126 III 59 consid. 1; 114 II 345 consid. 3d; 108 II 216 consid. 1) in qualsiasi stadio del procedimento. Tuttavia, nelle cause rette dalla massima dispositiva, il giudice deve fondare il proprio esame sui fatti allegati dalle parti e accertati (DTF 118 la 129 consid. 1; 115 II 464 consid. 1) senza ricercare d'ufficio fatti atti a mettere in dubbio la legittimazione di una parte, non allegati (sentenza del Tribunale federale 4A_165/2008 dell'11 novembre 2008 consid. 7.3.1, pubblicata in: RtiD II-2009 636).

8.2 La trattenuta, da parte della SUVA, delle indennità giornaliere relative al periodo d'incapacità lavorativa 1° agosto 2008–30 aprile 2009, come del resto anche il mancato versamento, da parte della convenuta, dello stipendio (dopo il 31 dicembre 2007) oltre che delle indennità giornaliere erogate dall'assicuratore infortuni fino al 31 luglio 2008, risultano dai fatti accertati dal Pretore e allegati dalle parti. Queste circostanze permettono e impongono l'esame preliminare della legittimazione passiva di AP 1 – che in accoglimento dell'appello chiede pur sempre di respingere (integralmente o almeno parzialmente) la petizione – per rapporto alla pretesa di fr. 36 388.80. A ben vedere, infatti, l'unica avente diritto alle prestazioni in parola era l'attrice cui spettava il relativo credito nei confronti dell'assicuratore infortuni. Poiché nel frattempo gli era inoltre stato riferito della sospensione di ogni pagamento dopo il 31 dicembre 2007, l'istituto assicuratore non poteva (più) ritenere che la convenuta fosse subentrata dopo tale data nella posizione giuridica dell'assicurata (art. 19 cpv. 2 LPGa) o fungesse (ancora) da suo ufficio di pagamento (art. 49 LAINF). In relazione alle indennità trattenute dalla SUVA, l'attrice non vantava pertanto alcun credito salariale nei confronti della datrice di lavoro, ma poteva e doveva agire solo contro l'assicuratore infortuni. Considerato che le indennità giornaliere dovute dalla SUVA – la quale, giova ricordare, non ha mai messo in discussione il proprio obbligo di prestazione per l'evento in esame – per il tempo limitato (di cui all'art. 324a CO) compensavano certamente almeno i quattro quinti del salario, il datore di lavoro – cui nemmeno incombeva di anticipare le prestazioni (v. sopra, consid. 6) – era liberato dai suoi obblighi ai sensi dell'art. 324a CO (AUBERT, op. cit., pag. 130 seg.). Il che escludeva anche l'applicabilità dell'art. 324b cpv. 2 CO, impropriamente invocata dall'appellante principale.

Nulla muta il fatto che la convenuta non abbia concesso l'autorizzazione al pagamento delle indennità direttamente all'attrice, poiché una simile autorizzazione, data la chiara situazione e le pretestuose contestazioni sollevate – segnatamente con la messa in dubbio della incapacità lavorativa o l'inclusione delle pretese salariali nel contributo alimentare stabilito in sede matrimoniale – ancora in sede di risposta e di duplica, non era necessaria. Così come chiara era pure la titolarità del credito. Altrimenti mal si spiega che nel frattempo la SUVA, cui l'attrice aveva ugualmente notificato in via prudenziale le sue pretese, avesse chiesto alla convenuta la restituzione delle indennità versate da gennaio a luglio 2008. Pertanto, nella misura in cui ha condannato la convenuta a corrispondere all'attrice l'equivalente delle indennità 1° agosto 2008–30 aprile 2009, seppur con la possibilità di liberarsi da questo onere qualora avesse dato disposizioni alla SUVA di versare detto importo direttamente all'interessata, la sentenza di primo grado dev'essere riformata e la petizione respinta perché non diretta contro l'effettiva debitrice.

9.

Diverso è invece il discorso per la pretesa di fr. 33 994.80 relativa alle indennità giornaliere versate dalla SUVA alla convenuta per il periodo 1° gennaio–31 luglio 2008, sebbene anche in questo caso, viste le premesse di cui sopra (v. consid. 6 e 7), l'art. 324b cpv. 1 CO trovi per principio ugualmente applicazione. Contrariamente a quanto verificatosi però per il periodo esaminato al consid. 8, la SUVA aveva in questo caso già regolarmente versato le indennità confidando nel fatto che, come effettivamente avvenuto fino al 31 dicembre 2007, la convenuta continuasse a pagare il salario alla sua dipendente. È in effetti solo nel mese di luglio 2008 che il patrocinatore della lavoratrice aveva informato l'assicuratore infortuni del mancato pagamento ed è solo il 4 agosto 2008 che il primo aveva formulato nei confronti della SUVA la richiesta di pagare le indennità direttamente all'assicurata.

Vanamente la convenuta chiede di compensare gli eventuali obblighi salariali con quanto da lei corrisposto all'attrice sino alla fine del 2007. A prescindere dal fatto che la richiesta è irricevibile poiché è stata formulata la prima volta solo in sede di conclusioni, e quindi in modo ampiamente tardivo (II CCA 18 settembre 2002 inc. n. 12.2002.22; COCCHI/TREZZINI, op. cit., n. 28 e 31 ad art. 78 CPC), l'appellante principale dimentica che la situazione relativa al 2007 era profondamente diversa da quella riguardante il 2008 e non permette di essere confusa.

Nonostante (in entrambi i casi, per quanto già detto) non fosse di per sé obbligata a effettuare pagamenti in virtù dell'art. 324b cpv. 1 CO (lo sarebbe invece stata, per quanto previsto dall'art. 324b cpv. 3 CO, per il periodo di attesa di cui all'art. 16 cpv. 2 LAINF se solo l'attrice lo avesse richiesto), la convenuta con il versamento del salario per il 2007 era subentrata nella posizione della lavoratrice e poteva dunque legittimamente trattenere le indennità giornaliere. Ciò non valeva per contro per le indennità gennaio–luglio 2008 versate dalla SUVA ma indebitamente, in assenza di un pagamento di salario e quindi di una surrogazione ai sensi dell'art. 19 cpv. 2 LPGa, trattenute dalla convenuta. Non deve trarre in inganno a tal proposito il certificato provvisorio di salario 1° gennaio–31 ottobre 2008 emesso dalla convenuta all'indirizzo dell'attrice. La deposizione del teste R., della fiduciaria A., che si occupa(va) della tenuta della contabilità e degli aspetti fiscali di AP 1, ben illustra infatti come l'importo mensile, prelevato a contanti da un conto della società e contabilizzato come salario, fosse impropriamente utilizzato per finanziare il contributo di mantenimento che M. doveva alla (ex) moglie.

La convenuta avrebbe tutt'al più potuto chiedere di opporre in compensazione la differenza tra il salario versato in più (oltre l'80%) per il 2007 e le indennità ricevute per lo stesso periodo. Ma non lo ha fatto – in ogni caso non nei tempi e nelle forme necessari-, né tanto meno dimostrato. Avendo di conseguenza trattenuto senza una valida causa le indennità giornaliere che non le erano destinate, essa si è indebitamente arricchita a

danno dell'attrice cui deve ora restituire l'importo sottratto. La sua condanna non è quindi tanto motivata da un (inesistente) obbligo di pagare il salario derivante dall'art. 324a o dall'art. 324b cpv. 2 CO, come invece sembra erroneamente argomentare la convenuta che invoca inutilmente l'applicazione delle scale bernese, zurighese e basilese, quanto piuttosto dal fatto di avere indebitamente – senza valida causa – trattenuto le indennità giornaliere ed avere così provocato un danno alla sua (ex) dipendente che è ora chiamata a risarcire. In questa misura l'appello è respinto. Le stesse considerazioni (di ricevibilità e di merito) valgono infine ugualmente per la riduzione di fr. 6240.60 che l'appellante principale invoca con l'argomento – tardivo oltre che infondato – che l'attrice avrebbe percepito i salari prima ancora che maturasse il diritto a riceverli, godendo per almeno due anni di un interesse remunerativo del 5%.

10.

Per parte sua, l'appellante adesiva contesta la decisione del primo giudice perché le avrebbe a torto negato il diritto al salario (parziale) dal 1° febbraio 2009 – vale a dire da quando aveva, benché in maniera parziale e progressiva, recuperato la capacità al lavoro – al 31 maggio 2009 – data in cui è terminato il rapporto di lavoro. L'importo rivendicato è di fr. 15 286.45 ([4 mesi × fr. 5148.20] + fr. 1716.05 [quota parte di 13^a] ./ fr. 7022.40 [indennità SUVA da febbraio ad aprile 2009]). La richiesta è stata respinta con l'argomento che la lavoratrice non aveva quanto meno offerto di riprendere, a partire dal 1° febbraio 2009, i suoi servizi per la convenuta. Quanto al fatto che gli episodi vissuti e la diffida a M. di avvicinarsi alla moglie avrebbero impedito a quest'ultima di lavorare nello stesso stabile, il primo giudice ha osservato che per espletare la sua attività, l'attrice non doveva necessariamente recarsi negli uffici occupati da M., ma avrebbe potuto svolgere eventualmente il suo lavoro anche da casa.

Il lavoratore deve fornire la sua prestazione non appena cessa l'impedimento di lavorare, mentre il datore di lavoro deve versare lo stipendio (art. 319 cpv. 1 CO). Se non esegue la prestazione lavorativa senza essere impedito da un motivo riconosciuto, il lavoratore si trova in mora (art. 102 segg. CO) e il datore di lavoro può rifiutarsi di pagare il salario (art. 82 CO). Alla stessa stregua il datore di lavoro può cadere in mora se impedisce, per sua responsabilità, l'esecuzione del lavoro oppure è in mora di accettazione per altri motivi; in tal caso il datore di lavoro deve versare lo stipendio, senza che il lavoratore debba ancora fornire la prestazione (art. 324 cpv. 1 CO). La mora del datore di lavoro implica tuttavia normalmente che il lavoratore abbia offerto in modo chiaro i suoi servizi (DTF 115 V 437 consid. 5a; sentenza del Tribunale federale 4C.230/2005 del 1 settembre 2005 consid. 3.1) e che sia in misura e pronto ad eseguire la sua prestazione così come prevista dal contratto (DTF 111 II 463 consid. 5a; SJ 1995 pag. 788). Quest'ultima esigenza deve essere realizzata per tutto il periodo in cui il lavoratore vuole prevalersi delle norme sulla mora del datore di lavoro (sentenza del Tribunale federale 4C.189/2005 del

17 novembre 2005 consid. 3.3). L'offerta della prestazione da parte del lavoratore non è subordinata ad una forma particolare; il datore di lavoro deve, tuttavia, in buona fede, comprendere dalle circostanze che il lavoratore è intenzionato ad eseguire la prestazione (II CCA 28 gennaio 2008 inc. n. 12.2007.165; sentenza del Tribunale federale 4A.332/2007 del 15 novembre 2007 consid. 2.1). L'appellante adesiva non mette in dubbio il fatto di non avere offerto alla controparte la ripresa della propria attività lavorativa, ma pretende in sostanza di esservi stata dispensata poiché (soggettivamente e oggettivamente) impossibilitata a causa del comportamento di M., proprietario e unico dirigente della società ex datrice di lavoro. La tesi però non convince e si scontra anzi a ben vedere con i riscontri istruttori. Da un lato perché le tavole processuali attestano un – inizialmente parziale, ma comunque graduale – recupero della capacità lavorativa (nella professione abituale: art. 6 LPGa) a partire dal 1° febbraio 2009. Dall'altro perché la possibilità di svolgere le proprie mansioni per la ditta convenuta anche a distanza, vale a dire senza il contatto diretto con l'ex marito, sembra confermata dalla circostanza – opposta dalla convenuta e accertata sia in sede di interrogatorio formale dell'attrice sia di audizione del teste R. – che già durante la detenzione preventiva di M. l'appellante adesiva si era – almeno parzialmente e con la mediazione di terze persone – occupata del pagamento degli stipendi dei dipendenti di AP 1 e delle fatture dei suoi fornitori come pure di altri lavori di segretariato. Inoltre, nella misura in cui ritiene che spettava semmai esclusivamente al datore di lavoro contattarla – tramite i rispettivi legali o i figli – per chiederle di riprendere il lavoro, indicandone le modalità di esecuzione, AO 1 dimentica che in realtà tocca al lavoratore, nell'interesse del suo diritto al salario, creare la necessaria chiarezza ed offrire concretamente ed inequivocabilmente la propria prestazione al datore di lavoro. Quest'ultimo per contro non cade normalmente in mora ai sensi dell'art. 324 CO se omette di sollecitargli la ripresa dell'attività una volta recuperata (parzialmente) la capacità lavorativa (cfr., per analogia, sentenza citata 4C.230/2005 consid. 3.3). Ne discende che alla ripresa (parziale) della capacità lavorativa, la convenuta, che fino a quel momento (1° febbraio 2009) era liberata dall'obbligo di pagare il salario in virtù di quanto previsto dall'art. 324b cpv. 1 CO, non si trovava in mora nell'accettazione del lavoro come invece invoca l'appellante adesiva. Di conseguenza, non avendo offerto i propri servizi, l'attrice nemmeno poteva a ragione pretendere il pagamento del salario (parziale) per i mesi da febbraio a maggio 2009.

11.

In conclusione, l'appello è accolto limitatamente all'importo di fr. 36 388.80, mentre quello adesivo è respinto. In assenza di una pattuizione specifica – non allegata né tanto meno provata – delle parti sulla scadenza mensile dei pagamenti, gli interessi di mora non potevano decorrere prima di una formale interpellazione della convenuta, conformemente ai principi generali dell'art. 102 CO (sentenze del Tribunale federale

4C.320/2005 del 20 marzo 2006 consid. 6.1 e 4C.2/2003 del 25 marzo 2003 consid. 10.3; REHBINDER/STÖCKLI, op. cit., N. 24 ad art. 323 CO; STREIF/VON KAENEL, Arbeitsvertrag, 6^a ed., N. 3 ad art. 323 CO). Interpellazione che stando agli atti è stata significata la prima volta il 12 marzo 2008 ed è poi stata regolarmente ripetuta in seguito. Non va pertanto posticipata – come sembra pretendere l'appellante principale – la decorrenza media degli interessi di mora dal 1° settembre 2008 poiché tale soluzione di certo non la penalizza e per il resto non è contestata adesivamente dall'attrice.

Arrêt communiqué par E. Epiney-Colombo, Présidente 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 28 juillet 2011 (Rejet de l'appel interjeté contre la sentence du Préteur de la juridiction de Mendrisio-Sud du 30 décembre 2010)

Art. 336c CO. Une résiliation notifiée en temps inopportun est nulle de plein droit. Elle ne produit aucun effet juridique. Si l'employeur maintient sa volonté de licencier son employé, il ne peut se contenter de confirmer la première résiliation, mais doit notifier une seconde résiliation à la fin du délai de protection prévu par la loi (c. 6 et 7).

Ritenuto in fatto:

Il 7 giugno 2006 AO 1 è stata assunta da AP 1, quale cassiera con il rango di procuratrice con diritto di firma collettiva a due per la sede di X. Nel contratto le parti hanno previsto che il rapporto di lavoro, con decorrenza dal 1° ottobre 2006, può essere disdetto dopo il periodo di prova con un preavviso di tre mesi. Lo stipendio lordo è stato pattuito in fr. 84 500.– annui, compresa la tredicesima mensilità. Dal 1° gennaio 2008 la lavoratrice è stata promossa al rango di vicedirettrice. Con certificato medico 6 marzo 2009 il dottor Y. ha attestato un'inabilità al lavoro totale della lavoratrice a causa di malattia a partire dal 5 marzo 2009 e per circa tre settimane. Il 27 marzo 2009 il medesimo medico ha certificato la continuazione dell'inabilità fino a circa la fine di aprile 2009. Il 30 aprile 2009 il medico ha nuovamente attestato tale inabilità fino al 31 maggio 2009, il 29 maggio 2009 fino al 30 giugno 2009 e il 24 giugno 2009 fino al 31 luglio 2009. Nel frattempo, con scritto 23 giugno 2009 la datrice di lavoro ha rescisso il rapporto di lavoro per il 30 settembre 2009, sollevando la lavoratrice dal presentarsi, durante il periodo di disdetta, sul posto di impiego. Il 4 agosto 2009 quest'ultima, per il tramite del proprio legale, ha affermato che tale disdetta era nulla perché significata in tempo inopportuno. A suffragio della propria posizione ella ha affermato di allegare in copia un certificato medico 8 luglio 2009 comprovante, a suo dire, una nuova pato-

logia di carattere fisico che provocava una completa inabilità al lavoro dal 5 giugno 2009. Nel certificato testé menzionato il dr. Y.. ha attestato che a partire da tale data la lavoratrice «è conosciuta ed è in trattamento per una nuova patologia fisica». Il 3 settembre 2009 la datrice di lavoro ha risposto confermando la validità della propria disdetta. Essa ha dichiarato, al riguardo, di non aver ricevuto alcuna attestazione medica datata 8 luglio 2009, prendendo altresì atto che la stessa attestava di una malattia precedente al suo allestimento ed era stata confezionata dopo la notifica della disdetta. Inoltre, la datrice di lavoro ha affermato che dai certificati trasmessi e allestiti dal medesimo medico non emergeva la sussistenza di un'eventuale nuova malattia. Essa ha concluso affermando che il certificato 8 luglio 2009 era abusivo. È poi seguita una fitta corrispondenza tra le parti, mediante la quale esse hanno sostanzialmente ribadito il proprio punto di vista.

Con istanza 11 novembre 2009 la lavoratrice ha adito la Pretura della giurisdizione di Mendrisio-Sud, chiedendo di accertare la nullità giusta l'art. 336c cpv. 2 CO della disdetta 23 giugno 2009 perché significata in tempo inopportuno, nonché la vigenza del rapporto di lavoro. Statuendo con sentenza 30 dicembre 2010 il Pretore ha accolto l'istanza accertando la nullità della disdetta 23 giugno 2009. Con appello 13 gennaio 2011 la datrice di lavoro è insorta contro il giudizio testé menzionato, chiedendone la riforma nel senso di respingere l'istanza e di accertare la fine del rapporto di lavoro per il 31 dicembre 2009 o, in via subordinata, per il 28 febbraio 2010.

Considerato in diritto:

4.

Il Pretore ha anzitutto spiegato che l'inabilità psichica della lavoratrice dal 5 marzo 2009 a fine febbraio 2010 era incontestata e che il periodo di protezione dell'art. 336c cpv. 2 lett. b CO era, nella fattispecie, di 90 giorni. Egli ha poi stabilito che il 5 giugno 2009 era insorta una nuova patologia e, quindi, un nuovo periodo di protezione. Da qui, il primo giudice ha deciso per la nullità della disdetta 23 giugno 2009 ritenendo poi che la medesima non poteva essere convertita in una disdetta valida per il primo termine possibile successivo. Egli ha quindi concluso affermando che in assenza di una valida disdetta l'istanza era accolta.

5.

L'appellante critica il Pretore per aver ritenuto che al momento della notifica della disdetta 23 giugno 2009 la lavoratrice era inabile al lavoro. Il primo giudice ha fondato il proprio giudizio sulle testimonianze del medico di base Y. e dello specialista in malattie reumatiche, fisiatria e riabilitazione Z.. La datrice di lavoro afferma che il medico Y. ha affermato di aver allestito il certificato 8 luglio 2009 perché richiestogli dalla lavoratrice e di non essere «entrato nel merito di una possibile inabilità lavorativa (...) e di

non potersi di conseguenza nemmeno esprimere sulla durata di questa eventuale inabilità». A dire dell'appellante il teste avrebbe sì riferito che tale patologia avrebbe potuto causare un'inabilità lavorativa, ma non sarebbe stato in grado di affermarlo con certezza. Tale medico ha riferito, al riguardo, che «con il certificato mi sono limitato su richiesta della paziente ad attestare l'insorgenza di una nuova patologia, questa volta a carattere fisico; non sono entrato nel merito della inabilità eventuale di questa avrebbe potuto procurarle ritenuto che la paziente si trovava già in stato di inabilità totale dipendente dalla prima patologia». Egli ha altresì dichiarato che «la patologia alla spalla destra avrebbe potuto provocare anche solo una minima limitazione all'attività lavorativa in quanto se la signora doveva lavorare al computer, già solo l'utilizzo del mouse avrebbe potuto provocarle delle difficoltà» (verbale 14 aprile 2010). Da quest'ultima frase, seppur verbalizzata in maniera grammaticalmente scorretta, emerge che a seguito della patologia in questione la lavoratrice sarebbe potuta essere inabile al lavoro. L'appellante ritiene che essendo la medesima stata espressa al condizionale e non essendosi il medico esplicitamente pronunciato sull'inizio dell'inabilità, la sua affermazione non sarebbe sufficiente ad assurgere al ruolo di prova. Sia come sia, la testimonianza del medico specialista Z. fugge ogni dubbio al riguardo. Invero, egli ha affermato che «nel certificato del 7 settembre io indico che la patologia che era presente già a partire da giugno, poiché questo era sicuramente il caso in funzione delle mie osservazioni che effettuavo all'inizio di luglio. Una simile patologia infatti non si manifesta da un giorno all'altro ma ha un'evoluzione di diverse settimane. La patologia mostrata da AO 1 deve essere ritenuta causa di incapacità lavorativa per qualsiasi attività sia per il dolore che causa qualsiasi movimento sia per le oggettive limitazioni funzionali del braccio destro che nella paziente è il braccio dominante». E sulla questione dell'inabilità lavorativa già a partire da inizio giugno 2009, il medico ha dichiarato di non poter «evidentemente attestare una incapacità o capacità lavorativa in un momento anteriore alla mia visita medica, tuttavia nel caso posso essere certo che già nel giugno 2009 la capacità lavorativa di AO 1 fosse compromessa come risulta dall'esame delle risultanze della risonanza magnetica effettuata il 5 giugno 2009 che ha dato dei risultati assolutamente compatibili con le mie osservazioni della visita del 7 luglio 2009» (verbale 14 aprile 2010). Lo specialista non ha quindi avuto alcun dubbio sull'inabilità della lavoratrice al momento in cui le è stata significata la disdetta. Di conseguenza, non può essere seguita l'argomentazione dell'appellante secondo la quale tale teste non sarebbe stato in grado di affermare una tale inabilità. La datrice di lavoro soggiunge che l'assenza, sia nel certificato medico 8 luglio 2009 di Y. sia in quello 7 settembre 2009 di Z., della precisazione dell'inabilità della paziente «non era e non poteva essere una dimenticanza». Sennonché, alla luce delle risultanze dell'istruttoria menzionate sopra la censura non regge. Ne consegue che la decisione del Pretore di ritenere data l'inabilità della lavoratrice al momento della di-

sdetta 23 giugno 2009 dev'essere confermata e, su questo punto, l'appello è da respingere.

6.

La datrice di lavoro prosegue criticando il primo giudice per non aver convertito la disdetta 23 giugno 2009 «per il prossimo termine possibile». Essa ritiene anzitutto che non sussista alcun obbligo di significare una nuova disdetta. Nella sentenza pubblicata in DTF 128 III 212 e che la stessa appellante menziona a sostegno della propria tesi il Tribunale federale ha spiegato che qualora la disdetta è significata durante un periodo di protezione ed è quindi nulla, essa non produce alcun effetto giuridico, di modo che il datore di lavoro è tenuto a rinnovarla dopo la fine di tale periodo, rispettando la scadenza stipulata nel contratto (consid. 3a e b). L'appellante menziona un passaggio di tale sentenza, affermando che «per una persona giuridica (...) non vi è obbligo di rinviare un nuovo scritto di licenziamento al dipendente. È sufficiente che appaia manifesta la volontà del datore di lavoro di porre fine al rapporto di lavoro». Sennonché, il Tribunale federale non si è espresso in tali termini. Esso ha spiegato che qualora il datore di lavoro sia una persona giuridica non è obbligato a riprendere da zero la procedura interna di disdetta e provocare una nuova decisione del proprio organo competente. Al contrario di quanto ritenuto dall'appellante, ciò riguarda la procedura decisionale interna al datore di lavoro, non la significazione della disdetta al lavoratore. Tant'è che il Tribunale federale si era confrontato, su questo punto, con la censura del ricorrente secondo la quale l'Ufficio della datrice di lavoro avrebbe dovuto prendere una nuova decisione di disdetta prima di rinnovare la medesima. Non vi è dubbio, inoltre, sul fatto che il Tribunale federale ha spiegato che la disdetta dev'essere nuovamente significata al lavoratore trascorso il periodo di protezione, precisando che lo scopo della legge è quello di proteggerlo dal rischio di ricevere la disdetta in un momento in cui potrebbe essere difficile trovare un nuovo impiego prima della scadenza contrattuale. L'unica eccezione a tale principio è quella in cui la patologia sia talmente insignificante da non ostacolare in alcun modo un'assunzione presso un altro datore di lavoro (DTF 128 III 212 consid. c). Come spiegato dal Pretore (sentenza impugnata, consid. 5), non ci si trova in presenza di una simile eccezione. Cosa che, d'altra parte, nemmeno è allegata dall'appellante. Al riguardo l'appello è quindi respinto.

7.

L'appellante sostiene che vi siano molteplici elementi «eloquenti e concreti, ben oltre a degli atti concludenti» successivi allo scadere del periodo di protezione, ovvero dopo il 5 settembre 2009, che depongono per una chiara manifestazione di volontà di licenziare la lavoratrice. La datrice di lavoro si riferisce, al riguardo, anzitutto alle missive 13 (recte: 16) settembre 2009 rispettivamente 25 settembre 2009 da lei inviate dopo il periodo di protezione al patrocinatore della lavoratrice. Dalle stesse emerge che la datrice di lavoro ha contestato che la lavoratrice fosse inabile al la-

voro al momento della significazione della disdetta 23 giugno 2009 e ha precisato di attenersi a tale disdetta («deshalb halten wir an unserem Kündigungsschreiben vom 23. Juni 2009 fest»; «Wir halten deshalb an den in unseren Schreiben vom 3. September 2009 und vom 16. September 2009 gemachten Aussagen fest. Die neue Krankheit wurde erst nach Erhalt unserer Kündigung vom 23. Juni 2009 geltend gemacht, deren Beginn ohne plausiblen Grund angegeben und das entsprechende Arztzeugnis mehr als einen Monat nach der angeblichen neuen Krankheit ausgestellt. Aufgrund der eindeutigen, oben dargestellten Sachlage betrachten wir diesen Fall als abgeschlossen»). La stessa appellante afferma che in tali missive è ribadita la decisione di licenziamento. Sennonché, una semplice conferma della disdetta (nulla) trascorso il periodo di protezione è insufficiente (WYLER, *Droit du travail*, 2^a ediz., pag. 575 in basso con riferimenti), nel senso che non supplisce alla significazione di una nuova disdetta. Lo stesso dicasi della missiva 3 settembre 2009, peraltro precedente allo spirare del periodo di protezione. L'appellante conclude, al riguardo, affermando che «Io stesso avvio del procedimento giudiziario da parte dell'appellante ha reso evidentemente del tutto inutile e irragionevole l'invio di una nuova lettera di licenziamento, che avrebbe avuto il paradossale effetto di porre il dubbio sulla linea coerente e chiara avuta dall'appellante sin dall'inizio». Tale ragionamento non può essere condiviso. Invero, determinante ai fini della valutazione se si è in presenza di una disdetta valida non è la percezione della medesima da parte delle parti. La circostanza, quindi, che la datrice di lavoro fosse convinta della validità della disdetta 23 giugno 2009 o in ogni caso di aver posto validamente fine al rapporto di lavoro e che, in presenza di disaccordo al riguardo, la lavoratrice abbia deciso di intentare una causa, non comporta automaticamente la validità della disdetta. Nemmeno si può dire che alla lavoratrice era chiaro che il rapporto di lavoro era stato concluso, poiché determinante è, come detto, la significazione di una disdetta valida dopo il periodo di protezione. Cosa che, come suesposto, difetta nella fattispecie. Anche su questo punto l'appello dev'essere quindi respinto.

Arrêt communiqué par E. Epiney-Colombo, Président de la seconde Chambre civile du Tribunal d'appel du canton du Tessin.

Kanton Waadt

Tribunal cantonal du canton de Vaud, Chambre des recours, Arrêt du 10 mars 2011 (Rejet du recours interjeté contre le jugement rendu le 10 septembre 2010 par le Tribunal de prud'hommes de l'arrondissement de La Broye et du Nord vaudois)

Art. 337 CO. Juste motif. Le seul fait de persister, malgré un avertissement, à ne pas respecter les directives claires de l'employeur selon lesquelles les prix des consommations doivent être tipés et les tickets correspondants remis aux clients constitue un juste motif de licenciement immédiat (c. 4.1).

Délai. Lorsque le motif de licenciement consiste en la réitération d'actes de gravité relative, le délai pour procéder au licenciement immédiat part du dernier acte confirmant la répétition des actes incriminés, à la condition, cependant, qu'en attendant ce moment, l'employeur ne se soit pas accommodé de la situation. En l'espèce, en attendant deux mois après avoir signifié l'avertissement pour donner le congé, alors même qu'il savait que l'employée persistait dans son comportement, l'employeur s'est accommodé de la situation et ne pouvait donc plus, après un tel laps de temps, se prévaloir d'un juste motif de licenciement immédiat (c. 4.2).

Extraits des faits:

La demanderesse T. a été engagée au sein de E. SA en qualité de serveuse au «Restaurant X.» par contrat du 15 octobre 2008, avec début d'engagement au 1^{er} novembre 2008. Le contrat prévoyait un salaire mensuel de 2640 fr. brut payable douze fois l'an – la part du treizième salaire étant payée mensuellement et ainsi comprise dans le salaire brut. Selon la fiche de salaire de la demanderesse du mois d'avril 2009 la rémunération mensuelle était fixée, en 2009, à 2707 fr. 20 brut. Le contrat prévoyait en outre une retenue mensuelle relative à l'impôt à la source de 11,74% du montant imposable ainsi qu'une retenue de 10 fr. par jour pour la nourriture.

Le témoin J., collègue responsable de T., a expliqué qu'en mars 2009, un client habitué du restaurant lui a rapporté que la demanderesse gardait systématiquement le ticket des boissons commandées près de la caisse, et à chaque «tournée» identique, elle redonnait ce même ticket. Le témoin a précisé en avoir informé le directeur de l'établissement, G., le jour même. Le 26 mars 2009, la demanderesse a été convoquée par G. et J. Au terme de l'entretien, un avertissement écrit a été signifié à la demanderesse. Ce-

lui-ci était rédigé en ces termes: «[...] Je me réfère aux divers entretiens que nous avons eus par apport [sic!] à votre négligence volontaire dans le typage des boissons, malgré mes avertissements oraux faits en présence de la responsable, vous continuez à encaisser des boissons non typées [sic!] de nombreux clients sont prêts à venir témoigner de vos fautes graves, je me réserve le droit de déposer une plainte pénale et de vous licencier avec effet immédiat si cela venait à se reproduire. Règles que vous devez respecter : Vous devez typer la boisson, et l'amener à la table avec le ticket, lorsque le ticket est payé il doit être déchiré et rester sur la table jusqu'au départ du client.[...]». Dit avertissement a été signé et par le directeur de l'établissement et par la demanderesse.

Ouïe à l'audience du 9 septembre 2010, J. a relevé qu'après l'avertissement du 26 mars 2009, elle s'est montrée plus vigilante quant aux agissements de la demanderesse. En particulier, elle a déclaré: «*Suite à cet épisode, nous avons accru la surveillance. [...]. Durant les deux mois qui ont suivi l'avertissement, j'ai pu constater que M^{me} T. repassait des tickets. J'ai à chaque fois averti le directeur, M. G.. [...]. S'agissant de la non-facturation, j'estime que, sur deux mois, M^{me} T. n'a pas tipé des commandes une à deux fois par semaine. A chaque fois M. G. était averti, mettait en garde M^{me} T., mais à chaque fois cela se reproduisait. [...]. Je n'ai jamais pris M^{me} T. (sic) sur le fait, cela a toujours été aux dires des clients.*»

Le 22 mai 2009, le directeur du «Restaurant X.» a informé oralement la demanderesse de son licenciement avec effet immédiat. Interpellée sur la question de la période à laquelle le licenciement avec effet immédiat a été opéré, J., témoignant, a déclaré: «*[...]. Nous avons attendu deux mois avant de procéder au licenciement dans la mesure où il est difficile de trouver du personnel. La personne qui a remplacé M^{me} T. a commencé la semaine suivant le licenciement de celle-ci. Il s'est avéré que nous connaissions quelqu'un qui venait de perdre son emploi et qui cherchait un travail, quelqu'un qui faisait déjà des extras et qui était du métier [...].*» Entendue à l'audience du 9 septembre 2010, J. a indiqué que le jour du licenciement, il y avait eu environ une dizaine de personnes dont les consommations n'avaient fait l'objet d'aucune facturation. Le témoin a par ailleurs confirmé que le licenciement avait d'abord été signifié oralement de façon à ce que les motifs de celui-ci puissent être discutés entre les parties, avant de l'être par courrier envoyé le même jour. Le témoin a également précisé que, lors de l'entretien, la demanderesse a nié dans leur totalité les faits qui lui étaient reprochés, même s'agissant du nombre de clients témoins. A cet égard, la défenderesse a produit, à l'appui de sa réponse du 20 mai 2010, douze attestations de clients du «Restaurant X.» par lesquelles ces derniers attestaient avoir payé à la demanderesse «une ou des consommations sans avoir reçu de tickets de typage».

Par courrier du 10 juin 2009 adressé à la défenderesse, la demanderesse s'est opposée à son licenciement avec effet immédiat. Le jour même, par envoi de courrier, la défenderesse a répondu en ces termes: «*[...]. Je*

me réfère aux divers entretiens que nous avons eus par apport [sic!] à votre négligence volontaire concernant dans [sic!] le typage des boissons, malgré nos avertissements oraux et écrits faits en présence de la responsable. Le vendredi 22 mai soir une fois de plus plein de clients se sont plein [sic!] en présence de la responsable qu'ils ont [sic!] payé leurs consommations sans tickets, après contrôle, on vous a directement signalé votre renvoi oralement pour vol. Je me réserve le droit de déposer une plainte si vous continuez à me porter préjudice. [...]».

Par requête du 12 février 2010, la demanderesse a contesté le licenciement avec effet immédiat et a conclu au paiement, par la société défenderesse, de la somme de 7141 fr. brut à titre de solde du salaire des mois de mai et juin 2009 et de 974 fr. 60 à titre d'impôt à la source retenu à tort. Par jugement du 10 septembre 2010, le Tribunal de prud'hommes de l'arrondissement de La Broye et du Nord vaudois a dit que la défenderesse était la débitrice de la demanderesse, qu'elle lui devait paiement du solde des salaires des mois de mai et juin 2009 d'un montant total brut de 3459 fr. 20, ainsi que d'une indemnité pour licenciement immédiat injustifié d'un montant net de 1350 fr.. Par acte du 10 février 2011, E. SA a recouru contre ce jugement.

Extraits des considérants:

4.

4.1.

a) La principale question à résoudre en l'espèce est celle de savoir si la défenderesse avait ou non de justes motifs de licencier la demanderesse avec effet immédiat. Les premiers juges ont considéré que tel n'était pas le cas. Ils ont observé que le vol invoqué par la défenderesse en relation avec le fait que la demanderesse n'avait pas tipé le prix de consommations de clients n'était pas prouvé à satisfaction de droit et qu'il n'était pas non plus démontré, un seul avertissement écrit leur ayant été fourni, que la demanderesse avait persisté dans son attitude en dépit de plusieurs avertissements. Ils ont également relevé que, dans l'hypothèse où un juste motif pourrait être retenu, le congé donné à la demanderesse l'avait été tardivement et que la défenderesse semblait s'être accommodée de la situation puisqu'elle avait signifié le congé donné à la demanderesse plus d'un mois et demi après l'avertissement écrit.

b) Selon la jurisprudence, la résiliation immédiate pour justes motifs – mesure exceptionnelle –, doit être admise de manière restrictive. Les faits invoqués à l'appui d'un renvoi immédiat doivent avoir entraîné la perte du rapport de confiance qui constitue le fondement du contrat de travail. Seul un manquement particulièrement grave du travailleur justifie son licenciement immédiat; si le manquement est moins grave, il ne peut entraîner une résiliation immédiate que s'il a été répété malgré un avertissement (ATF 130 II 28 c. 4.1 p. 31, p. 213 c. 3.1, p. 221; ATF 129 III 380 c. 2.1).

Par manquement du travailleur, on entend la violation d'une obligation imposée par le contrat, d'autres faits pouvant aussi justifier une résiliation immédiate (cf. ATF 129 III 380 c. 2.2).

Savoir s'il y a gravité suffisante dans un cas donné est une question d'appréciation (ATF 127 III 153 c. 1 c). Le juge apprécie ainsi librement s'il existe de justes motifs (art. 337 al. 3 in initio CO). Il applique les règles du droit et de l'équité (art. 4 CC). A cet effet, il prendra en considération tous les éléments du cas particulier, notamment la position et les responsabilités du travailleur, le type et la durée des rapports contractuels, ainsi que la nature et l'importance des manquements (ATF 130 III 28 c. 4.1 p. 32; ATF 127 III 351 c. 4a p. 354).

c) En l'espèce, les parties ont eu un entretien oral, le 26 mars 2009, à l'issue duquel la défenderesse a signifié à la demanderesse un avertissement écrit en relation avec le fait qu'elle ne tipait pas le prix des boissons commandées par les clients de l'établissement. La défenderesse a indiqué considérer comme une faute grave le fait que la demanderesse avait encaissé le prix de boissons non tipé et l'a menacée de déposer plainte pénale et de la licencier avec effet immédiat, si elle devait réitérer ses agissements. Elle lui a également rappelé les règles prévalant dans l'établissement, à savoir qu'elle devait tiper le prix de la boisson commandée, avant d'apporter celle-ci au client avec le ticket, puis, une fois la consommation payée, qu'elle devait déchirer le ticket et le laisser sur la table jusqu'au départ de celui-ci. Sous la mention «lu et approuvé», l'avertissement porte les signatures du directeur de l'établissement et de la demanderesse.

En tant qu'il porte sur un manquement de la demanderesse en relation avec ses obligations contractuelles et qu'il exprime la menace d'une sanction, à savoir le licenciement avec effet immédiat en cas de non-respect des règles expressément rappelées, l'avertissement litigieux est valable. En signant et en approuvant le contenu de ce document, la demanderesse a manifesté qu'elle l'avait lu et compris, à tout le moins que les explications que la défenderesse lui avait fournies lui étaient apparues suffisantes pour lui permettre de le signer.

Le 22 mai 2009, la défenderesse a informé oralement la demanderesse de son renvoi immédiat pour vol. Elle s'est apparemment entretenue avec elle les 2 et 9 juin 2009. Par lettre recommandée du 10 juin 2009, elle lui a ensuite confirmé son licenciement dans les termes suivants: «une fois de plus, plein de clients se sont plein (sic) en présence de la responsable qu'ils ont payé leurs consommations sans tickets, après contrôle, on vous a directement signalé votre renvoi oralement pour vol».

Quant au motif du licenciement, on peut considérer qu'il correspond à celui de l'avertissement. Dans les deux courriers, il est question de boissons dont le prix n'a pas été tipé et de consommations payées par le client sans présentation du ticket. Le renvoi signifié pour «vol» englobe donc le reproche de ne pas avoir respecté les règles prescrites par la défenderesse.

Cela étant, s'il résulte du jugement que, malgré un avertissement écrit, l'intimée a persisté à ne pas respecter les consignes de son employeur relatives au fait que les tickets de consommation devaient être remis aux clients, il n'est en revanche pas établi que l'intimée aurait volé son employeur ou commis un abus de confiance à son détriment, en conservant le montant de consommations qui n'aurait pas été tipé, ni même que le prix de consommations n'aurait pas été tipé. L'appréciation des preuves, sur cette question, par les premiers juges, qui ont à juste titre écarté le témoignage de J. en raison du lien de subordination qui l'unit à la recourante, ne prête pas le flanc à la critique. En particulier, le seul fait de n'avoir pas remis les tickets de consommation aux clients ne permet pas de présumer, comme le prétend la recourante, que le prix des consommations n'aurait pas été tipé, encore moins qu'il y aurait eu vol.

Ce point étant précisé, il importe toutefois peu que la preuve du vol ne soit pas établie. En effet, le seul fait de persister, malgré un avertissement, à ne pas respecter les directives claires de l'employeur selon lesquelles les prix des consommations devaient être tipés et les tickets correspondants remis aux clients constitue un juste motif de licenciement. L'objectif du respect de telles directives est en effet d'éviter autant que possible toute irrégularité.

Le licenciement immédiat critiqué est par conséquent justifié dans son principe.

4.2.

a) Il convient cependant d'examiner si le délai pour notifier le licenciement avec effet immédiat a été en l'occurrence respecté. A cet égard, la jurisprudence prévoit que la partie qui résilie un contrat de travail en invoquant de justes motifs ne dispose que d'un court délai de réflexion pour signifier la rupture immédiate. Deux à trois jours ouvrables de réflexion sont généralement considérés comme appropriés pour décider d'engager la procédure de licenciement; un délai supplémentaire n'est accordé à celui qui entend résilier le contrat que lorsque les circonstances particulières du cas concret exigent de faire une exception à la règle (ATF 130 III 28 consid. 4.4 p. 34 et les arrêts cités). L'employeur qui tarde à réagir est présumé avoir renoncé au licenciement immédiat (WYLER, Droit du travail, 2^e éd., Berne 2008, pp. 502 ss) ou s'être accommodé de la situation. Ainsi, dans un arrêt paru au JAR 1999, page 308, l'employeur avait été considéré comme forclo à invoquer un juste motif de licenciement immédiat parce qu'il avait licencié au mois de juillet un employé qui arrivait régulièrement en retard, malgré un avertissement qu'il avait reçu au mois de février précédent (cf. aussi STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsvertrag, 6^{ème} éd., 2006, n. 17 ad art. 337 CO). Cette règle s'applique également en cas de réitération d'actes de gravité relative propres à justifier le congé abrupt (TF 4A_559/2008 du 12 mars 2009 c. 4.3)

b) En l'espèce, le motif du licenciement est la réitération d'actes de gravité relative. Dans un tel cas, le délai pour procéder au licenciement

immédiat part du dernier acte confirmant la répétition des actes incriminés, à la condition, cependant, qu'en attendant ce moment, l'employeur ne se soit pas accommodé de la situation. En l'occurrence, compte tenu de la nature des actes pouvant être reprochés à l'intimée, on doit considérer, compte tenu de la jurisprudence rappelée ci-dessus, qu'en attendant deux mois après avoir signifié l'avertissement pour donner le congé, alors même qu'elle savait que l'intimée persistait dans son comportement fautif, la recourante s'est accommodée de la situation et qu'elle ne pouvait donc plus, après un tel laps de temps, se prévaloir d'un juste motif de licenciement immédiat. Le fait que l'intimée ait réitéré la veille du jour de la notification du congé est à cet égard sans incidence.

Par conséquent, même si le licenciement repose sur un juste motif, il ne peut produire effet, puisqu'il n'a pas été signifié dans le délai usuellement admis.

4.3. A titre subsidiaire, pour le cas où la résiliation du contrat de travail avec effet immédiat ne serait pas admise, la recourante conteste devoir à l'intimée une indemnité pour licenciement abusif (art. 337 c al. 3 CO), se prévalant de son comportement et de la durée de son emploi.

aa) En vertu de l'art. 337 c al. 3 CO, l'indemnité est en principe due lorsqu'il ne peut y avoir licenciement avec effet immédiat, sauf circonstances exceptionnelles. Le montant de cette indemnité doit être déterminé selon les critères communément admis en la matière, soit, en particulier, la situation sociale et économique des parties, la faute concomitante de l'employé et le temps que celui-ci a passé au service de l'employeur (REHBINDER, *Berner Kommentar*, Berne 1992, n. 13 ad art. 346 CO, pp. 381–382; CARRUZZO, *Le contrat individuel de travail*, Genève Zurich Bâle 2009, n. 3 ad art. 337 c CO, pp. 573–574; ATF 133 III 657; 123 III 391; 121 III 64 et les réf. citées). La faute concomitante du travailleur peut entraîner la réduction voire la suppression de toute indemnité, lorsque son comportement a donné lieu au licenciement ou a déterminé la décision de résilier le contrat de travail (cf. WYLER, *op. cit.*, pp. 516–517 avec les réf. de doctrine et de jurisprudence citées; CARRUZZO, *ibidem*; FAVRE/MUNOZ/TOBLER, *Le contrat de travail*, Code annoté, 2^{ème} éd., 2010, n. 3.8 ad art. 337 c CO, p. 231; cf. également ATF 135 III 405 c. 3.1).

ab) En l'espèce, le tribunal de prud'hommes n'a pas méconnu les critères applicables à l'octroi et à la fixation de l'indemnité de l'art. 337 c al. 3 CO. En particulier, il a tenu compte de la faute de l'intimée et de la durée des relations de travail entre parties. Selon les principes qui précèdent, sa décision d'octroyer à l'intimée une indemnité correspondant au montant d'un demi-salaire mensuel échappe donc à la critique.

b) Pour le surplus, la recourante ne remet pas en cause, à juste titre, les montants que les premiers juges ont alloués à l'intimée au titre du solde de salaires des mois de mai et juin 2009. L'intimée a par conséquent droit aux salaires qu'elle aurait obtenus si les rapports de travail avaient pris fin

à l'échéance du délai de congé ordinaire, le 30 juin 2009 (art. 337 al. 1 CO; 335c al. 1 CO).

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 15 mars 2011 (Rejet de l'appel interjeté contre le jugement rendu le 28 janvier 2011 par le Tribunal de prud'hommes de l'arrondissement de La Broye et du Nord vaudois)

Art. 333 CO. Transfert des rapports de travail. Un transfert d'entreprise est réalisé aussitôt que l'exploitation est reprise ou poursuivie par le nouveau chef d'entreprise, indépendamment du fait que celui-ci soit ou non lié au précédent. C'est ainsi que le nouveau locataire d'un restaurant se voit transférer même contre sa volonté les rapports de travail noués par son prédécesseur, dont le bail a été résilié, tout comme l'héritier en cas de partage successoral portant sur une entreprise (c. 3.). Peu importe pour l'application de l'art. 333 CO que les prescriptions de la LFus n'aient pas été respectées: il suffit qu'il y ait reprise et poursuite d'une exploitation, la situation de fait étant déterminante et l'existence d'un rapport de droit entre le repreneur et son prédécesseur ne devant pas être établie (c. 4).

Dans l'interprétation de l'art. 333 CO, le droit suisse prend en compte la Directive 2001/23/CE du Conseil de l'Union européenne, du 12 mars 2001, puisqu'elle est le résultat de l'évolution du droit européen avec lequel une harmonisation a été souhaitée en cette matière par le législateur fédéral. Selon la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, quand le cédant fait l'objet d'une procédure de faillite ou d'insolvabilité analogue les règles sur le transfert des rapports de travail trouvent application lorsque la procédure en cause comporte un contrôle du juge plus restreint qu'en cas de faillite et lorsqu'elle tend en premier lieu à la sauvegarde de la masse et, le cas échéant, à la poursuite de l'activité de l'entreprise au moyen du sursis collectif de paiement, en vue de trouver un règlement permettant d'assurer l'activité de l'entreprise à l'avenir (c. 5).

Par opposition aux effets de la faillite, le droit de disposition du débiteur en cas de sursis concordataire est seulement réduit et non supprimé. Le droit de l'exécution forcée ne contenant pas de norme réglant la question en lieu et place de la règle de droit civil prévue à l'art. 333 al. 3 CO, il s'ensuit que le règlement du sursis concordataire ne contient aucune disposition qui permettrait d'exclure la responsabilité solidaire du tiers acquéreur d'une entreprise (c. 5).

Extraits des faits:

L'entreprise M. était une raison individuelle qui effectuait des travaux d'étanchéité. L'intimé T. a travaillé à partir du 10 octobre 2001 pour l'entreprise M. en qualité de manœuvre de chantier, tout d'abord sur la base d'un contrat de durée déterminée puis, à partir du 30 janvier 2002, sur la base d'un contrat de durée indéterminée. Par décision du 3 avril 2009, le Président du Tribunal de l'arrondissement de La Broye et du Nord vaudois a accordé à M. un sursis concordataire de six mois, jusqu'au 30 septembre 2009. L'intimé a été hospitalisé et s'est trouvé en incapacité totale de travail du 12 août 2009 au 31 janvier 2010. Il a touché des indemnités journalières jusqu'au 31 décembre 2009. Sur la base des pièces produites, il n'apparaît pas qu'il ait reçu de 13^{ème} salaire pour l'année 2009, ni qu'il ait été payé par l'appelante à partir du mois de janvier 2010.

Par courrier recommandé du 16 octobre 2009, M. a notifié à l'intimé la résiliation de son contrat de travail pour la fin du mois de décembre 2009. Pour justifier le licenciement, M. invoquait le fait que le Président du Tribunal d'arrondissement de La Broye et du Nord vaudois avait donné l'ordre de résilier le contrat de travail. Par décision du 5 novembre 2009, ledit Président a révoqué le sursis concordataire de six mois qu'il avait accordé le 3 avril 2009 à M.. Ce dernier a recouru contre cette décision à la Cour des poursuites et faillites du Tribunal cantonal le 16 novembre 2009. Le Président de la Cour des poursuites et faillites a accordé l'effet suspensif à ce recours par décision du 24 novembre 2009. Le recours a été retiré le 4 mars 2010.

Le 30 novembre 2009, l'intimé a conclu avec M., pour l'entreprise E. Sàrl, un contrat de travail de durée déterminée qui prévoit trois engagements successifs pour les périodes du 1^{er} avril au 23 décembre 2010, du 1^{er} avril au 23 décembre 2011 et du 1^{er} avril au 23 décembre 2012. Pour le reste, les conditions contractuelles, y compris le salaire (5500 fr. brut), sont les mêmes que celles dont l'intimé bénéficiait précédemment. Suite à une demande d'indemnités de chômage déposée par l'intimé, la caisse de chômage Unia a averti celui-ci, en date du 5 février 2010, que le congé qui lui avait été adressé le 16 octobre était nul et non avenue et qu'il devait faire valoir ses droits auprès de son employeur. L'intimé s'est exécuté dans ce sens et, par lettre du 11 février 2010, a mis l'appelante en demeure de lui verser son salaire. Le courrier du 11 février 2010 est resté sans réponse. Par lettre à l'appelante du 16 février, l'intimé a résilié avec effet immédiat pour justes motifs le contrat de travail conclu le 30 novembre 2009, parce qu'il n'avait reçu ni le 13^{ème} salaire 2009, ni le salaire du mois de janvier 2010.

Par requête adressée le 13 avril 2010 au Président du Tribunal de prud'hommes de l'arrondissement de La Broye et du Nord vaudois, T. a conclu, avec suite de frais et dépens, à ce que l'entreprise M. et E. Sàrl soient déclarées ses débitrices solidaires de divers montants. Le 3 juin 2010, le Président du Tribunal a prononcé la faillite sans poursuite préala-

ble de M.. Par jugement du 28 janvier 2011, le Tribunal de prud'hommes de l'arrondissement de La Broye et du Nord vaudois a dit que la défenderesse E. Sàrl est la débitrice du demandeur T. de la somme de 21 068 fr. 55 brut à titre de paiement de 13^{ème} salaire pour les années 2009 et 2010, de rattrapages salariaux pour l'année 2009, du salaire de janvier et des compléments de salaire des mois de février et mars 2010, dont à déduire les cotisations sociales et le montant pour lequel la Caisse de chômage Unia est subrogée. En droit, les premiers juges ont considéré qu'il y a eu transfert d'entreprise au sens de l'art. 333 al. 1 CO, le cas échéant par actes concluants, entre l'entreprise M. et la société E. Sàrl, que les rapports de travail entre l'intimé et M. sont passés automatiquement à l'appelante et que, le prononcé de faillite ayant eu lieu après ledit transfert, l'article 333 al. 3 CO est applicable. Partant, ils ont estimé que la défenderesse avait donné son congé au demandeur durant l'incapacité de travail de celui-ci, que la résiliation était en conséquence nulle et inopérante et que la défenderesse avait refusé les services offerts par le demandeur ensuite de la résiliation des rapports de travail qu'elle lui avait signifiée. Par acte motivé du 28 février 2011, E. Sàrl a formé appel contre ce jugement en concluant à la réforme en ce sens qu'elle n'a pas la légitimation passive dans la cause l'opposant à T. de sorte qu'elle n'est pas la débitrice de celui-ci.

Extraits des considérants:

3.

L'appelante soutient que l'art. 333 al. 1 CO n'est pas applicable aux parties, contrairement à ce qu'ont retenu les premiers juges.

Selon cette disposition, si l'employeur transfère l'entreprise ou une partie de celle-ci à un tiers, les rapports de travail passent à l'acquéreur avec tous les droits et les obligations qui en découlent, au jour du transfert, à moins que le travailleur ne s'y oppose. Il s'agit en particulier de maintenir, pour le travailleur, les droits liés à l'ancienneté (ATF 129 III 335 c. 5.4.1 p. 343). Dans sa teneur actuelle, l'art. 333 al. 1 CO est entré en vigueur le 1^{er} mai 1994; il est le résultat de l'harmonisation avec le droit européen voulue par le législateur fédéral (cf. ATF 132 III 32 c. 4.1 p. 37 et c. 4.2.2.1 p. 39; ATF 129 III 335 c. 6 p. 350). Contrairement à la solution prévalant sous l'ancien droit, en cas de transfert d'entreprise, les rapports de travail existant au moment du transfert passent automatiquement à l'acquéreur, même contre le gré de ce dernier (ATF 132 III 32 c. 4.2.1 p. 38; ATF 127 V 183 c. 4d p. 187; ATF 123 III 466 c. 3b p. 468). Une véritable obligation de reprise incombe à l'acquéreur et il n'est pas possible d'écarter cette conséquence en concluant une convention dérogatoire entre l'employeur qui transfère l'entreprise et celui qui la reprend (ATF 132 III 32 c. 4.2.1 p. 38 et c. 4.2.2.1 p. 38 ss). Pour qu'il y ait transfert d'entreprise au sens de l'art. 333 al. 1 CO, il suffit que l'exploitation ou une partie de

celle-ci soit effectivement poursuivie par le nouveau chef d'entreprise (ATF 136 III 552 c. 2.1).

Pour l'appelante, aucun transfert des rapports de travail entre M. et elle-même n'a pu avoir lieu, à défaut d'une convention écrite à ce sujet. Il est vrai qu'il n'est pas établi que M. a entendu céder son entreprise à l'appelante. Mais un lien entre eux n'est pas déterminant pour décider si un transfert a eu lieu au sens de l'art. 333 CO. Un tel transfert est réalisé aussitôt que l'exploitation est reprise ou poursuivie par le nouveau chef d'entreprise, indépendamment du fait que celui-ci soit ou non lié au précédent. C'est ainsi que le nouveau locataire d'un restaurant se voit transférer même contre sa volonté les rapports de travail noués par son prédécesseur, dont le bail a été résilié (ATF 123 III 466), tout comme l'héritier en cas de partage successoral portant sur une entreprise (Wyler, Droit du travail, 2^{ème} éd, p. 399 et les références citées). Le défaut éventuel d'un accord, oral ou écrit, entre M. et l'appelante est dès lors sans portée. Ce premier moyen de l'appelante doit être rejeté.

4.

L'appelante tire en outre argument de la loi fédérale sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine du 3 octobre 2003 (LFus: RS 221.301), qui prévoit notamment que les sociétés et entreprises individuelles inscrites au registre du commerce peuvent transférer tout ou partie de leur patrimoine avec actifs et passifs à un autre sujet de droit privé (art. 69 al. 1) et que le contrat de transfert revêt la forme écrite (art. 70 al. 2). Dès lors selon elle qu'un tel contrat n'est pas passé, il n'y aurait eu ni transfert de patrimoine, ni transfert des rapports de travail.

Peu importe cependant pour l'application de l'art. 333 CO que les prescriptions de la LFus n'aient le cas échéant pas été respectées: il suffit, comme vu ci-dessus, qu'il y ait reprise et poursuite d'une exploitation, la situation de fait étant déterminante et l'existence d'un rapport de droit entre le repreneur et son prédécesseur ne devant pas être établie (PORTMANN, Basler Kommentar, 4^{ème} éd., n. 7 ad art. 333 CO).

5.

L'appelante soutient encore que M. n'aurait pas été habilité à lui transférer son entreprise puisqu'il avait obtenu un sursis concordataire par abandon d'actif: il lui aurait en effet été interdit de procéder à des aliénations durant le sursis.

Le transfert d'une entreprise lorsque le cédant fait l'objet d'une procédure de faillite ou d'insolvabilité analogue est traité dans la Directive 2001/23/CE du Conseil de l'Union européenne, du 12 mars 2001 (ci-après: la Directive). Celle-ci est prise en considération par le Tribunal fédéral en ce qui concerne l'application de l'art. 333 CO, puisqu'elle «*est le résultat de l'évolution du droit européen avec lequel une harmonisation a été souhaitée en cette matière par le législateur fédéral*» (ATF 132 III 32 c. 4.1, JT 2006 I 257; WYLER, op. cit., p. 397). Selon l'art. 3 § 1 de la Directive, les droits et obligations qui résultent d'un contrat de travail existant à la da-

te du transfert de l'entreprise passent automatiquement, sans acte particulier, à l'acquéreur ou cessionnaire de l'entreprise (Wyler, op. cit., p. 387). Tel n'est en revanche pas le cas selon l'art. 5 § 1 et 2 de la Directive lorsque le cédant fait l'objet d'une procédure de faillite ou d'une procédure d'insolvabilité analogue (ibid.). Selon la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, rendue en application de la Directive 77/187/CEE codifiée par la Directive, les règles sur le transfert des rapports de travail trouvent application lorsque la procédure en cause comporte un contrôle du juge plus restreint qu'en cas de faillite et lorsqu'elle tend en premier lieu à la sauvegarde de la masse et, le cas échéant, à la poursuite de l'activité de l'entreprise au moyen du sursis collectif de paiement, en vue de trouver un règlement permettant d'assurer l'activité de l'entreprise à l'avenir (Wyler, op. cit., p. 338, 391 et 401). Le critère déterminant à prendre en considération est ainsi celui de l'objectif poursuivi par la procédure en cause, selon qu'elle tend à la liquidation ou à la poursuite de l'activité de l'entreprise et de son redressement.

En l'espèce, le sursis concordataire de six mois que s'est vu accorder M. le 3 avril 2009 a été révoqué le 5 novembre 2009. L'intéressé ayant recouru à la Cour des poursuites et faillites du Tribunal cantonal le 16 novembre 2009, le président de cette autorité a accordé l'effet suspensif par décision du 24 novembre 2009. Enfin le recours a été retiré le 4 mars 2010. Il n'y a donc pas eu d'homologation au sens de l'art. 306 de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite du 11 avril 1889 (ci-après LP: RS 281.1) et il y a lieu de considérer que le transfert est intervenu pendant une période de sursis concordataire. A supposer d'ailleurs que le transfert soit intervenu après la révocation, on se trouverait en dehors d'une procédure de faillite. Les effets d'une révocation du sursis ne sont en effet pas ceux d'une faillite, puisqu'il est nécessaire qu'un créancier requière celle-ci dans les 20 jours suivant la publication, pour que la faillite soit déclarée (art. 309 LP).

L'ATF 129 III 335, JT 2003 II 75, a posé le principe que la responsabilité solidaire de l'acquéreur d'une entreprise en faillite au sens de l'art. 333 al. 3 CO – interprétée *contra verbi* – doit être exclue.

La question de l'application de l'art. 333 CO lorsque le transfert de l'entreprise s'opère dans le cadre d'une procédure de concordat par abandon d'actifs a été laissée indécise par le Tribunal fédéral (ATF 134 III 102 c. 3.1.1). La doctrine est divisée. PORTMANN (BaK, 4^{ème} éd., n. 12 ad art. 333 CO) et STAEHELIN (DTA 2003 218) considèrent que les motifs qui fondent la non-application de la responsabilité solidaire de l'acquéreur en cas de transfert après faillite (ATF 129 III 335) justifient une solution semblable dans l'hypothèse du transfert en cas de concordat, voire pendant le sursis concordataire. Ces auteurs ne discutent cependant pas spécifiquement le cas du sursis concordataire. Selon WYLER (Droit du travail, 2^{ème} éd. p. 404), suivi par CARRUZZO (Le contrat individuel de travail, p. 441), l'art. 333 CO s'applique à tout transfert d'entreprise qui intervient après

l'octroi du sursis concordataire et avant l'homologation; en effet un transfert qui intervient avant l'homologation ne s'inscrit pas dans une procédure analogue à celle de la faillite. De surcroît, toute interprétation contraire permettrait au débiteur de retarder artificiellement les échéances, par le seul effet du sursis concordataire, pour finalement y renoncer ou requérir une faillite, tout en transférant entre-temps certains actifs. Une telle exception ne doit pas être admise, dans la mesure où elle permettrait de vider la protection de l'art. 333 CO de sa substance. Il en résulte que, par opposition aux effets de la faillite, le droit de disposition du débiteur en cas de sursis concordataire est seulement réduit et non supprimé (GEISER, «Betriebsuebernahme der X AG durch die Y AG; Gutachten zur Frage der Anwendbarkeit von Artikel 333 Obligationenrecht», St-Gall 2001, publié in JAR 2005 p. 480), auquel se réfère PORTMANN (in Berner Kommentar, n. 12 ad art. 333, p. 1941). S'il est vrai que certains actes sont interdits sauf autorisation du juge du concordat (cf. art. 298 al. 2 LP), il n'en reste pas moins que les actes juridiques du débiteur sont en principe régis selon le droit civil. Ainsi, le droit de l'exécution forcée ne contenant pas de norme réglant la question en lieu et place de la règle de droit civil prévue par l'art. 333 al. 3 CO, il s'ensuit que le règlement du sursis concordataire ne contient aucune disposition qui permettrait d'exclure la responsabilité solidaire du tiers acquéreur d'une entreprise.

En l'espèce donc, lorsque l'appelante est convenue avec l'intimé le 30 novembre 2009 que celui-ci travaillerait désormais à son service à compter du 1^{er} avril 2010, rien ne s'opposait à un transfert des rapports de travail. Il est vrai qu'en vertu de l'art. 298 al. 2 LP, l'effet du sursis concordataire était d'interdire à M., sauf autorisation du juge du concordat, d'aliéner l'actif immobilisé de son entreprise pendant la durée du sursis sous peine de nullité. D'une part, cependant, cette nullité ne valait qu'à l'égard des créanciers (art. 204 al. 1 LP par renvoi de l'art. 298 al. 2 LP; VOLLMAR, Basler Kommentar, n. 14 ad art. 298 LP), sans que cela fasse obstacle à l'application de l'art. 333 CO. D'autre part, on ignore s'il y a eu effectivement aliénation de l'actif immobilisé et on sait seulement que l'exploitation de l'entreprise de M. a été continuée par l'appelante. Il faut donc admettre qu'en reprenant cette exploitation, l'appelante s'est vu transférer les rapports de travail liant encore M. et l'intimé.

6.

L'appelante tire de plus argument de ce que, comme l'auraient retenu les premiers juges, le contrat de travail liant M. et l'intimé a pris fin le 30 mars 2010. Selon elle, il n'y aurait dès lors plus eu de place pour un transfert des rapports de travail.

Un tel point de vue se heurte au fait que c'est dès le 30 novembre 2009, alors que son contrat de travail perdurait, qu'un passage de l'intimé d'une entreprise à l'autre a été convenu. A cela s'ajoute que l'absence d'une solution de continuité entre la fin du contrat au 30 mars 2010 et la reprise d'une activité au service de l'appelante dès le 1^{er} avril suivant ne

permet pas de concevoir un transfert d'entreprise qui serait demeuré sans effet sur la situation de l'intimé.

7.

L'appelante soutient enfin qu'en résiliant le 11 (recte 16) février 2010 le contrat de travail qu'il avait conclu avec l'appelante, l'intimé a en réalité formé opposition à un éventuel transfert d'entreprise au sens de l'art. 333 al. 3 CO, ce que les premiers juges auraient nié à tort. En réalité, cette résiliation est intervenue avec effet immédiat pour juste motif, parce que l'intimé n'avait reçu ni le treizième salaire afférent à l'année 2009, ni le salaire du mois de janvier 2010. L'intimé considérait ainsi qu'un transfert d'entreprise avait déjà eu lieu, à juste titre vu la date de conclusion de son contrat avec l'appelante, et il ne pouvait plus être question d'une opposition ce transfert.

Arrêt communiqué par M.-A. Borel, premier greffier adjoint auprès du Tribunal cantonal du canton de Vaud.

Tribunal cantonal du canton de Vaud, Cour civile, Jugement du 14 novembre 2011

Art. 322d CO. Lorsque le bonus est attribué en fonction du bénéfice ou du chiffre d'affaires, il doit être considéré comme une partie du salaire variable et non comme une gratification. L'art. 322a CO étant de droit dispositif, il ne s'oppose pas à ce que les parties fixent spécifiquement le type de comptabilité déterminant. La disposition ne s'oppose pas non plus à ce que les parties conviennent d'une autre assiette que celle du résultat de l'exercice annuel selon les principes comptables, pourvu que ce mode de calcul soit clairement déterminé et ne soit pas soumis à l'arbitraire de l'employeur (c. III).

Art. 329d al. 2 CO. Le régime de la compensation des vacances pendant le délai de congé se distingue selon que le licenciement est ordinaire ou extraordinaire, selon que la résiliation émane de l'employeur ou de l'employé, et selon que le travailleur a été ou non libéré de l'obligation de travailler. Lorsque l'employé est libéré de son obligation de travailler pendant le délai de congé, la question de savoir si le solde de vacances non pris doit être indemnisé en espèces doit être tranché de cas en cas, en se fondant sur le rapport entre la durée de la libération de l'obligation de travailler et le nombre de jours de vacances restant (c. IV).

Art. 319 CO. Il est incontesté que le rapport de base liant l'administrateur à sa société peut, en certaines circonstances, se doubler d'un contrat de travail. Dans les faits, la rémunération des administrateurs peut prendre des formes et dénominations aussi variées que salaire, honoraires, bonus et tout autre avantage en espèce ou en nature. L'on ne peut ainsi pas déduire de la conclusion d'un contrat d'administra-

teur un droit de celui-ci à une rémunération en espèces ; encore faut-il qu'elle ait été prévue par les parties (c. VI).

Extraits des faits:

La société E. N. SA était une société anonyme de droit suisse. Elle faisait partie d'un groupe allemand, E. Holding SA, actif dans plusieurs pays. S. AG et E. N. SA ont fusionné pour devenir la défenderesse E. SA. Ainsi, selon le contrat de fusion du 15 février 2007, la défenderesse a repris les actifs et passifs de la société E. N. SA. Il résulte par ailleurs de l'extrait du registre du commerce relatif à la société E. N. SA que le demandeur en a été membre du conseil d'administration du 23 mars 2000 au 23 février 2006. Du 23 février 2006 et jusqu'au 6 octobre 2006, il a été inscrit comme administrateur délégué. Jusqu'à cette date, il a été le seul membre du conseil d'administration. Le demandeur a ensuite été inscrit comme président et administrateur délégué, du 6 octobre 2006 au 10 novembre 2006. Depuis lors, et jusqu'à la radiation d'E. N. SA du registre du commerce le 14 mars 2007, il a été inscrit comme président du conseil d'administration. Enfin, le 31 octobre 2006, le demandeur a été inscrit comme membre du conseil d'administration de la défenderesse. Il a occupé ce poste jusqu'au 14 mars 2007.

Par contrat de travail du 1^{er} novembre 2005, E. N. SA a engagé le demandeur comme directeur à 50%. Le 1^{er} décembre 2005, E. N. SA et le demandeur ont conclu un deuxième contrat de travail, remplaçant celui du 1^{er} novembre 2005. Selon ce contrat, le taux d'occupation du demandeur était de 75%. Ces deux premiers contrats prévoyaient une possibilité de bonus de 25% au maximum de la part fixe de la rémunération. Les 19 décembre 2005 et 9 janvier 2006, E. N. SA, respectivement X., et le demandeur ont conclu un troisième contrat de travail, de durée indéterminée, remplaçant celui signé le 1^{er} décembre 2005. Ce troisième contrat stipulait un taux d'occupation de 100% et un salaire mensuel brut fixe de 13 846 fr., treize fois l'an. Le délai de congé était de trois mois. L'octroi d'un bonus était stipulé selon les termes suivants (traduction de l'allemand): «Bonus premier échelon: 30% du salaire brut fixe en cas d'atteinte de l'objectif nominal et en pourcent DB V de 1 482 000 francs. Bonus deuxième échelon: 20% du salaire brut fixe en cas d'atteinte de l'objectif nominal et en pourcent DB V de 1 776 000 francs.». Les bonus stipulés dans ce contrat ont été proposés par le demandeur par courrier électronique du 15 décembre 2005 adressé à X. et Y.. Le bénéfice DB V (Deckungsbeitrag n° V) est le bénéfice net, compte tenu des travaux en cours (Ertragsabgrenzungen et Kostenabgrenzungen), des amortissements (Abschreibungen) et après déduction de l'impôt sur le capital mais avant l'impôt sur le bénéfice.

Par lettre du 23 janvier 2007, E. N. SA a résilié le contrat de travail du demandeur des 19 décembre 2005 et 9 janvier 2006, pour le 30 avril 2007, et a libéré celui-ci de son obligation de travailler. Du mois d'octobre

et jusqu'à ce qu'il soit libéré de son obligation de travailler le, 23 janvier 2007, le demandeur a travaillé à plein temps. Le 23 janvier 2007 également, X. et H., en, qualité respectivement de président et de membre de la direction d'E. Holding SA, en Allemagne, ont tenu une assemblée générale extraordinaire au nom d'E. N. SA et ont décidé de résilier avec effet immédiat le mandat de président du conseil d'administration du demandeur.

En date du 1^{er} juin 2007, E. a ouvert action contre E. N. SA et E. SA et réclamé le paiement de divers montants. Par décision du 6 novembre 2008, le juge instructeur a déclaré E. N. SA hors de cause et de procès, celui-ci se poursuivant entre le demandeur et la défenderesse E. SA. En cours d'instance, une expertise comptable a été confiée à la fiduciaire K. Les directeurs de la fiduciaire D. et G. ont déposé leur rapport le 30 mars 2010, ainsi qu'un rapport complémentaire le 12 janvier 2011. Il en résulte que les normes comptables International Financial Reporting Standards (IFRS) constituent un référentiel reconnu sur le plan international et sont en principe appliquées pour les comptes consolidés d'un groupe. Les normes IFRS sont également applicables et exigées pour les comptes annuels des sociétés cotées à la bourse suisse ainsi que pour la plupart des sociétés cotées auprès des bourses européennes. Au fond, les experts ont constaté que les conditions du bonus contractuel n'étaient, à la lecture des documents relatifs à la comptabilité analytique, pas remplies. Ils ont pour le surplus relevé que le contrat faisant référence à une notion de comptabilité analytique et le demandeur affirmant qu'il fallait en réalité se référer aux comptes établis selon les normes IFRS, ils ne pouvaient pas trancher ce point qui relève de l'interprétation du contrat.

Extraits des considérants:

II.

Le demandeur réclame le paiement d'un bonus pour l'année 2006 (I) et pro rata temporis pour l'année 2007 (II), une compensation financière pour les vacances qu'il n'aurait pas prises (III), une compensation pour le renchérissement sur le salaire perçu en 2007 (IV), des honoraires pour son activité au sein du conseil d'administration de la défenderesse (V) et enfin le remboursement des frais d'avocats consentis avant l'ouverture de la présente procédure (VI).

La défenderesse conteste l'ensemble de ces prétentions.

III.

Le demandeur réclame le paiement d'un bonus pour l'année 2006 et pro rata temporis pour l'année 2007, estimant que les conditions de son octroi figurant dans son contrat de travail sont réalisées selon les normes comptables IFRS, auxquelles il faut selon lui se référer.

La défenderesse considère pour sa part que la comptabilité analytique fait foi, non les normes IFRS. En se référant à cette comptabilité, elle fait valoir que les conditions d'octroi du bonus ne sont pas remplies.

a) Le droit suisse ne contient aucune disposition qui définisse et traite de façon spécifique du bonus. Selon ses caractéristiques, le bonus sera considéré soit comme une gratification au sens de l'art. 322d CO (loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le code civil suisse, Livre cinquième: Droit des obligations, RS 220), soit comme un élément du salaire (art. 322 CO), pouvant revêtir, selon les cas, la forme d'une participation au résultat de l'exploitation (art. 322a CO). On en jugera de cas en cas sur le vu des circonstances pertinentes (TF 4A_511/2008 du 3 février 2008 c. 4.1; TF 4A_502/2010 du 1^{er} décembre 2010, c. 2.1.2; ATF 136 III 313 c. 2, rés. in JT 2011 II 206). Lorsque le bonus est attribué en fonction du bénéfice ou du chiffre d'affaires, il doit être considéré comme une partie du salaire variable et non comme une gratification (TF 4A_115/2007 du 13 juillet 2007, c. 4.3.4 et références citées). Cette précision est d'importance car le régime des gratifications est beaucoup plus flexible que les règles applicables aux éléments du salaire. Contrairement à la gratification qui dépend, au moins partiellement du bon vouloir de l'employeur, le salaire variable, notamment sous la forme d'une participation au résultat de l'exploitation, est dû sans que l'employeur puisse exercer sa liberté dans la fixation du montant à allouer (TF 4A_511/2008 du 3 février 2008 c. 4.1; TF 4A_502/2010 du 1^{er} décembre 2010 c. 2.1.2; ATF 136 III 313 c. 2, rés. in JT 2011 II 206).

Aux termes de l'art. 322a CO, si, en vertu du contrat, le travailleur a droit à une part du bénéfice ou du chiffre d'affaires ou participe d'une autre manière au résultat de l'exploitation, cette part est calculée sur la base du résultat de l'exercice annuel, déterminé conformément aux prescriptions légales et aux principes commerciaux généralement reconnus. Cette disposition étant de droit dispositif, elle ne s'oppose pas à ce que les parties déterminent spécifiquement le type de comptabilité déterminant (comptabilité analytique selon un plan comptable déterminé, comptabilité commerciale au sens des art. 957 ss CO, comptabilité selon les normes IFRS), auquel cas le juge ne pourra pas substituer une méthode – même standard – à celle qui aura été choisie par les parties. Cette disposition ne s'oppose pas non plus à ce que les parties déterminent une autre assiette que celle du résultat de l'exercice annuel selon les principes comptables, pourvu que le mode de calcul soit clairement déterminé et ne soit pas soumis à l'arbitraire de l'employeur (SUBILIA/DUC, Droit du travail, éléments de droit suisse, Lausanne 2010, n. 10 ad art. 322a CO).

En cas de litige sur l'interprétation d'un contrat, le juge doit recourir en premier lieu à l'interprétation dite subjective, c'est-à-dire 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 CO; ATF 135 III 410 c. 3.2, SJ 2009 I 429; ATF 131 III 606 c. 4.1, rés. in JT 2006 I 126; ATF 125 III 305 c. 2b, JT 2000 I 635). Si la volonté réelle des parties ne peut pas être établie ou si leurs volontés intimes divergent, le juge doit interpréter les déclarations faites et les comportements selon la théorie de la

confiance, en recherchant comment une déclaration ou une attitude pouvait être comprise de bonne foi en fonction de l'ensemble des circonstances (interprétation dite objective); le principe de la confiance permet ainsi 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 (TF 4A_502/2010 du 1^{er} décembre 2010, c. 2.1.1; TF 4A_665/2010 du 1^{er} mars 2011, c. 3.1; ATF 136 III 186 c. 3.2.1, SJ 2010 I 317; ATF 135 III 410 c. 3.2, SJ 2009 I 429; ATF 131 III 606 c. 4.1, rés. in JT 2006 I 126).

Le sens d'un texte, apparemment clair, n'est pas forcément déterminant, de sorte que l'interprétation purement littérale est prohibée (art. 18 al. 1 CO). Même si la teneur d'une clause contractuelle paraît limpide à première vue, il peut résulter d'autres conditions du contrat, du but poursuivi par les parties ou d'autres circonstances que le texte de ladite clause ne restitue pas exactement le sens de l'accord conclu. Il n'y a cependant pas lieu de s'écarter du sens littéral du texte adopté par les intéressés lorsqu'il n'y a aucune raison sérieuse de penser qu'il ne correspond pas à leur volonté (TF 4A_476/2011 du 11 novembre 2011 c. 3; ATF 131 III 606 c. 4.2, rés. in JT 2006 I 126; ATF 130 III 47, rés. in JT 2004 I 268; ATF 129 III 118, rés. in JT 2003 I 144). Une interprétation littérale stricte se justifie en outre à l'égard de personnes qui sont rompues à l'usage des termes utilisés dans certaines branches (ATF 131 III 606 c. 4.2, rés. in JT 2006 I 126).

b) En l'espèce, il n'est pas contesté par les parties que le demandeur et la société E. N. SA ont conclu les 19 décembre 2005 et 9 janvier 2006 un contrat de travail au sens de l'art. 319 CO et que ce contrat prévoyait l'octroi d'un bonus au sens de l'art. 322a CO, en plus du salaire mensuel convenu.

Le droit à l'octroi du bonus stipulé par ce contrat se détermine en fonction du résultat obtenu par la société: La position des parties diverge sur le point de savoir à quel type de comptabilité il convient de se référer pour déterminer si les objectifs fixés par le contrat pour l'octroi du bonus sont réalisés. Durant l'année 2006, il est avéré que trois types de comptabilité ont été adoptés par E. N. SA: les comptes statutaires selon le droit suisse, la comptabilité analytique et la liasse de consolidation selon les normes IFRS. Il y a dès lors lieu d'interpréter le contrat afin de déterminer laquelle de ces comptabilités doit être prise comme référence.

c) Dans un courriel du 15 décembre 2005 adressé à X. et Y., le demandeur a fait une proposition s'agissant de l'octroi d'un bonus, faisant référence au DB V pour son calcul.

Cette offre a été acceptée par la société E. N. SA, respectivement X., président de la défenderesse et membre de la direction du groupe E. Holding SA. La notion de DB V a ainsi été expressément insérée dans le contrat litigieux comme référence pour le calcul du droit au bonus.

Or, il résulte de l'expertise mise en œuvre que le DB V est une notion typiquement utilisée en comptabilité analytique. Les deux parties étant rompues aux affaires, il n'existe aucune raison de penser qu'en insérant un

indice lié à cette comptabilité dans le contrat litigieux, les parties auraient en réalité voulu se référer à un autre système comptable, tel que les normes IFRS. Au contraire, le fait que les normes IFRS aient été introduites au cours de l'année 2007, comme l'a indiqué le témoin S., soit postérieurement à la conclusion du contrat litigieux et à la période pertinente pour le calcul du bonus de l'année 2006, ne laisse subsister aucun doute. L'on voit en effet mal comment les parties auraient pu se référer à un système comptable qui n'était pas encore utilisé.

Par conséquent, le demandeur ayant offert de se référer à la notion de DB V, indice typique de la comptabilité analytique, et la défenderesse ayant accepté cette offre, il y a eu accord de volonté réciproque et concordant sur le fait que la comptabilité analytique doit être prise comme référence afin de déterminer si les conditions d'octroi du bonus du demandeur sont réalisées.

En outre, l'instruction n'a pas établi que les parties auraient décidé postérieurement de modifier le contrat conclu et de se référer à un autre système comptable que celui qu'elles avaient alors désigné.

d) Au cours de l'expertise, les experts ont analysé trois documents relatifs à la comptabilité analytique, soit la comptabilité analytique pour l'année 2006 et deux documents respectivement intitulés «Monatsabschluss-BAB: Kurzübersicht» et «Monatsabschluss BAB». A la lecture de la comptabilité analytique pour l'année 2006, les experts ont constaté, d'une part qu'elle s'arrêtait au DB IV, d'autre part que le DB IV s'élevait à 922'457 francs; la valeur nominale à atteindre pour l'octroi du premier palier de bonus, soit 1482'000 fr., n'est donc pas atteinte. Le DB V figure dans les deux autres documents, mais la valeur nominale de 1'482'000 fr. n'est pas atteinte non plus.

Les experts sont ainsi arrivés à la conclusion qu'en se référant à la comptabilité analytique, les conditions d'octroi du bonus n'étaient pas remplies. Il n'existe aucun motif de s'écarter de l'avis des experts, parfaitement clair et étayé. Par conséquent, le demandeur n'a droit à aucun montant au titre de bonus pour l'année 2006.

S'agissant d'un éventuel bonus pro rata temporis pour l'année 2007, le demandeur n'y a pas droit, dès lors que cette année-là, E. N. SA a subi d'importantes pertes. Au surplus, selon l'art. 322d al. 2 CO, lorsque les rapports de travail ont pris fin avant l'occasion qui donne lieu à la rétribution spéciale, le travailleur ne peut prétendre à un montant pro rata temporis que s'il en a été convenu ainsi (TF 4A_511/2008 du 3 février 2008 c. 4.1 et les références citées). Or, tel n'est pas le cas en l'espèce.

IV.

Le demandeur soutient avoir droit à une compensation financière pour les vacances qu'il n'aurait pas prises, et qui lui seraient dues à l'échéance de son contrat de travail.

La défenderesse fait valoir que le demandeur avait tout le temps de les prendre pendant le délai de congé et même qu'il devait les prendre, aucune compensation financière n'étant due.

a) Selon l'art. 329d al. 2 CO, qui revêt un caractère impératif absolu (art. 361 CO), les vacances ne peuvent pas être remplacées par des prestations en argent ou d'autres avantages tant que durent les rapports de travail. L'obligation pour l'employeur d'octroyer les vacances en nature trouve également application pendant le délai de congé, le remplacement des vacances par des prestations en argent étant en principe exclu (ATF 128 III 271 c. 4a/aa, JT 2003 I 606; TF 4C.84/2005 du 16 juin 2005 c. 7.2; GENIER MÜLLER, *La fixation des vacances pendant le délai de congé*, in *Panorama en droit du travail*, Berne 2009, p. 212 et les références citées). Il peut cependant être dérogé à ce principe selon les circonstances. La doctrine et la jurisprudence admettent ainsi que des prestations en argent peuvent remplacer les vacances lorsque celles-ci ne peuvent être prises avant la fin des rapports de travail ou lorsqu'on ne peut exiger qu'elle le soient, en raison notamment de l'obligation d'effectuer des recherches d'emploi (ATF 128 III 271 c. 4a/aa, JT 2003 I 606; TF 4C.84/2005 du 16 juin 2005 c. 7.2; GENIER MÜLLER, *op. cit.*, p. 212).

Le régime de la compensation des vacances pendant le délai de congé se distingue selon que le licenciement est ordinaire ou extraordinaire, selon que la résiliation émane de l'employeur ou de l'employé et selon que le travailleur a été ou non libéré de l'obligation de travailler (GENIER MÜLLER, *op. cit.* pp. 212–213).

Lorsque l'employé est libéré de son obligation de travailler pendant le délai de congé, la question de savoir si le solde de vacances non pris doit être indemnisé en espèces doit être tranché de cas en cas, en se fondant sur le rapport entre la durée de la libération de l'obligation de travailler et le nombre de jours de vacances restant (ATF 128 III 271 c. 4a/cc, JT 2003 I 606; TF 4C.84/2005 du 16 juin 2005 c. 7.2). Il faut en particulier que, durant cette période, le salarié licencié ait, en plus de ses vacances, suffisamment de temps à consacrer à la recherche d'un nouvel emploi (TF 4C.84/2005 du 16 juin 2005 c. 7.2 et référence citée). La compensation des vacances peut être admise même lorsque l'employeur n'a pas demandé à l'employé de prendre les jours de vacances restants, le travailleur libéré de son obligation de travailler devant, en vertu de son obligation de fidélité, prendre en compte les intérêts de l'employeur et utiliser les jours de vacances qui lui restent selon ses possibilités (ATF 128 III 271 c. 4a/cc, JT 2003 I 606).

Ainsi, la recherche d'emploi étant incompatible avec la prise effective de vacances, il faut examiner dans chaque cas, au vu de l'ensemble des circonstances, telles que la durée du délai de congé, la difficulté à trouver un autre travail et le solde de jours de vacances à prendre, si l'employeur pouvait exiger que les vacances fussent prises pendant le délai de congé ou s'il

devait les payer en espèces à la fin des rapports de travail (TF 4C.84/2002 du 22 octobre 2002 c. 3.2.1 et les références citées).

Plus le délai de congé est bref, plus le droit au paiement des vacances est admis facilement. Néanmoins, l'employeur pourra toujours démontrer que, nonobstant la brièveté de ce délai, le travailleur était parfaitement en mesure de bénéficier du temps de vacances, parce qu'il a déjà trouvé un nouvel emploi, qu'il peut en trouver un facilement dans le secteur d'activité où il travaille ou pour d'autres raisons encore, telles que la libération du travailleur de son obligation de fournir ses prestations durant le délai de congé (TF 4C.84/2002 du 22 octobre 2002 c. 3.2.1).

Lorsque le rapport entre les jours de vacances restants et la durée de la libération de l'obligation de travailler est presque équivalent, l'employé peut prétendre à une indemnisation en espèces (TF 4C.84/2005 du 16 juin 2005 c. 7.3). Un délai de congé de deux mois durant lequel l'employé a été libéré de son obligation de travailler a été considéré comme incompatible avec la prise d'un solde de vacances de trente jours, le Tribunal fédéral expliquant que le travailleur n'aurait alors pas disposé du temps nécessaire pour conjuguer vacances et réinsertion professionnelle (TF 4C. 84/2002 du 22 octobre 2002 c. 3.2.2). Une libération de l'obligation de travailler d'un mois est compatible avec la prise de cinq jours de vacances, le travailleur disposant encore de trois semaines pour chercher un nouvel emploi (ATF 131 III 623 c. 3.3, rés. in JT 2006 I 127).

b) En l'espèce, le contrat de travail du demandeur a été résilié le 23 janvier 2007 pour le 30 avril 2007. Le délai de congé était de trois mois, du mois de février au mois d'avril 2007. Lors de son licenciement, le demandeur a été libéré de son obligation de travailler avec effet immédiat, soit dès le 24 janvier 2007. Jusqu'à l'échéance de son contrat, il restait ainsi soixante-six jours ouvrables. A l'échéance de son contrat, il bénéficiait en outre d'un solde de vacances de vingt-huit jours. En considérant que le demandeur a pris son solde de vacances durant son délai de congé, il lui restait alors trente-huit jours pour se consacrer à ses recherches d'emploi, soit pratiquement deux mois complets, ce qui, représente les deux tiers de son délai de congé.

Le fait que le demandeur a déployé une activité indépendante de consultant dans le même domaine, de manière récente, soit jusqu'au mois de décembre 2006, période à laquelle il est devenu employé à 100% de la société E. N. SA, fait partie des circonstances à prendre en considération dans le cas d'espèce.

L'on peut également relever qu'il était dans l'intention du demandeur de prendre trois semaines de vacances d'ici la fin de son délai de congé, comme il le proposait dans un courrier du 14 février 2007 adressé à son employeur.

Au vu de ces éléments et de la jurisprudence exposée ci-dessus, une période de deux mois, représentant les deux tiers du délai de congé, était

suffisante pour permettre au demandeur d'effectuer les recherches d'emploi nécessaires.

Il appartenait donc au demandeur, quand bien même la défenderesse ne le lui aurait pas expressément demandé, de prendre son solde de vacances, soit vingt-huit jours, durant son délai de congé. Par conséquent, la défenderesse ne doit verser aucune compensation financière au demandeur pour un solde de vacances non pris.

(...)

VI.

Le demandeur expose avoir droit à des honoraires pour avoir occupé un siège au conseil d'administration de la défenderesse, considérant avoir exercé cette fonction en vertu d'un contrat de mandat. Il réclame un montant de 10 000 fr. à ce titre. La défenderesse conteste cette prétention, en relevant notamment que le demandeur n'aurait plus eu aucune activité opérationnelle depuis le 25 octobre 2006.

a) La qualification du rapport liant l'administrateur à la société est controversée. Une partie de la doctrine considère que ce rapport constitue un contrat innommé contenant des éléments du mandat, voire un véritable mandat, alors que d'autres auteurs estiment qu'il se noue entre la société et son administrateur un double rapport contractuel et de droit des sociétés (HEINZER, *Le double statut de l'administrateur-travailleur en droit privé*, in *Panorama en droit du travail*, Berne 2009, pp. 349 ss, spéc: p. 349 et les références citées). Il est en revanche incontesté que le rapport de base liant l'administrateur à sa société peut, en certaines circonstances, se doubler d'un contrat de travail (HEINZER, *op. cit.*, p. 350).

S'agissant de la rémunération de l'administrateur, le Code des obligations mentionne uniquement la possibilité de procéder à des distributions de bénéfice sous forme de tantièmes (art. 677 et 679 CO). Dans les faits, la rémunération des administrateurs peut prendre des formes et dénominations aussi variées que salaire, honoraires, bonus et tout autre avantage en espèce ou en nature (Bonard, *Le statut de l'administrateur-travailleur au regard des assurances sociales*, in *Panorama en droit du travail*, Berne 2009, pp. 725 ss, spéc. p. 728 et les références citées). L'on ne peut ainsi pas déduire de la conclusion d'un contrat d'administrateur un droit de celui-ci à une rémunération en espèces; encore faut-il qu'elle ait été prévue par les parties.

b) Le demandeur a occupé deux postes d'administrateur distincts. Dès l'année 2000 et jusqu'au 14 mars 2007, il a été successivement membre du conseil d'administration, administrateur délégué, président et administrateur délégué d'E. N. SA et enfin président de son conseil d'administration. La cour de céans ignore tout des conditions financières de cette occupation, notamment s'agissant de sa dernière tâche de président du conseil d'administration.

Par ailleurs, le demandeur a été administrateur de la défenderesse, dès le 31 octobre 2006, date de son inscription au Registre du commerce, jus-

qu'au 14 mars 2007, date de sa radiation. Par courriel du 8 octobre 2006, adressé à X. et Y., le demandeur a requis d'être informé des modalités relatives à son activité de membre du conseil d'administration de la défenderesse, en particulier concernant sa rémunération. Selon un procès-verbal de discussion, qui lui a été adressé le jour suivant, ses honoraires devaient être fixés lors de l'assemblée générale devant se tenir au mois de mars ou avril 2007. Le principe du dédommagement du demandeur pour son activité au conseil d'administration de la défenderesse est ainsi établi.

En revanche, le fait que la rémunération devait être fixée lors de l'assemblée générale des mois de mars ou avril 2007 ne semble pas avoir obtenu l'accord du demandeur. En effet, il n'a pas signé le procès-verbal susmentionné et a réinterpellé X. s'agissant des modalités et des conditions de sa rémunération pour son activité d'administrateur, notamment par courrier du 21 novembre 2006, mais sans succès.

Une réunion a finalement eu lieu le 23 janvier 2007 à l'issue de laquelle les représentants de la société E. Holding SA ont tenu une assemblée extraordinaire; décision a alors été prise de résilier avec effet immédiat le contrat d'administrateur du demandeur. Cette résiliation a été portée au Registre du commerce le 14 mars 2007.

Au vu de ce qui vient d'être exposé, la Cour civile ne dispose d'aucun élément chiffré permettant de fixer les honoraires dus au demandeur. Le montant touché pour son activité au conseil d'administration d'E. N. SA n'est en particulier pas établi. Faute d'éléments d'appréciation, les prétentions du demandeur sur ce point doivent être rejetées.

(...)

Jugement communiqué par M.-A. Borel, premier greffier adjoint auprès du Tribunal cantonal du canton de Vaud.

Tribunal cantonal du canton de Vaud, Chambre des recours, Arrêt du 14 novembre 2011 (Admission du recours interjeté contre le jugement rendu le 25 novembre 2010 par le Tribunal de prud'hommes de l'arrondissement de Lausanne)

L'art. 341 al. 1 CO comprend le cas du travailleur qui, se trouvant dans une situation de dépendance aiguë, par exemple, de peur de perdre son emploi, consent à une réduction de ses prétentions. Il n'introduit pas un simple délai de réflexion; il s'applique pendant toute la durée du contrat et encore pendant un mois au-delà. Si les remises de dettes et renonciations unilatérales sont privées de validité, il n'en n'est pas de même des renonciations que l'employeur obtient de son employé en contrepartie des prestations adéquates qu'il lui concède lors d'une transaction (c. 3/b/bb).

Doit-on approuver l'opinion soutenue par une partie de la doctrine selon laquelle, lorsque le travailleur a bénéficié des conseils d'un avocat

ou d'un mandataire professionnellement qualifié, il se justifie d'admettre l'existence de concessions réciproques et la validité de l'accord sans autres précisions? Il convient en tous les cas d'être prudent quand le travailleur a été assisté, comme en l'espèce, non pas d'un avocat, mais d'un mandataire professionnel, tel un secrétaire syndical (c. 3/b/bb).

Extraits des faits:

Le demandeur T., né le 20 janvier 1946, a été engagé le 4 avril 1961 par E. SA, société qui est aujourd'hui détenue par X. SA. Au mois d'octobre 2009, le salaire mensuel brut du demandeur s'élevait à 8311 fr. brut, soit 7137 fr. 35 net, treizième salaire en sus. Les rapports de travail étaient soumis à la Convention collective de travail pour l'industrie graphique (ci-après CCT). À l'automne 2009, la défenderesse a annoncé une deuxième restructuration, faisant suite à celle du 27 août 2008. Dans ce cadre, un «guichet volontaires» a été mis en place du 27 septembre au 4 octobre 2009 pour les employés. Lors d'une séance du 9 octobre 2009, la défenderesse a informé le personnel des mesures envisagées. La commission du personnel de l'entreprise et les syndicats, dont Comedia, ont été consultés sur les mesures d'accompagnement lors de cinq séances, tenues les 12, 15, 19, 22 et 26 octobre 2009. Il ressort de ces séances que Comedia a soutenu la solution d'une retraite anticipée comme alternative au licenciement collectif. La question du respect du délai de congé dans le cadre d'une préretraite n'a pas été abordée lors de ces discussions. Le 9 novembre 2009, la direction de X. SA et la commission du personnel de la défenderesse ont finalisé et signé un plan social, comportant notamment une partie intitulée «II. Licenciement» et une partie intitulée «III. Autres mesures de restructuration» comprenant la retraite anticipée. Le demandeur s'est rendu en temps utile au «guichet volontaires» et a demandé à G., responsable des ressources humaines de la défenderesse, des renseignements sur les deux variantes proposées par la partie II du plan social. Un tableau illustrant la méthode des art. 405 et 406 CCT adaptée à sa situation lui a été remis à cette occasion.

Lors d'un entretien du 10 novembre 2009, la défenderesse a informé le demandeur que son poste de travail serait supprimé dans le cadre de la restructuration. La défenderesse lui a en outre remis en mains propres, à l'issue de l'entretien, le document suivant

«Retraite anticipée

Cher Monsieur,

Nous nous référons à votre entretien de ce jour et vous confirmons ci-après les modalités de votre retraite anticipée:

1. Date de départ en retraite

Votre date de départ en retraite est fixée officiellement au 31 janvier 2011. La présente proposition vise à anticiper votre départ en retraite au 31 décembre 2009, soit 13 mois avant.

2. Rente de retraite

Afin de vous assurer la rente estimée à l'âge terme soit au 31 janvier 2011, l'entreprise versera à la FPE un capital de couverture vous octroyant une rente de CHF 3'108.– par mois (x12) (sans le versement de ce capital, la rente à l'âge terme se monterait à CHF 2'880.– par mois) et paiera au surplus des cotisations AVS calculées sur ce montant auprès de la Caisse de compensation A.

3. Complément

Prenant en considération vos loyaux services ainsi que votre ancienneté dans l'entreprise, nous avons le plaisir de vous accorder un complément de CHF 2'280.– net par mois (x12) du 1^{er} janvier 2010 au 31 janvier 2011. De plus, une allocation unique de fin d'activité de CHF 2'000.– sera versée avec votre dernier salaire au mois de décembre 2009.

4. Cotisations AVS

Tenant compte du fait que vous serez sans activité lucrative à compter du 1^{er} janvier 2010, vous avez l'obligation de vous annoncer à la caisse communale AVS de votre lieu de domicile, laquelle déterminera les conditions d'affiliation. Nous vous remettons pour information le document ci-annexé «Cotisations des personnes sans activité lucrative à l'AVS, à l'AI et aux APG». Nous vous recommandons de lire très attentivement cette brochure.

5. Assurance accidents

Il vous appartient de conclure, dès le 31 janvier 2010, une couverture contre le risque accidents auprès de votre caisse maladie privée.

6. Conditions d'octroi

Les modalités de retraite anticipée contenues dans la présente proposition ne prendront effet qu'à la condition qu'aucune modification de la capacité de travail, du taux d'activité ou du salaire n'intervienne d'ici au 31 décembre 2009. Dans le cas contraire, la présente proposition devient caduque et ne déploie aucun effet. En cas d'apports de libre passage, de transferts ou de retraits la rente de retraite est adaptée en conséquence.

7. Conditions particulières

Vos soldes d'heures supplémentaires, vacances et heures fériées devront être repris avant la fin de votre activité. (...)»

Ce courrier octroyait en outre au demandeur un délai de réflexion échéant au 25 novembre 2009, au-delà duquel la proposition serait caduque. Contacté par le demandeur, R., collaborateur de Comedia, a, par courriel du 16 novembre 2009, demandé à la défenderesse de respecter le délai de congé dans le cadre de la mise en préretraite et de refaire une lettre de résiliation pour les personnes concernées. Il a fait valoir que lorsque la mise à la retraite n'était pas demandée par le collaborateur, celle-ci devait être considérée comme un licenciement, élément qui, selon lui, allait de soi et

n'avait de ce fait pas été l'objet des négociations. Par courriel du 17 novembre 2009, la défenderesse a répondu qu'elle refusait de prendre en compte le délai de congé. Dans des courriels des 17 et 18 novembre 2009, les parties ont maintenu leurs positions, la défenderesse précisant que le demandeur était libre de refuser sa mise en retraite anticipée et que dans ce cas, il serait licencié et recevrait le salaire afférent à son délai de congé, ainsi que les indemnités convenues ressortant du plan social. Le 19 novembre 2009, le demandeur a signé la proposition du 10 novembre 2009 susmentionnée. Il a allégué dans sa demande que R. le lui aurait conseillé, lui indiquant que cette signature ne pourrait juridiquement être considérée comme une acceptation des conditions imposées. Le demandeur a été mis en retraite anticipée avec effet au 31 décembre 2009, conformément à l'accord susmentionné. Le témoin L., président de la caisse de pension de la défenderesse a indiqué que l'employeur avait versé un montant de 52 344 fr. au titre de capital de couverture pour que le demandeur touche, dès le 1^{er} janvier 2010, une rente LPP équivalant à celle qu'il aurait reçue dès l'âge de soixante-cinq ans. Depuis le 1^{er} janvier 2010, le demandeur perçoit mensuellement un pont AVS de 2280 fr. et une rente LPP de 3108 fr., soit, au total, 5388 fr.

R., agissant pour le demandeur, a ouvert action le 15 juin 2010 devant le Tribunal de prud'hommes de l'arrondissement de Lausanne en concluant au paiement, par la défenderesse, de la somme de 11 908 fr. 50, subsidiairement de la somme de 15 539 fr. 40, à titre d'indemnité pour licenciement abusif. Par jugement du 25 novembre 2010, le Tribunal de prud'hommes de l'arrondissement de Lausanne a rejeté les conclusions du demandeur. En droit, les premiers juges ont retenu que la réelle et commune intention de parties avait été de mettre fin aux rapports de travail. Ils ont considéré que le demandeur n'avait pas établi en quoi cet accord aurait été déséquilibré et que l'art. 219 CCT n'était pas applicable. T. a recouru contre ce jugement en concluant au paiement par la défenderesse de la somme de 11 908 fr. 50 net à titre de différence, pendant les cinq mois restant de son délai de congé, entre ce qu'il a touché à titre de retraite et le salaire auquel il aurait eu droit.

Extraits des considérants:

3.

Le recourant soutient ne pas avoir signé la convention de «pré-retraite» en connaissance de cause, faute d'avoir été informé sur ses droits réels dans le cadre du règlement de la caisse de pensions de l'intimée, que sa mise en retraite anticipée doit être considérée comme un congé-modification entraînant l'application d'un délai de congé de six mois au lieu d'un.

a) Avec les premiers juges, il y a lieu d'admettre la volonté réelle et commune des parties de mettre fin aux rapports de travail avec effet au

31 décembre 2009 par la signature par le recourant, le 19 novembre 2009, de la proposition de l'intimée du 10 novembre 2009. En effet, la situation liée à la restructuration de l'entreprise a été exposée aux employés. Le recourant, qui s'est renseigné sur les perspectives financières d'une préretraite, a été informé des diverses possibilités offertes par le plan social, puis, après le 10 novembre 2009, sur le fait que son acceptation de l'entrée en préretraite au 1^{er} janvier 2010 signifiait la renonciation au délai de congé. Enfin, le recourant a été mis au bénéfice d'un délai de réflexion et a signé la proposition litigieuse sans émettre de réserve.

b/aa) Selon l'art. 219 ch. 1 let. d CCT, le délai de résiliation réciproque après la vingtième année d'engagement et dès l'âge de soixante ans révolus est de six mois. Ce délai ne peut être modifié par convention individuelle.

En cas de licenciement résultant de problèmes économiques et structurels, l'art. 405 ch. 1 CCT prévoit une prolongation de quatre mois du délai ordinaire de congé lorsque le travailleur a entre trente et une et quarante années de service et si, à l'échéance du délai ordinaire, il est menacé de chômage.

bb) Aux termes de l'art. 341 al. 1 CO (Code des obligations du 30 mars 1911; RS 220), 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.

Cette règle comprend le cas du travailleur qui, se trouvant dans une situation de dépendance aiguë, ainsi, par exemple, de peur de perdre son emploi consent à une réduction de ses prétentions. L'art. 341 al. 1 CO n'introduit pas un simple délai de réflexion; il s'applique pendant toute la durée du contrat et encore pendant un mois au-delà. Si les remises de dettes et renonciations unilatérales sont privées de validité, il n'en n'est pas de même des renonciations que l'employeur obtient de son employé en contrepartie des prestations adéquates qu'il lui concède lors d'une transaction (TF 4A_71/2010 du 28 juin 2010 c. 4.5 et références).

L'art. 341 al. 1 CO n'interdit pas aux parties de rompre en tout temps le contrat de travail d'un commun accord, à la condition cependant qu'elles ne cherchent pas ainsi à détourner une disposition impérative de la loi, ou relativement impérative comme l'art. 336c CO, ayant trait à la protection contre les congés donnés en temps inopportun. L'accord litigieux doit être interprété restrictivement et ne peut constituer un contrat de résiliation conventionnelle que dans des circonstances exceptionnelles, notamment lorsque la volonté des intéressés de se départir du contrat est établie sans équivoque (TF 4A_431/2008 du 12 janvier 2009 c. 4.3.1.1 et références; SJ 1999 I 277 c. 2c et références).

Ainsi l'art. 336c CO ne s'applique pas lorsque les parties mettent fin au contrat de manière concordante, pour autant qu'il s'agisse nettement d'un cas de transaction, comportant des concessions réciproques (TF 4A_474/2008 du 13 février 2009 c. 3.1 in fine; ATF 118 II 58 c. 2b; ATF

110 II 168 c. 3b, résumé in JT 1985 I 28). En revanche, lorsque l'employeur résilie unilatéralement le contrat et que les parties passent simultanément ou postérieurement un accord régissant uniquement les modalités de la fin de celui-ci, l'art. 336c CO reste applicable. L'acceptation de la résiliation par l'employé ne suffit pas à elle seule pour déduire l'existence d'une résiliation conventionnelle et par la même sa volonté implicite de renoncer à la protection accordée par l'art. 336c CO (TF 4C.37/2005 du 17 juin 2005 c. 2.2; TF 4C.27/2002 du 19 avril 2002 c. 2, in SJ 2003 I 220).

La quittance pour solde de tout compte contrevient à l'art. 341 al. 1 CO lorsqu'elle contient une renonciation unilatérale du travailleur à une créance couverte par cette disposition. Elle est alors dépourvue de tout effet juridique (ATF 112 II 51). En revanche, la transaction consistant en un arrangement par lequel les parties s'accordent mutuellement des concessions réciproques présentant un certain équilibre est licite (ATF 118 II 58; ATF 110 II 168 précité c. 3b; ATF 106 II 222, JT 1981 I 151; WYLER, *Droit du travail*, 2^{ème} éd., 2008, p. 457).

Selon une partie de la doctrine, si le travailleur a bénéficié des conseils d'un avocat ou d'un mandataire professionnellement qualifié, il se justifie d'admettre l'existence de concessions réciproques et la validité de l'accord sans autres précisions (WYLER, op. cit., p. 457; CARRUZO, *Le contrat individuel de travail*, 2009, n. 1 ad art. 341 CO, p. 610, note infra-paginale n° 9). D'autres auteurs sont moins affirmatifs et considèrent que le caractère inopportun de la transaction ne devrait pas être revu «en règle générale» (STAEHELIN, *Zürcher Kommentar*, 1996, n. 13 ad art. 341 CO, p. A 793). Il conviendra dès lors d'être prudent avant d'admettre l'absence de concessions réciproques, lorsque le travailleur a été assisté, comme en l'espèce, d'un mandataire professionnel tel un secrétaire syndical.

cc) En l'espèce, l'art. 219 CCT prohibe la modification des délais de résiliation par la voie d'accord individuel. Il y a lieu de considérer qu'il s'agit là d'une disposition impérative de la convention au sens de l'art. 341 al. 1 CO.

Le plan social du 9 novembre 2009 est muet sur la question du respect des délais de l'art. 219 CCT en cas de retraite anticipée prise par accord mutuel. En outre, en se référant à l'art. 405 CCT, qui prévoit une prolongation du délai de congé en cas de mesure de restructuration, il reconnaît implicitement l'application du délai de base de l'art. 219 CCT. On ne saurait dès lors déduire de ce plan social un accord collectif dérogeant à cette disposition.

Quant à la convention des 10 et 19 novembre 2009, il s'agit d'un accord individuel qui tombe en principe sous le coup de la prohibition des art. 219 CCT et 341 al. 1 CO. Il convient dès lors d'examiner si les conditions posées par la jurisprudence susmentionnée à la validité d'une telle renonciation sont réalisées.

dd) Le recourant fait valoir qu'il n'a pas été informé qu'en cas de choix du plan social, il aurait pu ne pas péjorer le montant de sa rente LPP en versant la somme de 19 000 francs. Il ne résulte pas des témoignages B., G. et L. que cette information lui aurait été donnée. Au contraire, il lui a été indiqué qu'en cas de licenciement, son affiliation à la caisse de pensions aurait pris fin quatre mois avant l'âge de la retraite, ce qui lui aurait fait bénéficier d'une rente après retraite inférieure à celle qu'il aurait touché s'il avait travaillé jusqu'à soixante-cinq ans.

Il n'est pas contesté que la solution du licenciement selon le plan social aurait permis au recourant de toucher le montant de 119 456 fr. compte tenu du capital de 19 457 fr. qu'il aurait dû verser à la caisse de pensions (cf. c. 2d). Selon l'intimée la solution de la préretraite laisserait apparaître un montant final de 130 126 francs en faveur du recourant (ibidem). En réalité, celui-ci n'a touché que 70 044 fr. de rentes, 2000 fr. de prime d'ancienneté, montant auquel on peut ajouter la prise en charge de la part AVS d'employé qui aurait normalement incombé au recourant, par 5738 fr., soit un total de 77 782 francs. En revanche, on ne saurait tenir compte du capital de couverture LPP financé par l'intimée, par 52 344 fr., dès lors que, pour le recourant, ce montant a servi à augmenter sa rente LPP et est donc compris dans le montant de 70 044 francs. Il résulte de ces éléments que la solution de la préretraite était financièrement nettement défavorable pour le recourant.

Du côté de l'intimée, la solution du plan social lui aurait coûté les salaires, par 82 017 fr. net, l'indemnité par 57 096 fr. net, soit un montant total de 139 113 fr., montant auquel il convient d'ajouter la part patronale aux charges sociales, y compris la LPP. Le coût total de cette solution aurait donc avoisiné les 160 000 francs. La solution de la préretraite lui a coûté le pont AVS, par 29 640 fr, la prime d'ancienneté de 2000 fr., le capital de couverture LPP de 52 344 fr., ainsi que les cotisations AVS, par 5674 fr., soit un coût total de 87 702 fr., nettement inférieur à celui du plan social.

Par le choix de la solution de la préretraite, le recourant était libéré de toute obligation contractuelle depuis le 1^{er} janvier 2010 et pouvait, cas échéant, compléter ses revenus en travaillant auprès d'un autre employeur jusqu'à l'âge de sa retraite au 31 janvier 2011, alors qu'il ne pouvait le faire que dès le 1^{er} octobre 2010 en cas de licenciement selon le plan social. Il n'est cependant pas établi que le recourant ait jamais eu l'intention de travailler dans cette brève période et il apparaît qu'il n'aurait pas été en mesure de trouver un emploi, vu son âge. On ne saurait donc voir dans cet élément une véritable concession en faveur du recourant.

En définitive, bien qu'il faille apprécier l'accord litigieux avec une certaine retenue, compte tenu du fait que le recourant était assisté d'un secrétaire syndical, il y a lieu de considérer que cet accord était clairement au bénéfice de l'intimée et ne contenait pas des concessions réciproques suffisantes au sens de la jurisprudence relative à l'art. 341 al. 1 CO. Cela est

d'autant moins le cas que l'intimée n'a pas donné toutes les informations permettant au recourant de se déterminer en connaissance de cause.

ee) L'intimée fait valoir en vain que le recourant n'a pas conclu à l'annulation de l'accord litigieux. En effet, une renonciation qui contrevient à l'art. 341 al. 1 CO est absolument nulle, de sorte que le travailleur pourra faire valoir ses prétentions nonobstant la renonciation (WYLER, op. cit., p. 253; CARRUZZO, op. cit., n. 1 ad art. 341 CO, p. 609).

4.

Le recourant a bénéficié d'un mois de délai de congé en 2009. Conformément à l'art. 219 ch. 1 let. d CCT, il a encore droit à cinq mois supplémentaires et peut ainsi prétendre à la différence entre le salaire net, soit mensuellement 7137 fr. plus 594 fr. 75 (7137: 12) de prorata du treizième salaire, qu'il aurait touché durant cette période et les montants qu'il a reçus durant celle-ci dans le cadre de sa retraite anticipée, soit mensuellement 5388 fr. (2280 fr. + 3108 fr.). Le montant dû par l'intimée s'élève en conséquence à 11 718 fr. 75 ($[7731 \text{ fr.} \times 5] - [5388 \text{ fr.} \times 5]$). Il n'y a pas lieu d'allouer d'intérêt moratoire, le recourant ne l'ayant pas requis (art. 3 CPC-VD).

Le recours doit être admis dans cette mesure.

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 23 novembre 2011 (Rejet de l'appel interjeté contre le jugement rendu le 14 mars 2011 par le Tribunal de prud'hommes de l'arrondissement de Lausanne)

Art. 337 CO. Les mauvaises prestations de travail ne constituent pas un juste motif de résiliation immédiate du contrat de travail. Font exception la mauvaise exécution et l'insuffisance d'un travail qui résultent d'un manquement grave et délibéré après avertissement (c. 2.1).

Art. 324a CO. La force probante d'un certificat médical n'est pas absolue. Il appartient cependant à l'employeur d'apporter les éléments de preuve permettant de mettre en doute sa véracité. L'employeur peut ainsi exiger du travailleur qu'il se présente à la consultation d'un second médecin dont les coordonnées lui sont précisées, aux frais de l'employeur. Il faut toutefois que l'employeur éprouve un doute sérieux sur l'incapacité, qui peut résulter du contenu contradictoire des certificats produits, de l'effet rétroactif important de l'un d'entre eux ou de ce que l'auteur du certificat est connu pour sa complaisance (c. 2.2.1).

Art. 337d CO. Lorsque l'employeur a des doutes au sujet de la capacité de travail de son employé, il doit l'inviter à reprendre son travail ou à produire un certificat médical, ou encore à justifier son absence,

avant de considérer qu'il y a abandon d'emploi. Corollairement, il doit inviter le travailleur à reprendre son travail avant de le licencier avec effet immédiat. Pour qu'il y ait abandon d'emploi, il faut qu'il apparaisse clairement que la décision du travailleur est définitive. Si l'employeur peut raisonnablement avoir des doutes au sujet de cette intention définitive ou de la capacité de travail, il doit préalablement adresser au travailleur une mise en demeure de reprendre le travail ou de justifier son absence (c. 3.1).

L'imputation prévue à l'art. 337c al. 2 CO est une expression du principe général selon lequel celui qui subit un dommage doit faire tout ce que l'on peut raisonnablement exiger de lui pour le réduire. Pour déterminer si le travailleur a renoncé intentionnellement à un revenu, il faut tenir compte des circonstances du cas. La charge de la preuve appartient en principe à l'employeur, étant précisé que le travailleur doit aussi, en vertu du principe de la bonne foi, collaborer à l'établissement des faits (c. 4).

Extraits des faits:

Par contrat de travail du 16 juin 2008, la défenderesse E. SA a engagé le demandeur T. en qualité de technicien-responsable de son service après-vente, pour un salaire mensuel brut, payable douze fois l'an, au terme de la période d'essai, d'un montant de 5500 fr. Conclu pour une durée indéterminée, le contrat incluait la clause de résiliation suivante: «Il [le contrat] peut être résilié par chacune des parties pour la fin d'un mois moyennant un délai de 1 mois durant la première année de service et de 2 mois dès la deuxième année. La résiliation doit être communiquée par lettre recommandée ou remise en mains propres. Chaque partie peut résilier conditionnellement le contrat, en respectant le délai et le terme de congé. Dans ce cas, la partie qui résilie communique à l'autre les changements contractuels souhaités, en même temps que la résiliation. La résiliation avec effet immédiat pour justes motifs est réservée.» Il contenait aussi l'obligation pour le travailleur de produire un certificat médical en cas d'incapacité de travail, dès le deuxième jour d'absence, et ne faisait mention d'aucune assurance perte de gain pour maladie, le travailleur n'étant indemnisé de ce chef que selon les modalités prévues par les art. 324 et ss CO.

Le demandeur a commencé à travailler effectivement pour la défenderesse le 1^{er} juillet 2008. Le 31 mai 2010, la défenderesse lui a fait parvenir, par voie recommandée, la lettre suivante: «(...) Faisant suite à nos différents entretiens, force est de constater une baisse significative du chiffre d'affaire [...] de votre service. Il apparaît en effet que vous ne répondez plus aux exigences définies dans le cahier des charges de votre contrat de travail et au poste de responsable SAV. A souligner également la disparition d'un portable après la réparation, alors qu'il était placé sous votre responsabilité. Pour ces motifs, je résilie votre contrat de travail pour le

31 juillet 2010, sous réserve d'une modification du contrat, selon offre ci-jointe, que vous êtes libre d'accepter ou de refuser. En cas d'acceptation de l'offre ci-jointe, vous travaillerez aux mêmes conditions qu'aujourd'hui jusqu'au 31 juillet 2010. Dès le 1^{er} août, les nouvelles conditions entreront en vigueur. Si vous n'acceptez pas l'offre ci-jointe, la résiliation deviendra définitive pour le 31 juillet 2010. Afin de pouvoir assurer la bonne marche de l'entreprise, je vous impartis un délai au 7 juin 2010 pour me remettre le document ci-joint dûment signé. A défaut, je considérerai que cette offre est refusée et la résiliation sera définitive, pour l'échéance du 31 juillet 2010. (...)». Etais joint à cette lettre un congé-modification (Avenant N° 1), prévoyant que, dès le 1^{er} août 2010, le taux d'occupation du demandeur serait de 60%, son salaire mensuel brut, versé douze fois l'an, s'élèverait à 3000 fr. et son droit aux vacances se limiterait à 12 jours de congé par année de service, le contrat pouvant être résilié par chacune des parties, pour la fin d'un mois, moyennant un délai d'un mois. Les autres clauses du contrat de travail restaient inchangées. Le demandeur a refusé l'offre de congé-modification adressée par la défenderesse.

Le 2 juin 2010, il s'est rendu, comme à l'accoutumée, en début de matinée, sur son lieu de travail. A midi, se sentant souffrant, il a avisé la secrétaire de la défenderesse, M., qu'il repartait pour se rendre chez son médecin. Le 4 juin 2010, M. a pris contact avec le demandeur téléphoniquement pour savoir quand il reprendrait son travail. Celui-ci lui a répondu qu'il serait indisponible pendant un mois. Par lettre recommandée du 7 juin 2010, la défenderesse a informé le demandeur qu'elle considérait qu'il avait abandonné son poste et que, s'il lui adressait un arrêt de travail, il devrait se soumettre à un examen médical auprès du médecin qu'elle lui désignerait. Elle ajoutait lui verser son salaire jusqu'au 2 juin 2010, sous déduction d'un montant de 25% en raison de son abandon d'emploi, et se réserver le droit de lui réclamer réparation de tout dommage supplémentaire, dans le cas où elle serait obligée de réorganiser son activité dans l'urgence. Le 8 juin 2010, la défenderesse a reçu, sous pli simple, un certificat médical du docteur X., établi le 4 juin 2010, attestant que le demandeur était en arrêt de travail pour la période du 2 juin 2010 jusqu'au 4 juillet 2010. Par courrier recommandé du 11 juin 2010, la défenderesse a contesté ce certificat et enjoint au demandeur de se soumettre à un examen médical auprès du docteur Y.. Par lettre recommandée adressée à la défenderesse le 16 juin 2010, le demandeur a contesté avoir abandonné son poste de travail, et, par courrier recommandé du 1^{er} juillet 2010, l'a priée de lui verser son salaire du mois de juin 2010. Le 5 juillet 2010, le demandeur s'est rendu à nouveau à son travail. Constatant que les cylindres des serrures des portes de l'entreprise avaient été changés, il a signé une décharge à la secrétaire et lui a remis les clés de l'entreprise, reçues lors de son engagement. La secrétaire a téléphoné à l'administrateur de la défenderesse, T., pour lui annoncer la présence du demandeur. T. a répondu qu'il ne tenait pas à rencontrer le demandeur et qu'il le licenciait avec effet immédiat, précisant

qu'un courrier lui serait ultérieurement communiqué à ce propos. Le demandeur a quitté les lieux puis a offert ses services à la défenderesse, par courrier recommandé du même jour. La défenderesse n'a pas répondu à ce courrier

Le 15 octobre 2010, le demandeur a ouvert action devant le Tribunal de prud'hommes de l'arrondissement de Lausanne et conclu à ce que la défenderesse soit condamnée à lui payer divers montants. La défenderesse a conclu au rejet de la demande et formé une action reconventionnelle. Par jugement du 14 mars 2011, le Tribunal de prud'hommes de l'arrondissement de Lausanne a admis partiellement la demande déposée par T., dit que E. SA est la débitrice de T. et lui doit immédiat paiement de la somme brute de 21 241 fr. 30, sous déduction des charges sociales légales et conventionnelles, et de la somme de 5500 fr., valeur nette, ce avec intérêt. Le 24 octobre 2011, E. SA a fait appel de ce jugement.

Extraits des considérants:

2.

L'appelante se plaint de l'appréciation des preuves et de l'établissement des faits sur deux points.

2.1 Elle conteste que l'intimé ait été un bon employé et qu'il ait pu fournir de bonnes prestations.

En l'espèce, il importe peu de savoir si l'intimé était un bon employé ou non. En effet, les mauvaises prestations de travail ne constituent pas un juste motif de résiliation immédiate du contrat de travail (ATF 127 III 351; 97 II 142). Font exception la mauvaise exécution et l'insuffisance d'un travail qui résultent d'un manquement grave et délibéré après avertissement (TF 4A_570/2009 du 7 mai 2010 c. 6.1; 4C.403/2004 du 1^{er} février 2005 c. 2.1). Or, en l'espèce, l'appelante n'a jamais invoqué la mauvaise prestation de travail de son employé pour justifier son licenciement immédiat. Elle n'a pas non plus allégué, ni démontré avoir averti son employé en raison de manquements dans son travail.

Par ailleurs, les éventuelles mauvaises prestations de l'intimé, invoquées par l'appelante dans ses écritures, ne sont pas suffisamment graves et répétées au point de pouvoir constituer une faute pouvant donner lieu à une réduction ou une suppression de l'indemnité au sens de l'art. 337c al. 3 CO.

2.2 L'appelante conteste l'appréciation selon laquelle le certificat attestant de l'incapacité de travail de l'intimé ne pourrait être un certificat de complaisance.

2.2.1 Selon l'art. 324a al. 1 CO, si le travailleur est empêché de travailler sans faute de sa part pour des causes inhérentes à sa personne, l'employeur lui verse le salaire pour un temps limité.

Le fardeau de la preuve de la faute incombe à l'employeur qui entend se libérer de l'obligation de payer le salaire. En revanche, il appartient au

travailleur de prouver son empêchement de travailler. Un certificat médical ne constitue pas un moyen de preuve absolu. Cependant, sa mise en doute par l'employeur suppose des raisons sérieuses et fondées, car un certificat médical établi conformément aux règles élémentaires emporte la présomption de son exactitude. Certaines circonstances particulières peuvent être prises en compte pour infirmer une attestation médicale, telles que le comportement du salarié et les circonstances à la suite desquelles l'incapacité de travail a été alléguée (TF 4C.346/2004 du 15 février 2005 c. 4.1 et 4.2; CARUZZO, *Le contrat individuel de travail*, Zurich/Genève/Bâle 2009, n. 6 ad art. 324a CO, p. 201; ATF du 12 décembre 1995, JAR 1997 p. 132). Si la force probante d'un certificat n'est ainsi pas absolue, il appartient à l'employeur d'apporter les éléments de preuve permettant de mettre en doute la véracité d'un certificat médical. Il n'est pas nécessaire que le certificat décrive l'atteinte à la santé, question qui est en principe couverte par le secret médical (ATF du 12 décembre 1995, JAR 1997 p. 132; WYLER, *Droit du travail*, 2^e éd., Berne 2008, p. 225). Lorsque l'employeur éprouve un doute sérieux quant à la réalité de l'incapacité alléguée, il peut exiger du travailleur qu'il se présente à la consultation du médecin dont les coordonnées lui sont précisées aux frais de l'employeur. Si le travailleur refuse ou ne donne pas suite, l'employeur est en droit de déduire que l'empêchement de travailler n'est pas établi. Le recours à un deuxième médecin ne doit toutefois pas revêtir un caractère chicanier. Il faut que l'employeur éprouve un doute sérieux sur l'incapacité, qui peut résulter du contenu contradictoire des certificats produits, de l'effet rétroactif important de l'un d'entre eux ou de ce que l'auteur du certificat est connu pour sa complaisance (CARUZZO, *op. cit.*, n. 6 ad art. 324a CO, p. 201).

2.2.2 L'intimé a produit un certificat médical daté du 4 juin 2010. Auparavant, il avait déjà été en incapacité de travail et avait d'ailleurs produit un certificat médical rendu par le même médecin en janvier 2010 en raison d'une incapacité à 100% du 11 au 17 janvier 2010. L'employeur n'a jamais mis en doute cette incapacité. En revanche, il a contesté la véracité du dernier certificat, avant même d'en être en possession et d'en connaître le contenu. Le certificat contesté mentionne pourtant expressément un état dépressif, lequel peut tout à fait expliquer la durée de l'arrêt de travail prescrit. Par ailleurs, aucun élément du dossier ne permet de mettre en doute ce diagnostic. Au contraire, plusieurs témoins parlent de fatigue, de baisse de moral et de perte de motivation chez l'intéressé. Ainsi, sa mère a mentionné l'état de fatigue de son fils et le fait que son employeur lui en demandait toujours plus. En outre, il ressort du dossier que l'intimé a été sous traitement médicamenteux durant la période considérée. En effet, son médecin lui a prescrit du «Zolpidem Tartrate 10 mg» (Stilnox) et du «Seroprex 20 mg», à savoir des produits servant à traiter notamment les troubles du sommeil et les épisodes dépressifs majeurs. Enfin, selon le témoignage de la mère de l'intimé, le médecin traitant de ce dernier fait partie du

conseil des médecins et n'est pas connu pour faire des certificats de complaisance.

Au regard de l'ensemble de ces éléments, on doit admettre qu'il ne s'agissait pas d'un certificat médical de complaisance et que l'employeur n'avait pas de raisons sérieuses pour en contester la véracité. Certes, l'employé a produit ce document peu après avoir reçu le congé-modification. Un tel comportement ne permet pas toutefois de douter sérieusement du diagnostic posé; au contraire, savoir que l'on va perdre son travail est susceptible d'avoir des répercussions sur la santé.

Enfin, le seul fait que l'intimé n'ait pas répondu à l'injonction très générale de son employeur de se soumettre à un examen médical auprès d'un médecin choisi par l'appelante est insuffisant pour infirmer l'appréciation précitée et convaincre de la complaisance du certificat remis, ce d'autant plus que l'employeur n'avait aucun motif sérieux de douter de la véracité du document qui lui avait été rapidement remis par l'intimé. Le grief est donc rejeté.

3.

Invoquant une violation des art. 337c et 324a CO, l'appelante soutient que le licenciement avec effet immédiat était justifié et conteste l'octroi de toute indemnité à l'intimé. En bref, elle relève que l'incapacité de travail est apparue deux jours après l'annonce orale du congé-modification et reproche à son employé de ne pas s'être soumis à un examen de contrôle, alors que sa «maladie» était chronologiquement liée à l'annonce de son congé-modification.

3.1 La résiliation immédiate pour justes motifs doit être admise de manière restrictive. D'après la jurisprudence, les faits invoqués à l'appui d'un renvoi immédiat doivent avoir entraîné la perte du rapport de confiance qui constitue le fondement du contrat de travail. Seul un manquement particulièrement grave du travailleur justifie son licenciement immédiat; si le manquement est moins grave, il ne peut entraîner une résiliation immédiate que s'il a été répété malgré un avertissement. Par manquement du travailleur, on entend en règle générale la violation d'une obligation découlant du contrat de travail, mais d'autres incidents peuvent aussi justifier une résiliation immédiate (ATF 130 III 28 c. 4.1 et les arrêts cités).

Le fait que le travailleur soit empêché sans sa faute de travailler ne constitue jamais un juste motif de licenciement. Ainsi, l'incapacité durable non fautive de travailler ne permet pas d'invoquer l'art. 337 CO (cf. TF 4C.321/2005 du 27 février 2006 c. 4.2).

La présomption que le travailleur a présenté un faux certificat médical ne constitue pas un juste motif de résiliation. Lorsque l'employeur a des doutes au sujet de la capacité de travail de son employé, il doit l'inviter à reprendre son travail ou à produire un certificat médical, ou encore à justifier son absence, avant de considérer qu'il y a abandon d'emploi (cf. TF 4C.339/2006 du 21 décembre 2006 c. 2.1). Corollairement, il doit inviter le

travailleur à reprendre son travail avant de le licencier avec effet immédiat. (WYLER, op. cit., p. 500).

L'absence injustifiée d'un travailleur peut, selon les circonstances, constituer un juste motif de résiliation par l'employeur; elle peut également tomber sous le coup de l'art. 337d al. 1 CO. Au sens de cet article, il y a abandon d'emploi lorsque le travailleur quitte son poste abruptement, sans justes motifs, ce qui présuppose un refus conscient, intentionnel et définitif de poursuivre l'exécution du travail confié. Pour qu'il y ait abandon d'emploi, il faut qu'il apparaisse clairement que la décision du travailleur est définitive. Si l'employeur peut raisonnablement avoir des doutes au sujet, de cette intention définitive ou de la capacité de travail, il doit préalablement adresser au travailleur une mise en demeure de reprendre le travail ou de justifier son absence (WYLER, op. cit., p. 499).

3.2 Même si l'appelante invoque une violation du droit, l'essentiel de son argumentation revient en réalité à contester les faits, dès lors qu'elle consiste à affirmer que l'intimé n'était pas malade et qu'il a produit un certificat médical de complaisance. Or, ces griefs ont déjà été examinés et rejetés ci-dessus (cf. supra c. 2), de sorte qu'il n'y pas lieu d'y revenir.

Par courrier du 7 juin 2010, l'appelante a indiqué à l'intimé qu'elle considérait qu'il avait abandonné son poste et que, dans le cas où un certificat médical serait délivré, qu'il devrait se soumettre à un examen médical par un médecin qu'elle aurait choisi. Or, conformément à la jurisprudence précitée, l'appelante devait, avant de résilier le contrat, mettre en demeure l'employé de reprendre le travail ou de présenter un certificat médical. Elle n'a toutefois rien fait de tel. Au contraire, elle a immédiatement mis en doute la véracité d'un certificat médical qu'elle n'avait d'ailleurs pas encore reçu et considéré que l'intimé devait de toute manière se soumettre à un contrôle chez un médecin. Une fois le document reçu, elle l'a contesté, par courrier du 11 juin 2010, et a enjoint à l'intimé de se soumettre à un examen médical auprès d'un médecin qu'elle avait choisi. Or, aucun élément ne lui permettait de pouvoir douter sérieusement de la maladie de l'intimé (cf. supra c. 2). Enfin, l'appelante ne lui a pas non plus demandé de reprendre le travail et, lorsque l'intimé s'est présenté pour reprendre son poste, le 5 juillet 2010, elle lui a signifié son licenciement avec effet immédiat. Enfin, un congé ordinaire avait déjà été adressé à l'employé en date du 31 mai 2010, étant relevé que lorsqu'un congé ordinaire a déjà été signifié, on doit se montrer encore plus réservé quant à l'admission de justes motifs fondant un congé avec effet immédiat donné ultérieurement.

Sur le vu de ce qui précède, on doit admettre que la résiliation était injustifiée au sens de l'art. 337c CO. Par ailleurs, au regard du contenu du certificat médical produit, l'intimé se trouvait bel et bien en incapacité de travail non fautive au sens de l'art. 324a CO du 2 juin au 4 juillet 2010.

4.

Invoquant une violation de l'art. 337c al. 2 CO, l'appelante conteste le montant alloué à l'intimé à titre de salaire pour les mois de juillet à sep-

tembre 2010. Elle soutient que l'employé a renoncé à des indemnités de chômage jusqu'au printemps 2011, ce qui signifie qu'il avait soit recouvré une activité professionnelle, soit renoncé à travailler malgré une pleine capacité de travail.

4.1 L'art. 337c CO prévoit qu'en cas de licenciement immédiat injustifié, 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 ou à la cessation du contrat conclu pour une durée déterminée (al. 1). On impute sur ce montant ce que le travailleur a épargné par suite de la cessation du contrat de travail ainsi que le revenu qu'il a tiré d'un autre travail ou le revenu auquel il a intentionnellement renoncé (al. 2).

L'imputation prévue à l'art. 337c al. 2 CO est une expression du principe général selon lequel celui qui subit un dommage doit faire tout ce que l'on peut raisonnablement exiger de lui pour le réduire. Pour déterminer si le travailleur a renoncé intentionnellement à un revenu, il faut tenir compte des circonstances du cas (FRITZ, Les nouvelles dispositions sur le congé dans le droit du contrat de travail, Zurich 1988, art. 337c CO n° 2). La charge de la preuve appartient en principe à l'employeur, étant précisé que le travailleur doit aussi, en vertu du principe de la bonne foi, collaborer à l'établissement des faits (cf. ADRIAN STAEHELIN, Commentaire zurichois, art. 337c CO n° 25).

A juste titre, l'appelante ne conteste pas l'application de l'art. 336c al. 2 et 3 CO, ni les calculs effectués par le Tribunal d'arrondissement et selon lesquels le délai de congé a été prolongé jusqu'au 30 septembre 2010. Le contrat de travail liant les parties a donc pris fin à cette dernière date.

En l'espèce, il ne ressort pas du dossier que l'intimé se serait vu offrir un emploi, ni qu'il aurait refusé un travail dès le 5 juillet 2010, soit dès la fin de sa maladie, et jusqu'à la fin du mois de septembre 2010. Au contraire, il résulte du témoignage de son ami P. qu'il n'aurait pu reprendre d'activité professionnelle en raison de documents manquants. De même, sa mère a déclaré, lors de son audition, que son fils n'avait pas retrouvé d'emploi, qu'il n'avait plus de «papiers» pour travailler, ni de salaire et que c'était elle qui subvenait à ses besoins. Par ailleurs, selon les faits retenus par les premiers juges et qui ne sont pas contestés, l'appelante n'a remis à l'intimé, qu'à l'audience de jugement du 26 janvier 2010, un certificat de travail ainsi que la feuille d'attestation des fins de rapports de travail à l'intention de la caisse de chômage.

Au regard de ces éléments, on ne saurait reprocher à l'intimé d'avoir intentionnellement renoncé à un revenu. Le fait que le travailleur se soit éventuellement inscrit tardivement au chômage n'est pas de nature à infirmer cette appréciation. Au demeurant, l'inscription tardive au chômage s'explique par la production tardive par l'appelante de certains documents à l'intimé ou à la caisse de chômage et non pas en raison du fait que ce

dernier aurait retrouvé une activité ou renoncé à travailler. Le grief doit donc être rejeté.

5.

L'appelante conteste l'octroi à l'intimé d'une indemnité au sens de l'art. 337c al. 3 CO. Elle relève notamment que l'intimé fournissait une prestation de travail tout à fait médiocre, qu'il a réagi par un arrêt de travail au congé-modification qui lui fixait de nouveaux objectifs et qu'il a refusé de se soumettre à un contrôle médical aux frais de son employeur.

5.1. L'art. 337c al. 3 CO prévoit que le juge peut en outre allouer au travailleur une indemnité dont il fixe librement le montant, en tenant compte de toutes les circonstances; cette indemnité peut atteindre six mois de salaire au plus.

L'indemnité est due, en principe, dans tous les cas de licenciement immédiat et injustifié. Une éventuelle exception doit répondre à des circonstances particulières, qui ne dénotent aucune faute de l'employeur et qui ne lui sont pas non plus imputables pour d'autres raisons (ATF 116 II 300 c. 5a p. 301 voir aussi ATF 121 III 64 c. 3c p. 68; 120 II 243 c. 3e p. 247). L'indemnité est évaluée d'après la gravité de l'atteinte portée aux droits de la personnalité du travailleur; d'autres critères tels la durée des rapports de travail, l'âge du lésé, sa situation sociale, une éventuelle faute concomitante (ATF 121 III 64 c. 3c) et les effets économiques du licenciement (ATF 123 III 391 c. 3c p. 394) entrent aussi en considération.

Une éventuelle faute concomitante du travailleur est prise en considération et peut donner lieu à réduction, voire à une suppression de l'indemnité, lorsque la faute du travailleur est grave, mais insuffisamment pour justifier le licenciement avec effet immédiat (WYLER, op. cit., p. 517).

5.2 En l'espèce, l'intimé a travaillé un peu plus de deux ans pour l'appelante. Cette dernière lui a reproché de lui avoir fourni un certificat médical de complaisance pour justifier son absence et l'a accusé d'avoir abandonné son emploi. Par ailleurs, elle lui a annoncé qu'il était licencié immédiatement alors qu'elle avait déjà résilié les rapports de travail en lui adressant un congé-modification qu'il avait refusé. En outre, l'appelante n'a remis au travailleur, qu'à l'audience de jugement du 26 janvier 2010, un certificat médical ainsi que la feuille d'attestation des fins de rapports de travail à l'intention de la caisse de chômage. Ainsi, l'intimé a été entravé dans ses démarches pour obtenir le chômage puisqu'il ne possédait pas les documents requis. De plus, il lui était également difficile de trouver un emploi puisque l'appelante ne lui a remis que tardivement, soit après l'ouverture d'action, un certificat de travail.

Au regard de ces éléments, l'octroi à l'intimé d'une indemnité de 5500 fr. net, correspondant à un mois de salaire, n'est pas critiquable. L'appelante ne saurait invoquer d'éventuelles mauvaises prestations de travail de l'intimé, celles-ci n'étant pas concomitantes avec la résiliation injustifiée. Pour le reste, le fait que l'intimé ne se soit pas soumis au contrôle chez le médecin choisi par son employeur ne constitue pas une

faute, dans la mesure où ce dernier n'avait aucun motif de douter de la véracité du certificat produit. Au demeurant, ce manquement n'est pas suffisant, au regard de l'ensemble des éléments exposés ci-dessus, pour justifier une réduction de l'indemnité allouée.

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 22. November 2011; in: ZR 111 (2012) Nr. 6

§ 13 GVG/ZH: Sachliche Zuständigkeit des Arbeitsgerichts. Zeitpunkt der Qualifikation des Vertragsverhältnisses.

Die Frage, ob der eingeklagte Anspruch auf einem Arbeitsvertrag beruht oder nicht, ist sowohl für die Prüfung der Zuständigkeit als auch für die materielle Beurteilung der Klage erheblich (sog. doppelrelevante Tatsache). Massgebend für die Bestimmung der sachlichen Zuständigkeit ist gemäss einem allgemeinen prozessualen Grundsatz primär das anhängig gemachte Rechtsbegehren und die Vorbringen des Klägers. Die Frage nach der rechtlichen Qualifikation des eingeklagten Anspruchs ist erst bei der materiellen Beurteilung der Klage zu prüfen.

Sachverhalt:

Die Parteien schlossen im Jahr 2001 mündlich einen Vertrag ab, dessen rechtliche Qualifikation umstritten ist. Nicht bestritten ist indessen, dass der Kläger seit 2001 als Geschäftsführer, einzelunterschriftsberechtigter Verwaltungsratspräsident und Aktionär mit einer Beteiligung von 15% am Aktienkapital für die Beklagte tätig war. Die Aufgaben des Klägers umfassten unter anderem die Leitung des operativen Geschäfts und des Vertriebs, die Kundenbetreuung und das Erstellen des jährlichen Budgets. Der Kläger bezog einen monatlichen Bruttolohn von Fr. 23 080.–. Anlässlich einer Besprechung am 25. November 2009 teilte A., der Mehrheitsaktionär der Beklagten, dem Kläger mit, dass die Lohnhöhe insbesondere vor dem Hintergrund der finanziellen Lage der Beklagten nicht gerechtfertigt sei. Bestritten ist, ob es diesbezüglich zu einer Einigung zwischen den Parteien gekommen ist; jedenfalls bezog der Kläger bis Ende Februar 2010 weiterhin je Fr. 23 080.– brutto. Mit Schreiben vom 22. Februar 2010 kündigte die Beklagte dem Kläger unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von zwei Monaten.

Aus den Erwägungen des Obergerichts:

4.

Wie die Vorinstanz zutreffend festhält, entscheidet das Arbeitsgericht gestützt auf § 13 Abs. 1 GVG/ZH über Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer.

Die Vorinstanz prüfte in der Folge und nach Beschränkung des Verfahrens auf die Frage der Zuständigkeit anlässlich der Fortsetzung der Hauptverhandlung die rechtliche Qualifikation des von den Parteien mündlich abgeschlossenen Vertrags aus dem Jahr 2001 und kam zum Schluss, dass der fragliche Vertrag nicht als Arbeitsvertrag zu qualifizieren sei, weshalb auf die Klage nicht einzutreten sei. Zur Begründung führte sie zusammengefasst aus, wenn ein Organmitglied einer Aktiengesellschaft zugleich deren Geschäftsführer sei, liege ein vertragliches und gesellschaftsrechtliches Doppelverhältnis vor. Die Abgrenzung zwischen mandatsähnlichem Vertrag und Arbeitsvertrag habe daher aufgrund der Besonderheiten des konkreten Falles zu erfolgen, wobei das Mass der Subordination und das zeitliche Ausmass der Tätigkeit entscheidende Merkmale seien.

Mit Bezug auf den vorliegenden Fall erwog die Vorinstanz, dass der Kläger keine substantiierten Hinweise für eine intensive Weisungsgebundenheit seinerseits vorgebracht habe, weshalb das Bestehen eines Subordinationsverhältnisses im arbeitsrechtlichen Sinn zu verneinen sei. Ferner spreche es gegen das Vorliegen eines Arbeitsvertrags, dass der Vertrag nicht schriftlich abgeschlossen worden sei und somit keine arbeitsvertragstypischen Elemente wie Überstunden- oder Ferienregelungen getroffen und auch Lohn und Spesenentschädigung nicht schriftlich geregelt worden seien. Die Bezeichnung der Entschädigung als Lohn, die Abzüge der Sozialversicherungsbezüge und das Auflösen des Vertrags unter Einhaltung einer Kündigungsfrist vermöchten an diesem Ergebnis nichts zu ändern, weil es sich dabei nur um Indizien handle, das vorliegende Verhältnis aber nicht wie ein Arbeitsverhältnis gelebt worden sei.

5.

Mit seinem Rekurs beantragt der Kläger wie bereits ausgeführt die Aufhebung des angefochtenen Beschlusses und die Rückweisung des Verfahrens an die Vorinstanz zur Weiterführung des erstinstanzlichen Verfahrens.

Zur Begründung führt er aus, die Vorinstanz sei zu Unrecht nicht auf seine Klage eingetreten, denn entgegen deren Auffassung sei der im Jahr 2001 mündlich abgeschlossene Vertrag als Arbeitsvertrag zu qualifizieren. Insbesondere habe er sehr wohl auch im Tagesgeschäft auf Weisung des Mehrheitsaktionärs der Beklagten gehandelt, welcher sämtliche Budgets der Beklagten zu genehmigen gehabt habe und welcher von ihm ja auch die Zustimmung zu einer Salärreduktion verlangt habe, bevor er ihm schliesslich gekündigt habe. Ferner sei – so der Kläger weiter – ein für ein Arbeitsverhältnis typisches wirtschaftliches Abhängigkeitsverhältnis zwischen ihm und der Beklagten entstanden, seine Tätigkeit für die Beklagte habe hauptberuflichen Charakter gehabt. Der Hauptaktionär und (Mit-) Verwaltungsrat A. sei letztlich derjenige gewesen, der die Willensbildung der Beklagten allein bestimmt habe, was sich besonders augenfällig an der stetigen Kontrolle seiner Tätigkeit durch A. bzw. ab Oktober 2009 durch dessen Mitarbeiter B. zeige.

6.1 In seiner Rechtsprechung zur örtlichen Zuständigkeit hat das Bundesgericht wiederholt festgehalten, dass für die Bestimmung des Gerichtsstandes gemäss Art. 24 Abs. 1 GestG (aufgehoben mit Inkrafttreten der Schweizerischen ZPO per 1. Januar 2011) bzw. dessen Vorgängernorm Art. 343 Abs. 1 aOR der Begriff der arbeitsrechtlichen Streitigkeit weit auszulegen sei. Darunter fallen sämtliche Klagen über Ansprüche, die auf Regeln gründen, welche auf Arbeitsverträge anwendbar sind. Eine arbeitsrechtliche Streitigkeit liegt bereits dann vor, wenn wie vorliegend umstritten ist, ob zwischen den Parteien ein Arbeitsvertrag besteht (PORTMANN, Basler Kommentar Obligationenrecht I, Basel 2007, Art. 343 OR N. 2; STAEHELIN/VISCHER, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band V Obligationenrecht, Teilband 2c, Zürich 1996. Art. 343 OR N. 6; STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 6. A., Zürich 2006. Art. 343 OR N. 5; DGE 137 III 33 f.).

Diese sich auf die örtliche Zuständigkeit beziehenden Erwägungen gelten auch für die sachliche Zuständigkeit, das heisst für die Frage, ob das Arbeitsgericht oder das Bezirksgericht für die Beurteilung eines Anspruchs zuständig ist (Urteil des Bundesgerichts vom 25. September 2006, 4P.104/2006). Massgebend für die Bestimmung der sachlichen Zuständigkeit ist einem allgemeinen prozessualen Grundsatz zufolge primär das anhängig gemachte Rechtsbegehren und die Vorbringen des Klägers, nicht das Prozessergebnis (EGLI, Das arbeitsrechtliche Verfahren nach Art. 343 OR, in: Schweizerische Zeitschrift für Zivilprozess- und Zwangsvollstreckungsrecht, 2004, S. 22; STAEHELIN/VISCHER, a.a.O., Art. 343 OR N. 16). Es ist lediglich von Amtes wegen zu prüfen, ob sich aus den Tatsachenbehauptungen des Klägers auf das Bestehen eines bestimmten (von ihm behaupteten) Vertragsverhältnisses schliessen lässt (BGE 137 III 34).

Das Gericht ist indessen an die rechtliche Würdigung der geltend gemachten Ansprüche durch den Kläger nicht gebunden; die Beantwortung dieser Frage hat aber nicht bei der Prüfung der Zuständigkeit, sondern erst bei der materiellen Beurteilung des klägerischen Anspruchs zu erfolgen. Somit sind vom Kläger behauptete Tatsachen, welche sowohl für die 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. 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 können. Wenn dadurch die vom Kläger behauptete rechtliche Qualifikation seines Anspruchs ausgeschlossen erscheint, ist auf die Klage nicht einzutreten (BGE 137 III S. 34; Urteil des Bundesgerichts vom 25. September 2006, 4P.104/2006; BGE 136 III 487 f.).

6.2 Aus diesen Erwägungen ergibt sich, dass die Vorinstanz lediglich hätte beurteilen müssen, ob die Vorbringen des Klägers auf das Vorliegen

eines Arbeitsvertrags schliessen lassen. Die Vertragsqualifikation als Rechtsfrage hätte sie demgegenüber erst im materiellen Entscheid beurteilen müssen. Es ist daher im Folgenden zu prüfen, ob gestützt auf die klägerischen Vorbringen – sollten sie sich denn in einem allfälligen späteren Beweisverfahren als erwiesen herausstellen – von einem arbeitsrechtlichen Anspruch auszugehen ist.

Der Kläger führt aus, dass er einerseits seit 2001 für die Beklagte als Geschäftsführer tätig und andererseits Präsident des Verwaltungsrates mit Einzelunterschrift gewesen sei. Weiter besitze er 15% des Aktienkapitals der Beklagten. Zwar wird in der Lehre mehrheitlich die Meinung vertreten, die Tätigkeit der Mitglieder der obersten geschäftsführenden Organe einer juristischen Person beruhe auf einem mandatsähnlichen Vertrag (STAEHELIN, a.a.O., N. 42 zu Art. 319 OR, STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., N. 6 zu Art. 319 OR). Für Delegierte des Verwaltungsrates wird das Bestehen eines Arbeitsvertrages zum Teil sogar ausdrücklich ausgeschlossen, jedenfalls wenn es sich bei einem Konzern um Verwaltungsräte im herrschenden Unternehmen handelt. Indes kann auch gemäss dieser Auffassung bei Verwaltungsräten abhängiger Gesellschaften ein Arbeitsverhältnis bestehen (ROLAND VON BÜREN, Schweizerisches Privatrecht, Bd. VIII/6, Der Konzern, 2. A., Basel 2005, S. 401 f.). Das Bundesgericht hat festgehalten, dass jeweils im Einzelfall geklärt werden muss, ob ein Arbeitsvertrag anzunehmen oder ob von einem Auftrag oder gar einem mandatsähnlichen Vertrag *sui generis* auszugehen ist, wobei insbesondere entscheidend ist, ob die betroffene Person in dem Sinne in einem Abhängigkeitsverhältnis steht, als sie Weisungen empfängt. Ist dies zu bejahen, liegt – wie die Vorinstanz zutreffend festgehalten hat – ein arbeits- und gesellschaftsrechtliches Doppelverhältnis vor (BGE 103 III 216, BGE 128 III 131 f.). So hat auch die erkennende Kammer in einem älteren Entscheid das Vorliegen eines Arbeitsvertrages zwischen der einzigen Verwaltungsrätin und Geschäftsführerin und der Aktiengesellschaft angenommen, da diese zwar formell die volle Vertretungsmacht gegen aussen inne hatte, im Innenverhältnis aber der Weisungsgewalt der Hauptaktionäre unterstand (ZR 83 [1984] Nr. 78). Auch das Kriterium, dass die Tätigkeit hauptberuflich ausgeübt wird, kann die Annahme eines Arbeitsvertrages rechtfertigen (STAEHELIN, a.a.O., N. 42 zu Art. 319 OR).

Angesichts dieser Rechtsprechung kann daher aufgrund der Ausführungen des Klägers nicht von Anfang an ausgeschlossen werden, dass ein Arbeitsvertrag zwischen ihm und der Beklagten bestand. Zwar führte der Kläger in seiner Klagebegründung aus, dass der Mehrheitsaktionär der Beklagten, A., kein alleiniges Weisungsrecht ihm gegenüber gehabt habe; er ging damit aber immerhin davon aus, dass ein gewisses Weisungsrecht bestand. So führte er anlässlich der Befragung durch das Gericht aus, er habe Strategie und Marktauftritt mit dem Hauptaktionär A. besprochen. Dabei habe er – der Kläger – seine eigenen Geschäftsideen eingebracht und habe diese mit denjenigen von A. abgeglichen. Inwieweit eine Weisungsgebun-

denheit des Klägers gegeben war, wird im Rahmen der Begründetheit der Klage – und nicht bei der Eintretensfrage – zu prüfen sein. Hinsichtlich der Abhängigkeit des Klägers wird insbesondere auch zu beachten sein, dass die Beklagte unbestrittenermassen die Tochtergesellschaft der in Grossbritannien domizilierten E. Ltd. ist, welche im vollständigen Eigentum von A. – dem Hauptaktionär der Beklagten – steht.

6.3 Wie der Kläger schliesslich zu Recht festhält, spricht ferner das Fehlen eines schriftlichen Arbeitsvertrags nicht grundsätzlich gegen das Vorliegen eines Arbeitsvertrages, sieht doch Art. 320 Abs. 1 OR grundsätzlich Formfreiheit vor und bestehen für verschiedene Teilaspekte dispositive Gesetzesregelungen. Zwar erscheint es eher als unüblich, wenn mit leitenden Angestellten kein schriftlicher Arbeitsvertrag aufgesetzt wird, dennoch ist – wie bereits oben ausgeführt – im Rahmen der Zuständigkeitsfrage primär auf die Behauptungen des Klägers abzustellen.

6.4 Hinzu kommt, dass in der vorprozessualen Anwaltskorrespondenz beide Parteien – also insbesondere auch die Rechtsvertreterin der Beklagten – davon ausgingen, dass es sich vorliegend um die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses handelt. Auch daraus kann geschlossen werden, dass die Behauptung des Klägers, es handle sich um einen Arbeitsvertrag, jedenfalls nicht von vornherein unhaltbar ist.

6.5 Schliesslich gilt – wie der Kläger zu Recht festhält – selbst die Vorinstanz davon aus, dass die Abzüge von Sozialversicherungsbeiträgen, die Erstellung von Lohnabrechnungen sowie die Bezeichnung seiner Bezüge bei der Beklagten als «Lohn» immerhin Indizien für ein Arbeitsverhältnis darstellten. Wenn sie im Folgesatz festhält, dies sei nicht relevant, weil das vorliegende Verhältnis nicht wie ein Arbeitsverhältnis gelebt worden sei, so ist erneut darauf hinzuweisen, dass die tatsächlichen Verhältnisse mit der Begründetheit der Klage und nicht bei der Eintretensfrage zu prüfen (und allenfalls zum Beweis zu verstellen) sind.

7.

Zusammengefasst ist die Vorinstanz zu Unrecht auf die Klage nicht eingetreten, da es sich bei der Frage der Qualifikation des Vertragsverhältnisses zwischen den Parteien um eine doppelrelevante Tatsache handelt, welche erst im Rahmen der Begründetheit der Klage zu prüfen ist. Aus den Begehren des Klägers sowie aus deren Begründung ergibt sich nichts, was darauf schliessen lassen würde, dass die Berufung des Klägers auf einen Arbeitsvertrag lediglich vorgeschoben ist. Ebensowenig vermag die Beklagte mit ihrer Klageantwort das Vorliegen eines Arbeitsvertrages sogleich und eindeutig zu widerlegen. Der Beschluss der Vorinstanz ist daher aufzuheben und das Verfahren zur Weiterführung des Hauptverfahrens und zu neuem Entscheid zurückzuweisen.

Art. 336 OR; missbräuchliche Änderungskündigung. Bei einem 63-jährigen Arbeitnehmer mit 20-jähriger Firmenzugehörigkeit treffen die Arbeitgeberin erhöhte Fürsorgepflichten. Sie hätte ungeachtet der Zurückweisung der Änderungskündigung das Interesse des Arbeitnehmers am Fortbestand des Arbeitsverhältnisses höher gewichten müssen. Dem eminenten Interesse des Arbeitnehmers, dem es nur mit erheblichen Schwierigkeiten gelingen dürfte, eine andere Anstellung zu finden, steht angesichts des bescheidenen Sparpotentials der vorgeschlagenen Lohnmodifikationen kein hinreichend schützenswertes Interesse der Arbeitgeberin gegenüber. Es war daher eine Entschädigung gemäss Art. 336a OR zuzusprechen.

Sachverhalt:

Der Kläger war seit Januar 1989 Geschäftsführer der X. AG, welche dann in den Konzern Z. eingegliedert und unter dem Namen Y. AG weitergeführt wurde. Im November 2008 wurden dem Kläger zwei Änderungsanfragen (Änderung seiner Funktion und des Lohnes) unterbreitet. Nachdem er beide nicht akzeptierte, wurde ihm im Januar 2009 ein weiterer Vorschlag (nur noch Lohnreduktion) gemacht. Als er auch diesen nicht annahm, wurde ihm gleichentags unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von sechs Monaten gekündigt. Der Kläger erachtet diese Kündigung als missbräuchlich.

Aus den Erwägungen:

Es ist im Folgenden deshalb zu prüfen, ob betriebliche Gründe die Entlassung des Klägers als plausibel erscheinen lassen, weil er sich mit der Lohnreduktion nicht einverstanden erklären konnte. Dabei bleibt allerdings im Auge zu behalten, dass die Beklagte auch im Rahmen ihrer Änderungskündigung mit Hinblick auf die Biographie des Klägers an erhöhte Fürsorgepflichten gebunden war.

Dargetan, belegt und auch unbestritten ist, dass sich der Gewinn der Beklagten unter der Verantwortung des Klägers von 25% (2002) auf 3,2% (2008) reduziert hat. Die Beklagte hat des Weiteren 2006 und 2007 die für den Kläger bonusrelevanten Ziele nicht erreicht. Der ihm ausbezahlte Bonus ist einzig auf den Geschäftserfolg des Konzerns zurückzuführen.

In diesem Zusammenhang macht der Kläger allerdings geltend, es sei gegen seinen Willen 2007 eine Verkaufsabteilung ins Leben gerufen worden, die 2008 wieder geschlossen worden sei. Das habe ein Loch gerissen. Dieser Sachdarstellung hat die Beklagte nicht substantiiert widersprochen. Es ist damit davon auszugehen, dass der Gewinneinbruch per 2008 teilwei-

se (in unbekannter Höhe) auf diese vorübergehend installierte Verkaufs- oder Marketingabteilung zurückzuführen ist, ohne dass sich aus den Vorbringen der Beklagten konkrete Hinweise entnehmen liessen, inwiefern der Kläger für das Scheitern dieser Abteilung verantwortlich gemacht werden könnte.

Gleichwohl bleibt festzuhalten, dass sich seit 2002 die Ertragslage der Beklagten Jahr für Jahr sukzessive verschlechtert hat, von 25% im Jahre 2002 auf 12,7% (= Gewinnhalbierung) per 2006, ohne dass dafür die erfolglose Marketingabteilung verantwortlich gemacht werden könnte. Umgekehrt bleibt festzuhalten, dass die Beklagte erst Ende 2008 mit ihren Änderungsvorschlägen die Geschäftsführung durch den Kläger und seinen Lohn in Frage stellte – in einem Zeitpunkt also, als sich der markante Gewinneinbruch gegenüber 2007 abgezeichnet haben muss. Noch per Ende 2005 – als sich die Gewinnmarge bereits um rund 8% reduziert hatte – hat sie ihm das auszugsweise bereits zitierte «Grosse Dankeschön» ausgesprochen.

Wenig gewinnen lässt sich aus dem Hinweis der Beklagten, der Kläger habe den höchsten Lohn im Konzern gehabt; auch aus Fairness gegenüber anderen Geschäftsführern im Konzern, die wesentlich weniger verdient hätten, sei die Lohnreduktion des Klägers geboten gewesen.

Der Kläger war im Zeitpunkt der Änderungsdiskussion bereits 62-jährig. 1989 trat er in die Dienste der X. AG ein und war ab 1992 deren leitender Direktor. Mit der Eingliederung in den Z. Konzern hat die X. AG einzig in Y. AG umfirmiert, das Rechtssubjekt blieb dagegen das nämliche. Entgegen der Betrachtungsweise der Beklagten war der Kläger durchaus seit rund 20 Jahren ihr Mitarbeiter bzw. Geschäftsführer. Um den Lohn eines derart langjährigen geschäftsführenden Mitarbeitenden in Relation zu anderen Geschäftsführern zu setzen, bedürfte es näherer Hinweise zur beruflichen Biographie dieser anderen Geschäftsführer.

An der Sache vorbei zielt auch der Hinweis der Beklagten, die Kündigung sei in ein grosszügiges Auflösungspaket eingebunden worden. Der Kläger hat die letzte Änderungs-offerte nicht unterzeichnet, worauf er entlassen wurde. Sein Austritt ist damit keineswegs auf eine Auflösungsvereinbarung zurückzuführen. Erst nach erfolgter Kündigung mit den sich daraus ergebenden Rechtsfolgen unterbreitete die Beklagte dem Kläger eine Austrittsvereinbarung, die seinen sofortigen Austritt vorgesehen hätte. Alleine aufgrund des anschliessenden Briefwechsels lässt sich die von der Beklagten beanspruchte Grosszügigkeit in Frage stellen. Im Zeitpunkt der Offerte standen sodann die mit der Kündigungsfrist verbundenen sechs Monatslöhne des Klägers oder Fr. 101 520.– und ein Ferienguthaben von 102 Tagen (exklusive Ferienzuwachs während der Kündigungsfrist) oder Fr. 90 606.– zur Disposition. Auch über die Grosszügigkeit der offerierten «Abfindung» lässt sich damit durchaus diskutieren, zumal das vom Kläger erzielbare Honorar als Berater mitunter vom Goodwill der Beklagten ab-

hängig gewesen wäre und der Kläger mit der Austrittsvereinbarung noch anderweitige Risiken übernommen hätte (vgl. etwa Art. 336c OR).

Zusammenfassend bleiben einzig die nackten Geschäftszahlen, die die Beklagte veranlassen konnten, den Lohn des Klägers zu modifizieren. Dabei ging es um eine Lohnreduktion von Fr. 1920.– brutto/Monat (oder gut 10%). Im Zeitpunkt des Inkrafttretens der vorgesehenen Lohnanpassung (1. August 2009) war der Kläger 63-jährig und er hätte bis zu seiner ordentlichen Pensionierung noch ziemlich genau zwei Jahre zu arbeiten gehabt. Das gesamte Einsparpotential lag damit bei rund Fr. 48 000.–.

Dem stand ein geschäftsführender Mitarbeiter gegenüber, der 20 Jahre seines Berufslebens in den Diensten derselben Arbeitgeberin und nur noch zwei Jahre vor dem ordentlichen Altersrücktritt stand, in dessen Geschäftsführung nichts Konkretes zu beanstanden war, ausser dass er den Turnaround nicht geschafft hatte, der aber gleichwohl in seiner Funktion belassen werden sollte.

In Würdigung dieser Kriterien lässt sich die Änderungskündigung der Beklagten nicht als betrieblich oder marktbedingt sachlich gerechtfertigt qualifizieren. Vielmehr hätte die Beklagte mit Hinblick auf ihre erhöhten Fürsorgepflichten ungeachtet der Zurückweisung der letzten Änderungsangebote das Interesse des Klägers am Fortbestand des Arbeitsverhältnisses (zu veränderten Konditionen) höher zu gewichten gehabt. Dem eminenten Interesse des Klägers, dem es nur mit erheblichen Schwierigkeiten gelingen dürfte, eine andere Anstellung zu finden, steht angesichts des bescheidenen Sparpotentials der vorgeschlagenen Lohnmodifikationen kein hinreichend schützenswertes Interesse der Beklagten gegenüber.

Die Partei, die das Arbeitsverhältnis missbräuchlich gekündigt hat, hat der anderen Partei gemäss Art. 336a OR eine Entschädigung auszurichten: Der Richter hat bei deren Bemessung alle Umstände zu berücksichtigen, wobei ihm ein grosser Ermessensspielraum zusteht. Es gilt vorliegend die lange Dauer der Anstellung des Klägers zu berücksichtigen, sein Alter und der Umstand, dass es ihm ausgesprochen schwer fallen dürfte, kurz vor der Pensionierung nochmals eine Anstellung zu finden. Immerhin hat sich die Beklagte keine «Denkzettelmentalität» vorwerfen zu lassen. Weiter ist zu beachten, dass die Geschäftszahlen der Beklagten sich tatsächlich erheblich verschlechtert hatten, sodass es nicht grundsätzlich abwegig erscheint, dass die Beklagte nach einer neuen Lösung gesucht hat. Letztlich hat sich die Beklagte nur vorwerfen zu lassen, die beidseitige Interessenslage nicht sorgfältig genug gegeneinander abgewogen zu haben.

In Anbetracht aller Umstände rechtfertigt sich eine Entschädigung in der Höhe von drei (Basis-)Monatslöhnen oder Fr. 50 760.–. Der beanspruchte Verzugszins ab Klaganhebung ist ausgewiesen.

Als begründeter Anlass für den Wegfall des Konkurrenzverbots gemäss Art. 340c OR gelten etwa eine unwürdige Behandlung des Arbeitnehmers, das Nichteinhalten von Versprechungen oder schlechte Arbeitsbedingungen. Zwischen dem begründeten Anlass und der Kündigung ist ausserdem ein Kausalzusammenhang erforderlich. Vorliegend fehlte zwischen den Beanstandungen des Arbeitnehmers und der Kündigung die zeitliche Nähe, die zur Begründung der Kausalität verlangt wird.

Sachverhalt:

Zuvor war die Klägerin zusammen mit S. und T. Aktionärin bei der früheren X. AG, wobei sie dort als freiberufliche Berater tätig waren und zugleich im Verwaltungsrat sassen. S. und T. verliessen dann die X. AG und gründeten Ende 2007 die vorliegende Beklagte, welche im gleichen Fachbereich tätig ist. Die Klägerin arbeitete ab Anfang 2008 als Partnerin und Geschäftsleitungsmitglied für die Beklagte. Vertraglich war ein Konkurrenzverbot vereinbart. Die Klägerin kündigte das Arbeitsverhältnis per Ende März 2010. Anschliessend nahm sie die Tätigkeiten bei einem der bisherigen Kunden auf und behielt einen weiteren von ihr bisher betreuten Kunden.

Die Beklagte machte vor Gericht unter anderem eine Konventionalstrafe wegen Verletzung des Konkurrenzverbots geltend.

Aus den Erwägungen:

Die Klägerin macht schliesslich geltend, sie habe einen begründeten Anlass zur Kündigung gehabt, weshalb das Konkurrenzverbot dahingefallen sei. Nach ihren Ausführungen habe der begründete Anlass in der Veränderung der Situation bei der Arbeit bestanden: Die Allgemeynkosten seien drei bis fünfmal so gross wie bei der früheren Arbeitgeberin gewesen und die Klägerin sei mehr und mehr zu einer normalen Arbeitnehmerin gemacht worden; 2009 seien ihr sogar Umsatzziele vorgelegt worden.

Die Beklagte führte dazu aus, dass man lediglich einen neuen Vertrag zur Motivation der Klägerin vorgeschlagen habe; es seien ihr aber keine Folgen bei einer Nichtunterzeichnung angedroht worden.

Gemäss Art. 340c Abs. 2 OR fällt ein Konkurrenzverbot dahin, wenn der Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis aus einem begründeten, vom Arbeitgeber zu veranlassenden Anlass auflöst.

An die Schwere des begründeten Anlasses ist der gleiche Massstab wie bei einer Kündigung durch den Arbeitgeber anzuwenden (STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., N. 5 zu Art. 340c OR). Ein begründeter Anlass be-

steht bei jeder Vertragsverletzung, die vom Gehalt her mehr als nur geringfügig bezeichnet werden muss. Ausserdem genügt ein Grund, der bei vernünftiger Betrachtungsweise Anlass zu einer Kündigung bilden kann, wobei keine eigentliche Vertragsverletzung vorliegen muss (STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., N. 3 zu Art. 340c OR). Als begründete Anlässe werden etwa schlechte Arbeitsbedingungen, unwürdige Behandlung des Arbeitnehmers oder Nichteinhalten von Versprechungen genannt (STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., N. 5 zu Art. 340c OR). Zwischen dem begründeten Anlass und der Kündigung ist ausserdem eine Kausalität notwendig. Dies ist gemäss Praxis nicht mehr der Fall, wenn der Anlass zur Kündigung mehrere Monate zurückliegt (ZK-STAEHELIN, a.a.O., N. 9 zu Art. 340c OR, mit Hinweis auf JAR 1982, S. 224; JAR 1981, S. 184; ZR 45 [1946], S. 378 ff.).

Von der Klägerin wurde nicht genügend dargelegt, welche Vorkommnisse einen begründeten Anlass für die Kündigung lieferten. Sie wurde als Arbeitnehmerin eingestellt und unterschrieb den Arbeitsvertrag vom 3. Januar 2008. Nach diesem Vertrag hatte sie einen Fixlohn von Fr. 120 000.– im Jahr und Anspruch auf einen Bonus, der von den tatsächlich erreichten Resultaten abhängig war. Ohne Androhung von Rechtsfolgen wurde der Klägerin der Nachtrag 1 zum Arbeitsvertrag unterbreitet, der denselben Fixlohn vorsah und den Bonus für das Jahr 2010 vom Erreichen eines bestimmten Umsatzes abhängig machte. Dies steht im Einklang mit dem von der Klägerin unterschriebenen Arbeitsvertrag und ergibt keinen begründeten Anlass zur Kündigung, denn es ist keineswegs ersichtlich, inwiefern das Anstellungsverhältnis eine bedeutende Änderung erfahren haben sollte. Mit dem Vorschlag einer neuen Bonusregelung wurde ebenfalls lediglich eine neue Verhandlungsbasis aufgestellt, was gemäss den Ausführungen der Klägerin sogar notwendig war, weil die Bonusregelung für das Jahr 2008 lediglich als provisorische Einigung angesehen werden konnte. Inhalt der Verhandlungen war ebenso die kritisierte Kostenverteilung. Da sich auch diese noch im Verhandlungsstadium befand und man sich immerhin für das Jahr 2008 gefunden hatte, kann die Kostenverteilung nicht als begründeter Anlass zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses dienen.

Das Vorliegen höherer Allgemeynkosten vermag ebenso wenig einen Anlass zur Kündigung zu begründen. Die Klägerin ging bei der Beklagten ein neues Arbeitsverhältnis ein, während sie bei der X. AG Miteigentümerin war. Bei der Beklagten handelt es sich nicht um eine direkte Nachfolgerin der X. AG. Vielmehr traten gewisse Partner aus und nahmen die Möglichkeit wahr, ein neues Unternehmen zu gründen. Mit der Beklagten wurde von ehemaligen Partnern der X. AG eine solche eigenständige juristische Person gegründet. Dass die Bedingungen anders sein würden als im vorherigen Vertragsverhältnis, anerkannte die Klägerin mit Unterzeichnung des Arbeitsvertrages mit der Beklagten. Damit nahm sie auch eine Änderung der Höhe der Allgemeynkosten in Kauf. Zudem fehlt zwischen

den erhöhten Allgemeinkosten und der Kündigung die zeitliche Nähe, welche zur Begründung der Kausalität verlangt wird. Nach den Ausführungen der Klägerin waren die Kosten bei der Beklagten allgemein drei bis fünfmal so hoch wie bei der X. AG. Dass dies so war, wurde spätestens mit der Bonusaufstellung für das Jahr 2008 auch der Klägerin bekannt. Die Kündigung erfolgte jedoch erst per 31. März 2010, womit die erforderliche zeitliche Nähe zwischen dem begründeten Anlass und der Kündigung fehlt. Damit kann festgehalten werden, dass kein von der Arbeitgeberin zu vertretender, begründeter Anlass zur Kündigung bestand, der hinreichend wäre, das Konkurrenzverbot hinfällig werden zu lassen.

Arbeitsgericht Zürich, Urteil vom 15. April 2011, in: Entscheide des Arbeitsgerichts Zürich 2011 Nr. 22

Art. 20a ArG. Da es bezüglich der Feiertage – anders als hinsichtlich der Ferien (vgl. Art. 329d Abs. 2 OR) – keine Regelung gibt, die es verbietet, die Feiertage während der Dauer des Arbeitsverhältnisses durch eine Geldleistung abzugelten, kann die Feiertagsentschädigung auch in einem Arbeitsverhältnis mit regelmässigen Arbeitseinsätzen als Bestandteil des Stundenlohns ausbezahlt werden.

Sachverhalt:

Der Kläger war im Stundenlohn angestellt. Dieser betrug zuerst Fr. 38.30 und dann Fr. 39.– brutto und enthielt eine Ferienentschädigung von 8,79% sowie eine Feiertagsentschädigung von 4%. Mit seiner Klage verlangte der Kläger den Ferien- und Feiertagslohn.

Da es sich um eine regelmässige Beschäftigung handelte, wurde der Ferienlohn gemäss gängiger Praxis gutgeheissen. Zu prüfen war, ob auch für die Feiertage eine Entschädigung nachzuzahlen ist.

Aus den Erwägungen:

Gemäss Art. 110 BV besteht keine Verpflichtung, Angestellte im Stundenlohn für Feiertage zu entschädigen. Der 1. August stellt dabei eine Ausnahme dar, da er den Sonntagen gleichgestellt ist und für ihn ein Anspruch auf Lohn besteht, sofern er auf einen Tag fällt, an welchem gearbeitet worden wäre. Die Gleichstellung des 1. Augusts mit den Sonntagen wird in Art. 20a Abs. 1 ArG wiederholt und die Kantone werden darin zudem ermächtigt, bis zu acht weitere Feiertage den Sonntagen gleichzustellen. Dabei sind die Kantone aber nicht befugt, Lohnzahlungen für die Feiertage zu verfügen, da zum Erlass von Privatrecht alleine der Bund berechtigt ist (BGer 4A_54/2010 vom 4. Mai 2010, E. 2.2; STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., N. 14 zu Art. 329 OR). Eine Verpflichtung aus innerstaatlichem

Recht, Stundenlohnempfängern an Feiertagen Lohn zu bezahlen, besteht somit nur bezüglich des 1. August. Die Frage, ob Art. 7 lit. d UNO-Pakt I, der die Vergütung «gesetzlicher Feiertage» fordert, als direkt anwendbar («self-executing») einzustufen ist, verneinte das Bundesgericht, entgegen der Meinung eines Teils der Lehre in einem neuen Entscheid, weshalb auch daraus kein Anspruch auf eine Feiertagsentschädigung abgeleitet werden kann (BGer 4A_54/2010 vom 4. Mai 2010, E. 2.3, mit weiteren Nachweisen). Ein Anspruch auf Feiertagsentschädigung für andere Feiertage als den 1. August besteht für Arbeitnehmer im Stundenlohn somit nur, wenn ein Gesamt-, Normal- oder Einzelarbeitsvertrag dies so vorsieht (STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., N. 14 zu Art. 329 OR).

Obwohl keine gesetzliche Pflicht zur Zahlung einer Feiertagsentschädigung – mit Ausnahme des 1. August – besteht, war im vorliegenden Fall eine solche Zahlung geschuldet, da die Parteien dies im Arbeitsvertrag so vereinbart hatten. Die Beklagte kam ihrer Pflicht zur Zahlung auch nach, indem sie dem Kläger eine Feiertagsentschädigung in der Höhe von 4% des Bruttolohnes jeweils mit dem Lohn auszahlte. Dies entsprach einer Entschädigung für neun Feiertage pro Jahr. Da es bezüglich der Feiertage – anders als bezüglich der Ferien (vgl. Art. 329d Abs. 2 OR) – keine Regelung gibt, welche es verbietet, die Feiertage während der Dauer des Arbeitsverhältnisses durch Geldleistung abzugelten, kann die Feiertagsentschädigung auch in einem Arbeitsverhältnis mit regelmässigen Arbeits-einsätzen als Bestandteil des Stundenlohnes ausbezahlt werden. Aufgrund dieser Erwägungen ist die Beklagte ihrer vertraglichen Pflicht zur Feiertagsentschädigung genügend nachgekommen und ist deshalb nicht zu verpflichten, die Feiertagsentschädigung ein zweites Mal zu bezahlen. Die Klage ist im Umfang der Feiertagsentschädigung abzuweisen.

Arbeitsgericht Zürich, Urteil vom 24. August 2011, in: Entscheide des Arbeitsgerichts Zürich 2011 Nr. 14

Art. 328 OR, Fürsorgepflichtverletzung; Art. 336 OR, missbräuchliche Kündigung. Weder das Verweigern eines Kündigungsgesprächs noch die Nichtbekanntgabe der effektiven Kündigungsgründe sind rechtswidrig oder stellen eine Fürsorgepflichtverletzung dar. Auch die unwahre Begründung einer Kündigung lässt diese nicht als solche missbräuchlich werden.

Sachverhalt:

Der Kläger war ab Oktober 2005 bei einer Bank in leitender Funktion und als Mitglied der Direktion tätig. 2006 wurde der Kläger zum Mitglied der Geschäftsleitung befördert. 2006 und 2007 erhielt er ausserordentliche Entschädigungen und 2007 wurde der Lohn im Rahmen einer ausseror-

entlichen Gehaltsanpassung erhöht. Im Dezember 2008 teilte der Vorgesetzte und CEO dem Kläger mit, der Verwaltungsratspräsident der Beklagten habe entschieden, den Kläger aus der Geschäftsleitung auszuschliessen und ihn zu entlassen. Für 2008 erhielt der Kläger weder einen Bonus noch eine ausserordentliche Entschädigung. Am 1. April 2009 wurde ein Nachtrag zum Arbeitsvertrag mit einer anderen Tätigkeit vereinbart. Im November 2009 wurde dem Kläger gekündigt. Gegen diese erhob der Kläger schriftlich Einsprache.

Aus den Erwägungen:

Der Kläger macht geltend, er habe weder vom CEO noch vom Verwaltungsratspräsidenten der Beklagten erfahren, weshalb er in Ungnade gefallen und entlassen worden sei. Daher habe der Kläger eine Verschwörung oder üble Nachrede vermutet, dies umso mehr, als sein Geschäftserfolg in seinen Regionen auch 2008 sehr gut gewesen sei. Aufgrund dieser Situation sei der Kläger psychisch schwer erkrankt. Der Kläger sei immer noch arbeitsunfähig. Er sei an der Ungewissheit über die effektiven Kündigungsgründe psychisch zerbrochen. Eine Kündigung, die derart massiv die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers verletze und zur Invalidität eines Arbeitnehmers führe, sei rechtsmissbräuchlich im Sinne von Art. 336 OR.

Die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers, das Gegenstück zur Treuepflicht des Arbeitnehmers, ist im Gesetz zwar nicht umfassend, aber zumindest teilweise in Art. 328 OR geregelt: Nach Art. 328 Abs. 1 OR hat der Arbeitgeber die Persönlichkeit des Arbeitnehmers zu achten und zu schützen, auf dessen Gesundheit gebührend Rücksicht zu nehmen und für die Wahrung der Sittlichkeit zu sorgen. Was unter gebührender Rücksichtnahme auf die Gesundheit des Arbeitnehmers zu verstehen ist, präzisiert Art. 328 Abs. 2 OR: Der Arbeitgeber hat zum Schutz der Gesundheit des Arbeitnehmers alle Massnahmen zu treffen, die ihm nach der Natur des in Frage stehenden Arbeitsverhältnisses billigerweise zuzumuten sind. Der Arbeitgeber hat namentlich die Arbeitsgeräte, die der Arbeitnehmer für seine Arbeit benützt, derart bereit zu stellen, dass der Arbeitnehmer seine Arbeit möglichst gefahrlos verrichten kann (ZK-SCHÖNENBERGER/STAEHELIN, a.a.O., N. 17 zu Art. 328 OR).

Nach der allgemeinen Fürsorgepflicht ist der Arbeitgeber verpflichtet, im Rahmen des Arbeitsverhältnisses dem Arbeitnehmer Schutz und Fürsorge zuteil werden zu lassen und dessen berechnete Interessen in guten Treuen zu wahren. Der Umfang dieser Pflicht im Einzelfall ist nach Treu und Glauben festzustellen (Art. 2 Abs. 1 ZGB). Wie ihr Gegenstück, die Treuepflicht des Arbeitnehmers, ist die Fürsorgepflicht in erster Linie eine Unterlassungspflicht. Der Arbeitgeber hat alles zu unterlassen, was die berechtigten Interessen des Arbeitnehmers schädigen könnte. Bei der Annahme von Handlungspflichten, die nicht gesetzlich festgelegt oder verabredet sind, ist hingegen Vorsicht geboten. Neben der allgemeinen Fürsor-

gepflicht als generalklauselartigem Rechtsgrundsatz haben sich besonders gestaltete Fürsorgepflichten herausgebildet, die zum Teil gesetzlich geregelt sind, zum Teil aber mit der allgemeinen Fürsorgepflicht begründet werden und sich grob unter die Gesichtspunkte: Schutz der Persönlichkeit, Schutz des Vermögens und Förderung des wirtschaftlichen Fortkommens einreihen lassen (BK, a.a.O., N. 2 zu Art. 328 OR).

In BGer. 4C.174/2004 hielt das Bundesgericht fest, dass keine Rechtsmissbräuchlichkeit darin liege, dass die Arbeitgeberin die Kündigung ausgesprochen habe, ohne vorgängig mit dem Arbeitnehmer das Gespräch zu suchen. Zwar entspreche dies nicht dem gesitteten Vorgehen im Geschäftsverkehr, rechtswidrig sei aber dieses Verhalten nicht. Da die Kündigung den Arbeitnehmer in einer mit Blick auf seinen Gesundheitszustand schwierigen Situation getroffen habe, sei dessen Verletzung und damit auch dessen Verärgerung über das Vorgehen der Beklagten verständlich. Dies reiche aber mit Blick auf das in der Schweiz geltende Prinzip der Kündigungsfreiheit nicht, um eine Missbräuchlichkeit der Kündigung anzunehmen.

Es kann daher offen gelassen werden, ob die Beklagte dem Kläger die Kündigungsgründe darlegte, wie sie behauptet.

Denn unbestrittenermassen fanden zwischen dem CEO und dem Kläger Gespräche statt, worin der CEO dem Kläger erklärte, der VR-Präsident habe ihn, den CEO, aufgefordert, den Kläger wegen Führungsproblemen seiner Funktion als Leiter des Private Banking zu entheben, ihn aus der Geschäftsleitung auszuschliessen und das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger so rasch als möglich zu beenden. Die Gespräche verliefen offenbar nicht nach den Vorstellungen des Klägers. Mit Verweis auf den oben zitierten Bundesgerichtsentscheid macht dies die Kündigung aber keineswegs missbräuchlich. Indem die Beklagte mit dem Kläger kein Gespräch führte in der Ausgestaltung und Intensität, wie es der Kläger wünschte, und angeblich nicht die wahren Kündigungsgründe bekannt gab, ist keine Verletzung der Fürsorgepflicht zu erkennen.

Zwar entspricht es einem gesitteten Vorgehen im Geschäftsverkehr, das Gespräch mit der Gegenpartei zu suchen, bevor Schritte ergriffen werden, die für die andere Partei dramatische Folgen haben können. Es ist aber zwischen einem unanständigen und einem rechtswidrigen Verhalten zu unterscheiden. Es ist nicht Aufgabe der Rechtsordnung, bloss unanständiges, einem geordneten Geschäftsverkehr unwürdiges Verhalten des Arbeitgebers zu sanktionieren. Nur Verstösse gegen gesellschaftliche Verhaltensnormen, die so krass sind, dass sie von der Gesellschaft nicht toleriert werden können, muss die Rechtsordnung durch geeignete Massnahmen unterbinden. Das schweizerische Arbeitsvertragsrecht sieht auch keine Anhörungspflicht vor der Kündigung vor (Urteil des Bundesgerichts 4C.174/2004 E.2.4 vom 5. August 2004).

Die unwahre Begründung einer Kündigung lässt diese nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht als solche missbräuchlich werden.

Eine unwahre, unvollständige oder fehlende Begründung begründet noch keine Vermutung, die Kündigung sei (aus einem anderen Grund) missbräuchlich, kann dafür aber ein Indiz darstellen (BGE 121 III 60 E. 3d).

Vorliegend muss aber nicht einmal untersucht werden, ob die behaupteten Gründe tatsächlich wahr sind, denn der Kläger versäumte, die angeblichen wahren Gründe zu behaupten. Spätestens an der Hauptverhandlung begründete die Beklagte ausführlich die Kündigung, sodass der Kläger nunmehr hätte die wahren Kündigungsgründe angeben können. Dies tat er nicht. Der Kläger kann sich aber nicht mit der Aussage begnügen, alle angegebenen Gründe seien unzutreffend und die Kündigung sei daher missbräuchlich.

Keine Fürsorgepflichtverletzung kann der Beklagten ferner vorgeworfen werden dadurch, dass X., Verwaltungsratspräsident einer anderen Niederlassung der Beklagten, den Brief des Klägers nicht beantwortete oder dass Y., dem Personalberater und Headhunter, welcher den Kläger bei der Beklagten vermittelte, keine Auskunft über die Kündigungsgründe erteilt wurde. Gegenüber letzterem durfte die Beklagte aus datenschutzrechtlichen Überlegungen keine Aussage tätigen. Sodann gehörte es nicht zur Aufgabe von X., Stellung zu nehmen zu einer Kündigung, die von der Beklagten ausgesprochen wurde.

Der Kläger fordert eventualiter für den Fall, dass die Kündigung nicht rechtsmissbräuchlich sei, dass die Beklagte aufgrund der massiven Verletzung der Fürsorgepflicht im Zusammenhang mit der Kündigung zu Schadenersatz zu verurteilen sei. Der Kläger sei über die Kündigungsgründe vollständig im Unklaren gelassen worden, was zu einer tiefen Verunsicherung und zu einem Absturz geführt habe. Er sei daran psychisch zerbrochen, wie aus dem Arztzeugnis hervorgehe. Der Kläger sei heute invalid und werde seinen Beruf nicht mehr ausüben können, weshalb der Schaden immens sei, sodass die geltend gemachten Fr. 133 755.– ein angemessener Schadenersatz darstellen.

Es kann offen bleiben, ob die Beklagte die Kündigungsgründe dem Kläger bekannt gab, da weder das Verweigern eines Kündigungsgesprächs noch die Nichtbekanntgabe der effektiven Kündigungsgründe rechtswidrig ist oder gar eine Fürsorgepflichtverletzung darstellt.

Die schuldhafte Verletzung der – die Pflicht zum Schutz der Persönlichkeit des Arbeitnehmers umfassenden – Fürsorgepflicht würde den Arbeitgeber nach Art. 97 Abs. 1 OR schadenersatzpflichtig werden lassen (vgl. BK-REHBINDER, a.a.O., N. 25 zu Art. 328 OR). Dabei hat der Arbeitnehmer den Schaden, die Vertragswidrigkeit (Sorgfaltspflichtverletzung) und den adäquaten Kausalzusammenhang zwischen beiden zu beweisen.

Vorliegend substantiiert der Kläger den Schadenersatz keineswegs, sondern behauptet lediglich, der Schaden sei immens, da er heute invalid sei und seinen Beruf nicht ausüben könne. Daher seien die geltend gemachten Fr. 133 755.– ein angemessener Schadenersatz. Betreffend Ausführungen zum Kausalzusammenhang wird auf das Arztzeugnis verwiesen.

Eine Sorgfaltspflichtverletzung besteht, wie aufgezeigt wurde, nicht, wobei der Kläger nicht wirklich begründet, inwiefern diese verletzt wurde.

Daher ist die Klage in Bezug auf den Schadenersatzanspruch infolge Verletzung der Fürsorgepflicht abzuweisen.

Arbeitsgericht Zürich, Urteil vom 14. September 2011, in: Entscheide des Arbeitsgerichts Zürich 2011 Nr. 24

Art. 15 L-GAV (Landes-Gesamtarbeitsvertrag des Gastgewerbes); vom Arbeitnehmer gewollte Mehrarbeit. Zur Wahrung des Schutzzwecks von zwingendem Recht ist es nicht rechtsmissbräuchlich, wenn eine Partei nachträglich die Ungültigkeit einer Vertragsbestimmung wegen eines Verstosses gegen zwingendes Recht geltend macht (vorliegend 41-Stunden-Woche als zwingende gesamtarbeitsvertragliche Bestimmung), obwohl sie der Bestimmung zugestimmt hat, ansonsten der Arbeitnehmer des Sozialschutzes auf dem Wege über Art. 2 ZGB wieder verlustig ginge. Vorliegend erscheint dieses Verhalten jedoch nicht schützenswert. Denn der Arbeitnehmer hat der Vereinbarung betr. Mehrarbeit nicht nur zugestimmt, sondern sie im eigenen Interesse und in Kenntnis ihrer Unzulässigkeit selbst vorgeschlagen und damit beim Rechtserwerb unredlich gehandelt. Anders zu betrachten sind diejenigen Stunden, welche nicht mehr als blossе Überstunden, sondern als Überzeit im Sinne des Arbeitsgesetzes bewertet werden müssen (Art. 9 ArG). Dem Arbeitnehmer ist die Arbeitszeit, welche 50 Stunden pro Woche überschritt, nachträglich nochmals zu vergüten, und zwar mit einem Zuschlag von 25% nach Art. 13 ArG.

Sachverhalt:

Der Kläger war in der Küche eines Gastronomiebetriebes zuerst als Teilzeitmitarbeiter, dann als Vollzeitmitarbeiter im Monatslohn tätig. Entgegen der vereinbarten Arbeitszeit gemäss L-GAV von 41 Stunden pro Woche bzw. 44 Stunden im Kleinbetrieb wurde der Kläger deutlich mehr als diese Zeit beschäftigt. Zudem war er regelmässig an sechs Tagen pro Woche im Einsatz. Nach seinem Austritt machte er die geleisteten Überstunden geltend.

Aus den Erwägungen:

Wie aus den zwingenden Bestimmungen von Art. 15 L-GAV hervorgeht, ist die Vereinbarung einer längeren als der von den Sozialpartnern vorgesehenen Wochenarbeitszeit unzulässig. Dies war den Parteien beim Vertragsschluss bekannt. Entsprechend hätte der Kläger lediglich 41 Stunden pro Woche leisten dürfen und allfällige darüber hinausgehende Stun-

den wären als Überstunden zu behandeln bzw. auszuzahlen gewesen. Die 41 Stunden pro Woche ergeben sich deshalb, weil es sich beim Beklagten – entgegen der eigenen Auffassung – nicht um einen Kleinbetrieb handelt: Die Beklagte beschäftigt gemäss Angaben des Verwaltungsrates dauerhaft vier Voll- und vier Teilzeitangestellte, während für einen Kleinbetrieb neben dem Arbeitgeber höchstens vier Vollangestellte oder maximal sechs Angestellte (inkl. Teilzeitbeschäftigung und Aushilfen) mit insgesamt maximal 400 Stellenprozenten zulässig wären (Kommentar zum L-GAV, Stand 1. Januar 2007).

Ob der Kläger, der die unzulässige Absprache selber angeregt hatte, sich nachträglich auf die für ihn günstigere gesamtarbeitsvertragliche Arbeitszeitbeschränkung berufen kann, ist im Lichte von Art. 2 ZGB zu prüfen:

Nach Art. 2 Abs. 2 ZGB findet der offenbare Missbrauch eines Rechts keinen Rechtsschutz. Dieser Artikel verhindert die Durchsetzung bloss formaler Rechte, wenn sie in offensichtlichem Widerspruch zu elementaren ethischen Anforderungen steht. Unter anderem gilt es als rechtsmissbräuchlich, wenn eine Partei durch ihr Verhalten ein Vertrauen des Partners begründet und ihn zu entsprechenden Dispositionen veranlasst, das Vertrauen später jedoch durch entgegengesetztes Verhalten enttäuscht (*venire contra factum proprium*). So kann die Berufung auf die Nichtigkeit einer Vereinbarung, der der Betreffende selber zugestimmt hat, rechtsmissbräuchlich sein. Wenn sich eine Partei nachträglich auf zwingende arbeitsrechtliche Grundsätze beruft, liegt dagegen grundsätzlich kein Rechtsmissbrauch vor. Denn wenn die Rechtsordnung einer gesetzlichen Regelung so grosse Bedeutung zumisst, dass sie diese der Parteidisposition entzieht, kann die Durchsetzung der gesetzlichen Regelung an sich nicht als rechtsmissbräuchlich qualifiziert werden (OGer AG, JAR 1993 S. 175). Zur Wahrung des Schutzzwecks von zwingendem Recht ist es deshalb nicht rechtsmissbräuchlich, wenn eine Partei nachträglich die Ungültigkeit einer Vertragsbestimmung wegen eines Verstosses gegen zwingendes Recht geltend macht, obwohl sie der Bestimmung zugestimmt hat, ansonsten der Arbeitnehmer des Sozialschutzes auf dem Wege über Art. 2 ZGB wieder verlustig ginge (H. HONSELL, in: Honsell/Vogt/Geiser, BSK, 4. Aufl., Basel 2010, N. 44 zu Art. 2 ZGB).

Der Kläger, der gestützt auf den L-GAV die Einhaltung der 41-Stunden-Woche bzw. die Entschädigung der darüber hinaus gehenden Arbeitsstunden fordert, beruft sich auf eine zwingende gesamtarbeitsvertragliche Bestimmung. Im vorliegenden Fall erscheint dieses Verhalten jedoch auch unter Berücksichtigung vorstehender Grundsätze nicht schützenswert. Denn der Kläger hat der Vereinbarung nicht nur zugestimmt, sondern sie im eigenen Interesse und in Kenntnis ihrer Unzulässigkeit selber vorgeschlagen und damit beim Rechtserwerb unredlich gehandelt (vgl. auch BGE 81 II 627 ff., 632 E. 3). Ein solches Verhalten kann keinen gerichtlichen Schutz finden. Dies muss umso mehr gelten, als Art. 15 Abs. 1

L-GAV auch nicht eine absolute Obergrenze der zulässigen Arbeitszeit festsetzt, sondern lediglich die Normarbeitszeit bestimmt, welche die Parteien – unter Berücksichtigung der Absätze 2 bis 8 des nämlichen Artikels – im Rahmen von Überstundenarbeit durchaus überschreiten können. Aus den gleichen Gründen kann der Kläger auch keine Entschädigung für nicht gewährte Ruhetage einfordern, wurden doch auch diese nur deswegen nicht anberaunt, weil der Kläger selbst um eine Sechstageswoche gebeten hatte.

Anders zu beachten sind diejenigen Stunden, welche nicht mehr als blosser Überstunden, sondern als Überzeit im Sinne des Arbeitsgesetzes bewertet werden müssen (Art. 9 ArG). Denn im Gegensatz zu den arbeitsrechtlichen Bestimmungen stellt das Arbeitsgesetz nicht nur einen sozialen Rahmen für die privatrechtliche Vertragsfreiheit dar, sondern begrenzt diese mit öffentlich-rechtlichen Mitteln, um eine angemessene Lebensqualität zu gewährleisten. Insofern finden die arbeitsgesetzlichen Schutzbestimmungen auch (und gerade) Anwendung auf Personen, die bereit sind, Arbeitszeiten von gesundheitsgefährdendem Ausmass zu leisten. So gilt die Überstundenregelung etwa auch als Gesamtobergrenze bei Mehrfachbeschäftigungen (R. A. MÜLLER, Kommentar zum Arbeitsgesetz, Zürich 2009, N. 1 zu Art. 9 ArG). Vorliegend kann die Beklagte dem Kläger deshalb betreffend Überzeit den Vorwurf des Rechtsmissbrauchs nicht entgegenhalten, sondern hat den Vertrag, den sie in bewusster Missachtung arbeitsgesetzlicher Vorschriften abgeschlossen hat, gegen sich gelten zu lassen. Dem Kläger ist die Arbeitszeit, welche 50 Stunden pro Woche überschritt, somit nachträglich nochmals zu vergüten, und zwar mit einem Zuschlag von 25% nach Art. 13 ArG.

Arbeitsgericht Zürich, Urteil vom 19. September 2011, in: Entscheide des Arbeitsgerichts Zürich 2011 Nr. 19

Art. 340 OR, Beschränkung des Konkurrenzverbots. Fehlt eine Beschränkung in örtlicher Hinsicht vollständig, führt dies nicht dazu, dass das Konkurrenzverbot nichtig ist. Nach Art. 340a Abs. 2 OR muss der Richter ein übermässiges Konkurrenzverbot auf das erlaubte Mass herabsetzen. Das gilt auch dann, wenn eine örtliche (auch zeitliche oder gegenständliche) Beschränkung vollständig fehlt.

Sachverhalt:

Die beiden beklagten Anlageberater waren vor dem Arbeitsverhältnis mit der Schweizerischen Zweigniederlassung einer international tätigen Gruppe vornehmlich in Deutschland tätig. Nach ihrem Austritt wechselten die Beklagten zu einem ehemaligen Kunden der Klägerin in Deutschland. Zu prüfen war die Auslegung eines unvollständigen Konkurrenzverbotes.

Aus den Erwägungen:

Das Konkurrenzverbot gemäss Art. 340 Abs. 1 OR ist nach Ort, Zeit und Gegenstand angemessen zu begrenzen, so dass eine unbillige Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens des Arbeitnehmers ausgeschlossen ist (Art. 340a Abs. 1 OR). Entscheidend ist dabei, ob das Konkurrenzverbot das wirtschaftliche Fortkommen des Arbeitnehmers in einer Weise beeinträchtigt, dass es sich durch die Interessen des Arbeitgebers nicht mehr rechtfertigen lässt (BGE 130 III 353 E. 2).

Zunächst ist festzuhalten, dass das Konkurrenzverbot in zeitlicher Hinsicht auf zwei Jahre beschränkt ist. Diese Dauer ist vertretbar und nicht zu beanstanden.

Das Konkurrenzverbot ist örtlich im extensivsten Fall auf das Gebiet zu beschränken, in dem sich der frühere Arbeitgeber betätigt hat und darf sicher nicht darüber hinausgehen (CHRISTOPH NEERACHER, Das arbeitsvertragliche Konkurrenzverbot, Bern 2001, S. 50). Wenn allerdings seine räumliche Ausdehnung für den Arbeitnehmer zu einer ungebührlichen Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens führt, ist es unsittlich (LUKAS COTTI, Das vertragliche Konkurrenzverbot, Freiburg 2001, S. 51/52).

Eine Beschränkung in örtlicher Hinsicht fehlt vollständig. Dies führt allerdings nicht dazu, dass das Konkurrenzverbot einfach nichtig ist, wie ein Teil der Lehre postuliert. Was die materiellen Erfordernisse in Bezug auf die Verbindlichkeit des Konkurrenzverbots betrifft, ist von einem zwischen den Parteien gültig zustande gekommenen Konkurrenzverbot auszugehen, auch wenn eine schriftliche Umschreibung des räumlichen Gebiets gänzlich fehlt (ZR 103 [2004] Nr. 42, S. 170). Das Bundesgericht entschied, in diesem Fall müsse die zulässige Schranke nach richterlichem Ermessen festgelegt werden (BGE 91 II 372). Nach Art. 340a Abs. 2 OR muss der Richter ein übermässiges Konkurrenzverbot auf das erlaubte Mass herabsetzen. Das gilt auch dann, wenn eine örtliche (auch zeitliche oder gegenständliche) Beschränkung vollständig fehlt (NEERACHER, a.a.O., S. 63).

Die Klägerin ist eine Schweizer Bank, die auch Geschäftsstellen im Ausland hat. Gemäss ihrem Internetauftritt hat sie in verschiedenen andern Ländern Standorte, nicht aber in Deutschland. Die Beklagten demgegenüber waren nach Beendigung ihrer Tätigkeit bei der Klägerin in Deutschland tätig.

Besonders unter Berücksichtigung des Umstands, dass sich der berufliche Schwerpunkt der Beklagten vor und nach dem Arbeitsverhältnis mit der Klägerin in Deutschland befunden hat oder befindet, dürfte eine Ausdehnung des Konkurrenzverbots auf die ganze Schweiz jedenfalls noch als angemessen betrachtet werden. Damit stellt sich die Frage, ob es zusätzlich noch Deutschland und damit den grössten Teil des deutschsprachigen Raums umfassen dürfte. Nur dann wäre es für diesen Streit relevant. Dies ist zu verneinen. Das Resultat hätte eine unbillige Einschränkung des be-

ruflichen Fortkommens der beiden Beklagten zur Folge, welche beide in Deutschland aufgewachsen und den grösseren Teil ihrer beruflichen Karriere dort verbracht haben. Es kommt dazu, dass sich die Klägerin laut ihrem eigenen Auftritt in ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit vornehmlich auf die Schweiz, Liechtenstein, Österreich und ein paar weitere Staaten konzentriert und an diesen Orten auch Zweigstellen besitzt.

Der Einwand, die Finanzwelt gehöre zu den am meisten globalisierten Wirtschaftszweigen, ist zweifellos richtig, aber nicht stichhaltig, denn das hätte konsequenterweise nur noch weltweit gültige Konkurrenzverbote zur Folge. Mit dem Argument der Globalisierung lässt sich deshalb eine Ausdehnung des Konkurrenzverbots auf Deutschland nicht rechtfertigen. Es ist vielmehr auf die Schweiz zu beschränken. Damit ist die logische Folge, dass die Beklagten mit ihrer nachvertraglichen Tätigkeit das Konkurrenzverbot so oder so nicht verletzt haben können.

Arbeitsgericht Zürich, Urteil vom 13. Dezember 2011, in: Entscheide des Arbeitsgerichts Zürich 2011 Nr. 6

Art. 322d OR; Bonus: Gratifikation oder Lohnbestandteil? Bei fehlender Akzessorietät (die Gratifikation erreicht regelmässig einen höheren Betrag als der Lohn) darf angenommen werden, dass im Umfang des nochmaligen Fixlohnes (vorliegend Fr. 280 000.–) der Bonus eigentliches Leistungsentgelt darstellt. Im Mehrbetrag ist dagegen von einer blossen Zusatzvergütung auszugehen, auf welche kein Rechtsanspruch besteht.

Die Bedingung der ungekündigten Stellung im Zeitpunkt der schriftlichen Bonusmitteilung ist ungültig, soweit der Bonus als Lohnbestandteil zu qualifizieren ist. Der Arbeitnehmer hat daher einen pro rata-Anspruch auf den Bonus.

Sachverhalt:

Der Kläger war bei einer Bank in leitender Stellung. Er erhielt einen jährlichen Fixlohn von Fr. 280 000.– sowie einen Bonus (siehe dazu unten). Nach Gesprächen wurde er freigestellt. Die Beklagte ging in der Folge von einer einvernehmlichen Auflösung aus. Als der Kläger dagegen protestierte, kündigte sie ihm darauf per Ende September 2009. Der Kläger forderte u.a. weiteren Bonus für das Jahr 2008 in der Höhe von Fr. 140 000.– und Fr. 427 500.– für das Jahr 2009. Er geht davon aus, der Bonus habe über drei Jahre hinweg ca. 200% des Basissalärs betragen, weshalb der Bonus gemäss Rechtsprechung zum Lohnbestandteil geworden und somit auch für die Jahre 2008 und 2009 geschuldet sei.

Aus den Erwägungen:

Gemäss Reglement sind die persönliche Leistung und der Beitrag zum gegenwärtigen und künftigen Erfolg des Unternehmens zu berücksichtigen. Diese Regelung überlässt der Beklagten zwar nicht nur in Bezug auf die Entscheidungsgrundlage zur Bezahlung eines Bonus einen erheblichen Ermessensspielraum, sondern auch in Bezug auf die Bestimmung der Höhe. Trotzdem hat der Kläger im Jahr 2005 einen Bonus von Fr. 560 000.–, im Jahr 2006 von Fr. 600 000.–, im Jahr 2007 von Fr. 550 000.– und im Jahr 2008 von Fr. 183 000.– erhalten. Dies zeigt, dass die Bonuszahlungen über drei Jahre hinweg beinahe gleich hoch waren. Sogar im Jahr 2008, in dem die Beklagte – unbestrittenermassen – unter der Finanzkrise litt, wurde ein Bonus, wenn auch ein tieferer, ausbezahlt. In diesem Jahr hätte die Beklagte durchaus einen Grund gehabt, einen Bonus zu verweigern, dennoch bezahlte sie einen. Ob der Freiwilligkeitsvorbehalt unter diesen Umständen als nicht ernst gemeinte Floskel verstanden werden müsste oder ob die Überprüfung der anderen Komponenten zur Bestimmung des Bonus, neben dem Geschäftsergebnis, welches offensichtlich ein Ermessenskriterium für den Bonus war, zum Ergebnis führen würde, dass doch ein erheblicher Ermessensspielraum der Beklagten vorhanden war, kann dahingestellt bleiben. Der Freiwilligkeitsvorbehalt ist ohnehin aufgrund der fehlenden Akzessorietät als nicht beachtlich zu qualifizieren.

In BGE 129 III 276 ff. hielt das Bundesgericht fest, dass sich eine Gratifikation, welche sich wegen ihrer Höhe trotz der vereinbarten Freiwilligkeit als das eigentliche Entgelt für die Arbeit erweise, welche somit nicht bloss akzessorisch sei, zumindest teilweise zum Lohn im Rechtssinne werde. Dies könne nicht einfach in einer festen Verhältniszahl zwischen dem vereinbarten Lohn und der freiwilligen Gratifikation liegen. Ob die fragliche Leistung für die Parteien zur entscheidenden Entschädigung für die Arbeitsleistung und damit zum Lohn geworden oder eine blosser Zusatzvergütung zum Lohn sei, hänge überdies von ihrer Regelmässigkeit ab. Der blosser akzessorische Charakter erscheine kaum mehr gewahrt, wenn die Gratifikation regelmässig einen höheren Betrag erreiche als der Lohn. In BGE 131 III 615 führte das Bundesgericht sodann aus: «Somit ist ein im Vergleich zum Lohn sehr hoher Betrag, ein gleich hoher oder den Lohn übersteigender Betrag, der regelmässig bezahlt wurde, als variabler Lohnbestandteil zu betrachten, selbst wenn der Arbeitgeber die Freiwilligkeit vermerkt hat. Dies betrifft die höheren Einkommen.» Dies hätte zur Folge, dass ein Freiwilligkeitsvorbehalt nicht zu beachten wäre und ein solcher Bonus nach dreimaligem Ausrichten zum Lohnbestandteil würde.

Im Entscheid AN080738 begrenzte das Arbeitsgericht Zürich diese Rechtsprechung jedoch dahingehend, dass es nicht sein könne, dass Arbeitnehmende mit hohen, zum Teil exorbitant hohen Boni einen mindestens umfangmässig weit besseren Schutz geniessen sollen als solche mit

einem kleinen Bonus, vor allem wenn – wie vorliegend – der Fixlohn schon auf einem sehr hohen Level sei. Es sei zudem fraglich, ob Boni von mehreren hunderttausend oder Millionen Franken bei einem höheren Fixlohn überhaupt noch in voller Höhe als Entgelt für eine Arbeitsleistung bezeichnet werden können (wie das der Lohn im Rechtssinne ja eigentlich sei). Solche Vergütungen hätten mit Leistung oft nicht mehr viel zu tun, sondern seien eher Markt- und Gewinnmechanismen mit oft volatilem Charakter unterworfen (vgl. Urteil vom 18. Dezember 2009 des Arbeitsgerichtes Zürich, Prozess Nr. AN080738; vgl. auch Obergericht mit Urteil vom 14. September 2011, Prozess LA100002).

Es darf daher angenommen werden, dass im Bereich des nochmaligen, schon hohen Fixlohnes ein eigentliches Leistungsentgelt vorliegt, somit im Bereich von Fr. 280 000.– brutto. Darüber hinaus ist jedoch bloss von einer Zusatzvergütung auszugehen, auf welche der Kläger für das Jahr 2008 keinen Anspruch hat. Es ist gerichtsnotorisch, dass sich die Finanz- und Wirtschaftslage, auch für die Beklagte, im Jahr 2008 dramatisch verschlechtert hat, weshalb es nicht angeht, lediglich von einer Reduktion von 25% des Bonus vom Jahr 2007 auszugehen, wie das der Kläger macht.

Für den Bonus des Jahres 2009 gilt dasselbe. Die Beklagte kann sich beim Betrag von vorliegend über Fr. 280 000.– auf ihr Reglement stützen, welches nur einen Bonus ausbezahlt, wenn weder der Arbeitnehmer noch das Unternehmen zum Zeitpunkt der schriftlichen Bonusmitteilung das Arbeitsverhältnis gekündigt haben. Für den Betrag unter Fr. 280 000.– gilt, dass eine Bedingung wie die ungekündigte Stellung im Zeitpunkt der schriftlichen Bonusmitteilung ungültig ist, wenn der Bonus – wie vorliegend – als Lohnbestandteil angesehen wird (BGE 4C.426/2005 E. 5.2.1; BGE 4C.395/2005 E. 5.3). Für 2009 steht dem Kläger pro rata bis 30. September 2009 somit ein Bonus von Fr. 210 000.– brutto zu (Fr. 280 000.–, ./ 12 × 9).

In der Folge wurden dem Kläger die Differenzen für die Jahre 2008 und 2009 zugesprochen.

D. Bibliografie

Zusammengestellt von
PIA BUSER, MLaw

Bibliografie des schweizerischen Arbeitsrechts im Jahre 2011

Siehe die Rezensionen zu Publikationen dieser Bibliografie in ArbR 2012.

I. Umfassende Darstellungen

- a) BRÄUNLICH KELLER, IRMTRAUD: Arbeitsvertrag – vom Vertrag bis zur Kündigung, 11. Aufl., Beobachter Verlag, Zürich 2011.
- b) GEISER, THOMAS/HÄFLIGER, BENEDIKT: Entwicklungen im Arbeitsrecht, in: SJZ 2011, S. 336 ff.
- c) SCHÜRER, HANS UELI: Arbeit und Recht, 11. Aufl., Zürich 2011, 328 S.
- d) SCHÜRER, HANS UELI/SCHÜRER, CHRISTOPH: Arbeitsrecht im Betrieb – 200 Fragen und Antworten, Männedorf 2011, 138 S.
- e) UEBE, WESSELINA/GEISER, THOMAS: Arbeitsrecht, in: Kellerhals/Baumgartner (Hrsg.), Wirtschaftsrecht Schweiz–EU, Zürich/St. Gallen 2011, S. 139 ff.

II. Übergreifende Darstellungen und Sammelbände

- a) IMBACH HAUMÜLLER, DIANA: Whistleblowing in der Schweiz und im internationalen Vergleich – Bestandteil einer effektiven internen Kontrolle?, Zürich/Basel/Genf, 380 S.
- b) WILDHABER, ISABELLE: Das Arbeitsrecht bei Umstrukturierungen (Habil.), Zürich 2011, 484 S.

III. Individualarbeitsrecht

1. Pflichten des Arbeitnehmers

- a) BALMER, JOHANNES: Mitarbeitenden-Bindung und Geheimnisschutz über arbeitsvertragliche Konkurrenzverbote, in: ius.full 2011, S. 93 ff.
- b) HIRSIGER, RENÉ: Ausgewählte Fragen zu vereinbarten Leistungszielen im Einzelarbeitsverhältnis, in: ArbR 2011, S. 87 ff.
- c) HIRSIGER, RENÉ: Die Zielvereinbarung im Arbeitsverhältnis (Diss.), Bern 2011, 432 S.
- d) KÄLIN, THOMAS/KIRCHHOFF, KERSTIN: Whistleblowing – Eine Anleitung, in: Jusletter vom 20. Juni 2011.

- e) MERKL, GEORG: Der Schutz von ausländischen Whistleblowern im US-Finanzmarktrecht – Implikationen für Schweizer Arbeitnehmer und für den Vorentwurf des Bundesamts für Justiz, in: ARV 2011, S. 165 ff.

2. Pflichten des Arbeitgebers

- a) GEISER, THOMAS: Interne Untersuchungen des Arbeitgebers – Konsequenzen und Schranken, in: AJP 2011, S. 1047 ff.
- b) SUBILIA, OLIVIER: Quelle valeur pour un certificat de travail?, in: ZZP 2011, S. 511 ff.
- c) WYLER, RÉMY: La responsabilité civile de l'employeur: y compris en ce qui concerne les actes de ses organes auxiliaires, in: ARV 2011, S. 249 ff.

3. Lohnfragen

- a) BRÄNDLI, SANDRA/STENGEL, MANUEL: Währungsfragen im Zusammenhang mit dem Lohn von Grenzgängern, in: Tanner/Siebeneck/Brändli (Hrsg.), Schweiz und Europa – Auswirkungen auf Wirtschaft, Recht und Gesellschaft, Bern 2011, S. 337 ff.
- b) CHAPPUIS, BENOÎT: Bonus des dirigeants: la jurisprudence du Tribunal fédéral à l'épreuve des règles de la FINMA, in: La pratique contractuelle 2, Genève 2011, S. 91 ff.
- c) HENNENBERGER, FRED/RIEDER, STEFAN: Bemessung der Entschädigung bei echter Arbeit auf Abruf, in: AJP 2011, S. 1057 ff.
- d) MORF, ROGER PETER: Lohn und besondere Vergütungsformen im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis (Diss.), Bern 2011, 402 S.
- e) MÜLLER, ROLAND: Honorierung von Verwaltungsräten aus rechtlicher Sicht, in: ZBJV 2011, S. 113 ff.
- f) REICH, MARKUS: Rückerstattung von übersetzten Boni und anderen Lohnzahlungen, in: ASA 2011, S. 109 ff.
- g) REITER, CATHERINE: Verzicht des Arbeitnehmers auf die nicht gemäss Art. 321c Abs. 3 OR wegbedungene Vergütung für bereits geleistete Überstunden, in: AJP 2011, S. 946 ff.
- h) RUDOLPH, ROGER: Neuere Entwicklungen im Bonusrecht, in: TREX 2011, S. 92 ff.
- i) SENTI, CHRISTOPH: Leistungslohn oder Gratifikation?, in: ARV 2010, S. 1 ff.
- j) VON DER CRONE, HANS CASPAR: Salärgovernance und Markt für Führungskräfte, in: FS Rolf H. Weber, Bern 2010, S. 331 ff.

4. Vertragsänderung und Übergang des Arbeitsverhältnisses

- a) BAISCH, RAINER: Arbeitnehmerschutz bei M&A Transaktionen und Sanierungen, in: Jusletter vom 20. Juni 2011.
- b) KREUTZ, DENISE: Sozialpläne – Zweck, Inhalt und Auswirkungen in einem Nachlassstundungs- bzw. Konkursverfahren, in: Jusletter vom 21. Februar 2011.

5. Kündigung

- a) DORMANN, AGNES: Die Zulässigkeit und die Rechtsfolgen einer Kündigung bei einem Verstoss gegen Kündigungsbeschränkungen, in: AJP 2011, S. 1069 ff.
- b) EHRENSTRÖM, PHILIPPE: Système de réforme des indemnités en cas de résiliation de rapports de travail de droit privé, in: Jusletter vom 20. Juni 2011.
- c) HUMBERT, DENIS G.: Die missbräuchliche Kündigung im Spannungsfeld zwischen Kündigungsfreiheit, Generalklausel von Art. 336 OR und Fürsorgepflicht des Arbeitgebers, in: AJP 2011, S. 1471 ff.
- d) MOCK, PATRICK: La notion de licenciement collectif, in: Questions de droit, Centre Patronal, Lausanne 2011, no. 70, S. 7 ff.
- e) PÄRLI, KURT: Missbräuchliche Kündigung – Sanktionen wenig abschreckend, in: Plädoyer 3/11, S. 33 ff.
- f) PEYER, PATRIK R./SCHAUB, ROLAND: Umsetzung des FINMA-Rundschreibens «Vergütungssysteme» bei Banken, in: SJZ 2011, S. 149 ff.
- g) RUDOLPH, ROGER: Konflikte am Arbeitsplatz und Kündigung, in: ARV 2011, S. 77 ff.
- h) SCHWAAB, JEAN CHRISTOPHE: Les règles de l'OIT sur la protection contre le licenciement, in: Jusletter vom 20. Juni 2011.
- i) VON KAENEL, ADRIAN: Grundlagen der Massenentlassung und des Sozialplanes, in: Sanierung und Insolvenz von Unternehmen, Zürich/Basel/Genf 2011, S. 1 ff.

IV. Geschlechtergleichheit

HÄNNI, PETER/HUSMANN, MARKUS: Gleichstellungsrecht zwischen Frauen und Männern in der EU, in: Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht, Bern 2011, S. 39 ff.

V. Besondere Arbeitsverhältnisse

- a) DERUNGS, VITUS: Ausbildungsentschädigung im Fussball und Hockey (Diss.), Bern 2011, 314 S.
- b) MEIER-GUBSER, STEFANIE: Lehrvertrag und jugendliche Arbeitnehmer, in: TREX 2011, S. 358 ff.
- c) MEIER-GUBSER, STEFANIE: Teilzeitarbeit – Mögliche arbeitsrechtliche Stolpersteine, in: TREX 2011, S. 22 ff.
- d) RUDOLPH, ROGER/WIESLI, CAROLINE: Fristlose Kündigung und Beschäftigungsanspruch eines Profi-Fussballers, in: Jusletter vom 22. August 2011.

VI. Öffentliches Arbeitsrecht

- a) BEYELER, JEAN-MARC: Quelques questions concernant les travailleuses qui allaitent, in: Questions de droit, Centre Patronal, Lausanne no. 71, S. 3 ff.
- b) MARTENET, VINCENT: La protection contre le tabagisme passif à l'épreuve du fédéralisme: questions choisies de droit fédéral et genevois, in: AJP 2011, S. 479 ff.
- c) MÜLLER, ROLAND/VON GRAFFENRIED, CAROLINE: Unterschiede zwischen privatrechtlicher und öffentlich-rechtlicher Anstellung, in: recht 2011, S. 156 ff.
- d) RIEDI, BRABARA: Whistleblowing in der Bundesverwaltung, in: Der Schweizer Treuhänder 2011, S. 741 ff.
- e) SCHEFER, MARKUS/HESS-KLEIN, CAROLINE: Die Gleichstellung von Menschen mit Behinderung bei Dienstleistungen, in der Bildung und in Arbeitsverhältnissen, in: Jusletter vom 19. September 2011.
- f) UEBERSCHLAG, JAKOB: Recht auf entlohnte Stillpausen – quo vadis?, in: ARV 2011, S. 260.
- g) VÖGELI, ANDREAS: Bundesgesetz gegen die Schwarzarbeit – erste Erfahrungen in der Praxis, in: AJP 2011, S. 1183 ff.

VII. Arbeitsgerichtsbarkeit und Rechtsprechung

- a) BEYELER, JEAN-MARC: L'arbitrage en matière de conflits du travail, in: Questions de droit, Centre Patronal, Lausanne 2011, no. 67, S. 3 ff.
- b) DIETSCHY, PATRICIA: Les conflits de travail en procédure civile suisse, Bâle 2011, 507 S.
- c) GEISER, THOMAS: Arbeitsrechtliche Rechtsprechung 2010, in: AJP 2011, S. 243 ff.

- d) KOLLER, THOMAS: Die arbeitsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2009, in: ZBJV 2011, S. 406 ff.
- e) MILANI, DOMINIK: Die Geltendmachung von Entschädigungsansprüchen infolge Anstellungsdiskriminierungen bei privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen im erstinstanzlichen Entscheidverfahren, in: ArbR 2011, S. 39 ff.
- f) PIETRUSZAK, THOMAS: Betriebsübergang bei Arbeitsverhältnissen im Konzern: Urteil des EuGH vom 21. Oktober 2010 Rs. C-242/09 («Albron Catering») und die Rechtslage in der Schweiz, in: ARV 2011, S. 23 ff.
- g) REITER, MATTHEW/WIDMER, LAURA: Schweizerisches Bundesgericht, Urteil vom 17. März 2011 (4A_483/2010) i.S. Gewerkschaft X. c. A. AG, sowie Obergericht des Kantons Solothurn, Urteil vom 16. Juli 2010 (ZKAPP.2009.74), in: AJP 2011, S. 1103.
- h) RIEDER, STEFAN: Whistleblowing als Menschenrecht – Urteil des EGMR stärkt Whistleblowern den Rücken, in: Jusletter vom 28. November 2011.
- i) RUDOLPH, ROGER: Besprechung des Urteils des Bundesgerichts vom 15. Juli 2011, I. zivilrechtliche Abteilung, Beschwerde in Zivilsachen (BGE 4A_42/2011), in: ARV 2011, S. 273.
- j) RUDOLPH, ROGER: Die neue bundesgerichtliche Rechtsprechung zum Kündigungsschutz, in: Jusletter vom 20. Juni 2011.

VIII. Europäisches und Internationales Recht

- a) EPINEY, ASTRID/METZ, BEATE/MOSTERS, ROBERT: Das Personenfreizügigkeitsabkommen Schweiz–EU, Zürich 2011, 188 S.
- b) EPINEY, ASTRID/MOSTERS, ROBERT: Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit und ihre Implikationen für das Freizügigkeitsabkommen Schweiz–EU, in: Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht, Bern 2011, S. 75 ff.
- c) GROSSEN, DIETER/DÄPP, STEFAN: Personenfreizügigkeit, in: Kellerhals/Baumgartner: Wirtschaftsrecht Schweiz–EU, Zürich/St. Gallen 2011, S. 171 ff.
- d) PORTMANN, WOLFGANG: Information und Konsultation der Arbeitnehmerschaft – Anwendung, Umsetzung und Weiterentwicklung der Richtlinie zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer in der Europäischen Gemeinschaft, in: FS Rolf H. Weber, Bern 2011, S. 167 ff.

IX. Sozialversicherungsrecht

- a) BLOETZER, STÉPHANE: Le suicide d'un travailleur: un accident du travail?, in: Questions de droit, Centre Patronal, Lausanne 2011, no. 71, S. 8 ff.
- b) BURTSCHERT, BRUNO/KÜHN, STEFAN: Whistleblowing für Pensionskassen, in: Der Schweizer Treuhänder 2011, S. 398 ff.
- c) CARCAGNI ROESLER, ROMINA/FISCHER, ALEXANDER: Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, in: Baker & McKenzie (Hrsg.), Entwicklungen im schweizerischen Wirtschaftsrecht 2010–2011, Zürich 2011, S. 89 ff.

X. Verschiedenes

- a) DEVEAUD-PLÉDRAN, MARIE: Le harcèlement dans les relations de travail – Etude pluridisciplinaire de la question du harcèlement suivie d'une étude comparée entre le droit suisse et quelques législations étrangères, Genève/Zürich/Bâle 2011, 386 S.
- b) EGLI, URS: Soziale Netzwerke und Arbeitsverhältnis, in: Jusletter vom 17. Januar 2011.
- c) GEISER, THOMAS: Weiterbildung im Arbeitsrecht, in: recht 2011, S. 118 ff.
- d) MICHIG, MATTHIAS: Die gemeinnützige Arbeit – ein Auslaufmodell?, in: ZSR 2011, Halbbd. 1, H. 5., S. 595 ff.
- e) MÜLLER, ROLAND/STENGEL, MANUEL: Berufsbekleidung im Arbeitsrecht – Vorschriften, Kostentragung, Depot, in: AJP 2011, S. 222 ff.
- f) PÄRLI, KURT: Neues beim arbeitsrechtlichen Diskriminierungsschutz – mit einem Seitenblick auf die Entwicklung in der Europäischen Union, in: Jusletter vom 7. Februar 2011.
- g) PORTMANN, WOLFGANG/STREULI-NIKOLIĆ, IVANA: Zur Verjährung von Forderungen aus positiver Vertragsverletzung im Fall von Spätschäden – Ein Problem insbesondere auch des Arbeitsrechts, in: ArbR 2011, S. 13 ff.
- h) SENTI, CHRISTOPH: Die Geschäftsführung bei der GmbH – Schnittstellen zwischen Arbeits- und Gesellschaftsrecht, in: AJP 2011, S. 18 ff.
- i) SETHE, ROLF: Compliance, Whistleblowing und Critical Incident Reporting, in: FS Rolf H. Weber, Bern 2011, S. 189 ff.
- j) STÖCKLI, JEAN-FRITZ: Arbeitsvertragliche Regelung der Weiterbildung, in: ArbR 2011, S. 117 ff.

E. Verzeichnisse

Gesetzesregister

Artikel	Seite	Artikel	Seite
<i>1. ArG (Arbeitsgesetz, BG über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel, SR 822.11)</i>		<i>8. BBV (Berufsbildungsverordnung, VO über die Berufsbildung, SR 412.101)</i>	
3	442	68a	310–311
9	442, 601	<i>9. BGG (Bundesgerichtsgesetz, BG über das Bundesgericht, SR 173.110)</i>	
12	442	42	141
13	442, 601	72	241, 301
20a	596	82	301
<i>2. ArGV 1 (Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz, SR 822.111)</i>		83	241
9	442	<i>10. BGSA (BG gegen die Schwarzarbeit, BG über Massnahmen zur Bekämpfung der Schwarzarbeit, SR 822.41)</i>	
13	189–190	14	261
25	442	15	261
<i>3. ATSG (BG über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts, SR 830.1)</i>		<i>11. BV (Bundesverfassung, SR 101)</i>	
19	534	9	406
<i>4. AuG (BG über die Ausländerinnen und Ausländer, SR 142.20)</i>		29a	310–311
117	332	178	310–311
<i>5. AVG (Arbeitsvermittlungsgesetz, BG über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih, SR 823.11)</i>		<i>12. FamZG (Familienzulagengesetz, BG über die Familienzulagen, SR 836.2)</i>	
1	527–528	13	186
<i>6. AVV (Arbeitsvermittlungsverordnung, VO über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih, SR 823.111)</i>		<i>13. FamZV (Familienzulagenverordnung, VO über die Familienzulagen, SR 836.21)</i>	
1	527–528	10	186
2	527–528	<i>14. aGestG (Gerichtsstandsgesetz, BG über den Gerichtsstand in Zivilsachen, AS 2000 2360)</i>	
3	527–528	7	226, 288
<i>7. BBG (Berufsbildungsgesetz, BG über die Berufsbildung, SR 412.10)</i>		12	288
60	241, 301, 310–311	21	226
		24	226, 288

Artikel	Seite	Artikel	Seite
<i>15. GVG/ZH (Gerichtsverfassungsgesetz des Kantons Zürich, Nr. 211.1)</i>		329d	359–360, 561–562, 596
13	586	333	249, 555
		335	201, 495–496
		335c	150
<i>16. GlG (Gleichstellungsgesetz, BG über die Gleichstellung von Frau und Mann, SR 151.1)</i>		335f	175, 221–222
3	267	336	150, 156, 221–222, 274, 354, 359–360, 424–425, 506, 591, 597
5	267		
7	322	336a	221–222, 351
		336c	141, 201, 544
		337	143, 193, 205, 359–360, 435, 454, 549, 577–578
<i>17. IPRG (BG über das Internationale Privatrecht, SR 291)</i>		337c	121, 171, 325–326, 359–360, 454, 577–578
20	372		
		337d	577–578
<i>18. OR (Obligationenrecht, SR 220)</i>		340	461–462, 603
12	503	340a	461–462, 603
16	503	340c	181, 461–462, 594
32	495–496	341	359–360, 570–571
42	236	343	479
49	156, 205, 351	357	424–425
60	485–486	359	359–360
82	435	361	359–360
115	297	362	121, 359–360
135	322	412	527–528
319	461–462, 534, 561–562	418u	383
320	261, 503	423	367
321a	354, 367, 461–462	464	367
321b	125, 367	716a	495–496
321c	211, 442, 447		
322	439–440, 503	<i>19. PartG (Partnerschaftsgesetz, BG über die eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare, SR 211.231)</i>	
322a	561–562	4	221–222
322d	402, 447, 561–562, 605	10	221–222
324	201, 534		
324a	141, 325–326, 473, 577–578	<i>20. PG/GR (Personalgesetz, Gesetz über das Arbeitsverhältnis der Mitarbeitenden des Kantons Graubünden, Nr. 170.400)</i>	
324b	534, 534	10	406
327a	189–190		
328	156, 205, 351, 447, 597		
329a	505		

Artikel	Seite	Artikel	Seite
<i>21. SchKG (BG über Schuldbetreibung und Konkurs, SR 281.1)</i>		<i>24. UVG (BG über die Unfallversicherung, SR 832.20)</i>	
293	249	49	534
<i>22. StGB (Schweizerisches Strafgesetzbuch, SR 311.0)</i>		<i>25. ZGB (Schweizerisches Zivilgesetzbuch, SR 210)</i>	
70	261	2	319, 359–360, 415, 601
320	389	4	221–222
<i>23. SVG (Strassenverkehrsgesetz, SR 741.01)</i>		27	354
83	485–486	28	288

Stichwortverzeichnis

1. Stichwörter in deutsch (in Klammern in französisch)

A

- Abfindungszahlung 249
- Abgangschädigung 11, 65, 68
- abgelaufenes Geschäftsjahr 396
- Abrechnungsperiode 505
- Abrede, neue 503
- Abschöpfung
 - des erzielten Gewinns (remise du gain) 367
- absolute Verjährungsfrist 485–486
- Abzocker-Initiative 10 f., 42
- AHV-Revision 58
- Akten- und Rechnungslegungsrecht 9 f.
- Aktivlegitimation der paritätischen Berufungskommission (légitimation active d'une commission professionnelle paritaire) 301
- Akzessorietät 605
- Allgemeinverbindlicherklärungen vom Bundesrat erklärt 85 ff.
- Allgemeinverbindlicherklärungen vom EVD genehmigt 88 ff.
- Allgemeinverbindlicherklärung von GAV 301
- Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung 16, 20, 57 ff., 61 f., 94, 83, 85
- Amtsgeheimnis 389
- analoge Anwendung 424–425
- Änderung des Vertrags 439–440
- Änderungskündigung, missbräuchliche 591
- Angestellte, leitende 125
- Annahme, vorbehaltlose 439–440
- Anordnung von Überstunden 236
- Anschein der Einheit (apparence d'unité) 306
- Anspruch auf Familienzulagen (droit à des allocations familiales) 186
- Ansprüche aus dem Vertrag 506
- Anspruchsgrundlagen, auf mehreren gestützte Klagen (action à double fondement) 226
- Anstellung, bisherige 137
- Anstellungsverfahren (procédure de recrutement) 332
- Antrag zu einer Lohnkürzung 439–440
- Anwendung von GAV (application d'une CCT) 301
- Arbeit, probeweise (travail à titre d'essai) 332
- Arbeitgeber(s)
 - ehemaliger (ancien employeur) 214, 226, 249
 - Haftung des (responsabilité de l'employeur) 226
 - Pflicht zur Konsultation der Arbeitnehmervertretung (devoir de l'employeur de consulter la représentation des travailleurs) 175
 - Rückforderungsrecht des 505
 - Wohnung beim 236
- Arbeitnehmer(s) 175
 - betagter 591
 - einer Versicherungsgesellschaft 383
 - Kreditwürdigkeit des 117
 - Konkurrenzverbot des (prohibition de concurrence du travailleur) 367
 - Lohnanspruch eines ausländischen (prétentions salariales du travailleur étranger) 261
 - Mitwirkungsrechte der (droits de participation des travailleurs) 175
 - unwürdige Behandlung des 594
 - Verschulden des 131–132
- Arbeitnehmervertretung (représentation des travailleurs) 175
- Arbeitsbedingungen, schlechte 594
- Arbeitsbewilligung, fremdenrechtliche 261
- Arbeitserzeugnis(es), Kontrolle des 131–132
- Arbeitsgesetz 18, 43 ff.
- Arbeitsinspektion, eidgenössische 46
- Arbeitskämpfe 79 ff.
- Arbeitskommission, eidgenössische 46
- Arbeitskräfteerhebung, schweizerische 236
- Arbeitsleistung 505
- Arbeitslosenquote 22

Arbeitslosenversicherung 4 f., 19, 40, 61
 Arbeitslosigkeit 22
 Arbeitsmarkt 21, 26, 30, 34 f., 51, 62, 81, 85
 Arbeitsmarktstatistik 113
 Arbeitsplatz, Überwachung am 111
 Arbeitsverhältnis(es)
 – Beendigung des 297, 442
 – öffentlich-rechtliches (rapport de travail de droit public) 406
 – Übergang 249
 Arbeitsversuch 62
 Arbeitsverweigerung 435
 Arbeitsvermittlung, private 527–528
 Arbeitszeit 23, 33, 45, 83, 85, 87 ff.
 Arbeitszeitgesetz 47
 Arzt 115
 Assistentin 236
 Ausbaugewerbe 86 f.
 Ausbildung 415
 Auskünfte, zweckdienliche (renseignements utiles) 175
 Ausländerstatistik 69
 Ausländische Arbeitnehmer 69
 ausländischer
 – Arbeitnehmer 261
 – Stellenbewerber (candidat étranger) 332
 Auslegung von GAV (interprétation d'une CCT) 301
 Ausnahmen von der Beitragspflicht (exception à l'obligation de contribuer) 241
 Aussendienstmitarbeiter 214
 Auswertung des Kundenstamms 383
 Autogewerbe 88

B

Bankengesetz 12 f., 86
 Bauarbeitenverordnung 63
 Bau-Facharbeiter 435
 Bauhauptgewerbe 77, 82
 Bauhauptgewerbe, Landesmantelvertrag für das (Convention nationale pour le secteur principal de la construction) 301, 435
 Beendigung des Arbeitsverhältnisses 297, 442

Befolgungspflicht, Verletzung der 125
 befristete Vertragsdauer 338–339
 Begehren, arbeitsrechtliche und persönlichkeitsrechtliche 288
 Begrenzung, zeitliche des Konkurrenzverbots 214
 begründeter Anlass 594
 Begründetheit der Klage 166
 Behauptungslast 479
 Beitragspflicht
 – Ausnahmen von der (exception à l'obligation de contribuer) 241
 – für kantonale Fonds (obligation de cotiser au fonds cantonal) 241
 Berechnungen des Ingenieurs 131–132
 Berufliche Vorsorge 19 f., 60, 65
 Berufsbildungsbeitrag (contribution de formation professionnelle) 310–311
 Berufsbildungsfonds (fonds en faveur de la formation professionnelle) 241, 301
 Berufsbildungsgesetz 52
 Berufsbildungsprojekt 52
 Berufserfahrung 137
 Berufsfeuerwehr 67
 Berufs- und Weiterbildung 49 ff.
 Berufsweltmeisterschaft 52
 Berufungskommission, paritätische (commission professionnelle paritaire) 301
 Beschäftigung, Interesse an einer tatsächlichen (intérêt à être effectivement occupé) 205
 Beschäftigungspolitik 33
 Beschränkung des Konkurrenzverbots 603
 Bestätigung der Rechtsprechung (rappel de la jurisprudence) 205
 betagter Arbeitnehmer 591
 Betreibungsregistrauszug 117
 betreuungsbedürftiges Haushaltsmitglied 236
 Betriebe einer Branche (entreprises d'une branche) 301
 Betriebserwerber 249
 Betriebsordnung 93
 Betriebsübergang 14
 Betriebsübernahme (transfert d'entreprise) 249
 Bevollmächtigung, gewillkürte 495–496

Beweis 479
 Beweiserleichterung 236
 Beweissicherung 503
 Bewerbungsunterlagen 527–528
 Bewilligung zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit (autorisation d'exercer une activité lucrative) 332
 Bilaterale Abkommen 24 ff., 64
 Bildungsbeitrag (contribution de formation professionnelle) 241, 301
 bisherige Anstellung 137
 Bologna-Prozess 50
 Bonus 338–339, 402, 605
 Bruttoinlandprodukt 21 f.
 Bundesamt für Statistik 236
 Bundespersonalgesetz 65 f.
 Bundespersonalpolitik 64
 Bundesrat (Conseil fédéral) 310–311
 Büropersonal 442

C

Chancengleichheit 36 f., 5
 Coiffeurbranche 84

D

Dach- und Wandgewerbe 87
 Daten
 – nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses 117
 – nicht berücksichtigter Bewerber 116
 Datenschutz 66 f.
 Dauerschaden 485–486
 Delegation der Geschäftsleitung 495–496
 Dienstrecht, kantonales 67
 Direktionsmitglied 137
 diskriminierungsfreier Lohn (rémunération non discriminatoire) 322
 Diskriminierungsverbot, individuelles 338–339
 doppelrelevante Tatsachen 166, 586
 Drittunternehmen (entreprise tierce) 367

E

echte Gesetzeslücke (lacune proprement dite) 322
 Effektivlöhne 81
 ehemaliger Arbeitgeber (ancien employeur) 226

Einblick in den Kundenkreis 214
 Einheit, Anschein der (apparence d'unité) 306
 Einziehung von Vermögenswerten (confiscation de valeurs patrimoniales) 261
 elektronisches Personaldossier 113
 Entschädigung 383, 442
 – wegen missbräuchlicher Kündigung 591
 Entscheidungskompetenz der Organisationen der Arbeitswelt (compétence décisionnelle de l'organisation du monde du travail) 310–311
 Entscheidungsmacht 442
 Entsendung – von Dienstleistungserbringern 28
 Ergänzungsleistungen 20, 56 f., 59 f.
 Erklärungsfrist 406
 Ersatzforderung 297
 Erwerber des Betriebes 249
 Erwerbsersatzordnung 59 f.
 Erwerbstätigkeit, Bewilligung zur Ausübung einer (autorisation d'exercer une activité lucrative) 332

F

Fachkräfteinitiative 3, 5, 26, 49
 Fähigkeiten, persönliche 214
 Fähigkeitsausweis 435
 Familienzulagen (allocations familiales) 186
 Familienzulagengesetz 59
 Feiertage 596
 Feiertagsentschädigung 596
 Ferien 479, 505, 596
 Ferienanspruch 42 f., 67, 89
 Flankierende Massnahmen 18, 29
 Flughafen 26
 Firmenzugehörigkeit, lange 591
 Forderungen, des Arbeitnehmers (créances du travailleur) 249
 Form, vertraglich vorbehaltene 503
 Forschung und Innovation 3, 15, 49 f.
 Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses, Unzumutbarkeit der 137
 Frankenstärke 3, 17, 40 f., 61
 «Frauen in Paarhaushalten» 236
 Freihandelsabkommen 16, 24
 Freizeitguthaben 396

Freizügigkeitsabkommen 27, 56 f.
 Fremdarbeiterregelung 70
 fremdenrechtliche Arbeitsbewilligung 261
 Frontoffice-Angestellter 338–339
 Fürsorgepflicht 274
 – erhöhte 591
 – Verletzung der 597
 Fussballspieler (footballeur) 205

G

Gartenbaugewerbe 83
 GAV
 – allgemeinverbindlich erklärter 301
 – Schutzfunktion des 424–425
 Gegenbeweis 479
 gekündigte Stellung des Arbeitnehmers,
 Kürzung des Bonus 338–339
 Geldspenden zuhanden des Personals 125
 Geltendmachung des Anspruchs 485–486
 Genehmigung von Überstunden 236
 Generalagent, selbständiger 383
 Genugtuung (indemnité pour tort moral)
 205, 485–486
 Gerichtsstand
 – des Wohnsitzes 288
 – für arbeitsrechtliche Klagen (for des
 actions fondées sur le droit du travail)
 226
 – teilzwingender (for partiellement
 impératif) 226
 Gesamtarbeitsvertrag, s. GAV
 Gesamtarbeitsverträge, 26, 29 f., 42, 79,
 81, 85 f., 88
 Gesamtarbeitsvertragsrecht 81
 Geschädigter 485–486
 Geschäftsbücher 396
 Geschäftsjahr, abgelaufenes 396
 Geschäftsleitung, Delegation der 495–
 496
 Gesetzesdelegationsnorm (clause de
 délégation législative) 310–311
 Gesetzeslücke, echte (lacune proprement
 dite) 322
 Gesundheitsdaten 115
 Gewerkschaft 7, 17, 67, 78 f., 80, 82 ff.,
 88
 gewillkürte Bevollmächtigung 495–496
 Gewinnabschöpfung (remise du gain) 367

Gewinnherausgabe (remise du gain) 367
 Gleichbehandlung der Geschlechter 36
 Gleichstellung 36 f., 39, 68
 Gleichstellungsgesetz (loi sur l'égalité)
 322
 Gleisbau 88
 Gratifikation 338–339, 605
 Grundbildung, berufliche 47, 52
 Gruppenvergleich 424–425
 Günstigkeitsprinzip 424–425

H

Haftung des Arbeitgebers (responsabilité
 de l'employeur) 226, 249
 Haftungsquote 131–132
 Handlungsbevollmächtigter (mandataire
 commercial) 367
 Haushaltshilfe 236
 Haushaltsmitglied, betreuungsbedürftiges
 236
 Herausgabepflicht (obligation de resti-
 tuer) 367
 Hochschulbildung 18, 50
 höhere leitende Tätigkeit 442

I

Individualarbeitsrecht 12, 35, 40 f.
 individuelles Diskriminierungsverbot
 338–339
 Informationssystem für die Arbeitsver-
 mittlung und die Arbeitsmarktstatistik
 113
 Ingenieur(s), Berechnungen des 131–132
 Initiativen 16
 Institutsleiter 439–440
 Interesse(n)
 – an einer tatsächlichen Beschäftigung
 (intérêt à être effectivement occupé)
 205
 – Wahrung berechtigter 389
 Internationale Arbeitskonferenz 32
 Internationale Arbeitsorganisation 32
 Internationale Beziehungen 24
 Invalidenrente 485–486
 Invaliditätsgrad 485–486
 IV-Revision 59, 62

J

Journalist 389

K

Kaderschule 439–440
Kausalzusammenhang 594
Kenntnis vom Schaden 485–486
Kinderbetreuung, familienergänzende 17, 38, 40
Klage(n)

- auf mehreren Anspruchsgrundlagen gestützte (action à double fondement) 226
- Begründetheit der 166
- materielle Beurteilung der 586

Klagenhäufung, objektive (cumul objectif d'actions) 226
Kollektives Arbeitsrecht 78
Kommanditgesellschaft 166
Kompetenzabgrenzungen 274
Konflikt zwischen Mitarbeitern 274
Konjunkturdaten 21
Konjunkturlage 21
konkludente(r)

- Verzicht 505
- Zustimmung 439–440

Konkurrenzverbot(s)

- Beschränkung des 603
- des Arbeitnehmers (prohibition de concurrence du travailleur) 367
- des Handlungsbevollmächtigten (prohibition de concurrence imposée au mandataire commercial) 367
- des Prokuristen (prohibition de concurrence imposée au fondé de procuration) 367
- Wegfall des 594
- zeitliche Begrenzung des 214

Konsultation der Arbeitnehmervertretung (consultation de la représentation des travailleurs) 175
Kontingente 26, 71
Kontrolle des Arbeitserzeugnisses 131–132
Konventionalstrafe (peine conventionnelle) 301
Krankenversicherung 62 ff.
Kreditwürdigkeit des Arbeitnehmers 117
Kundenkreis, Einblick in den 214
Kundenportefeuille 383
Kundenstamm 383

Kündigung

- aus wirtschaftlichen Gründen 505
- fristlose (résiliation immédiate) 205, 406
- gerechtfertigte fristlose (résiliation immédiate justifiée) 205
- Massenentlassung (licenciement collectif) 175
- missbräuchliche 274, 506, 591, 597
- ordentliche 379, 435, 495–496
- Rachekündigung 424–425
- Rechtzeitigkeit der fristlosen (respect du délai de licenciement immédiat) 406
- unwahre Begründung der 597

Kündigungsgespräch 597
Kündigungsgründe 597
Kündigungskompetenz 495–496
Kundschaft 214
Kurarbeitsentschädigung 4, 20, 22, 61
Kürzung des Bonus 338–339

L

Landesgesamtarbeitsvertrag des Gastgewerbes 601
Landesmantelvertrag für das Bauhauptgewerbe (Convention nationale pour le secteur principal de la construction) 301, 435
Lehrer (maître d'école) 406
Lehrkräfte 17, 69, 80
Leistungsentgelt 605
leitende Angestellte 125, 442
L-GAV 415, 601
LMV 301, 435
Logib 38
Lohn

- ausbezahlter (salaire payé) 261
- diskriminierungsfreier (rémunération non discriminatoire) 322
- reduzierter 439–440

Lohnbildung 42
Lohnanspruch(s) 503

- eines ausländischen Arbeitnehmers (prétentions salariales du travailleur étranger) 261
- Unpfändbarkeit des 297

Lohnbemessungskriterien 503
Lohnbestandteil 605

Lohndiskriminierung 38
 Lohndumping 17, 18, 41, 82
 Lohnentwicklung 18, 23
 Lohngleichheit 37 ff., 65, 68
 Lohnklasse 435
 Lohnkürzung 505
 Lohnmassnahmen 66
 Lohnreduktion 439–440
 Lohnstundung 439–440
 Lohntransparenz 116
 Lohnvergütung, variable 3, 9, 12
 Lohnzahlung(en) 505
 – Rückstand von 435
 Lösungsvorschläge zur Vermeidung der
 Kündigungen (propositions de solutions
 permettant d'éviter les congés) 175
M
 Mäklertätigkeit 527–528
 Maler- und Gipsergewerbe 82, 87
 Managed Care 63 f.
 Männerbeauftragter 37
 Massenentlassung (licenciement collectif)
 175
 Massnahmenpaket 3 ff., 40, 59
 materielle Beurteilung der Klage 586
 Mehrarbeit, gewollte 601
 Meldeverfahren 29
 Merkblatt
 – über Vollzugskostenbeiträge 99
 – zur Betriebsordnung 93
 Milderung der Folgen der Entlassungen
 175
 Mindestlohn 31, 41, 79, 81 ff., 87, 89
 Mindestlohn-Initiative 16, 79
 Mindestumwandlungssatz 19, 60
 Minusstunden 505
 Missbrauch im Bereich der Sozialhilfe
 389
 Mitarbeiter(n)
 – Konflikt zwischen 274
 – unterstellter 442
 Mitwirkungsrechte der Arbeitnehmer
 (droits de participation des travailleurs) 175
 Mobilität 51
 Motionen 17
 Muttergesellschaft (société-mère) 306
 Mutterschutz 32, 46

N
 Nachlassstundung (sursis concordataire)
 249
 Nacht- und Sonntagsarbeit 47
 NAV 424–425
 Nichteinhalten von Versprechungen 594
 Nominallohnindex 23
 Normalarbeitsvertrag 29
 Normalarbeitsvertrag, s. NAV
 Normalarbeitsverträge, Übersicht 72 ff.
O
 Oberaufsichtskommission berufliche
 Vorsorge 60
 objektive Klagenhäufung (cumul objectif
 d'actions) 226
 öffentlich-rechtliches Arbeitsverhältnis
 (rapport de travail de droit public) 406
 Öffentliches Arbeitsrecht 43
 Öffentliches Dienstrecht der Kantone 67
 Organisation der Arbeitswelt (organisa-
 tion du monde du travail) 310–311
 Organisations- und Geschäftsreglement
 495–496
 Organstellung 495–496
 örtliche Zuständigkeit (compétence à
 raison du lieu) 226
P
 Paarhaushalten, Frauen in 236
 Parlamentarische Initiativen 16
 Passivrauchen 44
 Pensionskassenausweis 112
 paritätische Berufskommission (commis-
 sion professionnelle paritaire) 301
 Personal(s), Geldspenden zuhanden des
 125
 Personaldossier, elektronisches 113
 Personalfonds 125
 Personalrecht des Bundes 64 f.
 Personalverleih 30, 85 f.
 Personalvorsorge 69
 Personenfreizügigkeit 18 f., 27 f., 48
 Personenschäden 3, 6 ff.
 persönliche Fähigkeiten 214
 persönlichkeitsrechtliche Begehren 288
 Persönlichkeitsverletzung (atteinte à la
 personnalité) 205, 288
 Pflegekraft 236

Pharma-, Chemie- und Dienstleistungsunternehmen 84
 post hoc ergo propter hoc 527–528
 Postulate 17
 Privatsphäre des Mitarbeiters 114
 private Arbeitsvermittlung 527–528
 pro rata-Anspruch 605
 probeweise Arbeit (travail à titre d'essai) 332
 professioneller Sportler (sportif professionnel) 205
 Prokurist (fondé de procuration) 367, 495–496
 Protesttag 79 f., 84

Q

Qualifikation des Vertragsverhältnisses 586
 Qualitätsmanagement-Handbuch 131–132
 Quellensteuerabkommen 25
 Quellensteuertarif 435

R

Rachekündigung 424–425
 Reallöhne 66
 Rechtfertigungsgrund der Wahrung berechtigter Interessen 389
 Rechtsmissbrauch 442
 Rechtssicherheit 485–486
 Rechtzeitigkeit der fristlosen Entlassung (respect du délai de licenciement immédiat) 406
 reduzierter Lohn 439–440
 Reformprojekte 3
 Reinigungsbranche 87
 relative Verjährungsfrist 485–486
 Rentenentscheid 485–486
 Rückforderungsrecht des Arbeitgebers 505
 Rückstand von Lohnzahlungen 435

S

Sans-Papiers 71
 SAKE-Statistiken 236
 Schaden 214, 485–486
 Schadenersatz 131–132, 297, 306, 485–486
 Schattenwirtschaft 47
 Scheinselbstständigkeit 30 f.

schlechte Arbeitsbedingungen 594
 schlüssiger Tatsachenvortrag 479
 Schreinerergewerbe 87
 Schriftlichkeit 503
 Schuldbetreibung und Konkurs 3, 13
 Schulrat 495–496
 Schutzfunktion des GAV 424–425
 Schwarzarbeit 19, 47 ff.
 Schwarzarbeit (travail au noir) 261
 sechzig Stunden Überzeit 442
 selbständiger Generalagent 383
 Senior Management Consultant 442
 Serviceangestellte 415
 Sicherheitsorgane 47
 Sorgfaltspflichtverletzung 131–132
 Soziale Sicherheit 19, 56, 64
 Sozialhilfe 389
 Sozialpartnerschaft 34, 66, 78, 81
 Sozialplanpflicht 14
 Sozialschutz 601
 Sozialversicherungsabkommen 64
 Sphärenvermischung 306
 Sportler, professioneller (sportif professionnel) 205
 Stabilisierungsmassnahmen 3
 Stagiaires 34
 Standesinitiativen 16
 Stellenbewerber, ausländischer (candidat étranger) 332
 strafrechtliche Einziehung eines Lohns (confiscation pénale du salaire) 261
 Strafregistrauszug 117
 Straftat 389
 Streik 79 ff.
 Stresshaftung 44
 Strukturreform 60
 Stundenlohn 596
 Stundung des Lohns 439–440
 Substanziierung 396
 Substanziierungslast 479
 Systemrelevanz 12

T

Tankstellenshops 45
 Tariflöhne > *siehe Mindestlöhne*
 Tätigkeit, höhere leitende 442
 Tatsachenvortrag, schlüssiger 479
 Teilzeitarbeit 35, 506

teilzwingender Gerichtsstand (for partiellement impératif) 226
Telearbeit 17, 68
Temporärbranche 84 ff.
Tochtergesellschaft (société-fille) 306
transitorische Passiven 396
Treuepflicht 125

U

Übergang des Arbeitsverhältnisses 249
Übergangsrecht (droit intertemporel) 310–311
Überstunden 601
– Beweis der Anordnung von 236
– Genehmigung von 236
– Nachweis der Notwendigkeit von 396
Übertragung des Betriebs 249
Überwachung am Arbeitsplatz 111
Überzeit 442, 601
Uhren- und Mikrotechnikindustrie 83
unbezahlter Urlaub (congé non payé) 186, 189–190
Unfall 485–486
Unfallversicherung 20, 62
Ungültigkeit einer Vertragsbestimmung 415
Universalsukzedentin 379
Unpfändbarkeit des Lohnanspruchs 297
Unterbrechung der Verjährung (interruption de la prescription) 322
Untergang der Forderung 415
unterstellter Mitarbeiter 442
Untersuchungsmaxime 479
unwahre Begründung der Kündigung 597
unwürdige Behandlung des Arbeitnehmers 594
Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses 137
Urlaub, unbezahlter (congé non payé) 186, 189–190

V

Ventilklausel 26 ff., 34
Verbandsklage (action par une organisation en vertu de l'art. 7 LEg) 322
Verbindlicherklärung eines Berufsbildungsfonds 241
Verjährung, Unterbrechung der (interruption de la prescription) 322

Verjährungsfrist
– absolute 485–486
– relative 485–486
Verjährungsrecht 3, 6 ff.
Verkehrsunfall 485–486
Verletzung
– der Befolgungspflicht 125
– der Persönlichkeit (atteinte à la personnalité) 205
Vermischung der Sphären der Mutter- und Tochtergesellschaft (confusion des sphères de la société-mère et de la société-fille) 306
Vermittlungsmäkler 527–528
Vermögenswerte, Einziehung von (confiscation de valeurs patrimoniales) 261
Verrechnung 297
Verschulden des Arbeitnehmers 131–132
Versicherungsgesellschaft 383
Versprechungen, Nichteinhalten von 594
Verstoß gegen zwingendes Recht 415
vertraglich vorbehaltene Form 503
Vertragsänderung 439–440
Vertragsdauer, befristete 338–339
Vertragsfreiheit 424–425
vertrauensärztliche Untersuchung 379
Vertrauensgrundlage, Zerstörung der 137
Vertrauensprinzip 338–339, 527–528
Vertretung 495–496
verwaltungsinterner Weg 389
Verwaltungsklage (action de droit administratif) 310–311
Verwaltungsrat 495–496
Verwaltungsverfügung (décision administrative) 310–311
Verwarnung 435
Verweigerung der Arbeit 435
Verwirkung 406
Verzicht 297, 415, 435, 505
Veterinärwesen, öffentliches 51
Vollzugskostenbeiträge 99
Volksinitiativen 16
Vorbehalt 297
vorbehaltlose Annahme 439–440
Vorstellungsgespräch 137

W

Wahrung berechtigter Interessen 389
Wegfall des Konkurrenzverbots 594

Wegleitung zum Bundesgesetz über
Familienzulagen (directives pour
l'application de la loi fédérale sur les
allocations familiales) 186

Weisung 125

Weiterbildung 18, 49, 54 ff.

Weiterbildungsgesetz 5, 49, 54 f.

Weltentwicklungsbericht 36

Wettbewerb (concurrence) 367

Whistleblower 389

Willkür 236, 396

wirtschaftliche Gründe 505

Wohnsitz(es), Gerichtsstand des 288

Wohnung beim Arbeitgeber 236

Z

Zeiterfassungsblätter 442

zeitliche Begrenzung des Konkurrenzver-
bots 214

zeitliche Nähe 594

Zeitpunkt der Qualifikation des Vertrags-
verhältnisses 586

Zerstörung der Vertrauensgrundlage 137

Zielvereinbarung 503

Zusatzvergütung 605

Zuschlag von 25% 601

Zuständigkeit

– des angerufenen Gerichts 166

– örtliche (compétence à raison du lieu)
226

– sachliche 586

Zustimmung

– der Mitarbeiter 495–496

– konkludente 439–440

Zweck der Mitwirkung der Arbeitnehmer
(but auquel tend la participation des
travailleurs) 175

zweckdienliche Auskünfte (renseigne-
ments utiles) 175

zwingendes Recht, Verstoß gegen 415

2. Stichwörter in französisch (der französisch- und italienisch- sprachigen Urteile)

A

abandon d'emploi 577–578

absence 577–578

abus de droit 319

accident 201

action

– à double fondement 226

– de droit administratif 310–311

administrateur 561–562

âge du travailleur 171

allaitement 473

ancien employeur 214, 226

apparence d'unité 306

arbitrage, arbitrage international 193

assurance

– -accidents 534

– facultative 325–326

– sociale 534

atteinte à la personnalité 156, 171, 205,
221–222

avenir professionnel 461–462

avertissement 549, 577–578

B

bénéfice 561–562

bonne foi 402, 577–578

bonus 402, 561–562

C

caractère relativement impératif 121

certificat

– de travail 319

– médical 141, 577–578

calcul du salaire 141

chauffeur 372

chiffre d'affaires 561–562

clause

– d'élection de for 193

– de délégation législative 310–311

– de non-concurrence 461–462

– de non-sollicitation de clientèle 461–
462

– de prohibition de débauchage 461–462

– dérogatoire 447

clientèle 461–462

collègue de l'autre sexe 267

compensation du salaire en nature 359–360
 compétence à raison du lieu 226
 concurrence 181, 461–462
 conflictuelle, situation 148
 confusion des sphères de la société-mère et de la société-fille 306
 congé, voir aussi «licenciement»
 – -maternité 473
 – non payé 189–190
 connaissances techniques 267
 conseil d'un avocat 570–571
 Conseil fédéral 310–311
 consultation
 – d'un médecin 473
 – des travailleurs 221–222
 contrat
 – d'administrateur 561–562
 – de licence 193
 contrat-type 359–360
 contribution de formation professionnelle 241, 310–311
 Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens (CNUJIE) 372
 coordination, disposition de 534
 cumul objectif d'actions 226
 cycliste professionnel 193

D

débauchage 461–461
 décision administrative 310–311
 déclaration de volonté soumise à réception 201
 délai
 – d'attente 534
 – de congé 561–562
 – de prescription 319
 – de protection 325–326, 544
 – de réflexion 570–571
 – pour procéder au licenciement immédiat 549
 dépendance aiguë 570–571
 détention préventive non fautive 473
 devoir de fidélité 354
 Directive 2001/23/CE du Conseil de l'Union européenne 555
 discrimination salariale 267
 disparité de traitement 267

disposition
 – de coordination 534
 – relativement impérative 359–360
 dommage 325–326, 577–578
 doute sérieux sur l'incapacité 577–578
 droit
 – constitutionnel 354
 – d'information et de participation 221–222
 – des assurances sociales 534
 – impératif 359–360
 – international public 372
 – intertemporel 310–311
 – règles du droit et de l'équité 221–222
 durée des rapports de travail 171

E

échéance
 – du délai de congé 359–360
 – ordinaire du contrat 325–326
 – plus lointaine 150
 égalité
 – de traitement 447
 – salariale entre femmes et hommes 267
 empêchement de travailler 473
 employé
 – du canton 143
 – subalterne 372
 employeur
 – ancien 214, 226
 – «formel» 461–462
 – «matériel» 461–462
 – public 143, 148
 – responsabilité de l' 226
 enfant 473
 équité, règle de l' 221–222
 État étranger 372
 exception à l'obligation de contribuer 241

F

faillite 555
 fardeau, renversement du 156
 fidélité, devoir de 354, 461–462
 fonction publique 143, 148
 fonds en faveur de la formation professionnelle 241
 footballeur 205

for 193

- des actions fondées sur le droit du travail 226
 - partiellement impératif 226
- force probante d'un certificat médical 141, 577–578

formation

- pendant le temps de travail 189–190
 - professionnelle 241, 310–311
- frais de représentation 201

G

garde d'un enfant malade 473
gratification 447, 561–562
groupe de sociétés 461–462

H

heures

- de formation 189–190
 - supplémentaires 211, 447
- honoraires 561–562

I

immunité

- de juridiction en matière de contrat de travail 372
 - diplomatique 372
- imprévision, théorie de l' 211
incapacité de travail 201, 325–326, 577–578

indemnité(s)

- en cas de licenciement 121, 221–222, 319, 351, 359–360, 454
- journalière 325–326, 534
- mensuelles de repas 201
- pour salaire en nature 359–360
- pour tort moral 205
- punitive 171

indice 156

information, droit d' 221–222

interdiction de concurrence 461–462

intérêt à être effectivement occupé 205

J

jure

- gestionis 372
 - imperii 372
- juste motif 143, 181, 193, 454, 461–462, 549, 577–578

L

liaison extraconjugale 143

liberté

- contractuelle 354, 447
 - d'association 354
 - de conscience et de croyance 354
 - économique 354
 - personnelle 354
- licence, contrat de 193
licenciement
- abusif 148, 150, 156, 221–222, 351, 359–360
 - anticipé 359–360
 - collectif 221–222
 - déclaration de volonté soumise à réception 201
 - en temps inopportun 544
 - immédiat 193, 205, 319, 359–360, 454, 549, 577–578
 - immédiat injustifié 121, 143, 171, 325–326
 - ordinaire 141, 181, 193, 201
- local insuffisamment aéré 156
logement 359–360

M

maladie 201, 325–326

mandataire professionnel 570–571

manquement grave 577–578

mariage du travailleur 473

maternité 473

mauvaises prestations de travail 577–578

médecin 201, 577–578

minimum, salaire 211

mission dans la représentation du pays 372

motif

- de licenciement 150, 156, 549
- juste 143, 181, 193, 454, 461–462, 549, 577–578

N

naissance d'un enfant 473

nourriture 359–360

O

obligation

- de cotiser au fonds cantonal 241
 - de fidélité 461–462
- organisation du monde du travail 310–311

P

participation, droit de 221–222
passage d'un examen professionnel 473
peine de base 171
performance déficiente 402
personnalité, atteinte à la 156, 205, 221–222
perte de la couverture d'assurance 325–326
peur de perdre l'emploi 570–571
pharmacienne diplômée 454
prédécesseur 555
prestation(s)
– de l'assurance 534
– de travail 534, 577–578
– distinctes du salaire 201
prétention pour tort moral 351
preuve 156
professionnel, sportif 205
prohibition de débauchage 461–462
prohibition de faire concurrence 181
punitif, indemnité 171

R

rapports de travail, transfert des 555
recevabilité d'un recours en matière civile 150
recours en matière civile
– exigences de motivation du 141
– recevabilité d'un 150
réflexion, délai de 570–571
règles du droit et de l'équité 221–222
remboursement dégressif du salaire payé 189–190
rémunération
– des heures supplémentaires 447
– équitable 211
– forfaitaire des heures supplémentaires 211
renonciation
– à se prévaloir d'un juste motif 549
– aux créances résultant de dispositions impératives 359–360
renversement du fardeau 156
réparation morale 156
représentation
– des travailleurs 221–222
– frais de 201
résidence permanente de l'employé 372

résiliation, voir «licenciement»
responsabilité
– de l'employeur 226
– solidaire 555
restaurant 555

S

salaire 189–190, 211, 534
– afférent aux vacances 359–360
– calcul du 141
– en nature 359–360
– minimum 211
– prestations distinctes du 201
– variable 561–562
salariale, discrimination 267
santé 156
secrétaire syndical 570–571
sexe, collègue de l'autre 267
situation
– conflictuelle 148
– sociale 171
société(s)
– concurrente 181
– -fille 306
– gérant une équipe cycliste internationale 193
– groupe de 461–462
– -mère 306
solde de vacances 561–562
solidaire, responsabilité 555
sollicitation de clientèle 461–462
sphère(s)
– confusion des 306
– d'influence 201
sportif professionnel 205
subrogation légale jusqu'à concurrence des salaires payés 534
supplémentaires, heures 211
surindemnisation 534
SUVA 534

T

temps inopportun 201
tensions au travail 143
théorie de l'imprévision 211
tort moral, indemnité pour 205, 351
transfert
– conventionnel du contrat de travail 156
– d'entreprise 555

- des rapports de travail 555
 - limité de contrat 156
- travail compensatoire 189–190
trois jours 473

U

unité, apparence d' 306

V

vacances 359–360

- pendant le délai de congé 561–562
- violation contractuelle 181

