

Inhaltsverzeichnis

Thematisches Verzeichnis.....	12
Allgemeine Literatur zum Arbeitsrecht.....	14
Abkürzungsverzeichnis.....	15
A. Gesetzgebung.....	21
Zusammengestellt von Dr. iur. KARIN KAUFMANN, Advokatin	
I. Allgemeines.....	23
1. Reformprojekte	23
a. Allgemeines	23
b. Verordnung zum Medizinalberufegesetz und Verordnung über die eidgenössischen Prüfungen der universitären Medizinalberufe	23
c. Hochschulrahmengesetz	24
d. Forschungsgesetz	25
e. Neue AHV-Versichertennummer	25
f. Versichertenkarte	25
g. Epidemiegesetz	26
2. Initiativen	26
a. Volksinitiativen (Zustandekommen)	26
b. Standesinitiativen.....	26
c. Parlamentarische Initiativen	27
3. Motionen und Postulate (Übersicht)	28
a. Arbeit und Bildung	28
b. Soziale Sicherheit	30
4. Konjunkturdaten und Arbeitsmarkt.....	33
a. Konjunkturlage	33
b. Arbeitslosigkeit.....	36
c. Lohnentwicklung	37
d. Arbeitszeit.....	38
5. Internationale Beziehungen.....	39
a. Bilaterale Verhandlungen	39
aa. Die bilateralen Abkommen	39
bb. Die Personenfreizügigkeit	41
cc. Die flankierenden Massnahmen	43
b. Internationale Arbeitsorganisation (IAO/ILO)	46
6. Stagiaires	47
II. Individualarbeitsrecht.....	48
1. Teilzeitarbeit	48
2. Gleichbehandlung der Geschlechter, Chancengleichheit	49
3. Whistleblowing	51
III. Öffentliches Arbeitsrecht.....	54

1. Änderungen des Arbeitsgesetzes und der Verordnungen zum Arbeitsgesetz (ArG)	54
a. Bauarbeitenverordnung	54
2. Schwarzarbeit	55
3. Berufs- und Weiterbildung	56
4. Soziale Sicherheit	60
a. Allgemeines	60
b. Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung (AHVG/IVG)	62
c. Ergänzungsleistungen (EL), Erwerbsersatzordnung (EO) und Familienzulagengesetz (FamZG)	66
d. Berufliche Vorsorge (BVG)	67
e. Arbeitslosenversicherung (AVIG)	68
f. Unfallversicherung (UVG) und Krankenversicherung (KVG)	69
g. Sozialversicherungsabkommen	71
h. Pandemie	72
5. Personalrecht des Bundes	73
6. Öffentliches Dienstrecht der Kantone	74
7. Ausländische Arbeitnehmer	76
a. Ausländerstatistik	76
b. Fremdarbeiterregelung	77
8. Zusammenstellung der Normalarbeitsverträge	78
IV. Kollektives Arbeitsrecht	84
1. Sozialpartnerschaft	84
2. Arbeitskämpfe	86
3. Gesamtarbeitsvertragsrecht	86
4. Vom Bundesrat allgemeinverbindlich erklärte Gesamtarbeitsverträge (Übersicht)	89
5. Vom EVD genehmigte kantonale Allgemeinverbindlich- erklärungen (Übersicht)	95

**B. Mitteilungen des Staatssekretariats für Wirtschaft (SECO)
und des Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeits-
beauftragten** **101**

Zusammengestellt von Dr. iur. HUBERT FRITSCH

Merk- und Informationsblätter des SECO 103

I. Kommentar Flankierende Massnahmen zur Personen- freizügigkeit; daraus: Erläuterungen zu einzelnen Bestimmungen des Obligationenrechts (OR)	103
Art. 330b OR Informationspflicht	103
Art. 360a OR B. Normalarbeitsvertrag, IV. Mindestlöhne, 1. Voraussetzungen	109

Art. 360b OR	2. Tripartite Kommissionen	117
Art. 360c OR	3. Amtsgeheimnis	122
Art. 360d OR	4. Wirkungen	124
Art. 360e OR	5. Klagerecht der Verbände	124
Art. 360f OR	6. Meldung.....	125
II.	Kommentar zur Verordnung 5 zum Arbeitsgesetz (Jugendarbeitsschutzverordnung; ArGV 5) (Fassung vom Dezember 2007).....	125
1.	Einleitung.....	125
2.	Erläuterung der einzelnen Artikel	127
	<i>Eidgenössischer Datenschutz- und Öffentlichkeits- beauftragter.....</i>	140
	Leitfaden für die Bearbeitung von Personendaten im Arbeits- bereich. Bearbeitung durch private Personen (Fassung vom August 2009).....	140
1.	Einleitung: Datenschutz am Arbeitsplatz	140
2.	Bearbeitung von Personendaten im Allgemeinen.....	140
2.1	Das Datenschutzgesetz.....	141
2.1.1	Allgemeine Bearbeitungsgrundsätze	141
2.1.2	Bearbeiten von Daten durch private Personen	142
2.1.3	Verantwortung	142
2.1.4	Folgen einer Persönlichkeitsverletzung	143
2.2	Das Obligationenrecht.....	143
2.2.1	Der Schutz der Persönlichkeit der Angestellten..	143
2.2.2	Beschränkung der Datenbearbeitung	144
2.3	Weitere Bestimmungen.....	144
3.	Welche Datenbearbeitungen sind erlaubt?	145
3.1	Das Bewerbungsverfahren	145
3.1.1	Stelleninserate	145
3.1.2	Bewerbungsunterlagen und -gespräche.....	145
3.1.3	Einstellungstests	147
3.1.4	Gesundheitsfragebogen/Versicherungen.....	147
3.1.5	Ärztliche Eignungsgutachten	148
3.1.6	Genetische Untersuchungen.....	148
3.1.7	Drogentests bei Lehrlingen	148
3.1.8	Personalvermittlung und -verleih	149
3.1.9	Nichtanstellung	150
3.2	Während des Arbeitsverhältnisses	150
3.2.1	Personaldossier.....	150
3.2.2	Anmeldepflicht für Personaldatensammlungen ..	150
3.2.3	Auskunftsrecht	151
3.2.4	Berichtigungsrecht	151
3.2.5	Bekanntgabe von Daten an Dritte	152
3.3	Nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses	153

3.3.1	Aufbewahrung.....	153
3.3.2	Personalvermittlung und -verleih.....	153
3.3.3	Auskunftsrecht	153
4.	Überwachungs- und Kontrollsysteme am Arbeitsplatz	154
4.1	Allgemeines	154
4.2	Einige Beispiele	154
4.3	Aufzeichnung von Telefondaten	155
4.3.1	Teilnehmernummern.....	155
4.3.2	Gesprächsinhalt.....	155
4.3.3	Verbot von Privatgesprächen	156
4.4	Überwachung aus Sicherheitsgründen	156
4.5	Richtlinien der Internationalen Arbeitsorganisation	156
5.	Schlusswort	157

C. Rechtsprechung..... 159

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

Bundesgericht

08.01.2008	4A_464/2007		161
17.01.2008	4A_330/2007		167
17.01.2008	4A_444/2007		171
22.01.2008	4C_74/2007		178
29.01.2008	4A_419/2007		180
05.02.2008	1C_183/2007	134 I 204	186
05.02.2008	4A_454/2007		189
14.02.2008	4D_76/2007		197
14.02.2008	4A_486/2007		200
18.02.2008	2C_695/2007		201
25.02.2008	2A.91/2007		203
28.03.2008	4A_87/2008		207
02.04.2008	4A_72/2008		211
02.04.2008	1C_358/2007		215
03.04.2008	6B_498/2007	134 IV 216.....	217
14.04.2008	1C_64/2008		228
16.04.2008	4A_109/2008		233
28.04.2008	4D_15/2008		236
29.04.2008	4A_47/2008	134 III 354.....	239
06.05.2008	4A_300/2007	134 III 399.....	245
09.05.2008	4A_187/2007		250
15.05.2008	1D_13/2007		254
20.05.2008	4A_32/2008		260

27.05.2008	4A_102/2008		266
28.05.2008	9C_171/2008		269
30.05.2008	4A_138/2008		271
04.06.2008	4A_73/2008		276
05.06.2008	9C_107/2008	134 V 297	279
13.06.2008	4A_163/2008		285
30.06.2008	2C_103/2008		290
02.07.2008	4A_199/2008		296
08.07.2008	4A_2/2008		300
09.07.2008	4A_214/2008	134 III 570	305
23.07.2008	4A_257/2008		310
31.07.2008	4A_209/2008		316
04.08.2008	U 50/07	134 V 428	319
19.08.2008	4A_40/2008		330
03.09.2008	2C_212/2008	134 II 265	335
12.09.2008	4A_279/2008		341
12.09.2008	4A_283/2008	134 III 541	347
23.09.2008	4A_86/2008		353
23.09.2008	4A_207/2008		359
24.09.2008	2C_85/2008; 2C_94/2008	134 II 329	362
25.09.2008	4A_308/2008		371
25.09.2008	4A_310/2008		377
25.09.2008	9C_547/2007	134 III 625	381
03.10.2008	8C_184/2008	134 I 269	389
06.10.2008	4A_325/2008		398
09.10.2008	4A_192/2008		404
29.10.2008	4A_236/2008		409
30.10.2008	2C_416/2008	134 II 341	415
07.11.2008	1C_234/2008		422
21.11.2008	4A_422/2008		426
02.12.2008	4A_291/2008		429
03.12.2008	4A_417/2008		436
08.12.2008	1C_186/2008		441
16.12.2008	4A_319/2008	135 III 162	454
BE			
OGer.	APH 08 366	22.10.2008	463
OGer.	APH 08 541	30.10.2008	469
BS			
GewSGer.	GS 2005/11	28.02.2008	474
GewSGer.	GS 2008/185	10.11.2008	480
GewSGer.	GS 2008/270	13.11.2008	482

FR

TC	A2 2007-38	04.01.2008.....	484
TC	102 2008-32	26.08.2008.....	489
TC	102 2008-48	12.09.2008.....	495
TC	102 2008-83 et 93	28.10.2008.....	499

GE

CAPH	CAPH/20/2008	04.02.2008.....	507
CAPH	CAPH/25/2008	12.02.2008.....	511
CAPH	CAPH/56/2008	14.03.2008.....	521
CAPH	CAPH/184/2008	17.10.2008.....	522
TRPH	TRPH/733/2008	24.11.2008.....	526

GR

KGer.	ZF 07 101	19.02.2008.....	536
KGer.	ZF 08 39	18.08.2008.....	540
KGer.	ZF 08 54	09.09.2008.....	542
KGer.	ZF 08 63	24.11.2008.....	545

LU

OGer.	11 07 143	14.04.2008.....	552
OGer.	11 08 40	06.06.2008.....	553
OGer.	11 08 61	29.09.2008.....	558
OGer.	11 08 84	17.11.2008.....	560
OGer.	11 08 74	24.11.2008.....	562

SG

KGer.	BZ.2007.65	03.01.2008.....	565
KGer.	BZ.2006.90	11.02.2008.....	569
KGer.	BZ.2007.77	08.04.2008.....	579
KGer.	VZ.2008.1	11.04.2008.....	587
KGer.	BZ.2008.13	19.06.2008.....	591
KGer.	BZ.2008.21	23.06.2008.....	597
KGer.	BZ.2008.12	22.09.2008.....	603
KGer.	BZ.2008.40	22.09.2008.....	609

TG

OGer.	ZBO.2008.17	18.11.2008.....	613

TI

TAPP	12.2007.245	29.01.2008.....	620
TAPP	12.2007.221	10.06.2008.....	622
TAPP	12.2007.258	16.06.2008.....	625

VD			
TC	CT02.018064	21.12.2007	631
TC	81/I	22.02.2008	642
TC	CT08.018838	12.08.2008	651
TC	387/I	21.08.2008	663
TC	501/I	31.10.2008	667
ZH			
OGer.	ZR 107 (2008) Nr. 66	25.10.2007	671
OGer.	LB070104-U	05.09.2008	673
OGer.	UK060185/U	11.11.2008	680
AGer.	Entsch. AGer Nr. 3	28.01.2008	689
AGer.	Entsch. AGer Nr. 8	01.02.2008	691
AGer.	Entsch. AGer Nr. 15	22.02.2008	693
AGer.	Entsch. AGer Nr. 16	08.04.2008	694
AGer.	Entsch. AGer Nr. 25	10.06.2008	696
AGer.	Entsch. AGer Nr. 1	11.06.2008	698
AGer.	Entsch. AGer Nr. 27	09.10.2008	700
AGer.	Entsch. AGer Nr. 6	05.12.2008	703
AGer.	Entsch. AGer Nr. 2	16.12.2008	704
D. Bibliografie			707
Zusammengestellt von Dr. iur. KARIN KAUFMANN, Advokatin			
I.	Umfassende Darstellungen		709
II.	Kommentare		709
III.	Übergreifende Darstellungen und Sammelbände		709
IV.	Individualarbeitsrecht		710
	1. Pflichten des Arbeitnehmers		710
	2. Lohnfragen		710
	3. Vertragsänderung und Übergang des Arbeitsverhältnisses		710
	4. Kündigung		710
V.	Geschlechtergleichheit		711
VI.	Besondere Arbeitsverhältnisse		711
VII.	Kollektives Arbeitsrecht		711
VIII.	Öffentliches Arbeitsrecht		711
IX.	Arbeitsgerichtsbarkeit und Rechtsprechung		712
X.	Europäisches und Internationales Recht		712
XI.	Sozialversicherungsrecht		712
XII.	Verschiedenes		713
E. Verzeichnisse			715
	Gesetzesregister		717
	Stichwortverzeichnis		721

Thematisches Verzeichnis

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

I. Individualarbeitsrecht

1. Entstehung des Arbeitsverhältnisses
 - a) Zustandekommen und Gültigkeit des Arbeitsvertrages 698, 704–705
2. Pflichten des Arbeitnehmers
 - a) Treuepflicht 260, 300, 511–512, 536, 579, 680–681, 689
 - b) Haftung des Arbeitnehmers bei Pflichtverletzungen 310, 371, 377, 499, 552, 620, 625, 680–681
3. Pflichten des Arbeitgebers
 - a) Lohnzahlungspflicht
 - aa) im Allgemeinen 161, 171, 245, 276, 330, 353, 404, 484, 609–610, 691
 - bb) besondere Lohnarten und Gratifikation 279, 285–286, 484, 569, 703
 - cc) Lohnanspruch trotz fehlender Arbeitsleistung 197, 236, 409–410, 429–430, 480, 482, 511–512, 522, 558, 663, 696
 - dd) Lohngleichheit zwischen Mann und Frau 203
 - b) Fürsorgepflicht 178, 290, 398–399, 474, 507, 526, 579, 591, 603, 631, 642–643, 680–681
 - aa) Schutz der Persönlichkeit 178, 290, 398–399, 507, 526
 - bb) Datenschutz 290, 642–643
 - cc) Ferien und Freizeit 245, 310, 371, 521, 569, 609–610
 - dd) Auslagen 495, 663
 - ee) Zeugnis und Referenz 228, 511–512, 540, 545, 693, 694
 - ff) Gleichbehandlung und Gleichstellung 167, 203, 215, 441, 474, 579
 - c) Haftung des Arbeitgebers bei Pflichtverletzungen 310, 341, 371, 398–399, 507, 526, 552, 587, 603, 642–643
4. Übergang des Arbeitsverhältnisses 469–470
5. Verzicht, Verjährung und Verwirkung 474, 691
6. Beendigung des Arbeitsverhältnisses
 - a) Kündigung
 - aa) im Allgemeinen 180, 211, 239, 422, 480, 482, 536, 542, 562, 613
 - bb) Massentlassung 463
 - cc) missbräuchliche Kündigung 171, 180, 211, 266, 271, 300, 341, 398–399, 426, 429–430, 463, 474, 526, 545, 565, 591, 631
 - dd) Kündigung zur Unzeit 228, 239, 422, 562, 565

- ee) ausserordentliche Kündigung 189, 200, 260, 296, 310, 371, 377, 404, 489, 499, 511–512, 536, 552, 579, 587, 620, 694, 696
 - ff) Sozialplan 271
 - gg) Aufhebungsvertrag 285–286, 422, 469–470, 480
 - b) nachwirkendes Konkurrenzverbot 316, 436, 622, 651–652, 700
 - 7. besondere Einzelarbeitsverhältnisse
 - a) Lehrvertrag 290, 310, 704–705
 - b) Handelsreisendenvertrag 625, 703
 - c) Personalverleih 250
 - d) Arbeit auf Abruf 698
 - 8. öffentlichrechtliches Dienstverhältnis 186, 422, 441
- II. Öffentliches Arbeitsrecht
- 1. Arbeitsschutzrecht
 - a) Geltungsbereich des Arbeitsgesetzes 201, 521
 - b) Arbeits- und Ruhezeit 201, 336, 521, 609–610
 - c) Sonderschutz für weibliche Arbeitnehmer 239, 269, 522
 - 2. ausländische Arbeitskräfte 319, 415–416, 454, 511–512
 - 3. Sozialversicherungsrecht 389–390, 553, 565
- III. Kollektives Arbeitsrecht
- 1. Koalitionsrecht 201, 217, 233, 347–348, 597
 - 2. Gesamtarbeitsvertragsrecht 233, 245, 347–348, 353, 359, 381, 389–390, 474, 482, 560, 597, 671, 673–674
 - 3. Arbeitskampfrecht 217
 - 4. Betriebliches Mitwirkungsrecht 463
- IV. Arbeitsgerichtsbarkeit
- 1. Zuständigkeit 239, 306, 667
 - 2. Verfahren 186, 201, 207–208, 236, 254, 276, 341, 362–363, 415–416, 545, 553, 651, 652

Allgemeine Literatur zum Arbeitsrecht

- A. ANDERMATT et al., Handbuch zum kollektiven Arbeitsrecht, Basel 2009
- G. AUBERT, Commentaire romand, Code des obligations I, Art. 319–362, Genf 2003
- A. BERENSTEIN/P. MAHON, Labour Law in Switzerland, 2. A., Bern usw. 2001
- D. BRAND et al., Der Einzelarbeitsvertrag im Obligationenrecht, Kommentar zu den Art. 319–346a, 361–362, Muri 1991
- J. BRÜHWILER, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, Art. 319–343, 2. A., Bern 1996
- CH. BRUNNER/J.-M. BÜHLER/J.-B. WAEBER/CH. BRUCHEZ, Kommentar zum Arbeitsvertragsrecht, 3. A., Basel 2005
- J.-L. DUC/O. SUBILIA, Commentaire du contrat individuel de travail, Lausanne 1998
- TH. GEISER/R. MÜLLER, Arbeitsrecht in der Schweiz, Bern 2009
- C. KAUFMANN/S. STEIGER-SACKMANN (Hrsg.), Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, 2. A., Basel 2009
- R. KUHN/G. KOLLER, Aktuelles Arbeitsrecht für die betriebliche Praxis, Zürich 1982 ff. (Loseblattausgabe)
- R. A. MÜLLER, ArG-Kommentar Arbeitsgesetz, 7. A., Zürich 2009
- W. PORTMANN, Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 319–362, 4. A., Basel 2007
- W. PORTMANN/J.-F. STÖCKLI, Schweizerisches Arbeitsrecht, 2. A., Zürich/St. Gallen 2007
- M. REHBINDER, Berner Kommentar, Bd. VI/2/2/1, Art. 319–330a, Bern 1985; Bd. VI/2/2/2, Art. 331–355, Bern 1992
- M. REHBINDER, Schweizerisches Arbeitsrecht, 15. A., Bern 2002
- A. STAEHELIN, Zürcher Kommentar, Bd. V/2/c, Art. 319–355, 361–362, Zürich 1996; Neuauflage Bd. V/2/c, Art. 319–330a, Zürich/Basel/Genf 2006
- J.-F. STÖCKLI, Berner Kommentar, Bd. VI/2/2/3, Art. 356–360, Bern 1999
- U. STREIFF/A. VON KAENEL, Arbeitsvertrag. Praxiskommentar zu Art. 319–362, 6. A., Zürich/ Basel/Genf 2006
- F. VISCHER, Der Arbeitsvertrag, 3. A., Basel 2005
- F. VISCHER/C. ALBRECHT, Zürcher Kommentar, Bd. V/2/c, Art. 356–360f, Zürich/Basel/Genf 2006
- R. WYLER, Droit du travail, 2. A., Bern 2008

Abkürzungsverzeichnis

A.	Auflage
a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
AG	Aargau
AGer	Arbeitsgericht
AHV	Alters- und Hinterlassenenversicherung
AHVG	BG über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (SR 831.10)
AHVV	Verordnung über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (SR 831.101)
AI	Appenzell-Innerrhoden
AJP	Aktuelle Juristische Praxis (Lachen)
ALCP	Accord sur la libre circulation des personnes (SR 0.142.112.681)
ALV	Arbeitslosenversicherung
ANAG	BG über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (SR 142.20)
AOC	Appellation d'Origine Contrôlée
AR	Appenzell-Ausserrhoden
ArGV 1	Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz (SR 822.111)
ArGV 2	Verordnung 2 zum Arbeitsgesetz (Sonderbestimmungen für bestimmte Gruppen von Betrieben oder Arbeitnehmern und Arbeitnehmerinnen; SR 822.112)
ArGV 5	Verordnung 5 zum Arbeitsgesetz (Jugendarbeitsschutzverordnung; SR 822.115)
Art.	Artikel
ARV	Zeitschrift für Arbeitsrecht und Arbeitslosenversicherung
ASM	Arbeitgeberverband der Schweizer Maschinenindustrie
ATF	Arrêt principal du Tribunal Fédéral
ATSG	BG über den allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (SR 830.1)
AVB	Allgemeine Versicherungsbedingungen
AVE	Allgemeinverbindlicherklärung
AVEG	BG über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (SR 221.215.311)
AVG	Arbeitsvermittlungsgesetz (SR 823.11)
AVIG	BG über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzentschädigung (Arbeitslosenversicherungsgesetz; SR 837.0)
AVOL	Arbeitsvolumenstatistik
AVR	Arbeitsvertragsreglement
AVV	Arbeitsvermittlungsverordnung (SR 823.111)
BB	Bundesbeschluss
BBG	Berufsbildungsgesetz (SR 412.10)
BBI	Bundesblatt
BBT	Bundesamt für Berufsbildung und Technologie
BBV	Berufsbildungsverordnung (SR 412.101)
BE	Bern
BFI	Bildung, Forschung und Innovation
BFM	Bundesamt für Migration
BFS	Bundesamt für Statistik
BG	Bundesgesetz
BGBM	BG über den Binnenmarkt (Binnenmarktgesetz; SR 943.02)
BGE	Leitentscheid des Bundesgerichts
BGer	Bundesgericht

BGG	Bundesgerichtsgesetz (SR 173.110)
BGSA	BG über Massnahmen zur Bekämpfung der Schwarzarbeit (BG gegen die Schwarzarbeit; SR 822.41)
BIGA	Bundesamt für Industrie, Gewerbe und Arbeit
BIP	Bruttoinlandprodukt
BJM	Basler Juristische Mitteilungen (Basel)
BK	Berner Kommentar
BL	Baselland
BPG	Bundespersonalgesetz (SR 172.220.1)
BPV	Rahmenverordnung zum BPG (SR 172.220.11)
BS	Basel-Stadt
BSK	Basler Kommentar
bspw.	beispielsweise
BSV	Bundesamt für Sozialversicherung
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (SR 101)
BVG	BG über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (SR 831.40)
BVV 3	Verordnung über die steuerliche Abzugsberechtigung für Beiträge an anerkannte Vorsorgeformen (SR 831.461.3)
ca.	circa
CAPH	Chambre d'appel des prud'hommes du Canton de Genève
CC	Code civil suisse (RS 210); Codice civile svizzero (RS 210)
CCL	Contratto collettivo di lavoro
CCNT	Convention collective nationale de travail
CCT	Convention collective de travail
CGP	Caisse générale de prévoyance
CIA	Concordat intercantonal sur l'arbitrage
CJCE	Cour de justice des communautés européennes
CJG	Cour de Justice de Genève
CNL	Contratto normale di lavoro
CO	Droit des obligations (RS 220)
Comedia	Die Mediengewerkschaft
CP	Code pénal (RS 311.0)
CPC	Codice di procedura civile (3.3.2.1)
Cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse (RS 101)
CTT	Contrat-type de travail
d.h.	das heisst
DAA	Dublin-Assoziierungsabkommen (SR 0.142.392.68)
DBG	Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer (SR 642.11)
DSG	Bundesgesetz über den Datenschutz (SR 235.1)
DTF	Decisioni del Tribunale federale
E.	Erwägung
EAK	Eidgenössische Arbeitskommission
EBA	Eidg. Berufsattest
ebd.	ebenda
EBG	Eidg. Büro für die Gleichstellung von Mann und Frau
EBITA	earnings before interest, taxes and amortization
EDF	Eidgenössisches Finanzdepartement
EDI	Eidg. Departement des Innern
EDÖB	Eidgenössischer Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragter
efd	Eidg. Finanzdepartement
EFTA	Europäische Freihandelsassoziation
EFZ	Eidg. Fähigkeitszeugnis
EG	Europäische Gemeinschaft

Eidg.	Eidgenössisches
EJPD	Eidg. Justiz- und Polizeidepartement
EKFF	Eidg. Koordinationskommission für Familienfragen
EL	Ergänzungsleistungen
ELK	Eidg. Leistungskommission
EMRK	Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (SR 0.101)
EntsG	BG über die minimalen Arbeits- und Lohnbedingungen für in die Schweiz entsandte Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer und flankierende Massnahmen (BG über die in die Schweiz entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer; SR 823.20)
EntsV	Verordnung über die in die Schweiz entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer (SR 823.201)
EO	Erwerbsersatzordnung
EOG	Erwerbsersatzgesetz (SR 834.1)
EOV	Verordnung zum Erwerbsersatzgesetz (SR 834.11)
EPA	Eidg. Personalamt
et al.	und andere
etc.	und die übrigen
ETH	Eidg. Technische Hochschule
EU	Europäische Gemeinschaft
EuGH	Europäischer Gerichtshof, auch Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften mit Sitz in Luxemburg
EVD	Eidg. Volkswirtschaftsdepartement
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
f./ff.	folgende/fortfolgende
FamZG	BG über die Familienzulagen (Familienzulagengesetz; SR 836.2)
FamZV	Verordnung zum BG über die Familienzulagen
FF	Feuille fédérale
Flexwet	(niederländisches) Flexibilitäts- und Sicherheitsgesetz
FoP-IV	Forschungsprogramm zur Invalidenversicherung
FR	Freiburg
FU	Foglio ufficiale
FusG	Fusionsgesetz (SR 221.301)
FZA	Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (mit Anhängen, Protokollen und Schlussakte; SR 0.142.112.681)
FZR	Freiburger Zeitschrift für Rechtsprechung
GAV FAR	Gesamtarbeitsvertrag für den flexiblen Altersrücktritt im Bauhauptgewerbe
GAV	Gesamtarbeitsvertrag
GBI	Gewerkschaft Bau und Industrie
GE	Genf
GeKo	Gewerkschaft Kommunikation
GestG	Gerichtsstandsgesetz (SR 272)
GewSGer	Gewerbliches Schiedsgericht
GGA	Geschützte Geographische Angabe
GL	Glarus
GlG	BG über die Gleichstellung von Frau und Mann (Gleichstellungsgesetz; SR 151.1)
GR	Graubünden
GUB	Geschützte Ursprungsbezeichnung

HFKG	BG über die Förderung der Hochschulen und die Koordination im schweizerischen Hochschulbereich
HIV	Humane Immundefizienz-Virus
HPV	Humane Papillomaviren
Hrsg.	Herausgeber
i.V.m.	in Verbindung mit
IAK	Internationale Arbeitskonferenz
IAO	Internationale Arbeitsorganisation
IGP	Indication Géographique Protégée
IIZ	Interinstitutionelle Zusammenarbeit
ILO	International Labour Organization
IPRG	Bundesgesetz über das internationale Privatrecht (SR 291)
IV	Invalidenversicherung
IVG	BG über die Invalidenversicherung (SR 831.20)
IVV	Verordnung über die Invalidenversicherung (SR 831.201)
JAR	Jahrbuch des Schweizerischen Arbeitsrechts
JdT	Journal des Tribunaux (Lausanne)
JU	Jura
KGer	Kantonsgericht
Kapers	Vereinigung des Kabinenpersonals
KEV	Kurzzeit-Erwerbsausfall-Versicherung
KGer	Kantonsgericht
KLv	Krankenpflege-Leistungsverordnung (SR 832.112.31)
KSW	Kantonsspital Winterthur
KVG	BG über die Krankenversicherung (SR 832.10)
LAA	Loi fédérale sur l'assurance-accidents (RS 832.20)
LACI	Loi sur l'assurance-chômage (RS 837.0)
LADI	Legge sull'assicurazione contro la disoccupazione (RS 837.0)
LAMal	Loi fédérale sur l'assurance-maladie (RS 832.10)
LCA	Loi sur le contrat d'assurance (RS 221.229.1)
LCD	Loi contre la concurrence déloyale (RS 241)
LDIP	Loi fédérale sur le droit international privé (RS 291)
LEg	Loi sur l'égalité (RS 151.1)
LFors	Loi fédérale sur les fors en matière civile (Loi sur les fors; RS 272)
LFus	Loi sur la fusion (RS 221.301)
lit.	Litera (Buchstabe)
LLCA	Loi fédérale sur la libre circulation des avocats (RS 935.61)
LMI	Loi fédérale sur le marché intérieur (RS 943.02)
LMV	Landesmantelvertrag für das Bauhauptgewerbe
LPGA	Loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales (RS 830.1)
LPP	Loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (RS 831.40)
LSE	Loi fédérale sur le service de l'emploi et la location de services (RS 823.11)
LSE	Schweizerische Lohnstrukturerhebung
LSEE	Loi fédérale sur le séjour et l'établissement des étrangers (RS 142.20)
LTF	Loi sur le Tribunal fédéral (RS 142.20)
LTr	Loi sur le travail (RS 822.11)
LU	Luzern
MAMAC	medizinisch-arbeitsrechtliche Assessments im Rahmen des Case-Managements
MedBG	BG über die universitären Medizinalberufe (Medizinalberufegesetz; SR 811.11)

Mio.	Millionen
Mo	Motion
Mrd.	Milliarden
NAV	Normalarbeitsvertrag
NE	Neuenburg
NR	Nationalrat
Nr.	Nummer
N-SIS-Verordnung	Verordnung über den nationalen Teil des Schengener Informationssystems (N-SIS) und das SIRENE-Büro
NW	Nidwalden
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
OACI	Ordonnance sur l'assurance-chômage (RS 837.02)
OCF	Office cantonal de la population
ODA	Organisationen der Arbeitswelt
OG	BG über die Organisation der Bundesrechtspflege (SR 173.110)
OGer	Obergericht
OJ	Loi fédérale d'organisation judiciaire (RS 3 521)
OKP	Obligatorische Krankenpflegeversicherung
OLT	Ordonnance relative à la loi sur le travail (RS 822.111)
OR	BG über das Obligationenrecht (SR 220)
ORC	Ordonnance sur le registre du commerce (RS 221.411)
OW	Obwalden
PBK	Paritätische Berufskommission
Po	Postulat
PPF	Loi fédérale sur la procédure pénale (RS 312.0)
PUBLICA	Pensionskasse des Bundes
PVB	Personalverband des Bundes
RAV	Regionales Arbeitsvermittlungszentrum
resp.	respektive
RS	Recueil systématique; Raccolta sistematica
RtiD	Rivista ticinese di diritto (158)
RTVG	BG über Radio und Fernsehen (SR 784.40)
S.	Seite
SA	société anonyme
SAA	Schengen-Assoziierungsabkommen (SR 0.360.268.1)
SAKE	Schweizerische Arbeitskräfteerhebung
SBB	Schweizerische Bundesbahnen
SBKV	Schweizerischer Bühnenkünstlerverband
SBV	Schweizerischer Baumeisterverband
SchKG	BG über Schuldbetreibung und Konkurs (SR 281.1)
SECO	Staatssekretariat für Wirtschaft
SEV	Schweizerischer Eisenbahn- und Verkehrspersonalverband
SG	St. Gallen
SGB	Schweizerischer Gewerkschaftsbund
SGV	Schweizerischer Gewerbeverband
SH	Schaffhausen
SIS	Schengener Informationssystem
SJ	La semaine judiciaire (Genève)
SKO	Schweizerische Kader-Organisation
SKOS	Schweizerische Konferenz für Sozialhilfe
SNB	Schweizerische Nationalbank
SO	Solothurn
sog.	so genannt
SR	Ständerat

SR	Systematische Rechtssammlung
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch (SR 311.0)
StHG	BG über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden (SR 642.14)
SUVA	Schweizerische Unfallversicherungsanstalt
SVG	Strassenverkehrsgesetz (SR 741.01)
SVP	Schweizerische Volkspartei
Syna	Gewerkschaft Syna
SZ	Schwyz
TAPP	Tribunale d'appello del Cantone Ticino
TC	Tribunal Cantonal
TG	Thurgau
TI	Tessin
TPH	Tribunal des prud'hommes
u.a.	unter anderem
Unia	Gewerkschaft
UR	Uri
USZ	Universitätsspital Zürich
UVG	BG über die Unfallversicherung (SR 832.20)
UVV	Verordnung über die Unfallversicherung (SR 832.202)
VBS	Eidg. Departement für Verteidigung, Bevölkerungsschutz und Sport
VD	Waadt
VDSG	Verordnung zum Bundesgesetz über den Datenschutz (SR 235.11)
vgl.	vergleiche
Viscom	Schweizerischer Verband für visuelle Kommunikation
VOSA	Verordnung über Massnahmen zur Bekämpfung der Schwarzarbeit (Verordnung gegen die Schwarzarbeit; SR 822.411)
VPOD	Schweizerischer Verband des Personals öffentlicher Dienste
VS	Wallis
VUV	Verordnung über die Verhütung von Unfällen und Berufskrankheiten (Verordnung über die Unfallverhütung; SR 832.30)
VVK	Verordnung über die Versichertenkarte für die obligatorische Krankenpflegeversicherung (SR 832.105)
VVG	BG über den Versicherungsvertrag (SR 221.229)
wira	Dienststelle Wirtschaft und Arbeit
WML	Wegleitung über den massgebenden Lohn
z.B.	zum Beispiel
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZG	Zug
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch (SR 210)
ZH	Zürich
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung
zit.	zitiert
ZPK	Zentrale Paritätische Kontrollstelle
ZZZ	Schweizerische Zeitschrift für Zivilprozess- und Zwangsvollstreckungsrecht

A. Gesetzgebung

Zusammengestellt von
Dr. iur. KARIN KAUFMANN,
Advokatin

I. Allgemeines

1. Reformprojekte

a. Allgemeines

Von den verschiedenen in der Berichtsperiode laufenden Reformprojekten in den Bereichen *Arbeit*, *Bildung* und *Soziales* wird an dieser Stelle auf sechs dieser Projekte kurz hingewiesen, nämlich auf die Verordnung zum Medizinalberufegesetz und die Verordnung über die eidgenössischen Prüfungen der universitären Medizinalberufe, das Bundesgesetz über die Förderung der Hochschulen und die Koordination im schweizerischen Hochschulbereich (HFKG), das Forschungsgesetz, die neue AHV-Versichertennummer, die Versichertenkarte und das Epidemiegesetz (EpG).

b. *Verordnung zum Medizinalberufegesetz und Verordnung über die eidgenössischen Prüfungen der universitären Medizinalberufe*

Das *Medizinalberufegesetz (MedBG)*, welches am 1. September 2007 in Kraft gesetzt wurde, sieht ein öffentlich zugängliches *Medizinalberuferegister (MEDREG)* vor. Dieses soll detaillierte Informationen zu den beruflichen Qualifikationen und den kantonalen Berufsausübungsbewilligungen der Ärzte, Zahnärzte, Apotheker, Tierärzte und Chiropraktoren enthalten.¹

Auf den 1. November 2008 wurde die *Verordnung zum Medizinalberufegesetz* in Kraft gesetzt. Gleichzeitig wurde das MEDREG für die Kantone und Berufsorganisationen zugänglich gemacht.²

Bis im Jahr 2010 werden die im MEDREG enthaltenen Daten aktualisiert und für die Bürger aufbereitet. Ab dem Jahr 2010 wird die Öffentlichkeit zum MEDREG Zugang erhalten. Patienten können sodann über das Internet nach einer Fachperson suchen, die über die gewünschten Qualifikationen verfügt. Es wird ersichtlich sein, ob die betreffende Medizinalperson über eine gültige Berufsausübungsbewilligung verfügt oder ob eine solche entzogen wurde.³

Im Weiteren wurde im November 2008 die *Verordnung über die eidgenössischen Prüfungen der fünf universitären Medizinalberufe* nach MedBG verabschiedet. Sie regelt Inhalt, Form und Bewertung der eidgenössischen Prüfungen und legt die Zuständigkeiten für die verschiedenen

¹ Medienmitteilung des Eidgenössischen Departements des Inneren (EDI) vom 15. Oktober 2008. Vgl. auch Jahrbuch des Schweizerischen Arbeitsrechts (JAR) 2008, S. 23.

² Vgl. ebd.

³ Vgl. ebd.

Aufgaben, das Prüfungsverfahren, die Prüfungsgebühren und die Entschädigung für die Experten fest.⁴

Aufgrund dieser Vereinheitlichung können die eidgenössischen Prüfungen weiterhin dezentral an den Universitäten durchgeführt werden und stellen ein für die ganze Schweiz einheitliches, hochstehendes und international anerkanntes Niveau der Medizinalausbildung sicher.⁵

Das Bestehen der eidgenössischen Prüfung ist Voraussetzung für den Erhalt des eidgenössischen Diploms. Die erste eidgenössische Prüfung in Chiropraktik wurde bereits Anfang 2009 durchgeführt. Bei den anderen universitären Medizinalberufen werden die ersten eidgenössischen Prüfungen erst ab Mitte 2011 zum ersten Mal stattfinden.⁶

c. Hochschulrahmengesetz

Der Bundesrat verabschiedete am 29. Mai 2009 den Entwurf zum neuen Bundesgesetz über die Förderung der Hochschulen und die Koordination im schweizerischen Hochschulbereich (HFKG) sowie die dazugehörige Botschaft.⁷

Das HFKG stützt sich auf den neuen Art. 63a der Bundesverfassung (BV), welcher die Koordination des schweizerischen Hochschulbereichs durch Bund und Kantone vorsieht.⁸

Im HFKG werden insbesondere geregelt:

- die Rahmenbedingungen für die gemeinsame Koordination des gesamten Hochschulbereichs zwischen Bund und Kantonen;
- die Grundsätze der Qualitätssicherung und deren Sicherstellung durch ein einheitliches Akkreditierungssystem;
- die Sicherstellung des Fachhochschulprofils durch die Festlegung der bisherigen Vorbildungen als Zulassungsvoraussetzungen zum Studium und dem Erfordernis der Berufsqualifikation auf der ersten Studienstufe;
- die Voraussetzungen für die Ausrichtung von Bundesbeiträgen an kantonale universitäre Hochschulen und Fachhochschulen.⁹

⁴ Medienmitteilung des Bundesamts für Gesundheit (BAG) vom 26. November 2008.

⁵ Vgl. ebd.

⁶ Vgl. ebd.

⁷ Medienmitteilung des Bundesamts für Berufsbildung und Technologie (BBT) vom 29. Mai 2009. Vgl. JAR 2008, S. 24.

⁸ Vgl. ebd.

⁹ Vgl. ebd.

d. *Forschungsgesetz*

Am 5. Dezember 2008 verabschiedete der Bundesrat die Botschaft zur Teilrevision des *Bundesgesetzes über die Forschung*.¹⁰

Die Teilrevision geht auf die neue Bildungsverfassung vom Mai 2006 zurück und trägt daneben mehreren parlamentarischen Vorstössen zur Innovationsförderung und zur Organisation der Kommission für Technologie und Innovation (KTI) Rechnung.¹¹

Zentraler Punkt ist die umfassende und zeitgemässe Regelung der Innovationsförderung des Bundes. Wichtigstes Instrument der Innovationsförderung ist die Unterstützung von Projekten der anwendungsorientierten Forschung und Entwicklung (F&E). Die Unterstützung möchte den Wissenstransfer zwischen Hochschulen und Unternehmen sicherstellen und die Innovationsleistung der Schweizer Wirtschaft fördern.¹²

Die KTI soll neu als verwaltungsunabhängige Behördenkommission mit eigener Geschäftsstelle organisiert und dem eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartement administrativ zugeordnet werden. Sie übernimmt einerseits die Förderung der anwendungsorientierten Forschung und Entwicklung sowie andererseits des wissenschaftsbasierten Unternehmertums, sie ergreift Massnahmen zur Unterstützung von Start-ups und fördert den Wissens- und Technologietransfer.¹³

e. *Neue AHV-Versichertennummer*

Seit dem 1. Juli 2008 arbeiteten die Durchführungsorgane der 1. Säule (AHV, IV und EO) mit der *neuen 13-stelligen AHV-Nummer*. Zurzeit versorgen die Ausgleichskassen ihre angeschlossenen Arbeitgebenden mit den neuen Nummern ihrer Angestellten. Bereits über drei Millionen Karten, d.h. mehr als die Hälfte aller Ausweise, wurden zugestellt. Bis Ende des 1. Quartals 2009 sollte die grosse Mehrheit der Versicherten die neuen Ausweise erhalten haben.¹⁴

f. *Versichertenkarte*

Die Frist zur Einführung der Versichertenkarte wurde bis am 1. Januar 2010 verlängert. Der Bundesrat verlängerte daraufhin die entsprechende *Verordnung über die Versichertenkarte für die obligatorische Krankenpflegeversicherung (VVK)*. Die Änderung betrifft nur die Fristverlängerung für die Einführung der Karte, nicht aber die übrigen Kartenbe-

¹⁰ Medienmitteilung des Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartements (EVD) vom 9. Dezember 2008.

¹¹ Vgl. ebd.

¹² Vgl. ebd.

¹³ Vgl. ebd.

¹⁴ Medienmitteilung des EDI vom 18. November 2008.

stimmungen. Der Grund dafür liegt darin, dass die Harmonisierung der Stammdaten der Versicherer mit den Personenregistern von Bund, Kantonen und Gemeinden mehr Zeit benötigt.¹⁵

g. *Epidemiegesetz*

Das *Epidemiegesetz* (*EpG*) regelt die Massnahmen und Zuständigkeiten bei der Verhütung und Bekämpfung von übertragbaren Krankheiten des Menschen. Seit dessen Inkrafttreten im Jahre 1974 sind einige Veränderungen eingetreten:

- die Mobilität der Menschen hat wesentlich zugenommen, sodass sich Infektionskrankheiten rascher verbreiten;
- neue Krankheiten (z.B. HIV/Aids oder SARS) sind aufgetreten;
- bioterroristische Anschläge mit Anthrax in den USA;
- die Bedrohung einer Pandemie durch ein neuartiges Grippevirus.¹⁶

All diese Ereignisse machten deutlich, dass die Rechtsgrundlage für die erfolgreiche Bewältigung derartiger Ereignisse zu erweitern ist. Deshalb erteilte der Bundesrat im Juni 2006 dem EDI den Auftrag, das EpG zu revidieren.¹⁷

Die Revision erlaubt es, übertragbare Krankheiten effizienter und wirksamer zu erkennen, zu verhüten und zu bekämpfen.¹⁸

2. Initiativen

a. *Volksinitiativen (Zustandekommen)*

Volksinitiative «Ja zur Komplementärmedizin» (BBl 2008 8605)

Volksinitiative «gegen die Abzockerei» (BBl 2009 299)

b. *Standesinitiativen*

Kanton Tessin: Bundesgesetz über die Krankenversicherung (08.323)

Kanton Genf: Für einen Elternurlaub (08.330)

Kanton Wallis: IV-Rente für Jugendliche unter 18 Jahren (08.335)

Kanton Bern: Besteuerung von Sozialhilfeleistungen (09.300)

Kanton Zürich: Harmonisierung der Alimentenbevorschussung und des Alimenteninkassos (09.301)

¹⁵ Medienmitteilung des BAG vom 26. November 2008.

¹⁶ <http://www.bag.admin.ch/themen/medizin/00682/03877/index.html?lang=de>.

¹⁷ Vgl. ebd.

¹⁸ Vgl. ebd.

c. *Parlamentarische Initiativen*

Meier-Schatz: Sofortmassnahmen zur Entlastung von Familien mit Kindern (08.461)

Schwaller: Sofortmassnahmen zur Entlastung von Familien mit Kindern (08.472)

Stähelin: Abschaffung der Rückerstattungspflicht des Heimatkantons (08.473)

Fehr: Klare Trennung der Interessen in der obligatorischen Krankenversicherung (08.474)

Fraktion der Schweizerischen Volkspartei: Kein weiterer Verzehr von AHV-Renten durch die Missstände in der Invalidenversicherung (08.475)

Heim: Begleit- und Versorgungsforschung in der Gesundheitsversorgung (08.476)

Wehrli: Übertragung der Hörgeräteversorgung ins KVG (08.477)

Hutter: BVG-Einkäufe von Selbstständigerwerbenden nach der Erwerbsaufgabe (08.478)

Steiert: Erleichterter Kassenwechsel im KVG. Vereinfachung des Rechnungswesens für Patienten und Versicherte (08.484)

Steiert: Erleichterter Kassenwechsel im KVG. Aufhebung des Administrativkostenzuschlages auf Zusatzversicherungen (08.485)

Tschümperlin: Beseitigung und Verhinderung von Inländerdiskriminierung (08.494)

Fehr: Erhöhung der Kinder- und Ausbildungszulagen. Eine Milliarde mehr Kaufkraft! (08.503)

Donzé: Einheitliches Kindergeld statt Subventionswirrwarr (08.504)

Roth-Bernasconi: Mehr Frauen in den Verwaltungsräten (08.510)

Lumengo: Urlaub für Eltern kranker Kinder (08.516)

Goll: Für einen zeitgemässen Mutterschaftsurlaub (08.519)

Zisyadis: Änderungen und mehr Transparenz bei den Ruhegehältern ehemaliger Mitglieder des Bundesrates (08.521)

Leutenegger Oberholzer: Vergütungssysteme bei Banken (08.524)

Teuscher: Erwerbsersatz bei Aufschub des Mutterschaftsurlaubes (08.526)

Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit NR: Übergangslösung Zulassungsstopp (09.400)

Bortoluzzi: Eigenverantwortung statt Vollkasko bei säumigen Krankenkassenprämienzahlern (09.406)

Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit NR: Art. 64a KVG und unbezahlte Prämien (09.425)

Kommission für Wissenschaft, Bildung und Kultur NR: Weiterbildung (09.426)

3. Motionen und Postulate (Übersicht)

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

a. Arbeit und Bildung

Sicherheitspolitische Kommission des NR: Kaderselektion. Bericht (08.3447 Po)

Egger-Wyss: Einheitliche Maturitätsprüfungen an allen staatlichen Gymnasien (08.3517 Mo)

Galladé: Formulierung einer Strategie für Chancengerechtigkeit im Bildungswesen (08.3552 Mo)

Lumengo: Anstellung von Personen ausländischer Herkunft im Grenzwachtkorps (08.3598 Mo)

Fraktion der Schweizerischen Volkspartei: Verhinderung von Abgangsschädigungen für Bundesangestellte (08.3629 Mo)

Barthassat: Jugendlichen ohne gesetzlichen Status eine Berufslehre ermöglichen (08.3636 Mo)

Robbiani: Kaderfunktionen und Sprachkenntnisse (08.3669 Mo)

Sozialdemokratische Fraktion: Obligatorische Sozialpläne für Opfer der Wirtschaftskrise (08.3734 Mo)

Schenker: Mangel an Pflegepersonal (08.3739 Po)

Favre: Unterstützung der dualen Ausbildung (08.3778 Po)

Fehr: Fairplay für Lehrstellensuchende und Lehrbetriebe (08.3792 Mo)

Grüne Fraktion: Einstellung von Ausländerinnen und Ausländern in der Bundesverwaltung (08.3813 Mo)

Grüne Fraktion: Einführung anonymer Lebensläufe bei der Personalauswahl des Bundes (08.3815 Po)

Grüne Fraktion: Unterricht fremdsprachiger Kinder in der Muttersprache (08.3816 Po)

Grüne Fraktion: Sprachkurse für Migrantinnen und Migranten während der Arbeitszeit (08.3817 Po)

Ory: Berufliche Wiedereingliederung gehörloser Personen (08.3818 Po)

Cassis: Schaffung finanzieller Anreize für Spitäler, die Assistenzärztinnen und -ärzte weiterbilden (08.3847 Mo)

Thorens Goumaz: Förderung der Aus- und Weiterbildung in Wirtschaftsethik (08.3966 Mo)

Fraktion CVP, EVP, GLP: Stärkung von Arbeitsplätzen, KMU, Exportwirtschaft und Kaufkraft (08.3968 Mo)

Grüne Fraktion: Arbeitsplätze für Langzeiterwerbslose und Jugendliche (08.3996 Mo)

Rennwald: Pflicht zum Aushandeln eines Sozialplans bei Massenentlassungen (08.4003 Mo)

Rennwald: Fonds zur Förderung von technologischer Innovation (08.4006 Mo)

Rennwald: Fonds zur Förderung von Forschung und Bildung (08.4008 Mo)

Fehr: Weiterbildungsoffensive (08.4024 Po)

Sommaruga: Weiterbildungsoffensive (08.4025 Po)

Fässler-Osterwalder: Förderung der Aus- und Weiterbildung von Lehrgängerinnen und -abgängern (08.4031 Mo)

Humbel Näf: Aus- und Weiterbildung von nicht ärztlichem medizinischem Fachpersonal und von Assistenzärzten. Finanzierung (08.4034 Mo)

David: Stärkung von Arbeitsplätzen, KMU, Exportwirtschaft und Kaufkraft (08.4043 Mo)

Sicherheitspolitische Kommission NR: Kompensation von Lohnausfällen für Spezialisten (09.3017 Mo)

Thorens Goumaz: Investition in die Aus- und Weiterbildung von Solarfachleuten (09.3050 Mo)

Prelicz-Huber: Ausbau von Teilzeit und Job-Sharing (09.3066 Mo)

Prelicz-Huber: Frauen in alle Verwaltungsräte (09.3067 Mo)

Aubert: Kurzarbeit. Massnahmen zur Unterstützung der Weiterbildung im Betrieb (09.3167 Mo)

Aubert: Chancengleichheit für ausländische Jugendliche bei der Lehrstellensuche (09.3168 Po)

Stahl: KVG. Intensivierung des Wettbewerbs zugunsten von Patienten, Steuer- und Prämienzahlenden (09.3184 Po)

Hiltbold: Ausbildung von Imamen in der Schweiz (09.3189 Po)

Robbiani: Ausserordentliche Massnahmen zur beruflichen Förderung von Jugendlichen (09.3198 Mo)

Robbiani: Kurzarbeit. Eine geeignete Gegenmassnahme (09.3217 Mo)

Hochreutener: Effizienz von Berufsbildungsfonds (09.3224 Po)

Favre: Höhere Berufsbildung. Mehr Anerkennung, Koordination und Unterstützung (09.3228 Mo)

Thorens Goumaz: Wissenschaftliche Publikationen in elektronischer Form. Zugang für die Hochschulen (09.3232 Mo)

Weber-Gobet: Bildungsgutscheine für Wiedereinsteigerinnen und -einsteiger mit tiefem und mittlerem Einkommen (09.3237 Mo)

Moser: Whistleblowing. Anlaufstelle für das Bundespersonal (09.3286 Mo)

Weber-Gobet: Paritätische Schlichtungsstelle Berufsbildungsfonds (09.3307 Mo)

Wyss: Förderung der gemeinsamen Führungsverantwortung. Topsharing (09.3315 Mo)

Teuscher: Lohngleichheitsdialog bei bundeseigenen Unternehmen (09.3330 Mo)

Teuscher: Lohngleichheitsdialog in der Bundesverwaltung (09.3332 Mo)

Grüne Fraktion: Lohngleichheitscontrolling bei konjunkturstabilisierenden Aufträgen (09.3337 Mo)

Fetz: Boni-Stopp und Lohndeckel für Unternehmen mit staatlicher Unterstützung (09.3342 Mo)

Savary: Förderung der Aus- und Weiterbildung junger Leute (33.46 Mo)

Goll: Familienergänzende Kinderbetreuung. Sicherheit der Qualität (09.3370 Mo)

Galladé: Pilotprojekte für Basislehrjahre (09.3371 Po)

Galladé: Ausschöpfung des Innovationszehntels zugunsten der Jugendarbeitslosigkeit (09.3372 Mo)

Galladé: Lehrstellen beim Bund und in bundesnahen Betrieben (09.3373 Mo)

Galladé: Ausbau der Attestlehre und Einführung einer Attestlehre light (09.3374 Po)

Fehr: Weiterbeschäftigung von Lernenden (09.3383 Po)

Sozialdemokratische Fraktion: Weiterbeschäftigung für Lernende in bundesnahen Betrieben (09.3408 Mo)

Heim: Investition in die Pflegeversorgung (09.3409 Mo)

b. Soziale Sicherheit

Rossini: Erwerbsausfallentschädigung bei Krankheit (09.3278 Po)

Goll: Koordination im Bereich Existenzsicherung auf nationaler Ebene (09.3281 Po)

Heim: Schutz der Patientendaten und Schutz der Versicherten (08.3493 Po)

Schmid-Federer: Partieller Elternschaftsurlaub. Änderung des Erwerbsersatzgesetzes (08.3506 Mo)

Schmid-Federer: Elternschaftsurlaub. Änderung des Erwerbsersatzgesetzes (08.3507 Po)

Wehrli: Bessere Koordination der Sozialversicherungen (08.3521 Mo)

Allemann: Ergänzungsleistungen zu AHV und IV. Ansätze für Mietkosten erhöhen (08.3580 Po)

Fehr: Strategie gegen Ärztemangel und zur Förderung der Hausarztmedizin (08.3608 Mo)

Borer: KVG. Verminderung der Entsolidarisierung durch altersabhängige Prämien und risikobasierte Rabatte (08.3656 Mo)

Stahl: KVG. Längere Vertragsdauer zur Optimierung des Kosteneinsparpotenzials (08.3658 Mo)

Marra: Berechnung der Ergänzungsleistungen (08.3659 Mo)

Zisyadis: Ergänzungsleistungen. Berücksichtigung der effektiven Mietkosten (08.3689 Mo)

Carobbio Guscetti: Zugänglichkeit zu Vorsorgeuntersuchungen und Früherkennungstests für alle (08.3733 Mo)

Rossini: KVG. Bindung der Reserven an die Versicherten (08.3737 Mo)

Rossini: KVG. Prämien der im Ausland studierenden Schweizerinnen und Schweizer (08.3738 Mo)

Cassis: Einführung der neuen Spitalfinanzierung. Begleitforschung als Erfolgsfaktor (08.3742 Mo)

Ory: Zahnärztliche Behandlung bei geistig behinderten Personen (08.3819 Po)

Amacker-Amann: Auszahlung von Altersleistungen (08.3821 Mo)

Meier-Schatz: Anpassung der Anspruchsregelung für die Anrechnung der Betreuungsgutschrift (08.3833 Mo)

Ineichen: Zusammenarbeit zwischen privater und öffentlicher Arbeitsvermittlung. Verzicht auf personellen Ausbau der RAV (08.3881 Mo)

Berberat: Erhöhung der Höchstdauer der Kurzarbeitsentschädigung (08.3909 Mo)

Forster-Vannini: Ablösung des Zulassungsstopps durch eine freiheitliche und praxistaugliche Lösung (08.3929 Mo)

Heche: IVG. Assistenzbeitrag (08.3933 Po)

Kuprecht: Gesamtbetrachtung unserer Sozialwerke (08.3934 Po)

Robbiani: Die Kurzarbeit erleichtern (08.3944 Mo)

Teuscher: Modelle für einen Vaterschaftsurlaub (08.3953 Po)

Schenker: Verbesserung der Situation von pflegenden Angehörigen (08.3955 Po)

Humbel Näf: Berufliche Vorsorge. Gerechte Teilung der Austrittsleistung bei Ehescheidung (08.3956 Mo)

Steiert: Jugendliche ohne ausreichende Bildung. Stärkung über AVIG (08.3965 Mo)

Grüne Fraktion: Krankenkassenprämienverbilligung (08.3986 Mo)

Grüne Fraktion: Erhöhung der Taggelder für Erwerbslose (08.3997 Mo)

Grüne Fraktion: Familienergänzende Kinderbetreuung (08.3998 Mo)

Grüne Fraktion: Erhöhung der Kinderzulagen (08.3999 Mo)

Berberat: Erhöhung der Höchstdauer der Kurzarbeitsentschädigung (08.4019 Mo)

Fehr: Richtlinien für Kaiserschnitte (08.4023 Mo)

Leutenegger Oberholzer: Konjunkturzulage für Bezügerinnen und Bezüger von Ergänzungsleistungen (08.4026 Mo)

Leutenegger Oberholzer: Entlastung der Familien mit Kindern von den Krankenkassenprämien (08.4027 Mo)

Fetz: Moratorium für einschneidende Sanierungsmassnahmen bei Pensionskassen in Unterdeckung (08.4044 Mo)

Sommaruga: Anlagevorschriften für Pensionskassen. Weniger Risiken auf Kosten der Versicherten (08.4045 Mo)

Fetz: Angleichung der kantonalen Reservequoten von Krankenversicherern bis 2012 (08.4046 Mo)

Fetz: Sicherung der ärztlichen Versorgung in der Schweiz. Nachfolgeregelung Zulassungsstopp (08.4048 Mo)

Cassis: Eliminationsplan gegen die Masern gemäss Vorgaben der WHO (09.3046 Mo)

Prelicz-Huber: Grundsicherung (09.3053 Mo)

Gutzwiller: Eliminationsplan gegen die Masern gemäss Vorgaben der WHO (09.3055 Mo)

Humbel: BAG-Impfplan und Erfüllung der WHO-Ziele (09.3058 Mo)

Goll: Fallkostenpauschalen. Erfahrungen und Stand der Umsetzung (09.3061 Po)

Gilli: Sicherung des Präsenzlabor in der ärztlichen Praxis (09.3070 Mo)

FDP-Liberale Fraktion: Stärkung der Säule 3A. Selbstverantwortung für die Altersvorsorge (09.3082 Mo)

Diener: Medikamentenpreise. Massnahmen im Preisbildungsprozess (09.3088 Mo)

Diener: Vertriebsanteil bei den Medikamentenkosten (09.3089 Mo)

Stähelin: Eigenverantwortung statt Vollkasko bei säumigen Krankenkassenprämienzahlern (09.3101 Mo)

Germann: Hörgerätemarkt. Mehr Wettbewerb statt Staatseingriffe (09.3156 Mo)

Cramer: Stellung von Allgemeinmedizinerinnen und -medizinern (09.3159 Po)

Zisyadis: Ergänzungsleistungen und Miete (09.3180 Mo)

Hiltbold: Elternurlaub (09.3187 Mo)

Graf-Litscher: Höhere AHV-Renten statt Pensionskassen-Verluste (09.3193 Po)

Robbiani: Ausserordentliche Massnahmen im Rahmen des Arbeitslosenversicherungsgesetzes (09.3199 Mo)

Robbiani: Anpassung des Mindestzinssatzes nach Artikel 22 Absatz 3 AVIG (09.3200 Mo)

Maury Pasquier: Einfacherer Zugang zu anerkannten Arzneimitteln (09.3208 Mo)

Freysinger: Rücknahme des Krebsimpfstoffs Gardasil (09.3243 Mo)

Lumengo: Schutz vor Missbrauch von Energy Drinks (09.3244 Mo)

Fraktion der Schweizerischen Volkspartei: Sanierung der Invalidenversicherung. Alternatives Konzept (09.3257 Mo)

Rechsteiner: Kollektive berufliche Vorsorge. Versicherung auf Gegenseitigkeit (09.3262 Mo)

Rechsteiner: Überschussfonds in der kollektiven Vorsorge. Schutz der Ansprüche von Versicherten (09.3263 Mo)

Rechsteiner: 2. Säule. Sanierungsmoratorium (09.3264 Mo)

Rechsteiner: 2. Säule. Revision der Anlagevorschriften (09.3265 Mo)

Rechsteiner: BVG. Gleich lange Spiesse bei der Bewertung von festverzinslichen Obligationen (09.3267 Mo)

Rechsteiner: BVG-Sicherheitsfonds. Vermeidung von Härtefällen bei Massenentlassungen (09.3268 Mo)

Humbel: Einführung des Monismus im KVG (09.3275 Mo)

Leutenegger Oberholzer: Konjunkturstützung. Entlastung bei den Krankenkassenprämien (09.3291 Mo)

Ineichen: Kurzarbeitsentschädigung auch für temporär Beschäftigte (09.3298 Mo)

Maury Pasquier: Familien von den Krankenkassenprämien entlasten (09.3345 Mo)

Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit NR: Früherkennung von Brustkrebs (09.3356 Mo)

Wehrli: Neuüberprüfung von laufenden IV-Renten. Rechtsstaatlich klare Regelung (09.3368 Mo)

Heer: Stopp der Plünderung der Sozialwerke durch EU-Bürger (09.3399 Mo)

Fraktion der Schweizerischen Volkspartei: Streichung wegen somatoformer Schmerzstörung gesprochenen Renten (09.3405 Mo)

Fraktion der Schweizerischen Volkspartei: Kostenpflicht des Verfahrens vor dem kantonalen Versicherungsgericht (09.3406 Mo)

Berberat: Angemessene Anwendung der Bestimmungen über die Kurzarbeit (09.3429 Mo)

Steiert: Obligatorische Krankenversicherung. Prämienschock abdämpfen (09.3454 Mo)

Kommission für Wissenschaft, Bildung und Kultur StR: Soziale Sicherheit für Berufe mit häufig wechselnden oder befristeten Anstellungen (09.3469 Mo)

4. Konjunkturdaten und Arbeitsmarkt

a. Konjunkturlage

Im 3. *Quartal 2008* kühlte sich die Wirtschaftsentwicklung weiter ab. Das reale Bruttoinlandprodukt (BIP) stagnierte gegenüber dem Vorquartal, gegenüber dem entsprechenden Vorjahresquartal nahm es um 1,6% zu.¹⁹

Produktionsseitig wurde das Wachstum im 3. *Quartal 2008* durch die weiter rückläufige Wertschöpfung im Finanzsektor gedämpft, während die binnenwirtschaftlichen Dienstleistungen und die Industrie positive Impulse gaben. Verwendungsseitig wurden die negativen Wachstumsbeiträge der Investitionen nochmals durch positive Impulse vom Aussenhandel und vom privaten Konsum kompensiert.²⁰

Auch der Bereich des Aussenhandels zeichnete sich im 3. *Quartal 2008* durch ein schwächeres Wachstum aus. Dabei betrug das Wachstum

¹⁹ Vgl. Konjunkturtendenzen Winter 2008/09 des Staatssekretariats für Wirtschaft (SECO), Beilage in: SECO (Hrsg.), «Die Volkswirtschaft», 1/2/2009, S. 14 ff.

²⁰ Vgl. Konjunkturtendenzen Winter 2008/09 des SECO, Beilage in: SECO (Hrsg.), «Die Volkswirtschaft», 1/2/2009, S. 16 ff.

der Exporte von Waren und Dienstleistungen 1,2% und fiel gegenüber dem Vorquartal deutlich geringer aus.²¹

Das Beschäftigungswachstum verlangsamte sich weiter, blieb aber im 3. *Quartal 2008* noch positiv.²²

Die Konsumententeuerung bildete sich aufgrund der massiv gesunkenen Erdölpreise deutlich zurück von 3% im Juli auf 1,5% im November.²³

Im 4. *Quartal 2008* nahm das reale BIP gegenüber dem Vorquartal um 0,3% ab, gegenüber dem Vorjahresquartal wurde ein Rückgang von 0,6% festgestellt. Das BIP-Wachstum betrug für das ganze Jahr 2008 1,6%.²⁴

Produktionsseitig gingen vom Finanzsektor und der Industrie stark negative Wachstumsbeiträge aus, während die binnenwirtschaftlichen Dienstleistungen das Wachstum weiter stützten. Und verwendungsseitig gingen im 4. *Quartal 2008* vor allem von den Anlageinvestitionen und von der Entwicklung der Handelsbilanz (Netto-Exporte) negative Wachstumsimpulse aus.²⁵

Der Aussenhandel verzeichnete im 4. *Quartal 2008* mit 8,1% einen drastischen Rückgang, so wie er seit 1980 noch nie beobachtet wurde.²⁶

Was das Beschäftigungswachstum anbelangt, wurde im 4. *Quartal 2008* eine weitere Verlangsamung verzeichnet.²⁷

Im 1. *Quartal 2009* nahm das reale BIP gegenüber dem Vorquartal um 0,8% und gegenüber dem Vorjahresquartal um 2,4% ab. Dabei gingen negative Wachstumsimpulse insbesondere vom Aussenhandel aus.²⁸

Produktionsseitig gingen von der Industrie und den Finanzdiensten weiterhin negative Wachstumsimpulse aus, während die binnenwirtschaftlichen Dienstleistungen noch leicht stützend wirkten. Verwendungsseitig gingen im 1. *Quartal 2009* vom Aussenhandel stark negative Impulse aus,

²¹ Vgl. Konjunkturtendenzen Winter 2008/09 des SECO, Beilage in: SECO (Hrsg.), «Die Volkswirtschaft», 1/2/2009, S. 21 ff.

²² Vgl. Konjunkturtendenzen Winter 2008/09 des SECO, Beilage in: SECO (Hrsg.), «Die Volkswirtschaft», 1/2/2009, S. 24 ff.

²³ Vgl. Konjunkturtendenzen Winter 2008/09 des SECO, Beilage in: SECO (Hrsg.), «Die Volkswirtschaft», 1/2/2009, S. 26.

²⁴ Vgl. Konjunkturtendenzen Frühjahr 2009 des SECO, Beilage in: SECO (Hrsg.), «Die Volkswirtschaft», 4/2009, S. 11 ff.

²⁵ Vgl. Konjunkturtendenzen Frühjahr 2009 des SECO, Beilage in: SECO (Hrsg.), «Die Volkswirtschaft», 4/2009, S. 13 ff. und S. 17 ff.

²⁶ Vgl. Konjunkturtendenzen Frühjahr 2009 des SECO, Beilage in: SECO (Hrsg.), «Die Volkswirtschaft», 4/2009, S. 19 ff.

²⁷ Vgl. Konjunkturtendenzen Frühjahr 2009 des SECO, Beilage in: SECO (Hrsg.), «Die Volkswirtschaft», 4/2009, S. 23 ff.

²⁸ Vgl. dazu Konjunkturtendenzen Sommer 2009 des SECO, Beilage in: SECO (Hrsg.), «Die Volkswirtschaft», 7/2009, S. 11 ff.

die Investitionen sanken weiter, und der private Konsum wuchs kaum mehr.²⁹

Im Aussenhandel setzte sich der drastische Rückgang der Warenexporte fort. Es waren praktisch alle Absatzregionen und Branchen betroffen.³⁰

Der Beschäftigungsrückgang fiel noch moderat aus, dürfte sich aber deutlich verstärken. Bereits seit November 2008 stieg die Arbeitslosigkeit von Monat zu Monat zügig an.³¹

Für die kommenden Quartale ist mit einer weiter rückläufigen Wirtschaftsleistung zu rechnen, da nach dem anfänglich hauptbetroffenen Finanzsektor und der Exportindustrie die binnenwirtschaftlichen Sektoren (z.B. Detailhandel) und der bislang noch recht solide private Konsum erst vom Abschwung erfasst werden. Dafür spricht auch das branchenmässig breit abgestützte KOF-Konjunkturbarometer, welches noch keine Aufhellung anzeigte.³²

Für das *Gesamtjahr 2009* rechnet die Expertengruppe des Bundes mit einem BIP-Rückgang von 2,7%, für das Jahr 2010 mit einem geringeren Rückgang von 0,4%.³³

Die Exporte von Waren und Dienstleistungen dürften wieder leicht zunehmen und damit die sehr moderate Konjunkturerholung stützen. Demgegenüber dürfte die private Konsumnachfrage bis Ende 2010 weiter an Schwung verlieren und leicht abnehmen.³⁴

In den nächsten Monaten wird sich die Situation auf dem Arbeitsmarkt weiter deutlich verschlechtern. Nach der Prognose der Expertengruppe wird die Beschäftigung im Jahr 2009 im Jahresdurchschnitt um 1,2% abnehmen, was im Jahresverlauf einen Verlust von 110 000 vollzeit-äquivalenten Stellen ausmacht. Der Rückgang der Beschäftigung dürfte erst im späteren Verlauf von 2010 gestoppt werden. Im Jahresdurchschnitt ist mit einer Abnahme von 2,3% zu rechnen.³⁵

Der Anstieg der Arbeitslosigkeit wird sich weiter zügig fortsetzen. Es ist mit einer Arbeitslosenquote von 3,8% im Jahresdurchschnitt zu rechnen, was 150 000 Personen entspricht. Im Jahr 2010 ist mit einer weiteren Zunahme zu rechnen. Die Expertengruppe rechnet mit einer Quote von 5,5%

²⁹ Vgl. dazu Konjunkturtendenzen Sommer 2009 des SECO, Beilage in: SECO (Hrsg.), «Die Volkswirtschaft», 7/2009, S. 13 ff.

³⁰ Vgl. dazu Konjunkturtendenzen Sommer 2009 des SECO, Beilage in: SECO (Hrsg.), «Die Volkswirtschaft», 7/2009, S. 18 ff.

³¹ Vgl. dazu Konjunkturtendenzen Sommer 2009 des SECO, Beilage in: SECO (Hrsg.), «Die Volkswirtschaft», 7/2009, S. 21 ff.

³² Vgl. dazu Konjunkturtendenzen Sommer 2009 des SECO, Beilage in: SECO (Hrsg.), «Die Volkswirtschaft», 7/2009, S. 26.

³³ Vgl. ebd.

³⁴ Vgl. dazu Konjunkturtendenzen Sommer 2009 des SECO, Beilage in: SECO (Hrsg.), «Die Volkswirtschaft», 7/2009, S. 27.

³⁵ Vgl. ebd.

im Jahresdurchschnitt. Dies entspricht 217 000 arbeitslos gemeldeten Personen.³⁶

b. Arbeitslosigkeit

Der Rückgang der Arbeitslosigkeit war auch in der *1. Jahreshälfte 2008* stark, wies aber eine geringere Dynamik auf als in den zwei Vorjahren. Bis zur Jahresmitte verminderte sich die Arbeitslosenzahl von 111 877 im Januar auf 91 477 Ende Juni. Im Juli 2008 erfolgte dann eine Trendwende mit anfänglich noch leichten, ab Oktober aber deutlich erhöhten monatlichen Zunahmen bei den Arbeitslosenzahlen. Dem Rückgang zwischen Januar und Juni um 20 400 Personen steht ein Zuwachs von 27 300 Personen *im 2. Halbjahr* gegenüber. Ende Dezember 2008 waren 118 762 Personen arbeitslos. Damit war zum ersten Mal seit 2003 der Stand der Arbeitslosigkeit zum Jahresende wieder höher als zu Jahresbeginn.³⁷

Zwischen Januar und Juni bildete sich die Arbeitslosenquote von 2,8% auf 2,3% zurück, stieg bis Ende Oktober vorerst nur leicht auf 2,5% und seit November jedoch auf 3,0% per Ende Dezember an. Die jahresdurchschnittliche *Arbeitslosenquote* beträgt 2,6% gegenüber 2,8% im Vorjahr.³⁸

Im Jahr 2008 waren durchschnittlich 101 725 Personen als *arbeitslos* registriert. Dies entspricht verglichen mit dem Vorjahr einer Abnahme um 7464 Personen oder 6,8%.³⁹

Die Gesamtzahl der Stellensuchenden (Summe von registrierten Arbeitslosen und registrierten nicht arbeitslosen Stellensuchenden) bildete sich zwischen Januar und August 2008 von 166 414 auf 143 549 Personen zurück. Ab Oktober stiegen die Zahlen der Stellensuchenden wieder stark an. Im Jahresdurchschnitt resultierte daraus eine Zahl von 154 438 *registrierten Stellensuchenden* (–13 221 Personen gegenüber dem Vorjahr).⁴⁰

Der Ausgleichsfonds der Arbeitslosenversicherung wird im Rechnungsjahr 2008 gemäss aktuellen Schätzungen bei Prämieineinnahmen von CHF 4,96 Mrd. (2007: 4,68 Mrd.) und einem Gesamtertrag von CHF 5,66 Mrd. (2007: 5,39 Mrd.) sowie einem Gesamtaufwand von CHF 5,06 Mrd. (2007: 5,37 Mrd.) mit einem *Ertragsüberschuss* von CHF 0,60 Mrd. (2007: 0,02 Mrd.) abschliessen. Die kumulierten Bundesresoreriedarlehen belaufen sich auf CHF 4,1 Mrd. (2007: 4,8 Mrd.).⁴¹

³⁶ Vgl. ebd.

³⁷ Medienmitteilung des SECO vom 8. Januar 2009.

³⁸ Vgl. ebd.

³⁹ Vgl. ebd.

⁴⁰ Vgl. ebd.

⁴¹ Vgl. ebd.

Ende des 1. Quartals 2009 waren 134 713 *Arbeitslose* bei den Regionalen Arbeitsvermittlungszentren (RAV) eingeschrieben, die *Arbeitslosenquote* stieg von 3,3% im Januar, auf 3,4% im Februar und verharrte im März bei 3,4%. In der *Westschweiz* und im *Tessin* stagnierte die *Arbeitslosenquote* im Verlaufe des 1. Quartals 2009 bei 4,8%, in der *Deutschschweiz* stieg sie von 2,7% im Januar auf 2,9% im März. Die *Arbeitslosenquote der Frauen* nahm im 1. Quartal 2009 um 0,2% zu und betrug damit am Ende des 1. Quartals 2009 3,3%, diejenige der *Männer* nahm um 0,1% zu und belief sich auf 3,5%. Mit Blick auf die *Nationalität* der Arbeitslosen war festzustellen, dass die Quote der Schweizer Bürger im Verlaufe des 1. Quartals 2009 lediglich um 0,1%, diejenige der Ausländer um 0,3% zunahm. Abgesehen von den Kantonen *Wallis*, *Graubünden*, *Tessin*, *Freiburg* und *Uri*, in welchen die Arbeitslosigkeit im 1. Quartal 2009 abnahm, mussten alle anderen Kantone eine Zunahme der Arbeitslosigkeit verzeichnen. Nur in den Branchen *Land- und Forstwirtschaft*, *Bergbau*, *Steine und Erden* sowie im *Baugewerbe* nahm die *Arbeitslosenquote* im Verlaufe des 1. Quartals 2009 ab, in allen anderen Wirtschaftszweigen nahm die Arbeitslosigkeit zu.⁴²

Im 2. Quartal 2009 nahm die *Arbeitslosenquote* von 3,5% im April um 0,1% zu. Ende Juni 2009 betrug sie somit 3,6%. Es waren 140 253 *Arbeitslose* bei den RAV eingeschrieben. In der *Westschweiz* und im *Tessin* war die Zunahme der Arbeitslosigkeit gleich zu spüren (0,1%) wie in der *Deutschschweiz* (0,1%). Die *Arbeitslosenquoten* der Männer und der Frauen nahmen dabei etwa gleich stark zu (bei den Männern um 0,1% und bei den Frauen um 0,2%). Nach der *Herkunft* betrachtet, war festzustellen, dass die *Arbeitslosenquote* der Ausländer konstant blieb und damit am Ende des 2. Quartals 2009 6,8% betrug, diejenige der Schweizer Staatsangehörigen nahm hingegen um lediglich 0,1% zu und betrug Ende Juni 2009 2,6%. 13 Kantone wiesen eine Zunahme der Arbeitslosigkeit auf, fünf Kantone eine Abnahme und bei acht Kantonen blieb die *Arbeitslosenquote* im 2. Quartal 2009 konstant. Die grösste Zunahme zeigte der Kanton *Neuenburg* mit 0,8%. Ein Blick auf die verschiedenen *Wirtschaftszweige* zeigte, dass die *Uhrenbranche* die grösste Zunahme der *Arbeitslosenquote* verzeichnete (2,1%).⁴³

c. Lohnentwicklung

Die *Nominallöhne* nahmen im Jahr 2008 gegenüber dem Vorjahr um durchschnittlich 2,0% zu. Dies stellt seit dem Jahr 2002 die höchste Steigerung (1,8%) dar. Dafür verantwortlich ist das kräftige Wirtschaftswachs-

⁴² Pressedokumentationen «Die Lage auf dem Arbeitsmarkt» des SECO vom 6. Februar 2009, 9. März 2009 und 9. April 2009.

⁴³ Pressedokumentationen «Die Lage auf dem Arbeitsmarkt» des SECO vom 8. Mai 2009, 8. Juni 2009 und 8. Juli 2009.

tum, welches 2007 einerseits den sekundären sowie andererseits den tertiären Sektor prägte.⁴⁴

Der *tertiäre Sektor* wies eine Nominallohnerhöhung von 2,1% auf (im Vergleich dazu: 2007 mit 1,7% und 2006 mit 1,2%). Der *sekundäre Sektor* verzeichnete eine durchschnittliche Nominallohnerhöhung von 1,8% (gegenüber 2007 mit 1,5% und 2006 mit 1,1%). Die Finanzgesellschaften und die exportorientierten Branchen trugen 2007 wesentlich zum Wirtschaftswachstum bei. Sie verbuchten im Jahr 2008 Spitzenwerte bei den Lohnerhöhungen. Zu nennen sind das Kreditgewerbe mit 2,4% und das Versicherungsgewerbe mit 2,3%. Die grössten Lohnerhöhungen wiesen der Grosshandel (2,6%) und die öffentliche Verwaltung (2,5%) auf. Die geringsten Lohnerhöhungen vermeldete die Branche Herstellung von Textilien und Bekleidung (1,3%).⁴⁵

Im Jahr 2008 gaben die *Reallöhne* um 0,4% nach, da die Nominallohnerhöhung von 2,0% von der markanten Inflation von 2,4% zunichtegemacht wurde. Die Reallöhne wuchsen zwischen 2004 und 2008 jedes Jahr durchschnittlich um 0,1%. Im sekundären Sektor stagnierten sie (0%) im Jahresmittel, während der tertiäre Sektor eine jährliche mittlere Reallohnerhöhung von 0,2% verbuchte.⁴⁶

d. Arbeitszeit

Gemäss der Arbeitsvolumenstatistik (AVOL) betrug die *wöchentliche Normalarbeitszeit* der Vollzeitarbeitnehmenden im Jahr 2007 im Durchschnitt 42,4 Stunden.⁴⁷

Die *jährliche Absenzdauer* der vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmenden betrug durchschnittlich 72 Stunden. Im Baugewerbe wurde die höchste jährliche Absenzdauer (111 Stunden pro Arbeitsstelle) registriert, während die privaten Haushalte den tiefsten Wert aufwiesen (43 Stunden pro Arbeitsstelle). Dabei machten die krankheitsbedingten Absenzen den grössten Anteil aus (211 Mio. Stunden). An zweiter Stelle finden sich die Absenzen aufgrund von Militärdienst, Zivildienst und Zivilschutz (36 Mio. Stunden), gefolgt von jenen wegen Mutterschaftsurlaub (14 Mio. Stunden).⁴⁸

Im Jahr 2007 lag die *jährliche Dauer der Überstunden* bei durchschnittlich 52 Stunden pro vollzeitarbeitnehmende Person. Sie variierte jedoch je nach Wirtschaftszweig erheblich. Am meisten Überstunden wurden in der Branche Kredit- und Versicherungsgewerbe (101 Stunden pro Ar-

⁴⁴ Medienmitteilung des Bundesamtes für Statistik (BFS) vom 27. April 2009.

⁴⁵ Vgl. ebd.

⁴⁶ Vgl. ebd.

⁴⁷ <http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/03/02/blank/data/06.html>. Vgl. dazu auch Medienmitteilung des BFS vom 6. Januar 2009.

⁴⁸ Vgl. ebd.

beitsstelle) geleistet, mehr als drei Mal mehr als in der Branche des Gastgewerbes (33 Stunden), dem Schlusslicht in dieser Rangliste.⁴⁹

Im Jahr 2007 wurden in der Schweiz 7,250 Mrd. *Arbeitsstunden* tatsächlich geleistet. Dies ist das bisher höchste tatsächlich geleistete Jahresvolumen, welches gegenüber 2006 um 1,9% anstieg. Insbesondere bei den *Teilzeitstellen* war der Anstieg des tatsächlichen Arbeitsvolumens sehr deutlich (4,8%; Vollzeitstellen: 1,3%). Im Jahr 2007 wurden 19% des Gesamtvolumens der Arbeitsstunden im Rahmen von Teilzeitarbeit erbracht.⁵⁰

5. Internationale Beziehungen

a. *Bilaterale Verhandlungen*

aa. Die bilateralen Abkommen

Am 1. März 2008 traten die *Assoziierungsabkommen zu Schengen (SAA) und Dublin (DAA)* zwischen der Schweiz und der Europäischen Union in Kraft. Das *Schengener Informationssystem (SIS)*, das gemeinsame Personen- und Sachfahndungssystem der Schengen-Staaten, wurde am 14. August 2008 in Betrieb genommen.⁵¹

Der *Schengen-Besitzstand* wurde auf den 12. Dezember 2008 in Kraft gesetzt. Damit wurden die systematischen Personenkontrollen an den gemeinsamen Grenzen zwischen den Schengen-Staaten (Binnengrenzen) aufgehoben. Einzig die Aufhebung der Personenkontrollen für Flüge innerhalb des Schengener Raumes erfolgte erst mit Flugplanwechsel am 29. März 2009.⁵²

Der Bundesrat überwies am 26. November 2008 die *Zusatzbotschaft über die Teilnahme der Schweiz am EU-Filmförderungsprogramm MEDIA* an das Parlament, nachdem im Dezember 2007 das Parlament die Botschaft zum MEDIA-Abkommen an den Bundesrat zurückgewiesen hatte mit dem Auftrag, nach Lösungen zu suchen, welche den medienpolitischen Interessen der Schweiz besser Rechnung tragen würden. Anlass dazu gab die im Abkommen vorgesehene Verpflichtung, ab November 2009 das in der Europäischen Union (EU) geltende Herkunftslandprinzip in Bezug auf den freien Empfang und die ungehinderte Weiterverbreitung von Fernsehsendungen zu übernehmen.⁵³

⁴⁹ Vgl. ebd.

⁵⁰ Vgl. ebd.

⁵¹ Medienmitteilung des Bundesamts für Polizei (fedpol) vom 11. August 2008. Vgl. dazu JAR 2008, S. 37 f.

⁵² Medienmitteilungen des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements (EJPD) vom 27. November 2008, vom 11. Dezember 2008 und vom 27. März 2009.

⁵³ Medienmitteilung des EDI vom 26. November 2008. Vgl. auch JAR 2008, S. 36 f.

Das Ziel der Gespräche mit der EU-Kommission bestand darin, ein Mittel zur Durchsetzung strengerer Schweizer Werbevorschriften gegenüber ausländischen Werbefenstern zu finden. Künftig können unter Aufhebung des Herkunftslandsprinzips strengere Werbevorschriften durchgesetzt werden, wenn sie verhältnismässig, nicht diskriminierend und im öffentlichen Interesse sind. Verbote von religiöser und politischer Werbung sowie von Werbung für Spirituosen und Mischgetränke («Alkopops») können nun aufrechterhalten werden.⁵⁴

Gleichzeitig mit der Genehmigung und Finanzierung des MEDIA-Abkommens beantragte der Bundesrat eine Revision des Bundesgesetzes über Radio und Fernsehen (RTVG), um inländische Anbieter gegenüber ausländischen nicht zu benachteiligen.⁵⁵

Am 4. November 2008 eröffneten Bundesrätin Doris Leuthard, Vorsteherin des EVD, und Marianne Fischer Boel, EU-Kommissarin für Landwirtschaft und ländliche Entwicklung, offiziell die Verhandlungen für ein *Abkommen zwischen der Schweiz und der EU im Landwirtschafts-, Lebensmittel- und Gesundheitsbereich*.⁵⁶

Mit diesem Abkommen sollen sowohl tarifäre Handelshemmnisse (wie z.B. Zölle und Kontingente) als auch nicht tarifäre Hürden (wie bspw. unterschiedliche Produktvorschriften und Zulassungsbestimmungen) abgebaut werden. So werden nicht nur die Landwirtschaft, sondern auch die vor- und nachgelagerten Bereiche der Wertschöpfungskette mehr Wettbewerb ausgesetzt. Dies soll Kostensenkungen ermöglichen und neue Exportchancen schaffen. Die Konsumenten sollen von einem vielfältigeren Angebot profitieren.⁵⁷

Die Schweiz und die USA schlossen ein *Rahmenabkommen über die wissenschaftliche und technologische Zusammenarbeit* ab. Es dient der Vertiefung und Weiterführung der bereits bestehenden Beziehungen und umfasst keine konkreten Massnahmen oder finanzielle Unterstützung. Die Vertragspartner verpflichten sich zum weiteren Ausbau und zur Förderung der wissenschaftlichen und technologischen Zusammenarbeit auf der Grundlage der Gleichheit, der Gegenseitigkeit und des beidseitigen Nutzens.⁵⁸

Bundesrätin Eveline Widmer-Schlumpf, Vorsteherin des EJPD, unterzeichnete am 3. November 2008 mit Bosnien und Herzegowina ein *Rückübernahme- und Visaabkommen*. Das Rückübernahmeabkommen stellt sicher, dass Personen mit unbefugtem Aufenthalt ordnungsgemäss rückgeführt werden können. Das Visaabkommen erleichtert die Visa-

⁵⁴ Medienmitteilung des EDI vom 26. November 2008.

⁵⁵ Vgl. ebd.

⁵⁶ Medienmitteilung des EVD vom 4. November 2008.

⁵⁷ Vgl. ebd.

⁵⁸ Medienmitteilung des EDI vom 2. April 2009.

erteilung und fördert den persönlichen, kulturellen und wirtschaftlichen Austausch zwischen den zwei Staaten.⁵⁹

Im Weiteren unterzeichnete Bundesrätin Eveline Widmer-Schlumpf am 21. November 2008 ein revidiertes *Rückübernahmeabkommen* mit Bulgarien. Neu kann die Schweiz auch Drittstaatsangehörige und Staatenlose zurückführen, wenn diese die Bedingungen für die Einreise oder den Aufenthalt in der Schweiz nicht oder nicht mehr erfüllen.⁶⁰

Am 18. Januar 2009 trat das neu verhandelte *Rückübernahmeabkommen* zwischen der Schweiz und dem EU-Staat Rumänien in Kraft. Es ersetzt das Abkommen aus dem Jahre 1996. Neu können nicht nur Bürger aus Rumänien mit illegalem Aufenthalt in der Schweiz, sondern auch Drittstaatsangehörige in dieses Land zurückgeführt werden.⁶¹

bb. Die Personenfreizügigkeit

Das Abkommen über die Personenfreizügigkeit mit der EU (Freizügigkeitsabkommen [FZA]) wurde am 1. Juni 2002 für eine anfängliche Dauer von sieben Jahren in Kraft gesetzt. Bis zum 31. Mai 2009 musste die Schweiz mitteilen, ob sie das Abkommen unbefristet weiterführen will. Zudem sollte es schrittweise auf die beiden im Jahr 2007 beigetretenen neuen EU-Mitgliedstaaten Bulgarien und Rumänien ausgedehnt werden.⁶² Das Parlament fasste die Weiterführung und Ausdehnung in einem Bundesbeschluss zusammen und genehmigte den Bundesbeschluss am 13. Juni 2008 mit grossem Mehr. Dagegen wurde das Referendum ergriffen.⁶³

Für die Annahme der Vorlage wurden *folgende drei Gründe* genannt:

- Die Schweiz beschliesst mit einem Ja zur Personenfreizügigkeit die Weiterführung der Bilateralen I insgesamt. Damit sichert sie sich die vertraglichen Rahmenbedingungen für die Beziehung zur EU, der mit Abstand bedeutendsten Wirtschaftspartnerin.
- Die Personenfreizügigkeit ist für den Standort und Werkplatz Schweiz entscheidend: Sie ermöglicht den Firmen, die nötigen ausländischen Spezialisten einfacher zu rekrutieren.
- Die Erfahrungen mit der Personenfreizügigkeit sind überwiegend positiv: Die Zuwanderung erfolgte gemäss den Bedürfnissen der Wirtschaft. Die Personenfreizügigkeit hat zur Förderung des Wirtschaftswachstums und zur Sicherung und Schaffung zahlreicher Stellen beigetragen. Befürchtungen, es könnte zu einer Massenimmigration aus den osteuropäischen Staaten, systematischem

⁵⁹ Medienmitteilung des EJPD vom 3. November 2008.

⁶⁰ Medienmitteilung des EJPD vom 21. November 2008.

⁶¹ Medienmitteilung des Bundesamts für Migration (BFM) vom 16. Januar 2009.

⁶² Medienmitteilung des EJPD vom 2. Dezember 2008. Vgl. auch JAR 2008, S. 38 f.

⁶³ Vgl. ebd.

Lohndumping, zunehmendem Sozialmissbrauch sowie steigender Kriminalität kommen, haben sich als unbegründet erwiesen.⁶⁴

Die Abstimmung fand am 8. Februar 2009 statt, und eine Mehrheit der Stimmbürger von rund 60% votierte für die Weiterführung des FZA und die Ausdehnung auf Bulgarien und Rumänien.⁶⁵

Aufgrund der sog. *Schutzklausel* (Ventilklausel) ist es der Schweiz erlaubt, für einen bestimmten Zeitraum einseitig und ohne Gefahr von Retorsionsmassnahmen wieder Kontingente einzuführen. Es wird dabei vorausgesetzt, dass die Anzahl der ausgestellten Bewilligungen in einem bestimmten Jahr um mindestens 10% über dem Durchschnitt der vorangegangenen drei Jahre liegt, und die neu eingeführten Kontingente mindestens 5% über dem Durchschnitt der erteilten Bewilligungen der drei vorangegangenen Jahre liegen.⁶⁶

Obwohl die Voraussetzungen für die Aufenthalter (B-Bewilligung) erfüllt waren, entschied sich der Bundesrat am 20. Mai 2009 aus *folgenden Gründen* für den Verzicht auf die Anrufung der Schutzklausel:

- Das Kontingent würde sich auf 44 000 Aufenthaltsbewilligungen belaufen, und die erzielte Bremswirkung wäre daher entsprechend gering.
- Die qualifizierte Zuwanderung aus den EU-Staaten hat bisher nicht zu einer Verdrängung von Schweizer Arbeitskräften geführt.
- Die Mehrzahl der Kantone und die Sozialpartner haben sich gegen die Anrufung der Ventilklausel ausgesprochen.
- Mit der zeitweiligen Wiedereinführung von Kontingenten gegenüber Staatsangehörigen aus der EU-17/EFTA würde eine neue bürokratische Hürde für die Unternehmen in der Schweiz aufgebaut, was nicht im Sinne der Schweizer Wirtschaft und der Klein- und Mittelunternehmen (KMU) ist.
- Mit der Anrufung der Ventilklausel würde ein negatives Signal ausgesendet, welches im aktuellen europapolitischen Kontext nicht von Vorteil wäre.
- Die Schweizer Wirtschaft sollte vor einem Wiederaufschwung die Sicherheit haben, dass sie rechtzeitig Zugang zu den benötigten qualifizierten Arbeitskräften hat.
- Aufgrund der sich abschwächenden Konjunktur kann mit einem weiteren Rückgang der Zuwanderung gerechnet werden.⁶⁷

⁶⁴ Vgl. ebd.

⁶⁵ Neue Zürcher Zeitung (NZZ) vom 9. Februar 2009, S. 1.

⁶⁶ Medienmitteilung des EJPD vom 20. Mai 2009.

⁶⁷ Vgl. ebd.

cc. Die flankierenden Massnahmen

Der *SECO-Bericht über die Umsetzung der flankierenden Massnahmen* in der Zeit vom 1. Januar 2008 bis 31. Dezember 2008 hat Folgendes ergeben:

Die *Anzahl der Kontrollen* stieg bei den Entsendebetrieben um 33%, bei den Schweizer Arbeitgebern haben sie demgegenüber um 1% leicht abgenommen. Sowohl bei den Entsendebetrieben als auch bei den Schweizer Arbeitgebern wurde *im Baunebengewerbe* am häufigsten kontrolliert.⁶⁸

Gemäss den Angaben der Kantone und tripartiten Kommissionen haben 8% der kontrollierten Entsendebetriebe orts- und branchenübliche Lohnbedingungen mehrfach missbräuchlich unterboten oder gegen Lohnbestimmungen (Mindestlöhne aus Normalarbeitsverträgen) verstossen. Bei den kontrollierten Schweizer Arbeitgebern gingen die Lohnunterbietungen von 8% auf 4% zurück.⁶⁹

Laut den paritätischen Kommissionen haben 19% der Entsendebetriebe gegen GAV-Lohnbedingungen verstossen. Bei den Schweizer Arbeitgebern hat die Verstossquote von 18% auf 26% zugenommen. Dies ist einerseits erklärbar durch die detaillierteren Kontrollen bei Schweizer Arbeitgebern sowie andererseits dadurch, dass oft aufgrund konkreter Verdachtsmomente kontrolliert wird. Generell sind die höheren Verstossquoten der paritätischen Kommissionen darauf zurückzuführen, dass Verstösse gegen GAV-Lohnbestimmungen leichter identifizierbar sind und auch eine geringfügige Unterschreitung eines GAV-Lohnes als Verstoß geahndet wird, während in Bereichen ohne Gesamtarbeitsvertrag (GAV) bezüglich der Definition der orts- und branchenüblichen Löhne ein gewisser Spielraum besteht.⁷⁰

Im Entsendewesen wiesen folgende Branchen einen überdurchschnittlichen Anteil an Lohnunterbietungen auf: das Baunebengewerbe, das verarbeitende Gewerbe, die persönlichen Dienstleistungen und das Bauhauptgewerbe. Bei den Schweizer Arbeitgebern waren gemäss der Kantone bzw. der tripartiten Kommissionen folgende Branchen überdurchschnittlich betroffen: das Gesundheits- und Sozialwesen, Coiffeursalons und Kosmetikinstitute, der Personalverleih, die persönlichen Dienstleistungen und das Bauhauptgewerbe. Die paritätischen Kommissionen melden hohe Lohnverstösse in folgenden Branchen: im Reinigungsgewerbe, im Überwachungs- und Sicherungsgewerbe, im verarbeitenden Gewerbe und im Bauhauptgewerbe.⁷¹

Als *Sanktionen* wurden Bussen, Verwarnungen und Dienstleistungssperren ausgesprochen. Die Verhängung der Sanktionen wird von den

⁶⁸ Medienmitteilung des EVD vom 23. April 2009.

⁶⁹ Vgl. ebd.

⁷⁰ Vgl. ebd.

⁷¹ Vgl. ebd.

Kantonen sehr unterschiedlich gehandhabt, weshalb das SECO am 24. Februar 2009 eine *Empfehlung* erlassen hat, welche zu einer gewissen Vereinheitlichung führen soll.⁷²

Insgesamt können die flankierenden Massnahmen als wirksam bezeichnet werden. Mit den entsprechenden Instrumenten wird die Einhaltung der Lohn- und Arbeitsbedingungen durchgesetzt. Die Umsetzung wird laufend optimiert, und Kontrollen finden flächendeckend statt.⁷³

Die *Acht-Tage-Frist* nach Art. 6 Abs. 3 des Entsendegesetzes (EntsG) besagt, dass die ausländischen Arbeitgeber den Schweizer Behörden acht Tage vor Arbeitseinsatz schriftlich Angaben über Tätigkeit, Arbeitsbedingungen und Arbeitsort der betroffenen Arbeitnehmer zu machen haben. Dieses Verfahren soll sich im grenznahen Dienstleistungsverkehr als in hohem Masse untauglich erweisen. Kurzfristig auszuführende Arbeiten würden stark erschwert. Die *Acht-Tage-Frist* habe zu beträchtlichen Verstimmungen mit den ausländischen Nachbarn geführt und behindere die wirtschaftliche Entwicklung entlang der Landesgrenze.⁷⁴

Aufgrund dessen soll eine Reform die Acht-Tage-Frist im Einzelfall verkürzen. Dies soll durch die Einführung von zertifizierten Entsendebetrieben mit einer auf ein Jahr befristeten Pauschalbewilligung für im Voraus gemeldete Mitarbeitende erreicht werden. Voraussetzungen der Zertifizierung sind: der Nachweis, dass die Angestellten der ausländischen Unternehmung in unbefristeten Vertragsverhältnissen arbeiten, die den im EntsG geforderten Arbeits- und Lohnbedingungen entsprechen sowie die namentliche Voranmeldung aller für den Arbeitseinsatz in der Schweiz vorgesehenen Mitarbeitenden. Ein zertifizierter Entsendebetrieb soll die Arbeit vor Ablauf der achttägigen Frist beginnen können, frühestens jedoch am Tag der Meldung.⁷⁵

Der Kanton Basel-Landschaft will Verstösse gegen Gesamtarbeitsverträge wirksamer bekämpfen. Die Zentrale Paritätische Kontrollstelle (ZPK) stellte bei ihren Kontrollgängen eine durchschnittliche Verstossquote von 40% fest. Jeder vierte ausländische Betrieb, der Arbeitnehmer ins Baselbiet entsende, halte nach Hans Rudolf Gysin, FDP-Nationalrat und Chef der kantonalen Wirtschaftskammer, die Mindestbedingungen im Lohn- und Sozialbereich nicht ein. Die derzeit ausstehenden Forderungen würden rund CHF 600 000.00 betragen. Sie seien kaum durchsetzbar, weil sich bspw. die ausländischen Gerichte für unzuständig erklärten.⁷⁶

Deshalb änderte der Kanton Basel-Landschaft die allgemeinverbindlichen Bestimmungen des im Ausbaugewerbe (z.B. Malerei- oder Gipse-riegewerbe) geltenden GAV. Ab 1. April 2009 haben alle im Kanton täti-

⁷² Vgl. ebd.

⁷³ Vgl. ebd.

⁷⁴ NZZ vom 2. August 2008, S. 27.

⁷⁵ Vgl. ebd.

⁷⁶ NZZ vom 10. Dezember 2008, S. 9 und NZZ vom 19. Juni 2009, S. 15.

gen ausländischen und innerkantonalen Firmen eine Kautionspflicht in Höhe von CHF 20 000.00 zu entrichten. Die Kautionspflicht muss bei der ZPK, welche über die Einhaltung der GAV-Vorschriften wacht, hinterlegt werden. Die Sicherheit kann in Anspruch genommen werden, wenn die Zahlung von Kontrollkosten, Konventionalstrafen oder Gerichtskosten fällig wird.⁷⁷

Die eigentlichen Adressaten sind die ausländischen Unternehmen, deren Arbeitnehmer im Kanton Basel-Landschaft arbeiten und bei Verstössen nur schwer zu belangen sind. Die innerkantonalen Firmen werden nur aus Gründen der Nichtdiskriminierung in die Pflicht genommen. Die ausserkantonalen Firmen unterstehen der Kautionspflicht aufgrund des Binnenmarktgesetzes (BGBM) nicht.⁷⁸

Schon Anfang Juni berichteten die Sozialpartner von positiven ersten Erfahrungen. Die Fälle von Lohn- und Sozialdumping hätten spürbar abgenommen und die Kautionspflicht zeige präventive Wirkung.⁷⁹

Im benachbarten EU-Raum löste die Kautionspflicht des Kantons Basel-Landschaft Empörung aus. Es wurde von protektionistischen Handelshemmnissen gesprochen. Ein Gutachten der Freiburger Professorin für Europa- und Völkerrecht, Astrid Epiney, kommt zum Schluss, dass eine Kautionspflicht nicht grundsätzlich mit dem FZA unvereinbar sei. Es könne jedoch nur um die Sicherstellung von aus Gesetz oder GAV sich ergebenden Forderungen gehen, und die Kautionspflicht müsse im Hinblick auf diesen Zweck verhältnismässig sein.⁸⁰

Der Bundesrat hat im Februar 2009 die im GAV für den Gerüstbau landesweit vorgesehene Kautionspflicht für allgemeinverbindlich erklärt, womit alle in- und ausländischen Betriebe gleichgestellt werden. Und auch die Sozialpartner im Malerei- und Gipsereigewerbe haben eine Kautionspflicht beschlossen und wollen demnächst ein Gesuch um Allgemeinverbindlicherklärung beim Bundesrat einreichen.⁸¹

Das SECO hat im Auftrag der tripartiten Kommission des Bundes die Auswirkungen in der Hauswirtschaft untersuchen lassen. Die Studie kommt zum Schluss, dass einerseits die Löhne in der Hauswirtschaft generell tiefer sind als in vergleichbaren Tätigkeiten und dass andererseits die orts- und branchenüblichen Löhne häufig deutlich unterschritten werden. Im Weiteren gibt es in der Branche der Hauswirtschaft keine Organisation der Sozialpartner, die in kritischen Situationen eingreifen könnte. Deshalb sind für die tripartite Kommission des Bundes die Voraussetzungen für den Erlass eines Normalarbeitsvertrags (NAV) mit Mindestlöhnen gegeben. Sie

⁷⁷ Vgl. ebd.

⁷⁸ Vgl. ebd.

⁷⁹ NZZ vom 19. Juni 2009, S. 15.

⁸⁰ Vgl. ebd.

⁸¹ Vgl. ebd.

hat beschlossen, einen entsprechenden Antrag an den Bundesrat vorzubereiten.⁸²

b. Internationale Arbeitsorganisation (IAO/ILO)

Vom 3. Juni bis 19. Juni 2009 fand die 98. Sitzung der Internationalen Arbeitskonferenz (IAK) in Genf statt. Die Schweiz wurde durch eine tripartite Delegation vertreten.⁸³

Folgende Themen waren für die Schweiz *prioritär*:

- Budget der IAO für 2010–2011;
- Debatte über die Beschäftigungskrise und die Art und Weise, wie die Auswirkungen der Wirtschafts- und Finanzkrise auf die Beschäftigung und die Sozialpolitik zu bewältigen sind;
- Ausarbeitung eines Normenentwurfs zu HIV/AIDS in der Welt der Arbeit;
- Folgearbeiten zu den Massnahmen gegen die Zwangsarbeit in Myanmar.⁸⁴

Im Weiteren behandelte die Konferenz Fragen zur Umsetzung der Arbeitsnormen in den Ländern, welche sie ratifiziert hatten, und zur Gleichstellung der Geschlechter als Kernstück menschenwürdiger Arbeit.⁸⁵

Bundesrätin Doris Leuthard, Vorsteherin des EVD, und Juan Somavia, Generaldirektor der IAO, unterzeichneten am 9. Juni 2009 ein *Memo-
randum of Understanding (MoU)* zur Verstärkung der Kooperation zwischen der Schweiz und der IAO im Bereich der wirtschaftlichen Entwicklungszusammenarbeit.⁸⁶

Die ILO schreibt in ihrer jüngsten *Trendanalyse des weltweiten Arbeitsmarktes*, dass infolge der Weltwirtschaftskrise die Zahl der Arbeitslosen dramatisch zunehmen wird. Das bedeutet, dass die Zahl der Arbeitslosen von 180 Mio. im Jahr 2008 auf 198–230 Mio. im Jahr 2009 zunehmen könnte.⁸⁷

In einem *Bericht über die globale Entwicklung der Löhne und Gehälter* prophezeit die ILO den Lohnabhängigen schwierige Zeiten. Die Löhne reagierten stärker auf Krisenzeiten als das Bruttoinlandprodukt pro Kopf der Bevölkerung. Es liege an den Regierungen, die Kaufkraft der Bevölkerung zu schützen und dadurch den Konsum zu stimulieren. Im Weiteren

⁸² Medienmitteilung des EVD vom 21. November 2008.

⁸³ Medienmitteilung des SECO vom 6. Mai 2009.

⁸⁴ Vgl. ebd.

⁸⁵ Vgl. ebd.

⁸⁶ Vgl. ebd.

⁸⁷ NZZ vom 29. Januar 2009, S. 22.

empfiehlt sie, wenn immer möglich die Mindestlöhne zu erhöhen und direkte Massnahmen zur Einkommenssteigerung zu prüfen.⁸⁸

Laut dem *Weltarbeitsbericht 2008* der ILO haben seit 1990 die Einkommensungleichheiten in zwei Dritteln der 44 untersuchten Länder zugenommen. Davon betroffen sind insbesondere das Lohn- und Einkommensgefälle zwischen den beiden an den Extremen angesiedelten Gruppen, den 10% der am besten beziehungsweise am schlechtesten Verdienenden. Die grössten Ungleichheiten bestehen in Brasilien, China, Indien und den USA. Die geringsten Lohnunterschiede verzeichnen Belgien sowie die skandinavischen Länder. In der Schweiz haben sich die Lohnungleichheiten in den letzten 15 Jahren kontinuierlich zurückgebildet.⁸⁹

6. Stagiaires

Die Schweiz hat mit rund 30 Staaten sogenannte *Stagiaires-Abkommen* geschlossen, um jungen Berufsleuten die Erweiterung ihrer beruflichen und sprachlichen Kenntnisse im Ausland zu ermöglichen. Mit den folgenden Ländern sind solche Stagiaires-Abkommen in Kraft: Argentinien, Australien, Belgien, Bulgarien, Dänemark, Deutschland, Finnland, Frankreich, Grossbritannien, Irland, Kanada, Luxemburg, Monaco, Neuseeland, Niederlande, Norwegen, Österreich, Philippinen, Polen, Portugal, Rumänien, Russland, Schweden, Slowakei, Spanien, Südafrika, Tschechien, Ungarn und den USA.⁹⁰

Als *Stagiaires* zugelassen werden Schweizer Staatsangehörige resp. Staatsangehörige der obgenannten Länder, die eine abgeschlossene Berufsausbildung von mindestens zwei Jahren vorweisen können und nicht älter als 35 Jahre sind (Ausnahmen: Australien, Neuseeland, Polen, Russland und Ungarn: 30 Jahre). Kanada lässt als einziges Land auch Studierende zu. Das Berufspraktikum hat im erlernten Beruf bzw. Studienggebiet zu erfolgen.⁹¹

Die *Stagiaires-Abkommen* gelten für alle Berufe, deren Ausübung ausländischen Staatsangehörigen nicht untersagt ist. Teilzeitarbeit sowie die Ausübung einer selbständigen Tätigkeit sind nicht gestattet. Die Sta-

⁸⁸ NZZ vom 27. November 2008, S. 25.

⁸⁹ NZZ vom 17. Oktober 2008, S. 25.

⁹⁰ <http://www.swissemigration.ch/themen/stagiaires/00035/index.html?lang=de>; Allgemeine Wegleitung des BFM: «Als Stagiaires ins Ausland», zu finden unter www.swissemigration.ch/themen/stagiaires/index.html?lang=de sowie Allgemeine Wegleitung des BFM: «Ausländische Stagiaires in der Schweiz», zu finden unter www.swissemigration.ch/themen/stagiaires/00035/index.html?lang=de.

⁹¹ <http://www.swissemigration.ch/themen/stagiaires/00035/index.html?lang=de>.

giaires müssen nach orts- und branchenüblichen Ansätzen für Berufsleute entlohnt werden.⁹²

Infolge der Bilateralen Abkommen Schweiz–EU/EFTA benötigen Staatsangehörige der 15 alten EU-Staaten sowie von Norwegen in der Schweiz keine formelle Arbeitsbewilligung mehr. Die Stagiaires-Abkommen mit diesen Ländern wurden deshalb ausgesetzt.⁹³

Staatsangehörige der neuen EU-Staaten Bulgarien, Polen, Rumänien, Slowakei, Tschechien und Ungarn benötigen nach wie vor eine Arbeitsbewilligung. Die Stagiaires-Abkommen bleiben deshalb vorerst die einfachste Möglichkeit, um zu einer Schweizer Aufenthalts- und Arbeitsbewilligung zu kommen.⁹⁴

In der Berichtsperiode (d.h. vom 1. Juli 2008 bis 30. Juni 2009) trat am 27. Oktober 2008 ein Stagiaires-Abkommen zwischen der Schweiz und der Ukraine in Kraft. Das Stagiaires-Abkommen zwischen der Schweiz und Chile wurde im Dezember unterzeichnet, ist jedoch formell noch nicht in Kraft. Ein weiteres Stagiaires-Abkommen mit Japan wird verhandelt.⁹⁵

II. Individualarbeitsrecht

1. Teilzeitarbeit

Die Schweizerische Arbeitskräfteerhebung (SAKE) 2008 ergab, dass im 2. Quartal 2008 4,229 Mio. Personen *erwerbstätig* waren. Das sind 107 000 Personen oder 2,6% mehr als im Vorjahr. Die *Zahl der Erwerbslosen* sank um 5,9% auf 147 000 Personen, und die *Erwerbslosenquote* ging von 3,6% auf 3,4% zurück.⁹⁶

Rund ein Drittel der Erwerbstätigen ging einer *Teilzeitbeschäftigung* nach. Dies entspricht einer Zunahme von 5,4% oder 72 000 Personen. Bei den Vollzeitbeschäftigten betrug die Zunahme lediglich 1,2% (35 000).⁹⁷

Der Anteil der teilzeitbeschäftigten Frauen (57%) liegt deutlich über jenem der Männer (13%). Der Anstieg zwischen 2007 und 2008 war jedoch bei den Männern klar grösser als bei den Frauen (9,3% gegenüber 4,4%). Bei den Männern mit Beschäftigungsgraden zwischen 50% und 90% war die Zunahme besonders signifikant (12% gegenüber 6,2% mit

⁹² Vgl. Allgemeine Wegleitung des BFM: «Als Stagiaires ins Ausland», zu finden unter www.swissemigration.ch/themen/stagiaires/index.html?lang=de sowie Allgemeine Wegleitung des BFM: «Ausländische Stagiaires in der Schweiz», zu finden unter www.swissemigration.ch/themen/stagiaires/00035/index.html?lang=de.

⁹³ <http://www.swissemigration.ch/themen/stagiaires/00035/index.html?lang=de>.

⁹⁴ Vgl. ebd.

⁹⁵ Telefonische Auskunft des BFM vom 30. Juni 2009.

⁹⁶ Medienmitteilung des BFS vom 20. November 2008.

⁹⁷ Vgl. ebd.

Beschäftigungsgrad unter 50%). Demgegenüber stieg bei den Frauen die Zahl der Erwerbstätigen mit einem Beschäftigungsgrad unter 50% am stärksten an (5,1% gegenüber 3,8% mit Beschäftigungsgrad über 50%).⁹⁸

Laut einer *Studie zur Lohnentwicklung 2002 bis 2006* verdient eine teilzeitlich arbeitende Person umgerechnet auf ein Vollzeitpensum deutlich weniger als vollzeitlich beschäftigte Kollegen. Da mehr Frauen teilzeitlich arbeiten als Männer, sind Frauen von dieser Schlechterstellung mehr betroffen.⁹⁹

Die Löhne von Teilzeitarbeitenden sind laut der Erhebung durchschnittlich 18% tiefer als diejenigen von Vollzeitbeschäftigten. Dabei gibt es nach Geschlecht, Branchen und hierarchischer Stellung im Beruf deutliche Unterschiede.¹⁰⁰

2. Gleichbehandlung der Geschlechter, Chancengleichheit

Anlässlich des *20. Jubiläums des Eidgenössischen Büros für die Gleichstellung von Frau und Mann (EBG)* haben das BFS und das EBG gemeinsam eine *Broschüre* herausgegeben, die verdeutlicht, dass obwohl die tatsächliche Gleichstellung in vielen Lebensbereichen noch nicht vollumfänglich realisiert ist, in den letzten zwei Jahrzehnten Fortschritte zu verzeichnen sind.¹⁰¹

Im Allgemeinen weisen Frauen zwischen 25 und 64 Jahren einen tieferen Bildungsstand auf als Männer. Deutlich häufiger weisen sie keine nachobligatorische Ausbildung und seltener eine Tertiärbildung (universitäre Hochschule, Fachhochschule, höhere Berufsbildung) auf. Bei einer allgemeinen Tendenz zu höherer Bildung werden die Unterschiede im Bildungsstand von Frauen und Männern allerdings geringer. Bei Betrachtung der jährlichen Abschlüsse an den universitären Hochschulen zeigt sich, dass die Frauen zugelegt und den Rückstand aufgeholt haben: 1990 betrug die Abschlussquote der Frauen 4,9%; im Jahr 2007 hat sie sich verdreifacht und liegt bei 15,6%. Bei den Männern ist der Anstieg in der gleichen Zeit moderater: Ihr Anteil ist von 9,6% auf 14,9% gewachsen.¹⁰²

Die geschlechterspezifisch geprägte Berufs- und Studienfachwahl hat sich seit 1990 nicht wesentlich verändert. Junge Frauen wählen vorwiegend Berufsausbildungen und Studiengänge des Gesundheitswesens, der Geistes- und Sozialwissenschaften, der sozialen Arbeit sowie die Lehrkräfteausbildung. Junge Männer hingegen treten häufiger in technische Berufs-

⁹⁸ Vgl. ebd.

⁹⁹ NZZ vom 10. Dezember 2008, S. 49.

¹⁰⁰ Vgl. ebd.

¹⁰¹ Medienmitteilung des BFS vom 3. November 2008.

¹⁰² Vgl. ebd.

bildungen und Studiengänge der Bereiche Ingenieurwesen, Architektur und Bau sowie Technik und IT ein.¹⁰³

Im Lehrkörper der Hochschulen sind Frauen besser vertreten als früher: Seit 1995 hat sich ihr Anteil an den Professuren der universitären Hochschulen mehr als verdoppelt (von 5,7% auf 14,6%). Gleich wie Frauen auf der Stufe der universitären Hochschulen bilden männliche Lehrkräfte in der Vorschule und auf der Primarstufe eine Minderheit (4,8% bzw. 21,2%).¹⁰⁴

1984 wurde die erste Frau in den Bundesrat gewählt. Ab 1993 waren immer eine oder zwei Frauen im siebenköpfigen Bundesrat vertreten, und nach den Wahlen von 2007 hielten sogar drei Frauen im Bundesrat Einsitz. Im Ständerat verlief die Entwicklung von 1971 bis Anfang der 90er-Jahre zögerlich. 1991 betrug der Frauenanteil 8,7%, 1995 kam es zu einem markanten Anstieg auf 17%, und nach den Wahlen 2007 beträgt ihr Anteil 21,7%. Im Nationalrat nahm der Frauenanteil seit den ersten Wahlen mit Frauenbeteiligung im Jahr 1971 stetig von 5,0% auf 29,5% im Jahr 2007 zu.¹⁰⁵

Zentraler Aspekt der Gleichstellung ist die Vereinbarkeit von Beruf und Familie, welche eine Herausforderung für die ganze Familie darstellt. Trotz zunehmender Erwerbsbeteiligung der Frauen bleiben bezahlte und unbezahlte Arbeit zwischen den Geschlechtern weiterhin ungleich verteilt: Rund acht von zehn Frauen in Paarhaushalten mit Kindern unter 15 Jahren trugen im Jahr 2007 die Hauptverantwortung der Hausarbeit alleine (im Jahr 1997 waren es neun von zehn Frauen).¹⁰⁶

Der Bundesrat hat im Frühjahr 2008 beschlossen, ab 2009 Unternehmen gemäss Gleichstellungsgesetz (GlG) Finanzhilfen zu gewähren, damit diese eigene Projekte zur Förderung der Chancengleichheit durchführen können. Pro Jahr stehen rund CHF 1 Mio. zur Verfügung. Das EBG lancierte nun dieses Angebot pünktlich zum 20. Jubiläum unter dem Motto «Mann + Frau. Ein Gewinn für Unternehmen». Interessierte Unternehmen konnten bis März 2009 Gesuche um Projektbeiträge einreichen.¹⁰⁷

Am 21. April 2009 fand eine Tagung unter dem Titel «Richtung Chancengleichheit» zur Förderung des Dialogs und der Zusammenarbeit zwischen Frauen- und Männerorganisationen sowie Gleichstellungsbüros statt. Es wurden zwei Ziele verfolgt: Zum einen wurden gemeinsame Anliegen identifiziert und Wege zu deren Umsetzung diskutiert, und zum andern erarbeiteten die Teilnehmenden Grundlagen für eine zukunftsweisende Dialogkultur.¹⁰⁸

¹⁰³ Vgl. ebd.

¹⁰⁴ Vgl. ebd.

¹⁰⁵ Vgl. ebd.

¹⁰⁶ Vgl. ebd.

¹⁰⁷ Medienmitteilung des EBG vom 31. Oktober 2008.

¹⁰⁸ Medienmitteilung des EDI vom 21. April 2009.

Sozialpartner und Bund lancierten gemeinsam einen *Lohnungleichheitsdialog*. Sie wollen damit diskriminierende Lohnungleichheiten zwischen Frauen und Männern in Unternehmen in der Schweiz beseitigen.¹⁰⁹

Seit 1981 besteht in der BV der Anspruch von Frau und Mann auf gleichen Lohn für gleichwertige Arbeit, und seit 13 Jahren gilt das GlG. Trotzdem hat sich an der tatsächlichen Situation nicht viel geändert. Noch heute verdienen in zahlreichen Unternehmen Arbeitnehmerinnen weniger als ihre männlichen Kollegen. Daher wurden im November 2007 verschiedene Möglichkeiten diskutiert, um diese unbefriedigende Situation anzugehen. Die Sozialpartner einigten sich schliesslich darauf, die Unternehmen zu einer freiwilligen Überprüfung ihrer Löhne zu motivieren und auf diese Weise allfällige Diskriminierungen zu beseitigen.¹¹⁰

Ab dem 1. März 2009 erhalten Schweizer Unternehmen die Möglichkeit, sich dem Lohnungleichheitsdialog anzuschliessen. Zu diesem Zweck unterzeichnet die Unternehmensleitung eine Einzelvereinbarung. Sie verpflichtet sich damit, das Lohnsystem freiwillig und auf einfache, kostengünstige Weise auf allfällige Geschlechterdiskriminierungen zu überprüfen. Der Bund stellt mit LOGIB ein entsprechendes Instrument zur Verfügung.¹¹¹

Der Lohnungleichheitsdialog wird während fünf Jahren geführt. Nach zwei Jahren soll eine Zwischenbilanz erfolgen. Es besteht dann die Möglichkeit einer Verlängerung des Projekts bis 2016, falls sich dies notwendig erweisen sollte.¹¹²

3. Whistleblowing

Whistleblowing wird verstanden als Offenlegung von illegalen oder unethischen Geschäftspraktiken, sei es durch interne Meldung (*sog. internes Whistleblowing*) oder durch Benachrichtigung der Öffentlichkeit (*sog. externes Whistleblowing*).¹¹³

Whistleblower sind demnach Arbeitnehmer, die auf Missstände am Arbeitsplatz hinweisen. Sie laufen deshalb Gefahr, ihre Stelle zu verlieren.¹¹⁴

¹⁰⁹ Medienmitteilung des EDI vom 2. März 2009.

¹¹⁰ Vgl. ebd.

¹¹¹ Vgl. ebd.

¹¹² Vgl. ebd.

¹¹³ PORTMANN DOMINIQUE/WOHLMANN HERBERT, Whistleblowing, in: SJZ 103 (2007) S. 179 ff. Weitere Hinweise bei ZORA LEDERGERBER, Whistleblowing unter dem Aspekt der Korruptionsbekämpfung, Diss. 2005 Bern (zit. LEDERGERBER), Randnote (RN) 8 ff.

¹¹⁴ Medienmitteilung des EJPD vom 5. Dezember 2008.

Die Schweiz kennt bis anhin keine besonderen Gesetzesvorschriften zum Schutz von Whistleblowern. Im Jahr 2003 forderten deshalb zwei parlamentarische Vorstösse einen besseren rechtlichen Schutz für Hinweisgebende.¹¹⁵

Eine *Teilrevision des Obligationenrechts*, welche vom Bundesrat in die Vernehmlassung geschickt wurde, sieht eine neue Bestimmung vor, gemäss welcher der Arbeitnehmer nicht gegen seine Treuepflicht verstösst, wenn er dem Arbeitgeber in Treu und Glauben Missstände meldet. Ergreift der Arbeitgeber daraufhin keine wirksamen Massnahmen, so kann sich der Arbeitnehmer an die zuständige Behörde wenden. Unternimmt die Behörde nicht die notwendigen Schritte, dann kommt für den Arbeitnehmer als letzte Massnahme der Gang in die Öffentlichkeit in Betracht.¹¹⁶

Die im Anschluss an eine rechtmässige Meldung erfolgte Kündigung ist missbräuchlich und sieht eine Entschädigung von bis zu sechs Monatslöhnen vor.¹¹⁷

Für die Bundesverwaltung regelt das Bundespersonalgesetz (BPG) die Pflicht, Missstände zu melden. Die Kantone bleiben für die Regelung der Meldepflicht ihrer Angestellten selber zuständig.¹¹⁸

Nach dem *Erläuternden Bericht zum Vorentwurf* behandelt Art. 321a^{bis} OR die Voraussetzungen des Melderechts. Das Melderecht betrifft Missbräuche. *Missbräuche* sind Sachverhalte, die im Widerspruch zu einer Verpflichtung des Unternehmens oder seiner Mitarbeiter stehen, unabhängig davon, ob die Verpflichtung öffentlichen oder privaten Interessen dient. In erster Linie geht es dabei um strafbare Handlungen. Es wird vorausgesetzt, dass das gemeldete Verhalten in Treu und Glauben als Missstand erscheint und dass auch die Meldung in Treu und Glauben erfolgt.¹¹⁹

Absatz 1 regelt die interne Meldung, Absatz 2 die externe Meldung, und Absatz 3 sieht die Benachrichtigung der Öffentlichkeit als ultima ratio vor. Die *interne Meldung* meint die Meldung an den Arbeitgeber, die *externe Meldung* betrifft den Fall einer Meldung an die zuständige Behörde, welche subsidiär zur internen Meldung zu erfolgen hat und auf jene Fälle beschränkt ist, in denen öffentliche Interessen auf dem Spiel stehen. Die *Benachrichtigung der Öffentlichkeit* dient als ultima ratio, um dem öffentlichen Interesse zum Durchbruch zu verhelfen. Dazu müssen erstens die interne Meldung ausgeschossen und zweitens die externe Meldung nutzlos sein sowie zusätzlich besondere Umstände vorliegen, die darauf hindeuten, dass die zuständige Behörde nichts unternehmen wird. Nach Absatz 4 blei-

¹¹⁵ LEDERGERBER, RN 3 und RN 161.

¹¹⁶ Medienmitteilung des EJPD vom 5. Dezember 2008.

¹¹⁷ Vgl. ebd.

¹¹⁸ Vgl. ebd.

¹¹⁹ Der *Erläuternde Bericht zum Vorentwurf* ist zu finden unter: http://www.ejpd.admin.ch/etc/medialib/data/pressemitteilung/2008/pm_2008-12-05.Par.0001.File.tmp/vn-ber-d.pdf, S. 38 ff.

ben die Bestimmungen über das Berufsgeheimnis sowie Bestimmungen in Spezialgesetzen vorbehalten.¹²⁰

Zudem soll im Rahmen dieser Revision *Art. 336 Abs. 2 OR* durch eine *lit. d* ergänzt werden, nach welcher die Kündigung, die im Anschluss an die Meldung eines Missbrauchs nach *Art. 321a^{bis} OR* ausgesprochen wurde, missbräuchlich ist. Die Meldung eines Missbrauchs stellt keine Vertragsverletzung dar, weshalb eine fristlose Kündigung nicht gerechtfertigt ist.¹²¹

Im Weiteren werden die *Absätze 2 und 3 von Art. 321a^{bis} OR* in die Liste der Bestimmungen des relativ zwingenden Rechts aufgenommen.¹²²

Die vorgeschlagene Gesetzesänderung erhielt wenig Unterstützung. Lediglich die FDP zeigte sich zufrieden mit dem Text. Die CVP begrüßte zwar eine Revision des OR, erachtete den Vorschlag des Bundesrates aber für zu vage. Auch den Gewerkschaften und der SP ging der Schutz zu wenig weit. Die Entschädigung von maximal sechs Monatslöhnen sei keine ausreichende Sanktion des Arbeitgebers, die Vorlage müsse jede missbräuchliche Entlassung für annullierbar erklären, und der Arbeitnehmer solle sich an einen Dritten wenden können, welcher der Schweigepflicht unterliege. Dieser Dritte könne mit der Meldung der strafbaren Handlung an den Arbeitgeber beauftragt werden. Generell ablehnend standen der Gesetzesänderung die SVP, *economiesuisse*, der Schweizerische Gewerbeverband und der Schweizerische Arbeitgeberverband gegenüber.¹²³

Im Gegensatz zur Schweiz kennen *England* und die *USA* seit Langem Bestimmungen betreffend Whistleblowing.¹²⁴

In *England* wurden in den 1980er- und Anfang der 1990er-Jahre verschiedene Skandale bekannt, denen gemeinsam war, dass Angestellte über Missstände Bescheid wussten, aber zum einen aus Angst vor Repressalien Stillschweigen bewahrten oder zum andern Meldung erstatteten, die ungehört blieb. Es stellte sich heraus, dass Mitarbeitende über betriebliche Risikofaktoren gut Bescheid wussten, die Arbeitgeber dieser Tatsache jedoch zu wenig Rechnung trugen und sich zu wenig um die Einführung adäquater Meldedispositive kümmerten. Diese Tatsachen sowie die Anstrengungen der *Whistleblowing-NGO Public Concern at Work* gaben den Anstoss zur Einführung eines Gesetzesschutzes für Whistleblower.¹²⁵

Der *Public Interest Disclosure Act (PIDA)* trat am 2. Juli 1999 in Kraft und gilt seither als Whistleblowing-Modell-Gesetz. Es diente verschiedenen Staaten (z.B. Japan, Südafrika) als Vorlage. Das Gesetz definiert genau, unter welchen Voraussetzungen welche Form von Whistle-

¹²⁰ Vgl. ebd.

¹²¹ Vgl. ebd.

¹²² Vgl. ebd.

¹²³ NZZ vom 1. April 2009, S. 16.

¹²⁴ LEDERGERBER, RN 2.

¹²⁵ LEDERGERBER, RN 85 ff.

blowing (internes oder externes) zulässig ist. Es gilt sowohl für privatrechtlich Beschäftigte als auch für Angestellte der öffentlichen Hand.¹²⁶

In den USA ist Whistleblowing sowohl kulturell als auch gesetzlich seit vielen Jahren verankert. Ein erster Ansatz zum Schutz von Whistleblowern war bereits im *National Labour Relations Act* von 1935 vorhanden.¹²⁷

Die Whistleblowing-Schutznormen sind jedoch nicht wie in England in einem einzigen Gesetz geregelt, sondern bestehen aus einem unübersichtlichen Geflecht von Fall- und Gesetzesrecht auf bundes- und einzelstaatlicher Ebene.¹²⁸

Oft unterscheiden die Whistleblowing-Bestimmungen zwischen privatem und öffentlichem Sektor, weshalb Arbeitnehmende ungleich behandelt werden. Und häufig wird externes Whistleblowing gegenüber dem internen privilegiert.¹²⁹

III. Öffentliches Arbeitsrecht

1. Änderungen des Arbeitsgesetzes und der Verordnungen zum Arbeitsgesetz (ArG)

a. *Bauarbeitenverordnung*

Die Vorschriften über die Sicherheit und den Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz im Zusammenhang mit Asbest wurden den geänderten Erfordernissen der Praxis angepasst und traten am 1. Januar 2009 in Kraft.¹³⁰

Mit der Änderung der *Bauarbeitenverordnung* (*BauAV*) wird vorgeschrieben, dass beim Verdacht des Auftretens besonders gesundheitsgefährdender Stoffe (wie z.B. Asbest), eine Risikobewertung durchzuführen ist. Der Arbeitgeber hat in einem ersten Schritt die Gefahren eingehend zu ermitteln und in einem zweiten Schritt die damit verbundenen Risiken zu bewerten. Darauf gestützt können anschliessend die erforderlichen Massnahmen ergriffen werden.¹³¹

Auch die *Verordnung über die Unfallverhütung* (*VUV*) wird zur Umsetzung des Übereinkommens «über die Sicherheit bei der Verwendung von Asbest» der internationalen Arbeitsorganisation angepasst. Neu wird vorgeschrieben, dass Arbeitskleider und persönliche Schutzausrüstungen,

¹²⁶ LEDERGERBER, RN 88 und RN 96 ff.

¹²⁷ LEDERGERBER, RN 105.

¹²⁸ LEDERGERBER, RN 110.

¹²⁹ LEDERGERBER, RN 109 und RN 111.

¹³⁰ Medienmitteilung des BAG vom 2. Juli 2008.

¹³¹ Vgl. ebd.

an denen besonders gesundheitsgefährdende Stoffe (z.B. Asbest) haften, sachgerecht zu reinigen oder direkt zu entsorgen sind.¹³²

2. Schwarzarbeit

Am 1. Januar 2008 sind das *Bundesgesetz gegen die Schwarzarbeit (BGSA)* und die dazugehörige *Verordnung gegen die Schwarzarbeit (VOSA)* in Kraft getreten.¹³³

Als *Schwarzarbeit* wird eine entlohnte, selbstständige oder unselbstständige Arbeit verstanden, bei deren Ausübung gegen Rechtsvorschriften verstossen wird. Sie bildet einen Teil der sog. *Schattenwirtschaft*. Deren Anteil am schweizerischen BIP beträgt nach Schätzungen rund 9% und damit ca. CHF 39 Mrd. jährlich.¹³⁴

Der Bundesrat wurde vom Parlament beauftragt, mit einer *Öffentlichkeitskampagne* auf das Thema Schwarzarbeit aufmerksam zu machen. Die Textkampagne startete mit dem Slogan «Keine Schwarzarbeit. Das verdienen alle.»¹³⁵

- Die Sensibilisierungs- und Informationskampagne hat *folgende Ziele*:
- sie soll das Bewusstsein stärken;
 - die negativen sozialen und finanziellen Konsequenzen der Schwarzarbeit aufzeigen;
 - die betroffenen Arbeitnehmer und Arbeitgeber sowie die Behörden in die Lage versetzen, die Bestimmungen korrekt anzuwenden.¹³⁶

Die Öffentlichkeitskampagne des Bundes zeigte im Jahr 2008 ihre Wirkung. Allein im Kanton Zürich meldeten über 4200 Arbeitgebende ihre Hausdienstangestellten für das vereinfachte Abrechnungsverfahren an. Zudem erhielt die Sozialversicherungsanstalt (SVA) Zürich über 2300 Anmeldungen nach Standardverfahren.¹³⁷

Das SECO führt eine Liste der Arbeitgeber, die gemäss BGSA wegen schwerwiegender oder wiederholter Missachtung ihrer Melde- und Bewilligungspflichten gemäss Sozialversicherungs- und Ausländerrecht rechtskräftig verurteilt wurden.¹³⁸

¹³² Vgl. ebd.

¹³³ <http://www.evd.admin.ch/themen/00129/00769/index.html?lang=de>.

¹³⁴ Vgl. ebd. Betreffend Vor- und Nachteile sowie der Massnahmen des neuen Gesetzes gegen die Schwarzarbeit wird auf JAR 2008, S. 52 verwiesen.

¹³⁵ <http://www.evd.admin.ch/themen/00129/00769/index.html?lang=de>.

¹³⁶ Vgl. ebd. sowie <http://www.seco.admin.ch/themen/00385/01905/index.html?lang=de>.

¹³⁷ NZZ vom 6. April 2009, S. 25.

¹³⁸ <http://www.seco.admin.ch/themen/00385/01905/index.html?lang=de>.

Daneben sind alle relevanten Informationen, Tipps, Kontaktmöglichkeiten und Links um das Thema Schwarzarbeit auf der Website www.keine-schwarzarbeit.ch erhältlich.¹³⁹

Im ersten Jahr des neuen BGSA wurden über 9000 Kontrollen durchgeführt. Es wurden alle Regionen und Branchen erfasst. Am meisten kontrolliert wurden Personen im Gastgewerbe, im Personalverleih und im Baugewerbe.¹⁴⁰

Bei 44% der Kontrollen und bei 46% aller erfassten Personen wurde mindestens ein Rechtsverstoss vermutet. Die Fälle wurden an die zuständigen Behörden weitergeleitet, damit diese abklären können, ob tatsächlich ein Verstoss vorliegt und, wenn ja, gesetzmässige Sanktionen aussprechen. Im Jahr 2008 wurden dem Bund 1323 rechtskräftige Sanktionen, zumeist Bussen, gemeldet.¹⁴¹

3. Berufs- und Weiterbildung

Die *berufliche Grundbildung* vermittelt die zur Ausübung eines Berufs notwendigen Fertigkeiten und Kenntnisse. Sie erfolgt in einer zweijährigen Grundbildung mit *eidgenössischem Berufsattest (EBA)* oder einer drei- oder vierjährigen Grundbildung mit *eidgenössischem Fähigkeitszeugnis (EFZ)*. In Ergänzung zur drei- oder vierjährigen Grundbildung kann die *eidgenössische Berufsmaturität* absolviert werden.¹⁴²

Jede berufliche Grundbildung hat als rechtliche Grundlage eine *Verordnung*. Heute existieren über 200 reglementierte Berufe. Mit dem neuen Berufsbildungsgesetz (BBG) kommen neu die beruflichen Grundbildungen der Bereiche Gesundheit, Soziales und Kunst sowie Land- und Waldwirtschaft hinzu. Die Verordnungen über die berufliche Grundbildung beschränken sich auf rechtlich relevante Inhalte eines Lehrberufs: Sie definieren insbesondere die Kernelemente des Lehrberufs, die Anforderungen an die Fachkräfte, die Höchstzahl der Lernenden und das Qualifikationsverfahren.¹⁴³

Die Verordnungen über die berufliche Grundbildung werden gemeinsam von Bund, Kantonen und Organisationen der Arbeitswelt erarbeitet. Das BBT überprüft den Entwurf, führt eine Vernehmlassung bei den Verbundpartnern durch und setzt schliesslich die Verordnung über die berufliche Grundbildung in Kraft. Das ganze Verfahren dauert durchschnittlich drei Jahre.¹⁴⁴

¹³⁹ <http://www.evd.admin.ch/themen/00129/00769/index.html?lang=de>.

¹⁴⁰ NZZ vom 19. Mai 2009, S. 17.

¹⁴¹ Vgl. ebd.

¹⁴² www.bbt.admin.ch/themen/grundbildung/index.html?lang=de.

¹⁴³ www.bbt.admin.ch/themen/grundbildung/00107/index.html?lang=de.

¹⁴⁴ Vgl. ebd.

Das im Jahre 2004 in Kraft gesetzte BBG schreibt vor, dass sämtliche Ausbildungsreglemente an die neue Gesetzgebung anzupassen sind. Durch den *Masterplan Berufsbildung* wird sichergestellt, dass die Umsetzung für Bund und Kantone verträglich ist. Er legt fest, wann welche Verordnungen über die berufliche Grundbildung in Kraft treten und regelt die Reihenfolge mit dem *Ticketsystem*. Das *Vorticket* gibt den Start für die Aushandlung einer Verordnung über die berufliche Grundbildung durch die Verbundpartner, und das *Ticket* bestimmt den Zeitpunkt des Inkrafttretens der Verordnung.¹⁴⁵

Seit dem 1. Januar 2009 gelten Verordnungen über die berufliche Grundbildung für folgende Berufe:¹⁴⁶

- Agrarpraktikerin EBA/Agrarpraktiker EBA
- Automaterin EFZ/Automatiker EFZ
- Automatenmonteurin EFZ/Automatenmonteur EFZ
- Buchhändlerin EFZ/Buchhändler EFZ
- Drucktechnologin EFZ/Drucktechnologe EFZ
- Elektronikerin EFZ/Elektroniker EFZ
- Fachfrau Gesundheit EFZ/Fachmann Gesundheit EFZ
- Fachfrau Information und Dokumentation EFZ/Fachmann Information und Dokumentation EFZ
- Geflügelfachfrau EFZ/Geflügelfachmann EFZ
- Gemüsegärtnerin EFZ/Gemüsegärtner EFZ
- Holzbildhauerin EFZ/Holzbildhauer EFZ
- Holzhandwerkerin EFZ/Holzhandwerker EFZ
- Hufschmiedin EFZ/Hufschmied EFZ
- Konstrukteurin EFZ/Konstrukteur EFZ
- Korb- und Flechtwerkgestalterin EFZ/Korb- und Flechtwerkgestalter EFZ
- Kunststoffverarbeiterin EBA/Kunststoffverarbeiter EBA
- Küferin EFZ/Küfer EFZ
- Berufsfeld Landwirtschaft:
 - Geflügelfachfrau EFZ/Geflügelfachmann EFZ
 - Gemüsegärtnerin EFZ/Gemüsegärtner EFZ
 - Landwirtin EFZ/Landwirt EFZ
 - Obstfachfrau EFZ/Obstfachmann EFZ
 - Weintechnologin EFZ/Weintechnologe EFZ
 - Winzerin EFZ/Winzer EFZ
- Mechanikpraktikerin EBA/Mechanikpraktiker EBA
- Obstfachfrau EFZ /Obstfachmann EFZ
- Orthopädistin EFZ/Orthopädist EFZ
- Polymechanikerin EFZ/Polymechaniker EFZ

¹⁴⁵ Vgl. ebd. und <http://www.bbt.admin.ch/themen/grundbildung/00655/index.html?lang=de>.

¹⁴⁶ www.bbt.admin.ch/themen/grundbildung/00470/index.html?lang=de.

- Produktionsmechanikerin EFZ/Produktionsmechaniker EFZ
- Weintechnologin EFZ/Weintechnologe EFZ
- Winzerin EFZ/Winzer EFZ

Am 1. Februar 2009 in Kraft gesetzte Verordnungen über die berufliche Grundbildung:¹⁴⁷

- Anlagenführerin EFZ/Anlagenführer EFZ
- Bühnentänzerin EFZ/Bühnentänzer EFZ

Bei folgenden Verordnungen ist die *Vernehmlassung abgeschlossen*, die Verordnungen sind aber *noch nicht in Kraft*.¹⁴⁸

- Bauwerktrännerin EFZ/Bauwerktränner EFZ
- Berufsfeld Steinbearbeitung:
 - Steinbildhauerin EFZ/Steinbildhauer EFZ
 - Steinmetzin EFZ/Steinmetz EFZ
 - Marmoristin EFZ/Marmorist EFZ
 - Steinwerkerin EFZ/Steinwerker EFZ
- Betonwerkerin EFZ/Betonwerker EFZ
- Dentalassistentin EFZ/Dentalassistent EFZ
- Fahrzeugschlosserin EFZ/Fahrzeugschlosser EFZ
- Formenbauerin EFZ/Formenbauer EFZ
- Formenpraktikerin EBA/Formenpraktiker EBA
- Gebäudetechnikplanerin EFZ/Gebäudetechnikplaner EFZ
- Geomatikerin EFZ/Geomatiker EFZ
- Glasmalerin – Kunstglaserin EFZ/Glasmaler – Kunstglaser EFZ
- Goldschmiedin EFZ/Goldschmied EFZ
- Grafikerin EFZ/Grafiker EFZ
- Köchin EFZ/Koch EFZ
- Medizinische Assistentin EFZ/Medizinischer Assistent EFZ
- Oberflächenbeschichterin EFZ/Oberflächenbeschichter EFZ
- Oberflächenpraktikerin EBA/Oberflächenpraktiker EBA
- Polydesignerin 3D EFZ/Polydesigner 3D EFZ
- Tierpflegerin EFZ/Tierpfleger EFZ
- Uhrenarbeiterin EBA/Uhrenarbeiter EBA
- Vergolderin – Einrahmerin EFZ/Vergolder – Einrahmer EFZ
- Zeichnerin EFZ/Zeichner EFZ

Die *Berufsmaturität* umfasst die erweiterte Allgemeinbildung, ergänzt die berufliche Grundbildung und berechtigt zum prüfungsfreien Eintritt ins erste Studiensemester an einer Fachhochschule (FH). Gewählt werden

¹⁴⁷ Vgl. ebd.

¹⁴⁸ www.bbt.admin.ch/themen/grundbildung/00107/00158/index.html?lang=de.

kann zwischen sechs Richtungen: technisch, kaufmännisch, gestalterisch, gewerblich, naturwissenschaftlich sowie gesundheitlich und sozial.¹⁴⁹

Die Berufsmaturität kann einerseits erworben werden durch den Besuch eines anerkannten Ausbildungsgangs mit Abschlussprüfungen sowie andererseits schulunabhängig anlässlich der eidg. Berufsmaturitätsprüfungen nach einer abgeschlossenen beruflichen Grundbildung.¹⁵⁰

Personen mit Berufserfahrung, die ihre Kenntnisse vertiefen wollen, können eine *eidgenössische Berufsprüfung* oder eine *eidgenössische höhere Fachprüfung* absolvieren.¹⁵¹ Daneben besteht zur Ausbildung von Fach- und Führungspersonen die Möglichkeit, eine höhere Fachschule zu besuchen und ein Diplom im jeweiligen Bereich zu erwerben.¹⁵²

Der Bund, die Kantone und die Organisationen der Arbeitswelt haben zur Förderung der Berufsbildung in der Schweiz einen *Berufsbildungsparcours* unter www.berufsbildungplus.ch eröffnet. Er soll den Jugendlichen und jungen Erwachsenen auf spielerische Art und Weise zeigen, welche Karrierechancen ihnen die Berufsbildung eröffnet.¹⁵³

Die *berufsorientierte Weiterbildung* wird in verschiedener Form und von verschiedenen Institutionen (private und öffentliche Schulen, Betriebe, Verbände) angeboten und kann von Bund und Kantonen durch Beiträge und andere Massnahmen gefördert werden. Sie ist eine Daueraufgabe und soll dazu dienen, durch organisiertes Lernen bestehende berufliche Qualifikationen zu erneuern, zu vertiefen und zu erweitern oder neue berufliche Qualifikationen zu erwerben. Sie schliesst sowohl an die berufliche Grundbildung als auch an die höhere Berufsbildung an.¹⁵⁴

Im Mai 2006 wurde vom Schweizer Stimmvolk der *neue Weiterbildungsartikel der BV (Art. 64a BV)* angenommen. Das *neue Weiterbildungsgesetz* wird jedoch frühestens im Jahr 2011 in Kraft treten und wird dem Bund erstmals ermöglichen, die Weiterbildung finanziell zu fördern.¹⁵⁵

Bis heute hat die staatliche Förderung von Weiterbildung keinen hohen Stellenwert im Vergleich zu anderen Bildungsbereichen. Inwieweit die Weiterbildung durch den Staat gefördert werden soll, ist auch umstritten. Der Schweizerische Gewerkschaftsbund (SGB) fordert eine regelmässige berufliche Standortbestimmung für alle Berufstätigen, das Recht auf einen bezahlten Weiterbildungsurlaub sowie verstärkte Förderung der höheren Berufsbildung. Der Schweizerische Arbeitgeberverband steht dem kritisch

¹⁴⁹ <http://www.bbt.admin.ch/themen/grundbildung/00131/00151/index.html?lang=de>.

¹⁵⁰ <http://www.bbt.admin.ch/themen/grundbildung/00131/index.html?lang=de>.

¹⁵¹ <http://www.bbt.admin.ch/themen/hoehere/index.html?lang=de> und <http://www.bbt.admin.ch/themen/hoehere/00160/index.html?lang=de>.

¹⁵² <http://www.bbt.admin.ch/themen/hoehere/00161/index.html?lang=de>.

¹⁵³ Medienmitteilung des BBT vom 24. März 2009.

¹⁵⁴ <http://www.bbt.admin.ch/themen/berufsbildung/00105/index.html?lang=de>.

¹⁵⁵ NZZ vom 9. November 2008, S. 111.

gegenüber. Berufliche Weiterbildung sei Sache jedes Einzelnen und dürfe nicht durch staatliche Gesetze verordnet werden.¹⁵⁶

Ein weiterer problematischer Punkt stelle das Ungleichgewicht zwischen akademischer und nicht akademischer Bildung dar. Während die akademische Bildung weitgehend staatlich finanziert sei, werde die nicht akademische Bildung überwiegend durch die Teilnehmenden bezahlt. Deshalb fordert der Kaufmännische Verband bessere finanzielle und steuerliche Rahmenbedingungen für die berufliche Weiterbildung.¹⁵⁷

4. Soziale Sicherheit

a. Allgemeines

Das Schweizerische Gesundheitsobservatorium (Obsan) publizierte im November 2008 den *Nationalen Gesundheitsbericht 2008 «Gesundheit in der Schweiz»*. Einwohner in der Schweiz sind demzufolge grundsätzlich bei guter Gesundheit und erhalten, wenn sie krank sind, eine gute Versorgung. Eine Herausforderung stellt die ungleiche Verteilung der Gesundheit in der Bevölkerung dar. Für diese sind vor allem die Bildung und das wirtschaftliche Wohlergehen der Menschen verantwortlich. Eine weitere Herausforderung stellt der Anstieg psychischer Störungen sowie chronischer Krankheiten dar. Deren Ursachen liegen u.a. in der demografischen Alterung der Bevölkerung, den Lebensverhältnissen und dem individuellen Verhalten der betroffenen Personen.¹⁵⁸

Die Nachfrage nach ambulanten Arztkonsultationen wird im Zuge der demografischen Alterung stark steigen. Gleichzeitig ist mit einem Rückgang der Ärztezahl zu rechnen. Deshalb könnte es bis im Jahr 2030 zu einer erheblichen Versorgungslücke kommen, wobei bis zu 30% der prognostizierten Konsultationen nicht mehr abgedeckt werden könnten. Die grössten Engpässe zeichnen sich bei den Hausärzten ab.¹⁵⁹

Es braucht somit als Reaktion auf den drohenden Ärztemangel Anstrengungen zur Verbesserung der Gesundheit der Bevölkerung, zur Reduktion des Bedarfs an ärztlichen Konsultationen sowie zur Stärkung des Angebots, insbesondere im Bereich der Hausarztmedizin.¹⁶⁰

Die Gesamtausgaben für die *Soziale Sicherheit* stiegen im Jahr 2007 auf CHF 142,4 Mrd. (2006: CHF 137,2 Mrd.). Die Ausgaben pro Einwohner nahmen teuerungsbedingt um 1,8% zu. Die Sozialausgabenquote (So-

¹⁵⁶ Vgl. ebd.

¹⁵⁷ Vgl. ebd.

¹⁵⁸ Medienmitteilung des Obsan vom 27. November 2008.

¹⁵⁹ Medienmitteilung des Obsan vom 1. Juli 2008.

¹⁶⁰ Vgl. ebd.

zialausgaben im Verhältnis zum BIP) 2007 verringerte sich bedingt durch ein starkes Wirtschaftswachstum um 0,4% auf 27,8%.¹⁶¹

Die höheren Aufwendungen sind insbesondere bedingt durch die Zunahme der Ausgaben der Altersvorsorge (AHV, Berufliche Vorsorge), der obligatorischen Krankenpflegeversicherung (OKP) und der Invalidenversicherung (IV). Dagegen sind die Ausgaben der Arbeitslosenversicherung (ALV) dank der niedrigen Arbeitslosenquote aufgrund der guten Konjunkturlage im Jahr 2007 deutlich gesunken.¹⁶²

Die Sozialleistungen wurden zu 70,9% in Form von Geldleistungen erbracht, wobei an erster Stelle die Renten stehen. 29,1% der Leistungen sind Sachleistungen.¹⁶³

Im Jahr 2007 flossen 45,7% der Sozialleistungen in die Altersvorsorge, 26,5% wurden für Krankheit/Gesundheitspflege verwendet und 12,3% für die Invalidität.¹⁶⁴

Die Sozialausgabenquoten variierten in den europäischen Ländern zwischen 12,2% und 31,1%. Die Schweiz lag mit 28,2% knapp über dem Durchschnitt der EU-27 mit 26,9%. Höhere Sozialausgabenquoten wiesen Österreich (28,5%), Deutschland (28,7%), Dänemark (29,1%), die Niederlande (29,3%), Belgien (30,1%), Schweden (30,7%) und Frankreich (31,1%) auf.¹⁶⁵

Die Studie *Quantifizierung der Übergänge zwischen Systemen der Sozialen Sicherheit (IV, ALV und Sozialhilfe)* untersuchte die Schnittstellen zwischen den zentralen Leistungssystemen der Sozialen Sicherheit und quantifizierte die Zugänge, Abgänge und Übergänge dieser Systeme in den Jahren 2004 bis 2006.¹⁶⁶

Zwischen 2004 und 2006 bezogen rund 930 000 Personen oder fast 20% der Wohnbevölkerung im erwerbstätigen Alter eine IV-Rente, ein IV-Taggeld, eine Arbeitslosenentschädigung oder Sozialhilfe. Etwa 13% aller Bezüger (ca. 125 000 Personen) bezogen in dieser Zeit aus mehr als einem System Leistungen, teilweise gleichzeitig. Dies aufgrund der Nichtabdeckung des Existenzminimums durch die Höhe einer Sozialversicherungsleistung.¹⁶⁷

Die Sozialhilfestatistik 2007 zeigt, dass im Jahr 2007 in der Schweiz 233 484 Personen mit Sozialhilfe unterstützt wurden, was einer Sozialhil-

¹⁶¹ Medienmitteilung des BFS vom 19. Mai 2009.

¹⁶² Vgl. ebd.

¹⁶³ Vgl. ebd.

¹⁶⁴ Vgl. ebd.

¹⁶⁵ Vgl. ebd.

¹⁶⁶ Medienmitteilung des Bundesamts für Sozialversicherung (BSV) vom 27. März 2009.

¹⁶⁷ Vgl. ebd.

fequote von 3,1% entspricht. Gegenüber dem Vorjahr weist die Sozialhilfequote lediglich einen leichten Rückgang auf (2006: 3,3%).¹⁶⁸

Unabhängig von der Haushaltsform steigt die Sozialhilfequote mit steigender Anzahl Kindern an. Haushalte von Alleinerziehenden weisen die höchste Unterstützungsquote auf. Das Risiko, von der Sozialhilfe abhängig zu werden, hängt auch stark mit dem Alter zusammen. Generell nimmt das Risiko mit zunehmendem Alter ab. Ab 65 Jahren werden praktisch keine Personen mehr mit Sozialhilfe unterstützt, da diese mit Leistungen der Sozialversicherungen unterstützt werden.¹⁶⁹

Von den Sozialhilfeempfängern sind 37% sog. Nichterwerbspersonen (z.B. Personen in Ausbildung), 34% Erwerbslose (vor allem Arbeitsuchende) und 29% Erwerbstätige. Von diesen 29% sind 41% trotz vollzeitlicher Erwerbstätigkeit auf Sozialhilfe angewiesen.¹⁷⁰

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

Der Ständerat beriet in der Sommersession die *11. AHV-Revision*. Er beschloss im Einklang mit Bundesrat und Nationalrat, das Rentenalter der Frauen von 64 auf 65 Jahre anzuheben. Im Gegensatz zum Nationalrat will der Ständerat dies mit einer gezielten Subventionierung der vorzeitigen Pensionierung für kleine und mittlere Einkommen versüssen. Diese Massnahme soll auf zehn Jahre begrenzt werden und sowohl für Frauen als auch für Männer gelten. Es handelt sich bei der Verbilligung von Frühpensionierungen um einen Kompromiss, mit welchem die Zustimmung der Linken und der Frauenverbände zur Erhöhung des Frauenrentenalters erkaufte werden soll.¹⁷¹

Bei den Bestimmungen zur Anpassung der Renten an die Lohn- und Preisentwicklung wählte der Ständerat einen anderen Weg als der Nationalrat und folgte im Wesentlichen dem Bundesrat. Die Renten sollen künftig alle zwei Jahre gemäss Mischindex angepasst werden, wenn der Stand des AHV-Ausgleichsfonds mindestens 70% einer Jahresausgabe entspricht. Bis zu einem Stand von 45% soll erst korrigiert werden, wenn seit der letzten Anpassung eine Teuerung von 4% aufgelaufen ist. Sinkt dagegen der Ausgleichsfonds auf einen Stand unter 45%, so soll die Renten Anpassung ausgesetzt werden.¹⁷²

Der Ständerat hiess die Vorlage mit 16 zu 10 Stimmen bei 12 Enthaltungen gut. Die nächste Beratung folgt im Nationalrat, und es ist fraglich, ob er das Modell des Ständerats übernehmen will. Es ist jedoch durchaus möglich, dass die 11. AHV-Revision fallen gelassen und direkt

¹⁶⁸ Medienmitteilung des BFS vom 14. Mai 2009.

¹⁶⁹ Vgl. ebd.

¹⁷⁰ Vgl. ebd.

¹⁷¹ NZZ vom 4. Juni 2009, S. 13.

¹⁷² Vgl. ebd.

eine 12. AHV-Revision angepeilt wird. Denn der Knackpunkt ist seit fünf Jahren der gleiche. Im Mai 2001 ist die Erstaufgabe der Revision gescheitert, weil sie eine Erhöhung des Frauenrentenalters ohne soziale Abfederung der vorzeitigen Pensionierung vorsah. Um die Chancen der Revision in einer absehbaren Referendumsabstimmung zu verbessern, entschied sich der Ständerat für eine Lösung zur Subventionierung des vorzeitigen Rentenbezugs. Bei Einkommen bis CHF 82 000.00 soll die AHV-Rente weniger stark gekürzt werden, als dies versicherungstechnisch notwendig wäre. Die Unterstützung wurde auf zehn Jahre begrenzt, und der finanzielle Aufwand zulasten der Bundeskasse beträgt jährlich CHF 400 Mio.¹⁷³

Die von beiden Räten beschlossene Anpassung des Rentenalters von Frauen und Männern würde unser Sozialwerk um jährlich CHF 800 Mio. entlasten.¹⁷⁴

Die erste Bilanz der 5. IV-Revision, ein halbes Jahr nach deren Inkrafttreten am 1. Januar 2008, sieht gut aus: Die Entwicklung von der Renten- zur Integrationsversicherung ist angelaufen und lässt sich mit Zahlen belegen. Mit 800 Meldungen pro Monat ist die Früherfassung von Problemen ein Erfolg, und die Zahl der neu zugesprochenen Renten nahm nochmals leicht ab und liegt nun 35% tiefer als im Jahr 2003.¹⁷⁵

Im Jahr 2008 nahm die Zahl der Neurenten in der Invalidenversicherung um 6% ab. Die IV gewährt heute fast 40% weniger neue Renten als im Jahr 2003. Die Massnahmen der 5. IV-Revision bewährten sich im ersten Jahr. Trotz dieser erfreulichen Entwicklung musste die IV im Jahr 2008 ein Defizit von etwas mehr als CHF 1,3 Mrd. hinnehmen, und ihre Schulden bei der AHV stiegen auf CHF 13 Mrd., weshalb AHV und IV dringend auf eine vorübergehende Zusatzfinanzierung angewiesen sind, über welche im September 2009 abgestimmt wird.¹⁷⁶

Der Bundesrat führte am 10. September 2008 eine Aussprache über das weitere Vorgehen zur Sanierung der Invalidenversicherung durch. Seiner Ansicht nach sind die notwendigen Reformen in zwei Schritten anzugehen: In einem ersten Paket sollen unverzüglich Massnahmen vorbereitet werden, die kurzfristig in die Wege geleitet werden können, ein zweites Paket, mit Massnahmen, deren Vorbereitung mehr Zeit in Anspruch nimmt, soll bis Ende 2010 erarbeitet werden. Auf diese Weise soll die nachhaltige Sanierung der IV ab 2017 gesichert werden.¹⁷⁷

Die *AHV/IV-Renten* wurden vom Bundesrat auf den 1. Januar 2009 an die Wirtschaftsentwicklung *angepasst*. Sie wurden um 3,2% erhöht. Die minimale Altersrente beträgt nun CHF 1140.00 (statt CHF 1105.00) pro

¹⁷³ NZZ vom 5. Juni 2009, S. 14.

¹⁷⁴ Vgl. ebd.

¹⁷⁵ Medienmitteilung des EDI vom 12. September 2008.

¹⁷⁶ Medienmitteilungen des EDI vom 24. Februar 2009 und vom 19. Mai 2009.

¹⁷⁷ Medienmitteilung des EDI vom 10. September 2008.

Monat, und die Maximalrente wurde von CHF 2210.00 auf CHF 2280.00 erhöht.¹⁷⁸

Auch die im Rahmen der Ergänzungsleistungen anzurechnenden Beträge für den Lebensbedarf wurden angehoben. Gleichzeitig wurden auch die Grenzbeträge in der beruflichen Vorsorge sowie die Beiträge für die Erwerbsersatz- und die Mutterschaftsentschädigung angepasst.¹⁷⁹

Von den Mehrkosten im Umfang von CHF 1,319 Mrd. entfallen CHF 1,106 Mrd. auf die AHV und CHF 213 Mio. auf die IV. Dabei gehen CHF 297 Mio. zulasten des Bundes.¹⁸⁰

Die Bekämpfung des Betrugs in der IV wird konsequent verschärft. Seit dem Inkrafttreten der 5. IV-Revision am 1. Januar 2008 besteht die *gesetzliche Grundlage für verdeckte Ermittlungen (Observationen)* gegen Personen, die unter dringendem Betrugsverdacht stehen.¹⁸¹

Die IV-Stellen in der Schweiz setzen seit dem 1. August 2008 ein einheitliches Konzept um und lassen bei erhärtetem Betrugsverdacht Observationen von erfahrenen und qualifizierten Ermittlungsfirmen durchführen, wenn alle anderen Möglichkeiten zur Ermittlung des Sachverhalts ausgeschöpft sind. Die Observation dient der Beweissicherung und ermöglicht den IV-Stellen, bestehende Versicherungsleistungen einzustellen oder neue zu verweigern. Im Weiteren können die ermittelten Sachverhalte dazu dienen, Strafanzeigen bei den Strafverfolgungsbehörden zu begründen.¹⁸²

15% aller IV-Renten werden ins Ausland bezahlt. Es wurde ein vorerst auf ein halbes Jahr angelegter Pilotversuch mit Observationen in Thailand und Kosovo gestartet. Sofern die Erfahrungen positiv ausfallen, soll die internationale Betrugsbekämpfung auf weitere Länder ausgedehnt werden.¹⁸³

Im ersten Halbjahr seit dem 1. August 2008 hat sich das neue Konzept der Betrugsbekämpfung bewährt. Es wurden 1400 Verdachtsfälle eruiert. In 380 Fällen wurde die Sachlage zwischenzeitlich geklärt, wobei der Verdacht auf Betrug in 80 Fällen bestätigt wurde, in 300 Fällen jedoch nicht. Die Summe der Rentenleistungen, die eingespart werden kann, liegt bei CHF 1,5 Mio. pro Jahr bzw. CHF 24 Mio. (berechnet auf der Basis der durchschnittlichen Höhe und Dauer von IV-Leistungen).¹⁸⁴

Die Observation spielte bei den Ermittlungen eine wichtige Rolle. Es wurden in diesem halben Jahr 80 Observationen eingeleitet, wovon 30 in der Zwischenzeit abgeschlossen wurden. In 15 Fällen, d.h. in jedem zwei-

¹⁷⁸ Medienmitteilung des EDI vom 26. September 2008 und NZZ vom 26. September 2008, S. 19.

¹⁷⁹ Vgl. ebd.

¹⁸⁰ Vgl. ebd.

¹⁸¹ Medienmitteilung des EDI vom 28. November 2008.

¹⁸² Vgl. ebd.

¹⁸³ Vgl. ebd.

¹⁸⁴ Medienmitteilung des EDI vom 20. April 2009.

ten Fall, bestätigte die Observation den Verdacht, in den andern 15 Fällen nicht. Folglich wurde gut ein Fünftel der 80 Betrüger mit einer Observation überführt.¹⁸⁵

Für die weitere Umsetzung des neuen Hörgeräte-Versorgungssystems brauchte es *Anpassungen der IV- und AHV-Verordnung*, welche der Bundesrat auf den 1. Januar 2009 vornahm. Im neuen System sollen IV und AHV die Geräte, die sie vergüten, selber beschaffen. Dies bringt echten Wettbewerb in die Hörgerätebranche und ermöglicht wesentliche Einsparungen für die Sozialversicherungen AHV und IV sowie für die Hörbehinderten. Es wird eine Kostensenkung um weit über CHF 20 Mio. erwartet.¹⁸⁶

Der Bundesrat will in der IV einen *Assistenzbeitrag* einführen und auf diese Weise die selbstbestimmte und eigenverantwortliche Lebensführung von Menschen mit einer Behinderung fördern. Mit dem Assistenzbeitrag können Behinderte Dienstleistungen einkaufen, die sie zur Unterstützung im Alltag benötigen. Der Beitrag beläuft sich im Durchschnitt auf CHF 20 000.00 pro Jahr und Person. Erwartet werden Kosten zulasten der IV von jährlich CHF 85 Mio. Der Assistenzbetrag ist jedoch so ausgestaltet, dass er für die IV kostenneutral eingeführt werden kann. Das EDI wurde beauftragt, eine entsprechende Vernehmlassungsvorlage auszuarbeiten.¹⁸⁷

Am 20. Mai 2009 eröffnete Bundesrat Pascal Couchepin den Abstimmungskampf für die *IV-Zusatzfinanzierung*. Mit der Verfassungsänderung soll zum einen ein befristeter Zuschlag auf die Mehrwertsteuer erhoben werden und zum andern die IV aus dem AHV-Fonds herausgelöst werden und einen eigenen Ausgleichsfonds erhalten.¹⁸⁸

Von 2010 bis 2016 soll die Mehrwertsteuer folgendermassen erhöht werden: der Normalsatz von 7,6% auf 8,0%, der reduzierte Satz von 2,4% auf 2,5% und der Sondersatz von 3,6% auf 3,8%. Im ersten Jahr ergibt dies Mehreinnahmen von CHF 0,9 Mrd. und in den Folgejahren von CHF 1,1 Mrd. Da die IV jedoch nicht dauerhaft mit Mehreinnahmen erhalten werden kann und soll, wird vor den Sommerferien ein erster Teil einer 6. *IV-Revision* in die Vernehmlassung gehen und im nächsten Jahr der zweite Teil folgen. Das strukturelle Defizit in der IV soll durch verstärkte Bemühungen nach dem Motto «Arbeit vor Rente» sowie Leistungs- und Ausgabenkürzungen dauerhaft beseitigt werden. Diese Massnahmen sollen bis 2017, wenn der Mehrwertsteuerzuschlag entfällt, vollständig greifen.¹⁸⁹

¹⁸⁵ Vgl. ebd.

¹⁸⁶ Medienmitteilung des EDI vom 5. Dezember 2008.

¹⁸⁷ Medienmitteilung des EDI vom 3. September 2008.

¹⁸⁸ NZZ vom 20. Mai 2009, S. 15.

¹⁸⁹ Vgl. ebd.

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

Seit Jahren wird die Frage diskutiert, ob einkommensschwache Familien *Ergänzungsleistungen (EL)* – analog zu AHV- und IV-Rentnern – erhalten sollen. Die Forderung nach einer schweizweiten Einführung von EL wird damit begründet, dass die Familienarmut dadurch wirksam bekämpft werden könnte. Die Sozialhilfe sei dazu nicht das richtige Instrument. Die von einigen Kantonen schon heute bezahlten speziellen Zuschüsse werden als ungenügend angesehen, und eine einheitliche Bundeslösung wird verlangt.¹⁹⁰

Die *neuen Finanzhilfen für Familien* sollen in das Bundesgesetz über die Ergänzungsleistungen zur AHV und IV integriert werden. Der Anspruch auf EL soll allen Familien zustehen, bis die Kinder 16 Jahre alt sind.¹⁹¹

Um die Eltern zu einer Erwerbstätigkeit zu ermuntern, wird ein hypothetisches Einkommen angerechnet. Wird dieses Einkommen nicht erzielt, so muss die Sozialhilfe weiterhin aushelfen.¹⁹²

Bei der Vernehmlassung wurde von Kosten im Umfang von CHF 880 bis 895 Mio. ausgegangen, die zu fünf Achteln vom Bund und zu drei Achteln von den Kantonen zu tragen wären. Darin nicht eingerechnet wurden die Einsparungen der Kantone bei der Sozialhilfe.¹⁹³

Im vergangenen November beschloss die Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit (SGK) des Nationalrats, das obgenannte Projekt der Ergänzungsleistungen für einkommensschwache Familien zu reaktivieren. Drei Monate später (am 13. Februar 2009) entschied sie aufgrund der Unsicherheit, ob die neuen EL auch ins Ausland exportiert werden müssten, dem Ordnungsantrag für eine Sistierung der Beratungen zuzustimmen. Die Verwaltung soll nun mit der Ausarbeitung einer alternativen Lösung beauftragt werden.¹⁹⁴

Seit dem 1. Juli 2005 hat die Schweiz einen bezahlten Mutterschaftsurlaub für erwerbstätige Mütter, welcher über die *Erwerbsersatzordnung (EO)* finanziert wird. Mit der Einführung der Mutterschaftsentschädigung wurden gleichzeitig die Leistungen beim Militärdienst verbessert, was zu Mehrkosten führte. Da gleichzeitig die Wirtschaftskrise nicht einfach an der EO vorbeiging, wird eine Erhöhung des Beitragssatzes in Betracht gezogen.¹⁹⁵

¹⁹⁰ NZZ vom 3. Februar 2009, S. 15.

¹⁹¹ Vgl. ebd.

¹⁹² Vgl. ebd.

¹⁹³ Vgl. ebd.

¹⁹⁴ NZZ vom 14. Februar 2009, S. 14.

¹⁹⁵ NZZ vom 11. März 2009, S. 15.

Das *Familienzulagengesetz (FamZG)* trat am 1. Januar 2009 in Kraft. Alle Kantone schlossen die diesbezüglich nötigen Gesetzgebungsarbeiten ab und passten ihre Regelungen an.¹⁹⁶

Neu steht Arbeitnehmenden sowie Nichterwerbstätigen mit bescheidenem Einkommen in allen Kantonen eine Kinderzulage von mindestens CHF 200.00 für jedes Kind bis 16 Jahre und eine Ausbildungszulage von mindestens CHF 250.00 für Kinder von 16 bis 25 Jahren zu. Keiner der Kantone mit höheren Beiträgen setzte seine Zulagen auf die neuen bundesrechtlichen Mindestleistungen herab. Falls mehrere Personen für das gleiche Kind Anspruch auf eine Familienzulage haben, hält das Gesetz eine klare bundesrechtliche Prioritätenordnung auf nationaler Ebene fest. Und auch bei Teilzeitarbeit werden die vollen Zulagen ausgerichtet.¹⁹⁷

Mit einem *Familienzulagenregister* soll einerseits verhindert werden, dass für das gleiche Kind mehrfach Zulagen bezogen werden, sowie andererseits bewirkt werden, dass sich der administrative Aufwand bei der Abklärung des Anspruchs auf die Zulagen vermindert. Das Register soll am 1. Januar 2011 in Betrieb genommen werden.¹⁹⁸

d. Berufliche Vorsorge (BVG)

Der Bundesrat senkte den *Mindestzinssatz* in der beruflichen Vorsorge auf den 1. Januar 2009 von 2,75% auf 2%. Es wird damit der seit längerem feststellbaren negativen Entwicklung und den aktuellen Schwankungen der Finanzmärkte Rechnung getragen.¹⁹⁹

Ausgangspunkt für die Festlegung des Satzes ist der langfristig gleitende Durchschnitt der 7-jährigen Bundesobligationen. Dieser liegt aktuell bei 2,48%. Der Bundesrat erachtete einen Abzug von 0,5% aufgrund der erheblichen Kursverluste der Aktien sowie der insgesamt negativen Entwicklung der Portfolios der Vorsorgeeinrichtungen als gerechtfertigt.²⁰⁰

Die obligatorischen Hinterlassenen- und Invalidenrenten der zweiten Säule, die seit drei oder mehr Jahren ausgerichtet werden, wurden auf den 1. Januar 2009 an die Preisentwicklung angepasst. Für jene Renten, die erstmals 2005 ausbezahlt wurden, beträgt der Anpassungssatz 4,5%, für jene, die 2004 zum ersten Mal ausgerichtet wurden, 2,9% und für jene, die vor 2004 ausgerichtet wurden, beträgt der Anpassungssatz 3,7%.²⁰¹

Die Anlagevorschriften für Pensionskassen, Freizügigkeitseinrichtungen und Säule-3a-Stiftungen wurden angepasst. Die Verordnungsänderungen traten am 1. Januar 2009 in Kraft. Bezweckt wird einerseits eine stär-

¹⁹⁶ Medienmitteilung des EDI vom 18. Dezember 2008.

¹⁹⁷ Vgl. ebd.

¹⁹⁸ Medienmitteilung des EDI vom 13. März 2009.

¹⁹⁹ Medienmitteilung des EDI vom 22. Oktober 2008.

²⁰⁰ Vgl. ebd.

²⁰¹ Medienmitteilung des EDI vom 9. Oktober 2008.

kere Betonung des Vorsichtsprinzips und ein entsprechendes eigenverantwortliches Handeln, andererseits wird das bestehende System der Anlagelimits vereinfacht und der Anlagekatalog erweitert.²⁰²

Der *jährliche Bericht zur finanziellen Lage der Vorsorgeeinrichtungen* basiert auf einer Erhebung des BSV bei den Aufsichtsbehörden der beruflichen Vorsorge.²⁰³

Ende 2007 befanden sich 78 Kassen (gegenüber 72 Kassen im Vorjahr) oder 4,2% in Unterdeckung. Die gesamte Unterdeckungssumme per 31. Dezember 2007 belief sich auf CHF 17,1 Mrd.²⁰⁴

Der grösste Teil der Unterdeckungssumme betraf Kassen mit Staatsgarantie. Deren Fehlbetrag betrug Ende 2007 CHF 15,8 Mrd. Dies gegenüber den Kassen ohne Staatsgarantie mit CHF 1,3 Mrd.²⁰⁵

e. Arbeitslosenversicherung (AVIG)

Die Arbeitslosenversicherung (ALV) konnte trotz guter Konjunkturlage und Rückgang der Arbeitslosigkeit die Darlehensschuld nicht zurückzahlen. Sie beträgt zurzeit CHF 4,8 Mrd. und wird, sobald sich die Arbeitsmarktlage wieder verschlechtert, weiter ansteigen.²⁰⁶

Das Arbeitslosenversicherungsgesetz (AVIG) sieht einen Beitragssatz vor, der – innerhalb eines Konjunkturzyklus – erlaubt, Einnahmen und Ausgaben im Gleichgewicht zu halten. Es wurde dabei eine langfristige, durchschnittliche Arbeitslosigkeit von 100 000 Personen unterstellt. Diese Zahl erwies sich als zu tief. Wissenschaftliche Untersuchungen zeigten, dass Finanzierung und Leistungen der ALV auf eine Arbeitslosenzahl von durchschnittlich 125 000 auszurichten sind.²⁰⁷

Um das finanzielle Gleichgewicht wieder herzustellen und die aufgelaufenen Schulden abzubauen, soll das AVIG revidiert werden. Die Revision verfolgt *drei Ziele*:

- Der Rechnungsausgleich soll durch eine leichte Beitragserhöhung von 0,2% hergestellt werden. Gleichzeitig werden die Leistungen der ALV in mindestens der gleichen Grössenordnung wie die Mehreinnahmen gekürzt.
- Die Schulden sollen mit einer zeitlich befristeten, zusätzlichen Beitragserhöhung und der Wiedereinführung des Solidaritätsprozents auf nicht versicherten Einkommensteilen (zwischen dem Höchstbetrag des versicherten Verdienstes und dessen Zweieinhalbfachen [CHF 126 000 bis CHF 315 000]) abgebaut werden.

²⁰² Medienmitteilung des EDI vom 19. September 2008.

²⁰³ Medienmitteilung des EDI vom 19. Dezember 2008.

²⁰⁴ Vgl. ebd.

²⁰⁵ Vgl. ebd.

²⁰⁶ Medienmitteilung des EVD vom 3. September 2009.

²⁰⁷ Vgl. ebd.

- Indem das Versicherungsprinzip gestärkt und die Effizienz der Wiedereingliederung erhöht wird, sollen Einsparungen erzielt werden.²⁰⁸

Im Weiteren sollen die Chancen zur Wiederintegration von älteren Arbeitnehmenden mit spezifischen Massnahmen verbessert werden.²⁰⁹

Der Bundesrat verabschiedete die Botschaft am 3. September 2008 und plant die Inkraftsetzung der AVIG-Revision per 1. Januar 2011.²¹⁰

Am 19. Dezember 2008 hat der Bundesrat die Jahresrechnung und den Jahresbericht der ALV für das Jahr 2007 genehmigt.²¹¹

Der Ausgleichsfonds der ALV schloss das Rechnungsjahr 2007 bei einem Gesamtertrag von CHF 5,38 Mrd. und Aufwendungen von CHF 5,36 Mrd. mit einem Erfolg von CHF 0,02 Mrd. ab.²¹²

Der Jahresdurchschnitt der registrierten Arbeitslosen betrug 109 189 bei einer Quote von 2,8%. Insgesamt wurden im Jahr 2007 CHF 3280 Mio. an Arbeitslosenentschädigungen ausbezahlt.²¹³

Der Bundesrat erhöhte am 11. Februar 2009 die Höchstdauer zum Bezug von Kurzarbeitsentschädigung von 12 auf 18 Monate und beschloss eine Verkürzung der Karenzfrist auf einen Tag.²¹⁴

Durch die *Kurzarbeitsentschädigung* wird verhindert, dass Unternehmen in konjunkturell schwierigen Phasen wegen Auftragsmangel Personal abbauen. Dadurch werden einerseits Entlassungen und Arbeitslosigkeit vermieden, und andererseits bleibt der Unternehmung das Know-how der Mitarbeiter erhalten.²¹⁵

Die Arbeitslosenversicherung rechnet mit Mehrkosten von etwa CHF 15 Mio. im Jahr 2009 und etwa CHF 90 Mio. im Jahr 2010.²¹⁶

Die Verordnungsänderung wurde auf den 1. April 2009 in Kraft gesetzt und gilt bis zum 31. März 2011.²¹⁷

f. *Unfallversicherung (UVG) und Krankenversicherung (KVG)*

Seit der Änderung des Unfallversicherungsgesetzes (UVG) im Jahr 1991 werden die *Renten der obligatorischen Unfallversicherung* auf den gleichen Zeitpunkt der Teuerung angepasst wie die Renten der AHV.²¹⁸

²⁰⁸ Vgl. ebd.

²⁰⁹ Vgl. ebd.

²¹⁰ Vgl. ebd.

²¹¹ Medienmitteilung des EVD vom 19. Dezember 2008.

²¹² Vgl. ebd.

²¹³ Vgl. ebd.

²¹⁴ Medienmitteilung des SECO vom 11. Februar 2009.

²¹⁵ Vgl. ebd.

²¹⁶ Vgl. ebd.

²¹⁷ Vgl. ebd.

²¹⁸ Medienmitteilung des EDI vom 29. Oktober 2008.

Der Bundesrat beschloss, den Bezüglern von Invaliden- und Hinterlassenenrenten der obligatorischen Unfallversicherung eine *Teuerungszulage von 3,7%* auf 1. Januar 2009 zu gewähren. Er trägt damit der auf den gleichen Zeitpunkt erfolgten Anpassung der Renten der AHV Rechnung.²¹⁹

Vor gut einem Jahr wurde die *Revision des UVG* vom Bundesrat an das Parlament verabschiedet. Sie sah keinen grossen Umbau vor und wollte am Teilmonopol der Schweizerischen Unfallversicherungsanstalt (Suva) nicht rütteln. Dennoch wurde das Geschäft nun von der nationalrätlichen SGK dem Plenum zur Ablehnung empfohlen.²²⁰

Daraufhin entschied sich der Nationalrat, das Geschäft an die SGK zur neuerlichen Behandlung zurückzuweisen.²²¹

Die Kosten pro versicherte Person zulasten der Obligatorischen Krankenpflegeversicherung (OKP) stiegen *im Jahr 2007* von CHF 2755.00 auf CHF 2863.00 an. Dies entspricht einem Anstieg von 3,9%.²²²

Die Entwicklung der Kosten der Krankenpflegeversicherung wies von einem Kanton zum anderen grosse Schwankungen auf: Im Kanton Neuenburg stiegen die Bruttokosten pro Versicherten um 0,5% und im Kanton Nidwalden um 8,3%. Der Kanton mit den geringsten Kosten (Appenzell Innerrhoden) wies eine Kostenzunahme von 2,2% auf, der teuerste Kanton (Basel-Stadt) 3,6%.²²³

Die Kosten insgesamt sind im Jahr 2007 um CHF 976 Mio. auf CHF 21,579 Mrd. angewachsen.²²⁴

Im Jahr 2008 beliefen sich die Kosten, die zulasten der OKP abgerechnet wurden, pro versicherte Person auf CHF 2973.00. Im Vergleich zum Vorjahr sind die Kosten damit um 3,9% gestiegen. Die stärksten Steigerungen betrafen ambulante Spitalbehandlungen (+10,4%), Laboratorien (+8,5%), Spitex (+5,5%), von Ärzten verschriebene Medikamente (+5,0%) und ärztliche Behandlungen (+4,3%).²²⁵

Die Prämien der Grundversicherung werden von den Krankenkassen im Jahr 2009 um durchschnittlich 2,6% erhöht.²²⁶

Es kann innerhalb von jedem Kanton und jeder Prämienregion grosse Unterschiede zwischen der tiefsten und der höchsten Prämie geben. Deshalb können Versicherte sich unter www.praemien.admin.ch über die Prämien 2009 informieren. Das BAG stellt den Versicherten dort zum einen eine «Prämienübersicht 2009» elektronisch oder in Papierform zur Verfügung, zum anderen die Dokumentation «Prämienberatung», die Informa-

²¹⁹ Vgl. ebd.

²²⁰ NZZ vom 12. Juni 2009, S. 14.

²²¹ Vgl. ebd.

²²² Medienmitteilung des BAG vom 26. August 2008.

²²³ Vgl. ebd.

²²⁴ Vgl. ebd.

²²⁵ Medienmitteilung des EDI vom 20. April 2009.

²²⁶ Medienmitteilung des BAG vom 3. Oktober 2008.

tionen zur Krankenversicherung und Tipps zum Prämiensparen sowie Musterbriefe zur Verfügung stellt.²²⁷

Die Verordnungsänderungen zur Umsetzung der Spitalfinanzierung traten am 1. Januar 2009 in Kraft. Sie beinhalten Anpassungen über die Erhebung und Veröffentlichung der Daten und die Genehmigung von einheitlichen Tarifstrukturen.²²⁸

Um die Kostensteigerung der obligatorischen Krankenversicherung einzudämmen, schlägt das EDI verschiedene gesetzgeberische Massnahmen vor.²²⁹

Folgende Massnahmen stehen im Vordergrund:

- Einrichtung von telefonischen Beratungsdiensten durch alle Versicherer, damit alle Versicherten eine kostenlose erste Anlaufstelle haben;
- Einführung eines Behandlungsbeitrages von CHF 30.00 für die ersten sechs Besuche bei einem Arzt;
- Erteilung der Kompetenz an den Bundesrat zur Senkung der Tarife bei überdurchschnittlicher Kostensteigerung;
- Leistungsaufträge für Spitalambulatorien.²³⁰

Der Bundesrat beauftragte das EDI, ein entsprechendes Gesetzespaket zuhanden des Parlaments vorzubereiten.²³¹

g. Sozialversicherungsabkommen

In der Schweiz bestehen mit 43 Staaten²³² zwischenstaatliche Regelungen über die *soziale Sicherheit*. Dabei wird zwischen Regelungen, welche die Schweiz gleichzeitig mit mehreren Staaten verbindet, und Abkommen über soziale Sicherheit mit nur einem Partnerstaat unterschieden.²³³

²²⁷ Vgl. ebd.

²²⁸ Medienmitteilung des BAG vom 22. Oktober 2008.

²²⁹ Medienmitteilung des EDI vom 6. Mai 2009.

²³⁰ Vgl. ebd.

²³¹ Vgl. ebd.

²³² Es handelt sich um folgende Länder: Australien, Belgien, Bulgarien, Chile, Dänemark, Deutschland, Estland, Finnland, Frankreich, Griechenland, Irland, Island, Israel, Italien, Jugoslawien (gilt für Bosnien und Herzegowina, Serbien und Montenegro bis zum Inkrafttreten neuer Abkommen), Kanada, Kroatien, Lettland, Liechtenstein, Litauen, Luxemburg, Malta, Mazedonien, Niederlande, Norwegen, Österreich, Philippinen, Polen, Portugal, Quebec, Republik San Marino, Schweden, Slowakische Republik, Slowenien, Spanien, Tschechische Republik, Türkei, Ungarn, USA, Vereinigtes Königreich von Grossbritannien und Nordirland, Zypern (vgl. Zusammenstellung des BSV «Zwischenstaatliche Vereinbarungen der Schweiz über Soziale Sicherheit», Stand 1.3.2008, abrufbar unter: <http://www.bsv.admin.ch/themen/internationales/00078/index.html?lang=de>).

²³³ <http://www.bsv.admin.ch/themen/internationales/00078/index.html?lang=de>.

Mit folgenden Staaten sind *Sozialversicherungsabkommen in Ausarbeitung*: Bosnien und Herzegowina, Montenegro und Serbien. Bis zum Inkrafttreten dieser neuen Abkommen gilt für diese Staaten das Abkommen mit dem ehemaligen Jugoslawien.²³⁴

Am 1. Juni 2002 trat das Abkommen mit der EU über die Freizügigkeit in Kraft. Der Vertrag enthält in seinem Anhang II Bestimmungen über die Koordinierung der Systeme der Sozialen Sicherheit zwischen der Schweiz und den Mitgliedstaaten der EU. Grundlage sind die innerhalb der EU geltenden Koordinationsbestimmungen. Dies sind die Verordnungen (EWG) Nr. 1408/71 und Nr. 574/72.²³⁵

Das revidierte EFTA-Übereinkommen, welches ebenfalls seit dem 1. Juni 2002 in Kraft ist, enthält für Staatsangehörige der Schweiz, Island, Liechtenstein und Norwegen in den Beziehungen zwischen diesen Staaten die gleichen Regelungen wie das FZA Schweiz/EU.²³⁶

h. Pandemie

Eine Grippepandemie kann erhebliche Auswirkungen auf ein Unternehmen haben. Es ist damit zu rechnen, dass dabei jeder Vierte erkrankt und durchschnittlich während fünf bis acht Tagen der Arbeit fernbleiben wird. Während der zwei bis drei wöchigen maximalen lokalen Pandemie-welle muss mit 40% Personalausfall gerechnet werden, weswegen eine rechtzeitige und gründliche Vorbereitung unerlässlich erscheint.²³⁷

Das BAG verfasste mit der ausserparlamentarischen «Arbeitsgruppe Influenza» und dem SECO ein Handbuch, welches Unternehmen bei der betrieblichen Vorbereitung auf eine Pandemie unterstützen soll.²³⁸

Das *Handbuch für die betriebliche Vorbereitung* basiert auf dem Influenza-Pandemieplan Schweiz. Es soll Unternehmen sowie Verwaltungen als Arbeitsgrundlage dienen, um ihre Situation zu erfassen und geeignete Vorbereitungen zu treffen. Die Vorbereitungspläne verfolgen vor allem zwei Ziele: Die Aufrechterhaltung der betrieblichen Infrastruktur und die Minimierung des Infektionsrisikos am Arbeitsplatz.²³⁹

Im Weiteren lancierte das BAG eine *Pandemiwebseite* (www.pandemia.ch) für die Schweizer Bevölkerung.²⁴⁰

²³⁴ Vgl. Zusammenstellung des BSV «Zwischenstaatliche Vereinbarungen der Schweiz über Soziale Sicherheit», Stand: 1.3.2008, abrufbar unter: <http://www.bsv.admin.ch/themen/internationales/00078/index.html?lang=de>.

²³⁵ http://www.bsv.admin.ch/themen/internationales/00078/02123/index.html?lang=de#sprungmarke0_0.

²³⁶ Vgl. ebd.

²³⁷ <http://www.bag.admin.ch/influenza/01120/01134/03058/04319/index.html?lang=de>.

²³⁸ Vgl. ebd.

²³⁹ Vgl. ebd.

²⁴⁰ Medienmitteilung des BAG vom 27. Februar 2009.

5. Personalrecht des Bundes

Die Aus- und Weiterbildung der Bundesverwaltung wird ab 1. Januar 2010 durch einen einzigen Dienstleister, das bundesweite *Ausbildungszentrum*, welches dem Eidgenössischen Personalamt (EPA) angegliedert wird, angeboten. Damit werden bundesweit Doppelspurigkeiten abgebaut, Fachwissen konzentriert und Synergien verstärkt genutzt. Zu den wichtigsten Zielen der Aus- und Weiterbildung in der Bundesverwaltung gehören die Sicherstellung einer hohen Leistungsfähigkeit und der Flexibilität des Bundespersonals.²⁴¹

Gemäss der Staatsrechnung 2007 wiesen die Bundesangestellten per Ende 2007 aufgelaufene Ferien- und Überzeitguthaben von rund CHF 292 Mio. oder durchschnittlich 3,5 Wochen pro Mitarbeitenden aus. Zur Vermeidung eines weiteren Aufbaus von Guthaben hat der Bundesrat folgende Massnahmen getroffen:

- *Vertrauensarbeitszeit*: Die Vertrauensarbeitszeit wird neu für Angestellte ab Lohnklasse 30 obligatorisch. Angestellte der Lohnklassen 24 bis 29 können diese fakultativ wählen. Als Ausgleich für Überzeit, Mehrarbeit und Gleitzeit, welche nicht mehr kompensiert werden können, erhalten die Mitarbeitenden eine finanzielle Abgeltung von 5% des Jahreslohns.
- *Treueprämie*: Die Treueprämie wird neu in erster Linie als Barbetrag ausgerichtet. Der Bezug als bezahlter Urlaub ist nur noch ausnahmsweise und im Einvernehmen mit dem Vorgesetzten möglich.
- *Ausgleichstage*: Ausgleichstage müssen in der Regel innerhalb des Jahres, in dem der Anspruch entsteht, bezogen werden. Nicht bezogene Tage verfallen am Ende des Jahres entschädigungslos.²⁴²

Die Anpassungen der Bundespersonalverordnung (BPV) und der Verordnung zur Bundespersonalverordnung (VBPV) traten per 1. Januar 2009 in Kraft.²⁴³

Die Massnahmen haben Mehrausgaben von rund CHF 10 bis 20 Mio. zur Folge. Gleichzeitig soll damit die Bildung von Ferien- und Überzeitguthaben mindestens im gleichen Umfang verhindert werden können.²⁴⁴

Per 1. Januar 2009 erhält das Bundespersonal einen Teuerungsausgleich von 1,1% und die Mitarbeitenden der Lohnklassen 1 bis 23 eine Realloohnerhöhung von ebenfalls 1,1%. Dazu kommt eine abgestufte Kaderlohnmassnahme, indem die Löhne der Angestellten der Lohnklassen 24 bis 29 um 2,5% und diejenigen der Lohnklassen 30 bis 38 um 5,0% ange-

²⁴¹ Medienmitteilung des Eidgenössischen Finanzdepartements (EFD) vom 5. Dezember 2008.

²⁴² Vgl. ebd.

²⁴³ Vgl. ebd.

²⁴⁴ Vgl. ebd.

hoben werden. Bezweckt wird damit eine Verbesserung der Konkurrenzfähigkeit der Bundesverwaltung im Kaderbereich gegenüber der Privatwirtschaft.²⁴⁵

Der Bundesrat eröffnete am 19. September 2008 die Vernehmlassung zur *Revision des Bundespersonalgesetzes (BPG)*. Die Revision sieht eine Flexibilisierung der Arbeitsverhältnisse und eine weitere Annäherung des Bundespersonalrechts an die Bestimmungen des OR und gleichzeitig eine Vereinfachung des Beschwerdeverfahrens bei arbeitsrechtlichen Streitigkeiten vor.²⁴⁶

Folgende Revisionspunkte stehen im Vordergrund:

- weitere Harmonisierung des BPG mit dem OR;
- flexiblere Regelung bei der Auflösung von Arbeitsverhältnissen;
- Vereinfachung des Beschwerdeverfahrens;
- Schaffung der gesetzlichen Grundlage für den Elternurlaub;
- Schaffung der gesetzlichen Grundlage für das Personalinformationssystem und die elektronischen Bewerbungs- und Personaldossiers;
- flexiblere Regelung bei der Finanzierung der beruflichen Vorsorge.²⁴⁷

Die Botschaft soll in der ersten Hälfte 2009 durch den Bundesrat genehmigt und zuhanden des Parlaments verabschiedet werden. Frühestens im Jahr 2010 dürfte das revidierte BPG in Kraft treten.²⁴⁸

6. Öffentliches Dienstrecht der Kantone

Mit der *Revision des kantonalen Lohnsystems* will der Regierungsrat im Kanton Zürich erreichen, dass die Höhe der Löhne stärker von der Leistung der Angestellten abhängig gemacht wird. Die Lohnstufen werden halbiert und individuelle Lohnerhöhungen sollen etwas ganz Normales werden. Der Kanton will sich stärker an der Lohnentwicklung in der Privatwirtschaft und in anderen Verwaltungen orientieren.²⁴⁹

Bis heute haben Angestellte des Kantons Zürich, deren Leistung mindestens die Bewertung «gut» erhielten, einen Anspruch auf eine Lohnerhöhung (*sog. Stufenanstieg*). Der Regierungsrat möchte den Stufenanstieg nun abschaffen.²⁵⁰

Gegenüber dem Anfang März präsentierten Entwurf sind in der jetzigen Vorlage zwei Änderungen festzustellen. Zum einen soll es weiterhin möglich sein, Angestellte bei schlechter Leistung im Lohnsystem zurück-

²⁴⁵ Vgl. ebd.

²⁴⁶ Medienmitteilung des EFD vom 19. September 2008.

²⁴⁷ Vgl. ebd.

²⁴⁸ Vgl. ebd.

²⁴⁹ NZZ vom 26. Juni 2009, S. 52.

²⁵⁰ Vgl. ebd.

zustufen. Zum andern wurde der Vorschlag fallen gelassen, die Lohnsumme solle jedes Jahr um so viel ansteigen, wie die Teuerung im Vorjahr betrug, dies allerdings nur bis zu einer Teuerung von 2%. Die Vorlage kommt nun in den Kantonsrat.²⁵¹

Sowohl Personalverbände als auch Gewerkschaften sind sich für einmal einig: Beide halten vom neuen Lohnsystem für kantonale Angestellte nichts. Drei Punkte missfallen ihnen besonders:

- dass Mitarbeitende, die mindestens die Qualifikation «gut» erhalten, nicht automatisch Anspruch auf mehr Lohn (Stufenanstieg) haben;
- dass der Regierungsrat sich bei der Lohnentwicklung an der jährlichen UBS-Lohnerhebung orientieren will;
- und dass mehr Einmalzulagen ausbezahlt werden sollen (neu 0,2 bis 0,4% der Lohnsumme).²⁵²

Seit fünf Jahren gilt bei der Zürcher Stadtverwaltung eine Stellenplafonierung. Seither werden neue Stellen nur noch vom Gesamtstadtrat bewilligt und auch nur dann, wenn eine neue Aufgabe zwingend erfüllt werden muss oder wenn sich die neue Stelle quasi selbst finanziert, d.h., wenn die künftigen Erträge der Stelle den Aufwand decken.²⁵³

Ein Postulat eines SVP-Vertreters, gemäss welchem die Stellen der Stadtverwaltung auf dem bisherigen Stand zu halten und Stellenaufstockungen nur durch Volksentscheide zu erlauben seien, wurde durch das Stadtparlament abgelehnt.²⁵⁴

Im Kanton Zürich sind bei akutem Lehrermangel 300 Stellen, die auf Beginn des Schuljahres 2009/10 neu geschaffen wurden, neu zu besetzen. Lehrer auf der Sekundarstufe, im heilpädagogischen Bereich und für das Fach Handarbeit sind besonders gefragt. Es ist nach Matthias Weisenhorn, Leiter Lehrpersonal der Zürcher Bildungsdirektion, nicht zu verhindern, dass unterqualifizierte Lehrkräfte angestellt werden. Das bedeutet, dass auf der Sekundarstufe Primarlehrer drei Jahre lang ohne Weiterbildung unterrichten dürfen. Davon hält der Dachverband Schweizer Lehrerinnen und Lehrer (LCH) nicht viel. Es wird ein schleichender Qualitätsabbau befürchtet.²⁵⁵

Der LCH fordert längerfristige Massnahmen, um den Lehrerberuf für Junge wieder attraktiver zu machen. Insbesondere wird mehr Lohn gefordert.²⁵⁶

²⁵¹ Vgl. ebd.

²⁵² NZZ vom 1. Juli 2009, S. 45.

²⁵³ NZZ vom 19. März 2009, S. 47.

²⁵⁴ Vgl. ebd.

²⁵⁵ NZZ vom 30. November 2008, S. 17.

²⁵⁶ Vgl. ebd.

7. Ausländische Arbeitnehmer

a. Ausländerstatistik

Im 2. Quartal 2008 waren in der Schweiz gemäss der *Schweizerischen Arbeitskräfteerhebung 2008* 927 000 Personen ausländischer Nationalität mit Aufenthalts- oder Niederlassungsbewilligung erwerbstätig, was einen Anstieg um 5,8% gegenüber dem Vorjahr bedeutet. Ein Teil dieses Zuwachses lässt sich durch die Aufhebung der Kontingentierung von Arbeitskräften aus den Staaten der EU-15 (sowie Zypern und Malta) und der EFTA am 1. Juni 2007 erklären. Zudem waren im 2. Quartal 2008 folgende ausländische Erwerbstätige zu verzeichnen: 47 000 Kurzaufenthalter (–30% gegenüber dem Vorjahresquartal), 213 000 Grenzgänger (+5,4%) und 25 000 übrige Ausländer (+14%).²⁵⁷

In der gleichen Zeitspanne nahm die Zahl der Schweizer Erwerbstätigen um 1,7% auf 3,302 Mio. zu.²⁵⁸

Insbesondere die Zahl der deutschen und französischen Erwerbstätigen hat stark zugenommen (+21% bzw. +9,9%). Nach den einzelnen Nationalitäten betrachtet waren die Erwerbstätigen aus Italien und den westlichen Balkanländern am stärksten vertreten (beide rund 18%), gefolgt von den Deutschen (15%) und den Portugiesen (13%).²⁵⁹

Die ausländische Bevölkerung verzeichnete mit 6,2% eine rund zweieinhalb Mal höhere *Erwerbslosenquote* als die Schweizer mit 2,5%. Es waren jedoch sowohl die Erwerbslosenquote der Schweizer als auch jene der Ausländer zum dritten Mal in der Folge rückläufig (0,2% bzw. 0,9%).²⁶⁰

Der Familientyp wirkt sich je nach Geschlecht und Nationalitätsgruppe unterschiedlich auf die Erwerbsbeteiligung (25- bis 64-Jährige) aus. So weisen Frauen aus Osteuropa (mit 50,8%), aus Nord- und Westeuropa (mit 71,7%) sowie aus der Schweiz (mit 79,4%) bei der Anwesenheit von mindestens einem Kind unter 15 Jahren eine tiefere Erwerbsquote auf als Frauen ohne Kinder in diesem Alter. Männer dagegen weisen in Haushalten mit Kind(ern) unter 15 Jahren eine generell höhere Erwerbsquote auf (98,7%).²⁶¹

Hauptsächlich verzichten ausländische Staatsangehörige (25- bis 64-Jährige) aus familiären Gründen auf eine Erwerbstätigkeit (13% der Osteuropäer und 7,9% der Personen aus der Türkei und den westlichen Balkanstaaten). Auch aus gesundheitlichen Gründen sind insbesondere Personen

²⁵⁷ Medienmitteilung des BFS vom 19. Februar 2009.

²⁵⁸ Vgl. ebd.

²⁵⁹ Vgl. ebd.

²⁶⁰ Vgl. ebd.

²⁶¹ Vgl. ebd.

aus der Türkei und den westlichen Balkanstaaten nicht erwerbstätig (8,8%), gefolgt von den Südeuropäern (4,6%).²⁶²

b. Fremdarbeiterregelung

Das bilaterale Abkommen über den freien Personenverkehr wirkte sich auf die Zusammensetzung der ausländischen Wohnbevölkerung in der Schweiz aus. Der Zuwachs betrug bei den EU-27/EFTA-Staatsangehörigen 7,9%, derjenige der Nicht-EU/EFTA-Bürger hingegen nur 0,5%. Insgesamt lebten *Ende August 2008* 1 618 847 Ausländer in der Schweiz, was 21,3% der Gesamtbevölkerung entspricht.²⁶³

Die Zahlen der Staatsangehörigen aus Deutschland (+36 240), Portugal (+14 368), Frankreich (+9175), Grossbritannien (+3702) und Österreich (+1707) stiegen in der Zeit vom 1. September 2007 bis 31. August 2008 am stärksten an.²⁶⁴

Die Bevölkerungszahlen der Staatsangehörigen von Serbien (−2671), Bosnien-Herzegowina (−1666), Kroatien (−1445), Sri Lanka (−1111) und der Türkei (−807) waren dagegen rückläufig.²⁶⁵

Das Freizügigkeitsabkommen mit der EU wirkte sich auch in den vergangenen Monaten auf die Zusammensetzung der ausländischen Wohnbevölkerung in der Schweiz aus. Während der Zuwachs bei den EU-27/EFTA-Staatsangehörigen 5,4% betrug, nahm die Zahl der Nicht-EU/EFTA-Bürger nur um 0,3% zu. Diese Entwicklung entspricht zum einen der Zuwanderungspolitik des Bundesrates und zum anderen dem Zulassungssystem im neuen Ausländergesetz, wonach aus Nicht-EU-Staaten nur noch besonders qualifizierte Erwerbstätige rekrutiert werden können.²⁶⁶

Insgesamt lebten am *30. April 2009* 1 655 224 Ausländer in der Schweiz, davon stammten 1 041 927 Personen aus den EU-27/EFTA-Staaten.²⁶⁷

Zwischen dem 30. April 2008 und dem 30. April 2009 stieg die Zahl der Staatsangehörigen aus Deutschland (+25 218), Portugal (+11 684), Frankreich (+6383), Grossbritannien (+2639) und Polen (+1516) am stärksten an. Hingegen waren die Bevölkerungszahlen der Staatsangehörigen aus Serbien (−13 317), Bosnien-Herzegowina (−1708), Kroatien (−1597), Sri Lanka (−999) und der Türkei (−897) rückläufig.²⁶⁸

²⁶² Vgl. ebd.

²⁶³ Medienmitteilung des BFM vom 14. Oktober 2008.

²⁶⁴ Vgl. ebd.

²⁶⁵ Vgl. ebd.

²⁶⁶ Medienmitteilung des BFM vom 26. Mai 2009.

²⁶⁷ Vgl. ebd.

²⁶⁸ Vgl. ebd.

Am 2. Juli 2009 orientierte das SECO über die Ergebnisse des 5. Observatoriumsberichts über die Auswirkungen der Personenfreizügigkeit seit Inkrafttreten des FZA am 1. Juni 2002.²⁶⁹

Es fand eine deutliche Verschiebung der Zuwanderung nach Herkunftsländern statt. Die Zuwanderung aus den EU/EFTA-Staaten war grösser als diejenige aus Nicht-EU/EFTA-Staaten. Besonders stark war die Zuwanderung aus Deutschland und Portugal. Das Tessin, die Westschweiz und die Ostschweizer Kantone verzeichneten die stärkste relative Zunahme des Wanderungssaldos.²⁷⁰

Die Zunahme der Erwerbstätigkeit konzentrierte sich dabei auf Berufsgruppen mit hohen Qualifikationsniveaus. Von den zwischen Juni 1997 und Mai 2007 neu zugewanderten Arbeitskräften verfügten durchschnittlich 50% über eine Hochschulausbildung und 81% mindestens über einen Abschluss auf der Sekundarstufe II.²⁷¹

8. Zusammenstellung der Normalarbeitsverträge

Stand: 1. Juli 2009

Kanton	NAV für die Berufe	Fundstelle in den Gesetzes- sammlungen
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

²⁶⁹ Medienmitteilung des SECO vom 2. Juli 2009.

²⁷⁰ Vgl. ebd.

²⁷¹ Vgl. ebd.

Kanton	NAV für die Berufe	Fundstelle in den Gesetzes- sammlungen
AG	NAV über das Arbeitsverhältnis in der Landwirtschaft vom 24. November 2004/1. Januar 2007	SAR 963.372
	NAV für Hauspersonal vom 19. November 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 222.216
	NAV für hauswirtschaftliche Arbeitnehmer vom 8. Dezember 1986/1. Januar 1987	SGS 222.217
BE	NAV für die Landwirtschaft vom 24. Oktober 2007/1. Januar 2009	BSG 222.153.21
	NAV für Hausdienst vom 25. April 2007/1. Januar 2009	BSG 222.153.22
	NAV für den Detailhandel vom 15. November 2006/1. Januar 2009	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 das landwirtschaftliche Arbeitsverhältnis vom 15. Juni 1993/1. Januar 1998	SG 215.600
	NAV für Hauspersonal vom 20. November 1990/1. Januar 1998	SG 215.700
FR	NAV für die Mitarbeiter im Hausdienst vom 7. März 1989/1. Januar 2008	SGS 222.5.91
	NAV für die Landwirtschaft vom 26. September 1988/1. Januar 2007	SGS 222.5.92
GE	CTT pour les travailleurs de l'économie domestique à temps complet et à temps partiel du 1 juillet 2004/1 janvier 2008	J 1 50.03

Kanton	NAV für die Berufe	Fundstelle in den Gesetzes- sammlungen
	CTT réglant les conditions de travail entre les em- ployeurs agricoles du canton de Genève et les tra- vailleurs agricoles du 1 mars 2000/1 janvier 2008	J 1 50.09
	CTT pour la floriculture du 1 mars 2000/1 janvier 2008	J 1 50.10
	CTT pour les travailleurs au pair de 18 à 30 ans du 18 janvier 2000/1 janvier 2008	J 1 50.12
	CTT pour les jeunes gens au pair mineurs du 18 janvier 2000/1 janvier 2008	J 1 50.15
GL	NAV für hauswirtschaftliche Arbeitnehmer vom 26. April 1988/1. Januar 1988	SGS VIII C/12/3
	NAV für landwirtschaftliche Arbeitnehmer vom 4. Dezember 1972/7. Mai 2006	SGS IX D/7/1
GR	NAV für das hauswirtschaftliche Arbeitsverhältnis vom 7. September 1987/1. Januar 2008	SGS 535.200
	NAV für das landwirtschaftliche Arbeitsverhältnis vom 27. Oktober 1998/1. Dezember 1998	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/ 1 janvier 2007	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

Kanton	NAV für die Berufe	Fundstelle in den Gesetzes- sammlungen
NE	CTT pour le service de maison du 5 mai 1988/ 5 mai 1988	RSN 225.42
	CTT pour l'agriculture du 27 novembre 2002/ 24 mai 2006	RSN 225.43
	CTT du personnel de vente dans le commerce de détail du 13 mars 1991/1 janvier 1992	RSN 225.44
	CTT pour des jeunes travailleurs au pair du 13 mars 1991/1 janvier 1992	RSN 225.45
NW	NAV für hauswirtschaftliche Arbeitnehmer vom 1. Juli 1985/1. Juli 1985	LGS 223.1
	NAV für Arbeitnehmer in der Landwirtschaft vom 14. April 1997/1. Juli 1997	LGS 223.2
OW	NAV für hauswirtschaftliche Arbeitnehmer vom 18. Dezember 1973/15. Februar 1997	GDB 844.1
	NAV für Arbeitnehmer in der Landwirtschaft vom 13. Mai 2008/1. Juni 2008	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
	NAV für das Gastgewerbe vom 20. Dezember 1988/4. Januar 1989	SGS 513.3
SH	NAV für hauswirtschaftliche Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer vom 16. März 1993/1. April 1993	SHR 221.216
	NAV für landwirtschaftliche Arbeitnehmer vom 7. Januar 1986/1. Februar 1986	SHR 221.217
SO	NAV für Arbeitnehmer im Hausdienst vom 11. März 1986/11. April 1986	BGS 821.321
	NAV für Arbeitnehmer in der Landwirtschaft vom 10. November 1972/28. Februar 1997	BGS 821.322

Kanton	NAV für die Berufe	Fundstelle in den Gesetzes- sammlungen
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. Juli 2001	SRSZ 217.112
TG	NAV für hauswirtschaftliche Arbeitsverhältnisse vom 6. Juli 1999/1. August 1999	RB 221.252
	NAV für landwirtschaftliche Arbeitsverhältnisse vom 28. März 2006/1. April 2006	RB 221.253
TI	CNL per il personale domestico (22 dicembre 1989)	Foglio ufficiale (FU) N. 102/1989 vom 22. Dezember 1989
	CNL per il personale dell'agricoltura (18 dicembre 1990)	FU N. 14/2000 vom 18. Februar 2000
	CNL per i giovani alla pari (16 febbraio 1995)	FU N. 16/1995 vom 24. Februar 1995
	CNL per il personale di vendita al dettaglio (1 settembre 2001)	FU N. 50/2001 vom 22. Juni 2001
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 du 30 mai 1986/ 1 novembre 1985	RSV 222.53.1
	CTT de vignolage pour les districts d'Aigle, de Vevey et de Lavaux du 27 juillet 1994/ 1 novembre 1994	RSV 222.53.2
	CTT de vignolage pour les districts d'Aubonne, Morges, Nyon et Rolle du 27 juillet 1994/ 1 novembre 1994	RSV 222.53.3
	CTT pour l'agriculture du 3 avril 2000/ 1 janvier 2009	RSV 222.55.1

Kanton	NAV für die Berufe	Fundstelle in den Gesetzes- sammlungen
	CTT pour le personnel des ménages privés du 18 janvier 2006/1 mars 2006	RSV 222.105.1
VS	NAV für hauswirtschaftliche Arbeitnehmer vom 1. Januar 1992/Ausgabe 2005 vom 28. Januar 2005	Offizielles Bulletin Nr. 04 vom 28. Januar 2005
	NAV für die Landwirtschaft vom 16. Juni 1989/ Ausgabe 2005 vom 25. Februar 2005	Offizielles Bulletin Nr. 08 vom 25. Februar 2005
	NAV für die Kellerarbeiter vom 11. April 1973/ Ausgabe 2005 vom 28. Januar 2005	Offizielles Bulletin Nr. 04 vom 28. Januar 2005
	NAV für das Personal der Käsereien vom 10. Februar 1993/Ausgabe 2005 vom 28. Januar 2005	Offizielles Bulletin Nr. 04 vom 28. Januar 2005
	NAV für das Personal der Autotransportunterneh- mungen (Sachentransporte und Erdbewegungsar- beiten) vom 1. Januar 1993/Ausgabe 2005 vom 28. Januar 2005	Offizielles Bulletin Nr. 04 vom 28. Januar 2005
	NAV für das Personal der Luftseilbahnen, Sessel- bahnen, Skilifte und ähnlicher Betriebe vom 18. November 1987/Ausgabe 2005 vom 28. Januar 2005	Offizielles Bulletin Nr. 04 vom 28. Januar 2005
	NAV für das Personal der Ingenieur- und Archi- tektur- und anderen Planungsbüros vom 15. Sep- tember 1982/Ausgabe 2005 vom 28. Januar 2005	Offizielles Bulletin Nr. 04 vom 28. Januar 2005
	NAV für das im Verkauf beschäftigte Personal des Detailhandels vom 10. Juli 1985/Ausgabe 2005 vom 28. Januar 2005	Offizielles Bulletin vom 25. Januar 2001 und Offizielles Bulletin Nr. 04 vom 28. Januar 2005
ZG	NAV Landwirtschaft vom 11. Juni 2002/ 1. Januar 2008	BGS 831.51
	NAV Privathaushalt vom 18. Dezember 1984/ 1. Januar 2008	BGS 831.52

Kanton	NAV für die Berufe	Fundstelle in den Gesetzes- sammlungen
ZH	NAV für hauswirtschaftliche Arbeitnehmer vom 29. Mai 1991 / 1. Januar 2007	LS 821.12
	NAV für das landwirtschaftliche Arbeitsverhältnis vom 2. März 2005 / 1. Januar 2007	LS 821.13

IV. Kollektives Arbeitsrecht

1. Sozialpartnerschaft

Der *Schweizerische Gewerkschaftsbund (SGB)*, die mit Abstand grösste gewerkschaftliche Dachorganisation der Schweiz, zählte Ende 2008 368 426 Mitglieder. Der SGB verlor damit innert Jahresfrist 1,49% seines Mitgliederbestandes.²⁷²

Der SGB zählt 16 Mitgliederverbände. Vier Verbände (das Schweizer Syndikat Medienschaffender [SSM], die Vereinigung des Kabinenpersonals [Kapers], der Schweizerische Bühnenkünstlerverband [SBKV] und New Wood) steigerten im Jahr 2008 die Anzahl der Mitglieder, zwölf Verbände verloren Mitglieder, und ein Verband (Seidenbeuteltuchweber [SVSW]) löste sich auf.²⁷³

Die Gewerkschaft Unia verzeichnete in etwa gleich viele Neueintritte wie Austritte (je etwa 20 000). Der Rückgang ist vor allem bei den Pensionierten durch Rückkehr in das ursprüngliche Heimatland zu orten. Auch der Schweizerische Eisenbahn- und Verkehrspersonalverband (SEV) meldete eine zurückgehende Rentnerzahl. Er wies zudem darauf hin, dass die typischen Eisenbahnerberufe abnehmen, Anstellungen im Bereich Informatik und Finanzen jedoch zunehmen würden. Diese Problematik der Verlagerung in Bereiche, in denen die Gewerkschaften nicht oder nur schwach vertreten sind, gilt auch für weitere Verbände wie die Kommunikation und Comedia. In vielen Gewerkschaften des öffentlichen Dienstes sowie der Privatwirtschaft erklären auch andauernde Restrukturierungen und Personalabbau den Rückgang.²⁷⁴

²⁷² Medienmitteilung des SGB vom 23. März 2009.

²⁷³ Vgl. ebd.

²⁷⁴ Vgl. ebd.

Der SGB steigerte die Zahl seiner weiblichen Mitglieder. Neu sind 95 174 Frauen im SGB dabei. Das sind 1300 mehr als im Jahr zuvor. Der Frauenanteil beträgt nun 25,8%, doppelt so viel wie im Jahr 1990.²⁷⁵

Im Jahr 2003 reichte der SGB eine Klage bei der IAO ein. Er machte geltend, die im Obligationenrecht (OR) vorgesehene Sanktion für missbräuchliche Kündigungen wegen Gewerkschaftszugehörigkeit sei zu wenig abschreckend, und forderte die Wiedereinstellung betroffener Arbeitnehmer.²⁷⁶

Der Bundesrat hielt dazu in seinem Bericht fest, dass nur in einem der genannten Fälle eine rechtsgültige Verurteilung wegen missbräuchlicher Kündigung aufgrund Gewerkschaftszugehörigkeit vorliege und dass der betreffende Arbeitgeber zu einer Entschädigung in der Höhe von fünf Monatslöhnen verurteilt wurde. Da die meisten Fälle mit Vergleichen endeten, sei es nicht möglich, die Situation abschliessend zu beurteilen, und es sei momentan auch unmöglich, dem Parlament eine Änderung des OR vorzulegen. Die Gewerkschaftsmitglieder seien durch das geltende Recht ausreichend vor missbräuchlicher Kündigung geschützt.²⁷⁷

Nachdem die Lohnverhandlungen zwischen SBB und den Gewerkschaften im Dezember 2008 scheiterten, konnten sich die Sozialpartner im Januar 2009 auf eine Erhöhung der Lohnsumme um 2,5% einigen. 1,5% werden für generelle Erhöhungen verwendet, 0,9% für individuelle Anpassungen und 0,1% für einmalige Zahlungen an Beschäftigte mit niedrigen Einkommen. Der Lohnabschluss, über welchen die zuständigen Gremien der Schweizerischen Bundesbahnen (SBB) und Gewerkschaften noch zu entscheiden haben, gilt für rund 26 000 Beschäftigte.²⁷⁸

Die UBS wies praktisch alle Vorschläge der Gewerkschaften zurück, mit denen diese den Stellenabbau etwa halbieren wollten. Sie hatten vor allem eine Reduktion der wöchentlichen Arbeitszeit um zwei auf 40 Stunden vorgeschlagen, wobei im Gegenzug die Bankangestellten auf 4,5% Lohn verzichten und so über 1000 Stellen retten sollten. Die UBS stellte sich gegen eine Arbeitszeitreduktion für alle. Sie setzt auf freiwillige Teilzeitarbeit und will den Angestellten flexible Arbeitszeitmodelle schmackhaft machen.²⁷⁹

Anlässlich der Feier des Schweizerischen Arbeitgeberverbands zu seinem 100-jährigen Bestehen schienen sich Arbeitgeber und Gewerkschafter ungewöhnlich nahezustehen. Beide sprachen sich für eine starke Sozialpartnerschaft aus.²⁸⁰

²⁷⁵ Vgl. ebd.

²⁷⁶ NZZ vom 27. September 2009, S. 19.

²⁷⁷ Vgl. ebd.

²⁷⁸ NZZ vom 6. Dezember 2008, S. 16 und NZZ vom 10. Januar 2009, S. 17.

²⁷⁹ NZZ vom 26. Mai 2009, S. 1.

²⁸⁰ NZZ vom 8. November 2008, S. 23.

Der Präsident des Schweizerischen Arbeitgeberverbands, Rudolf Stämpfli, kritisierte, dass sich die Finanzwirtschaft sehr von der «realen» Wirtschaft entfernt habe, und forderte eine Rückkehr zu fundamentalen Werten. Es brauche Entschädigungssysteme, die sich an realer Leistung und dauerhaftem Erfolg orientierten, sowie eine starke Integration der Unternehmen und ihrer Führungspersönlichkeiten in die schweizerische Gesellschaft. Die schweizerische Variante von Flexicurity, d.h. die Kombination eines flexiblen Arbeitsmarkts mit sozialer Absicherung, sei ein Erfolgsfaktor für den Standort.²⁸¹

Nach Hugo Fasel, Direktor von Caritas Schweiz und ehemaliger Präsident der Gewerkschaft Travail Suisse, ist die Krise Folge davon, dass einige Akteure des Finanzmarktes dem freien Markt frönten und wegleitende Spielregeln ablehnten. Es brauche deshalb den Dialog, den Ausgleich der Interessen sowie ausgehandelte Spielregeln.²⁸²

2. Arbeitskämpfe

Im Berichtsjahr dieser JAR-Ausgabe kam es *in zwei Branchen* zu Arbeitsniederlegungen:

Die Waadtländer Kantonsangestellten demonstrierten mit Streiks gegen die Einführung eines neuen Lohnsystems, welches für einen Teil der Angestellten einen etwas tieferen Gesamtlohn bedeutet, für einen anderen Teil dagegen eine Besserstellung.²⁸³

Vom Streik betroffen waren vor allem die Schulen, das Universitäts-spital (CHUV) und einzelne Sektoren der Verwaltung.²⁸⁴

Der rund 40 Tage dauernde *Bussenstreik* der Waadtländer Kantons-polizei ging Ende Oktober 2008 zu Ende. Die Polizeigewerkschaften und die Kantonsregierung einigten sich über die Entlohnung der Polizisten während der Euro 08. Die Polizisten hatten über 19 000 Überstunden geleistet. Die Einigung sieht vor, dass die Überstunden ganz oder teilweise als Lohn ausbezahlt werden. Dazu erhält jeder eine einmalige Prämie von CHF 500.00 als Dank für den Einsatz.²⁸⁵

3. Gesamtarbeitsvertragsrecht

Die unterzeichnenden Sozialpartner der wichtigsten Gesamtarbeits-verträge beschlossen für das *Jahr 2008* eine nominale Effektivloohnerhö-

²⁸¹ Vgl. ebd.

²⁸² Vgl. ebd.

²⁸³ NZZ vom 12. November 2008, S. 14.

²⁸⁴ Vgl. ebd.

²⁸⁵ NZZ vom 30. Oktober 2008, S. 18.

hung von 2,2%. Davon wurden 1,6% generell und 0,6% individuell zugesichert.²⁸⁶

Im sekundären Sektor lagen die durchschnittlichen Anpassungen der Effektivlöhne bei +1,8%, während es im tertiären Sektor +2,5% waren. Die öffentlich-rechtlichen Gesamtarbeitsverträge wiesen eine deutlich höhere Lohnanpassung (+3,6%) auf als die privatrechtlichen GAV (+2%).²⁸⁷

Die Branchen Nachrichtenübermittlung (+3,9%), Grosshandel, Landverkehr und kantonale öffentliche Verwaltung (je +2,9%) verzeichneten die höchsten Lohnerhöhungen, während die Branchen Herstellung von Metallerezeugnissen (+1,3%), Herstellung von Bekleidung (+1,2%), Fahrzeugbau (+0,7%) und Herstellung von medizinischen Geräten, Präzisionsinstrumenten und Uhren (+0,4%) die geringsten Lohnanpassungen registrierten.²⁸⁸

Die durchschnittliche Erhöhung der Mindestlöhne betrug +1,8% (gegenüber 2007: +2,9%). Im sekundären Bereich wurden die gesamtarbeitsvertraglichen Mindestlöhne um durchschnittlich 2% angehoben, im tertiären Bereich um 1,6%. Die grösste Mindestloohnerhöhung wies die Branche Grosshandel mit +2,9% auf, die geringste Lohnanpassung wiesen die Be- und Verarbeitung von Holz (+0,9%) und das Unterrichtswesen (0%) auf.²⁸⁹

Die Lohnverhandlungen der Sozialpartner haben für das *Jahr 2009* deutliche Einkommenserhöhungen für die einem GAV unterstellten Arbeitnehmer zur Folge. Es wurden Effektivlohnerhöhungen von 2,6% beschlossen. Im primären Sektor betrug die Effektivlohnerhöhung durchschnittlich 0,7%, im sekundären Sektor 2,4% und im tertiären Sektor 2,8%. Insgesamt waren 1 126 000 Personen von den Lohnverhandlungen betroffen.²⁹⁰

Die Angestellten der Branchen Nachrichtenübermittlung (+3,8%), Kultur, Sport und Unterhaltung (+3,2%), der Detailhandel (+2,9%) sowie der Grosshandel und das Unterrichtswesen (beide +2,8%) profitierten am meisten. Die geringsten Lohnsteigerungen verzeichneten die Erbringer von Dienstleistungen für Unternehmen, Hersteller von Nahrungsmitteln und Getränken (beide +1,7%), die chemische Industrie (+1,5%), die Hersteller von Bekleidung (+1,2%) sowie die Landwirtschaft (+0,7%).²⁹¹

Bei den Mindestlöhnen fiel die Steigerung besonders deutlich aus. Für das Jahr 2009 wurden sie durchschnittlich um 3,2% angehoben, was der stärksten Erhöhung seit 1993 entsprach.²⁹²

²⁸⁶ Medienmitteilung des BFS vom 18. Juli 2008.

²⁸⁷ Vgl. ebd.

²⁸⁸ Vgl. ebd.

²⁸⁹ Vgl. ebd.

²⁹⁰ NZZ vom 20. Juni 2009, S. 23.

²⁹¹ Vgl. ebd.

²⁹² Vgl. ebd.

Seit dem 1. Januar 2007 herrscht *im Coiffeurgewerbe* ein vertragsloser Zustand. Nach langwierigen Verhandlungen konnte im Januar 2008 der Durchbruch erzielt und ein Vertragswerk ausgehandelt werden. Der GAV wurde nun am 17. Mai 2009 von den Delegierten des Verbandes Schweizerischer Coiffeurgeschäfte *coiffureSUISSE* gutgeheissen. Es folgt jetzt das Genehmigungsverfahren bei den Gewerkschaften Unia und Syna, anschliessend wird der GAV dem SECO eingereicht. Danach soll der GAV vom Bundesrat allgemeinverbindlich erklärt werden, damit er für alle Coiffeurgeschäfte in der Schweiz Gültigkeit hat.²⁹³

Die Gewerkschaft Syna und der Konsumgüterhandelskonzern Valora unterzeichneten am 12. Februar 2009 einen GAV. Es handelt sich dabei um den ersten *GAV im Schweizer Kioskgeschäft*. Die Gewerkschaft bezeichnete ihn als Meilenstein. Er bringt den Angestellten deutlich bessere Arbeitsbedingungen, z.B. einen garantierten Mindestlohn, einen 13. Monatslohn und mehr Ferien.²⁹⁴

In der siebenten Verhandlungsrunde haben sich der Schweizerische Verband für Visuelle Kommunikation (Viscom) und die Gewerkschaften Unia und Syna auf einen neuen GAV verständigt.²⁹⁵

Vor allem um höhere Mindestlöhne wurde in der letzten Verhandlungsrunde gerungen. Viscom wollte eine Fixierung dieser Löhne verhindern, bot dann aber zu einer Erhöhung zwischen 3% und 9% Hand, abgestuft auf die Jahre 2009 und 2010/2012. Die Gewerkschaften konnten sich mit ihrer Forderung nach einer allgemeinen Lohnerhöhung oder einem automatischen Teuerungsausgleich nicht durchsetzen. Und der 13. Monatslohn für Lehrlinge wurde nicht als Vorschrift, sondern als Empfehlung aufgenommen. Auch der Versuch, die Gewerkschaften für eine Allgemeinverbindlicherklärung durch den Bundesrat zu gewinnen, scheiterte.²⁹⁶

Die Sozialpartner einigten sich bereits in einer früheren Runde auf das Modell der begrenzten Jahresarbeitszeit. Weiterhin gilt in der grafischen Industrie die absolute Friedenspflicht und das Prinzip, dass die Löhne jährlich auf Betriebsebene vereinbart werden können.²⁹⁷

Sowohl die Gewerkschaften als auch die Arbeitgeber können mit dem Abschluss insgesamt zufrieden sein.²⁹⁸

Die Mitglieder des Viscom haben den neuen *GAV für die grafische Industrie* gutgeheissen. Nun ist es an den Mitgliedern der Gewerkschaften Comedia und Syna, ihre Zustimmung zu geben.²⁹⁹

²⁹³ http://www.coiffuresuisse.ch/de/coiffure_news/GAV.

²⁹⁴ NZZ vom 12. Februar 2009, S. 14.

²⁹⁵ NZZ vom 17. Dezember 2008, S. 14.

²⁹⁶ Vgl. ebd.

²⁹⁷ Vgl. ebd.

²⁹⁸ Vgl. ebd.

²⁹⁹ NZZ vom 24. Januar 2009, S. 17.

Die Mediengewerkschaft Comedia forderte zwischen den Schweizer Verlegern und den Gewerkschaften Verhandlungen über einen *GAV für Journalisten*. Denn ohne GAV seien die Medienschaffenden der Willkür ihrer Arbeitgeber ausgeliefert. Ausserdem forderte Comedia zusammen mit der Internationalen Föderation der Journalistinnen und Journalisten eine weltweit bessere Verankerung der Medienfreiheit. Dazu gehöre neben besseren Arbeitsbedingungen auch die verbindliche Anerkennung der Presseausweise durch alle Sicherheitskräfte.³⁰⁰

Der Arbeitgeberverband Normalspurbahnen und die Personalverbände des öffentlichen Verkehrs einigten sich auf einen *GAV für den regionalen Personenverkehr bei Normalspurbahnen*. Dies ist der erste GAV für die Normalspurbahnen. Er gilt für das fahrende Personal im regionalen Personenverkehr.³⁰¹

Die im *GAV des Gastgewerbes* festgesetzten Mindestlöhne wurden 2009 der Teuerung angepasst und um 2,5% erhöht. Im Weiteren wurde über eine generelle Erneuerung des GAV verhandelt, welcher am 1. Juli 2009 in Kraft gesetzt werden soll.³⁰²

4. Vom Bundesrat allgemeinverbindlich erklärte Gesamtarbeitsverträge (Übersicht)

Stand: 1. Juli 2009

Datum des Beschlusses	Gegenstand des Beschlusses	Inkrafttreten
28.02.2008	GAV des Ausbaugewerbes der Westschweiz (Schreinerei, Gipserei und Malerei, Bodenbeläge)	01.04.2008
23.07.2008	Änderung	01.09.2008
28.05.2009	Änderung	01.06.2009
	Allgemeinverbindlicherklärung (AVE) gültig bis 31.12.2010	
09.06.2004	GAV für die vorzeitige Pensionierung im west-schweizerischen Ausbaugewerbe (KVP)	01.07.2004
12.10.2005	Änderung	01.11.2005
06.11.2006	Änderung	01.12.2006

³⁰⁰ NZZ vom 4. Mai 2009, S. 8.

³⁰¹ NZZ vom 4. Juli 2008, S. 16.

³⁰² NZZ vom 10. Juli 2008, S. 14.

Datum des Beschlusses	Gegenstand des Beschlusses	Inkrafttreten
17.09.2008	Änderung AVE gültig bis 30.06.2013	01.11.2008
20.03.2007	GAV für das Autogewerbe «Ostschweiz» der Kantone St. Gallen, beider Appenzell und Thur- gau AVE gültig bis 30.06.2011	01.05.2007
10.11.1998	LMV für das Bauhauptgewerbe	01.01.1999
11.08.2005	Änderung	01.10.2005
12.01.2006	Änderung	01.02.2006
13.08.2007	Änderung	01.09.2007
22.09.2008	Änderung	01.10.2008
11.12.2008	Änderung AVE gültig bis 31.12.2011	01.01.2009
05.06.2003	GAV für den flexiblen Altersrücktritt im Bauhauptgewerbe (GAV FAR)	01.07.2003
08.08.2006	Änderung	01.09.2006
26.10.2006	Änderung	01.01.2007
01.11.2007	Änderung AVE gültig bis 31.12.2012	01.01.2008
10.07.2003	GAV für die schweizerischen Betonwaren- Industrie	01.08.2003
18.08.2006	Änderung	01.09.2006
30.06.2008	Änderung AVE gültig bis 31.12.2009	01.08.2008
19.06.2006	GAV für das schweizerische Carrosserie- gewerbe	01.07.2006
13.08.2007	Änderung	01.09.2007
29.04.2008	Änderung	01.06.2008
09.03.2009	Änderung AVE gültig bis 30.06.2012	01.04.2009
11.11.2004	GAV im schweizerischen Dach- und Wand- gewerbe	01.12.2004
03.03.2005	Änderung	01.04.2005

Datum des Beschlusses	Gegenstand des Beschlusses	Inkrafttreten
23.05.2006	Änderung	01.06.2006
31.05.2007	Änderung	01.07.2007
28.02.2008	Änderung	01.04.2008
21.04.2009	Änderung AVE gültig bis 30.06.2010	01.06.2009
21.04.2009	GAV für das Gewerbe für Decken- und Innen- ausbausysteme AVE gültig bis 31.12.2012	01.06.2009
11.11.2004	GAV des schweizerischen Elektro- und Telekommunikations-Installationsgewerbes	01.01.2005
27.01.2005	Änderung	01.03.2005
04.05.2006	Änderung	01.06.2006
10.05.2007	Änderung	01.06.2007
30.06.2008	Änderung	01.08.2008
09.03.2009	Änderung AVE gültig bis 30.06.2013	01.05.2009
14.12.2004	GAV für das Gärtnergewerbe in den Kantonen Basel-Stadt und Basel-Landschaft	01.01.2005
16.02.2006	Änderung	01.03.2006
24.04.2007	Änderung	01.06.2007
02.06.2008	Änderung	01.07.2008
09.03.2009	Änderung AVE gültig bis 31.12.2012	01.04.2009
19.11.1998	GAV für das Gastgewerbe	01.01.1999
19.12.2005	Änderung	01.01.2006
01.05.2007	Änderung	01.06.2007
13.08.2007	Änderung	01.09.2007
17.12.2007	Änderung	01.01.2008
11.12.2008	Änderung AVE gültig bis 31.12.2011	01.01.2009
05.08.2004	GAV in der Schweizerischen Gebäudetechnik- branche	01.09.2004

Datum des Beschlusses	Gegenstand des Beschlusses	Inkrafttreten
01.03.2005	Änderung	01.04.2005
21.05.2007	Änderung	01.07.2007
07.04.2008	Änderung	01.05.2008
18.05.2009	Änderung	01.06.2009
	AVE gültig bis 30.06.2010	
03.10.2000	GAV für den Geleisebau	01.09.2000
08.06.2005	Änderung	01.07.2005
11.08.2005	Änderung	01.09.2005
13.08.2007	Änderung	01.09.2007
21.10.2008	Änderung	01.11.2008
16.02.2009	Änderung	01.03.2009
	AVE gültig bis 31.12.2010	
09.12.1999	GAV für den Gerüstbau	01.01.2000
17.07.2006	Änderung	01.08.2006
19.02.2007	Änderung	01.04.2007
27.08.2007	Änderung	01.10.2007
20.02.2009	Änderung	01.03.2009
10.03.2009	Änderung	01.04.2009
	AVE gültig bis 31.03.2011	
01.10.2007	GAV für das Holzbaugewerbe	01.11.2007
20.02.2009	Änderung	01.04.2009
06.04.2009	Änderung	01.05.2009
	AVE gültig bis 31.12.2010	
04.03.2008	GAV für das schweizerische Isoliergewerbe	01.04.2008
16.02.2009	Änderung	01.03.2009
	AVE gültig bis 30.06.2013	
10.09.2002	GAV für das Maler- und Gipsergewerbe	01.10.2002
22.09.2005	Änderung	01.10.2005
18.08.2006	Änderung	01.09.2006
27.08.2007	Änderung	01.10.2007
30.06.2008	Änderung	01.08.2008
	AVE gültig bis 30.09.2010	

Datum des Beschlusses	Gegenstand des Beschlusses	Inkrafttreten
23.10.2001	Berufliche Weiterbildung im Maler- und Gipsergewerbe	01.01.2002
14.01.2005	Änderung	01.02.2005
19.09.2007	Änderung AVE gültig bis 31.12.2012	01.01.2008
07.08.2002	GAV für das schweizerische Marmor- und Granitgewerbe	01.09.2002
02.03.2004	Änderung	01.04.2004
01.06.2005	Änderung	01.07.2005
18.08.2006	Änderung	01.09.2006
08.03.2007	Änderung	01.04.2007
12.06.2008	Änderung AVE gültig bis 30.06.2011	01.07.2008
30.06.2008	Kollektivvertrag für die vorzeitige Pensionierung im schweizerischen Marmor- und Granitgewerbe AVE gültig bis 30.06.2015	01.08.2008
18.08.2006	LGAV für das Metallgewerbe	01.09.2006
24.05.2007	Änderung	01.07.2007
28.02.2008	Änderung	01.04.2008
10.03.2009	Änderung AVE gültig bis 31.12.2009	01.04.2009
18.02.2002	GAV für das schweizerische Metzgereigewerbe	01.03.2002
04.11.2004	Änderung	01.01.2005
13.03.2006	Änderung	01.04.2006
24.05.2007	Änderung	01.07.2007
23.07.2008	Änderung	01.09.2008
19.03.2009	Änderung AVE gültig bis 31.12.2011	01.05.2009
12.03.1999	GAV für die schweizerische Möbelindustrie	01.04.1999
18.02.2005	Änderung	01.04.2005
21.03.2006	Änderung	01.04.2006

Datum des Beschlusses	Gegenstand des Beschlusses	Inkrafttreten
01.05.2007	Änderung	01.06.2007
04.03.2008	Änderung	01.04.2008
09.03.2009	Änderung	01.04.2009
	AVE gültig bis 31.12.2010	
28.09.2005	GAV für das Plattenlegergewerbe der Gebiete Bern, Zentralschweiz, Zürich und Bezirk Baden des Kantons Aargau	01.11.2005
07.09.2006	Änderung	01.10.2006
18.01.2008	Änderung	01.03.2008
11.12.2008	Änderung	01.04.2009
	AVE gültig bis 31.03.2011	
18.02.2005	GAV für das Plattenlegergewerbe in den Kantonen Basel-Stadt und Baselland	01.04.2005
28.06.2005	Änderung	01.08.2005
25.02.2008	Änderung	01.04.2008
21.10.2008	Änderung	01.12.2008
	AVE gültig bis 31.12.2010	
19.01.2004	GAV für die private Sicherheitsdienstleistungsbranche	01.03.2004
17.07.2006	Änderung	01.08.2006
30.08.2007	Änderung	01.10.2007
10.12.2007	Änderung	01.01.2008
30.06.2008	Änderung	01.08.2008
28.10.2008	Änderung	01.01.2009
09.06.2009	Änderung	01.07.2009
	AVE gültig bis 31.12.2012	
18.06.2004	GAV für die Reinigungsbranche in der Deutschschweiz	01.07.2004
14.03.2007	Änderung	01.04.2007
	AVE gültig bis 31.12.2010	
13.03.2006	GAV für das Schreinergerwerbe	01.04.2006
01.05.2007	Änderung	01.06.2007

Datum des Beschlusses	Gegenstand des Beschlusses	Inkrafttreten
07.04.2008	Änderung	01.05.2008
03.04.2009	Änderung AVE gültig bis 31.12.2010	01.05.2009
28.04.2009	GAV für das Schreinerhandwerk (Weiterbildung und Gesundheitsschutz) AVE gültig bis 31.12.2013	01.06.2009
27.04.2004	GAV für die zahnmedizinischen Laboratorien der Schweiz	01.06.2004
26.10.2006	Änderung	01.01.2007
23.11.2007	Änderung	01.01.2008
16.02.2009	Änderung AVE gültig bis 31.12.2009	01.03.2009
02.05.2002	GAV für die schweizerische Ziegelindustrie	01.06.2002
11.04.2005	Änderung	01.05.2005
13.06.2006	Änderung	01.07.2006
08.10.2007	Änderung	01.11.2007
29.04.2008	Änderung	01.06.2008
03.04.2009	Änderung AVE gültig bis 30.06.2010	01.05.2009

5. Vom EVD genehmigte kantonale Allgemeinverbind- licherklärungen (Übersicht)

Stand: 1. Juli 2009

Datum des Beschlusses	Gegenstand des Beschlusses	Veröffentlichung im kantonalen Amtsblatt
	Baselland	
14.12.2004	GAV für das Ausbaugewerbe	03.02.2005
17.01.2006	Änderung	23.03.2006
18.07.2006	Änderung	07.09.2005
27.05.2008	Änderung	19.06.2008

Datum des Beschlusses	Gegenstand des Beschlusses	Veröffentlichung im kantonalen Amtsblatt
09.12.2008	Änderung AVE gültig bis 31.12.2012; Kautio n gültig bis 31.12.2010	15.01.2009
20.12.2005	GAV für das Dach- und Wandgewerbe	02.02.2006
12.09.2006	Änderung	26.10.2006
15.01.2008	Änderung	06.03.2008
11.11.2008	Änderung AVE gültig bis 31.12.2009	18.12.2008
03.02.2004	GAV für das Gipsergewerbe Baselland	04.03.2004
07.12.2004	Änderung	10.02.2005
14.03.2006	Änderung	27.04.2006
12.09.2006	Änderung	26.10.2006
11.11.2008	Änderung AVE gültig bis 31.12.2009	18.12.2008
22.11.2005	GAV für das Malergewerbe	26.01.2006
05.09.2006	Änderung	26.10.2006
11.11.2008	Änderung AVE gültig bis 31.12.2009	18.12.2008
15.11.2005	GAV für das Schlosser-, Metall-, Landmaschi- nen-, Schmiede- und Stahlbaugewerbe	26.01.2006
12.09.2006	Änderung	26.10.2006
27.11.2007	Änderung	17.01.2008
11.11.2008	Änderung AVE gültig bis 31.12.2009	18.12.2008
	Genève	
30.01.2008	CCT cadre dans le commerce de détail	29.02.2008
21.01.2009	Änderung AVE gültig bis 31.12.2010	27.02.2009
06.02.2002	CCT de deux roues	10.04.2002
06.09.2006	Änderung	13.10.2006

Datum des Beschlusses	Gegenstand des Beschlusses	Veröffentlichung im kantonalen Amtsblatt
18.04.2007	Änderung AVE gültig bis 31.12.2010	23.05.2007
13.12.2004	CCT pour les métiers de la métallurgie du bâtiment	31.01.2005
22.03.2006	Änderung	28.04.2006
18.10.2006	Änderung	08.12.2006
25.07.2007	Änderung	29.08.2007
16.01.2008	Änderung	15.02.2008
21.01.2009	Änderung AVE gültig bis 31.12.2009	27.02.2009
29.11.2006	CCT du nettoyage	21.12.2006
19.11.2008	Änderung AVE gültig bis 31.12.2009	22.12.2008
19.09.2007	CTT du secteur des parcs et jardins, des pépinières et de l'arboriculture	05.12.2007
29.04.2009	Änderung AVE gültig bis 31.12.2009	29.05.2009
26.11.2008	CCT pour les entreprises d'entretien des textiles AVE gültig bis 31.12.2009	22.12.2008
St. Gallen		
25.01.2005	GAV für Tankstellenshops AVE gültig bis 31.03.2010	07.03.2005
Ticino		
06.11.2007	CCL dei giardinieri	28.11.2007
12.02.2008	Änderung AVE gültig bis 30.06.2010	28.03.2008
27.01.2009	CCL Posa delle piastrelle e mosaici AVE gültig bis 30.06.2010	06.03.2009

Datum des Beschlusses	Gegenstand des Beschlusses	Veröffentlichung im kantonalen Amtsblatt
	Vaud	
24.01.2007	CCT du chauffage, de la climatisation et de la ventilation	13.03.2007
09.05.2007	Änderung	19.06.2007
20.02.2008	Änderung	22.04.2008
11.02.2009	Änderung	28.04.2009
	AVE gültig bis 31.12.2010	
24.01.2007	CCT de la ferblanterie, de la couverture et de l'installation sanitaire	13.03.2007
09.05.2007	Änderung	19.06.2007
20.02.2008	Änderung	22.04.2008
	AVE gültig bis 31.12.2010	
12.04.2006	CCT du commerce de détail de la ville de Lausanne	23.06.2006
09.07.2008	Änderung	29.08.2008
17.12.2008	Änderung	30.01.2009
	AVE gültig bis 30.06.2010	
26.10.2005	CCT des bureaux d'ingénieurs géomètres vaudois	09.12.2005
05.09.2007	Änderung	23.10.2007
09.07.2008	Änderung	29.08.2008
	AVE gültig bis 31.12.2009	
19.09.2007	CCT des paysagistes et entrepreneurs de jardins	23.11.2007
	AVE gültig bis 30.06.2011	
21.05.2001	CCT des métiers de la pierre	06.07.2001
30.06.2004	Änderung	31.08.2004
06.07.2005	Änderung	30.08.2005
20.09.2006	Änderung	24.11.2006
23.05.2007	Änderung	29.06.2007

Datum des Beschlusses	Gegenstand des Beschlusses	Veröffentlichung im kantonalen Amtsblatt
28.05.2008	Änderung AVE gültig bis 31.12.2009	25.07.2008
22.09.2004	CCT Métal-Vaud	26.11.2004
21.09.2005	Änderung	18.11.2005
03.05.2006	Änderung	26./30.05.2006
21.03.2007	Änderung	25.05.2007
05.03.2008	Änderung	22.04.2008
25.03.2009	Änderung AVE gültig bis 30.06.2010	22/26.05.2009
10.01.2007	CCT des garages	27.02.2007
29.10.2008	Änderung AVE gültig bis 31.12.2009	23.12.2008
	Wallis	
04.05.2005	GAV Apotheke	24.06.2005
17.01.2007	Änderung	02.03.2007
27.08.2008	Änderung	27.08.2008
04.03.2009	Änderung AVE gültig bis 30.04.2013	23.01.2009
02.07.2003	GAV des Bauhauptgewerbes im Bereich der beruflichen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge AVE gültig bis 31.12.2010	05.09.2003
30.06.2004	GAV über die vorzeitige Pensionierung der Arbeitnehmer im Bauhauptgewerbe und Plattenlegergewerbe	24.09.2004
11.03.2009	Änderung AVE gültig bis 31.12.2010	21.11.2008

Datum des Beschlusses	Gegenstand des Beschlusses	Veröffentlichung im kantonalen Amtsblatt
11.03.2009	GAV Elektro-Installations- und Freileitungsgewerbe AVE gültig bis 31.05.2012	21.11.2008
10.08.2005	GAV der Walliser Waldwirtschaft	23.09.2005
27.08.2008	Änderung AVE gültig bis 30.06.2010	09.10.2008
30.08.2006	GAV für das Metallbaugewerbe des Kantons Wallis	13.10.2006
27.08.2008	Änderung AVE gültig bis 31.05.2012	24.10.2008
24.06.2007	GAV für das Plattenlegergewerbe	30.11.2007
15.10.2008	Änderung AVE gültig bis 30.12..2009	27.10.2008
06.12.2006	GAV Industrieller Rohrleitungsbau	26.01.2007
02.05.2007	Änderung	21.05.2007
09.04.2008	Änderung AVE gültig bis 30.06.2010	06.06.2008
	Zürich	
25.10.2000	GAV für das Gipsergewerbe	22.12.2000
25.05.2005	Änderung	01.07.2005
28.02.2007	Änderung	23.03.2007
28.02.2007	Änderung	30.03.2007
13.02.2008	Änderung	07.03.2008
05.11.2008	Änderung AVE gültig bis 31.03.2011	23.01.2009

**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. Kommentar Flankierende Massnahmen zur Personenfreizügigkeit; daraus: Erläuterungen zu einzelnen Bestimmungen des Obligationenrechts (OR)¹

Art. 330b OR Informationspflicht

1. Allgemeines

Durch Art. 330b OR erhalten die Arbeitnehmenden einen gesetzlichen Anspruch gegenüber ihrem Arbeitgeber auf schriftliche Information über die unter Buchstaben a bis e aufgeführten Vertragselemente.

Die Information hat spätestens einen Monat nach Beginn des Arbeitsverhältnisses zu erfolgen. Bei jeder Änderung eines der meldepflichtigen Vertragselemente entsteht, wiederum innert Frist von einem Monat ab Wirksamkeit der Änderung, eine neue Pflicht zur schriftlichen Information bezüglich des geänderten Elements.

Systematisch gehört die Bestimmung zu den «übrigen Pflichten» des Arbeitgebers, neben der Kautionspflicht (Art. 330 OR) und dem Arbeitszeugnis (Art. 330a OR). Sie stellt keine konstitutiv wirkenden Formvorschriften auf, sondern ist als eine Folge des Vertragsschlusses, als eine vertragliche Nebenpflicht des Arbeitgebers, anzusehen.

Gemäss ihrem Wortlaut («muss») und nach den Intentionen des Gesetzgebers ist die Bestimmung relativ zwingend zugunsten der Arbeitnehmenden. Anlässlich der parlamentarischen Debatten wurde daher verzichtet, die Bestimmung in Art. 362 OR aufzunehmen.

Art. 330b OR soll es den tripartiten Kommissionen erleichtern, die Beobachtung des Arbeitsmarkts und die Kontrolle der Lohn- und Arbeitsbedingungen durchzuführen. Die Bestimmung wurde in Anlehnung an die Richtlinie 91/533/EWG des Rates vom 14. Oktober 1991 über die Pflicht des Arbeitgebers zur Unterrichtung des Arbeitnehmers über die für seinen Arbeitsvertrag oder sein Arbeitsverhältnis geltenden Bedingungen (Amtsblatt L 288 vom 18. Oktober 1991, S. 32–35; sog. «Nachweisrichtlinie») erlassen. Allerdings sind die Anforderungen gemäss Art. 330b OR wesentlich geringer als jene der EG-Nachweisrichtlinie. Nur die wesentlichen, für die Durchführung einer Kontrolle notwendigen Punkte sind nämlich Gegenstand der schriftlichen Mitteilungspflicht. Die schriftlichen Unterlagen

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

ermöglichen der tripartiten Kommission namentlich die Beurteilung, ob eine missbräuchliche Lohnunterbietung vorliegt oder nicht.

Der Zweck der Bestimmung liegt demnach einerseits in der Erleichterung der Kontrolltätigkeit der tripartiten Kommissionen im Hinblick auf die Bekämpfung des Lohndumpings. Es handelt sich daher um ein öffentliches Interesse.

Andererseits dient die Informationspflicht aber auch der Rechtssicherheit beider Vertragsparteien und der Transparenz bezüglich der auf ein Arbeitsverhältnis anwendbaren Arbeitsbedingungen. Zudem ermöglicht sie den Arbeitnehmenden sowie den Kontrollorganen, allfällige materielle Mängel festzustellen und entsprechend zu handeln. Durch die Bestimmung werden den Kontrollorganen keine Rechtsansprüche eingeräumt.

Gestützt auf Art. 360b Abs. 5 OR und Art. 7 Abs. 2 EntsG haben die tripartiten Kommissionen ein Recht auf Auskunft und Einsichtnahme in alle Dokumente, die für die Durchführung der arbeitsmarktlichen Untersuchung notwendig sind bzw. welche die Einhaltung der Arbeitsbedingungen der Entsandten belegen. Ein solches Einsichtsrecht besteht gegenüber den Arbeitnehmenden nicht. Dieser Umstand wird in der Praxis kaum Schwierigkeiten bereiten, da davon auszugehen ist, dass von den an die Arbeitnehmenden ausgehändigten schriftlichen Informationen regelmässig Kopien im Betrieb des Arbeitgebers liegen.

2. Geltungsbereich der Norm

2.1 sachlich

Der Anspruch besteht für sämtliche privatrechtlichen Arbeitsverhältnisse, mit Ausnahme jener, die auf höchstens einen Monat befristet eingegangen worden sind.

Die Grenze von einem Monat für die befristeten Arbeitsverhältnisse wurde in der Absicht festgelegt, auch bei denjenigen ausländischen Arbeitnehmenden die Kontrolle zu ermöglichen, die für kurze Einsätze eingestellt worden sind und bei denen seit dem 1. Juni 2004 keine systematische Kontrolle der Lohn- und Arbeitsbedingungen mehr erfolgt.

2.2 persönlich

In persönlicher Hinsicht bestehen keine Beschränkungen. Die Norm ist grundsätzlich auf höhere leitende Angestellte anwendbar. Sie gilt auch für den Personalverleih, wobei sie in diesem Rechtsbereich aufgrund der weiter gehenden Formvorschriften von Art. 19 AVG keine Bedeutung erlangt.

2.3 zeitlich

Vorschriften, die im öffentlichen Interesse aufgestellt worden sind, finden grundsätzlich auch auf Tatsachen Anwendung, die sich vor ihrem Inkrafttreten ereignet haben (Art. 2 SchlT ZGB). Zwingende Bestimmungen fallen in der Regel in den Anwendungsbereich dieser Regelung. Art. 330b OR ist daher auch auf Arbeitsverhältnisse anwendbar, die vor dem 1. April 2006 begründet worden sind.

3. Inhalt der Informationspflicht

Absatz 1

Die informationspflichtigen Vertragselemente sind im abschliessenden Katalog von Abs. 1 Bst. a–e aufgezählt.

Die Informationspflicht besteht auch dann, wenn die Parteien über die besagten Vertragselemente keine Vereinbarung getroffen haben oder sie sich noch nicht geeinigt haben, obwohl der Arbeitnehmer seine Arbeit bereits aufgenommen hat.

So legen z.B. Art. 322 Abs. 1 OR die Lohnhöhe und Art. 321c Abs. 1 OR den Umfang der Arbeitszeit für den Fall fest, dass diese Elemente nicht festgesetzt worden sind. Dies impliziert, dass der Arbeitgeber bei Fehlen einer entsprechenden Vereinbarung den Arbeitnehmer über den üblichen Lohn und über die übliche Arbeitszeit zu informieren hat.

Die Informationen müssen wahr sein. Weicht die Information vom effektiven Vertragsinhalt ab, so ist die Informationspflicht nicht erfüllt.

a) Namen der Vertragsparteien

Mit dieser Information soll Klarheit über die Identität der Vertragspartner (insbesondere des Arbeitgebers) geschaffen werden, was insbesondere für den Fall der gerichtlichen Geltendmachung von Forderungen wichtig ist. Klagt der Arbeitnehmer aufgrund einer nach Art. 330b OR erhaltenen falschen Information beispielsweise die falsche juristische Person ein, so haftet der Arbeitgeber für die vergeblichen Prozesskosten.

b) Datum des Beginns des Arbeitsverhältnisses

Es soll der rechtliche Vertragsbeginn bekannt gegeben werden, mit anderen Worten: der Beginn der Vertragslaufzeit.

c) *Funktion des Arbeitnehmers*

Anzugeben ist die konkrete Funktion/Qualifikation eines Arbeitnehmers, welche die Einordnung in eine Lohnkategorie erlaubt. Es wird auf die Ausführungen zu Art. 6 Abs. 4 Bst. c EntsV verwiesen.

d) *Lohn und allfällige Lohnzuschläge*

Der Begriff des Lohnes ergibt sich aus Art. 322 ff. OR. Aus Praktikabilitätsgründen ist von der Informationspflicht in Bezug auf den Lohn die Gratifikation auszunehmen, da deren Höhe in der Regel nicht von vornherein feststeht.

Zu den Lohnzuschlägen gehören Schicht-, Gefahren-, Nacht- und Sonntagszulagen, sofern sie mit einer gewissen Regelmässigkeit erfolgen. Dasselbe gilt in Bezug auf die Überstunden- und Überzeitzuschläge. Dass die Regelmässigkeit das ausschlaggebende Kriterium für die Bejahung einer Informationspflicht ist, ergibt sich aus dem Gedanken der Rechtssicherheit und der Rechtsklarheit. Fehlt es an einer Lohnabrede, so ist der übliche Lohn anzugeben.

e) *Wöchentliche Arbeitszeit*

Anzugeben ist die materiell richtige, wöchentliche Normalarbeitszeit. Werden Überstunden zum Dauerzustand, so erhöht sich die Normalarbeitszeit. Dieser Umstand ist gemäss Art. 330b Abs. 2 OR wiederum mitzuteilen. Ist die Arbeitszeit auf einen anderen Zeitraum bezogen, so ist die Arbeitszeit wenn möglich auf eine wöchentliche umzurechnen und mit einem Hinweis auf das effektiv geltende Arbeitszeitmodell zu ergänzen. Analog ist vorzugehen bei aufgabenorientierten Arbeitsverhältnissen, die typischerweise oft bei höheren leitenden Angestellten oder bei Spezialisten im Aussendienst vorliegen. Die Information muss so gehandhabt werden, dass der Lohn in ein Verhältnis zur Leistung des Arbeitnehmers gesetzt werden kann und somit einem Lohnvergleich zugänglich wird. Nicht zulässig ist die Angabe einer täglichen Arbeitszeit, ausser es werde gleichzeitig ein Tageslohn angegeben.

Was die Arbeit auf Abruf anbelangt, so ist die durchschnittliche wöchentliche Arbeitszeit anzugeben.

Absatz 2

Änderungen bei den informationspflichtigen Vertragselementen gemäss Abs. 1 sind spätestens einen Monat, nachdem sie wirksam geworden sind, dem Arbeitnehmer schriftlich mitzuteilen.

Abs. 2 dient der Klarstellung. Da durch eine Änderung bei den informationspflichtigen Vertragselementen die ursprünglich erteilte Information

nicht mehr dem Wahrheitsgebot entspricht, ergibt sich die Mitteilungspflicht eigentlich schon aus Abs. 1.

Wirksam wird eine Änderung zu dem Zeitpunkt, in dem sie in Kraft tritt. Ab diesem Zeitpunkt beginnt die Monatsfrist für die Information. Der Arbeitnehmer muss jederzeit in der Lage sein, anhand der ihm ausgehändigten Dokumentation den aktuellen Vertragsinhalt bezüglich der Vertragselemente gemäss Abs. 1 Bst. a–e der Bestimmung zu definieren. Sofern auf einen GAV als Bestandteil der Information hingewiesen und dieser bereits abgegeben wurde, ist er erneut auszuhändigen, wenn er bezüglich eines der fünf Vertragselemente geändert wird.

4. Form der Informationspflicht

Art. 330b OR verlangt, dass die Information schriftlich erfolgt. Gemeint ist damit nicht die Schriftlichkeit gemäss den Art. 12–15 OR, sondern es genügt, wenn die Informationen auf einem oder mehreren Erklärungsträgern/Dokumenten aufgezeichnet und dauerhaft festgehalten sind. Belege ohne Unterschrift wie eine Lohnabrechnung in Form eines Computerausdrucks reichen aus. Diese Belege müssen auch nicht speziell im Hinblick auf die Erfüllung der Informationspflicht erstellt worden sein, sondern können durchaus zu anderen Zwecken bereits im Voraus bestanden haben. Auch ein Vertragsangebot, das unverändert angenommen wird, kann als genügende Information angesehen werden.

Weiter bezieht sich das Erfordernis der Schriftlichkeit nur auf die Erfüllung der Informationspflicht. Es hat keine konstitutive Wirkung für die Vereinbarung der mitteilungspflichtigen Vertragselemente, d.h. die jeweiligen Ansprüche entstehen unabhängig von der Erteilung einer schriftlichen Information. Schon gar nicht ist die Schriftlichkeit Voraussetzung für das Zustandekommen des gesamten Arbeitsvertrags. Die einzelnen vertraglichen Abmachungen bestehen unabhängig davon, ob darüber schriftlich informiert worden ist oder nicht. Art. 330b OR soll weder zu einer zusätzlichen administrativen Belastung der Arbeitgeber führen, noch zur Einführung der Schriftlichkeit für den Arbeitsvertrag.

5. Durchsetzung der Informationspflicht

Art. 330b OR sieht keine spezielle Sanktion bei Nichterfüllung der Informationspflicht vor. Die Arbeitnehmenden haben nach den allgemeinen Regeln betreffend Vertragsverletzung vorzugehen.

Auch wenn die Behörden die Informationspflicht nicht direkt für den Arbeitnehmer durchsetzen können, ist es dennoch angezeigt, dass die Kontrollorgane den Arbeitgeber auf eine festgestellte Verletzung seiner Pflicht

ten hinweisen. Dadurch kann das Streitrisiko für die Arbeitnehmenden reduziert werden.

6. *Erfüllungsanspruch*

Die Informationspflicht ist eine selbständig einklagbare Nebenpflicht. Der Anspruch geht auf Aushändigung der schriftlichen Informationsträger bzw. auf Berichtigung, falls die Informationen nicht der Wahrheit entsprechen.

Hinsichtlich des Streitwerts ist wie beim Zeugnisanspruch vorzugehen. Der Anspruch ist vermögensrechtlicher Natur. Die Ermittlung des Streitwerts ist eine prozessuale Frage und daher grundsätzlich gemäss den jeweiligen kantonalen ZPO bzw. der Gerichtspraxis zu bestimmen. In erster Linie wird meistens auf die übereinstimmenden Angaben der Parteien abgestellt (BGE 116 II 379), im Übrigen ist die kantonale Praxis heterogen.

7. *Kein Schadenersatzanspruch (in der Regel)*

Wenn dem Arbeitnehmer der Nachweis einer günstigeren Vereinbarung als die abgelieferte Information gelingt, liegt kein Schadenersatzanspruch, sondern ein Leistungsanspruch gemäss Vertrag vor.

Kann dieser Nachweis nicht erbracht werden, so kann die Verletzung der Informationspflicht auch nicht bewiesen werden und es fehlt demnach auch die Grundlage für eine darauf gestützte Schadenersatzpflicht.

8. *Keine Arbeitsverweigerung möglich*

Da die Informationspflicht nicht in einem Austauschverhältnis zur Arbeitsleistung steht, kann Art. 82 OR nicht analog angewendet werden. Die Arbeitsleistung bleibt zumutbar und darf nicht verweigert werden.

9. *Beweisrechtliche Folgen (indirekte Durchsetzung/Sanktion)*

Die Verletzung einer materiellrechtlichen Informationspflicht stellt prozessrechtlich eine Beweisvereitelung dar, wenn dadurch der beweisbelasteten Partei die Beweisführung erschwert oder verunmöglicht wird. Als Folge der Beweisvereitelung wird teilweise eine Beweislastumkehr, teilweise eine Berücksichtigung im Rahmen der Beweiswürdigung postuliert (durch Herabsetzung des Regelbeweismasses).

Die Frage hatte Relevanz betreffend die Weiterzugsmöglichkeiten ans Bundesgericht. Beweislastfragen unterlagen als Verletzung von Bundesrecht (Art. 8 ZGB) der Berufung, während die Beweiswürdigung eine Frage des kantonalen Prozessrechts ist und damit lediglich die staatsrechtliche Beschwerde möglich war. Gemäss der Idee der Einheitsbeschwerde, die u.a. in Art. 96 des Bundesgerichtsgesetzes (BGG; SR 173.110) zum Tragen kommt, können alle Rechtsverletzungen mit der Beschwerde in Zivilsachen gemäss Art. 72 BGG gerügt werden.

Bezüglich der Übergangsregelung wird auf Art. 132 Abs. 1 BGG verwiesen. Danach ist das Gesetz auf die nach seinem Inkrafttreten eingeleiteten Verfahren des Bundesgerichts anwendbar, auf ein Beschwerdeverfahren jedoch nur dann, wenn auch der angefochtene Entscheid nach dem Inkrafttreten des BGG ergangen ist. Damit wird sichergestellt, dass eine Rechtsmittelfrist, welche unter bisherigem Recht zu laufen beginnt, sich nicht nach Inkrafttreten des BGG verkürzt.

Die beweisrechtliche Stellung des Arbeitnehmers bezüglich der mitteilungspflichtigen Vertragselemente hat sich durch Art. 330b OR deutlich verbessert.

Art. 360a OR B. Normalarbeitsvertrag, IV. Mindestlöhne, 1. Voraussetzungen

Absatz 1

Damit die tripartite Kommission bei der zuständigen Behörde des Kantons oder des Bundes einen Antrag auf Erlass eines Normalarbeitsvertrages (NAV) im Sinne von Art. 360a OR stellen kann, müssen zwei materielle Voraussetzungen erfüllt sein:

Erste Voraussetzung:

In einer Branche oder einem Beruf werden die orts-, berufs- oder branchenüblichen Löhne wiederholt in missbräuchlicher Weise unterboten.

Zweite Voraussetzung:

Für diese Branche oder diesen Beruf existiert kein GAV mit Bestimmungen über Mindestlöhne, der allgemeinverbindlich erklärt werden kann.

1. Erste Voraussetzung

1.1 Orts-, berufs- und branchenübliche Löhne

Zunächst ist festzuhalten, dass «übliche» Löhne nicht einen einzelnen Lohnwert, sondern in aller Regel eine Lohnspanne bezeichnen, in welcher sich die überwiegende Mehrheit der Arbeitnehmenden einer Branche, in einem Berufsfeld und einer bestimmten Region befinden. Für die Anwendung von Art. 360a OR ist dabei die untere Grenze der entsprechenden Lohnspanne von Interesse.

Zur Eruierung von orts-, berufs- und branchenüblichen Löhnen bzw. der unteren Grenze der entsprechenden Lohnspanne können u.a. folgende Quellen herangezogen werden:

- Gesamtarbeitsverträge (ohne AVE) und Normalarbeitsverträge, die Lohnbestimmungen enthalten
- Statistiken in der Schweiz, insbesondere die alle zwei Jahre vom Bundesamt für Statistik (BFS) durchgeführte Schweizerische Lohnstrukturerhebung (LSE)
- Ad-hoc-Erhebungen, welche die tripartiten Kommissionen durchführen oder durchführen lassen können
- Lohnempfehlungen oder Salärrichtlinien der Sozialpartner.

Der übliche Lohn wird wenn möglich unter Berücksichtigung von Kriterien, die üblicherweise vom Arbeitgeber für die Festlegung des Lohnes verwendet werden, definiert, namentlich der Tätigkeit, der Ausbildung und der Berufserfahrung. Wenn die üblichen Löhne mit Hilfe der Lohnstrukturerhebung festgestellt werden, können auch die dort vorhandenen Kriterien der Ausbildung, des Alters, der Anzahl Dienstjahre, des Anforderungsniveaus des Arbeitsplatzes, der beruflichen Stellung, des Tätigkeitsfelds sowie der Branche der Arbeitnehmerin oder des Arbeitnehmers verwendet werden.

Verschiedene Kantone verwenden zur Bestimmung üblicher Löhne ökonometrische Modelle. Sie erlauben es, für Arbeitnehmende, von denen man die im Modell berücksichtigten Merkmale (bspw. die oben genannten aus der LSE) kennt, den erwarteten Durchschnittslohn individuell zu schätzen. In gewissen Modellen, bspw. in jenem des Kantons Genf, kann zusätzlich dem Umstand Rechnung getragen werden, dass Arbeitnehmende mit gleichen Eigenschaften nicht in allen Unternehmen gleich gut verdienen, womit sich nicht nur Durchschnittswerte, sondern auch Lohnspannen berechnen lassen. Zusätzlich kann im Prinzip die statistische Zuverlässigkeit vorgenommener Schätzungen ermittelt werden, womit sich statistisch gesicherte (signifikante) Abweichungen von zufälligen Abweichungen unterscheiden lassen.

Ein anderer Ansatz zur Ermittlung üblicher Löhne besteht darin, Löhne in ausgewählten Unternehmen zu untersuchen, welche für einen bestimmten, abgegrenzten Teilmarkt als repräsentativ angesehen werden.

Sinnvoll kann auch sein, von Mindestlöhnen in bestehenden GAV auszugehen, wenn sie eine gewisse Repräsentanz haben. Allerdings ist dabei zu beachten, dass Abweichungen von nicht AVE GAV nach unten nicht automatisch als unüblich bezeichnet werden können, denn das würde bedeuten, dass man implizit bereits eine AVE unterstellt.

Die Wahl der Methoden zur Bestimmung orts-, berufs- und branchenüblicher Lohnbedingungen steht den kantonalen tripartiten Kommissionen frei. Je nach Verfügbarkeit geeigneter Datenquellen dürfte das Vorgehen auch von Fall zu Fall variieren oder es empfiehlt sich sogar die simultane Anwendung verschiedener Methoden.

Für die Analyse und Interpretation vorhandener statistischer Erhebungen wie auch zwecks Durchführung von fallweisen Untersuchungen ist eine Präzisierung gewisser Begriffe notwendig:

a) Begriff des Lohnes

Damit die erhobenen Zahlen verwertbar sind, sollte die aus einer statistischen Quelle oder einer durchgeführten Erhebung gewonnene Lohninformation möglichst der Lohndefinition entsprechen, auf die sich die jeweiligen Sozialpartner abstützen. Dies ist der Fall bei der LSE, da diese von einem monatlichen Bruttolohn ausgeht, allfällige Zuschläge (für Nacht- und Sonntagsarbeit, Feiertage etc.) sowie einen Zwölftel des 13. Monatslohnes enthält. Ausgenommen sind dagegen die Überstunden sowie die Familienzulagen. Zu beachten ist, dass Lohnangaben in der LSE auf eine 40 Stundenwoche umgerechnet sind, womit bei Abweichungen der betriebsüblichen Arbeitszeit eine Umrechnung (z.B. in Stundenlöhne) erforderlich ist.

Die in den GAV enthaltenen Mindestlöhne sind ebenfalls Bruttolöhne, wobei zu beachten ist, dass allfällige im GAV geregelte Zuschläge und ein darin vorgesehener 13. Monatslohn zu berücksichtigen sind, um einen Vergleich mit den Angaben aus der LSE machen zu können.

Bei Löhnen von Arbeitnehmenden ausländischer Unternehmen ist bei Lohnvergleichen ebenfalls auf die Bruttolöhne abzustellen.

b) Ortsüblichkeit

Hier wird der Wille des Gesetzgebers ersichtlich, eine möglichst zielgenaue Anwendung der flankierenden Massnahmen zu erreichen. Daraus ergibt sich, dass die erhaltenen Daten wenn möglich nach Regionen unterschieden werden sollen. Vor diesem Hintergrund hat der Bund entschieden, die Stichprobe der LSE auszuweiten, um für die sieben statistischen Grossregionen der Schweiz statistisch zuverlässige Angaben zu den Löhnen nach

Branchen machen zu können. Die Kantone Zürich und Tessin geniessen insofern eine bevorzugte Stellung, da sie selber je eine solche Grossregion darstellen. Gewisse Kantone dehnten die Stichprobe der LSE auf eigene Kosten aus, um auch auf kantonaler Ebene entsprechende Auswertungen vornehmen zu können. Statistische Lohnauswertungen sind gemäss BFS dann aussagekräftig, wenn sie sich auf mindestens 60 Einzelbeobachtungen aus fünf verschiedenen Unternehmen abstützen.

Der Begriff des Orts bezieht sich jedoch nicht zwingend auf die sieben Grossregionen; er kann je nach Situation auch enger abgegrenzt sein. Aus Sicht des Vollzugs dürften häufig die Kantonsgrenzen massgeblich sein.

c) Berufsüblichkeit

Der Begriff des Berufs sollte ebenfalls hinreichend präzise definiert sein, damit die erhobenen Zahlen aussagekräftig sind.

In dieser Hinsicht ist die LSE nicht optimal, da der Beruf nicht erfasst wird. Dennoch bietet die Statistik die Möglichkeit, über die Art der Tätigkeit (ca. 40 Kategorien), das Anforderungsniveau der Stelle (4 Kategorien) und die berufliche Stellung (5 Kategorien) das berufliche Tätigkeitsfeld abzugrenzen. Bei fallweisen Erhebungen ist den effektiven Berufsbezeichnungen Beachtung zu schenken.

d) Branchenüblichkeit

Branchen werden durch die offizielle Nomenklatur der Wirtschaftszweige NOGA (= Allgemeine Systematik der Wirtschaftszweige) abgegrenzt. In der LSE werden damit rund 50 Branchen unterschieden.

Bei der LSE ergibt sich eine gewisse Einschränkung, da sich die Zugehörigkeit zu einer Branche aus dem Haupttätigkeitsfeld der gesamten Unternehmung ergibt und – bei gemischten Betrieben – nicht aus der Tätigkeit seiner einzelnen Betriebsteile. Dieser Aspekt stellt bei fallweisen Erhebungen durch eine tripartite Kommission kein Problem dar, weil diese gezielt bei den Unternehmen oder Betriebsteilen der zu untersuchenden Branche erfolgen können.

1.2 Unterbietung des üblichen Lohnes

Eine Unterbietung des üblichen Lohnes liegt vor, wenn eine Person weniger verdient als die Lohnspanne, welche durch eine überwiegende Mehrheit von Unternehmen einer betrachteten Branche und Region für entsprechende Arbeitskräfte (definiert anhand der oben genannten Kriterien) bezahlt werden.

Wichtig: Jede statistische Definition impliziert, dass es zu jedem Zeitpunkt Unterbietung üblicher Lohnbedingungen gibt – es sei denn, man definiert alles, was man irgendwo beobachtet, als üblich. Daraus zu schliessen, dass es jederzeit auch missbräuchliche Lohnunterbietung gibt, wäre allerdings eine fragliche Interpretation. Die Entscheidung, bei welchen Quantilen der Lohnverteilung die Üblichkeit aufhört, nimmt einem das statistische Ergebnis nicht ab.

1.3 Missbrauch (missbräuchliches Unterbieten)

Der Gesetzgeber hat die Definition des Missbrauchs offen gelassen, weil er genügend Spielraum für einzelfallbezogene und pragmatische Lösungen lassen wollte. Die tripartite Kommission muss dies jeweils einzelfallbezogen und unter Berücksichtigung juristischer, wirtschaftlicher, politischer und sozialer Faktoren entscheiden. Sie erhält dann eine Gesamtübersicht in einer bestimmten Branche und einem bestimmten Kanton zu einem bestimmten Zeitpunkt. Auf der Basis dieser Informationen kann die Kommission ihren Beschluss über ein allfälliges Einschreiten treffen.

Ein wichtiges Kriterium ist das Ausmass der Unterschreitung. Der Lohn muss tiefer sein als eine von der tripartiten Kommission festgelegte Schwelle, welche die Ortsüblichkeit definiert.

Ein weiteres Kriterium ist der Bezug zum international offenen Marktzugang (Möglichkeit, aus dem Ausland Personal zu rekrutieren). Es soll verhindert werden, dass durch die Rekrutierung ausländischer Arbeitskräfte die Löhne in bestimmten Branchen absinken. Bei starker Migration ist die Gefahr offensichtlicher, kann aber auch aus der reinen Möglichkeit der Rekrutierung aus dem Ausland entstehen. Ein mögliches Indiz könnte sein, wenn Unterschreitungen üblicher Lohnspannen gehäuft bei kürzlich in die Schweiz zugewanderten ausländischen Arbeitskräften auftreten. Dies lässt es auch wahrscheinlicher erscheinen, dass es infolge der Migration zu einer wiederholten Unterschreitung kommt bzw. die Unterschreitung zu einer gängigen Praxis werden könnte.

Das missbräuchliche Element der Unterbietung kann im Übrigen aufgrund der folgenden Kriterien beurteilt werden:

- die Vorgehensweise des Arbeitgebers
- die Motivation, die zur Lohnunterbietung führt (objektive oder subjektive Elemente)
- die Auswirkungen der Unterbietung.

a) Die Vorgehensweise des Arbeitgebers

Die folgenden Sachverhalte sind als Missbrauch zu qualifizieren oder sind zumindest ein Indiz dafür:

- das systematische Ersetzen von vorhandenem Personal durch billigere, neu aus dem Ausland zuwandernde Arbeitskräfte; Entlassung einer grossen Anzahl von Arbeitnehmenden mit dem Angebot, neue Verträge mit wesentlich tieferen Löhnen einzugehen
- wesentliche und systematische Herabsetzung der Löhne bei Vertragserneuerungen oder Neuanstellungen.

Kein Missbrauch liegt dagegen vor, wenn die Löhne in einer bestimmten Branche, für einen bestimmten Beruf und bei gleichwertigen Qualifikationen zwar herabgesetzt werden, aber noch innerhalb der Bandbreite liegen, die für die üblichen Arbeitsbedingungen möglich ist.

b) Die Motivation, die zur Lohnunterbietung geführt hat

Falls sich die Lohnunterbietung nur auf subjektive Gründe stützt, so ist dies ein Indiz für das Vorliegen von Missbrauch.

Als Beispiele können angeführt werden:

- ein deutliches Unterbieten der üblichen Löhne, mit dem einzigen Ziel, einen grösseren Gewinn zu erlangen
- ein deutliches Unterschreiten der üblichen Arbeitsbedingungen mit dem einzigen Ziel, sich einen Konkurrenzvorteil zu verschaffen (ein solches Verhalten ist zudem als unlauterer Wettbewerb im Sinne des UWG zu qualifizieren)
- ein deutliches Unterbieten der üblichen Löhne wegen wirtschaftlichen Problemen eines Betriebs.

Hingegen stellen objektive Gründe keinen Missbrauch dar, wie namentlich:

- ungenügende Leistungen eines Arbeitnehmers aus Gründen, die in seiner Person liegen
- ungenügende Qualifikationen für den betreffenden Beruf
- ungenügende Branchen- oder Berufserfahrung.

c) Die Auswirkungen der Unterbietung

Für die Beurteilung des Missbrauchs spielen auch die Auswirkungen der Unterbietung eine Rolle, nämlich:

- die Tatsache, dass der lohnunterbietende Betrieb auf dem kantonalen oder regionalen Arbeitsmarkt eine dominante Stellung innehat
- wenn die Lohnunterbietung wegen ihres relativen Ausmasses eine «Kettenreaktion» zu bewirken vermag, indem sie mit der Zeit die Gesamtheit der Branchenlöhne nach unten zieht.

Bei diesen Beispielen handelt es sich um Kriterien, die allenfalls zu berücksichtigen sind. Damit soll den tripartiten Kommissionen die Arbeit erleichtert werden; diese sind jedoch frei, allenfalls auch andere Kriterien anzuwenden.

1.4 Der «wiederholte» Missbrauch

Wiederholt bedeutet, dass eine Lohnunterbietung festgestellt wird:

- in mehreren Betrieben einer Region
- in einem einzigen Betrieb mit marktmächtiger Stellung, gegenüber mehreren Arbeitnehmern.

Bei diesem Begriff geht es darum zu verhindern, dass aus einer Unterbietung üblicher Lohnbedingungen eine gängige Praxis entsteht. Dazu sind mehrere Unternehmen oder ein Unternehmen mit dominanter Stellung nötig. Wiederholung kann auch bedeuten, dass Unternehmen nach Aufforderung durch die TPK (im Rahmen der Beobachtung) nicht zu einer Korrektur des Verhaltens gebracht werden können (sog. Wiederholungsfälle im Rahmen der Berichterstattung).

2. Zweite Voraussetzung

Bei der Beurteilung, ob eine missbräuchliche Lohnunterschreitung vorliegt, gilt es zu prüfen, ob es in der Branche oder im Beruf einen GAV (mit oder ohne Lohnbestimmungen), einen NAV oder gar keine gesamt- oder normalarbeitsvertragliche Regelung gibt. Die tripartite Kommission kann nur in den Branchen oder Berufen einen Antrag auf Erlass eines zwingenden NAV stellen, wo kein GAV mit Mindestlöhnen vorliegt, der allgemeinverbindlich erklärt werden kann.

2.1 Branchen mit einem GAV (ohne AVE), der Mindestlöhne enthält

Wenn es darum geht, Missbräuche festzustellen, ist nur von Bedeutung, ob es einen GAV gibt. Ob er allgemeinverbindlich erklärt werden kann – sei es im «normalen» Verfahren oder unter erleichterten Voraussetzungen – spielt keine Rolle. Ein Missbrauch kann nur vorliegen, wenn der im GAV vorgesehene Mindestlohn nicht eingehalten wird.

Falls der in einer Branche geltende GAV für ausgebildetes Personal beispielsweise einen Mindestlohn von Fr. 4600.– vorsieht, kann kein Missbrauch vorliegen, wenn ein Lohn von Fr. 4700.– bezahlt wird. Dies gilt auch dann, wenn die effektiven Löhne zwischen Fr. 4800.– und 5000.– liegen.

Diese Bemerkungen gelten sinngemäss auch für Art. 1a AVEG.

2.2 Branchen mit einem GAV ohne Lohnbestimmungen oder ohne GAV

In diesen Branchen ist das Vorgehen natürlich schwieriger. Die tripartite Kommission muss versuchen, den üblichen Lohn mittels der ihr zur Verfügung stehenden Unterlagen und Statistiken zu bestimmen. Sollten diese Unterlagen in einer Branche, einem Sektor oder einem Beruf fehlen, ungenügend oder zu ungenau sein, kann die Kommission Erhebungen vor Ort vornehmen, indem sie eine bestimmte Anzahl Betriebe im Kanton oder in der Region auswählt.

Im einen wie im andern Fall wird jedoch die tripartite Kommission nicht über einen absoluten Referenzwert verfügen, wie das bei Vorliegen eines GAV der Fall wäre. Das Ergebnis wird eine Auflistung von unterschiedlich hohen Löhnen sein. Die Kommission hat aufgrund der Häufigkeitsverteilung der Lohnhöhen eine bestimmte Bandbreite festzulegen, die dann den orts- und berufsüblichen Lohn aufzeigt. Ein Missbrauch liegt vor, wenn die ausbezahlten Löhne unter dieser Bandbreite liegen. Es gibt dafür keine mathematische Formel und es ist auch nicht möglich, alle Situationen vorauszusehen, die eintreffen können.

2.3 Branchen mit einem (nicht zwingenden) NAV

In diesen Branchen kann die tripartite Kommission davon ausgehen, dass der im NAV enthaltene Lohn die Üblichkeit für die betroffene Branche ausdrückt. Die NAV – sei es auf Stufe Bund oder in vielen Kantonen – werden allerdings nicht regelmässig revidiert und die Mehrheit von ihnen enthält keine automatische Anpassung an die Teuerung.

Falls die Kommission Zweifel an der Relevanz der in älteren NAV enthaltenen Löhne hat, kann sie – unter Berücksichtigung des nicht zwingenden Inhalts der Verträge – in einigen dem NAV unterworfenen Betrieben Erhebungen vornehmen, um festzustellen, wie die Löhne in der Praxis aussehen, und dann wie oben beschrieben eine Bandbreite festlegen, welche nötigenfalls vom Lohn des NAV abweichen kann.

Absatz 2

Nach erfolgtem Antrag der tripartiten Kommission kann die zuständige Behörde nur dann einen NAV erlassen, wenn die vorgesehenen Mindestlöhne weder dem Gesamtinteresse zuwiderlaufen, noch die berechtigten Interessen anderer Branchen oder Bevölkerungskreise beeinträchtigen.

Es kann sinngemäss auf die Präzisierungen des ähnlichen Wortlauts von Artikel 2 Ziffer 2 AVEG verwiesen werden: «Die Allgemeinverbindlichkeit darf dem Gesamtinteresse nicht zuwiderlaufen und die berechtig-

ten 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.»

Die Beurteilung, ob ein Mindestlohn dem Gesamtinteresse zuwiderläuft, kann sich nicht auf klare Prinzipien stützen, da es sich hauptsächlich um eine Ermessensfrage handelt.

Ein für einen NAV vorgesehener Mindestlohn könnte insbesondere dann dem Gesamtinteresse zuwiderlaufen, wenn dieser zu einer gesamtwirtschaftlichen Störung des Lohngefüges führen würde. Diese Störung kann beispielsweise dadurch erfolgen, dass der vorgesehene verbindliche Mindestlohn deutlich höher liegt als in ähnlichen, vergleichbaren Branchen. Das Gesetz will dieser Problematik gerecht werden, indem es darauf verweist, dass die Mindestlöhne die berechtigten Interessen anderer Wirtschaftsgruppen und Bevölkerungskreise nicht beeinträchtigen dürfen.

Art. 360b OR 2. Tripartite Kommissionen

Absatz 1

Es müssen eine tripartite Kommission des Bundes sowie je eine tripartite Kommission für die Kantone gebildet werden. Die Kommissionen setzen sich aus einer gleichen Zahl von Arbeitgeber- und Arbeitnehmervertretern sowie Vertretern des Staates (Bund oder Kanton) zusammen. Das bedeutet, dass nur die Zahl der Arbeitgeber- und Arbeitnehmervertreter gleich hoch sein muss. Die Kantone und der Bund können eine andere Anzahl an Vertretern einsetzen; beim Bund ist sie jedoch zurzeit gleich hoch.

Es besteht auch die Möglichkeit, dass sich mehrere Kantone zusammenschliessen und gemeinsam eine tripartite Kommission einsetzen.

Absatz 2

Den Arbeitgeber- und Arbeitnehmerverbänden steht bezüglich der Wahl ihrer Vertreter ein Vorschlagsrecht zu. Aus pragmatischen Gründen kann dies jedoch nicht für alle Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände gelten. Art. 10 EntsV hält fest, dass nur die repräsentativen Arbeitgeber- und Arbeitnehmerorganisationen gemeint sind.

Absatz 3

Die Hauptaufgabe der tripartiten Kommission besteht in der Beobachtung des Arbeitsmarkts. Diese Beobachtung umfasst die Gesamtheit des

Arbeitsmarkts, inklusive die entsandten Arbeitnehmenden. Diesbezüglich haben die tripartiten Kommissionen folgende Möglichkeiten:

- Sie können die Arbeitsbedingungen der entsandten Arbeitnehmenden in allen Branchen kontrollieren, in denen es keinen allgemeinverbindlich erklärten GAV gibt. Der Zweck dieser Kontrollen, welche die tripartite Kommission gestützt auf die bei ihr eingegangenen Meldungen vornehmen kann, besteht in der Aufdeckung von allfälligen Missbräuchen. Gegebenenfalls kann sie den politischen Behörden das Ergreifen von Massnahmen vorschlagen (erleichterte AVE, sofern die GAV-Parteien damit einverstanden sind, oder Erlass eines NAV mit Mindestlöhnen). Die tripartite Kommission kann diese Kontrollen spontan oder aufgrund einer eingegangenen Anzeige durchführen. Eine solche kann beispielsweise von einer Gewerkschaft oder von einem entsandten Arbeitnehmer eingereicht werden, welcher die schweizerische Regelung kennt und den Verdacht hat, dass diese nicht korrekt angewendet wird.
- Sie können ganz allgemein die Auswirkungen der Entsendungen auf die Wirtschaft des Kantons oder der Region beobachten. Insbesondere in den Grenzgebieten wird es von Interesse sein, periodisch eine Bilanz bezüglich des Ausmasses der Entsendung, der Auswirkungen auf die ortsansässigen Betriebe, auf das Lohnniveau usw. zu ziehen.

Im Zusammenhang mit dieser allgemeineren Beobachtung können die tripartiten Kommissionen auch diejenigen Branchen einbeziehen, die einen allgemeinverbindlich erklärten GAV (AVE GAV) aufweisen. Es handelt sich dabei aber nicht um eigentliche Kontrollaufgaben. Falls nötig, können sie dabei mit den paritätischen Organen der betroffenen Branchen zusammenarbeiten.

Dagegen gehört es nicht zu den Aufgaben der tripartiten Kommission, in den Branchen, die einen AVE GAV aufweisen, für die einzelnen entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer Kontrollen bezüglich der Einhaltung der Bestimmungen von Artikel 2 EntsG durchzuführen. Die Kontrollen in Branchen mit einem AVE GAV werden durch die eingesetzten paritätischen Organe durchgeführt (Art. 7 Abs. 1 Bst. a EntsG).

Der Ablauf der Aktivitäten der tripartiten Kommissionen kann wie folgt vor sich gehen:

Aufgrund der Beobachtung des Arbeitsmarkts kann die tripartite Kommission bei einer verdächtigen Situation eine Untersuchung durchführen und dabei eventuell auf missbräuchliches und wiederholtes Dumping stossen.

Bei der Feststellung von Dumping in einer Branche kann die tripartite Kommission auf drei Ebenen aktiv werden:

1. Bei Lohndumping sucht sie innert der Frist von zwei Monaten eine Verständigung mit den betroffenen Arbeitgebern. Diese Zweimonatsfrist ist nicht – wie bei einer Rechtsmittel- oder Verwirkungsfrist – fix

gesetzt. Sie hat lediglich Ordnungscharakter und kann je nach Situation länger oder kürzer sein. Die Verständigung soll darauf ausgerichtet sein, vom Arbeitgeber eine Lohnnachzahlung sowie – bei einem Arbeitgeber mit Sitz in der Schweiz – eine Anpassung der Arbeitsverträge zu erwirken.

2. Gelingt die Verständigung nicht und fehlt ein GAV, kann die tripartite Kommission die zuständige Behörde ersuchen, einen NAV mit obligatorischen Mindestlöhnen zu erlassen. Die tripartite Kommission kann dabei einen Vorschlag über die Höhe des Mindestlohnes machen. Der Antrag zur Festlegung eines Mindestlohnes in einer Branche ist somit nicht ein staatliches Eingreifen, sondern eine Massnahme, die von der tripartiten Kommission vorgeschlagen wird, einem Organ, das sowohl die Interessen der Arbeitnehmenden wie der Arbeitgeber und des Staates vertritt.
3. Gelingt die Verständigung nicht und es existiert ein GAV, so kann die tripartite Kommission die zuständige Behörde ersuchen, den bestehenden GAV (bzw. einen Teil davon) allgemein verbindlich zu erklären.

Die Arbeit der Kommission ist damit aber nicht beendet. Sie muss den Arbeitsmarkt weiter beobachten, eventuelle neue Missbräuche feststellen, welche ein erneutes Eingreifen erfordern, und die beantragten Massnahmen weiter verfolgen. So kann sie, wenn sie einen NAV mit Mindestlöhnen beantragt hat, dessen Änderung, Verlängerung oder Aufhebung beantragen, wenn sich die Situation entsprechend verändert hat (Art. 360b Abs. 4 OR). Das gilt auch bei einer AVE eines GAV – die tripartite Kommission kann die Änderung oder Aufhebung der Allgemeinverbindlicherklärung beantragen (s. Art. 11 Abs. 1 Bst. e EntsV).

Und schliesslich muss die tripartite Kommission kontrollieren, ob bei den in die Schweiz entsandten Arbeitskräften die Mindestlöhne eines NAV eingehalten werden (Art. 7 Abs. 1 Bst. b EntsG).

Absatz 4

Die tripartite Kommission hat gemäss Abs. 3 die Aufgabe, die Arbeitssituation in den betroffenen Branchen zu beobachten. Stellt sie eine Änderung der Arbeitsmarktsituation fest, obliegt es ihr, bei der zuständigen Behörde einen Antrag auf Änderung oder Aufhebung des NAV zu stellen.

Absatz 5

Dieser Absatz umschreibt den Umfang der Kompetenzen der tripartiten Kommissionen bei einer Inspektion eines Betriebs. Die Personen, welche eine Untersuchung in einem Betrieb durchführen, können alle Auskünfte und Unterlagen verlangen, die geeignet sind, um Dumping fest-

zustellen. Der Arbeitgeber muss den Kontrollorganen jederzeit freien Zutritt zum Arbeitsplatz und den Verwaltungsräumen gewähren (Art. 7 Abs. 4 EntsG). Diese gesetzliche Regelung ist jedoch nur bei Entsendungen direkt anzuwenden; in anderen Fällen ist sie analog anwendbar. Der Arbeitgeber muss den Kontrollorganen ferner die Dokumente zustellen, welche die Einhaltung der Arbeits- und Lohnbedingungen der entsandten Arbeitnehmenden belegen. Sind diese Dokumente nicht oder nicht mehr verfügbar, muss der Arbeitgeber beweisen, dass er sich an das Gesetz hält, ausser er kann belegen, dass er für den Verlust der Dokumente nicht verantwortlich ist (Art. 7 Abs. 2 und 3 EntsG). Hier wird also die Beweislast umgekehrt, um die Kontrolle zu erleichtern und um zu verhindern, dass ein Arbeitgeber diese verunmöglicht, indem er den Verlust der Beweisstücke vorgibt. Ferner haben die tripartiten Kommissionen in den Betrieben das Recht auf Auskunft und Einsichtnahme in alle Dokumente, die für die Durchführung der Untersuchung notwendig sind.

Die Informationsrechte können auch an Dritte delegiert werden, da es nicht sehr wahrscheinlich scheint, dass die Mitglieder der tripartiten Kommissionen die Untersuchungen und Kontrollen selber durchführen. Die Kommissionen können auch andere Organe damit betrauen, zum Beispiel einen Treuhänder, eine Gewerkschaft, einen Arbeitgeberverband oder eine paritätische Kommission, wenn ein GAV besteht.

Im Streitfall entscheidet eine hierfür vom Bund bzw. vom Kanton bezeichnete Behörde. Die zuständige Bundesbehörde zur Behandlung von Streitfällen, die sich aus dem Vollzug durch die tripartite Kommission ergibt, ist das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement (EVD). In den Kantonen sind die nach den kantonalen Gesetzen festgelegten Behörden dafür zuständig. Es hat sich als positiv herausgestellt, dass die Verfügungsbehörde bei Verhängung eines Entscheides auf die Möglichkeit der Ungehorsamsstrafe von Art. 292 des Strafgesetzbuches verweist.

Absatz 6

Der Betrieb ist gemäss Art. 360b Abs. 5 OR verpflichtet, die zur Abklärung der üblichen Löhne in einer bestimmten Branche relevanten Dokumente herauszugeben. Die Firmen-GAV sind grösstenteils auch beim Bundesamt für Statistik (BFS) vorhanden. Um den tripartiten Kommissionen die Arbeitsmarktbeobachtung und die Untersuchungen zu erleichtern, wurde dem BFS in Abs. 6 die Weitergabe dieser Daten erlaubt. Zu deren Erhalt bedarf es jeweils lediglich eines Gesuches bei diesem Amt.

Nähere Regelungen zu den tripartiten Kommissionen sind in den Art. 10–16 EntsV (SR 823.201) enthalten:

Art. 10 EntsV, Wahl; Art. 11 EntsV, Aufgaben der tripartiten Kommissionen

Da jeder Kanton auf seinem Gebiet zuständig ist, könnte der Fall eintreten, dass in verschiedenen Kantonen gleiche, ähnliche oder voneinander abweichende Regelungen in derselben Branche getroffen werden. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass sich die Behörden gegenseitig informieren und ihr Verhalten aufeinander abstimmen sollten (Art. 8 EntsG, bzw. Art. 11 Bst. j EntsV). Wird ein Dumping in zahlreichen Kantonen festgestellt, so ist u.U. ein Eingreifen des Bundes effizienter. In solchen Fällen können sich die betroffenen Kantone an die tripartite Kommission des Bundes wenden, um ihre Anliegen vorzubringen. Diesbezüglich wird sich eine Praxis einspielen müssen.

Art. 12 EntsV, Experten

Für die Abklärung besonderer Fragen kann die tripartite Kommission Experten beiziehen (Fachleute aus der Verwaltung, Vertreter der Privatwirtschaft usw.). Die Kommission kann sich auch selber organisieren, indem sie Gruppen oder Ausschüsse bildet. Das Reglement der tripartiten Kommission des Bundes sieht zum Beispiel vor, dass die Kommission bei Grundsatzfragen die Behandlung bestimmter Punkte Ausschüssen übertragen kann, welche die Gesamtkommission über die Ergebnisse ihrer Arbeit informieren.

Art. 13 EntsV, Zusammenarbeit, Koordination und Ausbildung;

Art. 14 EntsV, Tripartite Kommissionen der Kantone;

Art. 15 EntsV, Tripartite Kommission des Bundes

Jeder Kanton trägt die Kosten seiner tripartiten Kommission und deren Sekretariat; der Bund übernimmt die Kosten seiner tripartiten Kommission. Der Bund stellt für seine Kommission die Räume, das Personal und das benötigte Material zur Verfügung. Für die Kantone gilt im Prinzip das Gleiche, doch können sie die Kostenregelung selber bestimmen, da diese in der Verordnung nicht festgehalten ist. Wenn mehrere Kantone eine gemeinsame tripartite Kommission eingesetzt haben, können sie deren Kosten unter sich aufteilen. Welche Vergütung die Sozialpartner erhalten, deren Mitglieder in den kantonalen Kommissionen Einsitz haben, wird von jedem Kanton selbst entschieden. Die Vergütung der Mitglieder der Bundeskommission richtet sich nach der Kommissionenverordnung (SR 172.31) und der Verordnung des Eidgenössischen Finanzdepartements über die Taggelder und Vergütungen der Mitglieder ausserparlamentarischer Kommissionen (SR 172.311).

Art. 16 EntsV, Organisation

Die 18 Mitglieder der tripartiten Kommission des Bundes setzen sich aus je sechs Vertretern der Arbeitnehmer- und Arbeitgeberseite sowie vier des Bundes und zwei der Kantone zusammen. Die Kommission wird von einem Mitglied der Direktion für Arbeit des SECO geleitet. Das SECO führt auch das Sekretariat.

Art. 360c OR 3. Amtsgeheimnis

Absatz 1

Die Mitglieder der tripartiten Kommission sind nicht nur bezüglich betrieblicher, sondern auch bezüglich privater Angelegenheiten, die sie in ihrer Arbeitstätigkeit wahrnehmen, zur Verschwiegenheit gegenüber Drittpersonen verpflichtet. Die Schweigepflicht gilt für sämtliche Mitglieder der tripartiten Kommission, also nicht nur für Behördenvertreter, sondern auch für die Vertreter der Arbeitgeber und der Arbeitnehmenden.

Die Schweigepflicht bezweckt in erster Linie die Wahrung öffentlicher Interessen. Dazu gehört zum Beispiel das Vertrauen der Bevölkerung in die tripartite Kommission. Daneben bezweckt die Schweigepflicht auch die Wahrung privater Interessen, insbesondere der Betriebe (Arbeitgeber), sowie auch der Arbeitnehmenden. Die Betriebe müssen darauf vertrauen können, dass Auskünfte, die sie den Vollzugsorganen erteilen, oder Unterlagen, die sie diesen zur Verfügung stellen, nicht weitergegeben werden. Die Schweigepflicht ist somit Grundlage für eine vertrauensvolle Zusammenarbeit zwischen den Vollzugsorganen und den Betrieben.

Der Schweigepflicht unterstehen alle Personen, welche die Aufgabe haben, den Arbeitsmarkt zu beobachten, und diesbezüglich betriebliche Untersuchungen durchführen. Wird diese Aufgabe an andere Organisationen, beispielsweise an das kantonale Inspektorat, delegiert, müssen diese auch ans Amtsgeheimnis gebunden werden. Ohne diese inhärente Verpflichtung zur Verschwiegenheit wäre bei einer Delegation eine Umgehung dieses Gesetzeszweckes möglich.

Gegenstand der Schweigepflicht sind grundsätzlich alle Wahrnehmungen, die bei einer Vollzugstätigkeit gemacht werden. Sie ist nicht auf jene Wahrnehmungen beschränkt, die unmittelbar mit der Arbeitsmarktbeobachtung und Untersuchung zusammenhängen (betriebliche Informationen), sondern umfasst alle Tatsachen, die den Vollzugspersonen zur Kenntnis kommen (private Informationen). Unter privaten Informationen sind alle Angelegenheiten zu verstehen, die nicht in die Öffentlichkeits-sphäre von Arbeitgeber oder Arbeitnehmer fallen. Bei allgemein bekannten Tatsachen, weil beispielsweise in Massenmedien schon ausführlich darüber berichtet wurde, besteht dagegen kein Bedürfnis an einer Geheimhaltung.

Die Schweigepflicht gilt nach aussen, d.h. sie besteht gegenüber Dritten. Dritte können sowohl Privatpersonen wie auch Behörden sein. Gegenüber anderen Behörden besteht somit grundsätzlich eine Verschwiegenheitspflicht, ausser eine gesetzliche Auskunft-, Amtshilfe- oder Rechtshilfepflicht sieht Gegenteiliges vor. Die Schweigepflicht gilt aber nicht gegenüber hierarchisch vorgesetzten Vollzugsstellen und Aufsichtsbehörden, da es sich hier um Behörden mit gleicher Funktion handelt. Vorgesetzte Stellen und Aufsichtsbehörden sind also keine Dritten im Sinne dieses Gesetzes. Die verschiedenen Vollzugsorgane sind in ihrem Verhältnis zueinander auch keine Dritten. Auch hier dürfen aber nicht ausnahmslos alle Informationen weitergegeben werden: Aus Gründen des Datenschutzes dürfen nur die für die Erfüllung der gesetzlichen Aufgaben erforderlichen Daten mitgeteilt werden. Auf der anderen Seite darf der Datenschutz den Vollzug der gesetzlichen Bestimmungen nicht behindern oder verunmöglichen. In der Praxis bedeutet dies, dass Informationen allgemeiner Art oder solche, bei denen kein Rückschluss auf die betroffenen Arbeitnehmenden und Betriebe möglich ist, problemlos mitgeteilt werden können. Personendaten dürfen jedoch nur sehr restriktiv behandelt werden. Privatgeheimnisse dürfen nicht weitergegeben werden.

Die Schweigepflicht kann durch mündliche oder schriftliche Äusserungen verletzt werden. Die Schweigepflicht wird aber auch verletzt durch die Herausgabe von vertraulichen Unterlagen wie Akten, Plänen, Fotografien. Es genügt auch schon, dass Unbefugten in solche Unterlagen Einsicht gewährt wird. Eine Verletzung der Schweigepflicht liegt auch dann vor, wenn vertrauliche Unterlagen fahrlässig an einem öffentlich zugänglichen Ort aufliegen und ein Dritter Einsicht in diese Unterlagen erlangt.

Eine Verletzung der Pflicht zur Verschwiegenheit kann zu Schadenersatzansprüchen nach Verantwortlichkeitsrecht oder kantonalem Haftungsrecht führen. Es können hier auch Sanktionen aus dem Strafrecht folgen wegen Verletzung des Amtsgeheimnisses (Art. 320 StGB), Verletzung des Berufsgeheimnisses (Art. 321 StGB) oder Verletzung des Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnisses (Art. 162 StGB). Personen, die in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis stehen, müssen überdies mit einem Disziplinarverfahren rechnen.

Absatz 2

Die Schweigepflicht besteht so lange fort, als das legitime Interesse des Betriebs dies erfordert und das Geheimnis auch tatsächlich noch besteht. Sie erlischt also nicht automatisch mit dem Ausscheiden aus der tripartiten Kommission.

Art. 360d OR 4. Wirkungen

Absatz 1

Ein NAV nach Art. 360a OR gilt für alle schweizerischen und ausländischen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer. Er gilt sowohl für jene, die sich nur vorübergehend im betreffenden örtlichen Geltungsbereich aufhalten (Entsandte), als auch für diejenigen, die verliehen werden. Unter den verliehenen Arbeitnehmenden versteht man die Angestellten der drei Erscheinungsformen des Personalverleihs: die Temporärarbeit, die Leiharbeit und das gelegentliche Überlassen an Einsatzbetriebe (vgl. Art. 27 Abs. 1 AVV [Arbeitsvermittlungsverordnung]).

Absatz 2

Der NAV nach Art. 359 OR kann nur dispositive Bestimmungen enthalten. Die Parteien des Einzelarbeitsvertrages können also von dessen Inhalt abweichen. In Art. 360a OR ist nun ausdrücklich die Möglichkeit vorgesehen, durch NAV zwingende Mindestlöhne festzusetzen, falls ein wiederholtes Lohndumping vorliegt. «Zwingend» bedeutet in diesem Zusammenhang, dass durch Vereinbarung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmenden nur zugunsten der Arbeitnehmerin oder des Arbeitnehmers davon abgewichen werden kann. Eine derartige Abrede entfaltet demgemäss nur ihre Wirkung, wenn die Arbeitnehmerin oder der Arbeitnehmer hinsichtlich des Lohnes besser gestellt wird in Bezug auf den im NAV nach Art. 360a OR festgehaltenen Mindestlohn.

Art. 360e OR 5. Klagerecht der Verbände

Die Arbeitnehmenden als Gläubiger einer vom Arbeitgeber unbezahlten Leistung haben nicht immer ein persönliches und sofortiges Interesse daran, eine Leistungsklage einzureichen. Die Gründe dafür liegen generell in der Angst der Angestellten, ihre Arbeitsstelle zu verlieren; bei den entsandten Arbeitnehmenden liegt es unter anderem auch daran, dass sie nach dem Vertrag entlöhnt werden, den sie in ihrem Herkunftsland unterzeichnet haben.

Damit die in Art. 360a vorgesehenen Massnahmen vollstreckt werden, hat das Gesetz den Sozialpartnern, also den Arbeitgeber- und den Arbeitnehmerverbänden, die Legitimation zum Einreichen einer Feststellungsklage vor dem zuständigen Gericht eingeräumt. Diese haben aber nicht eine Legitimation zum Einreichen einer Leistungsklage, also einer Klage auf Durchsetzung eines behaupteten Anspruchs. Sie können nur

gerichtlich feststellen lassen, ob ein Arbeitgeber den NAV nach Art. 360a OR einhält oder nicht. Dem Verband steht jedoch nur ein Klagerecht zu, wenn er die allgemeinen Prozessvoraussetzungen erfüllt. Ein Kriterium dabei ist im Allgemeinen, dass die rechtlich geschützten Interessen der Mehrzahl oder mindestens einer grossen Zahl seiner Mitglieder betroffen sind. Durch diesen Artikel sind die Verbände auch ohne Nachweis des Feststellungsinteresses zur Prozessführung berechtigt.

Art. 360f OR Meldung

Dieser Artikel sieht eine Pflicht der Kantone vor, dem zuständigen Bundesamt ein Exemplar der in Anwendung von Art. 360a OR erlassenen NAV zuzustellen, damit sich die Bundesbehörden und die tripartite Kommission des Bundes eine Übersicht über die Lage in der Schweiz verschaffen können. Das zuständige Bundesamt ist das Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO). Die kantonalen NAV mit verbindlichen Mindestlöhnen finden Sie auf der Internetseite des SECO.

II. Kommentar zur Verordnung 5 zum Arbeitsgesetz (Jugendarbeitsschutzverordnung; ArGV 5)² (Fassung vom Dezember 2007)

Der vorliegende Kommentar erläutert in erster Linie die einzelnen Bestimmungen der neuen Jugendarbeitsschutzverordnung und soll natürlich auch Fragen aus der Praxis beantworten. Dereinst – wenn weitere Erfahrungswerte vorliegen – soll der Kommentar in eine Wegleitung mit zusätzlichem Praxisbezug und weiteren Beispielen überführt werden.

1. Einleitung

Die neue Jugendarbeitsschutzverordnung (Verordnung 5 zum Arbeitsgesetz, ArGV 5; SR 822.115) bezweckt den Schutz der Gesundheit und der Sicherheit und Sittlichkeit der Jugendlichen bei der Arbeit bis zum 18. Altersjahr. Dieses Ziel gilt für Jugendliche in Ausbildung, für jugendliche Berufstätige sowie solche, die in der Freizeit ihr Taschengeld aufbes-

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

sein wollen. Am 28. September 2007 hat der Bundesrat die Jugendarbeitsschutzverordnung verabschiedet und entschieden, diese zusammen mit der vom Parlament beschlossenen Herabsetzung des Jugendschutzesalters im Arbeitsgesetz auf 18 Jahre am 1. Januar 2008 in Kraft zu setzen.

Im Rahmen der ersten Vernehmlassung zur Jugendarbeitsschutzverordnung im Jahr 2003 hatten die Mehrheit der Kantone sowie mehrere Parteien und Verbände die Herabsetzung des Schutzalters von 19 bzw. 20 Jahren auf 18 Jahre gefordert. Das Parlament hat die Herabsetzung des Jugendschutzesalters im Juni 2006 beschlossen (Revision von Art. 29 Abs. 1 Arbeitsgesetz). Nach dem Entscheid des Parlaments ist der Verordnungsentwurf von 2003 überarbeitet worden. Dabei sind insbesondere die Regelung der Arbeit der Jugendlichen unter 13 Jahren und das Bewilligungsverfahren für Nacht- und Sonntagsarbeit bis 18 Jahre vereinfacht worden. Zudem wird neu festgehalten, dass Jugendliche vor Berufsschultagen oder Besuchen von überbetrieblichen Kursen längstens bis 20 Uhr beschäftigt werden dürfen und dass sie während der beruflichen Grundbildung grundsätzlich keine Überzeit leisten dürfen.

Für Jugendliche bis 15 Jahre gilt ein generelles Arbeitsverbot. Unter bestimmten Voraussetzungen dürfen Jugendliche unter 15 Jahren jedoch bei kulturellen, künstlerischen und sportlichen Darbietungen und zu Werbezwecken eingesetzt werden. Für diese Tätigkeiten wird keine Bewilligungspflicht, sondern nur eine Meldepflicht vorgesehen.

Gefährliche Arbeiten sind für Jugendliche grundsätzlich verboten. Ausnahmen sind aber im Rahmen der beruflichen Grundbildung möglich. Welche Tätigkeiten als gefährlich gelten, wird in einer Departementsverordnung aufgelistet.

Nacht- und Sonntagsarbeit für Jugendliche bis 18 Jahre wird in der Regel nur dann bewilligt, wenn dies zum Erreichen der Ziele der beruflichen Grundbildung notwendig ist; zudem kann Nacht- und Sonntagsarbeit erst ab 16 Jahren bewilligt werden. Einzelfallbewilligungen sollten jedoch die Ausnahme sein, da in einer zweiten Departementsverordnung zur ArGV 5 festgelegt wird, für welche Berufe und in welchem Umfang Nacht- und Sonntagsarbeit ohne Bewilligung zugelassen sind. Das bisherige System der Globalbewilligungen, in denen bis anhin für gewisse Branchen die Nacht- und Sonntagsarbeit für Jugendliche geregelt wurden, wird somit durch die EVD-Verordnung abgelöst. In der ArGV 5 wird zudem geklärt, unter welchen Voraussetzungen Sonntagsarbeit ausserhalb der Lehre zulässig ist.

Mit der klaren und restriktiven Regelung der Bewilligungsvoraussetzungen für Nacht- und Sonntagsarbeit wurde das anlässlich der Herabsetzung des Schutzalters abgegebene Versprechen des Bundesrates, bessere Schutzmassnahmen zu erlassen, eingelöst. Ebenso wird die klare Kompetenzregelung zwischen Bund und Kantonen – die Bewilligungszuständigkeit ist gleich geregelt wie bei den erwachsenen Arbeitnehmenden – zu

einem verbesserten Schutz der jugendlichen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer führen.

2. Erläuterung der einzelnen Artikel

Art. 1 Gegenstand

Die Jugendarbeitsschutzverordnung regelt den Schutz der Gesundheit und der Sicherheit und der Sittlichkeit der Jugendlichen bei der Arbeit bis zum 18. Altersjahr. Jugendliche haben wenig Erfahrung, ihr Bewusstsein für Gefahren ist noch nicht vollständig ausgebildet und sie sind noch nicht gleich leistungsfähig wie Erwachsene. Sie befinden sich erst an der Schwelle zum Erwachsenwerden. Aus diesem Grund ist besonders darauf zu achten, dass sie bei der Arbeit in ihrer gesamten Entwicklung nicht beeinträchtigt werden. Dieses Ziel gilt sowohl für Jugendliche, die sich in einer beruflichen Grundbildung befinden, als auch für solche, die bereits in der Arbeitswelt integriert sind oder in der Freizeit ihr Taschengeld aufbessern wollen.

Im Gegensatz zum allgemeinen Kinderschutz des ZGB zielt der Schutz dieser Verordnung auf die Jugendlichen in der Arbeitswelt, die arbeitsvertraglich verpflichtet sind. Dieser Grundsatz gilt ebenso bei den leichten Arbeiten als auch für die kulturellen, künstlerischen und sportlichen Darbietungen sowie in der Werbung. Wirkt beispielsweise eine Schülerin von zehn Jahren in ihrem Dorf bei einer Laienbühne mit, so wird dies nicht als Beschäftigung im Sinne dieser Verordnung verstanden. Wirkt dieselbe Schülerin im Stadttheater als Komparsin mit und erhält dafür eine geldwerte Gegenleistung, sei es tatsächlich Lohn oder Gratiseintritte usw., so wird dieses Engagement als Beschäftigung i.S. dieser Verordnung gelten.

Art. 2 Verhältnis zum Arbeitsgesetz

Art. 29 des Gesetzes definiert Jugendliche als Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer bis zum vollendeten 18. Altersjahr. Damit wird begrifflich nicht zwischen Kindern und Jugendlichen unterschieden. Auf diese Unterscheidung wird um der besseren Lesbarkeit willen auch im Verordnungstext verzichtet. Nach allgemeinem Sprachgebrauch würde ein Zehnjähriger als Kind bezeichnet und nicht als Jugendlicher. Der Übergang von einem Kind zu einem Jugendlichen ist jedoch sehr fließend, deshalb kann im Verordnungstext auf diese Unterscheidung verzichtet werden. Die Verordnung regelt die für die Jugendlichen geltenden Sondernormen. Die allgemeinen Bestimmungen des Gesetzes und der Verordnungen 1 bis 4 gelten deshalb dort, wo in der Verordnung nichts geregelt ist, ebenfalls für die unter 18-Jährigen. Beispielsweise muss einem in der Nacht arbeitenden

Jugendlichen, wie einem Erwachsenen, der in Art. 17b des Gesetzes vorgesehene Zeitzuschlag gewährt werden, auch wenn dies in dieser Verordnung nicht erwähnt wird. Weitere Beispiele sind der Anspruch auf Gewährung der Ersatzruhe bei Sonntagsarbeit (Art. 20 Abs. 2 ArG), der auch bei jugendlichen Arbeitnehmenden besteht, oder die nach Gesetz einzuhaltenden Arbeits- und Ruhezeiten für Jugendliche (Art. 31 Abs. 1 bis 3 ArG).

Art. 3 Anwendung des Arbeitsgesetzes auf bestimmte Betriebsarten

Die Ratifizierung des Übereinkommens Nr. 138 (SR 0.822.723.8) der Internationalen Arbeitsorganisation (IAO) hatte eine Revision des ArG nach sich gezogen. Dieses Übereinkommen hat als Hauptziel die Festsetzung eines Mindestalters für die Zulassung zur Beschäftigung und die Regelung der Arbeitsbedingungen der Jugendlichen, um dem Einsatz von Kindern als billige Arbeitskraft ein Ende zu setzen. Selbst wenn dieses Ziel in der Schweiz als erreicht gilt, mussten, damit das Übereinkommen von der Schweiz ratifiziert werden konnte, die Bestimmungen bezüglich des Mindestalters von 15 Jahren auf die Landwirtschaft, den Gartenbau, die Fischerei und die Privathaushalte als anwendbar erklärt werden (Art. 2 Abs. 3 und 4 und Art. 4 Abs. 3 ArG). Diese Branchen sind sowohl in Bezug auf die Vorschriften über den Gesundheitsschutz als auch in Bezug auf die Arbeits- und Ruhezeitregelungen vom Arbeitsgesetz ausgenommen. Somit gilt beispielsweise das Nachtarbeitsverbot gemäss Arbeitsgesetz für die Beschäftigten in der Landwirtschaft, der Fischerei und in Privathaushalten ab 15 Jahren nicht. Anders verhält es sich bei den Gartenbaubetrieben und den Familienbetrieben in Bezug auf die Lernenden. Art. 2 Abs. 3 ArG hält fest, dass einzelne Bestimmungen des Gesetzes durch Verordnung auf Gartenbaubetriebe, die Lernende ausbilden, als anwendbar erklärt werden können, soweit dies zum Schutz der Lernenden notwendig ist. Dasselbe gilt für jugendliche Familienmitglieder, die gemeinsam mit anderen Arbeitnehmenden beschäftigt werden (Art. 3 Abs. 2 ArGV 5).

Hervorzuheben ist, dass das für die landwirtschaftlichen Betriebe geltende Mindestalter nicht erwähnt werden muss, da es in Art. 2 Abs. 4 des Gesetzes selber festgehalten ist. Somit ist auch klar, dass für die Landwirtschaftsbetriebe, wie sie im ArG definiert werden, nur die Bestimmungen gelten, die sich auf das Mindestalter beziehen. In Landwirtschaftsbetrieben können Jugendliche nur mit leichten Arbeiten gemäss Art. 8 der Verordnung beschäftigt werden. Ab 15 Jahren gelten jedoch die Bestimmungen des ArG und der ArGV 5 nicht. Für die nicht der engeren Landwirtschaft zuzurechnenden Betriebe, wie Reitbetriebe und Tierpflege sind die Bestimmungen des ArG und der ArGV 5 jedoch anwendbar. In Familienbetrieben ohne aussenstehende Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer gilt das Mindestalter nicht.

Art. 4 Gefährliche Arbeiten

Die Definition gefährlicher Arbeiten ist aus dem Übereinkommen Nr. 182 der IAO (SR 0.822.728.2) sowie aus dem Übereinkommen der Vereinten Nationen über die Kinderrechte übernommen worden. Gemäss Art. 4 des Übereinkommens Nr. 182 sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, durch innerstaatliche Gesetzgebung die Arten von Tätigkeiten zu definieren, die für Jugendliche eine schädigende Wirkung auf ihre psychische oder physische Gesundheit haben können. Zudem sollte ein Verzeichnis dieser Arbeiten geführt und dieses regelmässig überarbeitet werden. Deshalb werden die gefährlichen Arbeiten in einer Departementsverordnung aufgeführt. Letztere hat den Vorteil, schneller und flexibler angepasst werden zu können als eine Bundesratsverordnung. Gemäss Art. 20 wird die Eidgenössische Arbeitskommission (EAK) dieses Verzeichnis der gefährlichen Arbeiten mindestens alle fünf Jahre überprüfen.

Sowohl das Übereinkommen Nr. 138 (Art. 3 Ziff. 3) als auch das Übereinkommen Nr. 182 der IAO erlauben Ausnahmen vom Verbot der Ausführung gefährlicher Arbeiten, sofern diese von Jugendlichen nach dem vollendeten 16. Altersjahr ausgeführt werden, die Gesundheit, die Sicherheit und die Sittlichkeit garantiert sind und die Jugendlichen eine spezifische und angemessene Instruktion erhalten und dies für die berufliche Ausbildung notwendig ist.

Diese Bedingungen finden sich im Abs. 4 wieder. Die Ausübung der gefährlichen Arbeiten muss für das Erlernen eines Berufes unentbehrlich sein.

Damit die gefährlichen Tätigkeiten vor 18 Jahren erlaubt werden, müssen sie im Rahmen einer von den zuständigen Behörden anerkannten Berufsbildung ausgeführt werden und zum Erreichen der Ziele der beruflichen Grundbildung erforderlich sein. Deshalb werden die gefährlichen Tätigkeiten in den einzelnen Bildungsverordnungen geregelt. Diese enthalten Bestimmungen, wonach die notwendigen Sicherheitsmassnahmen ergriffen wurden und die in Frage stehende gefährliche Arbeit deshalb erlaubt werden kann. Das neue Berufsbildungsgesetz (BBG; SR 412.10) ist am 1. Januar 2004 in Kraft getreten. Zurzeit werden die bestehenden Ausbildungsreglemente überarbeitet. Gemäss Art. 19 BBG erlässt das Bundesamt für Berufsbildung und Technologie zusammen mit den Organisationen der Arbeitswelt (ODA) Bildungsverordnungen. Letztere werden dem Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO) zur Stellungnahme unterbreitet. Das SECO prüft, ob die Bildungsverordnung die in Art. 12 Abs. 1 Bst. e der Verordnung über die Berufsbildung (Berufsbildungsverordnung, BBV; SR 412.101) vorgesehenen Massnahmen zur Arbeitssicherheit und zum Gesundheitsschutz enthält. Bei Berufen, die ohne gefährliche Arbeit nicht erlernt werden können, wird in den einzelnen Bildungsverordnungen eine generelle Ausnahmegewilligung erteilt, womit sich Einzelbewilligungen erübrigen. Beispielhaft sei hier Art. 7 der aktuellen Verordnung über die

berufliche Grundbildung Chemie- und Pharmatechnologin EFZ/Chemie- und Pharmatechnologe EFZ (SR 412.101.220.21) aufgeführt:

Art. 7

¹ Die Anbieter der Bildung geben den Lernenden zu Beginn der Bildung Vorschriften und Empfehlungen zur Arbeitssicherheit, zum Gesundheitsschutz und zum Umweltschutz ab und erklären sie ihnen.

² Diese Vorschriften und Empfehlungen werden an allen Lernorten vermittelt und in den Qualifikationsverfahren berücksichtigt.

³ In Abweichung von Artikel 47 Buchstaben a, b und d ArGV 1 dürfen die Lernenden für folgende Tätigkeiten eingesetzt werden, entsprechend ihrem Ausbildungsstand und sofern sie dabei angemessen angeleitet und beaufsichtigt werden:

- a. Bedienung und Unterhalt von Betriebseinrichtungen und Handhabung von Werkzeugen, mit denen eine potentielle Unfallgefahr verbunden ist;
- b. Arbeiten, bei denen eine erhebliche Brand-, Explosions-, Unfall-, Erkrankungs- oder Vergiftungsgefahr besteht;
- c. Bedienung und Unterhalt von Druckbehältern mit gefährlichem Inhalt.

Darüber hinaus kann das Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO) in Einzelfällen Bewilligungen erteilen. Die in Abs. 4 erwähnten Voraussetzungen müssen auch in diesem Fall gegeben sein, damit diese Tätigkeit bewilligt wird. Die Einzelfallbewilligung sollte die Ausnahme bleiben, da das oben erwähnte Bewilligungssystem greifen soll. Es könnten jedoch neue Gefahrenquellen auftauchen, wie neue bisher unbekannte chemische Stoffe oder eine neue Maschine in Betrieb genommen werden, deren Bedienung für das Erreichen eines Berufsziels notwendig ist, die aber in der betreffenden Bildungsverordnung noch nicht vorgesehen sind. Solche Fälle sollten, bevor sie in einer Bildungsverordnung Einlass finden, mit dieser Bestimmung vorübergehend aufgefangen werden können. Es handelt sich dabei um eine praktikable Lösung, auf die nicht verzichtet werden kann.

Art. 5 Bedienung von Gästen in Betrieben der Unterhaltung, in Hotels, Restaurants und Cafés

Aus Art. 29 Abs. 3 ArG ergibt sich, dass Arbeiten, die für jugendliche Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen als unzulässig erachtet werden, in einer Verordnung explizit verboten werden müssen. Vorliegend handelt es sich um Branchen, die Jugendliche mit Arbeitsbedingungen konfrontieren könnten, die nicht altersgemäss sind.

Für die in Abs. 1 erwähnten Tätigkeiten hat sich im Verhältnis zur bisher gültigen Regelung nichts geändert. Für diese Tätigkeiten gilt bis 18 Jahre ein absolutes Arbeitsverbot.

Anders verhält es sich mit den im zweiten Absatz aufgeführten Beschäftigungen. Dort wird die Beschäftigung Jugendlicher unter 16 Jahren

für die Bedienung von Gästen in Hotels, Restaurants und Cafés grundsätzlich verboten, aber im Rahmen einer anerkannten Berufsbildung oder von Berufswahlpraktika zugelassen. Dieser Grundsatz ist ebenfalls nicht neu, neu ist, dass auf ein Bewilligungsverfahren verzichtet wird. Dies ist sachlich gerechtfertigt, da Ausbildungsbetriebe grundsätzlich den Bestimmungen der anerkannten Berufsbildung unterstehen und somit auch gewissen Qualitätsstandards genügen müssen. Damit werden die Lehrbetriebe von einer zusätzlichen administrativen Bürde entlastet. Dies gilt ebenso für Berufswahlpraktika.

Art. 6 Arbeit in Betrieben der Filmvorführung und in Zirkus- und Schaustellerbetrieben

Bei den hier verbotenen Arbeiten handelt es sich um alle Tätigkeiten, die in Kinos, Zirkussen und Schaustellerbetrieben nicht künstlerischer Natur sind. Beispiele: im Kino Billetverkäufer, im Zirkus Mitarbeiter für den Auf- und Abbau des Zeltes, in Schaustellerbetrieben Mitarbeiter, die für das Einkassieren zuständig sind.

Im Hinblick auf die in Art. 7 aufgeführten Ausnahmen vom Beschäftigungsverbot für Jugendliche ist diese Präzisierung notwendig, um in der Praxis die notwendige Abgrenzung vornehmen zu können.

Art. 7 Kulturelle, künstlerische und sportliche Darbietungen sowie Werbung

Mit der im August 2000 in Kraft getretenen Arbeitsgesetzrevision wurde auch Art. 30 Abs. 2 ArG eingeführt. Darin wird festgehalten, dass durch Verordnung bestimmt werden kann, für welche Gruppen von Betrieben oder Arbeitnehmenden und unter welchen Voraussetzungen Jugendliche unter 15 Jahren bei kulturellen, künstlerischen und sportlichen Darbietungen sowie in der Werbung beschäftigt werden dürfen. Die für diese Tätigkeiten notwendigen Zulassungsvoraussetzungen werden deshalb in diesem Artikel aufgeführt. Die für die Beschäftigung von Jugendlichen unter 15 Jahren verantwortlichen Arbeitgeber und deren Eltern bzw. Erziehungsberechtigte werden in die Pflicht genommen. Sie werden darauf achten müssen, dass die für Jugendliche anvisierten Tätigkeiten keine negativen Auswirkungen auf die Gesundheit, die Entwicklung, die Sicherheit sowie die schulischen Leistungen haben. Zudem werden die Arbeitgeber die im Rahmen von Art. 10 und 11 vorgesehenen Arbeitszeiten einzuhalten haben. Alle gefährlichen Tätigkeiten im Sinne von Art. 4 bleiben ausnahmslos verboten.

Beispiele: Berufsmässige Beschäftigung Jugendlicher als Schauspieler in einer Theateraufführung oder im Rahmen einer Filmproduktion, als Artist im Zirkus oder zu Werbezwecken (bspw. für Kinderspielzeug oder für Windeln).

Auf Empfehlung der Internationalen Arbeitsorganisation wird in Absatz 2 eine Meldepflicht für die Beschäftigung von Jugendlichen unter 15 Jahren bei kulturellen, künstlerischen und sportlichen Darbietungen sowie in der Werbung vorgesehen. Der Arbeitgeber wird die Beschäftigung 14 Tage vor Einsatz des unter 15-Jährigen der zuständigen kantonalen Behörde melden müssen. Ohne behördlichen Gegenbericht innert zehn Tagen wird die Beschäftigung als zulässig gelten. Zu beachten ist, dass grundsätzlich Beschäftigungen zu melden sind, bei denen im weitesten Sinn ein arbeitsvertragliches Verhältnis besteht, d.h. wenn die Jugendlichen für ihren Einsatz eine geldwerte Gegenleistung erhalten; diese kann in Lohn, aber auch in Form von Naturalien wie Gratiseintritten oder Gutscheinen entrichtet werden. Nicht zu melden sind demgegenüber reine Freizeitaktivitäten auf unentgeltlicher und freiwilliger Basis (z.B. Mitmachen in einem Dorfverein oder in einem Laientheater).

Die Meldepflicht ermöglicht die Kontrolle der kantonalen Vollzugsbehörden über die Beschäftigung von Jugendlichen in ihrem Kanton. Sie werden darüber in Kenntnis gesetzt, wo und wann Kinder beschäftigt werden. Falls sie Verdacht schöpfen, der Jugendarbeitsschutz werde missachtet, können sie mit dem Arbeitgeber und den Eltern bzw. Erziehungsberechtigten des Betroffenen die Situation klären und dafür sorgen, dass die Bestimmungen der Verordnung eingehalten werden und gegebenenfalls die Beschäftigung untersagen.

Art. 8 Leichte Arbeiten

Ab 13 Jahren werden Jugendliche bewilligungsfrei leichte Arbeiten ausführen können, wobei auch in diesen Fällen die in dieser Verordnung festgelegten Arbeits- und Ruhezeiten eingehalten werden müssen. Sie können ebenso in Betrieben arbeiten, um zu erfahren, ob ihnen ein Beruf zuzagt oder nicht. Wichtig ist in diesem Zusammenhang, dass die Jugendlichen während des Praktikums die Möglichkeit haben, Einblick in einen Beruf zu erhalten, damit sie eine Wahl treffen können. Aus diesem Grund sollen diese Einsätze in einem geordneten, sinnvollen Rahmen stattfinden. Damit der sogenannte Landdienst oder ähnliche Arbeitseinsätze trotz des auch für die Landwirtschaft geltenden Mindestalters von 15 Jahren weiterhin durchgeführt werden können, werden die Voraussetzungen dafür sowie für die Berufswahlvorbereitung präzise formuliert und es wird auf das Bundesgesetz über die Förderung der ausserschulischen Jugendarbeit verwiesen.

Die in Abs. 2 aufgeführte Definition der leichten Arbeiten entspricht Art. 7 des Übereinkommens Nr. 138 der IAO (SR 0.822.723.8). Was die leichte Arbeit von einer «normalen» oder gefährlichen Tätigkeit unterscheidet, ist die Art der Arbeit und die Bedingungen, unter denen sie ausgeführt wird (Arbeitszeiten, Häufigkeit usw.). Eine Jugendliche, die beispielsweise ein Mal pro Woche während einer Stunde nach der Schule

Prospekte verteilt, übt eine Tätigkeit aus, die als leichte Arbeit qualifiziert werden kann. Müsste dieselbe Jugendliche dies jedoch jeden Morgen vor Schulanfang tun, so könnte diese Arbeit nicht mehr als leicht qualifiziert werden und wäre somit nicht zulässig.

Art. 9 Beschäftigung schulentlassener Jugendlicher unter 15 Jahren

Der Grundsatz des Arbeitsverbots für unter 15-Jährige wird mit dieser Bestimmung durchbrochen. Gemäss Art. 6 des IAO-Übereinkommens (Nr. 138) ist dies dann zulässig, wenn Jugendliche, die mindestens 14 Jahre alt sind, Arbeiten im Rahmen von allgemeinbildenden oder berufsbildenden Schulen, Fachschulen oder in anderen Ausbildungsanstalten ausführen. Ebenso kann eine jugendliche Person in einem Betrieb beschäftigt werden, wenn ein von der zuständigen Stelle anerkanntes Ausbildungsprogramm ausschliesslich in diesem Betrieb durchgeführt wird.

Diese Regelung drängt sich aus praktischen Gründen auf. Die obligatorische Schulzeit kann aus verschiedenen Gründen vor 15 Jahren enden. Es besteht zunehmend die Tendenz, den Beginn der obligatorischen Schulzeit vorzuziehen oder sehr begabte Schülerinnen und Schüler Schuljahre überspringen zu lassen, so dass die Betroffenen nach Beendigung des neunten Schuljahres noch nicht 15 Jahre alt sind. Dass solche Jugendliche im Anschluss an die obligatorische Schulzeit gleich in die Berufsbildung einsteigen, wird nur in seltenen Fällen vorkommen. Trotzdem muss den kantonalen Vollzugsbehörden die Kompetenz erteilt werden, eine Bewilligung zu erteilen. Ebenso muss die Möglichkeit bestehen, Schülerinnen oder Schüler, die aus disziplinarischen oder anderen Gründen aus der Schule ausgeschlossen werden, vorübergehend oder definitiv in den Arbeitsprozess zu integrieren.

Bei der Bewilligungserteilung wird im Einzelfall abzuklären sein, ob die Lehrstelle wirklich für einen so jungen Arbeitnehmer oder eine so junge Arbeitnehmerin geeignet ist. Im Zweifelsfall ist eventuell die Arbeitsstelle zu besichtigen und allfällige Gefahren usw. sind abzuklären. Ein Arztzeugnis ist ebenfalls zu verlangen.

Zu erwähnen ist noch, dass Jugendliche unter 16 Jahren keine Nacht- und Sonntagsarbeit leisten dürfen (Art. 12 und 13 ArGV 5) und für sie die Beschäftigung nur bis 20 Uhr zulässig ist (Art. 31 Abs. 2 ArG).

Art. 10 Tägliche und wöchentliche Höchstarbeitszeit von Jugendlichen unter 13 Jahren

Unter 13 Jahren dürfen Jugendliche für Tätigkeiten nach Art. 7 zwar eingesetzt werden, aber nur während drei Stunden pro Tag und höchstens neun Stunden pro Woche. Die Unterscheidung zwischen unter und über 13-Jährigen ist sinnvoll, da bis zu diesem Alter nur die Tätigkeiten für kulturelle, künstlerische und sportliche Darbietungen sowie für die Wer-

bung zulässig sind. Es versteht sich von selbst, dass diese Jugendlichen noch eines weitergehenden Schutzes als die über 13-Jährigen bedürfen. Wie allgemein bekannt ist, werden auch sehr kleine Kinder, z.B. in der Werbung für Kinderspielzeug oder für Windeln, eingesetzt.

Art. 11 Tägliche und wöchentliche Höchstarbeitszeiten sowie Pausen für schulpflichtige Jugendliche ab 13 Jahren

Für leichte Arbeiten während der Schulzeit sind die täglichen und wöchentlichen Höchstarbeitszeiten auf drei Stunden pro Tag und neun Stunden pro Woche festgelegt. Diese Bestimmung gilt auch für die Beschäftigung bei kulturellen, künstlerischen und sportlichen Darbietungen sowie in der Werbung nach Art. 7.

Wie bisher werden die Schülerinnen und Schüler während längstens der Hälfte der Schulferien arbeiten dürfen; die Beschäftigung von schulpflichtigen Jugendlichen von über 13 Jahren ist während den Ferien auf acht Stunden pro Tag und 40 Stunden pro Woche begrenzt.

Dauer und Umfang der Arbeitszeiten während eines Berufswahlpraktikums sind dieselben, diese Einsätze müssen jedoch von kurzer Dauer sein und dürfen höchstens zwei Wochen (zehn Arbeitstage) pro Einsatz dauern.

Es ist noch darauf hinzuweisen, dass für Lernende – die nicht unter die Sonderbestimmungen von Art. 10 und 11 fallen – Art. 31 Abs. 1 ArG gilt: Ihre tägliche Arbeitszeit darf somit diejenige der andern im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer nicht überschreiten und nicht mehr als neun Stunden betragen.

Art. 12 Ausnahmegewilligung für Nachtarbeit

Das ArG enthält ein generelles Nachtarbeitsverbot für alle Arbeitnehmenden, das auch für Jugendliche gilt. Der Nachtzeitraum für Jugendliche unterscheidet sich von demjenigen der Erwachsenen: Gemäss Art. 31 Abs. 2 ArG ist für Jugendliche bis 16 Jahre die Beschäftigung bis 20 Uhr und für solche über 16 Jahre bis 22 Uhr gestattet.

Ausnahmen sind nur für Jugendliche über 16 Jahre vorgesehen. Sie dürfen in der Nacht zwischen 22.00 und 06.00 Uhr beschäftigt werden, wenn und soweit dies zum Erlernen eines Berufes unentbehrlich ist, eine qualifizierte Betreuung sichergestellt ist und die Nachtarbeit keinen negativen Einfluss auf den Besuch der Berufsfachschule hat. Diese Voraussetzungen müssen kumulativ erfüllt sein, damit Nachtarbeit in einer Berufsschule zugelassen wird. Diese Voraussetzungen gelten auch für die gemäss Art. 14 in der Departementsverordnung zugelassene Sonntags- und Nachtarbeit für bestimmte Berufsbildungen. Zugelassen wird Nachtarbeit ebenfalls für die Mitwirkung von Jugendlichen bei der Behebung einer Betriebsstörung infolge höherer Gewalt, wobei auch hier bestimmte

Voraussetzungen (die Nachtarbeit ist zur Behebung der Betriebsstörung unentbehrlich, erfolgt unter Aufsicht einer erwachsenen und qualifizierten Person und hat keinen negativen Einfluss auf den Besuch der Berufsfachschule) kumulativ erfüllt sein müssen. Die Bewilligung für diese Tätigkeit muss bei der zuständigen kantonalen Behörde eingeholt werden. Besteht Gefahr im Verzug und kann das Gesuch nicht rechtzeitig eingereicht werden, so ist dies so rasch als möglich nachzuholen.

Die Regel, wonach Jugendliche ihre Tagesarbeit um 5 Uhr beginnen können, ist um der Klarheit willen notwendig. Verschiebt ein Betrieb den Tages- und Abendzeitraum auf 5 Uhr, so gilt die Stunde zwischen 5 und 6 Uhr für den jugendlichen Arbeitnehmer oder für die jugendliche Arbeitnehmerin nicht als Nachtarbeit. Grundsätzlich ist der Tages- und Abendzeitraum für Jugendliche nur abends bis 22 Uhr begrenzt. Diese Präzisierung wird in vielen Branchen helfen, Missverständnisse zu beheben, da vielerorts angenommen wurde, die Beschäftigung Jugendlicher zwischen 5 und 6 Uhr gelte als Nachtarbeit.

In Ausführung zu Art. 17 Abs. 5 ArG erteilt das SECO im Einzelfall die Bewilligungen für regelmässig wiederkehrende Nachtarbeit. Für vorübergehende Nachtarbeit bis zu zehn Nächten pro Kalenderjahr erteilt die kantonale Behörde die Bewilligung. Die Anzahl der zu bewilligenden Nächte wird auf zehn beschränkt, damit der Rahmen für die kantonalen Vollzugsbehörden klar abgesteckt ist und nicht über vorübergehende Bewilligungen mehr Nachtarbeit bewilligt werden kann, als in der Departementsverordnung in der Regel vorgesehen ist. Eine Möglichkeit, auch Einzelfälle zu bewilligen, muss für Sondersituationen eingeräumt werden. Damit wird in den Branchen, wo Nachtarbeit zwar nicht üblich, aber ab und zu notwendig ist, ein Instrument geschaffen, sporadisch Lernende einzusetzen, wenn es für ihre Ausbildung notwendig ist.

Als Beispiel können hier aufgeführt werden: Abschluss von IT-Projekten in der Nacht (oder am Sonntag), deren Begleitung auch für den Lernenden wichtig ist, oder Arbeiten auf einer Strassenbaustelle, die nur in der Nacht durchgeführt werden können und bei denen der Auszubildende besondere Techniken erlernt.

Hervorzuheben ist, dass Einzelbewilligungen nur ausnahmsweise notwendig sein werden, da gemäss Artikel 14 die Nacht- und Sonntagsarbeit für Lernende in einer Departementsverordnung für einzelne Berufe umfassend und definitiv geregelt wird.

Art. 13 Ausnahmbewilligung für Sonntagsarbeit

Jugendliche ab 16 Jahren sollen am Sonntag beschäftigt werden können, wenn dies zum Erlernen eines Berufes notwendig, eine qualifizierte Betreuung sichergestellt ist und die Sonntagsarbeit keinen negativen Einfluss auf den Besuch der Berufsfachschule hat. Diese Voraussetzungen

müssen kumulativ erfüllt sein, damit Sonntagsarbeit in einer Berufslehre bewilligt wird. Zugelassen wird Sonntagsarbeit ebenfalls für die Mitwirkung von Jugendlichen bei der Behebung einer Betriebsstörung infolge höherer Gewalt. Auch in diesem Fall müssen jedoch bestimmte Voraussetzungen (die Sonntagsarbeit ist zur Behebung der Betriebsstörung unentbehrlich, erfolgt unter Aufsicht einer erwachsenen und qualifizierten Person und hat keinen negativen Einfluss auf den Besuch der Berufsfachschule) kumulativ erfüllt sein.

Im Gegensatz zur Nachtarbeit soll Sonntagsarbeit in bestimmten Fällen auch ausserhalb der beruflichen Grundbildung bewilligt werden. In den in der Departementsverordnung geregelten Branchen werden jugendliche Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer mit Bewilligung im gleichen Umfang wie die Lernenden Sonntagsarbeit leisten dürfen. Damit soll vor allem die Beschäftigung von Schulabgängerinnen und Schulabgängern, die keine Lehrstelle antreten können, in der Gesundheits- und Gastronomiebranche unterstützt werden. Die Beschäftigung von Schülerinnen und Schülern zwischen 16 und 18 Jahren wird in den in der Departementsverordnung geregelten Branchen an jedem zweiten Sonntag ermöglicht, d.h. im Wesentlichen in Berufen der Gastronomie-, Bäcker-, Gesundheits- und Tierpflegebranche.

Bewilligungsbehörde für regelmässige Sonntagsarbeit im Einzelfall, also auch für die Beschäftigung ausserhalb der Berufsbildung, ist das SECO, für vorübergehende Sonntagsarbeit die kantonale Behörde. Die Zuständigkeit ist hier aus denselben Gründen gleich zu regeln wie diejenige für die Nachtarbeit.

Art. 14 Befreiung von der Bewilligungspflicht für Nacht- und Sonntagsarbeit in der beruflichen Grundbildung

Die Verordnung delegiert dem Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartement die Kompetenz, in einer Departementsverordnung die Nacht- und die Sonntagsarbeit für diejenigen Berufsbildungen zu regeln, für welche deren Notwendigkeit anerkannt ist. Die entsprechende Departementsverordnung wurde diesen Herbst unter Einbezug der Sozialpartner finalisiert. Mit ihrem Inkrafttreten am 1. Januar 2008 werden Berufe folgender Bereiche von der Bewilligungspflicht befreit: Gastronomiebranche, Bäcker- und Konditorenbranche, Sozial- und Gesundheitsbranche, Tierpflegebranche und Gleisbaubranche. Der Umfang der zulässigen Nacht- und Sonntagsarbeit wird ebenfalls in der Departementsverordnung festgelegt. Mit dieser Lösung werden sowohl für die Lehrbetriebe als auch für die Vollzugsbehörden administrative Erleichterungen eingeführt und eine schweizweite *unité de doctrine* sichergestellt.

Mit der neuen Departementsverordnung wird das bisherige System der Globalbewilligungen, in denen bisher im Einvernehmen mit den Sozialpartnern für gewisse Branchen die Sonntags- und Nachtarbeit für Ju-

gendliche geregelt wurde, abgelöst. Von den bisherigen Globalbewilligungen erfasst werden die Bäckereibranche, die Gastronomiebranche und gewisse Berufe der Gesundheitsbranche. Nun gibt es Branchen, die nicht durch die bisherigen Globalbewilligungen abgedeckt wurden und dementsprechend auch nicht in der neuen Departementsverordnung aufgeführt sind, die aber bereits ein Gesuch um eine Globalbewilligung eingereicht bzw. um Aufnahme in die Departementsverordnung ersucht haben. Mit diesen Branchen werden ab Anfang 2008 unter Beizug der zuständigen Behörden und Sozialpartner Verhandlungen geführt werden, um zu prüfen, ob sie von der Bewilligungspflicht für Sonntags- bzw. Nachtarbeit für ihre Lernenden befreit werden können.

Wenn es der Arbeitgeber als notwendig erachtet, die in der Departementsverordnung festgelegten Grenzen zu überschreiten, muss er bei der Behörde um eine Einzelfallbewilligung nachsuchen und begründen, weshalb die vorgeschriebenen Grenzen überschritten werden müssen. Allfällige Gesuche werden aufgrund der Kriterien von Art. 12 und 13 geprüft. Ändern sich die Anforderungen an eine Grundbildung, so dass für das Erreichen des Berufszieles Nacht- oder/und Sonntagsarbeit generell notwendig wird oder nicht mehr notwendig erscheint, so werden hierfür beim SECO Gesuche eingereicht werden können. Dieses wird nach Konsultation der Sozialpartner allenfalls ein Verfahren auf Änderung der Departementsverordnung einleiten.

Art. 15 Ausnahme vom Verbot der Abend- und Sonntagsarbeit

Vor allem die kulturellen, künstlerischen und sportlichen Tätigkeiten nach Art. 7 werden oft sonntags und abends stattfinden. Aus diesem Grund drängt sich diese Ausnahmeregelung auf. Diese Bestimmung gilt für alle Jugendlichen unter 18 Jahren. Die täglichen und wöchentlichen Höchst-arbeitszeiten nach den Art. 10 und 11 gelten selbstverständlich.

In Tourismusgebieten können Jugendliche ab 16 Jahren ausserhalb der Berufsbildung am Sonntag auch in Betrieben beschäftigt werden, die den Kriterien von Art. 25 ArGV 2 entsprechen. Wie die anderen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer dürfen sie auch nur an 26 Sonntagen pro Jahr beschäftigt werden.

Art. 16 Tägliche Ruhezeit

Die tägliche Ruhezeit von zwölf Stunden für Jugendliche gilt wie bisher. Nicht mehr zugelassen ist die Kürzung der Ruhezeit ein Mal pro Woche auf 11 Stunden, weil auch in diesem Fall der Grundsatz des Gesundheitsschutzes für Jugendliche gilt.

Neu wird im Sinn einer Präzisierung festgehalten, dass vor Berufsschultagen oder Besuchen von überbetrieblichen Kursen Jugendliche nicht länger als bis 20 Uhr beschäftigt werden dürfen. Da die Berufsschule als

Arbeitszeit gilt, muss dem Berufsschüler oder der Berufsschülerin vor ihrer ersten Lektion grundsätzlich eine Ruhezeit von zwölf Stunden gewährt werden. Dies wird jedoch oft übersehen, so dass die Erwähnung dieses Prinzips in der Verordnung nützlich ist, selbst wenn sie eher deklaratorischen Charakter hat.

Art. 17 Überzeitarbeit

Nach Art. 31 Abs. 3 ArG ist es untersagt, Jugendliche unter 16 Jahren zu Überzeitarbeit heranzuziehen. Für Jugendliche ab 16 Jahren ist Überzeitarbeit nur an Werktagen im Tages- und Abendzeitraum bis längstens 22 Uhr möglich. Sogar in Sonderfällen (Art. 26 der aktuellen ArGV 1) dürfen Jugendliche weder in der Nacht zwischen 22 und 6 Uhr noch an Sonntagen zwischen Samstag 22 Uhr und Montag 6 Uhr Überzeitarbeit leisten.

In Abs. 2 wird festgehalten, dass Jugendliche während der beruflichen Grundbildung nicht zu Überzeit herangezogen werden dürfen. Die einzige vorgesehene Ausnahme betrifft die Leistung von Überzeit zur Behebung einer Betriebsstörung infolge höherer Gewalt (z.B. durch Hochwasser). Jugendliche haben während der beruflichen Grundbildung sehr lange zulässige Arbeitszeiten. Theoretisch ist es nach ArG möglich, je nach Branche, sie bis zu 50 Stunden in der Woche arbeiten zu lassen. Aus diesem Grund erscheint es sinnvoll, sie nicht zusätzlich mit Überzeit zu belasten.

Art. 18 Ärztliches Zeugnis

Diese Bestimmung entspricht dem bisherigen Art. 51 ArGV 1. Sie gibt dem EVD die Kompetenz – nach Einholung des Gutachtens der EAK – die Ausübung bestimmter Arbeiten durch Jugendliche von einer medizinischen Untersuchung und dem Vorweisen eines ärztlichen Zeugnisses abhängig zu machen. Ein Beispiel für eine solche medizinische Untersuchung könnte die Untersuchung auf Mehlallergie bei Lernenden der Bäckereibranche sein. Ob eine solche Regelung für bestimmte Berufe einzuführen ist, wird zu prüfen sein.

Art. 19 Pflicht des Arbeitgebers zur Information und Anleitung

Dieser Artikel setzt die in Art. 48 ArG verankerte Informationspflicht der Arbeitgeber um. Die Formulierung trägt einem besonderen Bedürfnis der Jugendlichen Rechnung, die Risiken und Gefahren nicht wie Erwachsene wahrnehmen.

Art. 20 Eidgenössische Arbeitskommission

Entsprechend dem Übereinkommen Nr. 182 der IAO (SR 0.822.728.2) soll die EAK die Liste der gefährlichen Arbeiten mindestens alle fünf Jahre überprüfen. Da die EAK eine beratende Funktion hat, muss nach Art. 4 Abs. 3 die formelle Kompetenz zur Überprüfung Aufgabe des SECO sein, das dem EVD entsprechend Antrag stellen wird.

Art. 21 Zusammenarbeit zwischen dem SECO, dem BBT und der SUVA

Es besteht im internationalen Umfeld Konsens darüber, dass der Schutz der Gesundheit und Sicherheit bei der Arbeit integrierender Bestandteil der beruflichen Ausbildung sein muss.

Die zu treffenden Massnahmen sind aufgrund der berufsspezifischen Gefahren zu ermitteln und festzulegen.

Das SECO wird die von den Branchenverbänden (unter Mitarbeit von Spezialistinnen und Spezialisten der Arbeitssicherheit und der SUVA) und dem BBT erarbeiteten Ausbildungsgänge auf diese Aspekte hin überprüfen und setzt sich dafür ein, dass die Anliegen des Gesundheitsschutzes und der Arbeitssicherheit in die Lektionentafeln der Ausbildungsgänge einfließen. Im Gegenzug wird das BBT bei der Erarbeitung der Departementsverordnungen beigezogen (vgl. oben ad Art. 14).

Art. 22 Änderung bisherigen Rechts

Die Bestimmungen der Verordnung 1 über den Jugendarbeitsschutz werden aufgehoben, da sie durch die Verordnung ersetzt werden.

Art. 23 Inkrafttreten

Die Verordnung tritt zusammen mit dem revidierten Art. 29 Abs. 1 des Arbeitsgesetzes am 1. Januar 2008 in Kraft.

Eidgenössischer Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragter

Leitfaden für die Bearbeitung von Personendaten im Arbeitsbereich. Bearbeitung durch private Personen (Fassung vom August 2009)³

1. Einleitung: Datenschutz am Arbeitsplatz

Das Bundesgesetz über den Datenschutz vom 19. Juni 1992 (DSG), dessen Revision am 1. Januar 2008 in Kraft getreten ist, regelt unter anderem die Bearbeitung von Personendaten durch Privatpersonen. Dazu gehört auch die Bearbeitung von Daten über Angestellte durch Arbeitgeber/-innen.

Dieser Leitfaden richtet sich sowohl an Angestellte wie auch Arbeitgeber und -geberinnen und beantwortet zum Beispiel folgende Fragen:

- Welche Daten dürfen Arbeitgeber/-innen bearbeiten?
- Wie müssen sie mit diesen Daten umgehen?
- Müssen sie den Angestellten Auskunft über diese Datenbearbeitung erteilen?
- Müssen sie ihre Personaldatensammlung registrieren lassen?
- Wie lange dürfen sie Daten aufbewahren?

Im ersten Teil werden die für den Datenschutz im Arbeitsverhältnis wichtigen rechtlichen Bestimmungen dargestellt. Danach folgen Erläuterungen zu konkreten Datenbearbeitungen, angefangen bei der Stellenwerbung über die Anstellung bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Schliesslich wird der Einsatz von Überwachungs- und Kontrollsystemen am Arbeitsplatz näher geprüft. Über die aktuelle Problematik des Gebrauchs von Internet und E-Mail am Arbeitsplatz und unter welchen Bedingungen der/die Arbeitgeber/-in diesen überwachen darf, besteht ein separater Leitfaden, der auf der Website www.derbeauftragte.ch eingesehen werden kann.

2. Bearbeitung von Personendaten im Allgemeinen

In diesem Abschnitt werden die wichtigsten rechtlichen Bestimmungen erläutert, die für Fragen des Datenschutzes am Arbeitsplatz relevant

³ Aus www.edoeb.admin.ch > Dokumentation > Datenschutz > Leitfäden > Bearbeitung von Personendaten im Arbeitsbereich

sind. Dies sind insbesondere das Datenschutzgesetz sowie der Art. 328b des Obligationenrechts.

2.1 Das Datenschutzgesetz

Für die Datenbearbeitung durch private Arbeitgeber/-innen sind vor allem die allgemeinen Bearbeitungsgrundsätze (Art. 4–7), die Bestimmungen über das Auskunftsrecht (Art. 8 und 9) und die Bestimmungen über das Bearbeiten von Personendaten durch Privatpersonen (Art. 12–15) von Bedeutung.

2.1.1 Allgemeine Bearbeitungsgrundsätze

Das DSG enthält in den Art. 4 bis 7 die Grundsätze, die der Arbeitgeber beachten muss, wenn er Personendaten bearbeitet.

Daten dürfen nur rechtmässig erhoben werden. Dies bedeutet, dass sie nicht durch Drohung oder Täuschung oder ohne das Wissen der Betroffenen beschafft werden dürfen. Die Bearbeitung der Daten hat nach Treu und Glauben zu erfolgen, d.h. sie muss für den Einzelnen erkennbar sein. Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit muss ebenfalls eingehalten werden, der besagt, dass im einzelnen Fall zwar so viele Daten wie nötig, gleichzeitig aber so wenige wie möglich zu bearbeiten sind.

Die Beschaffung von Personendaten und insbesondere der Zweck ihrer Bearbeitung müssen für die betroffene Person erkennbar sein. Das Erfordernis der Erkennbarkeit, das mit der Revision des DSG eingeführt wurde, konkretisiert den Grundsatz von Treu und Glauben und bezweckt somit die Erhöhung der Transparenz einer Datenbearbeitung. Dieser Grundsatz bedeutet, dass es für die betroffene Person unter normalen Umständen erkennbar sein muss, dass Daten, die sie betreffen, beschafft wurden oder möglicherweise beschafft werden (Voraussehbarkeit). Sie muss insb. den Zweck der Datenbearbeitung kennen oder feststellen können, dass der Zweck bei der Beschaffung angegeben wurde oder aus den Umständen ersichtlich ist.

Weitere allgemeine Grundsätze der Datenbearbeitung verlangen, dass nur richtige Daten bearbeitet werden und dass sie nur zu dem Zweck bearbeitet werden dürfen, der bei der Beschaffung angegeben wurde. Bei der Datenbekanntgabe ins Ausland muss sichergestellt werden, dass die Persönlichkeit der betroffenen Personen nicht gefährdet wird. In bestimmten Fällen muss die Bekanntgabe dem Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten vorher gemeldet werden.

Schliesslich verlangt das DSG auch, dass Personendaten durch angemessene technische und organisatorische Massnahmen gegen unbefugtes

Bearbeiten geschützt werden. Dies bedeutet zum Beispiel, dass nur berechtigte Personen auf eine Datenbank Zugriff haben dürfen.

Einzelheiten zu diesen verschiedenen Punkten finden Sie in weiteren Leitfäden des Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten, namentlich dem Leitfaden für Datenbearbeitungen im privaten resp. im öffentlichen Bereich oder im Leitfaden zu den technischen und organisatorischen Massnahmen.

2.1.2 Bearbeiten von Daten durch private Personen

Art. 12 DSG besagt, dass die Bearbeitung von Personendaten durch private Personen gestattet ist, wenn dabei die Persönlichkeit der betroffenen Person nicht widerrechtlich verletzt wird. Eine widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung liegt vor, wenn Daten bearbeitet werden, obschon einer der im vorangehenden Kapitel aufgezählten allgemeinen Grundsätze verletzt wird oder wenn die betroffene Person die Bearbeitung ausdrücklich untersagt hat. Ebenfalls von einer widerrechtlichen Persönlichkeitsverletzung spricht man, wenn Persönlichkeitsprofile oder besonders schützenswerte Daten, wie Angaben über politische Ansichten oder über die Gesundheit, ohne Rechtfertigungsgrund an Dritte weitergegeben werden. Keine widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung liegt hingegen vor, wenn die betroffene Person die Daten allgemein zugänglich gemacht und eine Bearbeitung nicht ausdrücklich untersagt hat.

Die Bearbeitung von Personendaten ist erlaubt, wenn man einen Rechtfertigungsgrund hat. Solche Gründe sind die Einwilligung der betroffenen Person, ein überwiegendes privates oder öffentliches Interesse oder ein Gesetz (Art. 13 Abs. 1). Art. 13 zählt weitere Fälle auf, in denen ein überwiegendes Interesse der bearbeitenden Person gegeben sein kann. Ob dies im Einzelfall zutrifft, hat der Richter zu entscheiden.

Für den Arbeitsbereich bedeutet dies, dass der Arbeitgeber ein überwiegendes Interesse an der Bearbeitung arbeitsrelevanter Daten im Rahmen von Art. 328b OR hat.

2.1.3 Verantwortung

Verantwortlich für die Einhaltung der Datenschutzvorschriften ist der Inhaber der Datensammlung, also diejenige Person, die über den Zweck und den Inhalt einer Datensammlung entscheidet (Art. 3 Bst. i). Das gilt auch, wenn das Bearbeiten der Daten Dritten – zum Beispiel einem Rechenzentrum – übertragen wird. Der Auftraggeber hat dafür zu sorgen, dass die Daten nur so bearbeitet werden, wie er selbst es tun dürfte (Art. 14 Abs. 1 Bst. a).

Dies gilt auch, wenn eine Unternehmensgruppe die Personalverwaltung ganz oder teilweise einer ihrer Filialen überträgt. Die Filialen gelten nach Datenschutzrecht als Dritte.

2.1.4 Folgen einer Persönlichkeitsverletzung

Art. 15 DSG sieht die Klagen und Massnahmen zum Schutz der Persönlichkeit vor. Die Betroffenen können verlangen, dass Daten über sie berichtigt oder vernichtet werden oder dass die Bekanntgabe an Dritte gesperrt wird. Ausserdem stehen den Betroffenen Schadenersatz- und Genugtuungsklagen zur Verfügung.

Der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte kann von sich aus oder auf Meldung Dritter hin den Sachverhalt näher abklären und gegebenenfalls eine Empfehlung gegen einen fehlbaren Inhaber einer Datensammlung erlassen, wenn Bearbeitungsmethoden geeignet sind, die Persönlichkeit einer grösseren Anzahl von Personen zu verletzen (Art. 29 Abs. 1 Bst. a DSG).

Den Betroffenen stehen auch strafrechtliche Mittel zur Verfügung, um gegen Verletzungen der beruflichen Schweigepflicht vorzugehen (Art. 35 DSG).

Vorbehalten bleiben ebenfalls die Rechtsmittel gemäss Arbeitsgesetz (ArG, vgl. insb. Art. 59).

2.2 Das Obligationenrecht

2.2.1 Der Schutz der Persönlichkeit der Angestellten

Nach Art. 328 Abs. 1 Obligationenrecht (OR) hat der Arbeitgeber im Arbeitsverhältnis die Persönlichkeit der Angestellten zu schützen und zu achten. Aus dieser Bestimmung wird eine allgemeine Fürsorgepflicht des Arbeitgebers gegenüber den Angestellten hergeleitet, die das Gegenstück zur Treuepflicht der Angestellten gegenüber dem Arbeitgeber (Art. 321a OR) darstellt. Der Arbeitgeber hat alle Eingriffe in die Persönlichkeit der Angestellten zu unterlassen, die nicht durch den Arbeitsvertrag gerechtfertigt sind, und im Rahmen des Arbeitsverhältnisses entsprechende Eingriffe von Vorgesetzten, Mitarbeiter/-innen oder Dritten abzuwehren.

Die Fürsorgepflicht – auch umschrieben als Pflicht, alles zu unterlassen, was den berechtigten Interessen der Angestellten schaden könnte – führt unter anderem zu Einschränkungen bei der Bearbeitung von Daten über die Angestellten durch den Arbeitgeber. Persönliche Verhältnisse, Eigenschaften und Neigungen, die nicht wesentlich die beruflichen Fähigkeiten mitbestimmen, gehen den Arbeitgeber nichts an und dürfen von

diesem weder erfragt noch gespeichert werden (Art. 328b OR). Diese Norm darf nicht dadurch umgangen werden, dass Dritten (z.B. Assessment-Firmen) Datenbearbeitungen übertragen werden, die der Arbeitgeber selbst nicht tun dürfte (Art. 10a Abs. 1 lit. a DSG).

Der gleiche Art. 328 OR überträgt dem Arbeitgeber auch die Pflicht, die Angestellten über ihre Rechte zu informieren. So muss er sie über Voraussetzungen und Umfang betrieblicher Sozialleistungen sowie über die zur Verfügung stehenden Sozialeinrichtungen informieren. Ebenso hat er sie über die ihnen nach Datenschutzgesetz zustehenden Rechte, namentlich das Auskunftsrecht, zu unterrichten.

2.2.2 Beschränkung der Datenbearbeitung

Gleichzeitig mit dem Datenschutzgesetz trat speziell für das Arbeitsverhältnis Art. 328b OR in Kraft. Dieser Artikel konkretisiert die in Art. 4 DSG enthaltenen allgemeinen Grundsätze der Datenbearbeitung, insbesondere den Grundsatz der Verhältnismässigkeit. Der Arbeitgeber kann demnach nur in zwei Fällen und nur in einem bestimmten Umfang Daten über Angestellte bearbeiten:

- Vor dem Abschluss eines Arbeitsvertrags und während seiner Durchführung dürfen Daten über Bewerbende bearbeitet werden, um abzuklären, ob sie für die betreffende Arbeitsstelle geeignet sind.
- Während der Anstellung dürfen diejenigen Daten über Angestellte bearbeitet werden, die für die Durchführung des Arbeitsverhältnisses erforderlich sind.

Von Art. 328b OR darf zu Ungunsten der Arbeitnehmer/-innen unter keinen Umständen abgewichen werden, auch nicht mit Einwilligung der Angestellten (Art. 362 OR).

2.3 Weitere Bestimmungen

Weitere Bestimmungen, insbesondere über die Bekanntgabe von Daten durch den Arbeitgeber an Behörden sind in Spezialgesetzen enthalten wie zum Beispiel im AHV-Recht. In der Verordnung 3 zum Arbeitsgesetz von 1993 findet sich eine wichtige Bestimmung über die Überwachung von Angestellten (siehe Kapitel 4).

Unter Umständen können durch den Arbeitgeber auch strafrechtliche Bestimmungen verletzt werden, insbesondere im Zusammenhang mit der Verletzung des Geheim- und Privatbereiches (Art. 179 ff. StGB).

3. Welche Datenbearbeitungen sind erlaubt?

In diesem Abschnitt wird auf die einzelnen Etappen im Verhältnis Angestellte – Arbeitgeber/-in eingegangen, angefangen beim Bewerbungsverfahren, über die Zeit der eigentlichen Anstellung bis zu deren Abschluss. Allgemein ist festzuhalten, dass sowohl anlässlich des Bewerbungsverfahrens als auch während des Arbeitsverhältnisses und nach dessen Beendigung bestimmte besonders schützenswerte Personendaten und Persönlichkeitsprofile über den Arbeitnehmer bearbeitet werden können.

3.1 Das Bewerbungsverfahren

3.1.1 Stelleninserate

Stellenangebote werden zum Teil ohne Bezeichnung des Arbeitgebers oder der Personalrekrutierungsfirma, nur unter Chiffre, in einem Inserat ausgeschrieben. Für Personalvermittlungs- und -verleihfirmen ist dieses Vorgehen nicht erlaubt. Sie müssen bei der öffentlichen Ausschreibung von Arbeitsangeboten und Stellengesuchen Namen und genaue Adresse des Vermittlers oder Verleihers angeben (Art. 7 Abs. 1 und Art. 18 Abs. 1 des Arbeitsvermittlungsgesetzes; AVG). Personalverleiher müssen zudem in der Ausschreibung darauf hinweisen, dass die Arbeitnehmer/-innen beim Personalverleih angestellt werden (Art. 18 Abs. 1 AVG).

Der Verlag der Zeitung oder die Inserierungsfirma muss Personen, die sich auf ein Inserat gemeldet haben, die Identität des Arbeitgebers mitteilen, wenn dieser trotz wiederholter Aufforderung Ersterer die Bewerbungsunterlagen nicht retourniert. Nur unter dieser Voraussetzung können die Bewerber/-innen ihr Auskunftsrecht geltend machen.

3.1.2 Bewerbungsunterlagen und -gespräche

Bewerbungsunterlagen dürfen nur von den zuständigen Personen, in der Regel die Personalabteilung oder der zuständige Vorgesetzte, eingesehen werden.

Der Arbeitgeber darf bei der Bewerbung nur diejenigen Angaben verlangen, die er zur Abklärung der Eignung für das konkrete Arbeitsverhältnis unter Berücksichtigung der Art des Betriebes benötigt. Es dürfen also nur Bewerbungsunterlagen verlangt oder Fragen gestellt werden, die sich darauf beziehen. Zum Beispiel darf nach Vorstrafen nur gefragt werden, wenn dies für die zu besetzende Stelle von Bedeutung ist. Für eine Tätigkeit als Kassier kann also gefragt werden, ob jemand wegen Unterschla-

gung vorbestraft ist. Eine allgemeine Frage nach Vorstrafen bei jeder offenen Stelle geht zu weit.

Im Allgemeinen sind Fragen nach Ausbildung, beruflichem Werdegang und weiteren beruflichen Perspektiven erlaubt. Fragen nach dem Einkommen, einer allfälligen Verschuldung, bestehenden Krankheiten oder einer Schwangerschaft sind hingegen nur zulässig, wenn dies für das in Aussicht stehende Arbeitsverhältnis aus besonderen Gründen erforderlich ist.

Insbesondere die Frage nach einer Schwangerschaft stellt eine geschlechtsspezifische Diskriminierung dar und ist unzulässig, ausser wenn eine gesundheitliche Gefährdung für die Schwangere oder das ungeborene Kind besteht oder wenn die Schwangerschaft dazu führt, dass die Arbeit nicht geleistet werden kann, wie zum Beispiel bei Mannequins oder bei Tänzerinnen. Über die Problematik der Gleichstellung zwischen Frau und Mann besteht ein Merkblatt, welches auf der Website www.derbeauftragte.ch eingesehen werden kann.

Fragen nach der Herkunft, der Zugehörigkeit zu Vereinen und Verbänden – zum Beispiel zu einer Gewerkschaft – nach der Religion, der Weltanschauung oder der politischen Einstellung dürfen nur gestellt werden, wenn das Unternehmen eine entsprechende ideelle Zielsetzung hat.

Fragen, die nicht mit der ausgeschriebenen Stelle im Zusammenhang stehen, brauchen Bewerbende nicht zu beantworten. Da es in der Regel nicht möglich ist, eine Frage zurückzuweisen, haben sie sogar das Recht, falsche Antworten zu geben, damit ihnen kein Nachteil entsteht (sogenanntes «Notwehrrecht der Lüge»). Die falsche Beantwortung einer unerlaubten Frage führt deshalb nicht dazu, dass der Vertrag wegen absichtlicher Täuschung (Art. 28 Abs. 1 OR) angefochten werden kann.

Um sich gegen unerlaubte Fragen zu wehren, stehen den Bewerbenden die Rechtsmittel gemäss Kapitel 2.1.4 zur Verfügung.

Wenn der neue Arbeitgeber Auskünfte bei Dritten – zum Beispiel beim aktuellen oder beim bisherigen Arbeitgeber – einholen will, muss er zuerst die Zustimmung der betroffenen Person bekommen. Selbstverständlich darf auch der ehemalige bzw. aktuelle Arbeitgeber ohne Einwilligung der (ehemaligen) Angestellten keine Auskünfte an den potentiellen neuen Arbeitgeber erteilen. Diese Gespräche dürfen sich nur auf Angaben beziehen, die für die betreffende Tätigkeit wesentlich sind, zum Beispiel auf Leistung und Verhalten der Angestellten am alten Arbeitsplatz. Der bisherige Arbeitgeber darf insbesondere keine Einsicht in die Personalakte gewähren und die Bedingungen des Arbeitsvertrages nicht bekannt geben, da dadurch die Position der Bewerbenden erheblich geschwächt werden kann.

Bewerbende haben eine Informationspflicht gegenüber dem Arbeitgeber. Sie müssen alle zulässigen Fragen wahrheitsgemäss beantworten. Angaben über absolut notwendige Eigenschaften, die vom Arbeitgeber vorausgesetzt werden dürfen, müssen Bewerbende auch ungefragt mitteilen. Dazu gehören z.B. Angaben über den Fahrausweisentzug eines Chauf-

feurs zur Zeit des Stellenantritts oder über bevorstehende, längere Spitalaufenthalte kurz nach Stellenantritt.

Wenn Bewerbende falsche Angaben machen oder wichtige Angaben verschweigen, kann der Arbeitsgeber den Vertrag rückwirkend anfechten und auf Schadenersatz klagen.

3.1.3 Einstellungstests

Im Bewerbungsverfahren ist – sowohl im Interesse des Arbeitgebers, aber auch aus Fairness gegenüber den Bewerbenden – darauf zu achten, dass nur objektive, zuverlässige und gültige Resultate berücksichtigt werden. Deshalb sind Einstellungstests wie graphologische Gutachten, psychologische Leistungstests, Beurteilungen durch Assessment Centers, Persönlichkeitstests oder biologische Fragebogen nur erlaubt, wenn sie dem angestrebten Zweck dienen und von Fachleuten durchgeführt und ausgewertet werden.

Das Verfahren darf die Persönlichkeit der Bewerbenden nicht verletzen, zum Beispiel durch Fragen, welche die Intimsphäre, persönliche Meinungen oder Gesundheitsangaben betreffen.

Einstellungstests dürfen nur mit der Zustimmung der Bewerbenden durchgeführt werden. Zudem müssen sie nachvollziehen können, was mit der Auswahlmethode festgestellt werden soll und inwiefern ein Zusammenhang mit der Ausbildung oder Tätigkeit besteht. Nur so können sie frei entscheiden, ob sie sich dem Beurteilungsverfahren unterziehen wollen und welche Informationen sie über ihre Person offen legen wollen. Schliesslich muss die betroffene Person die Testergebnisse einsehen können.

Falls ein graphologisches Gutachten angefertigt wird, so ist schon bei der Stellenausschreibung ausdrücklich darauf hinzuweisen und es ist nicht einfach ein eventueller handschriftlicher Brief dazu zu verwenden. Nur so haben die Bewerbenden die Möglichkeit, ihre Einwilligung dazu zu verweigern.

3.1.4 Gesundheitsfragebogen/Versicherungen

Die Bewerbenden müssen solche Fragebogen vielfach ausfüllen, damit zum Beispiel die Taggeldversicherung prüfen kann, unter welchen Bedingungen sie aufgenommen werden können. Der Arbeitgeber darf zu diesen Unterlagen keinen Zugang haben.

Wenn eine Betriebskrankenkasse besteht, ist auf eine strikte personale und funktionelle Trennung zwischen dem Personaldienst und dem Verwaltungspersonal der Betriebskasse zu achten. Dies gilt auch für die Bearbei-

tung von Versicherungsdaten während der Dauer des Arbeitsverhältnisses und nach dessen Beendigung (siehe Kapitel 3.2 und 3.3).

3.1.5 Ärztliche Eignungsgutachten

Der Arbeitgeber darf sich nicht selbst über den Gesundheitszustand der Bewerbenden erkundigen. Er darf aber die Eignung für das Arbeitsverhältnis aus gesundheitlicher Sicht durch einen Arzt abklären lassen.

Findet eine ärztliche Untersuchung statt, so ist der Arzt durch die Schweigepflicht gebunden. Er darf dem Arbeitgeber lediglich Aussagen über die Tauglichkeit der Bewerbenden für die zu besetzende Stelle machen. Hingegen darf er ihm keine Diagnose weitergeben. Dies gilt auch, wenn die ärztliche Untersuchung vom Betriebsarzt vorgenommen wird.

3.1.6 Genetische Untersuchungen

Der Arbeitgeber darf nicht verlangen, dass die Bewerbenden sich einer genetischen Untersuchung unterziehen. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz besteht nur, wenn die betroffene Person sich für eine Stelle bewirbt, welche eine Gefährdung Dritter beinhaltet und nur wenn eine genetische Untersuchung zweifelsfrei feststellen kann, ob die Anstellung der betroffenen Person ein direktes Sicherheitsrisiko zur Folge hätte. Auch in diesem Fall darf die genetische Untersuchung nur mit der ausdrücklichen Zustimmung der Bewerbenden durchgeführt werden. Die Resultate der Untersuchung dürfen nur der betroffenen Person mitgeteilt werden.

3.1.7 Drogentests bei Lehrlingen

Ein Drogentest ist nur gerechtfertigt, wenn die Sicherheitsinteressen im Vergleich zum Persönlichkeitsschutz überwiegen und der Lehrling eingewilligt hat. In diesen Fällen hat der Arbeitgeber das Recht, einen Test durchführen zu lassen. Der Arzt darf aber dem Arbeitgeber nur darüber Auskunft geben, ob der Lehrling für die zu besetzende Stelle tauglich ist; er ist nicht berechtigt, Angaben über einen allfälligen Drogenkonsum zu machen.

Die Durchführung eines Tests entbindet den Arbeitgeber nicht von der Pflicht, die nötigen Massnahmen zu treffen, um die Sicherheit am Arbeitsplatz zu gewährleisten. Diese Drogentests sind also nur eine Zusatzmassnahme.

Der Lehrling muss im Voraus über den Zweck und die Folgen der Drogentests informiert werden. Willigt er nicht ein, so kann er nicht zum

Test gezwungen werden. Er muss jedoch davon ausgehen, dass er die im Vertrag vorgesehenen Konsequenzen zu tragen hat. Zu betonen ist, dass die Einwilligung aus freien Stücken, unmissverständlich und ausdrücklich erfolgen muss und nur dann gültig ist, wenn der Lehrling über den Zweck und die Folgen der Drogentests informiert worden ist.

Die Einwilligung allein ist kein genügender Rechtfertigungsgrund für die Durchführung eines Drogentests: Wenn nämlich die Sicherheitsinteressen im Vergleich zum Persönlichkeitsschutz nicht überwiegen, hat der unbedingte Schutz der Persönlichkeit Vorrang vor allen anderen Interessen des Arbeitgebers, und die Drogentests stellen eine unverhältnismässige Verletzung der Persönlichkeit des Lehrlings dar, namentlich weil die Sicherheit durch andere Massnahmen ebenso wirksam gewährleistet werden kann.

3.1.8 Personalvermittlung und -verleih

Personalvermittlungs- und -verleihfirmen (vgl. Verzeichnis auf der Website des Staatssekretariats für Wirtschaft www.admin.ch/seco) dürfen Daten über Stellensuchende und Angestellte grundsätzlich nur mit deren Zustimmung bearbeiten (Art. 19 Abs. 1 und 47 Abs. 1 der Arbeitsvermittlungsverordnung; AVV) und nur, soweit und solange sie für die Vermittlung bzw. Verleihung erforderlich sind. Stellenvermittlungen müssen die Daten ihrer Kunden geheim halten (Art. 7 Abs. 3 AVG).

Eine Zustimmung der Betroffenen ist insbesondere notwendig, wenn Daten an andere Geschäftsniederlassungen oder rechtlich unabhängige Geschäftspartner weitergegeben, wenn Gutachten und Referenzen eingeholt oder Daten ins Ausland bekannt gegeben werden (Art. 19 Abs. 1 und Art. 47 Abs. 1 AVV). Wenn Stellenverleih- resp. -vermittlungsfirmen Daten weiter bearbeiten wollen, die nicht im direkten Zusammenhang mit einem Einsatz stehen, brauchen sie die ausdrückliche Einwilligung der Angestellten.

Keine Zustimmung wird benötigt, wenn die Daten an Mitarbeiter/-innen der eigenen Geschäftsniederlassung weitergegeben werden, an einen Kunden bzw. Einsatzbetrieb, im Hinblick auf einen Vertragsabschluss oder an einen grösseren Kreis möglicher Kunden bzw. Einsatzbetriebe, sofern die bekannt gegebenen Daten keinen Rückschluss auf die Identität der stellensuchenden Person oder des Arbeitgebers zulassen (Art. 19 Abs. 2 und 47 Abs. 2 AVV).

3.1.9 Nichtanstellung

Wenn ein Anstellungsverfahren abgeschlossen ist, müssen die Unterlagen der nicht berücksichtigten Bewerber und Bewerberinnen zurückgegeben und allfällige Kopien vernichtet werden. Zurückbehalten darf der Arbeitgeber einzig die Unterlagen, die ihm gehören, wie Bewerbungsschreiben, Personalfragebögen, graphologische Gutachten und Referenzauskünfte, wobei all diese, wie auch gesundheitliche Daten, vernichtet werden müssen.

Nur mit der Zustimmung der Bewerbenden dürfen Unterlagen für eine bestimmte, im Voraus festgelegte Dauer aufbewahrt werden, wenn anzunehmen ist, dass sie demnächst wieder gebraucht werden.

3.2 Während des Arbeitsverhältnisses

3.2.1 Personaldossier

Während der Dauer des Arbeitsverhältnisses wird über die Angestellten ein Personaldossier geführt. Es darf nur Daten enthalten, die für die Durchführung des Arbeitsverhältnisses erforderlich sind. Unzulässig sind sogenannte «graue» Dossiers, inoffizielle parallele Personaldossiers mit «vertraulichen», der betroffenen Person nicht zugänglichen Informationen.

Die wichtigsten Daten im Personaldossier sind Personalien und Adressdaten, Bewerbungsunterlagen, Referenzauskünfte, graphologische Gutachten, Testunterlagen, Arbeitsvertrag, Angaben über Arbeitsausfälle und Ferien, Lohn- und Versicherungsdaten, Beurteilungen, Weiterbildung und Laufbahnplanung, Disziplinar massnahmen (Verwarnungen, Verweise, Bussen), Korrespondenzen zwischen Arbeitgeber und Angestellten, Aktennotizen über besondere Vorkommnisse, Registerauszüge und Arztzeugnisse. Das Personaldossier sollte einer regelmässigen Triage – in der Regel jedes zweite Jahr – unterzogen und die nicht mehr benötigten Unterlagen entfernt werden. Die Daten des Personaldossiers dürfen nur durch den Personaldienst bearbeitet und nur an jene Stellen gelangen, die daran ein berechtigtes, auf den Arbeitsplatz bezogenes Interesse haben.

3.2.2 Anmeldepflicht für Personaldatensammlungen

Der Arbeitgeber muss Personaldatensammlungen unter bestimmten Voraussetzungen beim Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten anmelden (Art. 11 Abs. 3 DSG). Eine Anmeldepflicht besteht grundsätzlich, wenn regelmässig besonders schützenswerte Personendaten oder Persönlichkeitsprofile (Art. 3 Bst. c und d DSG) bearbeitet werden.

Dies ist im Arbeitsverhältnis meist der Fall. Auch wenn regelmässig Daten über die Angestellten an Dritte bekannt gegeben werden, ist eine Anmeldung erforderlich.

Keine Anmeldepflicht besteht, wenn in den Personaldossiers nur Daten enthalten sind, für deren Bearbeitung durch den Arbeitgeber eine gesetzliche Pflicht besteht (zum Beispiel Daten, die für die AHV oder für obligatorische Versicherungen erhoben werden müssen).

3.2.3 Auskunftsrecht

Angestellte haben ein Recht auf Auskunft über den Inhalt ihres Personaldossiers. Wird ein Auskunftsgesuch gestellt (Art. 8 Abs. 1 DSG), so darf die Auskunft nur ausnahmsweise und nur in begründeten Fällen beschränkt, verweigert oder aufgeschoben werden (Art. 9 Abs. 4 DSG). Wegen überwiegender Interessen des Arbeitgebers haben die Angestellten keinen Anspruch auf Auskunft bzw. Einsichtnahme in Notizen des Arbeitgebers, die zu rein persönlichen Zwecken erstellt worden sind und Dritten nicht bekannt gegeben werden, in Unterlagen zur Personal- und Karriereplanung und in solche über laufende Verfahren.

Personaldossiers müssen so geführt werden, dass den Angestellten grundsätzlich über alles Auskunft erteilt werden kann und die Beschränkung des Auskunftsrechts nur aufgrund aussergewöhnlicher Umstände erforderlich ist. Eine solche Beschränkung ist nur erlaubt, um eigene überwiegende Interessen oder überwiegende Interessen von Drittpersonen zu schützen (Art. 9 Abs. 1 Bst. b und Abs. 3 DSG). So kann zum Beispiel der Name des Verfassers eines graphologischen Gutachtens abgedeckt werden, wenn es seine Interessen erfordern.

3.2.4 Berichtigungsrecht

Der Arbeitgeber darf über die Angestellten nur richtige Daten bearbeiten. Er hat die Pflicht, sich regelmässig zu vergewissern, ob die Daten korrekt sind.

Stellen die Angestellten fest, dass in einem Personaldossier falsche Angaben enthalten sind, so können sie verlangen, dass diese berichtigt werden (Art. 5 DSG). Sind Angaben enthalten, die der Arbeitgeber nicht erheben oder verwenden darf, so kann ihre Löschung verlangt werden.

Meinungsäusserungen in Zeugnissen und Personalbeurteilungen sind ebenfalls auf ihre Richtigkeit hin zu überprüfen und nötigenfalls zu berichtigen. Es sind drei Fälle zu unterscheiden:

- Rein subjektive Wertungen, wie «diese Person ist mir unsympathisch»: Diese können nicht auf ihre Richtigkeit überprüft werden und

gehören deshalb nicht in eine Personalakte, da sie für die Beurteilung der betreffenden Person nicht zweckdienlich sind.

- Subjektive Beurteilungen, die auf objektiven Kriterien beruhen, wie «erfüllt die geforderten Leistungen nicht, ist faul, unzuverlässig»: Hier bleibt die Beurteilung zwar subjektiv, es kann jedoch überprüft werden, ob sie auf objektiven Kriterien beruht und für Dritte nachvollziehbar ist. Wenn ja, ist sie als richtig einzustufen, sonst muss sie berichtigt werden.
- Beurteilungen, deren Richtigkeit nicht immer dargelegt werden kann, wie «könnte mehr leisten»: Bestreitet die betroffene Person, dass die Beurteilung richtig ist, so kann sie verlangen, dass ein entsprechender Vermerk ins Dossier aufgenommen wird (vgl. Art. 15 Abs. 2 DSG).

3.2.5 Bekanntgabe von Daten an Dritte

Die Bekanntgabe von Personendaten durch den Arbeitgeber an Dritte kann schnell zu einer Verletzung der Persönlichkeit führen und ist mit Vorsicht zu handhaben.

Grundsätzlich darf der Arbeitgeber ohne die Einwilligung der betroffenen Person keine Auskunft an Dritte erteilen. Dies gilt auch, wenn eine andere Stelle innerhalb einer Unternehmensgruppe oder nach einer Kündigung ein potentieller neuer Arbeitgeber Auskunft erhalten wollen.

Nur wenn eine gesetzliche Pflicht besteht, Daten weiterzugeben, wie zum Beispiel für die AHV, dürfen die Daten auch ohne Einwilligung der betroffenen Person bekannt gegeben werden. Grundsätzlich unzulässig ist die Bekanntgabe von besonders schützenswerten Personendaten und Persönlichkeitsprofilen (Art. 12 Abs. 2 Bst. c DSG).

Die verbreitete Praxis, zum Beispiel an Vermieter oder Kreditkartenorganisationen Auskünfte über das Einkommen Angestellter zu erteilen, verstösst gegen das Gesetz. Solche Auskünfte sind grundsätzlich direkt bei den betroffenen Personen einzuholen.

Personendaten dürfen nicht ins Ausland bekannt gegeben werden, wenn dadurch die Persönlichkeit der betroffenen Personen schwerwiegend gefährdet würde, namentlich weil eine Gesetzgebung fehlt, die einen angemessenen Schutz gewährleistet.

Fehlt also eine solche Gesetzgebung, können Personendaten ins Ausland nur bekannt gegeben werden, wenn eine der Voraussetzungen gemäss Art. 6 Abs. 2 DSG (z.B. die Einwilligung der betroffenen Person, ein Datenschutzvertrag oder Datenschutzregeln eines Konzerns) erfüllt ist. Der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte muss über die Garantien nach Art. 6 Abs. 2 lit. a und die Datenschutzregeln nach Art. 6 Abs. 2 lit. g informiert werden.

Genauere Angaben über die Regeln bei der Datenübermittlung ins Ausland sind in unseren Erläuterungen und im Kurzkomentar auf der Webseite www.derbeauftragte.ch zu finden.

3.3 Nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses

3.3.1 Aufbewahrung

Nach Beendigung einer Anstellung dürfen nur diejenigen Daten aufbewahrt werden, die weiterhin erforderlich sind. Dazu gehören Daten, die aufgrund einer gesetzlichen Pflicht aufbewahrt werden müssen, und Daten, deren Aufbewahrung im Interesse der Angestellten liegt, wie zum Beispiel Unterlagen, die benötigt werden, um ein Zeugnis auszustellen. Daten können auch im Hinblick auf hängige Rechtsstreitigkeiten aufbewahrt werden, soweit der Arbeitgeber sie dazu benötigt.

Die Aufbewahrungsdauer ist je nach Datenkategorie einzeln festzulegen. Für den Regelfall empfiehlt sich eine Frist von 5 Jahren, die in Ausnahmefällen – zum Beispiel, wenn das Gesetz dies vorsieht – auf 10 Jahre verlängert werden kann. Im Übrigen sind Daten, sobald sie nicht mehr benötigt werden, zu vernichten.

3.3.2 Personalvermittlung und -verleih

Personalvermittlungen und -verleihe dürfen nach erfolgter Vermittlung oder nach dem Widerruf des Vermittlungsauftrags, respektive nach der Beendigung der Geschäftsbeziehungen Daten über die betroffenen Personen nur weiter bearbeiten, wenn diese dazu ihre schriftliche Zustimmung geben (Art. 19 Abs. 3 und 47 Abs. 3 AVV). Diese kann jederzeit widerrufen werden. Die betroffenen Personen sind auf dieses Recht aufmerksam zu machen (Art. 19 Abs. 4 und 47 Abs. 4 AVV).

3.3.3 Auskunftsrecht

Auch nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses steht den Angestellten das Auskunftsrecht gemäss Art. 8 DSG zu.

4. Überwachungs- und Kontrollsysteme am Arbeitsplatz

4.1 Allgemeines

Unter Überwachungs- und Kontrollsystemen versteht man alle technischen Einrichtungen, durch die einzelne oder mehrere Tätigkeiten oder Verhaltensweisen der Angestellten erfasst werden können.

Systeme, die der Überwachung des Verhaltens von Angestellten am Arbeitsplatz dienen, darf der Arbeitgeber aus Gründen des Gesundheitsschutzes nicht einsetzen (Art. 26 der Verordnung 3 zum Arbeitsgesetz).

Erlaubt ist der Einsatz von Überwachungs- und Kontrollsystemen einerseits aus Sicherheitsgründen und andererseits zur Erfassung der Arbeitsleistung, wie der Registrierung der Anzahl Anschläge pro Tag bei Texterfassungssystemen. Aber auch in diesen Fällen darf der Arbeitgeber die Systeme nur einsetzen, wenn er die betroffenen Angestellten vorgängig informiert hat, und nur in beschränkten Zeiträumen.

Informationen zu dieser Problematik hat das Staatssekretariat für Wirtschaft in einer Wegleitung zur Verordnung 3 zum Arbeitsgesetz publiziert.

4.2 Einige Beispiele

Solche Überwachungs- und Kontrollsysteme können Telefonzentralen, EDV-Systeme oder andere Systeme sein, welche nicht primär der Überwachung des Personals dienen, zu diesem Zweck aber benützt werden können.

Schon kleine, in der Anschaffung günstige Telefonzentralen erlauben heute die Registrierung und Anzeige der ein- und ausgehenden Anrufe samt Teilnehmernummer, der Dauer und der Kosten jedes Gesprächs. Häufig ist auch das Abhören der geführten Telefongespräche ohne Wissen der betroffenen Person problemlos möglich.

Auch bei EDV-Systemen sind zahlreiche Überwachungs- und Kontrollmöglichkeiten vorhanden. Es kann zum Beispiel registriert werden, wann ein Rechner benutzt wird, ob Konfigurationen verändert werden, welche Programme aufgerufen oder verlassen oder welche Aktivitäten innerhalb bestimmter Programme ausgeführt werden (Mutationen von Datensätzen, Anzahl Anschläge pro Minute bei Textverarbeitung usw.). Auch E-Mails können in der Regel problemlos geöffnet und gelesen werden.

Über die aktuelle Problematik des Gebrauchs von Internet und E-Mail am Arbeitsplatz und unter welchen Bedingungen der Arbeitgeber diesen überwachen darf, besteht ein Leitfaden, der auf der Website www.derbeauftragte.ch eingesehen werden kann.

Zu beachten ist, dass auch Systeme wie Kopier- und Fax-Geräte, Zeiterfassungssysteme, Auftragsabwicklungssysteme, Zugangskontrollen oder Zählwerke als Überwachungsinstrumente eingesetzt werden können, zum Beispiel wenn sie mit einer elektronischen Zugangsberechtigung und einem automatischen Zählwerk ausgestattet sind.

4.3 Aufzeichnung von Telefondaten

Die Aufzeichnung von Telefondaten darf nicht dem Zweck dienen, das Verhalten der Mitarbeiter/-innen zu kontrollieren. Für Telefonnummern und Gesprächsinhalt gelten die hier folgenden Grundsätze.

4.3.1 Teilnehmernummern

Eine Aufzeichnung der Teilnehmernummern der aus beruflichen Gründen angewählten Anschlüsse ist erlaubt, sofern sie nicht zur Kontrolle des Verhaltens der Angestellten vorgenommen wird, sondern aus beruflichen Gründen, zum Beispiel, um den Kunden Rechnung zu stellen. Die Angestellten müssen darüber informiert sein.

Wenn gelegentliche private Telefongespräche erlaubt sind, dürfen die angewählten Anschlüsse bzw. die anrufenden Nummern nicht registriert werden. Allenfalls dürfen die Ortskennziffern aufgezeichnet werden.

Wird die Rufnummer automatisch angezeigt, so ist dafür zu sorgen, dass die Anzeige bei Bedarf von beiden Gesprächsteilnehmenden abgeschaltet werden kann. Die Weiterleitung eines Anrufs an einen anderen als den gewählten Anschluss ist rechtzeitig zu signalisieren, damit die anrufende Person die Verbindung unterbrechen kann.

4.3.2 Gesprächsinhalt

Der Inhalt von Telefongesprächen darf nur aus Gründen der Leistungskontrolle, zum Beispiel bei Telefonverkäufen oder zu Schulungszwecken, oder aus Beweissicherungszwecken aufgezeichnet werden. Diese sehr einschneidende Kontrollmassnahme ist nur erlaubt, wenn die Personen, deren Gespräch aufgezeichnet oder mitgehört wird, damit einverstanden sind und jeweils darüber eindeutig und rechtzeitig in Kenntnis gesetzt werden, zum Beispiel durch ein optisches oder akustisches Signal.

Unter keinen Umständen erlaubt sind Kontrollrückrufe zu den angerufenen Teilnehmer/-innen oder das Abhören von Gesprächen zwischen Angestellten, etwa durch eine entsprechend ausgerüstete Gegensprechanlage.

4.3.3 Verbot von Privatgesprächen

Ein Verbot, Privatgespräche zu führen, ist mit anderen Mitteln als durch Überwachung von Telefongesprächen durchzusetzen, zum Beispiel, indem Aussenverbindungen durch eine Zentrale vermittelt werden oder nur von bestimmten Anschlüssen aus möglich sind.

Besteht ein solches Verbot, so muss den Angestellten die Möglichkeit gegeben werden, in dringenden Fällen und während der Pausen von einem unbeaufsichtigten Anschluss aus telefonieren zu können.

Die eidgenössische und die kantonale Datenschutzbehörde haben in diesem Zusammenhang ein Merkblatt über die Telefonüberwachung am Arbeitsplatz veröffentlicht, welches auf der Website www.derbeauftragte.ch eingesehen werden kann.

4.4 Überwachung aus Sicherheitsgründen

Bei Systemen, mit denen eine Überwachung aus Sicherheitsgründen durchgeführt wird, ist darauf zu achten, dass eine für die Angestellten möglichst schonende Vorgehensweise gewählt wird.

So ist zum Beispiel bei der Diebstahlsüberwachung durch Videokameras in einem Warenhaus möglichst zu verhindern, dass die gewählten Bildausschnitte die Angestellten erfassen.

Diese Regel gilt auch für Anlagen, welche der Produktionssteuerung dienen. Ist die Überwachung der betroffenen Person selbst aus Sicherheitsgründen notwendig, etwa um in gefährlichen Situationen eingreifen zu können, so sind alternative Möglichkeiten zu prüfen, wie zum Beispiel das regelmässige Quittieren einer Meldung verbunden mit einem Alarm, der ausgelöst wird, wenn die Quittierung unterbleibt.

4.5 Richtlinien der Internationalen Arbeitsorganisation

Die folgenden Richtlinien (diese Weisungen stützen sich auf die Empfehlung Nr. R [89] 2 des Europarates vom 18. Januar 1989) der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO; A model employment/privacy policy, in: Workers' privacy, Part II: Monitoring and surveillance in the workplace, Conditions of work digest, International Labour Office, Genf 1993, S. 75, Übersetzung: EDÖB, 3003 Bern) verdeutlichen den Grundsatz, dass beim Einsatz von Kontroll- und Überwachungssystemen eine für Angestellte möglichst schonende Vorgehensweise gewählt werden muss.

- Angestellte haben Anspruch auf eine angemessene Privatsphäre am Arbeitsplatz.

- Angestellte wissen, welche elektronischen Überwachungsmethoden verwendet werden und wie der Arbeitgeber die dabei erhobenen Daten verwendet.
- Der Arbeitgeber verwendet elektronische Überwachungsmethoden oder Durchsuchungen von Datensammlungen, Netzwirkommunikation oder E-Mail so wenig wie möglich. Dauernde elektronische Überwachung ist nicht gestattet.
- Angestellte sind an der Entscheidung, wann und wie elektronische Überwachungen oder Durchsuchungen stattfinden, beteiligt.
- Daten werden nur zu klar definierten, mit der Arbeit zusammenhängenden Zwecken erhoben und verwendet.
- Überwachungen und Durchsuchungen ohne vorgängige Information der Angestellten werden nur vorgenommen, wenn ernstzunehmende Anhaltspunkte auf kriminelle Tätigkeiten oder andere Missbräuche hinweisen.
- Die Beurteilung der Leistungen der Angestellten beruht nicht allein auf den Überwachungsergebnissen.
- Angestellte haben das Recht, die bei der elektronischen Überwachung über sie erhobenen Daten einzusehen, zu kritisieren und zu berichtigen.
- Aufnahmen, die für den Zweck, zu dem sie erhoben wurden, nicht mehr benötigt werden, sind zu vernichten.
- Überwachungsdaten, durch die individuelle Angestellte identifiziert werden können, werden nicht an Dritte bekannt gegeben, es sei denn, es bestehe dafür eine gesetzliche Pflicht.
- Angestellte oder zukünftige Angestellte können auf das Recht auf Privatsphäre nicht verzichten.
- Vorgesetzte, welche diese Grundsätze verletzen, müssen mit Disziplinarmaßnahmen oder Entlassung rechnen.

5. *Schlusswort*

Für den Datenschutz am Arbeitsplatz ist in erster Linie der Arbeitgeber/die Arbeitgeberin zuständig, aber auch die Angestellten bzw. die Stellensuchenden können sich vergewissern, dass ihre Daten korrekt bearbeitet und rechtzeitig gelöscht werden.

Datenbearbeitungen müssen sich in angemessenem Rahmen bewegen und verhältnismässig sein. Insbesondere bei den zunehmenden Überwachungsmöglichkeiten ist dies von grösster Wichtigkeit. Gute Arbeit wird in einem Betrieb nur geleistet, wenn ein gewisses Vertrauensverhältnis zwischen Arbeitgeber/-in und Arbeitnehmer/-innen gegeben ist. Deswegen ist es zentral, dass der Arbeitgeber/die Arbeitgeberin die Angestellten immer klar informiert, welche Datenbearbeitungen vorgenommen werden und welche Rechte die Angestellten in diesem Zusammenhang haben.

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 8 janvier 2008, Doss.-No. 4A_464/2007 (Confirmation du jugement de la Cour civile II du Tribunal cantonal du canton du Valais du 8 octobre 2007).

321c CO. Heures supplémentaires. Un agenda électronique peut avoir une force probante suffisante d'autant plus lorsqu'il est accessible, en réseau, à l'ensemble du personnel du bureau (c. 2).

Extraits des faits:

En août 1998, X., courtier indépendant en assurances, a engagé Y., en qualité de secrétaire à mi-temps. Celle-ci collaborait avec deux autres secrétaires, A., qui travaillait un jour et demi par semaine, et B., occupée à 100%, puis à 90 et 80%. Les employés étaient parfois amenés à effectuer des heures supplémentaires en raison d'une surcharge de travail et de remplacement en cas d'absence. A. et B. notaient leurs heures supplémentaires et soumettaient régulièrement leur décompte à X., qui les compensait en congé. Quant à Y., toute compensation des heures supplémentaires, occasionnellement évoquées, lui a été refusée, au motif qu'elle bénéficiait d'autres avantages, liés à la relation amoureuse qu'elle entretenait avec l'employeur. Cette relation a pris fin en août 2004. Depuis lors, les rapports professionnels sont devenus tendus.

A la fin septembre 2004, Y. a réclamé à son employeur le paiement des heures supplémentaires effectuées et des jours de vacances non pris en 2004. A partir du 5 octobre 2004, l'employée a été en incapacité totale de travailler. Le 26 novembre 2004, elle a donné son congé pour le 30 du même mois, ce qui a été accepté par l'employeur.

Le 28 avril 2005, Y. a assigné X. en paiement des heures supplémentaires effectuées. Par jugement du 30 mai 2006, le Tribunal du travail du canton du Valais a rejeté la demande. Statuant le 8 octobre 2007, sur appel de la demanderesse, la Cour civile II du Tribunal cantonal valaisan a condamné le défendeur à payer à la demanderesse le montant net de 23 002 fr.30. Les magistrats ont fixé le nombre de jours de travail supplémentaire effectués par la demanderesse à 124.5 (166.5 – 42), après avoir jugé que les données de l'agenda électronique étaient suffisamment fiables pour être prises en compte dans le calcul des jours supplémentaires. Ils ont nié l'existence de tout accord, même oral, dérogeant à l'art. 321c al. 3 CO, lequel aurait permis au défendeur de déroger au principe de la rétribution majorée des heures supplémentaires. Le défendeur exerce un recours de

droit civil au Tribunal fédéral dans lequel il requiert l'annulation du jugement du 8 octobre 2007.

Extraits des considérants:

2.

Le recourant fait grief à l'autorité cantonale d'avoir interprété le résultat de l'administration des preuves de manière arbitraire et d'avoir ainsi porté foi aux données de l'agenda électronique pour décompter les jours de travail supplémentaire.

2.1 A teneur de l'art. 105 al. 2 LTF, le Tribunal fédéral peut rectifier ou compléter d'office les constatations de l'autorité précédente si les faits ont été établis de façon manifestement inexacte ou en violation du droit au sens de l'art. 95 LTF. Ce n'est que dans cette mesure que la partie recourante est recevable à critiquer les constatations de fait, et cela uniquement pour autant que la correction du vice soit susceptible d'influer sur le sort de la cause (art. 97 al. 1 LTF). La notion de «manifestement inexacte» correspond à celle d'arbitraire au sens de l'art. 9 Cst. Il convient de rappeler que le juge dispose d'un large pouvoir lorsqu'il apprécie les preuves. La partie recourante doit ainsi démontrer dans quelle mesure le juge a abusé de son pouvoir d'appréciation et, plus particulièrement, qu'il a omis, sans aucune raison sérieuse, de prendre en compte un élément de preuve propre à modifier la décision attaquée, qu'il s'est manifestement trompé sur son sens et sa portée ou encore qu'il a, en se fondant sur les éléments recueillis, tiré des constatations insoutenables (ATF 129 I 8 consid. 2.1).

2.2 La cour cantonale, après avoir décidé de ne pas se fonder sur le décompte manuscrit de l'intimée en indiquant clairement que tout porte à croire qu'en réalité l'employée a confectionné de toute pièce le décompte en lui donnant l'apparence d'un brouillon tenu négligemment pour appuyer ses revendications, s'est penchée sur la force probante d'un autre moyen de preuve produit, à savoir les données imprimées de l'agenda électronique de l'entreprise.

Elle a tout d'abord relevé, relativement à ce moyen de preuve, qu'il n'y avait aucun élément au dossier, qui permettait de soupçonner que les données imprimées auraient été enregistrées ou modifiées ultérieurement. A cet égard, elle a énuméré tout un ensemble d'éléments, qui plaident en faveur de l'authenticité de ce document. Parmi ces éléments figurent la probité dont a fait montre l'intimée dans ses revendications, la formulation variée des indications portées à l'agenda, qui atteste qu'elles ont été écrites spontanément à des moments différents, le défaut de concordance entre les informations de l'agenda, le décompte manuscrit et les allégués de la demande, l'attitude adoptée par l'intimée qui a sollicité l'administration d'une expertise dans le but d'établir que les jours supplémentaires n'avaient pas été portés à l'agenda après le mois d'août 2004, le fait que l'agenda électronique puisse être consulté en réseau. La cour a également

estimé que le Tribunal du travail a considéré à tort que l'intimée devait supporter une part de responsabilité pour n'avoir pas présenté de décompte à son employeur, puisqu'il a été retenu que l'employeur a toujours refusé toute entrée en matière lorsque l'intimée abordait la question de la compensation des heures supplémentaires. Selon la cour cantonale, le comportement de l'employeur à l'égard de l'employée expliquait le fait qu'elle ne lui ait pas présenté de décompte détaillé. La cour a encore considéré, après avoir comparé les jours supplémentaires notés dans l'agenda électronique par l'intimée avec ceux effectués par B. en 2004, que le nombre de jours de travail supplémentaire tels que ressortant de l'agenda paraissait crédible. Elle a enfin relevé que l'engagement d'une secrétaire à 100%, à la suite du départ de l'intimée, confirmait que la surcharge de travail était très importante.

Sur la base de ces éléments d'appréciation, la juridiction cantonale a décidé qu'elle pouvait se fonder sur l'agenda électronique pour décompter les jours de travail supplémentaire et a arrêté leur nombre à 124.5, obtenu en déduisant les 42 jours de vacances pris en trop des 166.5 jours supplémentaires agendés.

2.3 Le recourant estime tout d'abord que le comportement «déloyal», adopté par l'intimée en cours de procédure en lien avec le décompte manuscrit, enlève toute crédibilité aux données imprimées de l'agenda électronique, dont il est permis de penser qu'elles ont été enregistrées ou modifiées. Si l'argument peut paraître percutant, il n'est toutefois pas décisif, car, comme relevé précisément par la cour, un certain nombre d'indices viennent corroborer la thèse contraire.

Le recourant revient sur la majorité des éléments qui ont fondé l'appréciation de l'autorité cantonale. La cour a indiqué, en faveur de l'intimée, que celle-ci avait imputé les jours de vacances pris en trop dans le calcul de ses prétentions. Elle en a déduit que l'intimée n'a pas uniquement invoqué les données informatiques à son avantage. En dépit de ce que soutient le recourant, cette considération est indépendante du fait que l'intimée ait réclamé un nombre de jours de travail supplémentaire supérieur à celui figurant dans l'agenda. On ne saurait par ailleurs en déduire que l'employée a triché sur les jours marqués dans l'agenda. Sur ce point, la démonstration du recourant est vaine.

La cour cantonale a également invoqué la probité de l'intimée, s'agissant de ses revendications tant sous l'angle des jours, ou des heures, supplémentaires réclamés que sous l'angle du remboursement des prêts accordés à l'employeur, faisant l'objet d'une procédure séparée. Le recourant tente de combattre ces arguments, qu'il nomme «troisième» et «quatrième motif», en discutant ce que l'intimée a obtenu à la suite de ses revendications. Ainsi, il met en cause l'argument selon lequel les heures supplémentaires ont été réclamées depuis 2004 seulement, en affirmant qu'il est contradictoire d'en déduire quoi que ce soit, puisqu'il a été jugé que l'intimée n'a pas établi avoir effectué les heures supplémentaires allé-

guées. De même, il conteste l'argument selon lequel l'intimée a su distinguer les prêts, dont elle a réclamé le remboursement, des cadeaux parfois onéreux dont elle a gratifié son amant, en soulignant qu'elle n'a obtenu en définitive que 11 000 fr. sur les 45 000 fr. réclamés. Dans la mesure où la critique ne touche pas les arguments pris en compte par la cour, elle est sans consistance.

La cour a retenu, comme indice supplémentaire plaidant en faveur de l'authenticité de l'agenda électronique, la non-crainte, de la part de l'intimée, du résultat de l'expertise qu'elle a elle-même proposée spontanément et qui tendait à déterminer le moment précis où les heures supplémentaires ont été portées dans l'agenda. Si la cour tire argument de l'attitude adoptée par l'intimée face à la perspective d'une éventuelle expertise, le recourant discute le caractère pertinent de l'administration d'une telle expertise, référence faite à une attestation produite en annexe à la détermination sur appel. A nouveau, le moyen ne se rapporte pas à l'argument de la cour et ne saurait donc être valablement pris en considération. Ce résultat s'impose d'autant plus que l'expertise dont il est question n'a pas été administrée, motif pris que les éléments figurant au dossier étaient suffisants pour statuer sur la prétention de l'intimée et que, sur ce point, le recourant ne fait état d'aucune violation du droit de procédure cantonal.

La cour cantonale a encore relevé que la possibilité offerte à tout le personnel du bureau d'assurances de pouvoir consulter en réseau l'agenda électronique donnait une force probante accrue à ce document. Le recourant ne revient pas sur ce point, mais débat du contenu de l'agenda, en mettant en exergue le fait que l'intimée était la seule employée qui indiquait ses présences au bureau. Par ailleurs, dans la mesure où le recourant ne conteste pas la signification donnée par la cour aux indications, telles que «P. journée», «P.», «P. bureau», portées par l'intimée sur cet agenda, on ne voit pas en quoi son argumentation est pertinente. On ne saurait enfin tiré argument du fait que toutes les secrétaires, à l'exception de l'intimée, établissaient très régulièrement un décompte des heures supplémentaires, dès lors qu'il a été retenu que l'intimée bénéficiait d'un régime différent des autres employées et que toute entrée en matière sur les heures supplémentaires lui avait été refusée.

La cour a mentionné que, dès lors que le recourant avait renoncé à contrôler lui-même les horaires des secrétaires et qu'il se fiait au décompte manuscrit qu'elles lui présentaient, il est mal venu de reprocher à l'intimée de ne pas pouvoir prouver autrement – que par un décompte manuscrit – l'ampleur de ses heures supplémentaires. Selon le recourant, l'argument est incompréhensible, dans la mesure où, précisément, l'intimée n'a pas tenu de décompte manuel immédiat, comme les autres employées. Force est d'admettre, avec le recourant, que la formulation utilisée par la cour n'est pas très heureuse. Toutefois, dès lors que, dans le but de justifier la valeur probante de l'agenda électronique, la cour explique, de façon précise, en

prolongement du développement qui précède, pour quelle raison l'intimée était légitimée à ne pas établir un décompte manuscrit, la critique est dénuée de toute pertinence.

Le recourant prétend que l'intimée aurait clairement compris que, du point de vue de l'employeur, elle n'avait aucune prétention à faire valoir, ce qui explique l'absence de décompte de sa part. En persévérant au cours des années dans le mécanisme mis en place, l'intimée aurait conforté l'employeur dans l'idée qu'elle partageait son point de vue. Le raisonnement du recourant prend appui sur des faits qui n'ont pas été retenus par la cour cantonale, tout en faisant fi des revendications répétées formulées par l'intimée au sujet des jours de travail supplémentaire. Il n'y a donc pas lieu de prendre en compte cet argument.

Le recourant indique encore qu'il n'y a rien à déduire, quant à la force probante de l'agenda électronique, de la disponibilité affichée par l'intimée. Cette argumentation est manifestement insuffisante au regard de l'art. 42 al. 2 LTF. Au demeurant, c'est à juste titre que la cour cantonale a examiné si les données contenues dans cet agenda étaient crédibles au regard de la situation du cas d'espèce, notamment des jours supplémentaires effectués par une autre employée et de la disponibilité avérée de l'intimée.

S'agissant de la quotité – contestée – des heures mensuelles effectuées dans le cadre du second emploi de l'intimée, elle ne saurait infléchir le résultat de l'administration des preuves, dès lors qu'il n'est pas contesté que l'intimée, qui se montrait particulièrement disponible et serviable, avait plus d'opportunité que ses deux autres collègues secrétaires et que, de ce fait, elle a pu effectuer autant, sinon plus de jours supplémentaires de travail que B., dont il a été admis que la surcharge était importante.

La critique se rapportant à l'engagement d'une nouvelle secrétaire à plein temps, qui confirme la surcharge de travail, est également vaine. Comme il a été admis par l'employeur que l'intimée devait effectuer des heures supplémentaires, l'existence d'une surcharge de travail n'est, en effet, pas litigieuse.

L'ensemble des critiques du recourant relatives aux divers éléments d'appréciation, sur lesquels la cour a pris appui pour conclure que l'agenda électronique revêtait une force probante suffisante, ont été rejetées. Par conséquent, le recourant ne parvient pas à démontrer que l'appréciation de la cour est arbitraire.

3.

Le recourant fait grief à la juridiction cantonale d'avoir violé l'art. 321c CO. Il considère que l'intimée n'a nullement rempli les réquisits de cette disposition légale, en ayant omis de soumettre régulièrement à l'employeur des décomptes d'heures supplémentaires. Il prétend aussi que la «règle de sauvegarde» énoncée par le Tribunal fédéral dans l'ATF 129 III 171 ne trouve pas application dans le cas d'espèce. S'en prévalant à tort, le Tribunal cantonal a enfreint l'art. 321c CO.

En l'occurrence, il a été retenu que des heures supplémentaires ont été imposées par l'employeur, qui exigeait qu'une secrétaire soit toujours présente durant les heures d'ouverture du bureau. Pour les heures supplémentaires qui n'étaient pas expressément imposées, les juges valaisans ont arrêté que l'employeur avait connaissance que l'intimée effectuait ces heures et qu'il les avait au moins tacitement acceptées.

Sur la base de cet état de fait, il est constant que l'employeur ne pouvait pas ignorer que l'intimée effectuait des heures supplémentaires en cas d'absence des autres employées, puisqu'il avait lui-même imposé ce système de remplacement. Il ne pouvait également lui échapper, s'agissant des heures non expressément imposées, que le temps convenu ne suffisait pas pour exécuter les tâches confiées à l'intimée. Dans ces circonstances et quoi qu'en pense le recourant, il est de jurisprudence que l'employeur n'a pas d'intérêt à être avisé immédiatement, la prétention étant soumise à la prescription quinquennale de l'art. 341 al. 2 CO – sous réserve de l'abus de droit (ATF 129 III 171 consid. 2.3 et 2.4 et les références citées). De même, lorsque, comme en l'espèce, les rapports de travail ont pris fin, l'employeur n'a en général pas d'intérêt pressant à être informé des heures supplémentaires effectuées (ATF 129 III 171 consid. 2.4).

Dès lors que le recourant ne prétend pas que le comportement de l'employée est abusif et, encore moins, que la prétention de l'intimée est prescrite, force est de conclure que la cour cantonale n'a pas violé le droit fédéral en ayant décidé que l'intimée pouvait prétendre à la rémunération des jours de travail supplémentaire effectués.

Contrairement à ce que soutient le recourant, il est donc sans pertinence, pour trancher la question de droit litigieuse, que l'intimée n'ait fait valoir qu'occasionnellement les jours de travail supplémentaire allégués. Par ailleurs, lorsque le recourant prétend que l'intimée ne pouvait espérer compenser les heures supplémentaires par du temps libre, il semble oublier que l'intimée avait pris en trop 42 jours de vacances et qu'en déduisant ces 42 jours de ses prétentions, l'intimée a admis avoir compensé, de son propre chef, une partie des jours supplémentaires effectués.

Ainsi, le grief développé par le recourant est infondé.

4.

Le dernier moyen soulevé a trait à l'existence d'un accord tacite.

Dans son argumentation, lors même que le recourant reproche à l'autorité cantonale de s'être écartée des allégations relatives à un accord tacite entre les parties sur la compensation en nature des jours de travail supplémentaire, il ne fait état d'aucune violation du droit de procédure cantonal. Il ne soulève pas plus une exception au sens de l'art. 105 al. 2 LTF. Il se contente en définitive de dire qu'une transaction relative à la rétribution d'heures supplémentaires ne nécessite pas la forme écrite de l'art. 321c al. 3 CO et qu'il est abusif, compte tenu des circonstances d'espèce, soit notamment de la relation amoureuse qui existait entre les parties et de l'absence de revendications judiciaires avant la cessation de

cette relation, d'estimer qu'il n'y pas eu d'accord informel, transactionnel entre les parties. Il va sans dire qu'une telle démonstration est irrecevable, puisque le recourant s'éloigne des constatations de fait de l'autorité cantonale et qu'il n'explique, de surcroît, pas en quoi l'acte attaqué viole le droit (art. 42 al. 2 LTF).

5.

Au terme de cet examen, le recours ne peut qu'être rejeté dans la mesure de sa recevabilité.

Bundesgericht, Urteil vom 17. Januar 2008, Doss.-Nr. 4A_330/2007 (Bestätigung des Urteils des Kantonsgerichts St. Gallen vom 22. Mai 2007)

Der in GIG 5 III vorgesehene Entlastungsbeweis zugunsten des Arbeitgebers ist auf den Fall zugeschnitten, dass einer der Arbeitnehmer der Belästiger ist und der Arbeitgeber gestützt auf GIG 5 III in Anspruch genommen wird. Begeht der Arbeitgeber selbst die sexuelle Belästigung, erübrigt sich der Nachweis, dass er alle notwendigen, angemessenen und zumutbaren Massnahmen zur Verhinderung sexueller Belästigung seitens seiner Arbeitnehmer getroffen hat (E. 4.3).

Sachverhalt:

Mit Urteil der Strafkammer des Kantonsgerichts St. Gallen vom 4. November 2003 wurde A. (Beschwerdeführer) der Vergewaltigung von B. (Beschwerdegegnerin) schuldig erklärt und zu einer Zuchthausstrafe von 18 Monaten verurteilt, wobei der Vollzug der Strafe aufgeschoben und die Probezeit auf zwei Jahre festgesetzt wurde. Die Beurteilung der Zivilansprüche der geschädigten Beschwerdegegnerin wurde für später in Aussicht gestellt. Nach Eintritt der Rechtskraft des Strafentscheides machte die Beschwerdegegnerin mit Klage vom 1. Juni 2005 bei der Strafkammer des Kantonsgerichts St. Gallen Zivilansprüche gegen den Beschwerdeführer geltend. Mit Entscheid vom 22. Mai 2007 verpflichtete die Strafkammer des Kantonsgerichts St. Gallen den Beschwerdeführer, der Beschwerdegegnerin eine Genugtuung von Fr. 15 000.– sowie eine Entschädigung nach Gleichstellungsgesetz von Fr. 25 230.– zu bezahlen. Der Beschwerdeführer gelangte ans Bundesgericht.

Aus den Erwägungen:

2.

2.1 Die Strafkammer des Kantonsgerichts ging im angefochtenen Entscheid vom 22. Mai 2007 gestützt auf sein rechtskräftiges Strafurteil vom 4. November 2003 davon aus, dass der Beschwerdeführer am

23. April 1997 früh morgens der Beschwerdegegnerin, die in seinem Betrieb eine Anlehre im Service absolvierte, in den Putzraum befahl, von innen beide Türen abschloss und sie aufforderte, sich auszuziehen, ansonsten er sie schlagen würde. Nachdem sich die Beschwerdegegnerin ausgezogen hatte, zog sich der Beschwerdeführer ebenfalls aus und verlangte von der Beschwerdegegnerin, sich auf den Boden zu legen. Weil sie sich vorerst weigerte, drohte er erneut, sie zu schlagen. Sie versuchte vergeblich, den Beschwerdeführer wegzustossen und legte sich dann auf den Boden. Der Beschwerdeführer streifte sich ein Kondom über, legte sich auf die Beschwerdegegnerin und vollzog den Geschlechtsverkehr.

(...)

3.

Der Beschwerdeführer beanstandet die Höhe der von der Vorinstanz zugesprochenen Genugtuung.

3.1 Gemäss Art. 49 Abs. 1 OR hat derjenige, der in seiner Persönlichkeit widerrechtlich verletzt wird, Anspruch auf Leistung einer Geldsumme, sofern die Schwere der Verletzung es rechtfertigt und diese nicht anderes wiedergutmacht worden ist. Die Genugtuung bezweckt den Ausgleich für erlittene immaterielle Unbill bzw. erlittenes Unrecht, indem das Wohlbefinden anderweitig gesteigert oder die Beeinträchtigung erträglicher gemacht wird. Bemessungskriterien sind vor allem die Art und Schwere der Verletzung, die Intensität und Dauer der Auswirkungen auf die Persönlichkeit des Betroffenen sowie der Grad des Verschuldens des Haftpflichtigen (BGE 132 II 117 E. 2.2.2 S. 119; 127 IV 215 E. 2a S. 216; 125 III 412 E. 2a S. 417, je mit Hinweisen). Die Festsetzung der Höhe der Genugtuung beruht auf richterlichem Ermessen (Art. 4 ZGB). Ob der kantonale Richter sein Ermessen richtig ausgeübt hat, ist eine Rechtsfrage, die das Bundesgericht frei überprüft. Da dem kantonalen Richter ein weiter Ermessensspielraum zusteht, auferlegt sich das Bundesgericht bei der Überprüfung jedoch Zurückhaltung. Es schreitet nur ein, wenn der Sachrichter grundlos von den in Lehre und Rechtsprechung ermittelten Bemessungsgrundsätzen abgewichen ist, wenn er Tatsachen berücksichtigt hat, die für den Entscheid im Einzelfall keine Rolle spielen, oder wenn er andererseits Umstände ausser Betracht gelassen hat, die er in seinen Entscheid hätte mit einbeziehen müssen. Es greift ausserdem in Ermessensentscheide ein, wenn sich diese als offensichtlich unbillig bzw. als in stossender Weise ungerecht erweisen (BGE 127 IV 215 E. 2a S. 216 f. mit Hinweisen).

3.2 Das Kantonsgericht hat im angefochtenen Entscheid ausgeführt, dass die Beschwerdegegnerin noch heute an den Folgen der Vergewaltigung leide. Traumatisierend für die Beschwerdegegnerin sei nicht nur die an ihr begangene Tat, sondern auch das Verhalten des Beschwerdeführers, welches dazu geführt habe, dass sie befürchtete, man glaube ihr nicht. Auch der Umstand, dass das Urteil gegen den Beschwerdeführer erst im April 2005 rechtskräftig geworden sei, habe sie belastet. Einfluss auf die Höhe der Genugtuung habe auch das Verschulden des Haftpflichtigen. Im

Strafurteil sei festgehalten worden, dass der Beschwerdeführer gegenüber dem Opfer zwar ein Minimum an Gewalt angewendet habe, was aber nicht sein Verdienst gewesen sei, sondern sich allein durch das Verhalten des Opfers in seiner ausweglosen Situation ergeben habe. Der Beschwerdeführer habe aus rein sexuellem Motiv gehandelt, jedoch keine demütigenden Praktiken angewendet und beim Geschlechtsverkehr ein Kondom übergestreift. Schliesslich sei auch zu berücksichtigen, dass er seine Autoritätsstellung gegenüber dem Opfer krass missbraucht habe. Wenn alle Punkte gegeneinander abgewogen würden, sei eine Genugtuung von Fr. 15 000.– angemessen.

3.3 Mit diesen Erwägungen hat das Kantonsgericht den wesentlichen Elementen für die Bemessung der Genugtuung Rechnung getragen. In Bezug auf die Art und Schwere der Verletzung sowie die Intensität und Dauer der Auswirkung auf die Persönlichkeit der Betroffenen hat das Kantonsgericht ausgeführt, dass diese heute noch an den Folgen der Vergewaltigung leide und traumatisiert sei. Insbesondere über das Andauern der Persönlichkeitsverletzung bis heute konnten im Strafurteil vom 3. November 2003 naturgemäss noch keine Feststellungen getroffen werden, weshalb der Beschwerdeführer insoweit mit Sachverhaltsrügen nach Art. 105 Abs. 2 BGG nicht grundsätzlich ausgeschlossen ist. Soweit er aber einwendet, es sei «keine für die [Beschwerdegegnerin] ins Gewicht fallende Persönlichkeitsverletzung» erkennbar, laufen seine Ausführungen mangels hinreichender Begründung auf unzulässige Kritik an den Tatsachenfeststellungen hinaus, worauf nicht einzutreten ist (BGE 133 II 249 E. 1.4.3 S. 254 f. mit Hinweisen). Unbegründet ist sodann der Hinweis des Beschwerdeführers, unter Berücksichtigung der im Strafverfahren ausgefallenen Strafe von 18 Monaten Gefängnis bedingt sei die vom Kantonsgericht festgesetzte Genugtuung von Fr. 15 000.– überrissen. Der Beschwerdeführer scheint zu übersehen, dass nicht allein das Verschulden des Haftpflichtigen, wie es sich in der Strafe niederschlägt, massgebend ist, sondern dass auch die bereits erwähnten Kriterien (Art und Schwere der Verletzung sowie Intensität und Dauer der Auswirkung auf die Persönlichkeit der Betroffenen) zu berücksichtigen sind. Inwieweit das Kantonsgericht bei der Gesamtwürdigung aller Kriterien sein Ermessen überschritten haben soll, legt der Beschwerdeführer nicht dar und ist auch nicht ersichtlich.

4.

Weiter kritisiert der Beschwerdeführer auch die der Beschwerdegegnerin gestützt auf Art. 5 Abs. 3 und 4 GlG zugesprochene Entschädigung von Fr. 25 230.–.

4.1 Bei einer Diskriminierung durch sexuelle Belästigung kann das Gericht der betroffenen Person eine Entschädigung zusprechen, wenn der Arbeitgeber nicht beweist, dass er Massnahmen getroffen hat, die zur Verhinderung sexueller Belästigungen nach der Erfahrung notwendig und angemessen sind und die ihm billigerweise zugemutet werden können. Die Entschädigung ist unter Würdigung aller Umstände festzusetzen und wird

auf der Grundlage des schweizerischen Durchschnittslohns errechnet (Art. 5 Abs. 3 GlG). Die Entschädigung bei Diskriminierung durch sexuelle Belästigung gemäss Art. 5 Abs. 3 GlG darf den Betrag nicht übersteigen, der sechs Monatslöhnen entspricht (Art. 5 Abs. 4 GlG). Die Festlegung einer Entschädigung erfolgt unabhängig weiterer Ansprüche wie Genugtuung oder Schadenersatz (Art. 5 Abs. 5 GlG).

4.2 Das Kantonsgericht hat ausgeführt, dass die Voraussetzungen für die Zusprechung einer Entschädigung nach Gleichstellungsgesetz gegeben seien, da der Beschwerdeführer als Arbeitgeber der Beschwerdegegnerin die Vergewaltigung begangen habe. Im vorliegenden Fall sei die Diskriminierung besonders demütigend, da sie durch den Arbeitgeber und Lehrmeister selbst in der schwersten denkbaren Form einer sexuellen Belästigung erfolgt sei. Bis heute habe die Beschwerdegegnerin die Traumatisierung der Vergewaltigung nicht vollständig verarbeitet und stehe nach wie vor in Behandlung. Die Entschädigung sei daher im oberen Bereich, aber nicht beim Maximum anzusetzen, weil es der Beschwerdegegnerin – zumindest vorübergehend – möglich gewesen sei, im Betrieb weiter zu arbeiten. Insgesamt rechtfertige sich als Entschädigung die Festsetzung eines Betrages in der Höhe von fünf Monatslöhnen. Massgebend für die Bemessung der Entschädigung sei nicht der individuelle Lohn der Arbeitnehmerin, sondern der schweizerische Durchschnittslohn. Der Beschwerdeführer habe die Tat im April 1997 begangen. Gemäss der Schweizerischen Lohnstrukturerhebung des Bundesamtes für Statistik sei für das Jahr 1998 von einem Durchschnittslohn von Fr. 5104.– und für das Jahr 1996 von Fr. 4988.– auszugehen, was einen Mittelwert von Fr. 5046.– für das Jahr 1997 ergebe. Bei einer Entschädigung im Umfang von fünf Monatslöhnen resultiere insgesamt ein Betrag von Fr. 25 230.– zuzüglich Zins.

4.3 Zunächst wirft der Beschwerdeführer dem Kantonsgericht vor, er sei zu Unrecht nicht zu dem in Art. 5 Abs. 3 GlG vorgesehenen Beweis zugelassen worden, dass er in seinem Betrieb die erforderlichen Massnahmen getroffen habe, die zur Verhinderung sexueller Belästigungen nach der Erfahrung notwendig und angemessen seien und die billigerweise zugemutet werden könnten. Dadurch habe das Kantonsgericht gegen Art. 90 Abs. 1 ZPO/SG und Art. 77 Abs. 2 KV/SG verstossen. Der in Art. 5 Abs. 3 GlG vorgesehene Entlastungsbeweis zugunsten des Arbeitgebers ist auf den Fall zugeschnitten, dass einer der Arbeitnehmer der Belästiger ist und der Arbeitgeber gestützt auf Art. 5 Abs. 3 GlG in Anspruch genommen wird. Im vorliegenden Fall ist jedoch der Beschwerdeführer als Arbeitgeber selber der Belästiger, weil er nach den verbindlichen Feststellungen die Lehrtochter vergewaltigt hat. Wenn der Arbeitgeber selbst die sexuelle Belästigung begeht, erübrigt sich der Nachweis, dass er alle notwendigen, angemessenen und zumutbaren Massnahmen zur Verhinderung sexueller Belästigung seitens seiner Arbeitnehmer getroffen hat.

Soweit der Beschwerdeführer weiter geltend macht, eine allfällige Entschädigung sei nicht im obersten, sondern im untersten Bereich des

gesetzlichen Rahmens anzusiedeln, ist auf die Beschwerde nicht einzutreten. Der Beschwerdeführer setzt sich nicht mit den Ausführungen des Kantonsgerichtes auseinander, mit welchen die Festsetzung der Entschädigung auf fünf Monatslöhne begründet wird (Art. 42 Abs. 2 BGG). Unbegründet ist sodann der Einwand, für die Bestimmung der Entschädigung sei auf die Löhne im Hotel-/Gastgewerbe unter Berücksichtigung der Berufs- und Fachkenntnisse der Beschwerdegegnerin abzustellen. Der Beschwerdeführer scheint zu übersehen, dass die Entschädigung auf der Grundlage des «schweizerischen Durchschnittslohns» errechnet wird (Art. 5 Abs. 3 Satz 2 GIG). Diesbezüglich hat das Kantonsgericht zutreffend und mit Literaturhinweisen belegt ausgeführt, dass mit dem «schweizerischen Durchschnittslohn» als Berechnungsgrundlage verhindert werden soll, dass eine sexuelle Belästigung einer ungelernten Aushilfskraft oder einer Lehrtochter zu einer geringeren Entschädigung führt als bei einer Arbeitnehmerin in gehobener Stellung (vgl. auch BGE 126 III 395 E. 7e S. 399).

Verfehlt ist schliesslich auch der Hinweis des Beschwerdeführers, dass die Beschwerdeführerin im Jahr des Vorfalls (1997) zunächst einen Monatslohn von Fr. 1050.– brutto und später Ersatzeinkünfte zufolge Arbeitsausfalls erzielt habe, welche Beträge von einer allfälligen Entschädigung nach Art. 5 Abs. 3 GIG abzuziehen seien. Mit der Entschädigung nach Art. 5 Abs. 3 GIG soll eine Diskriminierung durch sexuelle Belästigung abgegolten werden. Die Lohnansprüche gegenüber dem verantwortlichen Arbeitgeber und die Ersatzeinkünfte werden von dieser Entschädigung selbstverständlich nicht tangiert.

Tribunal fédéral, Arrêt du 17 janvier 2008, Doss.-No. 4A_444/2007 (Confirmation du jugement de la Cour civile du Tribunal cantonal vaudois du 11 mai 2007).

322 ss CO. Interprétation, selon le principe de la confiance, de clauses contractuelles prévoyant une part fixe de salaire et une part variable (c. 3).

336 CO. 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 (c. 5).

Extraits des faits:

Par contrat de travail du 15 mars 2001, Y. SA a engagé X. en qualité de consultant à compter du 1^{er} avril 2001. Le 28 mars 2002, Y. SA a licencié X. par téléphone, en lui lisant la lettre qui allait lui être adressée. Par courrier du même jour, reçue le 2 avril 2002, l'employeuse a confirmé sa décision de licencier son collaborateur avec effet au 30 avril 2002. Sur ce

point, qui n'est plus litigieux devant le Tribunal fédéral, la cour cantonale a considéré que le congé, intervenu durant la deuxième année de service et pendant une période de protection, était nul. N'ayant pas été renouvelé, il n'avait pris effet qu'au 26 février 2003, date à laquelle X. avait obtenu une rente AI. X. a fait opposition à son congé, qui lui paraissait abusif.

Y. SA a rémunéré X. jusqu'à fin avril 2002. Celui-ci a touché en février 2002 le 100% de son salaire fixe durant vingt-cinq jours puis le 80% pour les cinq derniers jours. Il a perçu 80% de son salaire pour les mois de mars et avril 2002. Plus aucun salaire ni indemnité ne lui ont été versés à partir du 1^{er} mai 2002. Le 9 octobre 2003, X. a déposé une demande de prestations AI, qui lui a été accordée le 30 mars 2005 avec effet rétroactif au 26 février 2003.

Le 23 octobre 2003, X. a saisi la Cour civile du Tribunal cantonal vaudois d'une demande en paiement contre Y. SA. Par jugement du 11 mai 2007, la Cour civile a prononcé que Y. SA devait payer à X. les sommes de 17 470 fr. 40 brut (soit 5344 fr. 30 à titre de solde de salaire de base pour la période du 26 février au 30 avril 2002 et 10 688 fr. 60 pour la période du 1^{er} au 26 mai 2002, ainsi que 924 fr. 10 à titre de salaire variable pour 2001 et 513 fr. 40 pour 2002) avec intérêt à 5% l'an dès le 30 avril 2002 sur le montant de 924 fr. 10 et dès le 6 novembre 2002 sur le solde de 16 546 fr. 30, ainsi que 5557 fr. 50 avec intérêt à 5% l'an dès le 1^{er} avril 2003 (remboursement des primes d'assurance perte de gain individuelle).

X. (le recourant) interjette un recours en matière civile au Tribunal fédéral contre le jugement de la Cour civile du 11 mai 2007. Il conclut principalement à la réforme du jugement attaqué en ce sens que Y. SA doit lui payer la somme de 185 262 fr. 40 (soit 25 220 fr. 80 à titre de solde de salaire jusqu'au 26 mai 2002, 34 662 fr. 40 à titre de dommages-intérêts pour la période du 27 mai 2002 au 25 février 2004, 31946 fr. 70 à titre de salaire variable en 2001 et 2002, 5557 fr. 50 à titre de remboursement des primes d'assurance libre passage et 87 875 fr. à titre d'indemnité pour licenciement abusif et/ou réparation morale) avec intérêt à 5% l'an dès le 3 avril 2002, subsidiairement à l'annulation de la décision entreprise.

Extraits des considérants:

3.

Le recourant conteste l'interprétation faite par la cour cantonale des accords passés entre les parties en relation avec la part variable de son salaire.

3.1 En présence d'un litige sur l'interprétation d'un contrat, le juge doit tout d'abord s'efforcer de déterminer la commune et réelle intention des parties, sans s'arrêter aux expressions ou dénominations inexactes dont elles ont pu se servir (art. 18 al. 1 CO); il s'agit d'une question de fait (ATF 131 III 606 consid. 4.1 p. 611). Si la volonté réelle des parties ne peut pas être établie ou si elle est divergente, le juge doit interpréter la

clause contractuelle litigieuse selon la théorie de la confiance; il doit donc rechercher comment cette clause pouvait être comprise de bonne foi en fonction de l'ensemble des circonstances. L'application du principe de la confiance est une question de droit; pour la trancher, il faut cependant se fonder sur le contenu de la manifestation de volonté et sur les circonstances, lesquels relèvent du fait (ATF 133 III 61 consid. 2.2.1).

Le sens d'un texte, apparemment clair, n'est pas forcément déterminant, de sorte que l'interprétation purement littérale est prohibée. 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 cocontractants lorsqu'il n'existe aucune raison sérieuse de penser qu'il ne correspond pas à leur volonté (ATF 133 III 61 consid. 2.2.1).

3.2 Appliquant le principe de la confiance, la cour cantonale a en l'espèce considéré ce qui suit:

- le premier avenant au contrat de travail prévoyait que le salaire variable serait défini à 70% par le coefficient «...» – critère quantitatif consistant en un rapport entre les heures de travail pouvant être facturées et les heures de travail totales – et à 30% par des critères qualitatifs, auxquels s'appliquaient des méthodes de calcul différentes. S'agissant des objectifs qualitatifs, il était prévu que l'employé n'avait droit, pro rata, au paiement du salaire variable qu'à partir de septante-et-un points;
- un deuxième avenant avait abandonné toute référence au quotient «...», la totalité du salaire variable étant attribuée à cinq objectifs dont chacun correspondait à 20% de la part variable. Il fallait inférer que les parties avaient soumis la fixation de la totalité du salaire variable à la seconde méthode de calcul, consistant à apprécier les cinq objectifs sur un total de cent points et à n'octroyer un bonus que lorsque l'employé avait atteint plus de septante points, comme cela résultait du graphique reproduit sur l'avenant. Dans la mesure où la méthode de calcul visée était claire, il importait peu que les critères fixés comprennent néanmoins des éléments d'ordre quantitatif. Selon le tableau reproduit sur chacun des deux avenants, il n'existait un droit à la part variable que si le collaborateur dépassait le 70% des objectifs fixés. A 70% d'objectif atteint, la part variable était de zéro; il résultait ensuite du tableau une augmentation linéaire de 3,33% de la part variable à chaque pour cent d'objectif supplémentaire atteint, de sorte qu'à 71%, la part variable était de 3,33%, à 85%, elle était de 50% et à 100%, elle était de 100%;
- le salaire variable était dû pro rata temporis. En effet, l'avenant au contrat de travail précisait que le salaire variable était de 37 000 fr. par an, tournure qui impliquait, comme pour le salaire de base, qu'en

cas de travail sur une plus courte période, le salaire serait réduit d'autant. Contrairement à ce que plaidait le recourant, cette interprétation n'était nullement contredite par la clause de l'avenant selon laquelle en cas de départ en cours d'année, le salaire variable serait calculé sur la base des résultats atteints au dernier jour du contrat de travail. Ladite clause ne se référait pas au salaire variable annuel; elle précisait simplement qu'étaient déterminants les résultats effectifs, lesquels devraient être appréciés en fonction du temps de travail effectif – et non pas les résultats hypothétiques que l'employé aurait pu obtenir s'il avait travaillé l'année complète, qui servait de référence pour la fixation des objectifs;

- il y avait donc lieu d'admettre que le salaire variable maximal pour 2001 était de 27 750 fr. ($37\,000 \text{ fr.} \times 9/12$, comme l'admettait d'ailleurs le recourant à son allégué 92). Selon l'expertise complémentaire, dont il n'y avait aucun motif de s'écarter, le pourcentage des objectifs atteints par le recourant s'élevait à 71%. Celui-ci avait en définitive droit pour l'année 2001 au montant de 924 fr. 10 ($37\,000 \text{ fr.} \times 3,33\% \times 9/12$) à titre de salaire variable;
- pour l'année 2002, les éléments manquaient pour effectuer le calcul du salaire variable. Le recourant n'avait travaillé que jusqu'à la fin février et aucun objectif ne lui avait été fixé. Il y avait lieu de se référer aux données réalisées en 2001, soit 71% des objectifs atteints. En l'occurrence, le calcul du salaire variable ne devait se faire que jusqu'au 26 mai 2002, puisqu'au-delà de cette date, le recourant ne pouvait plus former de prétention contre l'employeuse, le cas étant pris en charge par l'assurance perte de gain. En définitive, l'intimée était débitrice d'un montant de 513 fr. 40 ($37\,000 \text{ fr.} \times 3,33\% \times 5/12$) à titre de salaire variable pour 2002.

3.3 L'interprétation faite par la cour cantonale est convaincante. En effet, l'examen des avenants permet de constater que, dans le premier, les parties ont fait référence, sous une rubrique «fixation des objectifs» («target setting»), tant au coefficient «...» qu'à des objectifs qualitatifs. Au contraire, dans le second, elles n'ont convenu que de cinq objectifs, à l'exclusion de tout recours au quotient «...». Cela étant, tant le premier que le second avenant comprennent une page 2 sur laquelle est reproduit le tableau litigieux. Celui-ci figure sous la rubrique «qualitative targets», en dessous d'une explication dont il résulte que les objectifs qualitatifs (non supérieurs à 5) doivent être discutés entre le collaborateur et son supérieur et pondérés sur un total de cent points. Le tableau fait apparaître que ce n'est qu'à partir de septante-et-un points que l'employé a droit au paiement d'une somme à titre de salaire variable fondé sur les critères qualitatifs. Il convient d'en déduire que même si les cinq objectifs prévus dans le second avenant comportaient des éléments d'ordre non exclusivement qualitatifs, mais également quantitatifs, les parties ont entendu soumettre la calculation du salaire variable aux principes découlant de l'application du ta-

bleau litigieux, faute de quoi elles l'auraient purement et simplement supprimé. Le recourant ne peut donc être suivi lorsqu'il soutient que les tableaux reproduits dans les avenants ne pouvaient être dissociés du quotient «...», dont l'application avait précisément été écartée par les parties.

L'interprétation des avenants litigieux en application du principe de la confiance ayant ainsi permis d'en dégager le sens, le recourant se prévaut en vain du principe *in dubio contra stipulatorem*, qui revêt un caractère subsidiaire par rapport à ce moyen d'interprétation (AT 133 III 61 consid. 2.2.2.3 p. 69).

Pour le surplus, le raisonnement des juges cantonaux concernant le calcul de la part du salaire variable du recourant pour 2002 ne prête pas davantage le flanc à la critique. C'est en particulier à tort que le recourant soutient que dans la mesure où l'intimée avait refusé de lui fixer des objectifs, le privant ainsi de toute possibilité de réaliser, même partiellement, une partie de son salaire variable, il aurait droit à l'intégralité de ce salaire *pro rata temporis* jusqu'à ce qu'il soit en incapacité de travail. La cour cantonale a en effet retenu en fait que dès lors qu'il s'était trouvé en incapacité de travail à compter de la fin du mois de février 2002 et que l'intimée lui avait signifié son congé en mars 2002, il était superflu de fixer de nouveaux objectifs pour 2002 et normal de se référer à la moyenne obtenue l'année précédente, considération que le recourant ne remet pas en cause.

4.

Le recourant estime que la cour cantonale aurait violé le droit fédéral en considérant «que la sous-assurance dont il a été victime n'a entraîné aucun dommage».

4.1 Selon la jurisprudence, le dommage réside dans la diminution involontaire de la fortune nette; il correspond à la différence entre le montant actuel du patrimoine du lésé et le montant que ce même patrimoine aurait si l'événement dommageable ne s'était pas produit. Il peut se présenter sous la forme d'une diminution de l'actif, d'une augmentation du passif, d'une non-augmentation de l'actif ou d'une non-diminution du passif (ATF 133 III 462 consid. 4.4.2 p. 471). Dire s'il y a eu dommage et quelle en est la quotité est une question de fait, que le Tribunal fédéral peut revoir sous l'angle de l'arbitraire. C'est en revanche une question de droit que d'examiner si la notion juridique du dommage a été méconnue par l'autorité précédente (ATF 130 III 145 consid. 6.2).

4.2 En l'occurrence, la cour cantonale a retenu ce qui suit:

- l'art. 9.3 des conditions générales disposait que le «target salary» était assuré, expression qui visait le salaire maximal de 185 000 fr., part variable comprise, selon les deux avenants au contrat de travail. Cela ne signifiait pas encore que les indemnités d'assurance devaient nécessairement être versées sur la base de ce «target salary». Il fallait lire l'art. 9.3 en combinaison avec l'art. 9.2 des mêmes conditions. Or le but de la réglementation, selon le principe de la bonne foi, était que

le travailleur continue à percevoir le même salaire que s'il travaillait (l'expression «salary continuation» était d'ailleurs utilisée), respectivement touche le 80% de ce salaire dès le nonante-et-unième jour. Certes, ce salaire englobait également la part variable, mais pour autant qu'existe effectivement un droit à une part variable. La solution contraire pourrait aboutir à violer le principe général que le travailleur malade ne doit pas être enrichi et toucher plus que l'équivalent de son salaire pour chaque période considérée;

- en l'espèce, le recourant n'avait droit, annuellement, qu'à un salaire variable de 1232 fr. 10 ($37\,000 \text{ fr.} \times 3,33\%$). Or en tenant compte de 80% du salaire annuel fixe et du 80% de la part de salaire annuel variable à laquelle le recourant avait droit, on arrivait au montant de 119 385 fr. 70 ($[148\,000 \text{ fr.} + 1232 \text{ fr.} 10] \times 80\%$), qui se révélait inférieur à la somme annuelle couverte par l'assurance collective (128 240 fr.); même si l'intimée n'avait effectivement pas assuré le 80% du salaire total («target salary») de 185 000 fr. (soit 148 000 fr.), il n'était pas établi que le recourant subissait un dommage pour sous-assurance.

4.3 Quoi qu'en dise le recourant, c'est à juste titre que les juges cantonaux ont pris en compte le montant du salaire variable auquel il aurait effectivement eu droit dès lors qu'il n'avait que partiellement atteint ses objectifs, tel que calculé sur la base des principes relatés supra (cf. consid. 3.2), pour examiner s'il avait subi un dommage du fait de la violation par l'intimée de son obligation d'assurer le salaire à hauteur de 185 000 fr. L'argumentation du recourant, qui soutient qu'il aurait eu un droit inconditionnel à la totalité du salaire variable mentionné dans les dispositions contractuelles liant les parties, se fonde ainsi sur une prémisse erronée. Cela étant, l'on ne voit pas que la cour cantonale ait méconnu la notion juridique de dommage. Pour le surplus, le raisonnement qu'elle a tenu et le calcul auquel elle a procédé pour aboutir à la conclusion qu'il n'existait pas de dommage, ce qui relève du fait, n'apparaissent pas arbitraires.

5.

Le recourant reproche à la cour cantonale d'avoir nié l'existence d'un licenciement abusif, plus particulièrement d'un congé de représailles.

5.1 Selon l'art. 336 al. 1 let. d CO, la résiliation d'un contrat de travail est abusive lorsque le congé est donné par une partie parce que l'autre fait valoir de bonne foi des prétentions résultant du contrat. Cette disposition vise les congés-représailles. Le travailleur n'est protégé contre le congé abusif que s'il peut supposer de bonne foi que les droits dont il prétend être le titulaire lui sont acquis. Il n'est pas nécessaire que ses prétentions soient fondées; il suffit qu'il soit légitimé, de bonne foi, à penser qu'elles le sont (arrêt 4C.171/1993 du 13 octobre 1993, consid. 2, reproduit in SJ 1995 I p. 797). S'il n'est pas nécessaire que les prétentions émises par le travailleur aient été seules à l'origine de la résiliation, il doit s'agir

néanmoins du motif déterminant. En d'autres termes, ce motif doit avoir essentiellement influencé la décision de l'employeur de licencier; il faut ainsi qu'il y ait un rapport de causalité entre les prétentions émises et le congé signifié au travailleur (cf. arrêt 4C.27/1992 du 30 juin 1992, consid. 3a, reproduit in SJ 1993 I 360).

Les motifs de la résiliation relèvent du fait. De même, l'incidence respective des divers motifs de résiliation en concours est une question qui relève de la causalité naturelle et, par conséquent, du fait (ATF 130 III 699 consid. 4.1 p. 702 s.). Ainsi, les constatations de la cour cantonale y relatives lient le Tribunal fédéral (art. 105 al. 1 LTF), qui ne peut s'en écarter que si elles ont été établies de façon manifestement inexacte ou en violation du droit.

En application de l'art. 8 CC, c'est en principe à la partie qui a reçu son congé de démontrer que celui-ci est abusif. En ce domaine, la jurisprudence a cependant tenu compte des difficultés qu'il pouvait y avoir à apporter la preuve d'un élément subjectif, à savoir le motif réel de celui qui a donné le congé. Selon le Tribunal fédéral, 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).

5.2 Au terme de développements complets et convaincants auxquels il convient de renvoyer dans leur intégralité (art. 109 al. 3 LTF), les juges cantonaux ont en l'espèce considéré que le motif de licenciement allégué par l'intimée, à savoir la rupture des liens de confiance consécutive à l'attitude de fuite du collaborateur, était réel et ne constituait pas un pur prétexte, tandis que même pris ensemble, les indices invoqués par le recourant ne suffisaient pas à présumer l'existence d'un congé-représailles. Devant le Tribunal fédéral, le recourant se limite à présenter une nouvelle fois sa propre appréciation des faits, sans démontrer en quoi les constatations de la cour cantonale seraient manifestement inexactes ou violeraient le droit. Dans cette mesure, son grief est irrecevable.

6.

Il résulte des considérants qui précèdent que le recours doit être rejeté dans la mesure de sa recevabilité.

Tribunal fédéral, Arrêt du 22 janvier 2008, Doss.-No. 4C.74/2007 (Confirmation du jugement du Tribunal cantonal du canton de Vaud du 25 octobre 2006)

328 CO. Il est possible qu'un employé en incapacité totale de travailler soit victime d'un mobbing prenant la forme d'un «harcèlement administratif» (c. 5).

Extraits des faits:

Par contrat du 16 juillet 2001, X. a été engagé par Y. SA, en qualité de directeur, aux côtés de C.. X. s'est trouvé en incapacité totale de travailler du 1^{er} février 2002 au 15 mars 2003. Le 6 août 2002, il a été licencié avec effet immédiat.

Le 1^{er} avril 2003, X. a ouvert action à l'encontre de Y. SA. La défenderesse a conclu au rejet de la demande et a formulé des conclusions reconventionnelles contre X. Par jugement du 25 octobre 2006, la Cour civile du Tribunal cantonal vaudois a considéré qu'aucun juste motif de licenciement immédiat n'était réalisé et que la résiliation du contrat de travail intervenue le 6 août 2002 était contraire à la loi. Elle a alloué au demandeur, sur la base de l'art. 337c al. 1 CO, un montant de 3469 fr. 05. La juridiction cantonale a en outre octroyé au demandeur une indemnité de 26 743 fr. 05 – arrondie à 27 000 fr. –, fondée sur l'art. 337c al. 3 CO, laquelle indemnité correspond à trois mois de salaire. L'autorité cantonale a également alloué au demandeur une indemnité en réparation du tort moral subi, à concurrence de 8000 fr. Par arrêt du 2 mai 2007, la Chambre des recours du Tribunal cantonal vaudois a rejeté le recours en nullité déposé par Y. SA pour violation des règles essentielles de procédure.

Y. SA a interjeté un recours en réforme au Tribunal fédéral contre le jugement du 25 octobre 2006. X. a exercé, quant à lui, un recours en matière civile contre le même jugement. Les deux recours ont été rejetés.

Extraits des considérants:

Sur le recours en réforme de la défenderesse:

(...)

5.

La défenderesse reproche également à l'autorité cantonale d'avoir violé l'art. 328 CO, en ayant alloué au demandeur une indemnité à titre de réparation du tort moral subi.

5.1 L'autorité cantonale a retenu que le demandeur a fait l'objet de mobbing, non pas durant la période où il a effectivement travaillé au sein de la société, d'octobre 2001 à janvier 2002, mais à partir du moment où il s'est trouvé en incapacité de travail. Pour arriver à cette conclusion, les juges se sont fondés sur l'expertise du Dr H., qui a notamment mis en

avant la multiplication des démarches que l'employé a dû entreprendre pour faire reconnaître ses droits face à l'attitude hostile de l'employeur, qui, dès février 2002, avait pris la décision de licencier le demandeur. Pour justifier l'existence d'un harcèlement administratif, l'autorité cantonale a encore mis en exergue les nombreux courriers et appels téléphoniques concernant le transfert du bail du magasin de Sur ce point, l'instance cantonale a indiqué que la défenderesse ne s'est pas contentée de solliciter son employé, mais qu'elle a même cherché à rejeter sur celui-ci la responsabilité de l'échec de la procédure de transfert du bail.

5.2 A l'appui de son argumentation, la défenderesse soutient que la cour cantonale a admis que la dépression de l'employé survenue en février 2002 n'était pas due à l'employeur. Une telle affirmation est imprécise, puisqu'il a été retenu que le harcèlement subi par l'employé a contribué à aggraver son état de santé. Par ailleurs, quoi qu'en dise la défenderesse, l'autorité cantonale n'a pas omis de prendre en considération, dans sa pesée d'intérêt, le fait que l'employé était déjà fragilisé lorsqu'il a pris ses fonctions, puisque la cour a tenu compte, lors de la fixation du montant de l'indemnité, du fait que la défenderesse n'était pas entièrement responsable de la dégradation de l'état de santé de son employé.

La défenderesse soutient ensuite qu'elle n'a pas pu commettre des actes de mobbing sur un employé qui ne travaillait plus et avec lequel elle n'avait que des contacts très occasionnels. Elle prétend encore que son employé ne pouvait être exclu du monde du travail, car il n'y était plus en raison de sa maladie.

Dans sa démonstration, la défenderesse ne remet pas en cause les critères sur lesquels la cour a pris appui pour justifier l'existence d'une stratégie de mobbing. Elle ne revient en particulier pas sur la considération de la cour selon laquelle la multiplication des démarches que l'employé a dû entreprendre pour faire reconnaître ses droits et obtenir ses salaires, puis les indemnités journalières versées par l'assurance, ne pouvait que le pousser à l'erreur et l'exposer à provoquer lui-même son licenciement. La défenderesse passe également sous silence le fait que les diverses difficultés auxquelles le demandeur a été confronté sont survenues dès le moment où l'employeur avait pris la décision de le licencier. Il est en outre sans pertinence que l'employé était ou non en arrêt maladie, dès lors que la défenderesse ne conteste pas que le devoir de protection de la personnalité du travailleur, selon l'art. 328 al. 1 CO, prend en principe fin au moment de la cessation du rapport contractuel et que, durant la période considérée, les deux parties étaient encore contractuellement liées. L'expert – dont les considérations ont été entièrement reprises par la cour cantonale – a du reste clairement indiqué, au terme de son analyse, que la stratégie de mobbing avait atteint son but, à savoir exclure la victime du monde du travail – ce indépendamment de son arrêt maladie.

S'agissant des nombreux courriers et appels téléphoniques concernant le transfert du bail du magasin de ..., la défenderesse se contente d'affirmer

qu'elle ne pouvait légitimement pas attendre la fin de l'incapacité de travail de l'employé pour effectuer les démarches nécessaires au transfert du bail. Il va sans dire qu'une telle argumentation, qui ne cherche même pas à établir que le contenu et la fréquence des courriers étaient impropres à constituer des actes de harcèlement, est insuffisante à démontrer une violation par la cour cantonale du droit fédéral.

Tribunal fédéral, Arrêt du 29 janvier 2008, Doss.-No. 4A_419/2007 (Réformation de l'arrêt de la Cour d'appel de la juridiction des prud'hommes du canton de Genève du 11 septembre 2007).

336 CO. Caractère non abusif d'un licenciement notifié à un travailleur âgé de 55 ans après 27 ans de service. Pour décider du caractère abusif ou non d'une résiliation, il faut prendre en compte toutes les circonstances et non s'en tenir au seul âge du collaborateur (c. 2.5).

En cas de licenciement ordinaire, la loi ne prévoit pas d'obligation, à charge de l'employeur, de faire précéder la résiliation du contrat d'un avertissement écrit avec menace de licenciement (c. 2.6).

On ne peut attendre d'une employeuse, même faisant partie d'un important groupe économique, qu'elle garde à son service un collaborateur dont les prestations ne satisfont plus aux exigences requises (c. 2.7).

Extraits des faits:

Né en 1949, marié et père de deux enfants âgés de six et trois ans en 2007, Y. a travaillé dès 1977 pour le compte de différentes sociétés ultérieurement reprises ou liées au groupe X. SA. En 1981, il a œuvré en qualité d'opérateur-régleur et mécanicien sur machines destinées à la production de composants horlogers. Dans les années 1982–1983, il a également travaillé pendant trois ans à raison de deux ou trois jours par semaine en tant que guillocheur, spécialisé dans la décoration à la main des cadrans de montres. Durant le premier trimestre 2004, il s'est vu proposer d'occuper un poste de guillocheur, difficile à repourvoir vu l'expérience professionnelle requise, que recherchait une autre succursale du groupe. Y. ayant accepté, un nouveau contrat de travail a été établi le 9 août 2004 avec A.X. SA, rappelant que l'employé bénéficiait d'une ancienneté remontant au 4 mai 1981.

A son arrivée chez A.X. SA, Y. n'a pas pu commencer à travailler comme guillocheur, dès lors que certains équipements dont il devait se servir n'avaient pas été remis en état. Il a été affecté à la tapisserie, soit à la décoration de cadrans de montres au moyen de machines. Son stage de guillocheur a débuté en septembre 2004. Après quelque temps, le responsable des ateliers a estimé que Y. travaillait trop lentement et ne parvenait

ainsi pas à répondre aux critères de qualité requis pour ses tâches. De son côté, l'employé a adressé à sa direction une note du 24 octobre 2004, dans laquelle il relevait ne pas réussir à exécuter son travail, trop dur pour ses capacités, dans une atmosphère tendue et en présence de certains collègues mal disposés à son égard. Au mois de mars 2005, Y. a de nouveau été affecté au secteur de la tapisserie, avec une opératrice sous ses ordres. Après le retour de l'employé dans le département de la tapisserie, le responsable des ateliers a constaté que ses prestations demeuraient insuffisantes au niveau de la qualité. De nombreuses pièces et même quelques séries entières ont dû être jetées au rebut, au-delà du taux de 25% tenu pour acceptable. Le responsable des ateliers lui a fait part verbalement à plusieurs reprises de son mécontentement, mais sans obtenir d'amélioration. Par lettre du 27 juin 2005, A.X. SA, a licencié Y. avec effet au 30 septembre 2005 et l'a libéré de son obligation de travailler durant le délai de préavis, en raison «principalement» de ses performances au travail jugées insuffisantes «en terme de qualité de quantité et de qualité». Le collaborateur s'est opposé à son congé et a sollicité son réengagement, ce que l'employeuse a refusé.

Le 29 mars 2006, Y. a saisi la juridiction des prud'hommes du canton de Genève d'une demande tendant à ce que X. SA soit notamment condamnée à lui payer les sommes de 36 516 fr. à titre d'indemnité pour licenciement abusif et 10 000 fr. à titre de réparation morale. Par jugement du 10 novembre 2006, le Tribunal des prud'hommes a rejeté les conclusions de Y. Saisie par Y. et statuant par arrêt du 11 septembre 2007, la Cour d'appel de la juridiction des prud'hommes a annulé le jugement du 10 novembre 2006 et condamné X. SA à payer à Y. la somme de 19 250 fr. avec intérêt à 5% l'an dès le 1^{er} octobre 2005.

X. SA (la recourante) interjette le présent recours en matière civile au Tribunal fédéral, dont elle requiert, avec suite de dépens, qu'il annule l'arrêt du 11 septembre 2007 puis constate que le licenciement ordinaire de l'intimé n'est pas abusif et que celui-ci n'a droit à aucune indemnité à quelque titre que ce soit.

Extraits des considérants:

2.

La recourante reproche aux juges cantonaux d'avoir violé les art. 2 al. 2 CC, 335 et 336 CO en considérant le licenciement litigieux comme abusif.

2.1 Selon l'art. 335 al. 1 CO, le contrat de travail conclu pour une durée indéterminée peut être résilié par chacune des parties. En droit suisse du travail, la liberté de la résiliation prévaut, de sorte que, pour être valable, un congé n'a en principe pas besoin de reposer sur un motif particulier. Le droit de chaque cocontractant de mettre unilatéralement fin au contrat est cependant limité par les dispositions sur le congé abusif (art. 336 ss CO; ATF 132 III 115 consid. 2.1 p. 116; 131 III 535 consid. 4.1 p. 537 s.).

2.2 En particulier, l'art. 336 al. 1 let. a CO qualifie d'abusif le congé donné par une partie pour une raison inhérente à la personnalité de l'autre partie, à moins que cette raison n'ait un lien avec le rapport de travail ou ne porte sur un point essentiel un préjudice grave au travail dans l'entreprise. Cette disposition vise le congé discriminatoire, fondé par exemple sur la race, la nationalité, l'âge, l'homosexualité, les antécédents judiciaires, la maladie ou encore la séropositivité, ainsi que la religion (ATF 130 III 699 consid. 4.1 p. 701 s.).

En l'espèce, la cour cantonale a écarté à juste titre l'application de cette disposition. Elle a en effet considéré que rien ne donnait à penser que le licenciement aurait été notifié en raison de l'âge de l'intimé. La qualité insuffisante de ses services et les diverses mises en garde restées sans effet expliquaient la décision prise à son endroit par l'employeuse.

Il reste donc à examiner si la résiliation litigieuse peut être considérée comme abusive pour un autre motif que ceux découlant expressément de l'art. 336 CO.

2.3 L'énumération prévue à l'art. 336 CO – qui concrétise avant tout l'interdiction générale de l'abus de droit et en aménage les conséquences juridiques pour le contrat de travail – n'est pas exhaustive et un abus du droit de mettre un terme au contrat de travail peut également se rencontrer dans d'autres situations, qui apparaissent comparables, par leur gravité, aux cas expressément envisagés à l'art. 336 CO. Le caractère abusif d'une résiliation peut découler non seulement de ses motifs, mais également de la façon dont la partie qui met fin au contrat exerce son droit. Même lorsqu'elle résilie un contrat de manière légitime, la partie doit exercer son droit avec des égards. En particulier, elle ne peut se livrer à un double jeu, contrevenant de manière caractéristique au principe de la bonne foi. Ainsi, une violation grossière du contrat, par exemple une atteinte grave au droit de la personnalité (cf. art. 328 CO) dans le contexte d'une résiliation, peut faire apparaître le congé comme abusif. Le caractère abusif du licenciement peut aussi résulter de la disproportion évidente des intérêts en présence. Hormis ce cas, l'abus peut aussi tenir à l'exercice d'un droit contrairement à son but; sous cet angle également, l'intérêt légitime du salarié au maintien du contrat doit donc être pris en compte lors de l'examen du caractère abusif du congé donné par l'employeur. L'appréciation du caractère abusif d'un licenciement suppose l'examen de toutes les circonstances de l'espèce (cf. ATF 132 III 115 consid. 2.1 à 2.5; 131 III 535 consid. 4.2).

Les motifs de la résiliation relèvent du fait. De même, l'incidence respective des divers motifs de résiliation en concours est une question qui relève de la causalité naturelle et, par conséquent, du fait (ATF 131 III 535 consid. 4.3 p. 540; 130 III 699 consid. 4.1 p. 702 s.). Ainsi, les constatations de la cour cantonale y relatives lient le Tribunal fédéral (art. 105 al. 1 LTF), qui ne peut s'en écarter que si elles ont été établies de façon manifestement inexacte ou en violation du droit.

En application de l'art. 8 CC, c'est en principe à la partie qui a reçu son congé de démontrer que celui-ci est abusif. En ce domaine, la jurisprudence a cependant tenu compte des difficultés qu'il pouvait y avoir à apporter la preuve d'un élément subjectif, à savoir le motif réel de celui qui a donné le congé. Selon le Tribunal fédéral, 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).

2.4 En l'occurrence, la cour cantonale a relevé que l'intimé avait été licencié à l'âge de cinquante-cinq ans et neuf mois, après vingt-quatre ou même vingt-sept ans de service pour le compte du même groupe économique en comptant son premier emploi de trois ans. Plusieurs observations ou réprimandes verbales lui avaient été adressées au sujet de ses prestations insuffisantes, après son retour dans l'atelier de tapisserie en mars 2005. Avant que l'intimé ne soit engagé par A.X. en 2004, son travail n'avait toutefois suscité aucune critique. Compte tenu de l'ancienneté de l'employé au sein du groupe et de son âge, la résiliation aurait dû être précédée d'un avertissement formel et écrit accompagné de la menace d'un licenciement, avant que cette décision ne soit mise à exécution. La précaution se justifiait d'autant plus que l'on ignorait le contenu précis des mises en garde que lui avait adressées le responsable des ateliers de A.X. Celle-ci ne pouvait se soustraire à une telle obligation en invoquant la taille le cas échéant réduite de sa succursale. Dans un autre ordre d'idée, la recourante ne s'était pas préoccupée des conséquences du licenciement pour son employé, qui venait d'avoir une nouvelle charge de famille. Apprécies conjointement, les deux manquements se révélaient selon les juges cantonaux suffisamment graves pour que la résiliation apparaisse comme abusive au regard des principes relatifs aux art. 2 al. 2 CC et 336 CO, ceci même si la recourante disposait alors de motifs légitimes qui lui permettaient d'envisager de se séparer de son collaborateur. Au mois d'octobre 2005, elle avait enfin refusé de le réengager, comme il l'avait demandé.

2.5 A titre préliminaire, il convient de souligner que si, dans l'arrêt publié aux ATF 132 III 115 – auquel la cour cantonale de réfère tout en admettant que le cas d'espèce s'en distingue «assurément» –, la Cour de céans a admis le caractère abusif du licenciement d'un employé âgé de soixante-trois ans, l'âge du travailleur ne constituait pas à lui seul un motif de congé abusif, mais était pris en compte en rapport avec d'autres facteurs; l'employeur avait agi de manière abusive en licenciant un travailleur, quelques mois avant sa retraite, après quarante-quatre années de bons et loyaux services, alors que le fonctionnement de l'entreprise ne commandait

pas une telle mesure et qu'une solution socialement plus supportable pour l'intéressé n'avait pas été recherchée. Le cas en question était ainsi exceptionnel, voire extrême. Quoi qu'il en soit, il faut comme précédemment relevé tenir compte de toutes les circonstances du cas particulier (cf. consid. 2.3) et non s'en tenir au seul âge du collaborateur pour décider du caractère abusif – ou non – d'une résiliation.

2.6 Les juges cantonaux voient un premier manquement de la recourante en ce que celle-ci a licencié son collaborateur sans avertissement formel et écrit accompagné de la menace d'un licenciement.

Sur ce point, il y a lieu de souligner qu'en tant que telle, la notion d'avertissement ne ressortit pas tant à la procédure de licenciement ordinaire qu'à celle de licenciement immédiat. En effet, selon la jurisprudence relative à cette dernière hypothèse, seul un manquement particulièrement grave du travailleur peut justifier son licenciement immédiat et 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; 129 III 380 consid. 2.1), étant encore précisé que ledit avertissement ne doit pas nécessairement comporter la menace d'un licenciement immédiat (cf. ATF 127 III 153 consid. 1b).

Or, l'on ne voit pas que les circonstances de l'espèce, savoir le fait que l'intimé était âgé de cinquante-cinq ans et neuf mois au moment de son licenciement, qu'il avait travaillé durant vingt-quatre ou vingt-sept ans pour différentes sociétés reprises ou liées au groupe X. SA et que son travail n'avait suscité aucune critique avant son engagement par A.X. en 2004, créeraient à charge de la recourante une obligation de notifier à son collaborateur un avertissement écrit avec menace de licenciement. En effet, il résulte de l'administration des preuves que plusieurs admonestations ont été signifiées à l'intimé au sujet de la qualité de son travail. Ces observations ou réprimandes étaient certes verbales et l'instruction n'a pas permis de déterminer le contenu précis desdites mises en garde que le responsable des ateliers avait adressées à l'intimé. Il n'en demeure pas moins que, comme la recourante le souligne à juste titre, l'intimé ne pouvait pas ne pas être conscient du risque de licenciement s'il n'améliorait pas ses performances, compte tenu des remarques répétées, quoi qu'orales, qui avaient été formulées à son égard. Si le collaborateur voulait éviter les inconvénients liés à un licenciement, il lui appartenait de réagir aux réprimandes qui lui avaient été faites en rapport avec la qualité de son travail et d'améliorer celle de ses prestations.

Pour le surplus, les principes découlant de l'ATF 132 III 115 et appliqués dans ce dernier cas ne sauraient faire systématiquement obstacle au licenciement d'un collaborateur d'un certain âge et ayant œuvré durant de longues années au service du même employeur, lorsque le rendement du travailleur diminue à tel point qu'il n'est plus en mesure d'exécuter à satisfaction les tâches qui lui sont confiées, ni d'assumer une autre occupation compatible avec ses ressources (cf. VISCHER, Die Betriebstreue des Ar-

beitnehmers als Schranke der Kündigungsfreiheit des Arbeitgebers, in recht 2006 p. 112 ss, spéc. n. 17 p. 116).

Or, en l'occurrence, il a été retenu en fait que l'intimé n'était pas parvenu à répondre aux exigences de son poste de guillocheur, qu'à sa demande, la recourante l'avait à nouveau muté dans l'atelier de tapisserie, qui répondait à ses qualifications initiales d'opérateur-régleur, mais où ses prestations avaient continué à se révéler insuffisantes, s'agissant de la qualité des cadrans fabriqués et du nombre de pièces produites, ainsi que de celles qui avaient dû être jetées au rebut. Il s'ensuit que la recourante n'a pas manqué d'égard en se séparant de l'intimé à la première occasion, mais a tenté de le replacer à un poste en adéquation avec ses capacités. De la sorte, elle a essayé de trouver une solution socialement acceptable, mais en vain, le collaborateur ne donnant toujours pas satisfaction dans l'exécution de ses nouvelles tâches. Dans ces circonstances, l'on ne pouvait exiger de l'employeuse qu'elle garde à son service un collaborateur qui n'était plus employable à un poste ou à un autre. Peu importe que le travail de l'intimé n'ait suscité aucune critique avant son changement de poste en 2004, le motif de la résiliation résidant précisément dans la détérioration de la qualité de ses prestations à compter de ce moment.

2.7 La cour cantonale a en outre considéré que la recourante ne s'était pas préoccupée des conséquences du licenciement pour son employé, qui venait d'avoir une nouvelle charge de famille. La lecture de l'arrêt entrepris ne permet pas de comprendre si les juges cantonaux ont tenu compte de cet élément en rapport avec l'âge de l'employé ou dans l'absolu.

Quoi qu'il en soit, il convient de relever d'emblée que les conséquences économiques – qui peuvent aggraver les conséquences de l'atteinte portée aux droits de la personnalité du travailleur – du licenciement font partie des circonstances à examiner dans le cadre de la fixation de l'indemnité pour licenciement abusif (ATF 123 III 391 consid. 3c), mais n'apparaissent pas en tant que telles comme un critère susceptible de fonder le caractère abusif du licenciement.

Dans ce contexte, il faut toutefois examiner si l'on peut considérer qu'il existe une disproportion des intérêts en présence, pouvant faire apparaître le congé comme abusif. A cet égard, s'il est vrai qu'un licenciement entraîne inéluctablement une péjoration de la situation économique du travailleur, cette circonstance ne saurait à elle seule – sous le couvert de la protection sociale de l'employé – être déterminante, mais est susceptible de prévaloir lorsque le congé n'a pas de portée propre pour l'employeur. Or, en l'espèce, l'on ne pouvait comme précédemment exposer pas attendre d'une employeuse, fit-elle partie d'un important groupe économique, qu'elle garde à son service un collaborateur dont les prestations ne satisfaisaient plus aux exigences requises, que ce soit tant pour le poste pour lequel il avait été spécifiquement engagé que pour celui auquel il avait été déplacé à sa demande. L'on ne voit donc pas qu'il existe dans la présence

cause une disproportion des intérêts en présence susceptible de faire apparaître le congé comme abusif.

2.8 La cour cantonale relève enfin que la recourante a refusé de réengager l'intimé, comme celui-ci l'avait demandé. Cette circonstance, postérieure au licenciement, est toutefois sans incidence pour apprécier le caractère abusif ou non de la résiliation. En effet, le comportement ultérieur de la partie qui a mis fin aux rapports de travail ne saurait rendre abusif, après coup, un congé qui ne l'était pas lors de sa notification. L'on ne voit au demeurant pas ce qu'il y aurait d'abusif à ne pas réengager un collaborateur qui ne s'acquittait plus de ses tâches à satisfaction.

2.9 Il résulte des considérations qui précèdent que l'appréciation des juges cantonaux ne résiste pas à l'examen. Que ce soit pris un à un ou appréciés conjointement, les différents éléments retenus par la cour cantonale ne permettent en effet pas de tenir le licenciement litigieux pour abusif. Par conséquent, le recours doit être admis et l'arrêt attaqué réformé en ce sens que l'intimé est débouté de ses prétentions en paiement envers la recourante.

Bundesgericht, Urteil vom 5. Februar 2008, Doss.-Nr. 1C_183/2007 (Bestätigung des Urteils des Verwaltungsgerichts des Kantons Solothurn vom 21. Mai 2007), in: BGE 134 I 204

BV 9 und 50; BGG 89 I und II lit. c; Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten; Beschwerdelegitimation; öffentliches Personalrecht. Der Beschwerdeführer ist ein kommunaler Zweckverband und durch das angefochtene Urteil als Träger hoheitlicher Gewalt betroffen, weshalb er gestützt auf BGG 89 II 2 lit. c die Verletzung von Garantien rügen kann, die ihm die Kantons- oder Bundesverfassung einräumt. Die Beschwerdelegitimation des Gemeinwesens ist auch nach BGG 89 I gegeben, wenn dieses in gleicher oder zumindest ähnlicher Weise berührt wird wie ein privater Arbeitgeber. Dies ist bei vermögensrechtlichen Streitigkeiten im Bereich des öffentlichen Personalrechts grundsätzlich zu bejahen (E. 2).

Sachverhalt:

X. trat am 22. November 1993 beim ehemaligen Zweckverband für die Familien- und Säuglingsfürsorge in den Bezirken Thal und Gäu eine Arbeitsstelle als Gesundheitsschwester, Fachbereich Mütterberatung, an. Am 23. September 2005 erteilte der mittlerweile in Zweckverband für soziale Dienstleistungen der Amtei Thal-Gäu umbenannte Arbeitgeber X. einen schriftlichen Verweis wegen Reklamationen von Fachpersonen, inakzeptablen Umgangs mit dem Vorgesetzten und einer Reihe von Vorfällen.

Mit Schreiben vom 9. März 2006 kündigte der Zweckverband das Arbeitsverhältnis auf den 30. Juni 2006. Zur Begründung verwies er auf den schriftlichen Verweis. Als weitere Gründe nannte er eine Kompetenzüberschreitung, generell eine schlechte Arbeitshaltung, mangelnde Kritik- und Teamfähigkeit sowie Zweifel an der fachlichen Kompetenz der Arbeitnehmerin.

X. erhob gegen die Kündigung Verwaltungsbeschwerde, welche das Volkswirtschaftsdepartement des Kantons Solothurn mit Verfügung vom 18. Oktober 2006 abwies.

In teilweiser Gutheissung der von X. erhobenen Beschwerde stellte das Verwaltungsgericht des Kantons Solothurn mit Urteil vom 21. Mai 2007 die Missbräuchlichkeit der Kündigung fest, wies das Begehren um Wiederanstellung der Beschwerdeführerin ab und verpflichtete den Zweckverband, X. eine Abgangsentschädigung im Umfang von sechs Monatslöhnen zu bezahlen.

Der Zweckverband für soziale Dienstleistungen der Amtei Thal-Gäu hat gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten und Verfassungsbeschwerde wegen Verletzung von Art. 9 und Art. 50 BV sowie Verletzung von kantonalem Verfassungsrecht erhoben. Neben der Aufhebung des angefochtenen Urteils beantragt er, es sei festzustellen, dass die Kündigung rechtmässig erfolgt und das Dienstverhältnis beendet sei. Eventualiter sei er zur Entrichtung einer Entschädigung im Umfang von höchstens einem Monatslohn zu verurteilen. Subeventualiter sei die Angelegenheit zur neuen Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Das Bundesgericht weist die Beschwerde ab.

Aus den Erwägungen:

2.

Der Beschwerdeführer erhebt sowohl Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten (Art. 82 ff. BGG) als auch Verfassungsbeschwerde (Art. 113 ff. BGG). Infolge der subsidiären Natur der Verfassungsbeschwerde (vgl. Art. 113 BGG) ist zuerst zu prüfen, ob die Eintretensvoraussetzungen der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten erfüllt sind.

2.1 Das angefochtene Urteil des Verwaltungsgerichts, ein Endentscheid einer letzten kantonalen Instanz (Art. 86 Abs. 1 lit. d, Art. 90 BGG), betrifft ein öffentlich-rechtliches Arbeitsverhältnis, d.h. eine öffentlich-rechtliche Angelegenheit im Sinn von Art. 82 lit. a BGG. Der Verfahrensgegenstand betrifft eine Abgangsentschädigung von sechs Monatslöhnen in der Höhe von insgesamt Fr. 38 424.30. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Streitigkeit, weshalb der Ausschlussgrund von Art. 83 lit. g BGG nicht gegeben ist. Die Streitwertgrenze von Fr. 15 000.– ist erreicht (Art. 85 Abs. 1 lit. b BGG).

2.2 Der Beschwerdeführer ist ein kommunaler Zweckverband und somit eine öffentlich-rechtliche Körperschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit (§ 166 Abs. 1 des Gemeindegesetzes vom 16. Februar 1992 des Kantons Solothurn [GG/SO]). Er ist durch das angefochtene Urteil als Träger hoheitlicher Gewalt betroffen, weshalb er gestützt auf Art. 89 Abs. 2 lit. c BGG die Verletzung von Garantien rügen kann, die ihm die Kantons- oder Bundesverfassung einräumt. Die Vorschrift übernimmt die diesbezügliche Rechtsprechung der staatsrechtlichen Beschwerde (Botschaft vom 28. Februar 2001 zur Totalrevision der Bundesrechtspflege, BBl 2001 S. 4330). In diesem Rahmen kann der Beschwerdeführer auch eine Verletzung des Willkürverbots (Art. 9 BV) rügen, soweit dieses Vorbringen mit der Autonomieverletzung in engem Zusammenhang steht (BGE 131 I 91 E. 1 S. 93 mit Hinweisen).

2.3 Näher zu prüfen ist, ob der Beschwerdeführer auch ohne Zusammenhang mit einer Autonomieverletzung zur Beschwerdeführung legitimiert ist.

Nach Art. 89 Abs. 1 BGG ist zur Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (lit. a), durch den angefochtenen Entscheid oder Erlass besonders berührt ist (lit. b) und ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung hat (lit. c).

Dieses allgemeine Beschwerderecht, das an die bisherige Beschwerdelegitimation für die Verwaltungsgerichtsbeschwerde nach Art. 103 lit. a OG anknüpft, ist grundsätzlich auf Privatpersonen zugeschnitten (BGE 133 II 400 E. 2.4.2 S. 406). Nach der zu Art. 103 lit. a OG entwickelten Praxis können sich Gemeinwesen jedoch dann auf diese allgemeine Umschreibung der Legitimation berufen, wenn sie gleich oder ähnlich wie ein Privater betroffen oder aber in schutzwürdigen eigenen hoheitlichen Interessen berührt sind (vgl. BGE 131 II 58 E. 1.3 S. 61 ff.; BGE 131 II 753 E. 4.3 S. 757 ff.; BGE 124 II 293 E. 3b S. 304; BGE 123 II 371 E. 2c S. 374 f., je mit Hinweisen). Hingegen begründet nach ständiger Praxis das blosse allgemeine Interesse an der richtigen und einheitlichen Anwendung des Rechts keine Beschwerdelegitimation des Gemeinwesens; insbesondere ist die in einem Rechtsmittelverfahren unterlegene Vorinstanz nicht legitimiert (BGE 123 II 371 E. 2d S. 375 mit Hinweisen).

Unter der Geltung des OG stellte sich die Frage der Beschwerdelegitimation von Gemeinwesen im Bereich des Personalrechts kaum: Gegen Entscheide der eidgenössischen Personalrekurskommission konnte die Bundesverwaltung gestützt auf Art. 103 lit. b OG Beschwerde führen; gegen kantonale Entscheide stand nur die staatsrechtliche Beschwerde offen, zu deren Erhebung (von Autonomiebeschwerden ausgenommen) nur Private legitimiert waren (Art. 88 OG). Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde war allerdings gegen sämtliche Verfügungen uneingeschränkt zulässig, die sich auf das Bundesgesetz vom 24. März 1995 über die

Gleichstellung von Frau und Mann (Gleichstellungsgesetz, GlG; SR 151.1) stützten. In diesem Bereich wurde die Legitimation von Gemeinden und Kantonen anerkannt, weil das Gleichstellungsgesetz in seinen zentralen materiellrechtlichen Bestimmungen gleichermaßen für privatrechtliche und öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnisse gilt und der öffentliche Arbeitgeber, der seinen Angestellten eine Leistung nach Art. 5 GlG ausrichten muss, dadurch in gleicher Weise berührt wird wie ein privater Arbeitgeber (BGE 124 II 409 E. 1e/dd S. 419).

In Anknüpfung an diese Rechtsprechung ist die Legitimation von Gemeinwesen zur Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nach Art. 89 Abs. 1 BGG zu bejahen, wenn diese in gleicher oder zumindest ähnlicher Weise berührt werden wie ein privater Arbeitgeber. Dies ist bei vermögensrechtlichen Streitigkeiten im Bereich des öffentlichen Dienstrechts grundsätzlich zu bejahen, auch wenn sich die Arbeitsverhältnisse nicht nach OR, sondern nach öffentlichem Recht richten. Wird zum Beispiel um die Höhe des Lohns oder über eine Abgangsentschädigung wegen angeblich missbräuchlicher Kündigung gestritten, befindet sich das Gemeinwesen in der Rolle des Arbeitgebers und somit in einer dem privaten Arbeitgeber vergleichbaren Situation (PIERRE MOOR, *La qualité pour agir des autorités et collectivités dans les recours de droit public et de droit administratif*, in: *Etudes de procédure et d'arbitrage en l'honneur de Jean-François Poudret*, Lausanne 1999, S. 18 f.). In diesen Fällen hat das Gemeinwesen ein besonderes schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung eines Entscheides. Wie es sich verhält bei nicht vermögensrechtlichen Streitigkeiten und solchen, die der subsidiären Verfassungsbeschwerde unterliegen, ist hier nicht zu prüfen.

Nach dem Gesagten ist der Beschwerdeführer, der sich gegen die Verurteilung zur Zahlung einer Abgangsentschädigung wehrt, gemäss Art. 89 Abs. 1 BGG zur Beschwerde legitimiert.

Tribunal fédéral, Arrêt du 5 février 2008, Doss.-No. 4A_454/2007 (Confirmation de l'arrêt rendu le 1^{er} octobre 2007 par la Cour d'appel de la juridiction des prud'hommes du canton de Genève).

337 CO. Constitue un juste motif de licenciement immédiat le fait pour l'employé de ne pas respecter les instructions claires données par l'employeur sur la manière de voter lors d'une assemblée générale d'une filiale (c. 2.3).

En cas de circonstances particulières, il peut être admis que le licenciement immédiat soit notifié à l'employé dix jours après le manquement, en l'espèce, l'évènement ayant présidé au renvoi immédiat s'étant produit dans le contexte d'un voyage d'affaires au Moyen-Orient, loin du siège de l'employeur (c. 2.4).

Extraits des faits:

Le 30 janvier 2002, la Banque Y. SA (ci-après: la banque) a engagé X., qui avait précédemment déjà œuvré pour elle comme conseiller indépendant, en qualité d'acquisiteur et gestionnaire de clientèle. L'employé avait pour tâche, sous la responsabilité de A., de maintenir et de développer la clientèle de la banque, principalement au Moyen-Orient, ainsi que d'acquérir une nouvelle clientèle, notamment en gestion de fortune.

En février et début mars 2004, X. a accompli un voyage d'affaires dans le Golfe arabo-persique, lors duquel il était accompagné de son supérieur direct A. Le 4 ou le 5 mars 2004, A. a notifié oralement à X. son licenciement ordinaire, décision prise par le président du conseil d'administration de la banque. L'employé n'a pas été dispensé de l'obligation de travailler pendant le délai de congé et A. lui a confirmé qu'il devait poursuivre le voyage comme prévu et en particulier représenter la banque lors de l'assemblée générale de la filiale de Beyrouth le 5 mars 2004. A cette occasion, X. a voté «non» à la question de la distribution d'un dividende aux actionnaires, alors qu'il avait reçu pour instruction de voter favorablement. Le vote négatif a privé la banque d'un dividende d'«au moins» 200 000 US\$. A. n'ayant pas osé informer immédiatement le président du conseil d'administration de la banque de ce qui précède, il ne l'a fait qu'à son retour le 15 mars 2004. Le même jour, le président du conseil d'administration de la banque a signifié à X., oralement et par lettre, son licenciement avec effet immédiat. La résiliation immédiate était motivée par le fait que l'employé n'avait pas respecté le mandat de représentation qui lui avait été confié dans le cadre de l'assemblée générale des actionnaires de la filiale de Beyrouth. Le 11 mai 2004, X. a contesté le caractère justifié du licenciement immédiat.

Le 10 janvier 2005, X. a saisi la juridiction des prud'hommes du canton de Genève d'une demande comprenant diverses prétentions et tendant à la constatation qu'il n'avait pas été licencié avec effet immédiat pour de justes motifs et qu'il avait été licencié pour un motif abusif. Il sollicitait en outre la condamnation de la banque à lui verser 45 000 fr. à titre de salaire des mois de mars à mai 2004 et 90 000 fr. à titre d'indemnité pour licenciement abrupt. Le 28 janvier 2005, la banque a assigné X. devant la juridiction des prud'hommes, réclamant la condamnation de son adverse partie à lui verser 82 627.46 US\$, soit 107 415 fr. 70, avec intérêt, correspondant au solde débiteur au 15 mars 2004 de son compte courant US\$. Ultérieurement, elle a en outre conclu à ce que son ancien collaborateur soit condamné à lui verser 129 890 fr. 78 avec intérêt, la poursuite y relative devant aller sa voie. Par jugement du 14 mars 2007, le Tribunal des prud'hommes a ordonné la jonction des deux causes, déclaré irrecevables les conclusions de X. en constatation de droit et celle de la banque en paiement de 107 514 fr. 70, admis la demande en paiement de la banque à hauteur de 129 890 fr. 80 avec intérêt 5% l'an dès le 1^{er} avril 2004, dit que

la poursuite y relative irait sa voie et débouté les parties de toutes autres conclusions. Le 16 avril 2007, X. a appelé du jugement du 14 mars 2007. Il concluait à l'annulation de cette décision, sollicitait le rejet des prétentions pécuniaires de la banque, reprenait diverses conclusions constatatoires et demandait la condamnation de son adverse partie à lui verser 45 000 fr. bruts à titre de salaire pour le délai de congé, 90 000 fr. nets à titre d'indemnité pour licenciement immédiat injustifié et 90 000 fr. nets à titre d'indemnité pour licenciement abusif. Par arrêt du 1^{er} octobre 2007, la Cour d'appel de la juridiction des prud'hommes a confirmé le jugement du 14 mars 2007, aux termes de considérants qui seront exposés plus bas dans la mesure utile.

X. (le recourant) interjette un recours en matière civile au Tribunal fédéral. Il conclut à l'annulation de l'arrêt du 1^{er} octobre 2007 et reprend les mêmes conclusions qu'en instance cantonale, avec suite de dépens. Il présente également une requête d'effet suspensif, qui a été rejetée par ordonnance présidentielle du 29 novembre 2007.

Extraits des considérants:

2.

Le recourant reproche à la cour cantonale d'avoir considéré que l'intimée était en droit de le licencier avec effet immédiat (cf. art. 337 CO).

2.1 Aux termes de 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. Doivent notamment être 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 (art. 337 al. 2 CO).

Mesure exceptionnelle, la résiliation immédiate pour justes motifs doit être admise de manière restrictive (ATF 130 III 28 consid. 4.1 p. 31, 213 consid. 3.1 p. 220; 127 III 351 consid. 4a). 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 (ATF 130 III 28 consid. 4.1 p. 31, 213 consid. 3.1 p. 220 s.; 129 III 380 consid. 2.1). Par manquement du travailleur, on entend en règle générale la violation d'une obligation découlant du contrat de travail (ATF 130 III 28 consid. 4.1 p. 31, 213 consid. 3.1 p. 220 s.; 127 III 351 consid. 4a p. 354), comme par exemple le devoir de fidélité (ATF 127 III 351 consid. 4a p. 354; 121 III 467 consid. 4d).

Le juge apprécie librement s'il existe de justes motifs (art. 337 al. 3 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 la responsabilité du travailleur, le type et la durée des rapports contractuels, ainsi que 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 revoit avec réserve la décision d'équité prise en dernière instance cantonale. Il intervient 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 lorsqu'elles aboutissent à un résultat manifestement injuste ou à une iniquité choquante (ATF 130 III 28 consid. 4.1 p. 32, 213 consid. 3.1 p. 220; 129 III 380 consid. 2 p. 382).

C'est à l'employeur qui entend se prévaloir de justes motifs de licenciement immédiat de démontrer leur existence (BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, Commentaire du contrat de travail, 3^e éd., Lausanne 2004, n. 13 ad art. 337 CO).

2.2 En l'espèce, la cour cantonale a retenu, à l'issue de l'appréciation des preuves, que le licenciement immédiat du 15 mars 2004 était intervenu en raison du vote négatif du recourant sur la question de la distribution d'un dividende lors de l'assemblée générale de la filiale de Beyrouth le 5 mars 2004, alors qu'il avait été instruit de voter favorablement, et que la représentation avait été soigneusement préparée à l'avance.

A cet égard, c'est en vain que le recourant – invoquant la jurisprudence selon laquelle une résiliation immédiate, fondée sur les mêmes circonstances que celles ayant entraîné la résiliation ordinaire du contrat quelques jours plus tôt, n'est pas valable (cf. ATF 123 III 86 consid. 2b) – soutient que la résiliation immédiate et la résiliation ordinaire (dont la cour cantonale a retenu qu'elle avait été motivée d'une part par l'insuffisance des résultats du recourant, d'autre part par le fait que celui-ci n'avait pas respecté son engagement de rembourser le solde négatif de son compte US\$ à la fin du mois de février 2004; cf. infra consid. 3), étaient «en réalité dictés par les mêmes éléments économiques».

En effet, tant les motifs de la résiliation que l'incidence respective des divers motifs de résiliation en concours relèvent du fait (ATF 131 III 535 consid. 4.3 p. 540; 130 III 699 consid. 4.1 p. 702 s.), de sorte que les constatations de la cour cantonale y relatives lient le Tribunal fédéral (art. 105 al. 1 LTF), qui ne peut s'en écarter que si elles ont été établies de façon manifestement inexacte ou en violation du droit. Or, le recourant ne démontre nullement en quoi tel serait le cas, se limitant au contraire à présenter sa propre interprétation des événements, en se fondant d'ailleurs dans une large mesure sur des faits qui ne ressortent pas de l'arrêt entrepris.

2.3 Cela étant, les juges cantonaux ont considéré que l'attitude du recourant lors de l'assemblée générale du 5 mars 2004 violait clairement son devoir de fidélité, manquement d'autant plus grave que le recourant était

chargé d'une mission de confiance; par conséquent, il ne pouvait être exigé de l'intimée qu'elle poursuive les rapports de travail jusqu'à leur échéance ordinaire.

Le recourant conteste avoir commis quelque acte constitutif d'un motif de licenciement immédiat. A cet égard, il reproche à la cour cantonale d'avoir violé l'art. 8 CC en retenant que des instructions précises lui avaient été données en vue du vote et que l'assemblée générale avait été soigneusement préparée à l'avance. Sous ce couvert, il s'en prend toutefois en réalité à l'appréciation des preuves. Or, l'art. 8 CC ne prescrit pas quelles sont les mesures probatoires qui doivent être ordonnées et ne dicte pas au juge comment il doit former sa conviction; ainsi, lorsque l'appréciation des preuves le convainc de la réalité ou de l'inexistence d'un fait, la question de la répartition du fardeau de la preuve ne se pose plus (ATF 128 III 271 consid. 2b/aa in fine) et seul le moyen tiré d'une appréciation arbitraire des preuves est alors recevable, pour autant que le recours énonce le grief de manière suffisamment circonstanciée au sens de l'art. 105 al. 2 LTF. En l'espèce, le recourant ne satisfait pas à cette exigence, se contentant au contraire de présenter sa propre appréciation des preuves, notamment des témoignages. Peu importe, toutefois, dès lors que la cour cantonale a par ailleurs considéré que quoi qu'il en soit des instructions reçues, un vote négatif allait clairement à l'encontre des intérêts de l'intimée, puisqu'il la privait de la perception d'un dividende de l'ordre de 200 000 francs.

Sur ce dernier point, le recourant soutient d'ailleurs que l'intimée n'aurait pas établi l'existence du dommage résultant de son vote négatif. Or, dire s'il y a eu dommage et quelle en est la quotité est une question de fait, que le Tribunal fédéral peut revoir sous l'angle de l'arbitraire (cf. ATF 132 III 359 consid. 4; 130 III 145 consid. 6.2). Le recourant ne démontre pas en quoi la constatation des précédents juges selon laquelle le vote négatif avait privé la banque d'un dividende de l'ordre de 200 000 US\$ serait arbitraire, si bien que sa critique est irrecevable. Quoi qu'il en soit, la survenance d'un dommage n'était que l'un des éléments pris en considération dans une appréciation globale de la situation. En effet, les juges cantonaux ont également considéré qu'à cette circonstance s'ajoutait que la volonté déclarée du recourant de maintenir ces fonds au sein de la filiale était incompréhensible au regard du fait qu'il n'ignorait pas la décision de l'intimée de la dissoudre. Le recourant relève en outre qu'en votant négativement, il se serait conformé aux termes de son contrat, qui prévoyait qu'il devait tout entreprendre en vue de faire revivre la succursale du Liban. En se contentant de cette seule affirmation, il passe toutefois sous silence que la situation s'était modifiée depuis la signature de son contrat et qu'il avait été décidé, lors de ses rencontres avec le président du conseil d'administration de la banque en janvier 2004, de faire tout ce qui était en leur pouvoir pour mettre fin à la filiale de Beyrouth.

Le recourant soutient enfin que la représentation de l'intimée lors de l'assemblée générale du 15 mars 2004 ne rentrait manifestement pas dans

le cadre des attributions découlant de son contrat de travail, mais s'inscrivait dans un rapport indépendant de mandat, de sorte qu'il n'aurait pas pu rompre le lien de confiance qui l'unissait à son employeuse. Or, le critère décisif qui permet de distinguer le contrat de travail en particulier du contrat de mandat est de savoir si la personne concernée se trouvait dans une relation de subordination, qui place le travailleur dans la dépendance de l'employeur sous l'angle temporel, spatial et hiérarchique (cf. ATF 130 III 213 consid. 2.1 p. 216). En l'occurrence, il découle de l'état de fait déterminant que le recourant se trouvait dans une telle relation de subordination par rapport à l'intimée qui lui donnait des instructions, concernant en particulier la manière de voter lors de l'assemblée générale du 5 mars 2004. Par conséquent, c'est à juste titre que les juges cantonaux ont considéré que le devoir du recourant de représenter l'intimée s'inscrivait clairement dans le cadre de son rapport de travail.

En définitive, il apparaît que l'appréciation de la cour cantonale quant à l'existence d'un juste motif de licenciement immédiat ne prête pas le flanc à la critique.

2.4 Le recourant invoque enfin le caractère tardif du licenciement immédiat qui lui a été signifié le 15 mars 2004. Il relève qu'après l'assemblée générale du 5 mars 2004, A., qui l'accompagnait, n'avait pas immédiatement averti le président du conseil d'administration de l'intimée de son vote, que les deux employés avaient au contraire continué leur voyage et rendu visite à une quinzaine de clients avant de rentrer une dizaine de jours après le vote, de sorte qu'il pouvait penser de bonne foi que la continuation des rapports de travail était possible jusqu'à la fin du délai de congé ordinaire. Selon la jurisprudence, 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 des relations. Un délai général de deux à trois jours ouvrables de réflexion est présumé approprié; un délai supplémentaire n'est accordé à celui qui entend résilier le contrat que lorsque les circonstances particulières du cas concret exigent d'admettre une exception à la règle (ATF 130 III 28 consid. 4.4 p. 34). Dans un contexte spécial, ce délai peut même être porté à une semaine, par exemple pour recueillir l'approbation des organes d'une personne morale (cf. arrêt 4C.282/1994 du 21 juin 1995, reproduit in JAR 1997 p. 208, consid. 3b p. 210; cf. également arrêt 4C.260/1999 du 26 octobre 1999, reproduit in JAR 2000 p. 232, consid. 1b). Une partie de la doctrine critique la sévérité de la pratique du Tribunal de céans en la matière et insiste sur la nécessité de la relativiser dans des cas particuliers, lorsque des motifs dignes de protection le justifient (cf. STREIFF/VON KAENEL, *Arbeitsvertrag*, 6^e éd., Zurich 2006, n. 17 in fine ad art. 337 CO).

Le cas d'espèce présente précisément des circonstances particulières. En effet, l'événement ayant présidé au renvoi immédiat du recourant, soit le vote négatif lors de l'assemblée générale du 5 mars 2004, s'est produit dans le contexte d'un voyage d'affaires au Moyen-Orient, soit loin du siège

de la société intimée, auquel participaient tant le recourant que son supérieur hiérarchique A. La cour cantonale a retenu en fait qu'il n'était pas établi que ce dernier, présent lors de l'assemblée, aurait eu le pouvoir de décider seul du licenciement. Or, il n'était guère concevable que A. s'entretienne à distance avec le président du conseil d'administration de l'intimée d'un objet d'une telle importance. Par ailleurs, compte tenu de l'éloignement, le président du conseil d'administration n'était pas en mesure de recevoir le recourant pour lui laisser, le cas échéant, la possibilité de s'exprimer. Cela étant, il a été constaté que A. avait porté les faits à la connaissance du président du conseil d'administration de l'intimée dès son retour, soit le 15 mars 2004. Le même jour, celui-ci a convoqué le recourant à un entretien au cours duquel il lui a signifié oralement son licenciement immédiat, qui lui a ensuite été confirmé par écrit. Dans ces circonstances, l'on ne voit pas que la cour cantonale ait violé le droit fédéral en considérant que le licenciement immédiat n'avait en l'occurrence pas été notifié tardivement.

3.

Le recourant fait grief à la cour cantonale d'avoir nié le caractère abusif de son licenciement ordinaire, qui aurait en réalité tendu à le priver du bonus convenu de 140 000 fr. (cf. art. 336 al. 1 let. c CO).

Au considérant 5.2 de son arrêt, consacré à l'examen du caractère prétendument abusif du licenciement ordinaire, la cour cantonale a considéré que si le congé était certes intervenu avant l'expiration du délai de deux ans prévu dans l'avenant du 3 juillet 2004 (recte: 2003), il n'existait aucun indice suffisant permettant de retenir que le réel motif du congé n'aurait pas principalement résidé dans la violation du devoir de fidélité reprochée au recourant et invoqué par l'employeuse à l'appui du congé immédiat du 15 mars 2004. De la sorte, elle semble confondre les motifs invoqués à l'appui des licenciements ordinaire et immédiat. Dans la partie de leur décision consacrée à l'analyse du licenciement immédiat, les juges cantonaux ont toutefois retenu que le licenciement ordinaire était motivé d'une part par l'insuffisance des résultats du recourant, d'autre part par le fait que celui-ci n'avait pas respecté son engagement de rembourser le solde négatif de son compte US\$ à la fin du mois de février 2004. Il en découle que la cour cantonale a ainsi déterminé le motif réel du licenciement ordinaire.

Comme précédemment rappelé, les motifs de la résiliation relèvent du fait et le Tribunal fédéral ne peut s'écarter des constatations y relatives que si elles ont été établies de façon manifestement inexacte ou en violation du droit (cf. consid. 2.2). Or, en l'espèce, le recourant se limite, sans autre démonstration, à répéter qu'«officieusement, et tous les éléments concordent dans ce sens, il (le congé avec effet immédiat) a été signifié pour des raisons économiques, alors que la banque tentait déjà de se débarrasser d'un cadre supérieur lui coûtant trop cher» et à affirmer que «le licenciement a ainsi permis à la banque de priver (le recourant) d'un bonus de

140 000 fr.». Ce mode de procéder est impropre à démontrer l'arbitraire et sa critique est irrecevable.

4.

Le recourant reproche à la cour cantonale d'avoir rejeté son action en libération de dette et considéré qu'il devait rembourser à l'intimée la somme de 129 890 fr. 80.

4.1 En présence d'un litige sur l'interprétation d'un contrat, le juge doit tout d'abord s'efforcer de déterminer la commune et réelle intention des parties, sans s'arrêter aux expressions ou dénominations inexactes dont elles ont pu se servir (art. 18 al. 1 CO); il s'agit d'une question de fait (ATF 131 III 606 consid. 4.1 p. 611). Si la volonté réelle des parties ne peut pas être établie ou si elle est divergente, le juge doit interpréter la clause contractuelle litigieuse selon la théorie de la confiance; il doit donc rechercher comment cette clause pouvait être comprise de bonne foi en fonction de l'ensemble des circonstances. L'application du principe de la confiance est une question de droit; pour la trancher, il faut cependant se fonder sur le contenu de la manifestation de volonté et sur les circonstances, lesquels relèvent du fait (ATF 133 III 61 consid. 2.2.1).

Le sens d'un texte, apparemment clair, n'est pas forcément déterminant, de sorte que l'interprétation purement littérale est prohibée. 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 cocontractants lorsqu'il n'existe aucune raison sérieuse de penser qu'il ne correspond pas à leur volonté (ATF 133 III 61 consid. 2.2.1).

4.2 Analysant le texte de l'avenant au contrat de travail du 3 juillet 2003, les juges cantonaux ont qualifié la convention qui y était contenue de prêt convertible. Ils ont notamment considéré que les parties avaient employé le terme de «loan» (prêt), spécifié les conditions de remboursement et prévu que le prêt était convertible en salaire moyennant que l'employé remplisse divers objectifs. Cela étant, ils ont constaté que le recourant n'établissait aucun élément dont il résulterait que les termes de l'avenant ne correspondraient pas à la commune et réelle intention des parties. Il s'agit ainsi d'une constatation de fait, dont le Tribunal fédéral ne peut s'écarter que si elle a été établie de façon manifestement inexacte ou en violation du droit. Or, le recourant ne démontre derechef pas que tel serait le cas, se limitant à présenter sa propre version des faits, dans une argumentation correspondant d'ailleurs quasiment mot à mot à celle présentée en instance cantonale.

Quoi qu'il en soit, la lecture de l'arrêt entrepris permet de comprendre que la cour cantonale a en outre considéré que cette conclusion était corroborée par une interprétation de la convention en application du principe de la confiance. Elle a en effet ajouté qu'au demeurant, du point de

vue objectif, l'usage du terme «loan», mentionné plusieurs fois, ne pouvait être compris par le recourant, professionnel de la branche, autrement que comme concrétisant une convention de prêt. Elle a par ailleurs considéré que l'économie de la convention (prêt convertible en rémunération à certaines conditions) se comprenait sachant que comme le soutenait l'intimée, le recourant avait besoin d'argent et sollicité son employeuse à cette fin; l'octroi d'un prêt convertible avait ainsi l'avantage, outre de répondre à la demande de l'employé, de motiver celui-ci à réaliser les conditions posées à la conversion du prêt. Ces considérations ne prêtent pas le flanc à la critique.

Dès lors qu'il a été établi que les conditions auxquelles le prêt pouvait être converti n'étaient pas remplies, c'est à juste titre que la cour cantonale est parvenue à la conclusion que le recourant devait rembourser à l'intimée le montant y relatif. Quoi qu'en dise le recourant, c'est également à bon escient que les juges cantonaux ont considéré inutile d'examiner si les conditions de la répétition de l'indu étaient réalisées, puisque l'intimée agissait non pas sur la base des art. 62 ss CO, mais en exécution d'un contrat de prêt.

5.

Il résulte des considérants qui précèdent que le recours doit être rejeté dans la mesure de sa recevabilité.

Bundesgericht, Urteil vom 14. Februar 2008, Doss.-Nr. 4D_76/2007 (Bestätigung des Entscheids des Kantonsgerichts St. Gallen vom 8. November 2007)

Lohnanspruch bei Annahmeverzug des Arbeitgebers, OR 324 I. Bestehen die Aufgaben eines Arbeitnehmers auch im Akquirieren neuer Aufträge, wobei er in diesem Bereich ohne entsprechende Arbeitszuweisung tätig werden kann, hat der Arbeitnehmer zur Wahrung seines Lohnanspruchs von sich aus alles vorzunehmen, was er ohne Mitwirkung des Arbeitgebers verrichten kann. Unterlässt er dies oder kommt er dieser Verpflichtung nicht hinreichend nach, kann er während der entsprechenden Periode keinen Lohnanspruch geltend machen, woran auch mündliche Angebote zur Arbeitsleistung an den Arbeitgeber nichts zu ändern vermögen (E. 4.3).

Sachverhalt:

A. (Beschwerdeführer) war Geschäftsführer der X. GmbH (Beschwerdegegnerin) mit Kollektivunterschrift zu zweien. Die Parteien gingen übereinstimmend davon aus, zwischen ihnen habe seit dem 1. Januar 2005 ein mündlich vereinbartes Arbeitsverhältnis bestanden. Umstritten ist jedoch, wann es beendet wurde. Der Beschwerdeführer behauptete, es sei

am 2. Februar 2006 auf den 30. April 2006 gekündigt worden. Die Beschwerdegegnerin nahm dagegen den Standpunkt ein, es sei am 2. Februar 2006 einvernehmlich rückwirkend auf den 31. Januar 2006 aufgelöst worden.

Am 28. November 2006 belangte der Beschwerdeführer die Beschwerdegegnerin beim Arbeitsgericht Rorschach namentlich auf Zahlung des Lohns für die Monate Februar, März und April 2006 im Totalbetrag von Fr. 9300.–. Mit der Begründung, zwischen den Parteien habe kein Arbeitsverhältnis bestanden, trat das Arbeitsgericht Rorschach mit Entscheidung vom 6. Februar 2007 mangels sachlicher Zuständigkeit auf die Klage nicht ein. Der Beschwerdeführer gelangte an das Kantonsgericht St. Gallen, welches das Vorliegen eines Arbeitsvertrages zwischen den Parteien bejahte und daher auf die Klage eintrat, diese jedoch am 8. November 2007 abwies. Der Beschwerdeführer gelangte ans Bundesgericht.

Aus den Erwägungen:

3.

3.1 Die Vorinstanz hat nicht abgeklärt, auf welchen Zeitpunkt das Arbeitsverhältnis beendet wurde. Sie hielt diese Frage für nicht relevant, weil der Beschwerdeführer nicht hinreichend substantiiert behauptet hatte, dass er seine Arbeitsleistung nach dem 31. Januar 2006 in zureichender Weise angeboten und damit die Voraussetzung der Lohnzahlungspflicht des Arbeitgebers nach Art. 324 Abs. 1 OR erfüllt habe. Den Ausführungen des Beschwerdeführers lasse sich nicht entnehmen, wann, wie und unter welchen Umständen er der Beschwerdegegnerin seine Arbeitsleistung angeboten haben soll. Aus diesem Grunde lehnte es die Vorinstanz ab, die beantragte Parteibefragung durchzuführen.

3.2 Der Beschwerdeführer macht geltend, die Parteibefragung stelle im Kanton St. Gallen ein zulässiges Beweismittel dar (Art. 120 ff. ZPO/SG). Indem es die Vorinstanz unterlassen habe, im Rahmen der beantragten Parteibefragung abzuklären, wann der Arbeitsvertrag gekündigt wurde und wann, wie und unter welchen Umständen der Beschwerdeführer seine Arbeitsleistung der Beschwerdegegnerin angeboten habe, habe die Vorinstanz ihre aus der Untersuchungsmaxime nach Art. 343 Abs. 4 OR fliessenden Pflichten grob und unentschuldbar verletzt. Die Vorinstanz habe damit das nach Art. 190 BV massgebende Bundesrecht nicht angewendet und willkürlich im Sinne von Art. 9 BV geurteilt. Zudem liege im Vorwurf der Vorinstanz, es fehlten Anhaltspunkte für eine sinnvolle Parteibefragung, ein überspitzter Formalismus, der zu einer Verletzung des rechtlichen Gehörs gemäss Art. 29 BV geführt habe.

3.3 Wie es sich damit verhält, kann offen bleiben, da sich der behauptete Sachverhalt, der nach Auffassung des Beschwerdeführers hätte geklärt

werden sollen, gemäss der nachstehenden Erwägung als nicht entscheidungsrelevant erweist.

4.

4.1 Die Vorinstanz hielt fest, die Aufgaben des Beschwerdeführers hätten auch im Akquirieren neuer Aufträge bestanden. In diesem Bereich hätte er ohne entsprechende Arbeitszuweisung der Beschwerdegegnerin tätig werden können. Gemäss der Lehre habe der Arbeitnehmer zur Wahrung seines Lohnanspruchs von sich aus alles vorzunehmen, was er ohne Mitwirkung des Arbeitgebers verrichten könne. Diese Pflicht hätte der Beschwerdeführer auch dann nicht hinreichend erfüllt, wenn sich seine diesbezüglichen Angaben, wonach er im «Februar/März/April» Kontakt mit der Liegenschaftsverwaltung aufgenommen, aktive Akquisition betrieben und zwei Kontakte zu aktivieren versucht habe, als zutreffend erweisen sollten. Darüber hinaus fehlt es nach Auffassung der Vorinstanz auch in dieser Hinsicht an den erforderlichen Anhaltspunkten für eine sinnvolle Parteibefragung, welche deshalb auch diesbezüglich unterblieb.

4.2 Der Beschwerdeführer rügt, die Vorinstanz habe in Verletzung von Art. 9 BV verkannt, dass er während der Kündigungsfrist nicht bloss seine Arbeitsleistung angeboten, sondern mit der aktienkundigen Akquisitionstätigkeit auch tatsächlich Arbeit geleistet habe. Zudem stelle es angesichts der geltenden Untersuchungsmaxime wiederum einen überspitzten Formalismus dar, diesbezüglich die Beweiserhebung zu verweigern.

4.3 Mit dieser Argumentation lässt der Beschwerdeführer ausser Acht, dass die Vorinstanz annahm, er sei selbst mit den von ihm behaupteten Tätigkeiten seiner Verpflichtung, all jene Arbeiten zu leisten, welche keiner Vorleistung des Arbeitgebers bedürften, nicht hinreichend nachgekommen. Diese Rechtsauffassung gibt der Beschwerdeführer vor Bundesgericht nicht für willkürlich aus, so dass das Bundesgericht den angefochtenen Entscheid diesbezüglich nicht überprüft. Wenn aber die vom Beschwerdeführer behaupteten Leistungen zur anspruchsbegründenden Erfüllung der Arbeitspflicht des Arbeitnehmers nicht ausreichen, brauchte nicht abgeklärt zu werden, ob diese Leistungen tatsächlich erbracht wurden. Somit bezieht sich die unterlassene Beweisabnahme hinsichtlich der Akquisitionstätigkeit auf einen nicht entscheidungsrelevanten Umstand. Hat es der Beschwerdeführer aber unterlassen, ihm mögliche und zumutbare Arbeit zu leisten, kann er während der entsprechenden Periode keinen Lohnanspruch geltend machen. Daran vermögen auch die angeführten diversen mündlichen Arbeitsangebote nichts zu ändern, weshalb sich diesbezüglich weitere Abklärungen erübrigten. Schliesslich konnte auch offen bleiben, auf welchen Termin das Arbeitsverhältnis gekündigt wurde, weshalb die Vorinstanz auch diese Frage in tatsächlicher Hinsicht nicht abzuklären brauchte.

*Tribunal fédéral, Arrêt du 14 février 2008, Doss.-No. 4A_486/2007
(Confirmation de l'arrêt de la Chambre des recours du Tribunal cantonal du canton de Vaud du 10 septembre 2007)*

337 CO. Des comportements violents, comme des menaces, peuvent justifier une résiliation immédiate pour justes motifs, pour autant qu'ils atteignent une certaine intensité, compte tenu de l'ensemble des circonstances (c. 4).

Extraits des faits:

Le 1^{er} décembre 2006, un incident s'est produit dans les ateliers. Revenant de sa pause de midi, l'employée X. (recourante) n'a pas retrouvé sa chaise, remise durant son absence à un autre employé pour des impératifs de production, et s'est emportée contre son supérieur A., qui essayait de lui expliquer la situation. L'employée a levé à la hauteur des yeux de son supérieur un cutter, qu'elle avait dans les mains pour effectuer son travail. Face à ce geste, A. a redescendu le bras de l'employée, qui a continué son travail, toujours sous le coup de l'énervement. Par courrier du 4 décembre 2006, X. a été licenciée avec effet immédiat.

Extraits des considérants:

4.

4.1 (...) Des comportements violents, comme des menaces, peuvent justifier une résiliation immédiate pour justes motifs, pour autant qu'ils atteignent une certaine intensité, compte tenu de l'ensemble des circonstances du cas d'espèce. Il ne faut à cet égard pas perdre de vue que, conformément à l'art. 328 CO, l'employeur doit protéger, dans les rapports de travail, la personnalité du travailleur (cf. ATF 127 III 351 consid. 4b/dd).

4.2 Il a été constaté en fait que, peu avant l'altercation, A. était penché en direction de la recourante, qui était assise. C'est alors que celle-ci, sans avoir été provoquée, a mis le cutter qu'elle avait dans ses mains – comme instrument de travail – à la hauteur des yeux de son supérieur en décollant de sa chaise.

Un tel geste, qui comporte un danger évident pour la victime dont le visage était ostensiblement visé, revêt un degré de gravité élevé. Le fait que A. ait maîtrisé la recourante en lui baissant le bras, puis qu'il ait voulu discuter avec celle-ci, ne saurait en aucun cas légitimer l'acte incriminé. En agissant ainsi, le supérieur hiérarchique a manifestement essayé de calmer la situation pour éviter une récurrence spontanée de l'employée, qui se trouvait être dans un état d'énervement certain au moment des faits.

Face au comportement litigieux, qui est intervenu de manière subite et qui émanait unilatéralement d'une personne, qui n'était pas, avant les

faits, en situation conflictuelle avec la victime, l'employeur se devait de protéger la personnalité de ses employés, en particulier celle de A. Il le devait d'autant plus qu'il est établi que la recourante s'énervait assez vite.

Dans ces circonstances, l'employeur pouvait à bon droit considérer que le rapport de confiance existant entre lui-même et la recourante était irrémédiablement rompu au point de rendre impossible la continuation du contrat de travail jusqu'au plus prochain terme de résiliation. L'autorité cantonale n'a donc pas abusé de son large pouvoir d'appréciation en ayant considéré que le licenciement immédiat de la recourante était justifié. Le grief est donc infondé.

Bundesgericht, Urteil vom 18. Februar 2008, Doss.-Nr. 2C_695/2007 (Bestätigung des Entscheids des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 7. November 2007)

Die kantonale Behörde, die über die Bewilligung von Ausnahmen vom Verbot der Sonntagsarbeit entschieden hat, in der Folge aber vor Gericht unterlegen ist, ist nicht berechtigt, gestützt auf BGG 89 II lit. d in Verbindung mit einer besonderen bundesgesetzlichen Norm ans Bundesgericht zu gelangen. Das Arbeitsgesetz sieht in ArG 58 ein besonderes Beschwerderecht nur für die Arbeitgeber- und Arbeitnehmerverbände vor, nicht jedoch für die verfügende kantonale Behörde (E. 2.1). Die verfügende kantonale Behörde ist auch nicht berechtigt, gestützt auf BGG 89 I ans Bundesgericht zu gelangen. Sie ist durch den angefochtenen Entscheid nicht besonders berührt und hat auch kein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Entscheids. Sie hat bloss im Rahmen des ihr zugewiesenen, amtlichen Aufgabenbereichs gehandelt (E. 2.2).

Sachverhalt:

Das Amt für Wirtschaft und Arbeit des Kantons Zürich erteilte am 15. März 2007 der X. AG und verschiedenen Betrieben im Einkaufszentrum Y. in D. zwei Bewilligungen für vorübergehende Sonntagsarbeit. Der eine Sonntagsverkauf fand am 20. Mai 2007 («Frühlingsaktivitäten»), der andere am 7. Oktober 2007 («Geburtstagsaktivitäten») statt.

Gegen die Bewilligungen gelangten die Gewerkschaft Unia und der Gewerkschaftsbund des Kantons Zürich erfolglos an die Volkswirtschaftsdirektion des Kantons Zürich. Das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich stellte am 7. November 2007 auf ihre Beschwerde hin fest, dass die Bewilligungen zu Unrecht erteilt worden seien. Es auferlegte die Rekurs- und Gerichtskosten zur Hälfte dem Amt für Wirtschaft und Arbeit. Das Verwaltungsgericht verneinte ein «dringendes Bedürfnis» für die bewilligten Sonntagsverkäufe. Das Amt für Wirtschaft und Arbeit der Volkswirt-

schaftsdirektion des Kantons Zürich gelangte mit dem Antrag an das Bundesgericht, den Entscheid des Verwaltungsgerichts aufzuheben und festzustellen, dass «die Bewilligungen für die Beschäftigung von Arbeitnehmenden für vorübergehende Sonntagsarbeit» zu Recht erteilt worden seien.

Aus den Erwägungen:

1.2 Das Amt für Wirtschaft und Arbeit beschränkt sich auf den Hinweis, dass seine Legitimation «offensichtlich» gegeben sei, da das Verwaltungsgericht zu seinen Ungunsten entschieden und ihm die Hälfte der Rekurs- und Gerichtskosten auferlegt habe. Ob es damit seiner Begründungspflicht nachgekommen ist, erscheint zweifelhaft, kann aber dahingestellt bleiben, da auf seine Eingabe so oder anders nicht einzutreten ist.

2.

2.1 Das Amt für Wirtschaft und Arbeit ist weder Träger von speziellen, für Gemeinden und vergleichbare Körperschaften geschaffenen Verfassungsgarantien (Art. 89 Abs. 2 lit. c BGG), noch ist es gestützt auf eine besondere bundesgesetzliche Norm ermächtigt, vorliegend an das Bundesgericht zu gelangen (Art. 89 Abs. 2 lit. d BGG). Das Bundesgesetz vom 13. März 1964 über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz) sieht nur eine besondere Beschwerdebefugnis für die Arbeitgeber- und Arbeitnehmerverbände vor, nicht jedoch für die verfügende kantonale Behörde, die vor Gericht unterliegt (vgl. Art. 58 ArG i.V.m. Art. 89 Abs. 2 lit. d BGG; BGE 116 Ib 284 ff.; 270 ff.). Die Berechtigung, kantonale Entscheide im Bereich des Arbeitsgesetzes mittels Behördenbeschwerde anzufechten, ist den zuständigen Bundesbehörden vorbehalten (Art. 89 Abs. 2 lit. a BGG).

2.2 Das kantonale Amt für Wirtschaft und Arbeit beruft sich für seine Legitimation auf das allgemeine Beschwerderecht im Sinne von Art. 89 Abs. 1 BGG; danach ist zur Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten befugt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat, durch den angefochtenen Entscheid besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung hat. Zwar kann sich auch das Gemeinwesen hierauf stützen, falls es durch einen angefochtenen Entscheid gleich oder ähnlich wie ein Privater betroffen wird (BGE 133 II 400 E. 2.4.2 mit Hinweisen); dies ist hier jedoch nicht der Fall: Das Amt hat im Rahmen des ihm zugewiesenen, amtlichen Aufgabenbereichs gehandelt. Auch eine Berufung auf schutzwürdige eigene hoheitliche Interessen fällt ausser Betracht (BGE 133 II 400 E. 2.4.2; BGE 2C_622/2007 vom 14. Dezember 2007 [zur Publikation bestimmt], E. 2.2.1): Das Amt macht einzig ein allgemeines Interesse an der «richtigen» Rechtsanwendung geltend; die im Rechtsmittelverfahren unterlegene Vorinstanz ist indessen nicht berechtigt, hierfür an das Bundesgericht zu gelangen (BGE 2C_662/2007 vom 14. Dezember 2007, E. 2.2.1; BGE 131 II 58 E. 1.3 S. 62; 127 II 32 E. 2e

S. 38 mit Hinweisen). Zur Begründung des allgemeinen Beschwerderechts genügt praxisgemäss schliesslich auch nicht jedes beliebige, mit der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe direkt oder indirekt verbundene finanzielle Interesse des Gemeinwesens wie die Kostentragungspflicht im Falle des Unterliegens im kantonalen Rechtsmittelverfahren (BGE 2C_662/2007 vom 14. Dezember 2007, E. 2.2.1 u. 2.2.2; BGE 133 II 400 E. 2.4.2 S. 407; 133 V 188 E. 4.4.2 S. 194; 131 II 58 E. 1.3 S. 62).

3.

3.1 Auf die Beschwerde ist mangels Legitimation des beschwerdeführenden Amtes nicht einzutreten.

Bundesgericht, Urteil vom 25. Februar 2008, Doss.-Nr. 2A.91/2007 (Bestätigung des Urteils des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 14. Dezember 2006)

Im vorliegenden Fall liegen objektive, nicht geschlechtsdiskriminierende Gründe für die schlechtere Entlohnung der Beschwerdeführerin im Vergleich zu anderen Regierungsstatthaltern mit im Wesentlichen gleicher Arbeit und ähnlicher Qualifikation und Berufserfahrung vor (fehlerhafte Ersteinreihung und Benachteiligung aufgrund verlangsamten Lohnanstiegs infolge Sparpolitik der öffentlichen Hand; E. 6.2.1).

GIG 3. Im Rahmen des Gleichstellungsgesetzes ist grundsätzlich nur zu prüfen, ob eine geschlechtsbedingte Diskriminierung vorliegt, nicht aber ob und inwieweit die betroffenen Angestellten allenfalls unabhängig von ihrem Geschlecht rechtungleich behandelt werden. Dem Arbeitgeber ist es nicht verwehrt, den ihm obliegenden Gegenbeweis mit der Tatsache zu führen, dass die von der Arbeitnehmerin zur Glaubhaftmachung ihrer Diskriminierung aufgezeigte Besserstellung eines oder mehrerer Angestellter nicht den Angehörigen eines Geschlechts vorbehalten ist (E. 6.3).

Sachverhalt:

L. (geb. 1964; Beschwerdeführerin) ist Rechtsanwältin und Mutter dreier Kinder (geb. 1996, 1998 und 2001). Seit dem 1. Januar 1997 ist sie als Regierungsstatthalterin des Berner Amtsbezirks La Neuveville tätig. Bei Amtsantritt wurde L. von der Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion des Kantons Bern (Beschwerdegegner) in die Gehaltsklasse 27 auf der Erfahrungsstufe 9 eingereiht. Die Tätigkeit der Regierungsstatthalterin von La Neuveville ist als Halbpensum ausgestaltet. Als der Beschäftigungsgrad von sieben anderen teilzeiterwerbstätigen Regierungsstatthaltern per 1. Juli 1999 erhöht wurde, gelangte L. in der Folge an die Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion des Kantons Bern, welche sie mehrmals erfolglos um die

Erhöhung ihres Pensums auf 60 bzw. 70 Prozent ersuchte. Am 11. Dezember 2003 beantragte L. alsdann eine Überprüfung ihres Gehalts unter dem Gesichtspunkt der Rechtsgleichheit. Weil ihrem Begehren nicht entsprochen wurde, verlangte sie mit Eingabe vom 5. Mai 2004 die rückwirkende «Ausrichtung eines angemessenen Gehalts» ab 1. Januar 2002 sowie die Einreihung auf einer höheren Erfahrungsstufe. Die abschlägige Verfügung der Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion vom 20. September 2004 focht L. beim Verwaltungsgericht des Kantons Bern an. Dieses trat auf ihre Beschwerde nicht ein, soweit mit dieser eine gehaltsmässige Neueinreihung beantragt bzw. eine zu tiefe Ersteinreihung bei Amtsantritt und ein ungenügender anschliessender Erfahrungsaufstieg gerügt wurde. Weiter trat das Verwaltungsgericht nicht auf den Eventualantrag ein, der Beschäftigungsgrad von L. sei per 1. Januar 2004 auf 70 Prozent zu erhöhen. Demgegenüber prüfte es, ob eine geschlechtsspezifische Lohndiskriminierung im Sinne des GIG vorliege, verneinte aber diese Frage und wies die Beschwerde insoweit mit Urteil vom 14. Dezember 2006 ab. L. gelangte ans Bundesgericht.

Aus den Erwägungen:

3.2 Die Vorinstanz kam zum Schluss, die Beschwerdeführerin vermöge die gerügte geschlechtsspezifische Lohndiskriminierung nicht glaubhaft zu machen. Zwar sei sie tiefer eingereiht als ihr im Amtsbezirk Bern tätiger (männlicher) Kollege. Dieser sei aber seinerseits nicht besser gestellt als seine im gleichen Amtsbezirk tätige (weibliche) Kollegin, die bezüglich ihrer Berufserfahrung «mehr oder weniger» mit der Beschwerdeführerin vergleichbar sei. Eine Diskriminierung schloss das Verwaltungsgericht ferner deswegen aus, weil der Einreihungsbehörde anlässlich der Ersteinreihung der Beschwerdeführerin ein Teil von deren Berufserfahrung nicht bekannt war, was zu einer um maximal drei Erfahrungsstufen zu tiefen Einreihung geführt habe. Zudem habe die Sparpolitik des Kantons mittelbar eine Privilegierung all jener Regierungsstatthalter zur Folge gehabt, die später in den Staatsdienst eingetreten seien.

(...)

5.

Es ist unbestritten, dass die Beschwerdeführerin im Zeitpunkt der Ausfällung des angefochtenen Entscheids um sieben Erfahrungsstufen tiefer eingereiht war als der von ihr zum Vergleich herangezogene, ab 1. August 2000 im Amtsbezirk Bern tätige männliche Kollege (welcher inzwischen aus dem Staatsdienst ausgeschieden ist und eine Stelle bei einer privatwirtschaftlichen Unternehmung angetreten hat). Sie verdiente deshalb – auf eine Vollzeitstelle umgerechnet – rund elf Prozent weniger als dieser, obschon sie ihr Amt um gut drei Jahre länger ausübte. Nicht in Frage gestellt wird weiter die Behauptung der Beschwerdeführerin, sie verfüge über die gleichen Qualifikationen und über eine «mindestens

gleichwertige Berufserfahrung» wie der betreffende Kollege. Zwar hat der Kanton im vorinstanzlichen Verfahren betont, die Regierungsstatthalter in städtischen Amtsbezirken hätten komplexere Aufgaben zu bewältigen und grössere Verantwortung zu tragen als die Beschwerdeführerin im kleinsten und ländlich geprägten Bezirk La Neuveville. Das Verwaltungsgericht hat jedoch zu dieser Behauptung des Beschwerdegegners keine Feststellungen getroffen, weshalb für das vorliegende Verfahren davon auszugehen ist, dass die Beschwerdeführerin und der zum Vergleich herangezogene Regierungsstatthalter von Bern im Wesentlichen die gleiche Arbeit verrichtet haben. Angesichts einer Lohndifferenz von über zehn Prozent ist bei diesen Gegebenheiten praxisgemäss eine (indirekte) geschlechtsbedingte Benachteiligung der Beschwerdeführerin zu vermuten. Soweit die Vorinstanz die Glaubhaftmachung einer Diskriminierung im Sinne von Art. 3 GIG verneint hat, verstösst der angefochtene Entscheid mithin gegen Bundesrecht.

6.

Ungeachtet der bundesrechtswidrigen Handhabung der Beweisregel von Art. 6 GIG ist der Entscheid des Verwaltungsgerichts indessen im Ergebnis nicht zu beanstanden: Es trifft zu, dass der Kanton Bern – nachdem es der Beschwerdeführerin gelungen ist, eine Diskriminierung glaubhaft zu machen – als Arbeitgeber zum Nachweis verpflichtet ist, dass die geringere Entlohnung in Wirklichkeit nicht geschlechtsdiskriminierend bzw. durch sachliche Gründe gerechtfertigt ist. In Anbetracht der Feststellungen im angefochtenen Entscheid ist der entsprechende Gegenbeweis jedoch geglückt:

6.1 In seinen Erwägungen hat das Verwaltungsgericht zu Recht die Tatsache in den Vordergrund gerückt, dass nicht nur der von der Beschwerdeführerin zum Vergleich herangezogene männliche Regierungsstatthalter, sondern auch dessen weibliche Kollegin im Amtsbezirk Bern um sieben Erfahrungsstufen höher eingereiht war als die Beschwerdeführerin. Weil alle drei Genannten unbestrittenermassen über eine ähnliche Qualifikation und Berufserfahrung verfügen, ist der höhere Lohn der Berner Kollegin nicht etwa auf eine bessere Befähigung zurückzuführen. Damit steht gleichzeitig fest, dass die beiden Regierungsstatthalter des Amtsbezirks Bern – trotz unterschiedlichen Geschlechts – gleich entlohnt worden sind. Diese offensichtliche Gleichbehandlung von Mann und Frau spricht gegen eine (indirekt) geschlechtsdiskriminierende Wirkung der kantonalen Einreihungspraxis. Das Gleiche gilt für die festgestellte Lohndifferenz zwischen der Beschwerdeführerin und ihrer Berner Kollegin, welche zum Vornherein nicht geschlechtsbedingt sein kann. Ferner lässt auch der Umstand, dass – was in der Beschwerdeschrift nicht bzw. nicht substantiiert bestritten wird – mindestens ein männlicher Berufskollege tiefer als die Beschwerdeführerin eingereiht ist, obschon er sein Amt länger als diese ausübt, eine geschlechtsbedingte Benachteiligung unwahrscheinlich erscheinen.

6.2 Die Vorinstanz hat denn auch zwei objektive, nicht geschlechtsdiskriminierende Gründe für den streitigen Lohnunterschied festgestellt:

6.2.1 Zunächst ist unbestritten, dass der für die Ersteinreihung zuständigen Behörde nicht die gesamte Berufserfahrung der Beschwerdeführerin bekannt war; dieser Umstand hat zu einer um (maximal) drei Erfahrungsstufen zu tiefen Einreihung der Beschwerdeführerin geführt. Es mag erstaunen, dass – wenn insoweit ein Versehen vorlag – bis heute noch keine Gehaltskorrektur erfolgt ist, obschon die kantonalen Behörden offenbar seit 2004 über die vollständigen Informationen verfügen. Wie das Verwaltungsgericht aber zu Recht festhält, stellen sich diesbezüglich keine geschlechtsspezifischen Fragen der Lohnungleichheit, so dass es Sache des für eine allfällige Neueinreihung zuständigen Regierungsrats ist, die gebotenen Massnahmen anzuordnen. Die fehlerhafte Ersteinreihung erscheint bei diesen Gegebenheiten als objektive Erklärung für die Lohndifferenz zwischen der Beschwerdeführerin und ihren Berner Kollegen. Jedenfalls ist nicht im vorliegenden Verfahren zu beurteilen, ob und inwieweit die Beschwerdeführerin wegen des erwähnten Mangels Anspruch auf eine Gehaltserhöhung hat.

6.2.2 Ebenfalls als objektive Erklärung für die streitige Lohndifferenz präsentiert sich der verlangsamte Lohnanstieg, welche das Kantonspersonal infolge der Sparpolitik der öffentlichen Hand erfahren hat. Zwar leuchtet nicht ein, dass sich die einschlägige Berufserfahrung der Beschwerdeführerin als Regierungsstatthalterin lohnmässig weniger auszahlt als jene Erfahrung, welche ihr Berner Kollege in der gleichen Zeitspanne in anderen Tätigkeiten gesammelt hat. Wenn aber neu gewählten Regierungsstatthaltern für die Ersteinreihung die Berufserfahrung in aller Regel voll angerechnet wird, während sich bei ihren bereits im Amt stehenden Kollegen – infolge des gebremsten Lohnaufstiegs des Staatspersonals – die gleiche Erfahrung in weniger Gehaltsstufen niederschlägt, so betrifft dies Frauen und Männer gleichermaßen. Mit Blick auf den Amtsbezirk Bern zeigt sich denn auch, dass beide Regierungsstatthalter ungeachtet ihres verschiedenen Geschlechts von diesem Mechanismus profitiert haben. Demgegenüber hatten unbestrittenermassen alle im Amt stehenden Regierungsstatthalter (bei denen es sich grösstenteils um Männer handelt) hinzunehmen, dass sie in den Jahren 1997 und 1998 keinerlei Lohnerhöhung erhielten und der «Stufenanstieg» in den Jahren 1999 bis 2005 grundsätzlich nur reduziert erfolgte.

6.3 Was die Beschwerdeführerin gegen diese Beweisführung des Kantons vorbringt, geht an der Sache vorbei: Im Rahmen des Gleichstellungsgesetzes ist grundsätzlich nur zu prüfen, ob eine geschlechtsbedingte Diskriminierung vorliegt, nicht aber ob und inwieweit die betroffenen Angestellten allenfalls unabhängig von ihrem Geschlecht rechtungleich behandelt werden. Nichts anderes ergibt sich aus der Tatsache, dass dem Verbot der geschlechtsbedingten Diskriminierung «absolute Geltung» zukommt. Im von der Beschwerdeführerin zitierten Entscheid hat das Bun-

desgericht betont, dass eine Diskriminierung auch dann gegeben sein kann, wenn die gerügte Schlechterstellung nicht nur Angehörige des einen, sondern gleichzeitig auch solche des anderen Geschlechts betrifft (BGE 127 III 207 E. 4 S. 214 f.). Dadurch wird dem Arbeitgeber jedoch nicht verwehrt, den ihm obliegenden Gegenbeweis mit der Tatsache zu führen, dass die von der Beschwerdeführerin zur Glaubhaftmachung ihrer Diskriminierung aufgezeigte Besserstellung eines oder mehrerer Angestellter nicht den Angehörigen eines Geschlechts vorbehalten ist. Diesfalls wird die gerügte Diskriminierung nicht – wie vom Bundesgericht abgelehnt – mit einer zusätzlichen Diskriminierung eines Angehörigen des anderen Geschlechts gerechtfertigt; vielmehr wird umgekehrt über einen Vergleich unter Geschlechtsgenossen belegt, dass die der Beschwerdeführerin vorenthaltene Besserstellung nicht nur den Angehörigen des anderen Geschlechts zukommt. Würde der Argumentation der Beschwerdeführerin gefolgt, könnte der Arbeitgeber letztlich eine vermutete Diskriminierung gar nie mit konkreten Angaben über die berufliche Stellung bestimmter Arbeitnehmer entkräften, was widersinnig wäre.

6.4 Die Beschwerdeführerin beanstandet ferner, die für die Ersteinreihung anwendbare Regelung wirke sich darum geschlechtsdiskriminierend aus, weil Frauen häufig familienbedingt während einer gewissen Zeit keiner Erwerbstätigkeit nachgehen würden. Die Zeitspanne, in welcher eine Frau ihre Kinder betreue und nicht berufstätig sei, werde ihr später bei Amtsantritt nicht als Berufserfahrung angerechnet. Wie es sich damit verhält, kann hier offen bleiben, zumal die Beschwerdeführerin selber stets (auch) berufstätig gewesen ist und deshalb von einer entsprechenden allfälligen Benachteiligung zum Vornherein nicht betroffen wäre. Schliesslich ist unbestritten, dass die juristische Ausbildung der Beschwerdeführerin für die Wahrnehmung des Amts einer Regierungsratspräsidentin, insbesondere mit Blick auf deren Aufgaben in der Rechtsanwendung und der Rechtsprechung, von Vorteil ist. Inwiefern sich im Zusammenhang mit ihrer Ausbildung Fragen der Geschlechterdiskriminierung stellen könnten, wird aus den Vorbringen in der Beschwerdeschrift jedoch nicht verständlich. Im Übrigen verfügt der zum Vergleich herangezogene, im Amtsbezirk Bern tätige Kollege gleich wie die Beschwerdeführerin ebenfalls über ein Rechtsanwaltspatent und einschlägige Berufserfahrung.

Tribunal fédéral, Arrêt du 28 mars 2008, Doss.-No. 4A_87/2008 (Annulation de la décision du Président de la Cour de justice du canton de Genève du 17 janvier 2008).

Assistance judiciaire. Le fait que la procédure devant le Tribunal des prud'hommes soit régie par la maxime d'office n'est pas déterminant lorsque l'assistance d'un avocat s'avère indispensable en raison de l'importance des intérêts en jeu, de la complexité de l'affaire ou des

questions à résoudre et des connaissances juridiques insuffisantes de la partie requérante (c. 3.3).

Le fait qu'une action au prud'hommes puisse être introduite au moyen d'une simple formule délivrée gratuitement par le greffe n'est pas davantage déterminant pour justifier le refus de l'assistance judiciaire (c. 3.3).

Extraits des faits:

Le 2 juillet 2007, le Vice-président du Tribunal de première instance du canton de Genève a octroyé à X. une assistance en matière extrajudiciaire afin d'obtenir de son ancien employeur – auprès duquel elle avait œuvré comme femme de ménage, garde d'enfants et cuisinière – le paiement de ses heures supplémentaires. Les démarches extrajudiciaires n'ayant pas abouti, X. a sollicité, par lettre du 27 novembre 2007, une extension de l'aide étatique à la procédure qu'elle entendait introduire par devant le Tribunal des prud'hommes à l'encontre de son ancien employeur, ainsi qu'aux démarches extrajudiciaires qu'elle souhaitait entreprendre auprès de l'Office cantonal de la population afin d'obtenir un titre de séjour.

Par décision du 3 décembre 2007, le Vice-président du Tribunal de première instance du canton de Genève a octroyé à X. le bénéfice de l'assistance juridique s'agissant des démarches auprès de l'Office cantonal de la population, limitant toutefois l'aide étatique à cinq heures d'activité d'avocat. Il a refusé la requête pour le surplus. Par décision du 17 janvier 2008, le Président de la Cour de justice du canton de Genève, Assistance juridique, a rejeté le recours déposé par X. et confirmé la décision du 3 décembre 2007. Il a jugé qu'en l'espèce, l'autorité de première instance avait considéré à bon droit que l'assistance d'un avocat ne se justifiait pas.

X. (la recourante) interjette un recours en matière civile au Tribunal fédéral, dont elle requiert qu'il annule la décision du 17 janvier 2008, dise qu'elle a droit à l'assistance juridique pour intenter une action devant la juridiction des prud'hommes contre ses anciens employeurs et renvoie la cause à l'autorité cantonale afin qu'elle la mette au bénéfice d'une décision d'octroi de l'assistance juridique, avec suite de dépens. Elle sollicite en outre l'assistance judiciaire pour la procédure fédérale. Le Président de la Cour de justice du canton de Genève, Assistance juridique, se réfère aux considérants de sa décision.

Extraits des considérants:

3.

La recourante se plaint d'une violation de son droit à l'assistance judiciaire.

3.1 Le droit à l'assistance judiciaire est déterminé en premier lieu par le droit cantonal de procédure, dont le Tribunal ne peut contrôler le respect que sous l'angle restreint de l'arbitraire. Ce droit découle aussi de l'art. 29 al. 3 Cst., qui offre des garanties minimales dont le Tribunal fédéral peut examiner librement le respect; il ne peut toutefois revoir que sous l'angle de l'arbitraire les constatations de fait sur lesquelles repose la décision attaquée (ATF 127 I 202 consid. 3a p. 204 s.).

En l'occurrence, la recourante invoque à la fois une violation de l'art. 29 al. 3 Cst. et une application arbitraire du droit cantonal, à savoir de l'art. 143 (recte: 143A) de la loi genevoise sur l'organisation judiciaire du 1^{er} janvier 1942 (LOJ/GE; RSG E 2 05). Or, il a été jugé que le droit genevois n'offrait en principe pas une protection plus étendue que l'art. 29 al. 3 Cst. en ce qui concerne les conditions régissant l'octroi de l'assistance judiciaires (CORBOZ, *Le droit constitutionnel à l'assistance judiciaire*, SJ 2003 II 67 ss, spéc. p. 70). Par conséquent, la Cour de céans examinera la question sous l'angle de l'art. 29 al. 3 Cst.

3.2 Aux termes de l'art. 29 al. 3 Cst., toute personne qui ne dispose pas de ressources suffisantes a droit, à moins que sa cause paraisse dépourvue de toute chance de succès, à l'assistance judiciaire gratuite. Elle a en outre droit à l'assistance gratuite d'un défenseur, dans la mesure où la sauvegarde de ses droits le requiert.

En l'occurrence, la recourante reproche à l'autorité d'avoir considéré que cette dernière condition n'était pas réalisée.

D'après la jurisprudence, il se justifie en principe de désigner un avocat d'office à l'indigent lorsque sa situation juridique est susceptible d'être affectée de manière particulièrement grave. Lorsque, sans être d'une portée aussi capitale, la procédure en question met sérieusement en cause les intérêts de l'intéressé, il faut en sus que l'affaire présente des difficultés de fait ou de droit auxquelles le requérant ne pourrait faire face seul (ATF 130 I 180 consid. 2.2 et les arrêts cités). Sont considérées comme des difficultés particulières de nature à justifier l'assistance d'un défenseur des raisons se rapportant à la personnalité du requérant, notamment sa capacité à trouver sa voie dans la procédure (ATF 128 I 225 consid. 2.5.2 p. 233 et les arrêts cités).

La nature de la procédure est sans importance (ATF 130 I 180 consid. 2.2) et le droit à la désignation d'un défenseur n'est pas exclu par principe lorsque la maxime d'office s'applique (cf. ATF 125 V 32 consid. 4b p. 36 et les références citées; 122 III 392 consid. 3c et les références citées). L'expérience montre qu'une procédure mal commencée est très difficile à redresser. Du reste, le devoir du juge d'instruire d'office a aussi ses limites. La maxime d'office impose certes à l'autorité de prendre spontanément en considération tous les éléments déterminants et d'administrer les preuves indépendamment des conclusions des parties, mais elle ne dispense pas les parties de collaborer activement à la procédure en renseignant le juge sur les faits de la cause et en lui indiquant les

moyens de preuve disponibles (ATF 130 I 180 consid. 3.2 p. 183 s. et l'arrêt cité).

La jurisprudence s'est parfois référée au principe de l'égalité des armes en relation avec la nécessité de l'assistance judiciaire (cf. ATF 120 Ia 217 consid. 1 p. 219; 119 Ia 134 consid. 4). De nature formelle, ce principe est déjà violé lorsqu'une partie est avantagée, sans qu'il soit nécessaire que son adverse partie subisse effectivement un désavantage de ce fait (arrêt 1P.14/2005 du 28 février 2005, reproduit in Pra 2006 n. 2 p. 9, consid. 3.4 et la référence citée). Ainsi, refuser la désignation d'un avocat d'office au motif que le requérant n'aurait pas démontré en quoi il en aurait concrètement besoin pour affronter une adverse partie elle-même assistée violerait le droit fédéral.

Pour décider si l'assistance judiciaire gratuite est objectivement nécessaire, il faut prendre en considération les circonstances concrètes du cas d'espèce et les particularités du droit de procédure cantonale applicable (ATF 128 I 225 consid. 2.5.2 p. 232). Dans chaque cas, il faut se demander si une personne raisonnable et de bonne foi, qui présenterait les mêmes caractéristiques que le requérant, mais disposerait de ressources suffisantes, ferait ou non appel à un avocat (CORBOZ, op. cit., p. 80 s.).

3.3 En l'occurrence, il s'agit pour la recourante de réclamer le paiement d'un montant de plusieurs dizaines de milliers de francs, si bien qu'il y a lieu de considérer que les intérêts en jeu sont relativement importants. Les questions de la réalisation des conditions d'application du contrat-type de travail pour les travailleurs de l'économie domestique et de la preuve des heures supplémentaires ne sont pas particulièrement évidentes et la recourante ne dispose d'aucune connaissance juridique, pas plus qu'elle ne sait parler, lire et écrire la langue du Tribunal. La partie adverse est assistée d'un avocat. Il ne fait aucun doute qu'en pareilles circonstances, toute personne raisonnable ayant les moyens financiers nécessaires recourrait aux services d'un avocat.

Cela étant, les éléments sur lesquels la cour cantonale s'est fondée pour refuser de désigner un avocat d'office à la recourante sont dénués de pertinence. Ainsi, comme précédemment exposé, le fait que la procédure devant le Tribunal des prud'hommes soit régie par la maxime d'office n'est pas déterminant lorsque l'assistance d'un avocat s'avère indispensable en raison de l'importance des intérêts en jeu, de la complexité de l'affaire ou des questions à résoudre et des connaissances juridiques insuffisantes de la partie requérante. Par ailleurs, l'on ne saurait exiger de la recourante qu'elle indique expressément en quoi sa situation présenterait des difficultés particulières de fait ou de droit, dès lors qu'il s'agit de faire valoir une prétention en paiement d'heures supplémentaires, dont les conditions factuelles et juridiques n'apparaissent précisément pas si évidentes que tout un chacun puisse s'y retrouver. En outre, le fait qu'une action au prud'hommes puisse être introduite au moyen d'une simple formule délivrée gratuitement par le greffe n'est pas davantage déterminant pour justi-

fier le refus de l'assistance judiciaire. Pour le surplus, dans la mesure où l'assistance d'un mandataire professionnel s'avère nécessaire, l'aide étatique ne peut pas être limitée à de simples conseils extrajudiciaires.

3.4 Il résulte de ce qui précède que, dans le cas particulier, la cour cantonale a violé le droit fédéral en considérant que l'assistance d'un avocat ne se justifiait pas. Par conséquent, le recours doit être admis, la décision querellée annulée et la cause renvoyée à la cour cantonale pour qu'elle examine la condition d'indigence et les chances de succès de la procédure pour laquelle la recourante sollicite l'assistance juridique, avant de statuer à nouveau.

4.

Le canton de Genève, qui succombe, est dispensé des frais judiciaires (art. 66 al. 1 et 4 LTF). Il versera en revanche une indemnité de dépens à la recourante, qui obtient gain de cause avec l'assistance d'un avocat (art. 68 al. 1 et 2 LTF). Dans ces conditions, la demande d'assistance judiciaire pour la procédure fédérale est sans objet.

Bundesgericht, Urteil vom 2. April 2008, Doss.-Nr. 4A_72/2008 (Bestätigung des Urteils des Obergerichts des Kantons Luzern vom 14. Dezember 2007)

Kündigt der Arbeitgeber einem Arbeitnehmer aus wirtschaftlichen Gründen und kann der 57-jährige Arbeitnehmer, der während mehr als 33 Jahren beim Arbeitgeber angestellt war, die Möglichkeit einer Weiterbeschäftigung an einer anderen Arbeitsstelle im Betrieb des Arbeitgebers nicht als ernsthafte Alternative nachweisen, so ist jede Missbräuchlichkeit der Kündigung zu verneinen. Jede Analogie zu BGE 132 III 115 ist ausgeschlossen, wenn die Aktivitätsdauer des Arbeitnehmers bis zur ordentlichen Pensionierung im Zeitpunkt der Kündigung noch rund acht Jahre beträgt (E. 4).

Sachverhalt:

A. (Kläger, Beschwerdeführer) arbeitete mehr als 33 Jahre lang als Offsetdrucker bei der X. AG (Beklagte, Beschwerdegegnerin). Am 16. Mai 2006 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis mit dem damals 57-jährigen Kläger auf den 30. September 2006. Infolge Erkrankung des Klägers verlängerte sich die Kündigungsfrist bis Ende Oktober 2006. Die Kündigung begründete die Beklagte mit wirtschaftlichen Zwängen und damit, dass der Kläger den aktuellen technischen Anforderungen seines Berufes nicht mehr zu genügen vermöge.

Am 4. Oktober 2006 gelangte der Kläger an das Amtsgericht Luzern-Stadt mit dem Begehren, die Beklagte sei wegen missbräuchlicher Kündigung zu verurteilen, ihm Fr. 38 184.– sowie Fr. 20 000.– Genugtuung zu

bezahlen. Das Amtsgericht wies die Klage mit Urteil vom 31. August 2007 ab. Es gelangte zum Schluss, es gebe keine Indizien, die den von der Beklagten angegebenen Kündigungsgrund als unrichtig erscheinen liessen, auch die Art und Weise der Erklärung der Kündigung sei nicht zu beanstanden und die Beklagte habe ihre Fürsorgepflicht nicht verletzt, zumal der Kläger nicht aufzeige, dass ernsthafte Alternativen zur Weiterbeschäftigung innerhalb des Betriebs bestanden hätten. Das Gericht verneinte ein krasses Missverhältnis der Interessen, da der Beklagten nicht zumutbar sei, den Kläger noch weitere acht Jahre bis zu seiner Pensionierung unter allen Umständen weiterzubeschäftigen, obwohl er die modernen Maschinen nicht zu bedienen wisse, die die Beklagte angeschafft habe, während diese sich in einem harten Markt behaupten müsse. Mit Urteil vom 14. Dezember 2007 wies das Obergericht des Kantons Luzern auf Appellation des Klägers die Klage ebenfalls ab. Das Obergericht folgte insbesondere der Ansicht des Klägers nicht, dass für ihn eine innerbetriebliche Möglichkeit der Weiterbeschäftigung bestanden hätte. Der Kläger gelangte ans Bundesgericht.

Aus den Erwägungen:

3.1 Nach den Feststellungen im angefochtenen Entscheid zeichneten sich seit 2005 Strukturveränderungen im Formulardruck der Beschwerdegegnerin ab, wobei weder der Vorgesetzte des Beschwerdeführers noch die Abteilungsleiterin der Druckvorstufe in den Entscheidungsprozess betreffend die neue Firmenstrategie einbezogen waren. Der im September 2005 pensionierte Mitarbeiter, dessen Stelle der Beschwerdeführer nach seiner Behauptung betriebsintern hätte übernehmen können, hatte nach den Feststellungen der Vorinstanz nur Korrektur gelesen und diese Funktion gibt es in einem modernen grafischen Betrieb nicht mehr. Die Vorinstanz hat im angefochtenen Entscheid geschlossen, der Aufgabenbereich der im September 2005 vakant werdenden Stelle habe sich massiv geändert. Wenn auch der Vorgesetzte des Beschwerdeführers und die Abteilungsleiterin der Druckvorstufe die neue Maschine evaluiert und den Beschwerdeführer in Kenntnis des Anforderungsprofils ins Spiel gebracht hätten, liege auf der Hand, dass die neue, jüngere Stelleninhaberin keiner umfassenden Umschulung bedurfte, während die Behauptung des Beschwerdeführers, dass er die rasante Entwicklung in der Drucktechnologie und die daraus resultierenden Herausforderungen problemlos bewältigt habe, nur die Anfangszeit seiner beruflichen Tätigkeit betreffe und sich auf einen schon vor Jahren erfolgten Wechsel auf Rollenoffsetmaschinen für die Herstellung von Geschäftsdrucksachen beziehe. Ausserdem habe der Beschwerdeführer in seiner angestammten Tätigkeit mit Rückenproblemen zu kämpfen gehabt und die schwere Arbeit mit den Druckplatten sei auch Bestandteil in der Vordruckstufe.

3.2 Der Beschwerdeführer kritisiert als qualifiziert falsch die Feststellungen im angefochtenen Entscheid, dass die Beschwerdegegnerin das Vorgehen seines damaligen Vorgesetzten und der Abteilungsleiterin der Druckvorstufe weder unterstützt noch kommentiert habe, dass die Arbeit an der neuen Maschine für ihn wegen seiner Rückenprobleme auch körperlich zu belastend gewesen wäre und dass sich der Aufgabenbereich der im September 2005 vakant gewordenen Stelle massiv geändert habe. Er vermag mit dieser Kritik den Schluss der Vorinstanz nicht als willkürlich auszuweisen, dass er eine ernsthafte Alternative für eine Weiterbeschäftigung an anderer Stelle im Betrieb der Beschwerdegegnerin nicht nachgewiesen habe. Denn aus dem unbestrittenen Umstand, dass die beiden Angestellten der Beschwerdegegnerin, welche die Arbeitsstelle an der neuen Maschine evaluiert hatten, ihrerseits nicht in den Umstrukturierungsprozess der Beschwerdegegnerin einbezogen waren, kann willkürfrei geschlossen werden, dass die Beschwerdegegnerin zu diesem Vorgehen keine Stellung bezog. Der Beschwerdeführer behauptet sodann selbst nicht, dass die vakant gewordene Stelle als solche hätte wieder besetzt werden sollen; er wendet sich gegen eine angebliche Feststellung, wonach die beiden Angestellten die aufgehobene (und nicht die neu zu schaffende) Stelle evaluiert hätten; eine derartige Feststellung ist dem angefochtenen Entscheid jedoch nicht zu entnehmen. Schliesslich hat die Vorinstanz im Wesentlichen geschlossen, die vom Beschwerdeführer als Alternative genannte Arbeitsstelle im Betrieb der Beschwerdegegnerin wäre für ihn nur nach einer Umschulung mit ungewissem Ausgang in Frage gekommen, während die neue Stelleninhaberin aufgrund ihrer Ausbildung keiner umfassenden Umschulung bedurfte; dass die Vorinstanz daneben noch die körperliche Belastung als weiteren Grund anführte, der gegen die Besetzung der Arbeitsstelle durch den Beschwerdeführer spreche, ändert an diesem Schluss nichts.

3.3 Der Schluss der Vorinstanz, dass der Beschwerdeführer die Möglichkeit einer Weiterbeschäftigung an einer anderen Arbeitsstelle im Betrieb der Beschwerdegegnerin nicht als ernsthafte Alternative hat nachweisen können, ist vertretbar und daher nicht willkürlich. Aus dem Umstand, dass zwei Angestellte der Beschwerdegegnerin eine neu zu schaffende Stelle an einer neuen Maschine im Blick auf eine allfällige Eignung des Beschwerdeführers evaluiert haben, ergibt sich entgegen seiner Ansicht keineswegs, dass er die erforderliche Eignung für diese Stelle gehabt hätte. Jedenfalls ist das Willkürverbot nicht verletzt, wenn aus einer blossen Evaluation nicht auf das erwünschte Resultat geschlossen wird. Ebenso wenig liegt eine Verletzung des rechtlichen Gehörs darin, dass das Obergericht der Einschätzung der beiden Angestellten nicht folgte. Dass der Beschwerdeführer während seiner langjährigen Tätigkeit im Betrieb der Beschwerdegegnerin Umstellungen stets bewältigt und unbestritten an 12 verschiedenen Druckmaschinen gearbeitet hat, wie er in der Beschwerde vorbringt, hat die Vorinstanz berücksichtigt; sie hat dazu festgestellt, dass diese Um-

stellungen die Anfangszeit bzw. einen schon vor Jahren erfolgten Wechsel betreffen. Damit liegt – entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers – keine willkürliche Anwendung von § 60 Abs. 1 ZPO LU vor. Die Vorinstanz hat in diesem Zusammenhang auch die Beweise nicht willkürlich gewürdigt. Denn die erste Instanz hat in Würdigung der Zeugenaussagen geschlossen, die in der schriftlichen Kündigung angegebenen Gründe seien bestätigt worden und zum schriftlichen Arbeitszeugnis vom 1. Juni 2006 bestehe kein Widerspruch. Dass die Vorinstanz in diesem Zusammenhang auf eine Stelle im erstinstanzlichen Urteil verweist, die nicht einschlägig ist, mag unsorgfältig sein, bedeutet jedoch keine Verweigerung des rechtlichen Gehörs. Der Auffassung des Beschwerdeführers, auch das zweite Zitat der Vorinstanz, in dem sie auf seine Appellationsbegründung verweise, sei nicht einschlägig, kann nicht gefolgt werden. Selbst wenn der Beschwerdeführer an der angegebenen Stelle mit dem Begriff «Arbeitszeugnis» nicht das (ausdrücklich als solches überschriebene) Zeugnis vom 1. Juni 2006, sondern das Schreiben der Beschwerdegegnerin vom Dezember 2002 gemeint haben sollte, dürfte die Vorinstanz seine Ausführungen dennoch auf das Zeugnis beziehen, ging es im Schreiben vom Dezember 2002 doch lediglich um Lohnanpassungen für das Jahr 2003. Schliesslich kann der Vorinstanz entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers kein überspitzter Formalismus vorgeworfen werden, wenn sie auch im Rahmen einer Appellation eine begründete Auseinandersetzung mit dem angefochtenen Entscheid verlangt.

4.

Der tatsächliche Schluss der Vorinstanz, der Beschwerdeführer habe den Nachweis für seine Behauptung nicht erbracht, dass eine ernsthafte Alternative zu seiner Weiterbeschäftigung im Betrieb der Beschwerdegegnerin vorhanden gewesen wäre, ist nicht willkürlich und daher für das Bundesgericht verbindlich. Bei dieser Sachlage ist rechtlich nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz jeden Missbrauch des Kündigungsrechts der Beschwerdegegnerin verneint hat. Denn es ist unbestritten, dass die Kündigung aus wirtschaftlichen Gründen erfolgte und somit als solche nicht missbräuchlich war und dass die Aktivitätsdauer des Beschwerdeführers im Zeitpunkt der Kündigung noch rund acht Jahre bis zur ordentlichen Pensionierung betrug, was jede Analogie zum amtlich in BGE 132 III 115 publizierten Urteil ausschliesst. Der Beschwerdeführer kann aus diesem Entscheid deshalb nichts zu seinen Gunsten ableiten.

Bundesgericht, Urteil vom 2. April 2008, Doss.-Nr. 1C_358/2007 (Bestätigung des Urteils des Kantonsgerichts Basel-Landschaft vom 18. Juli 2007)

Das Rechtsgleichheitsgebot von BV 8 I ist nicht verletzt, wenn Besoldungsunterschiede auf objektive Motive wie Alter, Dienstalter, Erfahrung, Familienlasten, Qualifikation, Art und Dauer der Ausbildung, Arbeitszeit, Leistung, Aufgabenbereich oder übernommene Verantwortlichkeiten zurückzuführen sind (E. 5).

Personen, welche selbst eine Ausbildung von drei Jahren gemacht haben (entsprechend dem Bachelor-Niveau), können sich nicht darauf berufen, dass ihre Ausbildung künftig vier Jahre dauern und mit einem Masterdiplom abgeschlossen werde (E. 6.2).

Sachverhalt:

Der Kanton Basel-Landschaft führte im Schulbereich per 1. August 2001 eine Besoldungsrevision durch. Die an den kantonalen Gymnasien im Fachbereich Kunst II tätigen Lehrpersonen wurden in die Lohnklasse 10 mit 26 Pflichtstunden eingereiht. Die 15 Beschwerdeführer unterrichten an Gymnasien des Kantons Basel-Landschaft im Bereich Kunst bzw. Zeichnen. Sie erhoben gegen die als Verfügung ausgestalteten Lohnabrechnungen des Monats August 2001 beim Regierungsrat des Kantons Basel-Landschaft Beschwerde und verlangten die Einreihung in die (höhere) Lohnklasse 9 mit 22 Pflichtstunden. Mit Entscheiden vom 23. Mai 2006 bzw. 27. Juni 2006 wies der Regierungsrat in separaten Verfahren, aber mit gleichlautenden Begründungen die Beschwerden ab. Auch das Kantonsgericht des Kantons Basel-Landschaft wies mit Urteil vom 18. Juli 2007 die Beschwerden der betroffenen Lehrpersonen im vereinigten Verfahren ab. Die Beschwerdeführer gelangten ans Bundesgericht.

Aus den Erwägungen:

3.

Das Kantonsgericht führt im angefochtenen Urteil aus, das kantonale Recht habe für die «Funktionskette Gymnasium» die Lohnklassen 9 bis 12 vorgesehen. Die Zuweisung zu den einzelnen Lohnklassen basiere auf sog. Modell- und Funktionsumschreibungen. In Anwendung eines Kataloges mit 16 Merkmalen werde eine Arbeitsbewertung mit Punkten vorgenommen. Aufgrund dieser Punkteliste werde eine Funktion einer bestimmten Lohnklasse zugewiesen. Zum Merkmal «Ausbildungskenntnisse» führt das Kantonsgericht aus, das für Lehrer für Bildnerisches Gestalten vorgeschriebene Diplom der Hochschule für Gestaltung und Kunst (HGK) dürfe tiefer bewertet werden als ein Universitätsabschluss, da die Ausbildung an der HGK derzeit drei Jahre dauere und dem Bachelor-Niveau entspreche, während jene an der Universität vier Jahre dauere und mit einem Lizentiat

bzw. Master-Diplom abgeschlossen werde. Hingegen sei es wohl nicht begründbar, dass die Merkmale «Ausdrucksfähigkeit» und «Geistige Beanspruchung» für die Gymnasiallehrer im Fach Kunst I/II tiefer bewertet würden als für die übrigen Gymnasiallehrer. Die unterschiedlichen Pflichtstundenzahlen – 24 Pflichtstunden für das Fach Kunst II, 21 Pflichtstunden für das Fach Kunst I und andere Fächer –, sei darauf zurückzuführen, dass der Lehrauftrag im Fach Kunst I umfassender und anforderungsreicher sei. Im Fach Kunst II werde das «Profil Zeichnen», d.h. das Schwerpunktfach Bildnerisches Gestalten, nicht unterrichtet; der Unterricht dauere nur zwei (statt vier) Schuljahre. Diese Unterschiede hätten im Fach Kunst II eine geringere Vor- und Nachbereitungszeit zur Folge, weshalb eine höhere Pflichtstundenzahl eingesetzt werde. Insgesamt sei die beanstandete Einreihung mit dem unterschiedlichen Niveau der im Hinblick auf die Lehr-tätigkeit zu absolvierenden Fachausbildung sachlich begründet.

(...)

5.

Das Rechtsgleichheitsgebot gemäss Art. 8 Abs. 1 BV verlangt, dass im öffentlichen Dienstrecht gleichwertige Arbeit gleich entlohnt wird. Das Bundesgericht hat freilich den politischen Behörden einen grossen Spielraum in der Ausgestaltung von Besoldungsordnungen zugestanden. Ob verschiedene Tätigkeiten als gleichwertig zu betrachten sind, hängt von Beurteilungen ab, die unterschiedlich ausfallen können. Innerhalb der Grenzen des Willkürverbots und des Rechtsgleichheitsgebots sind die Behörden befugt, aus der Vielzahl denkbarer Anknüpfungspunkte die Tatbestandsmerkmale auszuwählen, die für die Besoldung von Beamten massgebend sein sollen. Das Bundesgericht übt eine gewisse Zurückhaltung und greift von Verfassungen wegen bloss ein, wenn der Kanton mit den Unterscheidungen, die er trifft, eine Grenze zieht, die sich nicht vernünftig begründen lässt, die unhaltbar und damit in den meisten Fällen auch geradezu willkürlich ist. Das Bundesgericht hat erkannt, dass Art. 8 Abs. 1 BV nicht verletzt ist, wenn Besoldungsunterschiede auf objektive Motive wie Alter, Dienstalter, Erfahrung, Familienlasten, Qualifikation, Art und Dauer der Ausbildung, Arbeitszeit, Leistung, Aufgabenbereich oder übernommene Verantwortlichkeiten zurückzuführen sind (BGE 131 I 105 E. 3.1 S. 107; 129 I 161 E. 3.2 S. 165; 123 I 1 E. 6a–c S. 7 f.; 121 I 49 E. 4c S. 53). Das Bundesgericht hat in einem Walliser Fall entschieden, die unterschiedliche Besoldung der Lehrer an Berufsschulen aufgrund ihrer Ausbildung verstosse nicht gegen den Grundsatz der Rechtsgleichheit. Die Ausbildungen an Fachhochschule und Universität seien hinsichtlich der Art und der Dauer verschieden; gestützt darauf dürften die kantonalen Behörden Besoldungsunterschiede begründen (Urteil 2P.228/2004 vom 10. März 2005 E. 4.3).

6.

6.1 Im Besoldungssystem des Kantons Basel-Landschaft sind 28 Lohnklassen vorgesehen. Die Lohnklasse 1 ist die höchste Lohnklasse.

Das Spektrum für die «Funktionskette Gymnasium» umfasst die Lohnklassen 9 bis 12. Die Beschwerdeführer wurden in die Lohnklasse 10 eingereiht. Sie verlangen eine Umteilung in die bessere Lohnklasse 9.

6.2 Das Kantonsgericht hat festgehalten, die unterschiedliche Bewertung von Fachhochschul- und Universitätsabschlüssen unter Hinweis auf das Schulniveau erscheine problematisch. Hingegen liess es die Ausbildungsdauer und den Grad des Abschlusses (Bachelor oder Master bzw. deren Entsprechungen) als zulässige Unterscheidungskriterien gelten. Für die Gymnasiallehrer für Bildnerisches Gestalten wird eine dreijährige Ausbildung mit Bachelor-Abschluss (bzw. einem entsprechenden Diplom) verlangt. Die Ausbildung für Lehrer anderer Fächer dauert vier Jahre und wird mit einem Master (bzw. einem entsprechenden Diplom) abgeschlossen. Die Unterscheidung beruht somit auf sachlichen Kriterien, nämlich der Ausbildungsdauer von drei (statt vier) Jahren und dem Grad des Diploms (Bachelor statt Master). Die Einwendungen der Beschwerdeführer erweisen sich – bei zurückhaltender Beurteilung gemäss Bundesgerichtspraxis (hiervor E. 5) – als unbehelflich. Es liegt im Ermessen der kantonalen Behörde, wenn sie die Dauer der eigentlichen Ausbildung und den Grad des Diploms als massgeblich betrachten will und dabei entscheidet, den sog. Vorkurs, die Aufnahmeprüfung der HGK und die pädagogische Ausbildung (ausserhalb der HGK) nicht zur massgeblichen Dauer hinzuzuzählen. Da die Beschwerdeführer bereits ausgebildet sind, hilft ihnen auch die Behauptung nicht, inskünftig werde die Ausbildung vier Jahre dauern und mit einem Masterdiplom abgeschlossen.

6.3 Für die Unterscheidung innerhalb des Fachs Bildnerisches Gestalten stützen sich die kantonalen Behörden ebenfalls auf sachliche Gründe ab. Das Grundlagenfach (Kunst II) wird während zwei Jahren unterrichtet. Das Schwerpunktfach (Kunst I) wird während vier Jahren unterrichtet und beinhaltet das zusätzliche «Profil Zeichnen». Angesichts der Schwerpunktsetzung für die Richtung Kunst I, belegt durch zusätzliche Unterrichtsjahre und zusätzlichen Inhalt, beruht der Schluss des Kantons, es bedürfe zusätzlicher Vorbereitungszeit, auf einem sachlichen Grund.

Die Verfassungsgrügen betreffend Rechtsgleichheit und Willkür sind unbegründet.

Bundesgericht, Urteil vom 3. April 2008, Doss.-Nr. 6B_498/2007 (Bestätigung des Urteils des Obergerichts des Kantons Aargau vom 25. Mai 2007), in: BGE 134 IV 216

Nötigung (StGB 181); Streikrecht (BV 28 III, Art. 8 Abs. 1 lit. d UNO-Pakt I), Versammlungsfreiheit (BV 22, § 17 Abs. 1 KV/AG), Meinungsfreiheit (BV 16). Blockade des Verkehrs auf einer Autobahn im Rahmen eines Streiks. Nötigung im konkreten Fall bejaht (E. 4–6).

Sachverhalt:

A.

Am 4. November 2002 führte die (damalige) Gewerkschaft Bau und Industrie (GBI) einen nationalen Streiktag der Bauarbeiter durch. Dabei ging es um die Durchsetzung des flexiblen Altersrücktritts im Bauhauptgewerbe ab dem 60. Altersjahr. Zum Abschluss des Streiktages fanden an verschiedenen Orten, unter anderem in Genf, Bern und Buchs/SG, Schlusskundgebungen statt. Eine Schlussdemonstration wurde unter der Organisation der GBI auch auf der Autobahn A1 durchgeführt. Dabei wurden mit insgesamt zirka 30 Autobussen und zahlreichen Personenwagen von rund 2000 Demonstranten in der Zeit von 14.50 bis 16.10 Uhr die beiden Tunnelröhren des Baregg隧NELNs beidseitig, am Ost- und am Westportal, blockiert. Als Folge dieser nicht im Voraus angekündigten Blockadeaktion kam der Verkehr vollständig zum Erliegen. Es bildeten sich auf der Autobahn A1 am Baregg-Ostportal auf der Fahrbahn Richtung Bern und am Baregg-Westportal auf der Fahrbahn Richtung Zürich sowie auf der A3 Richtung Zürich Staus, die um zirka 16.45 Uhr Längen von rund 10, 9 respektive 3 Kilometern erreichten und sich erst um 19.15 Uhr respektive um 17.47 Uhr beziehungsweise um 17.43 Uhr auflösten. Die Ausweichrouten auf den Kantonsstrassen waren überlastet, und die Rettungsachsen für Sanität, Feuerwehr und Polizei waren abgeriegtelt.

B.

B.a Der Präsident 3 des Bezirksgerichts Baden verurteilte A., B., C. und D. am 22. August 2006 wegen Nötigung im Sinne von Art. 181 StGB zu bedingt vollziehbaren Gefängnisstrafen von 14 Tagen und zu Bussen von 500 Franken. Die Verurteilten waren als Mitglieder der Geschäftsleitung der GBI massgeblich an der Planung und Vorbereitung der Aktion am Baregg隧NELN beteiligt und, mit Ausnahme von C., auch an der Aktion selbst vor Ort anwesend.

Vom Vorwurf der Störung des öffentlichen Verkehrs (Art. 237 StGB) wurden die vier Angeklagten freigesprochen. Das Verfahren wegen Verletzung von Verkehrsregeln durch Behinderung und Gefährdung des Verkehrs durch Abstellenlassen von Fahrzeugen auf der Fahrbahn einer Autobahn sowie durch das Betreten der Autobahn als Fussgänger wurde eingestellt. Der Freispruch vom Vorwurf der Störung des öffentlichen Verkehrs (Art. 237 StGB) wurde von der ersten Instanz damit begründet, dass zwar der objektive, nicht aber der subjektive Tatbestand erfüllt sei. Die Angeklagten hätten glaubhaft versichert, dass das Organisationskomitee im Rahmen seiner Möglichkeiten alles unternommen habe, um Unfälle zu verhindern. Damit fehle es an dem gemäss Art. 237 Ziff. 1 StGB («...wissentlich...») erforderlichen direkten Vorsatz der konkreten Gefährdung mindestens eines Menschen. Ob allenfalls fahrlässige Störung des öffentlichen Verkehrs (Art. 237 Ziff. 2 StGB) vorliege, hat die erste Instanz – möglicherweise mangels einer entsprechenden Anklage – nicht

geprüft. Das Verfahren gegen die vier Angeklagten wegen Verletzung von Verkehrsregeln wurde von der ersten Instanz mit der Begründung eingestellt, es liege keine grobe Verkehrsregelverletzung im Sinne von Art. 90 Ziff. 2 SVG vor, da die Angeklagten alles ihnen mögliche unternommen hätten, um Unfälle zu verhindern. Somit liege lediglich eine einfache Verkehrsregelverletzung im Sinne von Art. 90 Ziff. 1 SVG vor, die aber als Übertretung verjährt sei.

B.b Die Verurteilten erhoben Berufung und beantragten darin ihre Freisprechung vom Vorwurf der Nötigung.

Das Obergericht des Kantons Aargau wies mit Urteilen vom 25. Mai 2007 die Berufungen ab. Es änderte von Amtes wegen den erstinstanzlichen Entscheid im Strafpunkt, indem es die vier Angeklagten in Anwendung des am 1. Januar 2007 in Kraft getretenen neuen, mildernden Rechts zu bedingten Geldstrafen von 14 Tagessätzen und zu Bussen von 500 Franken verurteilte, wobei die Tagessätze auf 200, 125, 190 respektive 250 Franken festgesetzt wurden.

C.

Die Verurteilten führen Beschwerden an das Bundesgericht mit den Anträgen, der Entscheid des Obergerichts sei aufzuheben und sie seien von Schuld und Strafe freizusprechen.

D.

Die Staatsanwaltschaft und das Obergericht des Kantons Aargau haben unter Hinweis auf die Ausführungen im angefochtenen Entscheid auf Vernehmlassung verzichtet.

Aus den Erwägungen:

4.

Gemäss Art. 181 StGB wird wegen Nötigung mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, wer jemanden durch Gewalt oder Androhung ernstlicher Nachteile oder durch andere Beschränkung seiner Handlungsfreiheit nötigt, etwas zu tun, zu unterlassen oder zu dulden.

4.1 Die in der Rechtsprechung als «gefährlich weit» bezeichnete Tatbestandsvariante der «anderen Beschränkung der Handlungsfreiheit» in Art. 181 StGB ist aus rechtsstaatlichen Gründen restriktiv auszulegen (BGE 119 IV 301 E. 2a; BGE 107 IV 113 E. 3b). Das Zwangsmittel der «anderen Beschränkung der Handlungsfreiheit» muss, um tatbestandsmässig zu sein, das üblicherweise geduldete Mass an Beeinflussung in ähnlicher Weise eindeutig überschreiten, wie es für die im Gesetz ausdrücklich genannten Zwangsmittel der Gewalt und der Androhung ernstlicher Nachteile gilt (BGE 129 IV 6 E. 2.1; BGE 119 IV 301 E. 2a mit Hinweisen).

Die weite Umschreibung des Nötigungstatbestands von Art. 181 StGB hat zur Folge, dass nicht jedes tatbestandsmässige Verhalten bei Fehlen von Rechtfertigungsgründen auch rechtswidrig ist. Vielmehr bedarf

die Rechtswidrigkeit bei Art. 181 StGB einer zusätzlichen, besonderen Begründung. Eine Nötigung ist unrechtmässig, wenn das Mittel oder der Zweck unerlaubt ist oder wenn das Mittel zum angestrebten Zweck nicht im richtigen Verhältnis steht oder wenn die Verknüpfung zwischen einem an sich zulässigen Mittel und einem erlaubten Zweck rechtsmissbräuchlich oder sittenwidrig ist (BGE 129 IV 6 E. 3.4; BGE 119 IV 301 E. 2b; BGE 108 IV 165 E. 3, je mit Hinweisen). Bei der Beurteilung der Rechtswidrigkeit ist den verfassungsmässigen Rechten der Beteiligten Rechnung zu tragen (BGE 129 IV 6 E. 3.4 mit Hinweisen).

4.2 Die bundesgerichtliche Rechtsprechung hat sich schon verschiedentlich mit Blockadeaktionen unter dem Gesichtspunkt der Nötigung befassen müssen. BGE 108 IV 165 betraf den Fall der Bildung eines sog. «Menschenteppichs» durch 24 Demonstranten vor dem Zugang zu einer militärischen Ausstellung, wodurch während ca. 15 Minuten die Wegfahrt eines Motorfahrzeugs verhindert worden war. In BGE 119 IV 301 ging es um drei Personen, welche an einem Bahnübergang ein Transparent gegen den Golfkrieg aufgestellt und zur Unterstützung der Aktion die geschlossenen Bahnschranken manipuliert hatten, so dass diese bis zum Einschreiten der Polizei nicht geöffnet werden konnten, wodurch der Strassenverkehr während zehn Minuten aufgehalten worden war. Das Urteil 6S.671/1998 vom 11. Dezember 1998 betraf den Fall von Aktivisten, welche aus Protest gegen die Planung eines Zwischenlagers für radioaktive Abfälle während etwa anderthalb Stunden, bis zum Eintreffen der Polizei, den Haupteingang zum Verwaltungsgebäude einer Kraftwerksgesellschaft blockiert hatten. In BGE 129 IV 6 ging es um Aktivisten, die an mehreren Tagen die Zufahrten beziehungsweise die Werksgeleise zu verschiedenen Kernkraftwerken blockiert hatten, um gegen den Transport von nuklearen Brennelementen zum Zwecke der Wiederaufbereitung zu protestieren. In allen diesen Fällen hat das Bundesgericht Nötigung bejaht und damit die letztinstanzlichen kantonalen Schuldsprüche bestätigt.

Aktionen und Bummelfahrten auf Autobahnen wurden vom Bundesgericht (in Bestätigung der letztinstanzlichen kantonalen Entscheide) auch schon als grobe Verkehrsregelverletzung im Sinne von Art. 90 Ziff. 2 SVG (BGE 111 IV 167; BGE 120 Ib 285) beziehungsweise als (fahrlässige) Störung des öffentlichen Verkehrs gemäss Art. 237 StGB (Urteil 6S.312/2003 vom 1. Oktober 2003) qualifiziert, wobei aus prozessualen Gründen nicht zu prüfen war, ob allenfalls (auch) Nötigung im Sinne von Art. 181 StGB hätte vorliegen können.

4.3 Die Rechtsprechung zur Nötigung durch Blockadeaktionen findet in der Lehre teilweise, zumindest im Ergebnis, Zustimmung und stösst teilweise auf Ablehnung siehe etwa betreffend BGE 108 IV 165 zustimmend HANS SCHULZ, ZBJV 120/1984 S. 13; ablehnend NICCOLÒ RASELLI, Menschenteppich: Grundrecht oder Nötigung?, Plädoyer 1990 6 S. 44 ff.; betreffend BGE 119 IV 301 grundsätzlich zustimmend MARCEL A. NIGGLI, AJP 1994 S. 518 ff.; ablehnend MARC SPESCHA, Nötigung gemäss

Art. 181 StGB – Maulkorb für Politisches?, Plädoyer 1994 6 S. 30 ff.; betreffend BGE 129 IV 6 teilweise zustimmend GUIDO JENNY, ZBJV 141/2005 S. 369 f.). Die kritischen Stimmen beanstanden, dass sich das Bundesgericht zwar verbal zur restriktiven sowie zur verfassungskonformen Auslegung von Art. 181 StGB bekennt, in Wahrheit aber den Tatbestand nicht einschränkend auslegt und die in Betracht fallenden Grundrechte der Beteiligten nicht in der gebotenen Weise berücksichtigt (statt vieler JONAS PETER WEBER/RENÉ WIEDERKEHR, AJP 2003 S. 432 ff., 433, 435). Es wird unter anderem die Auffassung vertreten, Art. 181 StGB schütze bei der gebotenen verfassungskonformen Auslegung nicht jede (erlaubte) Handlung, welche ein Mensch nach seinem freien Willen vornehmen will, sondern nur grundrechtlich geschützte Handlungen (WEBER/WIEDERKEHR, a.a.O., S. 434). Es wird darauf hingewiesen, dass unter den Kommunikationsbedingungen in der heutigen informationsgesättigten Gesellschaft das Grundrecht der Meinungsäusserungsfreiheit vielfach auf verstärkende Begleitumstände angewiesen sei, um sich im öffentlichen Raum überhaupt noch wirksam entfalten zu können (MARC SPESCHA, a.a.O., S. 33).

4.4

4.4.1 Beim Tatbestand der Nötigung gemäss Art. 181 StGB sind die Gewalt, die Androhung ernstlicher Nachteile und die andere Beschränkung der Handlungsfreiheit die Nötigungsmittel. Das Verhalten, zu dem der Betroffene durch den Einsatz eines solchen Mittels genötigt wird, d.h. etwas zu tun, zu unterlassen oder zu dulden, ist im strafrechtlichen Sinne der Nötigungszweck. Von diesem Nötigungszweck ist das Fernziel der Nötigung zu unterscheiden. Insbesondere Verkehrsblockaden werden in der Regel, aber nicht notwendigerweise, im Hinblick auf ein Fernziel veranstaltet. Die Blockade wird durchgeführt, um auf dieses Fernziel hinzuweisen und ihm allenfalls näher zu kommen; darin liegt das Motiv der Täter für die Aktion. Das Fernziel und das Motiv sind im Unterschied zum Nötigungsmittel und zum Nötigungszweck keine Elemente des Tatbestands der Nötigung.

4.4.2 Im vorliegenden Fall wurden im Rahmen der von den Beschwerdeführern geplanten, vorbereiteten und organisierten Aktion zirka 30 Busse und zahlreiche weitere Motorfahrzeuge auf der Fahrbahn der Autobahn abgestellt und auf diese Weise ein Hindernis errichtet. Dies ist das Nötigungsmittel. Durch die Errichtung des Hindernisses wurden die übrigen Verkehrsteilnehmer genötigt, etwas zu tun, zu dulden und zu unterlassen, nämlich anzuhalten, zu warten und nicht weiterzufahren. Dies ist im strafrechtlichen Sinne der Nötigungszweck. Die Blockadeaktion wurde im Hinblick auf die Forderung nach der Einführung eines flexiblen Altersrücktritts ab dem 60. Altersjahr durchgeführt. Dies ist nicht der Nötigungszweck im strafrechtlichen Sinne. Die betroffenen Verkehrsteilnehmer wurden nicht zur Einführung des flexiblen Altersrücktritts, sondern zum Anhalten und Warten genötigt. Die geforderte Einführung des flexiblen

Altersrücktritts ist im vorliegenden Fall das Fernziel der Nötigung. Die Blockadeaktion wurde von den Beschwerdeführern organisiert, um auf dieses Fernziel aufmerksam zu machen und ihm allenfalls etwas näher zu kommen. Darin liegt das Tatmotiv der Beschwerdeführer.

4.4.3 Geschütztes Rechtsgut von Art. 181 StGB ist nach der Rechtsprechung die Handlungsfreiheit beziehungsweise die Freiheit der Willensbildung und Willensbetätigung des Einzelnen (BGE 129 IV 6 E. 2.1 mit Hinweisen). Diese Freiheit der Willensbildung und Willensbetätigung ist strafrechtlich unabhängig von der Art der (legalen) Tätigkeit geschützt, welche der Betroffene nach seinem frei gebildeten Willen verrichten will. Geschützt ist damit auch die Freiheit des Einzelnen, den Willen der automobilen Fortbewegung zu betätigen. Durch die inkriminierte Aktion wurden indessen die Verkehrsteilnehmer für die Dauer von anderthalb Stunden und mehr nicht allein an dieser Fortbewegung, sondern vielmehr auch daran gehindert, ihren vielfältigen Verpflichtungen namentlich auch beruflicher Art nachzugehen.

4.4.4 Allerdings kommt es auf den schweizerischen Strassen täglich aus verschiedenen Gründen zu Verkehrsbehinderungen und Staus. Solche können zum einen etwa wegen Verkehrsüberlastung, Baustellen, Unfällen und besonders hohem Verkehrsaufkommen bei Grossveranstaltungen entstehen. Zum andern kommt es in jüngerer Zeit vermehrt nach Sportveranstaltungen, namentlich nach wichtigen Fussballspielen, zu erheblichen Verkehrsbehinderungen, weil die Anhänger der siegreichen Mannschaft spontan gleichzeitig in grosser Zahl mit ihren Fahrzeugen etwa in den Innenstädten umherfahren und dabei gelegentlich auch anhalten, um mit den Insassen von anderen Fahrzeugen ihre Freude auszutauschen. Im erstgenannten Fall ist der Tatbestand der Nötigung offensichtlich schon deshalb nicht erfüllt, weil es keinen Täter gibt. Im zweitgenannten Fall handeln die feiernden Anhänger der siegreichen Mannschaft zwar mit Wissen und Willen, aber nicht zum Zweck, die andern Verkehrsteilnehmer zu behindern. Das Verhalten der feiernden Anhänger lässt sich nicht als ein bewusst eingesetztes Mittel zum Zwecke der Behinderung anderer Verkehrsteilnehmer verstehen. Davon unterscheidet sich der inkriminierte Fall wesentlich. Die Beschwerdeführer verfolgten mit der von ihnen geplanten, vorbereiteten und organisierten Aktion den Zweck, einen Verkehrsstau zu provozieren. Damit sollte nach den Vorstellungen der Beschwerdeführer unter anderem dargestellt werden, wie wichtig die Autobahntunnels und damit die Bauarbeiter sind, deren Tätigkeit im Tunnelbau besonders anstrengend ist. Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass einzig gegen die für die Planung, Vorbereitung und Organisation der Blockadeaktion verantwortlichen Gewerkschaftsfunktionäre Strafverfahren eröffnet wurden. Gegen die zahlreichen Bauarbeiter und anderen Personen, die in den von der Gewerkschaft gemieteten Bussen sowie in ihren privaten Fahrzeugen an der Aktion teilnahmen, wurden keine Strafverfahren eingeleitet.

4.4.5 Die Beschwerdeführer haben somit durch die von ihnen verantwortete Aktion den Tatbestand der Nötigung im Sinne von Art. 181 StGB erfüllt.

4.5 Die Blockadeaktion dauerte von 14.50 bis 16.10 Uhr. Sie war nicht im Voraus angekündigt worden. Infolge der Aktion kam der Verkehr auf den im fraglichen Abschnitt ohnehin stark verkehrsbelasteten Autobahnen A1 und A3 vollständig zum Erliegen. Es bildeten sich Staus von maximal zehn Kilometern Länge, die sich teilweise erst nach 19.00 Uhr auflösten. Die Verkehrsteilnehmer hatten auf der Autobahn keine Möglichkeit, auszuweichen oder zu wenden. Die von der Aktion betroffenen Menschen waren für die von den Beschwerdeführern beklagten Missstände weder verantwortlich noch konnten sie etwas zu deren Beseitigung beitragen. Es ging nicht darum, die Bevölkerung aufzurütteln, um etwa auf ein erhebliches Fehlverhalten staatlicher Organe hinzuweisen. Die Aktion war nicht ein Akt des zivilen Ungehorsams. Es ging einzig um die von einer Gewerkschaft definierten Interessen einer bestimmten Berufsgruppe. In Anbetracht dieser Umstände sind das Nötigungsmittel und der Nötigungszweck unrechtmässig.

Daran ändert die gebotene Berücksichtigung der hier in Betracht zu ziehenden verfassungsmässigen Rechte der Beteiligten, nämlich des Streikrechts, der Versammlungsfreiheit und der Meinungsäusserungsfreiheit, aus nachstehenden Gründen (siehe E. 5) nichts.

5.

5.1 Gemäss Art. 28 Abs. 3 BV sind Streik und Aussperrung zulässig, wenn sie Arbeitsbeziehungen betreffen und wenn keine Verpflichtungen entgegenstehen, den Arbeitsfrieden zu wahren oder Schlichtungsverhandlungen zu führen. Nach Art. 8 Abs. 1 lit. d UNO-Pakt I (SR 0.103.1) verpflichten sich die Vertragsstaaten zur Gewährleistung des Streikrechts, soweit es in Übereinstimmung mit der innerstaatlichen Rechtsordnung ausgeübt wird.

5.1.1 Streik ist die kollektive Verweigerung der geschuldeten Arbeitsleistung zum Zwecke der Durchsetzung von Forderungen nach bestimmten Arbeitsbedingungen gegenüber einem oder mehreren Arbeitgebern (BGE 125 III 277 E. 3a). Ein Streik ist rechtmässig, wenn er von einer tariffähigen Organisation getragen ist, durch Gesamtarbeitsvertrag regelbare Ziele verfolgt, nicht gegen die Friedenspflicht verstösst und verhältnismässig ist (BGE 125 III 277 E. 3b; BGE 132 III 122 E. 4.4; Botschaft vom 20. November 1996 über eine neue Bundesverfassung, BBl BGE 1997 I 1 ff., S. 179 f.). Ein Streik wirkt sich nicht nur auf die Arbeitgeber, gegen die er sich richtet, sondern in mehr oder weniger ausgeprägtem Umfang auch auf Dritte aus. Das Ausmass dieser Auswirkungen hängt unter anderem davon ab, welcher Branche die Streikenden angehören. Ein Streik von Lokomotivführern beispielsweise wirkt sich sofort und in erheblichem Ausmass auch auf beliebige Dritte aus. Demgegenüber hat ein Streik von Bauarbeitern für Dritte weniger unmittelbar einschneidende Auswirkungen.

Im Rahmen von Streiks werden in der Regel, aber nicht notwendigerweise auch Kundgebungen und Demonstrationen durchgeführt, die meist auf öffentlichem Grund stattfinden. Diese haben unter anderem den Zweck, eine breitere Öffentlichkeit über die Gründe und Ziele des Streiks zu informieren und auf diesem Wege auch Verständnis und gar Sympathie für die Anliegen der Streikenden zu gewinnen, wodurch zusätzlicher Druck auf den Arbeitskampfgegner, d.h. die Arbeitgeber, ausgeübt werden kann.

Durch Demonstrationen im öffentlichen Raum werden Dritte, insbesondere Verkehrsteilnehmer, in mehr oder weniger ausgeprägtem Umfang behindert, wobei das Ausmass der Behinderung unter anderem vom Ort der Demonstration abhängt. Es ist naheliegend, dass Kundgebungen im Rahmen von Streiks an Orten durchgeführt werden, zu denen die Streikenden einen bestimmten Bezug haben. Es ist daher nachvollziehbar, dass Demonstrationen von streikenden Bauarbeitern gerade in Baustellenbereichen oder in deren Nähe stattfinden, weil hier der Zusammenhang mit dem Streikzweck auch für unbeteiligte Dritte sinnfällig zum Ausdruck kommt. Die daraus für Dritte resultierenden Behinderungen sind grundsätzlich hinzunehmen und in der Regel nicht als Nötigung strafbar.

5.1.2 Es kann entgegen der Meinung der Beschwerdeführer keine Rede davon sein, dass «die Aktionen», welche eine Gewerkschaft im Rahmen eines rechtmässigen Streiks «autonom» beschliesst und durchführt, «verfassungsmässig garantiert» und somit rechtmässig sind. Vielmehr ist stets zu prüfen, ob eine bei Gelegenheit eines rechtmässigen Streiks ergriffene Massnahme überhaupt ein Mittel des Arbeitskampfes und gegebenenfalls verhältnismässig und rechtmässig ist. So ist es etwa im Rahmen eines rechtmässigen Streiks den Streikposten erlaubt, arbeitswillige Arbeitnehmer auf friedliche Weise davon zu überzeugen zu versuchen, nicht zur Arbeit zu gehen (sog. «peaceful picketing»). Es ist den Streikposten aber auch im Rahmen eines rechtmässigen Streiks nicht gestattet, arbeitswilligen Arbeitnehmern, die sich nicht überzeugen lassen, den Zutritt zur Arbeit zu versperren (siehe BGE 132 III 122 E. 4.5.4 mit Hinweisen). Somit sind selbst die im Rahmen eines rechtmässigen Streiks gegen den Arbeitskampfgegner gerichteten Massnahmen nur rechtmässig, wenn sie verhältnismässig sind. Die Blockadeaktion am Bareggunnel war nicht gegen den Arbeitskampfgegner, sondern gegen unbeteiligte Dritte gerichtet, die im Übrigen nichts zur Erfüllung der Forderung nach einem flexiblen Altersrücktritt beitragen konnten. Die Blockadeaktion stellt daher keine Arbeitskampfmassnahme dar, die unter der gebotenen Berücksichtigung des verfassungsmässigen Streikrechts rechtmässig sein könnte.

5.2 Gemäss Art. 22 BV ist die Versammlungsfreiheit gewährleistet. Jede Person hat das Recht, Versammlungen zu organisieren, an Versammlungen teilzunehmen oder Versammlungen fernzubleiben. Die Versammlungsfreiheit wird auch in § 17 Abs. 1 KV/AG gewährleistet.

5.2.1 Die von den Beschwerdeführern zu verantwortende Aktion am Bareggunnel fand nicht auf dem Areal der Baustelle der dritten Röhre

statt. Vielmehr wurde zielgerichtet der Verkehr auf den Fahrbahnen am Ost- und am Westportal der beiden bestehenden Tunnelröhren unter Einsatz von rund 30 eigens zu diesem Zweck gemieteten Bussen und durch weitere Motorfahrzeuge von insgesamt etwa 2000 Personen blockiert. Was sich am Ort des Geschehens im Einzelnen abspielte, wird im angefochtenen Urteil nicht festgestellt. Aus dem angefochtenen Entscheid geht aber hervor, dass keine Kundgebung in dem Sinne stattfand, dass vor den Teilnehmenden Ansprachen gehalten wurden. Nach den Aussagen eines Beschwerdeführers im kantonalen Verfahren sollte die Aktion gemäss Plan lediglich 30 Minuten dauern. Leider habe sie dann länger gedauert. Die Organisatoren hätten ihre Kräfte darauf konzentriert, dass sich keine Unfälle ereigneten. Sie hätten aber zu wenig überlegt, was am Baregg mit den Bauarbeitern geschehe. Unter den Bauarbeitern habe eine grosse Freude geherrscht. Sie hätten sich treffen wollen, was dann halt spontan im Tunnel passiert sei. Damit hätten die Organisatoren nicht gerechnet; dies sei nicht geplant gewesen. Daher habe das Ganze länger gedauert.

5.2.2 Das Zusammentreffen der Bauarbeiter am und im Bareggtunnel kann allenfalls auch unter derartigen Umständen als eine Versammlung im weiten verfassungsrechtlichen Sinne qualifiziert werden. Daraus folgt aber nicht, dass die Aktion rechtmässig war. Die Behinderung der Verkehrsteilnehmer war nicht eine von den Beschwerdeführern bloss in Kauf genommene, mehr oder weniger unvermeidliche Folge einer Versammlung von Bauarbeitern im öffentlichen Raum. Sie war nach dem Plan der Beschwerdeführer vielmehr die angestrebte Folge einer gezielten Blockadeaktion, indem durch das Abstellen der zirka 30 gemieteten Busse und der weiteren Fahrzeuge auf der Autobahn medienwirksam ein unüberwindliches Hindernis errichtet und dadurch auf dem stark befahrenen Autobahnabschnitt kilometerlange Staus provoziert wurden. Damit tritt die allfällige Versammlung der Bauarbeiter im Rahmen der gesamten von den Beschwerdeführern geplanten und organisierten Aktion in den Hintergrund. Die Blockade ist daher auch unter der gebotenen Berücksichtigung des Grundrechts der Versammlungsfreiheit unrechtmässig.

5.3 Gemäss Art. 16 BV ist die Meinungsfreiheit gewährleistet. Jede Person hat das Recht, ihre Meinung frei zu bilden und sie ungehindert zu äussern und zu verbreiten.

5.3.1 Die Beschwerdeführer berufen sich nicht ausdrücklich auf dieses Grundrecht. Sie machen aber geltend, am Baregg sei den Verkehrsteilnehmern und dem Publikum demonstriert worden, dass ohne die harte Schichtarbeit von Bauarbeitern und Mineuren keine Autobahntunnels gebohrt werden. Es sei darum gegangen, der Öffentlichkeit aufzuzeigen, welche für sie wichtigen Tätigkeiten die Bauarbeiter verrichten. Der Kontext von Tunnelbau, Bauarbeitern und vorzeitiger Pensionierung habe am 4. November 2002 am dafür symbolischen Baregg auf der Hand gelegen. Mit diesen Ausführungen machen die Beschwerdeführer unter anderem geltend, dass durch die Aktion den Verkehrsteilnehmern und dem Publi-

kum respektive der Öffentlichkeit eine Botschaft vermittelt werden sollte. Sie berufen sich damit implizit auch auf die Meinungsäusserungsfreiheit.

5.3.2 Die meisten im Stau feststehenden Verkehrsteilnehmer konnten aufgrund ihrer Entfernung vom Ort des eigentlichen Geschehens weder allfällige Parolen wahrnehmen noch überhaupt den Grund für den Stau erkennen. Die Blockadeaktion am Bareggunnel war – im Unterschied zu anderen am Streiktag durchgeführten Aktionen – gar nicht geeignet und konnte daher auch nicht bezwecken, Dritte im öffentlichen Raum über die Anliegen der Streikenden zu informieren. Die in den Staus feststehenden Verkehrsteilnehmer waren in ihrer überwiegenden Mehrheit bloss Statisten für die von den Beschwerdeführern organisierte spektakuläre Aktion, die im Wesentlichen eine erhöhte Medienaufmerksamkeit für das Anliegen der Streikenden bezweckte, worauf jedoch kein verfassungsrechtlicher Anspruch besteht.

6.

Die weiteren Einwände der Beschwerdeführer sind ebenfalls unbegründet.

6.1 Der aussergesetzliche Rechtfertigungsgrund der Wahrung berechtigter Interessen kann nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nur angerufen werden, wenn die Tat ein notwendiges und angemessenes Mittel ist, um ein berechtigtes Ziel zu erreichen, die Tat also insoweit den einzigen möglichen Weg darstellt und offenkundig weniger schwer wiegt als die Interessen, die der Täter zu wahren sucht (BGE 127 IV 122 E. 5c, BGE 127 IV 166 E. 2b; BGE 126 IV 236 E. 4b mit Hinweisen). Diese Voraussetzungen sind hier nicht erfüllt. Die Blockadeaktion war nicht ein notwendiges Mittel und der einzige Weg, um den flexiblen Altersrücktritt ab 60 Jahren im Bauhauptgewerbe möglichst rasch durchzusetzen.

6.2 Dass andere Schlussdemonstrationen am nationalen Streiktag nicht zu Verurteilungen geführt haben, weil überhaupt keine Strafverfahren eingeleitet oder eröffnete Strafverfahren eingestellt beziehungsweise aufgehoben wurden, ist unerheblich. Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist einzig die Aktion am Bareggunnel. Diese unterscheidet sich im Übrigen von der in Buchs/SG durchgeführten Schlussdemonstration unter anderem darin, dass dort tatsächlich eine Kundgebung stattfand, an welcher Ansprachen vor etwa 500 (zu Fuss) versammelten Teilnehmern gehalten wurden. Dieser Unterschied ist entgegen einem Einwand in der Beschwerde keine von der Vorinstanz «fabrizierte Differenz», die «gestelzt» wirkt. Allerdings fand die Kundgebung in Buchs/SG an einer Baustelle an einem Verkehrskreisel in der Nähe eines Autobahnzubringers statt, weshalb es zu einer Blockierung beziehungsweise Behinderung des Verkehrs während zirka 45 Minuten kam. Ob die Strafuntersuchung von der Staatsanwaltschaft des Kantons St. Gallen zu Recht aufgehoben wurde, ist hier nicht zu prüfen.

6.3 Aus dem Urteil des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften vom 12. Juni 2003 (Rechtssache C-112/00, *Schmidberger gegen*

Österreich, Slg. 2003, I-5659) können die Beschwerdeführer nichts zu ihren Gunsten ableiten. Gegenstand jenes Urteils war eine 30-stündige Blockade der Brenner-Autobahn durch Umweltschützer und unter anderem die Frage des Verhältnisses zwischen dem Grundsatz des freien Warenverkehrs und den Grundrechten der Meinungsäusserungs- und Versammlungsfreiheit. Jener Fall unterscheidet sich vom vorliegenden in tatsächlicher Hinsicht wesentlich unter anderem darin, dass die Blockade der Brenner-Autobahn bereits rund einen Monat vorher angekündigt worden war. Demgegenüber wurde die Gegenstand des vorliegenden Verfahrens bildende Blockade nicht im Voraus angekündigt und lag ihr Zweck gerade auch darin, möglichst grosse und damit spektakuläre Verkehrsstaus zu provozieren.

6.4 Die Beschwerdeführer weisen darauf hin, dass keine Zivilklagen eingereicht worden seien. Auch dies mache deutlich, dass der durch die Aktion bewirkte Stau von den betroffenen Verkehrsteilnehmern toleriert worden sei. Der Einwand ist unbehelflich. Nötigung im Sinne von Art. 181 StGB setzt keinen Schaden voraus. Im Übrigen kann aus mehreren, ganz unterschiedlichen Gründen von Zivilklagen abgesehen worden sein.

6.5 Die Beschwerdeführer machen sinngemäss geltend, die Durchführung des nationalen Streiktages am 4. November 2002 sei eine «ultima ratio» und daher zur Erreichung des angestrebten Ziels notwendig und verhältnismässig gewesen. Ob der nationale Streiktag als «ultima ratio» bezeichnet werden kann, ist in Anbetracht der tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz betreffend den Verlauf der Verhandlungen vor dem 4. November 2002 zweifelhaft. Wie es sich damit verhält, kann hier jedoch dahingestellt bleiben. Gegenstand des vorliegenden Verfahrens sind weder der Streik als solcher noch die mehreren am Streiktag an verschiedenen Orten durchgeführten Kundgebungen. Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist allein die von den Beschwerdeführern geplante, vorbereitete und organisierte Blockadeaktion am Baregggtunnel. Diese Aktion kann indessen schon deshalb nicht als eine «ultima ratio» dargestellt werden, weil sie am nationalen Streiktag selbst und somit an dem Tag durchgeführt wurde, an welchem zur Erreichung des angestrebten Ziels erstmals landesweit gestreikt worden ist.

6.6 Die Beschwerdeführer behaupten, gerade auch wegen der Aktion am Baregggtunnel habe wenige Tage später der Arbeitgeberverband eingeLenkt. Daraus ziehen sie den Schluss, dass die Aktion notwendig und verhältnismässig gewesen sei. Der behauptete Kausalzusammenhang ist gemäss den Ausführungen im angefochtenen Entscheid mehr als zweifelhaft und nach der zutreffenden Auffassung der Vorinstanz jedenfalls rechtlich unerheblich. Eine Straftat, auch eine Nötigung, wird nicht dadurch rechtmässig, dass die Täter das damit angestrebte und grundsätzlich nachvollziehbare Fernziel erreichen.

Tribunal fédéral, Arrêt du 14 avril 2008, Doss.-No. 1C_64/2008 (Confirmation de l'arrêt du Tribunal administratif de la République et canton de Genève du 18 décembre 2007).

336c CO est applicable par analogie au licenciement en temps inopportun d'un employé de l'Etat de Genève (c. 3.3).

Le certificat médical ne constitue pas un moyen de preuve absolu. Peuvent ainsi être pris en compte pour infirmer une attestation médicale le comportement du salarié et les circonstances à la suite desquelles l'incapacité de travail a été alléguée (c. 3.4).

Extraits des faits:

A. a été engagé au Département X. dès le 1^{er} novembre 2006. Il a été affecté à l'Office cantonal Y. en qualité de cadre intermédiaire, adjoint de direction et chargé du secteur juridique et d'information. Dans un document daté du 2 novembre 2006, différents objectifs lui ont été fixés pour le premier semestre. Un entretien d'évaluation intervenant au terme de la période probatoire de trois mois de A. a eu lieu le 26 janvier 2007 en présence du directeur de l'Office cantonal Y. et de l'adjointe de direction, responsable des prestations. A. a été informé que l'Office cantonal Y. allait demander la cessation des rapports de service à l'Office du personnel de l'Etat (ci-après: OPE) en raison de la non-réalisation des objectifs fixés.

A. a été en incapacité de travail pour cause de maladie dès le 5 février 2007. Le 9 février 2007, il a transmis à l'Office cantonal Y. un certificat médical daté du 7 février, rédigé par le Dr B., attestant d'une incapacité de travail à 100% dès le 5 février 2007. Aucune date de reprise n'était mentionnée. Le 14 mars 2007, le Département X. a demandé à l'OPE de résilier les rapports de service avec A. Le 19 mars 2007, l'OPE a signifié à ce dernier son licenciement au 30 avril 2007. Cette décision a été reçue le 21 mars par l'intéressé. Le 30 mars 2007, l'Office cantonal Y. a reçu deux certificats médicaux établis le 26 mars 2007 par le Dr B. Le premier indiquait que l'incapacité de travail de 100% dès le 5 février 2007 avait pris fin dès le 19 février 2007. Le second faisait état d'une incapacité de travail du 22 février 2007 au 26 mars 2007 inclus. Lors de sa reprise de travail le 27 mars 2007, A. a été informé qu'il était libéré de l'obligation de travailler.

A. a recouru auprès du Tribunal administratif de la République et canton de Genève (ci-après: le Tribunal administratif) contre la décision de l'OPE du 19 mars 2007, concluant principalement à la constatation de la nullité de cette dernière et subsidiairement à son caractère arbitraire. En cas de refus de la réintégration sollicitée, il a conclu au paiement d'un montant correspondant à six traitements mensuels, soit 51 778 fr. 20 en sus du salaire auquel il avait droit pendant son délai de congé.

Par arrêt du 18 décembre 2007, le Tribunal administratif a rejeté le recours. S'appuyant sur le comportement du recourant et ses déclarations, il a retenu que la seconde cause d'incapacité existait déjà le 19 février et que la période de protection y afférente était arrivée à échéance le 20 mars 2007, de sorte que la résiliation reçue le 21 mars 2007 n'était pas nulle. Il a par ailleurs jugé que la décision entreprise ne violait pas le principe de l'interdiction de l'arbitraire.

Agissant par la voie du recours en matière de droit public, A. demande au Tribunal fédéral d'annuler l'arrêt rendu le 18 décembre 2007 par le Tribunal administratif et de dire que le congé qui lui a été notifié le 21 mars 2007 est nul. Subsidiairement, il requiert que la cause soit renvoyée à l'autorité cantonale pour complément d'instruction et nouvelle décision dans le sens des considérants.

Extraits des considérants:

2.

Seule est litigieuse devant la Cour de céans l'existence d'une incapacité de travail du recourant au moment de la notification de la décision de résiliation des rapports de travail. Ce dernier ne conteste en effet plus les motifs ayant conduit au licenciement.

2.1 Dans un premier grief, le recourant se plaint d'une violation de son droit d'être entendu. Il soutient que le Tribunal administratif a fondé son raisonnement en fonction de la date du début de la seconde maladie, point qui n'avait pourtant pas été jusque-là discuté.

2.2 Les dispositions cantonales invoquées par le recourant à l'appui de son argumentation (art. 41 et 42 de la loi genevoise de procédure administrative [LPA]) ne règlent pas plus précisément le point litigieux, de sorte que le grief soulevé doit être examiné exclusivement à la lumière de l'art. 29 al. 2 Cst. Le droit d'être entendu, tel qu'il est garanti à l'art. 29 al. 2 Cst., comprend notamment le droit pour l'intéressé de s'exprimer sur les éléments pertinents avant qu'une décision ne soit prise touchant sa situation juridique, de produire des preuves pertinentes, d'obtenir qu'il soit donné suite à ses offres de preuve pertinentes, de participer à l'administration des preuves essentielles ou à tout le moins de s'exprimer sur son résultat, lorsque cela est de nature à influencer la décision à rendre (ATF 129 II 497 consid. 2.2 p. 504 s.; 127 I 54 consid. 2b p. 56; 124 I 48 consid. 3a p. 51 et les arrêts cités). Il comprend notamment le droit de consulter le dossier (ATF 127 V 431 consid. 3a p. 436; 126 I 7 consid. 2b p. 10), qui s'étend à toutes les pièces décisives (ATF 121 I 225 consid. 2a p. 227). Le droit d'être entendu porte avant tout sur les questions de fait. En règle générale, il ne donne en revanche pas le droit de s'exprimer sur l'argumentation juridique que le juge envisage de retenir; cependant, les parties doivent éventuellement être interpellées lorsque le juge envisage de fonder sa décision sur une norme ou un motif juridique non évoqué dans la

procédure antérieure et dont aucune partie ne s'est prévaluée et pouvait supputer la pertinence en l'espèce (ATF 124 I 49 consid. 3c p. 52; 114 Ia 97 consid. 2a).

2.3 Lors de l'audience de comparution personnelle et d'enquêtes, le médecin traitant du recourant a été entendu sur les différents certificats établis. Il lui a notamment été demandé d'indiquer si le recourant souffrait de dépression le 19 février et s'il avait reçu ce dernier en consultation les 19, 20 ou 21 février 2007. Il était donc évident que l'autorité s'interrogeait sur la contradiction existant entre l'attitude et les déclarations du recourant d'une part (cf. ci-dessous consid. 3) et les certificats d'autre part. Il ne pouvait ainsi pas échapper au recourant que la date de survenance de la seconde maladie était remise en cause. Il aurait eu tout le loisir d'apporter des précisions à ce sujet. On ne saurait dès lors imputer au Tribunal administratif une quelconque violation du droit d'être entendu.

3.

Dans un second grief, le recourant fait valoir que l'état de fait décisif de l'arrêt attaqué serait manifestement inexact puisqu'il ferait remonter la seconde maladie à une date antérieure à sa survenance réelle.

3.1 Le Tribunal fédéral statue en principe sur la base des faits établis par l'autorité précédente (art. 105 al. 1 LTF), sous réserve des cas prévus à l'art. 105 al. 2 LTF. Cette disposition lui donne la faculté de rectifier ou compléter d'office l'état de fait de l'arrêt attaqué dans la mesure où des lacunes ou erreurs dans l'établissement de celui-ci lui apparaîtraient d'emblée comme manifestes. Quant au recourant, il ne peut critiquer la constatation de faits importants pour le jugement de la cause que si ceux-ci ont été constatés en violation du droit au sens de l'art. 95 LTF ou de manière manifestement inexacte (art. 97 al. 1 LTF), c'est-à-dire arbitraire (cf. FF 2001 p. 4135). L'existence de faits constatés de manière inexacte ou en violation du droit doit en outre être susceptible d'avoir une influence déterminante sur l'issue de la procédure (art. 97 al. 1 in fine LTF). Selon la jurisprudence, l'appréciation des preuves ou l'établissement des faits sont arbitraires (art. 9 Cst.; pour une définition de l'arbitraire cf. ATF 133 I 149 consid. 3.1 p. 153) lorsque l'autorité n'a manifestement pas compris le sens et la portée d'un moyen de preuve, si elle ne prend pas en compte, sans raison sérieuse, un élément de preuve propre à modifier la décision ou lorsqu'elle tire des constatations insoutenables des éléments recueillis (ATF 129 I 8 consid. 2.1 p. 9; 127 I 38 consid. 2a p. 41).

3.2 Ce n'est en réalité pas la constatation des faits qui est déterminante dans le cas d'espèce mais leur appréciation. La critique soulevée par le recourant se réduit dès lors à déterminer si le Tribunal administratif a arbitrairement apprécié les preuves à sa disposition.

3.3 L'art. 336c CO est applicable par analogie à la résiliation en temps inopportun d'un employé de l'Etat de Genève (art. 44 du règlement d'application de la loi générale relative au personnel de l'administration cantonale et des établissements publics [RPAC]). En vertu de l'art. 336c

al. 1 let. b CO, après le temps d'essai, l'employeur ne peut pas résilier le contrat pendant une incapacité de travail totale ou partielle résultant d'une maladie ou d'un accident non imputable à la faute du travailleur, et cela notamment durant 30 jours au cours de la première année de service. A cet égard, la jurisprudence a considéré que si un employé est incapable de travailler pour cause de maladies ou d'accidents successifs n'ayant aucun lien entre eux, chaque nouvelle maladie ou chaque nouvel accident fait courir un nouveau délai légal de protection (ATF 120 II 124 consid. 3d p. 126 s.).

3.4 Le certificat médical ne constitue pas un moyen de preuve absolu; l'employeur peut mettre en cause sa validité en invoquant d'autres moyens de preuve; inversement, le salarié a la faculté d'apporter la démonstration de son incapacité par d'autres biais. Pourront en particulier être pris en compte pour infirmer une attestation médicale le comportement du salarié (on cite souvent l'exemple du travailleur qui répare un toit alors qu'il souffre d'une incapacité de travail totale en raison de douleurs à un genou) et les circonstances à la suite desquelles l'incapacité de travail a été alléguée (empêchement consécutif à un congédiement ou au refus d'accorder des vacances au moment désiré par le salarié; absences répétées; production de certificats émanant de permanences ou de médecins reconnus pour leur complaisance; présentation d'attestations contradictoires; attestations faisant uniquement état des plaintes du travailleur ou établies plusieurs mois après le début des symptômes) (cf. GABRIEL AUBERT, *Le droit au salaire en cas d'empêchement de travailler*, in *Journée 1991 de droit du travail et de la sécurité sociale*, p. 90 s.; ADRIAN STAEHELIN, *Commentaire zurichois*, n. 9 et 10 ad art. 324a CO; ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL, *Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht*, 5^e ed., n. 12 ad art. 324a/b CO; MANFRED REHBINDER, *Commentaire bernois*, n. 18 et 19 ad art. 324a CO; PIERRE-ANDRÉ BERTHOUD, *Le droit du travailleur au salaire en cas d'empêchement de travailler*, thèse Lausanne 1976, p. 111). Si la force probante d'un certificat médical n'est ainsi pas absolue, la mise en doute de sa véracité suppose néanmoins des raisons sérieuses (CHRISTIANE BRUNNER/JEAN-MICHEL BÜHLER/JEAN-BERNARD WAEBER/CHRISTIAN BRUCHEZ, *Commentaire du contrat de travail*, 3^e ed., Lausanne 2004, n. 3 ad art. 324a CO; PIERRE-ANDRÉ BERTHOUD, *op. cit.*, p. 44; ADRIAN STAEHELIN, *op. cit.*, n. 10 ad art. 324a CO).

3.5 En l'occurrence, le Tribunal administratif a relevé que le certificat médical, établi postérieurement au licenciement et à la demande insistante du recourant, indiquant une incapacité de travail de 100% dès le 22 février 2007, était le seul élément figurant au dossier qui indiquait un début d'incapacité le 22 février 2007. Tous les autres éléments indiquaient que l'incapacité liée à la broncho-pneumonie avait débuté le 19 février 2007 au plus tard. Ce n'était qu'après avoir reçu la décision de résiliation que le recourant avait demandé à son médecin traitant d'établir deux certificats pour deux périodes d'incapacité distinctes, séparées par trois jours ouvra-

bles. La Cour cantonale a souligné que les dates indiquées sur ces documents ne pouvaient pas correspondre à la réalité puisque le recourant n'avait pas repris son activité le 19 février 2007. Il avait au contraire appelé son supérieur pour l'informer qu'il ne se sentait «à nouveau» pas bien. Selon les propres termes utilisés par le recourant dans son recours, le médecin avait «de fait constaté le 22 février 2007 qu'il avait contracté une grave infection». Se fondant sur le comportement du recourant et sur ses déclarations, le Tribunal administratif a par conséquent retenu que la seconde cause d'incapacité existait le 19 février 2007 déjà.

3.6 Le recourant soutient au contraire que son état psychique était à l'origine de son incapacité de travail le 19 février 2007. Son médecin traitant avait d'ailleurs déclaré qu'il était probable que la dépression réactionnelle ait perduré au delà du 19 février 2007. Les symptômes de la broncho-pneumonie n'auraient «subitement» été ressentis que le 21 février 2007 au soir.

3.7 Le médecin du recourant a certes affirmé que la nature de la première affection médicale rendait une guérison improbable au 19 février 2007. Il a cependant fortement relativisé cette affirmation en déclarant qu'il ne pouvait pas dire que le recourant présentait encore une symptomatologie d'état dépressif, puisque lorsqu'il y a une affection intercurrente, l'état dépressif s'améliore. Par ailleurs, c'est le recourant lui-même qui a déclaré dans son recours que lorsqu'il avait appelé son supérieur le 19 février 2007 pour annoncer qu'il ne se sentait à nouveau pas bien, il faisait référence à la broncho-pneumonie. Comme l'a souligné le Tribunal administratif, il a effectivement mentionné dans son mémoire que son médecin avait de fait constaté le 22 février suivant qu'il souffrait d'une broncho-pneumonie.

3.8 Le recourant ne conteste pas avoir lui-même insisté auprès de son médecin pour que ce dernier lui établisse des certificats médicaux distincts. Il soutient cependant ne pas avoir élevé d'exigences particulières quant aux dates à faire figurer. Quoiqu'il en soit, il est évident que les certificats ont été établis plusieurs semaines après le début de la maladie et qui plus est postérieurement à la réception du congé. Ces circonstances, ajoutées au comportement et aux déclarations contradictoires du recourant, légitimaient le Tribunal administratif à relativiser la force probante des certificats médicaux fournis. En outre, il sera souligné que le recourant ne tente même pas d'expliquer pourquoi son incapacité de travail du 19 au 22 février 2007 n'est pas couverte par un certificat médical quand bien même il prétend avoir souffert de dépression à ce moment-là et qu'il ne s'est pas présenté à son travail. Dans ces conditions, la Cour cantonale n'a pas commis d'arbitraire en jugeant que la décision de licenciement avait été notifiée à l'échéance de la période de protection relative à la seconde maladie et qu'elle n'était par conséquent pas nulle.

Bundesgericht, Urteil vom 16. April 2008, Doss.-Nr. 4A_109/2008 (Bestätigung des Entscheids des Obergerichtspräsidenten von Appenzell Ausserrhoden vom 25. Januar 2008)

Nach dem Vertrauensprinzip kann im Falle eines Arbeitgebers, der zwar Solidaritätsbeiträge abzieht und dem Arbeitgeberverband abliefern, sich aber der Existenz eines GAV nicht bewusst ist, nicht von einem Abschluss eines Vertrags zugunsten eines Dritten mit der «GAV-Gemeinschaft» (die Gemeinschaft aller vertragsschliessenden Verbände) ausgegangen werden, dessen Erfüllung der Dritte (Arbeitnehmer) selbständig fordern könnte (E. 3.2).

Sachverhalt:

A. (Kläger und Beschwerdeführer 1), B. (Kläger und Beschwerdeführer 2), C. (Kläger und Beschwerdeführer 3) und D. (Kläger und Beschwerdeführer 4) waren zwischen dem 1. Oktober 2003 und dem 30. April 2007 während unterschiedlichen Zeiträumen bei der X. AG (Beklagte, Beschwerdegegnerin) angestellt. Zu Beginn ihres Arbeitsverhältnisses waren sie nicht Mitglied der Gewerkschaft Syna, wurden es aber – mit Ausnahme des Beschwerdeführers 1 – im Verlauf ihrer Anstellung. Die Beschwerdegegnerin ihrerseits ist seit dem Jahr 1998 Mitglied des Arbeitgeberverbandes der Schweizer Maschinenindustrie (Swissmem, im Folgenden ASM). Die Sozialpartner in der Maschinen-, Elektro- und Metallindustrie, darunter der ASM und die Syna, hatten am 1. Januar 2006 eine neue Gesamtarbeitsvereinbarung abgeschlossen, die diejenige der Jahre 1998 bis 2005 ersetzte. Die neue Vereinbarung (im Folgenden GAV) gilt bis zum 31. Dezember 2010. Durch ihre Mitgliedschaft beim ASM war die Beschwerdegegnerin demnach auch an den neuen GAV gebunden. Nach Art. 12.1 des ab 1. Januar 2006 gültigen GAV beträgt die wöchentliche Arbeitszeit 40 Stunden. Nach dem jeweiligen Einzelarbeitsvertrag der Beschwerdeführer und dem Personal-Reglement betrug die wöchentliche Arbeitszeit im Betrieb der Beschwerdegegnerin hingegen 41,5 Stunden. Nachdem die Beschwerdeführer die Mitgliedschaft bei der Syna erworben hatten, wurden sie auf die unterschiedlichen Arbeitszeiten im GAV und im Personal-Reglement aufmerksam gemacht. Vorher waren sich die Parteien der Existenz des GAV offenbar nicht bewusst. Gespräche über eine nachträgliche Anerkennung der nach Ansicht der Beschwerdeführer zu viel geleisteten Arbeit als entschädigungspflichtige Überstunden führten zu keiner Einigung.

Am 28. Juni 2007 erhoben die Beschwerdeführer beim Einzelrichter des Kantonsgerichts des Kantons Appenzell Ausserrhoden Klage mit dem Rechtsbegehren, die Beschwerdegegnerin sei zu verpflichten, jedem Beschwerdeführer einen anhand der jeweils geleisteten Überstunden berechneten Betrag plus Zins zu bezahlen. Mit Urteil vom 6. November 2007

wies der Einzelrichter die Klage des Beschwerdeführers 1 ab. Die Klagen der Beschwerdeführer 2 bis 4 hiess er insofern teilweise gut, als er ihnen ab ihrer Mitgliedschaft bei der Syna eine Vergütung für die geleisteten Mehrstunden zusprach. Gegen das Urteil des Einzelrichters erhoben die Beschwerdeführer Appellation, die der Einzelrichter des Obergerichts von Appenzell Ausserrhoden mit Entscheid vom 25. Januar 2008 hinsichtlich der Beschwerdeführer 1, 2 und 4 abwies. Die Appellation des Beschwerdeführers 3 wurde teilweise gutgeheissen. Der Einzelrichter kam zum Schluss, dass der (nicht allgemein verbindlich erklärte) GAV erst mit dem jeweiligen Beitritt der Beschwerdeführer zur Gewerkschaft Syna auf sie Anwendung gefunden habe, und verneinte in diesem Zusammenhang namentlich den Abschluss eines Vertrags zu Gunsten Dritter sowie die Übernahme der Bestimmungen des GAV in den Einzelarbeitsvertrag auf Grund der Einziehung des Solidaritätsbeitrags. Mit Beschwerde in Zivilsachen vom 27. Februar 2008 beantragen die Beschwerdeführer dem Bundesgericht, die Beschwerdegegnerin sei in Abänderung des Entscheids des Einzelrichters am Obergericht von Appenzell Ausserrhoden vom 25. Januar 2008 zu verpflichten, den Beschwerdeführern zu bezahlen: dem Beschwerdeführer 1 Fr. 6977.60, dem Beschwerdeführer 2 zusätzlich Fr. 7562.80, dem Beschwerdeführer 3 zusätzlich Fr. 6439.20 sowie dem Beschwerdeführer 4 zusätzlich Fr. 1673.–.

Aus den Erwägungen:

3.

Die Beschwerdeführer machen weiter geltend, die Vorinstanz habe zu Unrecht das Bestehen eines Vertrags zugunsten eines Dritten verneint. Sie vertreten die Auffassung, die Beschwerdegegnerin sei durch den Abzug der Solidaritätsbeiträge und deren Ablieferung an den Arbeitgeberverband in eine vertragliche Beziehung zur GAV-Gemeinschaft (die Gemeinschaft aller vertragsschliessenden Verbände) getreten und habe damit einen Vertrag zugunsten Dritter abgeschlossen.

3.1 Hat sich jemand, der auf eigenen Namen handelt, eine Leistung an einen Dritten zu dessen Gunsten versprechen lassen, so ist er nach Art. 112 Abs. 1 OR berechtigt zu fordern, dass an den Dritten geleistet werde. Der Dritte kann gestützt auf Art. 112 Abs. 2 OR selbständig die Erfüllung fordern, wenn es die Willensmeinung der beiden anderen war, oder wenn es der Übung entspricht.

3.2 Nach den verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz war der Beschwerdegegnerin die Existenz des GAV bis Ende 2006 nicht bewusst. Was die Beschwerdeführer dagegen vorbringen, kann nicht gehört werden (Art. 97 Abs. 1 BGG). Sollten die Beschwerdeführer mit ihrem Hinweis auf den Anschein, den die Beschwerdegegnerin mit dem Abzug der Solidaritätsbeiträge gegenüber der «GAV-Gemeinschaft» geschaffen habe, die Auffassung vertreten, allein auf Grund des Abzugs und der Ablieferung der

Solidaritätsbeiträge sei nach dem Vertrauensprinzip der Abschluss eines Vertrags zugunsten eines Dritten mit der «GAV-Gemeinschaft» anzunehmen, dessen Erfüllung der Dritte selbständig fordern könne, ist ihnen nicht zu folgen. Abgesehen davon, dass das angefochtene Urteil nicht feststellt, die «GAV-Gemeinschaft» habe das Verhalten der Beschwerdegegnerin in diesem Sinn verstanden, kann keinesfalls davon ausgegangen werden, dass sie es in guten Treuen so hätte verstehen dürfen und müssen. Schliesslich ist nicht ersichtlich, warum und inwiefern die Beschwerdeführer das Bundesgericht um Überprüfung der in BGE 123 III 129 wiedergegebenen Rechtsprechung ersucht, halten sie doch selber fest, dass sich der vorliegende Fall von der damals zu beurteilenden Konstellation unterscheidet.

4.

Weiter machen die Beschwerdeführer geltend, es müssten für den Fall, dass kein Vertrag zugunsten Dritter vorliege, entweder die Einzelarbeitsverträge normativ ausgelegt werden oder aber es sei ein Anschluss an den GAV im Sinn von Art. 356b OR ohne Rücksicht auf die fehlende Schriftform gemäss Art. 356c OR anzunehmen, um eine Vergütung der geleisteten Überstunden zu ermöglichen.

4.1 Soweit die Beschwerdeführer aus dem Abzug der Solidaritätsbeiträge gestützt auf Art. 1 OR i.V.m. Art. 2 ZGB und Art. 18 OR auf eine entsprechende Absprache in den Einzelarbeitsverträgen schliessen will, kann ihnen schon deshalb nicht gefolgt werden, weil den Parteien nach den verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz das Vorliegen des GAV bei Abschluss dieser Verträge gar nicht bewusst war.

4.2 Die Beschwerdeführer begründen ihre Auffassung, der Anschluss im Sinn von Art. 356b OR könne auch ohne die erforderliche Schriftform angenommen werden, damit, dass die Anrufung von Art. 356c Abs. 1 OR durch die Beschwerdegegnerin als rechtsmissbräuchlich erscheine.

Die Partei, die der anderen Rechtsmissbrauch vorwirft, hat die besonderen Umstände nachzuweisen, auf Grund derer anzunehmen ist, dass Rechtsmissbrauch vorliegt (BGE 134 III 52 E. 2.1 S. 58 f.). Die Beschwerdeführer begründen den angeblichen Rechtsmissbrauch jedoch mit keinem Wort. Schon aus diesem Grund kann ihnen nicht gefolgt werden.

5.

Nach dem Gesagten hat die Vorinstanz kein Bundesrecht verletzt, als sie mangels Rechtsgrundlage die Klage auf Zahlung von Überstundenentschädigungen für die Zeit vor dem Beitritt der Beschwerdeführer zur Gewerkschaft Syna abwies. Die Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

Bundesgericht, Urteil vom 28. April 2008, Doss.-Nr. 4D_15/2008 (Bestätigung des Urteils des Obergerichts des Kantons Bern vom 29. November 2007)

Die Untersuchungsmaxime gemäss OR 343 IV auferlegt dem Gericht bei anwaltlich vertretenen Parteien nicht, diese auf ungenügende Prozesseingaben aufmerksam zu machen und ihnen die Verbesserung zu ermöglichen. Es darf von einem Anwalt erwartet werden, dass er die Anforderungen an die Substanziierung des Schadens kennt (E. 2.4).

Sachverhalt:

A. (Arbeitnehmer) trat per 1. Februar 2000 bei der X. AG (Arbeitgeberin) eine Stelle als Werkstattchef an. Am 1. Februar 2001 schlossen die Parteien einen schriftlichen Arbeitsvertrag, der in Ziff. 12 auf die «Arbeitsvertraglichen Bestimmungen für das technische und kaufmännische Personal» (ArbBest) verweist. Ziff. 4.1. ArbBest sieht vor, dass während der Dauer des Arbeitsverhältnisses bei unverschuldeter Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit und Unfall für bestimmte Zeit in Abhängigkeit der Dauer des Arbeitsverhältnisses eine (volle) Lohnzahlungspflicht besteht und nach Erschöpfung dieses Anspruchs Erwerbsausfall-Versicherungsleistungen gemäss Ziff. 6.1 und 6.2 erfolgen. Die Leistungen bei Krankheit werden in Ziff. 6.2 ArbBest wie folgt geregelt: «Der Arbeitgeber versichert den Arbeitnehmer gegen Erwerbsausfall durch Krankheit bis zu einer festgesetzten maximalen Gehaltshöhe bis längstens 720 Tage pro Krankheitsfall innerhalb von 900 aufeinanderfolgenden Tagen. Ein Rückfall innerhalb von 180 Tagen gilt nicht als neuer Krankheitsfall. [...] Für die Berechnung der maximalen Leistungsdauer werden Tage mit teilweiser Erwerbsunfähigkeit von mindestens 50% nur anteilmässig gezählt. Das volle Gehalt wird während der in Ziffer 4.1. festgesetzten Dauer ausbezahlt; anschliessend werden 80% des versicherten Jahresgehalts bis zum Ablauf der Frist gemäss Absatz 1 hiervor vergütet.» Die Arbeitgeberin schloss in der Folge bei der Y. Versicherung per 1. April 2001 eine Kollektiv-Taggeldversicherung ab, welche für den Krankheitsfall 80% des Lohnes während maximal 720 Tagen innerhalb von 900 Tagen deckte. Im Herbst 2002 wurde der Arbeitnehmer krank und am 27. November 2002 hospitalisiert. Er war in der Folge bis und mit 30. September 2003 zu 100%, vom 1. bis 14. Oktober 2003 zu 80% und danach bis am 13. Februar 2005 zu 50% arbeitsunfähig. Mitte Februar 2005 kam es zu einem Rückfall, der zu einer erneuten und bis heute andauernden 100%-igen Arbeitsunfähigkeit führte. Seit 1. November 2003 zahlt die Invalidenversicherung dem Arbeitnehmer eine halbe IV-Rente. Mit Schreiben vom 26. Mai 2003 kündigte die Arbeitgeberin das Arbeitsverhältnis per Ende August 2003. Die Y. Versicherung erbrachte das der jeweiligen Arbeitsfähigkeit angepasste Taggeld auch nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Mit Schreiben vom

7. Dezember 2004 teilte die Y. Versicherung dem Arbeitnehmer mit, der maximale Leistungsanspruch von 720 Tagen sei am 15. November 2004 erreicht worden, da die Teilerwerbsunfähigkeit nach den Allgemeinen Versicherungsbedingungen (AVB) nicht zu einer Verlängerung des Genussanspruches führe. In der Folge machte der Arbeitnehmer gegenüber der Arbeitgeberin geltend, die arbeitsvertraglichen Bestimmungen hätten eine proportionale Verlängerung der Genussdauer bei Teilerwerbsfähigkeit vorgesehen. Die Y. Versicherung habe jedoch für die Dauer seiner 50%-igen Arbeitsunfähigkeit keine Verlängerung der Leistungsdauer vorgesehen, weshalb er von der Arbeitgeberin die Zahlung der entsprechenden Differenz verlange.

Mit Klage vom 30. Januar 2006 belange der Arbeitnehmer die Arbeitgeberin beim Gerichtskreis V Burgdorf-Fraubrunnen auf Zahlung von Fr. 11 837.20. Mit Entscheid vom 25. April 2007 wies der Gerichtspräsident 2 des Gerichtskreises V Burgdorf-Fraubrunnen die Klage ab. Der Kläger erhob beim Obergericht des Kantons Bern Appellation und verlangte an der Hauptverhandlung, die Beklagte sei zur Zahlung von Fr. 8743.75 zu verurteilen. Das Obergericht wies die Klage am 29. November 2007 ab. Es nahm an, die vom Kläger ins Recht gelegten Schadensberechnungen würden den Anforderungen an die Substanziierung des Schadens nicht genügen. Weder in der Klage noch im oberinstanzlichen Parteivortrag sei mit genügender Deutlichkeit erläutert worden, wie die in den Tabellen verwendeten Zahlen zu verstehen seien und wie man daraus auf den geforderten Schaden komme. Das Obergericht verzichtete indes darauf, aus der mangelnden Substanziierung auf den Verlust des Anspruchs zu schliessen. Vielmehr nahm es eine eigene Berechnung des Schadens vor und kam dabei zum Ergebnis, der Kläger habe unter Berücksichtigung der Zahlungen der Y. Versicherung und der anrechenbaren IV-Renten im vertraglich zugesicherten Umfang Leistungen bezogen, weshalb kein Schaden vorliege. Der Kläger erhebt Verfassungsbeschwerde.

Aus den Erwägungen:

2.2 Der Beschwerdeführer macht geltend, das Obergericht habe bei seiner Schadensberechnung übersehen, dass das ihm seitens der Versicherung auf der Basis der vollständigen Arbeitsunfähigkeit ausbezahlte Taggeld von Fr. 180.77 nicht dem gesamten versicherten Verdienst, sondern lediglich 80% davon entspricht. Der Sachverhalt sei insoweit gemäss Art. 118 BGG zu berichtigen, da er auf einer willkürlichen Annahme und damit auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 116 BGG beruhe. Werde von einem versicherten Verdienst von Fr. 225.09 pro Tag ausgegangen, sei die Klage gemäss den Berechnungen des Obergerichts gutzuheissen. Der vom Obergericht erhobene Vorwurf der mangelhaften Substanziierung sei sachlich nicht haltbar und könne daher nicht im Sinne einer substituierten Entscheidungsgrundlage herangezogen werden. Er habe zur

Schadensberechnung in tabellarischer Form eine relativ komplexe Globalrechnung unterbreitet. Wenn und soweit das Obergericht diese nicht habe verstehen oder nachvollziehen können, habe es auf Grund der anwendbaren Untersuchungsmaxime die Pflicht gehabt, sich die Berechnung erläutern zu lassen. Dies habe das Obergericht unterlassen, weshalb der Vorwurf der Verletzung der Substanziierungspflicht willkürlich sei.

2.3 Die Beschwerdegegnerin bringt in ihrer Vernehmlassung zur Beschwerde vor, zwar treffe zu, dass das Obergericht falsche Zahlen für die Taggeldansprüche des Beschwerdeführers ermittelt habe. Der angefochtene Entscheid sei jedoch im Ergebnis nicht willkürlich. Zum einen sei die Klage gemäss den zutreffenden Ausführungen des erstinstanzlichen Gerichts abzuweisen, weil die Bestimmungen zum Arbeitsvertrag dahingehend zu verstehen seien, dass ein Anspruch des Beschwerdeführers auf Taggeldzahlungen nach Beendigung des Arbeitsvertrages zu verneinen sei. Zum anderen seien die Tabellen des Beschwerdeführers komplex gewesen, so dass der Vorwurf der fehlenden Substanziierung durchaus gerechtfertigt sei.

2.4 Aus den kantonalen Akten ergibt sich, dass der von der Y. Versicherung während der Dauer der 100%-igen Arbeitsunfähigkeit pro Tag bezahlte Betrag von Fr. 180.77 lediglich 80% des Verdienstausfalls entspricht. Dies hat das Obergericht verkannt, weshalb der Willkürvorwurf des Beschwerdeführers insoweit berechtigt ist. Dennoch ist das angefochtene Urteil im Ergebnis nicht unhaltbar, zumal nicht erkennbar ist, inwiefern die Annahme des Obergerichts, der Schaden sei vom Beschwerdeführer ungenügend substantiiert worden, willkürlich sein soll. Dieser macht denn auch zu Recht nicht geltend, seine Schadensberechnung sei klar verständlich gewesen. Vielmehr beschränkt er sich darauf, dem Obergericht vorzuwerfen, dass es die Unklarheiten nicht durch eine Parteibefragung beseitigt habe. Er lässt dabei ausser Acht, dass die von ihm angerufene Untersuchungsmaxime gemäss Art. 343 Abs. 2 OR bei anwaltlich vertretenen Parteien vom Gericht nicht verlangt, 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 des Schadens kennt (vgl. 4C.340/2004 vom 2. Dezember 2004 E. 4.2).

2.5 Da das Obergericht die Klage willkürfrei mangels genügender Substanziierung abweisen konnte, ist seine Annahme, die Rahmenfrist von 900 Tagen sei als Maximalfrist zu qualifizieren, nicht entscheidend. Auf die Rüge, diese Annahme sei willkürlich, ist daher mangels Rechtsschutzinteresses nicht einzutreten.

Bundesgericht, Urteil vom 29. April 2008, Doss.-Nr. 4A_47/2008 (Bestätigung des Urteils des Arbeitsgerichts St. Gallen vom 27. September 2007), in: BGE 134 III 354

Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung; BGG 74 II lit. a. Die grundsätzliche Bedeutung einer Rechtsfrage ist zu bejahen, wenn sie vom Bundesgericht unterschiedlich beantwortet wurde und unklar ist, welche Rechtsprechung massgebend ist (E. 1.3–1.5).

Arbeitsvertrag; Verlängerung des Arbeitsverhältnisses bei Schwangerschaft nach der Kündigung; Berechnung der Kündigungsfrist nach OR 336c II. Bestätigung der Rechtsprechung, wonach die Kündigungsfrist gemäss OR 336c II durch Rückrechnung vom Endtermin aus zu bestimmen ist (E. 2 und 3).

Sachverhalt:

A.

A. (Arbeitnehmerin) war seit dem 5. Oktober 1992 bei der X. (Arbeitgeberin) als Verkäuferin angestellt. Seit dem 1. Januar 2006 betrug ihr Monatslohn, ausgehend von 16 Arbeitsstunden pro Woche, Fr. 1645.– netto. Mit Schreiben vom 2. August 2006 kündigte die Arbeitgeberin das Arbeitsverhältnis aus wirtschaftlichen Gründen auf den 31. Dezember 2006. Mitte Dezember 2006 erfuhr die Arbeitnehmerin, dass sie schwanger war, und teilte dies der Arbeitgeberin umgehend mit. Zur Klärung der Sach- und Rechtslage wurde das Arbeitsverhältnis vorsorglich fortgesetzt. Die Arbeitnehmerin unterzeichnete einen Vertrag als Ferienaushilfe und wurde vom 1. Januar 2007 bis 24. Januar 2007 weiterhin beschäftigt, wofür sie Fr. 1323.70 erhielt. Gemäss Arztzeugnis vom 12. Januar 2007 war ihre Schwangerschaft bereits vor Ende November 2006 eingetreten.

Am 23. Januar 2007 teilte die Arbeitgeberin der Arbeitnehmerin mündlich mit, das Arbeitsverhältnis werde nicht weitergeführt. Nach dem 24. Januar 2007 arbeitete die Arbeitnehmerin nicht mehr für die Arbeitgeberin. Mit Schreiben vom 25. Januar 2007 gab die Arbeitgeberin gegenüber der Arbeitnehmerin an, der Beginn der Schwangerschaft könne auf den 10. November 2006 festgelegt werden. Die dreimonatige Kündigungsfrist sei somit bereits vor dem Beginn der Sperrfrist abgelaufen gewesen, weshalb am Kündigungstermin festgehalten werde. Die bis zum 24. Januar 2007 erbrachten Arbeitsstunden würden als Ferienaushilfe vergütet. Mit Schreiben vom 26. Januar 2007 gab die Arbeitnehmerin – vertreten durch die Y. Arbeitslosenkasse – an, die Kündigungsfrist sei in die Sperrfrist gefallen, welche noch bis 16 Wochen nach der Geburt laufe. Das Arbeitsverhältnis dauere somit noch an, weshalb die Arbeitnehmerin ihre Arbeitskraft weiter anbiete. Auf dieses Schreiben reagierte die Arbeitgeberin nicht. Mit anwaltlichem Schreiben vom 9. März 2007 machte die Arbeitnehmerin erneut geltend, die Kündigungsfrist habe nach der Methode der

Rückwärtsrechnung in der Sperrfrist gelegen, weshalb die Arbeitnehmerin bei der Arbeitgeberin weiter beschäftigt werden solle. Am 2. August 2007 gebar die Arbeitnehmerin ein Mädchen.

B.

Mit Klage vom 29. Mai 2007 belangte die Arbeitnehmerin (Klägerin 1) die Arbeitgeberin (Beklagte) beim Arbeitsgericht St. Gallen auf Zahlung von Fr. 6992.30 brutto samt 5% Zins seit dem 29. Mai 2007. Zur Begründung führte die Klägerin 1 aus, die Kündigung sei zur Unzeit erfolgt, weshalb sich das Arbeitsverhältnis bis Ende Mai 2007 verlängere. Für diese Zeit verlangte sie Lohn abzüglich des für den Januar 2007 erhaltenen Bruttolohns von Fr. 1232.70.

Mit Schreiben vom 7. Juni 2007 beantragte die Y. Arbeitslosenkasse (Klägerin 2), im Prozess zwischen der Klägerin 1 und der Beklagten als Nebenklägerin zugelassen zu werden. In der Folge verlangte die Klägerin 2 von der Beklagten aus gesetzlicher Subrogation für an die Klägerin 1 ausbezahlte Arbeitslosentaggelder für die Monate Januar bis Mai 2007 Fr. 5312.25 netto.

Mit Entscheid vom 27. September 2007 stellte das Arbeitsgericht St. Gallen fest, die Beklagte schulde aus dem Arbeitsverhältnis mit der Klägerin 1 Fr. 6992.30 brutto nebst Zins zu 5% seit dem 29. Mai 2007 und verpflichtete die Beklagte, vom sich daraus ergebenden Nettolohn Fr. 5312.25 an die Klägerin 2 und den Rest an die Klägerin 1 zu bezahlen.

Zur Begründung führte das Arbeitsgericht zusammengefasst aus, bei der Hemmung der Kündigungsfrist gemäss Art. 336c Abs. 2 OR sei gemäss der Rechtsprechung von der Methode der Rückrechnung auszugehen. Dass das Bundesgericht mit dem abweichenden BGE 131 III 467 eine Praxisänderung gewollt habe, sei nicht anzunehmen, da eine solche nicht begründet worden und auch nicht gerechtfertigt sei. Demnach dauere die Kündigungsfrist vom 1. Oktober 2006 bis zum 31. Dezember 2006. Der Beginn der Schwangerschaft am 10. November 2006 falle somit in die Kündigungsfrist und hemme diese gemäss Art. 336c Abs. 2 OR bis zum Ablauf der Sperrfrist gemäss Art. 336c Abs. 1 lit. c OR. Die Kündigungsfrist habe damit ab dem 10. November 2006 bis 16 Wochen nach der Geburt am 2. August 2006, d.h. bis zum 22. November 2007, stillgestanden. Die fehlenden 52 Tage der Kündigungsfrist bis zum 31. Dezember 2006 seien daran anzuhängen, so dass sich das Datum vom 13. Januar 2008 ergebe. Da gemäss Ziff. 15.1 lit. b des Landes-Gesamtarbeitsvertrages (L-GAV) für die X.-Gruppe die Kündigungsfrist jeweils auf das Ende eines Monats falle, ende das Arbeitsverhältnis gemäss Art. 336c Abs. 3 OR am 31. Januar 2008.

C.

Die Beklagte (Beschwerdeführerin) erhebt Beschwerde in Zivilsachen mit den Anträgen, der Entscheid des Arbeitsgerichts vom 27. September 2007 sei aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Die Klägerin 1 (Beschwerdegegnerin 1) schliesst auf Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten sei. Die Klägerin 2 (Beschwerdegegnerin 2) und das Arbeitsgericht liessen sich nicht vernehmen.

Das Bundesgericht weist die Beschwerde ab.

Aus den Erwägungen:

1.

1.3 Die Beschwerde in Zivilsachen ist bei vermögensrechtlichen Angelegenheiten in arbeitsrechtlichen Fällen grundsätzlich nur zulässig, wenn der Streitwert mindestens Fr. 15 000.– beträgt (Art. 74 Abs. 1 lit. a BGG). Wird dieser Streitwert nicht erreicht, ist die Beschwerde ausnahmsweise dennoch zulässig, wenn sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (Art. 74 Abs. 2 lit. a BGG). Das ist der Fall, wenn ein allgemeines Interesse besteht, dass eine umstrittene Frage höchststrichterlich geklärt wird, um eine einheitliche Anwendung und Auslegung des Bundesrechts herbeizuführen und damit Rechtssicherheit herzustellen (vgl. BGE 133 III 645 E. 2.4). Eine vom Bundesgericht bereits entschiedene Rechtsfrage kann von grundsätzlicher Bedeutung sein, wenn sich die erneute Überprüfung aufdrängt. Dies kann zutreffen, wenn die Rechtsprechung nicht einheitlich oder in der massgebenden Lehre auf erhebliche Kritik gestossen ist (vgl. Urteil 4A_216/2007 vom 13. September 2007, E. 1.3; BEAT RUDIN, Basler Kommentar, N. 51 zu Art. 74 BGG; KARIN MÜLLER, Einige Gedanken zum Begriff der «Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung» bei der Beschwerde in Zivilsachen nach dem neuen Bundesgerichtsgesetz, in: Isaak Meier et al. [Hrsg.], Wege zum Bundesgericht in Zivilsachen nach dem Bundesgerichtsgesetz, Zürich/St. Gallen 2007, S. 113 ff., 126). Ist eine Beschwerde nur unter der Voraussetzung zulässig, dass sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt, so ist in der Beschwerdeschrift auszuführen, warum diese Voraussetzung erfüllt ist (Art. 42 Abs. 2 BGG).

1.4 Die Beschwerdeführerin bringt vor, es stelle sich die Frage, wie die Kündigungsfrist gemäss Art. 336c Abs. 2 OR zu bestimmen sei. In BGE 131 III 467 E. 2.1 habe das Bundesgericht entgegen seiner früheren Praxis angenommen, die Kündigungsfrist beginne mit der Zustellung der Kündigung zu laufen, ohne von einer Praxisänderung zu sprechen. Im Entscheid 4C.230/2005 vom 1. September 2005, E. 1 kehre das Bundesgericht zu seiner bisherigen Praxis zurück, ohne auf den davon abweichenden BGE 131 III 467 einzugehen. Im Rechtsalltag werde daher darüber spekuliert, welcher dieser Entscheide der «Ausreisser» sei. Es sei wünschbar, dass das Bundesgericht diese Frage beantworte, zumal die uneinheitliche Praxis auf kantonaler Ebene zu unterschiedlichen Entscheiden geführt habe. Die Beschwerdegegnerin stellt die grundsätzliche Bedeutung der zur Diskussion stehenden materiellen Rechtsfrage nicht in Abrede.

1.5 In der Lehre wird BGE 131 III 467 kritisiert und die Meinung vertreten, das Bundesgericht habe damit wohl keine Änderung der Rechtsprechung vornehmen wollen (GABRIEL AUBERT, *Calcul du délai de congé: revirement de jurisprudence?*, in: Zeitschrift für Arbeitsrecht und Arbeitslosenversicherung [ARV] 2005 S. 173 ff., 175; PORTMANN, Basler Kommentar, 4. Aufl. 2007, N. 12 zu Art. 336c OR). Das Bundesgericht ging im Urteil 4C.230/2005, E. 1 nicht auf den abweichenden BGE 131 III 467 ein, weshalb nicht geklärt ist, ob mit diesem Entscheid eine Praxisänderung gewollt war. Damit besteht insoweit eine Rechtsunsicherheit, deren Beseitigung im allgemeinen Interesse liegt (JEAN-PHILIPPE DUNAND, *Entre flexibilisation et protection: le droit du travail en évolution [2005–2007]*, in: Aktuelle Anwaltspraxis 2007 S. 315 ff., 324; vgl. auch WOLFGANG PORTMANN/JEAN-FRITZ STÖCKLI, Schweizerisches Arbeitsrecht, 2. Aufl., Zürich/Basel/Bern 2007, S. 202 Rz. 718, die angeben, die zukünftige Entwicklung sei ungewiss). Demnach ist eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung zu bejahen und auf die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde in Zivilsachen einzutreten.

2.

2.1 Art. 336c OR mit der Marginalie «Kündigung zur Unzeit durch den Arbeitgeber» bestimmt:

«1. Nach Ablauf der Probezeit darf der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis nicht kündigen:

a. während die andere Partei schweizerischen obligatorischen Militär- oder Schutzdienst oder schweizerischen Zivildienst leistet, sowie, sofern die Dienstleistung mehr als elf Tage dauert, während vier Wochen vorher und nachher;

b. während der Arbeitnehmer ohne eigenes Verschulden durch Krankheit oder durch Unfall ganz oder teilweise an der Arbeitsleistung verhindert ist, und zwar im ersten Dienstjahr während 30 Tagen, ab zweitem bis und mit fünftem Dienstjahr während 90 Tagen und ab sechstem Dienstjahr während 180 Tagen;

c. während der Schwangerschaft und in den 16 Wochen nach der Niederkunft einer Arbeitnehmerin;

d. während der Arbeitnehmer mit Zustimmung des Arbeitgebers an einer von der zuständigen Bundesbehörde angeordneten Dienstleistung für eine Hilfsaktion im Ausland teilnimmt.

2. Die Kündigung, die während einer der in Absatz 1 festgesetzten Sperrfristen erklärt wird, ist nichtig; ist dagegen die Kündigung vor Beginn einer solchen Frist erfolgt, aber die Kündigungsfrist bis dahin noch nicht abgelaufen, so wird deren Ablauf unterbrochen und erst nach Beendigung der Sperrfrist fortgesetzt.

3. Gilt für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses ein Endtermin, wie das Ende eines Monats oder einer Arbeitswoche, und fällt dieser nicht mit dem Ende der fortgesetzten Kündigungsfrist zusammen, so verlängert sich diese bis zum nächstfolgenden Endtermin. »

2.2 In einem Entscheid aus dem Jahr 1989 ging das Eidgenössische Versicherungsgericht davon aus, der Beginn der Kündigungsfrist gemäss Art. 336c Abs. 2 OR sei durch Rückrechnung vom Endtermin aus zu bestimmen. Zur Begründung wurde ausgeführt, der Zweck von Art. 336c Abs. 2 OR bestehe darin, dem gekündigten Arbeitnehmer trotz zeitweiliger Arbeitsunfähigkeit eine ungekürzte Kündigungsfrist zu garantieren, damit er in der Lage ist, sich nach einer neuen Stelle umzusehen. Der Arbeitnehmer sei aber gerade gegen Ende seines gekündigten Arbeitsverhältnisses darauf angewiesen, dass eine allfällige Krankheit ihn beim Suchen einer Stelle möglichst nicht behindert. Dies treffe insbesondere dann zu, wenn Stellen in seiner Branche regelmässig kurzfristig besetzt werden. Der Zweck von Art. 336c Abs. 2 OR lasse sich demzufolge in befriedigender Weise nur verwirklichen, wenn die Möglichkeit der Stellensuche während der Schlussphase des bisherigen Arbeitsverhältnisses gewährleistet werde (BGE 115 V 437 E. 3b S. 441). Das Bundesgericht hat diesen Entscheid später in konstanter Rechtsprechung bestätigt (Urteil 4C.383/1991 vom 23. Oktober 1992, E. 2, publ. in: SJ 1993 S. 366; BGE 119 II 449 E. 2a; Urteil 4C.66/1994 vom 20. Juli 1994, E. 3a, publ. in: SJ 1995 S. 801; BGE 121 III 107 E. 2a; Urteil 4C.331/2001 vom 12. Februar 2002, E. 3d). Davon abweichend nahm das Bundesgericht in einem publizierten Entscheid vom 14. April 2005 an, beim zeitlichen Kündigungsschutz beginne die Kündigungsfrist stets mit der Zustellung der Kündigung bzw. am darauf folgenden Tag zu laufen (BGE 131 III 467 E. 2.1). Mit diesem Entscheid wurde jedoch keine Änderung der bisherigen Rechtsprechung beabsichtigt, da nicht darauf Bezug genommen und die Abweichung nicht begründet wurde. Dies wird dadurch bestätigt, dass das Bundesgericht in einem Urteil vom 1. September 2005 wieder gemäss früherer Praxis entschied (Urteil 4C.230/2005, E. 1). Demnach ist klarzustellen, dass diese Rechtsprechung nach wie vor massgebend ist.

3.

3.1 Die Beschwerdeführerin rügt, entgegen der Meinung des Arbeitsgerichts sei die vom Bundesgericht in BGE 131 III 467 vorgesehene Lösung richtig. Art. 336c Abs. 2 OR bezwecke, dem Arbeitnehmer zur Suche nach einer neuen Stelle die volle Kündigungsfrist zu gewährleisten. Habe aber diese Frist zur Verfügung gestanden, gebe es gemäss BGE 124 III 474 keinen Grund für eine nochmalige Verlängerung der Kündigungsfrist. Zudem sei verfehlt anzunehmen, der Arbeitnehmer brauche besonders gegen Ende des Arbeitsverhältnisses mehr Schutz. Nicht selten würden Arbeitnehmer nach der Mitteilung der Kündigung, z.B. aus Schock oder Verzweiflung darüber, vorübergehend arbeitsunfähig. In diesen Konstellationen verdiene der Arbeitnehmer ebenso Schutz wie in jenen, in denen er gegen Ende des Arbeitsverhältnisses krank werde. Dazu komme, dass die Bemühungen, eine neue Stelle zu finden, im Regelfall sofort nach Erhalt der Kündigung an die Hand genommen werden. Finde der Arbeitnehmer bald eine neue Stelle, so werde er sich im Regelfall auch nicht auf

Art. 336c Abs. 2 und 3 OR berufen, wenn er gegen Ende des alten Arbeitsverhältnisses arbeitsunfähig werde. Habe indessen der Arbeitnehmer auch kurz vor Ende des Arbeitsverhältnisses noch keine neue Stelle gefunden, werde die nahtlose Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses ungeachtet einer möglichen Arbeitsunfähigkeit immer unwahrscheinlicher. Daher sei die Beeinträchtigung bei der Stellensuche durch eine Krankheit in der Endphase des Arbeitsverhältnisses nicht mehr so belastend.

3.2 Mit diesen Vorbringen verlangt die Beschwerdeführerin eine Änderung der Rechtsprechung. Eine solche ist nicht von vornherein ausgeschlossen. Gerichten ist es nicht verwehrt, eine bisher geübte Praxis zu ändern, wenn sie zur Einsicht gelangen, dass eine andere Rechtsanwendung dem Sinn des Gesetzes oder veränderten Verhältnissen besser entspricht. Eine Praxisänderung muss sich jedoch auf ernsthafte sachliche Gründe stützen können, die umso gewichtiger sein müssen, je länger die als nicht mehr richtig erkannte bisherige Praxis befolgt wurde (BGE 133 III 335 E. 2.3 mit Hinweisen). Ob die Voraussetzungen für eine Änderung der Rechtsprechung gegeben sind, ist im Folgenden zu prüfen.

3.3 Soweit sich die Beschwerdeführerin auf BGE 124 III 474 beruft, lässt sie ausser Acht, dass dieser Entscheid bloss die Frage betrifft, ob eine Arbeitsunfähigkeit während der Fristverlängerung gemäss Art. 366c Abs. 3 OR ebenfalls zu einer Hemmung der Kündigung führe. Dies hat das Bundesgericht verneint, da diese Fristverlängerung nur bezwecke, beiden Parteien den Übergang des Arbeitsverhältnisses und den Ersatz des entlassenen Arbeitnehmers zu erleichtern (BGE 124 III 474 E. 2b/aa S. 477). Die Annahme des Bundesgerichts, dass der Arbeitnehmer in der Regel speziell gegen Ende des Arbeitsverhältnisses darauf angewiesen ist, während der vollen Kündigungsfrist eine neue Stelle suchen zu können, vermag die Beschwerdeführerin nicht zu widerlegen. Sie bestreitet nicht, dass es Stellen gibt, welche kurzfristig besetzt werden. Zudem wird nach der allgemeinen Lebenserfahrung die Stellensuche – wenn sie nicht bereits vorher zum Erfolg geführt hat – gegen das Ende des Arbeitsverhältnisses intensiviert. Weiter kann entgegen der Annahme der Beschwerdeführerin nicht gesagt werden, dass nach der Wahrnehmung eines «Durchschnittsmenschen» die Kündigung den Lauf der Kündigungsfrist auslöse. Vielmehr ist diese Frist ausgehend vom Ende des Arbeitsverhältnisses zu bestimmen, wobei die Kündigung – anders als bei einer Rechtsmittelfrist – nicht innerhalb, sondern vor Beginn der Kündigungsfrist auszusprechen ist. Zudem trifft es nicht zu, dass bei der Anwendung der Methode der Rückwärtsrechnung die Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers im Zeitpunkt der Kündigung unbeachtlich wäre, wenn er während der Kündigungsfrist wieder arbeitsfähig ist. Damit vermag die Beschwerdeführerin für eine Praxisänderung keine hinreichenden Gründe anzuführen. Solche sind auch nicht ersichtlich, zumal die neuere Lehre der bisherigen Rechtsprechung zustimmt (PORTMANN, a.a.O., N. 12 zu Art. 336c OR; PORTMANN/STÖCKLI, a.a.O., S. 202 Rz. 718; STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsvertrag, 6. Aufl.,

Zürich 2006, N. 3 zu Art. 336c OR; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, Kommentar zum Arbeitsvertragsrecht, 3. Aufl., Basel 2005, N. 12 zu Art. 336c OR; AUBERT, Commentaire romand, N. 3 zu Art. 336c–d OR; HANS-PETER EGLI, in: Kren Kostkiewicz/Bertschinger/Breitschmied/Schwander [Hrsg.], Handkommentar OR, Zürich 2002, N. 14 zu Art. 336c in Verbindung mit N. 1 zu Art. 335a OR; offengelassen: AUBERT, Calcul du délai de congé, a.a.O., ARV 2005 S. 175 f.). An dieser Rechtsprechung ist daher festzuhalten.

Bundesgericht, Urteil vom 6. Mai 2008, Doss.-Nr. 4A_300/2007 (Aufhebung des Urteils des Kantonsgerichts des Kantons Schwyz vom 15. Mai 2007), in: BGE 134 III 399

Lohnforderung gemäss Landesmantelvertrag für das Schweizerische Bauhauptgewerbe (LMV); abweichende Einzelabrede hinsichtlich des Ferienlohns für Arbeitnehmer im Stundenlohn (OR 329d I und 357 II, LMV 34). Die Zulässigkeit einer vom LMV abweichenden Einzelabrede hinsichtlich des Ferienlohns ist nicht anhand eines Vergleichs des Gesamtlohns, sondern anhand einer Gegenüberstellung der im LMV und im Einzelarbeitsvertrag vorgesehenen monatlichen Ferienentschädigungen zu beurteilen (E. 3.2.4.3). Vergleich der einzelarbeitsvertraglichen mit der gesetzlichen Ferienentschädigung nach OR 329d I (E. 3.2.4.4).

Sachverhalt:

A.

A. (Beschwerdegegner) betreibt ein Akkordunternehmen im Bereich des Bauhauptgewerbes. Die Paritätische Berufskommission Bauhauptgewerbe des Kantons Schwyz (Beschwerdeführerin) hatte für die Zeit vom 1. Januar 2000 bis zum 31. März 2002 und vom 1. Dezember 2002 bis zum 31. März 2003 eine Lohnbuchkontrolle beim Beschwerdegegner durchgeführt. Diese Kontrollen hatten nach ihrer Auffassung ergeben, dass der Beschwerdegegner verschiedene vom Bundesrat allgemeinverbindlich erklärte Bestimmungen des Landesmantelvertrages für das Schweizerische Bauhauptgewerbe (LMV) verletzt und dadurch seinen Mitarbeitern geldwerte Leistungen von über Fr. 909 567.15 vorenthalten habe. Die Beschwerdeführerin verhängte dafür eine Konventionalstrafe von Fr. 300 000.– gegen den Beschwerdegegner und forderte von ihm die Untersuchungskosten im Betrag von Fr. 8915.– sowie Neben- und Verfahrenskosten von Fr. 1985.– ein.

B.

Nachdem der Beschwerdegegner nicht bereit war, diese Beträge zu bezahlen, klagte die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 15. Oktober

2004 beim Bezirksgericht Höfe auf Bezahlung von Fr. 310 900.– zuzüglich Zins und Kosten. Mit Urteil vom 13. Februar 2006 hiess das Bezirksgericht Höfe die Klage teilweise gut und verurteilte den Beschwerdegegner zur Bezahlung von Fr. 100 900.– (entsprechend Fr. 90 000.– Konventionalstrafe sowie Fr. 10 900.– Untersuchungs- und Verfahrenskosten der Beschwerdeführerin) nebst Gerichtskosten.

Auf Berufung des Beschwerdegegners hin, reduzierte das Kantonsgericht Schwyz mit Urteil vom 15. Mai 2007 die Konventionalstrafe von Fr. 90 000.– auf Fr. 24 000.– und verurteilte ihn folglich zur Bezahlung von Fr. 34 900.– zuzüglich eines Teils der Gerichtskosten.

C.

Die Beschwerdeführerin gelangt mit Beschwerde in Zivilsachen gegen diesen Entscheid des Kantonsgerichts Schwyz an das Bundesgericht und beantragt, die Konventionalstrafe auf Fr. 90 000.– festzusetzen.

Der Beschwerdegegner beantragt die Abweisung des Rechtsmittels. Auch die Vorinstanz beantragt Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten sei.

Das Bundesgericht heisst die Beschwerde gut.

Aus den Erwägungen:

3.

3.2. (...)

3.2.4 Es bleibt zu prüfen, ob der vom Beschwerdegegner bezahlte übertarifliche Lohn die Differenz zwischen der vom Beschwerdegegner berechneten und der im Landesmantelvertrag vorgesehenen Ferienentschädigung ausgleichen konnte.

3.2.4.1 Mit der Vorinstanz ist der Ansicht des Beschwerdegegners zu folgen, wonach sich der vom Arbeitgeber einem Arbeitnehmer für ein volles Arbeitsjahr zu bezahlende Lohn aus dem laufenden Lohn einerseits und dem Ferienlohn andererseits zusammensetzt. Es liegt auch auf der Hand, dass für den Arbeitgeber wirtschaftlich nur der Gesamtbetrag von Bedeutung ist. Das gilt weitgehend – aber nicht vollständig – auch für den Arbeitnehmer. Für diesen hat meist auch der Zeitpunkt der Fälligkeit eine wesentliche Bedeutung. In der Regel ist der Lohn für den Arbeitnehmer das einzige wesentliche Einkommen und er ist für sein tägliches Leben darauf angewiesen. Deshalb enthält das Gesetz eine Vielzahl von Bestimmungen, welche die Ausrichtung des Lohnes innert bestimmten Fristen und zu bestimmten Zeiten regeln. Dazu gehört auch Art. 329d OR, der sicherstellen will, dass der Arbeitnehmer im Zeitpunkt, in dem er die Ferien tatsächlich bezieht, auch über das notwendige Geld verfügt, um diese sorgenfrei verbringen zu können. Das Gesetz will, dass der Arbeitnehmer im richtigen Zeitpunkt weiss, welches Geld für diesen Zeitabschnitt gespart ist (vgl. AUBERT, Commentaire romand, N. 5 zu Art. 329d OR). Aus diesem Grund ist es – wie aufgezeigt – nach der bundesgerichtlichen Recht-

sprechung auch notwendig, dass der auf die Ferien entfallende Teil der Zahlungen genau ausgewiesen wird.

3.2.4.2 Soweit es um den gesetzlichen Anspruch nach Art. 329d Abs. 1 OR geht, steht auf Grund dieser Überlegungen ausser Zweifel, dass als Ferienlohn nur gelten kann, was zusätzlich zum vereinbarten Lohn bezahlt wird. Andernfalls wäre die Bestimmung ohne jede Bedeutung. Das Gesetz kennt keine Mindestlöhne. Damit könnte bei jedem noch so geringen Lohn geltend gemacht werden, darin sei auch der Lohn für die Ferien enthalten. Mangels Mindestlohn besteht gar keine Grösse, mit der ein Gruppenvergleich angestellt werden könnte. Die Parteien hätten es immer in der Hand gehabt, einen niedrigeren Lohn zu vereinbaren, so dass der Arbeitgeber jeweils geltend machen könnte, er hätte einen niedrigeren Lohn vereinbart, wenn er gewusst hätte, dass er noch zusätzlich etwas für die Ferien bezahlen müsse. Insofern ist für die Frage, ob die Mindestvorschrift von Art. 329d Abs. 1 OR eingehalten worden ist, nur massgebend, ob der Arbeitnehmer für die Zeit seiner Ferien gleich viel bezahlt bekommen hat, wie er erhalten hätte, wenn er in dieser Zeit gearbeitet hätte.

3.2.4.3 Vorliegend geht es aber in erster Linie nicht um die Einhaltung des Gesetzes, sondern der Bestimmungen des Gesamtarbeitsvertrags (GAV). Die Vorinstanz erblickte zu Recht in Art. 34 des LMV, der den Ferienanspruch regelt, eine normative Bestimmung, die einen Mindestanspruch festsetzt. Dass der LMV auf das vorliegende Arbeitsverhältnis anwendbar ist, wird zu Recht nicht mehr bestritten.

Gemäss Art. 357 Abs. 2 OR sind Abreden in einem Einzelarbeitsvertrag nichtig, wenn sie gegen die unabdingbaren Bestimmungen eines GAV verstossen, und werden durch dessen Bestimmungen ersetzt. Jedoch können abweichende Vereinbarungen zu Gunsten des Arbeitnehmers getroffen werden. Haben die Parteien eine vom GAV abweichende Regelung getroffen, ist somit ein so genannter Günstigkeitsvergleich vorzunehmen. Es muss bezogen auf das einzelne Arbeitsverhältnis geprüft werden, ob die einzelarbeitsvertragliche Vereinbarung für den Arbeitnehmer günstiger ist als die Regelung im GAV oder nicht (JEAN-FRITZ STÖCKLI, Berner Kommentar, N. 37 zu Art. 357 OR). Dabei kommt es nicht darauf an, welche Regelung dem konkreten Arbeitnehmer lieber ist. Vielmehr muss von einem objektiven Massstab ausgegangen werden (BGE 116 II 153 E. 2a/aa). Es ist darauf abzustellen, wie ein vernünftiger Arbeitnehmer unter Berücksichtigung des Berufsstandes und der Verkehrsanschauung die Bewertung treffen würde (VISCHER, Zürcher Kommentar, N. 23 zu Art. 357 OR; STÖCKLI, a.a.O., N. 38 zu Art. 357 OR). Die Objektivierung des Massstabs hat auch zur Folge, dass man nicht die einzelnen Bestimmungen isoliert miteinander vergleichen kann. Andererseits ist es aber auch nicht zulässig, in einem so genannten Gesamtvergleich den Einzelarbeitsvertrag insgesamt mit dem GAV zu vergleichen. Vielmehr ist ein so genannter Gruppenvergleich vorzunehmen (BGE 116 II 153 E. 2a/bb S. 156; VISCHER, a.a.O., N. 23 f. zu Art. 357 OR; STÖCKLI, a.a.O., N. 39 zu Art. 357 OR). Mit dem

Gruppenvergleich werden eng zusammenhängende Bestimmungen des GAV mit den entsprechenden Regelungen im Einzelarbeitsvertrag verglichen (VISCHER, a.a.O., N. 24 zu Art. 357 OR). Daraus ergibt sich, dass beispielsweise verschiedene Lohnsysteme als Ganzes einander gegenübergestellt werden können.

Der Vergleich kann aber nur innerhalb eines zusammenhängenden Regelwerkes erfolgen. Das Erfordernis des inneren Zusammenhangs ist dabei eng zu verstehen (VISCHER, a.a.O., N. 24 zu Art. 357 OR). Selbst bei einem Vergleich der Lohnsysteme kann deshalb nicht in jedem Fall das gesamte mutmassliche Jahreseinkommen mit der Regelung des GAV verglichen werden. Vielmehr ist – wie das Bundesgericht ausdrücklich festgehalten hat (BGE 116 II 153 E. 2a/bb S. 156) – die Gegenüberstellung des Gesamtlohnes gemäss GAV sowie gemäss Einzelarbeitsvertrag auf einen bestimmten Zeitraum zu begrenzen. Dabei ist der Schutzgedanke der entsprechenden GAV-Norm von zentraler Bedeutung. Im damals zu entscheidenden Fall gelangte das Bundesgericht zum Schluss, dass der entsprechende GAV dem Arbeitnehmer während einer kurz bemessenen Zeitspanne den Mindestlohn gewährleisten wollte und es deshalb unbillig gewesen wäre, den Vergleich aufgrund des Jahresgesamtlohns vorzunehmen. Vielmehr erschien es dem Bundesgericht angemessen, den Vergleich auf die Zeitspanne eines Monats zu begrenzen (BGE 116 II 153 E. 2a/bb S. 156 f.).

Die Vorinstanz hat nun in den Gruppenvergleich nicht nur die Berechnung der Ferienentschädigung einbezogen, sondern den gesamten Lohn. Sie hat geklärt, welcher Anspruch sich auf Grund des einzelarbeitsvertraglich vereinbarten Lohnes zusammen mit der im Einzelarbeitsvertrag vorgesehenen Ferienentschädigung (7,7%) in Franken ergibt und ob dieser Betrag mindestens gleich hoch ist wie der Betrag, der sich aus dem im GAV festgesetzten Mindestlohn und der im GAV vorgesehenen Ferienlohnberechnung (10,6 bzw. 13%) in Franken errechnet.

Damit hat die Vorinstanz den Rahmen eines Gruppenvergleichs gesprengt. Wohl geht es – wie aufgezeigt – beim Ferienanspruch auch um Entgelt für die geleistete Arbeit. Es können aber nicht einfach alle Teile des Entgelts miteinander verglichen werden. Zweck der Ferienregelung ist es, dass der Arbeitnehmer einerseits während der vorgesehenen fünf bzw. sechs Wochen im Jahr tatsächlich in die Ferien gehen kann und andererseits in dieser Zeit tatsächlich das entsprechende Geld zur Verfügung hat. «Entsprechend» ist in diesem Zusammenhang jener Betrag, den er gemäss Lohnabrechnung für diese Periode erhalten würde, wenn er arbeiten würde. Nach der vorliegenden einzelarbeitsvertraglichen Vereinbarung erhält er in dieser Zeit aber weniger ausbezahlt, als er (abzüglich des für die Ferien bestimmten Teils des Lohnes) erhalten würde, wenn er nicht in den Ferien wäre. Ob er dafür vorher mehr als den laufenden Lohn ausbezahlt erhalten hat, ist dabei ohne Bedeutung. Die Ferienregelung sowohl des Gesamtarbeitsvertrages wie auch des Gesetzes will sicherstellen, dass derjenige

Arbeitnehmer, der seinen Lohn unter dem Jahr ausgibt, während der Ferien den gleichen Betrag ausgeben kann. Das ist aber bei der im vorliegenden Fall einzelarbeitsvertraglich getroffenen Lösung nicht gewährleistet. Die Berechnung der Vorinstanz widerspricht auch dem vom Bundesgericht für den Vergleich von Lohnsystemen aufgestellten zeitlichen Rahmen von einem Monat (BGE 116 II 153 E. 2a/bb S. 156 f.).

Zu beachten ist auch, dass der Festsetzung der Löhne einerseits und der Ferienregelung andererseits eine für das Wirtschaftsleben wichtige Transparenzfunktion zukommt. Die Bezahlung übertariflicher Löhne ist auf einem hoch kompetitiven Arbeitsmarkt, wie er im Baugewerbe namentlich bei Akkordunternehmen besteht, ein wesentliches Element, um gute Arbeitskräfte zu finden. Dabei wird regelmässig der Stunden-, Monats- oder Akkordlohnansatz angegeben.

Die Arbeitnehmer können diese dann mit den Angeboten anderer Unternehmen vergleichen. Wird dann aber in Tat und Wahrheit gar nicht dieser Ansatz, sondern ein tieferer bezahlt, weil entgegen den entsprechenden Angaben im Vertrag darin auch ein Teil der Ferienentschädigung enthalten ist, fehlt es an der Vergleichbarkeit. Die klare Trennung zwischen dem Lohn für die Zeit, in der der Arbeitnehmer tatsächlich arbeitet, und dem Ferienlohn bezweckt auch, diese Transparenz zu schützen.

Dass eine Rechnung, wie sie die Vorinstanz angestellt hat, mit den Regeln von Art. 357 OR nicht vereinbar ist, zeigt auch eine weitere Überlegung. Wären die Ferienregelung und das Lohnsystem im Sinne einer einheitlichen Normgruppe miteinander zu vergleichen, müsste umgekehrt auch mit einer Erhöhung des Ferienanspruchs ein untertariflicher Lohn ausgeglichen werden können. Davon geht aber wohl auch die Vorinstanz nicht aus.

3.2.4.4 Auch wenn bezüglich der Regelung des GAV anders zu entscheiden wäre, könnte die Berechnung der Vorinstanz keinen Bestand haben. Das Günstigkeitsprinzip gilt auch im Verhältnis zwischen dem GAV und dem Gesetz. Der GAV ist nur insoweit verbindlich, wie er nicht gegen zwingende Bestimmungen des Gesetzes verstösst. Die in Art. 329d Abs. 1 OR aufgestellte Regel ist aber einseitig zwingend. Ein GAV kann somit nicht eine für den Arbeitnehmer ungünstigere Regelung vorsehen. Für den Vergleich des Gesamtarbeitsvertrages mit dem Gesetz hinsichtlich der Gleichwertigkeit der Ferienentschädigung kann aber der Lohn nicht mit einbezogen werden. Wie aufgezeigt (siehe vorn E. 3.2.4.2) kennt das Gesetz gar keine Mindestlöhne, die einen solchen Vergleich zulassen würden. Die Regelung der Ferienentschädigung im GAV kann damit immer nur mit der entsprechenden Ferienregelung im Gesetz verglichen werden, ohne dass das Lohnsystem zusätzlich einzubeziehen wäre. Daher steht ausser Zweifel, dass die einzelarbeitsvertragliche Vereinbarung jedenfalls die Vorgaben des Art. 329d OR einhalten muss.

Diesen Voraussetzungen genügen aber die streitigen Einzelarbeitsverträge nicht. Bei einem Anspruch von fünf Wochen Ferien beträgt der ent-

sprechende Ansatz für den Ferienlohn bei einem Bezug während der Anstellung bereits 9,62% und nach dem Ende der Anstellung 10,64% (STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsvertrag, 6. Aufl., Zürich 2006, N. 10 zu Art. 329d OR). Die fraglichen Arbeitsverträge rechnen aber nur mit 7,7%.

Bundesgericht, Urteil vom 9. Mai 2008, Doss.-Nr. 4A_187/2007 (Bestätigung des Urteils des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 17. April 2007)

Das Haftungsprivileg gemäss aUVG 44 II gilt nur für Arbeitgeber, die gestützt auf einen Arbeitsvertrag nach UVG 91 I verpflichtet sind, für den Arbeitnehmer die Prämien der obligatorischen Unfallversicherung zu bezahlen. Der Einsatzbetrieb eines Temporärarbeitnehmers ist davon ausgenommen (E. 2.3).

Allgemeine Versicherungsbedingungen. Ungewöhnlichkeitsregel (E. 5.2).

Sachverhalt:

Die Personalverleihfirma Y. stellte A. an und vermittelte ihn ab dem 27. Juli 1998 der Z. AG. Am 28. Juli 1998 wurde er von B., einem Angestellten der Z. AG, angewiesen, einen Kamin zu isolieren. Bei diesen Arbeiten stürzte A. vom Dachaufbau und zog sich dabei schwere Verletzungen zu. Das Bezirksgericht Zürich verurteilte B. später wegen fahrlässiger Körperverletzung und stellte seine grundsätzliche Schadenersatz- und Genußnutzungspflicht gegenüber A. fest. Am 5. August 1998 meldete die Firma Y. den Unfall der Schweizerischen Unfallversicherungsanstalt SUVA, welche A. in der Folge die gesetzlich geschuldeten Versicherungsleistungen erbrachte. Am 20. Oktober 1998 machte die SUVA gegenüber der X. Versicherungsgesellschaft als Betriebshaftpflichtversicherung der Z. AG einen Regressanspruch geltend, den die X. Versicherungsgesellschaft bestritt. Am 7. März 2000 wurde über die Z. AG der Konkurs eröffnet. Ihre Konkursverwaltung trat am 29. Januar 2004 die Ersatzansprüche der Z. AG gegenüber der X. Versicherungsgesellschaft, resultierend aus dem Unfall vom 28. Juli 1998, unter anderem an die SUVA ab.

Am 8. März 2005 belangte die SUVA (Klägerin) die X. Versicherungsgesellschaft (Beklagte) beim Handelsgericht des Kantons Zürich auf Zahlung von Fr. 317 833.–. Zur Begründung brachte die Klägerin vor, die Z. AG hafte als Geschäftsherrin nach Art. 55 OR, aus Art. 41 OR oder aus Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter für den A. aus dem Unfall vom 28. Juli 1998 erwachsenen Schaden. Die Beklagte habe als Betriebshaftpflichtversicherung der Z. AG für diesen Schaden einzustehen. Die Beklagte bestritt die Haftung der Z. AG für den Unfall und lehnte deren Deckungsanspruch gestützt auf Art. 7 lit. b der Allgemeinen Versicherungsbedingungen (AVB) ab. Diese Bestimmung lautet: «Von der Versi-

cherung ausgeschlossen sind: [...] b) Ansprüche aus Personenschäden, von denen eine durch den Versicherungsnehmer aufgrund eines Arbeiterstellungsvertrages (Arbeitsmiete bzw. Dienstmiete) beschäftigten Person in Ausübung ihrer arbeitsvertraglichen oder geschäftlichen Verrichtung für den versicherten Betrieb betroffen wird. Der Ausschluss ist dabei auf den Teil des Schadens beschränkt, für den der Versicherungsnehmer nicht ersatzpflichtig wäre, wenn er die Prämie für die obligatorische Versicherung von Berufsunfällen und Berufskrankheiten selber bezahlt hätte. [...]» In einem aussergerichtlichen Teilvergleich einigten sich die Parteien darüber, dass die umstrittene klägerische Forderung der Höhe nach Fr. 182 330.– betrage. Mit Urteil und Beschluss vom 17. April 2007 verpflichtete das Handelsgericht die Beklagte, der Klägerin Fr. 182 330.– zu bezahlen und schrieb die Klage im Mehrbetrag als durch Rückzug erledigt ab. Die Beklagte gelangte ans Bundesgericht.

Aus den Erwägungen:

2.

2.1 Das Handelsgericht ging davon aus, zwischen A. und der Z. AG als Einsatzbetrieb habe ein so genanntes faktisches Arbeitsverhältnis bestanden. Die daraus resultierenden Fürsorgepflichten habe B. als Hilfsperson der Z. AG verletzt, was zum Unfall von A. geführt habe. Die Z. AG sei daher für den eingetretenen Schaden haftbar, weil sie für das Verhalten ihrer Hilfsperson gemäss Art. 101 Abs. 1 OR wie für eigenes Verhalten einzustehen habe. Zudem bejahte das Handelsgericht eine ausservertragliche Haftung der Z. AG gestützt auf Art. 55 OR. Alsdann nahm es an, das Haftungsprivileg des Arbeitgebers nach Art. 44 Abs. 2 aUVG komme nach der Rechtsprechung auf den Einsatzbetrieb bei Berufsunfällen von Temporärangestellten nicht zur Anwendung.

2.2 Die Beschwerdeführerin anerkennt das Vorliegen eines faktischen Arbeitsverhältnisses zwischen A. und der Z. AG, rügt jedoch, das Handelsgericht habe deshalb der Z. AG das Haftungsprivileg des Arbeitgebers nach Art. 44 Abs. 2 aUVG zugestehen müssen. Demnach hafte sie nur für Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit, weshalb zu klären sei, ob ein solches Verschulden vorgelegen habe.

2.3 Gemäss Art. 44 Abs. 2 aUVG steht dem obligatorisch versicherten Arbeitnehmer aus einem Berufsunfall nur ein Haftpflichtanspruch gegen seinen Arbeitgeber zu, wenn dieser den Unfall absichtlich oder grobfahrlässig herbeigeführt hat. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts beinhaltet Art. 44 Abs. 2 aUVG sowohl ein Haftungs- wie auch ein Regressprivileg (BGE 127 III 580 E. 1 mit Hinweisen). Die Frage, ob der Begriff des Arbeitgebers im Sinne von Art. 44 Abs. 2 aUVG auch den Einsatzbetrieb eines Temporärarbeitnehmers erfassen könne, wurde vom Bundesgericht eingehend geprüft und verneint, da es annahm, das Haftungsprivileg gemäss Art. 44 Abs. 2 aUVG gelte nur für Arbeitgeber, die

gestützt auf einen Arbeitsvertrag gemäss Art. 91 Abs. 1 UVG verpflichtet sind, für den Arbeitnehmer die Prämien der obligatorischen Unfallversicherung zu bezahlen (BGE 123 III 280 E. 2 mit zahlreichen Hinweisen).

2.4 Gemäss dieser Rechtsprechung hat das Handelsgericht bundesrechtskonform angenommen, die Z. AG könne sich als Einsatzbetrieb nicht auf das Arbeitgeberprivileg gemäss Art. 44 aUVG berufen. Demnach musste das Handelsgericht entgegen der Annahme der Beschwerdegegnerin nicht abklären, ob die Z. AG den vorliegenden Arbeitsunfall absichtlich oder grobfahrlässig herbeiführte.

3.

Den Ausführungen des Handelsgerichts zu einer zusätzlichen ausservertraglichen Geschäftsherrenhaftung der Z. AG nach Art. 55 OR kommt keine entscheidenerhebliche Bedeutung zu. Auf die dagegen gerichtete Kritik der Beschwerdeführerin ist daher nicht einzutreten.

4.

4.1 Vor dem Handelsgericht war umstritten, ob die Beschwerdeführerin ihre Haftung gegenüber der Z. AG gemäss Art. 7 lit. b ihrer AVB rechtswirksam ausgeschlossen hatte.

4.2 Das Handelsgericht führte bezüglich des Sinnes von Art. 7 lit. b AVB aus, der erste Satz schliesse die Haftung des Einsatzbetriebes gegenüber Temporärangestellten aus. Die im zweiten Satz vorgesehene Beschränkung dieses Ausschlusses auf jenen Teil des Schadens, für den der Versicherungsnehmer nicht ersatzpflichtig wäre, wenn er die Prämie für die obligatorische Versicherung von Berufsunfällen und Berufskrankheiten selber bezahlt hätte, d.h. wenn der Temporärangestellte ein Arbeitnehmer des Versicherungsnehmers gewesen wäre, nehme Bezug auf das ehemalige Haftungsprivileg des Arbeitgebers nach Art. 44 Abs. 2 aUVG. Diese im Zeitpunkt des Unfalls von A. massgebliche Bestimmung beschränke den Haftpflichtanspruch des Arbeitnehmers aus einem Berufsunfall gegen den Arbeitgeber auf von diesem absichtlich oder grobfahrlässig herbeigeführte Unfälle. Die Haftung setze somit ein ihm oder bei juristischen Personen einem Organ im Sinne von Art. 55 ZGB vorwerfbares grobes Verschulden voraus. Liege ein solches Verschulden vor, so gewähre die Versicherung Deckung.

4.3 Die Beschwerdeführerin geht mit dem Handelsgericht davon aus, Art. 7 lit. b AVB sei dahingehend zu verstehen, dass die Deckung des Versicherungsnehmers für Ansprüche aus Personenschäden von Temporärangestellten (nur) zum Tragen kommt, wenn ein haftungsrelevantes Verhalten der Versicherungsnehmerin oder eines ihrer Organe als grobfahrlässig oder vorsätzlich qualifiziert werden kann.

5.

Unter den Parteien ist hauptsächlich umstritten, ob sich die Versicherungsnehmerin Art. 7 lit. b AVB in der vom Handelsgericht ermittelten Bedeutung entgegenhalten lassen müsste.

(...)

5.2 Das Handelsgericht erwog, die in Art. 7 lit. b AVG vorgesehene Haftungsbeschränkung verstosse gegen die Ungewöhnlichkeitsregel und sei daher gegenüber der Z. AG unwirksam. Die Betriebshaftpflichtversicherung werde zum Zweck geschlossen, den Betrieb vor Haftungsrisiken zu schützen, die mit seiner unternehmerischen Tätigkeit verbunden sind und an die Substanz gehen können. Dazu gehöre auch die Haftung für Unfälle von Temporärangestellten, für welche dem Einsatzbetrieb das Haftungsprivileg nach Art. 44 Abs. 2 aUVG gerade nicht zustehe. Die Absicherung gegen dieses Haftungsrisiko gehöre mithin zu den berechtigten Deckungserwartungen des Versicherungsnehmers im Rahmen einer Betriebshaftpflichtversicherung. Deren Ausschluss laufe der Natur einer solchen Versicherung entgegen. Überraschend sei auch die durch Art. 7 lit. b AVB nicht ausgeschlossene Deckung für vorsätzlich oder grobfahrlässig verursachte Schäden von Temporärangestellten. Erwartungsgemäss schliesse ein Versicherer gerade die vorsätzlich und grobfahrlässige Herbeiführung des versicherten Ereignisses von der Deckung aus. So sehe Art. 14 des Versicherungsvertragsgesetzes vor, dass der Versicherer bei Absicht bzw. Vorsatz nicht hafte und bei grober Fahrlässigkeit seine Leistungen kürzen könne. Sinnwidrig und ungewöhnlich sei es daher, dem Versicherungsnehmer für schwere Sorgfaltspflichtverletzungen Versicherungsschutz zu gewähren, bei minder schweren Verfehlungen aber die Haftung abzulehnen. Die Klausel sei somit objektiv von ihrem Inhalt her wie auch subjektiv für die Z. AG als einem kleinen oder mittleren Unternehmen ungewöhnlich gewesen. Die jahrelange Anwendung der Klausel in der Versicherungsbranche sei bezüglich der Ungewöhnlichkeit nicht erheblich, da diese aus der Sicht des einzelnen Versicherungsnehmers zu beurteilen sei, der die Usanzen in dieser Branche nicht kenne. Als schwächere Partei sei die Z. AG befugt gewesen, die Ungewöhnlichkeit der Klausel geltend zu machen. Darüber hinaus nahm das Handelsgericht an, die Geltung von Art. 7 lit. b AVB sei auch deshalb ausgeschlossen, weil der Sinngehalt dieser Bestimmung für die Z. AG nicht erkennbar gewesen sei. Von ihr habe das juristische Spezialwissen bezüglich des Haftungsprivilegs des Arbeitgebers nach Art. 44 Abs. 2 aUVG und der dazu ergangenen Rechtsprechung, das für die Erfassung des Sinnes der Klausel unabdingbar gewesen sei, nicht erwartet werden können.

(...)

5.5 Nach dem Gesagten ist nicht entscheidend, ob das Handelsgericht die Wirksamkeit von Art. 7 lit. b AVB auch deshalb verneinen durfte, weil diese Bestimmung für Personen ohne juristische Spezialkenntnisse kaum verständlich ist. Auf die dagegen vorgebrachten Einwände der Beschwerdeführerin ist daher mangels Beschwerde nicht einzutreten. Dasselbe gilt bezüglich der Ausführungen der Beschwerdeführerin zur Unklarheitsregel.

6.

Gemäss den vorstehenden Erwägungen ist die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

Tribunal fédéral, Arrêt du 15 mai 2008, Doss.-No. 1D_13/2007 (Confirmation de l'arrêt du Tribunal administratif du canton de Vaud du 19 juillet 2007).

On peut se demander si, après avoir reconnu la qualité pour recourir à la collectivité publique en tant qu'employeur dans la procédure du recours ordinaire, même dans le cas où l'autonomie communale n'est pas invoquée, le Tribunal fédéral doit également l'admettre pour le recours constitutionnel subsidiaire (question laissée ouverte, c. 1.2).

Extraits des faits:

A. a été engagé par la Municipalité de la commune de X. (ci-après: la municipalité) comme employé communal polyvalent à partir du 1^{er} septembre 1988 sur la base d'un «contrat de droit privé», conformément à ce que prévoyait un règlement communal alors en vigueur. Dès le 1^{er} mars 1999, il a été promu en qualité de chef d'équipe communale. A compter du 1^{er} mai 2000, il a été soumis à un nouveau statut du personnel communal adopté par le conseil communal le 27 mai 1999 et approuvé ensuite par le Conseil d'Etat du canton de Vaud. Ce statut s'applique à tous les collaborateurs salariés de la commune. Par une décision du 21 décembre 2006, la municipalité a signifié à A. son renvoi pour justes motifs, conformément à l'art. 9 du statut du personnel. Il a été ainsi mis fin immédiatement aux rapports de travail, la municipalité retenant à l'encontre de A. qu'il avait réalisé, sur les heures de travail, une activité de sciage de bois de feu à la demande de plusieurs habitants de la commune, en encaissant directement et en conservant la rémunération pour le travail fourni. Il lui était également reproché de n'avoir jamais exposé cette manière de faire à la municipalité.

A. a recouru contre cette décision devant le Tribunal administratif du canton de Vaud. Par arrêt du 19 juillet 2007, le Tribunal administratif a admis le recours et annulé la décision de la municipalité du 21 décembre 2006.

Agissant par la voie du recours constitutionnel subsidiaire, la commune de X. (représentée par sa municipalité) demande au Tribunal fédéral de réformer l'arrêt du Tribunal administratif en ce sens que le recours déposé par A. à l'encontre de la décision de la municipalité du 21 décembre 2006 est rejeté, cette dernière décision étant confirmée. A titre subsidiaire, elle conclut à l'annulation de l'arrêt du Tribunal administratif puis au renvoi de l'affaire à cette autorité pour complément d'instruction et nouvelle

décision. Par une ordonnance du 14 décembre 2007, le Juge instructeur a admis la requête d'effet suspensif présentée par la commune recourante.

Extraits des considérants:

1.

La commune recourante a choisi la voie du recours constitutionnel subsidiaire (art. 113 ss LTF). En introduction de son mémoire, elle soutient que la voie du recours en matière de droit public (art. 82 ss LTF) n'est pas ouverte, la contestation n'étant pas de nature pécuniaire.

1.1 Il n'est pas contesté que les rapports de travail en cause sont régis par le droit public (soit, depuis 2000, par un statut du personnel communal qui est une réglementation de droit public). En matière de rapports de travail de droit public – lorsque, comme en l'espèce, la question de l'égalité des sexes n'est pas en cause –, la recevabilité du recours ordinaire en matière de droit public dépend, selon l'art. 83 let. g LTF, du caractère pécuniaire ou non de la contestation; puis, si la contestation est pécuniaire, il faut encore en principe que la valeur litigieuse minimale soit atteinte, en vertu de l'art. 85 al. 1 LTF (15 000 fr.). Il existe de nombreuses situations, dans la fonction publique, où des litiges peuvent surgir sans que la contestation soit pécuniaire (cf. THOMAS HÄBERLI, Basler Kommentar BGG, Bâle 2008, art. 83 n. 170). Dans les contestations pécuniaires, lorsque la valeur litigieuse n'est pas atteinte, il est possible d'agir par la voie du recours ordinaire des art. 82 ss LTF, pour autant que la contestation soulève une question juridique de principe (art. 85 al. 2 LTF).

Devant le Tribunal fédéral, la recourante ne prend pas de conclusions tendant au paiement d'une somme d'argent déterminée et, affirmant que la contestation n'a pas de caractère pécuniaire, elle ne fournit dans son mémoire aucune indication au sujet d'une valeur litigieuse. Elle ne prétend pas non plus que la contestation soulève une question juridique de principe; or il incombe au recourant qui se prévaut de l'art. 85 al. 2 LTF d'exposer en quoi l'affaire remplit cette condition (art. 42 al. 2, 2^{ème} phrase LTF). L'arrêt attaqué, qui se borne à annuler la décision municipale du 21 décembre 2006, ne condamne au demeurant pas la commune à payer à l'intimé une somme d'argent; aucune valeur litigieuse n'a non plus été mentionnée en tant que telle dans cet arrêt. Il n'y a donc aucun motif, à première vue, de traiter le recours constitutionnel comme un recours en matière de droit public.

1.2 Le recours a été déposé en temps utile et selon les formes prescrites; il est dirigé contre une décision finale prise en dernière instance cantonale (art. 90, 100 et 117 LTF, notamment). Il reste à examiner si la commune a qualité pour recourir. La qualité pour recourir, par la voie du recours constitutionnel, est définie à l'art. 115 LTF. Le recourant doit avoir pris part à la procédure devant l'autorité précédente, ou avoir été privé de la possibilité de le faire (let. a), et il doit avoir un intérêt juridique à

l'annulation ou à la modification de la décision attaquée (let. b). La commune recourante a été partie à la procédure devant le Tribunal administratif cantonal; il reste donc à examiner si elle peut se prévaloir d'un intérêt juridique. D'après la jurisprudence (ATF 133 I 185 consid. 3 p. 190 et 6.3 p. 200; 133 II 249 consid. 1.3.2 p. 253), la notion d'intérêt juridique, à l'art. 115 LTF, correspond à celle d'intérêt juridiquement protégé, dont le recourant devait pouvoir se prévaloir pour que lui fût reconnue la qualité pour agir par la voie du recours de droit public, conformément à l'art. 88 de l'ancienne loi d'organisation judiciaire (OJ), applicable jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi sur le Tribunal fédéral (LTF) le 1^{er} janvier 2007.

Sous l'empire de l'OJ, une commune pouvait saisir le Tribunal fédéral par la voie du recours de droit public en se plaignant d'une violation de son autonomie (pour autant qu'elle fût atteinte par l'acte attaqué en tant que détentrice de la puissance publique). Un tel recours était traité comme un recours pour violation de droits constitutionnels des citoyens, au sens de l'art. 84 al. 1 let. a OJ, et les conditions légales de recevabilité des art. 84 ss OJ s'y appliquaient. Les communes pouvaient donc invoquer dans ce cadre la garantie de leur autonomie, définie par le droit constitutionnel cantonal (cf. art. 50 al. 1 Cst.), et critiquer l'application, par l'autorité cantonale, des normes du droit cantonal et communal régissant la matière; elles se prévalaient ainsi à l'évidence d'un intérêt juridiquement protégé au sens de l'art. 88 OJ.

Avec l'entrée en vigueur de la LTF, les communes conservent le droit de saisir le Tribunal fédéral pour défendre leur autonomie, aussi bien dans la procédure du recours en matière de droit public (art. 89 al. 2 let. c LTF) que dans celle du recours constitutionnel subsidiaire, où la garantie de l'autonomie est un «droit constitutionnel» dont la violation peut être dénoncée en vertu de l'art. 116 LTF. L'art. 189 Cst., qui définit au niveau constitutionnel les compétences du Tribunal fédéral, prévoit du reste le recours pour violation de l'autonomie communale (art. 189 al. 1 let. e Cst.). La commune qui invoque son autonomie peut donc se prévaloir d'un intérêt juridique à l'annulation de la décision cantonale attaquée, au sens de l'art. 115 let. b LTF. En l'espèce, la commune recourante déclare agir en tant qu'employeur de l'intimé. Elle s'affirme en outre touchée comme un particulier, en raison de sa qualité d'employeur. La seule norme constitutionnelle qu'elle invoque est l'art. 9 Cst., en se plaignant d'une application arbitraire de son statut du personnel, puis en dénonçant l'arbitraire dans la constatation des faits et l'appréciation des preuves. Son mémoire ne contient aucune référence expresse aux normes du droit cantonal garantissant l'autonomie des communes.

Cela étant, la jurisprudence concernant la recevabilité du recours en matière de droit public (art. 82 ss LTF, notamment art. 89 LTF) retient que la collectivité publique, en tant qu'employeur, n'agit certes pas au même titre qu'un particulier dans une contestation découlant de rapports de travail régis par le droit public, mais qu'elle a néanmoins un intérêt spécifique

digne de protection à l'annulation ou à la modification d'une décision d'un tribunal favorable à son agent; la collectivité publique se trouve en effet dans une situation juridique analogue à celle d'un employeur privé parce que les prestations qu'elle conteste devoir fournir pourraient être dues par tout employeur, dans une situation comparable (arrêt 1C_183/2007 du 5 février 2008 destiné à la publication, consid. 2.3; cf. également arrêts non publiés 1C_450/2007 du 26 mars 2008, consid. 1, et 1C_341/2007 du 6 février 2008, consid. 1.1). On peut dès lors se demander si, après avoir reconnu la qualité pour recourir à la collectivité publique en tant qu'employeur dans la procédure du recours ordinaire (art. 82 ss LTF), même dans les cas où l'autonomie communale n'est pas invoquée, le Tribunal fédéral doit également l'admettre pour le recours constitutionnel subsidiaire. Ces questions de recevabilité peuvent cependant demeurer indécises dans la présente affaire, vu le sort à réserver aux griefs sur le fond.

2.

La recourante critique l'une et l'autre motivations du Tribunal administratif, qu'elle qualifie toutes deux d'arbitraires. La première motivation se rapporte à l'importance des motifs de licenciement, tandis que la seconde traite du retard à prononcer le renvoi.

2.1 L'arbitraire, prohibé par l'art. 9 Cst., ne résulte pas du seul fait qu'une autre solution pourrait entrer en considération ou même qu'elle serait préférable; le Tribunal fédéral ne s'écarte de la solution retenue en dernière instance cantonale que si elle est manifestement insoutenable ou en contradiction manifeste avec la situation effective, si elle méconnaît gravement une norme ou un principe juridique clair et indiscuté ou si elle heurte de manière choquante le sentiment de la justice ou de l'équité. Il ne suffit pas que la motivation de la décision soit insoutenable; encore faut-il qu'elle soit arbitraire dans son résultat (ATF 133 I 149 consid. 3.1 p. 153 et les arrêts cités).

2.2 Dans la première motivation de son arrêt, le Tribunal administratif a considéré que les motifs invoqués par l'employeur étaient assurément sérieux mais pas d'une importance telle qu'ils eussent pu justifier un licenciement avec effet immédiat, sans aucun avertissement. Il a qualifié le renvoi pour justes motifs, prévu à l'art. 9 du statut du personnel communal, de mesure exceptionnelle à admettre de façon restrictive. Il a en effet rappelé que ce règlement communal prévoyait à son art. 8 un licenciement ordinaire, qui peut être prononcé en tout temps, moyennant le respect des délais des art. 335b et 335c CO et après un avertissement oral puis un avertissement écrit. La commune recourante ne conteste pas que son règlement lui offre ces deux possibilités pour licencier un employé et elle ne prétend pas qu'il serait arbitraire de considérer que l'application de l'art. 9 du statut doit avoir un caractère exceptionnel.

2.3 Selon l'arrêt attaqué, les faits qui peuvent être retenus à l'encontre de l'intimé sont les suivants: il a scié, sans y avoir été autorisé, des bûches

de 33 cm durant les heures de travail, pendant un peu plus d'une année (à partir de la fin de l'année 2004 jusqu'au début de l'année 2006), et il a accepté d'être rémunéré directement pour le sciage par les habitants de la commune qui achetaient le bois scié, à raison de 20 fr. par stère. Durant cette période, il a bénéficié pour cette activité non autorisée de l'aide de B., qui était rémunéré (comme mandataire) par la commune sur la base de décomptes établis par l'intimé. Le Tribunal administratif a retenu que l'intimé et B. divergeaient quant à l'évaluation du volume annuel de bois scié en bûches (50 stères selon le premier, 50 à 100 selon le second).

Il ressort en outre du dossier que l'intimé était notamment chargé, en tant que chef d'équipe communale, de travaux forestiers ainsi que de la vente, aux habitants de la commune qui passaient commande au bureau communal, de bois en stères ou en bûches d'une longueur de 1 m. Dans sa première écriture au Tribunal administratif, la municipalité a indiqué qu'à une date indéterminée, des citoyens ont demandé à l'intimé de scier ces longues bûches en trois tronçons de 33 cm (sciage complémentaire), ce qu'il faisait en dehors de ses heures de travail. Dès le printemps 2006, la municipalité a décidé de vendre du bois déjà coupé en bûches de 33 cm; la préparation de ces bûches était donc désormais une prestation à fournir par l'équipe d'employés communaux.

Sur la base de ces faits, le Tribunal administratif a considéré que l'intimé avait violé le devoir de fidélité le liant à son employeur et lui imposant de consacrer à sa fonction l'entier de son temps de travail. Il a cependant estimé que les manquements n'étaient pas d'une importance propre à justifier un licenciement immédiat sans avertissement, compte tenu d'une appréciation de différentes circonstances: l'intimé n'occupait pas, dans l'administration communale, une position dans laquelle la confiance et l'intégrité jouent un rôle particulier (il en irait différemment pour un policier); ses antécédents, en vingt années de service, sont dans l'ensemble bons; il a pu avoir l'impression que son activité était en quelque sorte tolérée par les autorités communales, dans la mesure où le greffe municipal communiquait son numéro de téléphone aux personnes souhaitant passer des commandes de sciage en bûches de 33 cm et où des membres des autorités communales faisaient appel à lui pour ce service.

2.4 La commune recourante fait d'abord valoir, à l'appui de son grief d'arbitraire, que la commission d'un vol, d'une gestion déloyale ou d'une escroquerie au préjudice d'un employeur est dans tous les cas un fait grave. Dans le cas particulier, elle soutient que le comportement de l'intimé devrait probablement être qualifié de gestion déloyale. Toutefois, le dossier ne fait aucune référence à une procédure pénale en cours et, dans une écriture au Tribunal administratif du 19 juin 2007, la municipalité avait précisé avoir renoncé à déposer une plainte pénale. Dans ces conditions, l'éventuelle qualification pénale des faits litigieux n'est pas un élément pertinent et la juridiction cantonale pouvait, sans arbitraire, renoncer à aborder cette question.

La commune recourante reproche au Tribunal administratif d'avoir retenu de manière arbitraire que les conditions fixées à l'art. 9 du statut du personnel communal n'étaient pas réunies. Elle insiste sur le fait que l'intimé a violé plusieurs obligations en matière de rapports de service et en s'enrichissant de manière illicite, il a causé un dommage à la collectivité publique (au moins 2325 fr. par année, montant tenant compte de la rémunération perçue par son collaborateur). Elle fait encore valoir que le Tribunal administratif a retenu de manière arbitraire que l'activité illicite ne se serait déployée que pendant guère plus d'une année; selon elle, cette activité a duré quatre ans (de 2002 à 2005), ce qui résulterait du témoignage du collaborateur B.

Il ressort ainsi des griefs de la recourante qu'elle ne conteste pas l'ensemble des éléments retenus par le Tribunal administratif (notamment que l'intimé n'occupait pas une position avec un rapport de confiance qualifié, qu'il avait globalement de bons antécédents et que, en l'absence d'avertissement, il avait pu avoir l'impression d'une certaine tolérance de la part de son employeur), mais seulement l'appréciation de l'importance des manquements. S'agissant de la durée de la période pendant laquelle le sciage de bûches a été effectué sur les heures de travail, elle est nécessairement difficile à déterminer – puisque la fourniture de bois de feu faisait partie des prestations communales, que le sciage de petites bûches était admis auparavant hors des heures de travail et que, comme cela ressort du dossier, les horaires de travail de l'intimé étaient variables compte tenu d'heures supplémentaires à reprendre (après diverses tâches accomplies hors des heures ordinaires de travail). Aussi le Tribunal administratif pouvait-il, sans arbitraire, ne pas déduire du témoignage de B. que le sciage des bûches de 33 cm était toujours, dès 2002, intervenu pendant les heures de service. Ce témoin s'est en effet borné à déclarer que cette activité était exercée «pendant la journée, exceptionnellement le samedi», ce qui ne signifie pas nécessairement que ces heures diurnes correspondaient à des heures que l'intimé devait consacrer à la commune (vu les compensations dues aux heures supplémentaires). La détermination de la période litigieuse dans l'arrêt attaqué (fin 2004 à début 2006) n'est donc pas insoutenable.

Sur cette base, l'appréciation, par le Tribunal administratif, de l'importance des manquements et des autres circonstances à prendre en considération selon l'art. 9 du statut du personnel communal, n'apparaît pas insoutenable. La juridiction communale n'a pas méconnu gravement la réglementation communale sur les rapports de service, au point que cela violerait les garanties minimales de l'art. 9 Cst. Dans ces conditions, il n'appartient pas au Tribunal fédéral d'examiner plus en détail les manquements reprochés à l'intimé.

2.5 Dès lors que la première motivation de l'arrêt attaqué n'est pas arbitraire, et que par conséquent cette décision n'est pas arbitraire dans son résultat, il est superflu d'examiner les griefs dirigés contre la seconde mo-

tivation, et ainsi de déterminer s'il est arbitraire de retenir que l'autorité communale a en outre tardé à prononcer le licenciement immédiat.

3.

Il s'ensuit que le recours, mal fondé, doit être rejeté dans la mesure où il est recevable.

Le présent arrêt doit être rendu sans frais, la commune recourante s'étant adressée au Tribunal fédéral dans l'exercice de ses attributions officielles (art. 66 al. 4 LTF). Cette commune, qui succombe, aura toutefois à verser des dépens à l'intimé, représenté par un avocat (art. 68 al. 1 et 2 LTF). Dès lors, la demande d'assistance judiciaire présentée par l'intimé devient sans objet.

Tribunal fédéral, Arrêt du 20 mai 2008, Doss.-No. 4A_32/2008 (Annulation de l'arrêt de la Cour d'appel de la juridiction des prud'hommes du canton de Genève du 10 décembre 2007).

321a I CO. L'obligation de l'employé de sauvegarder les intérêts légitimes de son employeur vaut dans une mesure accrue pour les cadres, eu égard au crédit particulier et à la responsabilité que leur confère leur fonction dans l'entreprise (c. 3.1).

337 CO. Constitue un juste motif de licenciement le fait d'avoir déposé une plainte pénale téméraire pour des délits graves contre son supérieur hiérarchique direct, principal actionnaire de son employeur, sans avoir de motifs objectifs de le faire et sans avoir tenté au préalable d'éclaircir une situation juridique peu claire (c. 3.3.2).

Extraits des faits:

X. SA (ci-après: X. SA) a pour but social le négoce et le courtage dans le domaine aéronautique. Alors que B. est administrateur unique de la société, A., qui détient la majorité du capital-actions, a la fonction de directeur général. Depuis mai 1998, Z. était employé en qualité de directeur par X. SA. Y., ingénieur en aéronautique né en 1950, a été engagé dès le 1^{er} août 1999 par X. SA en qualité de directeur commercial. En octobre 2003, le salaire mensuel brut du précité s'élevait à 21 000 fr., payé treize fois l'an; un appartement était en outre mis à sa disposition. Le 31 octobre 2003, Y. et Z. ont déposé une plainte pénale à l'encontre de A., pour escroquerie, abus de confiance et gestion déloyale.

Par lettre du 5 novembre 2003, X. SA a signifié à Y. son licenciement avec effet immédiat par suite du dépôt de la plainte pénale précitée. Le lendemain, elle a agi de même à l'endroit de Z. Par acte déposé le 5 décembre 2003, Y. a ouvert action contre X. SA devant les autorités prud'homales genevoises. Par jugement du 3 mai 2006, le Tribunal de prud'hommes a déclaré injustifié le licenciement immédiat et accordé au

travailleur une indemnité au sens de l'art. 337c al. 3 CO. Saisie d'un appel de la défenderesse et d'un appel incident du demandeur, la Cour d'appel de la juridiction des prud'hommes du canton de Genève, par arrêt du 3 janvier 2007, a confirmé que le licenciement immédiat était injustifié, fixé l'indemnité punitive et réparatrice à 42 000 fr., soit deux mois de salaire, arrêté à 231 662 fr. 50 les arriérés de salaire et la rémunération due pendant le délai de congé et confirmé la subrogation partielle de la caisse de chômage, les autres postes du jugement déferé étant maintenus.

Statuant sur le recours en matière civile déposé par la défenderesse, le Tribunal fédéral, par arrêt du 27 juin 2007 (cause 4A_15/2007), a partiellement admis le recours, annulé l'arrêt cantonal et dit que la défenderesse devait payer au demandeur les montants qui suivent: 147 291 fr. 70 brut à titre de salaire jusqu'au congé, 99 187 fr. 75 net correspondant au remboursement d'un prêt octroyé en 2001, après déduction des dépenses personnelles admises par le travailleur en procédure. Il a par ailleurs renvoyé la cause à la Cour d'appel afin de réexaminer si les conditions d'un renvoi immédiat étaient remplies.

Par arrêt du 10 décembre 2007, la Cour d'appel a annulé le jugement du Tribunal des prud'hommes rendu le 3 mai 2006 et, statuant à nouveau, condamné la défenderesse à verser au demandeur la somme brute de 64 458 fr. 30, sous déduction de la somme nette de 12 579 fr. 10, cela à titre de salaires si le contrat avait pris fin à l'échéance du délai de congé ordinaire, ainsi que le montant net de 42 000 fr. avec les mêmes intérêts au titre d'une indemnité pour licenciement injustifié. Elle a également astreint la défenderesse à payer à la caisse de chômage la somme nette de 12 579 fr. 10.

X. SA exerce un recours en matière civile contre l'arrêt du 10 décembre 2007. Elle requiert principalement que cette décision soit mise à néant et que le demandeur soit débouté de toutes ses conclusions. Subsidiairement, elle conclut au renvoi de la cause à la cour cantonale si le Tribunal fédéral n'était pas à même de statuer sur la base des constatations de l'arrêt déferé. Par ordonnance du 25 février 2008, le Président de la I^{re} Cour de droit civil a rejeté la requête d'effet suspensif présentée par la recourante.

Extraits des considérants:

2.

La recourante prétend que c'est en violation de l'art. 337 CO que l'autorité cantonale a jugé injustifié le licenciement immédiat du demandeur. Elle fait valoir qu'aucune des accusations portées à l'encontre de A. n'a trouvé grâce devant la Chambre d'accusation, que l'intimé n'a pas pu croire de bonne foi qu'une infraction avait été commise contre son patrimoine et qu'il a opté de façon inconsidérée pour la voie pénale, lors même que seule la voie civile était à même de garantir ses droits. Elle soutient

que la plainte pénale en cause était tout à la fois calomnieuse et téméraire et que, conséquemment, la condition de juste motif au sens de la norme susrappelée était réalisée, à telle enseigne que l'intimé pouvait être licencié abruptement.

La recourante s'en prend également à la motivation subsidiaire de la Cour d'appel. Elle affirme que cette autorité a mené des investigations sur une question qui ne lui avait pas été soumise par l'arrêt de renvoi du Tribunal fédéral rendu le 27 juin 2007, à savoir sur la persistance du lien de confiance entre parties en dépit du dépôt par le demandeur d'une plainte pénale contre son supérieur hiérarchique. La défenderesse y voit une violation du pouvoir de cognition limité qui revenait à la cour cantonale après la reddition de l'arrêt de renvoi susrappelé.

3.

3.1 Selon l'art. 337 al. 1 1^{ère} phrase CO, l'employeur et le travailleur peuvent résilier immédiatement le contrat de travail en tout temps pour de justes motifs. Doivent notamment être 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 (cf. art. 337 al. 2 CO). Mesure exceptionnelle, 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 (ATF 130 III 28 consid. 4.1 p. 31, 213 consid. 3.1 p. 221; 129 III 380 consid. 2.1). Par manquement du travailleur, on entend généralement la violation d'une obligation découlant du contrat de travail, comme l'obligation de loyauté ou de discrétion ou celle d'offrir sa prestation de travail. Mais d'autres faits peuvent aussi justifier un congé abrupt (ATF 129 III 380 consid. 2.2 p. 382 s.).

A raison de son obligation de fidélité, le travailleur est tenu de sauvegarder les intérêts légitimes de son employeur (art. 321a al. 1 CO) et, par conséquent, de s'abstenir de tout ce qui peut lui nuire (ATF 117 II 560 consid. 3a p. 561). Cette obligation accessoire générale vaut dans une mesure accrue pour les cadres, eu égard au crédit particulier et à la responsabilité que leur confère leur fonction dans l'entreprise de l'employeur (ATF 104 II 28; ADRIAN STAEHELIN, Commentaire zurichois, n. 8 ad art. 321a CO; WOLFGANG PORTMANN, Commentaire bâlois, n. 14 ad art. 321a CO).

Le juge apprécie 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 consid. 4.1 p. 32; 127 III 351 consid. 4a p. 354. Le

Tribunal fédéral ne revoit qu'avec réserve la décision d'équité prise en dernière instance cantonale. Il intervient 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 lorsqu'elles aboutissent à un résultat manifestement injuste ou à une iniquité choquante (ATF 130 III 213 consid. 3.1 p. 220; 129 III 380 consid. 2 p. 382).

3.2 S'agissant de la motivation subsidiaire adoptée par la cour cantonale, la recourante fait grief à la Cour d'appel d'avoir outrepassé le cadre de l'arrêt de renvoi du Tribunal fédéral (cause 4A_15/2007) en menant des investigations sur le point de savoir si les rapports de travail avaient en partie perduré après la résiliation du contrat du demandeur avec effet immédiat.

A bon droit.

En effet, selon la jurisprudence rendue sous l'ancienne loi fédérale d'organisation judiciaire, laquelle est transposable sous l'empire de la LTF (cf arrêt 4A_71/2007 du 19 octobre 2007, consid. 2.2), le juge auquel la cause est retournée voit sa cognition limitée par les motifs de l'arrêt de renvoi, ce qui signifie qu'il est lié par ce qui a été tranché définitivement par le Tribunal fédéral ainsi que par les constatations de fait qui n'ont pas été attaquées devant lui. Des faits nouveaux ne peuvent être pris en compte à moins de porter sur les points qui ont fait l'objet du renvoi. Ceux-ci ne peuvent être ni étendus ni fixés sur une base juridique nouvelle (ATF 133 III 201 consid. 4; 131 III 91 consid. 5.2 et les arrêts cités).

Dans l'arrêt de renvoi 4A_15/2007, le Tribunal fédéral a retourné l'affaire à la Cour d'appel uniquement pour qu'elle élucide les faits permettant de vérifier si l'accusation proférée contre A. était au moins partiellement fondée ou, dans la négative, si l'auteur de la plainte (i.e. le demandeur) avait pu croire de bonne foi qu'une infraction avait été commise contre lui. Or, l'autorité cantonale a mené des investigations sur une question entièrement nouvelle, qui n'avait pas été abordée précédemment, soit celle de savoir si la défenderesse, en laissant le demandeur organiser et participer à un cocktail quelques jours après la signification du licenciement abrupt, a donné à penser que la continuation des rapports de travail était possible jusqu'à la fin du délai de congé. Il suit de là que la cour cantonale, en retenant la motivation subsidiaire en cause, ne s'est pas conformée aux réquisits de l'arrêt de renvoi du Tribunal fédéral. Partant, il ne sera pas tenu compte de celle-ci, qui repose sur des faits nouveaux au sens de la jurisprudence précitée.

3.3 Cela posé, il sied de vérifier si la motivation principale de la cour cantonale, d'après laquelle la plainte formée par le demandeur contre A.

n'était pas téméraire ou contraire à la bonne foi, est conforme au droit fédéral.

3.3.1 Il a été retenu définitivement (art. 105 al. 1 LTF) que A., actionnaire majoritaire et directeur général de la défenderesse, Z., alors directeur de celle-ci, ainsi que l'intimé, qui en était directeur commercial, ont formé une société simple pour acquérir et vendre cinq avions. L'opération, qui était financée par deux sociétés «off shore», a été réalisée par X. SA. Il était prévu que cette dernière devait recevoir la moitié du bénéfice tiré de l'affaire, la seconde moitié devant être répartie entre les trois associés précités.

On ne sait rien du quantum du profit qui a été obtenu à cette occasion. Le demandeur a estimé que A., qui aurait sans cesse cherché à repousser la répartition du bénéfice, avait retenu par un stratagème 2500 000 US\$ des gains réalisés et encore détourné de ceux-ci, par une autre machination, le montant total de 1 510 000 US\$, d'où un prélèvement illicite de plus de 4 000 000 US\$.

Le 31 octobre 2003, sans avoir pris langue avec A., le demandeur a formé une plainte pénale contre le prénommé pour escroquerie, abus de confiance et gestion déloyale.

Après une enquête qui a duré plus de trois ans, le Juge d'instruction a transmis la procédure au Parquet genevois le 29 mars 2007, sans avoir prononcé d'inculpation. Le 29 juin 2007, le Procureur général a classé la procédure, car aucun des éléments constitutifs des trois infractions reprochées à A. n'étaient établis, le litige présentant du reste un caractère civil prépondérant. Sur recours du demandeur, la Chambre d'accusation a confirmé le classement par adoption de motifs.

3.3.2 Ces éléments conduisent la juridiction fédérale à développer le raisonnement suivant.

Il appert tout d'abord que l'intimé a formé une plainte pénale contre son supérieur hiérarchique direct A., cela sans même essayer de le rencontrer au préalable afin de discuter de la manière dont avaient été répartis les gains importants générés par une opération à caractère complexe au regard de son mode de financement et des différents acteurs qui y ont participé. Il n'a ainsi pas été établi que A. n'ait pas pu être joint à la fin du mois d'octobre 2003, ni qu'il se soit dérobé aux demandes d'explications du demandeur, et encore moins qu'il se soit refusé à accorder tout entretien sur la question à l'intéressé.

Le demandeur a déposé plainte pour des délits graves concernant la probité du directeur général et principal actionnaire de la défenderesse. Ainsi l'abus de confiance (art. 138 CP) et l'escroquerie (art. 146 CP) sont-ils des crimes (art. 10 al. 2 CP et 9 al. 1 aCP). Il en est résulté une longue instruction pénale, qui était susceptible d'entacher durablement l'honorabilité et la réputation en affaires de A.

Pourtant, aucune des trois accusations formulées n'a été suivie d'une inculpation et la procédure a finalement été classée par le Parquet. La déci-

sion de classement a par la suite été confirmée sur recours par la Chambre d'accusation.

Les motifs présentés par la Cour d'appel pour démontrer néanmoins que le demandeur n'a pas déposé plainte notamment de manière téméraire ne résistent pas à l'examen.

Il n'est tout d'abord pas possible de soutenir, ainsi qu'elle l'a fait, que la retenue de 2 500 000 US\$ effectuée par une des sociétés «off shore» sur les bénéfices revenant à la recourante pouvait apparaître aux yeux de l'intimé comme une soustraction indue des gains qu'il devait retirer lui-même de l'affaire. Il ne ressort en effet pas de l'état de fait déterminant (art. 105 al. 1 LTF) que l'intimé avait des motifs réels ou supposés de penser que cette retenue affectait de manière illicite la part des gains qui lui était dévolue. Ce dernier n'a d'ailleurs même pas fait état de la clé de répartition interne des bénéfices qui avait été adoptée entre les trois associés.

En outre, la circonstance – parfaitement banale au vu de la position et du rôle joués par A. au sein de la recourante dont il détient la majorité du capital-actions – qu'avait été conféré au précité un droit de signature sur le compte bancaire de la défenderesse par lequel le demandeur présumait que transiteraient les gains de l'opération, n'était nullement susceptible d'éveiller en tant que telle chez ce dernier le soupçon qu'une grave infraction pouvait être perpétrée à son détriment.

Enfin, il est sans aucune pertinence que la Chambre d'accusation n'ait pas qualifié de téméraire le recours du demandeur exercé contre le classement du Parquet. Seule importe la question de savoir si la plainte pénale, au moment où elle a été déposée, devait être considérée comme un acte téméraire.

Il suit de là que, pourtant revêtu du statut de cadre qui confère à son titulaire une obligation accrue de sauvegarder les intérêts légitimes de son employeur (cf. consid. 3.1 ci-dessus), le demandeur n'a pas hésité à s'engager sur la voie pénale en portant plainte contre celui qui en est le principal actionnaire, sans avoir des motifs objectifs de le faire et sans avoir ne serait-ce que tenté préalablement d'éclaircir la situation peu claire née de rapports compliqués de droit civil noués entre les trois associés, la recourante et deux sociétés «off shore». L'intimé n'a au demeurant apparemment pas usé de la voie civile contre A. pour obtenir de celui-ci restitution des gains qu'il se serait prétendument appropriés sans droit. Dans un pareil contexte, la plainte pénale que l'intimé a déposée contre A. le 31 octobre 2003 était téméraire.

A défaut d'avoir pris en compte l'ensemble de ces paramètres, qui étaient décisifs pour l'appréciation du litige restant à juger, l'autorité cantonale a fait une application erronée de la notion de juste motif ancrée à l'art. 337 CO.

Le moyen est bien fondé, si bien que le recours doit être admis, l'arrêt attaqué doit être annulé et il sera prononcé que le licenciement immédiat signifié à l'intimé le 5 novembre 2003 était justifié.

Tribunal fédéral, Arrêt du 27 mai 2008, Doss.-No. 4A_102/2008 (Réformation partielle de l'arrêt rendu le 11 janvier 2008 par la Cour d'appel de la juridiction des prud'hommes du canton de Genève).

336 I d CO. Constitue un congé abusif (congé-vengeance) la résiliation notifiée parce que l'employé refuse de reprendre une activité à temps complet, ce qui ne pouvait être exigé de lui en raison de son état de santé médicalement attesté (c. 2).

2 II CC. Indépendance juridique. De par son texte, l'art. 2 al. 2 CC ne vise que l'abus manifeste d'un droit. Il importe donc d'appliquer cette règle avec modération; elle n'est pas destinée à invalider toute construction juridique que le juge trouverait critiquable en considération de certains des intérêts en présence (c. 4).

Extraits des faits:

X. SA se consacre essentiellement au commerce des automobiles d'occasion. Elle fut constituée en septembre 1996 sous le régime de la société à responsabilité limitée, puis transformée en société anonyme en mai 2002. A. et B. sont respectivement administratrice et directeur, tous deux avec droit de signature individuelle. X.Y. Sàrl, constituée en septembre 2004, se consacre surtout à l'exploitation d'un atelier de mécanique pour automobiles, pratiquant l'entretien et la réparation de véhicules, dans des locaux voisins de ceux utilisés par X. SA. Celle-ci lui apporte à peu près la moitié de son chiffre d'affaires. Les associés sont A., B. et F.C. L'époux de cette associée, H.C., collabore à l'exploitation. Y. Sàrl, constituée en novembre 2003, est elle aussi active dans le secteur de l'automobile à Genève; l'un de ses associés est H.C. Z. fut engagé en qualité de mécanicien d'automobile par X. SA d'abord, pour le mois de septembre 2004, puis par X.Y. Sàrl dès le 1^{er} octobre suivant. Le contrat prévoyait quarante-deux heures de travail par semaine. Z. subit un accident professionnel le 7 novembre 2005, cet accident entraînant une incapacité de travail d'abord totale, puis, dès le 10 avril 2006, partielle au taux de 50%. Dès cette date, il reprit son activité à mi-temps, travaillant quotidiennement de huit heures à midi. L'employeuse l'ayant licencié le 14 juin 2006 pour le 14 août suivant, Z. a fait opposition au congé par lettre du 9 août. D'après une attestation de l'employeuse destinée à l'assurance-chômage, le congé était motivé par «des raisons d'organisation du travail».

Le 12 octobre 2006, Z. a ouvert action contre X.SA devant le Tribunal de prud'hommes du canton de Genève. Par jugement du 9 mars 2007, le Tribunal de prud'hommes a condamné X.Y. Sàrl à payer 11 877 fr. à titre de salaire brut, soumis aux déductions sociales, et 16 800 fr. à titre d'indemnité nette pour licenciement abusif, les deux sommes portant intérêts selon les conclusions du demandeur. X.Y. Sàrl ayant appelé du jugement, le demandeur a usé de l'appel incident. La Cour d'appel a statué le

11 janvier 2008. Elle a réduit à 10 638 fr. 50 le total des sommes dues à titre de salaire brut; pour le surplus, elle a confirmé le jugement.

Agissant par la voie du recours en matière civile, X.Y. Sàrl requiert le Tribunal fédéral de réformer l'arrêt de la Cour d'appel en ce sens que l'action soit entièrement rejetée.

Extraits des considérants:

2.

Il est constant que les parties se sont liées par un contrat de travail de durée indéterminée et que celui-ci pouvait être résilié conformément à l'art. 335 al. 1 CO. La résiliation est cependant abusive lorsqu'elle intervient dans l'une des situations énumérées à l'art. 336 al. 1 CO, situations qui se rapportent aux motifs de la partie qui résilie. Cette disposition restreint, pour chaque cocontractant, le droit de mettre unilatéralement fin au contrat (ATF 132 III 115 consid. 2.4 p. 118; 131 III 535 consid. 4.2 p. 539 in medio). Selon l'art. 336 al. 1 let. d CO, une résiliation est abusive lorsqu'elle intervient parce que l'autre partie fait valoir de bonne foi des prétentions résultant du contrat de travail. La Cour d'appel condamne la défenderesse sur la base de cette disposition. Selon ses constatations de fait qui lient le Tribunal fédéral, cette partie n'a pas licencié le demandeur parce l'organisation du travail n'était plus possible en raison de son activité à mi-temps, ce qu'elle alléguait, mais parce qu'il avait refusé de reprendre une activité à temps complet, ce qui ne pouvait pas être exigé de lui en raison de son état de santé médicalement attesté. Or, dans la situation ainsi constatée, le demandeur était fondé à exiger les égards voulus pour sa santé, conformément aux devoirs que l'art. 328 al. 1 CO impose à tout employeur. La Cour retient donc avec raison que la résiliation du contrat était une vengeance prohibée par l'art. 336 al. 1 let. d CO (cf. RÉMY WYLER, *Droit du travail*, 2^e éd., Berne 2008, p. 547); la défenderesse se plaint à tort d'une application incorrecte de cette disposition. 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 à six mois de salaire au plus. Le montant doit être évalué selon les règles du droit et de l'équité, conformément à l'art. 4 CC. En l'occurrence, la défenderesse ne conteste pas le montant de 16 800 fr. retenu par la Cour d'appel; celui-ci sera donc confirmé.

3.

En règle générale, selon l'art. 357 al. 1 CO, les clauses d'une convention collective de travail relatives à la conclusion, au contenu et à l'extinction des contrats individuels de travail ont, pour la durée de cette convention, un effet direct et impératif envers les employeurs et les travailleurs qu'elle lie.

3.1 Il est constant qu'X.Y. Sàrl, employeuse du demandeur, faute d'être affiliée à la section genevoise de l'Union professionnelle suisse de l'automobile, n'était en principe pas assujettie à la convention collective

conclue le 1^{er} janvier 2006 pour l'industrie des garages du canton de Genève. La Cour d'appel retient cependant qu'au regard de l'art. 2 al. 2 CC, selon lequel l'abus manifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi, l'indépendance juridique des sociétés X. SA et X.Y. Sàrl n'est pas opposable au demandeur, de sorte que ce dernier bénéficie de la convention collective à raison de l'assujettissement de cette société-là. Selon la jurisprudence relative à cette disposition légale, celui qui a conclu un contrat commet éventuellement un abus de droit lorsque, pour éluder ses obligations envers l'autre partie, il se substitue une tierce personne qui lui est liée (ATF 113 II 31 consid. 2c p. 36). En particulier, il est admis que la dualité juridique d'une société anonyme et de son actionnaire unique ne doit pas être prise en considération lorsqu'il y a abus de droit à l'invoquer (ATF 132 III 737 consid. 2.3 p. 742; 132 III 489 consid. 3.2 p. 493).

3.2 La Cour d'appel ne constate pas l'identité des actionnaires d'X. SA. Il est néanmoins constant que des liens étroits existent entre les deux sociétés, les deux dirigeants de l'une participant à l'autre.

4.

La Cour a interrogé A. et H.C.; elle a résumé leurs déclarations dans son prononcé. L'administratrice d'X. SA a expliqué qu'initialement, cette société exploitait un atelier de mécanique alors que ses dirigeants n'avaient pas de connaissances en mécanique de l'automobile. H.C. a fondé Y. Sàrl après qu'il eut personnellement exploité un garage et subi une faillite. Il est entré en contact avec X.SA pour proposer les activités de sous-traitance de Y. Sàrl. Des relations professionnelles se développèrent; H.C. collabora d'abord à l'atelier d'X. SA, puis une association fut réalisée avec la fondation d'X.Y. Sàrl, à laquelle participe son épouse; l'atelier fut désormais exploité par cette nouvelle société. La Cour n'a porté aucun jugement sur la force probante de ces déclarations mais elle les a consignées sans relever aucun élément qui justifierait de les mettre en doute. Sur la base de l'art. 105 al. 2 LTF, en tant que les faits décrits sont pertinents pour élucider la relation des deux sociétés, le Tribunal fédéral peut les intégrer aux constatations déterminantes. La convention collective a été conclue le 1^{er} janvier 2006 et elle est entrée en vigueur le même jour. On ne saurait présumer qu'en septembre 2004 déjà, lors de la fondation d'X.Y. Sàrl, X. SA ait entrepris de lui transférer l'atelier de mécanique dans le but d'éluder des obligations futures. Par ailleurs, X.Y. Sàrl a bien l'apparence d'une société commerciale réellement constituée entre les dirigeants d'X. SA, d'une part, et les époux C. d'autre part, dans le but d'exploiter une entreprise commune. Cette entreprise est certes utile, voire même nécessaire à X. SA, mais elle a néanmoins une activité spécifique et elle requiert des aptitudes professionnelles que H.C. peut apporter alors qu'elles étaient absentes dans la société anonyme. Enfin, les deux sociétés occupent des locaux distincts, quoique voisins; elles ont des collaborateurs distincts et X. SA n'est pas la seule cliente d'X.Y. Sàrl. Pour parvenir à la conclusion que les deux sociétés sont intégrées en une seule entreprise avec une direction

unique, la Cour relève les ambiguïtés existant dans la correspondance et divers documents. On peut sans doute retenir que ces sociétés partenaires ne font guère d'efforts pour prévenir les confusions. La Cour constate aussi qu'X. SA retire certains avantages de son affiliation à l'Union professionnelle suisse de l'automobile, alors qu'en raison des occupations de son propre personnel, la convention collective ne lui impose aucune obligation. Ces faits ne justifient pas de passer outre à l'autonomie d'X.Y. Sàrl pour lui appliquer une convention collective à laquelle elle n'avait pas adhéré. De par son texte, l'art. 2 al. 2 CC ne vise que l'abus manifeste d'un droit. Il importe donc d'appliquer cette règle avec modération; elle n'est pas destinée à invalider toute construction juridique que le juge trouverait critiquable en considération de certains des intérêts en présence. En l'espèce, au regard de l'ensemble des circonstances, la défenderesse est fondée à dénoncer une application incorrecte de l'art. 2 al. 2 CC.

4.1 Au surplus, la juridiction cantonale ne pouvait pas valablement appliquer la convention collective à toute la durée d'un rapport de travail qui avait débuté avant son entrée en vigueur.

Bundesgericht, Urteil vom 28. Mai 2008, Doss.-Nr. 9C_171/2008 (Bestätigung des Entscheids des Verwaltungsgerichts des Kantons Luzern vom 29. Januar 2008)

Erwerbsersatzgesetz (EOG) 16b. Der Anspruch auf eine Mutterschaftsentschädigung besteht nur, wenn das Arbeitsverhältnis (mindestens) bis zum Tag der Geburt gedauert hat, was voraussetzt, dass für die verrichtete Arbeit im betreffenden Kalendermonat eine Lohnzahlung erfolgte (E. 4.2).

Sachverhalt:

P. (Beschwerdeführerin) bewirtschaftet zusammen mit ihrem Ehemann einen Landwirtschaftsbetrieb. Am 21. Juli 2005 gebar sie ihr viertes Kind und beantragte bei der Ausgleichskasse des Kantons Luzern am 17. Februar 2006 die Auszahlung einer Mutterschaftsentschädigung. Die Ausgleichskasse wies das Leistungsbegehren mit Verfügung vom 16. März 2006 – bestätigt mit Einspracheentscheid vom 16. November 2006 – ab, da P. nur bis 31. Mai 2005 in einem Arbeitsverhältnis gestanden habe. Hiergegen liess P. Beschwerde erheben, welche das Verwaltungsgericht des Kantons Luzern mit Entscheid vom 29. Januar 2008 abwies. P. führt Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten und beantragt die Zuspreehung einer Mutterschaftsentschädigung.

Aus den Erwägungen:

2.

Der Anspruch auf Mutterschaftsentschädigung setzt nach Art. 16b EOG voraus, dass die Frau während neun Monaten unmittelbar vor der Niederkunft im Sinne des AHVG versichert war (Abs. 1 lit. a), in dieser Zeit mindestens fünf Monate lang eine Erwerbstätigkeit ausgeübt hat (lit. b) und im Zeitpunkt der Niederkunft Arbeitnehmerin im Sinne von Art. 10 ATSG (lit. c Ziff. 1) oder Selbstständigerwerbende im Sinne von Art. 12 ATSG ist (lit. c Ziff. 2) oder im Betrieb des Ehemannes mitarbeitet und einen Barlohn bezieht (lit. c Ziff. 3).

3.

Es ist unbestritten, dass die Beschwerdeführerin die Voraussetzungen gemäss Art. 16b Abs. 1 lit. a (obligatorische Versicherung gemäss AHVG) und lit. b (fünfmonatige Erwerbstätigkeit vor der Niederkunft) erfüllt. Streitig und zu prüfen ist, ob sie zum Zeitpunkt der Geburt ihres Sohnes A. am 21. Juli 2005 in einem anspruchsbegründenden Arbeitsverhältnis stand.

4.

4.1 Die Vorinstanz hat für das Bundesgericht verbindlich festgestellt und es ist auch nicht bestritten, dass der Ehemann der Beschwerdeführerin in der Lohnmeldung an die Ausgleichskasse vom 9. Januar 2006 angegeben hatte, seine Frau vom 1. Januar bis 31. Mai 2005 beschäftigt zu haben. In der Anmeldung für eine Mutterschaftsentschädigung vom 17. Februar 2006 erklärten die Eheleute ebenfalls, das Arbeitsverhältnis habe vom 1. Dezember 2004 bis 31. Mai 2005 gedauert. Erst als die Ausgleichskasse am 16. März 2006 die Ablehnung des Anspruches auf eine Mutterschaftsentschädigung verfügte, weil das Arbeitsverhältnis nur bis 31. Mai 2005 und nicht bis zur Geburt vom 21. Juli 2005 gedauert habe, teilte der Ehemann der Ausgleichskasse am 21. März 2006 mit, seiner Frau nachträglich einen Bruttolohn von Fr. 7000.– für die Monate Juni und Juli 2005 bezahlt zu haben.

4.2 Nach dem klaren Willen des Gesetzgebers sollen nur Frauen eine Mutterschaftsentschädigung erhalten, welche zum Zeitpunkt der Geburt tatsächlich einen Lohn beziehen. Eine Schlechterstellung der mitarbeitenden Ehefrauen ohne Barlohn gegenüber Angestellten nahm das Parlament ausdrücklich und im Bewusstsein in Kauf, dass damit insbesondere in der Landwirtschaft und im Gewerbe zahlreiche Mütter benachteiligt werden. Ein Minderheitsantrag, gemäss welchem ein Leistungsanspruch bereits bei glaubhaftem Nachweis der Mitarbeit im Gewerbe- oder Landwirtschaftsbetrieb unabhängig von einem Barlohn bestehen sollte (vgl. Stellungnahme des Bundesrates, BBl 2003 S. 1120 f.; Amtl. Bull. N 2002 S. 1936 f.), wurde verworfen. Der Anspruch auf eine Mutterschaftsentschädigung besteht mithin nur, wenn das Arbeitsverhältnis (mindestens) bis und mit dem Tag der Geburt gedauert hat, was voraussetzt, dass für die verrichtete Arbeit im betreffenden Kalendermonat eine Lohnzahlung erfolgte (vgl. auch

PETER SCHÜPBACH, Lohnfortzahlung bei Schwangerschaft/Mutterschaft, in: TREX Der Treuhandexperte 2005, S. 140).

4.3 Die Beschwerdeführerin legt glaubhaft dar, «seit jeher» und auch über die Geburt des Sohnes A. hinaus im landwirtschaftlichen Familienbetrieb massgeblich mitgearbeitet zu haben. Dieses Vorbringen ändert indessen nichts daran, dass sie für die Monate Juni und Juli 2005 zunächst keinen Lohn erhielt. Wenn die Vorinstanz in Würdigung der erst im Anschluss an die ablehnende Verfügung ausbezahlten Löhne für die Monate Juni und Juli 2005 erwog, es habe zum Zeitpunkt der Geburt vom 21. Juli 2005 sowohl an einer Arbeitnehmerstellung als auch an einem Barlohnbezug der Beschwerdeführerin gefehlt und folglich den Anspruch auf eine Mutterschaftsentschädigung verneinte, verletzte sie damit kein Bundesrecht. Dass die nachträgliche Lohnzahlung zum Zweck erfolgte, eine Mutterschaftsentschädigung auszulösen, wird im Übrigen auch dadurch bekräftigt, dass die Beschwerdeführerin in den Monaten Dezember 2004 bis Mai 2005 (bzw. Juli 2005) einen gemessen am steuerbaren Netto-Einkommen der Familie (2005: Fr. 47 658.–) deutlich überhöhten Lohn bezog, welcher sich in der Folge (auf Fr. 2000.– im Jahre 2006 bzw. Fr. 1500.– im Jahre 2007) reduzierte. Weder fiktive noch unangemessen hohe Löhne können für den Anspruch auf Mutterschaftsentschädigung berücksichtigt werden.

Tribunal fédéral, Arrêt du 30 mai 2008, Doss.-No. 4A_138/2008 (Confirmation de l'arrêt rendu le 11 février 2008 par la Cour d'appel de la juridiction des prud'hommes du canton de Genève).

6 CO. Lorsque le plan social résulte d'une décision unilatérale de l'employeur, il constitue juridiquement une offre aux termes de l'art. 6 CO, adressée par l'employeur à chacun des travailleurs auxquels il doit s'appliquer; si l'employeur ne doit pas s'attendre à une acceptation expresse, le plan s'intègre au contrat individuel de travail de tout destinataire qui ne déclare pas le refuser (c. 2.1).

Chaque modification unilatérale du plan social, y compris sa période de validité, ne constitue qu'une nouvelle offre adressée aux travailleurs et doit être acceptée par eux au même titre que le plan initial (c. 2.2).

336 CO. Le licenciement de l'employé suite à un procédé destiné à lui faire perdre des prétentions conférées par le plan social, constitue une contravention grossière au principe de la bonne foi qui conduit à considérer le licenciement comme abusif (c. 3).

Extraits des faits:

C. SA fut créée en février 2005 par scission de D. SA, laquelle, le 26 avril suivant, a absorbé E. SA et F. SA; simultanément, elle a pris le

nom de A. SA. Ces opérations ont accompagné la restructuration des entreprises exploitées par ces sociétés, actives dans le domaine de l'expédition et la livraison des lettres, colis et autres envois. En vue de cette restructuration qui devait, à l'origine, être accomplie en 2003 et 2004, la direction de E. SA a adopté un document intitulé «3D intégration – plan social X.» qui concernerait les collaborateurs perdant leur emploi. Dès le 1^{er} mai 1999, E. SA avait engagé B. en qualité de chef de l'administration du personnel, puis, dès le 1^{er} janvier 2001, en qualité de superviseur de l'administration des ressources humaines, avec lieu de travail à Y. Son salaire annuel brut, divisé en treize mensualités, était fixé à 106 800 fr. Dès le 1^{er} mars 2002, B. travailla en qualité de responsable des ressources humaines. Lors de la restructuration, A. SA succéda à E. SA en qualité d'employeuse. B. avait connaissance du plan social en raison de sa fonction dans l'entreprise. Le 28 ou le 29 juin 2005, lors d'un séminaire portant sur le «développement de la nouvelle organisation RH», on présenta à B. un nouveau contrat de travail destiné à remplacer les précédents accords des parties. B. serait désormais responsable des ressources humaines pour le secteur ouest (regional HR manager west); le lieu de travail était inchangé. Il n'accepta pas et fit valoir qu'il n'avait bénéficié d'aucune augmentation de salaire depuis 2003. Il fit aussi état de promesses qu'il avait reçues, portant sur un véhicule de fonction et le remboursement de frais de représentation. Lors d'un entretien le 7 juillet suivant, on proposa à B. deux postes avec lieu de travail à Z., soit celui de responsable des salaires ou de responsable du département des opérations. Il refusa et demanda le poste de responsable des ressources humaines des départements de l'informatique et du marketing, avec lieu de travail à Y., poste qui lui fut immédiatement refusé au motif qu'il était déjà attribué. Lors de ce même entretien, on lui signifia qu'il était licencié avec effet au 30 novembre 2005; les modalités «détaillées» de son départ lui seraient indiquées plus tard. Les rapports de travail prirent fin le 28 février 2006 parce que l'expiration du délai de congé s'était trouvée reportée en raison d'une incapacité de travail pour cause de maladie.

Le 29 novembre 2005, B. a ouvert action contre A. SA devant le Tribunal de prud'hommes du canton de Genève. Le tribunal s'est prononcé le 20 octobre 2006. Considérant que le plan social obligeait la défenderesse, il a condamné cette partie à payer 28 427 fr., avant déductions sociales, avec intérêts au taux de 5% par an dès le 28 février 2006. Pour le surplus, il a rejeté l'action au motif que le congé n'était pas abusif. La défenderesse ayant appelé du jugement, le demandeur a usé de l'appel incident. La Cour d'appel a statué le 11 février 2008. Elle a confirmé le jugement en ce qui concerne l'indemnité de 28 427 fr. et ses modalités. Elle a alloué au demandeur, en sus, une indemnité de 44 500 fr. pour licenciement abusif, également soumise aux déductions sociales et portant intérêts au taux de 5% par an dès le 28 février 2006.

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 que l'action soit entièrement rejetée; à titre subsidiaire, elle requiert l'annulation de l'arrêt et le renvoi de la cause à cette autorité, pour nouvelle décision. Le demandeur conclut au rejet du recours.

Extraits des considérants:

2.

Il est constant que les parties se sont liées par un contrat de travail et que ce contrat a été résilié par la défenderesse. Par suite de cette résiliation, la Cour d'appel a reconnu au demandeur une créance de 28 427 fr. fondée sur le plan social que E. SA avait adopté en 2002. La défenderesse persiste à contester cette obligation.

2.1 Le plan social n'est pas un acte juridique spécifiquement prévu par la loi. Il s'agit d'un ensemble de mesures à appliquer par l'employeur et destinées à atténuer, pour les travailleurs concernés, les effets d'une réduction du personnel en service dans l'entreprise. Il est le plus souvent adopté après négociations entre l'employeur et les travailleurs de l'entreprise, leur représentation ou leurs organisations syndicales. Le cas échéant, il constitue une espèce particulière de convention collective de travail ou de règlement d'entreprise, mais il peut aussi émaner d'une décision unilatérale de l'employeur. Dans cette dernière hypothèse, qui est celle de la présente espèce, le plan est une offre, aux termes de l'art. 6 CO, adressée par l'employeur à chacun des travailleurs auxquels il doit s'appliquer (ATF 132 III 32 consid. 6.1 p. 43; 133 III 213 consid. 4.3 p. 215); conformément à cette disposition, si l'employeur ne doit pas s'attendre à une acceptation expresse, le plan s'intègre au contrat individuel de travail de tout destinataire qui ne déclare pas le refuser. L'offre de conclure un contrat, ou de modifier un contrat en cours, est une manifestation de volonté. L'auteur doit vouloir l'objet de l'offre et il doit vouloir, de plus, émettre l'offre à l'intention du destinataire; ce dernier ne peut pas se prévaloir d'une intention de l'auteur dont il a, certes, connaissance, mais qui ne lui a pas été volontairement communiquée (ALFRED KOLLER, *Schweizerisches Obligationenrecht*, vol. 1, Berne 2006, ch. 23 p. 42; INGEBORG SCHWENZER, *Schweizerisches Obligationenrecht*, 4^e éd., Berne 2006, ch. 27.19 p. 177; PIERRE TERCIER, *Le droit des obligations*, 3^e éd., Genève 2004, ch. 165 et 166 p. 48). En l'espèce, la défenderesse soutient que E. SA n'a jamais communiqué le plan social au demandeur avec la volonté de s'obliger envers lui; elle ne l'en a informé, comme tous les autres cadres ou collaborateurs du département des ressources humaines, que pour les besoins de l'activité due à son service.

Il est vrai que la direction de E. SA n'a pas fait publier le plan social dans tous les secteurs d'entreprise soumis à la restructuration, à l'intention de tous les travailleurs dont l'emploi serait éventuellement supprimé.

Néanmoins, la défenderesse admet que le plan fut communiqué aux directeurs régionaux des ressources humaines en Suisse, avec mission d'en informer les autres chefs de département, qui, eux, en informeraient les collaborateurs effectivement concernés. Dans ces conditions, conformément au principe de la confiance qui régit l'interprétation des déclarations ou autres manifestations de volonté des cocontractants (ATF 132 III 24 consid. 4 p. 27/28), les collaborateurs des ressources humaines pouvaient comprendre de bonne foi qu'ils bénéficieraient eux-mêmes du plan social si leurs propres postes venaient à disparaître. Le plan ne peut donc pas être regardé comme un simple document interne à la direction, dépourvu d'incidence en faveur de ces collaborateurs.

Pour le surplus, le plan ne comportait aucune restriction aux droits préexistants des travailleurs; il ne leur conférait, au contraire, que des prétentions nouvelles, certes subordonnées à diverses conditions, et il n'exigeait d'eux aucune contrepartie. Partant, son acceptation, par chacun d'eux, devait être présumée conformément à l'art. 6 CO. Le plan s'est ainsi intégré au contrat individuel du demandeur dès le moment où celui-ci a pu croire, selon ce qui précède, qu'il en bénéficierait en cas de disparition de son propre emploi.

2.2 La période de validité du plan était précisément définie et elle fut deux fois modifiée par décisions de la direction, d'abord pour la prolonger d'une année au 31 décembre 2005, puis pour la réduire d'un semestre au 30 juin précédent. La défenderesse fait valoir que le licenciement du demandeur est intervenu après cette dernière date. Son argumentation méconnaît que chaque modification unilatérale du plan social, y compris de sa période de validité, ne constitue qu'une nouvelle offre adressée aux travailleurs et doit être acceptée par eux au même titre que le plan initial. La dernière modification, soit une réduction de la période de validité, n'était en rien avantageuse aux travailleurs, de sorte que son acceptation ne se présume pas selon l'art. 6 CO. La modification correspondante des contrats individuels de travail supposait au contraire une acceptation expresse des cocontractants. Or, le demandeur n'ayant pas exprimé d'acceptation, l'interruption du plan social au 30 juin 2005 ne lui est pas opposable.

2.3 Selon son libellé, le plan visait exclusivement les employés licenciés en raison de la restructuration et il ne conférait aucune prétention à celui qui aurait refusé un nouvel emploi «acceptable» dans l'entreprise, c'est-à-dire situé «au même niveau de salaire». Selon les constatations de la Cour d'appel, la restructuration comportait le déplacement à Z. du secteur des ressources humaines jusque-là placé sous la responsabilité du demandeur. La défenderesse conteste donc inutilement que le licenciement fût lié à la restructuration. Pour le surplus, elle fait état du contrat proposé sans succès au demandeur le 28 ou le 29 juin 2005; elle souligne que ce plaideur a admis, lors de son audition par le Tribunal de prud'hommes le 17 mai 2006, l'équivalence entre les conditions nouvellement offertes et celles précédemment en vigueur. Il n'est cependant pas constaté qu'au

moment où ce nouveau contrat fut proposé, l'employeuse ait expliqué au demandeur qu'il serait prochainement licencié en raison de la restructuration et qu'elle lui offrait un poste de remplacement. Au contraire, on déduit des constatations de la Cour d'appel que le demandeur pensait pouvoir encore discuter les conditions de ce contrat en vue d'obtenir des améliorations de son statut. Le licenciement n'est intervenu que par la suite, lors de l'entretien du 7 juillet 2005. Selon l'appréciation de la Cour, en raison des attaches familiales du demandeur à Y., les deux postes avec lieu de travail à Z., proposés à ce moment par l'employeuse, n'étaient pas acceptables aux termes du plan social. Cela n'est pas contesté par la défenderesse. Dans ces conditions, cette partie tente vainement d'échapper aux obligations qui lui sont imposées par le plan social. Par ailleurs, elle ne conteste pas le montant alloué au demandeur sur la base cet acte; ledit montant sera donc confirmé.

3.

La défenderesse conteste être débitrice d'une indemnité de 44 500 fr. que la Cour d'appel a allouée au demandeur par suite d'un licenciement abusif. Un contrat de travail de durée indéterminée peut être résilié conformément à l'art. 335 al. 1 CO. La résiliation est cependant abusive lorsqu'elle intervient dans l'une des situations énumérées à l'art. 336 al. 1 CO, situations qui se rapportent aux motifs de la partie qui résilie. Cette disposition restreint, pour chaque cocontractant, le droit de mettre unilatéralement fin au contrat (ATF 132 III 115 consid. 2.4 p. 118; 131 III 535 consid. 4.2 p. 539 in medio). L'énumération de l'art. 336 al. 1 CO n'est d'ailleurs pas exhaustive et un abus du droit de résiliation peut se révéler aussi dans d'autres situations qui apparaissent comparables, par leur gravité, aux hypothèses expressément visées. L'abus n'est pas obligatoirement inhérent au motif de la résiliation; il peut également surgir dans ses modalités. 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. Par contre, un comportement de l'employeur simplement discourtois ou indélicat est insuffisant car il ne ressortit pas à l'ordre juridique de sanctionner ces attitudes (ATF 132 III 115 consid. 2 p. 116; 131 III 535 consid. 4 p. 537; 125 III 70 consid. 2 p. 72). La Cour d'appel constate que l'employeuse avait décidé par avance, en prévision de l'entretien du 7 juillet 2005, qu'elle procéderait au licenciement du demandeur sans lui laisser aucun délai de réflexion au sujet des deux postes proposés à Z., cela en sachant que pour des raisons familiales, il ne pourrait pas accepter ces postes, et en sachant qu'elle le mettait ainsi immanquablement en position de refuser. La Cour constate aussi que ce procédé avait pour but d'entraîner la perte des prétentions conférées au demandeur par le plan social. Elle voit dans ce comportement de l'employeuse une contravention grossière au

principe de la bonne foi, ce qui la conduit à considérer le licenciement du demandeur comme abusif. En dépit de l'opinion opposée que la défenderesse développe longuement à l'appui du recours, le Tribunal fédéral ne trouve aucun motif de censurer l'appréciation de la Cour d'appel; il peut au contraire y adhérer. Les faits déterminants étant constatés, cette autorité était dispensée de rechercher à quelle partie il incombait de prouver quels faits (ATF 131 III 646 consid. 2.1 p. 649; 128 III 271 consid. 2b/aa in fine p. 277), de sorte que la défenderesse se plaint à tort d'une violation de l'art. 8 CC relatif à la répartition du fardeau de la preuve dans les contestations soumises au droit civil fédéral. Les critiques qu'elle dirige contre la constatation des faits ne mettent en cause, en réalité, que l'appréciation juridique de la Cour; or, comme on l'a vu, il se justifie pleinement de tenir le licenciement pour abusif aux termes de l'art. 336 al. 1 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 à six mois de salaire au plus. Le montant doit être évalué selon les règles du droit et de l'équité, conformément à l'art. 4 CC. En l'occurrence, la défenderesse ne conteste pas le montant de 44 500 fr. retenu par la Cour d'appel; celui-ci sera donc également confirmé.

Tribunal fédéral, Arrêt du 4 juin 2008, Doss.-No. 4A_73/2008 (Confirmation de l'arrêt de la Cour d'appel de la juridiction des prud'hommes du canton de Genève du 4 janvier 2008).

21 CCNT 98. Heures supplémentaires. Lorsque l'employeur ne tient aucun registre des heures de travail, le juge peut se fonder sur le contrôle de la durée du temps de travail tenu par le collaborateur (c. 3.2).

42 II CO. Dès lors que le principe des heures supplémentaires n'est pas contesté, le juge peut, à défaut de décompte précis établi par l'employeur, procéder, par application analogique de 42 II CO, à une estimation sur la base des éléments dont il dispose (c. 3.2).

Extraits des faits:

X. (défendeur et recourant) exploite en raison individuelle une pizzeria sise au ... à Genève, à l'enseigne «...». Le 16 janvier 2001, il a engagé Y. (demanderesse et intimée), en qualité de serveuse, pour un salaire mensuel brut de 3400 francs. A la suite d'un accident, l'employée s'est trouvée en incapacité totale de travailler, du 10 juin au 17 novembre 2002, puis dès le 14 janvier 2003. Le 26 avril 2004, Y. a été licenciée pour le 1^{er} juin 2004. La résiliation du contrat de travail n'a pas été contestée.

Le 4 décembre 2006, Y. a assigné X. en paiement de 28 177 fr. 40. Le défendeur a conclu au rejet de la demande. Il a formé une demande re-

conventionnelle. Le 24 mai 2007, le Tribunal des prud'hommes a condamné le défendeur à, d'une part, payer à la demanderesse les montants bruts de 2429 fr. 15 et de 11 380 fr., avec intérêts à 5% l'an dès le 4 décembre 2006 et, d'autre part, à lui délivrer les fiches de salaire des mois de janvier 2001 à mai 2002 et le décompte de vacances de 2002. Quant à la demanderesse, elle a été condamnée à verser au défendeur 8800 fr. nets, avec intérêts à 5% l'an dès le 28 février 2003. Les deux parties ont saisi la Cour d'appel de la juridiction des prud'hommes, le défendeur le 28 juin 2007 et la demanderesse le 2 juillet suivant. Par arrêt du 4 janvier 2008, l'appel interjeté par le défendeur a été déclaré recevable, contrairement à celui de la demanderesse, irrecevable. Sur le fond, l'autorité cantonale a confirmé le jugement du Tribunal des prud'hommes. Le défendeur exerce un recours en matière civile.

Extraits des considérants:

2.

Il n'est pas litigieux que les parties sont liées par un contrat de travail régi par la Convention collective nationale de travail pour les hôtels, restaurants et cafés du 6 juillet 1998 (ci-après: CCNT 98).

3.

Le recourant reproche à l'autorité cantonale d'avoir fait une application arbitraire de l'art. 21 CCNT 98. Selon cette disposition, si l'employeur n'a pas tenu de registre des heures de travail et des jours de repos effectifs, le contrôle de la durée du temps de travail tenu par le collaborateur est admis comme moyen de preuve en cas de litige (cf. art. 21 al. 2 et 3 CCNT 98).

3.1 La juridiction cantonale a estimé qu'en l'absence de tout registre, il y avait lieu de se référer aux affirmations de l'employée s'agissant de la durée effectivement travaillée durant la période non prescrite. Elle a ainsi arrêté, tout comme l'instance précédente, que la période en cause couvrait huit mois, soit du 5 décembre 2001 au 10 juin 2002 et du 18 novembre 2002 au 13 janvier 2003. Sur la base d'un horaire prévu de travail hebdomadaire de quarante-deux heures, tel que ressortant des pièces et des auditions des parties, et d'un horaire effectif de neuf heures par jour ou quarante-cinq heures par semaine – de 7h à 16h30, avec une demi-heure de pause pour le repas –, la cour cantonale a comptabilisé un nombre de trois heures de travail supplémentaires par semaine, soit au total 103.92 heures ($3 \times 4.33 \times 8$) pour la période concernée.

Le recourant critique le nombre d'heures de travail – neuf par jour ou quarante-cinq par semaine – arrêté par la cour cantonale, sur la seule et unique base de la déclaration faite par l'intimée le 5 mars 2007. Il estime qu'il ne s'agit pas là d'un «contrôle de la durée du temps de travail tenu par le collaborateur» au sens de l'art. 21 al. 2 (recte: al. 3) CCNT 98, puisqu'un tel contrôle doit se présenter sous la forme d'un document écrit dé-

taillé et non pas sous celle d'une simple déclaration orale. Il reproche en outre à la juridiction cantonale d'avoir omis de prendre en compte la déposition du témoin A., qui a affirmé que l'intimée commençait son service à 7h et le terminait à 16h, tout en ayant dûment pris sa pause de midi de 30 minutes. A lire le recourant, sur la base de cette déposition, le nombre d'heures supplémentaires effectuées par l'intimée s'élève au maximum, en reprenant les calculs de la Cour d'appel des prud'hommes, à 17.32 heures, ce qui représente 404 fr. 90. Enfin, le recourant évoque une violation de l'art. 8 CC, sans autre explication.

3.2 Comme il est constant qu'aucun registre des heures de travail n'a été tenu par l'employeur, contrairement aux exigences de l'art. 21 al. 2 CCNT 98, l'autorité cantonale pouvait se fonder sur le contrôle de la durée du temps de travail tenu par le collaborateur. L'intimée a allégué avoir effectué 276 heures supplémentaires du 1^{er} janvier 2002 au 31 mai 2002 et produit un décompte manuscrit qui indiquait le nombre d'heures effectuées pour ces mois de travail. Sur la base des dires de l'intimée en audience d'instruction, qui a notamment précisé l'horaire de travail quotidien, et du contenu de la déposition d'un témoin, la cour cantonale a toutefois retenu un nombre d'heures supplémentaires inférieur à celui allégué.

Dès lors qu'il n'est pas contesté que l'intimée a accompli des heures supplémentaires par rapport à l'horaire contractuellement convenu, l'autorité cantonale pouvait – à défaut de décompte précis établi par l'employeur et donc de moyen de déterminer le nombre effectif d'heures supplémentaires accomplies – procéder, par application analogique de l'art. 42 al. 2 CO, à une estimation sur la base des éléments dont elle disposait. On ne voit pas en quoi l'autorité cantonale aurait violé le droit fédéral en axant son estimation sur la base des éléments susmentionnés. Le présent recours ne démontre en particulier pas dans quelle mesure il serait choquant de s'en tenir à l'horaire journalier, tel que décrit en audience par l'intimée. Contrairement à ce que soutient le recourant, le seul témoin entendu en instance cantonale ne contredit en rien la déclaration de l'intimée, dès lors qu'il a indiqué que «la serveuse du matin commençait dès l'ouverture, soit à 7h, et finissait vers 16h» et non pas à 16h, comme repris par le recourant dans son écriture de recours. Au demeurant, il ne ressort pas du dossier que l'employée effectuait des horaires de travail irréguliers et qu'elle n'aurait ainsi pas pu les mémoriser et les relater par voie orale – ce que le recourant ne prétend du reste pas. Dans ces circonstances, il n'est pas insoutenable, pour la cour cantonale, de s'être référée aux horaires invoqués en audience par l'intimée pour calculer les heures supplémentaires.

S'agissant de la violation de l'art. 8 CC, brièvement invoquée au terme du grief, force est d'admettre que le recourant n'établit pas dans quelle mesure cette disposition aurait été violée par les magistrats cantonaux.

Si tant est qu'il soit recevable, le grief est donc infondé.

Bundesgericht, Urteil vom 5. Juni 2008, Doss.-Nr. 9C_107/2008 (Aufhebung des Entscheids des Verwaltungsgerichts des Kantons Nidwalden vom 17. Dezember 2007), in: BGE 134 V 297

AHVG 5 I und II, 9 II lit. f; Dividendenauszahlungen als massgebender Lohn? Die zur Qualifikation von Dividendenzahlungen an Verwaltungsräte entwickelte sog. «Nidwaldner Praxis» (dazu E. 2.4) berücksichtigt die steuerrechtliche Betrachtung nicht, und die darin enthaltenen Kriterien sind insofern gesetzwidrig, als sie die Angemessenheit der Dividende im Verhältnis zum Aktienkapital (statt zum Eigenkapital) bemessen. Auch beim Aktionär ist die Angemessenheit des (beitragsfreien) Vermögensertrags nicht in Relation zum Nennwert, sondern zum effektiven wirtschaftlichen Wert der Aktien zu beurteilen (E. 2.8).

Sachverhalt:

A.

Mit Nachzahlungsverfügungen vom 18. Juni 2007 forderte die Ausgleichskasse Nidwalden von der Firma X. AG für die Jahre 2002 bis 2005 Nachzahlungen von insgesamt Fr. 50 052.65 für paritätische AHV/IV/EO-, FAK- und ALV-Beiträge samt Verwaltungskosten, zuzüglich Verzugszinsen. Sie hielt daran mit Einspracheentscheid vom 23. August 2007 fest mit der Begründung, ein Teil der vom Verwaltungsratspräsidenten Y. bezogenen Dividende sei als massgebender Lohn zu betrachten.

B.

Das Versicherungsgericht des Kantons Nidwalden wies eine dagegen erhobene Beschwerde mit Urteil vom 17. Dezember 2007 ab.

C.

Die Firma X. AG erhebt Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten mit dem Antrag auf Aufhebung des angefochtenen Urteils und der Nachzahlungs- und Verzugszinsverfügungen. Die Ausgleichskasse Nidwalden beantragt Abweisung der Beschwerde. Das Bundesamt für Sozialversicherungen (BSV) äussert sich zum Verfahren, ohne einen ausdrücklichen Antrag zu stellen.

Das Bundesgericht heisst die Beschwerde gut.

Aus den Erwägungen:

1.

1.1 Der Sachverhalt ist in folgenden Punkten unbestritten: Y. ist Aktionär, Verwaltungsratspräsident und Geschäftsführer der Firma X. AG, welche 100%-Beteiligungen an zwei Aktiengesellschaften hält. Er bezog in den Jahren 2002 bis 2004 je ein Bruttosalär von Fr. 32 103.– und eine

Bruttodividende von Fr. 134 000.–, im Jahre 2005 ein Bruttosalär von Fr. 31 932.– und eine Bruttodividende von Fr. 340 000.–.

1.2 Umstritten ist der Umfang der Beteiligung von Y. an der Firma X. AG. Die Beschwerdeführerin hat vor der Vorinstanz wie vor Bundesgericht geltend gemacht, die Beteiligung von Y. an der Gesellschaft habe in den Jahren 2002 bis 2004 29,77% betragen, im Jahre 2005 48,44%. Die Vorinstanz hat in ihrem Entscheid zunächst diese Darstellung wiedergegeben, dann aber erwogen, es sei unbestritten und aktenmässig belegt, dass Y. an der Gesellschaft zu 70% beteiligt sei. Die Aussage, dies sei unbestritten, ist angesichts der Darstellung der Beschwerdeführerin aktenwidrig und damit offensichtlich unrichtig. Die bei den Akten liegenden steuerrechtlichen Wertschriftenverzeichnisse stimmen mit der Darstellung der Beschwerdeführerin überein. Demgegenüber begründet die Vorinstanz ihre Annahme einer 70%-Beteiligung nicht. Diese ergibt sich offenbar nur aus einem Schreiben der Ausgleichskasse vom 13. Juni 2007, wo diese Zahl jedoch nicht nachvollziehbar begründet wird. Vermutlich resultiert sie daraus, dass im Wertschriftenverzeichnis von Y. für das Jahr 2005 nur die Anzahl der Aktien gezählt wurde, ohne dem unterschiedlichen Nennwert Rechnung zu tragen. Insgesamt erscheint die Darstellung der Beschwerdeführerin als zutreffend.

2.

Umstritten ist, ob ein Teil der an Y. ausbezahlten Dividende als beitragspflichtiges Einkommen zu qualifizieren ist.

2.1 Gemäss Art. 4 und 5 AHVG sind nur auf dem Erwerbseinkommen AHV-Beiträge geschuldet, nicht aber auf dem Vermögensertrag (BGE 122 V 178 E. 3b). Dividenden sind grundsätzlich beitragsfreier Vermögensertrag (vgl. auch Rz. 2011 der Wegleitung des BSV über den massgebenden Lohn in der AHV, IV und EO [WML]). Richtet eine Aktiengesellschaft Leistungen an Arbeitnehmer aus, die gleichzeitig Inhaber gesellschaftlicher Beteiligungsrechte sind oder Inhabern solcher Rechte nahestehen, erhebt sich bei der Festsetzung sowohl der direkten Steuer als auch der Sozialversicherungsbeiträge die Frage, ob und inwieweit es sich um Arbeitsentgelt (massgebenden Lohn) oder aber um Gewinnausschüttung (Kapitalertrag) handelt. Letztere unterliegt beim Empfänger der direkten Bundessteuer im Sinne von Art. 20 Abs. 1 lit. c DBG (SR 642.11), da sie ihren Grund in der Aktionärserschaft des Empfängers hat. Nach der Rechtsprechung gehören Vergütungen, die als reiner Kapitalertrag zu betrachten sind, nicht zum massgebenden Lohn. Ob dies zutrifft, ist nach Wesen und Funktion einer Zuwendung zu beurteilen. Deren rechtliche oder wirtschaftliche Bezeichnung ist nicht entscheidend und höchstens als Indiz zu werten. Unter Umständen können auch Zuwendungen aus dem Reingewinn einer Aktiengesellschaft massgebender Lohn sein; dies gilt laut Art. 7 lit. h AHVV (SR 831.101) namentlich für Tantiemen. Es handelt sich dabei um Vergütungen, die im Arbeitsverhältnis ihren Grund haben. Zuwendungen, die nicht durch das Arbeitsverhältnis gerechtfertigt werden, gehören

nicht zum massgebenden Lohn, sondern sind Gewinnausschüttungen, welche eine Gesellschaft ihren Gesellschaftern ohne entsprechende Gegenleistung zuwendet, aber unbeteiligten Dritten unter den gleichen Umständen nicht erbringen würde (BGE 103 V 1 E. 2b S. 4; ZAK 1989 S. 147, E. 2b, H 131/86; Pra 86/1997 Nr. 96 S. 520 f., E. 4b, H 241/96; Urteil des Eidg. Versicherungsgerichts H 49/02 vom 19. November 2002, E. 4.1).

2.2 Im Lichte der gesetzlichen Grundentscheidung, wonach nur Erwerbseinkommen, nicht aber Vermögensertrag beitragspflichtig ist, muss bei der Beurteilung von Leistungen, welche eine Aktiengesellschaft an Personen ausrichtet, die zugleich Arbeitnehmer und Aktionäre sind, einerseits eine angemessene Entschädigung für die geleistete Arbeit, andererseits ein angemessener Vermögensertrag zugrunde gelegt werden. Dabei ist zu beachten, dass es für die Beitragspflichtigen nicht nur vorteilhaft ist, hohe Dividenden und ein tiefes Salär zu deklarieren. Dies ist zwar AHV-rechtlich günstiger, weil auf den Dividenden keine AHV-Beiträge geschuldet sind. Steuerrechtlich verhält es sich aber umgekehrt: Im Unterschied zu den Löhnen stellt die Dividende bei der Gesellschaft keinen geschäftsmässig begründeten Aufwand dar, sondern unterliegt der Gewinnsteuer (Art. 58 Abs. 1 lit. b DBG; Art. 24 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 14. Dezember 1990 über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden (Steuerharmonisierungsgesetz, StHG; SR 642.14) und zugleich beim Empfänger der Einkommenssteuer, insgesamt somit einer wirtschaftlichen Doppelbelastung, welche durch die Unternehmenssteuerreform II (Bundesgesetz vom 23. März 2007 über die Verbesserung der steuerlichen Rahmenbedingungen für unternehmerische Tätigkeiten und Investitionen, angenommen in der Volksabstimmung vom 24. Februar 2008) zwar gemildert (Art. 20 Abs. 1^{bis} DBG, Art. 7 Abs. 1 StHG, je in der Fassung gemäss Unternehmenssteuerreform II), aber nicht beseitigt wurde. Die Steuerbehörden haben zu prüfen, ob eine als Lohn deklarierte Leistung in Wirklichkeit eine Gewinnausschüttung darstellt, und sie gegebenenfalls als solche aufzurechnen (Urteil 2A.742/2006 vom 15. Mai 2006, E. 5.3; StE 2005 B 72.13.22 Nr. 43, E. 3, 2A.562/2004). Dabei hat die Gesellschaft einen erheblichen Ermessensspielraum; den Steuerbehörden steht es nicht zu, die Angemessenheit des Lohnes bzw. der Dividende frei zu überprüfen. Von der durch die Gesellschaft gewählten Aufteilung ist abzuweichen, wenn ein offensichtliches Missverhältnis zwischen Arbeitsleistung und Lohn bzw. zwischen eingesetztem Vermögen und Dividende besteht (BGE 113 Ib 23 E. 2c S. 25; StE 2005 B 72.13.22 Nr. 43, E. 3, 2A.562/2004, und Nr. 44, E. 2, 2A.71/2004; BRÜLSAUER/POLTERA, in: Zweifel/Athanas [Hrsg.], Kommentar DBG, 2. Aufl., Basel 2008, N. 99 zu Art. 58 DBG; RICHNER/FREI/KAUFMANN, Handkommentar zum DBG, N. 102 zu Art. 58 DBG). Dabei ist – wie im AHV-Recht (E. 2.1), aber mit umgekehrten Vorzeichen – auf einen Drittvergleich abzustellen, d.h. es ist zu prüfen, ob die gleiche Leistung unter Berücksichtigung aller objektiven und subjektiven Faktoren auch einem aussenstehenden Dritten erbracht

worden wäre (BGE 131 II 593 E. 5.2; BGE 119 Ib 431 E. 2b; BGE 113 Ib 23 E. 2b S. 25; StE 2005 B 72.13.22 Nr. 44, E. 2, 2A.71/2004; RDAT 2001 I Nr. 18t S. 421, E. 3b, 2A.237/2000; BRÜLISAUER/POLTERA, a.a.O., N. 96 zu Art. 58 DBG; ROBERT DANON, in: Yersin/Noël [Hrsg.], Impôt fédéral direct, N. 143 zu Art. 57/58 DBG).

2.3 Während also die Steuerbehörden allenfalls eine als Lohn deklarierte Leistung als verdeckte Gewinnausschüttung qualifizieren, wenn sie einem Arbeitnehmer, der nicht zugleich Aktionär wäre, nicht erbracht worden wäre, können umgekehrt die AHV-Behörden eine als Gewinnausschüttung deklarierte Leistung als massgeblichen Lohn qualifizieren, wenn sie einem Aktionär, der nicht zugleich Arbeitnehmer wäre, nicht erbracht worden wäre. Praxisgemäss ist es Sache der Ausgleichskassen, selbstständig zu beurteilen, ob ein Einkommensbestandteil als massgebender Lohn oder als Kapitalertrag qualifiziert werden muss. Der in Art. 23 AHVV enthaltene Ordnung entspricht es jedoch, dass sich die Ausgleichskassen in der Regel an die bundessteuerrechtliche Betrachtungsweise halten. Um der Einheit und Widerspruchslosigkeit der gesamten Rechtsordnung willen soll eine verschiedene Betrachtungsweise der Steuerbehörde und der AHV-Verwaltung vermieden werden, ausser wenn dafür ausschlaggebende Gründe vorliegen (BGE 103 V 1 E. 2c; ZAK 1989 S. 148, E. 2c, H 131/86; Urteil des Eidg. Versicherungsgerichts H 49/02 vom 19. November 2002, E. 4.2). Das gilt namentlich auch in Bezug auf die verrechnungssteuerliche Behandlung (BGE 122 V 178 E. 3b S. 180). Ein Grund, welcher eine Abweichung von steuerrechtlicher und AHV-rechtlicher Betrachtung nahelegt, liegt namentlich darin, dass Tantiemen obligationenrechtlich und steuerrechtlich als Gewinn gelten (Art. 677 OR; Urteil 2A.742/2006 vom 15. Mai 2007, E. 5.1; BRÜLISAUER/POLTERA, a.a.O., N. 95 zu Art. 58 DBG), AHV-rechtlich hingegen als massgebender Lohn (Art. 7 lit. h AHVV; Pra 86/1997 Nr. 96 S. 520 f., E. 4b, H 241/96). Wie in der steuerrechtlichen Betrachtung ist aber auch AHV-rechtlich von der durch die Gesellschaft vorgenommenen Aufteilung auszugehen und davon nur abzuweichen, wenn ein offensichtliches Missverhältnis zwischen Arbeitsleistung und Entgelt bzw. zwischen eingesetztem Vermögen und Dividende besteht.

2.4 Die Ausgleichskasse Nidwalden hat zur Abgrenzung von Lohn und Gewinnausschüttung seit mehreren Jahren eine Praxis entwickelt, wonach die Dividendenzahlung, das deklarierte AHV-Einkommen und ein branchenübliches Gehalt zueinander in Beziehung gesetzt werden. Soweit die Dividende eine 15%ige Verzinsung des Aktienkapitals übersteigt, wird sie als massgebender Lohn betrachtet, dies jedoch nur bis zur Höhe eines durchschnittlichen Gehalts, das aufgrund von Standardwerten bestimmt wird. Die Beschwerdegegnerin hat auch im vorliegenden Fall diese Praxis angewendet, wobei sie von einem branchenüblichen Jahreseinkommen von Fr. 120 000.– ausgangen ist.

2.5 Das Bundesgericht hat sich verschiedentlich zu dieser Nidwaldner Praxis geäußert: In Pra 86/1997 Nr. 96 S. 519, E. 6, H 241/96 erwog es, die erwähnte kantonale Praxis sei nicht allgemein, sondern aufgrund der besonderen Situation des konkreten Einzelfalls zu beurteilen. Bei einem nur teilzeitlich für die Gesellschaft tätigen Geschäftsführer könne nicht der für eine Vollzeitstelle branchenübliche Lohn von Fr. 120 000.– aufgerechnet werden. Auch hohe Dividenden seien nicht unzulässig, wenn sie gleichermassen an alle Aktionäre ausgeschüttet werden, auch an diejenigen, die nicht in der Aktiengesellschaft tätig sind. In den Urteilen des Eidg. Versicherungsgerichts H 386/99 vom 4. August 2000, H 304/00 vom 10. März 2003 und H 108/03 vom 22. Dezember 2003 wurde demgegenüber die Anwendung der Nidwaldner Praxis geschützt bei einem Alleinaktionär, Verwaltungsratspräsidenten und Geschäftsführer, der einen Lohn von ca. Fr. 37 200.– bis Fr. 48 000.– und eine Dividende von Fr. 500 000.– bezogen hatte; bei einer einzigen Verwaltungsrätin und Geschäftsführerin, die ein Salär von Fr. 60 000.– bis Fr. 72 000.– und eine Dividende von Fr. 70 000.– bis Fr. 100 000.– bezogen hatte; sowie bei einem Alleinaktionär, einzigen Verwaltungsratsmitglied und Geschäftsführer, der kein Salär, aber eine Dividende von Fr. 120 000.– bis Fr. 300 000.– bezogen hatte, zudem auch in einem Jahr, in welchem die Aktiengesellschaft einen Verlust erzielt hatte.

2.6 Das BSV führt in seiner Vernehmlassung aus, es beabsichtige im Zusammenhang mit der Unternehmenssteuerreform II diese Nidwaldner Praxis in die WML aufzunehmen. In den Mitteilungen Nr. 219 vom 31. März 2008 an die AHV-Ausgleichskassen und EL-Durchführungsstellen hat das BSV zudem diese Praxis ab sofort sinngemäss in Geltung gesetzt.

2.7 Es ist nicht zu beanstanden, wenn das BSV Weisungen erlässt (Art. 72 Abs. 1 AHVG), wonach unter bestimmten Voraussetzungen ein offensichtliches Missverhältnis im genannten Sinne zu vermuten ist. Wie aus der zitierten Bundesgerichtspraxis hervorgeht (E. 2.5), können jedoch solche Weisungen nicht schematisch, sondern nur unter Würdigung des konkreten Einzelfalls angewendet werden (Pra 86/1997 Nr. 96 S. 519, E. 6, H 241/96). Zudem ist nur in begründeten Fällen von der steuerrechtlichen Betrachtung abzuweichen. In jedem Fall müssen die Weisungen gesetzes- und verordnungskonform sein.

2.8 Aus der Nidwaldner Praxis bzw. dem Kreisschreiben Nr. 219 ist nicht ersichtlich, dass und inwiefern dabei die steuerrechtliche Betrachtung berücksichtigt würde. Zudem sind die darin enthaltenen Kriterien insofern gesetzwidrig, als sie die Angemessenheit der Dividende im Verhältnis zum Aktienkapital bemessen. Beitragsfrei ist der (angemessene) Ertrag auf dem Vermögen. Zum Vermögen gehört beim Selbstständigerwerbenden auch das im Betrieb investierte Eigenkapital (Art. 9 Abs. 2 lit. f AHVG). Bei einer Aktiengesellschaft umfasst das Eigenkapital nicht nur das Aktienkapital, sondern auch die (offenen und stillen) Reserven (BGE 130 II 449

E. 6.7 in Bezug auf Art. 13 Abs. 1 lit. b des Preisüberwachungsgesetzes vom 20. Dezember 1985 [PüG; SR 942.20]; BRÜLISAUER/ZIEGLER, in: Zweifel/Athanas, a.a.O., N. 9 zu Art. 65 DBG; vgl. zu Art. 9 Abs. 2 lit. f AHVG auch SVR 2006 AHV Nr. 20 S. 74, E. 4.4.2, H 132/05). Das Eigenkapital kann sehr wesentlich vom Aktienkapital abweichen. Dieses bildet keinen tauglichen Massstab für die Höhe des Eigenkapitals bzw. des investierten Vermögens. Auch beim Aktionär ist daher die Angemessenheit des (beitragsfreien) Vermögensertrags nicht in Relation zum Nennwert, sondern zum effektiven wirtschaftlichen Wert der Aktien zu beurteilen.

3.

3.1 Die Vorinstanz hat zum wirtschaftlichen Wert der Firma X. AG bzw. des Aktienpakets von Y. keine Aussagen gemacht und insofern den rechtserheblichen Sachverhalt unvollständig festgestellt, so dass ihn das Bundesgericht selber feststellen kann (Art. 105 Abs. 2 BGG). Die Beschwerdeführerin macht in ihrer Beschwerde ans Bundesgericht wie bereits vor der Vorinstanz geltend, der Steuerwert der Unternehmung betrage rund 19 Mio. Franken, was der in den Akten liegenden Bewertungsmeldung der kantonalen Steuerverwaltung entspricht und nicht bestritten wird. Ausgehend von diesem Steuerwert entsprechen die Dividenden von Fr. 134 000.– (für die Jahre 2002 bis 2004) bei einem Aktienanteil von Y. von rund 30% (E. 1.2) einem Vermögensertrag von rund 2,3%. Die Dividende von Fr. 340 000.– für das Jahr 2005 entspricht bei einer nunmehr knapp 50%igen Beteiligung (E. 1.2) einem Vermögensertrag von rund 3,6%. Solche Vermögenserträge können offensichtlich nicht als unangemessen hoch bezeichnet werden. Etwas abweichend sind die in den Wertschriftenverzeichnissen angegebenen Steuerwerte der Aktienpakete: Sie betragen für die Jahre 2002 bis 2004 zwischen Fr. 3 339 280.– und Fr. 4 277 280.–. Die Dividende von Fr. 134 000.– entspräche damit einem Vermögensertrag von 3,1 bis 4,0%. Für das Jahr 2005 ist im Wertschriftenverzeichnis ein Steuerwert des Aktienpakets von Fr. 5 722 500.– angegeben. Die Dividende von Fr. 340 000.– entspricht einem Vermögensertrag von 5,9%. Auch dies kann für risikotragendes Kapital einer Aktiengesellschaft jedenfalls nicht als offensichtlich überhöht betrachtet werden (vgl. BGE 130 II 449 E. 6.8.2 zu Art. 13 Abs. 1 lit. b PüG; BGE 118 II 124 E. 5 S. 128 zu Art. 269a lit. c OR). Für die Angemessenheit und rein gesellschaftsrechtliche (nicht arbeitsrechtliche) Motivierung der an Y. ausgerichteten Dividende spricht zudem, dass ihr Anteil an der gesamten ausgeschütteten Dividende jedenfalls für das Jahr 2005, für welches sich eine Jahresrechnung in den Akten befindet, genau dem Anteil von Y. am gesamten Aktienkapital entspricht, so dass offenbar alle Aktionäre gleich behandelt wurden (vgl. Pra 86/1997 Nr. 96 S. 519, E. 6d/cc, H 241/96).

3.2 Unter diesen Umständen könnte das weitere – grundsätzlich beachtliche – Kriterium der Angemessenheit der Entschädigung für die geleistete Arbeit höchstens dann zu einer Aufrechnung führen, wenn die ausgerichtete Entschädigung eindeutig unangemessen tief wäre. Dies kann

vorliegend klar verneint werden: Denn bei der Beschwerdeführerin handelt es sich um eine Holdinggesellschaft. Typischerweise üben Holdinggesellschaften keine eigentliche Geschäftstätigkeit aus, sondern beschränken sich darauf, andere Beteiligungen zu halten. Anzeichen dafür, dass es sich bei der Beschwerdeführerin anders verhalten würde, sind keine ersichtlich. Nach dem Handelsregisterauszug besteht ihr Zweck in Erwerb, Verwaltung und Veräusserung von Beteiligungen an Unternehmen und Gesellschaften der Furnierbranche sowie in der Gründung weiterer Gesellschaften; sie kann Grundeigentum erwerben und veräussern. Die bei den Akten liegende Jahresrechnung für das Jahr 2005 weist als einzigen nennenswerten Geschäftsaufwand nebst den Buchhaltungskosten das Verwaltungsrats honorar samt AHV-Beiträgen aus. Die Tätigkeit des Verwaltungsrats beschränkt sich somit offensichtlich darauf, die Beteiligung an den zwei Tochtergesellschaften zu verwalten. Für eine solche Tätigkeit ist eine jährliche Entschädigung von rund Fr. 30 000.– für den Verwaltungsratspräsidenten nicht unangemessen tief.

3.3 Schliesslich sind die fraglichen Ausschüttungen nach Lage der Akten auch steuerrechtlich als Dividende qualifiziert worden: Es wurde darauf Verrechnungssteuer abgezogen (vgl. dazu BGE 122 V 178 E. 4c S. 182) und sie wurden offensichtlich bei Y. als Vermögensertrag besteuert. Auch sind sie in der Erfolgsrechnung der Gesellschaft nicht als Personalaufwand, sondern als Dividende verbucht worden. Es gibt keine Anhaltspunkte dafür, dass sie im Rahmen der Gewinnbesteuerung der Aktiengesellschaft nicht als Gewinn, sondern als geschäftsmässig begründeter Aufwand behandelt worden wären.

3.4 Die Aufrechnung als massgebender Lohn erfolgte daher zu Unrecht. Die Beschwerde ist begründet.

Bundesgericht, Urteil vom 13. Juni 2008, Doss.-Nr. 4A_163/2008 (Bestätigung des Urteils des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt vom 12. November 2007)

OR 322b III. Von einer Nichtausführung des Geschäfts ohne Verschulden des Arbeitgebers kann nicht gesprochen werden, wenn die Rücknahme der Ware aus Kulanz erfolgt oder aus Gründen, die der Arbeitgeber zu vertreten hat. Dasselbe gilt für den freiwilligen Abschluss eines Aufhebungsvertrages. Von einem solchen kann aber jedenfalls dann nicht gesprochen werden, wenn ihn der Arbeitgeber schliesst, um einer aussichtsreichen Vertragsanfechtung wegen Willensmängeln zuvorzukommen, mithin rechtliche Gründe dafür bestehen (E. 3.2.2).

Würde eine Arbeitgeberin durch den Abschluss von bzw. durch das Festhalten an Versicherungsverträgen, welche vor einem dubiosen,

betrügerischen Hintergrund zustande gekommen waren, selbst in den Dunstkreis der Illegalität gezogen und wurde die Gefahr geschaffen, dass ihr Name zu Unrecht mit betrügerischen Geschäften in Verbindung gebracht wird, so kann darin kein freiwilliger Abschluss von Aufhebungsverträgen gesehen werden, weshalb sich das Dahinfallen des Provisionsanspruchs rechtfertigt (E. 5.2).

Sachverhalt:

A. (Beschwerdeführer) vermittelte im Juli 2005 als Arbeitnehmer der X. Versicherungen AG (Beschwerdegegnerin), der nicht selber zum Abschluss von Lebensversicherungen befugt war, dem dafür zuständigen Generalagenten der Beschwerdegegnerin deutsche Kunden für den Abschluss von Lebensversicherungen. Deren Zustandekommen berechtigten ihn zum Bezug von Aquisitionsprovisionen in der Höhe von Fr. 27 400.90. Die entsprechenden Versicherungsverträge wurden allerdings später von der Beschwerdegegnerin wieder rückgängig gemacht und die betreffenden Provisionen mit Lohn Guthaben des Beschwerdeführers verrechnet.

In der Folge erhob A. beim Zivilgericht Basel Stadt (Gewerbliches Schiedsgericht) Teilklage auf Zahlung von Fr. 27 400.90, unter Vorbehalt einer Mehrforderung. Das Zivilgericht wies die Klage mit Urteil vom 19. Juli 2007 ab. Eine dagegen erhobene Beschwerde wies das Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt mit Urteil vom 12. November 2007 ab. Der Beschwerdeführer beantragt mit Beschwerde in Zivilsachen, dieses Urteil aufzuheben und die Klage gutzuheissen.

Aus den Erwägungen:

2.

Die Vorinstanz verneinte, dass dem Beschwerdeführer die strittigen Provisionsansprüche zustünden, wobei sie sich auf Art. 322b OR stützte. Nach Abs. 1 dieser Bestimmung entsteht der Provisionsanspruch des Arbeitnehmers auf bestimmten Geschäften, wenn er auf diesen verabredet und das Geschäft mit dem Dritten rechtsgültig abgeschlossen ist. Der Anspruch auf Provision fällt allerdings nachträglich dahin, wenn das Geschäft vom Arbeitgeber ohne sein Verschulden nicht ausgeführt wird oder wenn der Dritte seine Verbindlichkeiten nicht erfüllt (Art. 322 Abs. 3 Satz 1 OR).

2.1 Nach den Feststellungen der Vorinstanz standen die durch den Beschwerdeführer vermittelten Versicherungsabschlüsse im Zusammenhang mit sogenannten Trading-Geschäften, die eine Y. AG mit Dritten abschloss. Im Rahmen des «Anlageprogramms Versicherung» habe sich der Auftraggeber verpflichtet, auf einen bestimmten Termin hin und für die Dauer von einem Jahr hohe Beträge an die Beschwerdegegnerin zu überweisen. Die bei dieser verbleibende Versicherungspolice sollte dabei als

Sicherheit dafür dienen, am Trading teilnehmen zu können. Die Y. AG sollte ihrerseits alle nötigen Vorkehrungen zum Start des Programms tätigen, die notwendigen Trading-Verträge unterzeichnen und dafür sorgen, dass dem Auftraggeber die Rendite monatlich überwiesen werde. Dabei habe die Y. AG, wenngleich ohne Garantie, eine Rendite in der Höhe von 20% netto pro Monat versprochen, den Auftraggeber aber gleichzeitig darauf hingewiesen, dass sie nur vermittelnd zwischen den – im Auftrag nicht näher konkretisierten – Parteien tätig sei. Den Auftraggebern sei vertraglich verboten worden, die bekannt gewordenen Versicherungen direkt oder über Drittpersonen zu kontaktieren oder deren Adressen an Dritte weiter zu geben, ansonsten das Programm gestoppt werde und keine Renditezahlungen mehr ausgeschüttet werden könnten. Die Beschwerdeführerin habe von diesem Hintergrund der mit ihr erfolgten Versicherungsabschlüsse Kenntnis erhalten, indem ihr von einem Kunden vorgeworfen worden sei, ihren Namen in eine unseriöse Vertragsgestaltung eingebracht zu haben, was ihn zur Einschaltung der Staatsanwaltschaft bewogen habe. Nachdem sie die Angelegenheit weiter abgeklärt habe, habe sie die Versicherungsnehmer angeschrieben, sich von der Y. AG distanziert und klargestellt, dass es sich bei den Trading-Programmen nicht um ein eigenes Produkt von ihr handle. Sie habe ihnen deshalb angeboten, die Verträge gegen Rückerstattung des einbezahlten Kapitals plus aufgelaufener Zinsen aufzulösen. Alle Teilnehmenden hätten dieses Angebot angenommen.

(...)

3.

3.1 Der Provisionsanspruch entsteht nach Art. 322b Abs. 1 OR mit dem rechtsgültigen Abschluss des Geschäfts. Von einem solchen kann nicht gesprochen werden, wenn sich der Geschäftsabschluss als nichtig herausstellt oder wenn von einer Partei begründet ein Willensmangel geltend gemacht wird und der Vertrag über das Geschäft daher ex tunc dahinfällt (dazu: BGE 129 III 320 E. 7.1.1 S. 327; 114 II 131 E. 3b S. 143). In diesem Sinne ist die Entstehung des Provisionsanspruchs resolutiv bedingt (vgl. REHBINDER, Berner Kommentar, N. 5 zu Art. 322b OR; STAEHELIN, Zürcher Kommentar, N. 6 zu Art. 322b OR, der allerdings von einer Suspensivbedingung spricht; ferner STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar, 6. Aufl., Zürich 2006, N. 2 zu Art. 322b OR S. 222, die in diesen Fällen von einem nachträglichen Dahinfallen des Anspruchs nach Art. 322b Abs. 3 OR infolge Eintritts einer auflösenden Bedingung ausgehen; BEAT MEYER, Das Anstellungsverhältnis des Handelsreisenden, Diss. Zürich 1978, S. 69 f.).

3.2 Auch wenn ein rechtsgültiger Geschäftsabschluss vorliegt und damit zunächst ein Provisionsanspruch entstanden ist, fällt er nach Art. 322b Abs. 3 OR wieder dahin, wenn das Geschäft vom Arbeitgeber ohne sein Verschulden nicht ausgeführt wird oder wenn der Dritte seine Verbindlichkeiten nicht erfüllt. Mit anderen Worten entfällt der Provisions-

anspruch, wenn die Vertragsausführung aus Gründen unterbleibt, die dem Arbeitgeber nicht zuzuschreiben sind (BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, Kommentar zum Arbeitsvertragsrecht, 3. Aufl., Basel 2005, N. 5 zu Art. 322b OR). Der Gesetzgeber betrachtete es als ein Gebot der Billigkeit, dem Arbeitgeber eine Verpflichtung zur Ausrichtung einer Provision erst dann zu überbinden, wenn das abgeschlossene Geschäft nicht nur rechtsgültig abgeschlossen, sondern auch tatsächlich ausgeführt wird. Denn erst die Ausführung bringt dem Arbeitgeber den wirtschaftlichen Erfolg, an dem der Arbeitnehmer durch die vereinbarte Provision beteiligt werden soll (Botschaft vom 25. August 1967 zum Entwurf des Bundesgesetzes über die Revision des Zehnten Titels^{bis} des OR [Der Arbeitsvertrag], BBl 1967 II 241 ff., S. 318; STAEHELIN, a.a.O., N. 14 zu Art. 322b OR; STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., N. 2 zu Art. 322b OR S. 222 oben). Der Arbeitslohn ist insoweit in einer für das Arbeitsverhältnis untypischen Weise vom wirtschaftlichen Erfolg der Tätigkeit abhängig, d.h. es ist nicht bloss die Leistung von Arbeit, die zur Erzielung eines Erfolgs geeignet ist, sondern die Erreichung des wirtschaftlichen Ergebnisses entscheidend, und der Arbeitnehmer trägt damit einen Teil des Unternehmerrisikos (vgl. dazu STAEHELIN, a.a.O., N. 8, 35 f. zu Art. 319 OR; REHBINDER, a.a.O., N. 5 zu Art. 319 OR; STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., N. 2 zu Art. 319 OR; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, a.a.O., N. 5 zu Art. 322b OR; Urteile 4C.276/2006 vom 25. Januar 2007 E. 4.1 und 4C.421/1999 vom 17. Februar 2000 E. 3b).

3.2.1 Dass vorliegend die Dritten, d.h. die Versicherungsnehmer, ihre Verbindlichkeiten nicht erfüllt hätten, lässt sich den vorinstanzlichen Feststellungen nicht entnehmen und wird auch von keiner Partei behauptet. Dieser gesetzliche Grund für das Dahinfallen des Provisionsanspruchs fällt somit ausser Betracht.

3.2.2 Unter den im Gesetz weiter genannten Fall, dass das Geschäft vom Arbeitgeber ohne sein Verschulden nicht ausgeführt wird, fallen namentlich Sachverhalte, bei denen der Arbeitgeber aus einer von ihm nicht zu verantwortenden Unmöglichkeit (Art. 119 OR) nicht in der Lage ist, seine eigene Leistung zu erbringen, z.B. infolge kriegereischer Ereignisse, Naturkatastrophen, Streiks, Aussperrung, allgemeinen Warenmangels oder Einfuhrsperren. Nicht von einer Nichtausführung des Geschäfts ohne Verschulden des Arbeitgebers kann dagegen gesprochen werden bei einer Rücknahme von Waren aus Kulanz, d.h. aus geschäftspolitischen Erwägungen, oder aus Gründen, die der Arbeitgeber zu vertreten hat. Dasselbe gilt für den freiwilligen Abschluss eines Aufhebungsvertrages, wobei von einem freiwilligen Abschluss eines solchen jedenfalls dann nicht gesprochen werden kann, wenn ihn der Arbeitgeber schliesst, um einer aussichtsreichen Vertragsanfechtung wegen Willensmängeln zuvorzukommen, mithin rechtliche Gründe dafür bestehen (vgl. STAEHELIN, a.a.O., N. 15 zu Art. 322b OR; REHBINDER, a.a.O., N. 5 zu Art. 322b OR; PORTMANN, a.a.O., N. 3 zu Art. 322b OR; STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., N. 2 zu

Art. 322b OR S. 322; BRÜHWILER, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 2. Aufl., Bern 1996, N. 5 zu Art. 322b OR). Weiter wird in der Lehre die Auffassung vertreten, es liege ein Fall der vom Arbeitgeber unverschuldeten Nichtausführung des Geschäfts vor, wenn diesem ein Festhalten am Vertrag angesichts der gesamten Umstände nach Treu und Glauben nicht zumuten sei (MEYER, a.a.O., S. 72).

(...)

5.2 Es ist zu prüfen, ob es sich wertungsmässig unter den in Art. 322 Abs. 3 OR genannten Fall der Nichtausführung des Geschäfts ohne Verschulden des Arbeitgebers subsumieren lässt, wenn die Beschwerdegegnerin unter den gegebenen Umständen die Versicherungsverträge aufhob, ohne rechtlich dazu gezwungen zu sein. Gemäss den vorinstanzlichen Feststellungen machte die Y. AG den Abschluss der streitbetroffenen Versicherungsverträge zur Voraussetzung für die Teilnahme an den von ihr angebotenen Trading-Geschäften. Dies offensichtlich, um den Anschein zu erwecken, dass die Beschwerdegegnerin als vertrauenswürdige Gesellschaft hinter den von der Y. AG angebotenen Trading-Programmen stand. Im Rahmen der Trading-Programme wurde den Auftraggebern, wenngleich ohne Garantie, eine Rendite von 20% pro Monat versprochen. Es ist notorisch, dass bei seriösen Vermögensanlagen keine derartigen Renditen versprochen werden. Überdies stand vorliegend eine Person hinter den Trading-Geschäften und vermittelte dem Beschwerdeführer die Kunden für die Lebensversicherungen, die rechtskräftig wegen Veruntreuung im Zusammenhang mit ähnlichen Geschäften verurteilt wurde. Ferner wurde den Auftraggebern aus augenfälligen Gründen vertraglich verboten, mit den Versicherungen Kontakt aufzunehmen. Vor diesem Hintergrund ist es schwer verständlich, dass der Beschwerdeführer die vorinstanzlichen Feststellungen, wonach die Versicherungsabschlüsse vor einem dubiosen, betrügerischen Hintergrund zustande kamen, in Frage zu stellen versucht, wobei sie ohnehin keine substantiierte Sachverhaltsrüge erhebt, die dem Bundesgericht allenfalls erlauben würde, vom vorinstanzlich festgestellten Sachverhalt abzuweichen. Es ist der Beurteilung der Vorinstanz ohne weiteres zu folgen, dass die Beschwerdegegnerin durch den Abschluss der Versicherungsverträge im geschilderten Zusammenhang selber in den Dunstkreis der Illegalität gezogen und die Gefahr geschaffen wurde, dass ihr Name mit betrügerischen Geschäften in Verbindung gebracht wird. Dies kann eine Versicherungsgesellschaft, die auf einen tadellosen Ruf angewiesen ist, nicht auf sich beruhen lassen, und es ist der Vorinstanz daher auch darin beizupflichten, dass der Beschwerdegegnerin ein Festhalten an den Verträgen nach Treu und Glauben nicht zumutbar gewesen wäre. Vielmehr hatte sie im Interesse ihres guten Rufes, also aus unternehmerischer Sicht, keine andere Wahl, als sofort von sich aus Hand zur Vertragsauflösung zu bieten. Insofern kann darin kein freiwilliger Abschluss von Aufhebungsverträgen gesehen werden.

Die Beschwerdegegnerin von der Pflicht zu entbinden, dem Beschwerdeführer für die betreffenden Verträge eine Provision zu entrichten, entspricht der Absicht, die der Gesetzgeber der Regelung von Art. 322b Abs. 3 OR zugrunde legte, nämlich den Besonderheiten von Arbeitsverhältnissen, bei denen der Arbeitnehmer mittels einer Provision am wirtschaftlichen Erfolg seiner Tätigkeit beteiligt wird, Rechnung zu tragen, indem der Arbeitnehmer mit einem Teil des Unternehmerrisikos bzw. der daraus erwachsenden wirtschaftlichen Auswirkungen belastet wird, wenn ein vermitteltes Geschäft aus Gründen, die weder der Arbeitnehmer noch der Arbeitgeber zu vertreten hat, nicht ausgeführt wird. Das Dahinfallen des Provisionsanspruchs rechtfertigt sich im vorliegenden Fall im Speziellen, weil der Beschwerdeführer den Akteuren und den Umständen der Vertragsabschlüsse näher stand als die Beschwerdegegnerin, wenn ihm auch kein Verschuldensvorwurf zu machen sein mag, dass er sich nicht näher über die Hintergründe der von ihm vermittelten Geschäfte ins Bild setzte.

5.3 Die Subsumtion des vorliegenden Sachverhalts unter den Fall der unverschuldeten Nichtausführung des Geschäfts gemäss Art. 322b Abs. 3 OR durch die Vorinstanz ist demnach nicht zu beanstanden. Sie hat somit kein Bundesrecht verletzt, indem sie entschied, die strittigen Provisionsansprüche seien mit der Auflösung der Lebensversicherungsverträge dahingefallen, unabhängig davon, ob bei Geltendmachung von Willensmängeln eine Verpflichtung zur Vertragsauflösung bestanden hätte.

Tribunal fédéral, Arrêt du 30 juin 2008, Doss.-No. 2C_103/2008 (Confirmation de l'arrêt du Tribunal administratif du canton de Vaud du 21 décembre 2007).

328, 328b et 344 CO. Les droits et obligations découlant de 328 CO s'appliquent déjà lors des pourparlers précontractuels. Dans le cadre d'un contrat d'apprentissage, il faut se montrer particulièrement vigilant sur la protection de la personnalité des jeunes en formation (c. 6.2).

Des questions relatives à la sphère strictement personnelle du travailleur ne sont pas admissibles, à moins d'être en relation avec le travail à accomplir. S'agissant d'une place d'apprentissage pour la formation d'une employée de commerce, on ne voit pas en quoi le style de vie de la candidate, et en particulier les détails de sa vie intime et amoureuse, peuvent avoir une incidence sur les tâches qu'elle devra exécuter au sein de l'entreprise (c. 6.3)

Extraits des faits:

La Fondation X. (ci-après: la Fondation ou la recourante) a pour but le soutien de projets favorisant l'autogestion de la santé, en particulier dans le cadre d'une meilleure connaissance du cycle féminin, de la sexualité et de l'applicabilité de la méthode «X.» de régulation des naissances. Le conseil de fondation comprend deux membres, Y., spécialiste de l'approche «X.», présidente, et Z., docteur en psychologie et ancien maître de gymnase, secrétaire. A une date indéterminée, la Fondation a sollicité auprès de la Direction de la formation professionnelle vaudoise (ci-après: la Direction) l'autorisation de former un apprenti dans la profession d'employé de commerce, sous la responsabilité de son secrétaire. Le 29 janvier 2007, la commissaire professionnelle a préavisé favorablement la requête, tout en mentionnant dans son rapport, sous la rubrique «impression générale»: domaine particulier, faire le point après la formation du premier apprenti. Le 29 janvier 2007 également, Z. a demandé à l'Office d'orientation professionnelle de l'aider à placer une annonce sur leur site. Son courrier électronique avait la teneur suivante: «Nous cherchons pour la rentrée 2007 une apprentie pour notre Fondation [...], âgée de 18 ans au minimum et qui est disposée à utiliser le système «X.» pendant en tout cas la première année de son apprentissage. (En clair, l'apprentie ne prendra pas de contraception chimique pendant ce temps-là) [...]» Le 13 février 2007, la Direction a accordé l'autorisation demandée à titre expérimental. Une jeune fille de quinze ans s'est présentée pour le poste. A la suite d'un stage effectué à la Fondation, elle a fait part de son inquiétude à son enseignant face aux demandes de Z. concernant la façon de gérer sa sexualité. Informée de ces faits, la Direction a demandé la tenue d'une séance devant la commission d'apprentissage du district de A. (ci-après: la commission d'apprentissage). Selon le procès-verbal de la séance du 29 mars 2007, Z. a déclaré que le fait d'avoir pensé à engager une apprentie faisait partie d'une stratégie pour faire passer son message auprès de la jeunesse et disposer d'un public cible pour valider sa théorie. Par ailleurs, le fait d'employer uniquement du personnel féminin acquis à sa méthode permettait de rendre cette dernière plus crédible. A la suite de la séance, la commission d'apprentissage a «préavisé favorablement au retrait» de l'autorisation de former des apprentis. Le 3 avril 2007, la Direction a informé la Fondation de son intention de retirer l'autorisation précitée. Elle a constaté que les conditions posées à l'engagement des futures candidates étaient hors de propos en matière de formation professionnelle. La Fondation X. a formulé des observations écrites les 5 et 24 avril 2007. Par décision du 30 mai 2007, la Direction a retiré à la Fondation l'autorisation de former des apprentis.

Par arrêt du 21 décembre 2007, le Tribunal administratif du canton de Vaud (actuellement la Cour de droit administratif et public du Tribunal cantonal; ci-après: le Tribunal administratif) a rejeté le recours de la Fon-

dation contre la décision de la Direction du 30 mai 2007. Il a considéré pour l'essentiel que la Fondation, en cherchant à obtenir, lors des discussions précédant la conclusion éventuelle d'un contrat d'apprentissage, des informations relevant de la sphère strictement personnelle des intéressées, avait porté atteinte aux droits fondamentaux des futures apprenties. Il apparaissait en outre que la Fondation entendait exercer un prosélytisme certain auprès de ses apprenties, ce qui entraînait également une grave atteinte à la liberté personnelle de ces dernières. Enfin, seul un retrait de l'autorisation permettait de s'assurer qu'aucune apprentie ne subirait d'atteinte dans sa sphère privée.

Agissant par la voie du recours en matière de droit public, la Fondation demande au Tribunal fédéral, sous suite de dépens, d'annuler l'arrêt du Tribunal administratif du 21 décembre 2007 et de renvoyer la cause à l'autorité intimée pour nouvelle décision dans le sens des considérants.

Extraits des considérants:

6.

Sur le fond, la recourante soutient que le retrait de l'autorisation de former des apprentis est injustifié. Par ailleurs, en confirmant la décision contestée, l'arrêt entrepris consacrerait une violation de sa liberté d'opinion ainsi que des principes de la bonne foi et de la proportionnalité.

6.1 L'apprentissage s'insère dans le système de formation organisé notamment par la loi fédérale sur la formation professionnelle, qui comporte aussi bien des règles de droit public que des dispositions de droit privé (cf. art. 344 ss CO). L'art. 14 LFPr prévoit que les personnes qui commencent une formation et les formateurs concluent un contrat d'apprentissage, lequel est en principe régi par les dispositions y relatives du code des obligations (al. 1) et doit être approuvé par les autorités cantonales (al. 3). Le formateur, ou maître d'apprentissage, doit remplir certaines conditions matérielles et formelles (art. 45 LFPr et 44 OFPr) et obtenir une autorisation du canton pour former des apprentis (art. 20 al. 2 LFPr). Son activité est soumise à la surveillance de l'autorité cantonale (art. 24 LFPr). A cet égard, l'art. 11 al. 1 OFPr dispose que l'autorité cantonale refuse de délivrer une autorisation de former ou, une fois délivrée, la retire, si les formateurs contreviennent à leurs obligations.

Selon le code des obligations, le contrat d'apprentissage (art. 344 à 346a CO) est un contrat de travail de caractère spécial, en vertu duquel l'employeur s'engage à former la personne en formation à l'exercice d'une activité professionnelle déterminée, conformément aux règles du métier, et la personne en formation s'engage à travailler au service de l'employeur pour acquérir cette formation (art. 344 CO). En raison des spécificités de ce contrat, axé sur la formation professionnelle de l'apprenti, le législateur a prévu quelques obligations particulières pour l'employeur (art. 345a CO; obligation de formation, horaire de travail, vacances, etc.). Ce dernier doit

en outre satisfaire à toutes les exigences posées par les règles générales du contrat individuel de travail (cf. art. 319 ss CO) qui s'appliquent à titre supplétif au contrat d'apprentissage (art. 355 CO).

6.2 En vertu de l'art. 328 al. 1 1ère phrase CO, l'employeur protège et respecte, dans les rapports de travail, la personnalité du travailleur. Ce principe revêt une importance particulière dans les rapports de travail, en raison du rapport de subordination du travailleur à l'égard de l'employeur. La protection de la personnalité recouvre l'ensemble des valeurs essentielles, physiques, affectives et sociales liées à la personne humaine (cf. art. 10 al. 2 Cst. qui consacre le droit à la liberté personnelle) et s'exerce notamment en ce sens que le travailleur a le droit de ne pas subir d'atteinte dans sa sphère privée (cf. art. 13 Cst.) (CHRISTIANE BRUNNER/JEAN-MICHEL BÜHLER/JEAN-BERNARD WAEBER/CHRISTIAN BRUCHEZ, *Commentaire du contrat de travail*, 3^e éd., Lausanne 2004, p. 140; ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL, *Arbeitsvertrag*, 6^e éd., Zurich 2006, n. 7 ad art. 328 CO, p. 350; RÉMY WYLER, *Droit du travail*, 2^e éd., Berne 2008, p. 291 ss). La sphère privée englobe la vie intime, c'est-à-dire les faits et gestes que chacun veut garder pour soi-même, ainsi que la vie privée, c'est-à-dire les événements que chacun choisit de partager avec un cercle plus ou moins étroit de personnes, qu'ils soient ou non en relation avec la vie professionnelle (BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, *op. cit.*, p. 141; cf. également ANDREAS BUCHER, *Personnes physiques et protection de la personnalité*, 4^e éd., Bâle 1999, n. 477 ss, p. 111 s.; HENRI DESCHENAUX/PAUL-HENRI STEINAUER, *Personnes physiques et tutelles*, 4^e éd., Berne 2001, n. 560 ss, p. 179 ss).

La protection de la personnalité a notamment pour conséquence pratique d'apporter des limites au droit de l'employeur de donner des instructions aux travailleurs (cf. art. 321d CO). Les directives données doivent ainsi être en rapport avec les besoins de l'entreprise et se fonder uniquement sur les exigences du travail à effectuer (WYLER, *op. cit.*, p. 301 s; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/ BRUCHEZ, *op. cit.*, p. 141). Par ailleurs, les droits et obligations découlant de l'art. 328 CO s'appliquent déjà lors des pourparlers précontractuels (BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, *op. cit.*, p. 140; WYLER, *op. cit.*, p. 314). Dans la mesure où, lors d'un entretien d'embauche, l'employeur pose des questions au sujet de la situation personnelle du travailleur sans rapport avec le travail pour lequel le candidat se présente, il contrevient à l'art. 328 CO. Ainsi, des questions relatives à une éventuelle séropositivité, aux opinions politiques, à la volonté future d'une femme d'avoir des enfants, à la situation familiale, au cercle d'amis et de fréquentations du candidat ou à ses tendances sexuelles sont par exemple inadmissibles (WYLER, *op. cit.*, p. 314 ss). Ceci vaut également sous l'angle de l'art. 328b CO (traitement de données personnelles), qui interdit à l'employeur, avant d'engager un candidat, de lui poser des questions qui n'ont pas trait au poste de travail ou à l'activité à exercer et qui portent atteinte à sa sphère privée (cf. STREIFF/VON KAENEL, *op. cit.*, n. 4 et

5 ad art. 328b CO, p. 377 s.; VON KAENEL, *Medizinische Untersuchungen und Tests im Arbeitsverhältnis*, in ArbR 2006, p. 93 ss, p. 101; GABRIEL AUBERT, *La protection des données dans les rapports de travail*, in: *Journée 1995 de droit du travail et de la sécurité sociale*, Zurich 1999, p. 145 ss, p. 153 ss).

Il convient de souligner que, dans le cadre d'un contrat d'apprentissage, il faut se montrer particulièrement vigilant sur la protection de la personnalité des jeunes en formation, lesquels sont, en principe, confrontés pour la première fois à la vie professionnelle et se trouvent dans une situation de dépendance particulièrement marquée. Il est ainsi important que l'employeur se concentre sur la formation à l'activité professionnelle envisagée (cf. art. 345a al. 4 CO) et n'utilise pas sa fonction pour exercer sur l'apprenti une influence qui dépasserait le cadre du travail pour lequel celui-ci a été engagé (cf. STREIFF/VON KAENEL, op. cit, n. 2 et 3 ad art. 344 CO, p. 933 s).

6.3 En l'espèce, il apparaît, sur la base des faits établis par l'autorité intimée et qui lient le Tribunal fédéral, que lors des entretiens d'embauches des futures apprenties, la recourante a demandé des renseignements sur la vie intime des candidates. Or, des questions relatives à la sphère strictement personnelle du travailleur ne sont pas admissibles en vertu des art. 328 et 328b CO, à moins d'être en relation avec le travail à accomplir. S'agissant d'une place d'apprentissage pour la formation d'employée de commerce, on ne voit pas en quoi le style de vie de la candidate, et en particulier les détails de sa vie intime et amoureuse (existence d'une relation, moyens de contraception utilisés, etc.), peuvent avoir une incidence sur les tâches qu'elle devra exécuter au sein de l'entreprise, même si l'activité de celle-ci relève d'un domaine médical ou paramédical. Partant, lors de la phase précontractuelle, la recourante a porté atteinte aux droits de la personnalité des futures apprenties.

La recourante a ensuite subordonné l'engagement des candidates à ce que celles-ci soient disposées à apprendre la méthode «X.», et donc à observer leur cycle pendant au moins une année (cf. courrier de Z. du 5 avril 2007, p. 2). Elle explique que cela permettrait aux apprenties de mieux comprendre le travail de la Fondation et de pouvoir ainsi répondre aux demandes des intéressés qui s'adressent à elle. Il saute d'emblée aux yeux que ces exigences, formulées sous la forme d'instructions ou de directives, s'ingèrent non seulement dans la vie privée, mais également intime, des candidates. Certes, la recourante souligne qu'une apprentie qui s'engage dans une entreprise doit connaître l'activité que mène l'entreprise en question. Ceci ne saurait néanmoins en aucun cas justifier qu'elle doive adopter un comportement particulier dans un domaine qui fait partie de son intimité. De telles directives n'ont pas de lien direct avec le travail à accomplir; comme l'ont relevé pertinemment les instances précédentes, le fait que Z. ait lui-même la prétention, bien qu'il soit un homme, d'être capable d'enseigner la méthode préconisée, démontre qu'il n'est pas impératif

d'imposer de telles conditions ni à une apprentie ni à toute employée ayant achevé sa formation. En effet, des connaissances théoriques sont amplement suffisantes, dans la mesure où le travail de l'apprentie ne consiste pas à conseiller et à suivre les éventuelles clientes de la Fondation, mais à effectuer les tâches de bureau relevant des compétences habituelles d'une employée de commerce. Il apparaît ainsi que les exigences posées par la recourante à l'engagement des apprenties sont également contraires à l'art. 328 CO. Force est dès lors de constater que l'intéressée remplit les conditions d'un retrait de l'autorisation de former des apprentis.

7.

La recourante se plaint d'une violation de sa bonne foi. Ancré à l'art. 9 Cst. et valant pour l'ensemble de l'activité étatique, le principe de la bonne foi confère à l'administré, à certaines conditions, le droit d'exiger des autorités qu'elles se conforment aux promesses ou assurances précises qu'elles lui ont faites lorsque, sur la foi de celles-ci, il a pris des dispositions sur lesquelles il ne peut pas revenir sans subir de préjudice (cf. ATF 131 II 627 consid. 6.1 p. 636/637; 129 I 161 consid. 4.1 p. 170; 128 II 112 consid. 10b/aa p. 125). En l'espèce, il ressort du dossier que, lorsqu'elle lui a délivré l'autorisation de former des apprentis, la Direction ignorait les conditions d'engagement auxquelles la recourante envisageait de soumettre ses apprenties. On ne saurait dès lors lui reprocher d'avoir adopté un comportement contradictoire, faute pour elle d'avoir disposé d'emblée de l'intégralité des renseignements nécessaires pour apprécier la situation. Par ailleurs, après avoir constaté que la recourante avait violé ses obligations découlant des art. 328 et 328b CO, elle était tenue, comme autorité de surveillance, de lui retirer ladite autorisation en vertu de l'art. 11 al. 1 OFPr. Mal fondé, le grief doit être rejeté.

8.

La Fondation invoque sa liberté d'opinion. Les libertés d'opinion et d'information sont garanties par la Constitution (art. 16 al. 1 Cst.). Toute personne a le droit de former, d'exprimer et de répandre librement son opinion (al. 2). La liberté d'opinion comprend notamment le droit d'exprimer librement son opinion, c'est-à-dire de l'extérioriser, ainsi que le droit de diffuser librement son opinion, soit d'utiliser tous les moyens propres à atteindre les destinataires visés (DENIS BARRELET, *Les libertés de la communication*, in: Thürer/Aubert/Müller, *Droit constitutionnel suisse*, Zurich 2001 p. 721ss, 724s.). Il sied de constater, dans le cas particulier, qu'il n'a jamais été interdit à la recourante d'exprimer ou de diffuser librement son opinion. Le retrait de l'autorisation de former des apprentis ne l'empêche nullement de poursuivre le but idéal qu'elle s'est impartie. L'objectif du contrat d'apprentissage étant la formation professionnelle des apprentis, ces derniers ne sauraient être instrumentalisés pour démontrer les thèses de leur employeur, en promouvant ses idées ou les méthodes préconisées, par exemple. La liberté d'opinion dont se prévaut la recou-

rante n'est ainsi pas touchée par la mesure litigieuse. Le grief doit être écarté.

9.

Finalement, la recourante soutient qu'un avertissement préalable aurait été suffisant pour préserver le respect de la sphère intime des apprenties et que la mesure litigieuse est disproportionnée. Le retrait de l'autorisation se justifie manifestement au regard de la gravité de la violation en cause. En effet, si l'art. 328 CO commande à l'employeur de protéger les travailleurs contre les atteintes aux droits de la personnalité qu'ils pourraient subir dans le cadre du travail, encore plus lui impose-t-il de s'abstenir directement de toute atteinte. Dans le cas particulier, c'est la recourante elle-même qui, en tant qu'employeur, s'est immiscée de façon inadmissible dans la vie intime des futures apprenties. Ceci est d'autant plus grave que les apprentis sont particulièrement vulnérables en raison de leur jeune âge et de leur position de dépendance plus marquée que celle de collaborateurs au bénéfice d'une expérience professionnelle. C'est par conséquent à bon droit que le Tribunal administratif a confirmé la mesure litigieuse.

10.

Les considérants qui précèdent conduisent au rejet du recours dans la mesure où il est recevable.

Tribunal fédéral, Arrêt du 2 juillet 2008, Doss.-No. 4A_199/2008 (Confirmation de l'arrêt de la Cour d'appel de la juridiction des prud'hommes de Genève du 13 mars 2008).

337 et 337a CO. Les sûretés prévues à l'art. 337a CO portent sur des sommes non encore exigibles; elles doivent permettre au travailleur de poursuivre son activité sans craindre de n'être pas payé. Quand l'employeur se trouve en demeure de verser le salaire échu, le travailleur peut recourir à l'exécution forcée et, de plus, refuser sa propre prestation jusqu'au paiement de ce qui est dû; dans ce laps de temps, le droit au salaire subsiste alors même que le travail n'est plus fourni. Enfin, en cas de retard répété et prolongé dans le paiement du salaire échu, si ce retard persiste en dépit d'une sommation du travailleur, celui-ci peut résilier immédiatement le contrat; la résiliation est alors fondée sur 337 CO (c. 2).

Extraits des faits:

Dès le 1^{er} septembre 2000, Y. (demandeur et intimé) fut engagé par X. Sàrl (défenderesse et recourante) en qualité d'ingénieur – chef de projets. Le salaire mensuel brut s'élevait à 7500 fr., payable douze fois par an, au plus tard le trentième jour du mois courant. Pour la durée du contrat et

les trois ans suivant la fin des rapports de travail, l'ingénieur s'interdisait de participer directement ou indirectement à une entreprise concurrente, à son propre compte ou à quelque autre titre que ce soit, en Europe, aux Etats-Unis d'Amérique ou au Canada. S'il contrevenait à cette interdiction, l'ingénieur devrait à l'employeuse une peine conventionnelle de 10 000 fr. par cas de violation; de plus, l'employeuse pourrait en tous temps exiger la cessation des violations et réclamer des dommages-intérêts supplémentaires. Le 22 juillet 2006, A. indiqua que la société n'avait pas de fonds pour les salaires du mois d'août mais que sa situation s'améliorerait en septembre. Le 1^{er} juillet, Y. a menacé de résilier le contrat de travail avec effet immédiat; le 24, il se déclara prêt à investir dans la société au cas où celle-ci ne parviendrait pas à acquitter l'arriéré avant la fin du mois, mais à condition qu'il pût obtenir la majorité des parts sociales. Enfin, le 30 juillet 2006, il donna sa démission avec effet immédiat, au motif que les bonus et frais professionnels, au total d'environ 9000 fr., demeuraient impayés.

Le 8 janvier 2007, Y. a ouvert action contre X. Sàrl devant le Tribunal de prud'hommes du canton de Genève. Après qu'il eut chiffré toutes ses conclusions, la défenderesse devait être condamnée à lui payer 10 563 fr. à titre de bonus, 3751 fr. à titre de remboursement de frais professionnels, 4638 fr. à titre de remboursement de l'impôt à la source, 28 416 fr. à titre de dommages-intérêts et 85 250 fr. pour réparation morale. La défenderesse a conclu au rejet de l'action et présenté une demande reconventionnelle. Celle-ci tendait au versement d'une peine conventionnelle de 10 000 fr., et de dommages-intérêts par 117 358 fr.; en outre, le tribunal devait interdire au demandeur, sous menace des peines prévues à l'art. 292 CP en cas d'insoumission aux décisions de l'autorité, de faire concurrence à la défenderesse dans le rayon territorial et pendant la durée de la prohibition convenue, personnellement, par l'intermédiaire de B. Sàrl ou de toute autre manière. Le tribunal s'est prononcé le 7 août 2007. En substance, les juges ont retenu qu'en raison de la situation financière de son employeuse, le demandeur s'était trouvé dans une situation justifiant la résiliation immédiate du contrat de travail; la défenderesse lui devait des dommages-intérêts correspondant au salaire qu'il aurait perçu pendant les deux mois du délai de congé, soit 15 000 fr. La défenderesse devait encore le versement de bonus et le remboursement de frais professionnels selon les conclusions de la demande, soit 10 563 fr. 93 et 3751 fr. 62. Quant à la demande reconventionnelle, le demandeur ayant rompu le contrat pour un motif imputable à la défenderesse, la prohibition de concurrence avait pris fin. Cette demande était ainsi rejetée. La défenderesse ayant appelé du jugement, le demandeur a usé de l'appel incident. Statuant le 13 mars 2008, la Cour a globalement confirmé le jugement.

Agissant par la voie du recours en matière civile, la défenderesse conteste l'existence de justes motifs de rupture du contrat et elle demande l'application de la clause de prohibition de concurrence. Elle conclut à la réforme de l'arrêt de la Cour d'appel, en ce sens qu'il soit interdit au de-

mandeur, sous menace des peines de l'art. 292 CP, de faire concurrence à son ancienne employeuse dans le rayon territorial et pendant la durée de la prohibition convenue, personnellement, par l'intermédiaire de B. Sàrl ou de toute autre manière, et que le demandeur soit condamné au paiement de 94 918 fr. 80.

Extraits des considérants:

2.

Il est constant que les parties se sont liées par un contrat de travail et que celui-ci était conclu pour une durée indéterminée. Ledit contrat était donc susceptible d'une résiliation ordinaire avec observation d'un délai de congé, selon l'art. 335c CO, ou d'une résiliation immédiate pour de justes motifs, selon les art. 337 et 337a CO.

L'art. 337 al. 1 CO consacre le droit de résilier 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 (cf. ATF 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).

Selon l'art. 337a CO, en cas d'insolvabilité de l'employeur, le travailleur peut résilier immédiatement le contrat si des sûretés ne lui sont pas fournies, dans un délai convenable, afin de garantir ses prétentions contractuelles. En principe, les sûretés portent sur des sommes non encore exigibles; elles doivent permettre au travailleur de poursuivre son activité sans craindre de n'être pas payé (ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL, *Arbeitsvertrag*, 6^e éd., Zurich 2006, p. 762 in initio). Quand l'employeur se trouve en demeure de verser le salaire échu, le travailleur peut recourir à l'exécution forcée et, de plus, refuser sa propre prestation jusqu'au paiement de ce qui est dû; dans ce laps de temps, le droit au salaire subsiste alors même que le travail n'est pas fourni (ATF 120 II 209 consid. 6a p. 211 et 9 p. 212; STREIFF/VON KAENEL, op. cit., p. 759 ch. 3). Enfin, en cas de retard répété et prolongé dans le paiement du salaire échu, si ce retard persiste en dépit d'une sommation du travailleur, celui-ci peut résilier immédiatement le contrat; la résiliation est alors fondée sur l'art. 337 CO (STREIFF/VON KAENEL, *ibidem*).

La Cour d'appel retient que le demandeur, faute d'avoir réclamé des sûretés, ne pouvait pas résilier le contrat en application de l'art. 337a CO. Elle constate que selon les notes manuscrites trouvées par le demandeur, le gérant de l'employeuse «avait l'intention de limiter ses pouvoirs au sein de la société, de l'isoler, d'avoir des contacts parallèles avec ses clients, voire de le licencier et de le dénigrer auprès desdits clients»; de plus, selon la Cour, le demandeur pouvait comprendre que le gérant avait «mis en place une stratégie financière en vue de provoquer un manque de liquidités de la société, et ce pour des raisons d'ordre privé». Il s'agit de constatations de fait qui lient le Tribunal fédéral. La Cour constate aussi qu'en dépit de réclamations opiniâtres du demandeur, l'une d'elles accompagnées d'une menace de résiliation immédiate du contrat, la défenderesse différait depuis plus de deux mois le paiement de prestations échues dont, en principe, sinon dans les montants exacts, elle se reconnaissait débitrice. Au regard de ces faits, les juges n'ont pas abusé de leur pouvoir d'appréciation en retenant que le demandeur était autorisé à résilier le contrat sans délai, en application de l'art. 337 CO. La défenderesse se plaint donc à tort d'une violation de cette disposition.

3.

Aux termes de l'art. 340c al. 2 CO, une prohibition de faire concurrence à l'employeur, convenue entre les parties au contrat de travail, cesse si le travailleur résilie ce contrat pour un motif justifié et imputable à l'employeur. Selon la jurisprudence, la prohibition subsiste lorsque les deux parties sont responsables, à peu près dans la même mesure, de la résiliation immédiate du contrat (ATF 105 II 200 consid. 6b p. 203). Il est constant qu'en l'espèce, les parties avaient convenu d'une prohibition de faire concurrence à la défenderesse.

Celle-ci développe une argumentation subsidiaire pour soutenir que même si l'on reconnaît au demandeur un motif de rupture du contrat dont

la responsabilità lui soit imputable à elle, la prohibition de concurrence perdure en raison du comportement déloyal et fautif dont le demandeur doit lui-même répondre. Elle affirme que ce dernier lui a fait concurrence déjà avant la rupture du contrat. Sur ce point de fait, elle ne se réfère toutefois à aucune constatation des précédents juges. Ses allégations sont d'ailleurs très vagues: du fait que deux entreprises ont passé de sa propre clientèle à celle du demandeur, ou de la société dominée par lui, elle présume, sans avancer aucun indice, que celui-ci les a approchées alors qu'il travaillait encore à son service. Elle lui reproche aussi d'avoir préparé la fondation de B. Sàrl, mais, compte tenu que le demandeur se trouvait en situation de menacer son employeuse d'une rupture du contrat de travail, on comprend qu'il ait pris aussi d'autres mesures en prévision de cette éventualité. Même s'ils étaient constatés, ces éléments ne suffiraient donc pas à mettre en évidence une violation de l'art. 340c al. 2 CO.

Tribunal fédéral, Arrêt du 8 juillet 2008, Doss.-No. 4A_2/2008 (Confirmation de l'arrêt de la II^e Chambre civile du Tribunal d'appel du canton du Tessin du 12 novembre 2007).

321a et 336 CO. Whistleblowing. En l'absence de procédure spécifique prévue dans la banque, le collaborateur qui, de bonne foi, informe un avocat de la banque qu'il soupçonne le directeur d'actes délictueux n'a pas commis d'acte répréhensible. Est abusif le licenciement du collaborateur qui lui est notifié de manière humiliante par la personne suspectée sans lui laisser la possibilité de s'expliquer et avec l'obligation de quitter immédiatement les locaux (c. 7).

Extraits des faits:

B. (opponente) ha lavorato alle dipendenze della succursale luganese di A. (ricorrente) dal 1° gennaio 2000 al 30 giugno 2005, in qualità di responsabile del traffico dei pagamenti e della cassa. In tale veste, agli inizi del 2005 ha riscontrato delle irregolarità in alcuni ordini di pagamento effettuati dall'allora direttore della succursale C., con riferimento a un'operazione finanziaria denominata xxx. Egli ha confidato la sua scoperta all'avv. D., incaricato dalla banca di tutelare i suoi interessi nell'ambito della citata operazione finanziaria. L'avv. D. ha immediatamente comunicato le informazioni ricevute da B. ad alcuni membri della direzione generale, i quali le hanno a loro volta riferite al direttore della succursale C. Dalle verifiche effettuate dai servizi interni dell'istituto bancario non è emerso alcun elemento suscettibile di confortare i sospetti di B.; i clienti contattati si sono infatti detti «contenti degli investimenti fatti». Confrontata con una fuga di notizie e lettere anonime, all'inizio del mese di marzo la banca ha convocato alcuni dipendenti per interrogatorio. Fra questi B., al

quale, il 3 marzo 2005, è stato in particolare chiesto se aveva parlato con persone esterne alla banca di questioni coperte dal segreto bancario; egli ha risposto negativamente.

Il 7 marzo 2005 C. ha comunicato a B. la decisione della banca di licenziarlo con effetto al 30 giugno 2005, esonerandolo immediatamente dall'obbligo di presenza in banca. Per il tramite del proprio patrocinatore il giorno seguente B. ha contestato il licenziamento. Il 23 novembre 2005 la stampa ticinese ha pubblicato la notizia dell'arresto del responsabile della succursale luganese di A., C., perché sospettato di malversazioni ai danni della banca e dei suoi clienti.

Il 23 dicembre 2005 B. ha convenuto A. dinanzi alla Pretura del Distretto di Lugano postulando il versamento di fr. 30 000.–, oltre interessi, a titolo di indennità per licenziamento ingiustificato o, in via subordinata, per licenziamento abusivo. Contestata la tesi del licenziamento con effetto immediato, la banca si è comunque opposta alla richiesta dell'ex dipendente, precisando di averlo licenziato perché il rapporto di fiducia nei suoi confronti era venuto meno: egli non solo aveva confidato a terzi – l'avv. D. – fatti coperti dal segreto bancario, ma nel corso delle indagini interne ha pure negato di averlo fatto. Esperita l'istruttoria, con sentenza del 12 dicembre 2006 il Pretore ha accolto l'istanza e condannato la banca al pagamento di fr. 30 000.–, a titolo d'indennità per licenziamento abusivo. L'impugnativa presentata dalla banca contro la pronuncia pretorile è stata respinta dalla II Camera civile del Tribunale d'appello del Cantone Ticino il 12 novembre 2007.

Tempestivamente insorta dinanzi al Tribunale federale con un ricorso in materia civile fondato sulla violazione dell'art. 336 CO, riconducibile a un accertamento dei fatti manifestamente inesatto (art. 97 LTF), A. postula la modifica della sentenza cantonale nel senso di accogliere l'appello e, di conseguenza, respingere integralmente le richieste formulate da B.

Extraits des considérants:

6.

Dinanzi al Tribunale federale la ricorrente tiene a ribadire che l'opponente ha mentito negando di aver parlato di ordini di bonifico in bianco con persone esterne alla banca e di non aver mai affidato a persone esterne alla banca delle informazioni interne, allorquando in realtà si era rivolto all'avv. D.

6.1 Come già detto, ambedue i giudici ticinesi hanno negato di poter considerare questo avvocato «un terzo qualsiasi», «del tutto estraneo alla banca». Egli era stato infatti incaricato dalla banca di seguire le questioni civili e penali connesse all'operazione finanziaria denominata xxx – cui si riferivano appunto le informazioni fornite dall'opponente – e sottostava pertanto sia al segreto professionale che bancario. I giudici ticinesi ne hanno dedotto che, contrariamente a quanto asserito dalla ricorrente,

l'opponente non ha rivelato a terzi o al pubblico dati confidenziali; le informazioni sono sempre rimaste nel gremio di persone che, per legge, avevano l'obbligo di serbare il segreto. Di conseguenza, considerato che il 3 marzo 2005 non è stato chiesto all'opponente se avesse parlato con l'avvocato D. bensì unicamente se avesse parlato con persone esterne alla banca, non si può sostenere ch'egli abbia mentito rispondendo negativamente.

6.2 Il coinvolgimento dell'avvocato non viene contestato; visto il mandato che gli era stato affidato, la ricorrente riconosce ch'egli non può essere considerato «estraneo» alla banca. Essa tenta comunque di relativizzare la portata del giudizio impugnato specificando che nell'intervista del 3 marzo 2005 si è parlato di persone «esterne» alla banca e non di persone «del tutto estranee» alla banca, come ritenuto dalle autorità cantonali. Sepur «non estraneo» alla banca, l'avvocato era innegabilmente una persona esterna alla banca, di modo che la risposta data dall'opponente è oggettivamente falsa.

Si tratta di un'argomentazione speciosa. Nella fattispecie in esame è infatti palese che «esterno» ed «estraneo» sono stati utilizzati come sinonimi, anche dalla stessa ricorrente, che negli allegati cantonali aveva criticato l'opponente per essersi rivolto all'avv. D., ovvero a un «terzo estraneo», come rilevato nella risposta al gravame.

6.3 La conclusione dei giudici ticinesi in merito alla veridicità delle risposte date dall'opponente agli ispettori interni il 3 marzo 2005 merita dunque di essere condivisa.

Non da ultimo anche per il contesto in cui si inseriva l'interrogatorio del 3 marzo 2005. La ricorrente ha infatti spiegato che a quell'epoca era confrontata con una fuga di notizie e lettere anonime diffamatorie che l'hanno spinta, allo scopo di chiarire la situazione, ad interrogare alcuni impiegati fra cui l'opponente. Quando ha incontrato i due ispettori, questi riteneva dunque di venir sentito in relazione a tali fatti – la fuga di notizie e le lettere anonime diffamatorie – e non in relazione alle confidenze da lui fatte all'avv. D. In queste circostanze, non si può rimproverargli né un «comportamento reticente» né tantomeno «attivamente ostruzionista», come fa la ricorrente. Anzi, ben si comprende ch'egli abbia negato senza alcuna esitazione di aver fornito a terzi esterni alla banca informazioni riservate. Rivolgendosi all'avvocato non ha infatti contribuito in alcun modo alla fuga di notizie; ha confidato i suoi sospetti a un consulente legale della banca, sottoposto all'obbligo di confidenzialità, affinché, se del caso, venissero trasmessi a chi di competenza nella direzione generale.

La confusione venutasi a creare in merito alla portata delle dichiarazioni rese dall'opponente durante l'interrogatorio del 3 marzo 2005 va imputata alla sola ricorrente.

D'un canto essa voleva scoprire l'origine della fuga di notizie e dall'altro – stando a quanto affermato nel ricorso – cosa avesse spinto l'opponente a confidare all'avv. D. informazioni (che a quell'epoca si era-

no rivelate) false. In queste circostanze, la scelta di formulare una domanda generica non ha permesso di raggiungere né uno scopo né l'altro. L'opponente ha ovviamente negato ogni responsabilità in relazione alla fuga di notizie e, omettendo di confrontarlo apertamente con quanto sapeva in merito ai sospetti da lui confidati all'avvocato, la ricorrente non ha potuto verificare la sua buona fede.

7.

Nell'ultima parte del gravame viene censurata anche l'applicazione dell'art. 336 CO.

7.1 Dato che l'opponente non è stato licenziato perché si è rivolto all'avvocato bensì perché ha mentito quando è stato interrogato dagli ispettori interni, tutte le considerazioni addotte nel giudizio impugnato in punto alla cosiddetta «disdetta di ritorsione» sono – secondo la ricorrente – prive di ogni pertinenza e quindi lesive del diritto federale.

In quanto fondata su circostanze in contrasto con l'accertamento dei fatti contenuto nella sentenza impugnata – che ha resistito alla critica e vincola pertanto il Tribunale federale (art. 105 cpv. 1 LTF) – la censura è manifestamente destinata all'insuccesso.

7.2 Al limite la ricorrente può essere seguita laddove sottolinea che la valutazione del carattere abusivo della disdetta deve avvenire sulla base delle circostanze vigenti al momento del licenziamento, senza tener conto del fatto che i sospetti dell'opponente sono successivamente risultati fondati. Questo non muta tuttavia l'esito della vertenza.

7.3 I principi che reggono l'applicazione dell'art. 336 CO sono stati ben esposti nella sentenza impugnata e la ricorrente non li contesta.

7.3.1 In questa sede ci si può dunque limitare a rammentare che la giurisprudenza ha già ripetutamente ammesso il carattere abusivo di un licenziamento in situazioni diverse da quelle enumerate nell'art. 336 CO, ma comparabili ad esse per la loro gravità (cfr. DTF 132 III 115 consid. 2.1 con rinvii).

Una disdetta può risultare abusiva a causa dei motivi che ne sono all'origine così come delle modalità con cui essa avviene. Anche qualora la rescissione del rapporto di lavoro sia legittima, la parte che disdice il contratto deve infatti tenere nella debita considerazione la personalità dell'altro. A questo proposito giova ricordare che l'art. 328 CO stabilisce chiaramente l'obbligo del datore di lavoro di rispettare e tutelare la personalità del lavoratore, se del caso anche nei confronti di colleghi e superiori; dal canto suo, in virtù dell'art. 321a CO, il lavoratore è tenuto a salvaguardare con fedeltà gli interessi legittimi del datore di lavoro (DTF 132 III 115 consid. 2.2 con rinvii).

Il divieto dell'abuso di diritto sanzionato dall'art. 2 cpv. 2 CC presuppone una certa gravità, un atteggiamento semplicemente scorretto non configura ancora un «manifesto abuso di diritto». Non è invece necessario che colui che abusa del proprio diritto lo faccia nell'intento di nuocere all'altro né che il suo agire appaia come immorale. L'abuso di diritto può

quindi essere ammesso anche in un caso di sproporzione manifesta fra gli interessi delle parti, in particolare in presenza di una norma che mira proprio a garantire un certo equilibrio fra gli interessi in gioco. Tale è il caso dell'art. 336 CO, visto che con il divieto di disdetta abusiva del contratto di lavoro il legislatore limita la libertà contrattuale della parte che pone fine al rapporto, allo scopo di proteggere l'altro contraente, che ha un interesse nella prosecuzione della relazione contrattuale. L'idea soggiacente è quella di offrire una protezione sociale al lavoratore licenziato abusivamente, poiché la protezione dal licenziamento non ha una portata pratica per il datore di lavoro (DTF 131 III 535 consid. 4.2 pag. 539). L'abuso può anche risultare dall'esercizio di un diritto contrariamente al suo scopo. Per determinare quale sia lo scopo perseguito da una norma legale, occorre tener conto degli interessi ch'essa si prefigge di tutelare. Nel quadro dell'esame del carattere abusivo del licenziamento occorre pertanto tenere conto dell'interesse legittimo del dipendente al proseguimento del contratto anche sotto questo profilo. Una disdetta del contratto notificata per semplici ragioni di convenienza personale può dunque essere considerata abusiva (DTF 132 III 115 consid. 2.4 pag. 118 con rinvii).

L'esame del carattere abusivo del licenziamento avviene sulla base dei principi appena esposti (DTF 132 III 115 consid. 2.5 con rinvii).

7.3.2 Tenuto conto degli accertamenti contenuti nella pronunzia impugnata, che non sono stati contestati nel ricorso, nel caso in esame si può osservare quanto segue.

In assenza di un canale sicuro offerto dalla banca per questo genere di situazioni, l'opponente ha in buona fede condiviso i sospetti che nutriva nei confronti di un suo superiore, segnatamente il direttore della succursale luganese, con il consulente legale della banca nell'operazione toccata dalle presunte malversazioni, confidando che questi – vincolato dal segreto professionale e bancario – avrebbe prontamente riferito tali informazioni alla direzione generale, cosa che ha fatto. Decisa a verificare le notizie ricevute, la ricorrente ha avviato un'indagine interna coinvolgendo in prima persona il direttore della succursale, ovvero il funzionario sospettato delle malversazioni. Si tratta di una decisione quantomeno sorprendente. In queste circostanze, il rimprovero di superficialità mosso alla banca dall'autorità cantonale appare giustificato, così come può essere condivisa l'ipotesi dell'opponente, secondo cui, così facendo, la banca avrebbe dato al direttore la possibilità di occultare – perlomeno temporaneamente – le irregolarità commesse. Non stupisce quindi che la segnalazione dell'opponente sia risultata – in un primo tempo – infondata. In questa situazione, la ricorrente, invece di chiedere spiegazioni all'opponente circa il suo comportamento, lo ha convocato – così come altri dipendenti – per interrogarlo in relazione alla fuga di notizie e alle lettere anonime con cui si trovava confrontata in quel periodo. E avendo l'opponente negato di aver confidato a terzi esterni alla banca informazioni coperte dal segreto bancario, ne ha deciso senza alcuna esitazione il licenziamento. Il 7 marzo 2005 il direttore

della succursale – ovvero la persona da lui «denunciata» – gli ha comunicato il licenziamento, invitandolo a lasciare immediatamente l'istituto.

Da queste considerazioni discende che la decisione delle autorità cantonali in merito al carattere abusivo del licenziamento posto in atto dalla ricorrente può senz'altro essere confermata. Confidando i propri sospetti al legale che curava gli interessi della banca nell'operazione finanziaria oggetto delle malversazioni, ovvero a una persona di fiducia, sottoposta all'obbligo di confidenzialità e in diretto contatto con i vertici della banca, l'opponente ha adottato una misura adeguata alle circostanze, visto che la persona da lui sospettata era il direttore della succursale. Lo stesso non vale per la ricorrente, la quale, coinvolgendo nelle indagini proprio la persona sospettata, ne ha da un canto sabotato il risultato e dall'altro è venuta meno al proprio obbligo di tutelare la personalità del dipendente nei confronti del suo superiore. Essa è venuta meno a tale obbligo anche quando, invece di confrontarlo con l'esito delle indagini e chiedergli spiegazioni, lo ha sottoposto a un interrogatorio sommario e generico, ciò che induce a pensare che oramai lo riteneva all'origine della fuga di notizie. Questa impressione trova conferma nelle modalità umilianti con cui l'opponente è stato licenziato solo quattro giorni dopo l'evocato colloquio, senza alcun'altra spiegazione, proprio dalla persona ch'egli aveva «accusato» e con l'obbligo di lasciare immediatamente i locali della banca, ciò che l'opponente – così come probabilmente i suoi colleghi – ha interpretato come un licenziamento in tronco, ovvero una misura straordinaria, adottata in casi di particolare gravità, quando la continuazione del rapporto contrattuale sino alla scadenza non è più ragionevolmente esigibile. Riservare un simile trattamento a un dipendente che durante cinque anni ha svolto seriamente la propria attività, senza dare adito a critiche – visto che la ricorrente non risulta aver espresso alcunché a questo riguardo – e senza dargli la possibilità di spiegare il proprio agire – che quand'anche infondato, come detto, era adeguato alle circostanze – costituisce, alla luce dei principi esposti al considerando precedente, un comportamento chiaramente abusivo.

8.

Di conseguenza il ricorso dev'essere respinto in ogni suo punto.

Bundesgericht, Urteil vom 9. Juli 2008, Doss.-Nr. 4A_214/2008 (Aufhebung des Urteils des Präsidenten des Cour d'appel de la juridiction des prud'hommes du canton de Genève vom 4. April 2008), in: BGE 134 III 570.

Tribunal fédéral, Arrêt du 9 juillet 2008, Doss.-No. 4A_214/2008 (Annulation de l'arrêt du Président de la Cour d'appel de la juridiction des prud'hommes du canton de Genève du 4 avril 2008), in: ATF 134 III 570.

Gerichtsbarkeits-Immunität eines fremden Staates; Arbeitsvertrag.
Zusammenfassung der anwendbaren Grundsätze, namentlich, wenn der fremde Staat einen Arbeitsvertrag abgeschlossen hat (E. 2). Ein Einsatz als Rechtsexperte im Rahmen einer Kommission der Vereinten Nationen stellt keine untergeordnete Tätigkeit dar; die Gerichtsbarkeits-Immunität des arbeitgebenden Staates muss im Falle eines Rechtsstreites anerkannt werden (E. 3).

Immunité de juridiction d'un Etat étranger; contrat de travail.
Rappel des principes applicables en la matière, en particulier lorsque l'Etat étranger a conclu un contrat de travail (consid. 2). Une mission d'expert-juriste au sein d'une commission des Nations Unies n'est pas un emploi subalterne; l'immunité de juridiction de l'Etat employeur doit être reconnue en cas de litige (consid. 3).

Faits:

A.

X., originaire du Congo-Brazzaville où il est né en 1959, a acquis la citoyenneté britannique avant 2003. Depuis cette année-là, il vit à Genève.

A l'occasion de la 60^e session de la Commission des Droits de l'Homme organisée à Genève sous les auspices de l'ONU, la République du Congo-Brazzaville s'est vu confier la tâche de coordonner les travaux pour l'Afrique dans ce domaine. Dans ce cadre-là, l'Ambassadeur et Représentant permanent de cet Etat auprès de l'ONU a engagé, le 5 avril 2004, X. en qualité de «Secrétaire bureautique bilingue» avec le statut «d'agent du personnel local de l'Ambassade et de la Mission permanente». Dans une note du 7 avril 2004 adressée au Ministre des Affaires étrangères, l'Ambassadeur a expliqué avoir dû s'adjoindre les services de X., «citoyen britannique d'origine congolaise en qualité d'expert-juriste bilingue pour renforcer la Mission dans l'énorme et délicate tâche de la coordination des droits de l'homme pour l'Afrique». Le 13 janvier 2005, X. et l'Ambassadeur ont signé un second contrat de travail attestant l'engagement du premier en qualité de «Secrétaire bureautique bilingue» pendant trois ans pour un salaire mensuel de 5000 fr. En date du 16 mars 2005, le Ministère des Affaires étrangères de la République du Congo-Brazzaville a promulgué un arrêté confirmant l'engagement de X. au poste de «secrétaire bilingue».

X. a assumé sa mission d'expert juriste bilingue au sein de la Commission des Droits de l'Homme pour le compte de la République du Congo-Brazzaville, en tenant compte des instructions que l'Ambassadeur lui faisait communiquer au besoin. Dans le cadre de ses fonctions, il est arrivé à X. d'utiliser la mention de «Senior Human Rights Lawyer/Expert», laquelle figurait également sur sa carte de visite. A une reprise et après avoir appelé l'Ambassadeur, il a représenté la République du Congo-

Brazzaville au sein de la Commission lors d'un vote, au cours duquel il s'est abstenu.

Dès juin 2005, X. a attiré l'attention de l'Ambassadeur sur le fait qu'il n'avait reçu qu'une partie de la rémunération convenue; d'autres rappels ont suivi.

Le 28 juillet 2005, l'Ambassadeur a signifié à X. une «note de cessation de service» selon laquelle il était mis fin «aux fonctions de Monsieur X., membre du Personnel local engagé en qualité de secrétaire bilingue». Le conseil de ce dernier a dénoncé le caractère abusif de la résiliation.

B.

Par mémoire du 20 mars 2006 adressé au Tribunal des prud'hommes du canton de Genève, X. a ouvert action contre la République du Congo-Brazzaville en paiement de 212 704 fr., à titre de salaires dus et d'indemnité pour congé-représailles.

La défenderesse a soulevé l'exception d'immunité de juridiction.

Par jugement du 9 juillet 2007, le Tribunal des prud'hommes a déclaré la demande irrecevable.

Statuant le 4 avril 2008 sur appel de X., le Président de la Cour d'appel des prud'hommes du canton de Genève a annulé le jugement de première instance, débouté la République du Congo-Brazzaville de son exception d'immunité, déclaré la demande recevable et renvoyé la cause au Tribunal des prud'hommes pour compléter au besoin l'instruction et statuer sur le fond. Il a retenu que X. occupait un poste subalterne, essentiellement au motif qu'il n'avait pas le statut de diplomate, devait régulièrement rendre compte à l'Ambassadeur et recevait des instructions de ce dernier.

C.

La République du Congo-Brazzaville a interjeté un recours en matière civile. Elle concluait à ce qu'il fût constaté que la juridiction des prud'hommes était incompétente pour connaître du litige et à ce que X. fût débouté de toutes ses conclusions.

Le Tribunal fédéral a admis le recours.

Extraits des considérants:

2.

2.1 Il n'est pas contesté que la compétence des autorités suisses doit être appréciée en l'espèce à la lumière des règles générales du droit international public relatives à l'immunité de juridiction, telles que dégagées par la jurisprudence du Tribunal fédéral (ATF 124 III 382 consid. 4a p. 388; ATF 120 II 400 consid. 3d in fine p. 405/406).

2.2 De tout temps, la jurisprudence suisse a marqué une tendance à restreindre le domaine de l'immunité des Etats. Le principe de l'immunité de juridiction n'est pas une règle absolue. L'Etat étranger n'en bénéficie que lorsqu'il agit en vertu de sa souveraineté (*jure imperii*). En revanche, il ne peut pas s'en prévaloir s'il a agi comme titulaire d'un droit privé ou au

même titre qu'un particulier (*jure gestionis*); en ce cas, l'Etat étranger peut être assigné devant les tribunaux suisses, à condition toutefois que le rapport de droit privé auquel il est partie soit rattaché de manière suffisante au territoire suisse (*Binnenbeziehung*). Les actes accomplis *jure imperii* (ou actes de souveraineté) se distinguent des actes accomplis *jure gestionis* (ou actes de gestion) non par leur but, mais par leur nature intrinsèque. Il convient ainsi de déterminer, en recourant si nécessaire à des critères extérieurs à l'acte en cause, si celui-ci 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 (ATF 124 III 382 consid. 4a p. 388/389; ATF 120 II 400 consid. 4a et b p. 406/407).

En matière de contrat de travail, la jurisprudence admet que, si l'Etat accréditant peut avoir un intérêt important à ce que les litiges qui l'opposent à des membres de l'une de ses ambassades exerçant des fonctions supérieures ne soient pas portés devant des tribunaux étrangers, les circonstances ne sont pas les mêmes lorsqu'il s'agit d'employés subalternes. En tout cas, lorsque l'employé n'est pas un ressortissant de l'Etat accréditant et qu'il a été recruté puis engagé au for de l'ambassade, la juridiction du for peut être reconnue dans la règle. L'Etat n'est alors pas touché dans l'exercice des tâches qui lui incombent en sa qualité de titulaire de la puissance publique (ATF 120 II 400 consid. 4a p. 406, ATF 120 II 408 consid. 5b p. 409/410; ATF 110 II 255 consid. 4 p. 261).

Pour décider si le travail accompli par une personne qui est au service d'un Etat ressortit ou non à l'exercice de la puissance publique, il faut partir de l'activité en cause. En effet, à défaut de législation déterminant quelles fonctions permettent à l'Etat accréditant de se prévaloir, à l'égard de leurs titulaires, de son immunité, la désignation de la fonction exercée ne saurait être, à elle seule, un critère décisif. Aussi bien, selon les tâches qui lui sont confiées, tel employé apparaîtra comme un instrument de la puissance publique alors que tel autre, censé occuper un poste identique, devra être classé dans la catégorie des employés subalternes (ATF 120 II 408 consid. 5b p. 410).

La qualification d'emploi subalterne a notamment été donnée aux postes de chauffeur, de portier, de jardinier, de cuisinier (ATF 120 II 400 consid. 4b p. 406), de traducteur-interprète (ATF 120 II 408 consid. 5c p. 410/411), d'employé de bureau (ATF 110 II 255 consid. 4a p. 261), de femme de ménage (arrêt 4C.338/2002 du 17 janvier 2003, consid. 4.2, publié in *Revue de droit du travail et d'assurance-chômage* [DTA] 2003 p. 92) et d'employée de maison (arrêt 4C.73/1996 du 16 mai 1997, publié in *Jahrbuch des Schweizerischen Arbeitsrechts* [JAR] 1998 p. 298); il s'agit de fonctions relevant 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.

3.

3.1 L'intimé possède la nationalité britannique et résidait à Genève lorsqu'il a été engagé par la recourante. Quoiqu'il en dise, ces circonstances ne font pas obstacle en l'espèce à l'immunité de juridiction de la recourante. En effet, l'intimé est né au Congo-Brazzaville, dont il est originaire. Comme la recourante le relève sans être contredite par l'intimé, ce dernier est également citoyen congolais, aucun élément de l'arrêt attaqué ne permettant de retenir que l'intéressé aurait abandonné sa nationalité d'origine. Au demeurant, la règle de la juridiction du for en faveur des employés engagés sur place et possédant une nationalité autre que celle de l'Etat accréditant, n'est pas absolue. En l'occurrence, une exception était, en tout état de cause, justifiée en raison des liens personnels que l'intimé entretient avec le Congo-Brazzaville et qui ont, parmi d'autres facteurs, motivé son engagement selon la note du 7 avril 2004 de l'Ambassadeur.

3.2 L'intimé a été engagé en raison de ses compétences de juriste bilingue spécialiste des droits de l'homme. Il devait renforcer la Mission de la recourante afin de permettre à cette dernière d'assumer la coordination des travaux de la Commission des Droits de l'Homme pour le continent africain, tâche qui revenait au Congo-Brazzaville cette année-là. L'intimé a accompli sa mission d'expert sous la direction et selon les directives de l'Ambassadeur, qui les lui transmettait directement ou par l'entremise du Ministre conseiller rattaché à la Mission. L'intimé a pris part à des réunions où siégeaient des diplomates; il a préparé des propositions et assuré la coordination entre diverses Missions africaines; à une occasion, il a, en accord avec l'Ambassadeur, représenté la recourante à l'occasion d'un vote de la Commission des Droits de l'Homme.

En sa qualité d'expert, l'intimé jouait un rôle significatif au sein de la délégation officielle de la recourante auprès d'une commission importante des Nations Unies, ce qui ressort notamment des contacts noués par l'intéressé avec les Missions d'autres Etats africains et du fait qu'il a été appelé à représenter formellement la recourante lors d'un vote de la Commission. Certes, l'intimé devait régulièrement faire rapport à l'Ambassadeur et ce dernier lui donnait des directives. Mais cette situation n'a rien d'exceptionnel pour une personne travaillant au service d'une ambassade ou d'une mission; on ne saurait déduire de cette circonstance que ladite personne occupe des fonctions subalternes comparables à celle du personnel de service. Même s'il ne jouissait pas du pouvoir décisionnel, l'intimé, en tant qu'expert chargé de tâches spécifiques, avait manifestement une influence sur les décisions prises par le chef de mission dans une activité diplomatique à un haut niveau. A cet égard, ni la spécialisation de l'activité, ni l'absence de statut diplomatique n'excluent que la personne en cause occupe une fonction supérieure.

Selon le contrat l'engageant «en qualité d'expert-consultant», l'intimé devait, entre autres, faire preuve de ponctualité, de tenue dans le service et de serviabilité. Il s'agit certes d'une clause que l'on s'attend plutôt à trou-

ver dans le contrat de travail d'un employé subalterne. Elle apparaît toutefois manifestement comme une clause standard insérée dans les contrats du personnel local, statut sous lequel l'intimé pouvait être engagé. Au demeurant, ce ne sont pas ces exigences et les termes utilisés qui sont déterminants pour qualifier la nature de la fonction examinée, mais bien l'activité réellement exercée. Or, telles que décrites ci-dessus, les tâches confiées à l'intimé ne permettent pas de considérer celui-ci comme un employé subalterne de la Mission.

Sur le vu de ce qui précède, l'immunité de juridiction de la recourante doit être reconnue en l'espèce. Par conséquent, le recours est admis, l'arrêt attaqué est annulé et la demande de l'intimé est irrecevable, faute de compétence des autorités judiciaires suisses pour en connaître.

Tribunal fédéral, Arrêt du 23 juillet 2008, Doss.-No. 4A_257/2008 (Réformation de l'arrêt de la Cour d'appel de la juridiction des prud'hommes du canton de Genève du 24 avril 2008).

337 et 346 II CO. Résiliation immédiate d'un contrat d'apprentissage. En retenant des faits pour établis, sans qu'ils ne trouvent aucun appui dans les pièces du dossier, la cour cantonale a dressé arbitrairement l'état de fait dont elle a déduit l'existence de justes motifs de résiliation (c. 2.2).

337c I CO. La créance en dommages-intérêts du travailleur dont le contrat a été résilié immédiatement sans justes motifs comprend également le droit aux vacances, remplacé par des prestations en argent. Le droit aux vacances n'est toutefois pas absolu. Lorsque le contrat aurait du normalement prendre fin dans un délai de plus de trois mois, il faut considérer que l'indemnité reçue inclut le droit aux vacances (c. 3).

Extraits des faits:

X. (demanderesse et recourante), née le 25 mars 1986, a été engagée comme apprentie par la société Y. SA (défenderesse et co-intimée), de siège à Genève. Le contrat d'apprentissage d'employée de commerce a été conclu pour la période allant du 25 août 2003 au 24 août 2006, puis prolongé jusqu'au 30 juin 2007, après l'échec de l'apprentie aux examens finaux de juin 2006. La prolongation du contrat, qui a fait l'objet d'un avenant signé le 7 juillet 2006, était soumise à la condition, discutée oralement, que l'employée s'engage à faire preuve de plus d'assiduité à l'école et au travail. X. a été absente pour maladie du 13 octobre 2006 au 1^{er} janvier 2007. Plusieurs certificats médicaux attestant de son incapacité totale de travailler et un certificat de reprise de travail ont été délivrés par le Dr A. Le 16 octobre 2006, l'employeur a adressé à l'apprentie un cour-

rier, qui contenait des griefs à son encontre, notamment quant à ses absences, tant aux cours qu'au travail, et à la qualité de son travail. Il était expressément précisé que ce courrier constituait un avertissement. Après une rencontre infructueuse organisée le 23 novembre 2006 par l'Office pour l'orientation, la formation professionnelle et continue (OFPC) entre le commissaire d'apprentissage, un médecin et une infirmière du Service de santé jeunesse, un conseiller en formation, un représentant de l'employeur et X., celle-ci a, le 4 décembre 2006, été licenciée immédiatement pour justes motifs, avec effet dès le 31 décembre 2006. Pour l'employeur, l'apprentie n'a pas respecté les conditions posées lors de la prolongation du contrat d'apprentissage. Parmi les motifs avancés à l'appui du licenciement figuraient la dégradation de la qualité du travail de l'apprentie, son comportement au bureau, une absence injustifiée au travail le 6 octobre 2006, des erreurs de classement, des frais non reportés à la facturation, un envoi de documents non conforme à un client, des arrivées tardives presque quotidiennes et, enfin, un comportement inadéquat envers un cadre de la société le 12 octobre 2006.

Le 12 avril 2007, X. a assigné Y. SA en paiement de 18 195 fr., soit 9000 fr. bruts à titre de salaire jusqu'à la fin de la formation, 897 fr. bruts à titre d'indemnité pour vacances non prises en nature, 750 fr. bruts à titre de treizième salaire, 1548 fr. nets à titre de participation aux frais d'assurance maladie et 6000 fr. nets à titre d'indemnité pour licenciement immédiat injustifié. La Caisse Z. (co-intimée) est intervenue au procès pour faire valoir la subrogation à concurrence des indemnités versées par elle à la demanderesse. Le 13 novembre 2007, le Tribunal des prud'hommes a débouté la demanderesse de toutes ses conclusions et débouté les parties de toute autre conclusion. Par arrêt du 24 avril 2008, la Cour d'appel de la juridiction des prud'hommes a rejeté le recours de la demanderesse et confirmé le jugement entrepris.

Contre ce prononcé, la demanderesse exerce un recours en matière civile au Tribunal fédéral. Elle requiert l'annulation de l'arrêt entrepris, la condamnation de la défenderesse à lui verser les montants de 10 647 fr. bruts et de 7548 fr. nets, sous suite de frais et dépens. La défenderesse conclut au rejet du recours. A titre subsidiaire, elle demande de limiter sa condamnation au paiement du salaire brut jusqu'à l'échéance fixée au 30 juin 2007, soit à 9000 fr. (1500 × 6).

Extraits des considérants:

2.

La recourante conteste l'existence de justes motifs permettant son licenciement au sens des art. 346 al. 2 et 337 CO. Elle soutient que la cour cantonale a établi de manière arbitraire (art. 9 Cst) les faits sur lesquels elle s'est fondée pour trancher cette question.

2.1 Le Tribunal fédéral conduit son raisonnement juridique sur la base des faits établis par l'autorité précédente (art. 105 al. 1 LTF). Il ne peut s'en écarter que si les faits ont été établis de façon manifestement inexacte ou en violation du droit au sens de l'art. 95 LTF (art. 105 al. 2 LTF).

La notion de «manifestement inexacte» correspond à celle d'arbitraire au sens de l'art. 9 Cst. (ATF 133 II 249 consid. 1.2.2, 384 consid. 4.2.2). D'après la jurisprudence, une décision est arbitraire lorsqu'elle est manifestement insoutenable, méconnaît gravement une norme ou un principe juridique clair et indiscuté, ou heurte de manière choquante le sentiment de la justice et de l'équité; il ne suffit pas qu'une autre solution paraisse concevable, voire préférable; pour que cette décision soit annulée, encore faut-il qu'elle se révèle arbitraire, non seulement dans ses motifs, mais aussi dans son résultat (ATF 133 I 149 consid. 3.1).

Dans la mesure où l'arbitraire est invoqué en relation avec l'établissement des faits, il convient de rappeler que le juge dispose d'un large pouvoir lorsqu'il apprécie les preuves (ATF 120 Ia 31 consid. 4b). La partie recourante doit ainsi expliquer dans quelle mesure le juge a abusé de son pouvoir d'appréciation et, plus particulièrement, s'il a omis, sans aucune raison sérieuse, de prendre en compte un élément de preuve propre à modifier la décision attaquée, s'il s'est manifestement trompé sur son sens et sa portée ou encore si, en se fondant sur les éléments recueillis, il en a tiré des constatations insoutenables (ATF 129 I 8 consid. 2.1).

2.2 Il est constant que la recourante a été dans l'incapacité de travailler pour cause de maladie du 13 octobre 2006 au 1^{er} janvier 2007, ce qui est attesté par des certificats médicaux. La maladie – même si l'apprentie s'est refusée à dire en quoi elle consistait – n'est en principe pas un juste motif pour un licenciement immédiat, dès lors qu'elle échappe à la volonté de l'intéressée. La cour cantonale ne prétend pas le contraire, puisqu'elle a retenu que le motif principal du licenciement n'était pas l'absence pour cause de maladie. Pour les juges genevois, le licenciement a été motivé par le fait que la qualité du travail de l'apprentie avait baissé peu après la reconduction du contrat et que des lacunes sont apparues dans son comportement, permettant de conclure à une perte de motivation.

Savoir pour quels motifs le congé a été donné est une question de fait (ATF 131 III 535 consid. 4.3; 130 III 699 consid. 4.1). Dès lors qu'il n'est pas contesté que le motif qui a fondé le licenciement est la perte de motivation de l'apprentie – et non la maladie –, il n'y a pas lieu de revenir sur cette question (art. 105 al. 1 LTF).

En lien avec le motif de la résiliation, la recourante invoque l'arbitraire dans l'appréciation des preuves et l'établissement des faits. Elle prétend que les faits qui ont motivé le congé ont été établis de façon manifestement inexacte (art. 105 al. 2 LTF). Il convient donc d'examiner si les faits incriminés sont ou non avérés.

Dans l'arrêt entrepris, la cour cantonale affirme qu'il ressort des pièces de la procédure que la qualité du travail de l'employée avait manifestement baissé et que des lacunes sont apparues dans son comportement, ce qui permettait de conclure à une perte de motivation. Elle ne cite cependant pas les pièces sur lesquelles elle fonde ces affirmations. L'intimée s'est efforcée de pallier cette carence, à la page 6 de ses observations, en se référant aux rapports de formation, à ses propres lettres et aux témoignages B. et C. Or, les rapports de formation ne font pas apparaître une baisse de qualité du travail, un comportement inadéquat ou une perte de motivation; ils commencent au contraire chacun par un commentaire positif, tel que «Après 6 mois d'apprentissage, le bilan reste très positif !! X. est ponctuelle et agréable au quotidien. Sa collaboration est très satisfaisante et la qualité des travaux est très bonne (...)», «X. s'est reprise en main ces derniers mois (...)», «Très bon bilan pour cet avant dernier semestre (...)». On ne trouve pas non plus, dans les dépositions des deux témoins, l'affirmation des manquements reprochés. On y trouve au contraire des éléments positifs, comme le fait que la recourante était motivée à poursuivre sa formation ou qu'elle a pris soin de contacter les différents intervenants proposés par l'employeur, notamment dans le but d'organiser la réunion du 23 novembre 2006. Quant aux lettres de l'employeur, elles ne sauraient constituer une preuve d'un comportement critiquable de la recourante, puisque ces lettres constituent des allégations écrites d'une des parties au litige. En réalité, l'examen des pièces citées par l'intimée ne permet en rien de déduire une baisse de qualité du travail, un comportement inadéquat ou une perte de motivation de l'employée. En retenant ces faits pour établis, sans qu'ils ne trouvent aucun appui dans les pièces du dossier, la cour cantonale a dressé arbitrairement l'état de fait dont elle a déduit l'existence de justes motifs de résiliation, ce qui est déterminant pour le sort du litige. En cela, l'arbitraire dans le résultat est pleinement réalisé.

3.

Aux termes de l'art. 337c al. 1 CO, lorsque l'employeur résilie immédiatement le contrat sans justes motifs, 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. La créance en dommages-intérêts qui découle de cette disposition comprend non seulement le salaire, mais aussi le droit aux vacances, remplacé par des prestations en argent, et la compensation des autres avantages résultant du contrat de travail (ATF 117 II 270 consid. 3b). Selon la jurisprudence, le droit aux vacances n'est toutefois pas absolu. S'il est admis pour tous les travailleurs renvoyés abruptement alors que le contrat aurait normalement pu prendre fin dans un délai relativement bref, estimé à deux ou trois mois, il n'en va pas de même lorsque le travailleur est indemnisé pour une longue période au cours de laquelle il ne travaille pas; dans ce dernier cas, l'indemnité reçue inclut le droit aux vacances (ATF 117 II 270 consid. 3b,

confirmé in: ATF 128 III 271 consid. 4a/bb; arrêt 4C.250/1996 du 21 octobre 1996, reproduit in: SJ 1997 p. 149).

Dans le cas d'espèce, la recourante peut prétendre à ce qu'elle aurait gagné si les rapports de travail avaient pris fin à la cessation du contrat de durée déterminée, soit au 30 juin 2007. Son salaire mensuel étant de 1500 fr., elle a droit, à titre de salaire, à la somme brute de 9000 fr. (6×1500). S'agissant de l'octroi d'un treizième salaire, ni le contrat d'apprentissage ni son avenant n'en font mention. Seul le décompte salaire du mois de décembre 2006 indique qu'un tel salaire a été versé pour l'année 2006 à concurrence de 1320 francs. Dès lors que l'intitulé du décompte relatif au 13^{ème} mois est couplé avec le terme «sortie» et que l'on ignore si un treizième salaire a également été octroyé durant les deux premières années d'apprentissage, il n'y a pas lieu d'admettre que les parties étaient convenues du versement d'un treizième salaire pour l'ensemble de la relation contractuelle. La part proportionnelle d'un éventuelle treizième salaire n'a donc pas à être ajoutée à la somme due à titre de salaire.

La recourante réclame également la somme de 1548 fr. (6×258) à titre de «participation assurance maladie». Comme l'avenant au contrat de formation prévoit le «remboursement de la prime maladie à 50%», il convient de considérer cet élément comme un élément du salaire entrant dans le cadre de l'indemnité octroyée à la recourante. Dans la mesure où il découle du décompte de salaire de décembre 2006 que la quotité de cette prise en charge, soumise aux cotisations sociales, est bien de 258 fr. – ce qui n'est pas contesté –, les 1548 fr. réclamés s'ajoutent aux 9000 fr. susmentionnés.

L'indemnité réclamée pour les vacances non prises concerne la période litigieuse de janvier à juin 2007. Elle porte donc sur une période à qualifier de longue au sens de la jurisprudence précitée. Au cours de cette période, la recourante a affirmé n'avoir réalisé aucun gain intermédiaire. Il ressort par ailleurs des faits que son nouveau contrat, signé en mars 2007, a débuté en août de la même année. Dans ces circonstances, il n'est pas justifié d'allouer à la recourante une indemnité pour les vacances non prises, cette indemnité étant comprise dans celle octroyée à titre de salaire.

Cela étant, l'intimée doit payer à la recourante la somme brute de 10 548 fr. ($9000 + 1548$), avec intérêts au taux de 5% l'an dès le 1^{er} janvier 2007, le dies a quo des intérêts dus n'ayant fait l'objet d'aucune discussion.

4.

L'intervenante n'a pas déposé de recours. Invitée à se prononcer dans la présente procédure, elle n'a pas formulé d'observation. Aux termes de l'art. 29 al. 2 de la loi sur l'assurance-chômage (LACI; RS 837.0), la caisse de chômage se subroge à l'assuré dans tous ses droits jusqu'à concurrence de l'indemnité journalière versée; sauf exceptions, elle ne peut renoncer à faire valoir ses droits. En l'espèce, l'intervenante a conclu dans la procédure cantonale au paiement d'un montant de 6192 fr. 70, avec intérêts dès le 1^{er} juillet 2007, correspondant aux indemnités versées à la recourante du

1^{er} janvier au 30 juin 2007. A titre de simplification et pour éviter une action récursoire contre la recourante, il convient d'accorder à l'intervenante le capital qu'elle a précédemment réclamé. Le montant de 6192 fr. 70, avec intérêts, sera par ailleurs déduit de la créance de la recourante.

5.

5.1 L'art. 337c al. 3 CO prévoit qu'en cas de licenciement immédiat injustifié, le juge peut allouer au travailleur une indemnité dont il fixe librement le montant, en tenant compte de toutes les circonstances. Parmi celles-ci figurent notamment la situation sociale et économique des deux parties, la gravité de l'atteinte à la personnalité de la partie congédiée, l'intensité et la durée des relations de travail antérieures au congé, la manière dont celui-ci a été donné, ainsi que la faute concomitante du travailleur; aucun de ces facteurs n'est décisif en lui-même (ATF 121 III 64 consid. 3c). L'indemnité, qui ne peut dépasser le montant correspondant à six mois de salaire du travailleur, a une double finalité, punitive et réparatrice (ATF 129 III 380 consid. 4.3; 123 III 391 consid. 3c). Selon la jurisprudence, le versement d'une telle indemnité constitue la règle (ATF 121 III 64 consid. 3c; 120 II 243 consid. 3e; 116 II 300 consid. 5a), mais suppose un comportement fautif de l'employeur ou en tout cas des circonstances qui lui sont imputables (cf. ATF 116 II 300 consid. 5a in fine).

Qu'il s'agisse du principe ou de la quotité de cette indemnité, le juge possède un large pouvoir d'appréciation (art. 4 CC; ATF 121 III 64 consid. 3c).

5.2 En l'espèce, il peut être fait grief à l'intimée de n'avoir pas pris en considération la maladie dont a été victime la recourante et de lui avoir reproché de ce fait un manque de motivation dans le suivi de sa formation, puisqu'aucune violation des obligations contractuelles antérieures à la maladie n'a été établie à satisfaction. Il apparaît même à l'entière décharge de la recourante que celle-ci a, durant sa maladie, manifesté sa volonté de continuer les efforts entrepris pour réussir son apprentissage. Les conditions exceptionnelles qui justifieraient un refus de l'indemnité instaurée par l'art. 337c al. 3 CO ne sont pas réalisées.

Pour fixer la somme qu'il y a lieu d'accorder à la recourante, il faut considérer que celle-ci a travaillé plus de trois ans comme apprentie auprès de l'intimée et qu'elle se trouvait, au moment de la résiliation, à six mois de la prochaine session d'examen et du terme contractuel. Il convient également de prendre en compte l'absence de faute concomitante de l'apprentie et les conséquences provoquées par la résiliation immédiate, qui a contraint la recourante à chercher un nouveau maître d'apprentissage et à repousser d'une année la fin de sa formation. Tout bien pesé, il paraît équitable d'allouer à la recourante 3000 fr., somme correspondant à deux mois de salaire. Ce montant portera intérêts à 5% l'an dès le 1^{er} janvier 2007, lendemain du jour pour lequel le congé a été donné.

Bundesgericht, Urteil vom 31. Juli 2008, Doss.-Nr. 4A_209/2008 (Bestätigung des Urteils des Obergerichts des Kantons Luzern vom 25. März 2008)

Bei einer einvernehmlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses kommt OR 340c II nicht zum Tragen (E. 3).

Sofern zwischen den Parteien eine von den normalen Kündigungsmodalitäten abweichende Regelung getroffen wird, die zu einer substantiellen Besserstellung des Arbeitnehmers führt, kann auch dann, wenn die Auflösung des Arbeitsverhältnisses auf Wunsch des Arbeitgebers erfolgt, von einer einvernehmlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses gesprochen werden (E. 3.1).

Sachverhalt:

A. (Beschwerdeführer) arbeitete seit dem 20. Januar 1986 als Bücherexperte bei der X. AG (Beschwerdegegnerin) und übernahm ab dem 1. Oktober 1986 die Funktion des Geschäftsführers. Der Arbeitsvertrag enthielt ein Konkurrenzverbot bis zwei Jahre nach Auflösung des Vertrages. Bei Übertretung des Konkurrenzverbots sollte eine Konventionalstrafe von Fr. 20 000.– verfallen zuzüglich Fr. 500.– für jedes Mandat, das im Widerspruch zum Konkurrenzverbot ausgeübt wurde. Am 19. Dezember 2005 unterzeichneten die Parteien eine Austrittsvereinbarung. In dieser Vereinbarung wurde der Austrittstermin auf den 30. Juni 2006 festgesetzt, wobei damit die Kündigungsfrist von ursprünglich drei auf neu sechs Monate «verdoppelt» wurde. Es wurde vereinbart, dass der ursprüngliche Vertrag bis auf die in Ziff. 10 enthaltene Kündigungsfrist unverändert weiter gelten sollte. Die Vereinbarung hält fest, der Beschwerdeführer dürfe die auf dem Gebiet der Forensic Services akquirierten Mandate an seinen neuen Tätigkeitsort mitnehmen. Der Arbeitgeber verpflichtete sich zur Bezahlung eines Outplacements bis maximal Fr. 50 000.–.

Die Beschwerdegegnerin warf dem Beschwerdeführer vor, gegen das vertragliche Konkurrenzverbot verstossen zu haben und verlangte vor dem Arbeitsgericht Luzern unter diesem Titel Fr. 22 500.–. Das Arbeitsgericht wies die Klage ab, da trotz des gemeinsamen Aufhebungsvertrages die Interessen des Arbeitgebers an der Auflösung des Arbeitsverhältnisses überwogen hätten, weshalb das Konkurrenzverbot bei Auflösung des Arbeitsverhältnisses weggefallen sei. Demgegenüber erkannte das Obergericht des Kantons Luzern mit Urteil vom 25. März 2008, der Frage, wer die Kündigung zu verantworten habe, komme nur Bedeutung zu, wenn im Aufhebungsvertrag eine eigentliche Gesetzesumgehung zu sehen sei. Eine solche verneinte das Obergericht mit Blick auf die mit dem Aufhebungsvertrag für den Beschwerdeführer verbundenen Vorteile wie namentlich die Tatsache, dass keine Entlassung erfolgte, die Verlängerung der Zeit für die Suche einer neuen Arbeitsstelle und die Beteiligung an den Kosten des

Outplacement. Infolge Verletzung des Konkurrenzverbots sprach es der Beschwerdegegnerin Fr. 22 000.– zu, nachdem es die im Appellationsverfahren erfolgte Erhöhung der Forderung um Fr. 500.– auf Fr. 23 000.– aus prozessualen Gründen für unzulässig erklärt hatte. Der Beschwerdeführer gelangte ans Bundesgericht.

Aus den Erwägungen:

2.

Der Beschwerdeführer weist darauf hin, er habe sowohl vor erster Instanz als auch vor der Vorinstanz geltend gemacht, ein Bücherexperte stehe in einer so engen Beziehung mit seinen Kunden, dass, wie bei den freien Berufen, schon aus diesem Grund das Konkurrenzverbot entfallen müsse. Mit diesem Argument habe sich das Obergericht gar nicht auseinandergesetzt und dadurch das rechtliche Gehör verletzt. Wie es sich damit verhält, kann offen bleiben, da der Beschwerdeführer nicht geltend macht, die Vorinstanz habe diesbezüglich tatsächliche Behauptungen unberücksichtigt gelassen. Ob die gemäss den tatsächlichen Feststellungen ausgeübte Tätigkeit einem Konkurrenzverbot entgegensteht, ist eine Rechtsfrage, die das Bundesgericht im Rahmen der Rechtsanwendung von Amtes wegen prüfen kann.

2.1 Die herrschende Lehre nimmt in der Tat an, bei freien Berufen sei ein Konkurrenzverbot nicht oder nur eingeschränkt zulässig. Zu diesen Berufen werden aber Buchhaltungsexperten und Treuhänder (vgl. BGE 78 II 39 E. 1 S. 41; STAEHELIN, Zürcher Kommentar, N. 16 zu Art. 340 OR; RÉMY WYLER, *Droit du travail*, 2. Aufl., S. 599), sowie auch Revisoren (STREIFF/VON KAENEL, *Arbeitsvertrag*, 6. Aufl., N. 11 zu Art. 340 OR) gerade nicht gezählt.

2.2 Unter diesen Umständen kann sich der Beschwerdeführer nicht darauf beschränken zu behaupten, bei Bücherexperten falle das Konkurrenzverbot automatisch dahin. Er hätte vielmehr bereits im kantonalen Verfahren im Einzelnen darlegen müssen, dass und weshalb die ihm tatsächlich übertragenen Aufgaben mit freien Berufen vergleichbar sind. Mangels entsprechender Begründung ist auf die Rüge nicht einzutreten.

3.

Nach Art. 340c Abs. 2 OR fällt ein Konkurrenzverbot dahin, wenn der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis kündigt, ohne dass ihm der Arbeitnehmer dazu begründeten Anlass gegeben hat, oder wenn es dieser aus einem begründeten, vom Arbeitgeber zu verantwortenden Anlass auflöst. Bei einer einvernehmlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses kommt diese Bestimmung nach ihrem Wortlaut nicht zum Tragen (STAEHELIN, a.a.O., N. 5 zu Art. 340c OR; STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., N. 8 zu Art. 340c OR). Indessen hält die Vorinstanz selbst fest, dass es für den Arbeitnehmer unter Umständen von grossem Vorteil ist, wenn er darauf hinweisen kann, das Arbeitsverhältnis sei im gegenseitigen Einvernehmen

aufgelöst worden. Er hat daher Interesse an einer derartigen Formulierung, auch wenn die Auflösung des Arbeitsverhältnisses allein auf Wunsch des Arbeitgebers erfolgt. Dass nach dem Wortlaut eine einvernehmliche Auflösung erfolgte, kann daher, wie der Beschwerdeführer zu Recht ausführt, nicht allein ausschlaggebend sein, auch wenn in dieser Formulierung für den Arbeitnehmer ein Vorteil liegen mag. Zu prüfen ist vielmehr, ob tatsächlich eine einvernehmliche Aufhebungsvereinbarung vorliegt.

3.1 Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers ist bei der Beurteilung dieser Frage nicht allein massgebend, ob es zur Auflösung auf Wunsch des Arbeitgebers kam. Sofern eine von den normalen Kündigungsmodalitäten abweichende Regelung getroffen wird, die zu einer substantiellen Besserstellung des Arbeitnehmers führt, kann vielmehr auch unter diesen Umständen von einer einvernehmlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses gesprochen werden. Der Arbeitnehmer hat die Wahl, ob er das Arbeitsverhältnis zu den vereinbarten Konditionen aufheben oder das Konkurrenzverbot bei einer allfälligen Kündigung zu den normalen Konditionen dahinfallen lassen will. Der Beschwerdeführer weist an sich zu Recht darauf hin, dass Art. 340c Abs. 2 OR den Arbeitnehmer schützen soll. Dieser Schutz kann allerdings nicht so weit gehen, dass sich der Arbeitnehmer die vom Arbeitgeber im Rahmen der einvernehmlichen Auflösung des Arbeitsverhältnis angebotenen Vorteile aneignen kann, um sich später auf die Ungültigkeit des Konkurrenzverbots zu berufen. Folgt demgegenüber eine auf Betreiben des Arbeitgebers abgeschlossene Auflösungsvereinbarung im Wesentlichen den Regeln der ordentlichen Kündigung, ist die Vereinbarung mit Blick auf Art. 340c Abs. 2 OR unabhängig von der Formulierung wie eine vom Arbeitgeber einseitig ausgesprochene Kündigung zu behandeln.

3.2 Im Vergleich zu einer ordentlichen Kündigung wurde die Frist in der Auflösungsvereinbarung verdoppelt. Da es nach der Behauptung des Beschwerdeführers die Beschwerdegegnerin war, der an einer Trennung lag, kann diese Verlängerung nur im Interesse des Beschwerdeführers erfolgt sein, dem dadurch mehr Zeit für die Stellensuche eingeräumt wurde.

3.3 Der Beschwerdeführer durfte die auf dem Gebiet der Forensic Services akquirierten Mandate an seine neue Arbeitsstelle «mitnehmen». Damit wurde das Konkurrenzverbot eingeschränkt, wobei allerdings offen ist, ob die Beschwerdegegnerin an der Weiterführung der Mandate überhaupt ein Interesse hatte.

3.4 Letztlich ist ausschlaggebend, dass sich die Beschwerdegegnerin verpflichtete, bis Fr. 50 000.– für das Outplacement zu bezahlen. Auch wenn die Zahlung nicht direkt dem Beschwerdeführer zukam, hat die Beschwerdegegnerin damit doch einen substantiellen Beitrag zur Verbesserung der Berufschancen des Beschwerdeführers geleistet. Wenn er diesen Vorteil für sich in Anspruch nimmt, muss er die geschlossene Vereinbarung auch als einvernehmlich gegen sich gelten lassen. Erfolgte die Auflösung des Vertrages aber einvernehmlich, kann der Beschwerdeführer aus

Art. 340c Abs. 2 OR nichts zu seinen Gunsten ableiten (STAEHELIN, a.a.O., N. 5 zu Art. 340c OR; STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., N. 8 zu Art. 340c OR).

3.5 Die Beschwerde erweist sich als unbegründet und ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

Bundesgericht, Urteil vom 4. August 2008, Doss.-Nr. U 50/07 (Aufhebung des Entscheides des Verwaltungsgerichts des Kantons Schwyz vom 13. Dezember 2006), in: BGE 134 V 428

Art. 13 Abs. 1 und 2 lit. a, Art. 14 Abs. 1 lit. a der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71; Art. 11 der Verordnung (EWG) Nr. 574/72; entsandter Arbeitnehmer.

Ein Arbeitnehmer, der von einem Schweizer Unternehmen in einem Mitgliedstaat rekrutiert wird, um unmittelbar in einem weiteren Mitgliedstaat die Erwerbstätigkeit aufzunehmen, erfüllt die Voraussetzungen einer Entsendung im Sinne von Art. 14 Abs. 1 lit. a der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 nicht und unterliegt daher den Rechtsvorschriften des Beschäftigungslandes gemäss Art. 13 Abs. 2 lit. a dieser Verordnung (E. 2–10).

Sachverhalt:

A.

L., geboren 1970, österreichischer Staatsangehöriger, schloss am 10./18. Februar 2005 mit der E. Ltd. einen «Arbeitsvertrag» ab, gemäss welchem er «ab ca. 13.02.2005» als «Forstarbeiter – Schweiz/Schweden» beschäftigt wurde. Zwischen dieser Firma und der S. AB bestand ein «Individual Contractor Agreement Forest Operations in Windthrown Forests» vom 2. Februar 2005, mit welchem sich diese verpflichtete, vom 1. März bis 31. Dezember 2005 in Schweden Forstarbeiten durchzuführen.

L. reiste am 17. Februar 2005 von Österreich kommend in die Schweiz zum Sitz der E. Ltd. Laut Arbeitsrapport wurde er an den beiden folgenden Tagen in die vorgesehene Tätigkeit eingeführt, um am 20. Februar 2005 die Fahrt zu seinem Einsatzort in Schweden anzutreten. Dort nahm er am 25. Februar 2005 die Holzarbeiten auf. Am 7. März 2005 wurde er bei der Arbeit von einem umstürzenden Baum getroffen und erlitt dabei verschiedene Verletzungen (Serienrippenfraktur rechts, Lungenverletzung, Oberschenkelfraktur links, verschiedene Bandläsionen am Knie links, Sprunggelenksfraktur links). In der Folge war er zunächst in Schweden hospitalisiert, bevor er in einem Krankenhaus und später in einer Rehabilitationsklinik in Österreich stationär weiterbehandelt wurde. Die Schweizerische Unfallversicherungsanstalt (SUVA) übernahm die Heilungskosten und richtete Taggelder aus. Zur Beurteilung des medizinischen

Zustandes veranlasste sie die kreisärztliche Untersuchung vom 28. November 2005. Kreisarzt Dr. med. F. hielt dabei eine Arbeitsunfähigkeit im angestammten Beruf als Forstarbeiter fest und befürwortete eine Umschulung zum Maschinenführer auf einer Forstmaschine. Mit Verfügung vom 17. Mai 2006 stellte die SUVA ihre Leistungen mit sofortiger Wirkung ein mit der Begründung, es habe sich nachträglich herausgestellt, dass L. nicht der Status eines entsandten Arbeitnehmers zukomme, weshalb bei ihr keine Versicherungsdeckung bestehe. Daran hielt sie mit Einspracheentscheid vom 18. Juli 2006 fest.

B.

Die dagegen erhobene Beschwerde hiess das Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz mit Entscheid vom 13. Dezember 2006 gut und wies die Sache zur Prüfung der Frage, ob die E. Ltd. ihre Geschäftstätigkeit gewöhnlich in der Schweiz ausübe, im Sinne der Erwägungen an die SUVA zurück.

C.

Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde lässt die SUVA beantragen, es sei der vorinstanzliche Entscheid aufzuheben und der Einspracheentscheid vom 18. Juli 2006, womit die Versicherungsleistungen ex nunc et pro futuro eingestellt worden seien, zu bestätigen.

Das Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz und L. schliessen auf Abweisung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde. Das Bundesamt für Sozialversicherungen (BSV) lässt sich in gutheissendem Sinne vernehmen.

Aus den Erwägungen:

2.

Streitig ist, ob der aus Österreich stammende Beschwerdegegner im Zeitpunkt des Unfallereignisses in Schweden vom 7. März 2005 bei der SUVA gegen Unfall versichert war und somit Anspruch auf die entsprechenden Versicherungsleistungen hat.

2.1 Nach Art. 1a UVG (SR 832.20) sind die in der Schweiz beschäftigten Arbeitnehmer obligatorisch versichert. Art. 2 Abs. 1 UVG dehnt den Geltungsbereich räumlich insoweit aus, als die Versicherungspflicht nicht unterbrochen wird, wenn der Arbeitnehmer eines Arbeitgebers in der Schweiz für beschränkte Zeit im Ausland beschäftigt wird. Nach dem diese Regelung konkretisierenden Art. 4 UVV (SR 832.202) wird die Versicherung nicht unterbrochen, wenn ein Arbeitnehmer unmittelbar vor seiner Entsendung ins Ausland in der Schweiz obligatorisch versichert war und weiterhin zu einem Arbeitgeber mit Wohnsitz oder Sitz in der Schweiz in einem Arbeitsverhältnis bleibt und diesem gegenüber einen Lohnanspruch hat. Die Weiterdauer der Versicherung beträgt zwei Jahre. Sie kann auf Gesuch hin vom Versicherer auf insgesamt sechs Jahre verlängert werden. Zu prüfen ist, ob die schweizerischen Rechtsvorschriften im vorliegenden Fall zur Anwendung kommen.

2.2 Am 1. Juni 2002 – und somit vor der Verwirklichung des vorliegend zu beurteilenden Sachverhalts – ist das Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (Freizügigkeitsabkommen, FZA; SR 0.142.112.681) in Kraft getreten.

2.3 Gemäss Art. 1 Abs. 1 von Anhang II des FZA, der den Titel «Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit» trägt, auf Art. 8 des Abkommens beruht und integrierenden Bestandteil des Abkommens bildet (Art. 15 FZA), in Verbindung mit dem Abschnitt A dieses Anhangs wenden die Vertragsparteien im Rahmen ihrer Beziehungen insbesondere die Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 des Rates vom 14. Juni 1971 zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbstständige sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern (nachfolgend: Verordnung Nr. 1408/71 [SR 0.831.109.268.1]) sowie die Verordnung (EWG) Nr. 574/72 des Rates vom 21. März 1972 über die Durchführung der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 über die Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbstständige sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern (nachfolgend: Verordnung Nr. 574/72 [SR 0.831.109.268.1]) oder gleichwertige Vorschriften an.

2.4 Die erwähnten Koordinationsverordnungen sind unter anderem anwendbar auf die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaates besitzende Erwerbstätige, für die wie für den Beschwerdegegner die Rechtsvorschriften mindestens eines Mitgliedstaates gelten oder galten (Art. 2 der Verordnung Nr. 1408/71), und auf Rechtsvorschriften über Zweige der sozialen Sicherheit, die wie das vorliegend interessierende Bundesgesetz über die Unfallversicherung Leistungen bei Arbeitsunfällen und Berufskrankheiten vorsehen (Art. 4 Abs. 1 lit. e der Verordnung Nr. 1408/71). Der am 1. Juni 2002 in Kraft getretene Art. 115a UVG verweist in lit. a auf das FZA und die erwähnten Koordinationsverordnungen.

3.

3.1 Art. 42 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, in der dem Inkrafttreten des Amsterdamer Vertrages am 1. Mai 1999 folgenden Fassung, auf den sich die Verordnung Nr. 1408/71 insbesondere stützt, sieht lediglich eine Koordination, nicht aber eine Harmonisierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten auf dem Gebiet der sozialen Sicherheit vor, sodass die materiellen und formellen Unterschiede zwischen den Systemen der sozialen Sicherheit der einzelnen Mitgliedstaaten und folglich zwischen den Ansprüchen der dort Beschäftigten bestehen bleiben. Das Gemeinschaftsrecht, welches hinsichtlich der Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit vom FZA übernommen wurde, lässt die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten zur Ausgestaltung ihrer Systeme der sozialen Sicherheit unberührt; mangels einer Harmonisierung auf Gemeinschaftsebene bestimmt das Recht jedes Mitgliedstaates, unter welchen

Voraussetzungen zum einen ein Recht auf Anschluss an ein System der sozialen Sicherheit oder eine Verpflichtung hierzu besteht und zum anderen Leistungen der sozialen Sicherheit gewährt werden; gleichwohl müssen die Mitgliedstaaten bei der Ausübung dieser Befugnis das Gemeinschaftsrecht beachten (BGE 132 V 423 E. 7.1 S. 432 mit Hinweisen).

3.2 Der aus den Art. 13 bis 17a bestehende Titel II («Bestimmung der anzuwendenden Rechtsvorschriften») der Verordnung Nr. 1408/71 bestimmt, den Rechtsvorschriften welches Mitgliedstaats – ausnahmsweise welcher Mitgliedstaaten – eine Person unterliegt. Eine erwerbstätige Person, für die die Verordnung gilt, unterliegt den Sozialversicherungsvorschriften nur eines Mitgliedstaates, sofern nicht ausdrücklich eine Ausnahme von dieser Regel vorgesehen ist (vgl. Art. 13 Abs. 1). Es sind dies grundsätzlich die Rechtsvorschriften des bzw. eines Staates, in dem die betroffene Person abhängig beschäftigt ist (Art. 13 Abs. 2 lit. a) oder eine selbstständige Tätigkeit ausübt (Art. 13 Abs. 2 lit. b). Der Wanderarbeitnehmer oder ein entsprechender Selbstständiger sind demnach in der Regel im Beschäftigungsstaat gegen Arbeitsunfall und Berufskrankheit versichert. Eine Ausnahme ist unter anderem vorgesehen für entsandte Arbeitnehmer (Art. 14 Abs. 1). Danach unterliegt eine Person, die im Gebiet eines Mitgliedstaats von einem Unternehmen, dem sie gewöhnlich angehört, abhängig beschäftigt wird und die von diesem Unternehmen zur Ausführung einer Arbeit für dessen Rechnung in das Gebiet eines anderen Mitgliedstaats entsandt wird, weiterhin den Rechtsvorschriften des ersten Mitgliedstaats, sofern die voraussichtliche Dauer dieser Arbeit zwölf Monate nicht überschreitet und sie nicht eine andere Person ablöst, für welche die Entsendungszeit abgelaufen ist (Abs. 1 lit. a). Geht eine solche Arbeit, deren Ausführung aus nicht vorhersehbaren Gründen die ursprünglich vorgesehene Dauer überschreitet, über zwölf Monate hinaus, so gelten die Rechtsvorschriften des ersten Mitgliedstaates bis zur Beendigung dieser Arbeit weiter, sofern die zuständige Behörde des Mitgliedstaats, in dessen Gebiet der Betreffende entsandt wurde, oder die von dieser Behörde bezeichnete Stelle dazu ihre Genehmigung erteilt; diese Genehmigung ist vor Ablauf der ersten zwölf Monate zu beantragen. Sie darf nicht für länger als zwölf Monate erteilt werden (Abs. 1 lit. b).

4.

Art. 11 der Verordnung Nr. 574/72 enthält die Formvorschriften bei Entsendung eines Arbeitnehmers gemäss Art. 14 Abs. 1 der Verordnung Nr. 1408/71. Danach stellt der Träger, den die zuständige Behörde desjenigen Mitgliedstaates bezeichnet, dessen Rechtsvorschriften weiterhin anzuwenden sind, auf Antrag des Arbeitnehmers oder dessen Arbeitgebers eine Bescheinigung darüber aus, dass und bis zu welchem Zeitpunkt diese Rechtsvorschriften weiterhin für den Arbeitnehmer gelten (Art. 11 Abs. 1 lit. a). In der Schweiz fällt diese Aufgabe den Ausgleichskassen der AHV/IV zu (Art. 4 Abs. 10 der Verordnung Nr. 574/72 in Verbindung mit Abschnitt A Nr. 2 lit. j Ziff. 1a Anhang II FZA). Sie bekunden mit der

Bescheinigung E101 den während des Entsendezeitraums fortwährenden sozialrechtlichen Schutz des Entsandten nach den Regeln des Entsendestaates (vgl. BETTINA KAHIL-WOLFF/CORINNE PACIFICO, *Sécurité sociale, droit du travail et fiscalité: le droit applicable en cas de situations transfrontalières*, in: *Assujettissement, cotisations et questions connexes selon l'Accord sur la libre circulation des personnes CH-CE*, Bern 2004, S. 36). Diese Erklärung wirkt deklaratorisch und nicht konstitutiv und stellt somit eine Wissens- und nicht eine Willenserklärung dar. Die Bescheinigung begründet weder die Zuständigkeit des diese ausstellenden Mitgliedstaates noch begründet sie die Versicherungspflicht. Diese folgt vielmehr aus dem materiellen Recht des zur Regelung des sozialrechtlichen Sachverhalts berufenen Mitgliedstaates (EBERHARD EICHENHOFER, *Anknüpfungen im internationalen Sozialrecht: Betrachtungen zu den Fragen, welche Wirkungen die Entsendebescheinigung entfaltet, und welche Aufgaben den im Gemeinschaftsrecht verankerten Kollisionsnormen zukommt*, in: ZESAR 2002 S. 21 ff.; HEINZ-DIETRICH STEINMEYER, in: Maximilian Fuchs [Hrsg.], *Europäisches Sozialrecht*, 4. Aufl., Baden-Baden 2005, N. 20 f. zu Art. 14 der Verordnung Nr. 1408/71; vgl. Urteile des EuGH vom 30. März 2000 in der Rechtssache C-178/97, *Banks*, Slg. 2000, I-2005 und vom 10. Februar 2000 in der Rechtssache C-202/97, *Fitzwilliam*, Slg. 2000, I-883; vgl. auch Urteil des EuGH vom 26. Januar 2006 in der Rechtssache C-2/05, *Herbosch Kiere*, Slg. 2006, I-1079). Liegt das Formular E101 – wie vorliegend mit Bezug auf den Beschwerdegegner – nicht vor, bestimmt sich nach den allgemeinen Grundsätzen der Verordnung Nr. 1408/71, welches das massgebende Sozialversicherungsstatut ist (UELI KIESER, *Sozialversicherungsbeiträge bei grenzüberschreitender Tätigkeit und ausländischem Beschäftigungsland*, in: Hill 2004 N. 16).

5.

Soweit für die Anwendung des Abkommens Begriffe des Gemeinschaftsrechts herangezogen werden, wird hierfür die einschlägige Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften vor dem Zeitpunkt der Unterzeichnung (21. Juni 1999) berücksichtigt (Art. 16 Abs. 2 FZA). Dies schliesst allerdings nicht aus, dass nach dem 21. Juni 1999 ergangene Urteile gegebenenfalls dennoch zum Zwecke der Auslegung des FZA herangezogen werden können, vor allem wenn sie nichts anderes tun, als eine vorherige Rechtsprechung zu präzisieren (BGE 132 V 423 E. 9.2 S. 437, BGE 132 V 53 E. 2 S. 56; BGE 130 II 113 E. 5.2 S. 119). In BGE 132 V 423 stellte das Gericht klar, dass nicht eine neue Rechtsprechung im Sinne der obigen Bestimmung, sondern eine unter die in dieser Vorschrift vorgesehene Berücksichtigung fallende Rechtsprechung vorliegt, wenn ein nach dem 21. Juni 1999 gefälltes Urteil sich darauf beschränkt, bereits bekannte Grundsätze zu wiederholen und ohne neue Elemente auf einen gleichartigen Fall anzuwenden (E. 9.3 und 9.4 S. 437 ff.). Es liess offen, ob für eine im Sinne von Art. 16 Abs. 2 FZA neue und daher (vorbehältlich der Befugnisse des Gemischten Ausschus-

ses; vgl. Art. 16 Abs. 2 Satz 3 FZA) nicht unter die in dieser Bestimmung vorgesehene Berücksichtigung fallende Rechtsprechung dennoch aufgrund des vom FZA verfolgten Zwecks, im erfassten Bereich für die Angehörigen der Vertragsparteien die gleichen Rechte und Pflichten vorzusehen wie das Gemeinschaftsrecht (vgl. Präambel und Art. 16 Abs. 1 FZA), eine Berücksichtigung bestehen kann (BGE 132 V 423 E. 9.5.2 S. 440).

6.

6.1 Art. 14 Abs. 1 der Verordnung Nr. 1408/71 wurde von der Verwaltungskommission der Europäischen Gemeinschaften für die soziale Sicherheit der Wanderarbeitnehmer (auf der Grundlage von Art. 81 lit. a der Verordnung Nr. 1408/71) im Beschluss Nr. 181 vom 13. Dezember 2000 «zur Auslegung des Artikels 14 Absatz 1, des Artikels 14a Absatz 1 und des Artikels 14b Absätze 1 und 2 der Verordnung [EWG] Nr. 1408/71 des Rates hinsichtlich der auf entsandte Arbeitnehmer sowie auf Selbstständige, die vorübergehend eine Tätigkeit in einem anderen als dem zuständigen Mitgliedstaat ausüben, anzuwendenden Rechtsvorschriften» erläutert (ABl. L 329 vom 14. Dezember 2001 S. 73; nachstehend: Beschluss Nr. 181). Dieser Beschluss gehört zu den Rechtsakten, welche die Schweiz berücksichtigt (vgl. Art. 2 Abs. 1 von Anhang II FZA in Verbindung mit Abschnitt B Ziff. 4.66 dieses Anhangs). Wie die übrigen Beschlüsse der Verwaltungskommission ist auch dieser Rechtsakt ein Auslegungstext, der weder für das Gericht noch für die nationalen Sozialversicherungsinstitutionen verbindlich ist. Er kann den betroffenen Institutionen jedoch eine Auslegungshilfe bieten (BGE 131 V 222 E. 7.2 S. 229).

6.2 Der Beschluss Nr. 181 (welcher den Beschluss Nr. 162 vom 31. Mai 1996 [ABl. L 241 vom 21. September 1996 S. 28] ablöst, der seinerseits den Beschluss Nr. 128 vom 17. Oktober 1985 abgelöst hatte) unterscheidet in Ziff. 3 zwischen der «Entsendung von gewöhnlichem Personal» (lit. a) und der «Entsendung von Personal, das zu diesem Zweck eingestellt wurde» (lit. b). Nach Ziff. 3 lit. b gilt Art. 14 Abs. 1 der Verordnung Nr. 1408/71 insbesondere dann weiter, «wenn der gemäss Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats unterliegende Arbeitnehmer in diesem Mitgliedstaat, in dem das Unternehmen seinen Sitz oder seine Betriebsstätte hat, eingestellt wird, um für die Rechnung dieses Unternehmens in einen anderen Mitgliedstaat oder an Bord eines Schiffes entsandt zu werden, das unter der Flagge eines anderen Mitgliedstaates fährt, sofern: i) zwischen diesem Unternehmen und dem Arbeitnehmer während dessen Entsendung weiterhin eine arbeitsrechtliche Bindung besteht; und ii) dieses Unternehmen seine Geschäftstätigkeit gewöhnlich im ersten Mitgliedstaat ausübt, d.h. sofern das Unternehmen gewöhnlich eine nennenswerte Tätigkeit im Gebiet des ersten Mitgliedstaats verrichtet». So kann insbesondere ein Unternehmen mit Sitz in einem Mitgliedstaat, das Arbeitnehmer in das Gebiet eines anderen Mitgliedstaats entsendet und im ersten Mitgliedstaat rein interne Verwaltungstätigkeiten ausführt, nicht Art. 14 Abs. 1 lit. a der Verordnung Nr. 1408/71 für

sich geltend machen (vgl. Ziff. 3 lit. b/ii Abs. 3 des Beschlusses). Wie die nachstehenden Erwägungen zeigen, beruht der Beschluss Nr. 181 im Wesentlichen auf der Rechtsprechung des EuGH.

7.

7.1 Danach ist die Entsenderegelung auch auf einen Arbeitnehmer anwendbar, der ausschliesslich für Arbeiten im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaates als desjenigen eingestellt wird, in dessen Hoheitsgebiet sich der Betrieb befindet, dem er gewöhnlich angehört, sofern die voraussichtliche Dauer der Beschäftigung im Hoheitsgebiet dieses Staates zwölf Monate nicht übersteigt. Um den Betrieb zu bestimmen, dem der Arbeitnehmer «gewöhnlich angehört», komme es darauf an, ob sich aus den gesamten Umständen des Beschäftigungsverhältnisses ergebe, dass er diesem Betrieb unterstehe (Urteil des EuGH vom 5. Dezember 1967 in der Rechtsache 19/67, *Van der Vecht*, Slg. 1967, 461). Im Urteil vom 17. Dezember 1970 in der Rechtssache 35/70, *Manpower*, Slg. 1970, 1251 hat der EuGH festgehalten, der Umstand, dass ein Arbeitnehmer für Arbeiten im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaates als des Sitzstaats des ihn beschäftigenden Unternehmens eingestellt worden sei, schliesse für sich allein die Anwendbarkeit der Entsendebestimmungen nicht aus. Mit Bezug auf Arbeitnehmer eines Unternehmens, die grenzüberschreitend zur Deckung eines vorübergehenden Bedarfs an Fachkräften einem anderen Unternehmen überlassen werden, hat der Gerichtshof in diesem Fall entschieden, der betreffende Arbeitnehmer sei weiterhin als dem Verleihunternehmen zugehörig zu betrachten und nicht jenem des Entleihers. In den Erwägungen führte er aus, es sei das Verleihunternehmen, das mit den Fachkräften Arbeitsverträge abschliesse, in denen die beiderseitigen Rechte und Pflichten geregelt seien, die zwischen ihm und seinen Zeitarbeitnehmern hinsichtlich der von diesen bei den Entleihunternehmen zu verrichtenden Arbeit bestehen. Zwar sei nach diesem Arbeitsvertrag jeder Zeitarbeiter verpflichtet, die Arbeitsbedingungen und Disziplinarvorschriften der Betriebsordnung des Betriebes einzuhalten, in den er entsandt werde. Doch bleibe das Unternehmen, das ihn eingestellt habe, der Mittelpunkt der verschiedenen Rechtsverhältnisse, da es gleichzeitig Vertragspartner des Arbeitnehmers und des Entleihunternehmens sei. Vorausgesetzt wird nach dem Urteil *Manpower* eine Bindung des Zeitarbeitsunternehmens an den Mitgliedstaat, in dem es seine Betriebsstätte hat.

7.2 Im bereits erwähnten Urteil *Fitzwilliam* vom 10. Februar 2000 hat der EuGH diese Voraussetzung als weiterhin anwendbar erklärt und dabei klargestellt, aus dem Zusammenhang des Titels II der Verordnung Nr. 1408/71 und dem Sinn und Zweck des Art. 14 Abs. 1 lit. a ergebe sich, dass nur ein Unternehmen, das im Mitgliedstaat seiner Betriebsstätte gewöhnlich eine nennenswerte Geschäftstätigkeit ausübe, unter diese Bestimmung falle. Überdies hat es Kriterien angeführt, welche eine diesbezügliche Feststellung erlauben. Diese werden im daraufhin ergangenen Beschluss Nr. 181 im Wesentlichen wiedergegeben (vgl. Ziff. 3 lit. b/ii

Abs. 2). Diese Rechtsprechung hat der Gerichtshof im Fall *Plum* bestätigt (Urteil des EuGH vom 9. November 2000 in der Rechtssache C-404/98, Slg. 2000, I-9379). Danach gilt die Vorschrift von Art. 14 Abs. 1 lit. a nicht für Arbeitnehmer eines Unternehmens mit Sitz in einem Mitgliedstaat, die bei Arbeiten im Gebiet eines anderen Mitgliedstaates eingesetzt werden, in dem dieses Unternehmen, abgesehen von reiner Verwaltungstätigkeit, seine gesamte Geschäftstätigkeit ausübt.

8.

8.1 Das kantonale Gericht hat mit Blick auf die Rechtsprechung des EuGH und den Beschluss Nr. 181 Ziff. 3 lit. b erwogen, der Arbeitnehmer unterliege auch dann den Rechtsvorschriften der Schweiz, wenn die schweizerische Arbeitgeberin ihn lediglich für die Erledigung des Auftrages in Schweden eingestellt habe, was von dieser im Übrigen nicht bestritten werde. Eine produktive Beschäftigung in der Schweiz vor der Entsendung sei nicht erforderlich. Ob nach Abschluss der Arbeiten in Schweden eine Weiterbeschäftigung in der Schweiz vorgesehen gewesen sei, könne offenbleiben. Nachdem unbestritten und aktenmässig erstellt sei, dass zwischen der E. Ltd. und dem Forstarbeiter während der Entsendung nach Schweden eine arbeitsrechtliche Bindung bestanden habe, stelle sich einzig noch die Frage, ob diese Firma ihre Geschäftstätigkeit gewöhnlich in der Schweiz ausübe. Nur unter dieser Voraussetzung seien die Rechtsvorschriften der Schweiz im vorliegenden Fall anwendbar. Die Vorinstanz wies daher die Sache zur Abklärung der gewöhnlichen Geschäftstätigkeit der E. Ltd. und abschliessenden Beurteilung an die SUVA zurück.

8.2 Die SUVA stellt sich demgegenüber auf den Standpunkt, die betreffende Person müsse vor ihrem Einsatz im Ausland den Rechtsvorschriften des Entsendestaates unterstellt gewesen sein, wie sich insbesondere aus dem Wortlaut von Art. 14 Abs. 1 lit. a der Verordnung Nr. 1408/71 («weiterhin den Rechtsvorschriften des ersten Mitgliedstaates» unterliegt) ergebe. Diese Voraussetzung sei nicht erfüllt, da der Betroffene weder gewöhnlich einem Schweizer Arbeitgeber angehört habe noch für ihn in der Schweiz tätig gewesen sei. Er habe sich vor dem Auslandeinsatz höchstens zwei Tage in der Schweiz bei seinem Arbeitgeber für Besprechungen, Instruktionen, Schulung und Einarbeitung aufgehalten. Zudem sei nicht erstellt, dass er nach der Tätigkeit im Ausland eine Beschäftigung im Betrieb in der Schweiz hätte aufnehmen können. Überdies sei von der Arbeitgeberin nie eine Entsandtenbescheinigung mittels Formular E101 eingeholt worden. Sodann könne, entgegen der Auffassung der Vorinstanz, dem Beschluss Nr. 181 nicht entnommen werden, dass für nur zum Zweck der Entsendung eingestelltes Personal, welches vor Beginn der Entsendung noch nicht dem Recht des Entsendestaates unterstanden habe, die Rechtsvorschriften dieses Staates geltend würden.

8.3 Das BSV führt in seiner Vernehmlassung aus, Zweck der Entsenderegulation sei es, eine kurzfristige Unterbrechung der Versicherungskarriere zu vermeiden, und nicht, eine faktische Rechtswahl zu ermöglichen.

Arbeitgeber könnten sonst die Rechtsvorschriften des Beschäftigungsstaates dadurch umgehen, dass sie Personen zum Zweck der Entsendung einstellten und damit die Anwendung günstigerer Rechtsvorschriften herbeizuführen vermöchten. Daher werde seit dem 1. Januar 2006 in Rz. 2017.1 der Wegleitung des BSV über die Versicherungspflicht in der AHV/IV (WVP) festgehalten, dass Arbeitnehmende, die ausschliesslich zum Zweck der Entsendung eingestellt würden, nicht als Entsandte betrachtet werden könnten. Eine Entsendung sei in solchen Fällen nur ausnahmsweise zulässig, wenn die Arbeitnehmer vor der Einstellung bereits in der Schweiz versichert gewesen seien.

9.

9.1 Beim Beschwerdegegner handelt es sich um einen österreichischen Staatsangehörigen, der am 17. Februar 2005 eigens zum Zwecke der Instruktion und Vertragsunterzeichnung für zwei Tage in die Schweiz einreiste, ohne unmittelbar vorher als Arbeitnehmer der E. Ltd. oder eines anderen Unternehmens in der Schweiz obligatorisch versichert gewesen zu sein. Ob er bereits in früheren Zeiten vorübergehend in der Schweiz einer Beschäftigung nachgegangen war, ist für die vorliegenden Belange unerheblich (vgl. BGE 132 V 244 E. 4.3.1 S. 248). Der zweitägige Aufenthalt beim Schweizer Unternehmen vom 18. und 19. Februar 2005 diene gemäss Arbeitsrapport der Besprechung, Instruktion, Schulung und Einarbeitung und somit der Vorbereitung des Einsatzes in Schweden. Eine eigentliche Arbeitsleistung kann darin nicht erblickt werden. Vielmehr handelte es sich lediglich um Vorbereitungshandlungen für den von allem Anfang an in Schweden beabsichtigten Arbeitseinsatz. Am 20. Februar 2005 verliess der Beschwerdegegner die Schweiz Richtung Schweden, wo er die im Arbeitsvertrag vorgesehene Tätigkeit in der vereinbarten Funktion als Forstarbeiter aufnahm. Erst mit dieser Beschäftigung, bei der es gemäss dem «Agreement» zwischen der E. Ltd. und der S. AB darum ging, in Schweden bestimmte vom Sturm zerstörte Waldflächen zu säubern, nahm die vertragsgemässe, wirtschaftlich produktive Arbeit ihren Anfang. Somit geht es um einen unmittelbar in einem dritten Mitgliedstaat rekrutierten Arbeitnehmer, welcher zu jenem Zeitpunkt keine aufenthalts- oder beschäftigungsbedingte Anknüpfung an die Schweiz hatte, der von einem schweizerischen Unternehmen aus zur vorübergehenden Arbeitsausübung nach Schweden vermittelt wurde.

9.2 Hinzu kommt, dass die Arbeitsdauer im Arbeitsvertrag vom 10./18. Februar 2005 zwar mit «unbefristet» bezeichnet wurde, seitens der E. Ltd. jedoch keine verbindliche Zusicherung über eine Zusammenarbeit nach dem Schwedeneinsatz vorlag. Einzig im Vertrag zwischen dieser Firma und S. AB war eine Dauer von März bis Dezember 2005 mit Verlängerungsoption («with possibility to extend [non-stop]») vereinbart worden. Die Arbeit in Schweden war von vornherein begrenzt und wurde gemäss den Angaben des Beschwerdegegners im Dezember 2005 auch tatsächlich abgeschlossen. Überdies wird der Betrieb bei der E. Ltd. in den

Wintermonaten jeweils eingestellt. Eine spätere Weiterbeschäftigung beim schweizerischen Unternehmen war lediglich eine Möglichkeit, welche mangels konkreter Abrede indessen nicht mit der erforderlichen Wahrscheinlichkeit voraussehbar war.

9.3 Weder aus der erwähnten Rechtsprechung des EuGH noch aus dem Beschluss Nr. 181 ergibt sich mit der notwendigen Klarheit, ob diese Konstellation der Kollisionsnorm von Art. 13 Abs. 2 oder jener von Art. 14 Abs. 1 der Verordnung Nr. 1408/71 zuzuordnen ist. Das Urteil *Fitzwilliam* vom 10. Februar 2000 betraf ein Zeitarbeitsunternehmen irischen Rechts mit Sitz in Irland, das in Irland ansässige Arbeitnehmer mit irischer Staatsbürgerschaft einem Entleiher in den Niederlanden überlassen hatte.

10.

10.1 Ziel von Art. 14 Abs. 1 lit. a der Verordnung Nr. 1408/71 ist es nach der Rechtsprechung des EuGH insbesondere, die Dienstleistungsfreiheit zugunsten von Unternehmen zu fördern, die Arbeitnehmer in andere Mitgliedstaaten als den Staat ihrer Betriebsstätte entsenden. Die Bestimmung soll Hindernisse für die Freizügigkeit der Arbeitnehmer überwinden helfen sowie die gegenseitige wirtschaftliche Durchdringung fördern und dabei administrative Schwierigkeiten für die Arbeitnehmer und die Unternehmen vermeiden. Ohne die genannte Bestimmung sei ein in einem Mitgliedstaat ansässiges Unternehmen verpflichtet, seine im Übrigen dem System der sozialen Sicherheit dieses Staates unterliegenden Arbeitnehmer beim entsprechenden System eines anderen Mitgliedstaates anzumelden, wenn sie zur Verrichtung von Arbeiten von begrenzter Dauer in diesen entsandt würden. Um dies zu vermeiden, könne es das Unternehmen bei der Anmeldung seiner Arbeitnehmer beim System des ersten Mitgliedstaates belassen, soweit es die Voraussetzungen dieser Dienstleistungsfreiheit beachte (vgl. bereits erwähnte EuGH-Urteile *Fitzwilliam*, Randnrn. 28 f. und *Manpower*, Randnrn. 8 ff.). Dieselben Überlegungen liegen auch dem Beschluss Nr. 181 zugrunde.

10.2 Auf der anderen Seite birgt die Anwendung der Entsenderegelung von Art. 14 Abs. 1 lit. a der Verordnung Nr. 1408/71 auf Einstellungen zum Zwecke der Entsendung die Gefahr von Missbräuchen. Beim Beschluss Nr. 181, der sich diesbezüglich an den Vorgaben des EuGH orientiert, ging es darum, rechtswidrige Anwendungen und Missbräuche (wie namentlich das Phänomen von «Briefkastenfirmen») zu verhindern, weshalb unter anderem gefordert wurde, dass das entsendende Unternehmen «gewöhnlich eine nennenswerte Geschäftstätigkeit im Gebiet» des Entsendestaates ausüben muss. Die Entsendebestimmung soll aber auch keine Rechtswahl durch den Abschluss von Scheinverträgen ermöglichen (zum Ganzen vgl. PRODROMOS MAVRIDIS, *Détachement des travailleurs dans l'Union européenne: le juge national, arbitre ou soumis au principe du pays d'origine?*, in: jtt 2006 Nr. 948 S. 225 ff.; STEINMEYER, a.a.O., N. 5 ff. zu Art. 14 der Verordnung Nr. 1408/71).

10.3 Die in Erwägung 10.1 angeführte Zielsetzung von Art. 14 Abs. 1 lit. a der Verordnung Nr. 1408/71 steht jedenfalls so lange im Vordergrund, als auch der in einem Mitgliedstaat zum Zweck der Entsendung eingestellte Arbeitnehmer daran interessiert sein dürfte, in seinem bisherigen Sozialleistungssystem zu verbleiben (vgl. STEINMEYER, a.a.O., N. 7 zu Art. 14 der Verordnung Nr. 1408/71). Auch wenn vom Wortlaut her die Anwendung der Regelung auf Arbeitnehmer nicht ausgeschlossen ist, die nur zum Zwecke der Entsendung eingestellt worden sind, gilt es dabei die weitere Aufgabe der Entsendevorschrift zu beachten, welche in der Weiterunterstellung des betroffenen Arbeitnehmers unter die Sozialversicherungspflicht der Rechtsvorschriften des Entsendestaates begründet liegt. Dies ist insbesondere dann nicht der Fall, wenn ein Arbeitnehmer, der von einem in einem Mitgliedstaat niedergelassenen Unternehmen eingestellt wird, um in einen anderen Mitgliedstaat entsandt zu werden, und zuvor den Rechtsvorschriften eines dritten Mitgliedstaates oder eines Drittlandes unterstellt war, und umso mehr, wenn er zuvor den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaates unterstellt war, in den er entsandt wird. Bei dieser Sachlage bleibt auch der Verwaltungsaufwand, der durch Art. 14 Abs. 1 der Verordnung Nr. 1408/71 vermieden werden soll, in jedem Fall bestehen, worauf in der Begründungserwägung 13 des Beschlusses Nr. 181 ausdrücklich hingewiesen wird.

10.4 Die Entsendung setzt definitionsgemäss das Weiterbestehen der Unterstellung unter die Rechtsvorschriften des Ursprungslandes voraus. Die Person, die normalerweise eine Erwerbstätigkeit in einem Mitgliedstaat ausübt, und die von ihrem Arbeitgeber in das Gebiet eines anderen Mitgliedstaates entsandt wird, unterliegt weiterhin den Rechtsvorschriften des ersten Mitgliedstaates (vgl. Art. 14 Abs. 1 lit. a der Verordnung Nr. 1408/71). Der Begriff «Entsendung» geht insbesondere davon aus, dass der Arbeitnehmer unmittelbar vor der Entsendung dem System der Sozialen Sicherheit dieses Staates unterstellt war (BETTINA KAHIL-WOLFF, *La coordination européenne des systèmes nationaux de sécurité sociale*, in: Ulrich Meyer [Hrsg.], *Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht*, Band XIV, *Soziale Sicherheit*, 2. Aufl., Basel 2007, S. 191 Rz. 58; KAHIL-WOLFF/PACIFICO, a.a.O., S. 34 f.).

10.5 In diesem Zusammenhang ist anzumerken, dass Art. 12 Abs. 1 der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit (ABl. L 166 vom 30. April 2004; berichtigte Fassung ABl. L 200 vom 7. Juni 2004), der Art. 14 Abs. 1 lit. a der Verordnung Nr. 1408/71 ersetzen wird, die Weiterführung der ursprünglichen Unterstellung in Betracht zieht: «Eine Person, die in einem Mitgliedstaat für Rechnung eines Arbeitgebers, der gewöhnlich dort tätig ist, eine Beschäftigung ausübt und die von diesem Arbeitgeber in einen anderen Mitgliedstaat entsandt wird, um dort eine Arbeit für dessen Rechnung auszuführen, unterliegt weiterhin den Rechtsvorschriften des ersten Mitgliedstaats, so-

fern die voraussehbare Dauer dieser Arbeit vierundzwanzig Monate nicht überschreitet und diese Person nicht eine andere Person ablöst» (in der französischen Fassung: «La personne qui exerce une activité salariée dans un Etat membre pour le compte d'un employeur y exerçant normalement ses activités... »; in der italienischen Fassung: «La persona che esercita un'attività subordinata in uno Stato membro per conto di un datore di lavoro che vi esercita abitualmente le sue attività ed è da questo distaccata ... »). Diese Verordnung begründet zwar keinen Anspruch für den Zeitraum vor dem Beginn ihrer Anwendung (vgl. Art. 87 Abs. 1), doch kann sie gleichwohl zu Interpretationszwecken herangezogen werden (vgl. Urteil des EuGH vom 16. Mai 2006 in der Rechtssache C-372/04, *Watts*, Slg. 2006, I-4325, Randnrn. 65 f.; BETTINA KAHIL-WOLFF/CAROLE SONNENBERG/CHRISTOPH ROHRER, *Récents développements de la coordination des régimes nationaux de sécurité sociale*, in: Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2006/2007, Bern 2007, S. 139), was sich mit Bezug auf die erwähnte Bestimmung auch deshalb rechtfertigt, weil sie die Rechtsprechung des EuGH nachvollzieht (STEINMEYER, a.a.O., N. 13 zu Art. 14 der Verordnung Nr. 1408/71).

10.6 Aus diesen Erwägungen folgt, dass ein Arbeitnehmer, der wie der Beschwerdegegner, von einem Schweizer Unternehmen in einem Mitgliedstaat rekrutiert wird, um unmittelbar in einem weiteren Mitgliedstaat die Erwerbstätigkeit aufzunehmen, die Voraussetzungen einer Entsendung im Sinne von Art. 14 Abs. 1 lit. a der Verordnung Nr. 1408/71 nicht erfüllt. Vielmehr unterliegt er für die zu beurteilende Tätigkeit den Rechtsvorschriften des Beschäftigungslandes gemäss Art. 13 Abs. 2 lit. a der Verordnung Nr. 1408/71.

Tribunal fédéral, Arrêt du 19 août 2008, Doss.-No. 4A_40/2008 (Réformation de la sentence rendue le 17 décembre 2007 par la II^e Chambre civile du Tribunal d'appel du canton du Tessin).

321c CO. L'obligation de diligence et de loyauté impose au travailleur d'annoncer dans des délais brefs à son employeur les heures supplémentaires de travail effectuées. Lorsque l'employeur ne les a pas ordonnées, ni n'est au courant qu'elles ont été effectuées ou qu'elles étaient nécessaires, l'acceptation sans réserve par le travailleur de son salaire habituel équivaut à une renonciation de sa part au versement d'indemnités pour les heures supplémentaires (c. 4.3.1).

341 I CO ne trouve pas application quand le travailleur attend la fin des rapports de travail pour signaler à son employeur qu'il a effectué des heures supplémentaires de travail, à l'insu de celui-ci, durant plus de trois ans (c. 4.3.3).

Extraits des faits:

Dal 1° dicembre 2002 al 31 marzo 2006 B. (opponente) ha lavorato alle dipendenze di A. SA (ricorrente) presso l'hotel X. di Lugano in qualità di chef de rang. Al termine del rapporto di lavoro egli ha formulato alcune richieste nei confronti di A. SA, che non vi ha dato alcun seguito. Il 20 giugno 2006 B. l'ha dunque convenuta dinanzi alla Pretura del Distretto di Lugano onde ottenere la consegna di un determinato certificato di lavoro così come il versamento di fr. 3057.85, quale differenza tra il salario percepito e quello previsto dal contratto di lavoro, nonché di fr. 22 208.35, quale indennità per 825,5 ore di lavoro straordinario effettuate tra il 2002 e il 2006.

Con sentenza del 15 febbraio 2007 il pretore ha accolto l'azione limitatamente al certificato di lavoro e alla prima pretesa pecuniaria; egli ha per contro integralmente respinto la domanda tendente al pagamento delle ore di lavoro straordinario. Adita dal soccombente, la II Camera civile del Tribunale d'appello del Cantone Ticino ha riformato nel giudizio del 17 dicembre 2007 la pronunzia di primo grado e condannato A. SA a versare a B. l'importo netto di fr. 24 200.35, oltre interessi.

Prevalendosi di un accertamento manifestamente inesatto dei fatti (art. 97 LTF) e della violazione del diritto federale, segnatamente dell'art. 2 e 8 CC, dell'art. 321c e 343 cpv. 4 CO nonché delle norme del Contratto collettivo nazionale di lavoro dell'industria alberghiera e della ristorazione del 1998 (CCNL), il 29 gennaio 2008 A. SA è insorta dinanzi al Tribunale federale con un ricorso in materia civile volto ad ottenere – previa concessione dell'effetto sospensivo al gravame – la modifica della sentenza cantonale nel senso di respingere l'appello e confermare il giudizio di prima istanza; in via subordinata chiede che gli atti vengano ritornati all'autorità cantonale per nuova decisione. La domanda di conferimento dell'effetto sospensivo è stata respinta il 19 febbraio 2008.

Extraits des considérants:

3.

Prima di procedere all'esame del ricorso appare utile illustrare il contesto giuridico nel quale si situa la controversia, che verte sulla remunerazione delle ore di lavoro straordinario che l'opponente asserisce di aver effettuato tra il 2002 e il 2006.

3.1 Innanzitutto si rileva che il contratto di lavoro concluso dalle parti è assoggettato al Contratto collettivo nazionale di lavoro dell'industria alberghiera e della ristorazione del 1998 (CCNL), al quale – come ricordato nel ricorso – è stato conferito carattere obbligatorio generale, indi per cui esso vale quale diritto privato federale (cfr. sentenza del 24 agosto 2006 nella causa 4C.141/2006, pubblicata in SZZP 2007 pag. 165 segg., consid. 3.2).

3.2 Giusta l'art. 15 n. 5 cpv. 1 prima frase CCNL «gli straordinari sono ore di lavoro che superano la durata media della settimana lavorativa concordata», che in concreto, stando a quanto indicato nel contratto di lavoro versato agli atti, era di 42 ore. Il contratto non contiene per contro nessuna indicazione in merito all'orario di lavoro pattuito.

Le ore di lavoro straordinario devono di principio essere compensate con tempo di lavoro di pari durata entro un termine ragionevole; qualora ciò non sia possibile, gli straordinari devono essere pagati al più tardi alla fine del rapporto di lavoro (art. 15 n. 5 cpv. 1 seconda frase e cpv. 2 CCNL).

3.3 L'art. 8 CC stabilisce che, ove la legge non disponga altrimenti, chi vuol dedurre il suo diritto da una circostanza di fatto da lui asserita, deve fornirne la prova.

3.3.1 Incombe pertanto al lavoratore l'onere di provare di aver svolto delle ore di lavoro straordinario su ordine del datore di lavoro rispettivamente nel suo interesse, perché le circostanze esigevano un tempo di lavoro maggiore di quello pattuito (cfr. art. 321c CO; sentenza del 24 agosto 2006 nella causa 4C.141/2006, pubblicata in SZZP 2007 pag. 165 segg. consid. 4.2.2; sentenza inedita del 13 agosto 2004 nella causa 4C.92/2004 consid. 3.2; JUDITH BREGNARD-LUSTENBERGER, *Überstunden- und Überzeitarbeit*, Berna 2006, pag. 216).

Egli non è tenuto a dimostrare la necessità del lavoro straordinario se è in grado di provare che il datore di lavoro era al corrente delle ore supplementari da lui effettuate e non ha mosso alcuna obiezione, ciò che equivale a un'approvazione tacita, per atti concludenti (DTF 86 II 155 consid. 2 pag. 157; JUDITH BREGNARD-LUSTENBERGER, op. cit., § 13/A.I.1 pag. 218).

L'onere a carico del lavoratore è più arduo qualora egli abbia svolto il lavoro straordinario di sua spontanea iniziativa, all'insaputa del datore di lavoro. In una simile evenienza egli deve provare di averne tempestivamente dato comunicazione al datore di lavoro onde ottenere la sua approvazione (esplicita o per atti concludenti). In caso contrario si espone al rischio che l'attività da lui svolta non venga riconosciuta come lavoro straordinario (DTF 116 II 69 consid. 4b pag. 71).

3.3.2 Secondo la giurisprudenza, qualora il lavoratore abbia dimostrato di aver svolto delle ore supplementari, il cui numero non può più essere stabilito in modo esatto, il giudice può stimarlo in applicazione dell'art. 42 cpv. 2 CO (DTF 128 III 271 consid. 2b/aa).

In una sentenza inedita del 15 giugno 2006 nella causa 4C.142/2005, al consid. 5.2 (con rinvio alla DTF 122 III 219 consid. 3a pag. 221) il Tribunale federale ha ammesso che la facilitazione concessa dall'art. 42 cpv. 2 CO può, di principio, riferirsi anche all'effettiva prestazione delle ore di lavoro straordinario. Il Tribunale federale ha tuttavia rammentato che questa eventualità presuppone che non sia possibile o ragionevolmente esigibile apportare la prova piena del fatto asserito a causa della natura di questo

stesso fatto, ciò che appare essere difficilmente il caso quando si tratta di dimostrare che sono state eseguite delle ore di lavoro straordinario.

Il Tribunale federale ha inoltre già avuto modo di specificare che l'alleggerimento dell'onere probatorio non conduce al rovesciamento dell'onere della prova (DTF 128 III 271 consid. 2b/aa pag. 276).

Nella misura del possibile il lavoratore deve allegare e provare tutte le circostanze che permettono di valutare il numero di ore supplementari eseguite, poiché la conclusione per cui le ore supplementari sono state eseguite nella misura asserita deve imporsi al giudice con una certa forza (sentenza del 24 agosto 2006 nella causa 4C.141/2006, pubblicata in SZZP 2007 pag. 165 segg. consid. 4.2.2).

3.3.3 Come ricordato dalle autorità giudiziarie ticinesi, il CCNL concede un'ulteriore facilitazione probatoria a favore del lavoratore in questo ambito.

Posto che l'art. 15 n. 7 CCNL impone al datore di lavoro l'obbligo di rilevare le ore di lavoro svolte dal dipendente, l'art. 21 n. 3 CCNL stabilisce che, se il datore di lavoro non adempie a tale obbligo, «in caso di controversia verrà ammesso come prova il controllo effettuato dal collaboratore». Questa norma non comporta un vero e proprio rovesciamento dell'onere della prova, com'era invece il caso sotto l'egida del CCNL precedentemente in vigore (cfr. sentenza inedita dell'8 marzo 2004 nella causa 4C.7/2004 consid. 2.2.3); essa attribuisce al controllo effettuato dal lavoratore valenza probatoria e non solo di allegazione di parte (cfr. sentenza inedita del 20 maggio 2005 nella causa 4P.80/2005 consid. 3; STREIFF/VON KAENEL, *Arbeitsvertrag*, 6a ed., n. 10 ad art. 321c CO).

4.

Nella fattispecie in rassegna la Corte cantonale ha stabilito che non esiste un controllo dell'orario di lavoro effettivo eseguito o sottoscritto dalla ricorrente, né tantomeno un conteggio delle ore effettive di lavoro allestito da quest'ultima e sottoposto per la firma una volta al mese al dipendente ai sensi dell'art. 15 n. 7 CCNL. In queste circostanze, i giudici della massima istanza ticinese, visto l'art. 21 n. 3 CCNL, hanno reputato di poter conferire valore probatorio al controllo del tempo di lavoro tenuto dall'opponente, anche se non è stato provato ch'egli abbia notificato le ore di lavoro straordinario durante la vigenza del contratto.

4.1 Dinanzi al Tribunale federale la ricorrente non contesta l'accertamento secondo il quale non ha ossequiato l'obbligo di rilevare le ore svolte dal dipendente (art. 15 n. 7 prima frase CCNL). Essa afferma di essersi avvalsa della facoltà prevista dall'art. 15 n. 7 seconda frase CCNL e di aver affidato tale mansione all'opponente, il quale l'ha effettivamente svolta.

Sennonché, avendo egli omesso di presentarle mensilmente i suoi conteggi per firma, questi non possono avere la valenza probatoria ammessa dalla Corte cantonale. Quest'argomentazione non merita di essere approfondita siccome fondata su di una tesi di fatto – quella secondo la quale

le parti avrebbero pattuito che sarebbe stato il dipendente a tenere il controllo delle ore di lavoro – priva di ogni riscontro nella sentenza impugnata, ovvero nuova e pertanto inammissibile (art. 99 cpv. 1 LTF).

4.2 Sia come sia, la ricorrente reputa irrilevante, ai fini del giudizio, il mancato allestimento del conteggio delle ore di lavoro da parte sua, prescritto dagli art. 15 n. 7 e 21 n. 2 CCNL.

Richiamandosi alla DTF 129 III 171, sostiene infatti che l'opponente avrebbe in ogni caso dovuto segnalarle in tempi brevi le ore di lavoro straordinario da lui effettuate, pena la perenzione della sua pretesa. Ora, come attestato anche nella sentenza impugnata, egli non ha mai notificato alla datrice di lavoro le ore di lavoro straordinario, nemmeno in occasione dei due cambiamenti di direzione avvenuti nel 2003 e nel 2004. Il suo silenzio equivale a una rinuncia alla remunerazione del lavoro straordinario che asserisce di aver prestato nel periodo 2002–2006. Qualora egli avesse comunicato per tempo quanto stava accadendo, la ricorrente avrebbe potuto adottare – se necessario – adeguati provvedimenti per evitare il lavoro straordinario; di certo non gli avrebbe permesso di cumulare 825 ore supplementari non pagate. In simili circostanze, conclude la ricorrente, ammettere un indennizzo viola il principio della buona fede ex art. 2 CC.

4.3 La censura è fondata.

4.3.1 L'alleggerimento dell'onere probatorio concesso al lavoratore dal CCNL, di cui si è detto al consid. 3.3.3, non dispensa il dipendente che svolge ore di lavoro straordinario all'insaputa del datore di lavoro – com'è il caso in esame, dato che non è mai stato preteso che queste fossero state ordinate dalla ricorrente o ch'essa ne fosse altrimenti al corrente – dall'obbligo di notificare in tempi brevi la loro esecuzione.

Tale obbligo di notifica sgorga dal dovere generale di diligenza e lealtà che il lavoratore ha nei confronti del suo datore di lavoro (JUDITH BREGNARD-LUSTENBERGER, op. cit., § 5/A.II.4a pag. 74 seg., § 13/A.I.2 pag. 219).

Come già spiegato nella DTF 129 III 271, il datore di lavoro ha un interesse evidente ad essere informato in tempi brevi della necessità di eseguire ore di lavoro al di là del tempo di lavoro inizialmente pattuito; a maggior ragione se – come sembra essere il caso nella fattispecie, vista la frequenza con la quale l'opponente afferma di aver svolto ore supplementari – tale necessità è costante. Il lavoratore dev'essere consapevole che solo in questo modo il datore di lavoro può decidere come procedere nel futuro, segnatamente se egli intende autorizzare l'esecuzione «regolare» delle ore di lavoro straordinario oppure adottare altri provvedimenti. Di conseguenza, se il datore di lavoro non è a conoscenza della necessità di svolgere del lavoro straordinario né si può affermare ch'egli dovesse esserlo tenuto conto delle circostanze del caso concreto, si deve concludere che l'accettazione senza riserve del salario abituale equivale alla rinuncia al versamento di un'indennità per le ore supplementari prestate. Se invece il lavoratore può in buona fede ritenere che il datore di lavoro sia a cono-

scenza della necessità di svolgere del lavoro straordinario, egli può anche attendere con la notifica delle ore fornite (DTF citato consid. 2.3).

4.3.2 In concreto, i giudici cantonali hanno stabilito che l'opponente non è stato in grado di provare di aver mai comunicato alla ricorrente, tra il 2003 e il 2006, le ore di lavoro straordinario che afferma di aver svolto né tantomeno ha dimostrato ch'essa ne fosse al corrente o che avrebbe dovuto esserlo. Non solo. Dall'istruttoria è emerso che durante questo stesso periodo egli ha regolarmente sottoscritto senza nulla obiettare le tabelle ricapitolative «controllo dei giorni di lavoro» allestite dalla ricorrente.

In queste circostanze, tenuto conto di quanto sopra esposto, si deve ritenere che, omettendo di notificare le ore di lavoro straordinario asseritamente eseguite, l'opponente ha rinunciato alla loro remunerazione. La pretesa da lui avanzata a questo titolo deve pertanto venire respinta, a prescindere dalla questione della valenza probatoria dei suoi conteggi personali.

4.3.3 L'art. 341 cpv. 1 CO – evocato nella sentenza impugnata – non può essere di nessun giovamento all'opponente.

In virtù di tale norma, nella DTF 126 III 337 consid. 7b pag. 344 il Tribunale federale ha precisato che non commette abuso di diritto il lavoratore che rivendica il pagamento del lavoro straordinario nonostante sia trascorso del tempo.

Questa giurisprudenza non si attaglia alla fattispecie in esame. In concreto, infatti, al lavoratore non viene rimproverato di aver atteso sino alla fine del contratto per chiedere la remunerazione delle ore supplementari da lui eseguite, bensì di aver atteso la fine del rapporto di lavoro per segnalare ch'egli le ha eseguite, all'insaputa della ricorrente, durante oltre tre anni (sulla distinzione fra l'obbligo di segnalazione e la rivendicazione cfr. anche JUDITH BREGNARD-LUSTENBERGER, op. cit., § 5/A.II.4b pag. 77 seg.).

5.

Da tutto quanto esposto discende l'accoglimento del ricorso e l'annullamento della sentenza impugnata, siccome lesiva del diritto federale. La pronunzia del Tribunale d'appello viene dunque modificata nel senso della reiezione dell'appello, ciò che implica la conferma della pronunzia pretorile.

Bundesgericht, Urteil vom 3. September 2008, Doss.-Nr. 2C_212/2008 (Bestätigung des Urteils des Tribunal administratif du canton de Genève vom 22. Januar 2008), in: BGE 134 II 265.

Tribunal fédéral, Arrêt du 3 septembre 2008, Doss.-No. 2C_212/2008 (Confirmation de l'arrêt du Tribunal administratif du canton de Genève du 22 janvier 2008), in: ATF 134 II 265.

ArG 18 und 27; ArGV2 26; Verbot der Sonntagsarbeit; Ausnahme für Tankstellenshops an Hauptverkehrswegen mit starkem Reiseverkehr; Kanton Genf.

Grundsatz des Verbots der Sonntagsarbeit und Übersicht über die möglichen Abweichungen hievon (E. 4.1); Streitgegenstand (E. 4.2).

Zum Begriff der «Hauptverkehrswege mit starkem Reiseverkehr»: Tragweite und Zielsetzung von ArGV2 26 IV (E. 5).

18 et 27 LTr; 26 OLT2; interdiction du travail dominical; exception en faveur des magasins («shops») des stations-service situés le long d'axes de circulation importants à forte fréquentation touristique; canton de Genève.

Principe de l'interdiction de travailler le dimanche et aperçu des dérogations possibles (c. 4.1); objet du litige (c. 4.2).

Notion «d'axes de circulation importants à forte fréquentation touristique»: portée et but de l'art. 26 IV OLT 2 (c. 5).

Faits:

Par décisions des 23/24 janvier 2006 prises à la suite de nouvelles directives fédérales, le Service cantonal genevois de l'inspection et des relations du travail (ci-après: le Service cantonal) a interdit à de nombreuses stations-service du canton d'employer du personnel le dimanche et les jours fériés assimilés, sous réserve des membres de la famille visés par la loi; ces décisions retiennent notamment que les magasins des stations-service concernées ne se situent pas «le long d'axes de circulation importants à forte fréquentation touristique».

Quarante-neuf stations-service du canton de Genève ont recouru contre les décisions d'interdiction prises à leur encontre.

Par arrêt du 22 janvier 2008, le Tribunal administratif du canton de Genève (ci-après: le Tribunal administratif) a rejeté le recours à l'égard de 23 stations-service et l'a partiellement admis pour les 26 autres.

La société Y. SA, à Genève, qui exploite un garage et une station-service en ville de Genève, dépose un recours en matière de droit public contre l'arrêt précité du Tribunal administratif. Elle se plaint notamment de mauvaise interprétation et application de la législation fédérale sur le travail et conclut à l'annulation de l'arrêt attaqué.

Le Tribunal fédéral a rejeté le recours.

Extraits des considérants:

4.

4.1 Le principe de l'interdiction de travailler le dimanche est ancré à l'art. 18 de la loi fédérale du 13 mars 1964 sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (loi sur le travail, LTr; RS 822.11). Les déroga-

tions à cette interdiction sont en principe soumises à autorisation (cf. art. 19 al. 1 LTr). Les conditions mises à l'obtention de ces dérogations sont précisées aux art. 27 et 28 de l'ordonnance 1 du 10 mai 2000 relative à la loi sur le travail (OLT 1; RS 822.111).

A côté de ce régime dérogatoire soumis à autorisation, l'art. 27 al. 1 LTr prévoit que certaines catégories d'entreprises ou de travailleurs peuvent, dans la mesure où leur situation particulière le rend nécessaire, être soumises par voie d'ordonnance à des dispositions spéciales remplaçant en tout ou en partie certaines prescriptions légales, comme l'interdiction de travailler le dimanche prévue à l'art. 18 LTr. De telles dispositions peuvent être édictées pour les différentes entreprises énumérées de manière exemplative (cf. THOMAS GEISER/ADRIAN VON KAENEL/RÉMY WYLER, *Loi sur le travail*, Berne 2005, n. 5 ad art. 27 LTr; ROLAND A. MÜLLER, *Arbeitsgesetz*, 6^e éd., Zurich 2001, p. 117 ad art. 27 LTr) à l'art. 27 al. 2 LTr. Cette disposition mentionne entre autres les entreprises qui satisfont aux besoins du tourisme (let. c) ou qui approvisionnent des véhicules en carburant ou bien les entretiennent et les réparent (let. h).

Le Conseil fédéral a fait usage de la délégation de compétence prévue à l'art. 27 al. 1 LTr en promulguant l'ordonnance 2 du 10 mai 2000 relative à la loi sur le travail (OLT 2, Dispositions spéciales pour certaines catégories d'entreprises ou de travailleurs; RS 822.112). Ce texte précise les possibilités de dérogations aux prescriptions légales en matière de durée du travail et de repos; il désigne également les catégories d'entreprises ou groupes de travailleurs auxquels s'appliquent ces dérogations et définit leur étendue (cf. art. 1^{er} OLT 2). En vertu des art. 3 et 4 al. 2 OLT 2, les catégories d'entreprises visées dans la section 3 de l'ordonnance (art. 15 à 52 OLT 2) peuvent, sans autorisation officielle, occuper des travailleurs pendant la totalité ou une partie du dimanche. Bénéficient notamment d'une telle dérogation «pour tout le dimanche» les entreprises de la branche automobile pour les travailleurs qu'elles affectent à l'approvisionnement des véhicules en carburant (cf. art. 46 OLT 2) ainsi que les kiosques et les entreprises de services aux voyageurs pour les travailleurs qu'ils affectent aux services aux voyageurs (cf. art. 26 al. 1 et 2 OLT 2). Aux termes de l'art. 26 al. 4 OLT 2, «sont réputés entreprises de services aux voyageurs les points de vente et entreprises de prestation de services situés dans le périmètre de gares, aéroports, stations de transports publics et dans les localités frontalières, ainsi que les magasins des stations-service situés sur les aires des autoroutes ou le long d'axes de circulation importants à forte fréquentation touristique, dont les marchandises ou les prestations répondent principalement aux besoins particuliers des voyageurs».

4.2 La décision du Service cantonal à l'origine du présent litige ne fait pas suite à une demande de la recourante tendant à obtenir une dérogation à l'interdiction d'occuper des travailleurs le dimanche au sens de l'art. 19 LTr. Du reste, seul le SECO serait compétent pour accorder ou refuser une telle autorisation (cf. art. 19 al. 4 LTr). En fait, il s'agit d'une

décision constatatoire négative prise d'office par l'autorité cantonale compétente en vertu de son pouvoir d'exécuter la loi fédérale sur le travail et ses ordonnances (cf. art. 41 al. 1 LTr). Plus précisément, la décision constate que la recourante peut, comme entreprise de la branche automobile, bénéficier de la dérogation prévue à l'art. 46 OLT 2 et, à ce titre, employer du personnel le dimanche sans autorisation officielle pour vendre du carburant ainsi que certains accessoires pour automobiles, mais qu'elle ne remplit en revanche pas les conditions pour profiter d'une telle dérogation en qualité d'entreprise de services aux voyageurs au sens de l'art. 26 al. 2 OLT 2. Le litige porte ainsi sur le point de savoir si la recourante entre dans cette dernière catégorie d'entreprises telle que définie à l'al. 4 de la disposition précitée.

5. (...)

5.1 La notion «d'axes de circulation importants à forte fréquentation touristique» mentionnée à l'art. 26 al. 4 OLT 2 ne vise pas les seuls touristes, comme le soulignent les directives du SECO (Commentaire de l'ordonnance 2 relative à la loi sur le travail, état novembre 2006, fiche 226, p. 1 s.; ci-après cité: les directives du SECO), mais tous les voyageurs. Cette interprétation correspond aux versions allemande et italienne du texte qui parlent respectivement d'axes de circulation importants «mit starkem Reiseverkehr» et «con traffico intenso», sans aucune référence à l'éventuelle dimension touristique dudit trafic. La possibilité de prévoir une dérogation pour les entreprises qui satisfont aux besoins du tourisme fait du reste l'objet d'une disposition spéciale de l'ordonnance 2 (art. 25 OLT 2) édictée sur la base de la délégation expresse du législateur fédéral prévue à l'art. 27 al. 2 let c LTr (cf. arrêts 2A.704/2005 du 4 avril 2006, consid. 3.3 et 2A.578/2000 du 24 août 2001, consid. 4). En réalité, l'art. 26 al. 4 OLT 2 fait partie des dérogations à la loi qui ne sont pas mentionnées explicitement à l'art. 27 al. 2 LTr, mais que le Conseil fédéral peut prévoir en vertu de la délégation de compétence de l'art. 27 al. 1 LTr (implicitement en ce sens, cf. arrêt 2A.211/2006 du 16 janvier 2007, consid. 3.1, publié in *Revue de droit du travail et d'assurance-chômage* [DTA] 2007 p. 110; ROLAND A. MÜLLER, op. cit., p. 117 ad art. 27 LTr).

5.2 L'art. 26 al. 4 OLT 2 a pour objectif de permettre aux voyageurs circulant sur des autoroutes ou des axes de circulation importants d'obtenir facilement et rapidement les marchandises et services dont ils peuvent avoir besoin en chemin. Les prestations ainsi offertes ne visent pas à satisfaire les besoins quotidiens de la population, mais doivent correspondre à un assortiment limité de produits et de services répondant spécifiquement aux attentes des voyageurs (cf. arrêt précité 2A.704/2005 du 4 avril 2006, consid. 5.2), le but étant que ceux-ci puissent avoir accès aisément à ces prestations de base sur leur trajet (sur les articles pouvant être proposés à la vente dans le canton de Genève, cf. art. 2 al. 4 du règlement d'exécution du 21 février 1969 de la loi sur les heures de fermeture des magasins [RHFM; RSG I 1 05.01] et la directive administrative n° 2003/1 du 15 septembre

2003 relative à ce règlement édictée par l'Office cantonal de l'inspection du commerce). En principe, les stations-service offrant de telles prestations doivent se trouver directement en bordure des axes en cause, afin d'être facilement accessibles aux voyageurs. Selon la jurisprudence, il n'est cependant pas exclu qu'une station-service, bien que non située directement sur un axe de circulation important, puisse remplir les exigences de l'art. 26 al. 4 OLT 2, à condition que sa clientèle (plus précisément celle de son shop) soit effectivement composée, le dimanche, pour une large part de voyageurs empruntant un axe de circulation important situé à proximité immédiate (cf. arrêt précité 2A.211/2006 du 16 janvier 2007, consid. 3.3).

5.3 Selon les directives du SECO, la notion d'axes de circulation importants à forte fréquentation par les voyageurs désigne les voies principales de circulation qui relient localités importantes, cantons ou Etats, et qui constituent les principales voies d'accès pour le gros du trafic de voyageurs. La notion vise donc les trajets d'une certaine distance. Elle ne comprend toutefois pas seulement les autoroutes, mais aussi les routes cantonales qui remplissent cette fonction dans les régions ne disposant pas de voies rapides ou de semi-autoroutes. En revanche, ni le trafic pendulaire quotidien entre localités voisines ni le trafic local ne sont considérés par les directives du SECO comme représentant une fraction importante de la circulation des voyageurs (fiche 226 p. 2).

Le Département fédéral de l'économie souligne, dans ses observations sur le recours, que les cantons disposent d'un certain pouvoir d'appréciation pour déterminer les routes qui répondent, sur leur territoire, à la définition d'axes de circulation importants («Hauptverkehrswege»; «strade principali») au sens de l'art. 26 al. 4 OLT 2.

5.4 Sur la base des directives du SECO, le Service cantonal a établi une liste des routes visées par l'art. 26 al. 4 OLT 2 dans le canton de Genève. Cette liste comprend les voies suivantes: la route Suisse, la route de Ferney, la route de Meyrin, la route de Saint-Julien, la route d'Annecy, la route du Pas-de-l'Echelle, la rue de Genève, la route de Thonon, la route d'Hermance et la route Blanche.

Le Tribunal administratif a estimé que les axes pris en compte par le Service cantonal «constituent indubitablement les routes les plus importantes pour entrer dans le canton et en sortir». Il a néanmoins complété la liste en y ajoutant l'axe de circulation qui relie la route de Saint-Julien à l'aéroport international de Genève pour former la «moyenne ceinture» (soit l'avenue des Communes-Réunies, Pont Butin, l'avenue de l'Ain et la route de Pailly); bien que doublé d'un tronçon autoroutier, cet axe représente en effet, selon les premiers juges, l'itinéraire alternatif le plus direct pour les voyageurs qui souhaitent soit se rendre à l'aéroport, soit simplement traverser Genève en provenance ou à destination de la France, sans emprunter l'autoroute de contournement qui implique l'achat d'une vignette autoroutière. Dans la mesure où la station-service de la recourante ne se trouve le long d'aucune des routes précitées, le Tribunal administratif a jugé qu'elle

n'est pas située le long d'un axe de circulation important à forte fréquentation par les voyageurs au sens de l'art. 26 al. 4 OLT 2.

5.5 Pour contester le point de vue du Tribunal administratif, la recourante développe une motivation qui trahit une mauvaise compréhension de l'art. 26 al. 4 OLT 2, son argumentation s'épuisant dans la démonstration que son entreprise se trouve dans une rue à fort trafic. Or, la disposition précitée subordonne explicitement son application aux magasins des stations-service situées le long d'un axe de circulation à deux conditions distinctes, à savoir que cet axe soit «important» et – au surplus – «à forte fréquentation (de voyageurs)». Autrement dit, un axe de circulation au sens de la norme litigieuse ne se définit pas, contrairement à l'opinion de la recourante, par la seule densité du trafic absorbé. Il faut qu'indépendamment de sa fréquentation, l'axe entrant en ligne de compte soit objectivement important pour le trafic des voyageurs. A cet égard, la symétrie établie par l'art. 26 al. 4 OLT 2 entre de tels axes et les autoroutes confirme que, conformément aux directives du SECO, ne sont visées que les routes utilisées pour effectuer des trajets d'une certaine distance, mais non celles qui prennent en charge un trafic essentiellement local voire régional. Cette interprétation relativement étroite de la notion d'axes de circulation importants à forte fréquentation par les voyageurs est du reste la seule qui soit véritablement compatible avec la ratio legis de l'art. 26 al. 4 OLT 2. En effet, les «besoins particuliers des voyageurs» en marchandises et prestations (de base) au sens de cette disposition se font surtout sentir sur de longs trajets, mais ne sauraient, à proprement parler, se manifester sur de courtes distances.

En outre, dans la mesure où la disposition litigieuse consacre une dérogation au principe général de l'interdiction du travail dominical, elle doit en toute hypothèse être interprétée restrictivement et non pas extensivement (cf. ATF 126 II 106 consid. 5a p. 109 s.; arrêt 2A.26/2005 du 14 juin 2005, consid. 3.2.2, partiellement reproduit in SJ 2006 I p. 13), quand bien même les habitudes des consommateurs auraient, le cas échéant, subi une certaine évolution depuis l'adoption de la règle (cf. arrêt précité 2A.704/2005 du 4 avril 2006, consid. 3.1). Cette conception correspond à la volonté du législateur (cf. HANS PETER TSCHUDI, *La protection des travailleurs en droit suisse*, Berne 1987, p. 82) et à l'objectif de protection des travailleurs que poursuit en premier lieu l'art. 18 LTr (cf. arrêt 2A.542/2001 du 1^{er} octobre 2002, consid. 4.1). Il est vrai, comme le souligne la recourante, qu'une certaine tendance à l'extension du travail dominical semble se dessiner (cf. GEISER/VON KAENEL/WYLER, op. cit., n. 2 ad art. 18 LTr). Toutefois, si un assouplissement des dérogations existantes ou de nouvelles dérogations expriment une évolution récente intervenue dans la société, il revient au législateur de modifier dans la mesure utile la loi fédérale sur le travail et/ou ses ordonnances d'application. C'est par exemple ce qui a été fait lors de l'introduction de l'art. 27 al. 1^{er} LTr concrétisé à l'art. 26a OLT 2 (nouvelle du 8 octobre 2004 entrée en vigueur le 1^{er} avril

2006; RO 2006 p. 961, 963), qui a soustrait au régime ordinaire – restrictif – de l’art. 26 OLT 2 les magasins et les entreprises de service situés dans les aéroports et dans les gares à forte fréquentation considérées comme des centres de transports publics (cf. Rapport du 17 février 2004 de la Commission de l’économie et des redevances du Conseil national concernant l’initiative parlementaire sur les heures d’ouverture des commerces dans les centres de transports publics [FF 2004 p. 1485] et Avis du Conseil fédéral du 5 mars 2004 sur l’initiative et le rapport précités [FF 2004 p. 1493]). De même, plus récemment, le législateur a adopté l’art. 19 al. 6 LTr (nouvelle du 21 décembre 2007 en vigueur depuis le 1^{er} juillet 2008; RO 2008 p. 2903), qui donne aux cantons la compétence de fixer au plus quatre dimanches par an pendant lesquels le personnel peut être employé dans les commerces sans qu’une autorisation soit nécessaire (sur l’exposé des motifs de cette révision, cf. FF 2007 p. 4051, 4059). En revanche, il n’appartient pas au juge d’interpréter de manière large et contraire à l’esprit de la loi les exceptions au travail dominical, car cela reviendrait à vider de sa substance le principe de l’interdiction de travailler le dimanche expressément inscrit à l’art. 18 LTr.

Tribunal fédéral, Arrêt du 12 septembre 2008, Doss.-No. 4A_279/2008 (Confirmation du jugement du Tribunal cantonal du canton du Valais, Cour civile II, du 30 avril 2008).

CPC VS. Répartition des frais opérés par l’autorité cantonale. Le code de procédure civile valaisan confère au juge un très large pouvoir d’appréciation dans la répartition des frais. En particulier, il ne lui est en aucun cas imposé de répartir ceux-ci dans une proportion qui corresponde mathématiquement à la différence entre les conclusions et les montants finalement alloués (c. 3.3.1).

49 et 336a CO. L’allocation d’une indemnité pour licenciement abusif correspondant à seulement trois mois de salaire n’est pas incompatible avec le principe de l’allocation d’une indemnité pour tort moral. La jurisprudence admet en effet le versement d’une indemnité pour tort moral selon 49 CO indépendamment de l’indemnité prévue à 336a CO, lorsque le préjudice subi ne résulte pas de la cause liée au caractère abusif du congé (c. 4.2.1).

Extraits des faits:

Y. SA (intimée), qui a pour but l’exploitation d’un commerce de produits laitiers, a engagé X. (recourant), avec effet au 1^{er} décembre 2000, en qualité de chauffeur-livreur. Le salaire mensuel de l’employé, perçu treize fois l’an, a été fixé à 4000 fr., pour une durée hebdomadaire de travail de 47 heures, réparties sur cinq à six jours, et vingt-cinq jours de vacances

annuelles. A partir de 2002, X. a travaillé presque systématiquement six jours sur sept. Par lettre du 29 janvier 2002, Y. SA a rendu X. attentif à son devoir de respecter les pauses. En mars 2003, elle lui a adressé un avertissement, en raison de sa lenteur dans le chargement de son camion et de son refus d'obéir aux instructions de son supérieur, d'une part, et d'exécuter le travail demandé, d'autre part. Par lettre du 31 juillet 2003, un nouvel avertissement est parvenu à l'employé; il lui était fait grief de ne pas avoir répondu à la convocation du même jour, d'avoir communiqué le numéro de téléphone direct du chef logistique à plusieurs clients, de ne pas respecter la chaîne du froid et de ne pas faire signer les bulletins de livraison. Du 4 août 2003 au 29 février 2004, X. a été totalement incapable de travailler, en raison d'une dépression majeure et d'un état d'épuisement. Dès le 19 novembre 2003, la caisse-maladie V. a versé à l'employeur avec effet rétroactif au 3 septembre 2003 des indemnités journalières à concurrence de 80% du salaire. Le 25 septembre 2003, Y. SA a résilié le contrat de travail la liant à X. La résiliation a été réitérée le 14 novembre 2003, avec effet dès le 31 janvier 2004. En mars et avril 2004, ainsi que durant la saison d'hiver 2004–2005, X. a bénéficié des prestations de l'assurance-chômage. Entre ces deux périodes et de mars à novembre 2005, il a à nouveau travaillé comme salarié pour le compte de tiers.

Par mémoire-demande du 22 octobre 2003, X. a ouvert action contre Y. SA. Dans leur dernier état, ses conclusions visaient notamment à faire condamner la défenderesse au versement de 25 591 fr. 65 (fin des rapports de travail), 12 415 fr. 80 (heures de nuit), 6827 fr. 16 (heures supplémentaires), 2841 fr. 30 (vacances), 25 000 fr. (tort moral), 24 900 fr. (indemnité pour résiliation abusive), sous déduction des montants versés par la défenderesse après le dépôt de la demande à raison de 33 771 fr. 15. Statuant le 30 avril 2008, la Cour civile II du Tribunal cantonal valaisan a notamment prononcé que la défenderesse paiera au demandeur 7110 fr. 85, avec intérêts à 5% dès le 1^{er} février 2004, et 5000 fr., avec intérêts à 5% dès le 14 novembre 2003. Les frais de procédure et de jugement, par 19 900 fr., ont été répartis à raison de 14 925 fr. à la charge du demandeur et de 4975 fr. à la charge de la défenderesse. Enfin, le demandeur a été condamné à verser à la défenderesse 6600 fr. à titre de dépens et 4975 fr. à titre de remboursement d'avances; la défenderesse a été condamnée à verser au demandeur 2300 fr. à titre de dépens.

Le demandeur exerce un «recours en matière civile et recours constitutionnel subsidiaire». A titre principal, il conclut à l'admission du recours en matière civile et à la modification du jugement entrepris, en reprenant les mêmes conclusions que celles formulées devant l'instance cantonale, à l'exception des prétentions en réparation du tort moral qu'il chiffre à 15 000 fr. – et non plus à 25 000 francs. Subsidiairement, il requiert l'admission du recours constitutionnel subsidiaire et l'annulation du jugement entrepris. La défenderesse propose le rejet des deux recours.

Extraits des considérants:

3.

Le recourant scinde les griefs soulevés en deux groupes: il traite d'abord les questions de procédure cantonale, puis celles relatives au droit matériel.

(...)

3.3 Le recourant conteste enfin la répartition des frais opérée par l'autorité cantonale. Il soutient qu'en mettant les frais par 75% à sa charge, l'autorité cantonale a arbitrairement appliqué l'art. 252 CPC/VS.

3.3.1 Selon l'art. 252 CPC/VS, les frais sont, en règle générale, mis à la charge de la partie qui succombe. Lorsqu'aucune des parties n'a entièrement gain de cause, ils sont répartis proportionnellement entre elles (al. 1). Il ressort clairement de cette disposition que le législateur cantonal a laissé au juge un très large pouvoir d'appréciation dans la répartition des frais. En particulier, il ne lui est en aucun cas imposé de répartir ceux-ci dans une proportion qui corresponde mathématiquement à la différence entre les conclusions et les montants finalement alloués (cf. arrêt 5P.384/2002 du 17 décembre 2002).

3.3.2 Pour justifier la répartition des frais et dépens à raison de trois quarts à la charge du recourant et d'un quart à celle de l'intimée, l'autorité cantonale a indiqué que sur les 63 804 fr. 76 réclamés, le recourant a obtenu 12 110 fr. 85 (7110 fr. 85 + 5000 fr.). Elle a ajouté que la prétention tendant à l'établissement d'un nouveau certificat de travail a en outre été admise et que ce n'est qu'en cours de procédure que l'intimée a indemnisé le recourant pour ses heures supplémentaires.

A l'appui de son grief, le recourant allègue que la partie adverse lui a payé, après le dépôt de la demande, 33 771 fr. 15, référence faite aux «allégués 2.116, 117, 123, 133, 138». Ce montant aurait dû être ajouté aux 12 110 fr. 85 encore dus pour dire dans quelle mesure il a obtenu gain de cause. Les allégués cités, à supposer qu'il s'agisse de ceux du mémoire-conclusions, concernent le paiement des salaires de septembre 2003 (3191 fr. 70), octobre et novembre 2003 (6523 fr. 55), décembre 2003 (7699 fr. 90), janvier 2004 (3320 fr.) et février 2004 (3419 fr. 70), pour un total de 24 154 fr. 85 – et non pas de 33 771 fr. 15.

Il sied tout d'abord de relever que le seul renvoi aux «allégués 2.116, 117, 123, 133, 138», s'agissant des montants payés en cours de procédure, sans autre précision, paraît insuffisant pour démontrer une application arbitraire par l'autorité cantonale de l'art. 252 CPC/VS. Peu importe en définitive, puisque le grief ne peut qu'être écarté.

L'autorité cantonale a retenu que l'intimée a versé 36 951 fr. 15: soit 4265 fr. bruts pour le mois d'août, 4265 fr. bruts pour le mois de septembre, 7189 fr. 80 bruts pour les mois d'octobre et novembre, 7405 fr. en décembre 2003, comprenant 3970 fr. nets à titre de 13^{ème} salaire, et 13 826 fr. 35 bruts en janvier 2004, comprenant 3320 fr. nets de salaire,

10 114 fr. 80 nets d'heures supplémentaires et de vacances et 276 fr. 55 nets à titre de 13^{ème} salaire.

Il ne ressort pas du jugement que les salaires échus avant le dépôt de la demande, le 22 octobre 2003, ont été acquittés postérieurement à celui-ci. Leur paiement ne saurait donc être pris en compte, en faveur du recourant, dans le calcul de la répartition des frais. Il en va de même des créances en salaire des mois d'octobre, novembre, décembre 2003 et janvier 2004, puisque leur paiement ne constitue pas une reconnaissance par l'intimée du bien-fondé des prétentions du recourant. Comme ces montants arrivaient à échéance en cours d'instance, ils n'avaient pas à être exécutés antérieurement à l'ouverture de l'action; en s'acquittant des montants en question, l'intimée n'a fait que se conformer à ses obligations contractuelles. Le montant versé en janvier 2004 au titre des vacances ne saurait de même entrer en ligne de compte dans la répartition des frais, dès lors que le recourant n'a pas obtenu gain de cause sur ce point: il a été retenu que, sur l'ensemble de la relation contractuelle, l'employé avait pris 4,84 jours de vacances en trop et était à ce titre redevable de 1004 fr. 80 envers l'intimée. Quant au paiement des heures supplémentaires allouées au recourant, il est intervenu en janvier 2004, soit en cours d'instance et alors que le recourant se trouvait en congé maladie; la créance a vraisemblablement été acquittée en raison de la procédure judiciaire. Les juges cantonaux, qui ont mentionné dans la motivation relative à la répartition des frais que «ce n'est qu'en cours de procédure que la défenderesse a indemnisé le demandeur de ses heures supplémentaires», ont tenu compte de ce facteur.

Les heures supplémentaires admises représentent 6286 fr. 90. Si on ajoute ce chiffre aux 12 110 fr. 85 alloués au recourant, on obtient 18 397 fr. 75, soit environ 29% des prétentions totales (63 804 fr. 76). Compte tenu du large pouvoir d'appréciation de la cour cantonale, celle-ci pouvait admettre, sans sombrer dans l'arbitraire, que les trois quarts des frais devaient être supportés par le recourant.

4.

L'autorité cantonale a jugé que le licenciement de l'employé était abusif au sens des art. 336 al. 1 let. a et d CO et qu'une indemnité de 12 450 fr., correspondant à trois mois de salaire, était appropriée.

Selon le recourant, la cour cantonale a violé le pouvoir d'appréciation à elle conféré par l'art. 336 al. 2 CO (recte: 336a al. 2 CO), en refusant de lui allouer six mois de salaire à titre d'indemnité pour licenciement abusif. Le recourant affirme que la cour cantonale a omis, dans son appréciation, de peser à leur juste valeur les critères de faute grave, de situation de monopole de l'employeur et de gravité de l'atteinte à la personnalité du travailleur. Le recourant ajoute que l'allocation de trois mois de salaire, à titre d'indemnité, est contradictoire avec le principe de l'allocation pour tort moral.

4.1 La partie qui résilie abusivement le contrat doit verser à l'autre une indemnité (art. 336a al. 1 CO).

Le juge fixe l'indemnité en équité en fonction de toutes les circonstances (art. 4 CC; ATF 132 III 243 consid. 5.2; 123 III 391 consid. 3c); il doit notamment tenir compte de la gravité de la faute de l'employeur, d'une éventuelle faute concomitante du travailleur, de la manière dont s'est déroulée la résiliation, de la gravité de l'atteinte à la personnalité du travailleur licencié, de la durée des rapports de travail, de leur étroitesse, des effets économiques du licenciement, de l'âge du travailleur, d'éventuelles difficultés de réinsertion dans la vie économique et de la situation économique des parties (ATF 123 III 391 consid. 3 et les arrêts cités; arrêt 4C.177/2003 du 21 octobre 2003, consid. 3.5; 4C.86/2001 du 28 mars 2002, consid. 1a; 4C.310/1998 du 8 janvier 1999, reproduit in: SJ 1999 I 277, consid. 3c).

Le montant de l'indemnité est fixé librement par le juge; le pouvoir d'appréciation qui est reconnu de la sorte à l'autorité cantonale conduit le Tribunal fédéral à ne pas substituer sa propre appréciation à celle de l'instance inférieure. 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 213 consid. 3.1, 28 consid. 4.1; 129 III 380 consid. 2).

4.2

4.2.1 Il convient tout d'abord d'observer que l'allocation correspondant à trois mois de salaire n'est pas incompatible avec le principe de l'allocation du tort moral. En effet, la jurisprudence a admis le versement d'une indemnité pour tort moral en application de l'art. 49 CO indépendamment de l'indemnité prévue à l'art. 336a CO, lorsque le préjudice subi ne résulte pas de la cause liée au caractère abusif du congé (arrêt 4C.84/2005 du 16 juin 2005, consid. 5.1; arrêt 4C.310/1998 du 8 janvier 1999, reproduit in: SJ 1999 I 277, consid. 4c; cf. également ATF 123 III 391 consid. 3c; arrêt 4C.177/2003 du 21 octobre 2003, consid. 4.1). Or, tel est précisément le cas en l'espèce: l'atteinte à la personnalité du recourant retenue par la cour cantonale pour justifier l'indemnité pour tort moral découle de la violation par l'employeur de son devoir fondé sur l'art. 328 CO en astreignant le recourant à des conditions de travail inacceptables qui ont influé sur sa santé, alors que l'employé a été congédié en raison de sa personnalité qui ne convenait pas à ses supérieurs et des différentes prétentions formulées par son avocat. La cour cantonale pouvait donc allouer une réparation morale sur la base de l'art. 49 CO, sans qu'il ne soit nécessaire

que l'atteinte ait une gravité telle que sa réparation dépasse le versement de l'indemnité maximale de l'art 336a CO.

4.2.2 Pour fixer l'indemnité allouée au recourant, l'autorité cantonale s'est référée aux circonstances du cas d'espèce, en soulignant que le contrat a été résilié parce que A. et B. n'appréciaient pas l'employé et après que celui-ci a fait valoir des prétentions à l'endroit de son employeur, que les rapports de travail n'ont duré que trois ans, que les pressions subies par l'employé n'ont eu lieu que durant les derniers mois, qu'au moment du licenciement, l'employé était âgé de 57 ans et n'avait pas de charge de famille et qu'enfin, après seulement deux mois de chômage, il a retrouvé un emploi.

Quoi qu'en dise le recourant, l'autorité cantonale n'a pas omis de prendre en considération certains faits à même de justifier l'octroi d'une indemnité supérieure à celle octroyée. Elle n'avait notamment pas à tenir compte de l'atteinte consécutive au comportement de l'employeur contraire à l'art. 328 CO, dans la mesure où cette atteinte ne résulte pas du caractère abusif du congé. Il en va de même de la situation de monopole de l'employeur invoquée par le recourant, à supposer qu'elle soit établie. Cet élément est dénué de pertinence, dès lors que le recourant a retrouvé un emploi, après deux mois de chômage, et que ce fait a été dûment pris en compte. Enfin, même si la cour a considéré à tort les pressions subies par l'employé, puisqu'elles sont antérieures au congé, son appréciation n'aboutit pas à un résultat manifestement injuste ou à une iniquité choquante, ce qui n'est en aucun cas démontré par le recourant. Cela étant, la cour cantonale n'a pas abusé du large pouvoir d'appréciation dont elle jouit, en ayant considéré que les circonstances de l'espèce justifiaient une indemnité correspondant à trois mois de salaire.

Le grief se révèle infondé.

5.

L'autorité cantonale a jugé qu'en sus de l'indemnité prévue à l'art. 336a CO une indemnité pour tort moral de 5000 fr. était justifiée sur la base de l'art. 49 CO.

5.1 La fixation de l'indemnité pour tort moral est une question d'application du droit fédéral, que le Tribunal fédéral examine librement. Dans la mesure où celle-ci relève pour une part importante de l'appréciation des circonstances, le Tribunal fédéral intervient avec retenue, notamment si l'autorité cantonale a mésusé de son pouvoir d'appréciation en se fondant sur des considérations étrangères à la disposition applicable, en omettant de tenir compte d'éléments pertinents ou encore en fixant une indemnité inéquitable parce que manifestement trop faible ou trop élevée (ATF 130 III 699 consid. 5.1 et les arrêts cités).

5.2 Le recourant critique la quotité de l'indemnité allouée. Il prétend que les magistrats valaisans ont omis de prendre en considération un certain nombre d'éléments, comme le mobbing caractérisé dont il a été victime, le traitement discriminatoire et vexant qu'il a subi, le fait d'avoir été

considéré comme un malade imaginaire et le non-paiement de son salaire du 4 août au 25 novembre 2003; il invoque aussi les périodes de chômage, la pénible convalescence consécutive au choc psychologique subi à 57 ans passés, le stress des heures supplémentaires hebdomadaires sans rémunération et la dépression subie.

Dans le présent grief – comme dans le précédent –, le recourant perd de vue que l'autorité est libre de fixer, en équité, le montant de l'indemnité. Il ne cherche ainsi nullement à démontrer que le raisonnement de la cour aboutirait à un résultat inéquitable. En réalité, le recourant substitue, de manière purement appellatoire, sa propre appréciation à celle du Tribunal cantonal, en reprenant les mêmes éléments d'appréciation que la cour cantonale, à l'exception du non-paiement du salaire et des périodes de chômage, qui ne lui sont d'aucun secours. Le non-paiement du salaire d'août à novembre 2003 est invoqué par le recourant en tant que facteur d'aggravation de sa dépression; or, le Tribunal cantonal n'a pas omis de prendre en compte la dépression sévère du recourant. Quant aux périodes de chômage, elles ne sont pas liées aux conditions de travail inacceptables subies par le recourant; par ailleurs, elles ne sauraient, à elles seules, rendre manifestement trop faible l'indemnité octroyée. Enfin, cette indemnité n'apparaît pas inéquitable, au regard des éléments sur lesquels la cour a pris appui, à savoir les circonstances dans lesquelles le recourant a été contraint d'accomplir des heures supplémentaires, les quelque neuf heures supplémentaires par semaine, l'absence de compensation et de rémunération de ces heures durant la relation contractuelle, l'inégalité de traitement subie par rapport aux autres chauffeurs, la non-prise en compte des plaintes formulées par l'employé, la mise en doute de la réalité de ses souffrances psychiques, la dépression sévère et l'épuisement professionnel de l'employé, son incapacité totale de travail durant près de six mois et le traitement suivi pendant plus d'une année, mais, encore, l'absence de séquelles.

Pour autant qu'il soit recevable, le grief est mal fondé.

Bundesgericht, Urteil vom 12. September 2008, Doss.-Nr. 4A_283/2008 (Bestätigung des Urteils des II^e Cour civile du Tribunal cantonal du canton du Valais vom 8. Mai 2008) in: BGE 134 III 541.

Tribunal fédéral, Arrêt du 12 septembre 2008, Doss.-No. 4A_283/2008 (Confirmation du jugement rendu le 8 mai 2008 par la II^e Cour civile du Tribunal cantonal du canton du Valais), in: ATF 134 III 541.

OR 357b; gemeinsame Durchführung eines Gesamtarbeitsvertrags.
Ein Gesamtarbeitsvertrag kann gültig vorsehen, dass die Vertragsparteien Verbände gründen, denen die gemeinsame Durchführung über-

tragen wird, unter Einschluss der Erhebung gerichtlicher Klagen (E. 3–5).

357b CO; exécution commune d'une convention collective de travail.
Une convention collective de travail peut valablement prévoir que les parties contractantes fonderont des associations auxquelles l'exécution commune, y compris l'exercice d'actions judiciaires, sera déléguée (consid. 3–5).

Faits:

Depuis le 1^{er} novembre 2000, la convention collective de travail romande du second oeuvre régit les conditions d'emploi dans divers secteurs de la construction. Le 1^{er} mars 2002, deux syndicats actifs en Suisse romande et deux organisations patronales valaisannes, tous parties à la convention, ont fondé une association dénommée Commission paritaire professionnelle du second oeuvre valaisan. Les statuts font référence à la convention collective et au droit des parties contractantes d'exiger en commun que les employeurs et les travailleurs concernés en observent les dispositions; l'association est vouée à faire respecter ce droit dans le canton du Valais.

X. SA, établie dans le district de Monthey, exploite une entreprise de plâtrerie et peinture. Le 22 février 2005, la Commission paritaire professionnelle du second oeuvre valaisan a ouvert action contre elle devant le Tribunal du travail de son canton. La demanderesse alléguait qu'elle ne respectait pas, sur divers points, les dispositions de la convention collective. Après que la demanderesse eut modifié ses conclusions, le Tribunal du travail était requis de constater, d'abord, l'assujettissement de la défenderesse à la convention collective, et, ensuite, l'obligation de cette même partie de «décompter aux caisses de prestations sociales» prévues dans cet accord. La défenderesse devait être condamnée, en outre, à payer une amende conventionnelle au montant de 1100 francs.

La défenderesse a conclu principalement à l'irrecevabilité de la demande et, subsidiairement, à son rejet; elle contestait, en particulier, la qualité pour agir de la demanderesse.

Le tribunal s'est prononcé par jugement du 11 juillet 2006. Il a constaté l'assujettissement de la défenderesse aux dispositions étendues de la convention collective; pour le surplus, considérant que la violation des exigences minimales de cette convention n'était pas établie et que l'amende conventionnelle était prématurée, il a rejeté la demande.

La défenderesse ayant appelé au Tribunal cantonal, la IIe Cour civile de ce tribunal a statué le 8 mai 2008. Elle a rejeté l'appel et confirmé l'assujettissement de la défenderesse aux dispositions étendues de la convention collective.

Agissant par la voie du recours en matière civile, la défenderesse a requis le Tribunal fédéral, principalement, d'annuler le jugement d'appel et de déclarer la demande irrecevable; subsidiairement, elle a requis l'annulation du jugement et le rejet de la demande.

Le Tribunal fédéral a rejeté le recours.

Extraits des considérants:

3.

L'art. 357b CO concerne l'exécution commune des conventions collectives de travail; il a la teneur suivante:

Exécution commune

1 Lorsque la convention est conclue par des associations, celles-ci peuvent stipuler qu'elles auront le droit, en commun, d'en exiger l'observation de la part des employeurs et travailleurs liés par elle, en tant qu'il s'agit des objets suivants:

a. conclusion, objet et fin des contrats individuels de travail, seule une action en constatation étant admissible;

b. paiement de cotisations à des caisses de compensation ou à d'autres institutions concernant les rapports de travail, représentation des travailleurs dans l'entreprise et maintien de la paix du travail;

c. contrôles, cautionnements et peines conventionnelles, en rapport avec les dispositions visées aux let. a et b.

2 Les parties ne peuvent insérer dans la convention les stipulations prévues à l'alinéa précédent sans y être autorisées expressément par leurs statuts ou leur organe suprême.

3 Sauf clause contraire de la convention, les dispositions sur la société simple s'appliquent par analogie aux rapports internes des parties.

La convention collective de travail romande du second oeuvre a été conclue, dans sa version initiale, le 1^{er} novembre 2000. Par arrêtés du Conseil fédéral, son champ d'application s'est trouvé étendu à toutes les entreprises concernées dans les cantons de Fribourg, de Vaud et du Valais, du 1^{er} décembre 2002 au 31 décembre 2006 (FF 2002 p. 7054; 2003 p. 7222; 2005 p. 2883) et du 1^{er} juin 2007 au 31 décembre de la même année (FF 2007 p. 3185). Dans sa version actuelle, la convention a été conclue le 16 janvier 2007; son champ d'application est étendu du 1^{er} avril 2008 au 31 décembre 2010 (FF 2008 p. 1743).

La convention de 2000 comportait des clauses ainsi libellées:

Art. 42 Exécution

1. Application de la convention (...)

a) (...)

b) Dans le but de veiller à l'application de la présente convention (...), les parties instituent:

– une commission paritaire professionnelle romande (CPPR);

– des commissions paritaires professionnelles cantonales (CPPC).

c) les parties contractantes (...) constituent, dans les trois mois après l'entrée en vigueur de la présente convention, les commissions professionnelles paritaires (...) sous la forme juridique d'associations.

2. Les commissions professionnelles paritaires sont expressément habilitées à faire appliquer la présente convention.

Art. 43 Exécution commune

1. Les parties contractantes ont face aux employeurs et travailleurs concernés le droit d'exiger en commun le respect des dispositions de la présente convention, conformément à l'art. 357b CO.

2. Les commissions professionnelles paritaires cantonales sont chargées (...) d'effectuer des contrôles dans les entreprises et de veiller à l'application de la présente convention. Au besoin, elles sont autorisées à exercer leurs compétences par la voie juridique.

3. et 4. (...)

Des clauses semblables se trouvent aux art. 46 et 47 de la convention de 2007; on n'y prévoit plus la création de commissions professionnelles nouvelles et l'art. 46 ch. 2 se lit comme suit:

Les commissions professionnelles paritaires constituées sous la forme juridique d'associations sont expressément habilitées à faire appliquer la présente convention.

Ces règles font partie des dispositions dont le champ d'application était ou est étendu par arrêtés du Conseil fédéral.

4. La défenderesse conteste que l'association demanderesse ait qualité pour agir sur la base de ces dispositions légales et conventionnelles, et elle conteste aussi, de plus, qu'elle ait été valablement constituée. Elle soutient que l'art. 357b al. 1 CO ne confère un droit d'agir en justice qu'aux parties à la convention collective, celles-ci étant, dans le procès, consorts nécessaires, et que ces parties ne sont pas autorisées à déléguer leur droit à une association tierce telle que la demanderesse.

4.1 L'art. 357b CO a son origine dans le Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale du 29 janvier 1954, à l'appui d'un projet de loi sur la convention collective de travail et l'extension de son champ d'application (FF 1954 I 125). Les débats de l'Assemblée fédérale ont abouti, le 28 septembre 1956, à l'adoption des art. 322 à 323^{quater} aCO, devenus le 1^{er} janvier 1972 les art. 356 à 358 CO, et à la loi fédérale permettant d'étendre le champ d'application de la convention collective de travail (LECCT; RS 221.215.311).

Les art. 6 et 7 du projet (FF 1954 I 183) préoyaient que la convention collective de travail pourrait, d'une part, «ériger les parties en une communauté conventionnelle capable d'acquérir des droits, de contracter des obligations et d'ester en justice» (art. 6 al. 1), et, d'autre part, «imposer aux employeurs et travailleurs [assujettis] des obligations directes envers [cette communauté]» sur des points et selon des modalités qui étaient spécifiés (art. 7 al. 1). Le législateur n'a pas adopté la «communauté conventionnelle» proposée par le Conseil fédéral; il lui a substitué l'action «en

commun» des parties elles-mêmes, aux termes de l'art. 323^{ter} aCO. Cette disposition correspond, en substance, à l'art. 7 du projet; elle est devenue, en 1972, l'art. 357b CO.

4.2 En pratique, dans les conventions collectives prévoyant l'exécution commune de l'art. 357b CO, on institue à cette fin un ou plusieurs organes communs à toutes les parties contractantes, couramment dénommés commissions paritaires professionnelles, et habilités à exercer les attributions communes. Ces organes sont en principe dépourvus de la personnalité juridique mais les tribunaux de plusieurs cantons leur reconnaissent néanmoins la capacité d'ester en justice. Dans leur majorité, les commentateurs considèrent que cette solution procédurale s'impose au regard du droit fédéral, parce que sinon, l'action judiciaire conjointe de toutes les parties à la convention collective, éventuellement nombreuses, selon le principe de la consorité nécessaire, présenterait des difficultés et des risques de blocage propres à paralyser l'exécution commune et, partant, à priver l'art. 357b CO de toute portée effective (ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL, *Arbeitsvertrag*, 6^e éd., Zurich 2006, p. 1072, n. 5 ad art. 357b CO; FRANK VISCHER, *Commentaire zurichois*, 4^e éd. 2006, n. 17 à 19 ad art. 357a CO, n. 13 ad art. 357b CO; JEAN-FRITZ STÖCKLI, *Commentaire bernois*, 1999, n. 4 et 5 ad art. 357a CO, n. 14 ad art. 357b CO; opinion contraire: GABRIEL AUBERT, *Commentaire romand*, n. 9 ad art. 357b CO).

Il est parfois prévu que l'organe ou les organes communs seront créés sous forme d'associations des parties contractantes (STREIFF/VON KAENEL, *ibidem*); c'est la solution retenue – sans aucune équivoque, contrairement à l'opinion de la défenderesse – dans les conventions de 2000 et de 2007 pour le second oeuvre en Suisse romande. Toute association acquiert la personnalité juridique selon l'art. 60 al. 1 CC, pourvu que son but ne soit pas illicite ni contraire aux moeurs; ce système résout donc le problème de la capacité d'ester en justice. Il équivaut cependant à instituer, par le biais de la création d'associations, la communauté conventionnelle que prévoyait l'art. 6 du projet de 1954 et dont le législateur n'a pas voulu.

4.3 Cet élément du projet était issu de propositions doctrinales; il s'est heurté, lors des débats parlementaires, à une incompréhension diffuse et, aussi, à la méfiance de la classe patronale (EDWIN SCHWEINGRUBER, *Kommentar zum Gesamtarbeitsvertrag*, 3^e éd., Berne 1985, p. 17 et 86). Il n'est cependant pas apparu que le système envisagé par le Conseil fédéral eût porté atteinte à des intérêts publics ou à des intérêts légitimes des parties contractantes ou des employeurs ou travailleurs assujettis. En l'espèce, la défenderesse n'explique pas en quoi elle pourrait se trouver lésée par la délégation de l'exécution commune à l'association demanderesse; à lui seul, l'espoir d'échapper, si possible, aux obligations imposées par la convention collective ne répond évidemment pas à un intérêt légitime.

Selon certains commentaires, il n'appartenait pas au législateur d'organiser les progrès et le développement des conventions collectives de

travail, et le soin d'innover a été laissé aux partenaires sociaux qui négocient ces conventions; ceux-ci sont donc autorisés à adopter des instruments inédits, s'ils parviennent à s'entendre et respectent les principes fondamentaux du droit (SCHWEINGRUBER, op. cit., p. 18 et 19; YVES DE ROUGEMENT, L'application des conventions collectives de travail, in *Journée 1991 de droit du travail et de la sécurité sociale*, Zurich 1991, p. 55). En particulier, nonobstant l'abandon partiel du projet de 1954, il est permis aux parties contractantes de se réunir en une collectivité analogue à la communauté conventionnelle (VISCHER, op. cit., n. 13 ad art. 357b CO). Cette conception libérale peut être approuvée au regard de l'art. 356 al. 3 CO, qui habilite expressément les parties contractantes, sans aucunement restreindre leur liberté, à régler dans la convention le contrôle et l'exécution des clauses concernant les rapports entre employeurs et travailleurs. Il convient ainsi de retenir qu'une convention collective de travail peut valablement prévoir la création d'associations pour l'exécution commune de l'art. 357b CO, et leur déléguer cette exécution.

5. La défenderesse fait valoir que l'association demanderesse ne réunit que quatre des parties à la convention collective de travail, de sorte que, prétendument, elle ne peut pas poursuivre l'exécution de la convention pour le compte de toutes les parties selon l'art. 357b CO.

Les conventions de 2000 et de 2007 règlent en détail les attributions respectives de la commission professionnelle paritaire romande et des commissions professionnelles paritaires cantonales. Celles-ci doivent procéder aux contrôles dans les entreprises et agir contre les employeurs qui ne déferent pas à leurs obligations; elles bénéficient de l'appui de la commission romande. Les parties contractantes ont ainsi prévu une organisation à deux niveaux, décentralisée mais néanmoins destinée à assurer une application uniforme et systématique de la convention collective dans toute la Suisse romande. Au regard de ce système, il ne se justifie pas d'interpréter l'art. 42 ch. 1 let. c de la convention de 2000 en ce sens que toutes les parties contractantes devaient participer à la fondation de chacune des associations cantonales; au contraire, conformément à l'esprit du système conventionnel, cette opération pouvait être déléguée aux parties actives dans chacun des cantons.

La défenderesse soutient aussi que le but de la demanderesse n'est pas suffisamment défini dans ses statuts et que ceux-ci sont donc nuls. Ce moyen est inconsistent. Il est vrai qu'aucune disposition statutaire n'énonce spécialement un but social; en revanche, le texte se relie précisément à la convention collective de travail et l'association y revendique sans ambiguïté, pour le Valais, la mission qui est celle d'une commission professionnelle paritaire cantonale. Cette mission inclut d'éventuelles actions judiciaires et il n'est pas nécessaire que celles-ci soient spécialement prévues dans les statuts.

Tribunal fédéral, Arrêt du 23 septembre 2008, Doss.-No. 4A_86/2008 (Confirmation de la sentence de la II^{ème} Chambre civile du Tribunal d'appel tessinois du 11 janvier 2008).

Convention collective nationale de travail pour les hôtels, restaurants et cafés, édition 1998. L'art. 21 III CCNT est une clause qui n'a pas été étendue par le Conseil fédéral. Cela n'a cependant pas d'incidence en l'espèce puisque les parties ont décidé d'intégrer la CCNT dans le contrat individuel de travail (c. 3).

321c CO. Lorsque l'employeur sait que le travailleur accomplit des heures supplémentaires, celui-ci n'est pas tenu de les quantifier dès le premier mois. Le travailleur peut en effet attendre et il ne commet pas d'abus de droit s'il revendique le paiement des heures supplémentaires après la fin des rapports de travail (c. 4.1.3).

L'art. 21 III CCNT autorise le juge à se référer au contrôle de la durée du temps de travail élaboré par le travailleur lorsque l'employeur n'a pas tenu un registre des heures de travail (c. 4.2).

Extraits des faits:

Dal 1° marzo 2005 al 31 ottobre 2005 B. (opponente) ha lavorato alle dipendenze del A. (ricorrente), in qualità di cameriere. Al termine del rapporto di lavoro egli ha formulato alcune richieste nei confronti del datore di lavoro, che sono rimaste senza seguito.

Il 1° febbraio 2006 B. ha dunque adito la Pretura del Distretto di Bellinzona onde ottenere il versamento di fr. 1243.70 per i giorni di riposo, vacanza e festivi non goduti, nonché di fr. 13 778.– quale indennità per le ore di lavoro straordinario prestate, per un totale di complessivi fr. 15 021.70, oltre interessi. Con giudizio del 3 aprile 2007 il Pretore ha respinto le pretese di B. Di diverso avviso la II Camera civile del Tribunale d'appello del Cantone Ticino, adita dal soccombente. La Camera ha reputato altamente verosimile che durante gli otto mesi di attività B. abbia effettuato 468.50 ore di lavoro straordinario, per le quali gli sono stati riconosciuti fr. 12 166.–. Anche la pretesa da lui avanzata per i giorni di riposo, vacanze e festivi maturati e non goduti è stata parzialmente accolta, per fr. 791.40. Considerato infine che il datore di lavoro gli ha già versato fr. 2400.–, nella sentenza emanata l'11 giugno 2008 la Corte cantonale ha riformato il giudizio di primo grado e condannato il A. a versare a B. fr. 10 558.35, oltre interessi al 5% dal 1° febbraio 2006.

Prevalendosi della violazione del diritto federale, segnatamente dell'art. 8 CC, dell'art. 321c e 343 cpv. 4 CO nonché dell'art. 21 n. 3 del CCNL, il 18 febbraio 2008 il A. è insorto dinanzi al Tribunale federale con un ricorso in materia civile volto ad ottenere la modifica della sentenza cantonale nel senso di respingere l'appello e confermare il giudizio di prima istanza. Nella risposta del 9 maggio 2008 l'opponente ha proposto

l'integrale reiezione del gravame, mentre il Tribunale d'appello ha rinunciato a formulare osservazioni.

Extraits des considérants:

3.

Dinanzi al Tribunale federale il ricorrente critica la decisione dei giudici ticinesi di ritenere applicabile alla fattispecie l'art. 21 n. 3 CCNL.

3.1 L'opponente rileva come dinanzi alle autorità cantonali l'applicabilità del CCNL – né, più in particolare, l'applicabilità dell'art. 21 n. 3 CCNL – non sia mai stata contestata. Proposta per la prima volta dinanzi al Tribunale federale quest'argomentazione è pertanto, a suo modo di vedere, «palesamente non ricevibile dal lato formale».

Non è così. Dalla lettura dell'art. 99 cpv. 1 LTF, che disciplina l'allegazione di elementi nuovi in sede ricorsuale, discende infatti, e contrario, che la presentazione di un'argomentazione giuridica nuova è possibile, a condizione che sia fondata sugli accertamenti di fatto contenuti nella sentenza impugnata (DTF 133 III 421 consid. 1.3 non pubblicato; 130 III 28 consid. 4.4 p. 34; 125 III 305 consid. 2e p. 312).

3.2 Litigiosa, come anticipato, è l'applicabilità di una norma di un contratto collettivo di lavoro.

3.2.1 Mediante un contratto collettivo di lavoro, datori di lavoro o loro associazioni, da una parte, e associazioni di lavoratori, dall'altra, stabiliscono in comune disposizioni circa la stipulazione, il contenuto e la fine dei rapporti individuali di lavoro tra i datori di lavoro e i lavoratori interessati (art. 356 cpv. 1 CO).

Ove il contratto collettivo non disponga altrimenti, le disposizioni circa la conclusione, il contenuto e la fine dei rapporti individuali di lavoro hanno – durante la validità del contratto collettivo – effetto diretto e imperativo per i datori di lavoro e i lavoratori vincolati (art. 357 cpv. 1 CO). Sono applicabili ai datori di lavoro e ai lavoratori che non sono affiliati a un'associazione contraente se essi decidono di partecipare al CCNL (art. 356b CO) oppure se al CCNL è stato conferito carattere obbligatorio generale (DTF 130 III 19 consid. 2.1 non pubblicato; 123 III 129 consid. 3a pag. 131; STREIFF/VON KAENEL, *Arbeitsvertrag*, 6a ed., n. 7 ad art. 356 CO pag. 1022). Rimane naturalmente riservata la facoltà di pattuire l'applicabilità delle disposizioni del CCNL nel contratto individuale di lavoro (STREIFF/VON KAENEL, op. cit., n. 13 ad art. 356 CO pag. 1030, n. 5 ad art. 356b pag. 1043; GABRIEL AUBERT in: *Commentaire romand*, n. 8 ad art. 357 CO).

3.2.2 Nella risposta al ricorso l'opponente definisce temeraria la censura concernente l'inapplicabilità dell'art. 21 n. 3 CCNL per il motivo che il ricorrente è membro di Gastroticino, sezione ticinese di Gastrosuisse, associazione di datori di lavoro firmataria del CCNL. I contratti di lavoro stipulati dal ricorrente con i suoi impiegati membri di un'associazione

sindacale firmataria anch'essa del CCNL – come l'opponente – soggiacciono dunque automaticamente alle norme del contratto collettivo.

3.2.3 L'affermazione circa l'affiliazione del ricorrente a Gastrosuisse non trova un riscontro esplicito nella sentenza impugnata poiché la questione dell'affiliazione del ricorrente a un'associazione firmataria del CCNL non è stata trattata. Unitamente alla risposta al ricorso l'opponente ha invece prodotto la copia di un messaggio elettronico nel quale l'Ufficio di controllo del CCNL sembra confermare la sua affermazione, ma questo documento non può essere tenuto in considerazione poiché – fatte salve circostanze eccezionali che in concreto non si verificano – la produzione di nuovi mezzi di prova in sede ricorsuale non è ammessa (art. 99 LTF; cfr. quanto esposto al consid. 2.3). Poco importa, dato che in ogni caso i giudici ticinesi hanno accertato che nel contratto individuale di lavoro le parti hanno espressamente pattuito l'applicabilità del Contratto collettivo nazionale di lavoro dell'industria alberghiera e della ristorazione del 1998 (CCNL) e che il ricorrente non contesta questo accertamento. In queste circostanze egli è malvenuto a negare l'applicabilità del CCNL all'accordo concluso con l'opponente.

3.2.4 Va detto che il ricorrente si oppone unicamente all'applicabilità dell'art. 21 n. 3 CCNL. A suo modo di vedere, il terzo capoverso di questo articolo non è vincolante: non perché egli non sarebbe membro di Gastrosuisse – tale questione non viene evocata nel gravame – quanto perché questo capoverso «non costituisce parte integrante del CCNL in quanto mai approvato dal Consiglio federale e men che meno pubblicato»; sia le parti che l'autorità giudiziaria sarebbero stati «fuorviati dall'opuscolo pubblicato dal CCNL, in cui si menziona un art. 21 cpv. 3 CCNL, che in realtà non costituisce vincolo.»

Si tratta di un'argomentazione pretestuosa.

3.2.4.1 Innanzitutto si osserva che la validità del CCNL non dipende dall'approvazione del Consiglio federale. Il decreto con il quale il Consiglio federale conferisce carattere obbligatorio generale al CCNL, rispettivamente ad alcune sue norme, non influisce sulla sua validità bensì sul suo campo di applicazione, come già esposto al consid. 3.2.1 e come si evince dall'art. 1 della Legge federale concernente il conferimento del carattere obbligatorio generale al contratto collettivo di lavoro del 28 settembre 1956 (RS 221.215.311), giusta il quale mediante il conferimento del carattere obbligatorio generale da parte dell'autorità competente è possibile estendere il campo di applicazione di un contratto collettivo, concluso fra associazioni, ai datori di lavoro e ai lavoratori, del ramo o della professione, che non sono vincolati da tale contratto.

3.2.4.2 Contrariamente a quanto sembra voler sostenere il ricorrente, inoltre, l'«opuscolo» edito dall'Ufficio di controllo del CCNL, l'industria alberghiera e la ristorazione non è un libretto con mero carattere divulgativo e informativo. Esso include, fra l'altro, il testo del CCNL, il decreto del Consiglio federale che conferisce obbligatorietà generale al contratto col-

lettivo nazionale di lavoro dell'industria alberghiera e della ristorazione del 19 novembre 1998, con le sue successive modifiche e proroghe – l'ultima delle quali del 17 dicembre 2007, entrata in vigore il 1° gennaio 2008 e con effetto fino al 31 dicembre 2011 – così come la lista degli articoli dichiarati di obbligatorietà generale, fra cui non figura, effettivamente, l'art. 21 n. 3.

Ciò non toglie che questo disposto esiste e vincola le parti che hanno stipulato il CCNL (art. 357 CO), quelle che hanno dichiarato di parteciparvi (art. 356b CO) e quelle che – come nel caso in esame – hanno deciso di integrare il CCNL nel contratto individuale di lavoro.

3.3 Ne discende che il ricorrente non ha nessuna possibilità di sottrarsi all'applicazione dell'art. 21 n. 3 CCNL. Su questo punto il ricorso va quindi respinto siccome manifestamente infondato.

4.

Occorre ora vagliare la decisione della Corte cantonale di accogliere parzialmente la pretesa dell'opponente tendente al pagamento delle ore di lavoro straordinario.

4.1 L'art. 8 CC stabilisce che, ove la legge non disponga altrimenti, chi vuol dedurre il suo diritto da una circostanza di fatto da lui asserita, deve fornirne la prova.

Incombe pertanto al lavoratore l'onere di provare di aver svolto delle ore di lavoro straordinario su ordine del datore di lavoro rispettivamente nel suo interesse, perché le circostanze esigevano un tempo di lavoro maggiore di quello pattuito (cfr. art. 321c CO; sentenza del 24 agosto 2006 nella causa 4C.141/2006, pubblicata in SZZP 2007 pag. 165 segg. consid. 4.2.2; sentenza inedita del 13 agosto 2004 nella causa 4C.92/2004 consid. 3.2; JUDITH BREGNARD-LUSTENBERGER, *Überstunden- und Überzeitarbeit*, Berna 2006, pag. 216).

Egli non è tenuto a dimostrare la necessità del lavoro straordinario se è in grado di provare che il datore di lavoro era al corrente delle ore supplementari da lui effettuate e non ha mosso alcuna obiezione, ciò che equivale a un'approvazione tacita, per atti concludenti (DTF 86 II 155 consid. 2 pag. 157; JUDITH BREGNARD-LUSTENBERGER, *op. cit.*, § 13/A.I.1 pag. 218).

4.1.1 In concreto la Corte cantonale ha ammesso quest'ultima eventualità, dato che i quattro testimoni sentiti in istruttoria – due collaboratori della cucina e due ex camerieri – hanno dichiarato che l'effettuazione di ore supplementari era pratica usuale. Anche il ricorrente riconosce quest'ultima circostanza; egli afferma tuttavia che si tratterebbe di un accertamento generico, che non fornisce alcuna indicazione diretta in merito alla situazione dell'opponente, il quale non ha invece svolto alcuna ora di lavoro supplementare, prova ne sia anche il fatto ch'egli ha postulato il pagamento di tali ore per la prima volta dopo la fine del rapporto di lavoro.

4.1.2 Si tratta di una censura concernente la valutazione delle prove operata in sede cantonale e l'accertamento dei fatti che poggia su di essa, che dev'essere dichiarata inammissibile per carente motivazione.

Come già esposto al consid. 2.2, la parte che propone una fattispecie diversa da quella contenuta nella sentenza impugnata deve esporre in maniera circostanziata il motivo che la induce a ritenere adempiute le condizioni che permettono al Tribunale federale di scostarsi dall'accertamento dei fatti eseguito dalle autorità cantonali, di per sé vincolante (art. 97 cpv. 1 e 105 cpv. 1 LTF). Se essa si prevale di un accertamento dei fatti «manifestamente inesatto», ovvero arbitrario – come sembra voler fare il ricorrente – le esigenze di motivazione del ricorso corrispondono a quelle vigenti per l'art. 106 cpv. 2 LTF, ovvero sia a quelle che valevano sotto l'egida dell'OG per il ricorso di diritto pubblico fondato sulla violazione del divieto dell'arbitrio nell'accertamento dei fatti e nell'apprezzamento delle prove (DTF 133 II 249 consid. 1.4.2 e 1.4.3).

Nella fattispecie in rassegna, il ricorrente non pretende che l'accertamento dei fatti sarebbe manifestamente inesatto o che l'apprezzamento delle prove sarebbe arbitrario, né tantomeno si prevale esplicitamente della violazione dell'art. 9 Cost. Egli si limita a contrapporre la propria valutazione delle deposizioni testimoniali a quella dei giudici ticinesi, senza spiegare in maniera chiara e dettagliata le ragioni per le quali la sentenza impugnata sarebbe manifestamente insostenibile. Gli argomenti da lui addotti per contestare l'accertamento secondo il quale l'opponente avrebbe eseguito delle ore di lavoro supplementari non possono pertanto essere tenuti in considerazione.

4.1.3 Di nessun aiuto, per la tesi del ricorrente, è il fatto che l'opponente abbia atteso la fine del rapporto di lavoro per quantificare le ore di lavoro straordinario e rivendicarne il pagamento. Secondo la giurisprudenza del Tribunale federale, quando – come nella fattispecie in rassegna – il datore di lavoro sa che il lavoratore svolge delle ore di lavoro supplementari, quest'ultimo non è tenuto a quantificarle già dopo il primo mese. Egli può attendere (DTF 129 III 171 consid. 2.3 pag. 175) e non commette abuso di diritto se ne rivendica il pagamento solo dopo la conclusione del rapporto di lavoro (DTF 126 III 337 consid. 7b pag. 344). A maggior ragione se, come in concreto, il rapporto di lavoro è di breve durata.

4.1.4 Va infine detto che, indirettamente, il ricorrente stesso riconosce che l'opponente ha svolto del lavoro straordinario allorquando assevera di avergli già versato fr. 300.– mensili a titolo forfetario per ore straordinarie. Questa affermazione non può tuttavia avere la portata da lui auspicata – ovvero la liberazione da qualsiasi obbligo nei confronti della controparte – giacché la Corte cantonale ha stabilito che la causale di questi versamenti non è nota.

4.2 Secondo la giurisprudenza, qualora il lavoratore abbia dimostrato di aver svolto delle ore supplementari, il cui numero non può più essere stabilito in modo esatto, il giudice può stimarlo in applicazione dell'art. 42 cpv. 2 CO (DTF 128 III 271 consid. 2b/aa). L'alleggerimento dell'onere probatorio non conduce tuttavia al rovesciamento dell'onere della prova

(DTF 128 III 271 consid. 2b/aa pag. 276). Nella misura del possibile il lavoratore deve allegare e provare tutte le circostanze che permettono di valutare il numero di ore supplementari eseguite, poiché la conclusione per cui le ore supplementari sono state eseguite nella misura asserita deve imporsi al giudice con una certa forza (sentenza del 24 agosto 2006 nella causa 4C.141/2006, pubblicata in SZZP 2007 pag. 165 segg. Consid. 4.2.2).

Il CCNL concede un'ulteriore facilitazione probatoria a favore del lavoratore in questo ambito. Posto che l'art. 15 n. 7 CCNL impone al datore di lavoro l'obbligo di rilevare le ore di lavoro svolte dal dipendente, l'art. 21 n. 3 CCNL stabilisce che, se il datore di lavoro non adempie a tale obbligo, «in caso di controversia verrà ammesso come prova il controllo effettuato dal collaboratore». Questa norma non comporta un vero e proprio rovesciamento dell'onere della prova, com'era invece il caso sotto l'egida del CCNL precedentemente in vigore (cfr. sentenza inedita dell'8 marzo 2004 nella causa 4C.7/2004 consid. 2.2.3); essa attribuisce al controllo effettuato dal lavoratore valenza probatoria e non solo di allegazione di parte (cfr. sentenza inedita del 20 maggio 2005 nella causa 4P.80/2005 consid. 3; STREIFF/VON KAENEL, *Arbeitsvertrag*, 6a ed., n. 10 ad art. 321c CO).

4.2.1 Da quanto qui esposto discende che, in assenza di un controllo dell'orario effettivo da parte del ricorrente, il Tribunale d'appello poteva, giusta l'art. 21 n. 3 CCNL, riferirsi al conteggio manoscritto versato agli atti dall'opponente sub doc. G per determinare il numero di ore supplementari da lui eseguite.

4.2.2 Per quanto concerne la decisione di ritenere credibili le indicazioni fornite dall'opponente in questi conteggi, questione attinente alla valutazione delle prove, si osserva che, ancora una volta, il ricorrente la contesta senza censurare l'accertamento dei fatti che ne deriva in modo conforme alle esigenze poste dalla legge (cfr. quanto esposto al consid. 2.2). Egli si limita infatti a riproporre gli argomenti già addotti dinanzi all'autorità cantonale – ad esempio l'apposizione della firma sui piani di lavoro fino al giugno 2005, la mancata indicazione nei conteggi delle volte in cui l'opponente arrivava in ritardo – senza spendere una parola sulle ragioni che hanno indotto i giudici ticinesi a disattenderli.

L'unico punto sul quale si sofferma è quello relativo alle annotazioni di alcune ore di lavoro nel mese di novembre, ovvero dopo la fine del contratto. La Corte cantonale ha considerato che la fine del rapporto di lavoro non permette di escludere che l'opponente abbia lavorato qualche ora per il ricorrente e ha quindi negato le asseverate incongruenze fra il conteggio e le risultanze dell'incarto dell'ufficio regionale di collocamento. Il ricorrente critica la valutazione dei giudici ticinesi, ma ancora una volta la sua argomentazione consiste nel contrapporre il proprio parere a quello dei giudici ticinesi, senza fornire alcun argomento suscettibile di far appa-

rire manifestamente insostenibili le considerazioni esposte nel giudizio impugnato.

Così come formulata, la censura rivolta contro la decisione di reputare attendibili i conteggi prodotti dall'opponente è dunque inammissibile per carente motivazione.

5.

Dato che il ricorrente non critica il giudizio cantonale in punto al numero di ore per le quali la Corte ticinese ha riconosciuto il diritto alla remunerazione dell'opponente né il salario orario di riferimento, non si procede al riesame della sentenza impugnata sotto questo aspetto.

6.

In conclusione, nella misura in cui è ammissibile, il gravame deve venire respinto siccome infondato.

Tribunal fédéral, Arrêt du 23 septembre 2008, Doss.-No. 4A_207/2008 (Non entrée en matière sur le recours contre la décision de la Chambre des relations collectives de travail du canton de Genève du 22 janvier 2008).

Conflits de conventions collectives de travail. Une commission paritaire professionnelle ne peut recourir contre une décision, rendue par une Chambre cantonale des relations collectives de travail, qui ne constitue en réalité qu'un avis de droit donné sur une question théorique, dépourvu de tout effet juridique, les parties n'étant liées entre elles par aucune convention collective ou autre rapport juridique (c. 1).

Faits:

Par requête du 28 août 2007, l'Association des artisans boulangers-pâtisseries du canton de Genève (ci-après: l'Association) a saisi la Chambre des relations collectives de travail du canton de Genève pour qu'elle intervienne comme instance de conciliation, voire, le cas échéant, de jugement. Le litige soumis à l'autorité cantonale opposait l'Association à la Commission paritaire professionnelle du commerce de détail au sujet d'un conflit de conventions collectives, non étendue pour l'une (la convention collective nationale de travail de la boulangerie-pâtisserie-confiserie artisanale suisse et son avenant genevois) et étendue pour l'autre (la convention collective cadre dans le commerce de détail du canton de Genève). Il s'agissait de déterminer quelle convention – ou quelle clause conventionnelle – était applicable au personnel occupé à la vente dans les secteurs de la boulangerie, pâtisserie et confiserie en cas d'incapacité de travail de ce personnel. Le 22 janvier 2008, la Chambre des relations collectives de travail a déclaré la requête recevable et dit que les rapports de travail dans

le domaine de la boulangerie et de la pâtisserie dans le canton de Genève sont réglés par «la CCNT de la boulangerie-pâtisserie-confiserie artisanale suisse, ainsi que son avenant genevois».

Contre ce prononcé, la défenderesse exerce un recours en matière civile au Tribunal fédéral. Elle requiert l'annulation de la décision attaquée, le rejet de la demande en constatation de droit, la condamnation de la demanderesse aux frais et dépens de procédure et le déboutement de celle-ci de toutes autres ou contraires conclusions. La demanderesse propose, à titre principal, l'irrecevabilité du recours, la condamnation de la défenderesse aux frais judiciaires de la procédure devant le Tribunal fédéral et le déboutement de cette dernière de toute autre conclusion. A titre subsidiaire, elle demande, à la forme, de prendre acte de ce qu'elle s'en rapporte à justice s'agissant de la recevabilité formelle du recours interjeté par la défenderesse. Au fond, elle demande de débouter la partie adverse de ses conclusions, de rejeter le recours de celle-ci, de la condamner aux frais judiciaires de la procédure devant le Tribunal fédéral et de la débouter de toute autre conclusion.

Considéphants:

1.

Le Tribunal fédéral examine d'office et librement la recevabilité des recours qui lui sont soumis (ATF 134 III 115 consid. 1; 134 II 120 consid. 1; 134 IV 36 consid. 1).

La recevabilité d'un recours en matière civile suppose, entre autres conditions, que le recourant ait un intérêt juridique à l'annulation ou à la modification de la décision attaquée (art. 76 al. 1 let. b LTF).

1.1 Les développements que les parties consacrent à la recevabilité et à la question de la légitimation montrent d'emblée que la procédure qui donne lieu au présent recours est insolite.

Il est constant que les deux parties à la procédure ne sont liées entre elles par aucune convention collective ou autre rapport contractuel. Il en résulte que la recourante n'a aucune obligation contractuelle envers l'intimée et ne peut faire valoir aucune prétention contractuelle contre elle; de la même manière, l'intimée ne peut invoquer aucun droit de nature contractuelle contre la recourante et n'assume aucune obligation contractuelle envers elle.

Il n'apparaît aucune relation extra-contractuelle entre les parties, que ce soit sur la base d'un acte illicite, du principe de la confiance, de l'enrichissement illégitime ou de la gestion d'affaires. Sous cet angle également, on ne voit pas que l'une des parties puisse faire valoir un droit à l'encontre de l'autre.

On ne discerne donc pas sur quelle base juridique les parties pourraient prendre des conclusions l'une contre l'autre.

Parler ici d'une action en constatation de droit ne change rien à la situation, puisque la décision attaquée n'a pas pour objet de constater l'inexistence d'une relation juridique entre les parties.

1.2 L'intimée a soutenu, en procédure cantonale, qu'elle défendait les intérêts de ses membres. Il est vrai qu'une association professionnelle peut, à certaines conditions, être habilitée à agir en justice pour défendre les intérêts de ses membres (cf. ATF 125 III 82 consid. 1a; 121 III 168 consid. 4b). Cela suppose cependant qu'elle défende les intérêts de ses membres, par exemple en s'opposant à un acte normatif ou une décision étatique défavorables, ou encore en s'opposant à un comportement individuel nuisible à la profession. Il n'y a rien de semblable en l'espèce. L'intimée ne s'est pas opposée à une décision de la recourante qui porterait atteinte aux droits de ses membres ou aux intérêts généraux de la profession.

Elle a en réalité pris l'initiative de poser à l'organisme cantonal une pure question théorique, en dehors de tout litige concret entre un employeur et un travailleur. Cette question de droit pouvait recevoir une réponse défavorable aux intérêts des membres de l'intimée; on ne saurait dire dans ces circonstances qu'il s'agissait de faire valoir ou de défendre les droits ou intérêts des membres. On ne voit d'ailleurs pas par quel mécanisme juridique une décision défavorable rendue entre les parties pourrait lier des employeurs qui ne sont pas parties à la procédure, n'y ont pas consenti et n'ont même pas pu exercer le droit d'être entendu. Un jugement, par principe, ne déploie ses effets qu'entre les parties; aussi ne perçoit-on pas comment la décision d'espèce pourrait lier des employeurs et des travailleurs, qui seraient en litige sur le champ d'application des conventions collectives et n'ont nullement participé à la présente procédure.

Même entre les parties, on ne discerne pas quel pourrait être l'effet de la décision attaquée, puisqu'elle ne se prononce pas, dans son dispositif, sur l'existence ou l'inexistence d'une relation juridique entre les parties, ni sur un droit ou une obligation que l'une des parties pourrait faire valoir contre l'autre.

En définitive, cette décision n'a pas d'effet contraignant pour quiconque, l'intimée n'étant pas un employeur qui devrait appliquer telle ou telle convention collective. Cette décision ne constitue qu'un avis de droit sur une question théorique, dépourvu de tout effet juridique.

1.3 Même si les considérations émises par l'organisme cantonal déplaisent à la recourante – qui est chargée de veiller au respect d'une convention collective –, cette dernière n'a pas d'intérêt juridique (au sens de l'art. 76 al. 1 let. b LTF) à demander l'annulation ou la modification d'une décision dépourvue d'effet juridique.

En conséquence, il n'est pas possible d'entrer en matière sur ce recours.

2.

On peut certes considérer que la recourante succombe puisque son recours est irrecevable. D'un autre côté, on ne peut pas ignorer que c'est l'intimée qui a pris l'initiative de demander une prise de position juridique à l'organisme cantonal et qui a ainsi provoqué une situation ambiguë. Dans ces circonstances, il se justifie de partager les frais (art. 66 al. 1 LTF) et de compenser les dépens (art. 68 al. 1 LTF).

Bundesgericht, Urteil vom 24. September 2008, Doss.-Nr. 2C_85/2008 und 2C_94/2008 (Aufhebung bzw. teilweise Aufhebung der Urteile des Tribunal administratif du canton de Vaud vom 20. Dezember 2007 und 1. Oktober 2007), in: BGE 134 II 329.

Tribunal fédéral, Arrêt du 24 septembre 2008, Doss.-No. 2C_85/2008 et 2C_94/2008 (Annulation de l'arrêt du Tribunal administratif du canton de Vaud du 20 décembre 2007 et annulation partielle de l'arrêt du Tribunal administratif du canton de Vaud du 1^{er} octobre 2007), in: ATF 134 II 329.

BGBM 2 IV und 3; BGFA 3; Art. 18 des Waadtländer Anwaltsgesetzes; Aufnahme in die kantonale Liste der Anwaltskandidaten.

Verhältnis zwischen dem BGFA, dessen Art. 3 Abs. 1 das Recht der Kantone, die Anforderungen für den Erwerb des Anwaltspatents festzulegen, vorbehält, und dem Binnenmarktgesetz, welches in Art. 2 Abs. 4 Satz 1 jedermann – unter Vorbehalt der Beschränkungen nach Art. 3 – nach den Vorschriften am Ort der Erstiniederlassung freien Zugang zum Markt gewährleistet. Schranken der durch Art. 3 Abs. 1 BGFA vorbehaltenen kantonalen Regelungsbefugnis (E. 5).

Prüfung, ob das gegenüber einem Anwalt ausgesprochene Verbot, einen Anwaltskandidaten anzustellen, mit dem Binnenmarktgesetz vereinbar ist. Eine Auslegung des kantonalen Rechts in dem Sinn, dass dieses die Ausübung der Anwaltstätigkeit während fünf Jahren im Kanton verlange, verletzt das Verhältnismässigkeitsprinzip (E. 6).

Die in BGBM 3 IV vorgesehene Unentgeltlichkeit des Verfahrens gilt nicht für Beschwerdeverfahren (E. 7).

2 IV et 3 LMI; 3 LLCA; art. 18 de la loi vaudoise sur la profession d'avocat; inscription au tableau des avocats stagiaires.

Relations entre la LLCA, dont l'art. 3 al. 1 réserve le droit des cantons de fixer les exigences pour l'obtention du brevet d'avocat, et la LMI, dont l'art. 2 al. 4 1^{re} phrase énonce le principe du libre accès au marché à toute personne qui remplit les conditions du premier établissement, sous réserve des restrictions figurant à l'art. 3 LMI. Limites dans lesquelles les cantons peuvent exercer les compétences qui leur sont réservées par l'art. 3 al. 1 LLCA (consid. 5).

Examen de la conformité au regard de la LMI du refus signifié à un avocat d'engager un stagiaire. L'exigence posée par la législation vaudoise d'une pratique de cinq ans dans le canton, telle qu'elle a été interprétée en l'espèce, viole le principe de la proportionnalité (consid. 6).

La gratuité de la procédure prévue à l'art. 3 al. 4 LMI ne s'applique pas aux procédures de recours (consid. 7).

Faits:

Le 8 mai 2007, B. a demandé d'être inscrit au tableau des avocats stagiaires du canton de Vaud à partir du 1^{er} juillet 2007, son futur maître de stage étant l'avocat X. Ce dernier, titulaire d'une licence et d'un doctorat en droit de l'Université de Lausanne, a obtenu le brevet d'avocat dans le canton de Vaud le 2 juillet 2001. Il est inscrit au registre des avocats vaudois depuis le 18 décembre 2006, après avoir été inscrit au registre des avocats genevois du 23 août 2001 au 13 décembre 2006 et avoir travaillé pour l'Etude C. Le 31 mai 2007, la Cour administrative du Tribunal cantonal vaudois (ci-après: la Cour administrative) a rejeté la demande de B., car son futur maître de stage n'était pas habilité à former un stagiaire dans le canton de Vaud, dès lors qu'il n'était pas au bénéfice des cinq ans de pratique dans le canton exigés par la législation vaudoise.

Par arrêt du 1^{er} octobre 2007, le Tribunal administratif vaudois (ci-après: le Tribunal administratif) a partiellement admis, dans la mesure où il était recevable, le recours formé par B., X. et l'Etude C. contre la décision de la Cour administrative du 31 mai 2007. Les juges cantonaux ont considéré en substance que le fait que X. n'ait pas été inscrit au registre des avocats vaudois pendant cinq ans n'empêchait pas qu'il puisse démontrer, d'une autre manière, qu'il bénéficiait d'une pratique judiciaire dans le canton suffisante.

Le 22 octobre 2007, la Cour administrative a une nouvelle fois refusé d'inscrire B. au tableau des avocats stagiaires du canton de Vaud. Elle a retenu que X. n'avait pas une pratique d'au moins cinq ans dans le canton de Vaud au regard des activités dont il s'était prévalu.

B. et X., d'une part, ainsi que la Commission de la concurrence, d'autre part, ont recouru contre la décision de la Cour administrative du 22 octobre 2007. Par arrêt du 20 décembre 2007, le Tribunal administratif, tout en renvoyant pour partie à la motivation figurant dans son arrêt du 1^{er} octobre 2007, a rejeté «le recours». Il a notamment considéré que le fait d'avoir accompli, dans le canton de Vaud, cinq ou dix procédures judiciaires et une dizaine de mandats de conseil juridique ne saurait être assimilé à une pratique de cinq ans dans le canton.

B. et X. forment un recours en matière de droit public contre les arrêts rendus par le Tribunal administratif les 1^{er} octobre et 20 décembre 2007. Ils concluent à ce que le Tribunal fédéral dise que X. est autorisé à engager

des avocats stagiaires dans le canton de Vaud et ordonne aux autorités vaudoises de procéder à l'inscription de B. au tableau des avocats stagiaires, avec effet au 1^{er} juillet 2007, respectivement avec effet immédiat. La Commission de la concurrence interjette également un recours en matière de droit public contre l'arrêt du Tribunal administratif du 20 décembre 2007. Elle demande au Tribunal fédéral de constater que la loi fédérale sur le marché intérieur est applicable au cas d'espèce et que l'arrêt du Tribunal administratif du 20 décembre 2007 restreint indûment l'accès au marché, de sorte qu'il est contraire à ladite loi.

Le Tribunal fédéral a admis les recours.

Extraits des considérants:

4.

Le litige porte sur le refus essuyé par l'avocat recourant d'engager un stagiaire, parce que celui-là ne remplit pas l'exigence prévue par le droit cantonal d'une pratique judiciaire de cinq ans dans le canton de Vaud.

Dans leur écriture commune, l'avocat et le candidat stagiaire (appelé ci-après: le stagiaire) reprochent en substance aux juges cantonaux d'avoir refusé l'application de la loi fédérale du 6 octobre 1995 sur le marché intérieur (LMI; RS 943.02) ainsi que de la loi fédérale du 23 juin 2000 sur la libre circulation des avocats (loi sur les avocats, LLCA; RS 935.61). Ils se plaignent d'une atteinte à leur liberté d'accès au marché garantie par l'art. 2 al. 4 LMI de même qu'à leur liberté économique et, pour l'avocat, à sa liberté d'établissement, sans que les conditions justifiant une restriction à ces libertés ne soient réunies. Ils se prévalent également de la gratuité de la procédure et font grief à l'autorité intimée d'avoir appliqué arbitrairement le droit cantonal. Enfin, ils invoquent les principes de la bonne foi et de l'égalité dans l'illégalité.

La Commission de la concurrence soutient, pour sa part, que la LMI doit s'appliquer aux côtés de la LLCA et qu'en l'absence d'une réglementation dans la LLCA, les cantons doivent exercer leurs compétences d'une manière conforme aux principes de la LMI. Or, la restriction imposée à l'avocat est, selon ladite commission, contraire aux art. 2 al. 4 ainsi que 3 LMI.

5.

Dans ce contexte, il convient de se demander dans quelle mesure la LMI et/ou la LLCA sont applicables.

5.1 Le refus d'octroyer à l'avocat recourant le droit de former des stagiaires se fonde sur l'art. 18 de la loi vaudoise du 24 septembre 2002 sur la profession d'avocat (LPAv; RSV 177.11) qui prévoit notamment que «sont habilités à former des stagiaires les avocats inscrits au registre cantonal qui ont au moins cinq ans de pratique dans le canton et qui n'ont pas fait l'objet d'une mesure disciplinaire d'interdiction temporaire de pratiquer au cours des cinq dernières années ou d'une condamnation pénale

pour des faits incompatibles avec l'exercice de la profession (...)». Cette disposition a été édictée sur la base de l'art. 3 al. 1 LLCA qui réserve le droit des cantons de fixer, dans le cadre de la LLCA, les exigences pour l'obtention du brevet d'avocat. Cette réserve permet aux cantons de définir les conditions de formation et les exigences personnelles que doit remplir le candidat au brevet d'avocat (HANS NATER, *Kommentar zum Anwaltsgesetz*, éd. par Walter Fellmann et Gaudenz G. Zindel, Zurich 2005, n. 3 ad art. 3 LLCA).

Pour sa part, la LMI garantit à toute personne ayant son siège ou son établissement en Suisse l'accès libre et non discriminatoire au marché afin qu'elle puisse exercer une activité lucrative sur tout le territoire suisse (art. 1 al. 1 LMI). L'art. 2 al. 4 1^{re} phrase LMI énonce le principe du libre accès au marché à toute personne qui remplit les conditions du premier établissement, sous réserve de l'art. 3 LMI, qui prévoit à quelles conditions le libre accès au marché peut être restreint.

5.2 Les relations entre la LLCA et la LMI se sont modifiées avec le temps. Dans son message du 23 novembre 1994 concernant la LMI (FF 1995 p. 1193 ss), le Conseil fédéral a indiqué que ce projet était conçu comme une loi-cadre: il se bornait à fixer les principes fondamentaux de la liberté d'accès au marché nécessaires au bon fonctionnement du marché intérieur et ne prévoyait aucune harmonisation du droit dans les différents secteurs (FF 1995 p. 1194). La LLCA a été conçue comme une loi spéciale, visant à combler un vide, dès lors que la LMI s'appliquait de manière générale à la profession d'avocat sans toutefois apporter de réponses aux problèmes spécifiques qui se posaient à elle (Message du Conseil fédéral du 28 avril 1999 concernant la LLCA, FF 1999 p. 5331 ss, 5337; cf. aussi, MANUEL BIANCHI DELLA PORTA, *Commentaire romand*, n. 51 ad art. 2 LMI). Par conséquent, la LLCA était considérée, à son entrée en vigueur, comme une loi spéciale et postérieure à la LMI. Elle devait, comme telle, avoir la préséance (arrêt 2A.443/2003 du 29 mars 2004, consid. 5.2) du moins sur tous les points qu'elle avait réglementés (cf. CHRISTIAN REISER, *La Commission du barreau et la surveillance des avocats sous l'angle de la LLCA et de la LPAv/GE*, in SJ 2007 II p. 237 ss, 239). Cependant, la LMI a fait l'objet, le 16 décembre 2005, d'une modification, entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2006, qui visait à améliorer le fonctionnement du marché intérieur, notamment en supprimant les entraves cantonales et communales à l'accès au marché (cf. Message du Conseil fédéral du 24 novembre 2004 relatif à la révision de la LMI, FF 2005 p. 421 ss, 422). L'idée du législateur était entre autres d'empêcher que le principe du fédéralisme ne l'emporte sur celui du marché intérieur, comme le permettaient le texte initial de la LMI et l'interprétation que le Tribunal fédéral en avait donnée (cf. ETIENNE GRISEL/ANOUK NEUENSCHWANDER, *Liberté économique*, Berne 2006, note 65 p. 222/223). Selon cette interprétation, la liberté d'accès au marché était garantie à celui qui, à partir de son siège, voulait offrir des marchandises ou des services dans d'autres cantons, mais pas à

celui qui voulait s'établir dans un autre canton, car il devait se conformer au droit en vigueur dans ce dernier (ATF 125 I 276 consid. 4 p. 278 ss; FF 2005 p. 428/429). L'art. 2 al. 4 LMI révisé a permis à celui qui veut s'établir dans un autre canton de se prévaloir du principe de la liberté d'accès au marché selon les prescriptions du lieu de provenance (FF 2005 p. 440), dans les limites de l'art. 3 LMI. Le nouvel art. 3 LMI a restreint, quant à lui, le régime des exceptions à l'accès au marché de la part des autorités du lieu de destination, celles-ci pouvant dorénavant tout au plus limiter cet accès au moyen de charges (FF 2005 p. 437 et 441). Ces nouvelles dispositions sont postérieures à la LLCA – qui a d'ailleurs elle aussi subi quelques modifications adoptées le 23 juin 2006 et entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2007. Par conséquent, il n'est plus possible de déterminer la loi applicable en se fondant simplement sur les adages consacrés en la matière, tels que «*lex specialis derogat generali*» et «*lex posterior derogat priori*», entre lesquels il n'existe du reste pas une hiérarchie stricte (cf. JEAN-EMMANUEL ROSSEL, L'interprétation des normes contradictoires, in Les règles d'interprétation, Fribourg 1989, p. 55 ss, 73). Il y a lieu d'avoir une approche plus nuancée et d'examiner, en respectant au mieux la volonté du législateur fédéral, si, selon les matières, la LMI n'est pas applicable parallèlement à la LLCA.

5.3 Dans le cadre des compétences cantonales réservées par l'art. 3 al. 1 LLCA, le législateur vaudois a édicté des dispositions concernant la formation des stagiaires, dont l'art. 18 LPav. Cette disposition, dans la mesure où elle impose que tout maître de stage ait au moins cinq ans de pratique dans le canton de Vaud, a un double aspect. D'une part, elle réglemente la formation des stagiaires, ce qui est conforme à la réserve figurant à l'art. 3 al. 1 LLCA. D'autre part, elle intervient dans la liberté qu'ont les avocats d'organiser leur travail, le cas échéant en engageant des stagiaires. Dans cette mesure, l'art. 18 LPav va au-delà du seul but de formation poursuivi par l'art. 3 al. 1 LLCA et il empiète sur le domaine régi par la LMI, dès lors qu'il limite la liberté d'accès au marché de l'avocat qui, au sens de la LMI, comprend notamment le choix des subordonnés (cf. MANUEL BIANCHI DELLA PORTA, op. cit., n. 107 ad art. 1 LMI). Il en découle que l'avocat qui se voit privé, en vertu de l'art. 18 LPav, de la possibilité d'engager un stagiaire parce qu'il n'aurait pas une pratique suffisante dans le canton, peut invoquer la LMI. Dans la mesure où la LLCA a laissé des compétences aux cantons, ceux-ci doivent non seulement les exercer en respectant le cadre fixé par la LLCA, mais encore s'abstenir d'établir ainsi des entraves contraires à la LMI.

5.4 Cette conclusion correspond d'ailleurs à l'évolution de la législation. A l'origine, le projet de LLCA ne contenait pas de disposition consacrée au droit cantonal (cf. FF 1999 p. 5389). L'art. 3 LLCA est le résultat d'une proposition «fédéraliste» adoptée sans difficulté (cf. BO 1999 CE 1164; BO 2000 CN 37) à l'initiative de la Commission du Conseil des Etats, qui souhaitait clarifier les compétences cantonales en matière de

formation des avocats (BO 1999 CE 1163). Or, la situation a changé depuis la modification de la LMI du 16 décembre 2005 par laquelle, comme on l'a vu (cf. supra, consid. 5.2), le législateur a voulu consacrer la primauté du marché intérieur sur le fédéralisme. Les cantons ne sauraient donc, par le biais de la réserve figurant à l'art. 3 al. 1 LLCA, qui concerne seulement la réglementation des exigences pour l'obtention du brevet d'avocat, porter atteinte à la substance même du principe du libre accès au marché par les avocats. Ce domaine, dans la mesure où il n'a pas été réglementé de façon exhaustive par la loi spéciale (LLCA), entre dans le champ d'application de la loi générale (LMI). En d'autres termes, une disposition cantonale, édictée sur la base de l'art. 3 al. 1 LLCA, comme l'art. 18 LPAv, ne peut avoir pour résultat de restreindre la liberté d'accès au marché des avocats garantie par l'art. 2 al. 4 LMI que si les conditions de l'art. 3 LMI sont remplies.

6.

Il faut à présent examiner si le refus signifié à l'avocat d'engager un stagiaire dans les circonstances de l'espèce est conforme aux art. 2 al. 4 ainsi que 3 LMI.

6.1 L'art. 2 al. 4 1^{re} phrase LMI prescrit que toute personne exerçant une activité lucrative légale est autorisée à s'établir sur tout le territoire suisse afin d'exercer cette activité conformément aux dispositions en vigueur au lieu du premier établissement et sous réserve de l'art. 3 LMI.

Il découle de l'art. 2 al. 4 1^{re} phrase LMI qu'un avocat doit pouvoir s'établir dans un autre canton pour exercer sa profession conformément aux dispositions du canton de provenance. L'organisation du travail de l'avocat comprend en particulier la possibilité d'engager un stagiaire.

X. a obtenu le brevet d'avocat dans le canton de Vaud et a notamment été inscrit au registre des avocats genevois du 23 août 2001 au 13 décembre 2006. D'après l'art. 12 al. 1 du règlement genevois du 5 juin 2002 d'application de la loi sur la profession d'avocat (RSG E 6 10.01), seul peut être maître de stage l'avocat titulaire du brevet, inscrit à un registre cantonal depuis cinq ans au moins, dont trois à Genève, et pratiquant comme chef d'étude ou collaborateur. X. remplit donc les conditions pour engager un stagiaire dans le canton de Genève. Il devrait par conséquent pouvoir employer un stagiaire dans le canton de Vaud en application de l'art. 2 al. 4 LMI. Toutefois, cela lui a été refusé parce qu'il n'était pas au bénéfice des cinq ans de pratique dans le canton de Vaud prévus par l'art. 18 LPAv. Dès lors, il convient d'examiner si un tel refus satisfait aux exigences de l'art. 3 LMI.

6.2 L'article 3 LMI prévoit:

«1 La liberté d'accès au marché ne peut être refusée à des offreurs externes. Les restrictions doivent prendre la forme de charges ou de conditions et ne sont autorisées que si elles:

- a. s'appliquent de la même façon aux offreurs locaux;
- b. sont indispensables à la préservation d'intérêts publics prépondérants;

c. répondent au principe de la proportionnalité.

2 Les restrictions ne répondent pas au principe de la proportionnalité lorsque:

- a. une protection suffisante des intérêts publics prépondérants peut être obtenue au moyens des dispositions applicables au lieu de provenance;
- b. les attestations de sécurité ou certificats déjà produits par l'offreur au lieu de provenance sont suffisants;
- c. le siège ou l'établissement au lieu de destination est exigé comme préalable à l'autorisation d'exercer une activité lucrative;
- d. une protection suffisante des intérêts publics prépondérants peut être garantie par l'activité que l'offreur a exercée au lieu de provenance.

3 Les restrictions visées à l'al. 1 ne doivent en aucun cas constituer une barrière déguisée à l'accès au marché destinée à favoriser les intérêts économiques locaux.

(...).»

6.2.1 Le refus opposé à l'engagement d'un stagiaire par X. se fonde sur l'art. 18 LPAv qui impose la condition de cinq ans de pratique dans le canton de Vaud de manière identique aux avocats vaudois et à ceux qui viennent d'un autre canton. Cette condition respecte donc l'art. 3 al. 1 let. a LMI, comme l'admet d'ailleurs la Commission de la concurrence, même si son application peut avoir des conséquences plus lourdes pour les avocats venant de l'extérieur du canton.

6.2.2 Il faut aussi que la restriction soit indispensable à la préservation d'intérêts publics prépondérants (cf. art. 3 al. 1 let. b LMI), notion qui recoupe celle que la jurisprudence a dégagée en matière de restriction à la liberté économique (FF 2005 p. 441). L'intérêt public prépondérant est celui qui, par son importance, l'emporte sur les autres, ce qu'il faut établir grâce à une pesée des intérêts en présence (cf. MANUEL BIANCHI DELLA PORTA, op. cit., n. 8 et 9 ad art. 3 LMI). L'intérêt public en cause ici est celui de la formation appropriée du stagiaire par un avocat qui a la connaissance et l'expérience des procédures vaudoises. On ne saurait donc suivre les recourants quand ils prétendent que l'avocat qui a le droit de pratiquer devrait avoir celui de former un stagiaire. D'ailleurs, l'intérêt du client qui choisit un défenseur pour une affaire précise, quitte à lui retirer son dossier s'il n'est pas satisfait, ne peut être comparé à l'intérêt du stagiaire qui, après des années d'études théoriques, a besoin d'être guidé dans différentes procédures pour acquérir les bases sur lesquelles il fondera toute sa pratique. Contrairement à ce que soutiennent les recourants, il existe donc un intérêt public, qui peut être qualifié de prépondérant, à ce que l'avocat qui engage un stagiaire soit en mesure de lui offrir une formation adéquate. On peut toutefois se demander si la mesure adoptée, soit l'exigence d'une pratique d'une durée de cinq ans dans le canton, est de nature à garantir la formation appropriée du stagiaire, alors qu'en vertu de l'art. 4 LLCA, tout avocat inscrit à un registre cantonal des avocats peut pratiquer la représen-

tation en justice en Suisse sans autre autorisation. Cette question peut toutefois rester indécise, car elle recoupe, partiellement en tout cas, la troisième condition posée à l'art. 3 al. 1 LMI.

6.2.3 Les restrictions doivent, enfin, respecter le principe de la proportionnalité (art. 3 al. 1 let. c LMI). L'art. 3 al. 2 LMI énumère les restrictions ne répondant pas au principe de la proportionnalité. Il y a lieu de considérer que cette liste est exemplaire, ce qui était du reste incontestablement le cas dans la version initiale qui utilisait le terme «notamment». De plus, une interprétation différente (énumération exhaustive) irait à l'encontre du but poursuivi par le législateur, car elle permettrait d'étendre le champ des restrictions, alors que la révision de la LMI du 16 décembre 2005 visait précisément à «restreindre encore le régime d'exception» de l'art. 3 LMI (FF 2005 p. 422). En outre, en tant qu'atteinte à la liberté économique garantie par l'art. 27 Cst., toute restriction à la liberté d'accès au marché doit respecter, de manière générale, le principe de la proportionnalité (cf. art. 36 al. 3 Cst.). L'observation de ce dernier doit donc aussi être examinée librement dans le cadre de la LMI.

En l'espèce, en considérant que l'avocat recourant ne remplissait pas l'exigence de cinq ans de pratique dans le canton de Vaud prévue à l'art. 18 LPAv, les juges cantonaux ont imposé une restriction disproportionnée. Certes, on peut attendre d'un maître de stage qui guide et encadre un futur candidat au brevet d'avocat vaudois qu'il se soit familiarisé avec les différentes procédures, afin de pouvoir conseiller au mieux son stagiaire. L'exigence d'une pratique professionnelle de plusieurs années, avant de former un stagiaire, n'apparaît à cet égard pas critiquable. La durée de cinq ans n'est d'ailleurs pas contestée en l'occurrence, dès lors qu'elle est satisfaite par X.. Ce qui pose problème, c'est qu'une telle pratique doive s'exercer dans le canton de Vaud, et ce indépendamment des années de pratique de l'avocat dans un autre canton. Quelles que soient les difficultés que présentent les procédures vaudoises, un avocat qui a plusieurs années de pratique, fût-ce dans un autre canton, doit pouvoir les maîtriser beaucoup plus rapidement.

A juste titre, le Tribunal administratif a jugé, dans son arrêt du 1^{er} octobre 2007, qu'une inscription dans le registre des avocats vaudois n'était pas nécessaire et que X. pouvait prouver d'une autre manière la réalité de sa pratique vaudoise. En revanche, en estimant qu'en l'espèce, le prénommé ne bénéficiait pas d'une pratique suffisante dans le canton de Vaud, les juges cantonaux ont posé des exigences disproportionnées. En effet, X. a fait ses études à l'Université de Lausanne, qui lui a décerné une licence en droit, mention droit suisse, en 1995, puis un doctorat en droit en 1999; il a par conséquent passé des examens sur les procédures civile et pénale vaudoises. Il a obtenu le brevet d'avocat vaudois en 2001; il a donc acquis une connaissance plus approfondie des procédures vaudoises qu'il a pratiquées durant ses deux ans de stage. De plus, tout en étant inscrit au registre des avocats genevois, il a dû traiter un certain nombre de cas «vau-

dois», soit de dossiers l'obligeant à exercer sa profession dans le canton de Vaud ou, du moins, selon les procédures vaudoises. En outre, après une pratique de plus de cinq ans, il a été inscrit au registre des avocats vaudois dès le 18 décembre 2006. Ces éléments suffisent à faire apparaître le caractère disproportionné de l'exigence liée à la pratique de l'avocat dans le canton de Vaud. Il n'y a ainsi pas lieu d'examiner si l'autorité intimée aurait arbitrairement omis de prendre en compte d'autres éléments, comme le relève l'avocat recourant.

En conclusion, l'art. 18 LPAv, tel qu'il a été interprété par les juges cantonaux, viole le principe de la proportionnalité et, par conséquent, s'avère contraire à l'art. 3 al. 1 let. c LMI.

6.3 Les recourants font encore valoir que le refus d'autoriser X. à engager un stagiaire tend en réalité à favoriser les intérêts économiques locaux et viole ainsi également l'art. 3 al. 3 LMI.

Dans la mesure où les exigences imposées au prénommé sont disproportionnées par rapport au but d'intérêt public avoué, elles visent peut-être aussi à favoriser les avocats inscrits depuis au moins cinq ans au registre des avocats vaudois; en effet, elles obligent les concurrents extérieurs à attendre de façon exagérément longue jusqu'à l'engagement d'un stagiaire.

Par ailleurs, pour autoriser X., qui a fait toute sa formation dans le canton de Vaud, à occuper un stagiaire, le Tribunal administratif exige la preuve d'un certain volume d'activité dans le canton de Vaud, alors qu'une telle preuve n'est pas demandée aux avocats inscrits au registre des avocats vaudois, qui pourraient par hypothèse exercer la quasi-totalité de leur activité en dehors du canton de Vaud. On peut donc se demander si l'autorité intimée ne favorise pas ainsi les intérêts économiques de ces derniers. La question peut cependant rester ouverte, car, comme on l'a vu, le refus litigieux viole de toute façon l'art. 3 al. 1 let. c LMI.

7.

Les recourants invoquent la gratuité de la procédure, en se référant à l'art. 3 al. 4 LMI.

En vertu de l'art. 3 al. 4 LMI, les décisions relatives aux restrictions doivent faire l'objet d'une procédure simple, rapide et gratuite. Il ressort du message précité relatif à la révision de la LMI que le législateur cherchait à combler «une lacune dans la législation en vigueur, laquelle ne prévoit, pour l'intéressé, de droit à une telle procédure qu'en cas de restriction découlant de la non-reconnaissance d'un certificat de capacité (art. 4, al. 2, LMI)» (FF 2005 p. 442). Il n'y a donc aucune raison de conférer à l'art. 3 al. 4 LMI une portée différente de celle donnée à l'ancien art. 4 al. 2 LMI. Or, la jurisprudence a toujours considéré que la gratuité de la procédure prévue dans la LMI ne s'appliquait pas aux procédures de recours (arrêt 2P.362/1998 du 6 juillet 1999, consid. 5 non publié in ZBl 101/2000 p. 496 mais traduit in SJ 2000 I p. 177, 183; arrêts 2P.17/1998 du 31 août 1998, consid. 7b non publié à l'ATF 125 II 56 et 2P.122/1999 du 9 juillet 1999, consid. 4b non publié à l'ATF 125 II 406). Devant le Tribunal fédé-

ral, la question des frais est donc régie par les art. 62 ss de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF; RS 173.110; contra MANUEL BIANCHI DELLA PORTA, op. cit., n. 29 et 30 ad art. 4 LMI). Sur le plan cantonal, le Tribunal administratif a statué en tant qu'instance de recours contre les décisions de la Cour administrative, de sorte que des frais judiciaires pouvaient être perçus. Le problème de la gratuité est cependant théorique, dès lors que, de toute manière, les recourants obtenant gain de cause, ils ne sauraient se voir imposer des frais pour la procédure cantonale.

Tribunal fédéral, Arrêt du 25 septembre 2008, Doss.-No. 4A_308/2008 (Réformation partielle de l'arrêt de la Cour d'appel de la juridiction des prud'hommes du canton de Genève du 19 mai 2008).

329d II et 337c I CO. La créance en dommages-intérêts prévue en cas de licenciement immédiat injustifié comprend non seulement le salaire, mais aussi, en principe, le droit aux vacances, remplacé par des prestations en argent. Le droit au paiement des vacances en espèces n'est toutefois pas absolu. Lorsque le travailleur est indemnisé pour une longue période au cours de laquelle il ne travaille pas et n'a même guère de possibilités de trouver un emploi, on peut admettre que l'indemnité reçue inclut le droit aux vacances (c. 3.2).

337 CO. La résiliation est un droit formateur qui s'exerce en principe de manière inconditionnelle et irrévocable (c. 3.3).

18 CO. Interprétation d'une clause relative à l'indemnisation des désagréments liés aux longs déplacements (c. 4).

Extraits des faits:

Par contrat de travail du 5 juillet 2001, une société finalement devenue X. AG (ci-après: l'employeuse) le 14 janvier 2008 a engagé Y. (ci-après: l'employé) en qualité de chef de projet pour une durée indéterminée à compter du 1^{er} septembre 2001, pour un salaire mensuel brut, payable douze fois l'an, fixé en dernier lieu à 10 850 fr. au mois de janvier 2005. Un avenant du 25 février 2002 indiquait notamment que le règlement du personnel distribué à la fin du mois de décembre 2001 faisait partie intégrante du contrat de travail. Sous la rubrique «5.3. Frais»/«5.3.3. Frais de déplacement», ledit règlement comportait un art. 5.3.3.9. disposant que «le temps consacré au déplacement sur un projet ou mandat est rémunéré par la Société lorsque le trajet aller/retour depuis le lieu habituel du travail de l'Employé dépasse 2 heures par jour. Lorsque le droit à la rémunération est ouvert, le tarif à l'heure est fixé à CHF 130.-». Cette disposition n'a subi aucune modification lors de la mise à jour du règlement du personnel le 15 mars 2004. Le 2 décembre 2005, l'employeuse a licencié l'employé avec effet immédiat avant de lui confirmer, le 19 décembre 2005, qu'elle

abandonnait sa décision et qu'ainsi, le contrat liant les parties prendrait fin le 28 février 2006, compte tenu du préavis contractuel de deux mois. L'employé demeurerait libéré de son obligation de travailler et devait prendre son solde de vacances avant le 28 février 2006. Par courriel du 28 décembre 2005, l'employé s'est étonné auprès de l'employeuse d'avoir reçu son salaire pour le mois de décembre vu le licenciement avec effet immédiat survenu le 2 décembre 2005. Du 31 janvier au 3 février 2006, l'employé s'est trouvé en incapacité de travail pour cause de maladie, de sorte qu'il a finalement perçu son salaire jusqu'au 31 mars 2006.

Par demande du 30 août 2006, l'employé a assigné l'employeuse le Tribunal des prud'hommes du canton de Genève. Par jugement du 6 juin 2007, le Tribunal des prud'hommes a condamné l'employeuse à verser à l'employé les sommes de 210 774 fr. 50 bruts – soit 4854 fr. 50 d'indemnité pour vacances non prises en nature et 205 920 fr. à titre de rémunération du temps consacré aux déplacements – et 18 420 fr. nets d'indemnité pour licenciement immédiat injustifié, le tout avec intérêt à 5% l'an dès le 2 décembre 2005. Saisie par l'employeuse et statuant par arrêt du 19 mai 2008, la Cour d'appel de la juridiction des prud'hommes du canton de Genève a confirmé le jugement du 6 juin 2007.

L'employeuse (la recourante) a interjeté un recours en matière civile au Tribunal fédéral, dans lequel elle a conclu à l'annulation de l'arrêt du 19 mai 2008 en tant qu'il confirme sa condamnation à payer à l'employé la somme de 210 774 fr. 50 bruts avec intérêt à 5% l'an dès le 2 décembre 2005, avec suite de frais et dépens. Elle a également requis l'octroi de l'effet suspensif, qui a été accordé par ordonnance présidentielle du 18 juillet 2008. L'employé (l'intimé) a proposé le rejet du recours, sous suite de frais et dépens.

Extraits des considérants:

3.

La recourante reproche à la cour cantonale d'avoir violé l'art. 329d CO en allouant à l'intimé une indemnité pour vacances non prises en nature.

3.1 Aux termes de l'art. 329d al. 2 CO, tant que durent les rapports de travail, les vacances ne peuvent pas être remplacées par des prestations en argent ou d'autres avantages. En règle générale, l'interdiction de remplacer les vacances par des prestations en argent s'applique aussi après la résiliation des rapports de travail. Il peut cependant être dérogé à ce principe selon les circonstances. D'après la jurisprudence, 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'elles le soient (ATF 128 III 271 consid. 4a/aa p. 280).

3.2 Selon l'art. 337c al. 1 CO, lorsque l'employeur résilie immédiatement le contrat sans justes motifs, 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. La prétention du travailleur fondée sur cette disposition est donc une créance en dommages-intérêts et le contrat prend fin immédiatement, en droit, que la résiliation immédiate soit justifiée ou non. Cette créance en dommages-intérêts comprend non seulement le salaire, mais aussi, en principe, le droit aux vacances, remplacé par des prestations en argent. Selon la jurisprudence, le droit au paiement des vacances en espèces n'est toutefois pas absolu. S'il est en tout cas reconnu au travailleur qui est renvoyé alors que le contrat aurait normalement pu prendre fin dans un délai relativement bref, estimé à deux ou trois mois, il n'en va pas de même lorsque l'employé est indemnisé pour une longue période au cours de laquelle il ne travaille pas. En effet, le paiement des vacances en plus du salaire perdu se justifie lorsque le travailleur, privé de ses ressources et obligé de rechercher un nouvel emploi, ne peut véritablement organiser et prendre ses vacances, ou lorsqu'il trouve une place qu'il doit occuper immédiatement. En revanche, lorsque le travailleur est indemnisé pour une longue période au cours de laquelle il ne travaille pas et n'a même guère de possibilités de trouver un emploi, on peut admettre que l'indemnité reçue inclut le droit aux vacances (cf. ATF 117 II 270 consid. 3b).

3.3 La résiliation est un droit formateur qui s'exerce par un acte juridique unilatéral (ATF 133 III 360 consid. 8.1.1). Afin d'assurer une situation juridique claire dans l'intérêt de la partie adverse, l'exercice d'un droit formateur est en principe inconditionnel et irrévocable (ATF 128 III 129 consid. 2a).

3.4 En l'occurrence, les rapports de travail ont irrévocablement pris fin le 2 décembre 2005, sans égard au fait que la recourante ait ultérieurement entendu transformer le licenciement immédiat en résiliation ordinaire, et qu'elle ait continué à verser son salaire à l'intimé. Cela étant, il a été retenu en fait qu'au mois de décembre 2005, les parties avaient encore été en contact concernant notamment des demandes de motivation du congé, la restitution d'un ordinateur portable et autres documents ainsi que la délivrance du certificat de travail, situation dont il résulte que l'employé ne pouvait pas s'absenter pour des vacances. En outre, celui-ci a été en incapacité de travail du 31 janvier au 3 février 2006, jours pendant lesquels il est supposé ne pas avoir été en état de rechercher du travail. En définitive, compte tenu de l'ensemble des circonstances de l'espèce, l'on ne saurait reprocher à la cour cantonale d'avoir violé le droit fédéral en considérant que l'on ne pouvait attendre de l'intimé qu'il prenne son solde de vacances, de 12.25 jours, en nature, entre le 2 décembre 2005 et le 31 mars 2005. Le montant de l'indemnité allouée n'étant pour le surplus pas contesté, le grief doit être rejeté.

4.

La recourante reproche aux précédents juges d'avoir apprécié de façon arbitraire la teneur de la clause 5.3.3.9. de son règlement du personnel, respectivement commis une «violation arbitraire» de l'art. 18 CO, en

considérant, sur la base d'une interprétation purement littérale, que celle-ci était parfaitement claire, et en reconnaissant ainsi le droit de l'intimé à la rémunération du temps consacré aux déplacements.

4.1 En présence d'un litige sur l'interprétation d'une disposition contractuelle, le juge doit tout d'abord s'efforcer de déterminer la commune et réelle intention des parties, sans s'arrêter aux expressions ou dénominations inexactes dont elles ont pu se servir, soit par erreur, soit pour déguiser la nature véritable de la convention (art. 18 al. 1 CO); s'il y parvient, il s'agit d'une constatation de fait qui lie en principe le Tribunal fédéral conformément à l'art. 105 LTF. 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; il doit donc rechercher comment une déclaration ou une attitude pouvait être comprise de bonne foi en fonction de l'ensemble des circonstances; le principe de la confiance permet 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. L'application du principe de la confiance est une question de droit que le Tribunal fédéral peut examiner librement (art. 106 al. 1 LTF); pour trancher cette question, il faut cependant se fonder sur le contenu de la manifestation de volonté et sur les circonstances, dont la constatation relève du fait (ATF 133 III 675 consid. 3.3 p. 681 s.). Les circonstances déterminantes sont celles qui ont précédé ou accompagné la manifestation de volonté (ATF 133 III 61 consid. 2.2.1).

Le sens d'un texte, apparemment clair, n'est pas forcément déterminant, de sorte que l'interprétation purement littérale est prohibée. 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 cocontractants lorsqu'il n'existe aucune raison sérieuse de penser qu'il ne correspond pas à leur volonté (ATF 133 III 61 consid. 2.2.1).

4.2 En l'occurrence, les parties divergent d'opinion sur le sens à donner à l'art. 5.3.3.9. du règlement du personnel de l'employeuse, l'intimé estimant qu'il s'applique à son cas, tandis que la recourante soutient en substance qu'il aurait en réalité dû figurer dans le chapitre relatif aux heures supplémentaires, à la rémunération desquelles les chefs de projet n'ont pas droit, conformément à l'art. 6.6.6. dudit règlement. Dès lors, la cour cantonale a interprété ladite disposition en application du principe de la confiance. A cet égard, elle a en bref considéré que la clause litigieuse signifiait que l'employé avait droit au paiement du temps consacré au déplacement entre le lieu d'exécution du projet auquel il était affecté et son lieu habituel de travail lorsque ce temps de déplacement dépassait deux heures par jour; son texte était clair et rien n'indiquait que c'était par erreur qu'elle avait été insérée dans le chapitre 5 consacré à la rémunération; la

recourante ne soutenait pas qu'au moment de l'introduction du règlement du personnel en janvier 2002, la question de la rémunération du temps de déplacement aurait fait l'objet d'une quelconque discussion avec l'intimé qui permettrait de considérer que les parties n'entendaient pas se soumettre au texte clair de l'art. 5.3.3.9. du règlement du personnel, qui fait partie intégrante du contrat de travail qui les liaient; l'interprétation de la recourante selon laquelle la rémunération du temps de déplacement ne concernerait que les employés non-cadres était matériellement insoutenable, car elle impliquerait un tarif horaire correspondant à près de trois fois et demi le salaire le plus bas pratiqué dans l'entreprise et deux fois et demi le salaire moyen, alors que les heures supplémentaires n'étaient majorées que de 25%; à supposer qu'il subsiste un doute, ce qui n'était pas le cas, la recourante devrait se voir opposer le principe *in dubio contra stipulatorem*.

Quoi qu'en dise la recourante, l'on ne voit pas que le fait d'avoir fait figurer la clause litigieuse dans la partie du règlement du personnel relative aux frais découle d'une erreur, étant observé à cet égard que l'employeuse n'a nullement corrigé cette prétendue erreur lors de la mise à jour de son règlement au mois de mars 2004. Cela étant, la recourante plaide en vain qu'il n'y aurait aucune raison objective justifiant qu'un salarié de l'entreprise puisse bénéficier d'une rémunération supplémentaire liée à son temps de déplacement, en comparaison de ses collègues travaillant au siège de la société, si celui-ci devait s'inscrire dans l'horaire normal de travail; en effet, il apparaît clairement que le but de la disposition en question était d'indemniser les désagréments liés aux longs déplacements. Cette problématique n'a rien à voir avec celle de l'accomplissement d'heures supplémentaires, un déplacement de longue durée pouvant tout aussi bien intervenir dans les limites de l'horaire normal d'un employé. Enfin, les faits que l'intimé n'ait jamais réclamé d'indemnité en cours d'emploi et que la clause litigieuse n'ait jamais été appliquée aux cadres de l'entreprise ne sont pas déterminants pour l'interprétation en application du principe de la confiance, s'agissant de faits postérieurs à la conclusion du contrat. En définitive, l'on ne voit pas que la cour cantonale ait violé le droit fédéral en considérant que l'article 5.3.3.9. trouvait application en l'espèce, étant encore relevé que, dès lors que l'interprétation de la disposition en question en application du principe de la confiance a permis d'en dégager le sens, il n'y avait pas lieu de faire appel au principe *in dubio contra stipulatorem*, qui revêt un caractère subsidiaire par rapport à ce moyen d'interprétation (ATF 133 III 61 consid. 2.2.2.3 p. 69).

4.3 A titre subsidiaire, dans l'hypothèse où il serait reconnu que l'intimé pouvait se prévaloir de la clause litigieuse, la recourante soutient encore que la rémunération du temps de déplacement ne serait effective qu'à partir de la troisième heure de déplacement.

Sur ce point, la cour cantonale, se fondant sur le texte de la disposition litigieuse, a considéré que celle-ci ne prévoyait pas que seule la rému-

nération du temps de déplacement excédant deux heures serait de 130 fr. l'heure.

Force est de constater que le texte litigieux n'est pas aussi clair que les précédents juges le laissent entendre. En effet, le terme «lorsque» peut tout aussi bien signifier «dans l'hypothèse où» le droit à la rémunération est ouvert qu'«à partir du moment où», respectivement «une fois que», il est ouvert, à savoir à l'issue des deux premières heures de déplacement. L'obligation pour l'employeuse de rémunérer rétroactivement les deux premières heures de déplacement ne ressort ainsi nullement de l'interprétation littérale de l'article 5.3.3.9. du règlement du personnel. Cela étant, l'argument de la recourante selon lequel la rémunération ne devrait courir qu'à compter de la première minute venant en dépassement des deux premières heures de déplacement, et selon laquelle le tarif 130 fr. tiendrait compte, de façon forfaitaire, des deux premières heures, apparaît pertinent. Dès lors qu'il a été établi que l'indemnité en question visait à rémunérer les inconvénients liés à un voyage de longue durée – étant encore précisé que les frais en tant que tels étaient remboursés séparément et en plus –, qui pouvait au demeurant se dérouler dans le cadre de l'horaire contractuel, l'on ne peut objectivement, raisonnablement et logiquement concevoir que l'application de la clause litigieuse ait pour conséquence qu'un déplacement d'un peu moins de deux heures ne donne droit à aucune indemnisation, tandis qu'un déplacement de deux heures et quelques minutes donnerait rétroactivement droit à la rémunération de ce qui n'était précisément pas dû quelques minutes avant.

Il s'ensuit que le recours doit être admis sur ce point. Lorsqu'il admet un recours, le Tribunal fédéral peut statuer lui-même sur le fond ou renvoyer l'affaire à l'autorité précédente pour qu'elle prenne une nouvelle décision (art. 107 al. 2 LTF). En l'occurrence, il ressort du jugement du Tribunal des prud'hommes du 6 juin que l'intimé a invoqué avoir effectué, entre 2001 et 2005, un total de 528 déplacements aller/retour journaliers à Fribourg, d'une durée de trois heures par jour, nombre que la recourante reprend à son compte dans son écriture à la Cour de céans. Il s'ensuit que le montant à allouer à l'intimé à titre de rémunération du temps consacré aux déplacements doit être fixé à $528 \times 130 \text{ fr.} = 68\,640 \text{ fr. bruts}$.

5.

En définitive, le recours doit être partiellement admis et le dispositif du jugement du 6 juin 2007 réformé en ce sens que la recourante est condamnée à verser à l'intimé le montant de 68 640 fr. bruts mentionné au considérant qui précède, lequel doit être ajouté à celui de 4854 fr. 50 bruts alloué à l'intimé à titre d'indemnité pour vacances non prises en nature, d'où la somme de 73 494 fr. 50 bruts; il est maintenu en tant qu'il condamne celle-là à payer à celui-ci le montant de 18 420 fr. nets. Pour le surplus, le point de départ des intérêts alloués n'ayant pas été remis en cause, il n'y a pas lieu d'y revenir.

Tribunal fédéral, Arrêt du 25 septembre 2008, Doss.-No. 4A_310/2008 (Confirmation de l'arrêt de la Cour d'appel de la juridiction des prud'hommes du canton de Genève du 20 mai 2008).

18 CO. Interprétation d'une clause, prévue à l'art. 5 du «Term Sheet», fixant une indemnité de licenciement équivalente à neuf mois de salaire, sauf si la résiliation intervenait pour «due cause». Il n'est pas arbitraire ou contraire au droit au sens de 95 LTF de considérer que les termes «due cause» correspondent aux justes motifs de 337 CO (c. 3).

Comme le treizième salaire fait partie intégrante du salaire annuel, il n'est pas arbitraire de l'intégrer dans l'indemnité de licenciement. Une telle indemnité de licenciement, au même titre que celle prévue à l'art. 337c CO, n'équivaut toutefois pas à un salaire de remplacement. Elle n'est donc pas soumise aux cotisations sociales (c. 4).

Extraits des faits:

Le 10 septembre 1999, Y. (intimé), A. et B. ont fondé la société X. SA (recourante). Cette société a pour but social le développement et la commercialisation de logiciels d'aide à l'analyse financière. En 2001 et 2002, face à d'importants problèmes de liquidités, X. SA a dû faire appel à de nouveaux investisseurs. Y., qui ne détenait plus que 14,8% du capital-actions contre 56,99% lors de la création de la société, a conservé sa place au conseil d'administration. Le 6 mai 2002, les nouveaux investisseurs, X. SA et Y. ont concrétisé leur accord dans un document intitulé «Term Sheet», lequel prévoyait à son article 5 un contrat de travail entre X. SA et Y., libellé en anglais. Cet article réglait les conditions salariales, ainsi que les modalités de licenciement. Le 30 septembre 2003, l'employeur a résilié le contrat de travail de Y. avec effet au 31 décembre 2003, avec pour motif le manque de performances de l'employé, qui n'avait pas conclu de contrat de vente, contrairement à ce qui avait été fixé par courrier du 29 juillet 2003. Le 21 mai 2004, les parties ont conclu un nouveau contrat. Au terme de ce contrat, Y. s'engageait, en qualité d'agent de vente et de marketing indépendant, à conclure des contrats de vente pour X. SA. Le 27 juillet 2005, le contrat a été résilié avec effet au 30 septembre 2005 au motif que Y. n'était pas parvenu aux objectifs de vente convenus entre les parties.

Le 12 décembre 2006, Y. a saisi le Tribunal des prud'hommes d'une demande en paiement à l'encontre de X. SA. En dernier lieu, il réclamait le paiement de 171 250 fr., à titre de salaire, de 117 000 fr., à titre d'indemnité de licenciement, de 26 000 fr., à titre d'indemnité pour vacances non prises, de 4078 fr. 82, à titre de remboursement de frais professionnels, et de 120 000 fr. à titre de bonus. Par jugement du 11 septembre 2007, le Tribunal des prud'hommes a condamné la défenderesse à payer divers montants au demandeur. Statuant par arrêt du 20 mai 2008, sur ap-

pel de la défenderesse et appel incident du demandeur, la Cour d'appel de la juridiction des prud'hommes a annulé le jugement attaqué en tant qu'il condamne la défenderesse à payer au demandeur la somme nette de 108 000 francs. Se prononçant à nouveau sur ce point, la cour cantonale a condamné la défenderesse à payer au demandeur la somme nette de 117 000 fr., avec intérêts à 5% l'an dès le 1^{er} janvier 2004. Pour le surplus, le jugement entrepris a été confirmé.

La défenderesse exerce un recours en matière civile. Elle invite le Tribunal fédéral à annuler l'arrêt attaqué, en tant qu'il la condamne à payer la somme nette de 117 000 fr., à débouter le demandeur de toutes ses conclusions, en tant qu'elles concernent le paiement de la somme en question, et à confirmer l'arrêt entrepris pour le surplus. Par ordonnance présidentielle du 16 juillet 2008, la demande d'effet suspensif a été rejetée.

Extraits des considérants:

2.

Dans le présent recours, seule la question de l'indemnité de licenciement prévue à l'art. 5 du «Term Sheet» demeure litigieuse.

Selon cet article, rédigé en anglais, l'employé avait droit à une indemnité de licenciement équivalente à neuf mois de salaire, à payer mensuellement. Cette clause tombait toutefois si la résiliation intervenait pour «due cause».

3.

La recourante dénonce une violation des art. 1 et 18 CO. Elle soutient que les termes «due cause» signifient «causes justifiées» et non pas «justes motifs» au sens de l'art. 337 CO, comme jugé par l'autorité cantonale.

3.1 Pour interpréter un contrat, le juge doit commencer par rechercher la réelle et commune intention des parties, le cas échéant sur la base d'indices (cf. art. 18 al. 1 CO). Les circonstances survenues postérieurement à la conclusion du contrat, notamment le comportement des parties, constituent un indice de la volonté réelle des cocontractants (ATF 118 II 365 consid. 1; 112 II 337 consid. 4a et l'arrêt cité). Cette interprétation dite subjective relève des constatations de fait, qui lient en principe le Tribunal fédéral conformément à l'art. 105 LTF (ATF 133 III 675 consid. 3.3; 131 III 606 consid. 4.1). Lorsque la volonté intime et concordante des parties ne peut pas être établie, le juge doit rechercher leur volonté présumée en interprétant leurs déclarations de volonté selon le principe de la confiance; cette interprétation dite objective consiste à rechercher le sens que chacune des parties pouvait et devait raisonnablement prêter aux déclarations de volonté de l'autre, en tenant compte des termes utilisés ainsi que du contexte et de l'ensemble des circonstances dans lesquelles elles ont été émises; il s'agit de l'interprétation dite objective (ATF 133 III 675 précité; 132 III 268 consid. 2.3.2, 626 consid. 3.1). L'application du principe de la confiance est une question de droit que le Tribunal fédéral examine libre-

ment (art. 106 al. 1 LTF). Pour ce faire, il doit cependant se fonder sur le contenu de la manifestation de volonté et sur les circonstances, lesquelles relèvent du fait (ATF 133 III 675 précité; 131 III 586 consid. 4.2.3.1; 130 III 417 consid. 3.2; 129 III 118 consid. 2.5).

3.2 La cour cantonale s'est déclarée convaincue du fait que la réelle et commune intention des parties était de protéger l'intimé et de lui garantir une indemnité de départ de neuf mois de salaire, dont le paiement ne pourrait être refusé qu'en cas de licenciement pour justes motifs. Pour arriver à cette constatation de fait, l'autorité cantonale a pris appui sur les circonstances qui ont entouré la conclusion du «Term Sheet». Elle a ainsi relevé que l'intimé est l'un des trois fondateurs de la recourante, qu'en raison de la recapitalisation en 2001 et 2002 de la société, l'intimé a perdu sa position d'actionnaire majoritaire, que les nouveaux investisseurs ont toutefois souhaité conserver l'intimé comme administrateur et directeur, dès lors que ses compétences en tant que concepteur étaient reconnues, qu'après le licenciement de l'intimé, les administrateurs l'ont réengagé, car ils se sentaient redevables envers lui. Les juges se sont aussi référés aux dépositions du témoin C., selon lequel les parties voulaient mettre une clause de protection pour que l'intimé ne se fasse pas licencier sans raison une fois que l'entreprise serait recapitalisée. L'indemnité de licenciement devait ainsi être considérée comme une protection envers l'intimé.

La cour cantonale a ajouté qu'en application du principe de la confiance, la clause litigieuse devrait être interprétée dans le même sens, compte tenu des circonstances dans lesquelles elle a été rédigée. La juridiction inférieure a encore précisé que cette appréciation ne pouvait être remise en cause par le fait que l'intimé n'ait pas réclamé immédiatement après son licenciement l'indemnité litigieuse.

3.3 Tout en dénonçant une violation du principe de la confiance, la recourante rediscute en partie les circonstances sur lesquelles la cour cantonale a pris appui pour aboutir à la constatation que les parties avaient pour réelle et commune intention de protéger l'intimé et de lui garantir une indemnité de départ de neuf mois de salaire. Ainsi, elle prétend que la cour cantonale a omis de prendre en compte la situation catastrophique dans laquelle se trouvait la société lors de la conclusion du contrat de travail. Compte tenu de cette situation, l'intimé devait nécessairement se rendre compte que l'indemnité de neuf mois de salaire ne lui serait versée qu'à des conditions très strictes. La déclaration du témoin C. venait par ailleurs confirmer que l'indemnité de neuf mois de salaire ne devait être octroyée que dans le cas d'un licenciement pour une raison non imputable à l'employé. La recourante évoque aussi la traduction française du contrat de travail, qui traduit «due cause» par «avec causes», le fait que l'intimé a contresigné pour accord la lettre de résiliation, laquelle ne fait aucune mention de l'octroi d'une quelconque indemnité, le contenu du courriel du 21 mai 2003, qui n'a jamais été contesté et les trente et un mois écoulés entre la résiliation du contrat et la demande d'octroi de l'indemnité liti-

gieuse. La recourante soutient encore que l'argumentation de la cour relative à la non-réclamation de l'indemnité par l'intimé est douteuse.

Conformément à l'art. 105 al. 2 LTF, le Tribunal fédéral ne peut s'écarter des faits établis par l'autorité précédente que si ces faits ont été établis de façon manifestement inexacte ou en violation du droit au sens de l'art. 95 LTF. Le Tribunal fédéral ne sanctionne par ailleurs la violation de droits fondamentaux tels que la protection contre l'arbitraire que si ce moyen est invoqué et motivé par le recourant (art. 106 al. 2 LTF).

En l'occurrence, la recourante ne soutient pas et encore moins ne démontre que la constatation relative à la réelle et commune intention des parties est arbitraire; elle ne prétend pas plus que cette constatation aurait été établie en violation du droit au sens de l'art. 95 LTF (cf. art. 105 al. 2 LTF). Elle se borne en effet à remettre en cause la décision entreprise sous l'angle du principe de la confiance, en critiquant de manière appellatoire les circonstances de fait sur lesquelles l'autorité cantonale a pris appui, sans faire de distinction entre les deux motivations développées, l'une constatant en fait la réelle et commune intention des parties et l'autre, subsidiaire, reposant sur le principe de la confiance.

Dans la mesure où la recourante échoue à critiquer valablement la première des deux motivations convergentes, le grief tombe déjà à faux, sans qu'il ne soit nécessaire de l'examiner plus avant.

4.

L'autorité cantonale a retenu que l'indemnité de licenciement de neuf mois devait se calculer sur la base du salaire mensuel de 12 000 fr. dû à l'intimé et du 9/12^{ème} du treizième salaire, ce salaire faisant partie intégrante de la rémunération de l'intimé. Il a ainsi été jugé que l'employeur devait à titre d'indemnité de licenciement la somme nette de 117 000 fr. $[(12\,000 \times 9) + (12\,000 \text{ fr.} \times 9/12)]$, avec intérêts à 5% l'an dès le 1^{er} janvier 2004, lendemain de la fin des rapports de travail.

La recourante dénonce une violation de l'art. 9 Cst. Elle reproche en substance à la cour cantonale d'avoir admis, dans le paiement de l'indemnité, la part du treizième salaire et de s'être contentée d'en faire le calcul, sans citer de bases légales, d'arrêts de jurisprudence ou un quelconque article de doctrine à l'appui de sa décision.

Les parties sont convenues du versement d'une indemnité de licenciement de neuf mois de salaire. La recourante ne conteste pas que l'expression «nine months compensation» de l'art. 5 par. 3 du «Term Sheet» permet de retenir une indemnité de licenciement de neuf mois de salaire annuel. Elle ne conteste pas plus que l'intimé percevait un salaire annuel brut de 156 000 fr. ou un salaire mensuel de 12 000 fr. versé treize fois l'an.

Comme le treizième salaire fait partie intégrante du salaire annuel, la cour cantonale n'a pas violé l'art. 9 Cst. en l'ayant intégré dans le calcul de l'indemnité de licenciement. Au demeurant, le montant de l'indemnité pouvait se calculer sur la seule base du salaire annuel – sans référence au

salaire mensuel et au treizième salaire –, puisqu'il suffisait de diviser le salaire annuel par douze (une année comprenant douze mois), puis de multiplier le résultat par neuf ($[156\ 000 \text{ fr.} : 12] \times 9 = 117\ 000 \text{ fr.}$). Enfin, quoi qu'en dise la recourante, les juges genevois n'avaient pas à imputer les charges sociales usuelles du montant final de l'indemnité de licenciement, dès lors que cette indemnité, au même titre que celle prévue à l'art. 337c al. 3 CO, n'équivaut pas à un salaire de remplacement; les magistrats n'avaient pas plus à fonder leur calcul sur d'autres bases que celles contractuellement prévues.

La critique est dénuée de fondement.

5.

Par conséquent, le recours en matière civile est rejeté dans la mesure de sa recevabilité.

Bundesgericht, Urteil vom 25. September 2008, Doss.-Nr. 9C_547/2007 (Bestätigung des Entscheids des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich vom 31. Mai 2007), in: BGE 134 III 625

OR 1 I und II sowie 19 I; konsensuale Auflösung der Vereinsmitgliedschaft.

Ein Ausscheiden aus einem Verein ist nicht nur durch einseitigen Austritt (ZGB 70 II) möglich, sondern auch durch vertragliche Einigung zwischen Verein und Mitglied (E. 3.5.2).

In casu ist die Arbeitgeberfirma, ein Zimmereibetrieb, wie die meisten Holzbaufirmen aufgrund zulässiger vertraglicher Übereinkunft auf Ende März 2003 aus dem Schweizerischen Baumeisterverband (SBV) ausgeschieden. Sie unterstand somit nie dem Geltungsbereich des am 1. Juli 2003 in Kraft getretenen, zwischen dem SBV und zwei Gewerkschaften geschlossenen Gesamtarbeitsvertrag für den flexiblen Altersrücktritt im Bauhauptgewerbe (GAV FAR), weshalb ihrem Arbeitnehmer von vornherein keine Überbrückungsrente nach GAV FAR zusteht (E. 1–3).

Sachverhalt:

A.

Z., geboren am 12. Juli 1942, war vom 15. Februar 1961 bis zum 31. Dezember 1997 beim Zimmereibetrieb A., anschliessend bei dessen Rechtsnachfolgerin, der B. SA, angestellt. Ab 1. Juli 2003 übernahm die C. SA gewisse Arbeitgeberfunktionen für Z., welcher jedoch weiterhin bei der B. SA arbeitete.

Die B. SA war Mitglied des Schweizerischen Baumeisterverbands (im Folgenden: SBV). Gemäss den Statuten des SBV ist der Austritt eines

Vereinsmitglieds nur auf Ende des Kalenderjahres zulässig, unter Beachtung einer sechsmonatigen Kündigungsfrist.

Am 12. November 2002 schlossen der SBV, die Gewerkschaft Bau und Industrie sowie die Gewerkschaft Syna den Gesamtarbeitsvertrag für den flexiblen Altersrücktritt im Bauhauptgewerbe (nachfolgend: GAV FAR), dessen betrieblicher Geltungsbereich u.a. auch das Zimmereigewerbe umfasst (Art. 2 Abs. 1 lit. c GAV FAR). Der GAV FAR bezweckt, einen flexiblen Altersrücktritt zu ermöglichen. Zu dessen Durchführung gründeten die Vertragsparteien die «Stiftung für den flexiblen Altersrücktritt im Bauhauptgewerbe (Stiftung FAR)» (im Folgenden: Stiftung), eine nicht registrierte Personalfürsorgeeinrichtung gemäss Art. 89^{bis} ZGB. Der GAV FAR trat gemäss seinem Art. 29 am 1. Juli 2003 in Kraft; er wurde auf unbefristete Zeit geschlossen und kann jeweils auf den 30. Juni eines Jahres unter Einhaltung einer Frist von sechs Monaten gekündigt werden, erstmals per 30. Juni 2008.

Gemäss Art. 14 GAV FAR bzw. Art. 13 des Leistungs- und Beitragsreglements der Stiftung (im Folgenden: Reglement FAR) können Arbeitnehmer nach dem vollendeten 60. Altersjahr (bzw. übergangsrechtlich gestaffelt mit vollendetem 63., 62. oder 61. Altersjahr) unter bestimmten, kumulativ zu erfüllenden Voraussetzungen eine Überbrückungsrente beanspruchen. Zu diesen Voraussetzungen gehört u.a., dass der Arbeitnehmer die letzten sieben Jahre vor dem Leistungsbezug ununterbrochen in einem Betrieb gemäss Geltungsbereich GAV FAR gearbeitet hat.

Am 24. Februar 2003 beantragten der Verein Holzbau Schweiz (eine Fachgruppe des SBV) bzw. 652 Holzbauunternehmen, die gleichzeitig Mitglied von Holzbau Schweiz wie auch des SBV waren, eine Änderung der Statuten des SBV mit dem Ziel, den Mitgliedern von Holzbau Schweiz den Austritt aus dem SBV bis zum 31. März 2003 zu ermöglichen. Die Generalversammlung des SBV beschloss am 26. März 2003 eine entsprechende Statutenänderung. Die B. SA trat – wie die meisten Holzbauunternehmen – auf den 31. März 2003 aus dem SBV aus.

Am 25. April 2003 focht ein Mitglied des SBV die Statutenänderung vom 26. März 2003 gerichtlich an. Mit Urteil des Bundesgerichts 5C.67/2006 vom 8. Juni 2006 (BGE 132 III 503) wurde die Anfechtungsklage letztinstanzlich gutgeheissen und der Beschluss der Generalversammlung vom 26. März 2003 aufgehoben.

B.

Am 28. Januar 2004 beantragte Z. bei der Stiftung für die Zeit ab 1. August 2004, d.h. nach Vollendung seines 62. Altersjahres am 12. Juli 2004, die reglementarischen Leistungen bei vorzeitiger Pensionierung. Mit Schreiben vom 30. Juni 2004 lehnte die Stiftung eine Überbrückungsrente ab mit der Begründung, die B. SA habe auf den 31. März 2003 ihre Mitgliedschaft beim SBV aufgelöst und unterstehe daher nicht dem GAV FAR. Die Voraussetzung, wonach der Arbeitnehmer die letzten sieben Jahre vor dem Leistungsbezug ununterbrochen in einem Betrieb gemäss

Geltungsbereich GAV FAR gearbeitet haben muss (Art. 14 Abs. 1 lit. c GAV FAR), sei daher nicht erfüllt.

Am 21. Februar 2005 erhob Z. beim Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich Klage gegen die Stiftung mit dem Antrag, es sei ihm ab 1. August 2004 eine ordentliche Überbrückungsrente gemäss GAV FAR zu entrichten. Das Gericht wies die Klage mit Urteil vom 31. Mai 2007 ab.

C.

Mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten beantragt Z. die Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheids und Zusprechung einer ordentlichen Überbrückungsrente gemäss Reglement FAR ab 1. August 2004.

Die Stiftung schliesst auf Abweisung der Beschwerde, während das Bundesamt für Sozialversicherungen auf eine Vernehmlassung verzichtet.

Das Bundesgericht weist die Beschwerde ab.

Aus den Erwägungen:

1.

1.1 Streitig ist einzig, ob der Beschwerdeführer die letzten sieben Jahre vor dem Leistungsbezug ununterbrochen in einem Betrieb gemäss Geltungsbereich GAV FAR gearbeitet hat (Art. 14 Abs. 1 lit. c zweite Satzhälfte GAV FAR bzw. – gleichlautend – Art. 13 Abs. 1 lit. c zweite Satzhälfte Reglement FAR). Die übrigen Anspruchsvoraussetzungen für eine Überbrückungsrente sind unbestritten ermassen erfüllt.

1.2 Ebenfalls nicht im Streite liegt, dass der GAV FAR grundsätzlich (d.h. unter Vorbehalt einer allfälligen Nachwirkung) nur für diejenigen Holzbaufirmen gilt, die Mitglieder des SBV sind, hat doch der Bundesrat das Zimmereigewerbe von der am 5. Juni 2003 angeordneten Allgemeinverbindlicherklärung (BB1 2003 S. 4039) ausgenommen. Entscheidend ist somit die Frage, ob der Beschwerdeführer bei einer Firma gearbeitet hat, welche Mitglied des SBV war.

1.3 Die Vorinstanz hat erwogen, der Beschwerdeführer habe bei der Firma A. bzw. bei der B. SA gearbeitet, auch wenn gewisse Arbeitgeberfunktionen von der C. SA wahrgenommen worden seien. Die B. SA habe zwar nicht gültig per Ende März 2003 aus dem SBV austreten können, da die entsprechende Statutenänderung vom 26. März 2003, welche einen solchen Austritt ermöglicht hätte, aufgehoben worden sei. Sie sei daher im Zeitpunkt des Inkrafttretens des GAV FAR Mitglied des SBV gewesen und habe damit dem Geltungsbereich des GAV FAR unterstanden. Sie sei jedoch mit Wirkung per Ende 2003 aus dem SBV ausgetreten. Eine von der Rechtsprechung anerkannte Nachwirkung des GAV beziehe sich nur auf dessen normative Bestimmungen und könne nicht zur Folge haben, dass der betriebliche Geltungsbereich des GAV über den Zeitpunkt eines Verbandsaustritts hinaus ausgedehnt werde. Der Beschwerdeführer habe somit von Januar bis Juli 2004 nicht in einem Betrieb gemäss Geltungsbereich

GAV FAR gearbeitet, womit die Voraussetzung der ununterbrochenen mindestens siebenjährigen Arbeit in einem solchen Betrieb unmittelbar vor dem Leistungsbezug nicht erfüllt sei.

2.

Der Beschwerdeführer macht letztinstanzlich geltend, er habe ab 1. Januar 2004 für die unbestritten dem GAV FAR unterstehende C. SA gearbeitet.

2.1 Die Vorinstanz hat hiezu erwogen, auch mit dem formellen Übertritt des Beschwerdeführers zur C. SA ab 1. Juli 2003 habe sich an seiner tatsächlichen Anstellung bei der B. SA nichts geändert; er habe den Lohn weiterhin von dieser Firma erhalten und bis unmittelbar vor dem geltend gemachten Leistungsbezug wie bis anhin auf den Baustellen der B. SA gearbeitet. Dies sind Sachverhaltsfeststellungen, welche das Bundesgericht grundsätzlich binden (Art. 97 Abs. 1 und Art. 105 Abs. 1 und 2 BGG).

2.2 Der Beschwerdeführer legt nunmehr dem Bundesgericht eine Lohnabrechnung für den Januar 2004 vor, wonach er den Lohn von der C. SA erhalten habe. Dabei handelt es sich um ein unzulässiges Novum (Art. 99 BGG), da diese Abrechnung ohne weiteres auch im vorinstanzlichen Verfahren hätte vorgelegt werden können. Auch wenn sie zu berücksichtigen wäre, liesse sie die vorinstanzliche Sachverhaltsfeststellung nicht als offensichtlich unrichtig erscheinen: Das kantonale Gericht hat erwogen, nach dem Wortlaut von Art. 13 Abs. 1 lit. c Reglement FAR wäre entscheidend, dass der Beschwerdeführer tatsächlich bei der C. SA gearbeitet hätte, was mit einem bloss formellen Übertritt zu diesem Betrieb nicht erfüllt sei. Die Vorinstanz hat demnach entscheidwesentlich nicht auf formale Aspekte wie die Lohnzahlung abgestellt, sondern auf die tatsächlich ausgeübte Tätigkeit, welche weiterhin bei der B. SA erfolgt sei. Diese Feststellung wird durch die vorgelegte Lohnbescheinigung nicht widerlegt.

2.3 Es ist somit davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer bis zum Ende seiner Berufstätigkeit bei der B. SA gearbeitet hat.

3.

Zu prüfen ist weiter, ob die B. SA im Zeitpunkt des Inkrafttretens des GAV FAR (1. Juli 2003) Mitglied des SBV war.

3.1 Die Vorinstanz hat verbindlich festgestellt, dass die B. SA per Ende März 2003 den Austritt aus dem SBV erklärt hat. Sie hat indes erwogen, mit dem Urteil des Bundesgerichts 5C.67/2006 vom 8. Juni 2006 (BGE 132 III 503), mit welchem der Beschluss der Generalversammlung vom 26. März 2003 aufgehoben wurde, stehe fest, dass ein Mitglied erst auf das Ende eines Kalenderjahres und unter Einhaltung einer sechsmonatigen Kündigungsfrist aus dem SBV austreten könne. Die Austrittserklärung der B. SA entfalte ihre Wirkung daher erst per Ende 2003. Die Arbeitgeberfirma sei somit bei Inkrafttreten des GAV FAR Mitglied des SBV gewesen und habe bis Ende 2003 dem Geltungsbereich des GAV FAR unterstanden.

3.2 Die Beschwerdegegnerin macht geltend, mit der Aufhebung der Statutenänderung vom 26. März 2003 sei nur die damit geschaffene Möglichkeit eines per Ende März 2003 ausgesprochenen ordentlichen Austritts aufgehoben worden. Weiterhin vorzeitig möglich sei jedoch ein Austritt aufgrund vertraglicher Einigung oder ein ausserordentlicher Vereinsaustritt aus wichtigem Grund. Der SBV habe den Austritt der B. SA angenommen und diese ab 1. April 2003 nicht mehr als Mitglied betrachtet. Ein solcher konsensualer Austritt sei gültig. Zudem wäre angesichts der grossen wirtschaftlichen Belastung durch den GAV FAR im Umfang von mindestens 4,66% der Lohnsumme auch ein sofortiger Austritt aus wichtigen Gründen zulässig. Entgegen der Ansicht der Vorinstanz sei daher die B. SA per Ende März 2003 aus dem SBV ausgetreten und habe dem GAV FAR gar nie unterstanden.

3.3 Das kantonale Gericht hat die Möglichkeit eines Ausscheidens aus dem Verein aufgrund vertraglicher Übereinkunft grundsätzlich bejaht; es hat jedoch erwogen, wären solche Austritte hier möglich gewesen, so hätte es der Statutenänderung vom 26. März 2003 nicht bedurft. Einem vertraglichen Ausscheiden würde zudem Art. 34.1 der Statuten des SBV entgegenstehen, wonach es dem Zentralvorstand untersagt sei, auf spartenbezogene Interessen Rücksicht zu nehmen. Für die Annahme einer Übereinkunft bleibe daher kein Raum. Die Vorinstanz hat sich somit auf den Standpunkt gestellt, eine solche Übereinkunft wäre nicht zulässig. Darüber, ob eine solche besteht, hat sie keine Feststellungen getroffen, die das Bundesgericht binden würden; dieses kann daher selber eine entsprechende Sachverhaltsfeststellung treffen (Art. 105 Abs. 2 BGG).

3.4 Indem die B. SA den Austritt per Ende März 2003 erklärt hat (E. 3.1 hievore), hat sie einen klaren Austrittswillen geäussert. Die Beschwerdegegnerin hat sodann bereits in ihrer Eingabe vor der Vorinstanz vom 19. März 2007 ausgeführt, der SBV habe den Austritt der B. SA angenommen und diese seit 1. April 2003 nicht mehr als Mitglied behandelt. Der Beschwerdeführer stellt dies in seiner Beschwerde ans Bundesgericht nicht in Frage, sondern führt bloss aus, es sei nicht zulässig, «statutenwidrige» vertragliche Absprachen über die Beendigung der Mitgliedschaft zu treffen. Aus den Akten ergeben sich keine Hinweise darauf, dass der SBV die B. SA nach dem 31. März 2003 weiterhin als Mitglied betrachtet hätte. Auch aus den Ausführungen des SBV im Verfahren auf Ungültigerklärung des Generalversammlungsbeschlusses vom 26. März 2003 geht hervor, dass das Ansinnen der Fachgruppe Holzbau unbestritten war (BGE 132 III 503 E. 4 S. 509). Schliesslich hat der Beschwerdeführer selber im vorinstanzlichen Verfahren geltend gemacht, der SBV habe aktiv den vorzeitigen Austritt von Holzbau Schweiz aus dem SBV unterstützt. Dass – wie der Beschwerdeführer in seiner Beschwerde ans Bundesgericht ausführt – die Holzbaufirmen auch nach dem Austritt aus dem SBV gewisse Dienstleistungen dieses Verbandes in Anspruch genommen haben, stellt einen konsensualen Austritt aus dem Verband nicht in Frage.

An dieser Betrachtungsweise ändert auch die Tatsache nichts, dass die Organe des SBV die Austrittserklärung der B. SA auf Ende März 2003 nicht im Sinne eines ausdrücklichen Vertragsakzepts bestätigt haben. Verband wie Arbeitgeberfirma haben seinerzeit nicht daran gedacht, dass die Statutenänderung unzulässig sein könnte (wie das Bundesgericht mit Urteil 5C.67/2006 vom 8. Juni 2006 entschieden hat). Der SBV hat daher die Austrittserklärung als (einseitige) Erklärung (vermeintlich) statutengemässen Ausscheidens entgegengenommen. Sie bedurfte aus damaliger Sicht (sowohl der erklärenden Firma als auch des Verbandes als Erklärungsempfänger) zu ihrer Gültigkeit keiner weiteren Reaktion seitens des SBV. Unter den geschilderten Begleitumständen steht das Passivbleiben des Verbandes der Annahme einer Austrittsvereinbarung nicht entgegen. Das Fehlen eines Vertragsakzeptes wäre nämlich nur dann von Bedeutung, wenn über den tatsächlichen Willen der Betroffenen Ungewissheit bestünde. Eine solche ist indessen nicht gegeben. Der tatsächliche Wille der (Vertrags-)Parteien steht fest: Die B. SA wollte per Ende März 2003 aus dem SBV austreten, und dieser wollte seinem Mitglied – wie allen anderen Holzbaufirmen – die angestrebte sofortige Auflösung der Mitgliedschaft ermöglichen. Einzig zufolge ihres Irrtums über die Zulässigkeit eines konsensualen Ausscheidens (hiezumachfolgende E. 3.5) haben die Betroffenen den unnötigen (und schliesslich erfolglosen) Weg über die Statutenänderung gewählt. Ungeachtet dieses Irrtums ist aber der übereinstimmende wirkliche Wille massgebend (Art. 18 Abs. 1 OR): Wenn der Verein und die Zimmereifirmen übereinstimmend davon ausgegangen sind, Letztere seien aus dem Verein ausgetreten, kann nicht nachträglich unterstellt werden, sie seien trotzdem noch Mitglieder gewesen, bloss weil – in beiderseitigem Glauben daran, der Vereinsaustritt sei bereits gestützt auf die Statutenänderung zulässig – nicht ebendieses Ergebnis ausdrücklich noch vertraglich festgehalten wurde.

Es steht damit fest, dass eine stillschweigende (Art. 1 Abs. 2 OR) gegenseitige übereinstimmende Willenserklärung (Art. 1 Abs. 1 OR) zwischen dem SBV und den Holzbaufirmen (darunter der B. SA) auf deren Ausscheiden per Ende März 2003 zustande gekommen ist. Fraglich ist einzig, ob diese vertragliche Übereinkunft zulässig ist.

3.5 Die Vorinstanz lehnt die Möglichkeit eines vertraglichen Ausscheidens mit dem Argument ab, es hätte der Statutenänderung vom 26. März 2003 nicht bedurft, wenn das Ausscheiden einer vertraglichen Vereinbarung zugänglich gewesen wäre. Dem kann nicht gefolgt werden:

3.5.1 Art. 11.1 der bis 19. Juni 2003 in Kraft gestandenen (und auf den hier streitigen Austritt anwendbaren) Statuten des SBV vom 2. Juli 1987 lautete: «Der Austritt aus dem SBV ist nur auf Ende des Kalenderjahres zulässig. Die Kündigung muss sechs Monate vorher durch eingeschriebenen Brief an die Geschäftsstelle des SBV erfolgen.» Art. 11.2 regelte den Austritt aus einer Sektion oder Fachgruppe. Mit der Statutenänderung vom 26. März 2003 wurde ein neuer Art. 11.3 eingefügt mit dem

Wortlaut: «Wegen ihrer neuen Ausrichtung tritt die Fachgruppe Holzbau Schweiz per 31. März 2003 aus dem Schweizerischen Baumeisterverband aus. Mitgliederbetriebe dieser Fachgruppe, welche in diesem Zusammenhang den Austritt aus dem Schweizerischen Baumeisterverband erklären, können dies ohne Einhaltung der Kündigungsfrist gemäss Art. 11.1 Statuten des Schweizerischen Baumeisterverbandes ebenfalls per 31. März 2003 tun.» Mit dem erwähnten Urteil des Bundesgerichts vom 8. Juni 2006 wurde diese Ergänzung gerichtlich aufgehoben.

3.5.2 Art. 11.1 der SBV-Statuten, welcher der zwingenden Mindestvorschrift von Art. 70 Abs. 2 ZGB entspricht, gibt – analog zur Kündigung eines anderen Dauervertragsverhältnisses – dem Vereinsmitglied das Gestaltungsrecht, mittels einseitiger Willenserklärung ohne Genehmigung oder Zustimmung des Vereins aus diesem auszutreten (BGE 118 V 264 E. 6b/bb S. 272; BRÜCKNER, Das Personenrecht des ZGB, Zürich 2000, S. 378 N. 1260; EGGER, Zürcher Kommentar, N. 9 zu Art. 70 ZGB; PEDRAZZINI/OBERHOLZER, Grundriss des Personenrechts, 4. Aufl., Bern 1993, S. 243; RIEMER, Berner Kommentar, 3. Aufl. 1990, N. 266 zu Art. 70 ZGB). Einzig dieser einseitige Austritt wird in Art. 11 der Statuten des SBV geregelt. Anstatt durch einseitige Austrittserklärung kann aber die Mitgliedschaft auch durch einvernehmliche vertragliche Regelung zwischen Mitglied und Verein aufgelöst werden (Art. 1 Abs. 1 OR), namentlich auch mit dem Ziel, eine statutarische Austrittsordnung zu erleichtern (RIEMER, a.a.O., N. 296 zu Art. 70 ZGB). Denn da der Erwerb der Mitgliedschaft durch Vertrag zwischen dem Verein und dem Mitglied zustande kommt (BRÜCKNER, a.a.O., S. 377 N. 1254; HEINI/PORTMANN, Das Schweizerische Vereinsrecht, Schweizerisches Privatrecht, Bd. II/5, 3. Aufl., Basel 2005, S. 106 Rz. 226; PEDRAZZINI/OBERHOLZER, a.a.O., S. 234; RIEMER, a.a.O., N. 42 ff. zu Art. 70 ZGB; vgl. Urteil des Eidg. Versicherungsgerichts K 119/94 vom 5. Januar 1995, E. 1b), ist auch eine Beendigung der Mitgliedschaft durch Vertrag möglich (BGE 118 V 264 E. 6b/bb S. 272). Eine solche vertragliche Einigung ist aufgrund der Vertragsfreiheit (Art. 19 OR) auch dann zulässig, wenn sie in den Statuten nicht ausdrücklich vorgesehen ist (vgl. auch Art. 115 OR; SVR 2002 KV Nr. 2 S. 5, E. 2c/aa, K 171/98). Es verhält sich gleich wie bei einem Dauervertragsverhältnis, welches eine einseitige Kündigung nur unter Einhaltung bestimmter Fristen vorsieht, nichtsdestoweniger aber durch übereinstimmende Willensäusserung der Vertragsparteien jederzeit aufgehoben werden kann, solange dadurch nicht zwingende Bestimmungen des Gesetzes umgangen werden (vgl. etwa zum Arbeitsvertrag: BGE 119 II 449 E. 2a S. 450; BGE 118 II 58 E. 2a S. 60; Urteil 4C.230/2005 vom 1. März 2005, E. 2 mit weiteren Hinweisen; PORTMANN, Basler Kommentar, Obligationenrecht, 4. Aufl. 2007, N. 27 ff. zu Art. 335 OR; STAEHELIN, Zürcher Kommentar, 3. Aufl. 1996, N. 19 zu Art. 334 OR, N. 3 zu Art. 336c OR; zur freiwilligen Taggeldversicherung nach KVG: SVR 2002 KV Nr. 2 S. 5, E. 2c/bb, K 171/98).

3.5.3 Der an der Generalversammlung vom 26. März 2003 beschlossene Art. 11.3 der SBV-Statuten ergänzte bzw. änderte das in Art. 11.1 vorgesehene Austrittsrecht. Wie Letzterer bezog sich auch diese Ergänzung einzig auf den *einseitigen* Austritt. Dies ergibt sich schon aus dem klaren Wortlaut der Bestimmung, welche den betroffenen Mitgliedern das Recht einräumt, abweichend von Art. 11.1 der Statuten auszutreten. Die ohnehin bestehende Möglichkeit eines vertraglich vereinbarten Ausscheidens wird durch diese Bestimmung weder begründet noch eingeschränkt. Die Zulässigkeit eines vertraglichen Austritts aus dem als Verein organisierten Verband kann deshalb auch nicht dadurch tangiert werden, dass der Generalversammlungsbeschluss vom 26. März 2003 schliesslich wegen formeller Mängel bei der Beschlussfassung gerichtlich aufgehoben wurde. Dass sich die Beteiligten – wie erwähnt – offenbar der rechtlichen Zulässigkeit einer konsensualen Aufhebung der Mitgliedschaft nicht bewusst waren und daher eine – letztlich in der konkreten Situation unnötige – Statutenänderung initiierten, ändert daran nichts.

3.6 Die Vorinstanz hat sodann erwogen, einer vertraglichen Austrittsvereinbarung würde von vornherein Art. 34.1 der Statuten entgegenstehen, wonach es dem Zentralvorstand untersagt sei, bei der Beschlussfassung auf spartenbezogene Interessen Rücksicht zu nehmen. Auch dem kann nicht gefolgt werden. Die Vorinstanz gibt Art. 34.1 der Statuten unvollständig wieder: Nach dieser Bestimmung haben die Mitglieder des Zentralvorstandes die Gesamtinteressen des Bauhauptgewerbes bzw. der Verbandsmitglieder zu verfolgen und bei der Beschlussfassung nicht in erster Linie auf regionale oder spartenbezogene Interessen Rücksicht zu nehmen. Daraus folgt umgekehrt, dass regionale oder spartenbezogene Interessen in zweiter Linie durchaus berücksichtigt werden dürfen, zumindest soweit sie den Gesamtinteressen des Gewerbes und der Verbandsmitglieder nicht zuwiderlaufen. Dabei hat der Verein aufgrund seiner Autonomie einen erheblichen Ermessensspielraum in der Gewichtung dieser Interessen. Nach den Akten steht fest, dass der Zentralvorstand zwar den von Holzbau Schweiz eingeschlagenen Weg bedauerte, weil dadurch die anzustrebende starke Position der Arbeitgeberverbände geschwächt werde, zugleich aber zur Kenntnis nahm, dass eine grosse Mehrheit der Mitgliederbetriebe von Holzbau Schweiz die neue Ausrichtung befürwortete; er kam daher zum Schluss, dass der Wille der Fachgruppe Holzbau Schweiz zu respektieren sei. Nebst den allgemeinen verbandspolitischen Überlegungen werden keine konkreten Interessen des Baugewerbes oder der Verbandsmitglieder geltend gemacht, welche dem Austritt von Holzbau Schweiz entgegenstehen. Wenn der Zentralvorstand in dieser Lage dem klaren Willen einer grossen Gruppe seiner Mitglieder Rechnung trug, kann ihm nicht vorgeworfen werden, gegen Art. 34.1 der Statuten verstossen zu haben. Schliesslich wurde auch der Beschluss der Generalversammlung vom 26. März 2003 einzig wegen der Missachtung formeller Vorschriften über die Statu-

tenänderung aufgehoben, nicht deswegen, weil er inhaltlich den Statuten widersprochen hätte.

3.7 Unbegründet ist schliesslich die Auffassung des Beschwerdeführers, eine vertragliche Aufhebung der Mitgliedschaft sei unzulässig, weil die Statuten dem Schutz (auch) des einzelnen Mitglieds dienen. Dieses Anliegen rechtfertigt Bestimmungen, welche das Mitglied gegen einseitige Anordnungen seitens des Vereins schützen, kann aber nicht zum Tragen kommen, wenn das Mitglied selber aus freien Stücken einvernehmlich mit dem Verein auf seine Mitgliedschaft verzichtet. Zudem ist nicht ersichtlich, inwiefern das Ausscheiden auf Ende März 2003 einem Schutzbedürfnis der B. SA widersprochen haben könnte.

3.8 Insgesamt ergibt sich, dass die B. SA per Ende März 2003 durch vertragliche Vereinbarung aus dem SBV ausgeschieden ist. Der erst am 1. Juli 2003 in Kraft getretene GAV FAR war somit für die B. SA nie verbindlich. Damit entfällt von vornherein die Frage, ob der GAV FAR bei einem erst nach seinem Inkrafttreten erfolgten Austritt noch Nachwirkungen hätte. Ein Anspruch des Beschwerdeführers auf eine Überbrückungsrente nach GAV FAR ist somit zu verneinen.

4.

Der unterliegende Beschwerdeführer trägt die Kosten (Art. 65 Abs. 4 lit. a und Art. 66 Abs. 1 BGG). Die obsiegende Beschwerdegegnerin hat als mit öffentlich-rechtlichen Aufgaben betraute Organisation keinen Anspruch auf Parteientschädigung (Art. 68 Abs. 3 BGG; vgl. BGE 128 V 124 E. 5b S. 133; BGE 126 V 143 E. 4a S. 150, je mit Hinweisen; SEILER/VON WERDT/GÜNGERICH, Kommentar zum BGG, Bern 2007, N. 25 zu Art. 68 BGG).

Bundesgericht, Urteil vom 3. Oktober 2008, Doss.-Nr. 8C_184/2008 (Bestätigung des Ausführungsreglements des Conseil d'Etat de la République et canton de Genève vom 23. Januar 2008), in: BGE 134 I 269

Tribunal fédéral, Arrêt du 3 octobre 2008, Doss.-No. 8C_184/2008 (Confirmation du règlement du Conseil d'Etat de la République et canton de Genève du 23 janvier 2008), in: ATF 134 I 269

BV 9 und 49 I; OR 356 ff.; Gesetzgebung des Kantons Genf in Sachen Arbeitslosigkeit; Minimallöhne für Solidaritätsbeschäftigungen («emplois de solidarité»); Gesamt- und Normalarbeitsverträge; abstrakte Normenkontrolle.

Art. 45G des Gesetzes des Kantons Genf in Sachen Arbeitslosigkeit: Bestimmung der Minimallöhne für Solidaritätsbeschäftigungen («emplois de solidarité») auf dem ergänzenden Arbeitsmarkt. Das Ausführungsreglement vom 23. Januar 2008 ist mit dieser Bestim-

mung vereinbar und die Minimallöhne wurden im für diesen Zweck vorgesehenen besonderen Verfahren festgelegt (E. 4 und 5).

Vorrang des Bundesrechts: Die in Art. 43 des Ausführungsreglements festgelegten Minimallöhne widersprechen den die Gesamt- und Normalarbeitsverträge betreffenden OR 356 ff. und 359 ff. nicht (E. 6).

9 et 49 I Cst.; 356 ss CO; législation genevoise en matière de chômage; salaires minimaux pour les emplois de solidarité; conventions collectives et contrats-types de travail; contrôle abstrait des normes.

Art. 45G de la loi en matière de chômage du canton de Genève: détermination des salaires minimaux pour les emplois de solidarité sur le marché complémentaire de l'emploi. Le règlement d'exécution du 23 janvier 2008 est conforme à cette disposition et les salaires minimaux ont été fixés selon la procédure spéciale prévue à cet effet (consid. 4 et 5).

Primauté du droit fédéral: les salaires minimaux fixés à l'art. 43 du règlement d'exécution ne sont pas contraires aux 356 ss et 359 ss CO sur les conventions collectives et les contrats-types de travail (consid. 6).

Faits:

A.

Le 11 novembre 1983, le Grand Conseil de la République et canton de Genève a adopté la loi cantonale genevoise en matière de chômage (LMC/GE; RSG J 2 20). Cette loi a été modifiée la dernière fois par la loi 9922 adoptée par le Grand Conseil le 28 juin 2007. A la suite de l'aboutissement d'un référendum, la loi modifiée a été adoptée en votation populaire le 16 décembre 2007. Elle est entrée en vigueur le 1^{er} février 2008. Elle règle l'application dans le canton de Genève de la législation fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité (LACI; RS 837.0). Elle vise aussi, par des mesures cantonales, à favoriser le placement rapide et durable des chômeurs dans le marché de l'emploi et à renforcer les compétences des chômeurs par l'octroi de mesures d'emploi, de formation et de soutien à la réinsertion. Elle institue pour des chômeurs sans perspective de réinsertion rapide des possibilités de maintien en activité professionnelle afin de prévenir leur marginalisation (art. 1 let. b, c et e LMC/GE). La loi contient un nouveau chapitre VA du titre III, intitulé «Programme d'emplois de solidarité sur le marché complémentaire de l'emploi». Ce chapitre contient les dispositions suivantes:

Art. 45D Principe (nouveau)

¹ Un programme de création d'emplois sur le marché complémentaire de l'emploi est institué.

² Il est destiné aux personnes qui ont épuisé leurs droits à l'assurance-chômage sans que les mesures prévues dans la présente loi se soient avérées fructueuses.

³ Le présent chapitre ne consacre pas un droit pour le chômeur d'obtenir une mesure déterminée.

Art. 45E Organisation (nouveau)

¹ Le département organise la mise à disposition de ces emplois en mandatant à cet effet des institutions privées ou associatives, à but non lucratif, poursuivant des buts d'intérêt collectif et déployant des activités sur le marché complémentaire de l'emploi.

² Les projets retenus doivent répondre à une utilité sociale et dégager, dans la mesure du possible, des moyens financiers propres qui permettent de couvrir tout ou partie de leurs coûts. Ils doivent viser à l'insertion professionnelle des demandeurs d'emploi.

³ Dans le choix des activités retenues, le département veille à éviter toute concurrence avec les entreprises commerciales genevoises, en particulier celles régies par des conventions collectives de travail.

⁴ Le département demande le préavis du Conseil de surveillance du marché de l'emploi sur les mandats attribués, les projets et les activités retenus.

Art. 45F Nombre d'emplois (nouveau)

¹ L'Etat fixe, dans le cadre de l'élaboration de son budget annuel, l'enveloppe à disposition de ce programme et le nombre d'emplois de solidarité qu'il devrait permettre de créer sur le marché complémentaire de l'emploi.

² Il consulte préalablement le Conseil de surveillance du marché de l'emploi.

Art. 45G Modalités et compensation financière (nouveau)

¹ Les bénéficiaires perçoivent de la part des institutions partenaires un salaire dont le montant est au moins équivalent aux normes prévues par la loi sur les prestations cantonales accordées aux chômeurs en fin de droit, du 18 novembre 1994, ou celles découlant de la loi sur l'aide sociale individuelle, du 22 mars 2007.

² Le Conseil d'Etat détermine des salaires minimaux sur préavis du Conseil de surveillance du marché de l'emploi.

³ Les relations contractuelles entre les bénéficiaires et les institutions partenaires sont régies pour le surplus par le contrat de travail signé par ces derniers et, à titre supplétif, par les dispositions du titre dixième du code des obligations.

⁴ Le contrat de travail est à durée indéterminée et donne lieu au prélèvement des cotisations sociales usuelles.

⁵ L'Etat contribue au paiement du salaire versé par l'institution partenaire. Cette contribution est déterminée par le département en tenant compte des moyens financiers que l'institution dégage par son activité, conformément à l'article 45E, alinéa 2, ainsi que de la situation personnelle de l'intéressé, conformément à l'alinéa 1 du présent article.

⁶ La contribution de l'Etat fait l'objet d'une convention entre celui-ci et l'institution concernée, qui précise les droits et obligations de chaque partie. Cette contribution n'est pas soumise à la loi sur les indemnités et les aides financières, du 15 décembre 2005.

B.

Le 23 janvier 2008, le Conseil d'Etat de la République et canton de Genève a adopté le règlement d'exécution de cette loi (règlement d'exécution de la loi en matière de chômage [RMC/GE; RSG J 2 20.01]; ci-après: le règlement). Il est paru dans la Feuille d'avis officielle de la République et canton de Genève le 30 janvier 2008. L'art. 43 RMC/GE fixe le salaire mensuel brut de l'emploi de solidarité. L'art. 44 RMC/GE prévoit, sous certaines conditions, le versement d'une allocation complémentaire en faveur du bénéficiaire d'un emploi de solidarité. Ces deux dispositions ont la teneur suivante:

Art. 43 Salaires

¹ Le salaire mensuel brut de l'emploi de solidarité est de:

- a) 3000 F pour une fonction ne requérant aucune formation spécifique;
- b) 3500 F pour une fonction conforme à la lettre a, mais occupée par un titulaire du certificat fédéral de capacité ou d'un diplôme professionnel équivalent;
- c) 4000 F pour une fonction spécialisée ou à responsabilités, dont l'exercice requiert impérativement un certificat fédéral de capacité ou un diplôme professionnel équivalent.

² Ces montants correspondent à un taux d'activité à plein temps sur la base de 40 heures hebdomadaires et 12 versements par an.

³ L'office détermine le salaire adéquat après examen de l'emploi de solidarité concerné, ainsi que du dossier de son bénéficiaire potentiel.

Art. 44 Allocation complémentaire

¹ Si le salaire perçu par le bénéficiaire d'un emploi de solidarité est inférieur aux prestations qu'il percevrait en vertu de la loi sur les prestations cantonales accordées aux chômeurs en fin de droit, du 18 novembre 1994, une allocation complémentaire lui est versée pour combler le différentiel constaté.

² Cette allocation complémentaire n'est pas assimilée à un salaire et ne donne pas lieu au prélèvement des cotisations sociales.

(...)

C.

Par une écriture commune remise à la Poste le 29 février 2008, la Communauté genevoise d'action syndicale (CGAS), Comedia, syndicat des médias, le Syndicat interprofessionnel des travailleuses et travailleurs (SIT), le Syndicat des services publics (SSP/VPOD), le Syndicat UNIA, ainsi que C. ont formé un recours en matière de droit public au Tribunal fédéral contre le règlement précité, dont ils demandent l'annulation. Le Conseil d'Etat a conclu au rejet du recours. Le Secrétariat d'Etat à l'économie s'est également exprimé sur le recours.

Les parties ont maintenu leurs conclusions au terme d'un échange ultérieur d'écritures.

Le recours a été rejeté.

Extraits des considérants:

4.

4.1 Invoquant une violation du principe de la séparation des pouvoirs, les recourants font valoir que l'art. 43 RMC/GE est contraire au contenu matériel de l'art. 45G al. 2 LMC/GE. Cette disposition légale prévoit que le Conseil d'Etat «détermine les salaires minimaux». Or, l'art. 43 RMC/GE fixe le salaire mensuel brut de l'emploi de solidarité, selon les qualifications du travailleur, à 3000 fr., 3500 fr. et 4000 fr. Selon les recourants, ces montants sont en réalité des salaires obligatoires et non des salaires plancher comme l'exige la loi.

4.2 L'art. 130 de la Constitution genevoise (Cst./GE; RS 131.234) consacre expressément le principe de la séparation des pouvoirs. Si le pouvoir législatif est exercé par le Grand Conseil (art. 70 Cst./GE), le pouvoir exécutif et l'administration générale du canton sont confiés au Conseil d'Etat (art. 101 Cst./GE). Selon l'art. 116 Cst./GE, le Conseil d'Etat a pour tâche de promulguer les lois; il est chargé de leur exécution et prend à cet effet les règlements et arrêtés nécessaires. Il ne peut ainsi disposer qu' *intra legem* et non *praeter legem*: ses règlements peuvent établir des règles complémentaires de procédure, préciser et détailler certaines dispositions de la loi et, éventuellement, combler de véritables lacunes (ATF 130 I 140 consid. 5.1 p. 149; ATF 129 V 95 consid. 2.1 p. 97; ATF 124 I 127 consid. 3b p. 132 et les références).

4.3 Le projet de loi en matière de chômage présenté par le Conseil d'Etat le 26 septembre 2006 prévoyait ceci à son art. 45G al. 1: «Le département fixe le montant et les modalités de la rémunération accordée aux bénéficiaires du programme. » A son al. 3, il précisait que les relations contractuelles entre les bénéficiaires et les institutions étaient régies pour le surplus par le contrat de travail signé par ces derniers et, à titre supplétif, par les dispositions du titre dixième du Code des obligations. Au cours de la procédure de consultation, certaines institutions (Caritas, le Centre social protestant) ont fait valoir que le projet soulevait sur ce point des difficultés,

car lesdites institutions pouvaient être amenées à conclure des contrats pour des emplois de solidarité avec des salaires inférieurs à ceux fixés dans leur propre statut du personnel. La Commission de l'économie chargée d'étudier le projet a alors proposé de modifier la disposition en cause en prévoyant que le Conseil d'Etat fixerait des salaires minimaux après consultation du CSME. Cette proposition a été retenue dans la version définitive de l'art. 45G al. 2 LMC/GE.

4.4 En déléguant au Conseil d'Etat le pouvoir de fixer des salaires minimaux, le législateur cantonal n'exige pas forcément que l'employeur accorde aux bénéficiaires – ou à certains d'entre eux – des salaires plus élevés que les salaires minimums prévus. Les motifs qui ont conduit la Commission de l'économie à modifier le projet initial donnent à penser que le législateur a voulu confier au Conseil d'Etat le pouvoir de fixer lui-même dans son règlement d'exécution des normes minimales afin d'éviter que la fixation des salaires soit laissée, comme prévu initialement, à l'appréciation du département. La consultation du CSME – qui n'était pas prévue dans le projet initial – devait également permettre au Conseil d'Etat de prendre en compte les préoccupations des partenaires sociaux en matière salariale. Le terme «minimaux» peut être compris en ce sens que le Conseil d'Etat est tenu de fixer des montants qui représentent un salaire garanti pour les intéressés. Il ne signifie pas nécessairement que les salaires doivent être individualisés ou déterminés de cas en cas en fonction des normes salariales pratiquées par l'institution partenaire. Au demeurant, en fixant trois paliers de rémunération, le Conseil d'Etat a adopté un échelonnement qui permet déjà, en la relativisant, une interprétation nuancée de la notion de salaires minimaux.

4.5 Dès lors, ici également, le grief tiré d'une violation de l'art. 45G al. 2 LMC/GE est mal fondé.

5.

5.1 Les recourants se prévalent encore à un autre titre du principe de la séparation des pouvoirs. Ils font valoir que le règlement d'exécution, à ses art. 43 et 44, prévoit un système différent de celui prévu à l'art. 45G de la loi. Selon l'art. 44 al. 1 RMC/GE, la différence entre les salaires prévus et le salaire minimal résultant de la législation sociale (art. 45G al. 1 LMC/GE) fait l'objet d'une allocation complémentaire. L'art. 44 al. 2 RMC/GE prévoit que cette allocation complémentaire n'est pas assimilée à un salaire et ne donne pas lieu à prélèvement de cotisations sociales. Selon les recourants, cette réglementation suppose donc que l'allocation complémentaire est une prestation sociale versée par l'Etat. Ce système serait donc contraire à l'art. 45G al. 1 LMC/GE qui exige que le salaire versé par l'institution partenaire (employeuse) doit respecter les normes de la législation sociale. Il contreviendrait également à l'art. 45G al. 4 LMC/GE, selon lequel le contrat de travail donne lieu au prélèvement des cotisations sociales usuelles: de l'avis des recourants, cette disposition de la loi exclut

qu'une partie du salaire soit versée sous forme d'allocations de l'Etat non soumises aux cotisations sociales.

5.2 L'art. 45G al. 1 LMC/GE prévoit que les bénéficiaires perçoivent de la part des institutions partenaires un salaire dont le montant est au moins équivalent aux normes prévues par la loi sur les prestations cantonales accordées aux chômeurs en fin de droit ou par les normes de l'aide sociale. Son but est d'accorder une rémunération qui soit au moins équivalente aux prestations de l'aide sociale, sous peine de décourager les bénéficiaires potentiels de prendre un emploi de solidarité (Rapport de la Commission de l'économie chargée d'étudier le projet de loi du Conseil d'Etat modifiant la loi en matière de chômage). L'exigence posée à l'art. 45G al. 1 LMC/GE ne précise toutefois pas ce qu'il faut entendre par «normes». Cette notion est sujette à interprétation. L'aide sociale et les allocations accordées aux chômeurs en fin de droit dépendent en effet pour une part de la situation individuelle des bénéficiaires, en particulier de leur situation de famille et des dépenses à leur charge. Cette composante individuelle est en revanche étrangère à la notion de salaire, qui représente par définition la contrepartie pour un travail fourni. Le Conseil d'Etat se devait donc d'adopter une solution qui se concilie avec l'exigence d'une rémunération minimale et les paramètres variables de l'aide sociale.

5.3 Selon la loi du 18 novembre 1994 sur les prestations cantonales accordées aux chômeurs en fin de droit (LRMCAS/GE; RSG J 2 25), ces prestations sont allouées aux personnes qui sont au chômage, qui ont épuisé leur droit aux prestations de l'assurance-chômage (régime fédéral et cantonal; art. 1 LRMCAS/GE) et dont le revenu annuel déterminant n'atteint pas le revenu minimum cantonal d'aide sociale (art. 4 LRMCAS/GE). Le revenu minimum cantonal d'aide sociale garanti aux chômeurs en fin de droit est de 15 734 fr. depuis le 1^{er} janvier 2007 (art. 3 LRMCAS/GE en corrélation avec le règlement relatif à l'indexation des prestations cantonales accordées aux chômeurs en fin de droit, du 29 novembre 2006 (RIPC/FD/GE; RSG J 2 25.01). Il peut être complété, dans les limites du barème de l'assistance publique, par des allocations ponctuelles destinées à la prise en charge de certains frais, tels que les frais de vêtements ou de maladie. Conformément à l'art. 3 al. 2 LRMCAS/GE, le montant minimum (15 734 fr.) est multiplié par:

- a) 1,46 s'il s'agit de deux personnes;
- b) 1,88 s'il s'agit de trois personnes;
- c) 2,20 s'il s'agit de quatre personnes;
- d) 2,50 s'il s'agit de cinq personnes;
- e) 0,30 par personne supplémentaire au-delà de cinq personnes.

Le salaire minimum de 3000 fr. (36 000 fr. par année) prévu à l'art. 43 RMC/GE est donc légèrement supérieur au revenu minimum cantonal d'aide sociale pour quatre personnes selon l'art. 3 al. 2 LRMCAS/GE. On ne peut donc pas dire que le Conseil d'Etat ait outrepassé ses pouvoirs en fixant un plancher qui est plus proche des maxima que des minima

à considérer au regard de la LRMCAS/GE. Le montant minimum garanti pour quatre personnes couvre une très large partie des bénéficiaires potentiels. Il n'y aurait aucun sens à fixer des salaires minimums en partant de situations personnelles plus ou moins exceptionnelles. A ce propos d'ailleurs, le Conseil d'Etat indique dans sa réponse qu'aucun emploi de solidarité mis en place avec les institutions partenaires n'a jusqu'à présent donné lieu au paiement d'un complément prévu par l'art. 44 RMC/GE. Le seul fait que le Conseil d'Etat a prévu dans cette disposition le versement d'une allocation complémentaire, pour tenir compte de situations individuelles tout à fait particulières, ne permet pas de conclure qu'il a restreint de manière inadmissible la portée de la loi. Au demeurant, les recourants ne précisent pas quel est le montant minimum qui devrait être garanti selon les normes de l'aide sociale. Ici également le grief soulevé se révèle mal fondé.

6.

6.1 Les recourants font enfin valoir que les salaires fixés par le Conseil d'Etat à l'art. 43 RMC/GE pourraient être plus bas que ceux prévus par les conventions collectives de travail. Or, les salaires minimums prévus par les conventions collectives sont impératifs dans la mesure où l'employeur et le travailleur sont liés par une telle convention. De plus, lorsqu'une convention collective a fait l'objet d'un arrêté d'extension, les dispositions normatives de la convention collective, dont font partie les salaires minimaux, s'appliquent également aux employeurs et travailleurs auxquels la convention est étendue. De même, les salaires minimaux prévus par des contrats-types au sens de l'art. 360a CO sont également impératifs. Aussi bien l'art. 43 RMC/GE devrait-il être annulé pour violation du principe de la primauté du droit fédéral (art. 49 al. 1 Cst.).

6.2 L'art. 49 al. 1 Cst. fait obstacle à l'adoption ou à l'application de règles cantonales qui éludent des prescriptions de droit fédéral ou qui en contredisent le sens ou l'esprit, notamment par leur but ou par les moyens qu'elles mettent en oeuvre, ou qui empiètent sur des matières que le législateur fédéral a réglementées de façon exhaustive. Le principe de la force dérogatoire du droit fédéral peut être invoqué en tant que droit constitutionnel individuel. Le Tribunal fédéral examine avec un plein pouvoir d'examen si la norme de droit cantonal est conforme au droit fédéral (ATF 134 I 125 consid. 2.1 p. 128; ATF 133 I 286 consid. 3.1 p. 290 et les références).

6.3

6.3.1 Il découle de l'art. 357 al. 1 CO que les clauses relatives notamment au contenu des contrats individuels de travail n'ont en principe d'effet direct et impératif qu'envers des employeurs et travailleurs qu'elles lient. De telles clauses s'appliquent automatiquement, sans incorporation dans le contrat de travail, et les parties ne peuvent y déroger contractuellement au détriment du salarié (cf. GABRIEL AUBERT, Commentaire romand, n. 3 s. ad art. 357 CO). Ces effets supposent que les deux parties soient

liées. Tel est le cas si l'employeur est personnellement partie à la convention, si l'employeur et le travailleur sont membres d'une association contractante (art. 356 al. 1 CO), ou encore si l'employeur et le travailleur ont fait une déclaration de soumission volontaire au sens de l'art. 356b CO et ont obtenu le consentement des parties (cf. ATF 123 III 129 consid. 3a p. 131; arrêt 4C.276/2004 du 12 octobre 2004).

6.3.2 La décision d'extension permet l'application d'une convention collective de travail aux employeurs et aux travailleurs qui appartiennent à la branche économique ou à la profession visée et ne sont pas liés par cette convention (cf. art. 1 al. 1 de la loi fédérale du 28 septembre 1956 permettant d'étendre le champ d'application de la convention collective du travail [LECC; RS 221.215.311]). Pour savoir si une entreprise appartient à la branche économique ou à la profession visée et entre, de ce fait, dans le champ d'application de la convention étendue, il faut examiner de manière concrète l'activité généralement déployée par l'entreprise en cause (arrêt 4P.49/2006 du 24 avril 2006, consid. 3.3). Seule doit être prise en considération, dans le cadre de cet examen, l'activité généralement exercée par l'employeur en question (arrêt 4C.409/1995 du 15 mai 1996, consid. 2b). Les entreprises visées par la déclaration d'extension doivent offrir des biens ou des services de même nature que les entreprises qui sont soumises contractuellement à la convention; il doit exister un rapport de concurrence directe entre ces entreprises (arrêts 4C.45/2002 du 11 juillet 2002, consid. 2.1.2, et 4C.46/1995 du 11 octobre 1995, consid. 3a).

6.3.3 Enfin, conformément à l'art. 360a al. 1 CO, si, au sein d'une branche économique ou d'une profession, les salaires usuels dans la localité, la branche ou la profession font l'objet d'une sous-enchère abusive et répétée et qu'il n'existe pas de convention collective de travail contenant des dispositions relatives aux salaires minimaux pouvant être étendue, l'autorité compétente peut édicter, sur proposition de la commission tripartite visée à l'art. 360b, un contrat-type de travail d'une durée limitée prévoyant des salaires minimaux différenciés selon les régions et, le cas échéant, selon les localités, dans le but de combattre ou de prévenir les abus.

6.4 Comme cela ressort de l'art. 45E LMC/GE, les emplois de solidarité sont créés sur le marché complémentaire de l'emploi. Ils doivent viser à l'insertion professionnelle des demandeurs d'emploi. Dans le choix des activités retenues, le département veille à éviter toute concurrence avec des entreprises commerciales genevoises, en particulier celles régies par des conventions collectives de travail. Les emplois proposés relèvent donc d'activités délaissées par le marché ordinaire de l'emploi. Leur mise en oeuvre requiert le concours de l'Etat par le biais de subventions. Le législateur genevois a voulu empêcher tout risque de dumping salarial en évitant la création d'un rapport de concurrence directe entre les institutions partenaires et l'économie dite «primaire». L'éventualité que ces institutions

entrent dans le même domaine d'activité que des entreprises englobées dans une décision d'extension est donc tout à fait théorique.

6.5 Par ailleurs, l'art. 45D al. 3 LMC/GE exclut de façon explicite un droit pour le chômeur d'obtenir une mesure déterminée, par exemple un emploi dans l'institution de son choix. L'Etat choisit librement les institutions partenaires. Le droit fédéral ne l'oblige pas à choisir une institution partenaire qui, par hypothèse, serait soumise à une convention collective. En outre, comme le relève le Conseil d'Etat dans sa réponse, les particularités liées aux emplois de solidarité, qui présentent indiscutablement une composante de formation, peuvent justifier de soumettre à un régime spécial les emplois de solidarité en ce qui concerne le montant des salaires. Dans cette perspective, il est loisible aux parties contractantes de modifier le champ d'application personnel d'une convention collective de travail pour tenir compte de ces particularités.

6.6 Intrinsèquement, les dispositions en matière de salaire adoptées par le Conseil d'Etat n'apparaissent donc pas contraires au droit fédéral. Même si on ne peut d'emblée exclure, dans un cas concret, que le salaire fixé par le règlement soit inférieur au salaire minimum prévu dans une convention collective (ou un contrat-type), le grief d'inconstitutionnalité ne peut pas être retenu. En effet, si une norme semble compatible avec le droit fédéral, au regard des circonstances ordinaires que le législateur devait considérer, le juge ne l'annulera pas pour le seul motif qu'on ne peut exclure absolument l'éventualité de son application contraire au droit à des cas particuliers. Il ne le fera que si la perspective d'un contrôle concret ultérieur n'offre pas de garantie suffisante au destinataire de la norme litigieuse (cf. arrêts 2C_218/2007 du 9 octobre 2007, consid. 3; 2C_71/2007 du 9 octobre 2007, consid. 2.6; cf., sous l'empire de l'OJ, ATF 129 I 12 consid. 3.2 p. 15; ATF 128 I 327 consid. 3.1 p. 334 s. et les arrêts cités). Or, tel n'est pas le cas en l'espèce, dans la mesure où le bénéficiaire d'un emploi de solidarité a toujours la possibilité de saisir le juge civil dans l'hypothèse où la rémunération perçue ne serait pas conforme à une convention collective.

6.7 Le grief des recourants tiré de la primauté du droit fédéral doit donc aussi être rejeté.

Tribunal fédéral, Arrêt du 6 octobre 2008, Doss.-No. 4A_325/2008 (Confirmation du jugement rendu le 27 mai 2008 par la II^e Cour civile du Tribunal cantonal du canton du Valais).

336 CO. Un licenciement n'est pas abusif pour le seul motif que le travailleur se trouve dans un conflit grave et persistant avec le président élu de son employeur. Ce dernier n'abuse pas de son droit de résiliation s'il licencie le travailleur au motif qu'il critique la stratégie ou l'organisation imposées par l'organe compétent (c. 3).

28 CC; 41, 49 et 328 CO. Le licenciement d'une personne ne ressortit pas à sa sphère secrète; communiquer au sujet des mutations intervenues en matière d'animation socioculturelle, sur le plan local, en particulier quant aux personnes responsables dans ce domaine, répondait en l'espèce à un intérêt légitime de l'employeur et du public. Légitiment aussi, cette partie pouvait faire connaître son point de vue après que le travailleur avait lui-même amorcé une polémique. Dans ces conditions, l'employeur n'est tenu à aucune réparation pécuniaire et il ne doit pas non plus faire publier une rectification (c. 4).

Extraits des faits:

N. (défenderesse et intimée) est une association qui se consacre à l'animation socioculturelle en faveur de la population sédunoise; elle est soutenue par la commune de Sion et son personnel comprend plusieurs animateurs salariés. Dès septembre 1997, X. (demandeur et recourant) est ainsi entré à son service en qualité d'animateur et coordinateur; cette seconde fonction consistait, en substance, dans la direction et l'encadrement des autres animateurs. X. était subordonné au comité de l'association. Son salaire mensuel brut, payable treize fois par an, fut d'abord fixé à 4614 fr. 65; dès mars 2001, il fut relevé à 5333 francs. Dès le printemps de 2002, la commune de Sion souhaite une réorganisation de N. et une réorientation de ses activités. Selon une étude qu'elle avait fait établir, la politique communale en faveur de la jeunesse était dispersée entre divers pôles de responsabilité et ceux-ci ne collaboraient pas entre eux; de plus, N. n'avait aucune stratégie clairement définie et son personnel manquait d'encadrement. Lors de l'assemblée générale du 6 juin 2002, la présidence du comité fut attribuée à A., médiateur, éducateur diplômé et collaborateur du service cantonal de la jeunesse; il avait pour mission d'effectuer la restructuration. B., membre de la commission culturelle et président de la commission «jeunesse» de la commune de Sion, entra au comité à titre de représentant de cette collectivité publique. Le 12 novembre 2003, le comité adopta un nouvel organigramme; il décida le licenciement de X. et la mise au concours d'un poste d'animateur responsable au taux d'occupation de 70 ou 80%, soit 50% pour l'animation et le solde pour la coordination. Le comité considéra que X. n'entrait pas en considération pour ce poste parce qu'il n'avait pas donné entière satisfaction lorsqu'il était chargé de la coordination sous l'ancienne organisation, et qu'il ne répondait pas non plus aux attentes des autorités communales; il avait d'ailleurs lui-même souhaité ne plus assumer la coordination. X. fut licencié avec effet au 31 janvier 2004; en raison de deux périodes d'incapacité de travail, cette échéance se trouva reportée. Par lettre du 13 janvier, X. signifia qu'il tenait son congé pour abusif et qu'il y faisait opposition.

Lors de son journal radiophonique du 9 décembre 2003, la station Rhône FM traita de la restructuration de N.; elle annonça le licenciement

de X. et la mise au concours d'un nouveau poste de responsable. B. s'exprima sur la nouvelle orientation de N., sans aborder les raisons du départ du précédent coordinateur et sans mentionner son nom. En janvier et février 2004, le *Courrier*, le *Nouvelliste* et le *Journal de Sion* traitèrent de ce sujet et des dissensions entre N. et l'association organisatrice de concerts; ces journaux firent état du ressentiment et des critiques de X. Le comité répondit aux critiques dans le *Courrier* du 14 février. Dans le *Nouvelliste* du 2 mars 2004, X. contesta les explications du comité et persista dans son point de vue.

Le 1^{er} octobre 2004, X. a ouvert action contre N. devant le Tribunal du travail du canton du Valais. La défenderesse devait être condamnée au paiement de 30 000 fr. à titre d'indemnité pour licenciement abusif, dommages-intérêts et réparation morale; elle devait en outre être condamnée à faire publier un démenti par les médias locaux. La défenderesse a conclu au rejet de l'action. Le Tribunal du travail s'est prononcé le 19 septembre 2006; il a rejeté l'action au motif que le licenciement du demandeur n'était pas abusif. Le demandeur ayant appelé au Tribunal cantonal, la II^e Cour civile de ce tribunal a statué le 27 mai 2008; elle a rejeté l'appel et confirmé le premier jugement.

Agissant par la voie du recours en matière civile, le demandeur requiert le Tribunal fédéral de réformer le jugement d'appel, en ce sens que la défenderesse soit condamnée au paiement de 30 000 fr. et à la publication d'un démenti. La défenderesse conclut au rejet du recours.

Extraits des considérants:

2.

Il est constant que les parties se sont liées par un contrat de travail de durée indéterminée et que celui-ci pouvait être résilié conformément à l'art. 335 al. 1 CO. La résiliation est cependant abusive lorsqu'elle intervient dans l'une des situations énumérées à l'art. 336 al. 1 CO, situations qui se rapportent aux motifs de la partie qui résilie. Cette disposition restreint, pour chaque cocontractant, le droit de mettre unilatéralement fin au contrat (ATF 132 III 115 consid. 2.4 p. 118; 131 III 535 consid. 4.2 p. 539 in medio). Il appartient à la personne licenciée d'apporter la preuve d'une situation ainsi visée par l'art. 336 al. 1 CO (ATF 123 III 246 consid. 4b p. 252).

2.1 Au regard de l'art. 336 al. 1 let. d CO, le congé est abusif lorsqu'il est signifié au travailleur au motif que celui-ci s'est plaint avec raison, ou à tort mais de bonne foi, d'une violation du droit au respect de sa personnalité (arrêt 4C.129/2003 du 5 septembre 2003, consid. 4.2). Ce droit est consacré par l'art. 328 al. 1 CO. Il protège le travailleur, notamment, contre les actes de *mobbing* ou harcèlement psychologique, lequel se définit comme un enchaînement de propos ou d'agissements hostiles, répétés fréquemment pendant une période assez longue, par lesquels un ou plusieurs

individus cherchent à isoler, marginaliser ou exclure une personne sur son lieu de travail. Il n'y a toutefois pas harcèlement psychologique du seul fait qu'un conflit existe dans les relations professionnelles ou qu'il règne une mauvaise ambiance de travail, ni du fait qu'un membre du personnel serait invité – même de façon pressante, répétée, le cas échéant sous la menace de sanctions disciplinaires ou d'une procédure de licenciement – à se conformer à ses obligations résultant d'un rapport de travail, ou encore du fait qu'un supérieur hiérarchique n'aura pas satisfait pleinement et toujours aux devoirs qui lui incombent à l'égard de ses collaborateurs.

Le harcèlement psychologique est généralement difficile à prouver et il faut donc admettre son existence, s'il y a lieu, sur la base d'un faisceau d'indices convergents. Toutefois, le harcèlement peut aussi n'être qu'imaginaire; il peut même être allégué abusivement par le travailleur, dans le but de se protéger contre des remarques ou mesures pourtant justifiées (arrêts précités 4A_128/2007, consid. 2.1, et 4C.404/2005, consid. 3.2).

Le harcèlement psychologique, à titre d'atteinte à la personnalité du travailleur, peut donner lieu à une indemnisation si sa gravité le justifie. Par lui-même, il ne rend pas une résiliation abusive mais cette mesure est contraire à l'art. 336 CO si elle intervient à cause d'une baisse des prestations du travailleur et que celle-ci est la conséquence du harcèlement (ATF 125 III 70). L'employeur qui tolère un harcèlement viole les devoirs imposés par l'art. 328 CO et il n'est pas admis à se prévaloir, pour justifier la résiliation, des conséquences de sa propre violation du contrat.

2.2 L'énumération de l'art. 336 al. 1 CO n'est pas exhaustive et un abus du droit de résiliation peut se révéler aussi dans d'autres situations qui apparaissent comparables, par leur gravité, aux hypothèses expressément visées. L'abus n'est pas obligatoirement inhérent au motif de la résiliation; il peut également surgir dans ses modalités. 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. Par contre, un comportement de l'employeur simplement discourtois ou indélicat est insuffisant car il ne ressortit pas à l'ordre juridique de sanctionner ces attitudes. En raison de la finalité du droit de résiliation, d'une part, et de la disproportion des intérêts en présence, d'autre part, le licenciement peut également être tenu pour abusif lorsqu'il répond à un motif de simple convenance personnelle de l'employeur (ATF 132 III 115 consid. 2 p. 116; 131 III 535 consid. 4 p. 537; 125 III 70 consid. 2 p. 72).

2.3 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, correspondant à six mois de salaire au plus.

3.

Les prétentions du demandeur portent essentiellement sur cette indemnité. Ce plaideur fait grief au Tribunal cantonal d'avoir rejeté à tort, en violation de l'art. 336 al. 1 CO, l'argumentation qu'il a développée sur la base de la jurisprudence précitée. Invoquant l'art. 9 Cst., il lui reproche aussi d'avoir constaté arbitrairement les faits.

Il présente un long exposé dans lequel il tente méticuleusement de mettre en évidence de nombreuses imprécisions ou approximations dans la constatation des faits. Les rectifications qu'il propose ne conduisent toutefois pas à une appréciation fondamentalement différente de la situation dans laquelle le congé est intervenu. Il tente aussi de mettre en évidence une appréciation tendancieuse des faits, dépourvue de fondement objectif, en tant que le Tribunal cantonal retient, par exemple, qu'il a fait preuve de réticence face à l'orientation désormais imposée par A., ou d'incurie dans la gestion des difficultés consécutives à l'intégration du service d'éducation de rue. Il proteste contre l'influence que la commune de Sion a exercée par l'intermédiaire de A. et de B., alors que la défenderesse est censément une association privée et indépendante, et il critique sévèrement la direction de A., à qui il retourne le reproche de n'avoir donné aucune orientation claire aux activités de l'équipe.

D'après la jurisprudence relative à l'art. 106 al. 2 LTF concernant la motivation du recours pour violation de droits constitutionnels, celui qui se plaint d'arbitraire doit indiquer de façon précise en quoi la décision qu'il attaque est entachée d'un vice grave et indiscutable; à défaut, le grief est irrecevable (ATF 133 II 249 consid. 1.4.3 p. 254; 133 II 396 consid. 3.2 p. 400). Dans la mesure où le demandeur se réfère à l'art. 9 Cst., son exposé ne satisfait pas à cette exigence et le Tribunal fédéral n'entre donc pas en matière.

Pour le surplus, la vision développée par le demandeur n'est pas pertinente au regard de l'art. 336 al. 1 CO. Son licenciement ne saurait être jugé abusif pour ce seul motif qu'il s'est trouvé dans un conflit grave et persistant avec le président élu le 6 juin 2002. Même chargé de tâches d'encadrement dans le personnel d'une association, un travailleur est subordonné à son employeuse – la subordination est caractéristique du contrat de travail (ATF 128 III 129 consid. 1 p. 131 in fine; 125 III 78 consid. 4 p. 81) – et il n'est pas en droit de faire prévaloir, en cas de divergence d'opinions, sa propre vision du but social et des mesures à adopter. Par conséquent, l'employeuse n'abuse pas de son droit de résiliation si elle licencie ce travailleur au motif qu'il critique la stratégie ou l'organisation imposées par l'organe compétent. Il est sans importance que la stratégie et l'organisation soient éventuellement inspirées par un pouvoir extérieur à l'association; il importe également peu qu'auparavant, le personnel n'ait peut-être été soumis qu'à une direction très lâche ou inexistante. Plusieurs personnes ont manifesté leur soutien au demandeur et deux membres du comité ont même démissionné pour protester contre son éviction, mais cela

ne suffit pas non plus à mettre en évidence un licenciement abusif. Enfin, en novembre 2003, la défenderesse a fait état d'une réorganisation et créé un poste d'animateur responsable qui semble peu différent de celui précédemment occupé par le demandeur; néanmoins, il n'apparaît pas qu'elle ait usé avec lui de procédés retors pour aboutir à son licenciement. Le moyen tiré de l'art. 336 al. 1 CO sera donc rejeté.

4.

Les prétentions du demandeur portent aussi sur des dommages-intérêts et sur une somme d'argent à titre de réparation morale, par suite de la divulgation, à la radio et dans divers journaux, de son licenciement et des circonstances dans lesquelles celui-ci est intervenu. Aux termes de l'art. 49 CO, 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. Lorsque l'atteinte entraîne un dommage matériel, le lésé peut réclamer des dommages-intérêts sur la base de l'art. 41 al. 1 CO. D'après l'art. 28 al. 2 CC, toute atteinte à la personnalité est illicite, à moins qu'elle ne soit justifiée par le consentement du lésé, par un intérêt prépondérant privé ou public, ou par la loi. La protection de la personnalité porte notamment sur la considération professionnelle et sociale (ATF 134 III 193 consid. 4.5 p. 200).

La diffusion de faits vrais, par les médias, est en principe justifiée par leur mission d'informer, à moins que la diffusion ne porte atteinte à la sphère secrète ou intime de la personne visée, ou qu'elle ne la rabaisse par des propos dont la forme est inutilement blessante; de plus, la justification n'est admise que dans la mesure où le besoin d'informer prime l'intérêt de cette personne à la préservation de son intégrité. Communiquer des faits aux médias, en vue de leur diffusion, est licite si la diffusion subséquente l'est également (ATF 132 III 641 consid. 3.1 et 3.2 p. 645). En cas de diffusion de faits faux, la réparation de l'atteinte peut comporter la publication d'une rectification (art. 28a al. 2 CC).

Le Tribunal cantonal ne constate pas que la défenderesse, ou l'un de ses organes dont le comportement lui serait imputable selon l'art. 55 al. 2 CC, ait communiqué à Rhône FM, au Courrier ou à d'autres médias des faits inexacts ou des appréciations fallacieuses concernant le demandeur. Le licenciement d'une personne ne ressortit pas à sa sphère secrète, et communiquer au sujet des mutations intervenues en matière d'animation socioculturelle, sur le plan local, en particulier quant aux personnes responsables dans ce domaine, répondait à un intérêt légitime de la défenderesse et du public. Légitimement aussi, cette partie-ci pouvait faire connaître son propre point de vue après que le demandeur avait lui-même amorcé une polémique. Dans ces conditions, elle n'est tenue à aucune réparation pécuniaire et elle ne doit pas non plus faire publier une rectification. Le demandeur se réfère aussi à l'art. 3 let. a de la loi fédérale contre la concurrence déloyale (LCD), selon lequel celui qui dénigre autrui, ses marchand-

ses, ses oeuvres, ses prestations, ses prix ou ses affaires, par des allégations inexactes, fallacieuses ou inutilement blessantes, commet une violation des règles de la concurrence. Il est douteux que le jeu de la concurrence et le fonctionnement de l'économie de marché soient en cause dans la présente affaire (cf. ATF 126 III 198 consid. 2c/aa p. 202; voir aussi ATF 133 III 431 consid. 4.1 p. 434; 132 III 414 consid. 3.1 p. 420); de toute manière, à supposer que la disposition précitée soit applicable, le demandeur ne peut en retirer aucune protection qui excéderait celle des art. 28 CC et 49 CO.

Tribunal fédéral, Arrêt du 9 octobre 2008, Doss.-No. 4A_192/2008 (Confirmation de l'arrêt rendu le 20 mars 2008 par la Cour de Cassation civile du Tribunal cantonal du canton de Neuchâtel).

52 LTF. Il y a lieu d'ajouter les conclusions prises par plusieurs demandeurs lorsqu'elles portent sur des prétentions de même nature et fondées sur une cause matérielle et juridique essentiellement de même nature; il faut en outre que ces conclusions aient été effectivement réunies en instance cantonale, et qu'elles aient abouti à une décision unique. Lorsque ces conditions sont satisfaites, le Tribunal fédéral statue sur toutes les prétentions en cause, y compris celles qui n'atteignent pas le plancher de 15 000 francs (c. 2).

323 I CO. La loi ne permet pas que le paiement du salaire soit ajourné à plus d'un mois après le moment où le travail a été accompli. Un terme de paiement mensuel, convenu ou usuel, pour le travail fourni au cours d'un mois du calendrier, doit donc obligatoirement précéder le dernier jour de ce mois; il ne peut pas être valablement fixé au quinze du mois suivant (c. 5).

337a CO. Le travailleur peut présumer que l'employeur est devenu insolvable lorsque, de façon répétée, les salaires ne sont payés qu'avec retard ou que le versement des cotisations et déductions sociales est omis. Il incombe alors à l'employeur, si des sûretés lui sont réclamées, de fournir au travailleur les indications et justificatifs propres à établir que, en dépit de ses retards, il demeure solvable; sinon, il doit constituer des sûretés. Le délai assigné à l'employeur, pour la fourniture des sûretés, doit être appropriée aux circonstances. Si l'employeur estime que le délai fixé par son cocontractant est insuffisant, il lui incombe de protester immédiatement et de fournir les sûretés dans le délai qui serait objectivement approprié (c. 6).

Extraits des faits:

A. SA (défenderesse et recourante) a son siège dans le canton de Neuchâtel. Active dans le secteur de l'aménagement intérieur des bâti-

ments, elle emploie des ouvriers salariés pour ses travaux d'aménagement et d'installation. En mai 2007, son personnel comprenait notamment B., C., D., E., F., G., H. et K. (demandeurs et intimés). Les salaires de ces huit ouvriers, dus en principe à la fin de chaque mois, n'étaient effectivement versés qu'au début du mois suivant, à un jour variable, parfois au delà du 10, jusqu'au 15, au 16 ou au 24, ou même au 31. Les cotisations et déductions sociales n'étaient versées aux caisses concernées qu'avec un important retard. Depuis janvier 2007, dix-neuf nouvelles poursuites pour dettes avaient débuté contre l'employeuse et ses fournisseurs exigeaient d'être payés au comptant. Le 28 mars 2007, par l'intermédiaire de leur syndicat, ces ouvriers ont écrit à l'employeuse pour réclamer le paiement des salaires à la fin de chaque mois et, de plus, le remboursement des frais de déplacements professionnels. Cette demande fut renouvelée par télécopie le 3 mai 2007 mais elle demeura sans réponse ni suite. Par lettre recommandée du 8 mai, les ouvriers mirent l'employeuse en demeure de verser les salaires arriérés du mois d'avril et de fournir, dans un délai de quarante-huit heures, des sûretés pour le paiement des salaires futurs. Le 8 mai, en raison du retard dans le versement des salaires échus, les ouvriers refusèrent de travailler. Le 10 mai 2007, ayant reçu les salaires du mois d'avril mais pas les sûretés demandées pour les salaires futurs, les ouvriers ont résilié leurs contrats de travail avec effet immédiat.

Le 18 juillet 2007, B. et ses sept collègues ont ouvert action contre A. SA devant le Tribunal des prud'hommes du district de Neuchâtel. Leurs demandes tendaient au paiement de diverses sommes au total d'environ 112 000 fr. en capital. Elles portaient essentiellement sur les salaires que les demandeurs auraient gagnés si les rapports de travail s'étaient poursuivis pendant le délai d'une résiliation ordinaire de leurs contrats, sur les salaires correspondant à des jours qu'ils avaient chômés, pendant la durée des contrats, parce que la défenderesse n'avait pas de véhicules pour les conduire sur les chantiers, ainsi que sur les salaires correspondant à des temps de déplacement au retour des chantiers. Le Tribunal des prud'hommes s'est prononcé le 17 décembre 2007. Il a, en substance, accueilli les demandes; il a alloué à chaque demandeur une somme brute, soumise aux déductions sociales; le cas échéant, il a aussi alloué une somme nette et fixé le montant net pour lequel la caisse d'assurance-chômage du syndicat était subrogée. Sans succès, la défenderesse a déféré le jugement à la Cour de cassation civile du Tribunal cantonal; cette autorité a rejeté son recours par arrêt du 20 mars 2008.

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 en ce sens que les huit demandes soient entièrement rejetées.

Extraits des considérants:

2.

Aux termes de l'art. 52 LTF, les divers chefs de conclusions formés dans une affaire pécuniaire par la même partie ou par des consorts sont additionnés, à moins qu'ils ne s'excluent. Cette règle correspond à l'art. 47 al. 1 de la loi fédérale d'organisation judiciaire du 16 décembre 1943 (OJ), en vigueur jusqu'au 31 décembre 2006 (ATF 134 III 237 consid. 1.2 p. 239).

Selon la jurisprudence, il y a lieu d'additionner les conclusions prises par plusieurs demandeurs lorsque, entre autres cas, elles portent sur des prétentions de même nature et fondées sur une cause matérielle et juridique essentiellement de même nature; il faut en outre que ces conclusions aient été effectivement réunies en instance cantonale, même si les demandeurs n'ont pas d'emblée agi conjointement, et qu'elles aient abouti à une décision unique (ATF 103 II 41 consid. 1c p. 44; voir aussi ATF 122 III 229 consid. 2b p. 231). Ces conditions sont satisfaites en l'espèce; le Tribunal fédéral doit donc statuer sur toutes les prétentions en cause, y compris celles – en forte majorité – qui n'atteignent pas le plancher de 15 000 francs.

3.

Une décision est arbitraire, donc contraire à l'art. 9 Cst., lorsqu'elle viole gravement une norme ou un principe juridique clair et indiscuté, ou contredit d'une manière choquante le sentiment de la justice et de l'équité. Le Tribunal fédéral ne s'écarte de la solution retenue par l'autorité cantonale de dernière instance que si sa décision apparaît insoutenable, en contradiction manifeste avec la situation effective, adoptée sans motifs objectifs ou en violation d'un droit certain. En outre, il ne suffit pas que les motifs de la décision soient insoutenables; il faut encore que celle-ci soit arbitraire dans son résultat. Il ne suffit d'ailleurs pas non plus qu'une solution différente de celle retenue par l'autorité cantonale puisse être tenue pour également concevable ou apparaisse même préférable (ATF 134 I 140 consid. 5.4 p. 148; 133 I 149 consid. 3.1 p. 153; 132 I 13 consid. 5.1 p. 17). En ce qui concerne l'appréciation des preuves et la constatation des faits, l'autorité tombe dans l'arbitraire lorsqu'elle ne prend pas en considération, sans aucune raison sérieuse, un élément de preuve propre à modifier la décision, lorsqu'elle se trompe manifestement sur son sens et sa portée, ou encore lorsque, sur la base des éléments recueillis, elle parvient à des constatations insoutenables (ATF 129 I 8 consid. 2.1).

Selon la jurisprudence relative aux recours formés pour violation de droits constitutionnels (art. 106 al. 2 ou 116 LTF), celui qui se plaint d'arbitraire doit indiquer de façon précise en quoi la décision qu'il attaque est entachée d'un vice grave et indiscutable; à défaut, le grief est irrecevable (ATF 133 II 249 consid. 1.4.3 p. 254; 133 II 396 consid. 3.2 p. 400).

4.

Il est constant que les demandeurs se sont liés à la défenderesse par des contrats de travail et que ceux-ci étaient conclus pour une durée indéterminée. Ces contrats étaient donc susceptibles d'une résiliation ordinaire avec observation d'un délai de congé, selon l'art. 335c CO, ou d'une résiliation immédiate pour de justes motifs, selon les art. 337 et 337a CO.

L'art. 337 al. 1 CO consacre le droit de résilier 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 (cf. ATF 129 III 380 consid. 2.2 p. 382).

Selon l'art. 337a CO, en cas d'insolvabilité de l'employeur, le travailleur peut résilier immédiatement le contrat si des sûretés ne lui sont pas fournies, dans un délai convenable, afin de garantir ses prétentions contractuelles. En principe, les sûretés portent sur des sommes non encore exigibles; elles doivent permettre au travailleur de poursuivre son activité sans craindre de n'être pas payé (ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL, *Arbeitsvertrag*, 6^e éd., Zurich 2006, p. 762 in initio). Quand l'employeur se trouve en demeure de verser le salaire échu, le travailleur peut recourir à l'exécution forcée et, de plus, refuser sa propre prestation jusqu'au paiement de ce qui est dû; dans ce laps de temps, le droit au salaire subsiste alors même que le travail n'est pas fourni (ATF 120 II 209 consid. 6a p. 211 et 9 p. 212; STREIFF/VON KAENEL, op. cit., p. 759 ch. 3). Enfin, en cas de retard répété et prolongé dans le paiement du salaire échu, si ce retard persiste en dépit d'une sommation du travailleur, celui-ci peut résilier immédiatement le contrat; la résiliation est alors fondée sur l'art. 337 CO (STREIFF/VON KAENEL, *ibidem*).

Le salaire doit être payé le dernier jour du mois pendant lequel le travail a été accompli, à moins qu'un terme différent ne soit usuel ou convenu entre les parties (art. 76 al. 1 et 323 al. 1 CO).

5.

La défenderesse soutient que le paiement des salaires «durant la première quinzaine du mois suivant» était accepté par les travailleurs de son entreprise, «depuis de nombreuses années» et sans protestation, de sorte que la juridiction cantonale aurait dû constater l'existence d'un usage ré-

servé par l'art. 323 al. 1 CO, ayant pour objet un terme de paiement des salaires autre que la fin du mois. Elle prétend ne s'être trouvée en demeure qu'exceptionnellement, dans les rares cas où les salaires n'ont été payés qu'après le quinze du mois suivant, et elle fait valoir que cette situation n'était pas réalisée, en particulier, le 8 mai 2007 pour les salaires du mois d'avril de cette année. On observe d'abord que «durant la première quinzaine du mois suivant» n'est pas un terme qui permette de déterminer clairement le moment auquel la prestation concernée est exigible. En tant que la demanderesse se dit en droit de payer les salaires de ses travailleurs jusqu'au 15 du mois suivant, sans que l'on ne puisse lui reprocher aucun retard, elle place le terme usuel à ce moment-ci. Toutefois, elle ne prétend pas avoir allégué et prouvé que pendant une longue durée et avec l'accord des travailleurs, elle ait régulièrement payé les salaires au 15 du mois suivant. De toute manière, un tel accord ou usage ne serait pas opposable aux demandeurs car l'art. 323 al. 1 CO ne permet pas que le paiement du salaire soit ajourné à plus d'un mois après le moment où le travail a été accompli (STREIFF/VON KAENEL, op. cit., p. 246 ch. 8 et p. 247 ch. 11). Un terme de paiement mensuel, convenu ou usuel, pour le travail fourni au cours d'un mois du calendrier, doit donc obligatoirement précéder le dernier jour de ce mois; il ne peut pas être valablement fixé au 15 du mois suivant.

La défenderesse se plaint ainsi à tort d'une application incorrecte de l'art. 323 al. 1 CO; au 8 mai 2007, elle se trouvait effectivement en demeure et ses cocontractants pouvaient refuser leurs propres prestations sans manquer à leurs obligations contractuelles. En tant que la demanderesse se plaint d'une constatation arbitraire des faits déterminants, sa protestation ne satisfait pas aux exigences posées par l'art. 106 al. 2 LTF.

6.

La défenderesse se plaint d'une application incorrecte de l'art. 337a CO. Elle conteste s'être trouvée en état d'insolvabilité le 8 mai 2007, de sorte que les demandeurs n'étaient prétendument pas autorisés à exiger d'elle des sûretés, ni à résilier leurs contrats de travail si elle ne les fournissait pas. Elle prétend aussi qu'elle n'a pas bénéficié d'un délai convenable pour fournir les sûretés réclamées.

Le travailleur peut présumer que l'employeur est devenu insolvable lorsque, de façon répétée, les salaires ne sont payés qu'avec retard ou que le versement des cotisations et déductions sociales est omis. Il incombe alors à l'employeur, si des sûretés lui sont réclamées, de fournir au travailleur les indications et justificatifs propres à établir que, en dépit de ses retards, il demeure solvable; sinon, il doit constituer les sûretés conformément à l'art. 337a CO (GABRIEL AUBERT, Commentaire romand, ch. 2 ad art. 337a CO). On a vu que la défenderesse était constamment en retard dans le paiement des salaires dus à son personnel; par ailleurs, la juridiction cantonale a constaté que les prélèvements sociaux n'étaient pas non plus versés à temps aux caisses concernées et que les créanciers étaient de

plus en plus nombreux à entreprendre des poursuites; elle a encore constaté que les fournisseurs refusaient de livrer à crédit. Au regard de cette situation, les demandeurs pouvaient légitimement exiger les sûretés prévues par cette disposition de droit fédéral.

La défenderesse affirme vainement que par leur propre attitude, lors d'une séance d'information organisée par elle le 9 mai 2007, les demandeurs se sont mis hors d'état de recevoir des renseignements démontrant qu'elle était alors solvable; cette argumentation est irrecevable car les faits ainsi invoqués ne sont pas constatés dans l'arrêt de la Cour de cassation civile. La défenderesse ne prétend pas avoir régulièrement allégué et offert de prouver ces faits dans les instances cantonales, de sorte que, là également, le grief tiré d'un refus arbitraire de constater ces mêmes faits est insuffisamment motivé. Le délai assigné à l'employeur, pour la fourniture des sûretés, doit être approprié aux circonstances; en doctrine, les commentateurs préconisent des laps variant de trois jours à deux semaines (STREIFF/VON KAENEL, op. cit., p. 762 ch. 7, avec références à d'autres auteurs). Si l'employeur estime que le délai fixé par son cocontractant est insuffisant, il lui incombe de protester immédiatement et de fournir les sûretés dans le délai qui serait objectivement approprié (cf. ATF 105 II 28 consid. 3b p. 34, concernant l'art. 83 CO; STREIFF/VON KAENEL, ibid.). En l'occurrence, le délai de quarante-huit heures semble court mais la défenderesse avait déjà reçu des demandeurs, le 28 mars et le 3 mai 2007, l'injonction de payer les salaires à la fin du mois; quoi qu'il en soit, la demanderesse n'a élevé aucune objection au sujet du délai et elle n'a pas non plus constitué des sûretés après l'échéance fixée. Le moyen tiré d'une application incorrecte de l'art. 337a CO se révèle donc, lui aussi, privé de fondement. Les demandeurs ayant valablement résilié leurs contrats sur la base de cette disposition, la défenderesse ne peut pas prétendre à l'indemnité prévue par l'art. 337d al. 1 CO en cas d'abandon de l'emploi sans justes motifs.

(...)

8.

Le recours se révèle privé de fondement, dans la mesure où les griefs présentés sont recevables. A titre de partie qui succombe, son auteur doit acquitter l'émolument à percevoir par le Tribunal fédéral et les dépens auxquels l'autre partie peut prétendre.

Tribunal fédéral, Arrêt du 29 octobre 2008, Doss.-No. 4A_236/2008 (Réformation partielle de la sentence rendue le 14 avril 2008 par la II^e Chambre civile du Tribunal d'appel du canton du Tessin).

72 LAMal et 97 CO. Dans le cadre d'une assurance collective perte de gain sous le régime de la LAMal, le droit aux indemnités journalières s'achève lors de la sortie du travailleur du cercle des assurés, qui sur-

vient en principe à l'échéance du contrat de travail. Le non-transfert du travailleur dans l'assurance individuelle ne peut être imputé en l'espèce à l'employeur (c. 5).

69 LPGA. Règles sur l'interdiction de la surindemnisation.

Extraits des faits:

Il 22 aprile 1996 A. ha iniziato a lavorare alle dipendenze di B. in qualità di posatore di serramenti. Il contratto di lavoro soggiaceva al Contratto collettivo di lavoro per il mestiere di falegname (CCL-CH) e al Contratto collettivo di lavoro per le falegnamerie e le fabbriche di mobili e serramenti del Canton Ticino (CCL-TI), entrambi decaduti il 31 dicembre 2004. Per il tramite del datore di lavoro A. beneficiava presso C. di un'assicurazione collettiva d'indennità giornaliera per perdita di guadagno in caso di malattia, giusta la quale, in caso d'incapacità lavorativa per una o più malattie, egli avrebbe percepito un'indennità giornaliera durante 720 giorni al massimo. Il 2 giugno 2003 A. è stato dichiarato inabile al lavoro per malattia. A partire da questo stesso giorno egli ha ricevuto un'indennità giornaliera di fr. 152.42. Il 9 febbraio 2005 C. ha comunicato all'assicurato che il 18 dicembre 2004 egli aveva esaurito il suo diritto alle prestazioni, essendogli state versate – tra il 1999 e il 2004 – 720 indennità giornaliera. Donde la cessazione della copertura assicurativa dopo il 31 dicembre 2004.

Con lettera del 22 febbraio 2005 B. ha notificato a A. la disdetta del contratto di lavoro con effetto al 1° gennaio 2005. Il 15 marzo 2005 A. ha convenuto B. dinanzi alla Pretura del Distretto di Riviera onde ottenere il pagamento di fr. 8992.80 oltre interessi, pari a quanto avrebbe ricevuto da C. durante i mesi di gennaio e febbraio 2005 se fosse stato correttamente assicurato, riservandosi la facoltà di adeguare l'importo richiesto in corso di causa a dipendenza della durata del procedimento. Pendente causa, con decisione del 29 novembre 2005 A. è stato riconosciuto invalido al 100% dal 1° giugno 2004 al 31 luglio 2005 e per questo stesso periodo gli è stata concessa una rendita d'invalidità di fr. 1595.– mensili. Dal 2 giugno 2005 al 31 luglio 2005 egli ha pure ricevuto fr. 1832.05 dall'assicurazione D. (secondo pilastro). Dopo il 1° agosto 2005 è stato posto al beneficio di una rendita invalidità del 50%, di fr. 798.– mensili. Tenuto conto di questa evoluzione, nel memoriale conclusivo A. ha quantificato la sua pretesa in fr. 21 663.05. Con sentenza del 25 giugno 2007 il Segretario assessore della Pretura adita ha parzialmente accolto la pretesa di A., limitatamente a fr. 13 434.60 oltre interessi del 5% dal 19 luglio 2005. Adita da entrambe le parti, il 14 aprile 2008 la II Camera civile del Tribunale d'appello del Cantone Ticino ha integralmente confermato il giudizio di primo grado, sia nella motivazione che nel risultato.

Insorto dinanzi al Tribunale federale, il 19 maggio 2008, con un ricorso in materia civile fondato sull'«errata applicazione degli art. 97 segg. CO e 69 LPGA, unitamente ad un relativo accertamento inesatto dei fatti

che hanno condotto alla determinazione dell'entità del danno», A. postula la modifica della sentenza impugnata nel senso di accogliere il suo appello e, di conseguenza, condannare B. al pagamento di fr. 21 663.05 oltre interessi del 5% dal 19 luglio 2005.

Extraits des considérants:

3.

Dinanzi al Tribunale federale il ricorrente precisa di non voler riproporre le contestazioni mosse contro la decisione di ritenere valida la disdetta notificatagli il 22 febbraio 2005, con effetto al 30 aprile 2005, poiché tale questione non ha – secondo lui – alcuna portata pratica sul giudizio relativo alla responsabilità dell'opponente per inesecuzione contrattuale ex art. 97 CO.

Egli rimprovera ai giudici ticinesi di aver determinato in maniera sbagliata il danno da lui patito a causa dell'inadempimento contrattuale della controparte.

3.1 Nella sentenza impugnata la Corte cantonale ha rammentato che, allorché il datore di lavoro non rispetta gli obblighi contrattuali o convenzionali in materia di assicurazione perdita di guadagno in caso di malattia, egli risponde, in applicazione dell'art. 97 CO, per il mancato adempimento dell'obbligazione e deve riparare il danno che ne deriva per il lavoratore; in altre parole deve versare al medesimo gli importi che sarebbero stati pagati dall'assicurazione. Per questo motivo ha reputato non pertinente il richiamo del lavoratore alle normative circa la sovrassicurazione e confermato il calcolo del Segretario assessore, che si è dipartito dall'importo che l'assicurazione avrebbe versato al ricorrente fino al 30 aprile 2005, quando la disdetta del contratto è divenuta effettiva.

3.2 Per il ricorrente il ragionamento dei giudici ticinesi contiene due errori.

Il primo riguarda il criterio con il quale deve venir determinato l'importo che l'assicurazione gli avrebbe versato qualora l'opponente avesse stipulato il contratto di assicurazione corretto. A mente del ricorrente il pregiudizio che gli dev'essere risarcito corrisponde infatti a quanto l'assicurazione avrebbe pagato «se il contratto d'assicurazione fosse stato concluso nel rispetto del CCL e non alla differenza fra il monte delle indennità assicurate e quanto versato a titolo di rendite d'invalidità [...]: adottando quest'ultima chiave di calcolo il giudizio pretorile e la seguente conferma della Corte d'appello hanno violato gli art. 97 CO, 99 cpv. 3 CO, e di riflesso l'art. 69 LPGA per quanto riguarda la loro corretta applicazione nella determinazione del danno da risarcire al ricorrente».

Il secondo errore concerne invece la durata di tale versamento. Secondo il ricorrente, «il calcolo deve essere effettuato su un lasso temporale che si estende sino al 18 luglio 2005, momento in cui si sarebbero esaurite

le indennità giornaliere di malattia se il contratto fosse stato concluso in modo corretto».

4.

A questo stadio della procedura è pacifico che l'opponente ha violato l'obbligo contrattuale (cfr. art. 24 cpv. 4 CCL-CH) di stipulare un'assicurazione per indennità giornaliera in caso di malattia ai sensi della LAMal e che risponde della sua inadempienza in applicazione dell'art. 97 CO (DTF 127 III 318 consid. 5; 124 III 126 consid. 4; 115 II 251 consid. 4b).

Per costante dottrina e giurisprudenza il danno si definisce – nel senso giuridico del termine – come una diminuzione involontaria del patrimonio netto; esso può consistere in una diminuzione degli attivi, un aumento dei passivi o un mancato guadagno (nel senso di un mancato aumento degli attivi risp. mancata diminuzione dei passivi) e corrisponde alla differenza fra lo stato attuale del patrimonio del danneggiato e quello presumibile se l'evento dannoso non si fosse prodotto (DTF 129 III 331 consid. 2.1; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, 9a ed., 2008, n. 2848 pag. 137).

Qualora – come nella fattispecie in esame – il danno sia da ricondursi ad una violazione contrattuale il danneggiato può pretendere il risarcimento della differenza fra lo stato attuale del suo patrimonio e quello presumibile qualora il contratto fosse stato correttamente adempiuto (DTF 122 III 66 consid. 3c pag. 71; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, *op. cit.*, n. 2898 pag. 147). Questo significa che l'opponente è tenuto a porre il ricorrente nella situazione in cui si troverebbe qualora l'assicurazione fosse stata regolarmente stipulata.

5.

Giusta l'art. 72 cpv. 2 LAMal il diritto all'indennità giornaliera in caso di malattia è dato qualora la capacità lavorativa dell'assicurato sia ridotta di almeno la metà e, a norma del cpv. 3, l'indennità va pagata, per una o più malattie, durante almeno 720 giorni compresi nell'arco di 900 giorni consecutivi. Salvo pattuizione contraria, il periodo d'indennizzo di 720 giorni inizia a decorrere dal giorno in cui l'assicurato ha diritto all'indennità (cfr. GABRIELA RIEMER-KAFKA, *Schweizerisches Sozialversicherungsrecht*, 2008, n. 5.218 pag. 183).

5.1 In concreto, il ricorrente asseriva che, qualora fosse stata stipulata un'assicurazione conforme alla LAMal, egli avrebbe avuto diritto alle indennità giornaliere sino al 18 luglio 2005.

Nell'allegato ricorsuale non spende tuttavia una parola per spiegare come giunge a questo risultato. Non indicando quale criterio di calcolo ha adottato – questione attinente all'applicazione del diritto – né tantomeno su quali dati si è basato – questione attinente all'accertamento dei fatti – egli viene meno all'onere di motivare il ricorso (cfr. quanto esposto al consid. 2), ragione per cui questo argomento non può essere tenuto in considerazione.

Poco importa, perché in ogni caso – diversamente da quanto asserito nel gravame – il diritto alle indennità giornaliere non può in concreto protrarsi oltre la fine del rapporto di lavoro.

5.2 Secondo il ricorrente, «il calcolo deve essere effettuato su un lasso temporale che si estende sino al 18 luglio 2005, momento in cui si sarebbero esaurite le indennità giornaliere di malattia se il contratto fosse stato concluso in modo corretto, dando così la possibilità al ricorrente di passare nella cerchia d'assicurazione individuale anche a fronte di una disdetta del contratto di lavoro con effetto al 30 aprile 2005».

5.2.1 Ora, in caso di assicurazione secondo la LAMal, il diritto all'indennità giornaliera si esaurisce con l'uscita del lavoratore dalla cerchia degli assicurati (DTF 125 V 110 consid. 3), che può, fra l'altro, verificarsi con la fine del rapporto di lavoro (GABRIELA RIEMER-KAFKA, op. cit., n. 5.220 pag. 184; GEBHARD EUGSTER, Vergleich der Krankentaggeldversicherung (KTGV) nach KVG und nach VVG, in: Krankentaggeldversicherung: Arbeits- und versicherungsrechtliche Aspekte, 2007, pag. 47 segg., in particolare pag. 73).

Con la fine del rapporto di lavoro il ricorrente ha pertanto perso il diritto al versamento dell'indennità giornaliera.

5.2.2 Egli ha invero ragione quando afferma che, qualora fosse stata stipulata un'assicurazione conforme alla LAMal, una volta terminato il rapporto di lavoro avrebbe potuto esigere il trasferimento nell'assicurazione individuale dell'assicuratore (art. 71 cpv. 1 LAMal e art. 15.1 CCL-TI; cfr. anche GEBHARD EUGSTER, op. cit., pag. 74) e che la mancata stipulazione di un'assicurazione conforme alla LAMal gli ha pregiudicato tale possibilità.

Proprio il fatto che si tratta di una perdita di una possibilità impedisce tuttavia di ammetterne il risarcimento nell'ambito di una causa fondata sull'art. 97 CO (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, op. cit., n. 2852). A prescindere dalla questione di sapere se la perdita di questa possibilità debba essere considerata come un «mancato guadagno» o come una «perdita di una chance» (DTF 133 III 462 consid. 4.2 pag. 468; su questo tema cfr. CHRISTOPH MÜLLER, La perte d'une chance, 2002, in particolare n. 349), non si può infatti affermare con certezza che il ricorrente avrebbe fatto uso di questa possibilità né tantomeno è dato di sapere a quali condizioni: egli non adduce alcunché al riguardo. In queste circostanze, non è dunque possibile stabilire quale sarebbe la sua situazione patrimoniale presumibile dopo la fine del rapporto di lavoro (cfr. quanto esposto al consid. 4).

Giovi rammentare che lo scopo dell'assicurazione d'indennità giornaliera è quello di coprire la perdita d'incapacità di lavoro e che in caso di passaggio nell'assicurazione individuale tocca all'assicurato provvedere al pagamento dei premi. Nella fattispecie in esame è allora lecito chiedersi se il ricorrente – riconosciuto invalido al 100% fino al 31 luglio 2005 e al 50% dopo tale data, ciò che gli ha dato diritto al versamento di una rendita

AI – avrebbe avuto un reale interesse a concludere, a proprie spese, un'assicurazione d'indennità giornaliera per perdita di guadagno alle medesime condizioni che vigevano in costanza del rapporto di lavoro.

5.3 La decisione di limitare la pretesa del ricorrente al 30 aprile 2005 risulta quindi conforme al diritto federale.

6.

Occorre ora stabilire se i criteri di calcolo adottati dal segretario assessore – alla cui decisione il Tribunale d'appello ha integralmente rinviato – ossequiano anch'essi il diritto federale.

Come già descritto al consid. B.c, il segretario assessore ha riconosciuto al ricorrente l'importo di fr. 152.42 giornalieri durante quattro mesi, per un totale di fr. 18 290.40, ai quali è stata aggiunta la tredicesima pro rata pari a fr. 1524.20, per poi dedurre la rendita d'invalidità percepita durante questo stesso periodo (fr. 6380.–).

Per il ricorrente la decisione di riferirsi all'importo dell'indennità giornaliera, che rappresenta l'80% del salario, invece che al 100% del salario lede l'art. 69 LPGA.

6.1 Nella risposta al ricorso l'opponente non si pronuncia sulla questione dell'applicabilità dell'art. 69 LPGA, esclusa dal Tribunale d'appello, bensì assevera che l'importo concesso dall'assicurazione corrispondeva al salario completo del ricorrente e che, in ogni caso, in sede cantonale quest'ultimo si era limitato a domandare il versamento dell'indennità giornaliera senza menzionare il salario.

6.2 Nessuna di queste due affermazioni può essere condivisa. Che l'importo versato dall'assicurazione non corrisponde al salario completo del ricorrente lo dimostrano i dati forniti dal giudizio primo grado, nel quale viene precisato che lo stipendio del ricorrente era di fr. 4768.– mensili, mentre nessuno degli importi calcolati sulla base dell'indennità giornaliera per i mesi gennaio – aprile 2005 raggiunge questo limite. E da quanto esposto in ingresso alla presente sentenza, al consid. B.b, si evince che già in prima istanza il ricorrente aveva fondato le sue pretese sul salario completo. Non si tratta quindi di un argomento nuovo.

6.3 Non può essere condivisa nemmeno la decisione del Tribunale d'appello di negare l'applicabilità dell'art. 69 LPGA. Come spiegato al consid. 4, il ricorrente dev'essere posto nella situazione in cui si troverebbe qualora l'assicurazione fosse stata regolarmente stipulata. E se fosse stata stipulata un'assicurazione conforme alla LAMal, l'importo delle indennità giornaliere sarebbe stato ridotto secondo le regole del sovraindennizzo, come peraltro già deciso dallo stesso Tribunale d'appello nella pronunzia richiamata nella sentenza impugnata (pubblicata in RtiD II-2007 38c pag. 722; sull'introduzione dell'art. 69 LPGA cfr. sentenza inedita del 12 maggio 2006 nella causa 4C.69/2006 consid. 2.4).

L'art. 69 LPGA stabilisce che il concorso di prestazioni delle varie assicurazioni sociali non deve provocare sovraindennizzo all'assicurato (cpv. 1) e meglio, la somma delle varie prestazioni assicurative non può

superare lo stipendio perso dall'assicurato (cpv. 2); le prestazioni pecuniarie sono ridotte dell'importo del sovraindennizzo, ritenuto comunque che le rendite dell'assicurazione invalidità sono esenti da riduzioni (cpv. 3).

Il calcolo della pretesa spettante al ricorrente va pertanto modificato nel senso da lui auspicato:

stipendio gennaio 2005 – aprile 2005

(fr. 4768.– × 4) fr. 19 072.–

tredicesima pro-rata fr. 1589.35

totale parziale fr. 20 661.35

./. rendita AI

(fr. 1595.– × 4) fr. 6380.–

Totale fr. 14 281.35

7.

In conclusione il ricorso viene parzialmente accolto e la sentenza impugnata modificata (art. 107 cpv. 2 LTF), ma in una misura talmente minima che non si giustifica di ripartire le spese giudiziarie fra le parti.

Le spese giudiziarie e le ripetibili sono dunque poste a carico del ricorrente (art. 66 cpv. 1 e 68 cpv. 1 LTF). Conformemente a quanto prescritto dall'art. 65 cpv. 4 lett. c LTF, che su questo punto deroga all'art. 343 cpv. 3 CO, la procedura dinanzi al Tribunale federale non è gratuita, nonostante verta su una controversia in materia di contratto di lavoro con un valore litigioso inferiore a fr. 30 000.–. Dato che il valore di causa non supera fr. 30 000.– l'importo delle spese giudiziarie è tuttavia ridotto (art. 65 cpv. 4 lett. c LTF).

Bundesgericht, Urteil vom 30. Oktober 2008, Doss.-Nr. 2C_416/2008 (teilweise Aufhebung des Urteils des Tribunal administratif fédéral, Cour II, vom 20. Mai 2008) in: BGE 134 II 341.

Tribunal fédéral, Arrêt du 30 octobre 2008, Doss.-No. 2C_416/2008 (Annulation partielle de l'arrêt du Tribunal administratif fédéral, Cour II, du 20 mai 2008), in: ATF 134 II 341.

FZA 9; Anerkennung von Diplomen; Rechtsverweigerung.

Diplomanerkennung auf dem Gebiet des in der Schweiz geregelten Berufs einer sozialpädagogischen Assistentin. Gemäss FZA 9 ist das europäische System der Anerkennung von Diplomen direkt anwendbar (E. 2.1 und 2.2).

Das Bundesamt für Berufsbildung und Technologie (BBT) ist gehalten, innert der in Art. 12 Abs. 2 der Richtlinie 92/51 vorgesehenen Frist von vier Monaten einen Entscheid zu fällen, sobald es über alle notwendigen Elemente verfügt, um die im Ausland anerkannte Ausbildung mit den in der Schweiz gültigen Erfordernissen zu vergleichen

(E. 2.3). Es muss die ihm fehlenden rechtlichen Informationen rasch in Erfahrung bringen (E. 2.4). Sobald es die angeforderten Auskünfte erhalten hat, beginnt die viermonatige Frist zu laufen. Innert dieser Frist muss das zuständige Bundesamt in der Sache entscheiden; begnügt es sich mit einer Sistierung des Verfahrens, verstösst es gegen die anwendbare europäische Richtlinie (E. 2.5).

9 ALCP; reconnaissance des diplômes; déni de justice.

Reconnaissance de diplôme de la profession d'assistante socio-éducative, réglementée en Suisse. En vertu de l'art. 9 ALCP, le système européen de reconnaissance des diplômes est directement applicable (consid. 2.1 et 2.2).

L'Office fédéral de la formation professionnelle et de la technologie (OFFT) est tenu de rendre une décision dans le délai de quatre mois prévu par l'art. 12 al. 2 de la Directive 92/51, dès qu'il dispose de tous les éléments nécessaires pour comparer la formation reconnue à l'étranger avec les exigences requises en Suisse (consid. 2.3). Il lui appartient d'effectuer rapidement les recherches pour obtenir les informations juridiques qui lui manquent (consid. 2.4). Le délai de quatre mois commence alors à courir à partir de la réception des renseignements demandés. Dans ce délai, l'Office compétent doit trancher sur le fond et ne peut se contenter de suspendre la procédure, sous peine de violer la directive européenne applicable (consid. 2.5).

Faits:

X., ressortissante française, née en 1962, a obtenu le brevet d'aptitude aux fonctions d'animateur de centres de vacances et de loisirs, le 7 juin 1985, puis le certificat français d'auxiliaire de puériculture, le 29 septembre 1994. Elle a également suivi divers modules de formation complémentaire dans le domaine de la petite enfance, de 1995 à 2006, parallèlement à son activité professionnelle au Centre communal d'action sociale de la ville de Grenoble.

Le 13 juin 2007, X. a déposé une demande de reconnaissance de diplôme pour son certificat d'auxiliaire de puériculture auprès de l'Office fédéral de la formation professionnelle et de la technologie (ci-après: l'OFFT ou l'Office fédéral). Elle a confirmé sa demande le 11 juillet 2007, à la suite de la lettre d'information de l'OFFT du 17 juin 2007. Le 24 juillet 2007, l'Office fédéral a informé la requérante qu'il avait demandé aux autorités françaises des informations concernant les dispositions législatives régissant la formation d'auxiliaire de puériculture.

Le 28 novembre 2007, la requérante s'est plainte auprès de l'Office fédéral d'un déni de justice formel. Ce courrier a été transmis au Tribunal administratif fédéral.

Le même jour, l'Office fédéral a indiqué à X. que les démarches auprès du Ministère français de la santé n'avaient pas abouti et qu'il avait saisi l'Institut suisse de droit comparé, pour obtenir les dispositions législatives requises.

Le 17 décembre 2007, l'OFFT a informé X. que son dossier pouvait être considéré comme complet depuis le 5 décembre 2007 et qu'elle devait s'attendre à devoir accomplir des mesures de compensation.

Par décision incidente du 1^{er} février 2008, l'OFFT a suspendu la procédure de reconnaissance de diplôme introduite par X. jusqu'au 31 mai 2009. Comparant la formation suivie par l'intéressée avec celle proposée en Suisse, il a estimé qu'elle différerait de manière substantielle des exigences suisses quant à sa durée et à son contenu. Après avoir consulté plusieurs cantons romands, l'Office fédéral s'est toutefois déclaré dans l'impossibilité de poursuivre la procédure, car les autorités cantonales compétentes n'étaient pas encore en mesure de dire sur quelles matières porterait l'examen d'assistants socio-éducatifs, orientation «accompagnement des enfants», celui-ci devant se tenir pour la première fois en 2009. De plus, les experts cantonaux n'étaient pas encore formés. Il en a déduit qu'il serait disproportionné de construire un examen sur mesure pour la requérante et que celle-ci avait d'ailleurs la possibilité de travailler en Suisse comme auxiliaire.

Le 7 février 2008, X. a recouru contre cette décision auprès du Tribunal administratif fédéral en faisant notamment valoir que la suspension de la procédure lui causait un dommage économique durable et que les mesures compensatoires que l'Office fédéral entendait exiger pour la reconnaissance de son diplôme étaient discriminatoires.

Par arrêt du 20 mai 2008, le Tribunal administratif fédéral a, d'une part, rejeté le recours pour déni de justice du 28 novembre 2007 et, d'autre part, rejeté dans la mesure où il était recevable le recours contre la décision incidente du 1^{er} février 2008. Il a notamment refusé de considérer que la décision de suspension était elle-même constitutive d'un déni de justice, car le délai de quatre mois prévu par la directive européenne applicable ne pouvait courir qu'à partir du moment où le dossier était complet. Or cette condition n'était pas remplie en l'espèce, puisque l'OFFT n'était pas encore en mesure d'évaluer la formation de la recourante avec les exigences suisses pour obtenir le diplôme d'assistante socio-éducative.

Le recours de droit public formé par X. auprès du Tribunal fédéral contre cet arrêt a été partiellement admis dans la mesure où il est recevable et la cause renvoyée à l'Office fédéral de la formation professionnelle et de la technologie pour qu'il statue immédiatement sur la demande de reconnaissance du certificat d'auxiliaire de puériculture présentée par la recourante.

Extraits des considérants:

2.

2.1 En application de l'art. 19 de la loi fédérale du 13 décembre 2002 sur la formation professionnelle, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2004 (LFPr; RS 412.10), l'OFFT a édicté l'ordonnance du 16 juin 2005 sur la formation professionnelle initiale d'assistante socio-éducative/assistant socio-éducatif (RS 412.101.220.14; ci-après: l'ordonnance du 16 juin 2005), qui règle la formation professionnelle, notamment pour l'orientation «accompagnement des enfants» (art. 2 al. 1 let. c; ordonnance disponible sur internet à l'adresse www.bbt.admin.ch). Cette ordonnance est entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2005, sous réserve des dispositions relatives à la procédure de qualification (art. 17 à 23), ainsi qu'aux certificats et aux titres (art. 28), qui sont entrées en vigueur au 1^{er} janvier 2008.

Au moment où la recourante a déposé sa demande, soit en juin 2007, la profession d'assistante socio-éducative, orientation «accompagnement des enfants» était donc réglementée en Suisse. A ce titre, le système européen de reconnaissance des diplômes, tel qu'adopté par la Suisse depuis l'entrée en vigueur, le 1^{er} juin 2002, de l'Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes (ALCP; RS 0.142.112.681) est directement applicable à la demande de reconnaissance du certificat d'auxiliaire de puériculture formée par la recourante (FRÉDÉRIC BERTHOUD, *Die Anerkennung von EU-Berufsdiplomen in der Schweiz*, in *Competence* 69/2005 n° 5 p. 13; KENEL/KAHIL-WOLF/RAY-SUILLOT, *Reconnaissance mutuelle des diplômes*, in *Guide juridique «Etranger en Suisse»*, édicté par le Centre patronal, partie V/septembre 2005 p. 3).

2.2 Selon l'art. 9 ALCP, les parties s'engagent à une reconnaissance mutuelle des diplômes, certificats et autres titres en prenant les mesures nécessaires, conformément à l'annexe III de l'Accord qui renvoie à différentes directives de la Communauté européenne, dont la Directive 92/51 du Conseil du 18 juin 1992, relative à un deuxième système général des formations professionnelles, JO L 209 du 24 juillet 1992 p. 25 (il est prévu que la nouvelle directive européenne sur la reconnaissance des qualifications professionnelles [Directive 2005/36/CE], en vigueur dans l'UE depuis le mois d'octobre 2007, ne devrait s'appliquer en Suisse qu'au début 2010; cf. sur le sujet, Communication de l'OFFT du 18 juin 2008). Selon l'art. 2 § 1 de la directive du 18 juin 1992, celle-ci s'applique à tout ressortissant d'un Etat membre voulant exercer à titre indépendant ou salarié une profession réglementée dans un Etat membre d'accueil. Ce dernier doit accepter comme moyens de preuve que les conditions de reconnaissance visées aux art. 3 à 9 sont remplies, les documents délivrés par les autorités compétentes des Etats membres, que l'intéressé doit présenter à l'appui de sa demande d'exercice de la profession concernée (art. 12 al. 1^{er}). Le se-

cond alinéa de cette disposition précise que la procédure d'examen d'une demande d'exercice d'une profession réglementée doit être achevée dans les plus brefs délais et sanctionnée par une décision motivée de l'autorité compétente de l'Etat membre d'accueil, au plus tard quatre mois à compter du dossier complet de l'intéressé. Cette décision, ou l'absence de décision, est susceptible d'un recours juridictionnel de droit interne (art. 12 al. 2).

2.3 Le système européen de reconnaissance des diplômes implique que l'Etat d'accueil compare d'abord la durée de la formation suivie à l'étranger, puis son contenu, avec les exigences requises chez lui. Il appartient à l'autorité compétente du pays d'accueil de prouver que la formation reconnue à l'étranger s'écarte de ses propres exigences, le requérant étant toutefois tenu de fournir toutes informations utiles à cet égard. Seules les différences essentielles doivent être prises en compte. Si des mesures de compensation sont exigées, le demandeur doit avoir le choix entre le stage d'adaptation et l'épreuve d'aptitude prévus à l'art. 4 al. 1 let. b de la Directive 92/51 (FRÉDÉRIC BERTHOUD, *Die Anerkennung von Berufsqualifikationen zwischen der Schweiz und der EU*, in *Bilaterale Verträge I & II*, Zurich 2007, n. 57 à 61 p. 266/267). Dès que les autorités du pays d'accueil sont en possession d'une demande complète, c'est-à-dire qu'elles disposent de tous les documents nécessaires «(d.h. mit allen notwendigen Unterlagen versehene)», elles doivent rendre une décision au plus tard dans le délai de quatre mois prévu à l'art. 12 al. 2 de la Directive 92/51. Cela peut être une décision de reconnaissance, de reconnaissance sous réserve d'une mesure de compensation ou encore de rejet (MAX WILD, *Die Anerkennung von Diplomen im Rahmen des Abkommens über die Freizügigkeit der Personen*, in *Accords bilatéraux Suisse – UE [Commentaires]*, Dossier de droit européen, Bâle 2001, n. 3.2.2 p. 400). La doctrine n'est pas plus précise au sujet de la nature du délai de quatre mois, mais l'on doit bien comprendre que, compte tenu de sa brièveté, il ne saurait commencer à courir avant que l'Etat d'accueil dispose de tous les éléments requis.

En Suisse, l'autorité compétente pour prendre cette décision est l'Office fédéral de la formation professionnelle et de la technologie, conformément à l'art. 71 al. 2 let. a de l'ordonnance du 19 novembre 2003 sur la formation professionnelle (OFPr; RS 412.101). Celui-ci doit fonder sa décision d'abord sur le principe de non-discrimination repris du droit communautaire européen et non pas appliquer simplement le principe d'équivalence dérivant de l'art. 69 OFPr (ESTELLE PAPAUX/FRÉDÉRIC BERTHOUD, *La reconnaissance des diplômes entre la Suisse et l'UE*, in *Vie économique* 78/2005 no 6 p. 43). S'il considère que les conditions de formation et d'expérience professionnelles exigées ne sont pas remplies, il doit alors motiver son refus de reconnaître le diplôme en cause et offrir des mesures de compensation. Celles-ci sont possibles dans trois cas: lorsque la formation est plus poussée dans l'Etat membre d'accueil, lorsqu'elle y est plus longue ou lorsque le titre professionnel offre un champ d'activité plus large que dans le pays d'origine (PAPAUX/BERTHOUD, *op. cit.*, p. 44).

L'objectif est d'éviter que la Suisse soit menacée d'une baisse des qualifications si les mesures de compensation qu'elle est en droit d'exiger ne sont pas strictement appliquées (PAPAU/BERTHOUD, op. cit., p. 45).

2.4 En l'espèce, le Tribunal administratif fédéral a constaté qu'à la suite du dépôt de la demande de reconnaissance par la recourante, le 13 juin 2007, l'Office fédéral avait, par lettre du 17 juin 2007, donné à l'intéressée toutes les informations utiles, en la priant notamment, si elle entendait poursuivre la procédure, de remplir le formulaire, d'envoyer les documents nécessaires et de verser l'émolument requis. La recourante a répondu le 11 juillet 2007, en confirmant sa demande, mais elle n'a pas été en mesure de produire la réglementation régissant son certificat d'auxiliaire de puériculture. L'Office fédéral a donc dû rechercher lui-même les dispositions législatives françaises régissant la formation d'auxiliaire de puériculture en cause, comme il lui appartenait d'ailleurs de le faire, afin de pouvoir comparer la formation reconnue à l'étranger avec celle prévue par la législation suisse. Compte tenu de la nécessité de cette démarche, on ne saurait admettre que le dossier soit tenu pour complet, avant qu'il n'ait obtenu toutes les informations nécessaires à ce sujet (cf. supra consid. 2.3). Faute de vider de sa substance le but de la reconnaissance des diplômes prévu par l'art. 9 ALCP qui, comme la coordination des assurances sociales, doit favoriser la libre circulation des personnes (PAPAU/BERTHOUD, op. cit., p. 43), l'Etat d'accueil doit cependant faire diligence pour obtenir rapidement les éléments qui lui manquent. Contrairement à ce que soutient la recourante, son dossier ne pouvait toutefois être considéré comme complet, au sens de l'art. 12 al. 2 de la Directive 92/51, les 13 juin ou 11 juillet 2007. Au vu des interventions de l'Office fédéral auprès des autorités françaises compétentes durant l'été, le Tribunal administratif fédéral a retenu à bon droit que l'Office fédéral ne pouvait pas être tenu responsable des raisons pour lesquelles ses démarches n'avaient pas abouti. Même si l'on considère que, dans l'impossibilité d'obtenir des renseignements en France, il aurait peut-être pu contacter plus vite l'Institut suisse de droit comparé, il n'y avait pas encore de retard injustifié lorsqu'il en a informé la recourante le 28 novembre 2007. La plainte du même jour pour déni de justice formel n'était donc pas fondée, de sorte que le recours de l'intéressée du 28 novembre 2007 a été rejeté à bon droit. Ce n'est ainsi que le 5 décembre 2007, au moment où l'Office fédéral a reçu les informations requises de l'Institut, que le dossier de la recourante était complet.

2.5 Jusqu'à cette date, il faut admettre que l'OFFT a respecté la procédure d'examen, car il devait connaître la réglementation prévue dans le pays d'origine avant de pouvoir statuer. En revanche, comme on l'a vu (supra consid. 2.3), il lui appartenait ensuite de rendre une décision dans le délai de quatre mois prescrit par l'art. 12 al. 2 de la Directive 92/51 pour achever la procédure d'examen, soit jusqu'au 5 avril 2008. S'il estimait que la formation de la recourante divergeait de celle réglementée en Suisse sur des points essentiels, il devait alors donner à l'intéressée la possibilité

d'effectuer un stage d'adaptation ou une épreuve d'aptitude, conformément à l'art. 1^{er} let. i et j de la Directive 92/51, qui définit précisément ces deux notions. Il découle donc de la législation communautaire, directement applicable en Suisse, que l'Office fédéral n'était pas autorisé à suspendre la procédure dans l'attente des premiers examens d'assistants socio-éducatifs, orientation «accompagnement des enfants», pour fixer les mesures de compensation qu'il entendait exiger de la recourante. Il se devait de trancher sur le fond. S'il n'était pas en mesure de se prononcer sur la base de la nouvelle formation d'assistants socio-éducatifs mise en place par l'ordonnance du 16 juin 2005, dès lors que les dispositions sur la procédure de qualification de cette formation (art. 17 à 23) n'étaient entrées en vigueur que le 1^{er} janvier 2008 (art. 28 al. 2), l'Office fédéral devait s'inspirer de la réglementation régissant la formation antérieure, dont la reconnaissance est expressément prévue par l'art. 27 de l'ordonnance du 16 juin 2005. A son alinéa 2, cette disposition énumère en effet les titres jugés équivalents pour autant qu'ils aient été obtenus à partir du 1^{er} janvier 1991, en particulier les certificats cantonaux de capacité et les diplômes reconnus par l'Association des crèches suisses relatifs à l'éducation de la petite enfance (formation de trois ans). L'Office fédéral ne pouvait ainsi se retrancher derrière la non-préparation des cantons au sujet de l'examen d'apprentissage des assistants socio-éducatifs et du manque d'experts formés pour cet examen pour ne pas se prononcer dans le délai prévu par la directive communautaire sur la demande de reconnaissance présentée par la recourante. Les anciens experts existent encore et sont certainement capables d'évaluer la formation de la recourante par rapport aux certificats cantonaux de capacité et aux diplômes reconnus par l'Association des crèches suisses qui étaient délivrés avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 16 juin 2005.

2.6 En résumé, l'Office fédéral ne pouvait, sans violer les principes contenus dans la Directive 92/51, suspendre la procédure de reconnaissance jusqu'au 31 mai 2009, en évoquant les difficultés pratiques à mettre en oeuvre des mesures de compensation pour la recourante avant cette date. En ne statuant pas sur la demande dont il était saisi dans le délai de quatre mois à compter du jour où il disposait de tous les éléments nécessaires, soit jusqu'au 5 avril 2008 au plus tard, il a donc bien tardé à statuer, contrairement aux principes imposés par l'ALCP et la directive précitée. L'arrêt attaqué, qui cautionne la décision de suspension en rejetant, dans la mesure de sa recevabilité, le recours déposé contre celle-ci le 7 février 2008, viole donc lui aussi ces règles. Partant, il doit être annulé sur ce point et la cause renvoyée à l'Office fédéral pour qu'il statue rapidement sur la demande de reconnaissance présentée par la recourante.

*Bundesgericht, Urteil vom 7. November 2008, Doss.-Nr. 1C_234/2008
(Bestätigung des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts vom 9. April 2008)*

Weder aus dem Wortlaut noch aus den Gesetzesmaterialien von BPG 13 III und 34 I lässt sich ableiten, dass vor dem Aussprechen der ordentlichen Kündigung durch den Arbeitgeber gestützt auf einen ordentlichen Kündigungsgrund nach BPG 12 VI der Arbeitgeber in jedem Fall die Verpflichtung hat, eine einvernehmliche Lösung (durch Versetzung an eine andere Stelle, durch Aufhebungsvertrag) herbeizuführen (E. 6.3).

Da gemäss BPG 6 II auf das Arbeitsverhältnis des Bundespersonals die einschlägigen Bestimmungen des OR anzuwenden sind, soweit das BPG und andere Bundesgesetze nichts Abweichendes bestimmen, kommt bei Krankheit eines Bundesbediensteten die Regel gemäss OR 336c betreffend den zeitlichen Kündigungsschutz zur Anwendung (E. 7.2).

Sachverhalt:

X. (Beschwerdeführerin) wurde am 6. Januar 2003 als Juristin in der Fachstelle Personensicherheitsprüfung beim Stab Chef der Armee, Gruppe Verteidigung, angestellt. Als Dienstchefin des Dienstes Analyse und Befragungen leitete sie ein Team von drei Mitarbeitenden. Unterschiedliche Auffassungen von X. und ihrem Vorgesetzten A. über die Befolgung von Weisungen, über Betriebsabläufe und verbale Äusserungen führten am 14. April 2005 zur Einleitung einer Disziplinaruntersuchung unter Anordnung der sofortigen Freistellung. Am 22. Juni 2005 hob das Eidgenössische Departement für Verteidigung, Bevölkerungsschutz und Sport (VBS) die verfügte Freistellung wieder auf. Am 2. September 2005 erliess der Chef der Armee eine Disziplinarverfügung und hielt fest, dass diese zugleich als schriftliche Mahnung im Sinne von Art. 12 Abs. 6 lit. b BPG gelte. Das VBS hiess die von X. erhobene Beschwerde am 10. Januar 2006 teilweise gut und änderte die Disziplinarverfügung dahingehend, dass die in Ziffer 1 der Verfügung des Chefs der Armee vom 2. September 2005 ausgesprochenen Disziplinar massnahmen (Änderung des Aufgabenkreises, Sonderaufgaben anstelle der Führungsfunktion) im Grundsatz zu bestätigen seien, aber bis Ende Februar 2006 befristet würden. Ab 1. März 2006 war X. wieder als Dienstchefin des Dienstes Analyse und Befragungen tätig. Da die Differenzen zwischen ihr und ihrem Vorgesetzten A. weiterhin bestanden, wurde ein Mobbing-Bericht in Auftrag gegeben. Der vom 15. November 2006 datierende Bericht ergab, dass X. nicht gemobbt wurde. Aufgrund der Zustände stellte der Vorgesetzte von A. Anfang Juni 2006 beim Personalchef der Gruppe Verteidigung den Antrag auf Einleitung des Kündigungsverfahrens. Am 27. April 2007 sprach die Gruppe

Verteidigung die Kündigung aus. Als Begründung wurde angegeben, dass sich weder die Leistung noch das Verhalten von X. seit der Disziplinierung geändert habe und sie aufgrund von Pflichtverletzungen verschiedentlich habe gemahnt werden müssen. Ausserdem sei das Betriebsklima völlig zerstört. Die von X. erhobene Beschwerde wies das VBS am 31. August 2007 ab und bestätigte die Kündigungsverfügung.

In der Folge erhob X. Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht mit den Anträgen, die Verfügung des VBS vom 31. August 2007 sei aufzuheben bzw. es sei die Nichtigkeit der Kündigungsverfügung vom 27. April 2007 festzustellen. Mit Urteil vom 9. April 2008 hiess das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerde insofern gut, als sich das Ende der Kündigungsfrist auf den 31. Dezember 2007 verlängerte. Im Übrigen wies es die Beschwerde ab. X. gelangte ans Bundesgericht.

Aus den Erwägungen:

5.

5.1 Die Beschwerdeführerin ist der Auffassung, das Verhältnismässigkeitsprinzip verbiete es, ihr nach fast dreissig Dienstjahren zu kündigen. Die vorgeworfenen Weisungsverletzungen würden auch in ihrer Summe keinen Kündigungsgrund darstellen.

5.2 Gründe für die ordentliche Kündigung durch den Arbeitgeber sind einerseits Mängel in der Leistung oder im Verhalten, die trotz schriftlicher Mahnung anhalten oder sich wiederholen (Art. 12 Abs. 6 lit. b BPG), anderseits die Verletzung wichtiger gesetzlicher oder vertraglicher Pflichten (Art. 12 Abs. 6 lit. a BPG). Die Grenzen zwischen Verhaltensmängeln und der Verletzung wichtiger gesetzlicher oder vertraglicher Pflichten sind fließend. Während verbale Entgleisungen als mangelhaftes Verhalten im Sinn von Art. 12 Abs. 6 lit. b BPG gilt, fällt der Verstoss gegen Weisungen des Vorgesetzten grundsätzlich unter den Kündigungsgrund von Art. 12 Abs. 6 lit. a BPG (vgl. HARRY NÖTZLI, Die Beendigung von Arbeitsverhältnissen im Bundespersonalrecht, Bern 2005, § 11 Rz. 174 und Rz. 194).

5.3 Mit Disziplinarverfügung vom 2. September 2005 wurde die Beschwerdeführerin schriftlich gemahnt, ihr verbales Verhalten gegenüber Mitarbeitern und Vorgesetzten zu ändern und die Weisungen ihrer Vorgesetzten zu befolgen. Im Grundsatz wurden diese der Beschwerdeführerin zur Last gelegten Vorwürfe im Beschwerdeentscheid des VBS vom 10. Januar 2006 bestätigt. Dennoch versties die Beschwerdeführerin seither diverse Male gegen die Pflicht zur Beachtung von internen Weisungen und Vorgaben (Kommunikation einer positiven Risikoverfügung ohne Freigabe durch den Vorgesetzten; fehlende Überarbeitung einer Traktandenliste; fehlende Stellvertretung während den Ferien; Belieferung der Sekretärin des Chefs IOS mit Informationen). Es ist der Beschwerdeführerin nicht gelungen, die Sachverhaltsfeststellungen zum Vorwurf, seit Erlass der Disziplinarverfügung erneut gegen Weisungen verstossen zu haben, als

willkürlich auszugeben. Es steht damit fest, dass die Beschwerdeführerin auch nach Ergehen der Mahnung gegen ihre Pflichten im Arbeitsverhältnis versties. Demnach ist nicht zu beanstanden, dass das Bundesverwaltungsgericht die Kündigung als rechtmässig betrachtet, wobei allerdings nicht nur der Kündigungsgrund von Art. 12 Abs. 6 lit. b BPG, sondern auch derjenige von Art. 12 Abs. 6 lit. a BPG zum Tragen kommt.

6.

6.1 Die Beschwerdeführerin ist der Auffassung, vor dem Aussprechen der Kündigung hätte nach einer gütlichen Einigung gesucht werden müssen. Dies ergebe sich aus Art. 13 Abs. 3 und Art. 34 Abs. 1 BPG. Eine gütliche Einigung sei im vorliegenden Fall nicht angestrebt worden.

6.2 Das Bundesverwaltungsgericht vertritt den Standpunkt, das VBS sei nicht verpflichtet gewesen, zusammen mit der Beschwerdeführerin nach einer gütlichen Einigung zu suchen. Im Gegenteil sei es nötig gewesen, eine Kündigungsverfügung zu erlassen, um den Rechtsweg zu öffnen. Art. 13 bzw. Art. 34 BPG dürften nicht so verstanden werden, dass der Kündigung eine Art Einigungsverhandlung vorangehen müsste, sondern vielmehr so, dass immer dann zu verfügen sei, wenn kein Auflösungsvertrag abgeschlossen werden konnte. Ausserdem sei anzufügen, dass der Personalchef mit der Beschwerdeführerin vor der Kündigung Gespräche hinsichtlich ihrer weiteren beruflichen Tätigkeit geführt habe. Dabei seien ihr auch zwei bis drei Stellenangebote vorgelegt und somit offensichtlich nach einer gütlichen Einigung gesucht worden. Deshalb sei nicht ersichtlich, weshalb die Kündigungsverfügung an einem Nichtigkeitsgrund im Sinne von Art. 14 Abs. 1 Bst. a BPG leiden sollte.

6.3 Art. 12 Abs. 6 BPG nennt die Gründe für die ordentliche Kündigung durch den Arbeitgeber. Gemäss Botschaft vom 14. Dezember 1998 zum Bundespersonalgesetz (BBl 1999 1597 ff., 1614) betrifft diese Bestimmung die Situation, dass der Arbeitgeber ein Arbeitsverhältnis ohne das Einvernehmen mit der betroffenen Person kündigen will. Art. 13 Abs. 1 BPG mit der Marginalie «Formvorschriften» verlangt, dass die Kündigung schriftlich ausgesprochen wird. Können sich die Parteien über die Beendigung nicht einigen, so hat der Arbeitgeber nach Art. 13 Abs. 3 BPG in Form einer Verfügung zu kündigen. Die Nichteinhaltung wichtiger Formvorschriften stellt einen Grund der Nichtigkeit der Kündigung dar (vgl. Art. 14 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 BPG). Art. 34 Abs. 1 BPG mit der Marginalie «Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis» bestimmt allgemein, dass der Arbeitgeber eine Verfügung zu erlassen hat, wenn bei Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis keine Einigung zustande kommt. Weder aus dem Wortlaut noch aus den Gesetzesmaterialien dieser Bestimmungen lässt sich ableiten, dass vor dem Aussprechen der ordentlichen Kündigung durch den Arbeitgeber gestützt auf einen ordentlichen Kündigungsgrund nach Art. 12 Abs. 6 BPG der Arbeitgeber in jedem Fall die Verpflichtung hat, eine einvernehmliche Lösung (durch Versetzung an eine andere Stelle, durch Aufhebungsvertrag) herbeizuführen (vgl. ebenso NÖTZLI, a.a.O., § 7

Rz. 68–69; a.M. aber PETER HELBLING, Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses beim Bund, Freiburger Zeitschrift für Rechtsprechung [FZR] 2004, S. 168 ff., 183 und 189). Eine gegenteilige Auffassung würde denn auch dem Sinn der gesetzlichen Einführung ordentlicher Kündigungsgründe des Arbeitgebers zuwiderlaufen. Dem Verhältnismässigkeitsprinzip hat der Gesetzgeber insofern Rechnung getragen, als eine Kündigung nach Art. 12 Abs. 6 lit. b BPG nur nach vorgängiger schriftlicher Mahnung des Arbeitnehmers ausgesprochen werden kann und eine Kündigung wegen schwer wiegenden wirtschaftlichen oder betrieblichen Gründen nach Art. 12 Abs. 6 lit. e BPG nur erfolgen kann, sofern der Arbeitgeber der betroffenen Person keine zumutbare andere Arbeit anbieten kann. Hätte der Bundesgesetzgeber gewollt, dass bei einer Kündigung wegen Verletzung wichtiger gesetzlicher oder vertraglicher Pflichten (Art. 12 Abs. 6 lit. a BPG) oder bei Mängeln in der Leistung oder im Verhalten (Art. 12 Abs. 6 lit. b BPG) eine Kündigung nur nach einem gescheiterten Versuch der gütlichen Einigung ausgesprochen werden darf, so hätte er dies gesetzlich verankern müssen.

Das Bundesverwaltungsgericht hat demnach kein Bundesrecht verletzt, wenn es davon ausgeht, dass im Falle einer Kündigung nach Art. 12 Abs. 6 lit. a und b BPG kein Einigungsversuch erforderlich ist und demnach eine Verletzung einer wichtigen Formvorschrift, welche nach Art. 14 Abs. 1 lit. a BPG die Nichtigkeit der Kündigung zur Folge hätte, ausser Betracht fällt. Es kann demzufolge offen bleiben, ob das VBS, wie das Bundesverwaltungsgericht annimmt, tatsächlich einen Versuch der gütlichen Einigung mit der Beschwerdeführerin unternahm.

7.

7.1 Die Beschwerdeführerin beantragt die Verlängerung der Kündigungsfrist bis zum 30. April 2008. Sie macht geltend, dass Bundesverwaltungsgericht habe übersehen, dass sie fast dreissig Jahre für den Bund tätig gewesen sei. Dies habe das Bundesverwaltungsgericht bei der Berechnung der Schutzfristen ausser Acht gelassen.

7.2 Das Bundesverwaltungsgericht verlängerte die Kündigungsfrist infolge Krankheit der Beschwerdeführerin nach Erlass der Kündigung in sinngemässer Anwendung von Art. 336c Abs. 1 und 2 OR bis zum 31. Dezember 2007. Dabei stützte sich die Vorinstanz auf Art. 6 Abs. 2 BPG, wonach die einschlägigen Bestimmungen des Obligationenrechts sinngemäss anzuwenden sind, soweit das Bundespersonalgesetz oder andere Bundesgesetze nichts Abweichendes bestimmen. Gemäss Art. 336c Abs. 1 lit. b OR darf der Arbeitgeber nach Ablauf der Probezeit das Arbeitsverhältnis nicht kündigen, während der Arbeitnehmer ohne eigenes Verschulden durch Krankheit oder durch Unfall ganz oder teilweise an der Arbeitsleistung verhindert ist, und zwar im ersten Dienstjahr während 30 Tagen, ab zweitem bis und mit fünftem Dienstjahr während 90 Tagen und ab sechstem Dienstjahr während 180 Tagen. Art. 336c Abs. 2 OR bestimmt, dass die Kündigung, die während einer der in Absatz 1 festge-

setzten Sperrfristen erklärt wird, nichtig ist; ist dagegen die Kündigung vor Beginn einer solchen Frist erfolgt, aber die Kündigungsfrist bis dahin noch nicht abgelaufen, so wird deren Ablauf unterbrochen und erst nach Beendigung der Sperrfrist fortgesetzt.

Das Bundesverwaltungsgericht ging irrtümlicherweise davon aus, dass die Beschwerdeführerin im fünften Dienstjahr stehe. Auf das Ergebnis des angefochtenen Urteils hat dieser Irrtum indessen keinen Einfluss. Die am 27. April 2007 verfügte Kündigung erfolgte per 31. Oktober 2007. Damit wurde die sechsmonatige Kündigungsfrist für Arbeitsverhältnisse ab dem elften Dienstjahr (Art. 12 Abs. 3 lit. c BPG) eingehalten. Gemäss der für das Bundesgericht verbindlichen Feststellung der Vorinstanz (vgl. Art. 105 Abs. 1 BGG) war die Beschwerdeführerin vom 21. August bis zum 30. September 2007 zu mindestens 50% arbeitsunfähig. Damit verlängerte sich die Kündigungsfrist in Anwendung von Art. 336c Abs. 1 lit. b und Abs. 2 OR um einen Monat und 10 Tage. Wie das Bundesverwaltungsgericht im angefochtenen Urteil zu Recht ausführte, wird die Kündigungsfrist nur für so lange unterbrochen und für so lange verlängert, als sie mit der Arbeitsunfähigkeit zusammenfällt (BGE 121 III 107 E. 2a S. 108; WOLFGANG PORTMANN, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht, 4. Aufl. 2007, N. 12). Da die Anzahl der effektiven Krankheitstage der Beschwerdeführerin (ein Monat und 10 Tage) von der Sperrfrist von 90 Tagen für Arbeitnehmer im fünften Dienstjahr abgedeckt ist, spielt es keine Rolle, dass im dreissigsten Dienstjahr grundsätzlich eine Sperrfrist von 180 Tagen gilt. Eine Verlängerung der Kündigungsfrist um mehr als 90 Tage käme nur in Frage, wenn die Beschwerdeführerin während mehr als 90 Tagen krank gewesen wäre. Entgegen dem Rechtsbegehren der Beschwerdeführerin könnte die am 31. Oktober 2007 ordentlich ablaufende Kündigungsfrist nur unter der Voraussetzung, dass diese effektiv 180 Tage krank gewesen wäre, bis zum 30. April 2008 verlängert werden. Im Ergebnis ist daher nicht zu beanstanden, dass das Bundesverwaltungsgericht die am 31. Oktober 2007 auslaufende Kündigungsfrist um einen Monat und 10 Tage auf Monatsende, d.h. auf den 31. Dezember 2007 verlängerte. Die Beschwerde erweist sich auch in diesem Punkt als unbegründet.

Tribunal fédéral, Arrêt du 21 novembre 2008, Doss.-No. 4A_422/2008 (Confirmation de l'arrêt de la Cour de cassation civile du Tribunal cantonal du canton de Neuchâtel du 5 août 2008).

336 I lit. e CO. Est abusif le congé donné à une collaboratrice après qu'elle ait participé à un interrogatoire et répondu à des questions précises de la police suite à un vol d'argent commis dans l'entreprise.

Extraits des faits:

Le 25 octobre 2004, la société X. (recourant) a engagé Y. (intimée), en qualité de collaboratrice au bureau commercial. A la suite d'un vol d'argent commis sans effraction dans un des bureaux de la société, plusieurs employés de X. ont été entendus par la police. Y. l'a été aux fins de renseignements le 9 mai 2006. Le 31 du même mois, une circulaire interne annonçait que l'enquête de police avait permis d'identifier l'auteur du vol: il s'agissait d'un inspecteur de régulation, qui avait agi seul et sans complicité au sein de la compagnie. Le 14 juillet 2006, le contrat de travail liant les parties a été résilié avec effet le 31 octobre 2006, «en raison d'une irrémédiable rupture de confiance». Le 15 juillet 2006, Y. s'est opposée à son congé.

Le 8 août 2006, Y. a assigné X. devant le Tribunal des prud'hommes du district de Neuchâtel. Après avoir modifié ses conclusions, la demanderesse concluait au paiement de 1941 fr., à titre de dommage résultant de la fin prématurée de ses cours de formation et de 27 728 fr. 40, à titre d'indemnité pour résiliation abusive, correspondant à six mois de salaire brut, y compris la part au treizième salaire. Par jugement du 21 mai 2007, le Tribunal des prud'hommes a condamné la défenderesse à verser à la demanderesse le montant de 18 480 fr. nets à titre d'indemnité pour licenciement abusif; cette indemnité correspondait à quatre mois de salaire. Statuant le 5 août 2008 sur recours de la défenderesse, la Cour de cassation civile du Tribunal cantonal neuchâtelois a rejeté le recours. La cour cantonale a considéré que les premiers juges ont retenu avec raison l'application de l'art. 336 CO; pour les magistrats cantonaux, le licenciement était bien abusif au sens de cette disposition, dès lors qu'il apparaissait comme une mesure de représailles, signifiée suite aux hypothèses formulées par l'employée alors qu'elle était interrogée par la police et devait répondre à des questions précises.

La défenderesse exerce un recours en matière civile au Tribunal fédéral. Elle conclut à l'annulation de l'arrêt entrepris et au renvoi de la cause aux instances inférieures pour nouveau jugement.

Extraits des considérants:

2.

La recourante dénonce une fausse application du droit matériel, en particulier des art. 335c et 336 CO. Elle dit également, en préambule du chapitre consacré aux motifs et moyens du recours, «intervenir pour arbitraire».

2.1 Le contrat de travail conclu pour une durée indéterminée peut être résilié par chacune des parties (art. 335 al. 1 CO), dans les délais de résiliation prévus à l'art. 335c CO. 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 co-contractant de mettre unilatéralement fin au contrat est cependant limité par les dispositions sur le congé abusif (art. 336 ss CO; ATF 132 III 115 consid. 2.1 p. 116; 131 III 535 consid. 4.1 p. 537 s.).

Un congé est abusif, lorsqu'il est donné par une partie parce que l'autre partie accomplit une obligation légale lui incombant sans qu'elle ait demandé de l'assumer (art. 336 al. 1 let. e CO). La pratique admet que d'autres situations que celles énumérées par la loi sont constitutives de congé abusif; ces situations doivent cependant comporter une gravité comparable aux cas expressément mentionnés à l'art. 336 CO (ATF 132 III 115 consid. 2.1 p. 117; 131 III 535 consid. 4.2 p. 538).

2.2 Pour la recourante, la résiliation ne peut pas constituer une mesure de représailles, comme jugé par la cour cantonale, dès lors que les propos tenus par l'employée à la police cantonale n'ont pas créé une situation allant à l'encontre des intérêts de l'employeur. En cela, la situation du cas d'espèce n'est pas la même que celle qui prévalait dans l'arrêt genevois publié à la SJ 1988 p. 586, puisque cet arrêt sanctionnait un licenciement clairement signifié à des fins de vengeance à la suite du préjudice subi consécutivement au témoignage de l'employé.

L'atteinte aux intérêts de l'employeur, invoquée par la recourante, ne constitue pas une condition d'application de l'art. 336 al. 1 let. e CO. Elle ne saurait en outre entrer nécessairement en ligne de compte pour qualifier un congé d'abusif en dehors de l'état de fait expressément mentionné à la disposition précitée, dès lors que l'appréciation du caractère abusif d'un licenciement suppose l'examen de toutes les circonstances de l'espèce (cf. ATF 132 III 115 consid. 2.1 à 2.5 p. 117 ss; 131 III 535 consid. 4.2 p. 538). Par conséquent, le grief est dénué de fondement.

2.3

2.3.1 La recourante allègue que les propos tenus par l'employée ne sont pas conformes à la vérité et sont diffamatoires; elle ajoute que de tels propos ne se justifient aucunement, en dépit du fait qu'ils découlent d'un devoir légal, et sont ainsi à même d'entraîner la perte du rapport de confiance et, partant, de justifier la rupture de la relation contractuelle.

Une fois encore l'argumentation de la recourante, de caractère appellatoire, est vaine. Il ressort en effet clairement du jugement entrepris que l'employée a, en répondant à des questions expresses et précises, comme «avez-vous des soupçons quant à l'auteur de ces faits», émis des hypothèses – habilement suggérées par l'auteur du délit – qu'elle pouvait croire fondées.

Comme aucun grief d'arbitraire n'est soulevé et, encore moins, démontré en lien avec cet élément de fait, qui lie le Tribunal fédéral, il n'y a pas lieu d'examiner plus avant la critique.

2.3.2 En réponse à l'un des griefs soulevés devant elle, l'autorité cantonale a précisé que l'intimée n'avait pas qualité de témoin lors de son audition par la police, tout en indiquant qu'elle n'était pas moins tenue de

répondre à la convocation policière et, si elle pouvait se taire, elle n'y avait pas intérêt si elle ne voulait pas paraître plus suspecte que d'autres. La recourante reproche à la cour cantonale d'avoir ainsi traité «une fragilité de l'intimée totalement inexistante dans les dossiers pénal et civil de la cause», ce qui constituerait un arbitraire flagrant.

L'argumentation de la recourante est insuffisamment motivée. Elle n'explique en effet pas dans quelle mesure l'argument de fait dénoncé serait susceptible d'exercer une influence sur le sort de la cause. Elle ne tente même pas de plaider l'absence de toute obligation légale incombant à l'employée «sans qu'elle ait demandé de l'assumer», en tant que condition d'application de l'art. 336 al. 1 let. e CO. En outre, l'élément discuté par la recourante ne constitue pas une circonstance propre à remettre en cause l'appréciation faite par les juges cantonaux du caractère abusif du licenciement. Cela étant, le grief tombe à faux.

2.3.3 Dans la mesure où il ressort des faits retenus – qui lient le Tribunal fédéral – que la résiliation a été signifiée suite aux hypothèses formulées par l'employée alors qu'elle était interrogée par la police et devait répondre à des questions précises, on ne voit pas que l'autorité cantonale aurait violé le droit fédéral en considérant le congé comme abusif.

2.4 Lorsqu'enfin, la recourante reproche à la juridiction cantonale de n'avoir pas examiné la question de la résiliation dans les délais contractuels et légaux donnés par la recourante à son employée et d'avoir ainsi faussement confirmé l'application par les premiers juges de l'art. 336 al. 1 let. e CO, elle fait totalement fi du raisonnement – exempt de tout reproche – suivi par la cour cantonale en lien avec le caractère abusif de la résiliation contractuelle. La recourante semble perdre de vue, dans son argumentation difficilement compréhensible, que le droit fondamental de chaque co-contractant de mettre unilatéralement fin au contrat est, comme rappelé ci-dessus, limité par les dispositions sur le congé abusif.

3.

Dans ces circonstances, le recours ne peut être que rejeté pour autant qu'il soit recevable.

Bundesgericht, Urteil vom 2. Dezember 2008, Doss.-Nr. 4A_291/2008 (Bestätigung des Urteils des Obergerichts des Kantons Thurgau vom 18. Oktober 2007)

Die Arbeitgeberin schuldet keinen Lohn, soweit der Arbeitnehmer weniger Stunden geleistet hat als gemäss der vertraglichen Vereinbarung hätten geleistet werden müssen, und diese Nichtleistung weder auf einen Annahmeverzug im Sinne von OR 324 zurückzuführen war noch eine Lohnfortzahlungspflicht nach OR 324a oder 324b bestand (E. 3.3).

Versorgt ein Arbeitnehmer seinen Vater mit falschen Informationen bzw. hetzt er ihn gegen den Geschäftsführer der Arbeitgeberin auf und führt sich der Vater in der Folge grob ungebührlich auf, ohne dass sich der Arbeitnehmer vom Verhalten seines Vaters distanziert, so hat die Arbeitgeberin die Kündigung nicht aufgrund des Fehlverhaltens eines Familienmitglieds ausgesprochen, sondern lässt sich die Kündigung auf das Verhalten des Arbeitnehmers selbst zurückführen. Das Institut der Kündigung wurde damit nicht zweckwidrig eingesetzt und die erfolgte Kündigung erweist sich nicht als missbräuchlich im Sinne von OR 336 (E. 4.4).

Sachverhalt:

Die X. AG (Beschwerdegegnerin) stellte A. (Beschwerdeführer) mit Arbeitsvertrag vom 23. September 2003 an. Am 10. Januar 2005 kamen die Parteien überein, den zuvor geltenden Stundenlohn mit Wirkung ab 1. Januar 2005 durch einen Monatslohn der Lohnklasse B von Fr. 4500.– einschliesslich eines 13. Monatslohns zu ersetzen. Dieser Lohn wurde ab Mai 2005 auf Fr. 4380.– brutto herabgesetzt. Mit Zusatzvereinbarung vom 20. Januar 2005 zum Gesamtarbeitsvertrag für den schweizerischen Gerüstbau 2001–2003 (GAV) wurden per 1. April 2005 die effektiv bezahlten Löhne aller Lohnklassen generell um 1,8% erhöht. Am 30. November 2005 kündigte die Arbeitgeberin den Arbeitsvertrag auf den 31. Januar 2006. Dagegen erhob der Beschwerdeführer mit Schreiben vom 29. Dezember 2005 Einsprache. Weil er am 26. und 27. Januar 2006 krank war, verlängerte sich das Arbeitsverhältnis bis Ende Februar 2006. Die Beschwerdegegnerin zog dem Beschwerdeführer vom Dezemberlohn und vom 13. Monatslohn für das Jahr 2005 insgesamt Fr. 5706.95 ab. Sie begründete diesen Abzug damit, dass der Stundensaldo des Beschwerdeführers 210,75 Minusstunden aufweise. Vom Januarlohn zog die Arbeitgeberin für 11,2 Minusstunden weitere Fr. 272.05 ab.

Der Beschwerdeführer klagte in der Folge gegen die Beschwerdegegnerin unter anderem auf Zahlung von ausstehenden Lohnforderungen im Betrag von Fr. 9435.85 sowie auf Ausrichtung einer Entschädigung von Fr. 13 662.– wegen missbräuchlicher Kündigung. Mit Urteil vom 7. Juni 2007 hiess die erste Instanz die Klage teilweise gut und verurteilte die Beschwerdegegnerin zu einer Lohnnachzahlung von Fr. 650.– und einer Entschädigung von Fr. 5000.– wegen missbräuchlicher Kündigung. Die weitergehenden Forderungen wies sie ab. Auf Berufung beider Parteien reduzierte das Obergericht des Kantons Thurgau den geschuldeten Betrag mit Urteil vom 18. Oktober 2007 auf Fr. 1788.95. Der Beschwerdeführer gelangte ans Bundesgericht.

Aus den Erwägungen:

1.3 Soweit der Beschwerdeführer geltend macht, die Verrechnung verstosse ohnehin gegen Art. 323b Abs. 2 OR, weil damit in sein Existenzminimum eingegriffen werde, bringt er in unzulässiger Weise ein Novum vor, wie die Beschwerdegegnerin zu Recht festhält. Nachdem sich der Streit von Anfang an um die Frage gedreht hat, ob die Beschwerdegegnerin der Lohnforderung des Beschwerdeführers verrechnungsweise einen Abzug für Minusstunden entgegenhalten kann, steht fest, dass dieser Sachverhalt vor allen Instanzen grundsätzlich Bedeutung hatte und damit auch vom Beschwerdeführer im kantonalen Verfahren hätte vorgebracht werden können und müssen. Auf die entsprechende Rüge ist daher nicht einzutreten.

(...)

3.

Der Beschwerdeführer rügt sodann, die Beschwerdegegnerin habe die Lohnabzüge wegen Minusstunden zu Unrecht vorgenommen.

3.1 Es ist unbestritten, dass der Beschwerdeführer im Monatslohn angestellt war und jeden Monat, unabhängig davon, wie viele Stunden tatsächlich gearbeitet worden sind, einen fixen Betrag erhalten hat. Ebenso unbestritten ist, dass die Beschwerdegegnerin regelmässig eine Arbeitszeitkontrolle geführt hatte, wie dies der auf das Arbeitsverhältnis anwendbare GAV vorschreibt. Nachdem die Beschwerdegegnerin das Arbeitsverhältnis gekündigt hatte, zog sie beim Dezember- und Januarlohn sowie beim 13. Monatslohn verrechnungsweise jene Beträge ab, welche sich ihres Erachtens daraus ergaben, dass der Beschwerdeführer im Jahre 2005 zu wenig gearbeitet hatte und bezahlte nur den nach diesen Abzügen verbleibenden Lohn aus. Der Beschwerdeführer fordert mit seiner Klage den damit noch nicht ausgerichteten Lohn ein.

Eingeklagt ist zwar der Lohn für vom Beschwerdeführer unbestritten geleistete Arbeitsstunden. Die Beschwerdegegnerin hat aber dieser Forderung eine Gegenforderung zur Verrechnung entgegengehalten, die nach ihrer Ansicht dadurch entstanden ist, dass sie in früheren Monaten für nicht geleistete Arbeitsstunden und damit zu viel Lohn bezahlt habe. Vorliegend geht es somit ausschliesslich um die Beurteilung dieser Rückforderung der Arbeitgeberin.

Die Vorinstanz erwog im Wesentlichen, ein solcher Abzug sei zulässig, wenn die Nichtleistung der entsprechenden Arbeitsstunden durch den Arbeitnehmer verursacht worden sei. Sie ging davon aus, der Beschwerdeführer hätte gegen die ihm regelmässig zugegangenen Stunden- und Ferienabrechnungen protestiert, wenn diese nicht zutreffend gewesen wären, weshalb sie als von ihm verursacht angesehen wurden. Zudem habe der Beschwerdeführer gewusst, dass er mehr Ferien bezogen habe, als ihm zustünden. Der Beschwerdeführer sieht darin eine Verletzung von Art. 324

OR und der sich daraus ergebenden Regeln über die Tragung des Betriebsrisikos sowie der Beweislastregeln.

3.2 Der Arbeitsvertrag ist ein schuldrechtliches Austauschverhältnis. Wenn die eine Partei nicht leistet, kann die andere ihre Leistung zurückbehalten. Das ergibt sich aus den in Art. 82 OR festgehaltenen allgemeinen Grundsätzen und wurde vom Bundesgericht auch bezüglich des Rechts auf Arbeitsverweigerung bei Lohnrückständen ausdrücklich festgehalten (BGE 120 II 209 E. 6a S. 212).

Von diesem Grundsatz gibt es allerdings gewichtige Ausnahmen: Trifft der Gläubiger nicht die notwendigen Vorbereitungen, um die ihm geschuldete Leistung entgegennehmen zu können, gerät er in Annahmeverzug (Art. 91 OR). Weil die im allgemeinen Teil des Obligationenrechts für diesen Fall vorgesehene Rechtsfolge – nämlich der Rücktritt vom Vertrag (Art. 95 OR) – bei einem Dauerschuldverhältnis kaum adäquat ist, hat der Gesetzgeber beim Arbeitsvertrag eine Sonderregel geschaffen. Der Arbeitgeber hat den Lohn für die ganze Dauer der Verhinderung zu bezahlen, obgleich er die Arbeitsleistung nicht erhält und der Arbeitnehmer auch nicht später die Leistung noch erbringen muss (Art. 324 Abs. 1 OR). Dafür steht dem Arbeitnehmer kein Recht zu, vom Vertrag zurückzutreten (FRANK VISCHER, *Der Arbeitsvertrag*, SPR Bd. VII/4, 3. Aufl. 2005, S. 122).

Die gleichen Rechtsfolgen treten ein, wenn die Leistung aus einem Grund unmöglich geworden ist, der im Risikobereich des Arbeitgebers liegt. Der Gesetzestext ist allerdings verwirrend. Es steht aber in der Lehre ausser Diskussion, dass Art. 324 OR auch jene Fälle erfasst, in denen ohne das Verschulden des Arbeitgebers die Arbeitsleistung wegen eines Ereignisses unmöglich geworden ist, das in der Risikosphäre des Arbeitgebers liegt (VISCHER, a.a.O., S. 122; JÜRGEN BRÜHWILER, *Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag*, 2. Aufl. 1996, N. 2 zu Art. 324 OR, MANFRED REHBINDER, *Schweizerisches Arbeitsrecht*, 15. Aufl. 2002, Rz. 113 und 206; ADRIAN STAEHELIN, in: *Zürcher Kommentar*, 4. Aufl. 2006, N. 10 und 12 zu Art. 324 OR; ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL, *Arbeitsvertrag*, 6. Aufl. 2006, N. 4 zu Art. 324 OR; GABRIEL AUBERT, in: *Commentaire romand, Code des obligations art. 1–529*, 2003, N. 1 zu Art. 324 OR). Dazu gehört auch Zufall und höhere Gewalt (STAEHELIN, a.a.O., N. 19 f. zu Art. 324 OR).

Entscheidend ist damit immer die Frage, in wessen Risikosphäre das entsprechende Ereignis fällt. Gemäss dieser Risikoaufteilung trifft den Arbeitgeber grundsätzlich keine Lohnfortzahlungspflicht, wenn die Verhinderung in der Risikosphäre des Arbeitnehmers liegt. Es gilt der Grundsatz «kein Lohn ohne Arbeit». Das Gesetz mildert diesen Grundsatz aber dahin, dass es eine Lohnfortzahlungspflicht während einer beschränkten Dauer vorsieht, wenn die Arbeitsunfähigkeit in der Person des Arbeitnehmers begründet ist und diesen kein Verschulden daran trifft (Art. 324a und 324b OR).

3.3 An dieser Rechtslage ändert auch der hier anwendbare GAV nichts. Art. 9 Abs. 3 des GAV für den schweizerischen Gerüstbau 2005–2008 hält in wenig glücklicher Weise fest: «[Recte: Am] Ende des Arbeitsverhältnisses dürfen durch den Arbeitgeber verursachte Fehlstunden weder mit Lohn- noch Ferienguthaben verrechnet werden (Annahmeverzug des Arbeitgebers, OR 324) es sei denn, sie seien vom Arbeitnehmer selbst verursacht worden.» Der direkte Bezug auf Art. 324 OR zeigt deutlich, dass mit dieser Regel nichts anderes gemeint ist als die vorstehend dargelegte gesetzliche Regelung. Ein Regelungsgehalt könnte höchstens noch darin gesehen werden, dass der Arbeitgeber die vom Arbeitnehmer verursachten Minusstunden nicht bei laufendem Arbeitsverhältnis vom Lohn abziehen darf, sondern erst bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Das kann aber kaum gewollt sein, hätte dies doch zur Folge, dass der Arbeitgeber bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses auch den Lohn zahlen müsste, wenn der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung gar nicht erbringt.

Auf den konkreten Fall bezogen bedeutet dies, dass die Beschwerdegegnerin keinen Lohn schuldet, soweit der Arbeitnehmer weniger Stunden geleistet hat als gemäss der vertraglichen Vereinbarung hätten geleistet werden müssen, und diese Nichtleistung weder auf einen Annahmeverzug im Sinne von Art. 324 OR zurückzuführen ist noch eine Lohnfortzahlungspflicht nach den Art. 324a oder 324b OR bestand.

3.4 Die kantonalen Instanzen hatten somit in erster Linie festzustellen, ob eine Minderleistung vorliegt und ob diese durch die Beschwerdegegnerin oder den Beschwerdeführer verursacht worden ist.

Die Vorinstanz hat sich diesbezüglich auf die Arbeitszeitkontrollen der Beschwerdegegnerin abgestützt, die einen Negativsaldo von über 200 Stunden auswiesen. Die Vorinstanz hat festgehalten, dass dem Beschwerdeführer regelmässig die Lohnabrechnungen wie auch die Ferienkontrolle per Juni 2005 zugestellt worden seien und dass der Beschwerdeführer gegen die darin enthaltenen Angaben nie protestiert habe. In der tatsächlichen Annahme der Vorinstanz, der Beschwerdeführer hätte protestiert, wenn die Abrechnung nicht zutreffend gewesen wäre, liegt im Ergebnis eine Beweiswürdigung, die für das Bundesgericht grundsätzlich verbindlich ist (Art. 105 Abs. 1 BGG). Dass diese Feststellung offensichtlich unrichtig wäre oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruhte (vgl. Art. 97 Abs. 1 bzw. Art. 105 Abs. 2 BGG), legt der Beschwerdeführer nicht hinreichend dar. Vielmehr wendet er lediglich pauschal ein, die Arbeitszeitkontrolle der Beschwerdegegnerin sei in verschiedener Hinsicht mangelhaft.

Angesichts der vorinstanzlichen Sachverhaltsfeststellung stellt sich entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers auch die Frage der Beweislastverteilung nicht. Wo nämlich das Gericht in Würdigung von Beweisen zur Überzeugung gelangt, eine Tatsachenbehauptung sei bewiesen oder widerlegt, wird die Beweislastverteilung gegenstandslos (BGE 134 II 235

E. 4.3.4 S. 241), weshalb der entsprechende Vorwurf des Beschwerdeführers ebenfalls ins Leere stösst.

4.

Der Beschwerdeführer wendet schliesslich ein, die Kündigung sei missbräuchlich im Sinne von Art. 336 OR.

4.1 Die Beschwerdegegnerin sprach im zu beurteilenden Fall die ordentliche Kündigung aus, weil der Beschwerdeführer seinen Vater mit falschen Informationen versorgt bzw. gegen den Geschäftsführer der Beschwerdegegnerin aufgehetzt habe. Die Vorinstanz hielt es in diesem Zusammenhang als erwiesen, dass sich der Vater des Beschwerdeführers grob ungebührlich aufgeführt hat und fügte an, es sei vom Beschwerdeführer nirgends behauptet worden, dass er sich von diesem Verhalten deutlich distanziert hätte. Die Vorinstanz ging davon aus, dass das Verhalten des Vaters vom Beschwerdeführer provoziert wurde, woraus sie folgerte, die groben Ungebührlichkeiten seien dem Beschwerdeführer zuzurechnen, da er sich davon nicht distanziert habe.

(...)

4.3 Das Schweizerische Arbeitsvertragsrecht geht vom Grundsatz der Kündigungsfreiheit aus (vgl. Art. 335 OR; BGE 132 III 115 E. 2.1 S. 116; 131 III 535 E. 4.1 S. 537 f.; 127 III 86 E. 2a S. 88). Für die Rechtmässigkeit einer Kündigung bedarf es deshalb grundsätzlich keiner besonderen Gründe. Missbräuchlich ist die Kündigung nur, wenn sie aus bestimmten unzulässigen Gründen ausgesprochen wird, die in Art. 336 OR umschrieben werden, wobei diese Aufzählung nicht abschliessend ist. Es sind deshalb – neben den in Art. 336 OR aufgeführten – weitere Tatbestände ohne weiteres denkbar und vom Bundesgericht auch schon mehrfach anerkannt worden (BGE 134 III 108 E. 7.1 S. 110; 132 III 115 E. 2.1 S. 116 f.). 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 132 III 115 E. 2.1 S. 117; 131 III 535 E. 4.2 S. 538).

Grundsätzlich knüpft der sachliche Kündigungsschutz am Motiv der Kündigung an. Die Missbräuchlichkeit kann sich aber auch aus der Art und Weise ergeben, wie die kündigende Partei ihr Recht ausübt. Auch wenn eine Partei die Kündigung rechtmässig erklärt, muss sie das Gebot schonender Rechtsausübung beachten. Sie darf insbesondere kein falsches und verdecktes Spiel treiben, das Treu und Glauben krass widerspricht (BGE 131 III 535 E. 4.2 S. 538 f.; 125 III 70 E. 2b S. 73; 118 II 157 E. 4b/cc S. 166 f.). Ein krass vertragswidriges Verhalten, namentlich eine schwere Persönlichkeitsverletzung im Umfeld einer Kündigung, kann diese als missbräuchlich erscheinen lassen (BGE 132 III 115 E. 2.2 S. 117). Zu beachten ist nämlich, dass der Arbeitgeber gemäss Art. 328 OR verpflichtet ist, die Persönlichkeitsgüter 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 von Vorgesetzten, Mitarbeitern oder Dritten zu schützen. Diese Fürsorgepflichten bilden das Korrelat der Treuepflicht des Arbeitnehmers (Art. 321a OR; BGE 132 III 115 E. 2.2 S. 117, 257 E. 5.1 S. 259). Daraus hat das Bundesgericht abgeleitet, 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 Vorgehen getroffen hat, um den Konflikt zu entschärfen. Hat sich der Arbeitgeber 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).

Grundsätzlich als nicht missbräuchlich kann eine Kündigung qualifiziert werden, wenn sie ausgesprochen wird, weil ein Arbeitnehmer zu langsam arbeitet, obgleich dies Ausfluss seiner Persönlichkeit ist (Urteil 4A_419/2007 vom 29. Januar 2008 E. 2.2). Anders verhält es sich aber, wenn in der Kündigung eine Diskriminierung wegen des Alters oder wegen einer Krankheit aufscheint (BGE 130 III 699 E. 4.1 S. 702; 127 III 86 E. 2a S. 88). Das führt zu heiklen Abgrenzungen. Namentlich wenn ein älterer Arbeitnehmer nicht mehr den technischen Anforderungen seines Berufes gewachsen ist, fragt sich, ob der Arbeitgeber ihn ohne weiteres entlassen darf oder ob er zuerst klären muss, ob er ihn auf andere Weise im Unternehmen beschäftigen kann. In einem kürzlich ergangenen Urteil hatte das Bundesgericht geprüft, ob die Feststellung, eine solche Möglichkeit habe nicht bestanden, im konkreten Fall willkürlich sei (Urteil 4A_72/2008 vom 2. April 2008 E. 3 und 4). Eine solche Prüfung wäre überflüssig gewesen, wenn es auf das Suchen einer anderen Beschäftigungsmöglichkeit gar nicht angekommen wäre. In einem Fall, in dem eine Arbeitnehmerin entlassen wurde, weil sie sich für ihre im gleichen Unternehmen angestellte Tochter bei der Personalabteilung eingesetzt hatte, liess das Bundesgericht ausdrücklich offen, ob bereits diese Begründung die Kündigung missbräuchlich erscheinen lasse, weil sich die Missbräuchlichkeit im konkreten Fall schon aus dem Vorgehen der Arbeitgeberin bei der Kündigung ergab (Urteil 4C.251/2006 vom 21. März 2006 E. 3).

4.4 Die Beschwerdegegnerin kündigte im zu beurteilenden Fall das Arbeitsverhältnis, weil der Beschwerdeführer seinen Vater mit falschen Informationen versorgt bzw. gegen den Geschäftsführer der Beschwerdegegnerin aufgehetzt hat. Die Vorinstanz sah es in diesem Zusammenhang als erwiesen an, dass sich der Vater des Beschwerdeführers grob ungebührlich aufgeführt hat. Da das Verhalten des Vaters vom Beschwerdeführer provoziert wurde, ohne dass sich Letzterer von diesem Verhalten distanziert hätte, rechnete die Vorinstanz die groben Ungeburlichkeiten dem Beschwerdeführer zu.

Die Beschwerdegegnerin hat somit die Kündigung nicht aufgrund des Fehlverhaltens eines Familienmitglieds ausgesprochen, wie dies der Be-

schwerdeführer geltend macht. Die Kündigung bezweckte nicht, den Vater für die erfahrene Ungebührlichkeit zu bestrafen, sondern lässt sich auf das Verhalten des Beschwerdeführers selbst zurückführen. Das Institut der Kündigung wurde damit nicht zweckwidrig eingesetzt und die erfolgte Kündigung erweist sich nicht als missbräuchlich im Sinne von Art. 336 OR.

Tribunal fédéral, Arrêt du 3 décembre 2008, Doss.-No. 4A_417/2008 (Confirmation du jugement de la II^e Cour civile du Tribunal cantonal du canton de Neuchâtel du 11 août 2008).

340b CO. Interprétation d'une clause de prohibition de concurrence (c. 3).

340 II CO. Pour être qualifiées de secrets d'affaires ou de fabrication, les connaissances acquises par le travailleur doivent toucher à des questions techniques, organisationnelles ou financières, qui sont spécifiques et que l'employeur veut garder secrètes. En revanche, les connaissances qui peuvent être acquises dans toutes les entreprises de la même branche constituent l'expérience professionnelle du travailleur et ne sont pas des secrets (c. 4).

Extraits des faits:

Y. (intimé) est titulaire d'un certificat fédéral de capacité d'horloger rhabilleur délivré le 3 juillet 2000 par le Centre A. Il a été engagé le 12 décembre 2000 par X. SA (recourante), avec effet dès le 8 janvier 2001. Une clause de non-concurrence était prévue à l'art. 10 du contrat, dont le chiffre 1^{er} disposait qu'«après la fin du contrat, l'employé n'exercera pas pour son compte personnel / ni pour le compte d'autrui, à titre lucratif ou gratuit, une activité dans le domaine des montres mécaniques à répétition ou dans un domaine équivalent à l'expérience acquise au sein de notre société». Le 11 décembre 2003, l'employé a résilié le contrat de travail, avec effet au 29 février 2004. Le 1^{er} mars suivant, il est entré au service de B. SA, selon contrat du 11 décembre 2003. L'ancien et le nouvel employeur sont des concurrents directs dans le domaine des mouvements horlogers à haute complication, comportant notamment un mécanisme de répétition minute et/ou un échappement à tourbillon. X. SA a réclamé le paiement du montant de la clause pénale, chiffrée à 50 000 fr., la prohibition de concurrence ayant, de son point de vue, été violée. L'ex-employé a fait opposition totale au commandement de payer qui lui a été notifié le 13 janvier 2005.

Le 2 février 2005, X. SA a ouvert action en paiement contre Y. devant la Cour civile du Tribunal cantonal neuchâtelois, en concluant à la condamnation du défendeur à lui payer le montant de 50 000 fr., avec inté-

rêts à 5% l'an dès la notification de la poursuite, soit dès le 13 janvier 2005. Par jugement du 11 août 2008, la II^{ème} Cour civile du Tribunal cantonal a rejeté la demande.

La demanderesse exerce un recours en matière civile contre le jugement du 11 août 2008. Elle requiert que le défendeur soit condamné à lui payer le montant de la peine conventionnelle de 50 000 fr. plus intérêts à 5% l'an dès le 13 janvier 2005. A titre subsidiaire, la demanderesse requiert le renvoi de la cause au Tribunal cantonal pour nomination d'un expert et nouvelle décision dans le sens des considérants.

Extraits des considérants:

3.

Invokant l'art. 9 Cst., la recourante reproche à la cour cantonale d'avoir procédé à une appréciation arbitraire des preuves et d'avoir fait une interprétation insoutenable de la clause de prohibition de concurrence. Elle dénonce aussi une violation du principe de la confiance.

3.1 En présence d'un litige sur l'interprétation d'une disposition contractuelle, le juge doit tout d'abord s'efforcer de déterminer la commune et réelle intention des parties, sans s'arrêter aux expressions ou dénominations inexactes dont elles ont pu se servir, soit par erreur, soit pour déguiser la nature véritable de la convention (art. 18 al. 1 CO); s'il y parvient, il s'agit d'une constatation de fait qui lie en principe le Tribunal fédéral conformément à l'art. 105 LTF. 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; il doit donc rechercher comment une déclaration ou une attitude pouvait être comprise de bonne foi en fonction de l'ensemble des circonstances; le principe de la confiance permet 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. L'application du principe de la confiance est une question de droit que le Tribunal fédéral peut examiner librement (art. 106 al. 1 LTF); pour trancher cette question, il faut cependant se fonder sur le contenu de la manifestation de volonté et sur les circonstances, dont la constatation relève du fait (ATF 133 III 675 consid. 3.3 p. 681 s.). Les circonstances déterminantes sont celles qui ont précédé ou accompagné la manifestation de volonté (ATF 133 III 61 consid. 2.2.1 p. 67).

Le sens d'un texte, apparemment clair, n'est pas forcément déterminant, de sorte que l'interprétation purement littérale est prohibée. 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 cocontractants lorsqu'il n'existe aucune

raison sérieuse de penser qu'il ne correspond pas à leur volonté (ATF 133 III 61 consid. 2.2.1 p. 67).

3.2 Dans le cas d'espèce, la cour cantonale a retenu que la prohibition de concurrence vise, de manière claire, l'activité personnelle du travailleur, à son compte personnel ou pour le compte d'autrui et non pas, comme soutenu à tort par la recourante, toute activité déployée dans une entreprise qui se trouve dans un rapport de haute concurrence avec la recourante. L'autorité cantonale a exposé qu'une telle exclusion, à supposer qu'elle ne soit pas excessive, devrait ressortir très clairement des termes du contrat, ce qui n'est pas le cas en l'espèce, puisque absolument rien n'indique que les parties aient voulu adopter une clause aussi lourde de conséquences.

Dans la mesure où la recourante soutient que les premiers juges ont effectué des déductions insoutenables et violé l'application du principe de la confiance pour avoir retenu que la clause de prohibition de concurrence était générale, et par là excessive, elle fait une lecture erronée du jugement entrepris, qui ne fait nullement état d'une telle considération. Cela étant, la critique s'y rapportant tombe d'emblée à faux.

Quant à l'interprétation donnée par la cour cantonale de la clause litigieuse, elle doit être suivie, que la cour ait établi la volonté réelle et concordante des parties ou qu'elle ait interprété la clause litigieuse selon le principe de la confiance – ce qui ne ressort pas clairement du texte de l'arrêt attaqué. Tout d'abord, la recourante ne démontre pas que l'autorité cantonale aurait constaté arbitrairement la volonté des parties, puisqu'elle se contente de dénoncer, sans autre explication, une interprétation insoutenable de la clause litigieuse. A défaut d'une motivation suffisante au sens de l'art. 42 al. 2 LTF, le grief est, sur ce point, irrecevable. Dans l'hypothèse d'une application par la cour cantonale du principe de la confiance, l'interprétation donnée de la clause litigieuse ne prête par ailleurs pas à critique. La recourante n'avance, à l'appui de son grief, aucune circonstance qui permettrait de considérer que la clause de prohibition de concurrence viserait autre chose que l'activité personnelle du travailleur, à son compte personnel ou pour le compte d'autrui. Elle ne critique en particulier pas les considérations émises au sujet de la terminologie utilisée par les parties. En outre, l'arrêt attaqué ne contient aucun élément de fait qui permettrait de contredire le sens objectif de la déclaration des parties. Dans ces circonstances, on ne voit pas que l'interprétation faite de la clause litigieuse serait contraire au droit fédéral.

3.3 Les juges cantonaux ont retenu que l'exercice d'une activité concurrente dans le domaine des montres à répétition minute, dans la période couverte par la clause de prohibition de concurrence, n'a pas été prouvée à satisfaction, alors que cette preuve incombait à la recourante – demanderesse. Ils ont bien plus constaté qu'il ressortait du témoignage du supérieur de l'intimé que celui-ci n'avait «pas touché à des mouvements à répétition» chez son nouvel employeur, que cette déposition n'a pas été

délivrée aux fins de la cause et que son contenu n'est démenti par aucun indice objectif.

La recourante dénonce une appréciation arbitraire des preuves. Elle reproche aux magistrats de s'être fondés uniquement sur le témoignage de ce supérieur pour retenir l'absence de preuve de l'exercice de toute activité dans le domaine des montres mécaniques à répétition au sein de son nouvel employeur et d'avoir ainsi effectué des déductions insoutenables au sens de l'art. 9 Cst.

La recourante perd manifestement de vue qu'il lui appartenait de prouver que l'intimé a violé la clause de prohibition de concurrence, ce qu'elle n'a pas fait à satisfaction, et que le témoignage litigieux évoque l'absence de toute activité concurrente et non pas le contraire. Dès lors que la recourante n'indique, à l'appui de son grief, aucun moyen de preuve à même d'établir l'exercice par l'ex-employé de l'activité prohibée, on ne voit pas que l'autorité cantonale aurait violé l'interdiction de l'arbitraire en retenant, référence faite au témoignage litigieux, que l'exercice d'une activité dans le domaine des montres à répétition minute n'a pas été établie; la recourante ne démontre en tout cas pas le contraire.

4.

La recourante se plaint enfin d'une violation de l'art. 340 al. 2 CO et de l'art. 8 CC.

4.1 Aux termes de l'art. 340 al. 2 CO, la prohibition de faire concurrence n'est valable que si les rapports de travail permettent au travailleur d'avoir connaissance de la clientèle ou de secrets de fabrication ou d'affaires de l'employeur et si l'utilisation de ces renseignements est de nature à causer à l'employeur un préjudice sensible. Le travailleur doit ainsi être amené, dans le cadre des rapports de travail, à connaître la clientèle ou des secrets de fabrication ou d'affaires de l'employeur, et doit aussi pouvoir causer, en cas de rupture des rapports de travail, un préjudice à l'employeur en exploitant les éléments dont il acquiert connaissance en étant à son service. Le défaut de l'une de ces conditions cumulatives entraîne la nullité de la clause de prohibition de concurrence (RÉMY WYLER, *Droit du travail*, 2^e éd. 2008, p. 596 ss; ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KÄNEL, *Arbeitsvertrag*, 6^e éd. 2006, n. 4 ad art. 340 CO).

Pour être qualifiées de secrets d'affaires ou de fabrication, les connaissances acquises par le travailleur doivent toucher à des questions techniques, organisationnelles ou financières, qui sont spécifiques et que l'employeur veut garder secrètes (arrêt C 491/86 du 1^{er} décembre 1987 consid. 1, in SJ 1989 I p. 683; voir ég. ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KÄNEL, op. cit., n. 12 ad art. 340 CO; FLORENCE AUBRY GIRARDIN, *Aspects de la clause d'interdiction de concurrence*, in *Journée 1996 de droit du travail et de la sécurité sociale*, Zürich 1999, p. 9). Les connaissances qui peuvent être acquises dans toutes les entreprises de la même branche constituent l'expérience professionnelle du travailleur et ne sont pas des secrets (arrêt C 491/86 du 1^{er} décembre 1987 consid. 1 précité; FLORENCE AUBRY

GIRARDIN, op. cit., p. 10; RÉMY WYLER, op. cit., p. 600; GABRIEL AUBERT, Commentaire romand, n. 6 ad art. 340 CO). Il appartient à l'employeur d'établir que les connaissances litigieuses sont objectivement secrètes et qu'il entend qu'elles ne soient pas divulguées.

Selon l'art. 8 CC, chaque partie doit, si la loi ne prescrit le contraire, prouver les faits qu'elle allègue pour en déduire son droit. Pour toutes les prétentions relevant du droit privé fédéral, cette disposition répartit le fardeau de la preuve, auquel correspond, en principe, le fardeau de l'allégation, et, partant, les conséquences de l'absence de preuve ou d'allégation (ATF 129 III 18 consid. 2.6 p. 24).

4.2 Dans le cas d'espèce, l'autorité cantonale a posé que les connaissances, même très pointues, des horlogers de haut de gamme appartiennent à l'expérience professionnelle du travailleur, dans toute la mesure où elles peuvent être acquises de la même manière dans toutes les entreprises de la même branche et qu'il appartient à l'employeur d'alléguer et d'établir l'acquisition de connaissances présentant des caractéristiques inconnues des autres manufacturiers. A défaut d'allégation suffisante en lien avec l'accès par l'ex-employé à des secrets de fabrication, les magistrats n'ont pas reconnu la validité de la clause de prohibition.

La recourante prétend, dans un premier temps, que l'autorité cantonale a violé l'art. 340 al. 2 CO pour avoir considéré que les connaissances acquises par l'intimé auprès de son entreprise ne pouvaient être qualifiées de secrets de fabrication; elle soutient que les spécificités techniques de chaque mouvement ne peuvent être acquises de la même manière dans toutes les manufactures horlogères et qu'elles n'appartiennent donc pas à l'expérience professionnelle du travailleur. Sous le couvert d'une violation de l'art. 8 CC, la recourante réfute, dans un second temps, l'absence d'allégation au sujet d'une prise de connaissance, par l'employé, d'innovations techniques inconnues de ses concurrents; elle affirme, de manière appellatoire, que les faits tels qu'allégués étaient suffisamment précis au regard de l'art. 340 CO pour permettre de juger que les connaissances acquises consistaient en des procédés de fabrication à caractère technique dignes de protection. Elle soutient en outre qu'elle était en droit de faire administrer l'expertise judiciaire, conformément à l'art. 8 CC.

Les connaissances acquises par le travailleur au sein d'une entreprise ne sauraient être qualifiées de secrets de fabrication, si le travailleur n'a pas été formé à une technique de fabrication propre à l'entreprise formatrice – ce même si les connaissances acquises ne sont ni notoires ni facilement accessibles, comme soutenu par la recourante. Or, il ressort du jugement entrepris que la recourante n'a pas allégué, sauf d'une manière toute générale, que l'intimé aurait été initié, au sein de son entreprise, à des innovations techniques inconnues de ses concurrents. Dans la mesure où la recourante ne critique pas valablement cette constatation – qui relève des faits et lie donc le Tribunal fédéral –, le grief dénonçant une violation de l'art. 340 CO tombe à faux. Ce résultat se justifie à plus forte raison que la recou-

rante reconnaît que les mouvements à répétition et à tourbillon sont des procédés de fabrication à caractère technique «connus d'une infime élite d'horlogers», dont fait partie le nouvel employeur de l'intimé, et donc qu'elle n'en a pas l'exclusivité. En outre, le fait que chaque manufacture possède son propre programme de formation pour le montage des mouvements ne signifie pas encore, quoi qu'en pense la recourante, que le travailleur ait appris des techniques ou des tours de main spécifiques à l'entreprise et, encore moins, qu'il risque d'en faire bénéficier des tiers. La recourante parle du reste d'impossibilité, pour un horloger qualifié, de monter un mouvement chez un concurrent sans période de formation préalable.

Par ailleurs, en posant qu'il appartenait à la recourante d'alléguer que les connaissances acquises par le travailleur étaient objectivement secrètes, la cour cantonale n'a pas inversé le fardeau de l'allégation et, par voie de conséquence, celui de la preuve. Cela étant, la juridiction cantonale n'a pas enfreint l'art. 8 CC.

Tribunal fédéral, Arrêt du 8 décembre 2008, Doss.-No. 1C_186/2008 (Confirmation de l'arrêt de la 1^{re} Cour administrative du Tribunal cantonal du canton de Fribourg du 6 mars 2008).

85 I lit. b LTF. Déclassement d'une fonction. La conclusion tendant à ce qu'une fonction soit maintenue dans une classe de traitement déterminée a un but économique qui peut être apprécié en argent; elle constitue en conséquence une contestation de nature pécuniaire (c. 1).

Notion de droits acquis. Des droits acquis ne naissent en faveur des agents de la fonction publique que si la loi fixe une fois pour toutes les situations particulières et les soustrait aux effets des modifications légales ou encore lorsque des assurances précises ont été données à l'occasion d'un engagement individuel (c. 3.1).

8 Cst. féd. En matière de droit à l'égalité de traitement des fonctionnaires, le Tribunal fédéral fait preuve d'une certaine retenue. Les autorités cantonales disposent en effet d'un large pouvoir d'appréciation, particulièrement en ce qui concerne les questions d'organisation et de rémunération. Elles sont, par exemple, autorisées en principe à réserver une contribution supérieure aux porteurs d'un diplôme qui bénéficient d'une formation plus poussée, pour autant que cette formation soit utile à l'enseignement pratiqué et que la différence de rémunération reste dans des limites acceptables (c. 5).

Extraits des faits:

Le 25 juin 1992, le Chef du Service de l'enseignement secondaire supérieur du canton de fribourg a informé la Direction de l'Ecole normale

cantonale qu'il convenait dorénavant d'aligner les traitements des professeurs de musique instrumentale de l'Ecole normale cantonale sur ceux des professeurs de l'Ecole de musique du Conservatoire de Fribourg vu l'analogie de l'enseignement dispensé dans ces institutions. Il précisait que ces normes communes ne s'appliqueraient qu'aux nouveaux engagements opérés à partir du 1^{er} septembre 1992, les professeurs engagés précédemment restant au bénéfice des droits acquis. Les professeurs concernés de l'Ecole normale cantonale ont contesté cette décision et sollicité un entretien. En réponse à cette requête, la Direction de l'instruction publique a rappelé, dans un courrier du 16 décembre 1992, les raisons qui justifiaient un réajustement des traitements des professeurs de musique instrumentale enseignant à l'Ecole normale cantonale sur ceux de leurs homologues du Conservatoire. Elle a précisé que les professeurs engagés avant le 1^{er} septembre 1992 au bénéfice d'un engagement de droit public continueraient à jouir de leurs droits acquis. Par arrêté du 16 juillet 1993, le Conseil d'Etat du canton de Fribourg a modifié le tableau en annexe de l'arrêté du 19 novembre 1990 concernant la classification des fonctions du personnel de l'Etat et placé l'ensemble des maîtres et maîtresses de musique instrumentale du degré secondaire supérieur de l'Ecole normale cantonale dans les mêmes classes de traitement que les professeurs enseignant la même matière à l'Ecole de musique du Conservatoire, à savoir les classes 15 à 19, en lieu et place des classes 20 à 24 appliquées jusqu'ici.

Le 11 avril 1995, les professeurs de musique instrumentale de l'Ecole normale cantonale ont présenté un argumentaire au terme duquel ils demandaient principalement l'annulation de cet arrêté et subsidiairement le maintien des droits acquis en matière de classification pour tous les collaborateurs entrés en fonction avant la mise en vigueur de cet arrêté. Par lettre du 13 juillet 1995, la Direction de l'instruction publique a informé les professeurs de musique instrumentale de l'Ecole normale cantonale que le Conseil d'Etat n'entendait pas revenir sur l'arrêté du 16 juillet 1993 et qu'il avait décidé de classer tous les collaborateurs concernés conformément à la nouvelle classification, d'adapter les échelons au plus jusqu'au maximum légal pour couvrir le salaire actuel et d'octroyer une indemnité de situation acquise pour couvrir la part éventuelle du salaire actuel qui dépasse le maximum de la classe. Elle précisait en outre que ce système entrerait en vigueur à partir du 1^{er} septembre 1995 également pour les collaborateurs nommés.

Plusieurs professeurs de musique instrumentale de l'Ecole normale cantonale, parmi lesquels A., B. et C., ont recouru contre cette décision les 27 juillet et 8 septembre 1995 auprès du Conseil d'Etat en concluant principalement à ce que la fonction de maître et de maîtresse de musique instrumentale à l'Ecole normale cantonale soit classée en classes 20 à 24 de l'échelle des traitements et, subsidiairement, à ce que les professeurs exerçant cette fonction avant l'entrée en vigueur de l'arrêté gardent tous leurs droits en matière de traitement. Par arrêtés du 14 octobre 2002, le Conseil

d'Etat a nommé A., B. et C. chargés de cours de musique instrumentale auprès de la Haute Ecole pédagogique à partir du 1^{er} septembre 2002 en précisant que cette fonction restait provisoirement incorporée dans la classe de l'échelle des traitements acquise au moment du dépôt de leur recours du 8 septembre 1995. Par ordonnance du 18 février 2003, le Conseil d'Etat a modifié le tableau annexé à l'arrêté du 19 novembre 1990 concernant la classification des fonctions du personnel de l'Etat et placé en classes 17 à 18 les fonctions de professeur et professeure au Conservatoire de musique enseignant à l'école de musique et celles de maître ou de maîtresse de musique instrumentale auprès de la Haute Ecole pédagogique. Par décision du 28 novembre 2006, le Conseil d'Etat a rejeté le recours. La 1^{re} Cour administrative du Tribunal cantonal du canton de Fribourg (ci-après: le Tribunal cantonal ou la cour cantonale) a confirmé cette décision au terme d'un arrêt rendu le 6 mars 2008 sur recours de A., B. et C.

Agissant principalement par la voie du recours en matière de droit public et subsidiairement par celle du recours constitutionnel subsidiaire, A., B. et C. demandent au Tribunal fédéral d'annuler cet arrêt et de renvoyer la cause à la cour cantonale pour nouvelle décision, respectivement d'annuler les décisions rendues par le Conseil d'Etat le 28 novembre 2006 et par la Direction de l'instruction publique le 13 juillet 1995 et de les maintenir dans leur statut antérieur, à savoir en classes 20 à 24 de l'échelle des traitements du personnel de l'Etat de Fribourg, avec toutes les conséquences juridiques qui s'y rapportent.

Considéphants:

1.

La voie du recours en matière de droit public, selon les art. 82 ss LTF, est ouverte contre les décisions en matière de rapports de travail de droit public, lorsque la valeur litigieuse dépasse 15 000 fr. (art. 85 al. 1 let. b LTF). En l'espèce, les recourants ne concluent pas au versement d'une somme d'argent, mais ils demandent que leur fonction soit maintenue dans les classes de traitement qui prévalaient lors de leur engagement. Dès lors que cette conclusion a un but économique qui peut être apprécié en argent, il y a lieu de considérer qu'il s'agit d'une contestation de nature pécuniaire. Il s'ensuit que le motif d'exclusion de l'art. 83 let. g LTF n'entre pas en considération. En cas de rejet du recours, ils pourraient être astreints à restituer les sommes perçues à titre d'augmentations de salaire ordinaires correspondant aux classes de traitement 20 à 24 entre le 1^{er} septembre 1995 et le 31 décembre 2002, selon la détermination de la Direction de l'instruction publique du 17 mars 2006, soit un montant total de 60 084 fr. 15. De plus, s'ils devaient être à l'avenir rémunérés suivant les classes de traitement qui correspondent à la nouvelle classification de leur fonction, ils verraient leur salaire plafonner. La valeur litigieuse atteint donc manifestement le seuil des 15 000 fr. ouvrant la voie du recours en

matière de droit public dans ce domaine (art. 51 al. 2, 52 et 85 al. 1 let. b LTF).

Les recourants sont particulièrement atteints par l'arrêt attaqué qui confirme le déclassement avec effet immédiat de leur fonction. Ils ont un intérêt digne de protection à son annulation et au maintien du statut antérieur; ils ont participé à la procédure de recours devant le Tribunal cantonal. Les conditions pour leur reconnaître la qualité pour recourir selon l'art. 89 al. 1 LTF sont ainsi réunies. Formé au surplus en temps utile contre une décision finale prise en dernière instance cantonale et non susceptible de recours devant le Tribunal administratif fédéral, le recours respecte les exigences des art. 86 al. 1 let. d, 90 et 100 al. 1 LTF. Il y a donc lieu d'entrer en matière.

2.

Les recourants reprochent à la cour cantonale d'avoir retenu à tort, et sans leur avoir donné l'occasion de se prononcer à ce sujet, qu'ils ne disposaient pas du diplôme de virtuosité indispensable pour enseigner en classe professionnelle du Conservatoire alors que deux d'entre eux sont titulaires d'un tel diplôme.

La cour cantonale s'est fondée sur les propos du Conseil d'Etat qu'elle a manifestement interprétés de manière erronée pour admettre que les recourants n'étaient pas titulaires d'un diplôme de virtuosité. L'existence de faits constatés de manière inexacte ne suffit toutefois pas pour conduire à l'annulation ou à la modification de la décision attaquée. Il faut encore qu'elle soit susceptible d'avoir une influence déterminante sur l'issue de la procédure (art. 97 al. 1 in fine LTF). Il appartenait ainsi aux recourants de rendre vraisemblable que la décision finale aurait été différente si les faits avaient été établis de manière conforme au droit (ATF 134 V 53 consid. 3.4 p. 60/61). Or, ils n'exposent pas en quoi l'inexactitude dénoncée aurait une incidence sur la classification de leur fonction qui seule fait l'objet du litige. La titularité d'un diplôme de virtuosité n'est en effet nullement requise pour pouvoir enseigner la musique instrumentale à la Haute Ecole pédagogique ou à l'Ecole de musique du Conservatoire. Elle n'a dès lors aucune influence sur l'évaluation de la fonction de chargé de cours en musique instrumentale que les recourants exercent à la Haute Ecole pédagogique selon le système mis en place par le canton de Fribourg, de sorte que la constatation inexacte des faits sur ce point entachant l'arrêt attaqué est sans conséquence sur l'issue du litige. Les recourants paraissent en être conscients puisqu'ils se placent sous l'angle du droit d'être entendus ancré à l'art. 29 al. 2 Cst. pour conclure à l'annulation de l'arrêt attaqué; une telle violation aurait à la rigueur pu se concevoir si le fait constaté de manière inexacte reposait sur des pièces qui ne leur avaient pas été soumises. Tel n'est pas le cas en l'espèce puisqu'il résulte d'une interprétation erronée des observations du Conseil d'Etat dont ils ont eu connaissance.

3.

Invoquant l'art. 9 Cst., les recourants se plaignent d'une violation du droit au respect de la bonne foi et des promesses données par l'Etat. Ils se réfèrent à cet égard aux courriers que le Chef du Service de l'enseignement secondaire supérieur, puis le Conseiller d'Etat en charge de la Direction de l'instruction publique leur ont adressés les 25 juin et 16 décembre 1992. Ils en déduisent qu'ils avaient de sérieuses raisons d'admettre que la nouvelle classification de leur fonction ne leur serait pas appliquée et qu'ils continueraient à bénéficier du traitement afférent aux classes 20 à 24 ainsi que des augmentations de salaire ordinaires prévues pour lesdites classes. Ils estiment par ailleurs que les conditions posées pour qu'ils puissent se prévaloir de droits acquis sont réunies au vu des assurances qui leur ont été données dans les courriers précités. Ils reprochent à la cour cantonale d'avoir indûment écarté leur moyen pris d'une violation de la bonne foi en renvoyant à la motivation développée en réponse à leur grief tiré de la violation des droits acquis et se plaignent d'une violation de leur droit à une décision motivée.

3.1 Les prétentions pécuniaires des agents de la fonction publique, qu'il s'agisse de prétentions salariales ou relatives aux pensions, n'ont en règle générale pas le caractère de droits acquis. Les rapports de services sont régis par la législation en vigueur au moment considéré. L'Etat est en effet libre de revoir en tout temps sa politique en matière de salaire et d'emploi et les personnes qui entrent à son service doivent compter avec le fait que les dispositions réglant son statut puissent faire l'objet ultérieurement de modifications (ATF 134 I 23 consid. 7.5 p. 39 et les arrêts cités). Des droits acquis ne naissent dès lors en faveur des agents de la fonction publique que si la loi fixe une fois pour toutes les situations particulières et les soustrait aux effets des modifications légales ou lorsque des assurances précises ont été données à l'occasion d'un engagement individuel (ATF 134 I 23 consid. 7.1 p. 35/36 et les arrêts cités). Ils peuvent être supprimés à la condition qu'un intérêt public suffisant justifie cette mesure et qu'une pleine indemnisation soit garantie (ATF 119 Ia 154 consid. 5c p. 161/162 et les références citées).

Le principe de la bonne foi ne fait pas davantage obstacle à une modification de la loi lorsque celle-ci repose sur des motifs sérieux et objectifs. Une violation de ce principe n'entre en considération que si le législateur a donné des assurances précises que la loi ne serait pas modifiée ou qu'elle serait maintenue telle quelle pendant un certain temps, fondant ainsi un droit acquis (cf. ATF 130 I 26 consid. 8.1; arrêt 2P.349/2005 du 14 août 2006 consid. 3.2 in RtiD 2007 I p. 18 et les arrêts cités). Dans ces conditions, la cour cantonale pouvait sans commettre un déni de justice admettre que le grief tiré d'une violation des règles de la bonne foi se recoupait avec celui pris du non-respect des droits acquis et renvoyer sur ce point les recourants à la motivation développée en réponse à ce dernier moyen.

3.2 Les recourants admettent que les droits acquis ne résultent pas d'une disposition légale ou réglementaire expresse en vigueur lorsque le Conseil d'Etat a modifié, le 16 juillet 1993, l'arrêté concernant la classification des fonctions du personnel de l'Etat ou d'un engagement irrévocable pris à leur égard lors de leur nomination. Ils soutiennent en revanche avoir reçu des assurances claires et précises de la part de la Direction de l'instruction publique, dans deux courriers des 25 juin et 16 décembre 1992, que la nouvelle classification ne s'appliquerait qu'aux collaborateurs engagés à partir du 1^{er} septembre 1992 et que l'ancien régime continuerait à prévaloir pour les professeurs engagés antérieurement. Pour le Tribunal cantonal, en revanche, ces courriers se limitent à annoncer que les droits acquis des professeurs de musique instrumentale au bénéfice d'un engagement de droit public seraient respectés dans le cadre de la modification prochaine de l'arrêté de classification des fonctions du personnel de l'Etat. Ils ne renfermeraient pas les précisions techniques indispensables qui permettraient d'en définir exactement la portée. En l'absence d'une réglementation spécifique à ce sujet, les recourants ne pouvaient pas invoquer un droit acquis allant au-delà de ce qui leur a été reconnu dans la lettre que la Direction de l'instruction publique leur a adressée le 13 juillet 1995.

3.3 Dans sa lettre du 16 décembre 1992, le Conseiller d'Etat en charge de la Direction de l'instruction publique s'est borné à rappeler que les professeurs de musique instrumentale déjà engagés à l'Ecole normale cantonale continueraient à jouir de leurs droits acquis. Il n'a donné aucune autre précision quant à la nature et à l'étendue de ces droits, de sorte que les recourants ne sauraient en déduire aucune assurance allant au-delà de la réserve de leurs droits acquis. Le Chef du Service de l'enseignement secondaire supérieur n'a pas été plus précis dans son courrier du 25 juin 1992 sur la portée des droits acquis des professeurs actuellement en fonction qui devaient être respectés. Il a certes laissé entendre que les nouvelles normes communes ne s'appliqueraient qu'aux collaborateurs engagés à partir du 1^{er} septembre 1992. Cette lettre n'était pas directement adressée aux recourants, mais à la Direction de l'Ecole normale cantonale qu'elle visait à informer des raisons militant en faveur d'un alignement des traitements des professeurs de musique instrumentale oeuvrant au sein de cet établissement sur ceux du Conservatoire. Par ailleurs, la classification des fonctions du personnel de l'Etat dans l'échelle des traitements et, en vertu du principe du parallélisme des formes, sa modification relèvent en droit cantonal fribourgeois de la compétence du Conseil d'Etat selon l'art. 7 du règlement cantonal du 11 juin 1991 relatif à la procédure d'évaluation et de classification des fonctions du personnel de l'Etat. Le Chef de service de l'enseignement secondaire supérieur n'était pas compétent pour prendre des engagements propres à lier le Conseil d'Etat en ce qui concerne la non-application de la nouvelle classification aux recourants et le maintien du régime actuel de traitement s'agissant tant de la rémunération de base que des augmentations ordinaires de salaire. Les propos tenus à ce sujet

n'étaient pas de nature à créer un sentiment de confiance dont les recourants pourraient se prévaloir et ne liaient pas le Conseil d'Etat (cf. ATF 123 II 385 consid. 10 p. 400). En l'absence de toute réglementation légale traitant la matière, ce dernier était libre d'appliquer la nouvelle classification à l'ensemble des collaborateurs et de limiter le bénéfice des droits acquis du personnel nommé au maintien du salaire actuel selon l'ancien régime au niveau atteint lors du déclassement de la fonction. La cour cantonale n'a donc pas interprété les courriers précités de manière arbitraire en considérant qu'ils se limitaient à annoncer que les droits acquis des collaborateurs seraient respectés dans le cadre de la modification prochaine de l'arrêté de classification des fonctions, dont ils ne pouvaient valablement anticiper le contenu. Au demeurant, on ne voit pas quelles dispositions les recourants auraient prises sur lesquelles ils ne pourraient revenir sans subir de préjudice (cf. ATF 131 II 627 consid. 6.1 p. 636/637; 129 I 161 consid. 4.3 p. 171). Ils ne démontrent pas avoir renoncé à un engagement aux conditions salariales identiques à celles qu'ils auraient pu prétendre si leur fonction avait été maintenue dans les classes de traitement en vigueur lors de leur nomination. Les conditions posées par la jurisprudence pour qu'ils puissent se prévaloir du principe de la bonne foi et obliger le Conseil d'Etat à les maintenir dans les classes de traitement antérieures à la modification de l'arrêté de classification ne sont donc pas réunies. L'application de la nouvelle classification à tous les professeurs de musique instrumentale, sous les réserves admises pour les anciens collaborateurs engagés à l'Ecole normale cantonale, répond au demeurant à un intérêt public important. Le maintien des professeurs nommés en vertu d'un engagement de droit public dans les classes de traitement 20 à 24 aurait été de nature à compromettre les objectifs de la réévaluation des fonctions en plaçant les recourants dans une situation plus favorable par rapport aux collaborateurs nouvellement engagés et aurait porté atteinte au principe de l'égalité de traitement en pérennisant la distorsion de rémunération entre les professeurs anciennement et nouvellement engagés.

4.

Les recourants prétendent avoir subi une inégalité de traitement du fait que leur fonction a été déclassée avec effet au 1^{er} septembre 1995 par rapport aux autres employés de l'Etat qui n'ont vu leur classification baisser qu'à partir des premières évaluations fondées sur le système Evalfri intervenues en septembre 2002. Ils devraient, selon eux, être soumis à l'ancienne classification de leur fonction à tout le moins pour ce qui concerne la période courant du 1^{er} septembre 1995 au 31 décembre 2002. Ils n'ont toutefois pris aucune conclusion en ce sens à l'appui de leur recours cantonal. On peut se demander s'il ne s'agit pas d'une conclusion nouvelle irrecevable au regard de l'art. 99 al. 2 LTF. Cette question peut rester indécise car le recours est de toute manière infondé sur ce point.

La réévaluation de la fonction de professeur de musique instrumentale au sein du personnel de l'Etat de Fribourg fait suite à une lettre du

Directeur du Conservatoire qui se plaignait de la différence, à son avis injustifiée, de salaires entre les professeurs enseignant cette matière au sein de son établissement et de l'Ecole normale cantonale. Les recourants ne prétendent pas à juste titre qu'une telle démarche serait contraire à l'égalité de traitement. Le Conseil d'Etat a jugé la plainte fondée au terme d'une comparaison de l'enseignement dispensé dans chacun des établissements. Les inégalités de salaire ont ensuite été confirmées lors de l'évaluation opérée ultérieurement selon le système Evalfri après la transformation de l'Ecole normale cantonale en Haute Ecole pédagogique. Il est donc erroné de vouloir fixer l'entrée en force de la nouvelle classification au plus tôt au 31 décembre 2002, sauf à démontrer que l'enseignement de la musique instrumentale dispensé à l'Ecole normale cantonale se différencie de celui prodigué au sein de la Haute Ecole pédagogique de telle manière qu'une classification différente s'imposait. Or, les recourants ne le prétendent pas. Au demeurant, le canton de Fribourg a choisi de procéder non pas à une évaluation générale des fonctions du personnel de l'Etat selon le système Evalfri, mais à une évaluation progressive, par étapes (cf. MARTINE MORARD, Les systèmes de rémunération applicables à la fonction publique: exemple du canton de Fribourg, *Revue fribourgeoise de jurisprudence (RFJ)* 2004 p. 207). Dans un tel système, il est inévitable que certaines fonctions choisies comme références soient réévaluées avant d'autres et que les personnes les exerçant soient déclassées ou reclassées avant d'autres sans que l'on puisse y voir une discrimination susceptible de tomber sous le coup de l'art. 8 al. 1 Cst. Sur ce point, le recours est mal fondé.

5.

Les recourants soutiennent que le déclassement de leur fonction contreviendrait à maints égards au principe de l'égalité de traitement.

5.1 Une décision viole le principe de l'égalité consacré à l'art. 8 al. 1 Cst. lorsqu'elle établit des distinctions juridiques qui ne se justifient par aucun motif raisonnable au regard de la situation de fait à régler ou qu'elle omet de faire des distinctions qui s'imposent au vu des circonstances, c'est-à-dire lorsque ce qui est semblable n'est pas traité de manière identique et ce qui est dissemblable ne l'est pas de manière différente. Il faut que le traitement différent ou semblable injustifié se rapporte à une situation de fait importante (ATF 134 I 23 consid. 9.1 p. 42 et la jurisprudence citée). En matière de droit à l'égalité de traitement des fonctionnaires, le Tribunal fédéral fait preuve d'une certaine retenue (ATF 129 I 161 consid. 3.2 p. 165). Les autorités cantonales disposent d'un large pouvoir d'appréciation, particulièrement en ce qui concerne les questions d'organisation et de rémunération (ATF 123 I 1 consid. 6b p. 8; 121 I 49 consid. 3b p. 51; arrêt 1P.413/1999 du 6 octobre 1999 consid. 2b in Pra 2000 n° 1 p. 2).

La garantie d'un salaire égal pour un travail égal n'impose pas une méthode déterminée pour l'évaluation des postes de travail, mais elle exige uniquement que le système choisi repose sur des critères objectifs et non

discriminatoires (ATF 131 I 105 consid. 3.1 p. 107; 125 I 71 consid. 2c/aa p. 79/80; 124 II 409 consid. 9b p. 427). Dans la règle, sont admissibles les différences qui reposent sur des critères tels que le genre et la durée de la formation requise pour le poste, l'âge, l'ancienneté, les qualifications, l'expérience, le temps de travail, le cahier des charges, l'étendue des responsabilités ou les prestations (ATF 131 I 105 consid. 3.1 p. 107; 124 II 409 consid. 9c p. 428 et les références citées). S'agissant de la rétribution des enseignants, il a aussi retenu comme critères la formation nécessaire à l'activité de l'enseignant, le genre d'école, le nombre d'heures d'enseignement, la grandeur des classes et la responsabilité découlant de cette activité (ATF 123 I 1 consid. 6c p. 8; 121 I 49 consid. 4c p. 53; arrêt 1P.413/1999 du 6 octobre 1999 consid. 2d in Pra 2000 n° 1 p. 3; voir également, VINCENT MARTENET, L'égalité de rémunération dans la fonction publique, PJA 1997 p. 828/829).

5.2 La fonction de chargé de cours en musique instrumentale au sein de la Haute Ecole pédagogique a été colloquée dans les classes de traitement 18 à 19 au terme d'une évaluation faite par la Commission d'évaluation et de classification des fonctions selon le système Evalfri adopté par le Conseil d'Etat le 29 juin 1999. Cette évaluation s'appuie sur la description des tâches et des conditions de travail propres à la fonction concernée, telle qu'elle résulte d'un questionnaire rempli par une ou plusieurs personnes occupant la fonction et signé par leur supérieur direct, ainsi que sur les séances de validation réunissant ces mêmes personnes et une délégation de la Commission d'évaluation. Elle repose sur une cinquantaine de critères et de sous-critères qui relèvent des domaines intellectuel, psychosocial, physique et de la responsabilité et des risques spécifiques à la fonction. Ces critères et sous-critères sont liés aux exigences de formation de base minimales requises pour exercer la fonction à évaluer et aux charges et aux inconvénients spécifiques à celle-ci, combinés avec leur fréquence dans l'exercice quotidien de l'activité. L'addition des points attribués à chaque critère et sous-critère donne le nombre de points du domaine considéré. Ces points sont ensuite pondérés selon un indice qui varie en fonction de l'importance donnée au domaine, soit un indice de 58% pour le domaine intellectuel, de 17% pour le domaine psychosocial et celui de la responsabilité, et de 8% pour le domaine physique. Le nombre de points pondérés est ensuite converti dans les classes correspondantes de l'échelle des traitements du personnel de l'Etat sur la base d'un barème préétabli.

Dans l'application de ce système, la Commission d'évaluation et de classification des fonctions jouit d'une certaine latitude dans son travail d'analyse et d'évaluation de même qu'au niveau des classes de traitement dans lesquelles la fonction peut être colloquée. Le Conseil d'Etat dispose également d'une marge d'appréciation lorsqu'il doit fixer la classification, qui lui permet de s'écarter du résultat de l'évaluation opérée par la commission et des propositions de classification faites par cette dernière, pour

tenir compte de certains éléments propres à la fonction dont le système ne permettrait pas de prendre en considération et qui pourraient avoir une influence sur la rémunération de la fonction. Il peut également mettre l'accent sur certains critères de la fonction concernée ou même recourir à d'autres critères liés par exemple à des considérations d'ordre financier ou à la situation du marché du travail (MARTINE MORARD, op. cit., p. 208 ss; cf. ATF 131 II 393 consid. 7.3 p. 406).

5.3 Au terme de l'évaluation opérée par la Commission d'évaluation, la fonction de chargé de cours en musique instrumentale à la Haute Ecole pédagogique s'est vue attribuer 466 points, ce qui la situe, après conversion, dans la classe de traitement 17,38. Cette évaluation vient confirmer celle faite précédemment par le Conseil d'Etat alors que la musique instrumentale était enseignée à l'Ecole normale cantonale. Cette fonction se situe au même niveau que celle de professeurs au Conservatoire enseignant à l'Ecole de musique qui ont obtenu respectivement 468 et 470 points, selon que la musique est enseignée à titre individuel ou collectif, alors que les professeurs en classe professionnelle du Conservatoire ont obtenu un total respectif de 588 points pour l'enseignement collectif et de 552 points pour l'enseignement individuel, ce qui correspond aux classes de traitement 21,76 et 20,48. Les recourants ne remettent en cause ni les bases ni les modalités d'application du système d'évaluation Evalfri que le Tribunal fédéral a jugé en principe non discriminatoire pour autant qu'il soit appliqué correctement (cf. arrêt 2A.253/2001 du 8 octobre 2002). Ils se bornent à critiquer le manque de transparence et de sérieux de l'évaluation sans indiquer les critères ou sous-critères qui auraient été évalués de manière inadéquate. Ils ne prétendent pas que l'indice de pondération attribué au domaine intellectuel serait trop élevé et conduirait à des disparités choquantes et inacceptables. Seuls des motifs pertinents auraient donc permis au Conseil d'Etat de s'écarter des résultats de cette évaluation.

5.4 La cour cantonale a considéré que l'enseignement de la musique instrumentale à la Haute Ecole pédagogique se distinguait de celui pratiqué à la Haute Ecole de musique du Conservatoire par les élèves auquel il s'adresse et par le contexte professionnel de formation et qu'il se rapprochait de celui proposé à l'Ecole de musique de cet établissement. Les recourants contestent l'analogie faite de leur activité avec celle dispensée au sein de l'Ecole de musique et prétendent que leur fonction devrait être comparée avec celle des professeurs des classes professionnelles du Conservatoire.

5.5 Les chargés de cours en musique instrumentale à la Haute Ecole pédagogique doivent être titulaires d'un diplôme d'enseignement pour les écoles de maturité, soit un diplôme de maître de gymnase, ou d'un diplôme du degré tertiaire dans leur domaine d'activité, soit un diplôme d'enseignement de la musique pour pouvoir enseigner dans cette institution (art. 15 al. 3 de la loi fribourgeoise du 4 octobre 1999 sur la Haute Ecole pédagogique; LHEP). En revanche, ils ne doivent pas impérativement dis-

poser d'un diplôme de virtuosité contrairement aux professeurs enseignant la musique instrumentale à des classes professionnelles à la Haute Ecole de musique du Conservatoire. Le niveau de maîtrise musicale exigé des enseignants de musique instrumentale est donc différent selon que cette branche est dispensée à la Haute Ecole pédagogique ou dans les classes professionnelles de la Haute Ecole de musique du Conservatoire. Dans le cadre de leur large pouvoir d'appréciation, les autorités cantonales sont en principe autorisées à réserver une contribution supérieure aux porteurs d'un diplôme qui bénéficient d'une formation plus poussée pour autant que cette formation soit utile à l'enseignement pratiqué et que la différence de rémunération reste dans des limites acceptables (ATF 123 I 1 consid. 6h p. 11; 117 Ia 270 consid. 4a p. 276; arrêt 1C_358/2007 du 2 avril 2008 consid. 5). Les recourants ne prétendent pas qu'un diplôme de virtuosité serait une exigence superflue ou disproportionnée pour être admis à enseigner la musique instrumentale à la Haute Ecole de musique du Conservatoire. Ils ne soutiennent pas davantage que la différence de rémunération qui en résulte excéderait les limites posées par la jurisprudence, de sorte que ces questions n'ont pas à être traitées d'office. L'enseignement de la musique instrumentale dispensé dans les classes professionnelles du Conservatoire s'adressent à des élèves qui bénéficient d'un diplôme de maturité générale ou d'un titre jugé équivalent, soit à des adultes qui se destinent à enseigner la musique instrumentale dans les cycles d'orientation et les écoles secondaires supérieures, alors que les chargés de cours à la Haute Ecole pédagogique dispensent la musique instrumentale à des élèves qui se destinent à l'enseignement au niveau de l'école enfantine ou dans les classes primaires (art. 24 LHEP). La cour cantonale pouvait ainsi de manière soutenable admettre que le niveau de l'enseignement de la musique dans les classes professionnelles était différent de celui pratiqué dans les classes de la Haute Ecole pédagogique. Le fait que la formation suivie au sein de ces deux écoles soit sanctionnée par la délivrance d'un diplôme d'enseignement, respectivement d'un Bachelor of Arts n'est pas déterminant. Les recourants ne démontrent pas que le Bachelor of Arts in Music délivré par la Haute Ecole de musique du Conservatoire serait équivalent au Bachelor of Arts in Pre-Primary and Primary Education obtenu à la Haute Ecole pédagogique. C'est donc à juste titre que la cour cantonale a nié l'analogie alléguée par les recourants de leur fonction de chargé de cours de musique instrumentale à la Haute école pédagogique avec les professeurs enseignant la même branche à la Haute Ecole de musique du Conservatoire.

5.6 Le Tribunal cantonal a estimé que les chargés de cours en musique instrumentale à la Haute Ecole pédagogique étaient soumis à des exigences similaires à celles des professeurs enseignant la même matière à l'Ecole de musique du Conservatoire en ce qui concerne aussi bien le suivi des élèves, la préparation des examens, l'organisation des concerts, la création de groupes de musiciens que les relations à entretenir avec les parents

et élèves. Ils sont également astreints à une formation continue et doivent se tenir au fait de tous les courants musicaux.

Les recourants ne le contestent pas vraiment. Ils insistent sur le fait que l'enseignement de la musique instrumentale à la Haute Ecole pédagogique est donné à des élèves adultes disposant d'une formation de base et désireux d'enseigner, alors que celui prodigué à l'Ecole de musique du Conservatoire s'adresse essentiellement à des enfants ou à des adolescents qui ne bénéficient d'aucune formation préalable et ne se destinent pas à l'enseignement. Ils en déduisent que le niveau musical dispensé au sein de ces deux établissements ne serait pas comparable ce qui justifierait de les traiter différemment. Ils font également valoir que le contenu de l'enseignement de la musique instrumentale dispensé à l'Ecole normale cantonale, puis à la Haute Ecole pédagogique serait fondamentalement différent de celui prodigué à l'Ecole de musique du Conservatoire. Les formateurs doivent en effet être en mesure de chanter correctement et de s'accompagner sur l'instrument tout en chantant, ce qui implique de savoir appliquer des notions fondamentales d'harmonie et du solfège et une coordination entre le chant et la réalisation harmonique. Cet aspect particulier de l'enseignement serait propre à l'Ecole normale cantonale; il nécessiterait de la part des professeurs qui le prodiguent une connaissance approfondie de ces branches, ce qui ne serait pas le cas des enseignants à l'Ecole de musique du Conservatoire. Enfin, l'enseignement de la musique instrumentale dispensé à l'Ecole normale est évalué au moyen de notes, respectivement de crédits qui sont attribués chaque semestre aux élèves et par un examen effectué à la fin de la troisième année devant expert. L'enseignement dispensé à l'Ecole de musique du Conservatoire est en revanche évalué en cours d'année au moyen d'auditions, qui interviennent à la demande de l'élève et qui ne s'apparentent pas à des notes. Ces différences justifieraient un traitement différent et adapté en conséquence.

Les recourants ne démontrent pas que les différences alléguées se traduiraient par des exigences plus sévères dans les qualités requises des professeurs enseignant la musique instrumentale à la Haute Ecole pédagogique ou à l'Ecole de musique du Conservatoire, que ce soit dans la formation de base ou l'expérience professionnelle exigée, qui imposeraient une appréciation différente de leur fonction. Ils n'indiquent pas davantage sur quels critères ou sous-critères du système d'évaluation Evalfri ces différences exerceraient une influence dont la Commission d'évaluation et le Conseil d'Etat n'auraient à tort pas tenu compte. On ne saurait dès lors leur reprocher de ne pas les avoir jugées déterminantes dans l'évaluation des fonctions et d'avoir considéré l'enseignement de la musique instrumentale dispensé au sein des deux établissements comme équivalent. On observera que les études musicales suivies à l'Ecole de musique du Conservatoire sont sanctionnées soit par l'obtention d'un certificat amateur soit par la délivrance d'un certificat d'études préparatoires, préparant aux examens d'admission à la Haute Ecole de musique du Conservatoire (art. 16 de

l'ordonnance cantonale du 5 avril 2005 concernant les examens au Conservatoire). Les cours de musique instrumentale dispensés au sein de cette institution s'adressent donc aussi à des élèves adultes qui envisagent par la suite de suivre les cours de la Haute Ecole de musique. On ne saurait donc suivre les recourants lorsqu'ils visent à remettre en question la qualité de l'enseignement pratiqué à l'Ecole de musique au motif qu'il serait destiné à des élèves qui n'ont aucune formation de base et qui ne se destinent pas à l'enseignement.

5.7 En définitive, les recourants ne parviennent pas à démontrer que la nouvelle classification de leur fonction résulterait d'une évaluation arbitraire et discriminatoire de celle-ci qui appellerait une intervention du Tribunal fédéral compte tenu de son pouvoir d'appréciation limité.

6.

Les recourants soutiennent enfin que le transfert de leur profession dans les classes de traitement 17 à 18 consacrerait une inégalité de traitement avec les autres professeurs et chargés de cours oeuvrant au sein de la Haute Ecole pédagogique, dont les fonctions sont colloquées en classes 24 à 27, respectivement en classes 22 à 24. Ils seraient en outre moins bien traités que les collaborateurs techniques dans les hautes écoles, qui sont classés de 17 à 20 alors qu'ils disposent d'une formation de base moins développée. Compte tenu de leur formation, leur rémunération devrait se situer au minimum au niveau des chargés de cours bénéficiant d'une formation pour hautes études, soit en classes 22 à 24, alors qu'elle correspondrait au traitement versé aux enseignants à l'école enfantine ou primaire.

Les recourants n'ont pas invoqué ces griefs à l'appui de leur recours cantonal, essentiellement basé sur une prétendue inégalité de traitement avec les professeurs enseignant la musique instrumentale au Conservatoire. La jurisprudence fait une exception à la règle de l'épuisement des instances cantonales exprimée à l'art. 80 al. 1 LTF et admet la recevabilité de moyens de droit nouveaux lorsque l'autorité cantonale de dernière instance disposait d'un libre pouvoir d'examen et devait appliquer le droit d'office, pour autant qu'ils ne se confondent pas avec l'arbitraire et que leur invocation ne soit pas contraire à la règle de la bonne foi (cf. arrêt 1C_251/2007 du 3 mars 2008 consid. 4; cf. Message du 28 février 2001 concernant la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale, FF 2001 p. 4123). Le Tribunal cantonal n'était en l'occurrence pas limité par les motifs invoqués et devait appliquer le droit d'office (art. 10 al. 1 et 95 al. 3 du Code de procédure et de juridiction administrative du canton de Fribourg). Les griefs portent sur un droit constitutionnel distinct de l'arbitraire. On peut en revanche se demander si les recourants n'agissent pas contrairement aux règles de la bonne foi en les invoquant seulement devant le Tribunal fédéral. Cette question peut demeurer indécise car ils ne démontrent pas, comme il leur appartenait de faire, que les exigences requises quant à la formation de base ou à l'expérience professionnelle des professeurs enseignant les autres branches au sein de la Haute Ecole pédagogique, rémuné-

rés dans les classes 24 à 27 seraient identiques aux leurs. Ils n'ont pas demandé la production des évaluations des fonctions concernées selon le système Evalfri qui auraient permis de connaître la notation donnée à chaque critère et sous-critère, de sorte que le Tribunal fédéral n'est pas en mesure de statuer en toute connaissance de cause à ce sujet. Le grief ne répond ainsi pas aux exigences de motivation requises par les art. 42 al. 2 et 106 al. 2 LTF. Il en va de même de la comparaison faite avec les chargés de cours qui bénéficient d'une formation pour les hautes études et les collaborateurs techniques dans les hautes écoles.

Bundesgericht, Urteil vom 16. Dezember 2008, Doss.-Nr. 4A_319/2008 (Bestätigung des Urteils des Cour d'appel de la juridiction des prud'hommes du canton de Genève vom 27. Mai 2008), in: BGE 135 III 162.

Tribunal fédéral, Arrêt du 16 décembre 2008, Doss.-No. 4A_319/2008 (Confirmation de l'arrêt de la Cour d'appel de la juridiction des prud'hommes du canton de Genève du 27 mai 2008), in: ATF 135 III 162.

Ausländische Hausangestellte im Dienste einer Diplomatin; zivilrechtliche Auswirkungen einer Erklärung der Arbeitgeberin gegenüber der Schweizerischen Eidgenossenschaft (OR 342 II).

Die Abgabe einer Legitimationskarte an eine ausländische Hausangestellte setzt namentlich eine Garantieerklärung der Arbeitgeberin voraus, in der sie sich insbesondere verpflichtet, die Arbeitnehmerin in Vollzeit zu beschäftigen. Die Arbeitnehmerin kann sich vor dem Zivilrichter auf diese öffentlich-rechtliche Verpflichtung berufen (E. 3.2).

Rechtsmissbrauch der Arbeitnehmerin im vorliegenden Fall verneint (E. 3.3).

Employée de maison étrangère au service d'une diplomate; effets de droit civil d'une déclaration de l'employeur envers la Confédération suisse (342 II CO).

L'octroi d'une carte de légitimation à la domestique étrangère suppose notamment une déclaration de garantie de l'employeur, qui s'engage en particulier à occuper l'employée à plein temps. La travailleuse peut se prévaloir de cette obligation de droit public devant le juge civil (c. 3.2).

Abus de droit de l'employée nié en l'espèce (c. 3.3).

Faits:

A.

En 1999, un diplomate travaillant au sein d'une mission permanente, à Genève, cherchait à engager comme employée de maison Y., ressortis-

sante des Philippines résidant alors dans ce pays. La procédure d'engagement était soumise à la directive du 1^{er} mai 1998 du Département fédéral des affaires étrangères (DFAE) sur l'engagement des domestiques privés par les fonctionnaires internationaux (ci-après: directive du DFAE de 1998 ou la directive), en vigueur jusqu'au 30 avril 2006. Parmi les conditions d'admission et de séjour du domestique privé, le chiffre 3.1 de la directive instituait notamment l'obligation de travailler à plein temps pour un seul et même employeur; à titre exceptionnel, un domestique privé engagé selon le chiffre 3.1 pouvait être autorisé à travailler pour deux employeurs, lesquels devaient tous deux être autorisés à engager un domestique privé au bénéfice d'une carte de légitimation (chiffre 3.21 de la directive). L'établissement d'une carte de légitimation supposait que l'organisation de l'employeur adressât à la Mission suisse, avant la prise d'emploi, diverses pièces justificatives, dont la déclaration de garantie de l'employeur, signée par celui-ci, et la déclaration du domestique privé, signée par ce dernier.

Par la déclaration susmentionnée, l'employeur garantissait vis-à-vis des autorités suisses le paiement de cotisations et frais déterminés (cotisations aux assurances selon les dispositions de la directive, frais médicaux non couverts par les assurances, frais de voyage du retour dans le pays d'origine du domestique privé) ainsi que la fourniture du logement et de la nourriture conformément à la directive; par ailleurs, l'employeur déclarait avoir pris connaissance des dispositions de la directive et de la déclaration faite par son futur domestique privé.

Dans la déclaration de l'employé, le domestique privé prenait note, entre autres, qu'il devait travailler à plein temps pour un seul et même employeur, à moins d'avoir été autorisé par la Mission suisse à travailler simultanément pour deux employeurs.

Y. a signé la déclaration du domestique privé; son futur employeur a signé la déclaration de garantie de l'employeur, avant de faire parvenir les deux documents à la Mission suisse. Les parties ont conclu ensuite un contrat de travail, dans lequel l'employeur s'engageait notamment à occuper Y. à raison de huit heures par jour, six jours par semaine.

Ayant obtenu le visa demandé, l'employée de maison est arrivée en Suisse en janvier 2000. La Mission suisse lui a délivré une carte de légitimation F. Dès le début des rapports de travail, l'employeur a informé Y. qu'il n'était pas à même de l'occuper à plein temps et qu'elle devait chercher un travail complémentaire ailleurs. Elle a rapidement trouvé un tel emploi auprès d'une fonctionnaire internationale; cette deuxième activité n'a pas été autorisée par le DFAE.

Avant son départ de Suisse, en mars 2001, l'employeur a suggéré à Y. d'entrer au service d'un autre diplomate, lequel a déferé à la procédure d'engagement prévue par la directive. A son tour, le nouvel employeur a fait savoir à Y. qu'il ne pouvait lui fournir un emploi à plein temps, mais tout au plus une mise à contribution de neuf heures par semaine.

Avant de quitter la Suisse en avril 2003, le deuxième employeur a re-commandé Y. à X., alors diplomate auprès d'une mission permanente. Conformément à la procédure d'engagement prévue par la directive du DFAE de 1998, X. a fait signer à Y. la déclaration du domestique privé et a signé la déclaration de garantie de l'employeur, puis elle a fait parvenir ces documents, par les soins de sa mission permanente, à la Mission suisse, laquelle a établi à l'intention de Y. une nouvelle carte de légitimation F. X. a d'emblée fait savoir à l'employée de maison qu'elle n'était pas à même de lui fournir un emploi à plein temps. Elle l'a encouragée à trouver un autre employeur pour le temps restant. Les parties ont signé un contrat de travail, prévoyant notamment une durée de travail de neuf heures par semaine et un salaire mensuel brut de 948 fr. 50. En réalité, dès le début des rapports de travail, fin mai 2003, X. n'a occupé Y. que trois heures par semaine et lui versait 240 fr. par mois; X. a pris en charge la totalité des primes d'assurance-maladie de la travailleuse. Le contrat de travail a pris fin le 26 juillet 2004.

Du 1^{er} juin 2003 au 31 juillet 2004, Y. a réalisé en sus un revenu mensuel de 1340 fr., correspondant à des prestations de travail effectuées auprès d'autres employeurs. Elle n'a pas pris de vacances pendant cette période.

B.

Le 4 décembre 2006, Y. a assigné X. en paiement de 43 916 fr. 95, soit 40 540 fr. à titre de différence entre le salaire payé et le salaire prévu pour un emploi à plein temps par le contrat-type genevois pour les travailleurs de l'économie domestique et 3376 fr. 95 à titre d'indemnité de vacances non prises, le tout avec intérêts.

Par jugement du 7 août 2007, le Tribunal des prud'hommes du canton de Genève a condamné X. à payer à Y. le montant brut de 280 fr. avec intérêts, à titre d'indemnité pour vacances non prises.

Statuant le 27 mai 2008 sur appel de Y., la Cour d'appel de la juridiction des prud'hommes a annulé le jugement de première instance et condamné l'employeuse à verser à Y. la somme nette de 6815 fr. 50 avec intérêts. Selon l'arrêt cantonal, la travailleuse pouvait prétendre à un salaire pour un emploi à plein temps pendant quatorze mois, soit du 1^{er} juin 2003 au 31 juillet 2004. En substance, la cour cantonale a considéré qu'en signant la déclaration de garantie, l'employeuse avait attesté savoir que l'engagement à plein temps de la domestique constituait l'une des conditions d'admission et de séjour en Suisse de ladite employée; ce faisant, l'employeuse était tenue, en vertu d'une obligation de droit public, de respecter cet engagement, dont la travailleuse pouvait se prévaloir devant les tribunaux civils, conformément à l'art. 342 al. 2 CO («effet horizontal» de l'engagement). La Cour d'appel excluait par ailleurs tout abus de droit de la part de l'employée. Au montant de 33 700 fr. représentant le salaire dû pendant quatorze mois pour un travail à temps plein, il convenait d'ajouter l'indemnité pour les vacances par 1244 fr. 50. De la somme totale de

34 944 fr. 50 ainsi obtenue, la cour cantonale a déduit le salaire perçu de X. (3360 fr.), les revenus réalisés chez d'autres employeurs (18 760 fr.) et les primes d'assurance-maladie payées par l'employeuse (6009 fr.) pour aboutir à un solde de 6815 fr. 50 encore dû à Y.

C.

Parallèlement à un recours constitutionnel subsidiaire qui a été déclaré irrecevable, X. a interjeté un recours en matière civile. Elle demandait au Tribunal fédéral d'annuler l'arrêt cantonal et de confirmer le jugement de première instance.

Extraits des considérants:

3.

3.1 Selon le contrat de travail signé par les parties, l'intimée devait fournir sa prestation à raison de neuf heures par semaine. En réalité, la recourante n'a occupé l'employée de maison que trois heures par semaine. Il ne résulte pas de l'état de fait déterminant que l'intimée, qui travaillait par ailleurs pour une autre employeuse, ait demandé à effectuer six heures hebdomadaires supplémentaires auprès de la recourante ou, à tout le moins, ait offert ses services dans cette mesure. Dans ces conditions, il convient de retenir l'existence d'un accord implicite sur un taux d'occupation de trois heures par semaine.

3.2 La question litigieuse en l'espèce est la suivante: l'intimée ne peut-elle réclamer à la recourante que le salaire afférent aux heures de travail fournies effectivement et conformément au contrat? Ou alors peut-elle prétendre au salaire correspondant à un emploi à plein temps, en se prévalant, par le biais de l'art. 342 al. 2 CO, d'une obligation de droit public de la recourante portant sur l'engagement d'une domestique privée à temps complet?

3.2.1 L'art. 342 al. 2 CO autorise une partie à un contrat de travail à agir civilement afin d'obtenir l'exécution d'une obligation de droit public imposée à son cocontractant par des dispositions fédérales ou cantonales sur le travail et susceptible d'être l'objet d'un contrat individuel de travail. L'obligation de droit public peut résulter directement d'une norme générale et abstraite, mais elle peut aussi être fondée sur une décision (STAEHELIN/VISCHER, Zürcher Kommentar, 3^e éd. 1996, n° 15 ad art. 342 CO; MANFRED REHBINDER, Berner Kommentar, 2^e éd. 1992, n° 14 ad art. 342 CO).

Dans le domaine du droit des étrangers ordinaire, le Tribunal fédéral a appliqué l'art. 342 al. 2 CO en rapport avec l'art. 9 al. 1 de l'ordonnance du 6 octobre 1986 limitant le nombre des étrangers (OLE, RO 1986 1794; en vigueur jusqu'au 31 décembre 2007; cf. actuellement art. 22 LEtr [RS 142.20] et art. 22 de l'ordonnance relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative du 24 octobre 2007 [OASA; RS 142.201]), disposition qui soumet l'autorisation nécessaire pour exercer

une activité lucrative, notamment, à la garantie que le travailleur bénéficie des conditions de rémunération usuelles dans la localité et la profession en question. Il a ainsi admis qu'une fois l'autorisation délivrée, l'employeur est tenu, en vertu d'une obligation de droit public, de respecter les conditions qui l'assortissent, en particulier le salaire approuvé par l'autorité administrative; le travailleur dispose alors d'une prétention qu'il peut exercer devant les juridictions civiles, le juge civil étant lié par les conditions de rémunération fixées dans l'autorisation délivrée pour un emploi donné. Dans ce contexte, le Tribunal fédéral a rappelé le but visé par l'art. 9 OLE, qui tend à maintenir la paix sociale en préservant les travailleurs suisses d'une sous-enchère salariale induite par la main d'oeuvre étrangère, d'une part, et en protégeant les travailleurs étrangers eux-mêmes, d'autre part (ATF 122 III 110 consid. 4d p. 114/115; ATF 129 III 618 consid. 5.1 p. 621/622 et consid. 6.1 p. 623).

3.2.2 La procédure permettant à l'intimée, de nationalité étrangère, de travailler en Suisse pour la recourante, diplomate auprès d'une mission permanente, n'était pas régie par le droit des étrangers ordinaire. Aux termes de l'art. 25 al. 1 let. f de la loi fédérale sur le séjour et l'établissement des étrangers du 26 mars 1931 applicable à l'époque (LSEE; RS 1 113; cf. actuellement art. 98 al. 2 LEtr), le Conseil fédéral est autorisé à régler, dans le domaine de la police des étrangers, le traitement spécial des représentants d'Etats étrangers ou des membres d'organisations internationales. Il a ainsi soustrait à l'application de l'OLE, en particulier, les membres de missions diplomatiques et permanentes ainsi que le personnel privé au service de ces personnes, pour autant qu'ils soient titulaires d'une pièce de légitimation établie par le DFAE (art. 4 al. 1 let. a et d OLE; cf. actuellement, art. 43 al. 1 let. a et d OASA). C'est en effet le DFAE qui est compétent pour délivrer la carte de légitimation, valant à la fois titre de séjour et autorisation de travail dans un domaine délimité (cf. arrêt 2A.432/1999 du 12 avril 2000 consid. 2; LUCIUS CAFLISCH, La pratique suisse en matière de droit international public, Annuaire suisse de droit international 1988, p. 238/239).

Le séjour du domestique privé étranger en Suisse est soumis à certaines conditions, dont celle de travailler à plein temps pour un seul et même employeur (art. 3.1 de la directive du DFAE de 1998); l'unique dérogation concerne la possibilité de répartir ce temps de travail entre deux employeurs autorisés à engager un tel travailleur étranger (art. 3.21 de la directive). L'exigence d'un emploi à temps complet, voire de deux emplois représentant ensemble une activité à cent pour cent, vise à garantir des moyens de subsistance suffisants au domestique, dès lors qu'un emploi à temps partiel dans ce secteur ne permet guère de réaliser un revenu assurant une existence décente. Cette condition tend ainsi à protéger l'employé de maison étranger, mais également à éviter le travail au noir, source de dumping salarial défavorable aux travailleurs suisses. Ce double objectif de protection, qui cherche à préserver la paix sociale, correspond au but visé

par l'art. 9 OLE en imposant le respect des conditions salariales usuelles par l'employeur qui occupe un travailleur étranger. A cet égard, le taux d'occupation imposé, qui influe nécessairement sur la rémunération, joue un rôle similaire au salaire agréé par l'autorité cantonale dans le régime ordinaire applicable aux étrangers voulant travailler en Suisse.

Pour obtenir une carte de légitimation en faveur d'un domestique privé, l'employeur n'a pas à fournir un contrat de travail écrit, contrairement à ce qui est exigé dans le droit des étrangers ordinaire (art. 9 al. 3 OLE); en revanche, il doit remettre aux autorités suisses différents documents, dont la déclaration de garantie de l'employeur.

En l'espèce, la recourante a déposé une telle pièce, dans laquelle elle déclare avoir pris connaissance des dispositions de la directive du DFAE de 1998; l'exigence du travail à plein temps figure parmi ces dispositions. Cette déclaration ne peut se comprendre que comme un engagement de l'employeuse envers la Confédération d'occuper la domestique à temps complet et de la payer en conséquence. En déclarant savoir que le séjour en Suisse suppose un emploi à temps complet, l'employeur promet par là-même d'engager le domestique à ce taux d'occupation. Contrairement à ce que la recourante soutient, la distinction opérée dans la déclaration entre les points garantis par l'employeur et ceux simplement connus de celui-ci relève de la pure forme et ne saurait traduire une différence de fond, en tout cas sur un élément aussi important que la durée du temps de travail conditionnant l'octroi de la carte de légitimation. L'engagement de l'employeur à cet égard est encore renforcé par la remise aux autorités suisses, par le fonctionnaire international, de la déclaration de l'employé, dont l'employeur atteste connaître la teneur; en effet, le domestique y déclare précisément avoir pris connaissance du fait qu'il doit travailler à plein temps pour le même employeur. Il s'ensuit que, comme la cour cantonale l'a bien vu, la recourante s'est obligée envers les autorités suisses à engager l'intimée à temps complet.

Il reste à examiner si l'employée de maison peut se prévaloir de cette obligation de droit public devant le juge civil. Dans le droit des étrangers ordinaire, l'octroi d'une autorisation de travail dépend en particulier de l'approbation par l'autorité du salaire convenu par les parties, lequel doit correspondre au niveau de la rémunération en usage dans la localité et la profession considérées. Dans le droit spécial applicable en l'espèce, la délivrance d'une carte de légitimation au domestique privé par le DFAE suppose notamment l'engagement susmentionné de l'employeur d'offrir à l'employé un travail à plein temps. Comme déjà relevé, les conditions exigées dans les deux procédures présentent une analogie et poursuivent le même but. Rien ne justifie dès lors de traiter différemment les deux situations dans leurs effets de droit civil.

Au surplus, la recourante ne peut se prévaloir de la liberté économique, et singulièrement de la liberté contractuelle, pour se soustraire à son propre engagement envers l'Etat et, par extension, envers son employée.

Au demeurant, l'employeuse n'a pas été entravée dans sa liberté économique puisqu'elle pouvait engager comme domestique une ressortissante suisse ou étrangère au bénéfice d'une autorisation ordinaire (cf. CAROLINE KRAEGE, *Sonderregelungen für Personen [...]*, in *Ausländerrecht*, 2^e éd. 2009, n° 5.133 p. 182). La liberté économique n'emporte pas le droit pour le fonctionnaire international de prendre à son service comme employé de maison n'importe quel ressortissant étranger, indépendamment de toute procédure d'admission en Suisse.

Sur le vu de ce qui précède, l'intimée disposait d'une prétention de droit privé, fondée sur la déclaration de garantie de l'employeur, à être occupée à plein temps par la recourante. La conclusion dans ce sens de la cour cantonale ne consacre aucune violation du droit fédéral.

3.3 Il convient encore d'examiner si, comme la recourante le prétend, l'intimée commet un abus de droit en se prévalant de cette prétention.

3.3.1 A teneur de l'art. 2 al. 2 CC, l'abus manifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi. La règle prohibant l'abus de droit permet au juge de corriger les effets de la loi dans certains cas où l'exercice d'un droit allégué créerait une injustice manifeste (ATF 134 III 52 consid. 2.1 p. 58 et les références). L'existence d'un abus de droit se détermine selon les circonstances concrètes du cas, en s'inspirant des diverses catégories mises en évidence par la jurisprudence et la doctrine (ATF 129 III 493 consid. 5.1 p. 497 et les arrêts cités). L'emploi dans le texte légal du qualificatif «manifeste» démontre que l'abus de droit doit être admis restrictivement. Les cas typiques en sont l'absence d'intérêt à l'exercice d'un droit, l'utilisation d'une institution juridique contrairement à son but, la disproportion manifeste des intérêts en présence, l'exercice d'un droit sans ménagement ou l'attitude contradictoire (ATF 129 III 493 consid. 5.1 p. 497; ATF 127 III 357 consid. 4c/bb p. 364). Dans cette dernière catégorie, le comportement de celui qui accepte d'abord de conclure une convention et qui, par la suite, en considération de règles impératives, excipe de l'invalidité de cette même convention, n'est toutefois constitutif d'abus de droit que si des conditions particulières sont réalisées (ATF 133 III 61 consid. 4.1 p. 76; ATF 129 III 493 consid. 5.1 p. 497). Une telle limitation s'impose spécialement en matière de contrat de travail car, à défaut, la protection assurée au travailleur par des dispositions impératives peut se révéler illusoire (ATF 129 III 493 consid. 5.1 p. 497, ATF 129 III 618 consid. 5.2 p. 622). Il incombe à la partie qui se prévaut d'un abus de droit d'établir les circonstances particulières qui autorisent à retenir cette exception (ATF 133 III 61 consid. 5.1 p. 76 et les références).

3.3.2 En l'espèce, l'intimée a accepté de ne travailler que trois heures par semaine pour la recourante; or, elle avait signé la déclaration de l'employé et pris ainsi note qu'elle devait travailler à cent pour cent pour le même employeur, sauf dérogation n'entrant pas en ligne de compte dans le cas présent. La seule contradiction résultant de ces deux actes ne suffit pas à qualifier la prétention de l'intimée d'abus, d'autant plus que la recou-

rante elle-même a adopté la même attitude inconséquente et n'a pas hésité à tromper les autorités pour pouvoir engager la domestique philippine. Pour le reste, les constatations de l'autorité cantonale ne laissent pas apparaître des circonstances particulières qui justifieraient de ne pas reconnaître la prétention de l'intimée à un travail à plein temps.

Le moyen tiré de l'art. 2 al. 2 CC est par conséquent mal fondé.

3.4 A juste titre, la recourante ne critique pas les considérants de l'arrêt attaqué sur la demeure de l'employeur. Si elle pouvait prétendre à travailler à cent pour cent pour la recourante, l'intimée n'avait pas à offrir ses services pour la durée du temps de travail dépassant trois heures par semaine, dès lors que l'employeuse lui avait fait clairement savoir qu'elle ne pouvait l'occuper plus longtemps que l'horaire convenu (cf. entre autres, arrêt 4A_332/2007 du 15 novembre 2007 consid. 2.1; GABRIEL AUBERT, in Commentaire romand, Code des obligations, vol. I, 2003, n° 3 ad art. 324 CO). La recourante en demeure restait dès lors tenue de payer le salaire pour un emploi à plein temps (art. 324 al. 1 CO; cf. également CAROLINE KRAEGE, op. cit., n° 5.142, p. 184), sous réserve de l'imputation liée aux revenus réalisés en exécutant un autre travail (art. 324 al. 2 CO). Le calcul effectué en l'espèce par la cour cantonale, qui aboutit à un solde de 6815 fr. 50 en faveur de l'intimée, n'est pas remis en cause par la recourante et n'a pas à être examiné par la cour de céans.

3.5 En conclusion, le recours en matière civile doit être rejeté.

Kanton Bern

Obergericht des Kantons Bern, Urteil vom 22. Oktober 2008 (Bestätigung des Urteils des Gerichtspräsidenten 2 des Gerichtskreises V Burgdorf-Fraubrunnen vom 16. April 2008)

OR 335f. In casu hat der Arbeitgeber eine Massenentlassung in zwei Phasen abgewickelt. Im Zuge der zweiten Phase der Massenentlassung erübrigt sich die Ansetzung einer neuen – nicht zwingenden – Konsultationsfrist zur Unterbreitung von Vorschlägen, wie die Kündigungen vermieden oder deren Zahl beschränkt sowie ihre Folgen gemildert werden können. Hatte der Arbeitnehmer bereits in der ersten Phase der Massenentlassung Gelegenheit zur Unterbreitung konkreter Vorschläge, ist in der zweiten Phase jedenfalls eine Konsultationsfrist von 7 Tagen ausreichend (E. III.C.3.2.3).

Der Wortlaut von OR 336 II lit. c macht klar, dass eine Verletzung der Pflicht, dem Arbeitsamt eine Kopie der Mitteilung gemäss OR 335f III zuzustellen, nicht die Missbräuchlichkeit der Kündigung zur Folge hat. Sanktioniert werden soll in OR 336 die Verletzung der Mitwirkungsrechte der Arbeitnehmerschaft und nicht diejenige der arbeitsmarktbezogenen Pflichten gegenüber dem Arbeitsamt (E. III.C.3.2.3).

Sachverhalt:

Der Kläger war ab 1. November 1999 bei der Beklagten als Aussen-dienstmitarbeiter beschäftigt. Die Beklagte leitete im Frühjahr 2004 eine Umstrukturierung ihrer Geschäftstätigkeit ein. In einer ersten Phase wurde die Produktion von graphischen Filmen ausgelagert und es wurden 38 Stellen abgebaut. Im Spätherbst 2005 erfolgte die zweite Phase der Umstrukturierung, was einen Stellenabbau von 18 Mitarbeitern zur Folge hatte. Am 20. Oktober 2005 erfolgte die Information der Belegschaft über den Beginn der 2. Phase der Umstrukturierung, an welcher der Kläger infolge Abwesenheit nicht teilnehmen konnte. Am 21. Oktober 2005 wurde der Kläger anlässlich eines persönlichen Gesprächs durch W., einem Mitarbeiter der Beklagten, informiert, dass er von der Entlassung betroffen sei. Es wurde ihm die Frühpensionierung in Aussicht gestellt. Mit Schreiben vom 27. Oktober 2005 kündigte die Beklagte dem Kläger auf den 30. April 2006 mit dem Hinweis auf die Frühpensionierung und den Sozialplan. Am 16. November 2005 stellte die Beklagte dem Kläger ein inhaltlich identisches Schreiben mit dem Hinweis, er könne sich das gesamte Pensionskassenkapital ausbezahlen lassen, zu. Mit Schreiben vom 19. Januar 2006 bekräftigte sie die Kündigung neuerlich. Am 22. Januar 2006 bestätigte der

Kläger den Erhalt der Kündigung vom 19. Januar 2006. Wie er ausführte, könne er den Grund der Kündigung nicht akzeptieren und er verlange eine Neuformulierung der Kündigung mit der Angabe der wirtschaftlichen Lage der Unternehmung als Kündigungsgrund. Gleichzeitig verlangte er die Zahlung einer Abgangsentschädigung. Mit Schreiben vom 26. Januar 2006 teilte die Beklagte dem Kläger mit, dass sie an der Kündigung festhalte und er per 1. Februar 2006 freigestellt werde. Mit Schreiben vom 28. Januar 2006 verlangte der Kläger weiterhin die Erwähnung des richtigen Grundes der Kündigung. Mit Schreiben vom 1. Februar 2006 erhob er Einsprache gegen die Kündigung. Nach Erhebung der Klage durch den Kläger wies der Gerichtspräsident 2 des Gerichtskreises V Burgdorf-Fraubrunnen mit Urteil vom 16. April 2008 die klägerischen Begehren ab.

Aus den Erwägungen:

III.

C.

3.2 Missbräuchlichkeit der Massentlassung

3.2.1 Selbst wenn der Kläger die Einsprache gültig erhoben hätte, ist die Klage wegen missbräuchlicher Massentlassung aus den folgenden Gründen abzuweisen:

Es ist unbestritten, dass die Beklagte im Frühling 2004 im Zuge der Umstrukturierung 38 Stellen und im Spätherbst 2005 weitere 18 Stellen abgebaut hat. Bestritten ist indessen, dass die Formalien der Massentlassung bei der zweiten Entlassungswelle im Jahr 2005 eingehalten wurden.

3.2.2 Gemäss Art. 336 Abs. 2 lit. c OR ist eine Kündigung missbräuchlich, wenn eine Massentlassung vorliegt und die Arbeitnehmervertretung, bzw. falls es keine solche gibt, die Arbeitnehmer nicht gemäss Art. 335f OR konsultiert wurden. Der Arbeitgeber muss den Arbeitnehmern zumindest die Möglichkeit geben, Vorschläge zu unterbreiten, wie die Kündigungen vermieden oder deren Zahl beschränkt sowie ihre Folgen gemildert werden können (Art. 335f Abs. 2 OR). Den Arbeitnehmern bzw. der Arbeitnehmervertretung auf jeden Fall schriftlich mitzuteilen sind die Gründe der Massentlassung, die Zahl der Arbeitnehmer, denen gekündigt werden soll, die Zahl der in der Regel beschäftigten Arbeitnehmer sowie der Zeitraum, in dem die Kündigungen ausgesprochen werden sollen (Art. 335f Abs. 3 OR). Dem kantonalen Arbeitsamt hat der Arbeitgeber eine Kopie der Mitteilung zuzustellen (Art. 335f Abs. 4 OR). Über die Dauer der Konsultationsfrist schweigt sich das Gesetz aus.

Eine Massentlassung liegt vor, wenn ein Arbeitgeber innert 30 Tagen in einem Betrieb aus Gründen, die in keinem Zusammenhang mit der Person des Arbeitnehmers stehen, einer Mindestanzahl von Arbeitnehmern kündigt (mindestens 10 bzw. 10% bzw. 30; vgl. Art. 335d OR). In casu sollten von den bestehenden 73 Arbeitsplätzen 18 Stellen abgebaut werden, wobei 3 natürliche Abgänge, 6 Frühpensionierungen und 9 Kündigungen

geplant waren, weshalb eine Massenentlassung zu bejahen ist. Dies wird auch von der Beklagten nicht bestritten.

Eine Kündigung, die unter Verletzung der (Verfahrens-)Vorschriften über die Massenentlassung – insbesondere ohne Anzeige an das kantonale Arbeitsamt gemäss Art. 335g Abs. 1 OR erfolgt, ist gültig (BGE 132 III 406). Indessen wird die Kündigungsfrist und damit der Zeitpunkt der Beendigung des Arbeitsverhältnisses längstens bis zum Antritt einer neuen Stelle verlängert, da sich der Arbeitnehmer mit Antritt einer neuen Stelle implizit mit der Kündigung einverstanden erklärt (BGE 132 III 412). Dementsprechend ist festzuhalten, dass die Kündigung vom 27. Oktober 2005 selbst dann gültig wäre, wenn die Vorschriften über die Massenentlassung verletzt worden wären. Eine Verlängerung des Arbeitsverhältnisses über den 30. April 2006 hinaus bzw. entsprechende Lohnforderungen werden vorliegend nicht geltend gemacht.

Der Sinn der Konsultation besteht darin, den Arbeitnehmern eine Einwirkung auf die Entscheidungsfindung des Arbeitgebers zu ermöglichen. Die Arbeitnehmer sollen die Möglichkeit haben, den Arbeitgeber zu veranlassen, von ihnen vorgeschlagene alternative Massnahmen zu prüfen, bevor er sich endgültig zu einer Massentlassung entschliesst. Gemäss BGE 123 III 176 ist das Konsultationsverfahren deshalb vor der Kündigung einzuleiten und abzuschliessen. Das Bundesgericht führte im erwähnten Entscheid sodann weiter aus: «Der Arbeitgeber *kann* den Arbeitnehmern nach einheitlicher Lehre eine Frist zur Stellungnahme ansetzen. (...) Bei der Bemessung der Frist hat sich der Arbeitgeber an den Grundsatz von Treu und Glauben zu halten. Die Arbeitnehmer müssen genügend Zeit erhalten, um die Informationen des Arbeitgebers (...) verarbeiten, konstruktive Vorschläge formulieren und sie dem Arbeitgeber zur Kenntnis bringen zu können» (vgl. BGE 123 III 181). Demnach ist der Arbeitgeber nicht verpflichtet, eine Frist zur Stellungnahme anzusetzen. Es sind sodann stets die konkreten Umstände zu beachten (BGE 123 III 181). Das Bundesgericht entschied, dass jedenfalls eine Frist von 24 Stunden zu kurz, indessen eine Frist von vier bis sechs Wochen zu lang sei (BGE 123 III 182).

3.2.3 Die Umstrukturierung der Geschäftstätigkeit der Beklagten wurde im Jahr 2004 eingeleitet. Sie erfolgte in zwei Etappen. Bei den Entlassungen im Zusammenhang mit der 2. Phase der Umstrukturierung im Jahr 2005 handelt es sich grundsätzlich um eine neue Massenentlassung. Diese muss jedoch vorliegend im Zusammenhang mit der gesamten Umstrukturierung – also auch im Zusammenhang mit der ersten Massentlassung – gesehen werden, handelte es sich doch klar um eine einheitliche betriebswirtschaftliche Strategie der Beklagten, die in zwei Etappen abgewickelt werden sollte. Vorab ist somit zu prüfen, welche Informationen der Belegschaft und damit auch dem Kläger im Rahmen der ersten Umstrukturierungsmassnahme vermittelt wurden.

Am 19. April 2004 erfolgte die erste Orientierung des Personals (mithin auch des Klägers), die Pressemitteilung hing intern am Anschlagbrett

auf und war zusätzlich auf dem Intranet, auf welches alle Mitarbeiter Zugriff hatten, aufgeschaltet. Die jüngeren Arbeitnehmer wurden dazu ermuntert, freiwillig zu kündigen. Damit war die Zusicherung einer Unterstützung von bis zu 8 Monatslöhnen verbunden (abhängig vom Alter, der Familiensituation etc.). Zusammen mit dem Stiftungsrat der Pensionskasse und unter Mitwirkung des Arbeitnehmervertreters wurde ab Sommer 2004 ein Sozialplan erarbeitet. Am 25./26. November 2004 wurde die wegen des massiven Ertragseinbruchs erforderliche Restrukturierung in X. und Y. im Detail intern und extern kommuniziert. Für die erste Phase war ein Abbau von 38 Stellen im Laufe des ersten Halbjahres 2005 vorgesehen. Ebenfalls noch im November 2004 wurde im ganzen Betrieb an den Anschlagsbrettern eine Orientierung über das Mitwirkungsverfahren aufgehängt und auch im Intranet publiziert, wobei das Ende der Konsultationsfrist auf den 8. Dezember 2004 angesetzt wurde. Insbesondere wurde in der Mitteilung vom 26. November 2004 bereits angekündigt, dass geplant sei, zu Beginn des Jahres 2006 die Betriebsliegenschaft in X. stillzulegen und alle verbleibenden Geschäftsaktivitäten nach Y. zu verlegen. Es war somit schon im November 2004 klar, dass eine zweite Umstrukturierungsphase folgen würde, zu der sich die Belegschaft äussern konnte.

Das beco bestätigte in seinem Bericht vom 13. August 2007, dass das beco am 25. November 2004 über die Restrukturierung der Beklagten schriftlich informiert worden sei. Das Mitwirkungsverfahren sei am 25. November 2004 eingeleitet worden und die Konsultationsfrist habe bis am 8. Dezember 2004 gedauert. Am 3. Dezember 2004 habe eine vom Regionalen Arbeitsvermittlungszentrum organisierte Informationsveranstaltung stattgefunden. Die Beklagte habe auch die Firma S. engagiert, um ein Outplacement durchzuführen. Demnach seien die gesetzlichen Bestimmungen nach Art. 335d, e, f und g OR von der Beklagten im Jahr 2004 respektiert worden.

Die Belegschaft wurde dementsprechend hinreichend über die geplanten Massnahmen orientiert und es wurde ihr hinreichend Zeit eingeräumt, um die Informationen des Arbeitgebers verarbeiten, konstruktive Vorschläge formulieren und sie dem Arbeitgeber zur Kenntnis bringen zu können. Somit ist festzuhalten, dass gegenüber den Beschäftigten im Zusammenhang mit der ersten Phase der Umstrukturierung die gemäss Art. 335f Abs. 3 OR erforderliche schriftliche Mitteilung gemacht wurde und damit das Mitwirkungsverfahren im Jahr 2004 korrekt ablief. Dies wurde auch vom beco im Bericht vom 13. August 2007 bestätigt.

Die zweite Phase der Umstrukturierung wurde im Detail im Sommer 2005 in Angriff genommen, wobei das Konzept des bisherigen Sozialplanes übernommen, jedoch mit Einverständnis der Fürsorgestiftung zur Vermeidung von Härtefällen so angepasst wurde, dass die Frühpensionierung von Mitarbeitern ab 60 und Mitarbeiterinnen ab 59 Jahren zugestanden wurde. Die Belegschaft (mit Ausnahme des Klägers) wurde am 20. Oktober 2005 über die Besonderheiten der 2. Phase der Umstrukturie-

rung zudem mündlich informiert. Gleichzeitig wurden die Betroffenen auf die Zusammenarbeit mit einem Outplacement-Spezialisten hingewiesen. Ein Aushang über die 2. Phase erfolgte am 20. Oktober 2005. Aus diesem Aushang geht einerseits – wie anlässlich der Information vom November 2004 bereits mitgeteilt – hervor, dass die Betriebs- und Verkaufsaktivitäten der Standorte X. und Y. zusammengelegt und die Betriebsliegenschaft in X. stillgelegt sowie die dortigen Betriebe nach Y. überführt werden sollten und andererseits, dass als Folge von den bestehenden 73 Arbeitsplätzen bis im Frühling 2006 18 Stellen abgebaut werden müssten (geplant waren 3 natürliche Abgänge, 6 Frühpensionierungen und 9 Kündigungen). Dies wurde auch im Intranet publiziert. Entgegen den Ausführungen des Klägers wurde die Belegschaft in der Mitteilung vom 20. Oktober 2005 somit sowohl über die Anzahl der Beschäftigten wie auch über die Anzahl der von der Massentlassung Betroffenen informiert. Der Kläger selbst konnte an der Informationsveranstaltung vom 20. Oktober 2005 nicht teilnehmen.

Hinsichtlich der ihm mitgeteilten Informationen führte der Kläger anlässlich der vorinstanzlichen Verhandlung aus: «Etwa 2002 oder 2003 hörte ich erstmals davon. Für mich war klar, dass Leute abgebaut werden sollten. Dies hatte aus meiner Sicht aber nichts mit meiner Funktion als Aussendienstmitarbeiter in der Ostschweiz zu tun. Als Herr W. in Gossau darüber gesprochen hat, habe ich gemerkt, dass es auch mich betrifft. Am folgenden Freitag wurde ich orientiert wegen der Frühpensionierung.» W. sagte diesbezüglich was folgt aus: «Wir hätten am 21.10. ohnehin ein Treffen in der Ostschweiz geplant und ich würde ihn dann direkt orientieren. (...) Wir gingen im Ochsen in Gossau Mittagessen und ich habe ihn über den 20.10. orientiert. Ich habe ihm gesagt, dass er im April nächsten Jahres 64 werde. Ich sagte, wir hätten mit Herrn R. eine valable Lösung und habe ihm die Frühpensionierung vorgeschlagen.»

Der Kläger wurde somit am 21. Oktober 2005 von W. mündlich darüber informiert, dass er frühpensioniert werden sollte. Gleichzeitig wurde er über die Informationsveranstaltung vom 20. Oktober 2005 orientiert. Aus dem Orientierungsblatt vom 20. Oktober 2005 sowie dem Intranet war für ihn wie auch für alle anderen Beschäftigten zudem ersichtlich, dass von den 73 Beschäftigten bis im Frühling 2006 insgesamt 18 Personen vom Stellenabbau betroffen waren. Auch der Grund für den Stellenabbau (Ertragseinbruch) war ihm und den anderen Mitarbeitern bekannt. Seine Kündigung erfolgte am 27. Oktober 2005 (Zugang frühestens am 28. Oktober 2005), mithin 7 Tage, nachdem ihm mitgeteilt worden war, dass er frühpensioniert werden sollte. Als Beilage zum Kündigungsschreiben vom 27. Oktober 2005 erhielt er sodann ein Merkblatt betreffend Auswirkungen der Frühpensionierung. Am 4. Januar 2006 machte der Kläger einen Gegenvorschlag im Zusammenhang mit dem Sozialplan, der von der Beklagten aber nicht angenommen wurde, weil er nach den Aussagen von W. gegen das Gleichbehandlungsgebot verstossen hätte.

Die Beklagte versuchte bereits im Vorfeld, die Folgen der geplanten Massnahmen abzumildern und erstellte einen Sozialplan, zusammen mit den Vertretern der Arbeitnehmerschaft (entgegen der Behauptung des Klägers war die Arbeitnehmerschaft bei der Ausarbeitung des Sozialplanes vertreten), welcher für die zweite Entlassungswelle noch verbessert wurde, indem das Frühpensionierungsalter herabgesetzt wurde.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Belegschaft durch Mitteilungsblatt am 20. Oktober und der Kläger selbst zudem mündlich am 21. Oktober 2005 über die ihn betreffende Massnahme (Frühpensionierung) bzw. über die 2. Massenentlassung, d.h. insbesondere über den Grund der Umstrukturierung, die Anzahl der Beschäftigten, die Zahl der Entlassenen sowie über den Zeitpunkt der Massnahmen informiert wurden. Die 2. Massentlassung war eine Folge der ab Sommer 2004 eingeleiteten Umstrukturierungen, was sich klar aus den beiden Mitteilungen vom November 2004 und Oktober 2005 ergibt. Dem Kläger war somit die schlechte wirtschaftliche Situation der Beklagten sowie die geplante zweiphasige Umstrukturierung spätestens seit dem Mitwirkungsverfahren im Jahr 2004, in welchem sich die Belegschaft zur Umstrukturierung und deren Folgen äussern konnte und ein Sozialplan erarbeitet worden war, bekannt und er wusste auch, dass er der Arbeitgeberin im Rahmen des Mitwirkungsverfahrens Vorschläge unterbreiten konnte. Es musste sämtlichen Beschäftigten sodann bewusst sein, dass auch in dieser 2. Phase mit Entlassungen gerechnet werden musste. Damit erübrigte sich die Ansetzung einer neuen – nicht zwingenden – Konsultationsfrist. Dem Kläger standen zudem vom Zeitpunkt des persönlichen Gesprächs mit W. am 21. Oktober 2005 bis zum Erhalt des Kündigungsschreibens vom 27. Oktober 2005 (Zugang frühestens am 28. Oktober 2005) mindestens 7 Tage zur Verfügung, um der Beklagten allfällige Vorschläge zu unterbreiten bzw. zur 2. Phase der Umstrukturierung Stellung zu nehmen. Da der Kläger bereits im Rahmen des Mitwirkungsverfahrens des Jahres 2004 die Möglichkeit hatte, sich einzubringen und der Beklagten konkrete Vorschläge zu unterbreiten, sind die ihm bei der 2. Massenentlassung zur Verfügung stehenden zusätzlichen 7 Tage als ausreichend zu betrachten, um sich eine Meinung zu bilden und zur Umstrukturierung sowie zum Stellenabbau bzw. zum (bereits seit dem Jahr 2004 bestehenden und sogar noch verbesserten) Sozialplan Stellung zu nehmen sowie konkrete Vorschläge zu unterbreiten. Die Anforderungen an das Konsultationsverfahren wurden damit auch im Rahmen der 2. Massenentlassung im Jahre 2005/2006 erfüllt, weshalb diesbezüglich keine Missbräuchlichkeit vorliegen kann.

Die Beklagte hat es indessen unterlassen, dem kantonalen Arbeitsamt sogleich eine Kopie dieser Mitteilung zuzustellen. Die Mitteilung an das kantonale Arbeitsamt wurde am 28. Februar 2006 nachgeholt. Gleichzeitig wurde dem beco die Liste der im Zuge der 2. Phase aus dem Arbeitsverhältnis ausgeschiedenen Personen inklusive der zugehörigen Unterlagen zugestellt. Das kantonale Arbeitsamt war jedoch bereits im Jahr 2004 über

die zweiphasige Umstrukturierung informiert worden. Dem Bericht des beco vom 13. August 2007 kann denn auch entnommen werden, dass zwar die erste Phase der Umstrukturierung dem beco ordnungsgemäss gemeldet worden sei, jedoch für die zweite Phase der Umstrukturierung keine Mitteilung ans beco erfolgt und das Mitwirkungsverfahren (Konsultationsfrist) nach Art. 335d ff. OR nicht durchgeführt worden sei. Diese Feststellung korrigierte das beco indessen mit email vom 14. August 2008, in welcher es festhielt: «Das Mitwirkungsverfahren (Konsultationsfrist) nach Art. 335g ff. OR wurde von der F. AG nicht durchgeführt». Damit stellte das beco klar, dass lediglich die gemäss Art. 335g OR erforderliche Mitteilung an das Arbeitsamt unterblieben war, was die Schlussfolgerung zulässt, dass es die übrigen Vorschriften als eingehalten erachtete.

Umstritten ist, welche Folgen eine Verletzung der Pflicht, dem Arbeitsamt eine Kopie zuzustellen, nach sich zieht. Der Wortlaut von Art. 336 Abs. 2 Bst. c macht klar, dass eine solche Verletzung nicht die Missbräuchlichkeit der Kündigung zur Folge hat (Hinweis auf verschiedene Autoren u.a. GEISER). Sanktioniert werden sollte in Art 336 die Verletzung der Mitwirkungsrechte der Arbeitnehmerschaft, nicht diejenige der arbeitsmarktbezogenen Pflichten gegenüber dem Arbeitsamt (STREIFF/VON KAENEL, N 8 zu OR 335f). Die unterlassene bzw. wie hier verspätete Mitteilung an das Arbeitsamt hat somit noch keine Missbräuchlichkeit der Kündigung zur Folge und ist unerheblich für die Frage der Gültigkeit der Kündigung.

4.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass das Arbeitsverhältnis vorliegend nicht mittels Aufhebungsvertrag, sondern mit Kündigung vom 27. Oktober 2005 per Ende April 2006 aufgelöst wurde. Angesichts der Tatsache, dass der Kläger mehrfach schriftlich lediglich eine andere Begründung der Kündigung verlangte bzw. sogar der Beklagten eine Frist zur Zustellung der Kündigung setzte und sich damit mit der Kündigung einverstanden erklärt hatte, hat er sein Einspracherecht verwirkt. Vorliegend wurden im Übrigen die für die Frage einer allfälligen Missbräuchlichkeit der Kündigung massgeblichen gesetzlichen Vorschriften bei Massenentlassung eingehalten, weshalb die Klage auch mangels missbräuchlicher Kündigung abzuweisen ist.

Eingesandt von F. Kohler, Obergerichtsschreiber

Obergericht des Kantons Bern, Urteil vom 30. Oktober 2008 (Bestätigung des Urteils des Arbeitsgerichts der Stadt Bern)

OR 333, Betriebsübernahme. Schliesst der alte Arbeitgeber im Zuge der Veräusserung des Betriebes mit dem Arbeitnehmer einen Aufhebungsvertrag ab und gleichentags der Erwerber mit dem nämlichen Arbeitnehmer einen neuen Arbeitsvertrag, ist der Aufhebungsvertrag

als unwirksam anzusehen, wenn diesem kein echter Vergleichscharakter zu Grunde liegt. Ein solcher fehlt, wenn der Arbeitnehmer die Auflösungsvereinbarung unter Druck geschlossen hat (E. II.5).

Sachverhalt:

A gelangte mit Klage an das Arbeitsgericht der Stadt Bern und beantragte, die B AG sei zu verurteilen, ihm einen Betrag von rund Fr. 4000.– zu bezahlen. Das Arbeitsgericht hiess die Klage gut. Gegen dieses Urteil erhob die B AG (Nichtigkeitsklägerin) Nichtigkeitsklage und rügte die Verletzung klaren Rechts.

Aus den Erwägungen:

II.

4.

Gemäss Art. 47 Ziff. 7 Dekret über die Arbeitsgerichte kann gegen ein Urteil des Arbeitsgerichtes Nichtigkeitsklage eingereicht werden, wenn das Urteil klares Recht verletzt, indem es mit einer bestimmten Gesetzesvorschrift des Zivil- oder Prozessrechts in Widerspruch steht oder sich auf eine offenbar unrichtige Akten- oder Beweiswürdigung gründet. Klares Recht verletzt eine Rechtsanwendung, die schlechterdings unhaltbar ist. Ist sie vertretbar, widersteht sie der Anfechtung, gleichgültig, ob der oberinstanzliche Richter, könnte er (wie bei der Appellation) frei entscheiden, ihr folgen würde oder nicht. Die Nichtigkeitsklage bezweckt also, handgreifliche «Betriebsunfälle» bei jenen Urteilen zu beheben, die keiner Appellation unterliegen (KUMMER, Grundriss des Zivilprozessrechts, 4. Auflage, Bern 1984, S. 206). Klares Recht ist eine Norm, welche nicht verschieden ausgelegt werden kann. Sind bei sorgfältiger Prüfung verschiedene Auslegungen nach Wortlaut oder Sinn möglich, versagt die Anfechtung durch die Nichtigkeitsklage. Die Entscheidung darüber, welchen von beiden der Vorzug gebührt, liesse sich nur bei freier Kognition, wie sie der Appellation eigen ist, erreichen (LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, 5. Auflage, Bern 2000, N 3b zu Art. 360 ZPO).

5.

Es ist nachfolgend somit zu prüfen, ob das Arbeitsgericht mit der Anwendung von Art. 333 OR klares Recht verletzte. Überträgt der Arbeitgeber den Betrieb oder einen Betriebsteil auf einen Dritten, so geht das Arbeitsverhältnis mit allen Rechten und Pflichten mit dem Tage der Betriebsnachfolge auf den Erwerber über, sofern der Arbeitnehmer den Übergang nicht ablehnt (Art. 333 Abs. 1 OR). Mit dem Betriebsübergang geht das Arbeitsverhältnis integral mit allen Rechten und Pflichten auf den Erwerber über (STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 6. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2006, N 2 zu Art. 333

OR). Ein Betrieb ist, nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung, «eine auf Dauer ausgerichtete, in sich geschlossene organisatorische Leistungseinheit, die selbständig am wirtschaftlichen Leben teilnimmt» (STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., N 4 zu Art. 333 OR). Nach dem Bundesgericht ist, in Anlehnung an die Praxis des EuGH, der Begriff des Übergangs weit zu verstehen, es genüge, wenn der neue Inhaber den Betrieb tatsächlich weiterführe, eine rechtliche Verbindung zwischen dem alten und dem neuen Betreiber sei nicht erforderlich (STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., N 5 zu Art. 333 OR m.w.H.). Das Bundesgericht liess indessen unbeachtet, dass die massgebende europäische Richtlinie einen anderen Wortlaut hat und von «Übergang» spricht, während Art. 333 OR ein aktives Mitwirken des bisherigen Betriebsinhabers nahe legt und der auch immer so verstanden wurde. Für das schweizerische Recht ist daher eine vertragliche Beziehung (Kauf, Tausch, Schenkung, Legat, Einbringung in eine Gesellschaft oder auch rein obligationenrechtliches Geschäft) zwischen Veräusserer und Erwerber des Betriebes, entgegen der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, nach wie vor erforderlich (STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., N 5 f. zu Art. 333 OR). Von einem Übergang des Betriebes kann nur gesprochen werden, wenn danach im Wesentlichen derselbe Betrieb weitergeführt wird. Der Betrieb muss seine Identität bewahren. Dies ist dann der Fall, wenn der Betriebszweck, die Organisation und der individuelle Charakter im Wesentlichen bewahrt werden. Indizien können sein die personell gleich bleibende Unternehmensleitung und das Verbleiben im alten Geschäftslokal. Es spielt überdies eine Rolle, ob zahlenmässig oder vom Sachverstand her ein wesentlicher Teil der Belegschaft übernommen wird (STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., N 6 zu Art. 333 OR).

Im vorliegenden Fall wurde den Mitarbeitern des Restaurants C am 10. November 2007 eröffnet, dass die Nichtigkeitsklägerin den Betrieb übernehme und dass alle Arbeitsplätze erhalten würden. Das Restaurant wurde in den gleichen Räumlichkeiten weitergeführt und in personeller Hinsicht änderte sich nur, dass zwei neue Chefs de Service eingestellt wurden. Diese Tatsachen sind von der Nichtigkeitsklägerin nicht bestritten. Ebenfalls unbestritten ist, dass das Restaurant während der Betriebsübernahme keinen Tag geschlossen hatte. Der Lohn und die Funktion des Nichtigkeitsbeklagten blieben ebenfalls unverändert.

Der Betrieb wurde somit im Wesentlichen weitergeführt, weshalb die Identität erhalten blieb. Ebenfalls liegt eine vertragliche Übereinkunft zwischen der Nichtigkeitsklägerin als Erwerberin und dem Veräusserer vor. Daher sind die Arbeitsverhältnisse grundsätzlich integral, d.h. mit allen Rechten und Pflichten, auf den Erwerber übergegangen.

Umstritten ist, ob Kündigungen, die im Rahmen einer Betriebsübertragung erfolgen, zulässig sind. Die Kündigungsfreiheit ist in der Schweiz ein viel beschworener Grundsatz. Die Kündigungsfreiheit des Arbeitgebers wird durch Art. 333 OR nicht eingeschränkt (STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., N 10 zu Art. 333 OR).

Eine Auflösungsvereinbarung hat für den Arbeitnehmer einschneidende Folgen, beispielsweise lässt sie den Kündigungsschutz entfallen und verkürzt den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung. Es widerspricht der Lebenserfahrung, dass der Arbeitnehmer auf solche Vorteile ohne Gegenleistung verzichtet. Der Aufhebungsvertrag bedarf einer Rechtfertigung durch die Interessen des Arbeitnehmers (VISCHER, Der Einzelarbeitsvertrag, in: Schweizerisches Privatrecht, Bd. VII/4, Basel/Genf/München 2005, S. 266). Dass dieser zu einer einvernehmlichen Auflösung Hand bieten will, darf nicht leichthin angenommen werden. Der Arbeitgeber darf vielmehr den Schluss auf einen derartigen Vertragswillen des Arbeitnehmers nach Treu und Glauben nur ziehen, wenn es sich aus dessen Verhalten unmissverständlich und zweifelsfrei ergibt (zum Ganzen: Urteil des Schweizerischen Bundesgerichts vom 1. September 2005, Nr. 4C.230/2005, E. 2).

Wie bei jeder zwingenden Norm gelten auch bei Art. 333 OR die Schranken der Gesetzesumgehung: Kündigen Veräusserer und Übernehmer, um der Rechtsfolge von Art. 333 Abs. 1 OR zu entgehen und den Übergang des Arbeitsverhältnisses zu verhindern, so liegt eine Gesetzesumgehung vor. Starkes Indiz für deren Vorliegen wäre, wenn die ganze Belegschaft auf den Tag vor dem Betriebsübergang entlassen wird oder wenn die Arbeitsplätze der entlassenen Arbeitnehmer mit Neuanstellungen wieder besetzt werden oder gar dieselben Arbeitnehmer kurze Zeit später wieder angestellt werden (STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., N 10 zu Art. 333 OR).

Liegt eine Gesetzesumgehung vor, so ist deren Folge, dass die umgangene Norm Anwendung beansprucht, womit die Kündigung im Resultat als nichtig behandelt wird (STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., N 10 zu Art. 333 OR).

Wie bereits oben ausgeführt, wurde den Arbeitnehmern angekündigt, dass ihre Stellen erhalten bleiben würden. Trotzdem schlossen der Veräusserer und der Nichtigkeitsbeklagte am 29. November 2007 eine Auflösungsvereinbarung ab. Gleichentags wurde der neue Arbeitsvertrag unterzeichnet. Der Nichtigkeitsbeklagte widerrief seine Unterschrift zum Auflösungsvertrag am 5. März 2008. Der Nichtigkeitsbeklagte führte aus, er habe die Vereinbarung unter Druck unterzeichnet, um nicht plötzlich, kurz vor Weihnachten ohne Stelle dazustehen, er sei allein verdienender Familienvater. Es ist vorliegend nicht ersichtlich, welche Interessen des Nichtigkeitsbeklagten eine solche Auflösungsvereinbarung zu rechtfertigen vermöchten. Im Gegenteil, er verzichtete auf Vorteile, die er gehabt hätte, wenn der Arbeitsvertrag übernommen worden wäre. Echter Vergleichscharakter fehlt, denn der Nichtigkeitsbeklagte wurde unter Druck gesetzt, die Vereinbarung zu unterzeichnen, da er ansonsten keine Stelle mehr gehabt hätte. Es ist davon auszugehen, dass die Vereinbarung, wie dies auch das Arbeitsgericht zu Recht festgehalten hat, einzig im Interesse des Arbeitgebers geschlossen worden war, nämlich um die Anwendung von Art. 333

OR auszuschliessen. Es liegt daher eine Gesetzesumgehung vor. Die Auflösungsvereinbarung ist demnach als unwirksam anzusehen. Das Arbeitsverhältnis des Nichtigkeitsbeklagten ist somit am Tage der Betriebsübernahme, am 1. Dezember 2007, auf die Nichtigkeitsklägerin übergegangen.

Nach Art. 333 Abs. 3 OR haften der bisherige Arbeitgeber und der Erwerber des Betriebes 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.

Primäre Rechtsfolge eines Betriebsübergangs ist, dass die dem betreffenden Betrieb zuzuordnenden Arbeitsverhältnisse mit dem Tag der Betriebsnachfolge mit allen Rechten und Pflichten auf den Übernehmer übergehen. Das bedeutet, dass der Erwerber bereits aufgrund des gesetzlichen Übergangs für die in dessen Zeitpunkt bestehenden Forderungen aus dem Arbeitsverhältnis haftet, was im Zusammenhang mit Art. 333 Abs. 3 OR oft übersehen wird (STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., N 8 zu Art. 333 OR). Der Übergang des gesamten Arbeitsverhältnisses auf den Erwerber hat somit zur Folge, dass der Erwerber zum Schuldner aller Forderungen der Arbeitnehmer aus dem auf ihn übertragenen Rechtsverhältnis wird, während der Veräusserer befreit ist. Die in Art. 333 Abs. 3 OR erwähnte «Solidarhaftung» des Erwerbers besteht schon aufgrund des Vertragsübergangs nach Abs. 1, der jenen zum alleinigen Schuldner macht. Die Solidarhaftung erstreckt sich auf alle Forderungen aus dem Arbeitsverhältnis (STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., N 13 zu Art. 333 OR).

Aufgrund des Gesagten haftet der Erwerber, somit die Nichtigkeitsklägerin, für alle Schulden des Veräusserers gegenüber seinen Arbeitnehmern.

Das Arbeitsgericht hat somit, indem es Art. 333 OR auf die vorliegende Betriebsübernahme angewendet hat, kein klares Recht verletzt, im Gegenteil, die Ausführungen des erstinstanzlichen Gerichts sind in allen Teilen korrekt und nicht zu beanstanden. Bezüglich Berechnung des 13. Monatslohnes sowie der Wäscheentschädigung wird auf die sorgfältigen Erwägungen des Arbeitsgerichts verwiesen.

Aus diesen Gründen wird die Nichtigkeitsklage abgewiesen.

Eingesandt von F. Kohler, Obergerichtsschreiber

Kanton Basel-Stadt

Gewerbliches Schiedsgericht Basel-Stadt, Urteil vom 28. Februar 2008

OR 336b. Wer in seiner Klage die Geltendmachung einer Entschädigungsforderung aus missbräuchlicher Kündigung sich bloss vorbehält, hält damit die Verwirkungsfrist von 180 Tagen nicht ein (E. 1. ab).

OR 328. Anwendbarkeit des GAV durch die Übung der Arbeitgeberin, ihn auf fest angestellte Arbeitnehmer anzuwenden, unabhängig davon, ob sie Mitglied des SEV sind. Zudem hatte der Arbeitnehmer einen Anspruch aus dem Grundsatz der Gleichbehandlung (E. 2. ba).

OR 341, 357 I und II; Ziffer 15.1 des Firmen-GAV. Der GAV verleiht einen zwingenden Anspruch auf gleichen Lohn für gleiche Arbeit. Dass die Arbeitgeberin den Angestellten mit gleichem Lohn nicht die gleichen Pflichten auferlegt, steht im Einklang mit dem Günstigkeitsprinzip. Im Lohn war die Anreise zu den drei Arbeitsorten inbegriffen (E. 2. bb und ce).

Sachverhalt:

Y. arbeitete seit dem 1. Februar 2001 als Zugsteward im Aushilfsarbeitsverhältnis bei der X. AG. Zwischen der X. AG und dem Schweizerischen Eisenbahner- und Verkehrspersonal-Verband SEV galt für die fest angestellten Arbeitnehmer ein GAV. Die X. AG kündigte das Arbeitsverhältnis am 2. September 2004 auf den 30. November 2004.

Am 18. Januar 2005 klagte Y. gegen die X. AG beim Gewerblichen Schiedsgericht auf Zahlung von Fr. 27 661.20 nebst Zins, und zwar Fr. 25 387.20 brutto für Lohndifferenzen bei 172 Reisen sowie Fr. 2274.– brutto als Oktoberlohn 2004. Für die Lohndifferenzen berief er sich auf den GAV, weil er als langjähriger Mitarbeiter als Festangestellter gelten müsse. Vorbehalten wurde eine Entschädigungsforderung wegen missbräuchlicher Kündigung nach Art. 336a OR. Die X. AG erhob die Einrede der örtlichen Unzuständigkeit. Das Gewerbliche Schiedsgericht trat auf die Klage ein, was vom Bundesgericht geschützt wurde (BGer 4C.29/2006 vom 21. März 2006). In der Folge wurde das schriftliche Verfahren angeordnet und Y. Frist zur Klagbegründung gesetzt. Mit Klagbegründung vom 18. August 2006 verlangte Y. die Verurteilung der Beklagten zur Zahlung von Fr. 29 882.80 zuzüglich 5% Zins seit dem 30. November 2004 unter Vorbehalt der Mehrforderung, im Einzelnen eine Lohndifferenz für das Jahr 2004 von Fr. 6269.30, Lohnausfall für den Monat Oktober 2004 von Fr. 1888.15, einen Lohnausfall betreffend Reisezeit im Jahr 2004 von Fr. 4365.60, eine Lohndifferenz für das Jahr 2003 von Fr. 6594.15, einen

Lohnausfall für die Anreisezeit im Jahre 2003 von Fr. 4365.60 sowie eine Entschädigung nach Art. 336a OR von Fr. 6400.–. In der zweiten Hauptverhandlung vom 28. Februar 2008 wurde die X. AG zur Zahlung von Fr. 7661.90 netto zuzüglich 5% Zins seit dem 1. Dezember 2004 an den Kläger verurteilt, wobei das Gewerbliche Schiedsgericht Folgendes erwog. Eine dagegen von der X. AG erhobene Beschwerde wies das Appellationsgericht Basel-Stadt am 30. Oktober 2008 ab.

Aus den Erwägungen:

1.

aa) Nach Art. 336b OR hat, wer eine Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung geltend machen will, gegen die Kündigung längstens bis zum Ende der Kündigungsfrist beim Kündigenden schriftlich Einsprache zu erheben. Ist die Einsprache gültig erfolgt und einigen sich die Parteien nicht über die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses, so kann die Partei, der gekündigt worden ist, ihren Anspruch auf Entschädigung geltend machen. Wird nicht innert 180 Tagen nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses eine Klage anhängig gemacht, so ist der Entschädigungsanspruch verwirkt. Für die Einhaltung der Verwirkungsfrist massgebend ist bei postalischer Einreichung der Klage das Datum des Poststempels (ZK-STAEHELIN, OR 336b N. 7, S. 585). Zur Klage gehört ein beziffertes Rechtsbegehren (§ 37 Abs. 1 Ziff. 2 ZPO). Sofern das anwendbare Prozessrecht, wie in Basel-Stadt, die Bezifferung des Klagbegehrens verlangt, so gilt dies auch für eine Entschädigung nach Art. 336a OR (BGE 131 III 243 E. 5.1 ff.; Urteil des Gewerblichen Schiedsgerichts vom 8.3.2004, BJM 2005 S. 234).

ab) Der Kläger hat in seiner Klage vom 18.1.2005 die Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung nicht beziffert, sondern deren Geltendmachung bloss ausdrücklich vorbehalten. Damit hat er die Verwirkungsfrist nicht eingehalten. Durch die Klagerhebung konnte die Frist, weil es sich um eine Verwirkungsfrist handelt, auch nicht unterbrochen werden. Ein erstes Mal hat der Kläger seine Entschädigungsforderung mit seiner Klagbegründung vom 18. August 2006 beziffert. In diesem Zeitpunkt war die Verwirkungsfrist von 180 Tagen jedoch längst abgelaufen. Das Arbeitsverhältnis wurde durch die Beklagte auf den 30. November 2004 gekündigt. Davon ausgehend hat die Verwirkungsfrist am 1. Dezember 2004 zu laufen begonnen und endete am 29. Mai 2005. (...)

2.

(...)

b) Gegen die Lohnforderungen des Klägers macht die Beklagte zunächst geltend, dass der Kläger über Jahre die Lohnzahlungen in der ausgerichteten Höhe akzeptiert und nie beanstandet habe. Es sei ihm daher ein Verhalten wider Treu und Glauben, ein ausgesprochen widersprüchliches Verhalten vorzuwerfen. (...)

ba) Die Gerichte sind in ihren Urteilen, wonach das Gewerbliche Schiedsgericht zur Beurteilung der Klage örtlich zuständig ist, davon ausgegangen, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien nach Ablauf eines Jahres in eine Festanstellung übergegangen ist. Zudem war und ist unter den Parteien nicht strittig, dass der Kläger Mitglied des SEV als GAV-Partei ist (...). Damit hat der [Firmen-]GAV [zwischen der X. AG und dem SEV] Anwendung auf das Arbeitsverhältnis gefunden. Als Folge davon war entsprechend den Urteilen über die Eintretensfrage die Vereinbarung über den Gerichtsstand in Basel auf das Arbeitsverhältnis unter den Parteien anzuwenden. Für die Beurteilung der Lohnansprüche ist grundsätzlich darauf abzustellen, dass der Kläger erst seit 1. Juni 2004 Mitglied des SEV ist (...). Erst über diese Mitgliedschaft kann er als beteiligt im Sinne der Art. 356 Abs. 1 und 357 Abs. 1 OR angesehen werden, so dass er Lohnansprüche, welche sich aus dem GAV ergeben, geltend machen kann. (...)

Die Beklagte hat anlässlich der zweiten Hauptverhandlung auf die Frage, ob sie für die Anwendung des GAV auf fest angestellte Mitarbeiter von diesen gefordert habe, dass sie Mitglieder beim SEV seien, geantwortet, es sei nicht an ihr gelegen, von ihren Angestellten zu verlangen, dass sie SEV-Mitglieder würden (...). Die Beklagte hatte bereits in ihrer Beschwerde ans Appellationsgericht klar zum Ausdruck gebracht, dass die Festanstellung eines Mitarbeiters für sie das einzige Kriterium für die Anwendbarkeit des GAV auf das Arbeitsverhältnis war (...). Da die Beklagte auf ihre fest angestellten Arbeitnehmer den GAV angewendet hatte, ist darin eine Betriebsübung bzw. eine begünstigende Vereinbarung zu erblicken, auf die sich auch der Kläger berufen kann, weil er als festangestellter Mitarbeiter zu betrachten war und ist (vgl. BGE 129 III 276 E. 3.1). Zudem steht ihm ein Anspruch auf Gleichbehandlung zu. Nach Art. 328 OR hat der Arbeitgeber die Persönlichkeit des Arbeitnehmers zu schützen. Die Persönlichkeit der Arbeitnehmer ist verletzt, wenn der Arbeitgeber einzelne Arbeitnehmer im Vergleich zu einer Vielzahl anderer Angestellten deutlich schlechter stellt, ohne dass hierfür sachliche Gründe vorliegen (BGE 129 III 276 E. 3.1). Dies gilt namentlich bei durch den Arbeitgeber gewährten freiwilligen Leistungen. Falls die Anwendung des GAV auf fest angestellte Arbeitnehmer, die nicht Mitglieder beim SEV und damit nicht am GAV beteiligt sind, als eine ihnen freiwillig gewährte Leistung des Arbeitgebers anzusehen ist, so würde der Kläger willkürlich schlechter behandelt, käme er nicht auch in den Genuss der Leistungen des GAV. Es ist auch davon auszugehen, dass der Organisationsgrad der fest angestellten Arbeitnehmer bei der Beklagten bei weitem nicht 100% gewesen ist. Dennoch hat die Beklagte offensichtlich allen Mitarbeitern, welche sie als Festangestellte anerkannte, die Rechte aus dem GAV gewährt. Aus diesen Erwägungen konnte der Kläger eine Entlöhnung nach GAV geltend machen.

bb) Der GAV legt keine Mindestlöhne fest. In Ziffer 15.1 des GAV ist jedoch vorgesehen, dass unter vergleichbaren Bedingungen (Alter, Erfahrung und besonders Qualität der Dienstabwicklung) alle Angestellten in der gleichen Funktion den gleichen Lohn erhalten (...). Es ergibt sich daraus ein Anspruch auf gleichen Lohn für gleiche Arbeit. Sollte der Kläger im Vergleich zu seinen Arbeitskollegen weniger verdient haben, so hat er einen Anspruch auf Ausgleich des Minderlohnes. Gesamtarbeitsvertragliche Bestimmungen sind, sofern sich das Gegenteil nicht aus dem GAV entnehmen lässt, zwingender Natur (Art. 357 Abs. 1 OR). Der GAV macht vom zwingenden Charakter der Lohngleichheit keine Ausnahme. Nach Art. 341 Abs. 1 OR kann ein Arbeitnehmer während der Dauer des Arbeitsverhältnisses und eines Monats danach nicht auf Forderungen, die sich aus unabdingbaren Bestimmungen eines Gesamtarbeitsvertrages ergeben, verzichten. Aus diesem Grund kann dem Kläger auch kein widersprüchliches Verhalten vorgeworfen werden, wenn er zunächst den Lohn entgegengenommen hat, um später geltend zu machen, der Lohn sei, weil GAV-widrig, zu tief gewesen. (...)

Ferner hat das Gewerbliche Schiedsgericht (...) in seiner Vernehmlassung zur Beschwerde der Beklagten ans Appellationsgericht Folgendes ausgeführt: «Nichts an der grundsätzlichen Anwendbarkeit des GAV auf den Kläger vermochte der Hinweis der Beklagten darauf zu ändern, dass der GAV den fest angestellten Mitarbeitern nicht nur besondere Rechte verleihe, sondern auch spezielle Pflichten auferlege (...). Es wird bei der Beurteilung der Ansprüche des Klägers zu prüfen sein, ob ein Arbeitnehmer die Rechte aus dem GAV auch ohne Erfüllung der darin festgelegten Pflichten beanspruchen kann. Immerhin ist darauf hinzuweisen, dass der Beklagten die Rechtsprechung des Appellationsgerichts zum Übergang von Aushilfsarbeitsverträgen in eine Festanstellung bekannt sein musste, weil sie an den Prozessen im Jahre 1997, als diese Rechtsprechung begründet wurde, bereits schon als Beklagte beteiligt war. Umso mehr musste sie daher damit rechnen, dass zunächst in einem Aushilfsarbeitsverhältnis beschäftigte Angestellte mit der Zeit zu Teilzeitangestellten im unbefristeten Arbeitsverhältnis werden können und damit in den Anwendungsbereich des GAV fallen. Sie hätte es damit in der Hand gehabt, in diesen Fällen auch auf die Einhaltung der sich aus dem GAV ergebenden Pflichten zu beharren. Dass sie dies nicht getan hat und offensichtlich dem Kläger sehr entgegengekommen ist (...), steht im Einklang mit dem Günstigkeitsprinzip, wonach zugunsten des Arbeitnehmers von einem GAV abgewichen werden kann (Art. 357 Abs. 2 OR)» (...). Im Sinne dieser Ausführungen hat es die Beklagte selber zu vertreten, falls sie dem Kläger Erleichterungen zugestanden hat, die sie anderen Festangestellten nicht gewährt hat. Der GAV schreibt dem Arbeitgeber nicht vor, welche Pflichten er seinen Angestellten aufzuerlegen hat, wenn sie in den Genuss der Ansprüche gemäss GAV kommen. Vielmehr darf sie ihnen und auch Einzelnen weniger

Pflichten als anderen auferlegen. Weitere Abklärungen erübrigten sich deshalb.

(...)

cb) Was die Lohnhöhe des Klägers als Festangestellter angeht, so liegt zwischen den Parteien kein vertraglich festgelegter Lohn vor. Weder der GAV noch der Einzelarbeitsvertrag für den Kläger enthalten einen entsprechenden Wert. Der Kläger zieht demgegenüber die Löhne anderer Festangestellter heran. Es kann daraus auch eine Lohnvereinbarung für den Kläger abgeleitet werden (...). Sollte es jedoch an einer Lohnvereinbarung fehlen, so bestimmt sich die Lohnhöhe nach der Übung, allenfalls nach Billigkeit (Art. 322 Abs. 1 OR). Für den üblichen Lohn wird darauf abgestellt, was in der betreffenden Branche und Region für vergleichbare Tätigkeiten bezahlt wird, wobei die persönlichen Verhältnisse des Arbeitnehmers (Alter, Familiensituation, Ausbildung) mitzuberücksichtigen sind (BGE JAR 1998, S. 131 E. 4b). Es fällt auf, dass die Elemente zur Bestimmung der Üblichkeit nach Art. 322 Abs. 1 OR mit jenen zur Bestimmung der Lohngleichheit gemäss Ziffer 15.1 GAV weitgehend übereinstimmen (...). Der Kläger kann sich für seinen Anspruch auf gleichen Lohn einerseits auf Art. 322 OR und andererseits auf Ziffer 15.1 GAV bzw. auf Art. 328 OR berufen.

(...)

cd) (...) Die Funktion des Klägers wurde im Arbeitsvertrag mit «Steward» bezeichnet. Beschäftigt war er als Liegewagenbegleiter bzw. Couchettebegleiter. Deshalb ist er mit jenen Angestellten zu vergleichen, welche als «Steward», «Liegewagenbegleiter» bzw. als «Couchettebegleiter» angestellt und beschäftigt wurden. (...) Der Vergleich der Lohndaten zeigt, dass der geltend gemachte Monatslohn von Fr. 3200.– brutto nicht unüblich hoch ist. Er entspricht vielmehr exakt der Lohnhöhe, welche regelmässig für die Funktion bezahlt wurde, die der Kläger innehatte und ausübte. Teilweise ist er sogar geringer als die Vergleichslöhne. Nur gerade der Angestellte K. hat mit Fr. 2560.– für eine Vollzeitstelle bei 42 Wochenstunden weniger als Fr. 3200.– verdient. Die Mitarbeiter mit den Nrn. 12 bzw. 22 hingegen waren nur zu 80% (2000) bzw. zu 60% angestellt und hätten bei einer Vollzeitstelle ebenfalls Fr. 3200.– bzw. sogar mehr als Fr. 3600.– erhalten (...). Die zum Vergleich in der Tabelle ebenfalls dargestellten Löhne für die Liege- und Schlafwagenbegleiter zeigen, dass diese, wie die Beklagte vorbringt, regelmässig besser bezahlt waren als Angestellte in der Funktion des Klägers. Umso mehr, als sie jeweils deutlich über Fr. 3200.– im Monat verdient haben, kann daraus jedoch nichts gegen die festgestellte Lohnhöhe für die Liegewagenbegleiter abgeleitet werden. (...)

Der Kläger mit Jahrgang 1972 ist zwar jünger als die meisten der aufgeführten Arbeitnehmer in der gleichen Funktion. Jünger als er sind nur die Angestellten mit den Nrn. 8 (Jahrgang 1978) und 9 (Jahrgang 1975), die allerdings auch Fr. 3200.– verdienten. Die älteren Mitarbeiter erhielten mit Ausnahme von K. (mit Jahrgang 1969) ebenfalls Fr. 3200.– oder mehr.

Die Vergleichsdaten der Angestellten, die alle Jahrgänge zwischen 1950 und 1978 aufweisen, zeigen, dass ihr Alter zumeist kein entscheidender und schon gar kein linearer Massstab für die Lohnhöhe war. Es ist deshalb nicht ungewöhnlich, wenn dem Kläger eine höhere Lohnbasis als dem älteren Mitarbeiter K. zugestanden wird. Zu bedenken ist zudem, dass von diesem Angestellten ohnehin nur der Anfangslohn im Jahre 1995 bekannt ist, während für den Kläger der Lohn für die Jahre 2003 und 2004 nach fast zwei- bzw. dreijährigem Dienst zu berechnen ist, nachdem er bei der Beklagten mit der Arbeit am 1.2.2001 begonnen und seither Berufserfahrung in der Funktion als Steward hat sammeln können.

Unter all diesen Umständen erscheint ein Monatslohn von Fr. 3200.– für eine Vollzeitstelle als Grundlage zur Berechnung der Lohnansprüche des Klägers als angemessen. Hinzu kommt ein 13. Monatslohn, der, wie sich aus den Arbeitsverträgen ergibt, allen Festangestellten zugestanden wurde.

ce) (...) Fast alle zum Vergleich herangezogenen Arbeitsverträge sehen eine 42 Stunden-Woche vor. Dass beim Kläger kein Monats-, sondern ein Stundenlohn vorgesehen war, ist damit zu erklären, dass er mit einem Gelegenheitsarbeitsvertrag angestellt wurde. Nachdem daraus eine Festanstellung geworden ist, kann die Stundenlohnvereinbarung nicht mehr massgebend sein. In den genannten Arbeitsverträgen ist der Weg des Arbeitnehmers zum und vom Bahnhof von der Arbeitszeit ausgenommen. Eine entsprechende Vorschrift fehlt im Arbeitsvertrag des Klägers. Fraglich ist, was in seinem Fall gilt. Es ist klar, dass die erwähnte Vorschrift in den Einzelarbeitsverträgen der Festangestellten über deren Weg zum und vom Bahnhof ebenfalls zu den Lohnbestimmungen zu rechnen ist, weil sie die Entstehung von Überstunden und damit die Grundlage von zusätzlichem Lohn (Ziff. 19 GAV) verhindert (...). Aus diesem Grund muss diese Vorschrift über Ziffer 15.1 GAV auch im Arbeitsverhältnis mit dem Kläger Gültigkeit haben.

Hinzu kommt, dass der Kläger mit der Beklagten stillschweigend drei Arbeitsorte vereinbart hat. Zwar bezeichnet der Arbeitsvertrag des Klägers keinen bestimmten Arbeits- oder Dienstort. Den Parteien war jedoch klar, dass die Reisen an verschiedenen Abfahrtsorten, in den Jahren 2003 und 2004 regelmässig in Genf, Zürich und Basel, beginnen und enden. Der jeweils konkret gültige Abfahrtsort wurde dabei durch Weisung der Beklagten festgelegt. Auch fehlte ein Betrieb der Beklagten in Basel oder in Genf, wohin sich der Kläger jeweils vor Reisebeginn begeben hätte und hätte begeben müssen, um erst von dort aus den Abfahrtsort zu erreichen. Der Weg des Klägers von seinem Wohnort in Fribourg zum jeweiligen Abfahrts- und Arbeitsort war damit sein gewöhnlicher Arbeitsweg.

Diese Erwägungen führen dazu, dass die Forderungen bezüglich Lohnausfall für die Anreisezeiten in den Jahren 2003 und 2004 abzuweisen sind.

cf) Um festzustellen, ob und in welchem Umfang der Kläger für die eigentlichen Reisen zusätzliche Lohnansprüche hat, ist seine Jahresarbeitszeit mit jener eines Vollzeitangestellten zu vergleichen. (...) Im Verhältnis zur einer Vollzeitstelle mit 1946 Jahresstunden betrug das Arbeitspensum des Klägers damit im Jahre 2003 59,41% ($[100\%: 1946] \times 1156.03$) und im Jahre 2004 68,28% ($[100\%: [1946 \times 10/12]] \times 1107.22$).

Eingesandt von F. Emmel, Gerichtsschreiber

Gewerbliches Schiedsgericht Basel-Stadt, Urteil vom 10. November 2008

OR 16 I, 115 und 324 II. Das Schweigen eines Arbeitnehmers auf ein Bestätigungsschreiben der Arbeitgeberin bezüglich eines Aufhebungsvertrags konnte nicht als Zustimmung angesehen werden. Auslegung des Bestätigungsschreibens als ordentliche Kündigung. Lohnfortzahlung infolge Arbeitgeberverzugs.

Sachverhalt:

Der Sanitärinstallateur B. schloss mit der Verleihfirma L. AG am 16. November 2007 sowohl einen Rahmenarbeitsvertrag als auch einen Einsatzvertrag für einen Einsatz ab 19. November 2007 bei der H. AG ab. Im Rahmenarbeitsvertrag war festgehalten, dass für jeden Arbeitseinsatz ein schriftlicher Einsatzvertrag erstellt werde. Zudem wurde eine dreimonatige Probezeit vereinbart, während welcher das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung einer siebentägigen Frist auf das Ende einer Arbeitswoche gekündigt werden konnte. B. war infolge Krankheit vom 14. bis 18. Januar 2008 arbeitsunfähig. Am 18. Januar 2008 rief er die L. AG an, um seine Arbeitsaufnahme für den darauf folgenden Montag anzukündigen. Dabei erklärte ihm die L. AG, er werde dort nicht mehr gebraucht. In der Folge sandte ihm die L. AG am 22. Januar 2008 eine Bestätigung zu, wonach das Arbeitsverhältnis per sofort im gegenseitigen Einvernehmen aufgelöst sei. Sie bat B., die Bestätigung zu unterzeichnen und an sie zurückzusenden, was dieser jedoch nicht tat. Mit Klage vom 20. Juni 2008 verlangte B. beim Gewerblichen Schiedsgericht die Verurteilung der L. AG zur Zahlung von Fr. 6677.65 brutto nebst Zins, und zwar für Lohn bis 1. Februar 2008, Ferienlohn sowie eine Entschädigung nach Art. 337c Abs. 3 OR. Am 10. November 2008 wurde die L. AG zur Lohnzahlung von Fr. 2096.50 netto zuzüglich Zins für die Zeit bis 1. Februar 2008 an B. verurteilt, wobei Folgendes erwogen wurde.

Aus den Erwägungen:

Die L. AG wollte die Auflösung des Arbeitsverhältnisses mit B. vereinbart haben, wofür sie beweispflichtig war. Zu untersuchen war, ob eine

solche Vereinbarung in der Bestätigung vom 22. Januar 2008 zu erblicken war. B. hatte diese Bestätigung in Empfang genommen und sich dagegen nicht gewehrt. Er habe sich erhofft, dass ihm die Formulierung, die Arbeitsvertragsparteien hätten sich im gegenseitigen Einvernehmen voneinander getrennt, bei der Arbeitssuche eher behilflich sei, als wenn darin von einer Kündigung seiner Arbeitgeberin die Rede gewesen wäre. Das Schweigen des Empfängers eines Bestätigungsschreibens vermag allerdings nur im kaufmännischen Verkehr als eine Zustimmung zum bestätigten Sachverhalt gedeutet werden (BGE 114 II 250 E. 2a). Davon konnte hier keine Rede sein, umso mehr als der L. AG, einer in Sachen Regiearbeit versierten Firma, ein junger und unerfahrener Arbeitnehmer gegenüberstand. Hinzu kam, dass aufgrund des Rahmenarbeitsvertrags jeder Einsatzvertrag schriftlich abzufassen war. Darin war gemäss Art. 16 Abs. 1 OR ein Schrifterfordernis als Gültigkeitsvoraussetzung zu erblicken. Zwar können nach Art. 115 OR Verträge auch dann formfrei aufgehoben werden, wenn zu ihrem Abschluss die Beachtung einer Formvorschrift nötig ist. Indem die L. AG ihren Angestellten B. zur Unterzeichnung ihrer Bestätigung aufforderte, erklärte sie jedoch den Gültigkeitsvorbehalt auch für die vertragliche Auflösung des Arbeitsverhältnisses als massgebend. Da B. keine Unterschrift leistete, kam der Aufhebungsvertrag nicht gültig zustande. Im Übrigen hätte der Aufhebungsvertrag zwingende Vorschriften umgangen. Das Gericht interpretierte die Bestätigung der L. AG als Kündigung. Es ging daraus ihr Wille hervor, das Arbeitsverhältnis zu beenden. Allerdings war der Bestätigung nicht zu entnehmen, es lägen wichtige Gründe vor, die aus ihrer Sicht eine sofortige Beendigung des Arbeitsverhältnisses rechtfertigten. Aus diesem Grund wurde vom Vorliegen einer ordentlichen Kündigung auf den nächstmöglichen Termin unter Einhaltung einer siebentägigen Kündigungsfrist und nicht von einer fristlosen Entlassung ausgegangen. Die L. AG behauptete ferner, sie habe B., bevor sie das Bestätigungsschreiben abgefasst habe, eine Ersatzarbeit bei der Firma R. angeboten. Da dies bestritten und nicht rechtsgenügend nachgewiesen war, hatte B. gemäss Art. 324 OR gleichwohl Anspruch auf Lohn während der Kündigungsfrist. Auf diesen zwingenden Anspruch hätte B. im Falle eines Aufhebungsvertrages nicht verzichten können, weil ein eigenes, beachtliches Interesse des Arbeitnehmers an einer einvernehmlichen Auflösung auf diesen Zeitpunkt hin gefehlt hätte (WOLFGANG PORTMANN, Der Aufhebungsvertrag im Individualarbeitsrecht, in Festschrift Honsell, 2002, S. 365 f.).

Eingesandt von F. Emmel, Gerichtsschreiber

OR 324a; Art. 212 GAV für die grafische Industrie 2005–2008. Begründeter Missbrauchsverdacht betreffend einer mit Bezug allein auf den Arbeitsplatz behaupteten Arbeitsunfähigkeit, die der Arbeitnehmer am Tag nach seiner eigenen Kündigung für die gesamte Kündigungsfrist geltend machte. Zu den Folgen einer unberechtigterweise verweigerten vertrauensärztlichen Untersuchung.

Sachverhalt:

S. trat am 1. November 2007 als Polygraf in die Einzelfirma V. Druck ein und kündigte das Arbeitsverhältnis am 28. Februar 2008 auf den 31. März 2008. Am 29. Februar 2008 begab er sich in ärztliche Behandlung beim Psychiater Dr. J., der ihn gleichentags wegen einer reaktiven Depression für voraussichtlich vier bis fünf Wochen zu 100% arbeitsunfähig schrieb. Auf dem Arztzeugnis vermerkte Dr. J., dass die Erkrankung von S. in engem Zusammenhang mit den unzumutbaren Arbeitsbedingungen stehe. Er habe ihm deshalb aus medizinischen Gründen dringend geraten, die bereits vorgenommene Kündigung nicht zurückzuziehen. Die Prognose sei günstig. Der Arbeitgeber zweifelte an der Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers bzw. am eingereichten Arztzeugnis, weshalb er ihn am 11. März 2008 zu seinem Vertrauensarzt schickte. S. suchte den Vertrauensarzt jedoch nicht auf. Als V. den Märzlohn nicht bezahlte, klagte er am 12. September 2008 beim Gewerblichen Schiedsgericht, das die Klage am 13. November 2008 aus folgenden Erwägungen abwies.

Aus den Erwägungen:

Auf das Arbeitsverhältnis fand der Gesamtarbeitsvertrag für die grafische Industrie der Jahre 2005–2008 Anwendung. «Bei Arbeitsunfähigkeit infolge ärztlich ausgewiesener, unverschuldeter Krankheit hat der Arbeitnehmer Anspruch auf Lohnzahlung durch den Arbeitgeber von 100% des vollen Nettolohnes während längstens 720 Tagen pro Fall» (Art. 212 Ziff. 1 GAV). Der GAV sieht in Art. 212 Ziff. 2 weiter vor, dass der Arbeitnehmer, wenn seine krankheitsbedingte Abwesenheit länger als drei Tage dauert, dem Arbeitgeber innert vier Tagen ein Arztzeugnis zuzustellen hat. Nach Ziff. 3 kann der Arbeitgeber bei begründetem Verdacht von Missbrauch eine Untersuchung durch einen Vertrauensarzt anordnen. Vorliegend durfte V. von einem solchen Missbrauchsverdacht ausgehen. Auffällig war, dass S. am 28. Februar 2008 das Arbeitsverhältnis selber kündigte, um am darauffolgenden Tag einen Arzt aufzusuchen, der ihn für die nächsten vier bis fünf Wochen und damit für die gesamte Kündigungsfrist arbeitsunfähig schrieb. Die von ihm behaupteten schlechten Arbeitsbedingungen bezogen sich auf eine Raumtemperatur von angeblichen 16–18

Grad Celsius in den Arbeitsräumlichkeiten, die für eine sitzende Tätigkeit zu niedrig sei. Zudem habe ihm ein Arbeitskollege mit einem Faustschlag ins Gesicht gedroht. Ferner habe er sich durch die viele Arbeit überfordert gefühlt. V. stellte diese behaupteten Vorkommnisse in Abrede. S. habe ihm davon nichts gesagt und auf ihn am Feierabend des 28. Februar 2008 einen gesunden Eindruck gemacht, was S. nicht bestritten hat.

Arbeitsunfähigkeiten, die durch Arbeitnehmer gegen Ende eines Arbeitsverhältnisses geltend gemacht werden, erregen namentlich dann einen begründeten Missbrauchsverdacht, wenn der Arbeitnehmer vorher keine Krankheitsanzeichen aufwies. Die vorliegend festgestellten Verdachtsmomente wurden durch das von Dr. J. ausgestellte Arztzeugnis bestätigt, wonach der Kläger an einer reaktiven Depression aufgrund der Arbeitsbedingungen am Arbeitsplatz beim Arbeitgeber erkrankt sei und die Depression allein im Zusammenhang mit seinem Arbeitsplatz stehe. Es musste davon ausgegangen werden, dass Dr. J. den Arbeitnehmer hauptsächlich aufgrund seiner Aussagen für arbeitsunfähig erklärte. Unter diesen Umständen durfte V. eine Untersuchung durch seinen Vertrauensarzt verlangen (vgl. STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsvertrag, 6. Auflage 2006, Art. 324a/b N. 12, S. 284).

Als Grund für seine Weigerung, sich vom Vertrauensarzt von V. untersuchen zu lassen, gab S. an, dieser sei bloss Allgemeinmediziner und nicht Psychiater gewesen. Da die behauptete Depression allein im Zusammenhang mit den Arbeitsbedingungen bei V. aufgetreten sein soll und deshalb auf Seiten des Vertrauensarztes keine psychiatriespezifischen Kenntnisse zur Beurteilung der Arbeitsunfähigkeit voraussetzte, hätte sich S. der verlangten Untersuchung gleichwohl unterziehen müssen. Davon abgesehen hätte er den Arbeitgeber, wenn er schon eine Untersuchung durch einen Psychiater wünschte, darüber informieren müssen, was er jedoch unterliess. Dadurch nahm er dem Beklagten die Möglichkeit, seine Behauptung, er sei arbeitsunfähig, überprüfen zu lassen und gegebenenfalls das Gegenteil zu beweisen. Allerdings konnte aus der unbegründeten Weigerung von S. allein noch nicht gefolgert werden, dass er keinen Anspruch auf den Märzlohn hatte. Sofern er trotz der Zweifel am eingereichten Zeugnis hätte nachweisen können, dass er effektiv arbeitsunfähig war, hätte er Anspruch auf Lohnfortzahlung gehabt (GSGer BS, BJM 2005, S. 225 ff., 227). S. hatte jedoch nichts unternommen, um die Arbeitsunfähigkeit anderweitig zu beweisen, insbesondere auch keinen weiteren Psychiater zur Bestätigung der Erstdiagnose kontaktiert. Weitere Beweise lagen zu seinen Gunsten nicht vor. Das Gericht sah von einer amtlichen Erkundigung bei Dr. J. ab, weil dieser nicht mehr bestätigen konnte, als was er bereits in seinem Arztzeugnis angegeben hatte. Daher blieben die beachtlichen Zweifel an der Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers bestehen, was dazu führte, dass S. ein Anspruch auf Lohnfortzahlung für den Monat März 2008 abgesprochen wurde.

Eingessandt von F. Emmel, Gerichtsschreiber

Kanton Freiburg

Tribunal cantonal de l'Etat de Fribourg, II^e Cour d'appel civil, Arrêt du 4 janvier 2008 (Rejet du recours interjeté contre le jugement du 22 janvier 2007 de la Chambre des prud'hommes de l'arrondissement de la Sarine)

322 et 322d CO. Distinction entre salaire et gratification. Il existe trois types de gratification: la gratification facultative, la gratification conditionnelle et la gratification obligatoire. Lorsque la gratification est due en fonction de critères prédéterminés, le juge ne reverra pas l'appréciation de l'employeur. Toutefois, le juge pourra corriger, *ex aequo et bono*, le montant versé par l'employeur si ce dernier a fait preuve d'iniquité manifeste (c. 2b).

Extraits des faits:

Le 1^{er} juillet 2001, M. a commencé à travailler en qualité de «Financial Controller» pour la société X. SA. L'annexe 2 au contrat de travail, valable pour l'année comptable du 1^{er} juillet 2001 au 30 juin 2002, prévoyait un bonus annuel brut de Fr. 9000.– qui était garanti jusqu'au 31.12.2001 avec un montant de Fr. 4500.– payable fin juin 2002; et qui devait dépendre dès le 1.1.2002 des critères suivants: contrat de travail non-résilié (a), tenue correcte du controlling et de la comptabilité (b), bon établissement des boucllements mensuels, trimestriels et annuels ainsi que des plans de liquidités périodiques (c), établissement du controlling de projet financier (d) et prise en charge et établissement de l'administration du personnel et des salaires (e). Le critère a) était «déterminant pour l'accord général du bonus» dès le 1.1.2002 et les critères b) à e) étaient valables «pour le jugement du bonus» dès le 1.1.2002 et étaient pondérés de 25% chacun. Un bonus de Fr. 4500.– a été versé à M. le 25 septembre 2002 pour l'année comptable 2001–2002. Le 4 octobre 2002, les conditions d'octroi du bonus ont été déterminées pour l'année comptable 2002–2003; elles diffèrent des précédentes, en ce sens que le montant total maximal du bonus a été fixé à Fr. 15 000.–. La moitié de ce montant était due selon les résultats de l'entreprise et l'autre moitié selon une appréciation qualitative du travail du demandeur. Les conditions de celle-ci portait sur les points suivants: tenue correcte du controlling et de la comptabilité (a); introduction du nouveau système de controlling ERP (b); contribution au nouveau processus de définition et de design (c); introduction du controlling pour les pièces de rechange (d). Chaque critère était pondéré avec 25%. Le 6 décembre 2003, X. SA a procédé à l'évaluation de la qualité de travail relative à l'octroi du

bonus de M. pour l'année comptable 2002–2003. Celui-ci avait atteint les 100% des objectifs puisqu'un bonus de Fr. 7500.– lui a été octroyé. Ce bonus a été versé le 26 février 2004. En date du 3 mars 2004, les conditions d'octroi du bonus ont été modifiées pour l'année comptable 2003–2004, en ce sens que le montant total maximal a été fixé à Fr. 15 000.– et que l'entier de ce montant était dû selon une appréciation qualitative du travail de M. Les nouvelles conditions portaient sur les points suivants: exécution efficace de la comptabilité (Fr. 2000.–); exécution de toutes les clôtures dans les délais (Fr. 4000.–); «controlling proactif» (Fr. 6000.–) et MIS établi dans les délais et sans erreurs (Fr. 3000.–). Le 1^{er} juillet 2004, M. a commencé à travailler en qualité de «Financial Controller» pour A. SA (défenderesse), qui est une société du groupe X. Ses supérieurs étaient désormais S., directeur de la société défenderesse, et B., CFO du groupe X. Selon l'article 5 de ce contrat de travail, «un bonus est attribué à M., en principe en automne, sur la base de critères qui seront fixés au début de chaque année comptable». Au mois d'octobre 2004, la société défenderesse, par l'entremise de S., a procédé à l'évaluation relative à l'octroi du bonus de M. pour l'année 2003–2004. Selon S., M. n'avait atteint que partiellement les objectifs fixés le 3 mars 2004. Le directeur de la société défenderesse a dès lors octroyé à M. un bonus de Fr. 6000.– pour l'année 2003–2004, ce que ce dernier a contesté au motif qu'il avait rempli tous les objectifs fixés. Ce bonus a été versé le 26 octobre 2004.

En date du 26 janvier 2005, M. a signifié à A. SA la résiliation de son contrat de travail pour le 28 février 2005. Par lettres des 24 juillet et 5 octobre 2005, M. a prié A. SA de bien vouloir lui verser un montant de Fr. 15 000.– à titre de bonus pour l'année 2004–2005. Constatant qu'aucun critère d'évaluation n'avait été fixé pour l'année 2004–2005, S. a répondu par lettre du 11 octobre 2005 qu'il allait appliquer les mêmes critères que pour l'année 2003–2004. Selon l'évaluation effectuée, S. a octroyé un bonus de Fr. 3000.– à M. pour l'année comptable 2004–2005, ce qui a conduit à un bonus proportionnel de Fr. 2000.–.

Par demande du 20 décembre 2005, M. a saisi la Chambre des prud'hommes de l'arrondissement de la Sarine (ci-après la Chambre) d'une demande contre la société A. SA tendant au paiement de Fr. 19 000.–, montant qui correspond à la différence de bonus pour l'année 2003–2004 (15 000.– – 6000.–) additionnée à celle pour l'année 2004–2005 (10 000.–). Par jugement du 22 janvier 2007, la Chambre a très partiellement admis l'action en condamnant A. SA à payer à M. la somme de Fr. 2000.–, avec intérêts à 5% l'an dès le 19 décembre 2005.

Par mémoire du 9 mars 2007, le demandeur a interjeté recours, concluant à la réforme du jugement dans le sens de la condamnation de la société A. SA à lui verser le montant de Fr. 19 000.–, sous suite de dépens.

Extraits des considérants:

2.

a) Dans son pourvoi, le recourant conteste le jugement dans la mesure où les premiers juges ont retenu une gratification au sens de l'art. 322d CO au lieu d'une rémunération conditionnelle. Selon lui, le bonus ne dépendait pas du bon vouloir de l'employeur mais consistait en un élément du salaire selon l'art. 322 CO qui était dû. Subsidiairement, il soutient qu'il a rempli toutes les conditions donnant droit au bonus tant pour l'année comptable 2003–2004 que pour l'année 2004–2005. Ainsi, selon le recourant, le bonus constitue une rémunération conditionnelle soumise à l'accord non seulement de l'employeur mais également de l'employé. En revanche, pour l'intimée, le bonus constitue une gratification octroyée selon les performances de l'employé.

b) Selon la jurisprudence, la gratification au sens de l'art. 322d CO est une rétribution spéciale accordée en sus du salaire par l'employeur à des occasions particulières 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 109 II 447, consid. 5c); est en revanche un salaire à l'exigibilité différée, non soumis à l'art. 322d CO, la rétribution dont le montant et l'échéance inconditionnelle sont fixés d'avance par le contrat de travail, telle que le 13^e mois de salaire ou une autre rétribution semblable entièrement déterminée par contrat (ATF 109 II 447, consid. 5c; cf. également AUBERT in CO I, ad 322d, p. 1698 s., M. FAVRE MOREILLON, Droit du travail, 2^e éd. Bâle 2006, p. 17 ss et ATF 129 III 276/3dT 2003 I 346 ss). Selon ce que les parties au contrat de travail ont prévu, le versement d'une part d'intéressement au bénéfice peut ainsi soit constituer un élément du salaire au sens de l'art. 322 CO, soit une simple gratification au sens de l'art. 322d CO. S'agissant plus particulièrement de la gratification, on en distingue trois types; la gratification facultative qui est une rétribution dont le versement dépend du bon vouloir de l'employeur. Celui-ci décide librement de l'octroi de la gratification à bien plaisir, de l'occasion qui y donne lieu et de son montant. L'employé n'a pas un droit au versement d'une telle gratification qui ne fait pas partie du salaire. La gratification conditionnelle est une rétribution que l'employeur s'engage à verser à l'employeur si une ou plusieurs conditions sont réalisées, qui seront le plus souvent la qualité des prestations du salarié et la situation économique de l'entreprise. Lorsque la ou les conditions dont dépend le paiement de la gratification conditionnelle sont remplies, l'employé est fondé à en exiger le versement. La modification d'une condition doit faire l'objet d'un accord entre l'employeur et l'employé. Enfin, la gratification obligatoire est une prestation que l'employeur s'est engagé à verser à l'employé. Il s'agit en effet d'une «fausse gratification» qui présente les mêmes caractéristiques qu'un treizième salaire (FAVRE MOREILLON, op. cit., p. 18).

Lorsque la gratification est due en fonction de critères prédéterminés, le juge ne reverra pas l'appréciation de l'employeur. Toutefois, le juge pourra corriger, ex aequo et bono, le montant versé par l'employeur si ce dernier a fait preuve d'iniquité manifeste (AUBERT in CO I, ad art. 322d, n° 6).

aa) Dans la recherche de la volonté subjective des parties, le juge apprécie librement les preuves, sous réserve des dispositions légales; il tient compte de tous les éléments qui se dégagent des débats et prend en considération l'attitude des parties au cours du procès (art. 203 CPC; RFJ 2001 p. 44 consid. 3b) étant rappelé que, dans les litiges dont la valeur litigieuse ne dépasse pas 30 000.– francs, le droit fédéral impose au juge d'établir d'office les faits (art. 343 al. 4 CO). Cette maxime qualifiée de maxime inquisitoriale sociale ou maxime des débats atténuée, applicable également en matière de bail à loyer (art. 274d al. 3 CO), ne dispense pas les parties de collaborer activement à la procédure, notamment à l'établissement de l'état de fait pertinent. La maxime inquisitoriale ne saurait ainsi se transformer en oreiller de paresse pour les plaideurs (R. BARBEY, La procédure relative aux résiliations abusives, in *Journée 1993 de droit du travail et de la sécurité sociale*, Zurich 1994, p. 109). En particulier, l'art. 343 al. 4 CO les oblige à renseigner le juge sur les faits de la cause et à lui indiquer les moyens de preuve propres à établir ceux-ci; dans cette mesure, elles sont soumises à la maxime des débats. De son côté, le juge doit s'assurer, par l'interpellation des parties, que leurs allégués de fait et leurs offres de preuve sont complets, mais il n'est tenu de le faire que s'il a des motifs objectifs d'éprouver des doutes sur ce point (ATF 107 II 233 consid. 2c; Extraits 1983 p. 15).

Ce n'est que lorsqu'il n'est pas possible d'établir en fait la volonté réelle et commune des parties ou si celle-ci est divergente que leurs déclarations s'interprètent selon le principe de la confiance. Cette interprétation ne relève pas du fait mais du droit (cf. ATF 129 III 118 consid. 2.5; 129 III 664 consid. 3.1; 128 III 419 consid. 2.2; SJ 1990, p. 185). Le juge doit alors rechercher comment les déclarations ou l'attitude des parties pouvaient être comprises de bonne foi en fonction de l'ensemble des circonstances. Il s'attachera au sens des termes utilisés du point de vue du destinataire, de sorte que le juge interprétera la déclaration comme le destinataire peut l'interpréter raisonnablement compte tenu de la situation (cf. ATF 129 III 118 consid. 2.5; 127 III 279 consid. 2c/ee p. 287; Commentaire romand CO I-F. DESSEMONTET, n. 7 et 9 ss ad art. 1 CO; WIEGAND, Commentaire bâlois, n. 8 ad art. 18 CO; ENGEL, *Traité des obligations en droit suisse*, 2^e éd., p. 216 s.).

bb) En l'espèce, il ressort tout d'abord clairement du dossier, en particulier des pièces soumises aux premiers juges, que le principe même du bonus n'était initialement pas établi dans le contrat de travail lui-même; il ne ressort que de l'annexe 2 avec validité pour l'année comptable du 1^{er} juillet 2001 au 30 juin 2002. Il en est allé de même pour l'année suivan-

te, le document y relatif ayant été établi pour «the Business Year 2002/03». Le document du 3 mars 2004 établissant le bonus réalisable mentionne quant à lui qu'il se rapporte à l'année comptable 2003–2004. Aucun de ces documents ne prévoit une reconduction du principe et/ou des conditions pour l'année suivante. Il en va en revanche différemment pour le contrat de travail du 30 juin 2004, qui prévoit expressément en son article 5 intitulé «Bonus»: «Un bonus est attribué à M., en principe en automne, sur la base de critères qui seront fixés au début de chaque année comptable». Ces éléments ne permettent pas de tirer d'autres conclusions des affirmations du demandeur concernant les négociations sur son engagement; même s'il souhaitait avoir un revenu au moins égal à celui d'avant, comme il l'affirme sans toutefois prouver le salaire antérieur, il n'empêche qu'il a consenti à ce que son régime salarial soit différent et comprenne un bonus, qui plus est réglé sur une seule année.

Pour le reste, la Cour constate que le bonus de M. était conditionné à des critères prédéterminés. Même si l'employeur et l'employé avaient fixé ces critères selon un commun accord, l'octroi du bonus dépendait de l'appréciation qualitative que l'employeur effectuait après la fin de l'année comptable en question. Son octroi n'était dès lors pas inconditionnel.

S'agissant du montant, qui était certes plafonné à Fr. 15 000.–, il était cependant sujet à variation selon le résultat de l'évaluation. Il ressort d'ailleurs de l'audience devant les premiers juges que le recourant était conscient que le montant du bonus n'était pas garanti. Enfin, l'échéance n'était pas non plus précisément et définitivement fixée. En interprétant les déclarations des parties selon le principe de la confiance, il s'ensuit que le bonus doit être considéré comme une gratification, soumise à des conditions prédéterminées, au sens de l'art. 322d CO.

Le recours est dès lors infondé sur la qualification du bonus.

c) Le recourant soutient subsidiairement que toutes les conditions étaient remplies pour obtenir la totalité de la gratification conditionnelle. Comme il a été constaté ci-dessus (cf. consid. 2 b), le juge ne revoit l'appréciation de l'employeur qu'en cas d'iniquité manifeste. En l'espèce, il ressort du dossier que le directeur de la société défenderesse et le directeur financier du groupe X. avaient constaté que le recourant n'avait pas rempli les objectifs pour l'année 2003–2004. Ces reproches ont été contestés par M. lors des deux audiences devant les premiers juges. Selon lui, il a rempli tous les critères pour obtenir la gratification. Toutefois, compte tenu du pouvoir d'appréciation de l'employeur lors de l'évaluation relative au bonus et de l'octroi de celui-ci, le juge ne pourra pas revoir cette évaluation à défaut de preuves d'iniquité manifeste. Or, comme relevé par la Chambre, le demandeur n'a pas établi de manière suffisamment vraisemblable, ni au moyen de pièces, ni au moyen de témoignages, ni d'une quelconque autre manière, qu'il aurait atteint le 100% des objectifs et, dans son recours, il reprend son avis mais ne tente pas de démontrer que l'évaluation aurait été inique. De plus, comme relevé à juste titre par la

Chambre, le contenu du certificat de travail ne peut être considéré comme un résultat d'évaluation de qualité de prestations et il peut masquer des difficultés pour ne pas nuire au travailleur; au demeurant en l'espèce son contenu est positif mais pas assimilable pour autant à des couronnes d'éloges. Le recours doit dès lors être rejeté sur ce point aussi.

d) Quant au bonus de l'année 2004–2005, la Cour adhère entièrement au jugement de la Chambre, en ce sens que l'employé n'y a en principe pas droit, sauf accord contraire, puisqu'il a résilié le contrat durant cette année comptable (art. 322d CO). Toutefois, en procédant à l'évaluation en date du 11 octobre 2005 et en octroyant Fr. 2000.– pour les mois durant lesquels le recourant a travaillé pour la société défenderesse dans l'année 2004–2005, la défenderesse, par l'entremise de S., a convenu avec le recourant que ce dernier avait droit à une part proportionnelle de ce bonus. Là encore le recourant ne démontre pas que cette évaluation aurait été faite avec iniquité. Le recours est dès lors infondé sur ce point également.

Arrêt communiqué par F. Baumann, greffier au Tribunal cantonal.

Tribunal cantonal de l'Etat de Fribourg, II^e Cour d'appel civil, Arrêt du 26 août 2008 (Rejet du recours interjeté contre le jugement rendu le 29 novembre 2007 par la Chambre des prud'hommes de l'arrondissement de la Sarine)

337 CO. Résiliation du contrat de travail avec effet immédiat. Le vol d'un porte-monnaie contenant un peu plus de 40 francs est d'une importance mineure. Il convient cependant d'examiner si l'infraction peut être considérée comme subjectivement d'une importance supérieure à sa valeur objective. Ainsi, même un vol d'importance mineure non sanctionné sur le plan pénal – en raison de l'absence de plainte de la victime – peut à lui seul ruiner le rapport de confiance lorsque le travailleur qui le commet jouit dans son travail d'indépendance et de liberté d'action. On est en droit d'attendre une attitude irréprochable de la part d'une employée, même subalterne, commise aux nettoyages de salles de classes d'une école (c. 3).

Soupçons. Le licenciement immédiat n'est justifié que lorsque l'employeur qui a résilié le contrat sur la base de soupçons parvient à établir la réalité des faits reprochés au travailleur et que ces faits, de nature à rompre le lien de confiance, constituent des justes motifs au sens de 337 CO. En revanche, si les soupçons se révèlent mal fondés, l'employeur supporte les conséquences de l'absence de preuve, de sorte que le licenciement immédiat doit être considéré comme injustifié à moins que le travailleur n'ait fait obstacle de manière déloyale à leur éclaircissement (c. 3).

Extraits des faits:

Du 21 octobre 1999 au 27 novembre 2003, X. a travaillé au service de la Commune Y. en qualité de dame de nettoyage au cycle d'orientation de Z. Pour 12 heures de travail par semaine, elle recevait un salaire moyen de 1242 fr. 15 par mois. En raison de vols commis dans les salles de classe que X. avait la charge de nettoyer, le directeur de l'école a, sur proposition de la police, tendu un piège à celle-ci, qu'il soupçonnait de ces indécrottables: le 26 novembre 2003, il a placé dans la classe n° 1.3, sur le pupitre d'un élève, un porte-monnaie contenant de l'argent «marqué» (un peu plus de 40 francs) et 16 photographies représentant des adolescents. Effectuant son travail comme de coutume, X. a découvert le porte-monnaie, l'a ouvert pour voir ce qu'il contenait, et l'a pris. Constatant que cet objet avait disparu après le passage de la dame de nettoyage, le directeur a appelé la police, qui est venue interpellier X. à la fin de son service et a découvert dans son sac à main le porte-monnaie ainsi qu'un téléphone portable qui avait été volé le 2 novembre 2003 dans un établissement public. Par courrier du 27 novembre 2003, la Commune Y. a résilié le contrat de X. avec effet immédiat, «suite à des vols commis dans les salles de classe qui [lui] étaient attribuées». Le lendemain, le directeur de l'école a déposé plainte pénale, qu'il a retirée par la suite.

Après avoir vainement tenté d'obtenir sa réintégration à son poste de travail, X. a, par mémoire du 7 mai 2004, saisi la juridiction des prud'hommes de la Sarine du litige l'opposant à la Commune Y., pour réclamer le paiement de son salaire jusqu'au 31 janvier 2004 ainsi que 12 000 francs d'indemnités. Sur requête de la demanderesse et en accord avec la défenderesse, la procédure a d'emblée été suspendue jusqu'à droit connu au plan pénal. Par jugement du 6 juin 2006, le Juge de police de la Sarine a acquitté X. de diverses préventions de vol et/ou appropriation illégitime (y compris pour les faits survenus le 26 novembre 2003 au CO de Z., dans ce cas en raison du retrait de la plainte déposée par le directeur de l'école). Sur requête de la demanderesse du 27 juin suivant, la procédure a repris devant la Chambre des prud'hommes. Par ordonnance du 21 juillet 2006, son président a admis que la Caisse de chômage Unia intervienne aux côtés de la demanderesse. Par jugement du 29 novembre 2007, la Chambre des prud'hommes de l'arrondissement de la Sarine a rejeté la demande de X.

Le 17 mars 2008, X. a recouru en appel contre ce jugement, pour conclure à ce qu'il soit réformé et à ce que la Commune de Fribourg soit condamnée à lui verser 3486 fr. 90 à titre de salaire brut et 12 000 francs à titre d'indemnité, dépens à la charge de la défenderesse.

Extraits des considérants:

3.

Selon l'art. 337 CO, l'employeur et le travailleur peuvent résilier immédiatement le contrat en tout temps pour justes motifs (al. 1 phr. 1). Sont notamment considérés comme justes motifs toutes les circonstances qui, selon les règles de la bonne foi, ne permettent pas d'exiger de celui qui a donné le congé la continuation des rapports de travail (al. 2).

Le juge apprécie librement s'il existe de justes motifs (art. 337 al. 3 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 la responsabilité du travailleur, la nature et la durée des rapports contractuels, ainsi que le type et l'importance des manquements (ATF 111 II 245 consid. 3). Cependant, mesure exceptionnelle, 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 justifie le licenciement immédiat du travailleur. 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 du travailleur, on entend en règle générale la violation d'une obligation imposée par le contrat, mais d'autres faits peuvent aussi justifier une résiliation immédiate (cf. ATF 129 III 380 consid. 2.2). Les infractions que le travailleur commet à l'occasion de son travail, telles qu'un vol commis au préjudice de l'employeur, d'autres collaborateurs ou de clients, constituent des motifs classiques de résiliation immédiate (STREIFF/VON KAENEL, *Arbeitsvertrag: Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR*, 6^e éd., Zurich 2006, ch. 5 ad art. 337 CO; STAEHELIN/VISCHER, *Commentaire zurichois*, ch. 22 ad art. 337 CO; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, *Commentaire du contrat de travail*, 3^e éd., Lausanne 2004, N 7 ad art. 337 CO; HUMBERT/VOLKEN, *Fristlose Entlassung*, in *AJP/PJA* 2004 p. 564 ss (565) et les références; cf. ATF 130 III 28 consid. 4.2 et 4.3 p. 32; TF, arrêt non publié du 31.1.2006, 4C.431/2005, cité par WYLER, *Droit du travail*, 2^e éd., Berne 2008, p. 494).

Même un vol d'importance mineure non sanctionné sur le plan pénal en raison de l'absence de plainte de la victime peut à lui seul ruiner le rapport de confiance lorsque le travailleur qui le commet jouit dans son travail d'indépendance et de liberté d'action: le Tribunal fédéral l'a notamment admis s'agissant d'une infirmière diplômée (au demeurant très appréciée par la clinique qui l'employait pour ses compétences professionnelles) qui avait dérobé durant une veille un billet de 50 francs dans le porte-monnaie d'un patient incapable de se déplacer seul, et cela au regard du fait que la veilleuse indélicate non seulement était garante du bien-être et de la sécurité de patients (qui sont par définition dans un état de dépendance particu-

lière), mais encore parce qu'elle assumait le rôle de «leader» au sein de l'équipe en charge de l'étage où elle a commis son larcin (TF, arrêt non publié du 19.10.2006, 4C.185/2006, consid. 2.2). Commentant cet arrêt, Wyler (loc. cit., p. 494) note qu'il n'en irait pas de même pour des infractions qui sont de mineure importance tant du point de vue objectif (valeur) que subjectivement (dans l'esprit du travailleur, au regard des directives reçues). Par ailleurs, l'Obergericht du canton de Bâle-Ville a estimé que le fait qu'une travailleuse turque d'une grande boulangerie avait mis dans sa poche de la marchandise de peu de valeur retournée des présentoirs ne constituait pas un juste motif de résiliation (arrêt du 4.10.1983, BL ABOG 1983 p. 41, cité par FAVRE/MUNOZ/TOBLER, *Le contrat de travail*, code annoté, Lausanne 2001, n. 1.55 p. 215 ad art. 337 CO). La travailleuse avait déclaré lors d'un contrôle qu'elle était disposée à payer la marchandise et la procédure avait établi qu'elle n'avait pas compris les mises en garde affichées selon lesquelles toute soustraction de marchandise entraînerait un licenciement immédiat.

Le licenciement immédiat n'est justifié que lorsque l'employeur qui a résilié le contrat sur la base de soupçons parvient à établir la réalité des faits reprochés au travailleur et que ces faits, de nature à rompre le lien de confiance, constituent des justes motifs au sens de l'art. 337 CO. En revanche, si les soupçons se révèlent mal fondés, l'employeur supporte les conséquences de l'absence de preuve, de sorte que le licenciement immédiat doit être considéré comme injustifié à moins que le travailleur n'ait fait obstacle de manière déloyale à leur éclaircissement (TF, arrêt non publié du 7.2.2001, 4C.325/2000, consid. 2.a; JAR 2006 p. 428, consid. 20–25; CR CO I-AUBERT, N 10 ad art. 337 CO).

En l'occurrence, il ressort de la procédure que, depuis la rentrée scolaire d'automne 2003, trois téléphones portables et un montant de 40 francs ont disparu des classes nettoyées par la recourante, et ce toujours après les heures de classe. Aussi le directeur du Cycle d'orientation, pour étayer ses soupçons et d'entente avec la police de sûreté, a placé le 27 novembre 2003 à 15.30 heures, soit après la fin des classes, un porte-monnaie «piège» sur le pupitre d'un élève d'une des classes que la demanderesse devait nettoyer. Le porte-monnaie en question contenait 44 fr. 20 «marqués» et des photos d'adolescents. Il n'est pas contesté que la demanderesse a pris ce porte-monnaie, l'a mis sur son chariot et que, par la suite, la police l'a retrouvé dans le sac de la recourante (ainsi qu'un téléphone portable volé le 2 novembre 2003 dans un dancing de Fribourg) alors que celle-ci s'apprêtait à quitter son travail. Les deux policiers ont confirmé en séance que la demanderesse a donné plusieurs versions contradictoires, soutenant dans un premier temps que le porte-monnaie était celui de son fils et les photos celles d'amis de celui-ci – ce que la recourante conteste. Puis, invoquant la panique, elle a prétendu avoir pris le porte-monnaie dans l'intention de le remettre au concierge, pour affirmer ensuite avoir voulu le remettre à son propriétaire, avant de revenir à sa version selon laquelle elle voulait le re-

mettre au concierge, voire à la classe où elle l'avait trouvé en précisant qu'elle voulait prendre le porte-monnaie à la maison pour le rendre le lendemain. Quant au téléphone portable, elle a prétendu l'avoir trouvé le même jour dans le bus qui l'amenait au travail. Force est de constater que les imprécisions et inconséquences de la demanderesse ne sont pas celles d'une personne ayant simplement l'intention de restituer un objet qu'elle a trouvé par hasard. Avec les premiers juges, il faut également constater que la demanderesse a croisé au moins à deux reprises le concierge sans lui parler de sa trouvaille; si l'on peut admettre que, lors de la deuxième rencontre, le fait que le concierge soit accompagné de deux policiers n'était pas propice à une telle déclaration, rien ne s'opposait en revanche à ce qu'elle en parle lors de la première rencontre, en même temps qu'elle évoquait les problèmes de propreté d'une autre classe, fait non contesté. C'est en vain, de l'avis de la Cour, que la recourante allègue que le concierge était pressé à ce moment-là; le concierge, qui connaissait le piège posé par le directeur et pouvait s'attendre à ce que la recourante s'exprime sur sa trouvaille, a estimé au contraire qu'elle aurait eu amplement le temps de lui remettre le porte-monnaie ou à tout le moins de lui en parler. La recourante ne convainc pas lorsqu'elle prétend que son interlocuteur, suite à la découverte de la disparition du porte-monnaie «piège», était fébrile et peu enclin à l'écouter. Enfin, force est de constater que, si la procédure pénale a été close par un acquittement, elle l'a été en raison du retrait de la plainte pénale sans que le juge de répression ait eu à apprécier les faits. Il s'ensuit, que sur la base des contradictions de la recourante, des déclarations des agents de police – fonctionnaires assermentés – et du témoignage convaincant du concierge P., ainsi que de la découverte (inopinée, selon la recourante) le même jour, à quelques moments d'intervalle et dans des lieux différents, de deux objets qu'elle a mis dans son sac, soit un téléphone portable volé et un porte-monnaie, auquel on peut ajouter un produit de nettoyage appartenant à l'école, les premiers juges pouvaient retenir que l'employeur avait basé sa résiliation sur de sérieux soupçons dont il a démontré qu'ils étaient parfaitement fondés. Encore faut-il que les faits à l'origine de ces soupçons soient de nature à rompre le lien de confiance.

Il ne fait pas de doute que le vol d'un porte-monnaie contenant un peu plus de 40 francs – montant que la recourante connaissait – constitue une infraction objectivement mineure. Il convient encore d'examiner si une telle infraction commise par la recourante dans un contexte particulier était subjectivement d'une importance supérieure à sa valeur objective.

Les premiers juges ont retenu que X. avait reçu les directives claires et précises suivantes: aucun objet trouvé dans les salles de classe ne doit en être sorti et les objets de valeurs trouvés dans les locaux communs (corridors, halle de gymnastique, piscine) doivent être soit déposés au secrétariat, soit remis au concierge le soir même ou lors du contact suivant avec le concierge. La recourante, qui est de langue maternelle albanaise (la procédure civile comme la procédure pénale ont été menées avec l'aide d'un in-

terprète), a toujours contesté avoir reçu de telles directives, notamment celle de laisser dans les classes les objets trouvés. Force est de constater que l'employeur n'a offert de preuve ni de la teneur exacte des directives ni de leur diffusion aux dames de nettoyage (et spécifiquement à X., fût-ce par l'intermédiaire de son mari: les témoignages recueillis ne concordent pas sur ce que le concierge a dit à X. lorsque celui-ci lui avait téléphoné pour annoncer que son épouse avait trouvé un téléphone portable – on ne voit pas au demeurant sur quoi se basent les premiers juges pour situer au début de la rentrée 2003 un épisode que la défenderesse fait remonter à l'année scolaire 2002–2003 et le mari de la demanderesse en 2001. En retenant un fait contesté par la demanderesse et non prouvé par ailleurs, les premiers juges ont procédé à une constatation arbitraire des faits. Qui plus est, le fait ainsi retenu est invraisemblable: en effet, si la recourante avait eu à l'esprit les directives en question (notamment parce qu'on les lui aurait rappelées récemment en raison des vols constatés dans l'école depuis la rentrée), on voit mal pourquoi, même animée d'intentions délictueuses, elle aurait pris le risque de s'emparer de tout le porte-monnaie alors qu'il lui suffisait d'en prélever les espèces (dont elle ignorait évidemment qu'elles avaient été marquées par un produit chimique). Ce n'est donc pas en regard de directives particulières (non prouvées) que le larcin reproché à la travailleuse serait subjectivement plus grave que son importance objective.

La Cour estime cependant, avec les premiers juges, que l'on est en droit d'attendre une attitude irréprochable de la part d'une employée, même subalterne, commise aux nettoyages de salles de classes d'une école. Celle-ci a accès à un certain nombre de locaux contenant des effets personnels d'élèves et de professeurs ainsi que du matériel de valeur (ordinateurs, matériel d'expérimentation). Même si elle ne jouit pas dans son travail de la même indépendance et de la même liberté d'action qu'une infirmière diplômée dont l'ancienneté et la compétence font le «leader» naturel d'une équipe de veille (cf. arrêt du TF 4C.185/2006 précité), la Cour estime que cette fonction requiert une parfaite probité. Le comportement de la recourante est d'autant plus grave qu'elle ne pouvait ignorer que le porte-monnaie, pris dans une classe et contenant des photos d'adolescents, devait appartenir à un élève. Compte tenu également du climat de suspicion que la répétition de tels vols risquait de générer aussi bien entre collègues de travail que parmi les élèves des classes concernées, l'employeur avait suffisamment de justes motifs de se séparer avec effet immédiat de la recourante. On ne saurait au demeurant soutenir, comme le voudrait cette dernière, que la gravité subjective de l'infraction serait relative pour l'employeur dans la mesure où le directeur de l'école (qui, s'il n'est pas formellement le représentant de la Commune de Y., est en la circonstance le garant des mêmes intérêts) a pour sa part retiré la plainte pénale qu'il avait déposée après la résiliation. En effet, ce retrait a été motivé par le fait que la personne mise en cause ne travaillait plus au Cycle d'orientation suite aux

événements du 26 novembre 2003, et que dès lors, pour le directeur, le but était atteint.

Il s'ensuit le rejet du recours, ainsi que de toutes les prétentions pécuniaires de la demanderesse et recourante fondées sur un licenciement injustifié.

Arrêt communiqué par F. Baumann, greffier au Tribunal cantonal.

Kantonsgericht Freiburg, Urteil vom 12. September 2008 (Aufhebung des Urteils der Gewerbekammer des Seebezirks vom 20. März 2008)

Wurden dem Arbeitnehmer Ausbildungskosten ersetzt, so können diese aufgrund von OR 327a I nicht zurückverlangt werden, wenn sie im Rahmen einer normalen Einarbeitung anfielen und damit als notwendige Auslage erscheinen. Hingegen ist die Vereinbarung einer Rückzahlungspflicht zulässig, wenn die Ausbildung dem Arbeitnehmer ermöglicht, einen Titel zu erlangen, der ihm auch bei einem anderen Arbeitgeber Vorteile bietet. Eine solche Vereinbarung ist grundsätzlich gültig, wenn sie vor der Ausbildung geschlossen wurde und den vom Arbeitnehmer zurückzuerstattenden Betrag sowie den Zeitraum bestimmt, innert welchem die Kündigung eine Rückzahlungspflicht auslöst. Vorliegend wurde die Vereinbarung über die bezifferte Rückerstattungspflicht und den Rückerstattungszeitraum erst rund 18 Monate nach Beginn der Ausbildung des Arbeitnehmers zum diplomierten Rettungssanitäter unterzeichnet (E. 4.a und b).

Sachverhalt:

Der Kläger A. stellte den Beklagten B. mit Arbeitsvertrag vom 31. Mai 2002 als Ambulanzmitarbeiter zu 100% mit der Auflage an, dass dieser sich zum diplomierten Rettungssanitäter weiterbilden lässt. Gemäss Ziffer 9 des Vertrags erklärte sich der Beklagte bereit, «die für die Arbeit beim Ambulanzdienst notwendige Aus- und Weiterbildung nach Weisungen seiner Vorgesetzten zu absolvieren. A. behält sich vor, die Übernahme von Kosten (Kurskosten, Spesen, Ausfall von Arbeitszeit) mit der Verpflichtung zu verknüpfen, einen vorher festzulegenden Betrag zurückzubezahlen, falls B. das Arbeitsverhältnis innert eines zu vereinbarenden Zeitraums nach Ausbildungsende auflöst». Im Januar 2004 unterzeichneten die Parteien einen anderen Arbeitsvertrag, der am 1. Januar 2004 in Kraft trat und im Wesentlichen den gleichen und mit Bezug auf die erwähnte Ziffer 9 einen deckungsgleichen Wortlaut aufweist. In einer am 29. Januar 2004 unterzeichneten Vereinbarung stellten die Parteien fest, dass B. vom 12. August 2002 bis zum 5. August 2005 für die Ausbildung zum diplomierten Rettungssanitäter die Emergency Schule in X. besucht. Weiter hielten die Parteien in dieser Vereinbarung fest, dass die Differenz zwi-

schen dem während der Ausbildung bezahlten monatlichen Bruttolohn von Fr. 4532.95 und dem «Lehrlingslohn während der Ausbildung» von Fr. 1500.– von B. zurückzuzahlen sei, falls dieser das Arbeitsverhältnis vor dem 31. Juli 2008 auflöse. Der insgesamt zurückzuzahlende Betrag wurde mit Fr. 118 285.05 beziffert. Weiter enthält diese Vereinbarung eine Bestimmung, wonach ab dem 1. August 2005 der zurückzuzahlende Betrag monatlich um Fr. 3285.70 amortisiert werde bis zu einer allfälligen Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch den Beklagten. Dieser kündigte am 25. Januar 2007 das Arbeitsverhältnis auf den 31. März 2007. Nachdem sich B. geweigert hatte, den von A. vorgeschlagenen Betrag von Fr. 52 571.20 zurückzubezahlen, reichte dieser am 30. August 2007 bei der Gewerbekammer des Seebezirks eine Forderungsklage über Fr. 30 000.– ein. Die Gewerbekammer hiess die Klage mit Urteil vom 20. März 2008 gut und verpflichtete den Beklagten zur Zahlung von Fr. 30 000.– an den Kläger. B. legte gegen das Urteil Berufung ein.

Aus den Erwägungen:

4.

(...)

a) Wurden dem Arbeitnehmer Ausbildungskosten ersetzt, so können diese aufgrund von Art. 327a Abs. 1 OR nicht zurückverlangt werden, wenn sie im Rahmen einer normalen Einarbeitung anfielen und damit als notwendige Auslagen erscheinen. Hingegen ist die Vereinbarung einer Rückzahlungspflicht zulässig, wenn die Ausbildung dem Arbeitnehmer ermöglicht, einen Titel zu erlangen, der ihm auch bei einem andern Arbeitgeber Vorteile bietet. Eine solche Vereinbarung ist grundsätzlich gültig, wenn sie vor der Ausbildung geschlossen wurde und den vom Arbeitnehmer zurückzuvergütenden Betrag sowie den Zeitraum bestimmt, innert welchem die Kündigung eine Rückzahlungspflicht auslöst (STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsvertrag, 6. Aufl., Zürich 2006, N. 7 zu Art. 327a OR, mit zahlreichen Hinweisen). Im vorliegenden Fall wurde die vorherige Festsetzung des (allenfalls) vom Beklagten zurückzuzahlenden Betrags zudem vertraglich vereinbart (Ziff. 9 der Arbeitsverträge vom 31. Mai 2002 und von Januar 2004). Damit der Arbeitnehmer sich ein Bild von der einzugehenden Verpflichtung machen kann, ist diese vertraglich eindeutig und genau zu bezeichnen. Eine entsprechende Vereinbarung kann auch mündlich geschlossen werden (vgl. Art. 11 OR).

Der Richter würdigt die Beweise unter Vorbehalt der gesetzlichen Bestimmungen nach freier Überzeugung (Art. 5 Abs. 3 und 203 Abs. 1 ZPO). Er hat dabei den gewöhnlichen Lauf der Dinge und die Lebenserfahrung zu berücksichtigen (Extraits 1965 S. 60). Bei einer Partei, die etwas zu ihren Gunsten behauptet, besteht naturgemäss die Gefahr der Parteilichkeit. Der Richter kann daher auf deren Aussagen nur abstellen, wenn diese

durch besondere Umstände erhärtet werden oder wenn gewisse objektive Anhaltspunkte diese Aussagen stützen (Extraits 1962 S. 119).

b) Im vorliegenden Fall steht fest, dass die strittige schriftliche Vereinbarung über die bezifferte Rückerstattungspflicht und den Rückerstattungszeitraum am 29. Januar 2004, folglich erst rund 18 Monate nach Ausbildungsbeginn des Beklagten unterzeichnet wurde. In seiner Klage vom 30. August 2007 führte der Kläger aus, vor der Weiterbildung habe ein Gespräch zwischen ihm und dem Beklagten stattgefunden, bei dem es um die Entschädigung des letzteren während der Weiterbildung gegangen sei. Dabei habe der Beklagte sich ausdrücklich damit einverstanden erklärt, dass er den Monatslohn, der den Betrag von Fr. 1500.– übersteige, zurückzahle, falls er auf einen Zeitpunkt vor dem 31. Juli 2008 das Arbeitsverhältnis künde. Die Parteien hätten auch festgehalten, dass der zurückzubezahlende Betrag Fr. 118 285.05 ausmache bei einer Kündigung vor dem 31. Juli 2008, wobei ab dem 1. August 2005 der Betrag monatlich um Fr. 3285.70 amortisiert werde bis zu einer allfälligen Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch den Beklagten. In der Sitzung vom 26. November 2007 erklärte der Vertreter des Klägers, vor der Anstellung des Beklagten habe ein Gespräch mit diesem stattgefunden. Aufgrund der familiären Verhältnisse sei es dem Beklagten nicht möglich gewesen, zum Lohn von Fr. 1500.– zu arbeiten, sodass ein Lohn von Fr. 4500.– vereinbart worden sei mit der Auflage, dass der Beklagte sich für drei Jahre nach der Ausbildung verpflichtet. Die als Zeugin einvernommene H., die als stellvertretende Einsatzleiterin beim Kläger angestellt ist, gab in dieser Sitzung zu Protokoll, bei der Bewerbung für den Ausbildungsplatz sei dem Beklagten gesagt worden, die Auszubildenden verdienten Fr. 1500.–; was darüber hinausgehe, sei eine Art zinsloses Darlehen; der Beklagte habe gesagt, er könne von den Fr. 1500.– nicht leben.

Diese Aussagen sind bereits angesichts des Umstands, dass sie vom Kläger bzw. von einer bei diesem angestellten Person stammen, mit Vorsicht zu würdigen. Zudem gilt festzustellen, dass sie in erheblichen Punkten nicht übereinstimmen. Währenddem in der Klageschrift das Gespräch mit dem Beklagten zeitlich «vor der Weiterbildung» eingeordnet wird, sagten der Vertreter des Klägers und dessen Angestellte aus, dieses Gespräch habe «vor der Anstellung» bzw. «bei der Bewerbung» stattgefunden. Augenfällig ist auch, dass in der vom Anwalt des Klägers eingereichten Eingabe der genaue Betrag der zurückzuzahlenden Leistung und der «monatlichen Amortisation» aufgeführt sind, während der Vertreter des Klägers an der Sitzung vor der Gewerbekammer lediglich sagte, der Lohn von Fr. 4500.– sei mit der Auflage vereinbart worden, dass der Beklagte sich für drei Jahre nach der Ausbildung verpflichte, und dass die Zeugin H. erklärte, der über Fr. 1500.– hinausgehende Betrag sei eine Art zinsloses Darlehen.

Im Übrigen erschiene die Annahme, dass der zurückzuvergütende Betrag sowie der Zeitraum, innert welchem die Kündigung eine Rückzah-

lungspflicht auslösen sollte, bereits vor der Anstellung bzw. bei der Bewerbung bestimmt gewesen wären, mit Blick auf Ziffer 9 des Arbeitsvertrags vom 31. Mai 2002 ohnehin als kaum zulässig. Diese Bestimmung sieht nämlich vor, dass der Kläger sich vorbehält, die Übernahme von Kosten (Kurskosten, Spesen, Ausfall von Arbeitszeit) mit der Verpflichtung zu verknüpfen, einen vorher festzulegenden Betrag zurückzubezahlen, falls der Beklagte das Arbeitsverhältnis innert eines zu vereinbarenden Zeitraums nach Ausbildungsende auflöst. Wären der zurückzuerfüllende Betrag sowie der Zeitraum, innert welchem die Kündigung eine Rückzahlungspflicht auslösen sollte, bereits bei Abschluss des Arbeitsvertrags bekannt gewesen, hätte der offensichtlich vom Kläger verfasste Arbeitsvertrag wohl kaum nur den Vorbehalt der Rückzahlungspflicht, sondern ohne Weiteres den zurückzuerfüllenden Betrag sowie den Zeitraum, innert welchem die Kündigung eine Rückzahlungspflicht auslösen sollte, erwähnt.

c) Der im Januar 2004 von den Parteien unterschriebene Arbeitsvertrag sieht in Ziffer 9 – wie bereits der am 31. Mai 2002 unterschriebene Vertrag – vor, dass der Kläger sich vorbehält, «die Übernahme von Kosten (Kurskosten, Spesen, Ausfall von Arbeitszeit) mit der Verpflichtung zu verknüpfen, einen vorher festzulegenden Betrag zurückzubezahlen, falls der Beklagte das Arbeitsverhältnis innert eines zu vereinbarenden Zeitraums nach Ausbildungsende auflöst». Wären der zurückzuerfüllende Betrag sowie der Zeitraum, innert welchem die Kündigung eine Rückzahlungspflicht auslösen sollte, zu diesem Zeitpunkt, d.h. rund 18 Monate nach Ausbildungsbeginn bekannt gewesen, hätten die Parteien sich nicht mit dem grundsätzlichen Vorbehalt der Rückzahlungspflicht begnügt, sondern direkt die erforderlichen Elemente im Vertrag aufgeführt.

d) Weiter ist zu beachten, dass gemäss dem Wortlaut der offensichtlich vom Kläger verfassten Vereinbarung vom 29. Januar 2004 letztere die mündliche Vereinbarung «ergänzt», welche vor dem Beginn der Ausbildung geschlossen wurde. Das Verwenden des Begriffs «ergänzt» legt den Schluss nahe, dass in der behaupteten mündlichen Vereinbarung ohnehin nicht alle Elemente besprochen und vereinbart wurden. Ausser der klägerischen Behauptung in der Klageschrift finden sich in den Akten denn auch keine Hinweise darauf, dass und wann der zurückzuerfüllende Betrag sowie der Zeitraum, innert welchem die Kündigung eine Rückzahlungspflicht auslösen sollte, in genügender Weise mündlich vereinbart worden wären. Namentlich findet sich in den Akten keine entsprechende Notiz, während beispielsweise das Gespräch mit dem Beklagten betreffend dessen Führerausweisentzug zumindest summarisch zusammengefasst und von den Parteien unterschrieben wurde.

e) Schliesslich ist nicht ersichtlich, warum die Vereinbarung vom 29. Januar 2004 erst rund 20 Monate nach Unterzeichnung des ersten Arbeitsvertrags bzw. rund 18 Monate nach Beginn der Ausbildung unterzeichnet wurde, wenn der zurückzuerfüllende Betrag sowie der Zeitraum, innert welchem die Kündigung eine Rückzahlungspflicht auslösen sollte,

bereits bei Abschluss des (ersten) Arbeitsvertrags bzw. vor Beginn der Ausbildung mündlich vereinbart worden wären. Der Kläger gibt dazu keine (einleuchtende) Erklärung.

f) Zusammenfassend gilt festzuhalten, dass sich in den Akten zwar Anhaltspunkte dafür befinden, dass zwischen den Parteien vor Ausbildungsbeginn im Jahr 2002 eine mündliche Vereinbarung betreffend den zurückzuerstattenden Betrag und den Zeitraum der Rückzahlung geschlossen wurde (Behauptung des Klägers, Vereinbarung vom 29. Januar 2004), dass jedoch gewichtigere andere Anhaltspunkte gegen eine solche mündliche Vereinbarung mit dem erwähnten Inhalt sprechen. Somit kann eine solche Vereinbarung nicht als erstellt gelten, sodass der Klage der rechtliche Boden entzogen ist.

In Abweisung der Klage ist die Berufung des Beklagten daher gutzuheissen.

Eingesandt von F. Baumann, Obergerichtsschreiber

Tribunal cantonal de l'Etat de Fribourg, II^e Cour d'appel civil, Arrêt du 28 octobre 2008 (Admission partielle du recours interjeté contre le jugement rendu le 30 octobre 2007 par la Chambre des prud'hommes de l'arrondissement de la Sarine).

Résiliation avec effet immédiat. L'indemnité prévue à l'art. 337c III CO est due, sauf cas exceptionnels, pour tout congé immédiat injustifié. 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 l'atteinte considérée. La jurisprudence n'est pas unanime s'agissant de la question de savoir si la durée des rapports de travail peut influencer ou non sur le montant de l'indemnité; en tous les cas une durée particulièrement brève ne doit pas servir d'argument pour une réduction de l'indemnité (c. 3b).

Extraits des faits:

Par contrat conclu le 13 octobre 2004, Y. a été engagé par Z. SA en qualité de nettoyeur pour un salaire mensuel de 750 francs environ; il devait effectuer 12 heures de travail en moyenne par semaine. Le début d'activité a été fixé au 1^{er} novembre 2004. Le contrat a été conclu pour une durée indéterminée. Y. a eu, le 1^{er} février 2006, une altercation avec sa supérieure hiérarchique P. Le lendemain, A., chef d'exploitation chez Z. SA, a fait savoir par téléphone à Y. qu'il ne devait plus venir travailler. Le 3 février 2006, P. a déposé plainte pénale contre Y. pour voies de fait.

Par lettre du 14 février 2006, à la suite de l'altercation du 1^{er} février, l'employeur a résilié le contrat de son employé avec effet immédiat. Par

lettre de son mandataire du 17 février 2006, Y. s'est opposé au congé. Le 29 mai 2006, Y. a déposé plainte pénale contre P. pour diffamation.

Le 11 août 2006, Y. a ouvert action en paiement contre Z. SA devant la Chambre des prud'hommes de l'arrondissement de la Sarine. Dans leur teneur définitive après modification, ses chefs de conclusions tendent à la condamnation de la défenderesse à lui payer 1844.70 francs brut à titre d'indemnité au sens de l'art. 337c al. 1 CO, 5631.60 francs à titre d'indemnité au sens de l'art. 337c al. 3 CO, 51.90 francs à titre de 13^e salaire et 548.70 francs à titre de salaire dû au sens de l'art. 324 al. 1 CO, le tout avec intérêt. La défenderesse a conclu au rejet de l'action, reconnaissant toutefois devoir 48.40 francs à titre de 13^e salaire. Par jugement du 30 octobre 2007, la Chambre a pris acte du passe-expédient de la défenderesse à hauteur de 48.40 francs et rejeté l'action pour le surplus.

Par mémoire du 9 juillet 2008, le demandeur appelle du jugement. Il reprend ses chefs de conclusions de première instance tendant à la condamnation de la défenderesse à lui payer 1844.70 francs brut à titre d'indemnité au sens de l'art. 337c al. 1 CO, 5631.60 francs à titre d'indemnité au sens de l'art. 337c al. 3 CO et 548.70 francs à titre de salaire dû au sens de l'art. 324 al. 1 CO, le tout avec intérêt.

Extraits des considérants:

2.

a) La Chambre retient que le contrat a été résilié avec effet immédiat le 2 février 2006 parce que le demandeur n'a pas contesté l'injonction qui lui a été signifiée ce jour-là par téléphone de ne plus se présenter au travail; que des justes motifs étaient réalisés, le demandeur ayant agressé physiquement sa supérieure hiérarchique et l'ayant menacée à plusieurs reprises de poursuites. Le demandeur conteste ces points en appel. Dans le contexte du conflit qui l'opposait à sa supérieure hiérarchique, P., à cause du mobbing exercée par celle-ci, il aurait compris ladite injonction comme une mesure d'apaisement, le temps que la défenderesse effectue l'enquête interne qui s'imposait depuis la lettre du demandeur du 28 janvier 2006 – dans laquelle il informait son employeur des tensions existant avec sa supérieure et lui demandait d'intervenir auprès de celle-ci afin qu'il puisse continuer à travailler dans de meilleures conditions – et prenne les mesures nécessaires pour mettre fin à ce conflit. Il n'aurait pas eu de motifs de réagir après l'appel téléphonique du 2 février 2006, attendant qu'une décision soit prise. Son interprétation de l'appel téléphonique en question serait confirmée par les déclarations de l'auteur de celui-ci et celles de la directrice de la défenderesse ainsi que par le contenu de la lettre de la défenderesse du 14 février 2006. Signifiée le 14 février 2006, soit treize jours après l'altercation du 1^{er} février, la résiliation avec effet immédiat serait tardive. En outre, pour le demandeur, la défenderesse n'a pas prouvé la prétendue agression physique sur sa supérieure hiérarchique, ni les menaces de pour-

suites pénales à l'égard de celle-ci. La Chambre aurait enfin omis à tort de tenir compte du mobbing exercé sur le demandeur par sa supérieure hiérarchique.

b) Selon l'art. 337 CO, l'employeur et le travailleur peuvent résilier immédiatement le contrat en tout temps pour de justes motifs; la partie qui résilie immédiatement le contrat doit motiver sa décision par écrit si l'autre partie le demande (al. 1). Sont notamment considérées comme de justes motifs toutes les circonstances qui, selon les règles de la bonne foi, ne permettent pas d'exiger de celui qui a donné le congé la continuation des rapports de travail (al. 2). Le juge apprécie librement s'il existe de justes motifs, mais en aucun cas il ne peut considérer comme tel le fait que le travailleur a été sans sa faute empêché de travailler (al. 3). Mesure exceptionnelle, la résiliation immédiate pour justes motifs doit être admise de manière restrictive. D'après la jurisprudence, seul un manquement particulièrement grave de l'autre partie justifie une résiliation avec effet 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 la violation d'une obligation découlant du contrat, par exemple l'obligation de loyauté ou de discrétion (art. 321a al. 1 et 4 CO). Le juge prendra en considération tous les éléments du cas particulier, notamment la position et la responsabilité du travailleur, la nature et la durée des rapports contractuels, ainsi que la nature et l'importance des manquements (ATF 127 III 310 consid. 3 p. 313 et les références). C'est à l'employeur qui entend se prévaloir de justes motifs de licenciement immédiat de démontrer leur existence. L'employeur doit notifier le licenciement immédiat dès qu'il a connu le juste motif dont il entend se prévaloir ou, au plus tard, après un bref délai de réflexion; s'il tarde à réagir, il est présumé avoir renoncé au licenciement immédiat; à tout le moins, il donne à penser que la continuation des rapports de travail est possible jusqu'à la fin du délai de congé (ATF 127 III 310 consid. 4b p. 315 et les références). Un délai général de deux à trois jours ouvrables de réflexion est présumé approprié; un délai supplémentaire n'est accordé à celui qui entend résilier le contrat que lorsque les circonstances particulières du cas concret exigent d'admettre une exception à la règle (ATF 130 III 28 consid. 4.4. p. 34). Un délai de six jours a été considéré comme admissible par le Tribunal fédéral dans les circonstances d'un cas particulier où la décision relevait d'un conseil d'administration composé de plusieurs membres. En fait, la doctrine et la jurisprudence ne mentionnent pas d'exemple d'un délai de réflexion supérieur à une semaine (Tribunal fédéral, arrêt 4C.23/2006 du 4.5.2006, consid. 4.1).

c) La défenderesse n'a pas donné le congé au demandeur le 2 février 2006; elle l'a seulement, à ce moment-là, enjoint à ne pas se présenter au travail, le temps pour elle de prendre une décision, après enquête interne, sur la poursuite ou non des rapports contractuels. Cela ressort des déclarations tant de sa directrice [...] que de son chef d'exploitation [...]. Le

congé a dès lors été signifié au demandeur par lettre du 14 février 2006, soit trop tardivement pour l'être avec effet immédiat.

d) Le demandeur a allégué en première instance qu'il a dû être hospitalisé au printemps 2005. Lorsqu'il a pu réintégrer son poste, sa supérieure, P., ne lui a fourni du travail qu'à hauteur de huit heures hebdomadaires, attribuant les quatre heures restantes par moitié à un autre employé et à elle-même. Le demandeur s'en est plaint par lettre du 16 juin 2005 à la défenderesse qui a ordonné à P. d'occuper à nouveau le demandeur douze heures par semaine. P. n'aurait pas supporté de devoir restituer son quota d'heures au demandeur. Elle s'est mise à le harceler. Elle le blâmait sans motif et ne lui adressait plus la parole qu'en criant, alors que leurs relations étaient auparavant amicales. Elle rabaisait le demandeur devant les autres collaborateurs, en critiquant injustement son travail. Elle lui attribuait en outre des tâches chicanières ou pénibles. Par exemple, depuis que le demandeur était affecté aux bâtiments de l'université à X., jamais les murs et les plafonds n'avaient été nettoyés. Or, cette tâche a soudainement été attribuée au demandeur, sans explications. Par lettre du 28 janvier 2006, le demandeur a fait part de ces difficultés à la défenderesse, en sollicitant son intervention auprès de sa supérieure directe afin qu'il puisse continuer à travailler comme auparavant. Le 1^{er} février 2006, d'un ton cassant et en présence des autres employés, P. a ordonné au demandeur d'aller nettoyer les toilettes, tâche qui d'ordinaire n'incombait pas au demandeur. Sans hausser le ton, le demandeur a refusé de s'exécuter. La supérieure du demandeur a sanctionné ce refus en n'inscrivant sur le décompte des heures de travail du demandeur qu'une seule des deux heures effectuées ce jour-là. Lorsque, un moment plus tard, le demandeur a découvert la sanction, il a protesté en vain auprès de P.

Pour la défenderesse, le demandeur ne s'est jamais plaint d'une dégradation des rapports avec sa supérieure directe avant sa lettre du 28 janvier 2006. A réception de cette lettre, elle a réagi immédiatement, envoyant le jour même son chef d'exploitation éclaircir la situation sur place. Selon le chef d'exploitation, le demandeur n'acceptait pas les ordres de sa supérieure en relation avec les tâches supplémentaires ordonnées. Le chef d'exploitation a dû intervenir lui-même à plusieurs reprises pour expliquer le changement de travail au demandeur qui était quelque peu remonté. Proposition a été faite au demandeur de changer de lieu de travail. Cette proposition a été refusée. La défenderesse conteste avoir eu connaissance d'une quelconque forme de harcèlement du demandeur par sa supérieure directe. Pour la défenderesse, les protestations du demandeur en date du 1^{er} février 2006 n'ont pas été que verbales, compte tenu de l'état de panique dans lequel se trouvait P. lors de son appel du 2 février 2006 à la directrice de la défenderesse. Lors de cet appel, cette collaboratrice a déclaré, en pleurs, qu'elle ne voulait plus aller travailler et qu'elle avait peur du demandeur qui l'avait agressée physiquement la veille. Après cette agression, P. a rejoint en pleurs les autres membres de l'équipe présents sur

place, lesquels ont pu constater les marques rouges qu'elle portait à la gorge à la suite de l'agression du demandeur. Cette collaboratrice a d'ailleurs déposé plainte pénale pour voies de fait contre le demandeur le 3 février 2006. Le demandeur aurait en outre menacé à plusieurs reprises sa supérieure de la poursuivre en justice par le biais de son beau-fils, avocat.

Dans le cadre de l'enquête pénale, P. a admis avoir eu de petits différends avec le demandeur après que celui-ci a recommencé à travailler au printemps 2005, mais rien de sérieux selon elle. Elle lui faisait des remarques au sujet de son travail, auxquelles il réagissait mal, en la menaçant de la poursuivre en justice, avec l'aide de son beau-fils avocat. Elle a contesté avoir réprimandé le demandeur, ni en particulier, ni devant les autres collaborateurs. Selon elle, le demandeur l'a empoignée au pull. Elle a reculé car elle a eu peur qu'il l'étrangle. Il était furieux, il lui a donné deux coups de poing dans le bras gauche, l'a empoignée et l'a traînée jusque devant l'ascenseur. Il lui a montré le poing avec le billet sur lequel elle avait inscrit l'heure de travail effectuée et lui a dit: «je suis Iranien». Aussi entendu en qualité de témoin, le chef d'exploitation de la défenderesse a confirmé l'existence d'une mésentente entre le demandeur et sa supérieure directe au retour du congé-maladie de celui-ci. Il a par ailleurs déclaré que le demandeur avait refusé d'effectuer certains travaux dans un premier temps et qu'il avait dû s'entretenir avec lui pour que, finalement, il s'exécute. La directrice de la défenderesse et son chef d'exploitation ont par ailleurs tous deux déclaré que le demandeur avait refusé le travail qu'ils lui avaient proposé sur un autre site.

Le demandeur reconnaît avoir été fâché mais conteste avoir agressé, frappé et injurié sa supérieure directe le 1^{er} février 2006. Il n'y a pas eu de témoin de la scène, ni de constatations médicales de marques ou contusions sur la personne de P. L'agression physique de sa supérieure hiérarchique par le demandeur ne peut pas être retenue.

Le demandeur reconnaît par contre avoir annoncé à P. le dépôt d'une plainte pénale contre elle à cause du mobbing que, selon lui, elle exerçait à son égard. Cet élément ne suffit toutefois pas à justifier une résiliation avec effet immédiat.

3.

a) Selon l'art. 337c CO, lorsque l'employeur résilie immédiatement le contrat sans justes motifs, 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 cassation du contrat conclu pour une durée déterminée (al. 1). 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 (al. 3). L'indemnité prévue à l'art. 337c al. 3 CO est due, sauf cas exceptionnels, pour tout congé immédiat injustifié. 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

l'atteinte considérée (ATF 121 III 64 consid. 3c p. 68). Les indemnités prévues aux art. 336a et 337c al. 3 CO sont de même nature et visent les mêmes buts. Il est donc permis d'établir un parallèle entre ces deux dispositions et, partant, de se baser sur les opinions émises au sujet de l'une d'elles pour déterminer la portée de l'autre. L'indemnité selon l'art. 336a CO a une double finalité, punitive et réparatrice, quand bien même elle ne consiste pas en des dommages-intérêts au sens classique, car elle est due même si la victime ne subit ou ne prouve aucun dommage (ATF 123 III 246 / JdT 1998 I 300). Le tribunal en fixe le montant librement compte tenu des circonstances du cas d'espèce. Selon la doctrine et la jurisprudence, l'indemnité selon l'art. 336a CO dépend en particulier de la gravité de la faute de l'employeur, des effets économiques que subit la partie victime de la résiliation abusive, de la gravité de l'atteinte à la personnalité de la victime de la résiliation, de l'âge du travailleur, de son niveau social et de sa situation personnelle, des conditions qui existent sur le marché de l'emploi, de l'étroitesse des relations contractuelles ainsi que de la manière dont le congé a été signifié. Le Tribunal fédéral considère que l'indemnité revêt aussi un caractère de pénalité et en déduit que son montant dépend des ressources de la partie obligée. Une résiliation notifiée sans ménagement aucun peut augmenter le montant de la pénalité; une faute concomitante de la partie à laquelle elle est signifiée peut en justifier une réduction. La jurisprudence n'est pas unanime s'agissant de la question de savoir si la durée des rapports de travail peut influencer ou non sur le montant de l'indemnité; en tout cas une durée particulièrement brève ne doit pas servir d'argument pour une réduction de l'indemnité (ATF 123 III 391; Tribunal cantonal in RFJ 2005 p. 348 consid. 6b p. 354; R. WYLER, Droit du travail, Berne 2008, p. 517 s., et références).

b) Le demandeur réclame un montant de 1844.70 francs à titre de salaire pour les mois de février et mars 2006. Le demandeur était dans sa deuxième année de service, au cours de laquelle le délai de congé est d'un mois, (art. 21 al. 3 de la convention collective pour le secteur du nettoyage). Il effectuait 12 heures par semaine, soit 2,4 heures par jour. Le mois de février comptait 20 jours ouvrables, soit 48 heures de travail pour le demandeur. Il a travaillé une heure le 1^{er} jour, pour laquelle il a été rémunéré; la défenderesse reste lui devoir 47 heures. Le mois de mars comptait 23 jours ouvrables en 2006, soit 55.2 heures. Le demandeur a droit au paiement de 102.2 heures. Le salaire horaire était de 16 francs brut, plus les vacances (8.33%) et part au 13^e salaire, soit 18.80 francs au total. Le demandeur a droit à 1921.35 francs brut, à titre de salaire pour février et mars 2006, même s'il a réclamé un montant inférieur de ce chef. En effet, lorsque la demande tend à l'allocation de divers postes de dommage reposant sur la même cause, le tribunal n'est lié que par le montant total réclamé. Il peut donc – dans des limites à fixer de cas en cas – allouer davantage pour un des éléments du dommage et moins pour un autre (ATF 123 TII 119 consid. 6d; 119 II 396 consid. 2). En l'occurrence, les autres chefs de

conclusions du demandeur soit lui sont alloués de manière réduite, soit ne le sont pas (consid. 3c et 4 ci-après).

c) Le demandeur réclame ensuite 5631.60 francs à titre d'indemnité au sens de l'art. 337c al. 3 CO. Il fait valoir qu'il a fait l'objet de mobbing durant près d'une année. Informée, la défenderesse n'aurait rien fait pour corriger la situation. Au fait du climat délétère, elle ne lui a pas non plus proposé de nouvelle affectation. Lorsqu'elle a dépêché son chef d'exploitation sur place, celui-ci a ouvertement soutenu la personne à l'origine des troubles. La défenderesse n'a en outre jamais cherché à l'entendre. Le demandeur relève qu'il a été durant sept ans au service de la défenderesse, à l'entière satisfaction de cette dernière. Ses nombreuses recherches d'emploi depuis son licenciement sont restées infructueuses, ce qui n'est pas étonnant compte tenu de son statut de réfugié, de sa mauvaise maîtrise du français, de son âge et de l'impossibilité d'exercer sa profession d'enseignant.

P. conteste avoir exercé une quelconque forme de mobbing à l'encontre de son subordonné et l'avoir brimé. Il n'est pas établi que la défenderesse ait eu connaissance avant la lettre du demandeur du 28 janvier 2006 des tensions au travail entre celui-ci et sa supérieure. A réception de dite lettre, la défenderesse a par ailleurs réagi immédiatement, envoyant le jour même son chef d'exploitation éclaircir la situation sur place. La directrice et le chef d'exploitation de la défenderesse ont aussi confirmé avoir proposé au demandeur de le déplacer, ce qu'il a refusé (consid. 2d ci-devant). La directrice de la défenderesse a déclaré avoir constaté en personne que le demandeur était plus lent que les autres collaborateurs. Cela ne l'a pas gênée, elle n'a pas voulu s'en séparer, mais a dû l'encadrer un peu plus. C'est pourquoi elle lui a adjoint une jeune employée qui l'aidait. Après la première lettre (du 16 juin 2005, par laquelle le demandeur réclamait la restitution des quatre heures hebdomadaires qui lui avaient été retirées), la directrice a demandé à son chef d'exploitation de se rendre régulièrement sur les lieux pour vérifier que tout était en ordre. Le demandeur refusait de faire certains travaux, d'où l'apparition de conflits, ce qu'a confirmé le chef d'exploitation. Le demandeur s'est de toute évidence refusé du suivi et de l'accompagnement dans son travail mis en place par les organes de la défenderesse. L'existence d'un mobbing à son égard n'est pas établi.

Le demandeur est à la charge du Service de l'aide sociale de la Ville de Fribourg. Agé de 63 ans, il n'a pas retrouvé de travail après son licenciement, hormis durant trois mois. Il ne touche pas d'indemnité de chômage. Le seul revenu du couple est une rente AI de 3175 francs que perçoit son épouse. Le demandeur affirme avoir souffert psychiquement à la suite de son congé.

L'attitude quelque peu réfractaire du demandeur a contribué à la naissance des tensions avec sa supérieure hiérarchique. En outre, le demandeur

porte incontestablement une part de responsabilité dans l'altercation du 1^{er} février 2006.

Compte tenu de ces éléments, une indemnité correspondant à trois mois de salaire paraît adéquate. Le demandeur a dès lors droit à ce titre à 2932.80 francs, soit 156 heures (13 semaines à 12 heures) × 18.80 francs.

d) Les intérêts sur les deux montants dus en vertu de l'art. 337c al. 1 et 3 CO seront calculés dès le 15 février 2006, date supposée de la réception de la lettre de licenciement.

4.

Le demandeur réclame enfin un montant de 548.70 francs à titre de salaire dû selon l'art. 324 al. 1 CO. Il expose avoir offert ses services à son retour d'hospitalisation, au printemps 2005. Alors que son contrat de travail prévoyait une occupation de douze heures par semaine, sa supérieure hiérarchique ne l'aurait laissé travailler que huit heures. Il réclame en conséquence ce qu'il aurait gagné en réalisant un horaire conforme à son contrat de mai à juillet 2005, soit le salaire afférent à 52 heures de travail.

Le contrat de travail du demandeur prévoit une durée moyenne par semaine de 12 heures, qui n'a toutefois qu'une valeur indicative, l'horaire de travail pouvant être modifié par l'employeur. Selon la défenderesse, la diminution des heures de travail hebdomadaires du défendeur à son retour d'hospitalisation n'était pas une mesure de rétorsion, mais a été décidée à la suite de la diminution du volume de travail de la défenderesse dans le bâtiment en question. La supérieure hiérarchique du demandeur et le chef d'exploitation ont déclaré que les heures qui avaient été enlevées au demandeur étaient des heures tardives (de 20h30 à 22h30) et qu'elles l'avaient été du fait qu'il avait été malade. P. a ajouté avoir eu pitié du demandeur.

La défenderesse n'ayant pas été en demeure, le chef de conclusions du demandeur et, partant, le recours sur ce point, doivent être rejetés.

Arrêt communiqué par F. Baumann, greffier au Tribunal cantonal.

Kanton Genf

Cour d'appel des prud'hommes de Genève, Arrêt du 4 février 2008 (Annulation du jugement rendu le 29 janvier 2007 par le Tribunal des prud'hommes de Genève)

49 et 328 CO. Une surcharge de travail liée à un manque chronique de personnel peut constituer une violation par l'employeur de son devoir de protéger et de respecter la personnalité du travailleur. Il résulte de l'expérience courante de la vie qu'un employé soumis durant des années à une surcharge de travail et maintenu dans l'incertitude de son avenir professionnel est susceptible de tomber en dépression pendant plusieurs mois. Une atteinte de cette nature à la santé correspond à la notion de «tort considérable» donnant droit à une indemnité pour tort moral (3.2.2).

Extraits des faits:

Par contrat écrit du 16 avril 1985, X., né le 24 novembre 1942, a été engagé, avec entrée en fonction le lendemain, par Y., société active dans le transport aérien, en qualité de responsable de la réservation et la vente de fret aérien et responsable du contrôle des chargements. Le contrat précisait qu'il était employé comme «*cargo sales représentative*», ce qui impliquait qu'il devait s'occuper de toute la partie fret de l'activité de la compagnie aérienne. Le 15 janvier 1998, les parties ont modifié le contrat de travail conclu le 16 avril 1985, X. étant désormais employé en qualité de «*passengers sales manager*»; son salaire mensuel brut a été porté à fr. 6040.-. Par ailleurs, son horaire de travail était fixé à 40 heures hebdomadaires et son droit aux vacances à 4 semaines par année. Le dernier salaire mensuel de X. s'est élevé à fr. 7160.- brut.

Par courrier recommandé du 29 novembre 2005, Y. a signifié à X. son licenciement pour le 28 février 2006, avec la précision que «vu l'épuisement de votre crédit annuel d'incapacité pour cause de maladie, [Y...] se voit contrainte d'interrompre, en outre, avec effet immédiat le paiement de votre salaire».

Par demande déposée au greffe de la Juridiction des prud'hommes le 27 mars 2006, X. a assigné Y. en paiement de fr. 129 308.50 avec intérêts, soit: fr. 36 945.- à titre d'indemnité pour licenciement abusif; fr. 73 890.- à titre d'indemnité pour tort moral.; fr. 12 316.- à titre d'indemnité pour vacances non prises en nature; fr. 6157.50 nets à titre de salaire pour le mois de mars 2006. Par jugement rendu du 29 janvier 2007, le Tribunal des prud'hommes a condamné Y. à payer à X. la somme de fr. 7160.- brut

(sous déduction du montant de fr. 4210.40 net dû à la Caisse de chômage UNIA) à titre de salaire du mois de mars 2006, ainsi que le montant de fr. 40 000.– net à titre d'indemnité pour tort moral.

Par acte mis à la poste le 2 mars 2007, Y. a appelé du jugement rendu le 29 janvier 2007. X. a formé un appel incident.

Extraits des considérants:

3.

L'appel de Y. porte sur sa condamnation à payer à son ex-employé fr. 40 000.– à titre d'indemnité pour tort moral, cas échéant sur la quotité de ce montant.

Pour sa part, X. a fait appel incident pour réclamer l'octroi du plein de ses conclusions de première instance à cet égard, soit la somme de fr. 73 890.–.

(...)

3.2.

3.2.1. Selon l'art. 328 al. 1 CO, l'employeur protège et respecte, dans les rapports de travail, la personnalité du travailleur. Le salarié victime d'une atteinte à sa personnalité contraire à cette disposition du fait de son employeur ou des auxiliaires de celui-ci peut prétendre à une indemnité pour tort moral aux conditions fixées par l'art. 49 al. 1 CO (cf. ATF 125 III 70 consid. 3a).

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. L'ampleur de la réparation morale dépend avant tout de la gravité des souffrances physiques ou psychiques consécutives à l'atteinte subie par la victime et de la possibilité d'adoucir sensiblement, par le versement d'une somme d'argent, la douleur morale qui en résulte (ATF 129 IV 22 consid. 7.2 p. 36; 125 III 269 consid. 2a p. 273). N'importe quelle atteinte légère à la réputation professionnelle, économique ou sociale d'une personne ne justifie pas une réparation (ATF 125 III 70 consid. 3a in fine et les références citées).

3.2.2. Il résulte clairement des enquêtes que, dès le début de son activité auprès de l'appelante, l'agence de Genève a toujours souffert d'un manque chronique de personnel, ce qu'a du reste admis la représentante de l'appelante, B., lors de sa comparution personnelle du 7 novembre 2006. En effet, cette dernière a notamment déclaré avoir remarqué qu'il y avait un surcroît de travail et qu'il fallait assumer une permanence durant les week-ends, que l'effectif était restreint, qu'elle s'était rendu à [...] pour demander si un employé supplémentaire, Monsieur C. pouvait être engagé pour aider X., ce qui lui avait été refusé. Ce manque d'effectif s'est traduit, notamment, par le fait que l'intimé a dû, pendant plusieurs mois, s'occuper, en plus de ses tâches, de celles G. : puis, toujours sans décharge, de la for-

mation de C. Atteste également de la surcharge de travail de l'intimé son solde important de vacances au terme de ses relations contractuelles avec l'appelante principale.

On ne discerne pas en quoi l'absence – alléguée par Y., mais contestée par l'appelant incident – de responsable direct pour l'agence de Genève et la surcharge de travail de l'intimé et de ses collègues qu'elle aurait entraîné, serait imputable à X. Au demeurant, de 2002 à 2004, A., en plus de sa fonction de directeur financier, était responsable administrativement de l'agence de Genève, jusqu'au 1^{er} septembre 2004, date à laquelle il a été remplacé par B.

De même, il importe peu que l'appelant incident se soit plaint pour la première fois formellement de ses conditions de travail dans le courrier qu'il a adressé le 22 juillet 2005 à son employeur, respectivement à sa supérieure hiérarchique, B. En effet, la procédure n'établit pas que l'appelante principale ignorait que son agence genevoise disposait d'un effectif insuffisant, ce qu'au demeurant elle n'allègue pas. De même, il ne résulte pas du dossier qu'à partir de 2003, lorsqu'il a été déchargé de l'activité de fret, que le volume de travail de l'appelant incident ait diminué de manière significative. Au contraire, il résulte du témoignage de R., de la société A. AG, qui a repris ladite activité de fret, que, durant les six premiers mois d'activité de cette société, les contacts ont principalement eu lieu avec l'intimé, puis avec A., X. ayant collaboré «étroitement au début avec nous afin de nous familiariser avec leur système informatique et de nous faire part de son savoir faire».

Dans ces conditions, force est d'admettre, avec le Tribunal, que l'appelante principale, au courant de la surcharge chronique de son personnel, n'a pris, contrairement à ce que prescrit l'art. 328 al. 1 CO, aucune mesure concrète en vue de garantir la protection de la personnalité de l'intimé, en particulier sa santé, étant rappelé qu'une surcharge de travail est susceptible de constituer une violation par l'employeur de son devoir mentionné à l'article précité (ATF 4 C.193/2004 du 05.07.05).

S'agissant du dommage proprement dit, soit en l'occurrence l'atteinte à la santé de l'intimé, c'est à juste titre que les premiers juges se sont fondés à cet égard sur le témoignage du Dr. J., psychiatre et psychothérapeute auprès de l'appelant incident a été dirigé par son médecin généraliste, le Dr. B., au mois d'avril 2005. En effet, le Dr. J. a constaté chez l'intimé un état anxiodépressif, humeur triste, troubles anxieux avec répercussion somatique et un pessimisme vis-à-vis de l'avenir en général, dû à un stress typiquement réactionnel à un conflit de travail («burn out») ainsi que des relations de travail conflictuelles.

Ce médecin a fondé son diagnostic – qu'il n'y a aucune raison de mettre en doute – sur son expérience de 20 ans en psychiatrie, dont 5 années comme expert auprès des tribunaux genevois. Par ailleurs, de 2002 jusqu'à la fin des relations de travail entre les parties, X. a été laissé par son employeur dans l'incertitude au sujet de sa place réelle au sein de

l'entreprise, de son titre et de ses fonctions exactes; ce qui a également contribué à porter atteinte à sa santé.

Au demeurant, il résulte de l'expérience courante de la vie qu'un employé soumis durant des années à une surcharge de travail et maintenu dans l'incertitude de son avenir professionnel est susceptible de développer un état tel que celui constaté chez l'intimé par le Dr. J. Il résulte d'ailleurs des enquêtes que deux des témoins entendu ont été victimes de dépression en raison de la surcharge de travail.

De surcroît, comme le Tribunal l'a retenu, il existe manifestement un lien de causalité naturelle et adéquate entre l'état dépressif de l'intimé et la violation, par l'appelante principale, de ses obligations prévues à l'art. 328 CO, étant précisé, s'agissant du lien de causalité adéquate, qu'il est dans le cours ordinaire des choses que des années de surcharge de travail, sans pouvoir bénéficier de vacances correspondantes, et d'incertitude professionnelle sont susceptibles de provoquer une dépression de l'employé qui en est victime.

Enfin, pour que la violation des obligations prévues à l'art. 328 CO entraîne l'obligation pour l'employeur de réparer le préjudice matériel et le tort moral causé à son employé, il faut que cela soit provoqué par sa faute ou celle d'un autre employé (ATF 2C/2003 du 04.04.03; ATF 126 III 395). Dans ce cas, le travailleur a en principe droit à des dommages et intérêts dont le mode et l'étendue se déterminent d'après les principes généraux des articles 97 et suivants et 41 suivants CO (SJ 984 p. 556).

En l'occurrence, la faute étant présumée, et l'appelante principale n'ayant pas apporté la preuve qu'elle n'en avait pas commise, elle doit indemniser le dommage subi par son ex-employé, pour autant que celui-ci ait subi un tort considérable devant se caractériser par des souffrances dépassant par leur intensités celles qu'une personne doit être en mesure de supporter selon les conceptions actuelles en vigueur.

Il a été retenu plus haut, qu'en raison de sa surcharge de travail, l'intimé avait subi une dépression qui a duré plusieurs mois. Une atteinte de cette nature à la santé correspond à la notion de «tort considérable» donnant droit à une indemnité pour tort moral.

En raison de sa nature, l'indemnité pour tort moral, qui est destinée à réparer un dommage qui ne peut que difficilement être réduit à une simple somme d'argent échappe à toute fixation selon des critères mathématiques, de sorte que son évaluation en chiffres ne saurait excéder certaines limites; l'indemnité allouée doit toutefois être équitable (ATF 129 IV 22 consid. 7.2 p. 36).

Selon la jurisprudence, la fixation de l'indemnité est une question d'équité et non une question d'appréciation au sens strict qui limiterait le pouvoir d'examen du Tribunal fédéral à l'abus ou à l'excès du pouvoir d'appréciation. Celui-ci examine ainsi librement si la somme allouée ou la réparation envisagée tient suffisamment compte de la gravité de l'atteinte ou si elle est disproportionnée par rapport à l'intensité des souffrances mo-

rales causées à la victime (ATF 129 IV 22 consid. 7.2 p. 37; 125 III 269 consid. 2a p. 273 s.).

S'agissant du montant alloué en réparation du tort moral, toute comparaison avec d'autres affaires doit intervenir avec prudence, puisque le tort moral touche, aux sentiments d'une personne déterminée dans une situation donnée et que chacun réagit différemment face au malheur qui le frappe (arrêt 4C.116/2004 du 7 septembre 2004, consid. 5.1 destiné à la publication).

L'ampleur de la réparation morale dépend avant tout de la gravité des souffrances physiques ou psychiques consécutives à l'atteinte subie par la victime et de la possibilité d'adoucir sensiblement, par le versement d'une somme d'argent, la douleur morale qui en résulte (ATF 130 III 134; 129 III 36 consid. 7.2; 125 III 75 consid. 3.1).

En l'occurrence, il résulte du dossier que l'appelante ne s'est guère soucié des conséquences de son absence de prise mesure au manque chronique de personnel de son agence de Genève, de sorte que la faute peut être qualifiée de moyenne. Il en va de même de la souffrance subie par l'appelant, qui, auparavant, était en bonne santé. Par ailleurs, il résulte des déclarations du Dr. J., que si l'intimé subit toujours un traitement médicalement et psychothérapique, et qu'il a été particulièrement affecté par cette situation, son état psychique lui permet la recherche d'un nouvel emploi.

Dès lors, compte tenu de toutes les circonstances du cas d'espèce, l'intimé se verra octroyer une indemnité d'un montant de fr. 7500.-, la somme de fr. 40 000.- qui lui a été allouée et égard par le Tribunal étant manifestement excessive.

Arrêt communiqué par Me W. Gloor, avocat, Genève.

Cour d'appel des prud'hommes de Genève, Arrêt du 12 février 2008 (Annulation du jugement rendu le 24 septembre 2007 par le Tribunal des prud'hommes de Genève)

324 CO. L'obligation de l'employeur de solliciter et d'obtenir une autorisation de travail pour le travailleur étranger constitue un acte préparatoire. Si l'employeur ne satisfait pas à cette obligation, il tombe en demeure d'acceptation. Il doit le salaire sans que le travailleur soit tenu de fournir le travail (c. 2.2). Si l'employeur qui est à l'origine d'un emploi illicite entend licencier le travailleur suite à un contrôle de police, ou à un refus de régularisation par l'autorité, il doit respecter le préavis contractuel ou légal applicable. Il est en tout cas forclos d'invoquer sa propre turpitude (2 II CC) pour se séparer avec effet immédiat de son travailleur clandestin. Il peut, à la limite, libérer le travailleur de sa place de travail durant le préavis, mais reste tenu de lui payer le salaire-préavis (c. 4.4).

321a et 337 CO. Le fait de ne pas avoir porté immédiatement à la connaissance de son employeur l'interdiction d'entrée en Suisse dont il faisait l'objet ne constitue pas une violation du devoir de fidélité du travailleur, justifiant un renvoi immédiat, dès lors que la décision n'était pas encore entrée en force, L'emploi clandestin d'un travailleur étranger relève du risque d'entreprendre de l'employeur; il n'appartient pas au travailleur clandestin d'aider ce dernier à se prémunir des conséquences de ce choix (c. 5.4.1).

330a CO. Le motif et l'indication de la partie qui a pris l'initiative de la résiliation du contrat n'ont pas à figurer dans le certificat de travail, à moins que le travailleur ne le demande (c. 8.6). Lorsque le certificat n'est établi qu'à l'issue d'une procédure judiciaire, l'employeur rétrodatra le document, c'est-à-dire qu'il indiquera comme date d'établissement celle du dernier jour des rapports de travail (c. 8.8).

Extraits des faits:

Le 3 juin 2003, E. a pris T., ressortissant kosovare, à son service, pour une durée indéterminée, et ce en qualité d'ouvrier agricole. Elle l'a pris à son service, le sachant ressortissant d'un pays non-membre de l'UE/AELE, mais sans s'assurer que ce dernier était au bénéfice d'une autorisation de séjour et de travail; elle s'est également abstenue de solliciter pour ce dernier, auprès des autorités compétentes ces autorisations nécessaires à la prise d'emploi. Dans cette entreprise, T. retrouvait son frère F. C'est ce dernier qui lui avait signalé cette opportunité d'emploi. F. n'était lui non plus au bénéfice d'une autorisation de travail. Lors des pourparlers contractuels, les parties sont convenues d'un salaire horaire de Fr. 14.– et d'un horaire hebdomadaire de 49 heures. Elles n'ont pas discuté d'un contrat saisonnier. Il était implicitement entendu que T. travaillât selon les besoins de l'entreprise. Le matin du 7 août 2006, T. a informé E. qu'il avait été contrôlé par la police le 30 juillet 2006, et lui a montré la décision d'interdiction d'entrée dont il faisait l'objet (et qui lui a été notifié le 30 juillet 2006). Il ne lui en a pas remis copie. E. a immédiatement appelé le poste de police de Cornavin, pour savoir si ces informations étaient exactes. Ce qui lui a été confirmé.

E. a notifié – par voie orale – à T. son renvoi immédiat pour justes motifs. Elle lui a dit ne pas pouvoir garder à son service un employé qui était sous le coup d'une décision d'interdiction d'entrée en Suisse «depuis le 11 juillet 2005», et qui, de surcroît, lui avait caché ce fait, et notamment le contrôle de police du 30 juillet 2006. Un peu plus tard dans la journée du 7 août 2006, T. est revenu dans l'entreprise, accompagné cette fois-ci de son frère, [...]. Usant d'un ton véhément, il s'est opposé à son renvoi immédiat et a demandé de pouvoir garder son emploi. Par courrier recommandé de son syndicat (SIT) du 16 août 2006, T. a confirmé à E. qu'il s'opposait à son licenciement immédiat, le jugeant exempt de justes motifs.

Par acte déposé au Greffe de la Juridiction des Prud'hommes en date du 29 septembre 2006, T. a assigné E. en paiement de Fr. 10 448.45, soit de Fr. 9645.– à titre de salaire afférent au délai de congé non respecté, et de Fr. 803.35 à titre d'indemnité de vacances afférent à ce même délai de congé (8.33% de Fr. 9645.–); le tout avec intérêt moratoires 5% dès le 31 octobre 2006. Il a réclamé, en outre, la délivrance d'un certificat de travail. A l'audience d'introduction devant le Tribunal des Prud'hommes, le 14 mars 2007, le demandeur a persisté dans sa demande, précisant, en outre, qu'il attendait également le salaire afférent au sept premiers jours du mois d'août 2006; la défenderesse s'est engagée à verser un montant de Fr. 754.59 à titre de salaire du mois d'août 2006. Par jugement du 24 septembre 2007, le Tribunal a donné acte à E. de son engagement à verser à T. la somme de Fr. 754.59 brut à titre de salaire du mois d'août 2007 (i.e. 1.8.–7.8.2006), sous déductions des charges sociales et légales, l'a condamnée en outre à délivrer au demandeur un certificat de travail conforme à l'art. 330a al. 1 CO; il a débouté les parties de toutes autres conclusions.

Par acte déposé au Greffe de la juridiction des Prud'hommes en date du 16 octobre 2007, T., agissant par les soins du SIT, a formé appel contre le susdit jugement. L'appelant a conclu à l'annulation du jugement entrepris et a repris ses conclusions de première instance.

Extraits des considérants:

II.

Fond

1.

Législation relative l'emploi de travailleurs ressortissants d'Etats non membres de l'UE/AELE

1.1. A teneur de la loi fédérale sur le séjour et l'établissement des étrangers du 26 mars 1931 (LSEE, RS 142.20) [en vigueur jusqu'au 31 décembre 2007], la prise d'emploi en Suisse par un travailleur d'un Etat non membre de l'Union européenne (UE) et de l'Association européenne de libre-échange (AELE) suppose l'obtention préalable d'une autorisation de séjour pour une activité lucrative («permis B»; cf. art. 3 al. 3 LSEE; art. 3 al. 9 RSEE; cf. *pro multis* ATF 130 II 39).

1.2. Vu les facilités nées – dans la foulée des bilatérales CH – UE/AELE – pour l'engagement de travailleurs ressortissants de l'Union européenne, les permis B sont depuis 2003 sévèrement contingentés (cf. Appendice I à l'art. 14 OLE). S'y ajoute le fait qu'à la même occasion, l'octroi de permis saisonniers («permis A») a pris fin (KLAUS, «Ausländische Staatsangehörige als Arbeitnehmende» in: UEBERSAX/MÜNCH/GEISER, éd., *Ausländerrecht*, Bâle, 2002, N. 14.52 p. 603).

1.3. Ce dispositif est complété par l'Ordonnance limitant le nombre des étrangers du 6 octobre 1986 (OLE, RS 823.21) qui a pour but a)

d'assurer un rapport équilibré entre l'effectif de la population suisse et celui de la population étrangère résidente, b) à créer des conditions favorables à l'intégration des travailleurs et résidents étrangers, et c) à améliorer la structure du marché du travail et à assurer un équilibre optimal en matière d'emploi.

1.4. Ces textes stipulent qu'il appartient à l'employeur de solliciter l'obtention de l'autorisation de séjour et de travail pour le travailleur qu'il souhaite engager (art. 9 al. 3 OLE; cf. à présent les arts. 11 al. 3 et 18 let. b LEtr et l'art. 22 al. 2 OASA; cf. OCP Genève, www.ge.ch/ocp [informations aux entreprises du Service Prise d'emploi]; Centre Patronal, *Etrangers en Suisse*, Lausanne, 2006, chap. I p. 16; KLAUS, op. cit., N. 14.5 p. 589; PFANNER, *Die Jahresaufenthaltsbewilligung des erwerbstätigen Ausländers*, St. Gall, 1985 p. 139; MÜLLER R., «Erwerbstätigkeit von Ausländern in der Schweiz», in: ZVglRW 1998 p. 202, 211; MOSER, «Die Rechtsstellung des Ausländers in der Schweiz», in: ZSR/RDS 1967 p. 325, 407).

1.5. L'employeur prouvera, à cette occasion, qu'il a fait tous les efforts possibles pour trouver un travailleur sur le marché indigène (art. 7 al. 4 OLE).

1.6. Il incombe à l'employeur, en particulier, de soumettre à l'autorité compétente un contrat de travail écrit (art. 9 al. 2 OLE). Les conditions de rémunération et de travail offertes doivent correspondre à celles en usage dans la localité et la profession (art. 9 al. 1 et 2 OLE; SPESCHA, *Handbuch zum Ausländerrecht*, Berne, 1999, p. 66 ss).

1.7. En outre, l'art. 10 al. 1 OLE dispose que *«l'employeur ne doit pas laisser un étranger prendre un emploi sans s'assurer, en consultant le livret d'étranger ou en se renseignant auprès de l'autorité de police des étrangers, que le travailleur est autorisé à occuper ce poste»*.

1.8. L'art. 5 du contrat-type de travail réglant les conditions de travail entre les employeurs agricoles du canton de Genève et les travailleurs agricoles (RS/GE/J 1 50.09 du 7 mars 2000, ci-après «CTT») rappelle l'obligation des parties de se conformer aux prescriptions légales et réglementaires concernant les conditions de séjours des étrangers.

1.9. L'étranger qui aura exercé une activité lucrative sans autorisation sera, en règle générale, contraint de quitter la Suisse (cf. arts. 3 al. 1 et 17 al. 2 RSEE) – dans la pratique il fera l'objet d'une interdiction d'entrée de durée déterminée.

1.10. Quant à son employeur, il encourt les sanctions prévues à l'art. 23 al. 4 LSEE: *«Celui qui, intentionnellement, aura occupé des étrangers non autorisés à travailler en Suisse, sera puni pour chaque cas d'étranger employé illégalement d'une amende jusqu'à Fr. 5000.–. Celui qui aura agi par négligence sera puni d'une amende jusqu'à Fr. 3000.–. Dans les cas de très peu de gravité, il peut être fait abstraction de toute peine. Lorsque l'auteur a agi par cupidité, le juge peut infliger des amendes d'un montant supérieur à ces maximums»*.

1.11. Ces dernières années, marquées par la lutte contre le travail au noir, montrent que le nombre de poursuites et sanctions pénales basées sur l'art. 23 al. 4 LSEE a augmenté (cf. *pro multis* 128 IV 170; ATF 6B_601/2007 du 7.12.2007 destiné à la publication; ATF 6S.232/2005 du 20.7.2005; ATF SJ 1996 p. 469).

2.

Prolongement sous l'angle du droit du travail

2.1. Selon la jurisprudence et la doctrine, l'obligation – de droit public – de l'employeur de solliciter et d'obtenir l'autorisation de travail pour le travailleur étranger constitue, en droit du travail, un *acte préparatoire* de l'employeur; (ATF 4C.27/2004 du 24. 3. 2004 = JAR 2005 156 cons. 3.2.1; ATF 114 II 279 cons. 2d/bb = SJ 1988 608, 617 Palagui c/Gatoil SA; ATF 114 II 274, cons. 5; CJ SJ 1960 p. 303; ATF du 7. 10. 1958 Siffredi c/Wata; AUBERT, «Contrat de travail et autorisation de travail», SJ 1988 p. 622; RAPP, «Fremdenpolizeiliche Arbeitsbewilligung und Arbeitsvertrag», in: Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1985, p. 282).

2.2. Si l'employeur ne satisfait pas à cette obligation, il tombe en demeure d'acceptation au sens des arts. 91 et 324 CO. Il doit le salaire sans que le travailleur soit tenu de fournir le travail. Selon le texte même de l'art. 324 CO, la demeure de l'employeur ne suppose pas un comportement fautif de sa part; peu importe donc que l'absence d'autorisation ne lui soit pas imputable. Vu la répartition des risques prévue à l'art. 324 CO, l'employeur supporte donc seul les conséquences civiles liées à l'absence ou le refus de l'autorisation de travail. Peu importe que le travailleur, pour sa part, soit aussi dans l'impossibilité d'offrir effectivement sa prestation, car cette impossibilité résulte directement du risque que, selon la loi, l'employeur assume seul (AUBERT, op. cit. p. 622; DUC/SUBILIA, Commentaire du contrat individuel de travail, Lausanne, 1998 p. 190).

3.

Absence d'autorisation et validité du contrat de travail

3.1. Lorsque l'employeur a engagé le travailleur étranger sans solliciter pour ce dernier l'autorisation de séjour et de travail, il est tenu de respecter le contrat conclu.

3.2. En effet, le contrat de travail conclu en violation des règles relatives au séjour et l'engagement de travailleurs étrangers en Suisse n'est pas nul, mais valable (ATF 114 II 479 cons. 2; 122 III 110 cons. 4 e; WYLER, Droit du travail, Berne, 2002, p.67; ROULLER, Der widerrechtliche Vertrag, Berne, 2002, p. 291 ss), et le salarié clandestin peut, du reste, se prévaloir, en vertu de l'art 9 OLE et de son effet impératif de droit civil (art. 342 al. 2 CO) des conditions de travail prévues par la loi, et de celles, complémentaires, en usage dans la profession et dans la localité (CCT, CTT) (cf. ATF 122 II 110 cons. 4 e).

3.3. De même, le contrat de travail passé et exécuté sans autorisation ne prive pas non plus le travailleur clandestin des autres dispositions protectrices du droit du travail: et il a notamment été jugé qu'il pouvait se pré-

valoir de l'art. 333 CO (ATF 4C.27/2004 du 24.3.2004 = JAR 2005 156 = ARV 2004 p. 93), du droit aux vacances et à la protection de sa personnalité (4C.94/2003 du 23.4.2004).

3.4. Il serait surprenant que le travailleur en question ne puisse cependant pas bénéficier de la protection contre le congé (délais de résiliation, arts. 334; licenciement abusif, art. 336; congé donné en temps inopportun (art. 336c CO) et licenciement immédiat (art. 337–337c CO).

4.

Absence d'autorisation de travail: un motif justifiant le licenciement immédiat?

4.1. A teneur de l'art. 337 CO, *«l'employeur et le travailleur peuvent résilier immédiatement le 'contrat en tout temps pour de justes motifs (...). Sont notamment considérés 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. Le juge apprécie librement s'il existe de justes motifs (...).»*

4.2. En tant qu'*ultima ratio*, la résiliation avec effet immédiat n'est admissible que si l'on ne peut raisonnablement exiger de la partie qu'elle résilie en respectant les délais de congé ou en attendant la fin de la durée déterminée du contrat (ATF 117 II 560 = JdT 1993 I 148).

4.3. Selon la doctrine et la jurisprudence, lorsque l'employeur qui a pris le risque de prendre à son service un travailleur sans attendre, voire, sans solliciter, l'octroi d'une autorisation de travail en faveur de ce dernier, ne saurait, ultérieurement, se prévaloir de l'absence ou refus de l'autorisation comme motif justifiant un licenciement immédiat au sens de l'art. 337 CO (ATF 29.3.1960 C., non publié, cité par Aubert in SJ 1988 p. 623; TC LU du 25.4.1997 in: *Ju-Trav* 1998 p. 49; ArG ZH 19.9.1988 in: JAR 1990 p. 228; PORTMANN, Basler Kommentar, 2007, N. 28 ad art. 320 CO; AUBERT, op. cit. p. 623; STAEHELIN, Zürcher Kommentar, 1996, N. 24 ad art. 337 CO; REHBINDER, Berner Kommentar, 1992, N. 7 ad art. 337 CO; HELLER, Schwarzarbeit: Das Recht der Illegalen, Zurich, 1999 p. 51 ss; solution identique en droit allemand, cf. ASCHEID/PREIS/SCHMID, Kündigungsrecht, München, 2007, N. 137 ad § TzBfG).

4.4. Si l'employeur qui est à l'origine d'un emploi illicite entend réagir à un contrôle de police, ou à un refus de régularisation par l'autorité, il le pourra, mais en respectant le préavis contractuel ou légal applicable. En tout cas, il est forclos d'invoquer sa propre turpitude (art. 2 al. 2 CC) pour se séparer à bon compte de son travailleur clandestin (PORTMANN, BaK, 2007, N. 28 ad art. 320 CO). Il peut, à la limite, libérer le travailleur de sa place de travail durant le préavis, mais reste tenu de lui payer le salaire-préavis (art. 324 CO).

5.

En l'espèce

5.1. En l'occurrence, l'intimée se prévaut de l'ATF 114 II 279 Palagui c/ Gatoil SA = SJ 1988 609 pour justifier le licenciement immédiat de l'appelant. Elle a tort.

5.2. Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral avait à connaître d'un cas tout à fait extraordinaire. L'employeur a pris à son service un directeur, pour une durée déterminée de six ans, et ce moyennant un salaire annuel de US \$ 150 000.—. Lors des pourparlers contractuels, les *deux parties* étaient *assistées d'avocats* et ont choisi délibérément de *contourner* la législation suisse sur l'emploi de travailleurs étrangers (cons. 2/b/dd). Par la suite, l'employeur a cessé de payer le salaire. Vu ces éléments, la Haute Cour a considéré que la rupture anticipée des rapports de travail, décidée par le *travailleur*, était justifiée; elle a néanmoins invité la cour cantonale de fixer les conséquences de la rupture en application de l'art. 337b CO (cf. SJ 1988 p. 618).

5.3. L'intimée voit encore l'existence de justes motifs dans le fait que l'appelant faisait, d'une part, l'objet d'une *interdiction d'entrée en Suisse*, et ce «depuis le 11 juillet 2005», et, d'autre part, qu'il lui aurait tu ce fait jusqu'au 7 août 2006, date de son renvoi immédiat.

5.4. La Cour ne saurait la suivre.

5.4.1. L'interdiction d'entrée en Suisse n'est d'abord pas une sanction qui vise l'employeur, mais le travailleur clandestin. Elle n'est que la conséquence de la découverte fortuite, par la police, du fait que l'appelant séjournait en Suisse sans titre de séjour – situation qui a duré) plusieurs années et dont l'intimée, à qui il eût incombé de solliciter le permis de séjour et l'autorisation de travail, était elle-même à l'origine. Si l'intimée a pu recourir à l'emploi clandestin de l'appelant, et ce alors même que les autorités fiscales et de sécurité sociales le savaient, elle n'avait aucune raison de paniquer, par une mesure extrême, face à une décision qui ne la concernait pas directement, et qui, du reste n'était pas encore entrée en force, car faisant, dans le délai imparti, l'objet d'un recours. En cas de poursuites pénales contre l'employeur basées sur l'art. 23 al. 4 LSEE, eussent-elles été entamées, sur dénonciation de la police, celles-ci auraient, sur le vu du nombre d'années d'emploi clandestin, de toute façon entraîné les sanctions légales, quelle que fût la manière dont l'intimée s'était séparée de l'appelant.

5.4.2. Ensuite, le fait pour l'appelant de ne pas avoir porté immédiatement à la connaissance de l'employeur l'interdiction d'entrée en Suisse dont il faisait l'objet, et qui lui avait été notifié le 30 juillet 2006, ne constitue pas, de l'avis de la Cour, une violation du devoir de fidélité (art. 321a CO) justifiant un renvoi immédiat, dès lors qu'elle n'était pas encore entrée en force, mais faisait l'objet d'un recours. L'emploi clandestin d'un travailleur étranger relève du risque d'entreprendre de l'employeur; il n'appartient pas au travailleur clandestin d'aider ce dernier à se prémunir des conséquences de ses choix.

5.4.3. L'intimée, en revanche, eût été fondée à se séparer de l'appelant en respectant le préavis; compte tenu des circonstances, l'on n'aurait pas pu lui faire le grief d'un licenciement abusif. Vu ce qui précède, elle aurait cependant été tenue à payer le salaire préavis, peu importe que l'intéressé ait pu effectuer le préavis, qu'il ait été libéré de la place de travail, où qu'il se fût trouvé dans l'impossibilité subjective de le faire.

5.5. En résumé, le licenciement immédiat de l'appelant s'avère injustifié.

5.6. Il n'y a pas place pour retenir d'une responsabilité partagée, et qui justifierait, comme dans le cas jugé dans l'ATF 114 II 279, une solution s'orientant à l'art. 337b CO.

5.7. Ne pas retenir, dans un cas d'espèce, un cas de licenciement immédiat injustifié – et les conséquences qui s'ensuivent – reviendrait à donner une prime à l'employeur qui viole la loi, et à l'avantager par rapport à ses concurrents qui eux, la respectent.

6.

Conséquences

6.1. Lorsque l'employeur résilie immédiatement le contrat sans justes motifs, 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 (art. 337c al. 1 CO).

6.2. Il convient de déterminer le délai de congé que l'intimée aurait dû respecter.

6.2.1. L'intimée soutient, à ce propos, que les parties auraient conclu, année par années, des contrats saisonniers, c'est-à-dire des contrats de durée déterminée, et conclut à ce que l'on ne retienne qu'un préavis d'un mois.

6.2.2. Cette thèse ne trouve aucun appui dans le dossier. Les parties n'ont pas conclu des contrats successifs.

6.2.3. Du reste, le fait même que l'intimée ait versé à l'appelant des primes d'*ancienneté* – telles que prévues à l'art. 17 al. 7 CTT, et, en 2006 notamment, la prime mensuelle prévue pour trois années d'ancienneté, montre qu'elle se plaçait dans une relation de durée indéterminée.

6.2.4 Mais même, à supposer, *arguendo*, que l'on soit en présence de contrats saisonniers successifs, le résultat recherché par l'intimée ne se produirait pas.

6.2.5. En effet, en présence d'une succession de contrats (contrats en chaîne/Kettenarbeitsverträge, ATF JAR 2000 p.105) ou d'un cas de travail à l'appel (Arbeit auf Abruf/Kapovaz,) le juge, dans l'optique de la détermination des droits liés à l'*ancienneté* (arts. 324a, 324b, 334, 335c, 336c, 337c, 339b CO), tient compte de la durée des rapports de travail, et non pas de la durée du dernier contrat de travail ou de celle de la dernière mise à contribution. D'éventuelles interruptions des périodes de travail – notamment en fin d'année pour un saisonnier (cf. 101 la 463) – voire pour des périodes plus longues (cf. ATF 112 II 58; CAPH GE JAR 2001 p. 141

cons. 22) n'entament en rien l'existence d'un seul rapport de travail, justifiant l'ouverture aux droits d'ancienneté légaux, respectivement contractuels (cf. CAPH GE Gr. 1 du 22.11.2006 cons. 6 a; cf.; PORTMANN/STÖCKLI, Schweizerisches Arbeitsrecht, Zurich, 2^e éd., 2007, N. 322 p. 91; STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsvertrag, Zurich, 2006 N. 8 ad art. 334 CO).

6.2.6. En l'espèce, les parties étaient liées par des rapports de travail conclus pour une durée indéterminée.

6.2.7. L'art. 27 al. 1 let. b CTT, applicable en l'espèce, prescrit un délai de congé de deux mois pour la fin d'un mois à partir de la 2^e année de service.

6.2.8. En principe donc, l'intimée aurait dû respecter, en l'espèce, un délai de résiliation de deux mois, et les rapports de travail auraient pris fin le 31 octobre 2006.

6.3. Il s'ensuit que l'appelant, qui a touché son salaire jusqu'au jour de son renvoi immédiat, a droit à son salaire du 7 août 2007 jusqu'au 20 octobre 2006, date à laquelle il a retrouvé un nouvel emploi.

6.3.1. Le demandeur et appelant n'a pas contesté le taux de salaire pratiqué par l'intimée. La Cour s'abstient dès lors d'en examiner la conformité avec le tarif horaire prescrit par le contrat-type.

6.3.2. Lorsque le travailleur a touché des salaires mensuels qui variaient d'un mois à l'autre, il convient, pour la détermination du salaire préavis, de s'appuyer sur la moyenne des salaires réalisés durant les 12 mois travaillés qui précédaient le congé immédiat.

6.3.3. En l'espèce, ce salaire mensuel moyen s'élève à Fr. 3097.80 brut.

6.3.4. Calculs: $7.8.2006 - 20.10.2006 = 24 + 30 + 19 = 73$ jours calendriers $Fr. 3097.80 : 30 \times 73 = Fr 7537.98$.

6.3.5. A ce montant s'ajoute l'indemnité-vacances; elle correspond à 8.33% du salaire la masse salariale considérée (art. 329a et 329d al. 1 CO), soit, en l'espèce, à Fr. 627.91.

6.3.6. L'intimée sera donc condamnée à verser à l'appelant le montant de Fr. 8165.90 brut, sous déduction des charges sociales et de l'impôt à la source.

7.

Indemnité selon l'art. 337c al. 3 CO

7.1. En principe, le licenciement immédiat sans justes motifs entraîne la condamnation de l'employeur à une indemnité au sens de l'art. 337c al. 3 CO (ATF 121 III 64 = JdT 1996 I 60). Celle-ci a la nature d'une pénalité et peut s'élever jusqu'à six salaires mensuels (cf. art. 337c al. 3 CO).

7.2. Dans des circonstances particulières, le juge peut toutefois renoncer à l'allocation de l'indemnité pour licenciement immédiat injustifié.

7.3. Dans le cas d'espèce, la Cour constate que le demandeur et appelant n'a pas pris de conclusion à ce sujet, et elle ne saurait dès lors statuer *ultra petita*.

7.4. De toute façon, eût-elle été saisi d'une conclusion dans ce sens, la Cour se serait abstenue, compte tenu des circonstances du cas d'espèce, à y donner suite. En effet, l'appelant doit se laisser opposer, lui-aussi, qu'il avait parfaite connaissance de sa situation irrégulière.

8.

Certificat de travail complet

8.1. L'appelant réclame la délivrance d'un certificat de travail complet. A ce jour, il n'a reçu qu'une *attestation de travail*.

8.2. A teneur de l'art. 330a al. 1 CO, «le travailleur peut demander en tout temps à l'employeur un certificat portant sur la nature et la durée des rapports de travail, ainsi que sur la *qualité* de ses prestations et sa *conduite*».

8.3. L'art. 330a al. 1 CO prévoit en outre que «a la demande expresse du travailleur, le certificat ne porte que sur la nature et la durée des rapports de travail».

8.4. Il s'ensuit que l'employeur ne peut établir un certificat de travail à contenu réduit – souvent appelé «attestation de travail» ou «certificat simple» – qu'à la demande expresse du travailleur (ATF 129 III 177). A défaut d'une telle demande limitative, l'employeur doit toujours établir un certificat de travail dit complet, c'est-à-dire un certificat qui contient non seulement des indications sur la nature et la durée des rapports de travail, mais qui se prononce aussi bien sur la qualité du travail fourni que sur le comportement du travailleur (ATF 129 III 177: BÜHLER/LEFEBURE, De l'obligation à la remise du certificat de travail, Zurich, Verlag SKV, 2003, p. 39 ss).

8.5. Par ailleurs, en cas de licenciement immédiat sans justes motifs, l'employeur est tenu d'indiquer, comme date de fin des rapports de travail, non pas la date du renvoi, mais la date à laquelle les rapports de travail auraient pris s'il avait respecté le préavis.

8.6. Enfin, le motif et l'indication de la partie qui a pris l'initiative de la séparation n'ont pas à figurer dans le certificat, à moins que le travailleur ne le demande (PORTMANN, BaK, 4^e éd., 2007, N. 5 ad art. 330a CO).

8.7. In casu, l'intimée indiquera donc comme date de fin des rapports de travail la date du 31 octobre 2006 (PORTMANN, op. cit., N. 6 ad art. 330a CO; ArG ZH ZR 2002, p. 234).

8.8. Enfin, lorsqu'un certificat de travail n'est établi – comme en l'espèce – qu'à l'issue d'une procédure judiciaire, l'employeur rétrodatra le document, c'est-à-dire il indiquera comme date d'établissement celui du dernier jour des rapports de travail (OG ZH ZR 1997 p. 39; PORTMANN, op. cit., N. 6 ad art. 330a CO).

8.9. In casu, il indiquera la date du 31 octobre 2006.

Arrêt communiqué par Me W. Gloor, avocat, Genève.

*Cour d'appel des prud'hommes de Genève, Arrêt du 14 mars 2008
(Confirmation du jugement rendu le 18 juillet 2007 par le Tribunal des
prud'hommes de Genève).*

L'employeur est tenu de verser à ses employés payés à l'heure une indemnité horaire standard de 3.87% correspondant à la rémunération des jours fériés. Une telle obligation est fondée sur le droit fédéral en ce qui concerne le 1^{er} août (110 III Cst. et 20a I LTr) et sur le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels en ce qui concerne les autres jours fériés (c. 3.1).

Extraits des faits:

T., née en 1942, a été engagée en qualité d'enseignante par [...] en 1980 et [...] en 1985. Ces deux organismes ont fusionné pour donner finalement naissance à la Fondation E.

Par demande reçue au greffe de la juridiction des prud'hommes le 6 juillet 2006, T. a assigné E. en paiement. Par jugement rendu le 18 juillet 2007, le Tribunal des prud'hommes a condamné E. à payer à T. 20 553 fr. 20 brut, cette somme portant intérêts à 5% l'an dès le 6 février 2006, et débouté les parties de toutes autres conclusions.

Par acte déposé au greffe de la Juridiction des prud'hommes le 22 août 2007, T. a interjeté un appel contre ce jugement. Dans sa réponse du 22 mai 2007, E. a formé un appel incident.

Extraits des considérants:

3.

L'intimée conteste à l'appelante le droit de percevoir une indemnité compensatoire pour jours fériés depuis 2001 et jusqu'au mois de juin 2006, tel que les premiers juges l'ont retenu.

3.1. Pour les travailleurs payés à l'heure, la doctrine majoritaire a longtemps considéré que le salarié n'avait le droit d'être rémunéré pour les jours fériés que pour autant qu'un contrat, respectivement une convention collective le prévoie (REHBINDER, Arbeitsgesetz, 1982, N. 2 ad art. 18 LT 1964; AUBERT, 400 arrêts, N. 127). Cette opinion ne fait toutefois plus l'unanimité et la doctrine plus récente est d'avis que les jours fériés doivent également être rémunérés aux travailleurs payés à l'heure (BYRNE-SUTTON, Le contrat de travail à temps partiel, p. 145; KÄLIN/MALINVERNI/NOWAK, Die Schweiz und die UNO-Menschenrechtspakte, 2^e éd, p. 119–120; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, Commentaire du contrat de travail, 3^e éd., N. 2 ad art. 329 CO).

En ce qui concerne le 1^{er} août, cette obligation découle directement du droit fédéral, qui assimile le jour de la fête nationale à un dimanche (art. 110 al. 3 Cst. féd, art. 20a al. 1 LTr). Quant à la rémunération des au-

tres jours fériés, elle trouve sa source dans l'art. 7 let. d du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (ci-après Pacte ONU-I; RS 0.103.1), qui prévoit que les États parties reconnaissent le droit qu'a toute personne de jouir de conditions de travail justes et favorables qui assurent notamment la rémunération des jours fériés.

La Cour d'appel des prud'hommes, qui a déjà dû trancher cette question, a jugé cette disposition self-executing, tout en rappelant qu'il était d'ores et déjà d'usage de payer les jours fériés aux travailleurs réguliers (FAVRE/MUNOZ/TOBLER, *Le contrat de travail*, Code annoté, N. 1.3 ad art. 329 CO). L'indemnité horaire standard pour les jours fériés s'élève à 3.87% [9 jours fériés/(365 jours calendaires – 52 dimanches – 52 samedis – 9 jours fériés – 20 jours de vacances); BYRNE-SUTTON, op. cit. p. 149; CAPH/55/2002 du 18 avril 2002 rendu en la cause C/20571/2000, consid. 93 à 100, p. 30 ss, publié in JAR 2003, p. 288 s.]. L'intimée ne présente aucun argument susceptible de revenir sur cette pratique naissante, laquelle sera donc confirmée.

3.2. Le calcul des premiers juges doit être confirmé, nonobstant les critiques très générales de l'intimée relatives notamment au taux de 3.87%. En effet, celui-ci résulte de la mise en perspective des jours fériés – 9 – avec les jours travaillés – 332. Il n'est par ailleurs pas contesté que l'appelante a été employée régulière de l'intimée, rétribuée à l'heure, et que la somme des salaires perçus entre 2001 et 2006 s'élève à 531090 fr. lesquels ne comprenaient aucune rémunération afférente aux jours fériés.

Partant, le raisonnement et le chiffre retenus sont corrects et la condamnation de l'appelante au paiement de 20 553 fr. 20 brut, plus intérêts moratoires à 5% l'an dès le 6 février 2006, doit être confirmée.

Arrêt communiqué par Me W. Gloor, avocat, Genève.

*Cour d'appel des prud'hommes de Genève, Arrêt du 17 octobre 2008
(Confirmation du jugement rendu le 16 mai 2008 par le Tribunal des
prud'hommes de Genève)*

324a et 324b CO. Salaire pendant le report du congé-maternité du fait de l'hospitalisation de l'enfant, né prématurément. La maladie d'un proche, en particulier d'un enfant, peut constituer un empêchement non fautif de travailler jusqu'au moment où une solution de substitution est trouvée. Il en va de même si l'enfant, gravement malade, est hospitalisé et a besoin de garder un contact très suivi avec ses parents (c. 2.1.4). Il faut par ailleurs admettre que les art. 324a et 324b CO s'appliquent aux conséquences d'une incapacité non fautive de travailler, liée à l'accouchement (c. 2.1.2).

Extraits des faits:

E. a engagé T., en qualité de vendeuse dès le 19 mars 2002. Le contrat de travail de durée indéterminée régissant actuellement le rapport juridique des parties a toutefois été signé le 14 janvier 2004. Le dernier salaire perçu par T. s'est élevé à 3550 fr. En date du 30 décembre 2006, T. a accouché aux HUG, d'un fils, A. Le nouveau-né a été immédiatement hospitalisé au service de Néonatalogie jusqu'au 23 janvier 2007 puis au service de l'Unité de développement du 23 janvier 2007 au 1^{er} mars 2007. En date du 27 février 2007, soit deux mois après l'accouchement, le Dr. P. a établi une attestation médicale en faveur de T., rédigée dans les termes suivants: *étant donné l'importance de la présence maternelle auprès de son nouveau-né malade pour le développement de l'enfant, nous avons fortement recommandé la présence de la mère auprès d'A. dans notre unité.* Par courrier du 5 mars 2007, E. a informé T. qu'elle bénéficierait d'un congé de seize semaines dont quatorze payées à 100% et deux à 80% et que la reprise de son activité était ainsi prévue pour le 21 avril 2007. Par courrier du 13 mars 2007, E. a accusé réception de l'attestation médicale susvisée et confirmé que le droit à un congé maternité s'étendait sur seize semaines. E. a encore précisé à T. qu'elle avait la possibilité, en cas d'hospitalisation prolongée de son enfant, de demander que le versement de l'allocation soit ajourné jusqu'au retour de l'enfant à la maison, ajoutant que le salaire n'était pas versé le temps de «l'ajournement».

Par demande parvenue au greffe de la Juridiction des prud'hommes le 3 août 2007, T. a assigné E. en paiement de 7100 fr. plus intérêts moratoires au taux de 5% l'an dès le 28 février 2008, à titre de salaire des mois de janvier et février 2007. Par jugement du 16 mai 2008, notifié aux parties le 19 mai 2008, le Tribunal des prud'hommes a condamné E. à payer à T. le montant de 7100 fr., plus intérêts moratoires à 5% l'an, dès le 28 février 2008. Selon le Tribunal, puisque la maladie d'un proche, en particulier d'un enfant, pouvait constituer un empêchement de travailler au sens des articles 324a CO et 35a de la Loi sur le travail, l'application de ces dispositions permettait le report du congé maternité en raison de l'hospitalisation prolongée du nouveau-né et entraînait l'obligation de l'employeur de couvrir cette période. En effet, bien que l'art. 324a CO, dans sa nouvelle teneur, ne se référait plus expressément à l'accouchement comme motif d'empêchement non fautif, sa suppression ne visait qu'à épurer le texte légal, de sorte que l'incapacité de travail liée à l'accouchement demeurait dans le champ d'application de l'article susmentionné.

Par acte du 19 juin 2008, E. interjette appel contre cette décision et conclut à son annulation.

Extraits des considérants:

2.

En l'espèce, seule est litigieuse la question de savoir si l'employée, qui a dû rester au chevet de son fils, peut se prévaloir de l'art. 324a CO pour obtenir de son employeur le salaire afférent à la période de report du congé maternité, soit du 30 décembre 2006 au 1^{er} mars 2007.

2.1 A titre préliminaire, il sied de préciser que depuis l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions relatives à l'allocation maternité- dans la LPGa, le terme «accouchement», qui figurait jusqu'alors à l'art. 324a al. 3 CO, a été supprimé.

2.1.2 On ne saurait déduire de la suppression des termes «et d'accouchement» à l'art. 324a CO la volonté du législateur de retrancher les conséquences de l'accouchement de la protection instaurée par l'art 324b CO. La mention figurant à l'art. 324a al. 3 CO n'a que pour objectif de montrer que le droit au salaire en cas d'incapacité liée à la grossesse ou à l'accouchement est indépendant de la condition d'absence de faute prévue à l'al. 2. Dès lors que le catalogue de l'art. 324a al. 1 CO n'est pas exhaustif s'agissant des causes d'empêchement non fautif de travailler, et compte tenu du fait que les articles 324 et 324b CO couvrent la même notion d'empêchement de travailler, il convient d'admettre que les art. 324a et 324b CO s'appliquent aux conséquences d'une incapacité non fautive de travailler liée à l'accouchement, l'intention du législateur n'ayant jamais été de réduire la protection antérieurement existante (WYLER; Droit du travail, 2^{ème} éd. 2008, p. 216 et réf. cit.; cf. ég., PORTMANN, Basler Kommentar, 4^e éd., n. 39 ad art. 324a CO)

Quant à l'al. 3 de l'art. 324a CO, nouvelle teneur, il ne concerne que les empêchements de travailler inhérent à la grossesse de la travailleuse; cette disposition couvre les incapacités de travail médicalement attestées en relation avec des difficultés de grossesse (WYLER, Loi sur le travail, p. 446, n.10 ad 35a).

En cas d'impossibilité du travailleur de fournir le travail promis, l'employeur est libéré de l'obligation de payer le salaire sauf si la loi ou le contrat met le risque à sa charge (art. 119 CO). Or pour le contrat de travail, le Tribunal fédéral a précisé dans un arrêt du 13 janvier 2000 que le problème du risque est régi par les art. 324a et 324b CO (WYLER, Droit du travail, 2^e éd 2008, p. 217).

2.1.3 A teneur de l'art. 16c al. 2 LPGa, la mère peut demander que le versement de l'allocation soit ajourné jusqu'au moment où l'enfant retourne à la maison, en cas d'hospitalisation prolongée de ce dernier.

2.1.4 La maladie d'un proche, en particulier d'un enfant, peut constituer un empêchement de travailler au sens de l'art. 324a CO jusqu'au moment où une solution de substitution est trouvée pour les soins ou la garde de la personne, respectivement de l'enfant malade, car c'est une obligation

légale au sens des articles 276, 163 et 328 CC de prodiguer de tels soins. Il en va de même si l'enfant, gravement malade, est hospitalisé et a besoin de garder un contact très suivi avec ses parents (BRUCHEZ, La nouvelle assurance maternité et ses effets sur le droit du contrat de travail, in: SJ 2005 II p. 266 à 268).

2.2 En l'espèce, l'appelante soutient qu'en tant qu'employeur, elle ne supporte pas le risque lié à la maladie de la femme après l'accouchement, s'appuyant essentiellement sur l'interprétation grammaticale.

2.2.1 Elle critique d'ailleurs la théorie développée par la doctrine majoritaire, sans pour autant expliquer les motifs qui devraient conduire à son rejet, et revient encore au texte de la loi, et à la susdite interprétation grammaticale.

S'agissant de la doctrine citée par elle (STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsvetrag, 6^e éd., Zurich 2006, p. 293 et ss.), il sied de relever que celle-ci ne se prononce pas sur l'hypothèse de la survenance d'une maladie liée à l'accouchement pendant la période de report du congé maternité. En outre, l'avis de ces auteurs est encore nuancé dans le sens où la femme, qui a accouché, ne saurait se prévaloir de l'art. 324a CO que dans l'hypothèse où elle ne peut pas bénéficier des allocations maternités prévues par la LAPG.

2.2.2 Par ailleurs, il ressort de la doctrine susmentionnée (2.1.3) – antérieure à 2005 – que le terme «maladie» doit être interprété au sens large. Celui-ci, conformément à l'obligation légale prévue par les articles 276, 163 et 328 CC, recouvre non seulement la maladie au sens strict du terme, mais aussi spécifiquement l'hypothèse de la présence du parent auprès de l'enfant lorsque la vie de celui-ci est en danger.

2.2.3 En l'espèce, l'appelante ne conteste pas que la vie de l'enfant prématuré était en danger au début d'année 2007 et que la présence de sa mère à ses côtés était nécessaire à son développement. Dès lors, l'intimée a été objectivement empêchée de travailler durant l'hospitalisation de son fils, qui correspond à la période de report du congé. Par ailleurs, on ne saurait nier à l'intimée le droit de se prévaloir de l'art. 324a CO du seul fait qu'elle avait déjà accouché, alors que précisément le terme «maladie» recouvre le cas de la mère qui doit rester auprès de son nourrisson lorsque la vie de celui-ci est menacée. Autrement dit, le fait que le terme «accouchement» ait été abandonné à l'al. 3 de la disposition précitée n'y change rien, dès lors que l'intimée doit être considérée, en l'espèce, comme malade au sens de l'al. 1 de la même disposition pendant la période de report du congé maternité.

Dans la mesure où les travaux préparatoires ne permettent pas de confirmer la thèse soutenue par l'appelante et que les auteurs cités par elle ne se sont pas prononcés sur la question de la maladie de la femme qui se déclare pendant la période du report après l'accouchement, il n'y a aucune raison de s'écarter de la doctrine majoritaire, qui est bien établie et

conforme aux principes développés par la jurisprudence antérieure relative à l'art. 324a al. 1 CO.

Le jugement querellé sera donc confirmé.

Arrêt communiqué par Me W. Gloor, avocat, Genève.

Tribunal des prud'hommes de Genève, Jugement du 24 novembre 2008

336 CO. La reconnaissance d'un congé abusif doit se limiter aux cas dans lesquels le motif du congé est répréhensible. Dans ce cadre, l'illicéité peut également résulter du fait que l'employeur se prévaut d'une situation dont l'origine résulte des conséquences d'une atteinte à la personnalité du collaborateur dont l'employeur est responsable. En revanche, n'est pas abusif le licenciement dont ce n'est pas la motivation qui est critiquable, mais seulement la manière avec laquelle il est signifié au travailleur (c. 4a).

49 et 328 CO. Le fait d'annoncer le licenciement d'un collaborateur à l'ensemble du personnel et d'indiquer que la mesure a été prise en raison de forts soupçons de vols constitue une atteinte à la personnalité du travailleur justifiant l'octroi d'une indemnité pour tort moral de fr. 500 (c. 5b).

Extraits des faits:

Par contrat de travail du 14 mai 2007, T. a été engagé par E., en qualité d'aide de cuisine, pour une durée déterminée du 21 mai au 30 septembre 2007. Le taux d'activité prévu était de 50%. Un second contrat de durée déterminée a été signé par les parties, pour la période du 1^{er} septembre 2007 au 31 octobre 2008. Le taux d'activité y était de 80%.

Par courrier recommandé du 14 novembre 2007, reçu au plus tôt le lendemain, l'employeur a résilié le contrat de travail avec effet au 31 décembre suivant, le travailleur étant libéré avec effet immédiat de son obligation de fournir sa prestation de travail. Le motif invoqué résidait en une «perte de confiance relative aux événements dont nous avons discuté ensembles à plusieurs reprises la semaine dernière». Par courrier de son conseil du 20 novembre 2007, le travailleur a d'une part confirmé contester les accusations de vol dont il avait fait l'objet et, d'autre part, fait opposition à son congé. Le travailleur est devenu incapable de travailler du 26 novembre au 31 décembre 2007, ce dont l'employeur a été informé.

Par demande en paiement parvenue au greffe de la Juridiction des prud'hommes le 8 mai 2008, T. a assigné E. en paiement de fr. 40 750.–, plus intérêts à 5% l'an dès le 14 novembre 2007, soit, fr. 21 840.– brut, à titre d'indemnité pour licenciement abusif fr. 10 000.– net, à titre de réparation du tort moral; et fr. 8910.– brut, à titre de différence de salaire sur les heures de travail supplémentaires. Par mémoire de réponse déposé au

greffe de la Juridiction le 4 juillet 2008, la défenderesse a conclu au déboulement du demandeur de toutes ses prétentions.

Extraits des considérants:

4.

Le demandeur estime ensuite que son licenciement est abusif, motif pris de la manière dont celui-ci lui a été signifié, l'annonce ultérieure du motif du congé aux autres collaborateurs constituant une atteinte à sa personnalité.

La défenderesse, explique, pour sa part, que le fondement de la résiliation résidant dans un fort soupçon de vol, le congé est licite.

a)

aa) Le contrat de durée indéterminée peut être résilié par chacune des parties (art. 335 al. 1 CO). Cette disposition est absolument impérative (art. 361 CO) et consacre le principe de la liberté du congé (cf. p.ex. ATF 132 III 115 = JdT 2006 I p. 152; ATF 131 III 353; ATF 127 III 86 et ATF 121 III 60; voir ég. ATF 102 la 533 = JdT 1978 I 647 sur le fait que la liberté de résiliation est incluse dans la liberté contractuelle en général).

Dans son essence, cette disposition vise à permettre aux partenaires contractuels de mettre fin, en respectant certaines conditions, à leur relation. Cette protection minimale, imposée par la loi, ne peut être réduite par des accords contraires.

Une telle liberté n'est cependant pas absolue, puisqu'au principe de base de la liberté de congé, sans nécessité de motif, s'opposent quelques exceptions (cf. DUNAND, Liberté de licenciement en droit suisse: la règle devient-elle l'exception?, publié in *Revue de l'avocat* 2006, p. 319 ss et WYLER, *Droit du travail*, 2^e éd., Berne 2008, p. 531 ss). Elle est en effet limitée par la nécessité de respecter les termes et délais de congé (art. 335 à 335g), ainsi que les règles sur la protection contre les congés abusifs (art. 336 à 336b CO) et l'interdiction de résilier le contrat en temps inopportun (art. 336c et 336d, CO).

ab) Dès leur origine, les premières dispositions limitant le droit de résilier le contrat de travail se sont limitées à empêcher les congés dont le motif semblait injustifiable (voir l'ancienne loi fédérale sur les fabriques [RS 8, 3]: interdiction de la résiliation «pour cause» d'exercice d'un service militaire ou «en raison» d'une absence momentanée durant la grossesse (art. 23 et 69); FF 1910 IV 113 ss, 143–144; principes maintenus lors de la révision des titres X et X^{bis}, cf. FF 1967 II p. 249 ss, 272, 289, 393–396).

Lors de la révision des dispositions relatives à la résiliation du contrat de travail, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1989 et dont les actuels articles 336 à 336b CO sont issus, le législateur a relevé qu'«il convient de refuser la protection d'un droit de résiliation qui existerait seulement en apparence mais qui, après un examen plus approfondi de son bien-fondé subjectif,

s'avère être un excès [...]. C'est le but visé par l'article 336, dont la réalisation dépend *du motif* du congé. Si ce motif est répréhensible, le congé est abusif précisément parce qu'il est prononcé pour un motif qui n'est pas digne de protection» (FF 1984 II p. 574 ss, 622).

Actuellement également, l'ensemble des cas visés par l'article 336 CO se rapporte exclusivement aux motifs du congé (cf. AUBERT, *Du contrat de travail*, publié in *Commentaire romand du Code des obligations I*, Bâle 2003, p. 1771, ci-après cité: CR-AUBERT).

L'analyse systématique du texte montre également que l'ensemble des situations visées par cette disposition se rapportent exclusivement à la raison fondant la décision de résilier le contrat de travail (cf. art. 336 CO; FF 1984 II p. 574 ss, 622–623 et ZOSS, *La résiliation abusive du contrat de travail*, Lausanne 1997, p. 53).

Par «motif» il faut comprendre le mobile de la partie qui résilie, c'est-à-dire le motif indirect et objectivement secondaire qui mène l'une des parties à prendre la décision de rompre le contrat et non la volonté de mettre un terme à la relation contractuelle qui est le but premier du congé (ZOSS, p. 53 et la référence à la note 115).

ac) Il est par ailleurs généralement admis que la liste des éventualités mentionnées à l'article 336 CO est exemplative (cf. not. ATF 132 III 115 = JdT 2006 I p. 152; ATF 131 III 535, consid. 4.2; ATF 125 III 70 ss, consid. 2 et ATF 123 III 246 ss, consid. 3 = JdT 1998 I p. 300 ss; voir ég. CR-AUBERT, p. 1771, DUNAND, p. 319, WYLER, p. 531 et ZOSS, p. 259 ss).

Le Tribunal fédéral a en effet rappelé récemment que l'article 336 CO n'est qu'une concrétisation, en droit du travail, du principe général de l'interdiction de l'abus de droit (ATF 132 III 115 = JdT 2006 I p. 152, consid. 2.1 et ATF 131 III 535, consid. 4.2).

Le recours à la notion d'abus de droit au sens de l'article 2 al. 2 du Code civil (ci-après: CC), présuppose toutefois, conformément au texte légal, un abus *manifeste* du droit (WYLER, p. 531). L'application de cette disposition au droit du travail doit ainsi demeurer rare (CARRUZZO/SANDOZ/JACCARD/MONTICELLI, *Le contrat de travail*, Genève 2003, IX B2 et BERSIER, *La résiliation abusive du contrat de travail*, publié in SJZ 1993, p. 318). GABRIEL AUBERT relève à cet égard la volonté du législateur de limiter les cas de congés abusifs, les tribunaux devant par conséquent observer de la retenue dans l'application subsidiaire de l'article 2 al. 2 CC (CR-AUBERT, p. 1771–1772; DUNAND, p. 319 et WYLER, p. 532). Le Tribunal fédéral précise à ce sujet qu'il n'existe que peu de place pour l'invocation de cette disposition (ATF 123 III 246 = JdT 1998 I p. 300, ATF 121 III 60 = JdT 1996 I p. 47 et ATF 111 II 242), seuls les cas d'une gravité particulière et non les situations de moindre importance (p.ex. attitude incorrecte, simples chicanes, comportement grossier et incompatible avec la bonne marche des affaires) entrent en ligne de compte (ATF 132 III 115 = JdT 2006 I p. 152, consid. 2.3 et ATF 131 III 535, consid. 4.2).

Dans tous les cas ne figurant pas expressément à l'article 336 CO, la qualification d'abusives ne peut ainsi résulter que de l'application de l'article 2 al. 2 CC dont les conditions d'application doivent alors être réalisées (cf. ZOISS, p. 260–261). Il faut de plus que le degré de gravité de ces autres griefs soit comparable à celui de l'article 336 CO (ATF 132 III 115 = JdT 2006 I p. 152 et ATF 131 III 353; voir ég. DUNAND, p. 319).

ad) Certains auteurs relèvent que la jurisprudence semble admettre la qualification d'«abusives» du congé, lorsque celui-ci viole les droits de la personnalité du travailleur par la manière dont il est signifié au travailleur (BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRÜCHEZ, Commentaire du contrat de travail; 3^e éd., Lausanne 2004, p. 251; FAVRE/MUNOZ/TOBLER, Le contrat de travail Code annoté, p. Lausanne 2001, p. 167–168 et VISCHER, Der Arbeitsvertrag, Bâle 2005, p. 238: in conduite flagrante d'une partie en lien avec une violation de la personnalité du cocontractant). Ils se réfèrent à divers arrêts du Tribunal fédéral qu'il convient des lors d'examiner plus en détail.

Dans une première affaire, notre Haute Cour a examiné le cas d'un contrat de franchise, dans le cadre duquel il a appliqué par analogie les dispositions sur la protection contre le congé abusif découlant des rapports de travail (ATF 118 II 157, consid. 4b.cc; voir. ég. FAVRE/MUNOZ/TOBLER, p. 167–168). Le contrat avait été résilié en violation flagrante du principe de la bonne foi. Le franchiseur avait en effet joué un double jeu en laissant croire au franchisé que sa rémunération serait augmentée, cela alors qu'une affaire allait être conclue. Une semaine avant, le contrat du franchisé avait toutefois été résilié.

Dans une seconde décision, le Tribunal fédéral a rappelé que l'existence de harcèlement au travail ne permet pas, en elle-même de qualifier un éventuel congé d'abusif (ATF 125 III 70, consid. 2a). Est en revanche abusif le congé donné par l'employeur à un collaborateur en raison de l'incapacité de travailler de celui-ci, alors que cette incapacité est la conséquence des violations par l'employeur de ses obligations de protéger la personnalité de l'employé. Dans un tel cas, l'abus réside en effet en ce que l'employeur se prévaut des effets de son propre comportement, illicite, pour justifier la résiliation (raisonnement résumé en ATF 132 III 115 = JdT 2006 I p. 152, consid. 2.2 et par DUNAND, p. 320).

Dans une troisième affaire, un cadre à l'encontre de qui aucun reproche ne pouvait être formulé, avait été licencié afin de sauvegarder l'image de l'employeur ternie par des actes illicites commis par l'un des employés du service de ce cadre (ATF 131 III 535, consid. 4). Le Tribunal fédéral rappelle en premier lieu les deux décisions précitées, sur lesquelles il se fonde. Il confirme que le caractère abusif peut résulter du motif du congé, mais également de la manière dont la partie qui met fin au contrat exerce son droit. Des égards sont dus à la partie licenciée, «un double jeu, contrevenant de manière caractéristique au principe de la bonne foi» devant en particulier être évité. Dans ce cadre, «un comportement violent manifeste-

ment le contrat, par exemple une atteinte grave au droit de la personnalité dans le contexte d'une résiliation, peut faire apparaître cette dernière comme abusive». In casu, le congé a été qualifié d'abusif, car le motif réel de l'employeur était de préserver ses propres intérêts, notamment sa réputation, sans égards au discrédit jeté ce faisant sur le collaborateur, lequel n'avait de surcroît commis aucune faute.

Dans une quatrième affaire, le cas d'un monteur chauffagiste, licencié après quarante-quatre ans d'emploi et quelques mois avant sa retraite, a été examiné (ATF 132 III 115 = JdT 2006 I p. 152). Il a été jugé que le congé était abusif notamment en raison d'une violation des droits de la personnalité du travailleur. L'employeur n'avait en effet, dans un premier temps, pris aucune mesure permettant le retour à la normalité de la relation de travail entre l'employé et l'un de ses supérieurs, pour se prévaloir dans un second temps de ces problèmes relationnels afin de motiver le congé (cf. consid. 5.1). Il doit être relevé que le Tribunal fédéral a lui-même qualifié ultérieurement cette décision «d'arrêt extrême» et en a limité fortement la portée (cf. arrêt du Tribunal fédéral du 29 janvier 2008, dans la cause 4A_419/2007).

L'analyse de ces décisions mène à une interprétation qui se distingue nettement du principe qu'en tire la doctrine citée ci-dessus. Le Tribunal fédéral ne considère en effet pas que ce serait en raison de la seule violation des droits de la personnalité dans la manière de signifier le congé, en elle-même, que le licenciement pourrait être qualifié d'abusif. L'illicéité résulte au contraire du fait que l'employeur se prévaut d'une situation dont l'origine résulte à chaque fois des conséquences d'une atteinte à la personnalité du collaborateur, dont le premier est responsable parce qu'il a violé son obligation de protéger le second.

Divers autres arrêts confirment d'ailleurs clairement ce qui précède (arrêts 4C.46/2006 du 12 avril 2006, 4C.25/2006 du 21 mars 2006, 4C.320/2005 du 20 mars 2006, 4C.201/2005 du 21 février 2006, 4C.189/2003 du 23 septembre 2003, 4C.320/2005 du 18 décembre 2001, 4C.12811999 du 25 juin 1999; voir ég. AUBRY-GIRARDIN, Licenciement abusif et jurisprudence récente, publiée in SJ 2007 II p. 51 ss, 66; ainsi que, dans le même sens mais avec une portée plus limitée, l'analyse de WYLER, p. 532–533).

De l'avis du Tribunal des prud'hommes du canton de Genève, cette interprétation est correcte et constitue, par ailleurs, la seule acceptable. Elle respecte, en effet, en premier lieu, le principe fondamental, en droit du travail, de la liberté de congé, puisque l'étendue des cas d'illicéité de la rupture du contrat demeure réduite.

Elle tient, de surcroît, compte de la volonté clairement exprimée du législateur, tant de restreindre de manière générale la notion d'abus, que, surtout, de limiter cette qualification aux cas où la seule *motivation* du licenciement est critiquable.

Ces deux impératifs ne seraient, de l'avis du Tribunal, plus respectés si toute violation – fût-elle grave – de la personnalité d'un travailleur, commise à l'occasion d'un licenciement, mais indépendamment de la motivation réelle de la partie qui résilie, devait mener à qualifier le congé d'abusif. Une telle conclusion ne saurait en conséquence être admise ni suivie.

ae) Les seuls éléments déterminants pour qu'un congé soit abusif sont le motif du congé et la causalité entre ce motif et le congé lui-même: le congé ne peut et ne doit être considéré comme abusif que parce qu'il a été prononcé pour un motif qui n'est pas digne de protection (FF 1984 II 622; ATF du 11 novembre 1993 W. S.A. c/M. p. 6 et 7).

Dans le cadre d'une procédure en justice, chaque partie doit, si la loi ne prescrit le contraire, prouver les faits qu'elle allègue pour en déduire son droit (art. 8 CC). La preuve du caractère abusif de la résiliation du contrat est donc à la charge de la personne licenciée (cf. ATF 130 III 699; ATF 123 III p. 246 = JdT 1998 I 300 et ATF 121 III 60 = JdT 1996 I 47 voir ég. CR-AUBERT, p. 1771).

b)

ba) En l'occurrence, les déclarations des parties, les pièces produites et les enquêtes ont permis de comprendre clairement la motivation réelle de l'employeur dans sa décision de signifier son congé au demandeur.

L'audition des témoins, en particulier, a démontré que le travailleur avait très gravement violé ses obligations de diligence et de fidélité, en commettant, à l'encontre de l'employeur, des infractions pénales sous forme d'atteintes réitérées au patrimoine. Ces événements, dont la défenderesse avait eu connaissance – pour le moins en partie – au mois de novembre 2007, aurait justifié un congé avec effet immédiat. Il est frappant de constater que le demandeur admet, d'ailleurs, pour partie, les faits reprochés.

Le Tribunal, ainsi, a acquis l'intime conviction que ce motif est le seul ayant mené au congédiement du demandeur.

Le motif du congé avéré, est ainsi licite si bien que le congé ne doit, en principe, pas être qualifié d'abusif.

bb) Seule demeure la question de savoir si les renseignements donnés par la défenderesse aux autres collaborateurs sur les circonstances du licenciement en raison de soupçons de vol peut mener le Tribunal à considérer que le congé est abusif.

Cette information donnée par l'employeur constitue, il est vrai, une atteinte de peu de gravité aux droits de la personnalité du demandeur (cf. consid. 5, infra).

Il faut en revanche souligner que la situation à l'origine du congé, soit les infractions commises par le collaborateur, respectivement les soupçons sérieux de l'employeur sur de tels actes, résulte du seul comportement fautif du travailleur et non d'une violation par l'employeur de ses obligations. Il découle de l'analyse juridique faite ci-dessus, que le congé ne doit pas

être qualifié d'abusif. Un résultat contraire serait d'ailleurs choquant. En effet, si une partie au contrat cause la rupture de la relation par les violations répétées et graves de ses propres obligations, il serait particulièrement injuste de considérer comme illicite cette résiliation parce que le cocontractant commet également, à cette occasion, un manquement à l'un de ses devoirs.

Le moment de la séance d'information est enfin décisif. Celle-ci s'est en effet tenue, de l'aveu des parties, quelques jours après que le congé a été signifié à son destinataire. Il est donc impossible d'affirmer que la violation des droits de la personnalité du travailleur est en lien, en aucune façon, avec la manière dont l'employeur a exercé son droit de licencier le demandeur.

Le congé est en conclusion licite et les prétentions du demandeur en paiement d'une indemnité pour licenciement abusif seront rejetées.

5.

Le demandeur réclame enfin le paiement d'une somme de fr. 10 000.– net au titre de réparation du tort moral, en raison des accusations de vol relayées par son employeur auprès des autres collaborateurs et qui auraient porté atteinte à son honneur, sa réputation et son avenir professionnel.

La défenderesse admet pour sa part avoir expliqué aux autres employés, lesquels craignaient pour leur place de travail et afin de les rassurer, que le congé avait été signifié en raison de forts soupçons de vol. Selon elle, une telle information ne constituant pas une atteinte à la personnalité du demandeur, aucune indemnité n'est due.

a)

aa) Aux termes de l'article 328 al. 1^{er} CO, l'employeur protège et respecte, dans les rapports de travail, la personnalité du travailleur; il manifeste les égards voulus pour sa santé et veille au maintien de la moralité.

L'article 328 CO instaure une protection plus étendue que celle qu'assurent les articles 27 et 28 du Code civil. D'une part, cette disposition interdit à l'employeur de porter atteinte, par ses directives (art. 321d CO), aux droits de la personnalité du travailleur. D'autre part, elle impose à l'employeur la prise de mesures concrètes en vue de garantir la protection de la personnalité du travailleur (WYLER, *Droit du travail*, 2002, p. 220; AUBERT, *in* Code des obligations I, Commentaire romand, 2003, § 2 *ad* art. 328 CO, p. 1728), laquelle englobe notamment la vie et la santé du travailleur, son intégrité corporelle et intellectuelle, son honneur personnel et professionnel, sa position et la considération dont il jouit dans l'entreprise (ATF du 18 décembre 2001 en la cause 4C.253/2001; REHBINDER, *Berner Kommentar*, n. 4 *ad* art. 328 CO; REHBINDER, *Basler Kommentar*, n. 3 *ad* art. 328 CO; REHBINDER, *Schweizerisches Arbeitsrecht*, p. 83; SAILLEN, *La protection de la personnalité du travailleur*, thèse Lausanne 1981, pp. 72 ss).

En cas de violation de l'article 328 CO par l'employeur, le travailleur a en principe droit à des dommages-intérêts dont le mode et l'étendue se déterminent d'après les principes généraux des articles 97 et suivants et 41 et suivants CO (SJ 1984, p. 556).

Selon l'article 97 al. 1 CO, lorsque le créancier ne peut obtenir l'exécution de l'obligation ou ne peut l'obtenir qu'imparfaitement, le débiteur est tenu de réparer le dommage en résultant, à moins qu'il ne prouve qu'aucune faute ne lui est imputable.

Ainsi, le créancier peut être tenu pour responsable lorsque quatre conditions cumulatives sont réalisées: (1) l'autre partie a subi un dommage et un tort moral; (2) le créancier a violé l'une de ses obligations contractuelles; c'est-à-dire n'a pas exécuté ou a exécuté de manière imparfaite le contrat la liant à son cocontractant, tel étant notamment le cas lorsque la violation du contrat constitue d'une atteinte illicite à la personnalité (art. 328 CO); (3) il existe un lien de causalité adéquate entre son inexécution de ses obligations contractuelles et le dommage causé au débiteur; (4) le créancier a causé le dommage intentionnellement ou par négligence, sa faute étant présumée (cf THEVENOZ, Des effets de l'inexécution des obligations, publié in Commentaire romand du Code des obligations I, Bâle 2003, p. 541 ss, 551-567; ENGEL, Traité des obligations de droit suisse, 2^e éd., Berne 1997, p. 704 ss; GAUCH/SCHLUEP/TERCIER, Partie générale du droit des obligations, n 1565 ss et DESCHENAUX/STEINAUER, Personne physique et tutelle, n°613 et 619).

Dans un arrêt du 7 septembre 2004, le Tribunal fédéral a considéré qu'un employeur qui licenciait son collaborateur devant les autres employés, en évoquant de manière particulièrement critique et véhémement les motifs, suffisants, du congé, infligeait une atteinte à la personnalité du travailleur dépassant les désagréments inhérents à tout licenciement. Une telle atteinte aux considérations tant sociale, que professionnelle justifiait l'octroi d'une indemnité en réparation du tort moral (ATF 130 III 699, consid. 5.2).

ab) En cas d'atteinte illicite objectivement grave à sa personnalité, le travailleur peut réclamer une somme d'argent à titre de réparation morale, pour autant que l'auteur ne lui ait pas donné satisfaction autrement (art. 97, 99 al. 3 et 49 al. 1 CO; ATF 102 II 224 consid. 9; ATF 87 II 143 et ss; AUBERT, Jurisprudence sur le contrat de travail, publié in SJ 1993 p. 352; SAILLEN, La protection de la personnalité du travailleur, thèse Lausanne 1981, p. 104).

L'octroi d'une indemnité sur la base de l'article 49 CO ne sera justifié que si la victime a subi un tort considérable qui doit se caractériser par des souffrances qui dépassent par leur intensité celles qu'une personne doit être en mesure de supporter seule, sans recourir au juge, selon les conceptions actuelles en vigueur (FF 1982 II 703; DESCHENAUX/STEINAUER, Personne physique et tutelle, n° 624; TERCIER, Le nouveau droit de la personnalité, n° 2049).

ac) Selon le Tribunal fédéral, l'ampleur de la réparation dépend en premier lieu de la gravité des souffrances psychiques subies par la victime ensuite de l'atteinte (arrêt 4C.320/2005, du 20 mars 2006, consid. 2.2; ATF 130 III 699, consid. 5.1; ATF 129 IV 22, consid. 7.2 et ATF 125 III 269, consid. 2a).

La fixation de l'indemnité doit être équitable; celle-ci échappe, à toute détermination selon des critères mathématiques; pour la fixer, le Tribunal apprécie les circonstances et les éléments pertinents de l'affaire traitée (arrêt 4C.320/2005, du 20 mars 2006, consid. 2.2; ATF 130 III 699, consid. 5.1 et ATF 129 IV 22, consid. 7.2).

Pour le surplus, les principes développés ci-dessus sur le fardeau de la preuve, valent pleinement dans le présent examen. En application de ces principes, la partie qui allègue l'existence d'une violation par son adverse partie de ses obligations contractuelle devra en apporter la preuve. Le créancier devra ainsi démontrer qu'il a subi un dommage, que le débiteur a violé ses obligations et que le préjudice résulte de cette violation (ENGEL, op. cit., p. 705).

b)

ba) En l'occurrence, le Tribunal estime que les actes de l'employeur sont, sur le principe, constitutifs d'une violation des droits de la personnalité du demandeur.

L'annonce du licenciement et surtout des motifs de la décision, soit les soupçons sérieux de vols étaient de nature à causer un tort non négligeable à la considération professionnelle du demandeur. Cette conclusion s'impose d'autant plus que la réunion, organisée dans l'unique but de renseigner les collaborateurs, a eu lieu en présence de l'ensemble du personnel et sans que le demandeur ne puisse (à supposer qu'il en ait eu le souhait) s'y exprimer pour y faire valoir sa position.

À la décharge de l'employeur, il faut relever son devoir de protéger également la personnalité des autres employés. Il s'imposait, donc, en l'espèce, de rassurer le personnel, dont les inquiétudes sur la pérennité de leur emploi découlaient du départ subit de quatre de leurs collègues. La défenderesse eût toutefois alors dû limiter ses explications au triple fait que les départs n'étaient pas liés à une restructuration, que les postes des autres collaborateurs n'étaient pas menacés, voire éventuellement que les congés signifiés l'avaient été pour des raisons personnelles. La mention supplémentaire des soupçons de vol était en revanche inutile et illicite.

Il faut ainsi considérer, bien que le cas soit limite et non comparable à la gravité des actes examinés dans la jurisprudence résumée ci-dessus (cf. consid. 5a.aa *in fine, supra*), que les droits de la personnalité du demandeur ont été violés.

bb) Le Tribunal considère que la réparation de cette violation doit, en l'occurrence, découler, principalement, de sa reconnaissance par le biais du présent jugement. Une indemnité modeste sera néanmoins allouée en complément au demandeur.

Ce mode de réparation semble équitable au vu du déroulement des événements et des responsabilités respectives des parties. La gravité de l'atteinte, n'a tout d'abord, en rien été démontrée, à peine été alléguée et ne paraît pas spécialement élevée. Il faut aussi retenir le comportement particulièrement fautif du demandeur. L'attitude illicite de celui-ci est, en effet, l'unique cause de la dégradation de la relation entre les parties, du licenciement, puis de la décision de l'employeur d'informer les autres collaborateurs.

La défenderesse sera dès lors condamnée à payer au demandeur, dont les conclusions sont ainsi admises très partiellement, un montant net de fr. 500.-.

Le Tribunal précise enfin qu'à supposer qu'il eût admis la qualification d'«abusive» du congé, un montant équivalent aurait été accordé au demandeur sur la base de l'article 336a CO, cela également en raison de l'appréciation des circonstances évoquées ci-dessus.

Jugement communiqué par Me W. Gloor, avocat, Genève.

Kanton Graubünden

Kantonsgericht von Graubünden, Urteil vom 19. Februar 2008 (Bestätigung des Urteils des Bezirksgerichts Imboden vom 11. September 2007)

OR 321a, Verletzung der Treupflicht (E. 4.a, b). OR 337d. Tritt der Arbeitnehmer während laufender Frist einer Arbeitgeberkündigung eine neue Stelle an, ist dies als fristlose Arbeitnehmerkündigung zu qualifizieren. Ein ungerechtfertigtes Verlassen der Arbeitsstelle ist immer nur dann anzunehmen, wenn von einer klarerweise endgültigen Entscheidung des Arbeitnehmers ausgegangen werden muss. Eine kurze Abwesenheit von wenigen Tagen mag dem ohne zusätzliche Indizien noch nicht zu genügen (E. 4.c.aa und bb).

Sachverhalt

A. (der Kläger) war ab 1. Mai 2005 bei B. (dem Beklagten) im C. als Küchenchef angestellt. Am 31. Mai 2006 kündigte B. dem A. per Ende November 2006. In der Folge kamen die Parteien überein, dass A. vorerst vollumfänglich weiterarbeiten und ab dem 14. August 2006 bis zum ordentlichen Ablauf der Kündigungsfrist die ihm zustehenden Ferien beziehen und die geleisteten Überstunden kompensieren sollte. Anfangs August 2006 informierte A. seinen Arbeitgeber, dass er am 4. September 2006 eine Stelle bei der D. AG antreten werde. Am 17. August 2006 setzte B. eine Vereinbarung auf, in welcher er A. per Saldo aller Überzeitleistungen vom 1. Mai 2005 bis zum 3. September 2006 den Betrag von Fr. 6000.– sowie per Saldo aller Frei-, Ferien- und Kompensationstage inklusive Anteil 13. Monatslohn bis zum 3. September 2006 den Betrag von Fr. 12 000.– offerierte. Nachdem darüber zwischen den Parteien keine Einigung zustande gekommen war, übermittelte B. dem A. mit Schreiben vom 8. Oktober 2006 die Lohnschlussabrechnung per 3. September 2006, das Berechnungsblatt 13. Monatslohn, das Berechnungsblatt Frei- und Ferientage 2006 sowie das Arbeitszeugnis. Am 29. November 2006 meldete A. die vorliegende Streitsache beim Vermittleramt des Kreises Trins an. Das Bezirksgericht Imboden wies mit Urteil vom 11. September 2007 das klägerische Begehren auf Lohnzahlung bis Ende November 2006 ab.

Aus den Erwägungen:

4.

Unbestritten ist, dass B. das Arbeitsverhältnis mit A. am 31. Mai 2006 unter Beachtung der sechsmonatigen Kündigungsfrist auf den 30. November 2006 gekündigt hat. Ebenso unbestritten ist, dass A. am

4. September 2006, mithin noch während laufender Kündigungsfrist, eine neue Arbeitsstelle angetreten hat. Strittig jedoch sind die Fragen, wie das Verhalten von A. zu beurteilen ist und welche Auswirkungen sich daraus auf die Lohnzahlungspflicht des Arbeitgebers ergeben.

a) Die Vorinstanz hat festgestellt, indem A. während laufender Kündigungsfrist eine neue Arbeitsstelle angetreten habe, habe er gegen die Treuepflicht verstossen und seinen früheren Arbeitgeber vor vollendete Tatsachen gestellt. Er habe seine frühere Arbeitsstelle fristlos und ohne wichtigen Grund verlassen, wobei es grundsätzlich unerheblich sei, dass er nicht mehr zur Arbeitsleistung verpflichtet gewesen sei. Mit dem definitiven Verlassen der Arbeitsstelle habe das Arbeitsverhältnis in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht geendet. A. habe demnach nichts mehr zu fordern. Rechtsanwalt L. (Klägervertreter) hat in diesem Zusammenhang vor Schranken der Zivilkammer des Kantonsgerichts geltend gemacht, aufgrund der getroffenen Abrede zwischen den Parteien habe A. nach Mitte August gegenüber seinem Arbeitgeber keine Treuepflicht mehr gehabt. A. habe alles erfüllt, seine Verpflichtung sei bis Ende November 2006 aufgerechnet gewesen. Nun habe es am Arbeitgeber gelegen, seine Schuld monatlich abzubezahlen.

b) Den Ausführungen von Rechtsanwalt L. kann nicht gefolgt werden. Zunächst stellt sich die Frage der Treuepflicht. Der Einzelarbeitsvertrag als schuldrechtlicher Vertrag begründet für die Vertragsparteien beiderseitige Rechte und Pflichten. Die wesentlichen Pflichten des Arbeitnehmers sind Arbeitspflicht und Treuepflicht. Diese Pflichten – andere Absprache vorbehalten – ruhen während der Kündigungsfrist nicht, vielmehr bleiben sie vollumfänglich bestehen (vgl. für die Treuepflicht BGE 104 II 28 E 2a). Auch der Verzicht des Arbeitgebers auf die Arbeitsleistung lässt die Treuepflicht unberührt (vgl. BGE 128 III 271 E 4a/bb). Ebenso wenig aber ist die Treuepflicht während der Ferien (vgl. diesbezüglich Art. 329d Abs. 3 OR als Ausfluss der Treuepflicht) oder während der Kompensation von Überstunden ausser Kraft gesetzt, soweit ein gültiger Arbeitsvertrag und keine andere Absprache besteht. Nachdem vorliegend keine fristlose Entlassung von A. durch B. erfolgt ist, bestand zwischen den Parteien grundsätzlich bis zum 30. November 2006 ein gültiger Arbeitsvertrag. A. hatte somit bis zum 30. November 2006 gegenüber B. die arbeitsvertragliche Treuepflicht (Art. 321a OR) zu erfüllen, auch wenn er nach dem 14. August 2006 vereinbarungsgemäss Ferien bezog und Überstunden kompensierte, mithin nicht mehr arbeiten musste. Dass die Parteien vereinbart hätten, A. sei nach dem 14. August 2006 aller Verpflichtungen aus dem Arbeitsvertrag ledig, habe also auch die Treuepflicht nicht mehr einzuhalten, ergibt sich aus den Akten nicht und kann offensichtlich auch nicht allein aus dem Umstand abgeleitet werden, dass A. nach Mitte August 2006 Ferien beziehen und Überstunden kompensieren konnte. Im Gegenteil spricht das Schreiben von B. vom 8. Oktober 2006, in welchem er den Stellenantritt von A. bei der D. AG am 4. September 2006 als fristlose

Kündigung auffasst, sehr deutlich dafür, dass B. auf die Einhaltung der Treuepflicht bestanden hat. A. war daher gehalten, bis am 30. November 2006 die Interessen seines Arbeitgebers B. in guten Treuen zu wahren. Die Aufnahme einer entgeltlichen Arbeit in einem Konkurrenzbetrieb vor dem 30. November 2006 versties offensichtlich gegen diese Treuepflicht (vgl. Art. 321a Abs. 3 OR). Dass es sich bei der D. AG um einen Konkurrenzbetrieb des C. handelt, darf, wie die Vorinstanz richtig festgehalten hat, aus dem Schreiben der D. AG vom 22. Mai 2007 geschlossen werden. Im weiteren wurde A. von der D. AG als Küchenchef angestellt. (...).

c) Nachdem feststeht, dass A. mit dem Stellenantritt bei der D. AG während laufender Kündigungsfrist die Treuepflicht verletzt hat, ist im weiteren darüber zu befinden, wie dieser Stellenantritt einzuordnen ist und welche Auswirkungen auf das Arbeitsverhältnis zu B. dadurch entstanden sind.

aa) Die Vorinstanz qualifiziert den Stellenantritt als ungerechtfertigtes, fristloses Verlassen der Arbeitsstelle im Sinne von Art. 337d OR. Während Art. 337c OR die ungerechtfertigte Entlassung des Arbeitnehmers durch den Arbeitgeber betrifft, gilt Art. 337d OR für den gegenteiligen Fall, dass der Arbeitnehmer ohne wichtigen Grund fristlos kündigt, indem er zum Beispiel ohne wichtigen Grund die Stelle verlässt, ohne die Kündigungsfrist abzuwarten. Art. 337d OR kommt gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts jedoch nur zur Anwendung, wenn der Arbeitnehmer die Stelle bewusst, also absichtlich und definitiv verlässt, wobei zu ergänzen ist, dass dies nach dem Vertrauensprinzip und nicht nach den subjektiven Plänen des Arbeitnehmers zu beurteilen ist. Eine kurze Abwesenheit von wenigen Tagen vermag dem ohne zusätzliche Indizien nicht zu genügen, wohl aber eine nachrichtenlose Abwesenheit von mehreren Wochen (BGE 121 V 277 E 3a). Das Bundesgericht handhabt dieses Kriterium streng und nimmt ein ungerechtfertigtes Verlassen der Arbeitsstelle nur an, wenn von einer klarerweise endgültigen Entscheidung des Arbeitnehmers ausgegangen werden muss. Mit dem definitiven Verlassen der Arbeitsstelle endet das Arbeitsverhältnis wie im Falle der unberechtigten fristlosen Entlassung durch den Arbeitgeber in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht.

bb) A. hat unbestrittenermassen am 4. September 2006 bei der D. AG eine Arbeitsstelle angetreten. Es handelt sich dabei offenbar um eine unbefristete Vollzeitstelle. Aus seinem Verhalten geht unzweifelhaft hervor, dass er aus seinem bisherigen Arbeitsverhältnis definitiv aussteigen wollte. Er macht in diesem Zusammenhang geltend, dass er gar keine Arbeitsleistung für das C. mehr erbringen müssen, da er bis zum Ablauf der Kündigungsfrist noch habe Ferien beziehen und Überstunden kompensieren können. Es trifft zwar zu, dass die Parteien sowohl den Bezug von Ferien als auch die Kompensation von Überstunden für einen Teil der Kündigungsfrist vereinbart haben. B. hat dies vor Schranken der Zivilkammer des Kantonsgerichts nicht mehr bestritten, nachdem er vor der Vorinstanz noch einzig den Bezug von Ferien als vereinbart angesehen hatte. A. war

gemäss Aktenlage nach Mitte August folglich von seiner Arbeitspflicht befreit. Jedoch hatte dies – wie bereits einlässlich ausgeführt – keinen Einfluss auf die Gültigkeit des Arbeitsvertrages bis zum 30. November 2006. Ebenso blieben die übrigen Pflichten aus dem Arbeitsvertrag von der Vereinbarung, dass A. Ferien beziehen und Überstunden kompensieren sollte, unberührt. Indem nun A. eine andere Arbeitsstelle bei einem Konkurrenzunternehmen während laufender Kündigungsfrist annahm, zeigte er deutlich, dass er nicht mehr bereit war, den von ihm mit B. eingegangenen Vertrag, insbesondere die weiterhin bestehende Treuepflicht, zu erfüllen. Offensichtlich hatte sich A. auch bewusst dafür entschieden, die neue Arbeitsstelle bei einem Konkurrenzbetrieb während der Kündigungsfrist anzutreten, obwohl augenscheinlich war, dass er unter diesen Umständen die Interessen seines Noch-Arbeitgebers nicht wahren konnte, und es handelte sich klarerweise um eine endgültige Entscheidung. Aus den Akten ergibt sich im weiteren nichts, was darauf schliessen lassen würde, es habe für das fristlose Verlassen der Arbeitsstelle einen wichtigen Grund gegeben, der das Vorgehen von A. zu rechtfertigen vermöchte. A. macht denn auch keinen solchen Grund geltend. Er hat in der Prozesseingabe zwar ausgeführt, es wäre durch nichts gerechtfertigt gewesen, wenn er für einige Monate arbeitslos geworden wäre, weil er im Herbst 2006 keine Stelle hätte antreten können. Dass er tatsächlich keine Stelle auf den 1. Dezember 2006 gefunden hätte, ist jedoch nicht bewiesen. Es steht nicht einmal fest, dass er die Anstellung bei der D. AG nicht auch erst nach Ablauf der Kündigungsfrist hätte antreten können. Damit aber vermögen seine Ausführungen von vornherein das fristlose Verlassen des Arbeitsplatzes in keiner Art und Weise zu rechtfertigen. A. hat seine Arbeitsstelle ohne wichtigen Grund fristlos verlassen. Sein Verhalten ist als ungerechtfertigte fristlose Kündigung zu qualifizieren. Dem steht im Übrigen auch nicht entgegen, dass das Arbeitsverhältnis bereits durch B. unter Einhaltung der sechsmonatigen Kündigungsfrist gekündigt worden war. Denn auch ein gekündigtes Arbeitsverhältnis kann auf einen früheren als den bereits ausgesprochenen Kündigungstermin hin – und damit insbesondere fristlos – gekündigt werden. Als Folge der fristlosen Kündigung hat das Arbeitsverhältnis zwischen A. und B. sowohl in tatsächlicher als auch in rechtlicher Hinsicht am 3. September 2006 geendet. A. hat mithin für die Zeit vom 4. September 2006 bis zum 30. November 2006 keinen Lohn zu Gute, da in dieser Zeit kein Arbeitsverhältnis mehr bestand. Für die drei Tage vom 1. bis zum 3. September 2006 hat B. mit Schreiben vom 8. Oktober 2006 abgerechnet. A. hat sich mit dieser Abrechnung weder in seinen Ausführungen im vorinstanzlichen Verfahren noch vor der Zivilkammer des Kantonsgerichts näher auseinandergesetzt. Damit aber finden sich in den Akten keine substantiierten Bestreitungen bezüglich der Abrechnung für diese drei Tage im September 2006. Im Weiteren hat A. den in der Abrechnung vom 8. Oktober 2006 berechneten Betrag offensichtlich ausbezahlt erhalten, hat er diesen in seinen eigenen Berechnungen doch jeweils in Abzug gebracht.

Somit hat A. für die Zeit vom 1. September 2006 bis zum 30. November 2006 von B. keinen Lohn mehr zu Gute.

cc) A. hat im Berufungsverfahren einzig noch den Lohn für die Monate September 2006 bis November 2006 sowie den Anteil des 13. Monatslohnes für diese Zeit geltend gemacht. Zu der Frage, ob bei einer Beendigung des Arbeitsverhältnisses auf den 3. September 2006 hin noch Überstunden und Ferien abzugelten wären, hat er sich nicht geäußert. Insbesondere aber hat er dazu weder Behauptungen aufgestellt noch Substantiierungen vorgenommen. Die Zivilkammer des Kantonsgerichts hat sich mit dieser Frage mithin nicht weiter zu beschäftigen.

dd) Aus dem Gesagten erhellt, dass A. für die Zeit vom 1. September 2006 bis zum 30. November 2006 keine Lohnforderung gegen B. zusteht. Die Entschädigung von Überstunden oder die finanzielle Abgeltung noch nicht bezogener Ferien hat A. nicht eingeklagt. Die Berufung ist daher vollumfänglich abzuweisen.

Kantonsgericht von Graubünden, Urteil vom 18. August 2008 (Bestätigung des Urteils des Bezirksgerichts Plessur vom 11. Januar 2008)

Der Arbeitgeber darf nur dann ein einfaches Arbeitszeugnis ausstellen, wenn der Arbeitnehmer dies ausdrücklich verlangt. Daraus ergibt sich ohne weiteres die Verpflichtung des Arbeitgebers zur Ausstellung eines Vollzeugnisses, wenn der Arbeitnehmer nicht explizit eine blosser Arbeitsbestätigung verlangt. Sollte der Arbeitnehmer nach Erhalt des Vollzeugnisses der Auffassung sein, dessen Inhalt sei unrichtig oder unvollständig, kann er beim zuständigen Gericht eine Berichtigungsklage erheben oder den Arbeitgeber auffordern, ihm eine Arbeitsbestätigung im Sinne von OR 330a II auszustellen, die sich nur über die Art und die Dauer der Anstellung ausspricht (E. 4c/aa und 4c/bb).

Sachverhalt:

AX. (Beklagte und Berufungsklägerin) ist Inhaberin der Boutique A. in Chur. Als Geschäftsführerin der Boutique beschäftigte sie ab dem Jahr 2000 ihre Schwester, BX. (Klägerin und Berufungsbeklagte). Mit Schreiben vom 28. Juni 2006 kündigte BX. ihre Stelle per 31. Dezember 2006. Am 27. November 2006 stellte sie AX. mit sofortiger Wirkung frei. Zwischen den Parteien kam es Ende 2006 zum Streit. Dieser betraf einerseits Forderungen aus dem Arbeitsverhältnis sowie andererseits einen Geldbetrag von Fr. 236 169.35, den BX. zwischen 31. Mai 2004 und 5. September 2005 in mehreren Tranchen an AX. überwiesen hatte. Nach Klageerhebung durch BX. erkannte das Bezirksgericht Plessur mit Urteil vom 11. Januar 2008 wie folgt: AX. wird verpflichtet, BX. aus arbeitsrechtlicher Forde-

rung Fr. 124.55 sowie aus Darlehensforderung Fr. 236 169.35 zu bezahlen, ferner BX. ein qualifiziertes Arbeitszeugnis auszustellen.

Aus den Erwägungen:

4.

a. Die Vorinstanz verpflichtete die Berufungsklägerin im Weiteren, der Berufungsbeklagten ein qualifiziertes Arbeitszeugnis auszustellen. In ihrer Berufung beantragt AX., diese Anweisung aufzuheben. Sie lasse sich unter Berücksichtigung von BGE 101 II 69 ff. darauf behaften, BX. ein einfaches Zeugnis nach Art. 330a Abs. 2 OR auszustellen. Diese habe nicht spezifiziert, was für ein Arbeitszeugnis sie wolle. Zudem könne nicht erwartet werden, dass man ihr ein Gefälligkeitszeugnis ausstelle.

b. Nach Art. 330a OR kann der Arbeitnehmer jederzeit vom Arbeitgeber ein Zeugnis verlangen, das sich über die Art und Dauer des Arbeitsverhältnisses sowie über seine Leistungen und sein Verhalten ausspricht (Abs. 1). Auf besonderes Verlangen des Arbeitnehmers hat sich das Zeugnis auf Angaben über die Art und Dauer des Arbeitsverhältnisses zu beschränken (Abs. 2).

c/aa. Es trifft zu, dass die Klägerin in der Prozesseingabe ihren Anspruch auf ein Arbeitszeugnis geltend machte, ohne zu spezifizieren, ob es sich dabei um ein qualifiziertes Zeugnis (Vollzeugnis) nach Art. 330a Abs. 1 OR oder um ein einfaches Zeugnis (Arbeitsbestätigung) nach Art. 330a Abs. 2 OR handeln soll. Diese Wahl steht dem Arbeitnehmer zu. Der Arbeitgeber darf aber – was bereits der Wortlaut der Bestimmung zum Ausdruck bringt – nur dann ein einfaches Arbeitszeugnis ausstellen, wenn der Arbeitnehmer dies ausdrücklich verlangt (BGE 129 III 177 ff. [179], E. 3.2, mit diversen Hinweisen; WOLFGANG PORTMANN, Basler Kommentar zum OR I, Art. 1–529 OR, 4. A., Basel 2007, N 3 zu Art. 330a OR). Daraus ergibt sich ohne weiteres, dass der Arbeitgeber zur Ausstellung eines Vollzeugnisses verpflichtet ist, wenn der Arbeitnehmer nicht explizit eine blossе Arbeitsbestätigung verlangt.

c/bb. Auch der Hinweis der Berufungsklägerin auf BGE 101 II 69 ff. geht fehl. Gegenstand des erwähnten Entscheids ist die Haftung eines Arbeitgebers gestützt auf Art. 41 f. OR wegen Ausstellung eines falschen Arbeitszeugnisses. Allerdings verlangt die Berufungsbeklagte vorliegend nicht, dass ihr ein falsches bzw. wahrheitswidriges Arbeitszeugnis ausgestellt wird. Selbstverständlich hat AX. BX. ein Arbeitszeugnis auszustellen, das wahr und vollständig ist, das heisst, alle in Art. 330a Abs. 1 OR aufgeführten Punkte enthält. Das Zeugnis hat über die Art und die Dauer der Anstellung sowie über die Leistungen und das Verhalten der Arbeitnehmerin Auskunft zu geben. Sollte die Klägerin nach Erhalt des Vollzeugnisses der Auffassung sein, dessen Inhalt sei unrichtig oder unvollständig, kann sie beim zuständigen Gericht eine Berichtigungsklage erheben oder die Beklagte auffordern, ihr eine Arbeitsbestätigung im Sinne von

Art. 330a Abs. 2 OR auszustellen, die sich nur über die Art und die Dauer der Anstellung ausspricht (vgl. BGE 129 III 177 ff. [180], E. 3.3). Vorliegend braucht über den Inhalt des Zeugnisses aber nicht entschieden zu werden.

Kantonsgericht von Graubünden, Urteil vom 9. September 2008 (Bestätigung des Urteils des Bezirksgerichts Plessur vom 8. Mai 2008)

Schliesst ein Arbeitgeber mit einem Arbeitnehmer mehrere Arbeitsverträge über ein gleich geartetes Arbeitsverhältnis ab, sind bei Berechnung der Kündigungsfrist alle Vertragszeiten beim gleichen Arbeitgeber zusammenzurechnen, also auch frühere Arbeitsverhältnisse trotz gewisser Unterbrüche, da es auf die Dauer des Arbeitsverhältnisses ankommt und nicht auf die Dauer des dem Arbeitsverhältnis zugrunde liegenden Arbeitsvertrages. Für die Annahme eines einheitlichen Arbeitsverhältnisses ist nämlich der Gesichtspunkt der Betriebstreue entscheidend. Entsprechend scheiden einzig völlig andersgeartete Vertragsverhältnisse für eine Anrechnung aus (E. 4. a).

Sachverhalt:

A. (Beklagte und Berufungsklägerin) ist Inhaberin einer Modeboutique. B. (Klägerin und Berufungsbeklagte) war ab 16. Januar 2004 in der Boutique von A. beschäftigt. Anfang Januar 2007 stellte A. fest, dass B. einen Gurt aus dem Geschäft trug, welchen sie nicht sofort bezahlt hatte. Aufgrund dieses Vorfalles kam es zu einem Gespräch zwischen den Vertragsparteien, über dessen Inhalt A. am 12. Januar 2007 eine Gesprächsnotiz erstellte, welche von der Arbeitnehmerin gegengezeichnet wurde. In dieser Gesprächsnotiz wurden der Vorfall mit dem Gurt sowie weitere Punkte aufgeführt, wobei A. festhielt, dass sie sich bei Nichteinhaltung dieser Punkte gezwungen sehe, das Arbeitsverhältnis aufzulösen. Am 29. Januar 2007 schloss A. einen neuen Arbeitsvertrag mit B. ab. Am 4. Mai 2007 löste die Arbeitgeberin das Arbeitsverhältnis mit B. durch fristlose Kündigung auf. Als Gründe für die Kündigung gab A. in ihrem Schreiben vom 5. Mai 2007 u.a. an, die Arbeitnehmerin habe Kleider aus dem Geschäft bezogen, ohne diese zu bezahlen. Diese Vorfälle hätten zu einer nicht wieder gutzumachenden Zerrüttung des Vertrauensverhältnisses geführt, welche es unmöglich mache, das Arbeitsverhältnis fortzuführen. B. brachte gegen A. Klage auf Zahlung des Lohns für die Monate Mai, Juni, Juli und August 2007 sowie einer Entschädigung im Sinne von Art. 337c OR ein. Das Bezirksgericht Plessur schützte mit Urteil vom 8. Mai 2008 die klägerischen Begehren.

Aus den Erwägungen:

3.

e) (...) Zusammenfassend bleibt somit festzuhalten, dass weder die Behauptung, B. habe einer Kundin eine Hose zum Spezialpreis angeboten noch der Vorwurf der ungerechtfertigten Kaffeeentnahme ausgewiesen ist. Das weitere Vorbringen von A., die Berufungsbeklagte habe die Kundenkartei nicht korrekt geführt, ist sodann aus den oben dargelegten Gründen nicht zu hören und wäre im Übrigen auch bei Berücksichtigung lediglich als geringfügige Verfehlung zu werten, welche selbst bei vorgängig erfolgter Verwarnung keinen hinreichenden Grund für die fristlose Auflösung des Vertrages bieten würde. Von den seitens der Berufungsklägerin zur Begründung der fristlosen Kündigung angeführten Gründen ist folglich einzig das Fehlverhalten der Berufungsbeklagten bezüglich des Vorfalls mit dem Gurt Anfangs Januar 2007 ausgewiesen. Dieses erscheint jedoch, wie oben ausgeführt, bereits in objektiver Hinsicht nicht gravierend und wurde – worauf der lange Zeitablauf bis zur fristlosen Entlassung und die Erneuerung und Fortführung des Arbeitsverhältnisses schliessen lassen – von der Arbeitgeberin offenbar auch subjektiv nicht so empfunden. Stellt aber der Vorfall mit dem Gurt somit keinen wichtigen Grund für die fristlose Entlassung der Berufungsbeklagten dar und sind im Nachgang zur Gesprächsnotiz vom 12. Januar 2007 keine weiteren Verstösse nachgewiesen, so kann auch offenbleiben, ob diese Gesprächsnotiz als Verwarnung im Sinne der Rechtsprechung zu qualifizieren ist. Angesichts dessen steht nämlich fest, dass sich die Berufungsklägerin unabhängig vom Vorliegen einer Verwarnung auf keine Gründe zu stützen vermag, welche die fristlose Entlassung von B. rechtfertigen würden. Wie die Vorinstanz zu Recht erwogen hat, war die fristlose Auflösung des Arbeitsvertrages demzufolge ungerechtfertigt.

4.

Entlässt der 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). Der Schaden des Arbeitnehmers berechnet sich also nach dem Lohn, der in dieser Zeit, das heisst, bis zur ordnungsgemässen Beendigung des Arbeitsverhältnisses angefallen wäre (vgl. MANFRED REHBINDER, a.a.O., N 2 zu Art. 337 c OR, S. 159; WOLFGANG PORTMANN, a.a.O., N 2 zu Art. 337c OR). Daran muss sich der Arbeitnehmer jedoch anrechnen lassen, was er infolge der Beendigung des Arbeitsverhältnisses erspart und was er durch anderweitige Arbeit verdient oder zu verdienen absichtlich unterlassen hat (Art. 337c Abs. 2 OR). Falls der Arbeitnehmer im Berechnungszeitraum eine neue Stelle übernommen hat, ist folglich nur noch eine allfällige Lohndifferenz geschuldet. Was er absichtlich, etwa aus Bequemlichkeit, zu verdienen unterlassen hat, ist zur Vermeidung einer

Bereicherung ebenfalls in Abzug zu bringen (vgl. ADRIAN STAEHELIN, a.a.O., N 10 zu Art. 337c OR). Während des Berechnungszeitraums besteht die Pflicht, sich – vornehmlich durch Eingabe auf Stelleninserate – aktiv um eine zumutbare anderweitige Arbeitsstelle zu bemühen (vgl. MANFRED REHBINDER, a.a.O., N 5 zu Art. 337c OR, S. 162; ADRIAN STAEHELIN, a.a.O., N 11 zu Art. 337c OR). Die Beweislast für anrechenbaren (unterlassenen) Verdienst trifft den Arbeitgeber, währenddem der Arbeitnehmer seine Bemühungen um zumutbare Arbeit zu belegen hat (vgl. MANFRED REHBINDER, a.a.O., N 5 zu Art. 337c OR S. 162; ADRIAN STAEHELIN, a.a.O., N 25 zu Art. 337c OR, S. 25 f.).

a) Die fristlose Entlassung erfolgte am 4. Mai 2007. Die Vorinstanz ist gestützt auf den Arbeitsvertrag vom 29. Januar 2007 von einer Kündigungsfrist von drei Monaten ausgegangen. Gemäss diesem Arbeitsvertrag beträgt die Kündigungsfrist im 1. Anstellungsjahr allerdings lediglich zwei Monate. Erst ab dem 2. Anstellungsjahr gilt eine Kündigungsfrist von drei Monaten. Stellt man wie die Vorinstanz allein auf den Arbeitsvertrag vom 29. Januar 2007 ab, wäre demzufolge von einer Kündigungsfrist von lediglich zwei Monaten auszugehen, zumal die fristlose Auflösung des Arbeitsvertrags vom 29. Januar 2007 bereits am 4. Mai 2007 und damit noch innert des 1. Anstellungsjahres erfolgte. Da es auf die Dauer des Arbeitsverhältnisses und nicht auf die Dauer des dem Arbeitsverhältnis zugrunde liegenden Arbeitsvertrages ankommt, sind jedoch alle Vertragszeiten beim selben Arbeitgeber zusammenzurechnen, also auch frühere Arbeitsverhältnisse trotz gewisser Unterbrüche. Für die Annahme eines einheitlichen Arbeitsverhältnisses ist nämlich der Gesichtspunkt der Betriebstreue entscheidend. Entsprechend scheiden einzig völlig andersgeartete Vertragsverhältnisse für eine Anrechnung aus (vgl. MANFRED REHBINDER, a.a.O., N 3 zu Art. 335c OR; ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL, a.a.O. N 5 zu Art. 335c OR). Hier bleibt folglich zu berücksichtigen, das gestützt auf den Anstellungsvertrag vom 16. Januar 2004 bereits seit 12. Januar 2004 ein gleichgeartetes Arbeitsverhältnis zwischen B. und A. bestand, wobei zwischen dem ersten Anstellungsvertrag und dem nachfolgend abgeschlossenen Arbeitsvertrag vom 29. Januar 2007 nicht einmal eine Unterbrechung des Arbeitsverhältnisses erfolgte. Es erscheint daher angezeigt, die Dauer des vorgängigen Arbeitsverhältnisses ab Januar 2004 für die Bestimmung der Kündigungsfrist anzurechnen. Dauerte das Arbeitsverhältnis aber somit mehr als ein Jahr, so ist in Übereinstimmung mit der Vorinstanz von einer Kündigungsfrist von drei Monaten auszugehen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass laut Vertrag jeweils auf Ende eines Kalendermonates gekündigt werden kann. Ausgehend vom Zeitpunkt der fristlosen Kündigung am 4. Mai 2007 hätte das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der Kündigungsfrist von drei Monaten und der vereinbarten Kündigungstermine somit frühestens per Ende August 2007 aufgelöst werden können. B. hat folglich Anspruch auf Lohnersatz für den Zeitraum von Mai 2007 bis August 2007, also für vier Monate.

Kantonsgericht von Graubünden, Urteil vom 24. November 2008 (Bestätigung des Urteils des Bezirksgerichts Hinterrhein vom 17. Juni 2008)

OR 336 I lit. a lässt die Kündigung wegen einer persönlichen Eigenschaft zu, wenn diese in einem Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis steht oder wenn sie die Zusammenarbeit im Betrieb wesentlich beeinträchtigt. Indessen kann die Störung des Betriebsklimas eine Kündigung wegen persönlicher Eigenschaften nur rechtfertigen, wenn der Arbeitgeber vorher zumutbare Massnahmen ergriffen hat, um die Lage zu entspannen, was vorliegend der Fall war (E. 4.b–e).

Kleinliche Korrekturwünsche an einem an sich zutreffenden Arbeitszeugnis werden vom Richter zurückgewiesen (E. 6.a).

Die Kostenbefreiung im Sinne von OR 343 III ändert nichts daran, dass die obsiegende Partei grundsätzlich einen Anspruch besitzt, zu Lasten der unterliegenden Gegnerin die ihr erwachsenen Umtriebe angemessen abgegolten zu erhalten (E. 8.a).

Sachverhalt:

Am 1. Juni 2006 trat X. (Klägerin und Berufungsklägerin) ihre Arbeitsstelle als Gruppenleiterin bei der Y. (Beklagte und Berufungsbeklagte) an. Neben weiteren sechs Gruppenleiterinnen war sie der Bereichsleiterin A. unterstellt, die ihrerseits direkt der Heimleitung, das heisst B. als Heimleiter und C. als Heimleiterstellvertreterin, unterstellt war. Als Gruppenleiterin stand sie einer Gruppe von zwölf Mitarbeiterinnen vor. Am 18. Juni 2007 wurde X. durch den Heimleiter B. mitgeteilt, dass sie mit sofortiger Wirkung freigestellt sei, wobei sie entscheiden könne, ob sie selbst kündige oder ob die Stiftung ihr kündigen solle. Unter Aufsicht von A. musste X. ihren Arbeitsplatz räumen und den Schlüssel abgeben. Gleichentags verfasste X. ihrerseits eine Kündigung. Am 20. Juni 2007 schrieb B. eine «Kündigungsbestätigung». X. machte vor Gericht u.a. eine Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung sowie die Ausstellung eines wahrheitsgetreuen und wohlwollenden Arbeitszeugnisses geltend. Das Bezirksgericht Hinterrhein wies mit Urteil vom 17. Juni 2008 die klägerischen Begehren mit Ausnahme des Begehrens betreffend Zeugnisausstellung ab.

Aus den Erwägungen:

2.

Gegenstand des Berufungsverfahrens bildet vorerst die Frage, wer das Arbeitsverhältnis gekündet hat. Falls in Übereinstimmung mit der Vorinstanz davon auszugehen ist, dass die Kündigung seitens der Arbeitgeberin erfolgt ist, ist sodann zu prüfen, ob diese Kündigung allenfalls als missbräuchlich im Sinne von Art. 336 Abs. 1 lit. a OR zu qualifizieren ist und die Y. die von der Berufungsklägerin wegen missbräuchlicher Kündigung

verlangte Entschädigung von Fr. 11 254.– zu bezahlen hat. Als umstritten erweisen sich vorliegend aber auch die von X. geforderte Abgeltung für nicht bezogene Ferien, das Arbeitszeugnis sowie die Entschädigungsfolgen des erstinstanzlichen Verfahrens.

3.

a) Die Berufungsklägerin führt aus, zu Recht sei die Vorinstanz zum Schluss gelangt, dass ihr durch die Berufungsbeklagte gekündigt worden sei und nicht etwa umgekehrt. Die Berufungsbeklagte anerkannte zunächst in diesem Zusammenhang anlässlich der mündlichen Berufungsverhandlung, die Kündigung sei ihrerseits erfolgt. An anderer Stelle behauptete sie jedoch im Widerspruch dazu, dass eine Einsprache gegen eine Kündigung, die von einem selbst ausgehe, gar nicht möglich sei. Demnach ist zunächst zu prüfen, wer die Kündigung ausgesprochen hat.

b) Es ist unbestritten, dass der Heimleiter B. am 18. Juni 2007 X. mitgeteilt hat, sie könne sich entscheiden, ob sie selbst künde oder ob die Stiftung ihr kündigen solle. Zudem wurde die Berufungsklägerin freigestellt und musste unter Aufsicht von A. ihren Arbeitsplatz räumen. Für das Kantonsgericht besteht kein Zweifel, dass dieses Verhalten gesamthaft als ordentliche Kündigung seitens der Arbeitgeberin auf den 30. September 2007 zu verstehen ist, zumal eine Kündigung auch mündlich oder konkludent erfolgen kann. Auch das Personalreglement lässt die mündliche Kündigung zu und schreibt bloss eine nachträgliche schriftliche Bestätigung vor. Genau dies hat die Berufungsbeklagte mit der «Kündigungsbestätigung» vom 20. Juni 2007 getan. Wie die Vorinstanz zutreffend ausgeführt hat, hat die Y. ihren Willen eindeutig und klar zum Ausdruck gebracht. Eine weitere Zusammenarbeit mit X. war nicht erwünscht, ansonsten die Stiftung sich mit einer vorübergehenden Freistellung hätte begnügen können, ohne die sofortige Räumung des Arbeitsplatzes und Rückgabe der Schlüssel. Wie der Zeugenaussage von C. entnommen werden kann, ist diese Vorgehensweise bei der Y. dann üblich, «wenn wir uns von Führungsleuten trennen». Daran ändert nichts, dass X. noch am 18. Juni 2007 eine «Kündigung» geschrieben hat, zumal das Arbeitsverhältnis zu diesem Zeitpunkt seitens der Arbeitgeberin bereits aufgelöst worden war.

4.

a) Die Berufungsklägerin rügt, die Kündigung sei – entgegen der Ansicht der Vorinstanz – als missbräuchlich im Sinne von Art. 336 Abs. 1 lit. a OR zu qualifizieren, zumal die Arbeitgeberin ihrer Fürsorgepflicht nicht nachgekommen sei. Der Berufungsbeklagten sei bewusst gewesen, dass ein Konflikt zwischen der Berufungsklägerin und ihrer unmittelbar Vorgesetzten A. bestanden habe. Die Arbeitgeberin habe aber nicht wahrhaben wollen, dass A. Auslöserin des Konfliktes gewesen sei und die Berufungsklägerin ständig mit neuen Anfeindungen ihrer Vorgesetzten konfrontiert worden sei. Gemäss Bundesgerichtspraxis (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4C.215/2005 vom 20. Dezember 2005, E. 2.2) habe die Arbeitgeberin in Konfliktsituationen sämtliche Vorkehren zu treffen, um den

Konflikt zu entschärfen. Habe sich die Arbeitgeberin nicht oder ungenügend um die Lösung des Konflikts bemüht, so sei sie ihrer Fürsorgepflicht nicht nachgekommen, weshalb sich die Kündigung als missbräuchlich erweise. Vorliegend habe die Arbeitgeberin keine geeigneten Vorkehren getroffen, um den Konflikt zu schlichten. Die im vorinstanzlichen Urteil erwähnten Sitzungen hätten nicht der Konfliktlösung gedient. Die Arbeitgeberin versuche die Kündigung mit diversen Vorwürfen gegenüber der Berufungsklägerin zu rechtfertigen. Im Rahmen der Beweiserhebungen hätten sich sämtliche Vorwürfe als üble Stimmungsmache entpuppt, weshalb die Kündigung aus fachlicher Sicht keinesfalls angebracht gewesen sei. Dieser Argumentation kann – wie noch zu zeigen sein wird – nicht gefolgt werden.

b) Ein unbefristetes Arbeitsverhältnis kann von jeder Vertragspartei gekündigt werden (Art. 335 Abs. 1 OR). Das Recht zur ordentlichen Kündigung wird durch eine Anzahl von Vorschriften sachlich (Art. 336–336b OR) und zeitlich (Art. 336c–336d OR) beschränkt. Dadurch wird dem Arbeitsverhältnis ein gewisser Kündigungsschutz gewährt. Untersagt ist die missbräuchliche Kündigung. Die Partei, die das Arbeitsverhältnis missbräuchlich kündigt, hat der andern Partei eine Entschädigung auszurichten (Art. 336a Abs. 1 OR). Wer eine solche Entschädigung geltend machen will, muss aber gegen die Kündigung längstens bis zum Ende der Kündigungsfrist bei der kündigenden Partei schriftlich Einsprache erheben (Art. 336b Abs. 1 OR). Die Aufzählung der missbräuchlichen Kündigung in Art. 336 OR ist nicht abschliessend. Auch andere Kündigungen können sich als missbräuchlich erweisen, sofern die Voraussetzungen von Art. 2 Abs. 2 ZGB erfüllt sind (MANFRED REHBINDER, Berner Kommentar, das Obligationenrecht, VI/2/2/2, Bern 1992, N 10 zu Art. 336 OR). Grundsätzlich missbräuchlich ist die Kündigung wegen einer Eigenschaft, die der andern Partei kraft ihrer Persönlichkeit zusteht (Art. 336 Abs. 1 lit. a OR). In der Lehre ist umstritten, ob zu den von dieser Bestimmung erfassten Eigenschaften auch individuelle Charakterzüge und Verhaltensmuster zu rechnen sind. Die Frage braucht allerdings nicht entschieden zu werden, denn Art. 336 Abs. 1 lit. a OR lässt die Kündigung wegen einer persönlichen Eigenschaft zu, wenn diese in einem Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis steht oder wenn sie die Zusammenarbeit im Betrieb wesentlich beeinträchtigt. Indessen kann die Störung des Betriebsklimas eine Kündigung wegen persönlicher Eigenschaften nur rechtfertigen, wenn der Arbeitgeber vorher zumutbare Massnahmen ergriffen hat, um die Lage zu entspannen. Eine entsprechende Verpflichtung ergibt sich aus der Fürsorgepflicht. Hat sich der Arbeitgeber nicht oder ungenügend um die Lösung des Konflikts bemüht, ist er seiner Fürsorgepflicht nicht hinreichend nachgekommen, weshalb sich die Kündigung als missbräuchlich erweist (BGE 125 III 70 E. 2, bestätigt in: BGE 132 III 115 E. 2.2). Nicht als missbräuchlich wurde sodann die Entlassung einer Arbeitnehmerin eingestuft, mit der «die Chemie» zur neuen Vorgesetzten nicht stimmte, ohne dass es bereits

zu einem offenen Konflikt gekommen wäre, der ein aktives Eingreifen des Arbeitgebers erfordert hätte (ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 6. Aufl. Zürich 2006, N 5 zu Art. 336 OR).

c) Vorliegend wird von keiner Partei in Frage gestellt, dass ein Konflikt zwischen der Berufungsklägerin und ihrer direkten Vorgesetzten A. vorhanden war. So führte die Berufungsklägerin aus, der Berufungsbeklagte sei es bewusst gewesen, dass zwischen ihr und ihrer Vorgesetzten A. ein Konflikt geschwelt habe. Der Konflikt sei durch die unüberlegte Umpfatzierung eines Heimbewohners und die in diesem Zusammenhang erfolgte Information durch A. ausgelöst worden. Die Berufungsbeklagte bestätigte ebenfalls, dass das Verhältnis zwischen der Berufungsklägerin und A. dauernd belastet war. Die Gruppenleiterin E. sagte anlässlich ihrer Zeugeneinvernahme aus, ihre persönliche Meinung sei, dass die Chemie zwischen X. und A. nicht gestimmt habe und auch die Psychiatriekrankenschwester D. gab zu Protokoll, dass das Verhältnis zwischen den besagten Frauen «nicht so freundschaftlich, kameradschaftlich war».

d) Steht ausser Zweifel, dass das Verhältnis zwischen der Berufungsklägerin und A. konfliktgeladen war, so stellt sich nach der obenstehend wiedergegebenen Praxis des Bundesgerichtes als nächstes die Frage, ob sich dieser Konflikt schädlich auf die gemeinsame Arbeit ausgewirkt hat. Sodann ist zu prüfen, ob die Arbeitgeberin sämtliche ihr zumutbaren Vorkehren getroffen hat, um den Konflikt zu entschärfen. Dass sich der besagte Konflikt negativ auf die gemeinsame Arbeit ausgewirkt hat, liegt auf der Hand, zumal A. die direkte Vorgesetzte der Berufungsklägerin war. Anstatt der üblichen zwei bis drei Gespräche pro Jahr, welche A. mit den übrigen Direktunterstellten zu führen pflegte, fanden während des einjährigen Arbeitsverhältnisses mit der Berufungsklägerin zwölf formelle Sitzungen statt, welche protokolliert wurden. Die Heimleiterstellvertreterin C. sagte in diesem Zusammenhang als Zeugin aus, die Gespräche zwischen der Heimleitung und der Berufungsklägerin seien zeitaufwändig gewesen. Es sei schwierig gewesen «auf den Punkt zu kommen». Einem von A. am Tage der Kündigung verfassten und an B. gerichteten E-Mail kann unter anderem folgendes entnommen werden: «Von mir aus ist das Mass voll. Ihr Verhalten inakzeptabel, es zehrt am Nerv, braucht zu viel Energie und Zeit, sie ist uneinsichtig, nicht kooperativ, d.h. eine Kündigung würde ich sehr begrüßen». Somit ist erstellt, dass wegen des fraglichen Konflikts die Zusammenarbeit im Betrieb wesentlich beeinträchtigt war.

e) Die Hauptkritik der Berufungsklägerin in ihrer Berufung richtet sich jedoch darauf, die Arbeitgeberin sei ihrer Fürsorgepflicht nicht nachgekommen. Obwohl der Y. der Konflikt unter ihren Mitarbeiterinnen bekannt gewesen sei, habe sie keine Vorkehren getroffen, um diesen zu schlichten. Die stattgefundenen Gespräche hätten nicht der Konfliktlösung gedient, weshalb davon auszugehen sei, dass die Arbeitgeberin nicht sämtliche zumutbare Vorkehrungen im Sinne der bundesgerichtlichen Recht-

sprechung getroffen habe. Diese Rüge zielt ins Leere. Wie die Vorinstanz zutreffend ausgeführt hat, haben während rund eines Jahres zahlreiche Gespräche stattgefunden, an denen auch der Heimleiter B. oder die Heimleiterstellvertreterin C. teilgenommen haben. Wie erwähnt (E. 4d hiervor), führte C. als Zeugin aus, die Gespräche zwischen der Berufungsklägerin und der Heimleitung seien relativ aufwändig, auch zweitaufwändig gewesen. Es sei schwierig gewesen, «auf den Punkt zu kommen». Auf die Frage, weshalb die Zeugin (C.) nichts unternommen habe, um den Konflikt zwischen A. und der Berufungsklägerin zu schlichten, antwortete die Zeugin: «Nichts unternommen könnte ich nicht unterschreiben. Es haben zahlreiche Gespräche stattgefunden. Frau X. ist häufig zu Gesprächen gekommen bezüglich der Frage ihres Verhaltens in ihrer Situation». Trotz der intensiven und häufigen Gespräche zwischen der Berufungsklägerin und der Heimleitung gelang es nicht, einen gemeinsamen Weg zu finden, weshalb die Y. am 18. Juni 2007 die Kündigung aussprach. Dass die Stiftungsorgane zu wenig um die Schlichtung des besagten Konflikts besorgt waren, kann unter diesen Umständen nicht behauptet werden. Eine Umorganisation, dass heisst die Zuteilung einer anderen Gruppe hätte nichts zur Konfliktlösung beigetragen, zumal die Berufungsklägerin auch dann A. unterstellt gewesen wäre. Letztere hatte im Übrigen mit den anderen Gruppenleiterinnen keine Probleme. Ob die Kündigung unter fachlichen Aspekten gerechtfertigt war, muss an dieser Stelle, entgegen der Ansicht der Berufungsklägerin, nicht überprüft werden. Gemäss der bereits mehrfach zitierten Rechtsprechung des Bundesgerichts kann die Störung des Betriebsklimas eine Kündigung wegen persönlicher Eigenschaften rechtfertigen, wenn der Arbeitgeber vorher zumutbare Massnahmen ergriffen hat, um die Lage zu entspannen. Dies ist vorliegend – wie den vorstehenden Erwägungen entnommen werden kann – der Fall.

f) Im Resultat kann festgehalten werden, dass die Kündigung vom 18. Juni 2007 nicht als missbräuchlich im Sinne von Art. 336 Abs. 1 lit. a OR qualifiziert werden kann. Somit entfällt auch die von der Berufungsklägerin von der Y. verlangte Entschädigung für missbräuchliche Kündigung. Die Berufung ist demnach in diesem Punkt abzuweisen.

(...)

6.

Die Berufungsklägerin hat vor Vorinstanz eine Korrektur des Arbeitszeugnisses verlangt. Das Zeugnis wurde in der Folge im Sinne der Ausführungen der Vorinstanz angepasst. Vor Kantonsgericht ist nun noch folgende Aussage strittig: «Gegenüber Vorgesetzten verhält sie sich freundlich und korrekt». Die Berufungsklägerin beantragt folgende Ergänzung: «Gegenüber Vorgesetzten verhält sie sich stets freundlich und korrekt». Das Beweisverfahren habe klar und deutlich ergeben, dass sie gegenüber ihren Vorgesetzten trotz des schwierigen Umfeldes stets freundlich und korrekt gewesen sei. Einzig aus dem Grund, weil sie im Zusammenhang mit dem Neubau berechnigte Kritik geäussert habe, sei sie in den

Augen der Vorderrichter «unfreundlich» und «unkorrekt». Die Zeuginnen C. und E. hätten mit ihren Aussagen das Gegenteil bewiesen. Diese Argumentation hält einer näheren Überprüfung nicht stand.

a) Nach Art. 330a OR kann der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber jederzeit ein Zeugnis verlangen, welches sich über die Art und die Dauer des Arbeitsverhältnisses und sein Verhalten ausspricht. Leistung und Verhalten der Arbeitnehmerin oder des Arbeitnehmers müssen für die gesamte Dauer des Arbeitsverhältnisses vollständig und genau beurteilt werden. Das Zeugnis muss daher alle wesentlichen Tatsachen und Bewertungen enthalten, die für eine Gesamtbeurteilung wesentlich sind. Die der Beurteilung zugrunde gelegten Tatsachen müssen objektiv richtig sein, der angewandte Beurteilungsmassstab muss dem branchenüblichen Durchschnitt entsprechen. Die Beurteilung des Verhaltens betrifft das dienstliche Verhalten, das während der Arbeitsleistung in Erscheinung tritt. Auch bei der Beurteilung des Verhaltens sind die verkehrsüblichen Massstäbe zugrunde zu legen. Es bleibt dem Beurteilungsermessen der Arbeitgeberin oder des Arbeitgebers überlassen, welche positiven oder negativen Verhaltensweisen und Eigenschaften im Zeugnis hervorgehoben werden sollen. Innerhalb des Beurteilungsermessens hat der Arbeitgeber zudem wohlwollend zu entscheiden. Objektive Unrichtigkeit ist lediglich bei Ermessensfehlgebrauch gegeben. Dieser liegt vor, wenn dem Werturteil falsche Tatsachen zugrunde gelegt oder wenn andere als die verkehrsüblichen Massstäbe herangezogen werden. Insoweit ist das Urteil des Arbeitgebers gerichtlich überprüfbar (vgl. MANFRED REHBINDER, Berner Kommentar, VI/2/2/1, Bern 1985, NN. 6–9 und N 14 zu Art. 330a OR). Kleinliche Korrekturwünsche an einem an sich zutreffenden Zeugnis werden vom Richter zurückgewiesen (ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL, a.a.O., N 5 zu Art. 330a OR). Der Text des Zeugnisses muss klar und verständlich sein. Der Wortlaut steht aber, soweit er im Rahmen des Üblichen bleibt, im Ermessen des Arbeitgebers (MANFRED REHBINDER, Berner Kommentar, a.a.O., N 13 zu Art. 330a OR).

b) Vorliegend liegt es im Ermessen der Arbeitgeberin, ob sie das Arbeitszeugnis an entsprechender Stelle durch das Wort «stets» ergänzen will oder nicht. Es handelt sich um eine kleinliche Korrektur, bei einem an sich zutreffenden Zeugnis, weshalb seitens des Gerichts nicht eingegriffen wird. Das Arbeitszeugnis ist vollständig und wohlwollend formuliert. Entgegen der Ansicht der Berufungsklägerin kann nicht behauptet werden, das Beweisergebnis habe ergeben, sie habe sich stets gegenüber Vorgesetzten freundlich und korrekt verhalten. Zwar sagte die Heimleiterstellvertreterin C. als Zeugin aus, X. habe sich gegenüber ihr stets freundlich und korrekt verhalten. Die Zeugin bestätigte aber nicht, dass die Berufungsklägerin gegenüber allen Vorgesetzten sich stets im eben erwähnten Sinne verhalten habe. Gleichzeitig erklärte C. aber auch, dass das der Berufungsklägerin ausgestellte Zeugnis inhaltlich korrekt sei, weshalb aufgrund der fraglichen Aussage keine Veranlassung besteht, das Arbeitszeugnis im beantragten

Sinne zu ergänzen. Die Gruppenleiterin E. gab auf die Frage, ob X. gegenüber Vorgesetzten stets freundlich und korrekt war, zu Protokoll: «Soweit ich dies sah, ja.» E. kann somit das Verhalten der Berufungsklägerin gegenüber Vorgesetzten nicht umfassend beurteilen. Die Arbeitgeberin tritt in diesem Punkt eine andere Meinung. Wie bereits ausgeführt, steht der Wortlaut des Zeugnisses, soweit er im Rahmen des Üblichen bleibt, im Ermessen des Arbeitgebers, weshalb vorliegend keine Korrektur vorzunehmen ist. Die Berufung ist demnach auch in diesem Punkt abzuweisen.

(...)

8.

a) Kostenbefreiung im Sinne von Art. 343 Abs. 3 OR ändert nichts daran, dass die obsiegende Partei grundsätzlich einen Anspruch besitzt, zu Lasten der unterliegenden Gegnerin die ihr erwachsenen Umtriebe angemessen abgegolten zu erhalten (vgl. BGE 115 II 30 E. 5c S. 42).

b) Die Berufungsklägerin macht geltend, selbst wenn das Kantonsgericht das vorinstanzliche Urteil in der Hauptsache nicht aufhebe, müsse eine Korrektur in Bezug auf die ausseramtliche Entschädigung erfolgen. Es gelte zu berücksichtigen, dass das Bezirksgericht Hinterrhein das Begehren um Anpassung des Zeugnisses teilweise gutgeheissen habe. Ein korrektes Zeugnis sei für die Berufungsklägerin genau so bedeutend wie eine Entschädigung für die missbräuchliche Kündigung. Der Streitwert für die Berichtigung eines Zeugnisses werde regelmässig mit einem Monatslohn beziffert, was vorliegend rund Fr. 5600.– ergebe. Dies entspreche in etwa einem Viertel des gesamten Streitwertes, weshalb die ausseramtliche Entschädigung mindestens um einen Viertel zu kürzen sei.

Die Berufungsklägerin übersieht bei ihrer Argumentation, dass die Vorinstanz lediglich eine minimale Korrektur des Arbeitszeugnisses vorgenommen hat. So wurde das beanstandete Zeugnis vom 28. September 2007 um das Adjektiv «korrekt» ergänzt. Nach der vorinstanzlichen Korrektur lautet das Arbeitszeugnis an entsprechender Stelle wie folgt: «Gegenüber Vorgesetzten verhält sie sich freundlich und korrekt». Im Übrigen war das Zeugnis vollständig und wohlwollend verfasst. Kommt hinzu, dass nebst der Korrektur des Arbeitszeugnisses auch eine Entschädigung für missbräuchliche Kündigung und eine Abgeltung für nicht bezogene Ferien strittig waren. In beiden Punkten ist X. vollständig unterlegen. Allein die geringfügige Ergänzung des Arbeitszeugnisses hat zu Recht keine Auswirkungen auf die Höhe der geschuldeten ausseramtlichen Entschädigung gezeitigt. Das Kantonsgericht hat denn auch keine Veranlassung, daran etwas zu ändern. Die Berufung ist somit auch in diesem Punkt abzuweisen.

Kanton Luzern

Obergericht des Kantons Luzern, Urteil 14. April 2008 (Bestätigung des Urteils des Arbeitsgerichts des Kantons Luzern vom 15. Oktober 2007)

Im Falle einer ungerechtfertigten Entlassung muss sich der Arbeitnehmer an die Schadenersatzleistung des Arbeitgebers gemäss OR 337c I alles anrechnen lassen, was er (u.a.) durch anderweitige Arbeit verdient hat. Tritt der Arbeitnehmer nach einer stellenlosen Periode eine besser bezahlte Stelle an, so soll ihm im Rahmen von OR 337c II nicht der höhere Lohn auf die stellenlose Zeit angerechnet werden. Dabei gilt: Für die Zeit nach Antritt der besser bezahlten Stelle hat der entlassene Arbeitnehmer keinen Lohnanspruch mehr. Für die Zeit davor bleibt dieser hingegen in voller Höhe erhalten (E. 4.1).

Sachverhalt:

Zwischen den Parteien bestand ein Lehrfortsetzungsvertrag vom 6. Januar 2006. Danach sollte die Klägerin vom 1. Oktober 2005 bis zum 20. August 2007 im Blumengeschäft des Beklagten das 2. und 3. Lehrjahr als Floristin nach einer Anlehre als Floristin absolvieren. Am 27. Juli 2006 kündigte der Beklagte das Lehrverhältnis auf den 31. August 2006. Mitte Dezember 2006 trat die Klägerin eine 80%-Stelle als Blumenverkäuferin bei C. an und absolvierte das letzte Ausbildungsjahr ohne Unterstützung eines Lehrbetriebes. Am 29. Dezember 2006 reichte die Klägerin beim Arbeitsgericht Klage auf Zahlung von Fr. 14 400.– ein (Fr. 3600.– Lohn vom 1. August 2006 bis Mitte Dezember 2006 plus mindestens Fr. 6000.– Schadenersatz plus Fr. 4800.– Entschädigung wegen ungerechtfertigter Kündigung). Mit Urteil vom 15. Oktober 2007 sprach ihr das Arbeitsgericht Fr. 10 936.40 zu, und zwar Fr. 3006.40 Nettolohn plus Fr. 3130.– Schadenersatz sowie Fr. 4800.– Entschädigung. Dagegen erklärte der Beklagte Appellation.

Aus den Erwägungen:

4.

Insoweit der Beklagte eine «Lohnforderung» mit der Begründung bestritt, dass die Klägerin von Mitte Dezember 2006 bis 20. August 2007 bei C. weit mehr verdient habe, als wenn sie die Lehre ordentlich abgeschlossen hätte, so setzt er sich mit den dazu ergangenen Erwägungen der Vorinstanz nicht auseinander. Erst in seinen Ausführungen zur «Schadenersatzforderung» vertritt der Beklagte die Meinung, bei der Anwendung

von Art. 337c Abs. 2 OR spiele es keine Rolle, dass der Mehrverdienst nicht ebenfalls an einer Lehrstelle erzielt worden sei. Deshalb sei auch kein Schaden im rechtlichen Sinne gegeben.

4.1. Tritt der Arbeitnehmer nach einer stellenlosen Periode eine besser bezahlte Stelle an, so soll ihm im Rahmen von Art. 337c Abs. 2 OR der höhere Lohn nicht auf die stellenlose Zeit angerechnet werden. Dabei gilt: Für die Zeit nach Antritt der besser bezahlten Stelle hat der entlassene Arbeitnehmer keinen Lohnanspruch mehr. Für die Zeit davor bleibt dieser hingegen in voller Höhe erhalten (JAR 1999 S. 312 f. E. 4e). Der Vornahme einer Globalrechnung durch Aufaddierung des laufenden Lohnanspruchs und Abzug des an der neuen Stelle erzielten Lohns steht in concreto – mit Blick auf den analogen Fall von Art. 324 OR – auch die monatliche Lohnzahlungspflicht des Beklagten entgegen. Diese verleiht der Klägerin ein entsprechendes monatliches Abrechnungsrecht.

Der vom Arbeitsgericht errechnete Lohnausfall für die Zeit vom 1. August 2006 bis 15. Dezember 2006 von Fr. 3006.40 ist in masslicher Hinsicht unangefochten geblieben und steht somit der Klägerin zu.

4.2. Die Klägerin hat nicht nur den Ersatz des laufenden Lohns zugute, sondern auch alle Nebenleistungen (STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., N 2 zu Art. 337c OR S. 769). Die Anstellung bei C. bringt unbestritten keine solche wie die Bezahlung von überbetrieblichen Kursbesuchen und von Prüfungsgebühren sowie das Zurverfügungstellen von Übungsmaterial mit sich. Durch die ausserordentliche Auflösung des Lehrverhältnisses ist die Klägerin dieser besonderen Nebenleistungen unwiederbringlich verlustig gegangen. Insoweit erleidet sie am neuen Arbeitsplatz einen Nachteil. Die Differenztheorie, wie sie der Beklagte versteht, ist hier in Übereinstimmung mit dem Arbeitsgericht fehl am Platz.

Eingessandt von F. Felder, Obergerichtsschreiber

Obergericht des Kantons Luzern, Urteil 6. Juni 2008 (Bestätigung des Urteils des Arbeitsgerichts des Kantons Luzern vom 14. März 2008)

Da das einfache und rasche sowie kostenlose Verfahren vor Arbeitsgericht nur bis zu einem Streitwert von Fr. 30 000.– gilt, verstösst es gegen Treu und Glauben, wenn der Kläger seinen Anspruch einzig deshalb in mehrere Teilklagen zerlegt, um in den Genuss dieser prozessualen Vorteile von OR 343 zu kommen. Kein treuwidriges Verhalten ist darin zu sehen, wenn der Arbeitnehmer die bezogenen Arbeitslosentaggelder nicht zur Klageforderung hinzurechnet, da er infolge der gesetzlichen Subrogation (AVIG 29 II, OR 166) seine behaupteten Lohnansprüche im Umfang der erhaltenen Arbeitslosentaggelder ja gar nicht mehr einklagen kann (E. 5.1 und 5.2.1).

Sachverhalt:

Die Klägerin reichte am 12. November 2007 beim Arbeitsgericht gegen die Beklagte unter verschiedenen Titeln eine Klage auf Bezahlung von Fr. 27 351.30 nebst Zins aus Arbeitsvertrag ein. Mit Eingabe vom 18. Januar 2008 ersuchte die Beklagte das Arbeitsgericht, das Verfahren aus prozessökonomischen Gründen vorerst formell auf die Klärung der Frage der sachlichen Zuständigkeit zu beschränken. Sie stellte sich auf den Standpunkt, die Klägerin habe unzulässigerweise eine Teilklage eingereicht, um ohne Prozesskostenrisiko in den Genuss des kostenlosen, einfachen und raschen Verfahrens vor Arbeitsgericht zu gelangen. Addiere man alle bis 12. November 2007 angeblich fälligen Ansprüche der Klägerin, ergäbe sich ein Streitwert von total Fr. 40 448.25, der weit über der Spruchkompetenz des Arbeitsgerichts liege. Auf die Klage dürfe daher mangels sachlicher Zuständigkeit nicht eingetreten werden. Mit Entscheid vom 14. März 2008 bejahte das Arbeitsgericht seine sachliche Zuständigkeit und entschied, auf die Klage einzutreten. Dagegen rekurrierte die Beklagte ans Obergericht.

Aus den Erwägungen:

3.

Das Arbeitsgericht bejahte seine sachliche Zuständigkeit zum einen, weil es die Klägerin nach eigenen Angaben bei der eingeklagten Forderung von Fr. 27 351.30 nebst Zins bewenden lasse und auf darüber hinausgehende Ansprüche verzichte, und zum anderen, weil die ausgerichtete Arbeitslosenentschädigung entgegen der Ansicht der Beklagten nicht zur Klageforderung zu addieren sei. Gestützt auf Art. 29 Abs. 2 AVIG seien alle Ansprüche der Klägerin im Umfang der ausgerichteten Arbeitslosenentschädigung auf die Arbeitslosenkasse übergegangen. Im Umfang der subrogierten Forderung sei die Klägerin nicht mehr aktivlegitimiert. Sie könne diese Teilforderung nicht einklagen, weshalb diese auch nicht zum geltend gemachten Betrag hinzuzählen sei.

4.

Die Beklagte setzt sich mit den Erwägungen des Arbeitsgerichts nicht auseinander, womit ihr Rekurs an sich ungenügend begründet ist (LGVE 2007 I Nr. 36; STUDER/RÜEGG/EIHLZER, Der Luzerner Zivilprozess, N 2 zu § 260). Allerdings schadet ihr dies nichts, da die sachliche Zuständigkeit als Prozessvoraussetzung von Amtes wegen zu prüfen ist (§ 100 Abs. 1 lit. b ZPO; LGVE 1989 I Nr. 14).

5.

Das Arbeitsgericht ist sachlich für die Klage zuständig, wenn der Streitwert Fr. 30 000.– nicht übersteigt (§§ 10 Abs. 1 ZPO und 36 Abs. 1 AGG). Der Streitwert bemisst sich nach der eingeklagten Forderung und ohne Rücksicht auf Widerklagebegehren (Art. 343 Abs. 2 OR; § 36 Abs. 1

AGG). Entgegen der Ansicht der Beklagten berechnet sich der Streitwert nicht ausschliesslich nach Bundesrecht. Beachtlich ist auch das kantonale Recht, insbesondere bezüglich Fragen, über die sich das Bundesrecht ausschweigt (REHBINDER, Berner Komm., N 12 f. zu Art. 343 OR; Urteil des Bundesgerichts 4C.337/2004 vom 5.11.2004 E. 6; vgl. auch AGVE 2002 S. 76, FZR 1997 S. 269). Dazu gehört beispielsweise die Frage der Zulässigkeit von Teilklagen, die von den kantonalen Prozessrechten ganz unterschiedlich beantwortet wird (s. REHBINDER, a.a.O., N 15 zu Art. 343 OR; ebenso BRÜHWILER, Komm. zum Einzelarbeitsvertrag, 2. Aufl., Bern 1996, N 6c zu Art. 343 OR; STAEHELIN, Zürcher Komm., N 24 zu Art. 343 OR; STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsvertrag, 6. Aufl., Zürich 2006, N 7 zu Art. 343 OR; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, Komm. zum Arbeitsvertragsrecht, 3. Aufl., Basel 2005, S. 320; GUIDO COTTER, Das Luzerner Arbeitsgericht und die Bestimmung des Art. 343 OR, Diss. Freiburg 1979, S. 84 ff.).

5.1. Im Kanton Luzern ist die Teilklage weder im Gesetz über das Arbeitsgericht noch in der Zivilprozessordnung, welche im Verfahren vor Arbeitsgericht subsidiär anwendbar ist (§ 35 AGG), ausdrücklich geregelt. Im Zivilprozess gilt grundsätzlich die Dispositionsmaxime. Sie bedeutet, dass die Parteien die Befugnis haben, über den Streitgegenstand zu bestimmen, d.h. zu bestimmen, ob, wann, in welchem Umfang und wie lange sie als Kläger Rechte gerichtlich geltend machen und ob sie als Beklagte die eingeklagten Ansprüche anerkennen wollen. Der Kläger bestimmt durch sein Rechtsbegehren, in welchem Umfang er seine Rechte einklagt. Daraus folgt grundsätzlich die Zulässigkeit von Teilklagen, sofern der Anspruch teilbar ist (VOGEL/SPÜHLER, Grundriss des Zivilprozessrechts, 7. Aufl., Bern 2001, § 30 N 6, 9; GULDENER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Zürich 1979, S. 149). Nach Art. 2 Abs. 1 ZGB hat jedermann in der Ausübung seiner Rechte und in der Erfüllung seiner Pflichten nach Treu und Glauben zu handeln. Nach Abs. 2 dieser Bestimmung findet der offenbare Missbrauch eines Rechts keinen Rechtsschutz. Art. 2 ZGB ist eine Grundschutznorm, welche der Durchsetzung der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit dient. Ihre Geltung erstreckt sich auf die gesamte Rechtsordnung mit Einschluss des öffentlichen Rechts sowie des Prozess- und Zwangsvollstreckungsrechts. Der Grundsatz von Treu und Glauben ist in jeder Instanz von Amtes wegen anzuwenden, was auch für die Frage gilt, ob ein Rechtsmissbrauch vorliegt (BGE 131 V 102). Da das einfache und rasche sowie kostenlose Verfahren vor Arbeitsgericht nur bis zu einem Streitwert von Fr. 30 000.– gilt, verstösst es gegen Treu und Glauben, wenn der Kläger seinen Anspruch einzig deshalb in mehrere Teilklagen zerlegt, um in den Genuss dieser prozessualen Vorteile zu kommen (vgl. BRÜHWILER, a.a.O., N 6c zu Art. 343 OR; STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., N 7 zu Art. 343 OR; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, a.a.O., S. 320). Nach der Luzerner Gerichtspraxis sind Teilklagen deshalb unzulässig, wenn es dafür sachlich keinen Grund gibt und da-

mit einzig die Erlangung prozessualer Vorteile bezweckt wird (LGVE 2000 I Nr. 45; GUIDO COTTER, a.a.O., S. 92 f.). Das Arbeitsgericht tritt auf eine Teilklage somit nur ein, wenn die Summe der fälligen Ansprüche seine Spruchkompetenz nicht übersteigt.

5.2. Nach Ansicht der Beklagten qualifiziert sich die Klage vom 12. November 2007 aus zwei Gründen als unzulässige Teilklage.

5.2.1. Zum einen müssten die von der Klägerin in der Zeit vom 18. Juli bis 31. August 2007 bezogenen Arbeitslosentaggelder von Fr. 8634.40 zur Klageforderung von Fr. 27 351.30 hinzugerechnet werden. Wenn – argumentiert die Beklagte kurz zusammengefasst – die Klägerin ihre vermeintlichen Ansprüche aus dem Arbeitsvertrag vor der Auszahlung der Arbeitslosentaggelder eingeklagt hätte, hätte ein Streitwert resultiert, der weit über der Spruchkompetenz des Arbeitsgerichts liege. Die Klägerin hätte diesfalls nicht vom Vorteil des einfachen und raschen sowie kostenlosen Verfahrens vor dem Arbeitsgericht profitieren können. Aus dem Umstand, dass die Klägerin mit der gerichtlichen Geltendmachung ihrer vermeintlichen Ansprüche taktisch geschickt so lange zugewartet habe, bis sie glaubte, nach dem Bezug der Arbeitslosentaggelder die Spruchkompetenz des Arbeitsgerichts maximal ausnutzen zu können, dürften der Klägerin zu ihren Lasten keine prozessualen Vorteile erwachsen. Das Verhalten der Klägerin sei rechtsmissbräuchlich. Die Beklagte beruft sich dabei auch auf das Zessionsrecht, welches analog heranzuziehen sei. Durch die Teilzession dürfe die Rechtslage des Schuldners nicht verschlechtert werden. In der juristischen Literatur werde postuliert, dass gegebenenfalls in sämtlichen Zweifelsfällen zu Gunsten des Schuldners zu entscheiden sei. Durch die teilweise Subrogation der klägerischen Forderung an die Arbeitslosenkasse werde ihre Rechtslage verschlechtert. Sie müsse sich mit zwei Gläubigern auseinandersetzen, was mit zusätzlichen Umtrieben und einem finanziellen Mehraufwand verbunden sei, ohne im Erfolgsfalle eine Prozessentschädigung zu erhalten, weil die Verfahren wegen der Aufteilung der klägerischen Forderung in die Zuständigkeit des Arbeitsgerichts fielen. Um ihre Rechtslage durch die Subrogation nicht zu verschlechtern, müssten die ausbezahlten Arbeitslosentaggelder zur Klageforderung hinzugezählt werden. Dabei spiele es keine Rolle, dass die Arbeitslosenkasse ihre Subrogationsforderung noch gar nicht gerichtlich eingeklagt habe, was indes äusserst merkwürdig sei und vermuten lasse, dass die Klägerin und die Arbeitslosenkasse sich abgesprochen hätten.

Die Argumentation der Beklagten scheitert schon am Grundsätzlichen. Wie ausgeführt, ist die Teilklage nicht generell unzulässig, sondern nur wenn dafür kein sachlicher Grund besteht, wobei der Massstab das Gebot von Treu und Glauben ist. Da dieses Gebot für die gesamte Rechtsordnung gilt, müsste die Argumentation der Beklagten allenfalls dann näher geprüft werden, wenn der Klägerin und der Arbeitslosenkasse ein treuwidriges oder rechtsmissbräuchliches Verhalten vorgeworfen werden könnte. Dafür gibt es aber keine Anhaltspunkte. Die Mutmassung der Beklagten,

die Klägerin und die Arbeitslosenkasse hätten zusammengewirkt, werden durch nichts gestützt. Wie das Arbeitsgericht zu Recht darauf hinweist, kann der Klägerin auch kein Rechtsmissbrauch vorgeworfen werden, dass sie sich bei der Arbeitslosenkasse angemeldet hat. Die Beklagte stellt sich auf den Standpunkt, das Arbeitsverhältnis der Parteien hätte per Ende Juni 2007 geendet. Art. 29 Abs. 1 AVIG hat gerade zum Zweck, dem Arbeitslosen für die Zeit des Arbeitsausfalls Arbeitslosenentschädigung auszurichten, wenn gegenüber dem bisherigen Arbeitgeber Lohnansprüche umstritten sind. Ein taktisch geschicktes Manöver der Klägerin ist darin nicht zu erblicken. Gibt es aber keinen Anhaltspunkt für ein treuwidriges oder rechtsmissbräuchliches Verhalten, sind die mit der gesetzlichen Subrogation (Art. 29 Abs. 2 AVIG, Art. 166 OR) bewirkten Rechtsfolgen zu beachten. Der Übergang der Lohn- und Entschädigungsansprüche im Umfang der bezogenen Taggelder auf die Arbeitslosenkasse hat zur Folge, dass der arbeitslosen Person insoweit die Aktivlegitimation fehlt, auf gerichtlichem Wege Lohnforderungen gegen den früheren Arbeitgeber geltend zu machen (Urteil des Eidg. Versicherungsgerichts C 118/04 vom 23.2.2005 E. 1.4.3). Kann die Klägerin ihre behaupteten Lohnansprüche im Umfang der erhaltenen Arbeitslosentaggelder nicht mehr einklagen, sind die ausbezahlten Taggelder für die Streitwertberechnung auch nicht zur Klageforderung hinzuzählen. Es liegt gar keine Teilklage vor. Daran änderte auch nichts, wenn die Arbeitslosenkasse ihren Anspruch gegenüber der Beklagten gleichzeitig mit der Klägerin geltend gemacht hätte. Die Vereinigung von Klagen verändert nach der Luzerner Zivilprozessordnung die Zuständigkeit nicht (§ 97 Abs. 2 ZPO). Art. 52 BGG ist für das kantonale Verfahren unbeachtlich. Im Übrigen wird die Rechtsstellung der Beklagten durch die (Teil-/Legal-)Zession nicht verschlechtert. Gegenüber der Arbeitslosenkasse stehen der Beklagten sämtliche Verteidigungsmittel zur Verfügung, die ihr gegenüber der Klägerin zu Gebote stehen (EUGEN BUCHER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allg. Teil, 2. Aufl., Bern 1988, S. 567). Die allenfalls faktische Schlechterstellung (zwei Gläubiger, mehr Umtriebe usw.) ist als Folge der gesetzlich vorgesehenen Abtretung bzw. Subrogation hinzunehmen.

(...)

6.

Nach dem Dargelegten übersteigt der Streitwert der Klage vom 12. November 2007 die Streitwertgrenze von Fr. 30 000.– nicht, weshalb das Arbeitsgericht für die Beurteilung der Klage sachlich zuständig ist. Auf die Klage ist folglich einzutreten. Der Rekurs ist demnach abzuweisen.

Eingesandt von F. Felder, Obergerichtsschreiber

Obergericht des Kantons Luzern, Urteil vom 29. September 2008 (Bestätigung des Urteils des Arbeitsgerichts des Kantons Luzern vom 8. April 2008)

Weicht die vereinbarte Lohnfortzahlungspflicht von der gesetzlichen Regelung gemäss OR 324a II ab, hat die Abrede schriftlich zu erfolgen (OR 324a IV), erweitert sie die gesetzliche Regelung, ist sie formfrei möglich (E. 4.3.1). Von einer stillschweigenden Absprache der Parteien über die Erweiterung der Lohnfortzahlungspflicht gegenüber der gesetzlichen Regelung ist auszugehen, wenn der Arbeitgeber der Arbeitnehmerin in den Lohnabrechnungen jeweils einen Anteil für die Krankentaggeldversicherung abzieht, womit der Arbeitgeber aber nicht nur den Lohn gemäss Berner Skala zahlen kann (E. 4.3.2).

Sachverhalt:

Die Klägerin arbeitete in der Zahnarztpraxis des Beklagten und forderte nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses u.a. Lohnersatz, da sie krankheitshalber an der Arbeitsleistung verhindert war. Das Arbeitsgericht kam in seinem Urteil vom 8. April 2008 aufgrund des Lohnabzuges für die Prämie der Krankentaggeldversicherung zum Schluss, der Beklagte habe der Klägerin entsprechende Versicherungsleistungen zugesichert. Aus der Abrechnung der Krankentaggeldversicherung gehe eine 30-tägige Aufschubzeit hervor. Mangels rechtsgültiger Vereinbarung für die ersten 30 Tage schulde der Beklagte der Klägerin für diese Zeit den vollen Lohn, für die Zeit danach das entsprechende Krankentaggeld. Da ihre Arbeitsunfähigkeit durch Arbeitszeugnisse ausgewiesen sei, habe sie Anspruch auf die Krankentaggelder.

Aus den Erwägungen:

4.1. Der Beklagte kritisiert, die Vorinstanz habe trotz des übereinstimmenden Parteiwillens einen stillschweigend vereinbarten Vertragswillen angenommen und ohne Anlass und Berücksichtigung, dass er mit all seinen Angestellten für die Lohnfortzahlung die Berner Skala vereinbart habe, autoritativ eine andere Auslegung ermittelt. Weshalb die Vorinstanz den übereinstimmenden Parteiwillen nicht anerkannt habe, sei nicht begründet worden. Nach der Berner Skala habe er der Klägerin nur den vollen Lohn für einen Monat zu entrichten. Dies habe er gemacht und habe ihr sogar während der ganzen Dauer der Krankheit unabhängig ihrer Arbeitsunfähigkeit 100% des monatlichen Durchschnittslohnes ausbezahlt. Folglich habe er ihr mehr bezahlt als er gemäss Vertragswillen hätte leisten müssen.

4.2. Für die Klägerin trifft es zwar zu, dass die beschränkte Lohnfortzahlung nach Art. 324a OR im Kanton Luzern gemäss Berner Skala im

zweiten Dienstjahr 30 Tage beträgt. Sie bestreitet hingegen die Ausführungen des Beklagten zur Lohnfortzahlungspflicht. Das Arbeitsgericht habe zu Recht ausgeführt, es handle sich nicht um eine eigentliche Abweichung der Lohnfortzahlungspflicht, sondern um eine Ergänzung, die die Klägerin besser stelle und praxisgemäss formfrei möglich sei. Indem der Beklagte der Klägerin Prämienanteile für die Krankentaggeldversicherung belastet habe, habe er ihr auch eine entsprechende Versicherungsleistung zugesichert, welche nach einer Wartefrist von 30 Tagen bezahlt würde. Für die 30 Tage Wartefrist bestehe zwischen den Parteien keine Vereinbarung, weshalb er für diese Zeit der Klägerin nach Art. 324a OR den vollen Lohn zu entrichten habe. Es sei zudem unzutreffend, dass er der Klägerin während der gesamten Dauer der Krankheit, unabhängig des Grades der Arbeitsunfähigkeit 100% des Lohnes bezahlt habe.

4.3.

4.3.1. Nach Art. 324a Abs. 1 OR hat der Arbeitgeber bei Verhinderung des Arbeitnehmers bei einem Arbeitsverhältnis, das mehr als drei Monate gedauert hat oder für mehr als drei Monate abgeschlossen worden ist, eine Lohnfortzahlungspflicht für eine bestimmte Dauer. Diese Dauer kann durch Abrede, Normal- oder Gesamtarbeitsvertrag verändert werden. Sofern die vereinbarte Lohnfortzahlungspflicht von der gesetzlichen Regelung gemäss Art. 324a Abs. 2 OR abweicht, muss die Abrede schriftlich erfolgen (Art. 324a Abs. 4 OR), sofern sie die gesetzliche Lohnfortzahlungspflicht erweitert, ist sie formfrei möglich (STAEHELIN/VISCHER, Zürcher Komm., N 55 zu Art. 324a OR; STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsvertrag, 6. Aufl., Zürich 2006, N 28 zu Art. 324a/b).

4.3.2. Die Parteien haben einen mündlichen Arbeitsvertrag abgeschlossen. Es liegt auch keine schriftliche Abrede über eine anderweitige Regelung der Lohnfortzahlungspflicht bei Krankheit der Klägerin vor. Die Vorinstanz stellte fest, der Beklagte habe der Klägerin in den Lohnabrechnungen jeweils einen Anteil für die Krankentaggeldversicherung abgezogen. Dies blieb vom Beklagten unangefochten. Weiter stellte sie fest, aus der Abrechnung der Versicherung ergebe sich eine Wartefrist von 30 Tagen. Auch dies bestritt der Beklagte nicht; ebenso wenig, dass er von der Versicherung für die Klägerin Krankentaggelder erhalten hatte. Aufgrund dieser Tatsachen zog die Vorinstanz zu Recht den Schluss, der Beklagte habe der Klägerin entsprechende Versicherungsleistungen zugesichert. Damit lieferte sie – entgegen der Behauptung des Beklagten – auch die Begründung, weshalb die behauptete Parteivereinbarung über die Lohnfortzahlung nach der Berner Skala nicht relevant ist. Aus den aufgelegten Arbeitsverträgen geht hervor, dass der Beklagte z.T. die Lohnzahlungen für seine Angestellten bei Krankheit nur nach der Berner Skala vereinbarte, z.T. aber auch berechtigt war, die vereinbarte Lohnzahlung nach Berner Skala durch eine Versicherung abzulösen. Die Klägerin bestritt nie die Rechtmässigkeit dieses Lohnabzuges für die Krankentaggeldversicherung. Auch der Beklagte bestritt weder die Lohnabzüge für die Krankentaggeld-

versicherung noch dass ihm die Versicherung Taggelder für die Klägerin bezahlt hatte. Damit ist von einer stillschweigenden Absprache der Parteien über die Erweiterung der Lohnfortzahlungspflicht gegenüber der gesetzlichen Regelung (z.B. Berner Skala als konkretisierte Praxisanwendung [STAEHELIN/VISCHER, a.a.O., N 41 zu Art. 324a OR; STREIFF/VON KÄNEL, a.a.O., N 7 zu Art. 324a/b OR]) auszugehen (Urteil des Bundesgerichts 4C.315/2006 vom 10.01.2007 E. 3.1). Es trifft demnach nicht zu, dass sie die Lohnfortzahlung nur gemäss Berner Skala vereinbart hatten. Infolge der unbestrittenen Wartefrist von 30 Tagen für die Krankentaggelder und mangels anderweitiger schriftlicher Abrede der Parteien bezüglich der Lohnzahlungspflicht für diese 30 Tage verpflichtete die Vorinstanz den Beklagten zu Recht, der Klägerin für diese Zeit den vollen Arbeitslohn zu bezahlen.

Eingesandt von F. Felder, Obergerichtsschreiber

Obergericht des Kantons Luzern, Urteil vom 17. November 2008 (Bestätigung des Urteils des Arbeitsgerichts des Kantons Luzern vom 5. Mai 2008)

Gemäss Art. 21 Abs. 3 des anwendbaren L-GAV ist die Arbeitszeiterfassung des Arbeitnehmers als Beweismittel zugelassen, wenn der Arbeitgeber seiner Buchführungspflicht bezüglich Arbeits- und Ruhezeit nicht nachkommt. Indem der Arbeitgeber selbst nicht Buch geführt und die von der Arbeitnehmerin regelmässig eingereichten Zeiterfassungen unwidersprochen gelassen hat, hat er diese als richtig anerkannt (E. 2.1 und 2.2.2).

Sachverhalt:

Die Klägerin arbeitete im Gastrobetrieb der Beklagten. Strittig war zwischen den Parteien die Entschädigung für Überstundenarbeit.

Aus den Erwägungen:

2.

Die Beklagte wendet sich gegen die vom Arbeitsgericht gestützt auf die Arbeitszeiterfassungen der Klägerin zugesprochene Überstundenentschädigung. Sie rügt, dass sie nicht zum Gegenbeweis zugelassen worden sei.

2.1. Nicht umstritten ist einerseits die Beweislast der Klägerin, anderseits, dass gemäss Art. 21 Abs. 3 des hier anwendbaren L-GAV die Arbeitszeiterfassung des Arbeitnehmers als Beweismittel zugelassen ist, wenn der Arbeitgeber seiner Buchführungspflicht bezüglich Arbeits- und Ruhezeit nicht nachkommt. Die Beklagte behauptet nicht, sie habe Buch

geführt. Indessen hat ihr die Klägerin ihre monatlichen Zeiterfassungen jeweils Ende Monat abgegeben. Damit ist erstellt, dass sie in der Lage war, von den monatlichen Zeiterfassungen der Klägerin Kenntnis zu haben.

2.2.1. Richtig ist, dass den Aufzeichnungen des Arbeitnehmers Beweismittelcharakter zukommt und der Arbeitgeber zum Gegenbeweis zuzulassen ist (Urteil des Bundesgerichts 4P.80/2005 vom 20.05.2005 E. 3; SGGVP 2007 Nr. 53, E. III/2b; STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsvertrag, 6. Aufl., Zürich 2006, N 10 zu Art. 321c OR). Die Beklagte verkennt jedoch, dass sie anders als in den vorher zitierten Entscheiden, wo lediglich auf nachträglich erstellte Angaben bzw. auf eine Agenda der klagenden Arbeitnehmer abgestellt wurde, von der monatlichen Zeiterfassung der Klägerin regelmässig hat Kenntnis nehmen und dagegen hätte Einwände erheben können.

2.2.2. Das Bundesgericht hat bezüglich (tatsächlich) geleisteter Überstunden angenommen, dass sie als förmlich angeordnet zu gelten haben, wenn der Arbeitgeber von deren Leistung Kenntnis hatte oder hätte haben müssen und dagegen nicht einschreitet (Urteil des Bundesgerichts 4C.133/2000 vom 08.09.2000 E. 3b; STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., N 10 zu Art. 321c OR mit weiteren Hinweisen aus der Rechtsprechung). Im Entscheid 4C.337/2001 vom 1. März 2002 E. 2 hat das Bundesgericht zudem entschieden, es dürfe davon ausgegangen werden, dass die Überstunden als betriebsnotwendig genehmigt worden seien, wenn der Arbeitnehmer die Zeiterfassungskarten regelmässig abgegeben habe. Analog darf daher angenommen werden, dass der Arbeitgeber die ihm regelmässig eingereichten Zeiterfassungen als richtig anerkennt, wenn er nicht Widerspruch erhebt.

2.2.3. Beweisthema der Beklagten ist damit zunächst, dass sie den Aufzeichnungen der Klägerin widersprochen hat. Dass sie dies getan hätte, wird von ihr nicht behauptet. Mit den beantragten Zeuginnen will die Beklagte dagegen beweisen, dass die von der Klägerin protokollierten Arbeitszeiten unrichtig seien. Entsprechende bestätigende Zeugenaussagen haben jedoch keine Bedeutung, wenn davon auszugehen ist, dass die Beklagte die Zeiterfassungen als richtig anerkannt hat. Eine Zeugeneinvernahme zur Frage, ob die Aufzeichnungen der Klägerin unrichtig sind, ist deshalb nicht notwendig.

2.2.4. Die von der Beklagten angeführten Unstimmigkeiten sind auch nicht so unsinnig, dass nicht angenommen werden darf, sie hätte die Aufzeichnungen genehmigt. Insgesamt fünf Tage mit übermässig hohen Arbeitszeiten lassen aufs Ganze gesehen noch nicht auf offensichtliche Unrichtigkeit der Zeiterfassungen schliessen. Bezüglich Mittagspausen ist darauf zu verweisen, dass Essenszeit als Arbeitszeit gilt, wenn sich der Arbeitnehmer zur Verfügung halten muss (Art. 15 Abs. 4 L-GAV).

Eingesandt von F. Felder, Obergerichtsschreiber

Obergericht des Kantons Luzern, Urteil vom 24. November 2008 (Bestätigung des Urteils des Arbeitsgerichts des Kantons Luzern vom 29. April 2008)

Die Sperrfrist gemäss OR 336c I lit. b kommt zum Tragen, wenn eine Anstellung des Arbeitnehmers durch einen neuen Arbeitgeber auf den Zeitpunkt des Ablaufs der ordentlichen Kündigungsfrist im Hinblick auf die Ungewissheit über Fortdauer und Ausmass der Arbeitsunfähigkeit höchst unwahrscheinlich erscheint. Hat die gesundheitliche Störung diesen Effekt nicht, spielt die Sperrfrist nicht. Eine während der Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers ausgesprochene Kündigung ist daher gültig, wenn sich jene nur auf Nachtarbeit bezieht, während Tageseinsätze möglich sind, da die Arbeitsunfähigkeit während der Nacht einer Neuanstellung nicht im Wege steht (E. 3.1 und 3.2).

Sachverhalt:

Die Beklagte kündigte dem Kläger das Arbeitsverhältnis am 28. November 2007 ordentlich per 31. Januar 2008. Dagegen erhob der Kläger Einsprache, weil er arbeitsunfähig geschrieben sei.

Aus den Erwägungen:

2.

Die Vorinstanz führte im Wesentlichen aus, die Arbeitsunfähigkeit des Klägers führe nur dann zur Nichtigkeit der ausgesprochenen Kündigung, wenn er aufgrund seiner gesundheitlichen Beeinträchtigung durch einen neuen Arbeitgeber nicht eingestellt würde. Der ärztliche Bericht von Dr. med. J. K. halte sachrelevant fest, dass der Kläger nur für die Nachteinsätze arbeitsunfähig gewesen sei. Aus hausärztlicher Sicht sei es dem Kläger nach November 2007 möglich gewesen, eine geregelte Tagesanstellung mit nicht zu schwerer körperlicher Arbeit anzutreten. Der Patient sei in einer geregelten Arbeitsstelle voll arbeitsfähig. Einer Anstellung bei einem anderen Arbeitgeber sei nichts im Wege gestanden. Dass der Kläger nur noch eine solche Beschäftigung suche, habe er selber bestätigt. Damit sei aber die Situation des Klägers vom Sinn und Zweck des Art. 336c OR nicht erfasst. Die Kündigung der Beklagten sei demnach rechtens.

3.

Der Kläger macht dagegen vor Obergericht im Wesentlichen geltend, seine gesundheitlichen Beschwerden hätten im Herbst 2007 zugenommen. Er habe eine Zeit lang erfolglos versucht, eine andere Arbeit zu bekommen. Auch bei der Beklagten habe er erfolglos nach Verbesserungen gesucht. Er habe auch Nachtschichten gehabt. Im November seien seine Arbeitseinsätze so unregelmässig gewesen, dass er seine Medikamente nicht mehr regelmässig habe einnehmen können, ohne während der Schlafens-

zeit den Wecker zu stellen. Das Arztzeugnis für die Nachtarbeit sei von seinen Vorgesetzten nicht berücksichtigt worden. Am 28. November 2007 habe er die Kündigung erhalten. Er habe seine Arbeit angeboten, was die Beklagte abgelehnt habe. Auch im Dezember habe er Nachtarbeit leisten müssen, obwohl er ein entsprechendes Arztzeugnis gehabt habe. M. habe ihn gezwungen, diese Dienste zu leisten, mit der Begründung, er wolle ihn ja nur erpressen. Es stehe fest, dass er im Zeitpunkt der Kündigung teilweise krank geschrieben gewesen sei. Die Kündigung sei, da sie in der Sperrfrist erfolgt sei, nichtig. Werte man das Verhalten des Arbeitgebers nach Ablauf der Sperrfrist als sinngemässe neue Kündigung, seien die Kündigungsfristen einzuhalten und ihm bis Ablauf der Kündigungsfrist der Lohn zu bezahlen. Das Arbeitsgericht habe die Bestimmung der Sperrfrist nicht anwenden wollen, was nicht nachvollziehbar sei. Niemand stelle jemanden ein, der unter akuten Panikattacken leide und dessen vegetatives Nervensystem zusammengebrochen sei.

3.1 Nach Ablauf der Probezeit darf der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis nicht kündigen, während der Arbeitnehmer ohne eigenes Verschulden durch Krankheit oder durch Unfall ganz oder teilweise an der Arbeitsleistung verhindert ist, und zwar im ersten Dienstjahr während 30 Tagen, ab zweitem bis und mit fünftem Dienstjahr während 90 Tagen und ab sechstem Dienstjahr während 180 Tagen (Art. 336c Abs. 1 lit. b OR). Die Kündigung, die während dieser Sperrfrist erklärt wird, ist nichtig. Ist dagegen die Kündigung vor Beginn einer solchen Frist erfolgt, aber die Kündigungsfrist bis dahin noch nicht abgelaufen, so wird deren Ablauf unterbrochen und erst nach Beendigung der Sperrfrist fortgesetzt (Art. 336c Abs. 1 OR). Nach ihrem Sinn und Zweck besteht die Kündigungsbeschränkung nicht, weil der Arbeitnehmer infolge der Arbeitsverhinderung keine Stelle suchen kann, sondern weil eine Anstellung des Arbeitnehmers durch einen neuen Arbeitgeber auf den Zeitpunkt des Ablaufs der ordentlichen Kündigungsfrist im Hinblick auf die Ungewissheit über Fortdauer und Ausmass der Arbeitsunfähigkeit höchst unwahrscheinlich erscheint (Botschaft des Bundesrates vom 09.05.1984 zu Art. 336c OR, in BB1 1984 II S. 605; STAEHELIN/VISCHER, Zürcher Komm., N 8 zu Art. 336c OR; STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsvertrag, Praxiskomm. zu Art. 319–362, 6. Aufl., N 8 zu Art. 336c OR; PORTMANN, Basler Komm., N 6 zu Art. 336c OR; DENIS HUMBERT, Der neue Kündigungsschutz im Arbeitsrecht, Diss. Winterthur 1991, S. 137; ZR 79 [1980] Nr. 56). Wenn eine gesundheitliche Störung diesen Effekt nicht hat, spielt die Sperrfrist nicht (STREIFF/ADRIAN VON KAENEL, a.a.O., N 8 zu Art. 336c OR; vgl. auch BGE 128 III 212 = Pr 2002 Nr. 153 E. 2c mit Hinweis auf Entscheid des Bundesgerichtes 4C.331/1998 vom 12.03.1999, E. 2b; vgl. auch REHBINDER, Berner Komm., N 3 zu Art. 336c OR; ablehnend GEISER, in: AJP/PJA 1996 S. 553).

3.2 Mit ärztlichem Zeugnis vom 23. November 2007 wurde der Kläger wegen Krankheit/Unfall ab dem 24. November 2007 während voraus-

sichtlich vier Wochen zu 100% arbeitsunfähig geschrieben. Die Arbeitsunfähigkeit bezog sich auf Nachtarbeit, Tageseinsätze waren möglich. Am 28. November 2007 wurde das Arbeitsverhältnis des Klägers per 31. Januar 2008 ordentlich gekündigt. Grundsätzlich fällt die Kündigung vom 28. November 2007 in die Sperrfrist nach Art. 336c Abs. 1 lit. b OR. Inwiefern die Arbeitsunfähigkeit während der Nacht einer Neuanstellung im Weg gestanden sein soll, ist indes nicht ersichtlich. Dies gilt umso mehr, als der Kläger an der Verhandlung vor Arbeitsgericht klar ausgeführt hatte, dass er bei der Beklagten nicht mehr arbeiten möchte. Für ihn komme eine Nachtarbeit nicht in Frage. Für die Zukunft stelle er sich eine Arbeit in der Buchhaltung vor. Etwas anderes trug er auch im zweitinstanzlichen Verfahren nicht vor. Die Sperrfrist nach Art. 336c OR spielt somit nicht, weshalb die von der Beklagten am 28. November 2008 ausgesprochene Kündigung gültig ist. Daran vermögen die Ausführungen des Klägers an der Appellationsverhandlung vom 17. November 2008 nichts zu ändern. Seine Darstellung, wonach die Beklagte bei den Arbeitseinsatzplänen keine Rücksicht auf sein Privatleben und seine Gesundheit genommen habe, betrifft die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers im Sinne von Art. 328 OR. Ein Anspruch aus der Verletzung der Fürsorgepflicht ist indes nicht eingeklagt. Die Appellation des Klägers erweist sich damit als unbegründet und ist abzuweisen.

Eingesandt von F. Felder, Obergerichtsschreiber

Kanton St. Gallen

Kantonsgericht St. Gallen, Urteil vom 3. Januar 2008 (Bestätigung des Urteils des Arbeitsgerichts vom 29. Mai 2007)

OR 336. Eine Kündigung wegen einer die Arbeitsleistung beeinträchtigenden Krankheit ist nach Ablauf des zeitlichen Kündigungsschutzes grundsätzlich zulässig. Sie wird auch dann nicht rechtsmissbräuchlich, wenn der Arbeitgeber den Ausbruch der Krankheit zu verantworten hat. Gegenteilige Lehrmeinungen verkennen, dass dem Schutz des Arbeitnehmers vor den Folgen eines berufsbedingten Unfalls oder einer Krankheit nach Ablauf des arbeitsrechtlichen Kündigungsschutzes durch das Sozialversicherungsrecht Rechnung getragen wird (E. III. 2).

Sachverhalt:

A (Kläger) arbeitete seit dem 1. Dezember 2000 bei der B-AG (Beklagte) als Werkzeugmacher. Er erkrankte Ende August 2005 und wurde zu 100% arbeitsunfähig. Nachdem er ein halbes Jahr krankheitsbedingt arbeitsunfähig war, löste die Beklagte das Arbeitsverhältnis mit Schreiben vom 27. Februar 2006 per 30. April 2006 auf. Wegen verspäteter Zustellung verlängerte sich die Kündigungsfrist auf den 31. Mai 2006.

Mit Eingabe vom 3. November 2006 machte der Kläger beim Arbeitsgericht eine Entschädigung wegen rechtsmissbräuchlicher Kündigung geltend. Seine gesundheitlichen Beschwerden seien ausschliesslich auf die Arbeitsplatzsituation bei der Beklagten zurückzuführen und daher durch die Beklagte verschuldet. Das Arbeitsgericht wies mit Entscheid vom 29. Mai 2007 die Klage ab. Das begründete Urteil wurde den Parteien am 17. Juli 2007 eröffnet. Dagegen erhob der Kläger mit Fax vom 17. August 2007 und postalisch zugestellter Eingabe (Postaufgabe in Österreich am 20. August 2007) beim Kantonsgericht St. Gallen Berufung.

Aus den Erwägungen:

III.

1.

Vorliegend ist unbestritten, dass die Kündigung wegen Krankheit nach Ablauf der Sperrfrist erfolgte. Der Kläger ist der Auffassung, die Kündigung des Arbeitsverhältnisses sei rechtsmissbräuchlich, weil seine Arbeitsunfähigkeit wegen Krankheit durch die Beklagte verschuldet sei. Der Kläger habe jahrelang unter einer Dachluke im Durchzug arbeiten

müssen. Trotz wiederholten Ersuchens habe die Beklagte diese Dachlukaöffnung nicht schliessen lassen und ihm auch keinen anderen Arbeitsort zugewiesen. Bei ihm liege ein Beschwerdebild vor, dessen Kausalität typisch für die Arbeitsplatzsituation bei der Beklagten war.

a) Der Kläger macht zunächst geltend, es sei unverständlich, dass die Vorinstanz trotz seines Antrages kein entsprechendes Gutachten eingeholt habe, obwohl nur dadurch der rechtsrelevante Sachverhalt ermittelt bzw. festgestellt werden könne. Das Gericht habe nach Art. 343 Abs. 4 OR von Amtes wegen Beweise aufzunehmen. Erst wenn ein Gutachten die medizinische Ursache der Arbeitsunfähigkeit festgestellt habe, lasse sich feststellen, ob die Ursache der Krankheit im Arbeiten müssen unter der Dachluka lag und seitens des Arbeitgebers verschuldet sei.

b) Der Kläger trägt nach Art. 8 ZGB die Beweislast für die Grundlagen der Missbräuchlichkeit, da er aus diesem Sachverhalt bestimmte Ansprüche nach Art. 336a OR ableitet, wobei der Beweisgrad der hohen Wahrscheinlichkeit für den Beweis innerer Tatsachen genügt (STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 6. Aufl., Zürich 2006, N 16 zu Art. 343 OR). Nach Art. 343 Abs. 4 OR hat der Richter zwar den Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen. Die Untersuchungsmaxime entbindet die Parteien aber nicht von einer aktiven Mitwirkung im Prozess, insbesondere nicht von ihrer grundsätzlichen Behauptungs- und Beweisführungslast. Die Untersuchungsmaxime bewirkt auch keine Umkehr der Beweislast und die antizipierte Beweiswürdigung wird durch Art. 343 OR nicht ausgeschlossen. Der Anspruch auf Abnahme eines Beweises setzt zudem voraus, dass der beantragte Beweis für die Sachverhaltsabklärung und Beweiswürdigung erheblich ist (BSK OR-I/PORTMANN, 4. Aufl., Zürich 2007, N 18 zu Art. 343 OR).

c) Vom Kläger wird verlangt, dass er schildert, an welchen Symptomen er leidet und warum die Krankheit von der Arbeit unter der Dachluka stammen soll. Seine Angaben sind in dieser Hinsicht jedoch zu wenig konkret, um einer auch nur minimalen Substanziierungspflicht zu genügen. Vielmehr beschränkt er sich auf die pauschale Behauptung, er leide an Beschwerden, die von der Arbeit unter einer Dachluka stammten. Aus den Beilagen ergibt sich, dass die sechs ärztlichen Zeugnisse im Zeitraum vom 28. August 2005 bis 6. März 2006 die Arbeitsunfähigkeit nur mit allgemeiner Krankheit begründen. Weder das Schreiben der SUVA vom 24. Mai 2006 noch das Arztzeugnis vom 5. März 2007 geben ein genaues Beschwerdebild des Klägers wieder. Letzteres weist aber immerhin ganz allgemein auf Beschwerden im Halswirbelsäulenbereich hin und stellt ohne weitere Begründung fest, dass unter Berücksichtigung des Krankheitsbildes des Klägers seine Beschwerden sicher auf die verübte Tätigkeit zurückzuführen seien. Insgesamt bleibt damit das Beschwerdebild sowie der Zusammenhang zwischen der Krankheit und der Arbeitstätigkeit unter der Dachluka zu wenig substantiiert, um darüber Beweis erheben oder einem Gutachter einen konkreten Auftrag erteilen zu können.

2.

Doch selbst wenn ein Gutachten in Auftrag gegeben würde und dieses eine Kausalität bejahen würde, würde dies nichts an einer Abweisung der Klage ändern. Der Vorinstanz wäre nämlich darin zuzustimmen, dass unabhängig vom Grund der Krankheit, die Klägerin nach Ablauf der Sperrfrist zur ordentlichen Kündigung berechtigt war. Für eine Kündigung bedarf es grundsätzlich keiner besonderen Gründe. Missbräuchlich ist sie nur, wenn sie gemäss Art. 336 OR aus unzulässigen Gründen erfolgt. Eine Kündigung wegen einer die Arbeitsleistung beeinträchtigenden Krankheit nach Ablauf des zeitlichen Kündigungsschutzes ist gemäss Rechtsprechung und Lehre grundsätzlich zulässig (BGE 123 III 255; BSK OR-I/PORTMANN, N 6 zu Art. 336 OR; STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., N 5 zu Art. 336 m.w.H.). Rechtsmissbräuchlich ist eine Kündigung nach Ablauf der Sperrfrist nur in zwei Fällen: Eine Kündigung darf zum einen nicht wegen einer Eigenschaft erfolgen, die der anderen Partei kraft ihrer Persönlichkeit zusteht, es sei denn, diese Eigenschaft stehe in einem Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis oder beeinträchtige wesentlich die Zusammenarbeit im Betrieb (Art. 336 Abs. 1 lit. a OR). Zum anderen ist eine Kündigung missbräuchlich, wenn sie ausgesprochen wird, um die Entstehung von Ansprüchen der anderen Partei aus dem Arbeitsverhältnis zu vereiteln (Art. 336 Abs. 1 lit. c OR; vgl. GEISER, Kündigungsschutz bei Krankheit, AJP 5/96, S. 550 ff, S. 555).

Der Kläger vertritt die Ansicht, die Vorinstanz habe entgegen der ständigen Judikatur unberücksichtigt gelassen, dass nach Ablauf der Sperrfrist die Kündigung auch dann rechtsmissbräuchlich sei, wenn der Arbeitgeber die Krankheit verschuldet habe. Dieser Ansicht ist nicht zuzustimmen. Es gibt zwar Lehrmeinungen, welche die Auffassung vertreten, eine Kündigung wegen Krankheit sei missbräuchlich, wenn der Arbeitgeber den Ausbruch der Krankheit zu verantworten habe (GEISER, Der neue Kündigungsschutz im Arbeitsrecht, BJM, S. 169 ff, Ziff. 3.8). Diese Ansicht verkennt jedoch, dass dem Schutz des Arbeitnehmers vor den Folgen eines berufsbedingten Unfalls oder einer Krankheit nach Ablauf des arbeitsrechtlichen Kündigungsschutzes durch das Sozialversicherungsrecht Rechnung getragen wird. Insbesondere sind nach Art. 9 UVG Berufskrankheiten versichert, wenn die Krankheit bei der beruflichen Tätigkeit ausschliesslich oder vorwiegend durch schädigende Stoffe oder bestimmte Arbeiten verursacht worden ist. Weiter bestehen im Falle der Invalidität die Auffangnetze der IV und aus der beruflichen Vorsorge. Zudem kann ein Arbeitnehmer, dessen Gesundheit durch die schuldhaft Verletzung der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers beeinträchtigt wurde, Schadenersatz fordern (STREIFF/VON KAENEL, N 16 zu Art. 328 OR), wobei das Verschulden des Arbeitgebers beim Nachweis der übrigen Voraussetzungen der Schadenersatzpflicht, vermutet wird. Es besteht demnach weder eine rechtliche Grundlage für die Annahme einer missbräuchlichen Kündigung noch ein rechtspolitisches Bedürfnis nach einer Ausdehnung des Kündigungsschutzes im

Falle einer vom Arbeitgeber verschuldeten berufsbedingten Krankheit. Die Berufung wäre daher auch aus diesem Grunde abzuweisen.

3.

Im Übrigen ist der Vorinstanz auch darin zuzustimmen, dass die vom Kläger gemachte Entschädigungsforderung ohnehin daran scheitern würde, dass er gegen die Kündigung nicht rechtzeitig Einsprache erhoben hatte.

Die form- und fristgerechte Einsprache gegen die missbräuchliche Kündigung ist Voraussetzung für eine Entschädigung nach Art. 336 und 336a OR. Nach Art. 336b OR muss die schriftliche Einsprache spätestens bis zum Ablauf der Kündigungsfrist erfolgen. Andernfalls ist der Anspruch auf Entschädigung verwirkt. Wie die Kündigung ist die Einsprache eine empfangsbedürftige Willenserklärung und damit erst wirksam, wenn sie der Gegenpartei zugegangen ist. Massgebend ist, wie für die Einhaltung der Kündigungsfristen und -termine, der Zeitpunkt des Zugangs und nicht die für die Zustellung von gerichtlichen Urkunden und die Einreichung behördlicher Eingaben entwickelten Grundsätze (STAEHELIN, Zürcher Kommentar, Art. 331– 355, 3. Aufl., Zürich 1996, N 3 zu Art. 336b und N 11 ff. zu Art. 335 m.w.H.). Es genügt, wenn die Einsprache in den Machtbereich des Empfängers gelangt ist, so dass bei Annahme gewöhnlicher Verhältnisse damit gerechnet werden kann, dass der Empfänger die Erklärung wahrnimmt. Dies ist z.B. der Fall beim Einwurf in den Briefkasten des Empfängers zu einer Zeit, da mit dessen Leerung gerechnet werden darf (BGE 118 II 42, 44). Die zeitlichen und örtlichen Voraussetzungen des Kündigungs- bzw. Einspracheeingangs lassen sich auch auf Schreiben per E-Mail, Fax oder SMS übertragen. Die Einsprache ist dann zugestellt, sobald sie vom Empfänger zur Kenntnis genommen wurde oder in seinen Zugriffsbereich gelangt ist und von ihm erwartet werden darf, dass er auch auf das entsprechende Kommunikationsmedium greift (STREIFF/VON KAENEL, N 5 zu Art. 335 OR). Umgekehrt gilt die Willenserklärung erst am Folgetag zugestellt, wenn sie nach Geschäftsschluss in einem Geschäftsbriefkasten oder nach der Postzustellung in einen Privatbriefkasten gelegt wird. Das Risiko des verspäteten Zugangs trägt der Absender (STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., N 5 f. zu Art. 335 OR; STAEHELIN, a.a.O., N 13 zu Art. 335 OR).

Vorliegend erhob der Kläger mit Telefax vom 31. Mai 2007 um 18.16 Uhr Einsprache gegen die Kündigung und damit am letzten Tag der Kündigungsfrist aber ausserhalb der üblichen Bürozeiten. Der Kläger musste daher damit rechnen, dass die Beklagte erst am Folgetag Kenntnis von der Einsprache erhält. Demnach ist die Einsprache zu spät erfolgt und der Anspruch auf eine Entschädigung aus Art. 336b OR verwirkt.

OR 322a und 322d. Der Begriff «Bonus» wird vom Gesetz im Zusammenhang mit der Vergütung im Arbeitsverhältnis nicht verwendet. In der Praxis werden als Bonus ganz verschiedene Leistungsarten bezeichnet und die Abgrenzung, ob es sich um Leistungslohn, Anteil am Geschäftsergebnis, Gratifikation oder eine Mischform handelt, kann nur nach der konkreten Ausgestaltung im Einzelfall vorgenommen werden. Entscheidendes Merkmal zur Abgrenzung der Gratifikation von der Gewinnbeteiligung ist, ob dem Arbeitgeber bei der Ausrichtung überhaupt oder bei der Bestimmung der Höhe der Vergütung ein Ermessen zusteht oder nicht (E. III. 2).

Eine Gratifikation muss zum unbedingt geschuldeten Lohn in einem wirtschaftlich akzessorischen Verhältnis stehen. Vorliegend war der Lohn zwar überdurchschnittlich hoch, aber wiederum nicht so hoch, dass die wirtschaftliche Akzessorietät der Gratifikation keine Bedeutung mehr hätte und die Gratifikation deshalb in ihrer Gesamtheit nicht geschuldet wäre. Es rechtfertigte sich daher, einen Teil des Bonus als Gratifikation, den Rest aber als Lohnbestandteil zu qualifizieren, der dementsprechend bei der Auflösung des Arbeitsverhältnisses pro rata geschuldet war (E. III. 7.a. und b).

OR 329d II. Ferien sind nur in Geld abzugelten, wenn deren Bezug in der bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses verbleibenden Zeit nicht möglich oder zumutbar ist. Dem freigestellten Arbeitnehmer, der keine neue Stelle sucht, sondern eine Auszeit im Ausland nimmt, ist der Bezug der Ferienguthaben während der Kündigungsfrist zuzumuten, weshalb sich eine Abgeltung in Geld nicht rechtfertigt (E. III. 8. c).

Sachverhalt:

Am 13. November 1995 trat der Kläger (erneut) in die Firma der Beklagten ein. Am 1. Januar 2000 wurde er zum Direktor mit Einzelunterschrift befördert. 2001 und 2002 belief sich sein Monatssalär auf Fr. 18 800.–. Von 1997 bis 2001 wurden ihm folgende Bonuszahlungen ausgerichtet: Fr. 120 000.–, Fr. 182 000.–, Fr. 210 000.–, Fr. 220 000.– und Fr. 135 000.–. Er übernahm 25 Namenaktien der Beklagten, entsprechend 25% des Aktienkapitals. Dem Kläger wurde am 21. Mai 2002 auf den 31. August 2002 gekündigt.

Am 17. November 2003 klagte der Kläger beim Kreisgericht auf Zusage von Fr. 138 000.– für anteiligen Bonus für 2002 und einen Monatslohn als Entschädigung für den während der Freistellung noch bestanden Ferienanspruch. Am 23. September 2003 wurde die Hauptverhandlung durchgeführt. Am 3. November 2004 informierten die Parteien das

Gericht über das Scheitern der Vergleichsverhandlungen. 4. November 2004 wurde ein Beweisbeschluss eröffnet, mit dem der Beklagte aufgefordert wurde, dem Gericht zuhänden eines Experten Geschäftsunterlagen einzureichen. Mit Vorladungen vom 19. Dezember 2005 wurden die Parteien und G (als für die Revisorin der Beklagten verantwortliche Person) als Zeuge für die Schlussverhandlung mit Zeugeneinvernahme vorgeladen. Das Dispositiv des vorinstanzlichen Entscheids wurde den Parteien mit Schreiben vom 15. März 2006 zugestellt. Der Beklagte wünschte eine Begründung des Urteils. Das Urteil wurde am 29. September 2006 an die Parteien versandt. Gegen das Urteil erhob die Beklagte Berufung, der Kläger Anschlussberufung.

Aus den Erwägungen:

III.

A.

Bonus

1.

Hauptsächlich strittig ist, ob die als Bonus ausbezahlten Beträge als Gewinnbeteiligung im Sinne von Art. 322a OR oder als Gratifikation im Sinne von Art. 322d OR zu qualifizieren sind. Der Kläger macht einen pro rata Anspruch auf den Bonus bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses per 31. August 2002 geltend. Ein pro rata Anspruch besteht, wenn es sich um eine Gewinnbeteiligung beziehungsweise allgemein um einen Lohnbestandteil (Art. 322 OR) handelt. Handelt es sich dagegen um eine Gratifikation und wurde das Arbeitsverhältnis beendet, bevor der Anlass zur Ausrichtung der Gratifikation eingetreten ist, so besteht ein pro rata Anspruch nur, wenn dies verabredet wurde (Art. 322d Abs. 2 OR; Entscheid des Bundesgerichts 4C.426/2005 vom 28. Februar 2006 E. 5.1). Jeweils im Dezember wurde zusammen mit G, Vertreter der Revisionsstelle, das Rohergebnis ermittelt und gestützt darauf vom Verwaltungsrat die Boni festgelegt. Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses am 31. August 2002 erfolgte somit bevor der «Anlass zur Ausrichtung der Sondervergütung» (Art. 322d Abs. 2 OR) eingetreten war. Eine Abrede gemäss dieser Bestimmung wurde nicht behauptet und entsprechend gehen beide Parteien davon aus, dass der pro rata Anspruch besteht, wenn der Bonus als Gewinnanteil gemäss Art. 322d OR zu qualifizieren ist, dass hingegen kein Anspruch besteht, wenn der Bonus eine Gratifikation ist.

Das Arbeitsverhältnis wurde durch Kündigung seitens der Arbeitgeberin beendet. Zuweilen wird angenommen, dass der Verlust des pro rata Gratifikationsanspruchs dann nicht eintrete, wenn der Arbeitgeber kündigt beziehungsweise wenn der Arbeitnehmer aus einem vom Arbeitgeber gesetzten Grund kündigt (Urteil des Arbeitsgerichts Zürich vom 28. April 2000, JAR 2001 198 ff., 201; MEIER, Rechtsprobleme zum Bonus im Arbeitsverhältnis, ArbR 2001 61 ff., 75). Nach anderer Auffassung kommt es

nicht darauf an, wer gekündigt hat. Der Arbeitgeber könne sich nur dann nicht auf Art. 322d Abs. 2 OR berufen, wenn seine Kündigung rechtsmissbräuchlich war, um den Gratifikationsanspruch zu verhindern (STAEHELIN, Zürcher Kommentar, 4. Aufl., Zürich 2006, Art. 322d OR N 19 und 27 m.w.N.; CRAMER, Der Bonus im Arbeitsvertrag, Basler Diss., Bern 2007, N 610). Dem ist zu folgen. Dass die Kündigung durch die Beklagte rechtsmissbräuchlich gewesen wäre, wurde nicht behauptet. Entsprechend geht auch der Kläger selber davon aus, dass es entscheidend darauf ankomme, ob man von einem Gewinnanteil oder einer Gratifikation ausgehe.

2.

Der Begriff «Bonus» wird vom Gesetz im Zusammenhang mit der Vergütung im Arbeitsverhältnis nicht verwendet (CRAMER, N 48; VÖGELI GALLI/HEHLI HIDBER, Bonuszahlungen: Möglichkeiten und Risiken, SJZ 97 (2001) 445 ff., 446; MEIER, 64; Entscheide des Bundesgerichts 4A_115/2007 vom 13. Juli 2007 E. 4.3.2, 4C.395/2005 vom 1. März 2006 E. 5.3 und 4C.426/2005 vom 28. Februar 2006 E. 5.1). In der Praxis werden als Bonus ganz verschiedene Leistungsarten bezeichnet und die Abgrenzung, ob es sich um Leistungslohn, Anteil am Geschäftsergebnis, Gratifikation oder eine Mischform handelt, kann nur nach der konkreten Ausgestaltung im Einzelfall vorgenommen werden (STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsvertrag, 6. Aufl., Zürich 2006, Art. 322a N 2 und 322d N 2; STAEHELIN, Art. 322d N 6, S. 207).

Die Gratifikation nach Art. 322d OR ist eine Sondervergütung, welche die Arbeitgeberin zusätzlich zu einem Festlohn ausrichtet, wobei ihr ein mehr oder weniger grosses Ermessen über die Ausrichtung an sich oder deren Höhe zusteht. Sie hängt also immer in einem gewissen Masse vom Willen des Arbeitgebers ab. Die Freiheit kann im Grundsatz und in der Höhe bestehen (echte Gratifikation). Eine Gratifikation liegt aber auch vor, wenn im Grundsatz eine Sondervergütung geschuldet ist und nur die Festsetzung der Höhe im Ermessen des Arbeitgebers steht (unechte Gratifikation). Eine zumindest gewisse Ermessensabhängigkeit bleibt damit Tatbestandsvoraussetzung der Gratifikation (BGE 131 III 615 E. 5.2 S. 620; 129 III 276 E. 2 S. 278; Entscheide des Bundesgerichts 4A_115/2007 vom 13. Juli 2007 E. 4.3.3, 4C.395/2005 vom 1. März 2006 E. 5.3, 4C.426/2005 vom 28. Februar 2006 E. 5.1 und 4C.340/2005 vom 24. Januar 2006 E. 2.1; STREIFF/VON KAENEL, Art. 322d N 2 f.; PORTMANN, in: Honsell/Vogt/Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar OR I, 4. Aufl., Basel 2007, Art. 322d N 3, N 12; STAEHELIN, Gesperrte Optionen – als Lohn unzulässig? SJZ 101 (2005), 181 ff., 183 f.; VÖGELI GALLI/HEHLI HIDBER, 446 f.; SENTI, Die Abgrenzung zwischen Leistungslohn und Gratifikation, AJP 2002 669 ff., 678; CRAMER, N 88). Auch die unechte Gratifikation, auf die also grundsätzlich ein Anspruch besteht, deren Höhe jedoch nicht verbindlich festgelegt wurde, bleibt somit Gratifikation und wird nicht zum Lohnbestandteil. Auch auf sie besteht daher mangels vertraglicher Abrede kein pro-rata-Anspruch (Art. 322d Abs. 2 OR).

Der Anteil am Geschäftsergebnis nach Art. 322a OR ist ein vertraglicher Anspruch des Arbeitnehmers auf einen Anteil am Gewinn oder am Umsatz oder sonst am Geschäftsergebnis. Damit nähert sich der Arbeitsvertrag einem partiarischen Rechtsgeschäft an (STAEHELIN, Art. 322a N 1). Ein verbindlicher vertraglicher Anspruch besteht nur, wenn die Entschädigung durch objektive Kriterien bestimmt oder zumindest bestimmbar ist (Entscheide des Bundesgerichts 4A_115/2007 vom 13. Juli 2007 E. 4.3.4 und 4C.395/2005 vom 1. März 2006 E. 5.3; PORTMANN, Art. 322d N 16; SENTI, 678; CRAMER, N 163). Auch der Kläger selbst geht davon aus, der «Mechanismus zur Bemessung (müsse) klar und fest vereinbart sein». In der Praxis wird zuweilen explizit verlangt, dass der Anteil am Geschäftsergebnis gemäss Art. 322a OR durch schriftlichen Vertrag vorgesehen sein müsse (JAR 2002 197; JAR 2003 228). Auch hier geht es aber nur darum, dass ein durchsetzbarer Rechtsanspruch nur bestehen kann, wenn sich dieser objektiv bestimmen lässt (und entsprechend also vertraglich vorgesehen ist), nicht aber wenn eine Entschädigung vom Ermessen des Arbeitgebers abhängt. Bei der Gewinnbeteiligung, um die es hier geht, bedeutet dies, dass die vertragliche Regelung jedenfalls den auf den betreffenden Arbeitnehmer fallenden Prozentanteil bestimmen muss (JAR 2002 197; STREIFF/VON KAENEL, Art. 322a N 4; SENTI, 678). Die Lehre fordert darüber hinaus zum Teil, dass auch die Berechnungsart des Gewinns vertraglich fixiert sein muss. Dabei sei besonders zu regeln, ob Abschreibungen, Verwaltungsratshonorare, Zins für das Eigenkapital etc. vorweg in Abzug kämen (STREIFF/VON KAENEL, Art. 322a N 4). Gemäss dem Wortlaut von Art. 322a Abs. 1 OR ist der Gewinnanteil, wenn denn ein Anspruch auf einen solchen vereinbart wurde, «nach den gesetzlichen Vorschriften und allgemein anerkannten kaufmännischen Grundsätzen festzustellen». Die Vereinbarung der Berechnungsart ist daher nicht zwingend. Es liegt jedoch in der Natur der Sache, dass diese Grundsätze über die Gewinnberechnung einen sehr grossen Ermessensspielraum belassen (GEISER, Arbeitsrechtliche Aspekte im Zusammenhang mit Leistungslohn, AJP 2002 382 ff., N 3.37), weshalb denn auch eine ausführliche vertragliche Regelung der Berechnungsart empfohlen wird (STAEHELIN, Art. 322a N 3; GEISER, N 3.37). Die Vorschriften zur Gewinnberechnung gemäss Art. 322a Abs. 1 OR kommen jedoch nur zur Anwendung, wenn die Parteien bezüglich Gewinnberechnung nichts vereinbart haben. Der Parteiwille geht vor (BGE 81 II 147; STAEHELIN, Art. 322a N 3; STREIFF/VON KAENEL, Art. 322a N 4 S. 216, wobei sie fälschlicherweise darauf hinweisen, nach STAEHELIN bei N 8 seien die Parteien bei der vertraglichen Festlegung nicht völlig frei).

Entscheidendes Merkmal zur Abgrenzung der Gratifikation von der Gewinnbeteiligung ist somit, ob der Beklagten bei der Ausrichtung überhaupt oder bei der Bestimmung der Höhe der Vergütung ein Ermessen zustand oder nicht.

(...)

6.

Zusammenfassend hat sich somit ergeben, dass die Boni zwar im Grundsatz nicht freiwillig waren, dass die Beklagte bei deren Festlegung in der Höhe jedoch Ermessen zukam. Sie sind daher als (unechte) Gratifikation zu qualifizieren.

7.

a) Eine Gratifikation nach Art. 322d OR muss aufgrund ihrer Natur zum unbedingt geschuldeten Lohn in einem akzessorischen Verhältnis stehen. Das Bundesgericht geht von einer wirtschaftlichen Akzessorietät aus. Es spricht dem Arbeitnehmer bei Verletzung derselben die Gratifikation ganz oder teilweise unter dem Titel des Lohns zu:

In BGE 131 III 615 E. 5.2 stellte das Bundesgericht fest: «Enfin, la gratification est accessoire par rapport au salaire et elle ne peut avoir qu'une importance secondaire dans la rétribution du travailleur. Par conséquent, 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*» (Hervorhebung beigelegt). Danach müsste man schliessen, der gesamte Bonus werde zum Lohnbestandteil, unabhängig davon, dass die Parteien (was aus dem bestehenden Ermessen folgt) Freiwilligkeit (zumindest im Betrag) vorbehielten. Mit andern Worten wäre die Betragshöhe das entscheidende Kriterium, welches das Kriterium der fehlenden Bestimmbarkeit verdrängt.

In BGE 129 III 276 E. 2.1 führte das Bundesgericht stattdessen aus: «...dass es auch nicht genügen kann, wenn ein kleiner Lohn vereinbart ist und dafür eine grosse Gratifikation ausgerichtet wird...Diesfalls erweist sich die Gratifikation trotz der vereinbarten Freiwilligkeit als das eigentliche Entgelt für die Arbeit und wird dadurch *zumindest teilweise* zum Lohn im Rechtssinn. Fraglich erscheint allerdings, wo die entsprechende Grenze zu ziehen ist» (Hervorhebung beigelegt; vgl. auch Entscheid des Bundesgerichts 4C.6/2003 vom 24. April 2003 E. 2.2).

Die (neuere) Lehre bezieht sich meist auf BGE 129 III 276 und spricht sich demgemäss dafür aus, dass gegen die wirtschaftliche Akzessorietät der Gratifikation verstossende Abreden sich nach den Grundsätzen der modifizierten Teilnichtigkeit als Vereinbarungen eines Anteils am Reingewinn gemäss Art. 322a OR aufrechterhalten lassen (STAEHELIN, Art. 322d N 3; CRAMER, N 83). Ein noch als akzessorisch zu betrachtender Betrag wäre somit Gratifikation und damit nicht pro rata geschuldet. Der Rest wäre Lohnbestandteil und pro rata geschuldet. Eine vertiefte Auseinandersetzung mit der in BGE 131 III 615 geäusserten Meinung fehlt (vgl. einzig die Zusammenfassung bei KOLLER, ZbJV 142 (2006) 430 ff.). PORTMANN (Art. 322d N 19) äussert sich demgegenüber überhaupt kritisch zum Argument der Akzessorietät. Sobald der eigentliche Lohn ein Mass erreicht habe, das den Arbeitsvertrag als entgeltlich im Sinne von Art. 319 OR erscheinen lasse, sei die (relative oder absolute) Höhe der Sonderver-

gütung kein einleuchtendes Kriterium, um über den Lohncharakter der Sondervergütung zu entscheiden. Der damit verbundene Eingriff in die Privatautonomie lasse sich nicht durch ein entsprechendes Schutzbedürfnis des Arbeitnehmers legitimieren. Die zitierte Lehre geht zu Recht davon aus, dass es sich hier um einen Eingriff in die Privatautonomie handelt. Von Gesetzes wegen – zum Schutz des Arbeitnehmers und um die grundsätzliche Entgeltlichkeit des Arbeitsvertrages sicherzustellen – wird eine sich als nicht mehr akzessorisch erweisende Gratifikationsvereinbarung als unzulässig betrachtet. Das bedeutet, dass wie in BGE 129 III 276 der Bonus teilweise als Lohn und teilweise als Gratifikation qualifiziert werden kann.

Die Beklagte beruft sich auf die zitierte Auffassung von PORTMANN und macht geltend, bei einem Fixlohn von zuletzt Fr. 234 000.– fehle die Grundlage, um einen Teil des Bonus als Lohn zu qualifizieren. Ein solcher Arbeitsvertrag sei auf jeden Fall entgeltlich. Diese Überlegungen erscheinen zwar bei hohem Einkommen als nicht ganz unberechtigt. Das Bundesgericht hat aber das Kriterium der Akzessorietät in vielen weiteren nicht publizierten Entscheiden (vgl. unten lit. b) bestätigt. Es erscheint daher nicht als sachgerecht, wenn das Kantonsgericht von dieser bundesgerichtlichen Rechtsprechung abweicht.

b) Das Bundesgericht nennt keine feste Verhältniszahl; massgeblich ist vielmehr der Einzelfall. Allgemein sei der akzessorische Charakter jedenfalls dann kaum mehr gewahrt, wenn die Gratifikation regelmässig einen höheren Betrag erreicht als der Lohn (BGE 129 III 276 E. 2.1 S. 280; 131 III 615 E. 5.2 S. 621; Entscheide des Bundesgerichts 4C.6/2003 vom 24. April 2003 E. 2.2, 4C.340/2005 vom 24. Januar 2006 E. 2.1, 4C.426/2005 vom 28. Februar 2006 E. 5.1 und 4A_115/2007 vom 13. Juli 2007 E. 4.3.5; STAEHELIN, Art. 322d N 3). In seinem Entscheid 4C.340/2005 vom 24. Januar 2006 (E. 2.1) führte das Bundesgericht aus, die Gratifikation dürfe, um den Charakter der Sondervergütung zu wahren, neben dem Lohn nur eine zweitrangige Bedeutung haben (bestätigt im Entscheid des Bundesgerichts 4A_115/2007 vom 13. Juli 2007 E. 4.3.5). Im Fall BGE 129 III 276 sprach sich das Bundesgericht bei einer regelmässig bezahlten Gratifikation, die bis zu 25% des Jahresgehalts erreichte, und einem Festlohn von über Fr. 100 000.– nicht gegen die Qualifikation als Gratifikation aus (bestätigt im Entscheid des Bundesgerichts 4A_115/2007 vom 13. Juli 2007 E. 4.3.5). In seinem Entscheid 4C.6/2003 vom 24. April 2003 (E. 3.2) führte das Bundesgericht aus, dass «bei einem überdurchschnittlich hohen Einkommen» von Fr. 130 000.– (Fixlohn) ein Bonus von Fr. 30 000.–, also rund ein Fünftel der Gesamtvergütung (Fr. 160 000.–), nicht gegen eine Gratifikation spreche. Die Akzessorietät der Gratifikation verneint und der Klägerin den gesamten Bonusbetrag als ein Element des Lohns zugesprochen hat das Bundesgericht in seinem Entscheid 4C.426/2005 vom 28. Februar 2006 (E. 5.1). Es ging dabei um einen Festlohn von Fr. 112 400.– und einen Bonus von knapp Fr. 279 000.–, der ei-

nen regelmässigen Charakter hatte und nach festen Verfalldaten ausgerichtet wurde.

Auch die Lehre äussert sich nur zurückhaltend bezüglich einer Konkretisierung der wirtschaftlichen Akzessorietät. DELBRÜCK erachtet variable Lohnanteile von 15 bis 20% als Grenze, wobei diese bei geringen Löhnen noch tiefer anzusetzen wäre (DELBRÜCK, Die Gratifikation im schweizerischen Einzelarbeitsvertrag, Basler Diss., Zürich 1981, 76). Andererseits ist DELBRÜCK der Ansicht, in Fällen, in denen der unbedingte Lohnanspruch schon «sehr hoch» sei, könne nicht verlangt werden, dieser müsse mindestens die Hälfte der Gesamtvergütung ausmachen (DELBRÜCK, 77). SCHMID erachtet die Grenze des Zulässigen bei einem im freien Willen der Arbeitgeberin liegenden Bonus von 15%, dies allerdings nur bis zu einer nicht näher definierten Obergrenze (SCHMID, Möglichkeiten und Grenzen von leistungs- und erfolgsorientiertem Lohn im privatrechtlichen Arbeitsvertrag, Diss., St. Gallen 2000, 197). MEIER erachtet gänzlich ermessensabhängige Boni von mehr als 10% des Grundlohns für unzulässig (MEIER, 72). PORTMANN vertritt wie erwähnt die Meinung, die relative oder absolute Höhe der Sondervergütung sei, sobald der Lohn ein gewisses Mass – das PORTMANN weder relativ noch absolut beschreibt – erreicht habe, kein einleuchtendes Kriterium mehr, um über den Lohncharakter der Sondervergütung zu entscheiden (PORTMANN, Art. 322d N 19). CRAMER schlägt für Löhne zwischen dem Bruttomedianlohn gemäss der Lohnstrukturhebung des Bundesamts für Statistik und Spitzenlöhnen, wie sie weniger als 0,5% der Arbeitnehmer in der Schweiz verdienen (ca. Fr. 300 000.– gemäss CRAMER, N 330 i. f.), vor, ermessensabhängige Boni im Umfang von nicht mehr als 15 bis 20% der Gesamtlohnsumme zuzulassen (CRAMER, N 325, 329 f.). Je höher am oberen Ende der Lohnskala eine Gesamtvergütung anzusiedeln sei, desto mehr dürfe auch der freiwillige Bonusanteil an der Gesamtvergütung gegen 100% streben.

c) Im Anstellungsvertrag von 1995 vereinbarten die Parteien einen Fixlohn von 13. Mal Fr. 8900.–, entsprechend Fr. 115 700.– im Jahr. Im Jahr 2000 bezog der Kläger einen Monatslohn von Fr. 16 000.–, entsprechend Fr. 208 000.– im Jahr. In den Jahren 2001 und 2002 betrug der Monatslohn Fr. 18 000.–, entsprechend Fr. 234 000.– im Jahr. Wie hoch der effektiv bezogene Lohn in den Jahren 1997 bis 1999 war, ist den Akten nicht zu entnehmen. Neben dem ordentlichen Salär wurden dem Kläger von der Beklagten in den Jahren 1997 bis 2001 folgende Bonuszahlungen ausgerichtet: Fr. 120 000.–, Fr. 182 000.–, Fr. 210 000.–, Fr. 220 000.– und Fr. 135 000.– (...).

Aus der Höhe dieser Boni ergibt sich (Beträge, die gleich gross oder gar höher als der Fixlohn sind), dass der Bonus im vorliegenden Fall teilweise das eigentliche Entgelt für die Arbeit darstellt und dadurch zum Lohn im Rechtssinn wird (vgl. BGE 129 III 276 E. 2.1 S. 279).

Dem Gericht kommt bei der Festlegung der gerade noch erlaubten Höhe der freiwillig entrichteten Gratifikation respektive des als Lohn aus-

bezahlten Betrags angesichts des nicht geringen Festlohns ein erhebliches Ermessen zu. Bei seiner Entscheidung hat das Gericht zu berücksichtigen, dass bei einem niedrigen Einkommen einem auch relativ kleinen Einkommensunterschied grössere Bedeutung zukommt, als bei einem hohen Einkommen. Entsprechend kann bei einem hohen Einkommen der als Gratifikation ausgerichtete Teil der Gesamtvergütung prozentual grösser sein, als bei einem niedrigen Einkommen (BGE 129 III 276 E. 2.1 S. 279 m. H. a. DELBRÜCK, 76 f.). Beim Lohn des Klägers handelt es sich nicht um ein tiefes, sondern um ein überdurchschnittlich hohes Einkommen. Es ist aber nicht so hoch, dass die wirtschaftliche Akzessorietät der Gratifikation keine Bedeutung mehr hätte und die Gratifikation deshalb in ihrer Gesamtheit nicht geschuldet wäre. Unter diesen Umständen ist die Hälfte des Bonus als Gratifikation zu qualifizieren. Die andere Hälfte ist hingegen als Lohnbestandteil zu betrachten und dementsprechend bei der Auflösung des Arbeitsverhältnisses pro rata geschuldet. Im Ergebnis bedeutet dies, dass bei einem Jahreslohn von Fr. 234 000.– und einem gesamthaften Bonus von Fr. 193 200.–, also einer Gesamtentschädigung von Fr. 427 200.–, ein Anteil von Fr. 96 600 als Gratifikation zu behandeln ist. Das ist rund 22,6% der Gesamtentschädigung. Da die Gesamtvergütung im vorliegenden Fall deutlich über derjenigen in den vom Bundesgericht beurteilten Fällen liegt, kann ohne weiteres ein höherer Gratifikationsanteil als der höchste vom Bundesgericht akzeptierte Anteil an der Gesamtvergütung (rund ein Fünftel) zugelassen werden.

d) Zum Bonusanspruch des Klägers für das Jahr 2002 konkret: Da die Boni nicht aufgrund von genau festgelegten Kriterien berechnet wurden, hat das Gericht bei der Festlegung des Bonus des Klägers für das Jahr 2002 ein erhebliches Ermessen. Auszugehen ist, wie in den früheren Jahren, vom gesamthaft für das Jahr 2002 zu verteilenden Bonusbetrag von Fr. 575 000.– (und nicht von den den anderen Geschäftsleitungsmitgliedern je individuell ausbezahlten Beträgen). Da weder über die Tätigkeiten von D und F, noch über die Tatsache bis wann respektive ab wann im Laufe ihres letzten beziehungsweise ersten Jahres sie tätig waren, Klarheit herrscht, rechtfertigt es sich, diese als Sonderfälle bei der vorliegenden Berechnung auszuklammern. In den Jahren 1999 bis 2001 (ab dem Jahr 1999 erfolgte die wesentliche Kürzung des Bonus von E) wurden an den Kläger, C und E gesamthaft Fr. 1 505 000.– Bonus ausgeschüttet, davon Fr. 565 000.– an den Kläger, was einem Anteil von gerundet 37,5% entspricht. In einem ersten Schritt wird darum dieser Anteil des auf die drei erwähnten Personen verteilten Bonus dem Kläger zugewiesen. Wie erwähnt, wird F bei dieser Berechnung ausgeklammert, sein Bonus von Fr. 60 000.– ist deshalb von den gesamthaft im Jahr 2002 ausgeschütteten Boni vom Fr. 575 000.– abzuziehen. 37,5% von den restlichen Fr. 515 000.– entsprechen gerundet Fr. 193 200.–. Als Lohnbestandteil ist hiervor gemäss den obigen Ausführungen 50% zu qualifizieren, d.h. Fr. 96 600.–.

Das Arbeitsverhältnis des Klägers endete per Ende August 2002 und der Kläger wurde schon ab Mitte Juli 2002 freigestellt. Während der Freistellung hat der Arbeitnehmer grundsätzlich Anspruch auf den vollen Lohn. Für acht Monate betrüge der Anspruch des Klägers auf den als Lohn qualifizierten Bonus somit Fr. 64 400.–. Dabei handelt es sich um einen Bruttobetrag. Darauf allenfalls zu entrichtende Arbeitnehmerbeiträge an die Sozialversicherungen können davon in Abzug gebracht werden.

B.

Ferienanspruch

8.

Weiter ist zwischen den Parteien strittig, ob der Kläger Anspruch auf Vergütung der bis zum Zeitpunkt der Kündigung nicht bezogenen 26. Ferientage hat.

a) Nach Ansicht des Klägers waren die im Zeitpunkt der Freistellung am 15. Juli 2002 bis zum Ablauf der Kündigungsfrist noch zur Verfügung stehenden 35 Arbeitstage nicht genügend, um das Ferienguthaben von 26 Tagen zu kompensieren.

Die Beklagte macht geltend, der Kläger habe wohl im Zeitpunkt der Kündigung einen Ferienanspruch von 26 Tagen gehabt, doch hätten dem Kläger mehr als die von ihm behaupteten 35 Tage für den Bezug zur Verfügung gestanden; auch zwischen der Kündigung und der Freistellung hätte der Kläger Ferien beziehen können. Der Kläger sei zwischen dem 24. Mai 2002 und dem 31. August 2002 noch während höchstens zweier Wochen beschäftigt gewesen und habe somit genügend Zeit zur Suche einer neuen Arbeitsstelle und zum Ferienbezug gehabt. Entscheidend sei ohnehin, ob dem Arbeitnehmer neben dem Ferienbezug noch genügend Zeit für die Suche einer neuen Stelle bleibe, der Kläger habe aber gar keine neue Stelle gesucht, sondern eine mehrmonatige Auszeit im Ausland genommen.

b) Gemäss Art. 329d Abs. 2 OR dürfen Ferien während der Dauer des Arbeitsverhältnisses nicht durch Geldleistung abgegolten werden. Diese Bestimmung ist zwingender Natur (Art. 361 Abs. 1 OR), darum müssen die Ferien auch während der Kündigungsfrist grundsätzlich in natura bezogen werden (BGE 128 III 271 E. 4a/aa S. 280; 101 II 283 E. 5a S. 285 f.; PORTMANN, Art. 329d N 12; STAEHELIN, Art. 329c N 13; REHBINDER, Berner Kommentar, VI/2/2/1, Bern 1985, Art. 329d N 16; BLESİ, Die Freistellung des Arbeitnehmers, St. Galler Diss., Zürich 2000, 183). Die Ferien sind in Geld abzugelten, wenn deren Bezug in der bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses verbleibenden Zeit nicht möglich oder zumutbar ist. Dabei spielt eine Rolle, dass der Arbeitnehmer in dieser Zeit die Möglichkeit haben muss, nach einer neuen Stelle zu suchen (Art. 329 Abs. 3 OR). Diesem Anspruch des Arbeitnehmers kommt Vorrang gegenüber dem Ferienbezug zu und insoweit wird das Abgeltungsverbot eingeschränkt (BGE 128 III 271 E. 4a/aa S. 280 f.; PORTMANN, Art. 329d N 14; BLESİ, 192 f.; a. M. noch REHBINDER, Art. 329d N 16). Aus der auch während der Dauer

der Freistellung fortwirkenden Treuepflicht des Arbeitnehmers folgt, dass er die ihm während der Freistellung zur Verfügung stehenden freie Tage, die er wie Ferientage nutzen kann, auch entsprechend verwenden soll (BGE 128 III 271 E. 4a/bb und 4a/cc S. 282 f.; PORTMANN, Art. 329d N 14; STAEHELIN, Art. 329c N 16). Massgebend ist nach Ansicht des Bundesgerichts das im Einzelfall vorliegende Verhältnis der Freistellungsdauer zu den offenen Ferientagen (BGE 128 III 271 E. 4a/cc S. 283).

c) Unbestritten ist im vorliegenden Fall, dass dem Kläger für den Bezug seiner 26 ausstehenden Ferientage zumindest die 35 Arbeitstage von der effektiven Freistellung vom 15. Juli 2002 bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses Ende August zur Verfügung standen. Unbestritten ist weiter, dass der Kläger spätestens seit Ende Mai 2002 von seiner Freistellung per 15. Juli 2002 wusste. Unbestritten blieb sodann die beklagtsische Behauptung, der Kläger habe nach erfolgter Kündigung keine neue Stelle gesucht, sondern eine mehrmonatige Auszeit im Ausland genommen. Dass der Kläger schon vor der Kündigung Ferien für die Zeit nach der Kündigung festgesetzt hatte, wird ebenso nicht behauptet, wie dass der Kläger schon während der Freistellung eine Stelle für die Zeit nach seinem Auslandsaufenthalt gesucht habe.

Von diesen Umständen fällt vor allem ins Gewicht, dass der Kläger während der Freistellungsdauer keine Arbeit suchte. Die Tatsache, dass sich ein Arbeitnehmer während der Freistellung um eine neue Arbeitsstelle bemühen muss, ist ein Hauptgrund, warum ihm der tatsächliche Ferienbezug nicht zugemutet wird (BLESİ, 192 f.). Nach Ansicht von BLESİ ist die Situation (Arbeitnehmer mit Ferienanspruch wurde freigestellt und ist auf Stellensuche) neu zu beurteilen, sobald der Arbeitnehmer einen neuen Arbeitsvertrag abgeschlossen hat. Bestehe zu diesem Zeitpunkt noch eine Ferienguthaben dürfe vom Arbeitnehmer erwartet werden, dass er die Ferien auch tatsächlich beziehe (BLESİ, 193). Nicht anders verhält es sich mit dem freigestellten Arbeitnehmer, der – wie der Kläger – gar keine neue Stelle sucht. Von ihm kann ohne weiteres verlangt werden, dass er das noch offene Ferienguthaben tatsächlich bezieht. Ein solcher Arbeitnehmer kann sich die Zeit während der Dauer der Freistellung offenbar frei vom wirtschaftlichen Zwang, möglichst bald wieder eine neue Stelle anzutreten und ein Erwerbseinkommen zu generieren, einteilen. Es ist ihm daher zumutbar, noch bestehendes Ferienguthaben grundsätzlich tatsächlich zu beziehen. Das Verhältnis von Ferientagen zu Freistellungstagen ist in seinem solchen Fall von geringerer Bedeutung als beim Arbeitnehmer, der sich tatsächlich um eine Stelle bemüht. Dieses Verhältnis beträgt vorliegend 1:1.35 und wäre, hätte sich der Kläger tatsächlich bemüht, möglichst rasch wieder einen neuen Arbeitgeber zu finden, unter Berücksichtigung der zu diesem Thema ergangenen Rechtsprechung (vgl. Übersicht bei BLESİ, 187 f.) eher zu knapp bemessen gewesen, um die Naturalabgeltung des gesamten Ferienanspruchs des Klägers zuzulassen. Wird aber berücksichtigt, dass der

Kläger die Zeit der Freistellung ganz nach seinen Wünschen nutzen konnte, kann die Freistellung vorliegend ohne weiteres als genügende Naturalabgeltung für den Ferienanspruch angesehen werden.

Kantonsgericht St. Gallen, Urteil vom 8. April 2008 (Bestätigung des Urteils des Arbeitsgerichts vom 28. September 2007)

OR 321a, 328 und 337. Die fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses ist auch nach erfolgter ordentlicher Kündigung mit damit verbundener Freistellung möglich, wenn die wichtigen Gründe erst nachher entstehen. Es ist einem Arbeitgeber nicht zumutbar, ein Arbeitsverhältnis mit einem freigestellten Arbeitnehmer aufrecht zu erhalten, wenn dieser ihn direkt konkurrenziert (E. III. 2. c).

Das schweizerische Arbeitsrecht enthält keinen generellen Gleichbehandlungsgrundsatz (E. 4).

Aus der Tatsache, dass der Arbeitgeber bei gleichem Sachverhalt einem Arbeitnehmer fristlos kündigt, anderen Arbeitnehmern aber nicht, kann nicht geschlossen werden, dem Arbeitgeber wäre die Weiterführung des Arbeitsverhältnisses mit dem fristlos entlassenen Arbeitnehmer bis zum Ende der Kündigungsfrist zuzumuten gewesen. Es steht dem Arbeitgeber frei, in Einzelfällen das unzumutbar gewordene Arbeitsverhältnis bis zum Kündigungstermin weiterzuführen und auf die fristlose Entlassung zu verzichten, dies namentlich aus wirtschaftlichen Gründen, weil der Arbeitnehmer noch wichtige Arbeiten erledigen muss oder allenfalls auch aus sozialen Gründen (E. III. 5).

Sachverhalt:

Die Klägerin arbeitete ab 1. März 2000 bei der Beklagten als Verkäuferin im Innendienst. Ihr Jahresgehalt betrug 2006 Fr. 104 000.– zuzüglich umsatzabhängiger Provision, wofür sie monatliche Akontozahlungen von Fr. 3500.– erhielt. Mit Schreiben vom 8. November 2006 kündigte die Klägerin das Arbeitsverhältnis auf den 31. Januar 2007. Die Beklagte stellte sie per 10. November 2006 frei. Ende November 2006 versandte die Klägerin zusammen mit E, der ebenfalls bei der Beklagten angestellt und auf den 31. Dezember 2006 gekündigt hatte, ein Schreiben mit Faltprospekt an diverse Kunden der Beklagten. Die Kopfzeile des Schreibens enthielt die Privatadresse, die Mobiltelefonnummer sowie private E-Mail-Adresse der beiden Absender. Das Schreiben war mit: «Unsere Wege werden sich wieder kreuzen ...» übertitelt. Daraufhin kündigte die Beklagte der Klägerin am 5. Dezember 2006 fristlos. Sie warf der Klägerin vor, während des noch bestehenden Arbeitsverhältnisses aktiv Kunden der Beklagten für ein Konkurrenzunternehmen abzuwerben.

Die Klägerin brachte am 23. Januar 2007 Klage auf Zahlung des restlichen Lohns bis zum ordentlichen Kündigungstermin, des Restanteils an Provision, einer Vergütung für den offenen Feriensaldo sowie einer Entschädigung wegen ungerechtfertigter fristloser Entlassung ein. In der Hauptverhandlung anerkannte die Beklagte den Anspruch der Klägerin aus Ferienlohn von Fr. 1949.– und aus Provision von Fr. 3669.–. Das Arbeitsgericht lehnte mit Urteil vom 28. September 2007 die klägerischen Begehren ab. Es erachtete das Verhalten der Klägerin als schwerwiegende Verletzung der Treuepflicht nach Art. 321a OR. Die Klägerin erhob gegen das Urteil Berufung.

Aus den Erwägungen:

III.

2.

c) Die Klägerin hat die Beklagte mit Schreiben an deren Kunden zusammen mit anderen ehemaligen Mitarbeitern konkurrenziert und damit die ihr gegenüber bestehende Treuepflicht schwer verletzt.

Vor der Vorinstanz wendete die Klägerin unter Verweis auf BGE 123 III 257 und STREIFF/VON KAENEL, Art. 337 N 2 S. 736, ein, dass bei in gekündigtem Arbeitsverhältnis stehenden Mitarbeitenden an eine fristlose Entlassung erhöhte Ansprüche gestellt werden.

Gemäss dem Wortlaut von Art. 337 Abs. 1 OR kann das Arbeitsverhältnis aus wichtigen Gründen jederzeit gekündigt werden, mitunter also auch nach ausgesprochener ordentlicher Kündigung (BLESİ, Die Freistellung des Arbeitnehmers, St. Galler Diss., Zürich 2000, 58). Entscheidend ist allein, dass es dem Kündigenden nicht mehr zumutbar ist, das Arbeitsverhältnis bis zum Kündigungstermin weiterzuführen (ZK-STAEHELIN, Art. 337 N 34; BLESİ, 58). Da dabei jeweils sämtliche Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen und würdigen sind, spielt die Tatsache, dass ein Arbeitsverhältnis bereits gekündigt ist, aber durchaus eine Rolle bei der Beurteilung, ob eine ausserordentliche Kündigung zulässig ist.

Die der Klägerin vorgeworfenen Verhaltensweisen haben sich erst nach ihrer ordentlichen Kündigung und während der darauf folgenden Freistellung ereignet. Unter diesen Umständen anerkennen selbst STREIFF/VON KAENEL die Möglichkeit einer fristlosen Entlassung durch die Arbeitgeberin (STREIFF/VON KAENEL, Art. 337 N 2 S. 736; gl. M. BLESİ, 58). Ferner ist zu berücksichtigen, dass der Klägerin wegen wirtschaftlicher (und nicht persönlicher) Sachverhalte (Konkurrenzierung der Arbeitgeberin) ausserordentlich gekündigt wurde. Auch dies ist bei der Beurteilung der Unzumutbarkeit zu berücksichtigen, denn ist die Arbeitnehmerin freigestellt, ist das Arbeitsverhältnis von Seiten der Arbeitgeberin praktisch auf ihre Lohnzahlungspflicht reduziert. Es ist einer Arbeitgeberin nicht zuzumuten, ein Arbeitsverhältnis mit einer freigestellten Mitarbeiterin aufrecht zu erhalten, wenn diese sie direkt konkurrenziert (und nicht lediglich

Anstalten trifft, dies in Zukunft – nach Ablauf der Kündigungsfrist – zu tun). Die erhöhten Voraussetzungen an eine fristlose Kündigung im bereits gekündigten Arbeitsverhältnis sind erfüllt.

(...)

3.

Die Klägerin wirft der Beklagten vor, dass sie, indem sie wohl ihr, nicht aber D und F ausserordentlich gekündigt habe, den «Gleichbehandlungsgrundsatz, welcher das Arbeitsvertragsrecht immer mehr beherrsch[e],» aufs grösste verletzt habe. Nach Ansicht der Klägerin ist eine Arbeitgeberin verpflichtet, beim Vorliegen identischer Voraussetzungen bezüglich der Frage der fristlosen Entlassung gleich zu verfahren. Das Verhalten der Beklagten halte vor dem sich auf Art. 328 OR stützenden Gleichbehandlungsgrundsatz nicht stand. Die Tatsache, dass in zwei Fällen (gemeint: D und F) keine ausserordentliche Kündigung ausgesprochen worden sei, obwohl sich diese genau gleich wie die Klägerin verhalten hätten, zeige, dass auch im Fall der Klägerin «nicht wirklich eine Unzumutbarkeit» bestehe.

Die Klägerin bringt damit zwei Argumente vor. Einerseits ist sie der Ansicht, im schweizerischen Arbeitsrecht bestehe ein grundsätzlicher Gleichbehandlungsanspruch; sie sieht diesen im vorliegenden Fall verletzt. Andererseits stellt sie sich sinngemäss auf den Standpunkt, es fehle der Beklagten an einem wichtigen Grund im Sinne von Art. 337 Abs. 1 OR. Das schliesst sie aus zwei ihrer Ansicht nach im Wesentlichen gleich gelagerten Fällen, in denen die Beklagte das Arbeitsverhältnis trotz Vorliegens des gleichen Entlassungsgrunds nicht ausserordentlich gekündigt habe. Diese beiden Punkte sind nachfolgend gesondert zu behandeln (vgl. zu dieser Unterscheidung auch STAEHELIN, Die Gleichbehandlung der Arbeitnehmer im schweizerischen Arbeitsrecht, in: BJM 1982 57 ff., 70; ZK-STAEHELIN, Art. 337 N 41; GEISER, Gibt es ein Gleichbehandlungsgebot im schweizerischen Arbeitsrecht?, in: Becker/Hilty/Stöckli/Würtenberger [Hrsg.], Recht im Wandel seines sozialen und technologischen Umfelds, Festschrift für Manfred Rehbinder, München/Bern, 2002, 37 ff.; BRUNNER, Die ausserordentliche Kündigung des Arbeitsvertrages, Zürcher Diss., Bern 1979, 33).

4.

a) Das schweizerische Arbeitsrecht enthält keinen generellen Gleichbehandlungsgrundsatz (NEF, Der Gleichbehandlungsgrundsatz im Schweizerischen Arbeitsrecht, in: SJZ 72 (1976) 17 ff., 21; STAEHELIN, 59; GEISER, 48; EMMEL, Wer hat Anspruch auf Gleichbehandlung?, in: NZZ vom 16. Februar 2007; JAUN, Diskriminierungsschutz durch Privatrecht – Die Schweiz im Schatten der europäischen Rechtsentwicklung, in: ZBJV 143 (2007) 457 ff., 466; STREIFF/VON KAENEL, Art. 328 N 12 S. 357). Das Arbeitsvertragsrecht steht grundsätzlich auf dem Boden der Privatautonomie (STAEHELIN, 60; GEISER, 38, 48; JAUN, 471). Der daraus abgeleitete Grundsatz der Vertragsfreiheit geht dem Grundsatz der Gleichbehandlung

jedenfalls vor (BGE 129 III 276 E. 3.1 S. 281; NEF, 21; GEISER, 45; VON KAENEL, Neue gesetzliche Gleichbehandlungsansprüche?, in: ArbR 2004 39 ff., 40; JAUN, 471; PÄRLI, Auswirkungen des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) auf das Arbeitsrecht, in: ARV 2007 133 ff., 143 f.; REHBINDER, Schweizerisches Arbeitsrecht, 15. Aufl., Bern 2002, N 226; STREIFF/VON KAENEL, Art. 328 N 12 S. 357; BSK-PORTMANN, Art. 328 N 30; STAEHELIN, Zürcher Kommentar, V2c, Art. 319–330a, 4. Aufl., Zürich 2006, Art. 328 N 10; KOLLER, Die miet- und arbeitsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2003, in: ZBJV 140 (2004) 483 ff., 511).

b) Diesen Grundsatz schränkt die Rechtsordnung punktuell durch gewisse besondere Regelungen ein. Zu denken ist insbesondere an das Gleichstellungsgesetz (GIG), das Diskriminierungen gestützt auf das Geschlecht verbietet, an das Heimarbeitsgesetz (HARg), das für gewerbliche und industrielle Heimarbeit einen Paritätslohn vorschreibt, und an das Arbeitsvermittlungsgesetz (AVG), das Leiharbeitnehmern, deren Einsatzbetrieb einem allgemeinverbindlichen Gesamtarbeitsvertrag unterstellt ist, einen Anspruch auf Einhaltung von dessen Lohn- und Arbeitszeitbestimmungen einräumt (BGE 129 III 276 E. 3.1 S. 282; GEISER, 39 ff.; VON KAENEL, 40 f., 53 ff.; BSK-PORTMANN, Art. 328 N 36 ff.; NEF, 22; REHBINDER, N 161, 226, 230 f.).

Die Klägerin macht nicht geltend, der vorliegende Sachverhalt falle in den Anwendungsbereich einer solchen Ausnahmeregelung, die ohnehin grösstenteils nur die Vergütung und die Arbeitsbedingungen betreffen. Auch die Akten deuten nichts dergleichen an.

c) Einschränkungen und Vorbehalte gegenüber einer Ungleichbehandlung von Angestellten der gleichen Arbeitgeberin gestützt auf das allgemeine Arbeitsrecht werden zum Teil bei freiwilligen Sozialleistungen und Zulagen gemacht (BGE 129 III 276 E. 3.1 S. 282; STAEHELIN, 66 f.; ZK-STAEHELIN, Art. 322d N 13; BK-REHBINDER, Art. 322d N 9; REHBINDER, N 226; STREIFF/VON KAENEL, Art. 322 N 20 S. 204; GEISER, 39; BSK-PORTMANN, Art. 322d N 6, Art. 328 N 33 ff.; VON KAENEL, 40; KOLLER, 510). Einschränkungen bestehen ferner beim Weisungsrecht der Arbeitgeberin. Ohne sachliche Gründe darf die Arbeitgeberin keine ungleichen Weisungen erteilen und dadurch einzelne Angestellte benachteiligen (STAEHELIN, 67; GEISER, 46; VON KAENEL, 40; BK-REHBINDER, Art. 321d N 34, Art. 328 N 9, 33; REHBINDER, N 226; STREIFF/VON KAENEL, Art. 321d N 3 S. 166, Art. 328 N 12 S. 357). Sowohl das Diskriminierungsverbot bei freiwilligen Sozialleistungen und Zulagen wie auch jenes beim Weisungsrecht der Arbeitgeberin wird aus dem Persönlichkeitsschutz (Art. 28 ff. ZGB) und der Pflicht der Arbeitgeberin, die Persönlichkeit der Arbeitnehmerin zu schützen (Art. 328 OR), abgeleitet. Die ungerechtfertigte Ungleichbehandlung einer Arbeitnehmerin stellt unter Umständen eine Diskriminierung und damit eine Persönlichkeitsverletzung dar (BGE 129 III 276 E. 3.1 S. 282; GEISER, 45, 48; STAEHELIN, 71 f.; VON KAENEL, 39;

JAUN, 483; BSK-PORTMANN, Art. 328 N 29; BK-REHBINDER, Art. 328 N 8; ZK-STAEHELIN, Art. 328 N 10; KOLLER, 510). Als Persönlichkeitsverletzung kann allerdings nur eine Schlechterstellung angesehen werden, wenn damit eine Missachtung der Persönlichkeit verbunden ist. Dies ist bei einer Besserstellung nie der Fall (BGE 129 III 276 E. 3.1 S. 282; GEISER, 45; STAEHELIN, 76; GEISER/HÄFLIGER, Entwicklungen im Arbeitsrecht, in: SJZ (2004) 360 ff., 363; STREIFF/VON KAENEL, Art. 328 N 12 S. 356; BSK-PORTMANN, Art. 328 N 31; BK-REHBINDER, Art. 328 N 8; REHBINDER, N 226; KOLLER, 510). Eine verpönte Schlechterstellung, die eine Persönlichkeitsverletzung darstellt, liegt nur dann vor, wenn eine Arbeitnehmerin oder ein Arbeitnehmer gegenüber einer Vielzahl von anderen Arbeitnehmerinnen oder Arbeitnehmern sachlich ungerechtfertigt (also willkürlich) deutlich ungünstiger gestellt wird und so eine die Arbeitnehmerin verletzende Geringschätzung ihrer Persönlichkeit zum Ausdruck kommt (BGE 129 III 276 E. 3.1 S. 282 f.; GEISER, 45; STAEHELIN, 75; GEISER/HÄFLIGER, 363; BSK-PORTMANN, Art. 328 N 31, 33 ff.; BK-REHBINDER, Art. 328 N 8; REHBINDER, N 226; ZK-STAEHELIN, Art. 328 N 10; VON KAENEL, 40; KOLLER, 511 f.).

Die ausserordentliche Kündigung fällt weder in den Bereich der freiwilligen Sozialleistungen und Zulagen noch in jenen des Weisungsrechts der Arbeitgeberin. In letztere Kategorie würde allenfalls die hier nicht strittige Freistellung fallen.

d) aa) Hier stellt sich die Frage, ob die zu den freiwilligen Sozialleistungen und Zulagen respektive zum Weisungsrecht der Arbeitgeberin entwickelten Grundsätze die Gleichstellung betreffend auch auf die (ausserordentliche) Kündigung des Arbeitsverhältnisses sinngemäss anwendbar sind.

Eine direkte Anwendung dieser Prinzipien wird durch GEISER abgelehnt. In Bezug auf die Vertragsauflösung behalte die Vertragsfreiheit die Vorhand. Eine ungleiche Behandlung könne aber unter Umständen zeigen, dass keine Unzumutbarkeit einer Weiterführung des Arbeitsverhältnisses vorliege und damit gar kein wichtiger Grund für eine ausserordentliche Kündigung vorliege (Gleichbehandlungsanspruch im untechnischen Sinne; vgl. GEISER, 39, 48). Auch STAEHELIN verneint, dass eine Arbeitgeberin von der fristlosen Entlassung einer Arbeitnehmerin absehen muss, weil sie andere Arbeitnehmerinnen, bei welchen die gleichen Entlassungsgründe vorliegen, nicht fristlos entlassen möchte. Ob die Arbeitgeberin von ihrer Entlassungsbefugnis Gebrauch machen wolle oder nicht, liege in ihrem freien Ermessen. Es könne von der Arbeitgeberin in der Regel nicht verlangt werden, von der fristlosen Entlassung einer Arbeitnehmerin abzusehen, weil sie anderen Arbeitnehmerinnen, bei welchen die gleichen Entlassungsgründe vorliegen, behalten möchte oder ihnen nur ordentlich kündigen möchte (STAEHELIN, 69 f.; ZK-STAEHELIN, Art. 337 N 41). Würde man dem zu Recht fristlos Entlassenen das Recht zubilligen, sich auf den Gleichbehandlungsgrundsatz zu berufen, würde das zum unbilligen Resultat

tat führen, dass die Arbeitgeberin gezwungen wäre, mehr Arbeitnehmerinnen zu entlassen, als sie möchte, oder eine Arbeitnehmerin weiter zu beschäftigen, obwohl ihr die Weiterführung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zumutbar ist (STAEHELIN, 70). Auch STAEHELIN vertritt die Ansicht, der Verzicht auf die fristlose Entlassung bei anderen Arbeitnehmerinnen habe mit der Gleichbehandlung nichts zu tun, könne indes ein Indiz dafür bilden, dass gar kein wichtiger Entlassungsgrund vorliege (STAEHELIN, 70; ZK-STAEHELIN, Art. 337 N 41). Dieser Meinung folgt auch REHBINDER, der ausserdem ausführt, niemand könne seine Kündigung mit der Begründung anfechten, dass vergleichbare Arbeitskolleginnen ihre Stelle hätten behalten können (BK-REHBINDER, Art. 328 N 9, Art. 337 N 15). BRUNNER ist der Auffassung, der Gleichbehandlungsgrundsatz erweise sich im Recht der ausserordentlichen Kündigung als ohne selbständige Bedeutung, da er in den Erwägungen über die Zumutbarkeit aufgehe (BRUNNER, 33).

bb) Wie es sich letztlich verhält, kann offen bleiben. Wie nachstehend aufgezeigt, würde die vorliegende ausserordentliche Kündigung jedenfalls keine Persönlichkeitsverletzung darstellen. Eine solche könnte in sinngemässer Anwendung der vom Bundesgericht und der Lehre entwickelten Grundsätze zu den freiwilligen Sozialleistungen und Zulagen respektive zum Weisungsrecht der Arbeitgeberin nur dann bejaht werden, wenn eine Arbeitnehmerin im Gegensatz zu einer Vielzahl von anderen Arbeitnehmerinnen fristlos entlassen wird, es für die Ungleichbehandlung keine sachlichen Gründe gibt und dadurch eine Geringschätzung der Persönlichkeit der Arbeitnehmerin zum Ausdruck kommt (BGE 129 III 276 E. 3.1 S. 282 f.; GEISER, 45; STREIFF/VON KAENEL, Art. 322d N 5 S. 232; BK-REHBINDER, Art. 322d N 9, Art. 328 N 8; ZK-STAEHELIN, Art. 322d N 13; GEISER/HÄFLIGER, 363; BSK-PORTMANN, Art. 328 N 31, 33 ff.; VON KAENEL, 40; KOLLER, 510 ff.).

Von einer ungerechtfertigten Ungleichbehandlung kann von vornherein nur dann die Rede sein, wenn die behandelten Sachverhalte gleich (oder zumindest gleichwertig) sind. Das anerkennt auch die Klägerin, indem sie ausführt, die Arbeitgeberin habe «beim Vorliegen identischer Voraussetzungen (...) mit allen Mitarbeitenden gleich zu verfahren». Die Klägerin rügt eine Ungleichbehandlung im Verhältnis zu D und F. Bereits dies scheint vorliegend jedoch fraglich, sind doch durchaus sachliche Gründe ersichtlich, D und F im Vergleich zur Klägerin anders zu behandeln. D war Mitglied der erweiterten Geschäftsleitung der Beklagten und dort als Leiter Administration tätig. Als solcher leitete er die Abteilungen Auftragsverwaltung Geräte, Auftragsverwaltung Zubehör, Einkauf, Vertragswesen und Fakturierung; er hatte also im Gegensatz zur Klägerin, einer Verkäuferin im Innendienst, keine direkten Kundenkontakte. Von D liegen weiter keine in seinem Namen versandten Schreiben an Kunden der Beklagten im Recht, er ist lediglich auf dem Faltprospekt, das die Klägerin an Kunden der Beklagten versandte, mitenthalten. Ferner wurde D nach seiner Kündi-

gung auch nicht wie die Klägerin freigestellt, sondern erledigte noch Reinigungs-, Projekt-, und Übergabearbeiten, sein Arbeitsverhältnis war also im Gegensatz zu demjenigen der Klägerin nicht auf die reine Lohnzahlungspflicht reduziert; operativ war er nicht mehr tätig. Unter diesen Gesichtspunkten ist es nachvollziehbar, dass die Beklagte das Arbeitsverhältnis mit D nicht ausserordentlich kündigte, sondern in gegenseitigem Einvernehmen vor Ablauf der Kündigungsfrist auflöste. Ohne Bedeutung – da es der Beklagten nicht bekannt sein konnte – ist, dass D später Verwaltungsrat der I-AG wurde. Im Fall von F ergibt sich der sachliche Grund, ihn und die Klägerin unterschiedlich zu behandeln, schon daraus, dass er als einziger der damals schon gekündigten Mitarbeiter in seiner Kündigung antönte, C habe mit seiner Kündigung nichts zu tun und die Beklagte auch glaubhaft gemacht hat, F habe vor Zeugen betont, er sei irrtümlich auf dem Prospekt erschienen, respektive C habe vorschnell und ohne sein Einverständnis gehandelt. F wurde sodann auch nicht wie andere Mitarbeiter freigestellt, sein Arbeitsverhältnis war also im Gegensatz zu demjenigen der Klägerin nicht auf die reine Lohnzahlungspflicht reduziert. Die Klägerin behauptet, auch F habe Schreiben an Kunden der Beklagten versandt. Ob der Beklagten bekannt war, dass auch F Schreiben an ihre Kunden versandt hat, ist nicht bekannt. Es kann der Beklagten nicht angelastet werden, wenn sie in dieser Situation den Aussagen eines langjährigen Mitarbeiters vertraut hat und das Arbeitsverhältnis mit ihm nicht ausserordentlich gekündigt hat.

Zu verneinen ist aber vor allem auch, dass die Klägerin gegenüber einer Vielzahl anderer Angestellten deutlich ungünstiger gestellt wurde. Einerseits macht sie nur eine Ungleichbehandlung gegenüber von zwei anderen Mitarbeitern, D und F, geltend, dass sie gegenüber einer Vielzahl anderer Angestellten deutlich ungünstiger gestellt wurde, behauptet die Klägerin nicht. Andererseits gilt es zu beachten, dass die Klägerin nicht als einzige Arbeitnehmerin fristlos entlassen wurde. Aus dem Verfahren BZ.2007.78 ist ersichtlich, dass auch G von der Beklagten ausserordentlich gekündigt wurde. Kommt hinzu, dass aus den Ausführungen der Beklagten hervorgeht, dass neben der Klägerin, G, F und D auch K, E, L und M im Zeitpunkt des Versands der Schreiben an Kunden der Beklagten gekündigt hatten. K und L hatten die gleiche Funktion wie die Klägerin, E und M waren Aussendienstmitarbeiter. Alle (ausser – wie gesehen – F) wurden sofort freigestellt und, nachdem sie sich an der Konkurrenzierung der Beklagten beteiligt hatten, fristlos entlassen. Auch F wurde, nach einer weiteren Konkurrenzierungsaktion, letztendlich fristlos entlassen, zusammen mit N, O und P, die in der Zwischenzeit ebenfalls gekündigt und sich an der neuerlichen Konkurrenzierungsaktion beteiligt hatten. Damit ist klar, dass die Klägerin bezüglich der fristlosen Entlassung nicht schlechter als die Mehrheit der anderen Angestellten der Beklagten behandelt wurde. Sogar wenn das Vorliegen eines sachlichen Grundes für die Ungleichbehandlung der Klägerin mit D und F verneint würde, wäre somit nicht von einer

Schlechterstellung der Klägerin, sondern von einer Besserstellung von D und F auszugehen. Wie gesehen kann bei einer Besserstellung einzelner Angestellter nie von einer Missachtung der Persönlichkeit der anderen Mitarbeiter gesprochen werden.

e) Damit steht fest, dass die Beklagte dadurch, dass sie wohl die Klägerin und G, nicht aber D und F fristlos entliess, nachdem sie davon Kenntnis erhalten hatte, dass Erstere die Beklagte während ihrer Freistellung konkurrenziert hatten, die Persönlichkeit der Klägerin nicht verletzt hat.

5.

Es bleibt die Frage zu beantworten, ob aus der Tatsache, dass die Beklagte D und F nicht ausserordentlich kündigte, geschlossen werden muss, dass ihr die Weiterführung des Arbeitsverhältnisses mit der Klägerin bis zum Ende der Kündigungsfrist nicht unzumutbar war.

Dies ist zu verneinen. Einerseits stellt eine Praxis eines Arbeitgebers, bei gewissen vergleichbaren Sachverhalten (nicht) ausserordentlich zu kündigen, lediglich ein Indiz dar, das einen Rückschluss auf die (Un-) Zumutbarkeit der Weiterführung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist zulässt (GEISER, 39; STAEHELIN, 70; ZK-STAEHELIN, Art. 337 N 41; BRUNNER, 33). Ob ein wichtiger Grund vorliegt, beurteilt sich indessen stets unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls. Es steht der Arbeitgeberin frei, in Einzelfällen das unzumutbar gewordene Arbeitsverhältnis bis zum Kündigungstermin weiterzuführen und auf die fristlose Entlassung zu verzichten. Zum Beispiel kann sie dies aus wirtschaftlichen Gründen tun, weil eine bestimmte Arbeitnehmerin noch wichtige Arbeiten erledigen muss oder allenfalls auch aus sozialen Gründen (STAEHELIN, 70). Vorliegend kann schon nicht davon gesprochen werden, der Sachverhalt, welcher zur ausserordentlichen Kündigung der Klägerin führte, sei im Wesentlichen gleich wie bei D und F.

6.

Damit steht fest, dass die Kündigung aus wichtigem Grund der Beklagten an die Klägerin nicht zu beanstanden ist. Das Arbeitsverhältnis der Parteien wurde damit per 5. Dezember 2006 aufgelöst. Die Klägerin hat somit keinen Anspruch auf eine Entschädigung im Sinne von Art. 337c Abs. 3 OR, wohl aber auf die Vergütungen aus ihrem Arbeitsverhältnis bis zum 5. Dezember 2006. Die diesbezüglichen rechtlichen Erwägungen der Vorinstanz erweisen sich als richtig, weshalb an dieser Stelle darauf verwiesen werden kann. Die Beklagte anerkennt den von der Vorinstanz der Klägerin zugesprochene Betrag von Fr. 6142.65 (brutto) ausdrücklich an.

Kantonsgericht St. Gallen, Urteil vom 11. April 2008 (Bestätigung des Entscheids des Kreisgerichtspräsidiums vom 4. Dezember 2007)

SchKG 82 I und II. Der Arbeitsvertrag hat für den Schadenersatzanspruch nach OR 337c I die Eigenschaft eines provisorischen Rechtsöffnungstitels, wenn der Arbeitgeber die Rechtmässigkeit der fristlosen Entlassung oder eine Anrechnungspflicht des Arbeitnehmers nicht glaubhaft machen kann. Der Einwand, die fristlose Entlassung sei berechtigt gewesen, stellt keine Einrede aus dem Vertrag dar, sondern richtet sich gegen den Bestand des Vertrages. Eine derartige Einwendung wird gleich behandelt wie die Einwendung gegen eine einseitige Schuldanerkennung, d.h. der Arbeitgeber muss die Einwendung, der Lohnanspruch sei infolge Auflösung des Arbeitsverhältnisses entfallen, auch bei einer Schuldanerkennung für einen zweiseitigen Vertrag glaubhaft machen und nicht bloss behaupten (E. III. 2.c.aa).

Sachverhalt:

A war ab 1. März 2006 als Betriebsleiter bei der B-AG angestellt. Er war direkt der Geschäftsleitung unterstellt und mitverantwortlich für das Erreichen der Umsatz- und Ertragsziele der B-AG. Er wurde im Rahmen eines Konzepts für die Refinanzierung der B-AG angefragt, ob er sich an der Firma finanziell beteiligen wolle, was er aber ablehnte. Am 25. Juni 2007 kündigte A das Vertragsverhältnis auf den 30. September 2007. Am 27. Juni 2007 kündigte ihm die B-AG fristlos mit der Begründung, er habe gegenüber den Mitarbeitern des Unternehmens u.a. grobe Unwahrheiten über die finanzielle Situation des Unternehmens verbreitet.

A leitete am 24. August 2007 die Betreuung ein, nachdem die B-AG die von ihm geltend gemachten Lohnansprüche in Höhe von Fr. 12 710.15 nicht beglichen hatte. Die B-AG erhob Rechtsvorschlag, woraufhin A beim Präsidium des Kreisgerichts das Begehren um provisorische Rechtsöffnung stellte. Das Kreisgerichtspräsidium ging davon aus, für den Schadenersatzanspruch nach Art. 337c Abs. 1 OR könne unter gegebenen Voraussetzungen gestützt auf den Arbeitsvertrag provisorische Rechtsöffnung erteilt werden. Die Klärung der Frage, ob ein wichtiger Grund nach Art. 337 OR bestanden habe, sprengte aber den Rahmen des summarischen Verfahrens. Sie wies daher das Rechtsöffnungsbegehren ab. A erhob dagegen Rechtsverweigerungsbeschwerde.

Aus den Erwägungen:

III.

2.

b) Vorweg ist auf die zwischen den Parteien umstrittene Frage einzugehen, ob der Arbeitsvertrag vom 23. März 2006 ein tauglicher Rechtsöff-

nungstitel darstellt. In seinem Rechtsöffnungsgesuch vertritt der Beschwerdeführer die Ansicht, der Arbeitsvertrag stelle für die von ihm in Betreibung gesetzten Ansprüche einen Rechtsöffnungstitel im Sinne von Art. 82 Abs.1 SchKG dar. Im Falle der fristlosen Entlassung werde die Forderung mit dem Entlassungstage fällig. Er habe mehrfach gegen die fristlose Entlassung protestiert und seine Arbeitskraft angeboten. In der Replik präzisiert er, der Richter entscheide über das Vorliegen eines wichtigen Grundes. Bis zu einem solchen Entscheid verliere der Arbeitsvertrag nicht seine Rechtswirksamkeit und damit auch nicht die Rechtsöffnungstitelqualität. Indem ihn die Beschwerdegegnerin von der Arbeitsstelle wegweisen habe, habe sie sich in Annahmeverzug befunden. Die Beschwerdegegnerin stellt sich demgegenüber auf den Standpunkt, mit der fristlosen Entlassung sei das Arbeitsverhältnis faktisch und rechtlich beendet worden. Der Protest des Beschwerdeführers und das Anerbieten seiner Arbeitsleistung ändere daran nichts. Damit bestehe keine vertragliche Beziehung zwischen den Parteien und auch kein Rechtsöffnungstitel mehr. Das Rechtsöffnungsgesuch sei bereits aus diesem Grund abzuweisen. Die Frage nach dem Bestand und der Höhe einer allfälligen Schadenersatzforderung könne der Rechtsöffnungsrichter nicht beantworten.

Unter Hinweis auf STAEHELIN, Basler Kommentar, N 126 zu Art. 82 SchKG, kam die Vorinstanz zum Schluss, der Anspruch nach Art. 337c Abs. 1 OR sei als fortdauernder Lohnanspruch zu werten, weshalb für jenen, gestützt auf den unterschriebenen Arbeitsvertrag, unter gegebenen Voraussetzungen provisorische Rechtsöffnung erteilt werden könne. Die Vorinstanz ist damit der Ansicht des Beschwerdeführers, der Arbeitsvertrag sei für den strittigen Schadenersatzanspruch ein tauglicher Rechtsöffnungstitel, durchaus gefolgt. Diese Frage ist damit im vorliegenden Verfahren nicht mehr zu prüfen, und auf die entsprechenden Vorbringen der Beschwerdegegnerin in ihrer Beschwerdeantwort ist nicht einzugehen. Im Übrigen ist die Rechtsauffassung, wonach der Arbeitsvertrag für die Entschädigung nach Art. 337c Abs. 1 OR die Eigenschaft eines provisorischen Rechtsöffnungstitels hat, wenn nicht der Arbeitgeber die Rechtmässigkeit der fristlosen Entlassung oder eine Anrechnungspflicht des Arbeitnehmers glaubhaft machen kann, überzeugend (STAEHELIN, Basler Kommentar, N 126 zu Art. 82 SchKG; Cour de justice GE Entscheid vom 27.11.1986 in SemJud. 1988, 504; vgl. auch GILLIERON, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, N 57 zu Art. 82 SchKG). Zu beachten ist, dass das Arbeitsverhältnis, war die fristlose Entlassung des Arbeitnehmers als solche unbegründet, trotz der Unzulässigkeit der Kündigung beendet ist (PORTMANN, Basler Kommentar, N 1 zu Art. 337c OR) und dass mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses alle Forderungen aus dem Arbeitsverhältnis fällig werden (Art. 339 Abs. 1 OR; vgl. auch BGE 103 II 275). Bei der strittigen Forderung handelt es sich damit nicht um Ansprüche, die nach Beendigung des Vertrages entstanden sind.

c) Der Beschwerdeführer macht weiter geltend, die Beschwerdegegnerin habe keine Einwendungen, welche die Schuldanerkennung entkräften würden, sofort glaubhaft gemacht. Der Einwand der Beschwerdegegnerin, die fristlose Kündigung sei gerechtfertigt gewesen, sei gesucht und offensichtlich haltlos. Die Annahme der Vorinstanz, es lägen genügliche Einwände vor, sei daher willkürlich. Die Beschwerdegegnerin wendet ein, das Rechtsöffnungsverfahren sei nur geeignet, einigermassen liquide Sachverhalte zu entscheiden. Demzufolge genüge es, Einwendungen im Rahmen dieses Verfahrens nur glaubhaft zu machen. Die Pflichten des Arbeitnehmers beständen nicht nur in der Erbringung der Arbeitsleistung. Der Beschwerdeführer, welcher als Geschäftsführer und aufgrund des Arbeitsvertrages zur Verschwiegenheit verpflichtet gewesen sei, habe bei der Belegschaft das Gerücht in die Welt gesetzt, sie würde innert kürzester Zeit in Konkurs gehen. Dies stelle eine Verletzung des Arbeitsvertrags dar. Ihre Einwendungen, die sie für die Gerechtfertigkeit der fristlosen Kündigung vorgetragen habe, seien nicht haltlos.

aa) Die Vorinstanz wies in ihrem Entscheid auf die sogenannte Basler Rechtsöffnungspraxis hin und erwog, vor dem Hintergrund des grossen Ermessensspielraums des Gerichts bezüglich die Frage des Bestehens oder Nichtbestehens eines wichtigen Grundes gemäss Art. 337 OR könne nicht von einem offensichtlich haltlosen Einwand der Beschwerdegegnerin gesprochen werden. Massgebend sei die Frage, ob der Beschwerdeführer seine Vertragspflicht verletzt habe, indem sein Verhalten einen wichtigen Grund gemäss Art. 337 OR gesetzt habe, der die erfolgte fristlose Kündigung als gerechtfertigt erscheinen lasse. Der Beschwerdeführer habe diesbezüglich keine liquiden Beweismittel vorbringen können.

Gemäss Art. 82 Abs. 2 SchKG muss der Schuldner seine Einwendungen, welche die Schuldanerkennung entkräften, sofort glaubhaft machen. Bei synallagmatischen Verträgen genügen indes – gemäss der Basler Rechtsöffnungspraxis – für die Bestreitung der ordnungsgemäss erfüllten Gegenleistung reine Behauptungen des Schuldners; es handelt sich dabei um sogenannte «Einwendungen aus dem Vertrag» (STAEHELIN, a.a.O., N 101 und N 106 zu Art. 82 SchKG; STÜCHELI, Die Rechtsöffnung, 342). Der Einwand der Beschwerdegegnerin, sie habe den Beschwerdeführer berechtigterweise fristlos entlassen, stellt jedoch keine Einrede aus dem Vertrag dar, sondern richtet sich gegen den Bestand des Vertrages. Eine derartige Einwendung wird jedoch gleich behandelt wie die Einwendung gegen eine einseitige Schuldanerkennung, d.h. der Arbeitgeber muss die Einwendung, der Lohnanspruch sei infolge Auflösung des Arbeitsverhältnisses entfallen, auch bei einer Schuldanerkennung für einen zweiseitigen Vertrag glaubhaft machen und nicht bloss behaupten (BJM 1980, 89 f.; STAEHELIN, Basler Kommentar, N 106 und N 126 zu Art. 82 SchKG; BRÜGGER, SchKG Gerichtspraxis 1946–2005, N 170 zu Art. 82 SchKG).

bb) Eine Einwendung ist dann glaubhaft vorgetragen, wenn sie vor dem Richter mit liquiden Beweismitteln wahrscheinlich gemacht wird. Der

Richter muss überwiegend geneigt sein, an die Wahrheit der vom Betriebenen geltend gemachten Gründe zu glauben (BRÜGGER, SchKG Gerichtspraxis 1946–2005, N 46 zu Art. 82 SchKG; AMONN/GASSER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 6. Aufl., § 19 N 85; STAEHELIN, a.a.O., N 87 zu Art. 82 SchKG). Dem Richter steht dabei ein grosses Ermessen zu. Der Spielraum des Richters findet seine Grenzen darin, dass er blosser Behauptungen nicht schon genügen lassen darf, auf der anderen Seite jedoch nicht offensichtliche Begründetheit der Vorbringen des Beklagten verlangen kann (STÜCHELI, a.a.O., 350).

Es ist unbestritten, dass die Beschwerdegegnerin dem Beschwerdeführer am 27. Juni 2007 fristlos gekündigt hat. Im Folgenden ist jedoch zu prüfen, ob die Beschwerdegegnerin glaubhaft gemacht habe, dass sie zur fristlosen Kündigung berechtigt war, d.h. es ist in vorläufiger Weise über den wichtigen Grund zu befinden (vgl. MEYER, Die Rechtsöffnung auf Grund synallagmatischer Schuldverträge, 169).

cc) Gemäss Art. 337 Abs. 1 OR kann jede Partei den Arbeitsvertrag aus einem wichtigen Grund fristlos auflösen. Als solcher gilt jeder Umstand, bei dessen Vorhandensein dem Kündigenden nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden darf (Art. 337 Abs. 2 OR). Unzumutbar ist die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses ausschliesslich, wenn das Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien derart gestört ist, dass die sofortige und fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses als einziger Ausweg erscheint. Nach der Rechtsprechung rechtfertigen nur besonders schwere Pflichtverletzungen eine fristlose Entlassung. Es kann sich entweder um eine Verletzung der Treuepflicht oder der Arbeitspflicht handeln (vgl. BGE 130 III 31, 129 III 381 f. und 127 III 353f.).

Mit Schreiben vom 3. Juli 2007 begründete die Beschwerdegegnerin die fristlose Entlassung damit, der Beschwerdeführer habe gegenüber den Mitarbeitern des Unternehmens u.a. grobe Unwahrheiten über die finanzielle Situation des Unternehmens verbreitet. Dies habe zu einer erheblichen Verunsicherung der Mitarbeiter geführt. Im Ergebnis stelle dies einen nicht hinnehmbaren Loyalitätsverstoss dar. Der Beschwerdeführer habe damit gegen die Pflicht, über alle Geschäftsvorfälle und Wahrnehmungen strengste Verschwiegenheit zu wahren, in extrem geschäftsschädigender Weise verstossen.

Die Geheimhaltungspflicht wird in Art. 321a Abs. 4 OR fixiert und ist eine besondere Ausprägung der Treuepflicht; Verletzungen der Treuepflicht können eine ausserordentliche Kündigung rechtfertigen. Zudem haben die Parteien in Ziffer 9 des Arbeitsvertrages die Geheimhaltungspflicht konkretisiert. Fest steht, dass die Beschwerdegegnerin den Beschwerdeführer angefragt hatte, ob er sich an der Firma finanziell beteilige, und dass der Beschwerdeführer ein solches Engagement in der Folge ablehnte. Der Beschwerdeführer bestreitet zwar, Einblick in «alle vertraulichen Firmendaten» gehabt zu haben, anerkennt aber, für die Abklärung einer allfälligen

Beteiligung Unterlagen erhalten zu haben. Es ist anzunehmen, dass der Beschwerdeführer aufgrund der geplanten Beteiligung, aber auch in seiner Funktion als deren Betriebsleiter über die wirtschaftliche Lage der Beschwerdegegnerin informiert war. Der Beschwerdeführer gibt ferner zu, anderen Mitarbeitern, welche ihn bedrängt hätten, gesagt zu haben, er engagiere sich nicht bei seiner Arbeitgeberin. Er vertritt allerdings die Ansicht, die finanzielle Situation der Beschwerdegegnerin sei mehr oder weniger das Tagesgespräch gewesen, und es habe sich daher nicht um ein Geheimnis gehandelt. Die Firma wäre ja verpflichtet gewesen, die Mitarbeiter über die allfällige Gefährdung der Arbeitsplätze zu unterrichten. Es bestehen demnach objektive Anhaltspunkte, dass der Beschwerdeführer mit Mitarbeitern über die wirtschaftliche Situation der Beschwerdegegnerin gesprochen hat. Es erscheint damit auch als wahrscheinlich, dass der Beschwerdeführer mit seinen Aussagen die Geheimhaltungspflicht verletzte.

(...)

dd) Aufgrund einer summarischen Prüfung erscheint nach dem Gesagten als wahrscheinlich, dass das Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien im Zeitpunkt der fristlosen Kündigung zerstört war.

d) Da die Beschwerdegegnerin damit glaubhaft gemacht hat, dass die fristlose Kündigung des Beschwerdeführers berechtigt war, ist die provisorische Rechtsöffnung, im Ergebnis in Übereinstimmung mit der Vorinstanz, zu verweigern. Deren Entscheid kann jedenfalls im Ergebnis nicht als willkürlich bezeichnet werden. Die Rechtsverweigerungsbeschwerde ist daher abzuweisen.

Kantonsgericht St. Gallen, Urteil vom 19. Juni 2008 (Bestätigung des Urteils des Arbeitsgerichts vom 11. Oktober 2007)

OR 328 und 336 I lit. a. Trägt der Arbeitnehmer ein gewisses Mitverschulden am Konflikt mit einem weiteren Arbeitnehmer und fordert er vom Arbeitgeber deshalb dessen Entlassung, hat er keine ihm um seiner Persönlichkeit willen zustehende Forderung erhoben. Die ordentliche Kündigung des Arbeitgebers kann insoweit nicht missbräuchlich sein (E. 3.c/aa, ee). Ebenso wenig liegt eine missbräuchliche Kündigung wegen Verletzung der Fürsorgepflicht vor: Die Anforderungen an die Fürsorgepflicht gehen weniger weit, wenn ein Arbeitnehmer erst kurze Zeit im Betrieb ist. Spricht der Arbeitgeber nach Kenntnisnahme der Spannungen zwischen zwei Mitarbeitern sogleich eine Verwarnung aus, erfüllt er seine Fürsorgepflicht. Der Arbeitnehmer kann sich zudem nicht auf die Verletzung der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers berufen, wenn er selbst die Eskalation des Arbeitskonfliktes provozierte (E. 4.c).

Sachverhalt:

A (der Kläger) arbeitete ab 1. März 2006 bei der Beklagten als Lackierer. Im Laufe des Arbeitsverhältnisses kam es zwischen A und G, einem weiteren Arbeitnehmer der Beklagten, zu Spannungen. Mit Schreiben vom 10. November 2006 machte der Kläger seinen Vorgesetzten E auf das schlechte Arbeitsklima bei der Beklagten aufmerksam. Er nahm dabei Stellung zur Sitzung vom 7. November 2006, in welcher er sich von E diskriminiert behandelt gefühlt habe. Er forderte im erwähnten Schreiben seinen Vorgesetzten auf, sich schriftlich zu entschuldigen. Zudem informierte er ihn über das Arbeitsverhältnis zu G. G habe ihn als «Arschloch», «Verdammtes Arschloch», «Nichtsnutz» und «faulen Hund» bezeichnet. Dies sei E bekannt, ohne dass dieser dagegen einschreiten würde. Mit Schreiben vom 11. November 2006 reagierte E auf das Schreiben von A, indem er G unter Bezugnahme auf ein vorgängiges Gespräch eine Verwarnung aussprach. Dabei machte er ihm klar, es würde nicht angehen, dass sich der Kläger von ihm bedroht fühle, auch wenn dessen Leistungen tatsächlich zu wünschen übrig liessen. Ohne Verbesserung der aktuellen Situation würde daher sowohl ihm als auch dem A gekündigt. Mit einem weiteren Schreiben vom 7. Dezember 2006 orientierte der Kläger E über den gleichentags stattgefundenen Vorfall mit G. Kurz vor Mittag sei er auf G zugegangen und habe sich über einen Terminverzug erkundigt. Ohne ersichtlichen Grund sei G daraufhin ausgerastet und habe ihn über 13 Minuten bedroht und beleidigt. Unter anderem habe er ihm gesagt, er werde ihm das Herz herausreißen und ihn umbringen. Er selbst habe sich entfernt, G habe ihn aber verfolgt und ihm weiterhin gedroht. Er fürchte nun um sein Leben, weshalb er seinen Vorgesetzten auffordere, G unverzüglich vom Arbeitsplatz entfernen zu lassen. Zu seinem Schutz sei es notwendig, G fristlos zu entlassen. Aufgrund dieses Vorfalles wurde zudem ein Strafverfahren gegen G eingeleitet. H, welcher im Strafverfahren als Auskunftsperson einvernommen wurde, machte deutlich, dass der Kläger und G nicht gerade gut miteinander auskamen. Anlässlich seiner Einvernahme gab G zu Protokoll, dass er vom Kläger während Monaten provoziert und teils auch körperlich angegangen worden sei. Die Beschimpfung vom 7. Dezember 2006 sei aber wechselseitig gewesen, was sich mit den Aussagen von H deckt. Mit Schreiben vom 11. Dezember 2006 löste E im Namen der Beklagten das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger auf Ende Januar 2007 auf und stellte ihn per sofort frei. E begründete die ordentliche Kündigung damit, dass sich «solches nicht wiederholen kann und wird». Mit Schreiben vom 21. Dezember 2006 teilte der Kläger seinem Vorgesetzten mit, dass er die Kündigung vom 11. Dezember 2006 als missbräuchlich erachte.

Mit Eingabe vom 29. März 2007 reichte der Kläger beim Arbeitsgericht Klage gegen die Beklagte ein. Er machte geltend, ihm sei missbräuchlich gekündigt worden, weil er ihm zustehende Ansprüche – insbesondere zum Schutz seiner Persönlichkeit – geltend gemacht habe. Daher stehe ihm

eine Entschädigung von Fr. 18 800.– zu. Das Arbeitsgericht wies mit Urteil vom 11. Oktober 2007 die klägerischen Begehren ab.

Aus den Erwägungen:

3.

a) Der Kläger macht in seiner Berufung keinen expliziten Missbrauchstatbestand geltend. Er bringt aber vor, er habe in seinem letzten Schreiben die Beklagte aufgefordert zu handeln, insbesondere Massnahmen zum Schutz seiner Persönlichkeit zu treffen. Der Kläger hat die Beklagte somit auf deren Pflichten gemäss Art. 328 OR hingewiesen. Die vorliegende Kündigung könnte demnach gemäss Art. 336 Abs. 1 lit. a OR missbräuchlich sein, wonach Missbräuchlichkeit zu bejahen ist, wenn eine Partei sie wegen einer Eigenschaft ausspricht, die der anderen Partei kraft ihrer Persönlichkeit zusteht, es sei denn, diese Eigenschaft stehe in einem Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis oder beeinträchtige wesentlich die Zusammenarbeit im Betrieb.

Sofern eine Störung des Betriebsklimas durch eine einzelne Person vorliegt, erübrigt sich nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung grundsätzlich die Beurteilung, ob Charakterzüge und Verhaltensweisen einer Person persönliche Eigenschaften im Sinne von Art. 336 Abs. 1 lit. a OR seien (vgl. BGE 127 III 86 ff., 88). Sind jedoch mindestens zwei Arbeitnehmer in einen Konflikt involviert, verlangt die Fürsorgepflicht gemäss Art. 328 OR zunächst vom Arbeitgeber, zwecks Schutzes der Persönlichkeit der Arbeitnehmer zumutbare Massnahmen zur Entschärfung dieses Konfliktes zu treffen. Zur Beurteilung der Missbräuchlichkeit der Kündigung ist in diesem Fall nur die Frage abzuklären, welche Massnahmen der Arbeitgeber in der vorliegenden Situation ergriffen hat bzw. hätte ergreifen sollen. Sind diese Massnahmen ungeeignet, liegt die alleinige Verantwortlichkeit für die Betriebsstörung beim Arbeitgeber (BGE 4C.253/2001 vom 18.12.2001; vgl. AVR 2002 17 ff., 19 f.).

Wie die Vorinstanz feststellte, war das persönliche Verhältnis zwischen dem Kläger und G auch gemäss übereinstimmender Darstellung der Parteien von Schwierigkeiten und persönlichen Differenzen geprägt. Auch H, welcher im Strafverfahren als Auskunftsperson einvernommen worden war, führte aus, dass die beiden Mitarbeiter nicht gerade gut miteinander auskamen. Es ist davon auszugehen, dass beide Kontrahenten die zwischenmenschlichen Spannungen zu verantworten hatten und in einen Konflikt über längere Zeit involviert waren. Es gilt daher zu prüfen, ob die Beklagte deswegen eine Fürsorgepflicht nach Art. 328 OR traf und sie somit entsprechende Massnahmen zur Entschärfung des Konfliktes hätte treffen müssen.

b) Die Fürsorgepflicht nach Art. 328 OR des Arbeitgebers sieht vor, dass der Arbeitgeber im Arbeitsverhältnis die Persönlichkeit des Arbeit-

nehmers zu achten und zu schützen, auf dessen Gesundheit gebührend Rücksicht zu nehmen und für die Wahrung der Sittlichkeit zu sorgen hat. Der Arbeitgeber hat alle Eingriffe in die Persönlichkeit des Arbeitnehmers zu unterlassen, die nicht durch den Arbeitsvertrag gerechtfertigt sind. Er hat dabei nicht nur eigene persönlichkeitsverletzende Eingriffe zu unterlassen, sondern dem Arbeitnehmer im Rahmen des Arbeitsverhältnisses auch Schutz gegen Dritte zu gewähren, d.h., er hat geeignete Massnahmen gegen persönlichkeitsverletzende Eingriffe durch Vorgesetzte, Mitarbeiter, Kunden und Lieferanten zu ergreifen (vgl. REHBINDER/PORTMANN, a.a.O., Art. 328 OR N 1 ff.). Eine solche Massnahme kann die fristlose Entlassung des fehlbaren Mitarbeiters sein, z.B. wenn dieser massive Drohungen gegen einen Arbeitskollegen ausgesprochen hat (vgl. BGE 127 III 351 ff., 355f.).

c/aa) Aufgrund der beschriebenen Ereignisse vom 7. Dezember 2006 forderte der Kläger die Beklagte auf, G unverzüglich vom Arbeitsplatz entfernen zu lassen, da er um sein Leben fürchte. Zu seinem Schutz sei es notwendig, dass G fristlos entlassen werde. Wie die Vorinstanz zutreffend festhielt, rechtfertigt sich die fristlose Entlassung eines fehlbaren Mitarbeiters als Massnahme der Fürsorgepflicht nur in schwerwiegenden Fällen und bei einseitigem Verschulden. Die fristlose Entlassung eines Arbeitnehmers ist geradezu geboten, wenn ein Arbeitnehmer einen Kollegen verschiedentlich tätlich angegriffen hat und schliesslich Todesdrohungen ausstösst (STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., Art. 328 OR N 8). Die Vorinstanz hielt fest, dass im vorliegenden Fall von einem einseitigen bzw. ausschliesslich von G zu vertretenden Verschulden des Konflikts mit dem Kläger nicht gesprochen werden könne; dies deshalb, weil G im Strafverfahren als Angeschuldigter ausführte, vom Kläger während Monaten provoziert und teils auch körperlich angegangen worden zu sein. Die anschliessende Beschimpfung am 7. Dezember 2006 sei dann aber wechselseitig gewesen. Diese Darstellung deckt sich im Wesentlichen mit den Aussagen von H zum Vorfall. Zuerst hätten die beiden Mitarbeiter über einen Termin gesprochen, worauf der Kläger G mit dem Ellenbogen in die Seite geschlagen habe. Das Ganze sei dann in eine wüste Beschimpfung ausgeartet. Folglich habe der Kläger mit der von ihm geforderten Entlassung seines Arbeitskollegen keine ihm um seiner Persönlichkeit willen zustehende Forderung erhoben. Demzufolge entbehre seine in Aussicht gestellte fristlose Aufkündigung des Arbeitsverhältnisses für den Fall, dass die Beklagte keinen ausreichenden Schutz seiner Person gewährleiste – wofür er die fristlose Entlassung von G als notwendig erachte – einer rechtlichen Grundlage.

(...)

ee) Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass der Vorinstanz zuzustimmen ist, dass den Kläger ein gewisses Mitverschulden am Konflikt vom 7. Dezember 2006 trifft. Eine von der Beklagten gegenüber G ausgesprochene fristlose Entlassung wäre somit kaum zu rechtfertigen ge-

wesen. Folglich hat der Kläger mit der von ihm geforderten Entlassung seines Arbeitskollegen keine ihm um seiner Persönlichkeit willen zustehenden Forderung erhoben.

4.

a) Zu prüfen bleibt, ob der Sachverhalt unter den Missbrauchstatbestand des Art. 336 lit. a OR zu subsumieren sei, was die Vorinstanz unterliess. Von schwerwiegenden Fällen mit einseitig verteiltem Verschulden abgesehen darf der Arbeitgeber einen (allenfalls auch schon länger dauernden) Streit unter Mitarbeitern nicht dadurch beenden, dass er einen von ihnen entlässt, ohne zuvor andere zumutbare Entschärfungsmassnahmen, wie z.B. gemeinsame Gespräche, geeignete Weisungen, Ermahnung beider Konfliktparteien und Versetzungen, getroffen zu haben (REHBINDER/PORTMANN, a.a.O., Art. 328 OR N8). Beendet der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis mit einem Arbeitnehmer, ohne dass er vorgängig zumutbare Entschärfungsmassnahmen getroffen hat, liegt gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung der Tatbestand der missbräuchlichen Kündigung nach Art. 336 OR vor (BGE 4C.253/2001 vom 18.12.2001: vgl. AVR 2002 17ff., 19f).

b) Es ist unbestritten, dass das persönliche Verhältnis zwischen dem Kläger und G von Schwierigkeiten geprägt war, wobei davon auszugehen ist, dass beide Mitarbeiter letztlich die beschriebenen zwischenmenschlichen Spannungen zu verantworten haben. Mit Schreiben vom 10. November 2006 machte der Kläger seinen Vorgesetzten auf das Spannungsverhältnis mit G aufmerksam. Er sei schon wiederholt von G mit groben Schimpfwörtern beleidigt worden, was der Beklagten bekannt sei, ohne dass sie dagegen einschreiten würde. Die Beklagte bringt vor, als Reaktion darauf am 11. November 2006 eine Verwarnung gegenüber G ausgesprochen zu haben. Im entsprechenden Schreiben wird darauf hingewiesen, dass sich der Kläger von ihm hintergangen und bedroht fühle. Obwohl er – der Vorgesetzte – mit den Leistungen des Klägers auch nicht einverstanden sei, könne (gemeint: dürfe) es nicht sein, dass sich der Kläger von ihm bedroht fühle. Sollte sich die Situation nicht verbessern, werde er ihm wie auch dem Kläger kündigen. Der Beklagte führte an der Hauptverhandlung vom 11. Oktober 2007 vor dem Arbeitsgericht aus, dass die Verwarnung ein Indiz dafür sei, dass er hier konkrete Massnahmen ergriffen habe und nicht – wie behauptet – untätig geblieben sei. Zudem hätten wöchentliche Gespräche stattgefunden.

In der Berufung bringt der Kläger vor, dass es sich bei der Verwarnung um ein fragwürdiges Beweismittel handle, da gemäss Informationen des Klägers, G am Tag vor der zweiten Verhandlung in die Geschäftsräumlichkeiten der Beklagten zitiert worden sei. Gegen die Richtigkeit spreche auch, dass die Verwarnung vor der Abholung des ersten Schreibens des Klägers vom 10. November 2006 erstellt worden sein soll. In ihrer Verwarnung gegenüber G erwähnte die Beklagte, dass sich der Kläger von ihm «hintergangen und bedroht» fühle. Der Kläger streicht in seinem Schreiben

vom 10. November 2006 an den Beklagten aber vor allem hervor, dass er von G beleidigt werde. Wäre die Verwarnung demnach erst später verfasst und als Antwort auf das Schreiben des Klägers konstruiert worden, hätte diese einen anderen Inhalt haben müssen. Die Verwarnung ist vielmehr Reaktion auf das am 9. November 2006 stattgefundene Gespräch. Damit ist davon auszugehen, dass die Verwarnung entgegen dem Vorbringen des Klägers tatsächlich ausgesprochen wurde.

Am 7. Dezember 2006 eskalierte schliesslich die bereits angespannte Situation zwischen G und dem Kläger. Der Kläger sah sich veranlasst, diesen Vorfall dem Vorgesetzten zu melden. Er teilte ihm mit, er erachte es als notwendig, dass zu seinem Schutz G fristlos entlassen werde. Mit Schreiben vom 11. Dezember 2006 kündigte E dann das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger. Die Kündigung wurde damit begründet, dass sich «solches nicht wiederholen kann und wird». Die zeitlichen Verhältnisse machen deutlich, dass für die Entlassung des Klägers primär der Vorfall vom 7. Dezember 2006 ausschlaggebend gewesen sein muss.

c) Der Kläger arbeitete rund neun Monate bei der Beklagten, G wurde nach dem Kläger eingestellt. Die beiden arbeiteten demnach nur kurze Zeit zusammen. Die Anforderungen an die Fürsorgepflicht gehen weniger weit, wenn ein Arbeitnehmer erst kurze Zeit im Betrieb ist. Im konkreten Fall hat die Beklagte nach Kenntnisnahme der Spannungen sogleich eine Verwarnung gegen G ausgesprochen. Damit hat sie ihre Fürsorgepflicht gegenüber dem Kläger erfüllt; ein Gespräch zu Dritt, wie vom Kläger verlangt, bedurfte es nicht. G hat danach auch geschildert, wie er versuchte, dem Kläger aus dem Wege zu gehen, damit es nicht zu weiteren Auseinandersetzungen kommt. Zudem kann sich der Kläger nicht auf eine Verletzung der Fürsorgepflicht der Beklagten berufen, wenn er selbst die Eskalation des Arbeitskonfliktes provozierte. Die Eskalation vom 7. Dezember 2006 ist nicht in erster Linie auf die unterschiedlichen Charaktere des Klägers und G bzw. die allgemeine Spannung zurückzuführen, die die Beklagte hätte schlichten müssen, sondern auf eine einseitige tätliche Provokation durch den Kläger, die dieser alleine zu verantworten hat. Der Beklagte hat dann auch seine Verwarnung wahr gemacht und beide Konfliktparteien entlassen.

Nach dem Gesagten ist die von der Beklagten ausgesprochene Kündigung nach Art. 336 lit. a OR nicht missbräuchlich, weshalb die Vorinstanz das Entschädigungsbegehren zu Recht abgewiesen hat.

Kantonsgericht St. Gallen, Urteil vom 23. Juni 2008 (Aufhebung des Entscheids des Gerichtspräsidenten des Kreisgerichtspräsidiums Werdenberg-Sargans vom 23. November 2007)

Für den Aussenseiter stellen die allgemeinverbindlich erklärten Bestimmungen eines Gesamtarbeitsvertrages objektives Zivilrecht dar und nicht – wie im Verhältnis zwischen den Parteien eines Gesamtarbeitsvertrages beziehungsweise der ihm angeschlossenen Mitglieder – vereinbarten Vertragsinhalt. Aussenseiter unterstehen einem allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrag nur für die vom Bundesrat bestimmte Dauer der AVE. Eine Nachwirkung der Allgemeinverbindlichkeit ist somit bei Aussenseitern abzulehnen (E. III. 4.1 und 4.2).

Bei einer Konventionalstrafe handelt es sich um eine indirekt-schuldrechtliche Bestimmung, die eine Partei des Einzelarbeitsvertrags (hier den Arbeitgeber und Aussenseiter) verpflichtet, ohne deren Partner aus dem Einzelarbeitsvertrag (ihre Arbeitnehmenden) zu berechtigen. Berechtigt sind vielmehr die Parteien aus der gemäss Art. 357b OR vereinbarten gemeinsamen Durchführung. Die Möglichkeit zur Durchsetzung gemeinsamer Forderungen erstreckt sich auch auf Ansprüche aus einem früheren LMV unabhängig davon, ob der neue Vertrag nahtlos dem früheren folgte oder vorübergehend ein vertragsloser Zustand bestand (E. III. 4.2 und 5).

Sachverhalt:

Die Kläger waren Vertragsparteien des bis Ende September 2007 gültigen, allgemeinverbindlich erklärten Landesmantelvertrages für das Bauhauptgewerbe (LMV). Die Paritätische Berufskommission (im folgenden kurz: PBK) war gemäss Art. 76 und 79 LMV – die insoweit allgemeinverbindlich erklärt wurden – ermächtigt, den LMV im lokalen Vertragsgebiet zu vollziehen und dabei namentlich in den unterstellten Betrieben Kontrollen über dessen Einhaltung durchzuführen oder durchführen zu lassen sowie gegebenenfalls Sanktionen auszusprechen und Kontroll- sowie Verfahrenskosten zu verlangen. Die Beklagte betreibt im der PBK unterstellten Gebiet eine Baufirma. Sie gehört nicht dem Schweizerischen Baumeisterverband an, und sie hat auch keine Anschlusserklärung zum LMV abgegeben. Im Auftrag der PBK führte die Firma X im Sommer 2006 bei der Beklagten eine Lohnkontrolle über den Zeitraum 1. Januar 2004 bis 31. Dezember 2005 durch. Es ist unbestritten, dass die Beklagte damals darauf verzichtete, die Bestellung eines besonderen, von den Vertragsparteien des LMV unabhängigen Kontrollorgans im Sinne von Art. 6 des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (AVEG) zu verlangen. In ihrem Kontrollbericht vom 17. Juli 2006 stellte die Firma X verschiedene angebliche Verstösse gegen allgemeinverbind-

lich erklärte Bestimmungen des LMV fest (Überschreitung der Jahresarbeitszeit, Vorenthalten der Überstundenentschädigung, Nichtaufführen der Lohnklassen auf den Lohnabrechnungen, Unterschreitung der Mindestlöhne, Nichtabführen der Beiträge an den Vollzugs- und den Bildungsfonds). Gestützt darauf auferlegte die PBK der Beklagten – nachdem diese zum Bericht Stellung genommen hatte – am 14. September 2006 eine Konventionalstrafe von Fr. 7600.– sowie Kontroll- und Verfahrenskosten von Fr. 5157.–.

Die Beklagte anerkannte diese Anordnung der PBK nicht, worauf die Kläger nach erfolglosen Vermittlungsverfahren am 19. Juli 2007 beim Kreisgerichtspräsidium Werdenberg-Sargans Klage erhoben mit dem Begehren, die Beklagte sei zu verpflichten, ihnen Fr. 12 757.– zu bezahlen. Am 23. November 2007 wies der Gerichtspräsident die Klage ab, dies im Wesentlichen mit der Begründung, dem mittlerweile nicht mehr gültigen LMV komme keine Nachwirkung zu. Am 29. Februar 2008 erhoben die Kläger Berufung.

Aus den Erwägungen:

II.

Der Kläger 1 wie auch die Kläger 2 und 3 haben die Rechtsform eines Vereins, womit sie partei- und prozessfähig sind. Soweit die gemeinsame Durchsetzung von Ansprüchen aus dem Gesamtarbeitsvertrag betroffen ist, bilden sie eine einfache Gesellschaft, womit sie im vorliegenden Prozess zu Recht als Streitgenossen auftreten (STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsvertrag, 6. Aufl., N 4 zu Art. 357b OR; Art. 357b Abs. 3 OR; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Kommentar zur Zivilprozessordnung des Kantons St. Gallen, N 1 zu Art. 44 ZPO).

Die PBK hat ebenfalls die Rechtsform eines Vereins. Nach dem Rubrum der Klage- und Berufungsschrift sowie den Ausführungen an der erstinstanzlichen Hauptverhandlung zu schliessen, tritt sie im vorliegenden Verfahren – entgegen dem missverständlichen Hinweis auf Seite 3 der Klageschrift – nicht als Klägerin, sondern als Vertreterin der Tarifparteien auf. Sie lässt sich ihrerseits durch einen Anwalt vertreten, der – nach dem klägerischen Rubrum zu schliessen – zugleich die Kläger 1–3 vertritt.

III.

1.

Der LMV samt Zusatzvereinbarungen war in der hier massgebenden Kontrollperiode wie auch danach bis Ende September 2007 gemäss Art. 1 AVEG allgemeinverbindlich erklärt (vgl. insbesondere Grundbeschluss des Bundesrates vom 10. November 1998 sowie Bundesratsbeschlüsse vom 22. August 2003 und 11. August 2005, abrufbar unter www.seco.admin.ch/themen). Per Ende September 2007 wurde der LMV ... gekündigt. Danach herrschte bis Ende April 2008 ein vertragsloser Zustand. Per 1. Mai 2008 trat ein neuer Landesmantelvertrag (im Folgenden: LMV 2008) in Kraft,

wobei eine Allgemeinverbindlicherklärung zwar angestrebt wird, bis heute aber noch nicht erfolgte (Vereinbarung zwischen den Tarifparteien vom 14. April 2008, Ziffern 6 und 7; Liste der allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsverträge, abrufbar unter www.seco.admin.ch).

2.

Es bestehen keine Zweifel, dass die Beklagte als Bauunternehmung unter den betrieblichen Geltungsbereich des LMV fiel und demnach bis Ende September 2007 als Aussenseiterin den allgemeinverbindlich erklärten Bestimmungen dieses Gesamtarbeitsvertrages unterstand (vgl. Art. 2 LMV). Im Übrigen folgt bereits aus dem in Erw. I.1. [Sachverhalt] Gesagten, dass die PBK ermächtigt war, die Beklagte – die wie erwähnt darauf verzichtete, den Beizug eines unabhängigen Kontrollorgans zu verlangen – einer Kontrolle zu unterziehen sowie gegebenenfalls Sanktionen nach Art. 79 LMV anzuordnen.

3.

Gemäss Art. 357b Abs. 1 OR können die Parteien des Gesamtarbeitsvertrages vereinbaren, dass ihnen gemeinsam ein Anspruch auf Einhaltung des Vertrages gegenüber den Arbeitnehmern und Arbeitgebern zusteht, soweit die in lit. a–c aufgeführten Punkte betroffen sind. Ansprüche, die sich aus einer solchen gemeinsamen Vertragsdurchführung ergeben, stehen von Gesetzes wegen der Vertragsgemeinschaft zu (STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., N 5 Absatz 3 zu Art. 357b OR). Hier haben sich die Kläger in Art. 12 Abs. 2 i.V.m. Art. 75–79 LMV auf eine gemeinsame Durchführung im Sinne von Art. 357b Abs. 1 OR geeinigt. Vorbehältlich der nachfolgenden Erwägungen Ziffer 5 sind sie daher berechtigt, den behaupteten Anspruch gegenüber der Beklagten gemeinsam geltend zu machen. Kontrovers ist in der Literatur und Rechtsprechung, ob und wenn ja unter welchen Voraussetzungen (auch) eine paritätische Berufskommission im eigenen Namen klagen kann (vgl. dazu STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., N 5 zu Art. 357b OR, mit Hinweisen); diese Frage ist hier allerdings ohne Belang, da die PBK wie erwähnt nicht Prozesspartei ist, sondern bloss Vertretungsfunktion inne hat.

4.

Die Vorinstanz ist der Meinung, die Klage sei schon deshalb abzuweisen, weil den Bestimmungen des seit Oktober 2007 nicht mehr gültigen LMV keine Nachwirkung zukomme. Daher fehle es einerseits an der Aktivlegitimation, da diese auch im Urteilszeitpunkt noch gegeben sein müsse (Art. 81 Abs. 2 ZPO). Andererseits gebe es aber auch keine materielle Anspruchsberechtigung mehr. Die vom Bundesgericht (BGE 130 III 19) bestätigte Nachwirkung der normativen Bestimmungen eines Gesamtarbeitsvertrages, wenn die Parteien keine abweichende Vereinbarung getroffen haben, sei im vorliegenden Fall irrelevant, gehe es doch hier einzig um Bestimmungen zur Kontrolle und Durchsetzung des Gesamtarbeitsvertrages, also sogenannt indirekt-schuldrechtliche Bestimmungen.

4.1 Das von der Vorinstanz angesprochene Problem der Nachwirkung stellt sich hier nicht. Die vom Bundesgericht in BGE 130 III 19 bestätigte Nachwirkung kann sich nur im Verhältnis zwischen den Parteien eines Gesamtarbeitsvertrages beziehungsweise der ihm angeschlossenen Mitglieder stellen. Sie beruht nämlich auf der Annahme, dass der während der Geltung des Gesamtarbeitsvertrages geschlossene Einzelarbeitsvertrag nach dem effektiven Vertragswillen der Parteien die Normen des Gesamtarbeitsvertrages zum integrierenden Vertragsbestandteil machte; vorbehaltlich anderer Abrede ändere der Wegfall des Gesamtarbeitsvertrages aber dann auch nichts an diesem Inhalt des Einzelarbeitsvertrages (E. 3.1.2.2). Gegenüber einem Aussenseiter, der lediglich über die Allgemeinverbindlicherklärung an den Gesamtarbeitsvertrag gebunden ist, stellt sich die Situation aber zum Vornherein anders dar. Für den Aussenseiter sind die allgemeinverbindlich erklärten Bestimmungen objektives Zivilrecht und nicht vereinbarter Vertragsinhalt. Aussenseiter unterstehen daher einem allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrag nur für die Dauer von dessen Inkraftsetzung durch den Bundesrat; klafft zwischen dem Ende der alten Inkraftsetzung und dem Beginn der neuen eine Lücke, entfallen für diese Zeit die Gesamtarbeitsvertrags-Pflichten. Eine Nachwirkung der Allgemeinverbindlichkeit wird also abgelehnt (STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., N 12 zu Art. 356b OR, S. 1049 m.w.N.).

Somit ist zu prüfen, ob gegenüber der Beklagten Pflichten aus dem LMV geltend gemacht werden, die den Zeitraum betreffen, als der Vertrag noch in Kraft war.

4.2 Eingeklagt ist eine Konventionalstrafe von Fr. 7600.– und Kontroll- und Verfahrenskosten von Fr. 5157.–. Hierbei handelt es sich um sogenannte indirekt-schuldrechtliche Bestimmungen, da sie eine Partei des Einzelarbeitsvertrages (die Beklagte) verpflichten, ohne deren Partner aus dem Einzelarbeitsvertrag (ihre Arbeitnehmer) zu berechtigen. Berechtigt sind vielmehr die Klägerinnen aus der – gemäss Art. 357b OR vereinbarten – gemeinsamen Vertragsdurchführung (PORTMANN/StÖCKLI, Kollektives Arbeitsrecht, N 238; STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., N 2 zu Art. 357b OR; StÖCKLI, Berner Kommentar, N 3 zu Art. 357b OR und N 102 Absatz 2 zu Art. 356 OR).

Die Vorinstanz verweist sinngemäss auf Art. 2 Abs. 2 StGB, der die Rückwirkung des mildernden Rechts statuiert. Hier geht es aber nicht um eine strafrechtliche Sanktion, sondern um einen Zivilanspruch (vgl. BGE 118 II 528 E. 2a). Die Analogie zum Strafrecht mag auf den ersten Blick nahe liegen wegen der Formulierung des Sanktionsmechanismus in Art. 79 LMV. Dort wird die PBK u.a. berechtigt, eine Konventionalstrafe bis zu Fr. 50 000.– «zu verhängen» und die Neben- und Verfahrenskosten «der fehlbaren Partei aufzuerlegen». Damit wird der Eindruck einer hoheitlichen Entscheidung erweckt, was jedoch nicht zutrifft. Die PBK ist keine öffentlichrechtliche Verwaltungsinstanz mit hoheitlichen Kompetenzen. Sie ist vielmehr eine privatrechtliche Institution sui generis, deren Organkompe-

tenzen durch den Gesamtarbeitsvertrag geregelt werden. Sie hat im Falle der Allgemeinverbindlicherklärung von Gesetzes wegen auch keine schiedsgerichtlichen Kompetenzen (Art. 1 Abs. 3 AVEG). Die rechtsverbindliche Durchsetzung der durch den Gesamtarbeitsvertrag begründeten Ansprüche ist nur auf dem Weg der zivilprozessualen Klage möglich (ZR 1982 Nr. 53 E. 4.2, wobei in diesem Entscheid E. 4.2 a.E. missverständlich festgehalten wird, die Ausfällung einer Konventionalstrafe durch die paritätische Kommission sei direkt durchsetzbar). Die PBK kann somit zwar die ihr vertraglich eingeräumten Kompetenzen wahrnehmen und beispielsweise eine Konventionalstrafe festlegen und die aus der Kontrolle entstandenen Kosten einfordern. Beahlt die Arbeitgeberin diese Beträge jedoch nicht und müssen diese – gegenüber einem Aussenseiter bei den staatlichen Gerichten – eingeklagt werden, so ist die vorgängige «Sanktion» durch die PBK nicht von Bedeutung. Insbesondere ist in Bezug auf die Konventionalstrafe folgendes zu beachten: Eine Konventionalstrafe nach Art. 163 OR ist entweder der Höhe nach zum Voraus durch die Parteien bestimmt (und unterliegt dann allenfalls der richterlichen Herabsetzung gemäss Art. 163 Abs. 3 OR) oder bleibt im Vertrag betragsmässig unbestimmt und wird dann durch das Gericht nach allen massgeblichen Umständen bestimmt (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Schweizerisches Obligationenrecht Bd. II, 8. Aufl., Bern 2003, Rz 4006 m.w.N.). Die Regelung im LMV läuft darauf hinaus, dass eine Partei die Höhe selbständig bestimmen könnte. Das Bundesgericht hat dies in BGE 116 II 302 (E. 4) nicht weiter in Frage gestellt, jedoch festgehalten, dass in einem solchen Fall, wo die Höhe eben nicht durch die Parteien im gegenseitigen Einvernehmen festgelegt wurde und daher eine richterliche Korrektur keinen Eingriff in die Vertragsautonomie bedeutet, jedenfalls keine Zurückhaltung bei der richterlichen Bestimmung angebracht ist.

Massgeblich ist demnach einzig, wann die Beklagte die angeblichen Vertragsverletzungen begangen hat, welche die Konventionalstrafe begründen und zu den Aufwendungen im Zusammenhang mit den Abklärungen führten. Denn nach intertemporalem Recht sind zivilrechtliche Tatsachen, die sich unter der Herrschaft des früheren Rechts ereigneten, grundsätzlich nach diesem zu beurteilen (vgl. Art. 1 Abs. 1 SchlT ZGB und MARKUS VISCHER, Basler Kommentar, N 1 ff. zu Art. 1 SchlT ZGB). Der ganze Kontrollzeitraum fällt nun aber in die Zeit, als der LMV und die Allgemeinverbindlicherklärung noch in Kraft waren.

5.

Eine andere Frage ist, ob die Tarifparteien während der Gültigkeit eines Gesamtarbeitsvertrages entstandene gemeinsame Ansprüche nach seinem Dahinfallen gegenüber Dritten noch geltend machen können, ob sie insoweit also noch aktivlegitimiert sind, obwohl es nunmehr an einer rechtlichen Grundlage für ihr organisatorisches Gefüge fehlt. EUGEN X. HÄENER (Das Arbeitsverhältnis nach der ersatzlosen Beendigung des Gesamtarbeitsvertrages, Untersuchungen zum sog. vertragslosen Zustand, Basler

Studien zur Rechtswissenschaft, Basel/Frankfurt a.M. 1984) vertritt die Auffassung, eine Durchsetzung durch das paritätische Organ sei auch nach Beendigung des Gesamtarbeitsvertrages weiterhin möglich, soweit vor dessen Beendigung fällig gewordene Ansprüche betroffen sind (S. 96 Fn 12, wobei er als Beispiel Vollzugskosten und Solidaritätsbeiträge nennt). Das Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO) scheint diese Meinung zu teilen und geht noch weiter, wenn es in einem Schreiben vom 2. November 2007 die Auffassung vertritt, die paritätischen Kommissionen könnten für Sachverhalte aus der Zeit vor dem Dahinfallen des LMV und der Allgemeinverbindlicherklärung ihre Funktionen weiterhin wahrnehmen. Diese Auffassung – die folgerichtig auch für die hinter den paritätischen Kommissionen stehenden Tarifparteien gelten muss – ist zwar für den Zivilrichter nicht bindend; es besteht aber kein Anlass, davon abzuweichen, zumal – wie das SECO zutreffend festhält – die Rechtssicherheit und Rechtsgleichheit wie auch die zweckentsprechende Verwendung der Vollzugskostenbeiträge nur so gewährleistet sind. Hier kommt hinzu, dass es letztlich nicht bei einem vertragslosen Zustand blieb. Vielmehr trat wie erwähnt per 1. Mai 2008 ein neuer (wenn auch noch nicht allgemeinverbindlich erklärter) LMV in Kraft, dessen Vollzugsbestimmungen sich, soweit hier relevant, mit der früheren Regelung decken (Art. 12 ff. und 75 ff. LMV 2008). Es besteht daher erneut eine rechtliche Grundlage für eine gemeinsame Vertragsdurchführung und damit auch für die gemeinsame Durchsetzung damit zusammenhängender Ansprüche. Dabei muss sich die Möglichkeit, gemeinsame Forderungen durchzusetzen, auch auf Ansprüche erstrecken, die unter dem früheren LMV entstanden sind; dies stünde nämlich ausser Frage, wenn der neue Vertrag nahtlos auf den früheren gefolgt wäre, und es ist nicht ersichtlich, aus welchen Gründen hier allein deshalb, weil vorübergehend ein vertragsloser Zustand herrschte, eine andere Betrachtungsweise gerechtfertigt wäre. Das zur Stellungnahme des SECO Gesagte legt vielmehr das Gegenteil nahe. Unerheblich ist in diesem Zusammenhang, dass bis anhin noch keine Allgemeinverbindlicherklärung des LMV 2008 erfolgte; denn hier treten wie erwähnt die Tarifparteien als Kläger auf, und ihre Berechtigung, gemeinsame Ansprüche geltend zu machen, ergibt sich – nachdem erneut eine Abrede zur gemeinsamen Vertragsdurchführung besteht (Art. 12 Abs. 2 i.V.m. Art. 75 ff. LMV 2008) – schon aus Art. 357b Abs. 1 OR (STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., N 5 Absatz 3 zu Art. 357b OR).

6.

Aus dem Gesagten folgt, dass die Klage weder wegen fehlender Aktivlegitimation noch deshalb abzuweisen ist, weil den massgebenden Bestimmungen des LMV keine Nachwirkung zukommt. Nicht gefolgt werden kann im Übrigen auch dem Standpunkt der Beklagten, die Kläger hätten es versäumt, ihre Klage hinreichend zu substantiieren, weshalb sie auch aus diesem Grund ohne weiteres abzuweisen sei; liest man die Klageschrift nämlich – richtigerweise – in Verbindung mit dem Kontrollbericht und

dem Entscheid der paritätischen Berufskommission, die beide mit der Klageschrift eingereicht wurden und auf die dort auch verwiesen wird, erweist sich dieser Vorwurf als unberechtigt. Daraus wiederum folgt, dass in einem weiteren Schritt zu prüfen ist, ob und wenn ja in welchem Umfang die geltend gemachte Forderung ausgewiesen ist.

7.

Für den Fall, dass die eingeklagte Forderung als solche zu prüfen ist, haben beide Parteien – die Kläger im Sinne eines Eventualantrages – die Rückweisung der Streitsache an die Vorinstanz beantragt. Gemäss Art. 227 Abs. 3 ZPO kann die Berufungsinstanz die Streitsache auf Antrag zur Neuurteilung zurückweisen, wenn die Vorinstanz die Rechtsbegehren nicht vollständig behandelt hat. Gerechtfertigt ist dies vor allem dann, wenn die Parteien andernfalls einen Nachteil erleiden, weil nur eine Instanz über wichtige Sach- und Rechtsfragen entscheidet (LEUENBERGER/UFFERTOBLER, a.a.O., N 3b zu Art. 227 ZPO). Dies wäre hier der Fall, weshalb der erstinstanzliche Entscheid aufzuheben und die Streitsache antragsgemäss im Sinne der Erwägungen zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen ist.

Kantonsgericht St. Gallen, Urteil vom 22. September 2008 (Bestätigung des Urteils des Arbeitsgerichts vom 17. September 2007)

Zur Konkretisierung von OR 328 II können die öffentlichrechtlichen Arbeitsschutzvorschriften, insbesondere diejenigen des Arbeitsgesetzes, des Unfallversicherungsgesetzes mit den dazugehörigen Verordnungen sowie der SUVA-Richtlinien herangezogen werden. Soweit sie konkrete Schutzrechte gewähren, die Inhalt eines Arbeitsvertrags sein könnten, begründen sie für den Arbeitnehmer gemäss OR 342 II zivilrechtliche Ansprüche (E. III.1).

Im Rahmen der haftpflichtrechtlichen Berücksichtigung der Auswirkungen des Schadensereignisses auf die Erwerbsfähigkeit wird zwischen den bereits eingetretenen (sog. temporärer Erwerbsschaden) und den erst in Zukunft eintretenden Folgen (sog. Dauerschaden) unterschieden. Während der Dauerschaden nach OR 42 II von vornherein zu schätzen ist, ist der temporäre Erwerbsschaden konkret zu berechnen. Er besteht in der Differenz zwischen dem ohne Eintritt des haftungsbegründenden Ereignisses erzielbaren Erwerbseinkommen (Valideneinkommen) und dem trotz Erwerbsunfähigkeit noch erzielbaren Erwerbseinkommen (Invalideneinkommen) (E. III.5.b und c).

Sachverhalt:

A war seit dem 29. März 1989 bei der Bauunternehmung B-AG als Hilfsarbeiter angestellt. Am 16. Dezember 2003 erlitt er auf der Baustelle

X einen Arbeitsunfall, als er damit beschäftigt war, längliche rechteckige Schalungselemente zu reinigen, die für das Betonieren von Wänden verwendet werden. Nach der Reinigung wurden die Schalungselemente mit einem Kran zu einer schon teilweise hochgezogenen Betonwand hinbewegt und dort, angelehnt an diese Betonwand, in vertikaler Position abgestellt. Bei diesem Vorgang bestand die Aufgabe von A darin, das jeweilige Schalungselement vom Kran abzuhängen. Dazu kletterte er jeweils am mit sprossenartigen Rippen versehenen Schalungselement hoch und löste die an dessen oberen Ende befestigte Klaue des Krans, damit der Kranführer H diese an der Kette des Krans wieder hinaufziehen konnte. Als er bei einem weiteren Arbeitsgang dabei war, die Klaue abzuhängen, hob der Kranführer den Kranhaken an, so dass sich das Schalungselement bewegte. Wie es im Einzelnen dazu kam, ist umstritten. A verlor jedenfalls deswegen das Gleichgewicht und stürzte vom Schalungselement aus mehreren Metern Höhe auf den Boden hinunter. Aufgrund der erlittenen Verletzungen ist er seither zu 76% arbeitsunfähig und erhält eine volle Invalidenrente. Der Unfallhergang wurde polizeilich aufgenommen. Im Anschluss wurde ein Strafverfahren gegen H durchgeführt, welches schliesslich mit Verfügung des Untersuchungsamtes vom 16. November 2005 aufgehoben wurde.

Am 23. März 2007 erhob A gegen die B-AG beim Arbeitsgericht eine Teilklage auf Zahlung von Fr. 30 000.–. Er stellte sich auf den Standpunkt, der Unfall sei auf die Verletzung arbeitsvertraglicher Schutzpflichten durch die Beklagte zurückzuführen. Ihm seien deswegen ein temporärer Erwerbsausfallschaden im Zeitraum vom 16. Dezember 2003 bis 31. Dezember 2005 und ein dauerhafter Erwerbsausfallschaden im Zeitraum 1. Januar bis 31. Dezember 2006 entstanden. Mit Urteil vom 17. September 2007 wies das Gericht die Klage ab, weil aus seiner Sicht der Beklagten keine Schutzpflichtverletzung angelastet werden kann.

Aus den Erwägungen:

III.

1.

Der Kläger beruft sich zur Begründung seiner Forderung ausschliesslich auf den Arbeitsvertrag. Diesbezüglich ist von der Regelung des Art. 328 OR auszugehen. Nach Art. 328 Abs. 1 OR hat der Arbeitgeber die Persönlichkeit des Arbeitnehmers zu achten und zu schützen und auf dessen Gesundheit gebührend Rücksicht zu nehmen. Gemäss Art. 328 Abs. 2 OR muss der Arbeitgeber zum Schutz von Leben, Gesundheit und körperlicher Integrität des Arbeitnehmers diejenigen Massnahmen treffen, die nach der Erfahrung notwendig, nach dem Stand der Technik anwendbar und den Verhältnissen des Betriebs angemessen sind, soweit es ihm mit Rücksicht auf das einzelne Arbeitsverhältnis und die Natur der Arbeitsleistung billigerweise zugemutet werden kann. In diesem Rahmen sind auch die öffentlich-rechtlichen Arbeitsschutzvorschriften, insbesondere des Ar-

beitsgesetzes und des Unfallversicherungsgesetzes mit den dazugehörigen Verordnungen sowie der SUVA-Richtlinien, zu berücksichtigen (vgl. STREIFF/VON KAENEL, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 6. A., N 6 zu Art. 328). Die öffentlich-rechtlichen Vorschriften können dabei zur Konkretisierung von Art. 328 Abs. 2 OR herangezogen werden. Soweit sie konkrete Schutzrechte gewähren, die Inhalt eines Arbeitsvertrags sein könnten, begründen sie für den Arbeitnehmer nach Art. 342 Abs. 2 OR einen zivilrechtlichen Anspruch (BGE 132 III 257 E. 5.4 und 5.4.5 S. 260 f.). Will ein an der Gesundheit geschädigter Arbeitnehmer vom Arbeitgeber Schadenersatz verlangen, muss er nach allgemeinen Grundsätzen (Art. 97 OR) den Schaden, die Verletzung der Schutzpflicht und den Kausalzusammenhang zwischen Verletzung der Schutzpflicht und Schaden beweisen. Das Verschulden des Arbeitgebers hingegen wird vermutet, dieser kann sich aber exkulpieren. Für Hilfspersonen haftet der Arbeitgeber zudem nach Art. 101 Abs. 1 OR (STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., N 16 zu Art. 328 OR). Besteht die Pflichtverletzung in einer Handlung, so ist der erforderliche Ursachenzusammenhang gegeben, wenn diese nicht weggedacht werden kann, ohne dass der geltend gemachte Schaden ausbliebe (natürliche Kausalität) und die Ursache zudem auch nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung an sich geeignet war, den eingetretenen Schaden zu verursachen (adäquate Kausalität; BGE 132 III 715 E. 2.2. S. 718; BGE 123 III 110 E. 3a S. 112). Soweit die vorgeworfene Pflichtverletzung in einer Unterlassung besteht, muss im Hinblick auf die Kausalität gesagt werden können, dass bei rechtmässigem Verhalten der eingetretene Schaden nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung vermieden worden wäre. Dafür muss eine überwiegende Wahrscheinlichkeit sprechen (hypothetischer Kausalzusammenhang; BGE 115 II 440 ff.; BGE 132 III 305 E. 3.5 S. 311; BSK OR I-WIEGAND, 4. A., N 41 zu Art. 97).

Der Kläger lastet der Beklagten dabei in verschiedener Hinsicht ein vertragswidriges Verhalten an, das für seine Gesundheitsbeeinträchtigung ursächlich sei.

(...)

3.

b) aa) Art. 5 Abs. 1 lit. b Kranverordnung sieht unter dem Titel «Anforderungen an das Bedienungspersonal» unter anderem vor, dass Hebearbeiten mit Kränen nur von Personen durchgeführt werden dürfen, die sich am Arbeitsplatz verständigen können.

Die beiden am Unfallgeschehen beteiligten Arbeitnehmer, der Kranführer H und der Kläger, sagten im Rahmen der polizeilichen Einvernahmen einvernehmlich aus, sie hätten den fraglichen Arbeitsvorgang schon oft zusammen ausgeführt. Grundsätzliche Verständigungsschwierigkeiten sprachlicher Art oder hinsichtlich der Möglichkeit, Handzeichen zu geben, erwähnten sie dabei nicht. Der Kläger erwähnte aber ausdrücklich, man verständige sich je nach Situation durch Handzeichen oder Zurufen. Beide

Beteiligten gaben sodann auch an, Sichtkontakt sowie die Möglichkeit gehabt zu haben, sich sprachlich zu verständigen. Ihre Darstellung unterscheidet sich lediglich darin, dass sich H akustisch, der Kläger aber mit Handzeichen verständigt haben will. Der Kläger wirft dem Kranführer denn auch vor, er habe das Kranseil einfach ohne sein Kommando hochgezogen.

Vor diesem Hintergrund kann ausgeschlossen werden, dass wie vom Kläger behauptet ein grundsätzliches Verständigungsproblem bestand. Indem somit die Beklagte die Unfallbeteiligten zusammenarbeiten liess, versties sie nicht gegen Art. 5 Abs. 1 lit. b Kranverordnung.

(...)

4.

Der Kläger sieht schliesslich eine Pflichtverletzung darin, dass es die Beklagte nicht hätte zulassen bzw. anordnen dürfen, die von ihm erledigte Arbeit in der konkret erfolgten Art und Weise auszuführen. Seiner Meinung nach hätte das Schalungselement aus Gründen der Unfallgefahr nicht als Leiter benützt werden dürfen. Die Beklagte hätte danach darauf insistieren müssen, dass das Abhängen des Kranhakens von einer nebenstehenden Leiter oder gar von einem Gerüst aus vorzunehmen sei. Es sei auch nicht nachvollziehbar, weshalb die Beklagte die Schalungselemente, statt diese umsturz sicher in waagrechter Lage auf den Boden zu stapeln, hochkantig an eine Betonwand habe stellen lassen und damit ein beträchtliches Sturzrisiko in Kauf genommen habe. Bei Einsatz einer Leiter/eines Gerüsts oder horizontalem Lagern wäre das Unfallrisiko praktisch ausgeschlossen worden. Ob aufgrund dieser Vorbringen zum bei der Beklagten offenbar üblichen Arbeitsablauf eine Sorgfaltspflichtverletzung in Betracht fallen könnte, müsste wohl eingehender geprüft werden. Darauf kann an dieser Stelle aber verzichtet werden. Wie sich nachfolgend ergibt, fehlt es im Rahmen der vorliegenden Teilklage ohnehin am Nachweis eines Schadens.

5.

Zu beurteilen sind ausschliesslich die im Rahmen der vorliegenden Teilklage geltend gemachten beiden Schadenpositionen von insgesamt Fr. 27 333.– (...).

a) Im Einzelnen macht der Kläger einen temporären Erwerbsschaden für den Zeitraum vom 16. Dezember 2003 bis 31. Dezember 2005 von Fr. 20 361.– geltend. Dieser entspreche der Differenz zwischen den ausbezahlten Taggeldern und Renten im Vergleich zum versicherten Verdienst. Die Taggelder betrügen 80% und die Renten 90% des versicherten Verdienstes. Er verweist dazu auf die von ihm eingereichte Schadenzusammenstellung. (...)

Die zweite vom Kläger beanspruchte Schadenposition bezeichnet dieser als Dauerschaden. Dieser Dauerschaden bestehe für die Zukunft aus der Differenz von 10% zwischen der erhältlichen IV-Rente und dem Basislohn, unter Berücksichtigung einer jährlichen Lohnerhöhung von 1% zur Abgeltung der Teuerung und eines bescheidenen beruflichen Aufstiegs. Er

beschränkt sich dabei auf die Geltendmachung des Lohnausfalles für das Jahr 2006 und beziffert diesen unter Verweis auf seine Schadenzusammenstellung auf Fr. 6972.–. Die Beklagte stellt sich hier neben ihrer allgemeinen Bestreitung auf den Standpunkt, die Berücksichtigung einer antizipierten Teuerung von einem Prozent pro Jahr sei nicht zulässig.

b) Im Rahmen der haftpflichtrechtlichen Berücksichtigung der Auswirkungen des Schadensereignisses auf die Erwerbsfähigkeit wird zwischen denjenigen Folgen unterschieden, die bereits eingetreten sind (sog. temporärer Erwerbsschaden), und denjenigen, die erst in Zukunft eintreten werden (sog. Dauerschaden). Massgebender Zeitpunkt für die Abgrenzung ist das Urteilsdatum derjenigen kantonalen Instanz, vor welcher noch neue Tatsachen vorgebracht werden können. Der Unterschied zwischen diesen beiden Schadenstypen besteht einmal darin, dass im einen Fall der Schaden grundsätzlich konkret zu berechnen und er im anderen Fall zum Vorneher ein nach Art. 42 Abs. 2 OR zu schätzen ist. Ferner ist der konkret ermittelte temporäre Erwerbsschaden unmittelbare Grundlage des Schadenersatzes, während der Dauerschaden zu kapitalisieren ist. Zu berücksichtigen ist weiter, dass beim temporären Schaden ein Schadenszins ab mittlerem Verfall zwischen schädigendem Ereignis und Urteilszeitpunkt geschuldet ist, während dieser beim Dauerschaden ab dem Urteilszeitpunkt geschuldet ist und bei der Kapitalisierung berücksichtigt wird (BRUNO SCHATZMANN, Invaliditätsbemessung beim Erwerbsschaden, in: Stefan Weber [Hrsg.], Personen-Schaden-Forum 2008, 52 ff., 60 f., mit Hinweisen auf die Praxis; BK-BREHM, N 34 ff. und 51 ff. zu Art. 46 OR).

Angesichts der vom Kläger im Rahmen seiner Teilklage geltend gemachten Schadenpositionen geht es vorliegend ausschliesslich um den temporären Erwerbsschaden.

c) Der temporäre Erwerbsschaden besteht in der Differenz zwischen dem ohne Eintritt des haftungsbegründenden Ereignisses erzielbaren Erwerbseinkommen (Valideneinkommen) und dem trotz Erwerbsunfähigkeit noch erzielbaren Erwerbseinkommen (Invalideneinkommen). Für das Valideneinkommen wird dabei vom Einkommen inklusive Nebenleistungen wie Lohnzulagen und 13. Monatslohn ausgegangen, das der Geschädigte im Zeitpunkt der Verletzung tatsächlich erzielte. Zu berücksichtigen ist sodann die Lohnentwicklung bis zum Urteils- bzw. Rechnungstag (ZK-LANDOLT, N 533 ff. zu Art. 46 OR mit Hinweisen auf die Praxis). In der Regel wird versucht, diese mutmassliche Lohnentwicklung ohne Unfall aufgrund der konkreten Verhältnisse im Einzelfall abzuschätzen (SCHATZMANN, a.a.O., 79). Anders als im Bereich des Dauerschadens ist dabei weiterhin das Bruttoeinkommen massgebend (SCHATZMANN, a.a.O., 85 f. mit Verweis auf BGer 4A_227/2007 vom 26.9.07, E. 3.6.2). Für die Frage der wirtschaftlichen Auswirkungen der Erwerbsunfähigkeit, namentlich bezüglich der Verwertung einer verbleibenden Restarbeitsfähigkeit, ist der sozialversicherungsrechtliche Invaliditätsgrad zu berücksichtigen und nicht grundlos davon abzuweichen. Bei Unselbständigerwerbenden wird im All-

gemeinen von einer generellen Nichtverwertbarkeit von Resterwerbsfähigkeiten von 20% und weniger ausgegangen (ZK-LANDOLT, N 468 und 471 zu Art. 46 OR, mit Hinweisen auf die Praxis). Vom resultierenden Differenzbetrag sind alle bis zum Urteils- bzw. Rechnungstag erbrachten, kongruenten Sozialversicherungsleistungen abzuziehen (ZK-LANDOLT, N 849, 868 und 868 zu Art. 46 OR mit Hinweis auf die Praxis). Damit soll eine Überentschädigung auch im Verhältnis zwischen Haftpflichtrecht und Sozialversicherung vermieden werden (BGE 132 III 321 E. 2.2.1 S. 324; vgl. Art. 72 Abs. 1 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts [ATSG; SR 830.1] [Subrogation der Sozialversicherer]). Der Geschädigte kann somit gegenüber dem Schädiger nur den ungedeckt bleibenden Direktschaden geltend machen (ZK-LANDOLT, N 193, 223 Vorbem. zu Art. 45/46 OR und N 849 zu Art. 46 OR). Zu berücksichtigen ist in diesem Zusammenhang auch die Leistungscoordination zur Vermeidung von Überentschädigungen innerhalb des Systems der beteiligten Sozialversicherungen. Dabei sind bei der vorliegenden Fallgestaltung eines Berufsunfalls koordinationsrechtlich im Prinzip drei verschiedene Zeitperioden zu beachten: Zusammenfallen von UV-Taggeldern und IV-Rente, Zusammenfallen von IV-Rente und UV-Rente sowie Zusammenfallen von Renten aus IV, UV und beruflicher Vorsorge (UELI KIESER, Schweizerisches Sozialversicherungsrecht, Kap. 10 Rz. 210 und Rz. 37). Neben einer IV-Rente ausgerichtete UV-Taggelder sind nach Massgabe von Art. 69 Abs. 2 ATSG zu kürzen. UV-Taggelder betragen bei voller Arbeitsunfähigkeit 80% des versicherten Verdienstes (Art. 17 Abs. 1 UVG). Der versicherte Verdienst entspricht dabei dem letzten vor dem Unfall bezogenen, AHV-pflichtigen Lohn inklusive Kinderzulagen (Art. 15 Abs. 2 UVG i.V.m. Art. 22 Abs. 2 und 3 der Verordnung über die Unfallversicherung [UVV; SR 832.202]). Eine Kürzung erfolgt somit, wenn und soweit die zusammengerechneten Leistungen den mutmasslich entgangenen Verdienst zuzüglich der durch den Versicherungsfall verursachten Mehrkosten und allfälliger Einkommenseinbussen von Angehörigen übersteigen. Dabei erfolgt eine Globalanrechnung, d.h. die Leistungen in der ganzen Zeitperiode zwischen Beginn der Ausrichtung von Taggeldern und dem Übergang zur UV-Rente werden berücksichtigt (BGer U 53/07 vom 18.3.08, E. 3.1 und 3.2 mit Hinweisen). Das mutmasslich entgangene Einkommen entspricht dabei dem haftpflichtrechtlichen Valideneinkommen (vgl. BGE 126 V 93 S. 102 E. 6; SYLVIA LÄUBLI-ZIEGLER, Koordinationsprobleme und Überentschädigung, Personen-Schaden-Forum 2004, 165 ff., 185; THOMAS LOCHER, Grundriss des Sozialversicherungsrechts, 3. A., § 59 Rz. 4; kritisch UELI KIESER, ATSG-Kommentar, N 12 zu Art. 69). Beim Zusammentreffen von IV-Renten und UV-Renten werden letztere nur gekürzt als Komplementärrente ausgerichtet, wobei damit die Differenz zwischen dem Betrag der IV-Rente und 90% des versicherten Verdienstes nach UVG gedeckt wird (Art. 20 Abs. 2 UVG). Als versicherter Verdienst gilt hier der im Jahr vor dem Unfall bezogene Lohn (Art. 15

Abs. 2 UVG). Diesbezüglich gilt somit eine tiefere Überentschädigungsgrenze und kommt die allgemeine Regel von Art. 69 Abs. 2 ATSG nicht zur Anwendung. Gleiches gilt für die nachrangig (Art. 66 Abs. 2 ATSG) zu erbringenden Rentenleistungen aus beruflicher Vorsorge, wobei aber hier auf den mutmasslich entgangenen Verdienst abgestellt wird (Art. 34 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge [BVG; SR. 831.40] i.V.m. Art. 24 Abs. 1 der Verordnung vom 18. April 1984 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge [BVV 2; SR 831.441.1]). Der Begriff des mutmasslichen entgangenen Verdienstes ist analog zu Art. 69 ATSG zu verstehen, und die Überentschädigungsgrenze kann reglementarisch hinaufgesetzt werden (SCHATZMANN, a.a.O., 93, mit Hinweis). Es kann sich hier somit letztlich gesetzlich eine effektiv etwas höhere Überentschädigungsgrenze ergeben, weil nicht auf den versicherten Verdienst abgestellt wird (KIESER, a.a.O., Kap. 10 Rz. 35). Der Anspruch auf allfällige Rentenleistungen aus beruflicher Vorsorge besteht dabei zeitgleich mit dem Anspruch auf die IV-Rente (Art. 26 Abs. 1 BVG). Die Überentschädigungsgrenze von 90% nach UVG und BVG beruht auf der Überlegung, dass der Versicherte nach dem Eintritt des Versicherungsfalles von Sozialversicherungsabgaben weitgehend befreit ist und diese Kosten auf ungefähr 10% des Bruttoeinkommens geschätzt werden (BGE 122 V 306 E. 6b S. 314 f.). Vor diesem Hintergrund wird darauf hingewiesen, dass ein Direktschaden im Bereich des Erwerbschadens in der Regel zu verneinen sei, wenn grundsätzlich eine Leistungspflicht von IV, UV und Vorsorgeeinrichtung Platz greift (so SCHATZMANN, a.a.O., 88 und 94 ff.).

(...)

6.

Die Klage ist damit schon mangels Nachweises eines Schadens abzuweisen, was zur Abweisung auch der Berufung führt.

Kantonsgericht St. Gallen, Urteil vom 22. September 2008 (teilweise Aufhebung des Urteils des Arbeitsgerichts vom 26. März 2008)

OR 321c. Angeordneten oder im Voraus bewilligten Überstunden sind jene gleichgestellt, die der Arbeitgeber nachträglich genehmigt. Eine Genehmigung kann auch stillschweigend erfolgen, indem der Arbeitgeber gegen die Meldung von Überstunden keinen Einspruch erhebt (E. III.3.d).

Gemäss ArGV1 25 II ist der Ausgleich von Überzeitarbeit durch Freizeit innert 14 Wochen vorzunehmen, sofern Arbeitgeber und Arbeitnehmer nicht eine längere Frist vereinbaren, die aber zwölf Monate nicht überschreiten darf. Geht der Arbeitnehmer bei seinen eigenen

Berechnungen implizit von einer 12-monatigen Kompensationsfrist aus, ist er darauf zu behaften (E. III.3.f.bb).

Sachverhalt:

Der Kläger arbeitete von 1. Mai 2006 bis 30. April 2007 bei der Beklagten. Nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses forderte er die Beklagte auf, ihn für Überstunden- und Überzeitarbeit zu entschädigen. Nachdem die Parteien keine Einigung erzielen konnten, erhob der Kläger am 5. Februar 2008 beim Arbeitsgericht Klage auf Zahlung von Fr. 11 698.– für Überstunden- und Überzeitarbeit. Das Arbeitsgericht sprach ihm mit Urteil vom 26. März 2008 Fr. 3117.50 zu und wies im Übrigen die Klage ab.

Aus den Erwägungen:

III.

3.

d) Die Beklagte behauptet in der Berufungsantwort/Anschlussberufung, dem Kläger sei bereits bei der Einstellung mitgeteilt worden, Überstunden seien «bewilligungspflichtig»; während der gesamten Anstellungsdauer habe sie ihm aber nie eine dahingehende Bewilligung erteilt oder Überstunden angeordnet. Dem ist entgegenzuhalten, dass nach einheitlicher Auffassung und insbesondere auch nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts angeordneten oder im Voraus bewilligten Überstunden jene Überstunden gleichgestellt sind, die der Arbeitgeber nachträglich genehmigt, wobei eine solche Genehmigung auch stillschweigend erfolgen kann, indem er gegen die Meldung von Überstunden keinen Einspruch erhebt (Entscheid des Bundesgerichts vom 15. September 1992 in: JAR 1994, 140; SENTI, a.a.O., 378; BRÜHWILER, a.a.O., N 12b zu Art. 321c OR; STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., N 10 zu Art. 321c OR). Hier hat die Beklagte in ihrem Schreiben an den klägerischen Rechtsvertreter vom 8. Januar 2008 wie erwähnt anerkannt, dass ihr der Kläger allmonatlich auf einer von ihm selbst entworfenen Tabelle die geleisteten Arbeitsstunden mitgeteilt hat und sich die entsprechenden Stundenaufschriebe mit jenen in den Tabellen kläg. act. I/6 Blatt 2 ff. decken. In der Berufungsantwort/Anschlussberufung macht sie zwar geltend, sie habe dem Kläger die fraglichen Tabellen «als nicht akzeptiert zurückgegeben», womit sie offenbar dem Vorhalt entgegentreten will, sie habe die geleisteten Überstunden zumindest nachträglich genehmigt. Sie versäumt es allerdings, Beweismittel zu nennen, welche diese – im Berufungsverfahren erstmals aufgestellte und vom Kläger bestrittene – Behauptung stützen könnten. Nicht aussagekräftig ist in diesem Zusammenhang insbesondere die als «Beilage B 2.1» eingereichte Kopie der Stundenerfassung des Monats Februar 2007, die den handschriftlichen Vermerk trägt: «Kann nicht kontrolliert werden siehe

Zusatz Vertrag keine Stunden bewilligt monatlich». Dass dem Kläger die fragliche Tabelle tatsächlich in diesem Sinne zurückgegeben wurde, ergibt sich aus diesem Beweisstück nicht, und es vermag erst recht nicht nachzuweisen, dass die Beklagte die klägerischen Stundenaufschriebe generell zurückgewiesen hätte. Auch andere einschlägige Beweismittel sind nicht ersichtlich. Insbesondere schweigt sich die Beklagte darüber aus, von wem und in welcher Form die Abrechnungen jeweils zurückgewiesen wurden, womit es zum Vornherein an Ansatzpunkten für eine entsprechende Zeugenbefragung fehlt. Im Ergebnis ist bei dieser Beweislage davon auszugehen, dass die Beklagte gegen die vom Kläger gemeldeten Überstunden keine Einwendungen erhob und diese somit stillschweigend akzeptierte, womit sie angeordneten Überstunden gleichzusetzen sind.

e) Hinweise, dass der Kläger nachträglich auf eine Entschädigung der Überstundenarbeit verzichtet hätte, liegen – entgegen dem sinngemässen Standpunkt der Beklagten – nicht vor: Soweit er die ersten sechs Lohnabrechnungen unterzeichnete, ist seitens der Beklagten unbestritten geblieben, dass dies im Hinblick auf die Einarbeitungszuschüsse der Arbeitslosenkasse erfolgte; ein Verzicht auf die Entschädigung von Überstunden kann daraus nicht hergeleitet werden. Auch dass der Kläger die Überstundenentschädigung erst mit Verzögerung verlangte, kann ihm nicht zum Nachteil gereichen. Denn das blosses Zuwarten mit der Geltendmachung von Überstundenentschädigungen ist kein Rechtsmissbrauch, und eine Verwirkung wegen verzögerter Geltendmachung darf nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts nur angenommen werden, wenn zum Zeitablauf weitere Umstände hinzutreten, die den Vorwurf rechtfertigen, der Arbeitnehmer setzte sich zu seinem früheren Verhalten in einen unvereinbaren Widerspruch (vgl. STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., N 10 zu Art. 321c OR, mit Hinweisen auf die Rechtsprechung). Solche zusätzlichen Umstände sind hier nicht ersichtlich. Insbesondere kann dem Kläger angesichts der unklaren und auslegungsbedürftigen Vertragslage nicht zum Nachteil gereichen, dass er bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses offenbar zunächst von einer anderen Überstundenberechnung ausgegangen ist.

f) aa) Bei einem Jahresgehalt von brutto Fr. 71 500.– und einer wöchentlichen Arbeitszeit von 42 Stunden ergibt sich – folgt man der (unbestrittenen) Berechnungsweise des Klägers – ein Bruttostundenlohn von Fr. 32.74 (52 Wochen $\times$ 42 Stunden = 2184 Stunden; Fr. 71 500.– $\div$ 2184 Stunden = Fr. 32.74). Nachdem die Parteien den in Art. 321c Abs. 3 OR vorgesehenen Überstundenzuschlag schriftlich wegbedungen haben, berechnet sich demnach eine Überstundenentschädigung von Fr. 2725.60 (83.25 Stunden $\times$ Fr. 32.74).

bb) Der Kläger vertritt den Standpunkt, für ihn habe gemäss Art. 9 Abs. 1 lit. a ArG eine gesetzliche Höchstarbeitszeit von 45 Stunden gegolten. Die erbrachte Überstundenarbeit sei daher teilweise auch Überzeitarbeit gewesen, und insoweit stehe ihm gemäss Art. 13 ArG zwingend eine zuschlagspflichtige Entschädigung zu. Dem ist zunächst entgegenzuhalten,

dass die Höchstarbeitszeit von 45 Stunden nur für «Arbeitnehmer in industriellen Betrieben» im Sinne von Art. 5 ArG sowie für «Büropersonal, technische und andere Angestellte, mit Einschluss des Verkaufspersonals in Grossbetrieben des Detailhandels» gilt (Art. 9 Abs. 1 lit. a ArG; GEISER/VON KAENEL/WYLER, Arbeitsgesetz, N 31 ff. zu Art. 9 ArG); für «alle übrigen Arbeitnehmer» gilt gemäss Art. 9 Abs. 1 lit. b ArG eine Höchstarbeitszeit von 50 Stunden. «Technische und andere Angestellte» im Sinne von Art. 9 Abs. 1 lit. a ArG sind Arbeitnehmer, die ihre Arbeit vorwiegend im Büro oder in büroähnlichen Berufen erbringen und in erster Linie sogenannte «Kopfarbeit» leisten, dies im Gegensatz zu den vorwiegend handwerklich oder manuell beschäftigten «übrigen Arbeitnehmern» im Sinne von Art. 9 Abs. 1 lit. b ArG (vgl. Wegleitung des SECO zum Arbeitsgesetz, zu Art. 9 Absatz 1 Buchstaben a und b; GEISER/VON KAENEL/WYLER, a.a.O., N 32 f. und 36 zu Art. 9 ArG). Der Kläger erbrachte seine Arbeitsleistung offensichtlich nicht in einem industriellen Betrieb im Sinne von Art. 5 ArG. Im Übrigen mag er zwar teilweise auch administrative Aufgaben wahrgenommen haben; nach dem im Arbeitsvertrag und im Arbeitszeugnis umschriebenen Pflichtenheft zu schliessen, stand indes die manuelle und körperliche Tätigkeit im Vordergrund, womit für ihn gemäss Art. 9 Abs. 1 lit. b ArG eine wöchentliche Höchstarbeitszeit von 50 Stunden galt. Diese Höchstarbeitszeit wurde im Falle des Klägers zwar in einzelnen Wochen überschritten. Doch fällt in Betracht, dass Überzeitarbeit nicht entschädigungspflichtig ist und insbesondere auch der Zuschlag entfällt, wenn sie innert angemessener Frist durch Freizeit von gleicher Dauer ausgeglichen wird (Art. 13 Abs. 2 ArG). Gemäss Art. 25 Abs. 2 ArGV 1 beträgt diese Frist grundsätzlich 14 Wochen; doch können die Parteien eine längere Frist vereinbaren, die indes 12 Monate nicht überschreiten darf. Hier geht der Kläger in seiner eigenen Berechnung implizit von einer 12-monatigen Kompensationsfrist aus, wobei er zu behaften ist. Bei einer Höchstarbeitszeit von 50 Stunden pro Woche bzw. 10 Stunden pro Tag ergibt sich – wenn man die Ferien- und Krankheitstage ausklammert – eine jährliche Höchstarbeitszeit von 2210 Stunden (221 Tage [nämlich: 251 Arbeitstage minus 20 Ferientage minus 10 Krankheitstage] × 10 Stunden). Effektiv hat der Kläger wie oben dargelegt 2142.15 Stunden gearbeitet, womit über das ganze einjährige Arbeitsverhältnis betrachtet keine Überzeit verbleibt und ein entsprechender Entschädigungsanspruch entfällt (vgl. Art. 13 Abs. 2 ArG).

g) Im Ergebnis hat somit die Beklagte den Kläger für geleistete Überstunden mit Fr. 2725.60 zu entschädigen.

Kanton Thurgau

Obergericht des Kantons Thurgau, Urteil vom 18. November 2008, in: causa sport 2/2009, 176 ff.

Ein Trainer im Amateurfussballbereich ist nicht verpflichtet, im Falle der Entlassung Ausfälle aus dem entgeltlich verrichteten Amt im Freizeitbereich durch Ausdehnung der Hauptberufstätigkeit zu kompensieren. Zudem ist ein solcher Trainer für die Zeit des laufenden Vertrages nicht verpflichtet, eine Tätigkeit in einer unteren Liga anzunehmen; er darf sich bei der Suche nach einer neuen Stelle mit einer solchen auf der gleichen Stufe begnügen (E. 2.b und c).

Sachverhalt:

Der Kläger betätigte sich im Nebenamt als Trainer der Fussballmannschaft des FC X. im nicht-professionellen Fussball. Sein bis 30. Juni 2008 befristeter Arbeitsvertrag sah neben einem Lohnanspruch von 10 × monatlich Fr. 2000.– die Vergütung detailliert aufzuführender Spesen gemäss quittierten Belegen im Maximum von 10 × monatlich Fr. 1800.– vor. Die Spesen wurden durch den Arbeitgeber ohne Abrechnung und Belege des Arbeitnehmers monatlich jeweils in voller maximaler Höhe ausbezahlt.

Im Mai 2007 kündigte der Arbeitgeber den Trainervertrag fristlos. Im Zuge dieser Kündigung war die Höhe der dem Kläger noch zustehenden Lohnzahlungen sowie eine allfällige Strafzahlung gemäss Art. 337c Abs. 3 OR streitig. Die Vorinstanz stellte die Rechtswidrigkeit der Kündigung fest und erkannte unter Verweis auf die klägerische Schadenminderungspflicht auf einen Lohnanspruch von Fr. 12 000.– zuzüglich noch nicht bezahlter Spesen für den Monat April sowie eine Strafzahlung in Höhe eines Monatssalärs, insgesamt auf einen Betrag von Fr. 15 800.–; die im Arbeitsvertrag postulierten Spesen qualifizierte das Bezirksgericht als echte Spesen und somit für die Zeit nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht geschuldet.

Die hiergegen gerichtete Berufung des Klägers wurde vom Obergericht des Kantons Thurgau teilweise gutgeheissen und der Beklagte verpflichtet, dem Kläger Fr. 42 200.– zuzüglich Zins zu bezahlen. Der Beklagte wurde für berechtigt erklärt, bei Nachweis der Bezahlung auf den Betrag von Fr. 34 600.– die Sozialabgaben in Abzug zu bringen.

Aus den Erwägungen:

1.

a) Gemäss Art. 337 Abs. 1 OR können der Arbeitgeber wie der Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis 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 (Art. 337 Abs. 2 OR). Über das Vorhandensein solcher Umstände entscheidet der Richter nach seinem Ermessen (Art. 337 Abs. 3 OR).

b) Die Vorinstanz erachtete die vom Arbeitgeber ausgesprochene fristlose Kündigung als nicht gerechtfertigt. Da dieser Punkt im Berufungsverfahren von keiner der Parteien beanstandet wurde, ist diesbezüglich vollumfänglich auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz zu verweisen. Unbestritten ist zudem, dass dem Arbeitnehmer für April 2007 der Lohn von Fr. 2000.– und eine Spesenentschädigung von Fr. 1800.– zusteht.

2.

a) Entlässt der 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 beendet worden wäre (Art. 337c Abs. 1 OR). Gemäss Art. 337c Abs. 2 OR muss sich der Arbeitnehmer daran anrechnen lassen, was er infolge der Beendigung des Arbeitsverhältnisses erspart hat und was er durch anderweitige Arbeit verdient oder zu verdienen absichtlich unterlassen hat.

b) Richtig führte die Vorinstanz aus, dass der Vertrag durch ordentliche Kündigung erst per Ende Juni 2008 hätte aufgelöst werden können und der Arbeitnehmer Anspruch auf Lohnzahlungen bis zu diesem Termin habe. Der Vorinstanz kann aber insofern nicht gefolgt werden, als sie ausführte, dem Berufungskläger sei es zuzumuten gewesen, seinen Haupterwerb als Versicherungsberater auszudehnen, um die Einkommenseinbusse zu kompensieren, weshalb der FC X. nur Lohn von Fr. 10 000.– zu bezahlen habe: Einerseits bekleidet der Berufungskläger in seiner Tätigkeit als Versicherungsberater eine Vollzeitstelle; es kann ihm nicht zugemutet werden, diese Tätigkeit auf mehr als 100% auszudehnen. Andererseits ist die Hauptberufstätigkeit des Berufungsklägers völlig anders gelagert als die Nebenbeschäftigung. Letztere ist eine zufolge der Flexibilität im Hauptberuf ermöglichte «Freizeitbeschäftigung» wie etwa der Einsitz in einer politischen Behörde, die Tätigkeit als Prüfungsexperte oder die entgeltliche Beschäftigung in einer privaten Organisation. Kommt es bei einer solchen Nebentätigkeit zu arbeitsrechtlichen Unkorrektheiten, sind diese unabhängig vom ausgeübten Hauptberuf zu sanktionieren. Niemand ist verpflichtet, Ausfälle in einem entgeltlich verrichteten Amt im Freizeitbereich mit einer Ausdehnung seiner Hauptberufstätigkeit zu kompensieren.

c) Auch eine Aufrechnung eines hypothetischen Ersatzeinkommens für eine andere Trainerstelle hat hier nicht zu erfolgen. Zunächst ist nicht erwiesen, dass überhaupt in der fraglichen Zeit Trainerstellen zu besetzen waren, für welche der Berufungskläger in Frage gekommen wäre; die einzige von der Berufungsbeklagten aufgeführte angeblich offene Stelle beim FC W. ist nicht massgebend, da die Stelle zu besetzen war, bevor die Kündigung ausgesprochen worden war. Ferner ist der Ansicht der Vorinstanz, der Berufungskläger hätte zumindest für eine Übergangszeit eine Trainerstelle in einer tieferen Liga übernehmen müssen, nicht zu folgen, da eine Tätigkeit in einer unteren Liga nicht als zumutbar erscheint. Auch hier besteht ein Unterschied zwischen der «Freizeitstätigkeit» des Berufungsklägers und einer normalen Berufstätigkeit: Während bei einer Berufstätigkeit, bei welcher in der Regel der Arbeitslohn eine vorrangige Bedeutung hat, nach einer gewissen Zeit ohne weiteres auch eine erheblich schlechter bezahlte Stelle als zumutbar erscheinen mag (JAR 1984 S. 195), so steht bei der Tätigkeit als Trainer eines Erstliga-Teams das Prestige-Element im Vordergrund. Der Berufungskläger durfte sich während des laufenden Vertrags mit der Suche nach einer Trainerstelle auf der gleichen Stufe begnügen und musste keine Tätigkeit in den unteren Ligen annehmen.

d) Zusammenfassend hat der Berufungsbeklagte dem Berufungskläger somit den Lohn bis zum Ende des befristeten Arbeitsverhältnisses zu bezahlen. Nachdem grundsätzlich jeweils im Juni und Dezember keine Lohnzahlungen erfolgten, beträgt die zu entschädigende Lohneinbusse Fr. 22 000.–.

3.

a) Die Vorinstanz erwog, die Spesen von Fr. 18 000.– seien nicht zu ersetzen, da es sich dabei auf Grund der erheblichen Fahrzeiten und -kosten um echte Spesen gehandelt habe.

b) Die Parteien vereinbarten im Arbeitsvertrag vom 10. Januar 2006, dem Berufungskläger würden «monatliche Spesen (detailliert aufzuführen) gemäss quitierten Belegen, jedoch im Maximum von Fr. 1800.– × 10» ausbezahlt. Entgegen der Ansicht der Vorinstanz muss es sich dabei – entgegen dem Wortlaut im Vertrag – zumindest teilweise um einen verdeckten Lohnbestandteil gehandelt haben. Unbestritten ist, dass dem Berufungskläger immer der im Vertrag vereinbarte Maximalbetrag von Fr. 1800.– ausbezahlt wurde. Obwohl der Berufungsbeklagte in schwerwiegenden finanziellen Schwierigkeiten steckte, verlangte dieser vom Berufungskläger die im Vertrag ausdrücklich geforderten Belege nicht. (...) Auch das Argument, der Berufungsbeklagte habe vom Berufungskläger nur deshalb keine quitierten Belege und keine Detaillierung der Spesen verlangt, weil allein die Fahrkosten zwischen W., dem Wohnort des Berufungsklägers, und X. die Spesen von Fr. 1800.– überschritten hätten, ist nicht stichhaltig, da normalerweise für die Fahrt an den Arbeitsort keine Spesen ausgerichtet werden (STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsvertrag, 6. A., Art. 327a OR N 2; STAEHELIN/VISCHER, Zürcher Kommentar, Art. 327a

OR N 2) und eine gegenteilige Abmachung nicht ersichtlich ist. Ob die Spesen von der Steuerbehörde als solche anerkannt wurden, ist für die hier zu entscheidende Frage nicht massgebend, weshalb auf die Edition der Steuerbelege verzichtet werden kann.

c) Da die Spesen einen Lohnbestandteil darstellten, sind auch diese bis zum Ende des befristeten Arbeitsverhältnisses zu bezahlen, was Fr. 19 800.– ausmacht.

4.

a) Von der Entschädigung kommen die Einsparungen in Abzug. Dazu gehören etwa die wegfallenden Kosten für den Arbeitsweg, Essenskosten oder Kosten für Berufskleider (STREIFF/VON KAENEL, Art. 337c OR N 6; STAEHELIN/VISCHER, Art. 337c OR N 12; REHBINDER, Berner Kommentar, Art. 337c OR N 5).

b) Neben Freundschafts- und Meisterschaftsspielen finden in einer Erstliga-Mannschaft durchschnittlich drei bis vier Trainings statt, an welchen der Berufungskläger grundsätzlich teilzunehmen hatte. Der Berufungskläger, welcher in W. wohnt, hatte somit – auch wenn er sich teilweise die Arbeit mit seinem Assistenztrainer teilte – mindestens dreimal pro Woche von seinem Wohnort nach X. oder direkt zu den Auswärtsspielen zu fahren. Diese Kosten fielen nach der Kündigung ebenso weg wie Aufwendungen für Telefongespräche oder allfällige Portokosten. Das Obergericht geht davon aus, dass der Berufungskläger durch den Wegfall seiner Trainingstätigkeit monatlich zumindest Fr. 1000.– einsparte, wobei bereits berücksichtigt wurde, dass er allenfalls in gewissen Fällen Termine mit seinen Versicherungskunden so absprechen konnte, dass er kürzere Strecken zurückzulegen hatte.

c) Zusammenfassend hat der Berufungsbeklagte dem Berufungskläger somit für den Zeitraum von Mai 2007 bis Juni 2008 eine Entschädigung von Fr. 30 800.– zu bezahlen (Lohn Fr. 2000.– + Pauschalspesen Fr. 1800.– ./- Einsparungen Fr. 1000.– $\times$ 11).

5.

a) Art. 337c Abs. 3 OR sieht als Sanktion bei ungerechtfertigter fristloser Kündigung durch den Arbeitgeber eine Entschädigung von maximal sechs Monatslöhnen vor. Diese hat sowohl Strafcharakter als auch Genugtuungsfunktion und soll die durch die ungerechtfertigte fristlose Kündigung erlittene Persönlichkeitsverletzung des Arbeitnehmers abgelden. Sie hat sich entscheidend nach der Strafwürdigkeit des Verhaltens des Arbeitgebers, der Schwere der Persönlichkeitsverletzung, dem Mass der Widerrechtlichkeit der fristlosen Entlassung, der finanziellen Situation der Parteien und der Schwere eines Mitverschuldens des Arbeitnehmers zu richten. In aller Regel ist eine Entschädigung geschuldet. Nur wenn ausserordentliche Umstände vorliegen, die trotz ungerechtfertigter fristloser Kündigung keine Strafzahlung zu Lasten des Arbeitgebers rechtfertigen, kann sie verweigert werden (BGer vom 24. September 2007, 4A_208/2007 Erw.4.1).

b) Die Vorinstanz erachtete eine Strafzahlung von einem Monatslohn als angemessen. Sie erwog, der Berufungsbeklagte habe die fristlose Kündigung ausgesprochen, weil er glaubte, eine Freistellung des Berufungsklägers nicht bezahlen zu können. Die finanzielle Einbusse des Berufungsklägers habe sich in einem bescheidenen Rahmen bewegt, da der Trainerlohn nur einen kleinen Teil seines Einkommens ausgemacht habe. Die vorzeitige Auflösung von Trainerverträgen sei im «Fussballgeschäft» zudem nichts Ungewöhnliches. Eine schwere Persönlichkeitsverletzung des Berufungsklägers, welcher die Gepflogenheiten aus seiner langjährigen Verwurzelung im Fussballgeschäft gekannt habe, sei daher nicht anzunehmen. Schliesslich sei festzustellen, dass er die Unstimmigkeiten bis zu einem gewissen Grad mitzuverantworten habe. Der Ton seiner E-Mails sei nicht immer als besonders verbindlich zu beurteilen.

c) aa) Das Verschulden des Berufungsbeklagten an der fristlosen Kündigung muss im Zusammenhang mit der damaligen finanziellen und sportlichen Situation des Vereins betrachtet werden. (...) Gegen Ende der Saison 2006/2007 befand sich der FC X. (...) in einem sportlichen und finanziellen Tief und musste damit rechnen, gegen den Abstieg in die zweite Liga kämpfen zu müssen. Zudem musste der FC X. bereits für die Saison 2005/2006 einen Verlust von Fr. 24 829.– verbuchen.

bb) In der fristlosen Kündigung vom 4. Mai 2007 wurde ausgeführt, das Vertrauensverhältnis zwischen dem Berufungskläger und dem Verein sei durch Handlungen und Äusserungen «seit Freitag, dem 27.04.2007 unheilbar zerrüttet», wobei sich der Berufungskläger durch die Weigerung der Vorlage eines Massnahmenpakets klar und deutlich gegen eine berechnete Forderung und Weisung des Vereins als Vorgesetztem gestellt habe. Es ist offensichtlich, dass das Ziel des Berufungsbeklagten für die Besprechung vom 27. April 2007 in der Unterzeichnung eines Pflichtenhefts bestand. Im Gegensatz zum Arbeitsvertrag, in welchem dem Berufungskläger die Hauptverantwortung über das Erstliga-Team zugesichert worden und festgehalten worden war, sämtliche für die erste Mannschaft relevanten Kompetenzen lägen allein beim Trainer, wurde nun im Pflichtenheft geregelt, der Trainer arbeite mit seiner Mannschaft, um die mit dem Sportchef vereinbarten Ziele zu erreichen; Sportchef und Trainer erarbeiteten gemeinsam die Zielsetzungen für die jeweilige Saison zuhause des Vorstands und legten dar, mit welchem Konzept dies erreicht werden solle. Dieses Arbeitspapier sei mit dem Vorstand zu diskutieren und von diesem zu genehmigen. Damit wäre die im Arbeitsvertrag geregelte umfassende Kompetenz des Trainers in Bezug auf die erste Mannschaft zugunsten des Sportchefs eingeschränkt worden. Weiter hätte sich der Berufungskläger mindestens einmal pro Woche mit dem Sportchef treffen müssen. Nach der Weigerung des Berufungsklägers, das Pflichtenheft zu unterzeichnen, verlangte der Berufungsbeklagte am 2. Mai 2007, der Berufungskläger habe bis zum 3. Mai 2007, 12.00 Uhr, ein «Massnahmenpaket von ca. einer A4 Seite mit den vier bis fünf wichtigsten Sofortmassnahmen» zu erstellen.

Ob der Berufungsbeklagte angesichts der umfassenden Kompetenzen des Berufungsklägers im Trainervertrag überhaupt befugt war, ein derartiges «Arbeitspapier» zu verlangen, kann schon deshalb offen bleiben, weil die gesetzte Frist von zwölf Stunden, davon mindestens die Hälfte Nachtruhe, völlig unrealistisch war. (...) Dass der Berufungskläger auf die innert der gesetzten Frist gar nicht zu bewerkstelligende Aufgabe hin einen Rechtsanwalt einschaltete, war die legitime Reaktion auf die ungerechtfertigte Forderung des Berufungsbeklagten.

cc) Allerdings ist nicht zu übersehen, dass seitens des Berufungsklägers nicht einmal behauptet wird, er habe in seiner Funktion als Trainer in jener «schrecklichen Zeit» des drohenden Liga-Abstiegs auch nur eine Sondermassnahme zur Vermeidung dieses Liga-Abstiegs getroffen. Das verzweifelte E-Mail des Vizepräsidenten vom 30. März 2007, worin dieser den Berufungskläger ersuchte, ihm «zu helfen, den Verein am Leben zu erhalten», wurde vom Berufungskläger gleichentags dahingehend beantwortet, er werde den Trainervertrag «professionell erfüllen, solange der Verein den Spielbetrieb aufrecht erhält und seine finanziellen Verpflichtungen gegenüber der Mannschaft und dem Staff erfüllt». Eigeninitiative, um den Liga-Abstieg und damit den Sponsorenverlust zu vermeiden, ist nicht ersichtlich und wurde auch nicht behauptet. Spätestens nach dem Gespräch vom 27. April 2007, als der Berufungskläger das ihm unterbreitete Pflichtenheft wegen der Einschränkungen in seinen arbeitsvertraglichen Kompetenzen nicht unterschreiben wollte, hätte es die akute Notsituation aber geboten, zusätzliche Anstrengungen zum Ligaerhalt zu entfalten. Die einzige ausgewiesene Aktivität bestand in dem im Protokoll vom 2. Mai 2007 erwähnten Angebot, gegen eine Entschädigung vom Fr. 18 000.– sofort als Trainer zurückzutreten. Dieses Angebot – als Reaktion auf das Auftauchen eines neuen Sportchefs als «direkten Vorgesetzten» gemäss Pflichtenheft – kann zwar entgegen der Ansicht des Berufungsbeklagten nicht als Pflichtverletzung gewertet werden – derartige Freistellungen sind gerichtsnotorisch im Fussballgeschäft üblich, wenn eine Mannschaft ein «sportliches Zwischentief» aufweist. Dem Berufungskläger musste allerdings damals auch bewusst gewesen sein, dass die geforderten Fr. 18 000.– auf Grund der finanziellen Schwierigkeiten für den Berufungsbeklagten nicht tragbar sein würden. Unter diesen Umständen kann der Berufungskläger auch nicht bloss als «Opfer» des Berufungsbeklagten, welcher nicht bestandene Kündigungsgründe konstruiert habe, bezeichnet werden. Ebenso wenig hat die Behauptung Bestand, der Ersatz für den Berufungskläger habe in Person von Z. schon bereit gestanden, womit die Ablösung des Berufungsklägers als kalkuliert erscheine. (...)

dd) Der Berufungsbeklagte befand sich damit im Dilemma, einerseits das Vertrauen in den Berufungskläger verloren zu haben, sich aber andererseits eine Freistellung finanziell nicht leisten zu können. Da zudem das persönliche Verhältnis zwischen dem Vereinsvorstand und dem Berufungskläger zu diesem Zeitpunkt angespannt war, ist die darauf ausgespro-

chene Kündigung als mittleres Verschulden des Berufungsbeklagten zu werten.

d) aa) Der Berufungsbeklagte machte sinngemäss geltend, es bestehe ein Mitverschulden des Berufungsklägers, da er sich seit Februar 2007 vom Verein entsolidarisiert habe. (...)

dd) Auf Grund der prekären finanziellen Situation des Vereins ergibt sich auch keine Pflichtverletzung des Berufungsklägers daraus, dass er mehreren Spielern gegenüber geäussert haben soll, der Verein werde nicht überleben, und im Sommer sollten sie bei einem anderen Club spielen. Dasselbe gilt für den Vorwurf, er habe den jungen, in geschäftlichen Angelegenheiten unerfahrenen Spielern gegenüber ausgebreitet, der Verein stecke in finanziellen Schwierigkeiten, und er habe das ihm zustehende Geld nicht erhalten. Im E-Mail [des Vizepräsidenten] an den Berufungskläger vom 30. März 2007 gab [der Vizepräsident] selbst zu, der Verein habe praktisch in den letzten Zügen gelegen: «Der ganze Vorstand versucht, den Verein am Leben zu erhalten und ist dauernd unterwegs, Geld zu besorgen, um unseren Verpflichtungen nachzukommen, einiges ist uns in kurzer Zeit gelungen, anderes braucht noch etwas Geduld». Die Antwort des Berufungsklägers, die Mannschaft müsse am 30. März 2007 über die finanzielle Situation informiert werden, und er erwarte dafür die Anwesenheit [des Vizepräsidenten], spricht ausserdem nicht für eine illoyale Einzelaktion des Trainers.

d) Für die Bemessung der Strafzahlung ist weiter zu berücksichtigen, dass der Berufungskläger durch die Kündigung finanziell nicht stark beeinträchtigt wurde, da die Trainerstelle nur eine Freizeittätigkeit war. Ferner ist auch zu beachten, dass dem Berufungskläger nun der Lohn für mehr als ein Jahr zugesprochen wird. Zudem ist die Persönlichkeitsverletzung des Berufungsklägers durch die Kündigung auch nicht als besonders hoch einzustufen, da er als Fussballtrainer damit rechnen musste, seinen Posten gegebenenfalls nach kurzer Zeit wieder zu verlieren, wenn sich der sportliche Erfolg nicht einstellen würde. Unter Berücksichtigung des Verhaltens beider Parteien, der Schwere der Persönlichkeitsverletzung und der finanziellen Folgen scheint eine Entschädigung von zwei Monatsgehältern angemessen. Nachdem die Spesen als Lohnbestandteil zu qualifizieren sind, ergibt sich eine Strafzahlung von Fr. 7600.–.

6.

Die Klage des Berufungsklägers ist daher im Umfang von Fr. 42 200.– zu schützen; der Betrag setzt sich aus dem Lohn und den Spesen für April 2007 (Fr. 3800.–), der Entschädigung gemäss Art. 337c Abs. 1 OR (Fr. 30 800.–) und der Strafzahlung gemäss Art. 337c Abs. 3 OR (Fr. 7600.–) zusammen. Der von der Vorinstanz gewährte Verzugszins von 5% Zins seit 12. Mai 2007 wurde von den Parteien nicht beanstandet; diesbezüglich ist auf die zutreffenden Erwägungen im angefochtenen Entscheid zu verweisen.

Kanton Tessin

Tribunal d'appel du canton du Tessin, II^e Chambre civile, Arrêt du 29 janvier 2008 (Admission du recours interjeté contre la décision rendue le 29 octobre 2007 par le Secrétaire accesseur de la Préture du Lugano)

336a II et 337c III CO. Une prétention non chiffrée en indemnité pour licenciement abusif ou pour licenciement immédiat injustifié est irrecevable (changement de jurisprudence).

Considerato in fatto e in diritto:

1.

Con l'istanza per mercedi e salari che ci occupa, l'istante argomenta di essere stato licenziato in tronco, il 3 novembre 2006, in modo ingiustificato, dopo che egli stesso aveva già dato le dimissioni per la fine dello stesso mese, e pretende il pagamento del salario sino a fine novembre 2006, delle provvigioni maturate e che avrebbe potuto conseguire lavorando ancora un mese e di un'indennità ex art. 337c cpv. 3 CO. Nelle motivazioni dell'istanza indica in fr. 27 072.– l'importo dovutogli per salario e provvigioni e lascia al giudice la quantificazione dell'indennità per licenziamento ingiustificato ma, nella richiesta di giudizio, chiede la condanna della controparte al pagamento di un importo di «fr....» dopo aver indicato sulla prima pagina della stessa sua istanza un valore di causa di «oltre fr. 27 000.–».

2.

La convenuta ha sollevato, in via principale, l'eccezione di inammissibilità della domanda poiché difetta della quantificazione esatta dell'importo della pretesa e, in via subordinata, l'eccezione di inammissibilità della procedura ex art. 416 CPC poiché l'insieme delle pretese dell'istante, compresa l'indennità per licenziamento preteso ingiustificato, deve essere considerata, ragionevolmente, superiore al limite di fr. 30 000.–, oltre il quale la via della procedura semplificata non è più permessa. Il primo giudice ha respinto le eccezioni e, con l'appello, la convenuta le ripropone.

3.

3.1. La giurisprudenza cantonale ha ritenuto che la domanda giudiziale intesa a ottenere l'indennità per licenziamento abusivo (e lo stesso vale per quella riguardante il licenziamento immediato ingiustificato, la relativa pretesa rivestendo lo stesso carattere giuridico) non deve necessariamente contenere la sua quantificazione, poiché tale valutazione spetta unicamente

al giudice (Rep. 1998 n. 61). Evidentemente altre pretese salariali vanno, però, quantificate e si potrebbe ritenere che, nel caso di specie, per non cadere in eccessivi formalismi, l'istante abbia rispettato questo obbligo, poiché dal testo della sua istanza si deduce immediatamente e chiaramente che la pretesa per salario e provvigioni è precisamente quantificata in fr. 27 072.– e che l'indeterminatezza del *petitum* sia riferita all'indennità per licenziamento ingiustificato e, di conseguenza, alla somma totale della domanda.

3.2. Ma la questione della possibile non quantificazione della pretesa d'indennità per licenziamento abusivo o ingiustificato era stata risolta, a livello cantonale, sulla base delle opinioni della dottrina dominante e sul fatto che la giurisprudenza, inizialmente restia a permettere al lavoratore di non quantificare questa l'indennità (JAR 1991, 339) sembrava muoversi in questa direzione (JAR 1994, 238 e 308). Ora, però, il Tribunale federale ha precisato (DTF 131 III 243 consid. 5.2) che – poiché l'art. 336a cpv. 2 CO, e quindi anche il parallelo art. 337c cpv. 3 CO, attribuisce al giudice l'apprezzamento sulle conseguenze giuridiche e non quello riguardante l'accertamento dei fatti determinanti (come invece è per l'art. 42 cpv. 2 CO) – è contrario al diritto federale permettere una domanda non cifrata riguardante l'indennità per licenziamento abusivo o licenziamento in tronco ingiustificato.

3.3. Ne segue che, avendo l'istante postulato una tale indennità ma non avendola assolutamente cifrata, tanto è vero che la lascia all'apprezzamento del giudice, la sua istanza deve essere considerata inammissibile perché contraria al principio dell'onere di quantificare la domanda (art. 165 cpv. 2 litt. g CPC; COCCHI/TREZZINI, CPC-TI ad art. 78 m. 11 e 12; COCCHI/TREZZINI, CPC-TI App. ad art. 78 m. 49), che l'istante non ha nemmeno ritenuto di dover osservare sanando la sua domanda come gli permetteva l'art. 99 cpv. 3 CPC. Ne discende che mancando l'ammissibilità dell'istanza il giudice doveva respingerla (art. 97 n. 4 e 99 cpv. 2 CPC), libero l'istante di riproporla con l'esatta indicazione delle sue pretese, nelle forme della procedura per le controversie derivanti dal contratto di lavoro se l'importo totale richiesto, comprensivo di salario, provvigioni ed indennità per ingiusto licenziamento, è inferiore ai fr. 30 000.– e nelle forme della procedura ordinaria per domande superiori a tale limite.

Arrêt communiqué par E. Epiney-Colombo, Président de la seconde Chambre civile du Tribunal d'appel.

Tribunal d'appel du canton du Tessin, II^e Chambre civile, Arrêt du 10 juin 2008 (Rejet du recours principal et admission partielle du recours joint interjetés contre la décision rendue le 1^{er} octobre 2007 par le Préteur de la juridiction de Locarno-ville)

Validité d'une clause d'interdiction de concurrence. Selon l'art. 340 I CO, une clause d'interdiction de concurrence doit être convenue en la forme écrite. Selon la doctrine majoritaire et la jurisprudence, la forme écrite n'est pas respectée lorsque la clause est prévue uniquement dans un règlement de l'entreprise, non signé par l'employé, même si le contrat individuel renvoie audit règlement. Pour la doctrine minoritaire, un tel renvoi pourrait être valable, à la condition toutefois que la prohibition soit mise en évidence, par exemple en caractère gras. Dans le cas d'espèce, la clause d'interdiction est nulle puisqu'elle ne se trouve que dans un règlement, non signé par l'employé, et qu'elle n'a au surplus pas été mise en évidence (c. 3).

Ritenuto in fatto:

AA 1 è stato assunto dal 1° giugno 2005 dalla ditta AP 1 in qualità di ottico per i negozi di C. e D. Il contratto, di durata indeterminata, oltre a stabilire uno stipendio lordo di fr. 3400.– mensili (dal 1° settembre 2005 di fr. 3700.–), prevedeva un rinvio al regolamento aziendale. Tale regolamento aziendale conteneva un divieto di concorrenza per un periodo di tre anni dalla fine del rapporto contrattuale, ritenuto che in caso di sua violazione il lavoratore era tenuto a corrispondere una pena convenzionale pari allo stipendio di quattro mesi e a risarcire l'eventuale danno subito dalla datrice di lavoro, fermo restando il diritto di quest'ultima di chiedere l'immediata cessazione di ogni attività concorrenziale.

Con lettera 29 agosto 2006 il lavoratore ha disdetto il contratto per il successivo 31 ottobre. Il 14 settembre 2006 la datrice di lavoro ha preso atto della rescissione e ha reso attento il lavoratore sulla clausola di divieto di concorrenza. Il 1° novembre 2006 AA 1 ha iniziato a lavorare per X. presso il negozio di Z. Il 4 gennaio 2007 AP 1 ha comunicato al lavoratore di ritenere il suo nuovo impiego lesivo del divieto di concorrenza e ha chiesto la sua cessazione immediata, così come il pagamento della pena convenzionale di fr. 14 800.–, con riserva del risarcimento dell'eventuale danno. Lo scambio successivo di corrispondenza non ha sortito alcun accordo.

Con istanza 15 febbraio 2006 AP 1 ha chiesto l'astensione di AA 1 dalla sua nuova attività e fino al 28 febbraio 2009 da qualsiasi attività di concorrenza sleale, così come la condanna al pagamento di una pena convenzionale di fr. 14 800.– oltre interessi al 5% dal 4 gennaio 2007. Statuendo con sentenza 1° ottobre 2007 il Pretore ha accolto parzialmente l'istanza, condannando il convenuto al pagamento di fr. 3300.– oltre

interessi al 5% dal 4 gennaio 2007 e l'istante al versamento di fr. 600.– quali ripetibili ridotte.

Con appello 11 ottobre 2007 AP 1 chiede la riforma del giudizio impugnato nel senso di condannare il convenuto al pagamento di quanto richiesto nell'istanza e al versamento in suo favore di fr. 1200.– a titolo di ripetibili. Con osservazioni 26 ottobre 2007 il convenuto postula la reiezione del gravame e, con appello adesivo del medesimo giorno, chiede la riforma del giudizio pretorile nel senso di respingere integralmente l'istanza e di condannare l'istante al pagamento di fr. 3000.– per ripetibili, in via subordinata, nell'ipotesi che il dispositivo sulla pena convenzionale non sia modificato, al versamento di fr. 2500.– quali ripetibili.

Considerato in diritto:

1.

Il Pretore ha ritenuto verosimile l'esistenza di un nesso di causalità fra l'uso delle conoscenze acquisite dal lavoratore presso l'istante (clientela, prezzi d'acquisto e di vendita, nominativi dei fornitori e politica degli sconti) e un possibile danno a carico di AP 1. Egli ha invero spiegato che alla luce della forte concorrenza nel settore, il fatto di conoscere anticipatamente le strategie di vendita di un concorrente erano tali da apportare verosimilmente al nuovo datore di lavoro vantaggi economici anche rilevanti. Sull'ammontare della pena convenzionale il primo giudice ha anzitutto rimproverato al convenuto di non aver dimostrato quei fatti che ne giustificerebbero una riduzione. Egli ha poi fissato la stessa in fr. 3300.–, pari a un salario netto mensile del lavoratore. A tal fine egli ha ponderato la relativa breve durata del rapporto di lavoro (1°giugno 2005–31 ottobre 2006), il fatto che la disdetta era stata data allorquando il lavoratore era già certo della sua nuova assunzione, peraltro presso un concorrente diretto a pochissima distanza, la sua modesta retribuzione di fronte all'importanza della ditta AP 1, l'assenza di indizi circa un effettivo danno subito dall'istante e la circostanza, per l'istante, di aver rinunciato alla richiesta cessazione della nuova attività. Considerate le reciproche soccombenze, il Pretore ha infine condannato l'istante al pagamento di fr. 600.– quali ripetibili ridotte.

I.

Sull'appello adesivo

2.

Considerato che il convenuto contesta in questa sede di aver violato il divieto di concorrenza, mentre l'istante critica l'ammontare della pena convenzionale, è opportuno vagliare dapprima l'appello adesivo. Il lavoratore sostiene, anzitutto, di aver lavorato per l'istante quale consulente per la vendita, senza alcuna facoltà di decisione sui prezzi. Inoltre, dato che i prodotti erano innumerevoli, egli non avrebbe potuto ragionevolmente memorizzare i prezzi e le caratteristiche degli stessi. Egli soggiunge che in Ticino, al contrario di quanto reputato dal primo giudice, vi è una quaranti-

na di ottici, di modo che si tratta di un mercato di beni di uso comune, in un sano rapporto di concorrenza. Inoltre, l'istante e il nuovo datore di lavoro non commerciano all'ingrosso, bensì servono i consumatori finali, di modo che non vi è il rischio di perdita di un cosiddetto «cliente importante». Tanto più che, sempre a detta del lavoratore, è noto il fatto che i consumatori valutano le offerte recandosi presso più punti vendita.

3.

Nella fattispecie il divieto di concorrenza è contenuto nel regolamento aziendale, non sottoscritto dalle parti. Nel contratto di lavoro 30 giugno 2005 è prevista l'applicazione del regolamento testé citato «di cui il dipendente dichiara di averne ricevuta copia ed il cui contenuto è stato dal medesimo capito e approvato. Detto regolamento è quindi parte integrante del presente contratto di lavoro». L'art. 340 cpv. 1 CO prevede che il divieto di concorrenza dev'essere stipulato per scritto. Secondo dottrina maggioritaria e giurisprudenza, un divieto di concorrenza contenuto in un regolamento non è opponibile al lavoratore, nella misura in cui non è sottoscritto da quest'ultimo. Poco importa che nel contratto di lavoro si faccia riferimento a tale regolamento e che lo stesso sia effettivamente stato sottoposto al lavoratore (WYLER, *Droit du travail*, 2^a ed., Berna 2008, pag. 597; STREIFF/VON KAENEL, *Arbeitsvertrag*, *Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR*, 6^a edizione, Zurigo/Basilea/Ginevra 2006, n. 5 ad art. 340; NEERACHER, *Das arbeitsvertragliche Konkurrenzverbot*, Berna 2001, pag. 19 con riferimenti; REHBINDER in: *Berner Kommentar*, OR 331–355, n. 7 ad art. 340; BOHNY, *Das arbeitsvertragliche Konkurrenzverbot*, Zurigo 1989, pag. 88 con riferimenti). Il resto della dottrina ritiene invece che un simile rinvio sia valido, posto che la clausola di divieto di concorrenza sia messa in evidenza, ad esempio in grassetto (STAEHELIN/VISCHER in: *Zürcher Kommentar* 1996, OR 319–362, n. 8 ad art. 340 OR; cfr. anche rinvii in STREIFF/VON KAENEL, op. cit., loc. cit.). Nel caso concreto il regolamento non è stato sottoscritto dal lavoratore, e nemmeno la clausola inerente il divieto di concorrenza è stata evidenziata. La clausola in questione è quindi nulla per difetto di forma (VISCHER, op. cit., loc. cit.; REHBINDER, op. cit., loc. cit.). Ne consegue che su questo punto l'appello adesivo, seppur per altri motivi rispetto a quelli invocati, dev'essere accolto e la sentenza impugnata riformata nel senso che l'istanza 15 febbraio 2006 dev'essere integralmente respinta.

(...)

II.

Sull'appello principale

5.

L'appellante principale critica l'ammontare della pena convenzionale stabilita dal Pretore. Se non che, come spiegato per l'appello adesivo, la clausola di divieto di concorrenza è in concreto nulla. Ne consegue che l'appello principale dev'essere, al riguardo, respinto.

Arrêt communiqué par E. Epiney-Colombo, Président de la seconde Chambre civile du Tribunal d'appel.

Tribunal d'appel du canton du Tessin, II^e Chambre civile, Arrêt du 16 juin 2008 (Rejet du recours interjeté contre la décision rendue le 20 novembre 2007 par le Préteur du district de Lugano)

347 et 349a CO. Contrat d'engagement des voyageurs de commerce. A défaut du respect de la forme écrite, un accord prévoyant la suppression du traitement fixe est nul de plein droit (c. 10.3).

321e CO. Responsabilité du travailleur. En l'absence d'éléments probants convainquants, il n'est pas possible d'imputer au travailleur un accident de la circulation pour lequel la police n'a retenu contre lui aucune infraction à la LCR (c. 11.2).

Considerato in diritto:

10.

Per l'ipotesi, verificatasi, della conferma del giudizio circa l'esistenza del rapporto contrattuale tra le parti in causa, la convenuta – criticando anche in questo caso la valutazione del materiale probatorio effettuata dal Pretore – ripropone la tesi dell'intervenuta modifica del contenuto del contratto rispetto al testo del doc. A nel senso della soppressione del salario fisso, contestando nel contempo l'esistenza tra le parti di un contratto di commesso viaggiatore, ciò che renderebbe inammissibile la pretesa pattuizione, ostandovi l'art. 349a CO.

10.1 L'art. 349a cpv. 1 CO stabilisce che il datore di lavoro deve pagare al commesso viaggiatore un salario consistente in uno stipendio fisso, con o senza provvigione. La norma è completata dal cpv. 2, secondo cui un accordo scritto in virtù del quale il salario consiste esclusivamente o principalmente in una provvigione è valido solo se questo costituisce una remunerazione adeguata dei servizi del commesso viaggiatore, mentre che per il cpv. 3 durante un periodo di prova di due mesi al massimo il salario può essere fissato liberamente mediante accordo scritto. Giusta l'art. 362 cpv. 1 CO, all'art. 349a cpv. 1 CO non si può) derogare a svantaggio del lavoratore.

Secondo la tesi della stessa convenuta, le parti avrebbero derogato al testo del contratto, sopprimendo il diritto del lavoratore a un salario fisso, mediante un accordo intervenuto tra G. e l'istante, supposto accordo di cui non esiste riscontro scritto (né la convenuta lo pretende), ragione per cui dovrebbe essersi trattato di accordo orale.

Ne consegue che esso, privo della necessaria forma scritta, è nullo per vizio di forma qualora il contratto tra le parti debba essere qualificato come contratto di commesso viaggiatore ai sensi degli art. 347 e segg. CO.

10.2 Secondo l'art. 347 cpv. 1 CO mediante il contratto d'impiego del commesso viaggiatore questi si obbliga, per conto d'un commerciante, industriale o capo d'azienda d'altro genere gestita in forma commerciale, a trattare o concludere fuori dei locali dell'azienda affari di qualsiasi natura

contro remunerazione. Il secondo capoverso del medesimo articolo stabilisce di contro che non è considerato commesso viaggiatore il lavoratore che prevalentemente non viaggia o che lavora soltanto occasionalmente o transitoriamente per il datore di lavoro, nonché il viaggiatore che conclude affari per proprio conto.

10.3 Il testo del contratto nulla dice sulla natura della prestazione lavorativa per la quale l'istante è stato assunto. Dal riassunto scritto prodotto dalla convenuta all'udienza del 26 febbraio 2003 risulta invece che inizialmente l'istante doveva occuparsi della vendita dei prodotti della convenuta nel senso che *«doveva recarsi presso gli uffici [...], contattare telefonicamente i potenziali clienti, esporre le prerogative dei prodotti e, una volta fissati gli eventuali appuntamenti, recarsi presso questi al fine di procedere a un'esposizione più dettagliata e concludere la vendita»* ed inoltre *«aveva anche il compito di vendere i prodotti della convenuta in occasione di alcune fiere, che avevano luogo, generalmente il fine settimana, nella Svizzera romanda e tedesca»*. In seguito, sempre secondo la convenuta, dopo la pretesa modifica contrattuale l'istante *«avrebbe lavorato come rappresentante presso le fiere e le esposizioni durante i fine settimana»*. Da questa descrizione si vede come, tolto l'asserito obbligo di effettuare le telefonate presso la sede della ditta convenuta, il lavoro richiesto all'istante era sostanzialmente quello di procacciare dei contratti di compravendita da stipulare all'esterno dell'azienda, ed è quindi pacifico che la presenza del lavoratore presso il datore di lavoro non era necessaria e che la sua attività si svolgeva essenzialmente all'esterno quale venditore/rappresentante con ampia libertà di manovra e orario flessibile (analoga situazione in: II CCA 12 dicembre 2001, inc. 12.2001.90). La diversa opinione della convenuta cerca fondamento con il rilievo dell'intestazione del contratto quale «contratto di lavoro», oltre che con l'uso di toni inutilmente enfatici e irriguardosi nei confronti del Pretore. L'enfasi non sopperisce però all'inconsistenza delle argomentazioni, motivo per cui è sufficiente rammentare all'appellante che la natura di un contratto va determinata alla luce del suo contenuto, senza riguardo per indicazioni letterali usate, come nella specie, in maniera inesatta (art. 18 cpv. 1 CO; DTF 129 III 664). Alla luce di quanto sin qui esposto, è pertanto chiaro che il contratto esistito tra le parti va qualificato come contratto d'impiego del commesso viaggiatore (cfr. per i criteri STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsvertrag Praxiskommentar, 6^a ed., n. 2 ad art. 347), ragione per cui la pretesa sua modifica nel senso di sopprimere il diritto dell'istante al salario fisso è nulla già solo per vizio di forma, ritenuto che anche nel caso di rispetto della forma scritta ci si sarebbe ancora dovuti chiedere se la pattuizione sarebbe stata rispettosa del diritto del lavoratore a una remunerazione adeguata (sul tema: II CCA citata, consid. 7), tema sul quale la convenuta, ignara della natura del contratto, ha omesso di esprimersi.

10.4 Del resto, l'insostenibilità sostanziale della posizione della convenuta risulta manifesta già solo alla luce del fatto che essa aveva regolarmente assicurato presso [...] il diritto salariale che ora vorrebbe negare all'istante (cfr. l'annuncio di sinistro dic. G1, in cui si fa espressa menzione di fr. 3300.– a titolo di «salario base» e non di provvigioni), con il risultato – in tale ipotesi – di arricchirsi senza motivo dei fr. 12 327.– ricevuti a tal titolo dall'assicuratrice e mai riversati al dipendente.

11.

La convenuta adduce da ultimo una pretesa compensatoria di fr. 13 658.30 per danni, attestati dalle fatture che l'istante avrebbe procurato a quattro furgoni di [...], pretesa ceduta da questo soggetto alla convenuta.

11.1 Il fondamento di siffatta eccezione compensatoria implica la dimostrazione di tutti i suoi elementi costitutivi, che nel caso in esame sono svariati.

Occorre innanzitutto la dimostrazione della responsabilità del lavoratore per l'accaduto, prova che non può evidentemente essere fornita con la deposizione di qualcuno (che oltretutto nemmeno ha assistito al sinistro) che afferma essere stata colpa dell'istante, trattandosi in questa ipotesi non di fatti, ma di una valutazione che non spetta al teste, priva perciò di forza probante. È invece necessario l'accertamento delle circostanze del sinistro, così che il giudice adito possa maturare il convincimento circa la responsabilità del conducente.

Inoltre, è necessaria la prova certa del danno conseguente alla mancanza del lavoratore. Solo a questo momento può essere considerato il risarcimento del danno ai sensi dell'art. 321e CO, laddove ai fini del medesimo si dovrà ancora determinare il grado di diligenza che si poteva pretendere dal dipendente in ragione delle concrete circostanze, rispettivamente si dovrà valutare in quale misura, invece, il danno potrebbe ricadere nella sfera della datrice di lavoro in ragione del rischio d'esercizio che le incombe.

Così come sinteticamente riassunto dal Pretore, si ha che nel caso concreto la convenuta non ha ossequiato il proprio onere probatorio, e prima di questo ha pure disatteso l'onere di allegazione concernente circostanze rilevanti per la decisione sulla pretesa compensatoria.

11.2 L'unica pretesa risarcitoria per la quale vi è almeno un accenno alla fattispecie retrostante, ossia all'incidente della circolazione con cui si sarebbe verificato il danno, è quella relativa al sinistro accaduto nel cantone A [...]. Questo però non per merito della convenuta, ma bensì per iniziativa dell'istante, che vi ha fatto accenno nella propria istanza siccome si attendeva che la convenuta avrebbe addotto la pretesa compensatoria. La datrice di lavoro, pertanto, rispondendo all'istanza, ha a sua volta menzionato l'episodio.

Sul tema l'istante ha in particolare sostenuto che sul luogo del sinistro sarebbe intervenuta la polizia, e che nei suoi confronti non sarebbero state

adottate sanzioni, per il che egli non avrebbe responsabilità per l'accaduto. La convenuta non ha contestato che il dipendente non sarebbe stato sanzionato dalla polizia, ma ha ritenuto che il lavoratore dovrebbe comunque essere civilmente responsabile del danno, avendo tamponato un trattore durante una manovra di sorpasso. Si tratta di una tesi che non può essere seguita: se va infatti ammesso che l'istante, nonostante l'intervento della polizia, non è stato multato per l'accaduto, questo significa che non è stata ritenuta a suo carico alcuna infrazione alla LCS, motivo per cui non può essere vera la fattispecie narrata dalla convenuta, rimasta comunque priva di riscontro alcuno, secondo la quale l'istante avrebbe invece palesemente contravvenuto alla LCS. In assenza di una sanzione per violazioni della LCS, non si vede come l'istante potrebbe avere responsabilità per l'incidente, per il quale a questo punto, in assenza di migliori riscontri, è semmai ipotizzabile la responsabilità dell'altro conducente coinvolto. È perciò solo a titolo abbondanziale che si rileva come anche l'ammontare dell'asserito danno sia rimasto privo di riscontri, non avendo la convenuta sostanziato la pretesa di un valore residuo del furgone di fr. 4000.-, laddove non è di ausilio il fatto che nella corrispondenza preprocessuale essa aveva tentato di addebitare al lavoratore, per il medesimo episodio, l'importo di fr. 7000.-.

11.3 La pretesa di fr. 3690.05 di cui alla fattura 19 settembre 2001 del Garage [...] concerne con ogni evidenza una riparazione al motore del furgone Volkswagen LT 35, senza indicazione di riparazioni alla carrozzeria. Si tratta perciò, sino a prova contraria, del costo dell'eliminazione di un difetto meccanico, per il quale non vi è motivo alcuno di ritenere la responsabilità dell'istante. La convenuta nella fase delle allegazioni introduttive nulla ha spiegato al proposito del presunto incidente, ed è perciò emblematico, in senso negativo, per la fedefacenza della sua deposizione, rilevare come il teste B. sia stato categorico nell'addebitare anche questa spesa a un danneggiamento causato dall'istante. Vero è però che in questo caso non vi è prova nemmeno del verificarsi di un incidente della circolazione, motivo per cui non si vede come il preteso danno potrebbe essere ascritto all'istante.

11.4 Le altre due pretese risarcitorie della convenuta riguardano quanto meno dei danni di carrozzeria, ma nulla è dato di sapere circa le circostanze in cui essi si sarebbero verificati. I testi invocati dalla convenuta sono concordi nell'attribuire la responsabilità all'istante, senza che però nessuno di essi affermi di avere assistito agli incidenti. Il teste maggiormente qualificato a esprimersi sul tema sarebbe il magazziniere B., addetto al parco veicoli della ditta, che può quanto meno affermare, in guisa di prova indiretta, che egli ha consegnato i veicoli privi di danni all'istante e li ha riavuti danneggiati. Sennonché, la deposizione del teste è gravata dalle notevoli ombre lasciate dalla procedura penale per falsa testimonianza svoltasi a suo carico, che non ha avuto seguito per il motivo dell'inesistenza dell'aspetto soggettivo del reato, ma che ha comunque evi-

denziato serie discrepanze tra la versione resa in Pretura e quella data avanti al Ministero Pubblico. È vero, come sottolinea la ricorrente, che in sede penale si è indagato su di un altro aspetto della deposizione – segnatamente la questione relativa alla frequenza della presenza in ditta dell'istante – ma questo non significa che il resto della deposizione possa in simili circostanze essere accettato acriticamente come rispondente a verità solo perché non espressamente smentito o almeno rivisto avanti al Procuratore Pubblico.

In simili circostanze il giudizio del Pretore di non avere ritenuto fedefacente la deposizione nel suo complesso non risulta in alcun modo arbitrario o lesivo del suo vasto potere di apprezzamento, specie alla luce del predetto accertamento secondo cui B. ha addebitato all'istante anche la responsabilità di una riparazione che nulla ha a che vedere con un incidente della circolazione, ciò che inficia definitivamente la sua attendibilità anche sull'argomento qui in discussione.

Gli altri testi invocati dall'appellante non sono per loro parte in alcun modo sufficienti per fare ammettere che il Pretore abbia ecceduto il proprio vasto potere di apprezzamento su questo tema.

D. nella propria deposizione del 28 gennaio 2004 ha dichiarato che *«durante la sua attività l'istante ha sfasciato 2 o 3 pulmini, uno è stato addirittura buttato via»*. Si tratta di una palese esagerazione anche rispetto alle tesi della convenuta sull'entità dei danneggiamenti, ma comunque risulta che si tratta di conoscenza indiretta, perché il teste ha soggiunto *«così mi ha riferito l'istante»*, per il che la deposizione perde la propria forza probatoria, non trattandosi di constatazioni dirette del testimone. Il teste ha pure fatto riferimento alla deposizione scritta da lui rilasciata, confermandola, ma essa non fornisce prova migliore sul tema, limitandosi alla generica affermazione *«so per esempio che ha danneggiato diversi furgoni della ditta»*, poi precisata dal teste in udienza nei termini poc'anzi riferiti.

La teste C. all'udienza del 28 gennaio 2004 ha detto solo che *«l'istante ha avuto diversi incidenti con i furgoncini della ditta, almeno 3 volte»*, ma la frase è lungi dall'essere decisiva, già solo perché la nozione di «incidente» attesta solo del coinvolgimento in un sinistro, ma nulla esprime sulla responsabilità dell'istante, che non può pertanto essere ammessa su simile base.

La teste L., infine, la cui deposizione non è stata creduta laddove ha dichiarato che la documentazione contrattuale dell'istante sarebbe stata frutto di reiterate «sviste», si è espressa nel medesimo generico senso di «diversi incidenti» che l'istante avrebbe avuto con i veicoli della ditta, facendo riferimento alle fatture relative alle riparazioni. A parte il fatto che essa, così facendo, incorre nel medesimo errore di B. di addebitare a un incidente avuto dall'istante anche la fattura relativa alla riparazione di un guasto tecnico, si ha nuovamente che il vago accenno a «incidenti» non basta a fornire elementi conclusivi in ordine alla responsabilità dell'istante.

Il Pretore non ha pertanto violato la legge neppure nell'apprezzamento delle prove relativo all'eccezione compensatoria della convenuta,

la cui reiezione merita conferma in questa sede. Ne consegue pertanto la reiezione del gravame, del tutto infondato.

Arrêt communiqué par E. Epiney-Colombo, Président de la seconde Chambre civile du Tribunal d'appel.

Kanton Waadt

Tribunal cantonal du canton de Vaud, Cour civile, Jugement du 21 décembre 2007

328 CO. Le mobbing s'inscrit dans un élément de durée et de répétition et ne saurait être admis, à chaque fois qu'il est allégué, en présence d'atteintes isolées. Le fait que les actes caractéristiques du harcèlement soient de caractère sournois, se cachant sous une apparence de banalité, ne doit pas non plus conduire à considérer que plus les comportements incriminés sont insignifiants, plus le cas est grave (c. II. b).

336b CO. Les délais prévus dans la loi en cas de congé abusif étant préremptaires, le juge doit examiner d'office s'ils ont été respectés. Lorsqu'un premier congé, nul de plein droit, est suivi d'un second congé, valable, l'opposition écrite notifiée à l'encontre du premier congé est sans effet. L'employé n'est donc pas libéré de l'obligation de faire opposition, dans les délais, à l'encontre du second congé. A défaut, son droit à l'indemnité pour résiliation abusive est périmé (c. IV. b).

336 CO. Est abusif le congé notifié en raison d'une maladie. Toutefois, dans la mesure où elle porte atteinte à la capacité de travail, celle-ci n'est pas considérée comme une cause abusive de résiliation. Il paraît admissible qu'après l'écoulement du délai de protection contre le congé donné en temps inopportun, l'employeur puisse licencier un travailleur à cause d'une maladie qui diminue ses prestations de travail (c. IV. c)

Extraits des faits:

La demanderesse est infirmière anesthésiste. La défenderesse est une société anonyme dont le but est «l'exploitation d'une clinique médico-chirurgicale ainsi que l'installation, l'organisation et l'exploitation de tout service médical nécessaire au traitement des malades ou à la recherche scientifique, tels que services de radiologie, physiothérapie et laboratoire; mise à disposition de plusieurs médecins d'un service de permanence médico-chirurgical». Son président administrateur est le défendeur, le docteur V., et sa vice-présidente, la doctoresse X. Tous deux engagent, par leur signature collective, la société anonyme. La doctoresse X. travaille pour la défenderesse en tant que spécialiste en chirurgie plastique et reconstructive FMH et médecin chef du bloc opératoire. Le 15 novembre 1993, la demanderesse a commencé à travailler pour la défenderesse. Le salaire mensuel brut convenu s'élevait à 6500 fr., treize fois l'an, plus une indemnité de 423 fr. pour service de garde.

A la suite des plaintes des médecins anesthésistes sur la qualité du travail de la demanderesse, la défenderesse l'a convoquée. Par lettre du 22 novembre 2001, le défendeur et la doctoresse X. lui ont confirmé qu'à la suite de leur entretien du même jour, la cessation de son contrat de travail lui était signifiée. Ils justifiaient ce licenciement par la perte de confiance dans les prestations professionnelles de la demanderesse et par son indisponibilité fréquente et prolongée tout au long de l'année. Par lettre du 17 avril 2002, par l'intermédiaire de son conseil, la demanderesse a contesté la résiliation du contrat de travail ainsi que les motifs invoqués. Par lettre du 30 mai 2002, par l'intermédiaire de son conseil, la demanderesse a informé la défenderesse que le congé donné le 22 novembre 2001 était nul. Par lettre du 25 juin 2002, la défenderesse a signifié à la demanderesse la résiliation de son contrat de travail pour le 31 août 2002. La demanderesse soutient avoir été victime de mobbing de la part de la doctoresse X.

Par demande du 19 décembre 2002, la demanderesse a conclu à ce que la défenderesse et le défendeur soient solidairement reconnus débiteurs envers elle d'une somme de Fr. 43 722.- et d'une somme de 1 000 000.-, le tout avec intérêts à 5% dès le 1^{er} septembre 2002. Le 30 juin 2005, la demanderesse s'est vue allouer une rente d'invalidité de l'assurance-invalidité fédérale pour un degré d'invalidité de 100% avec effet au 1^{er} octobre 2002.

Considéphants:

I.

Les parties ont été liées par un contrat individuel de travail au sens des articles 319 et suivants CO.

La demanderesse soutient avoir été victime de harcèlement psychologique de la part de la doctoresse X., mobbing qui aurait entraîné une invalidité totale et une incapacité de travail à 100%; elle demande réparation du tort moral qu'elle estime avoir subi (consid. II). Elle reproche également aux défendeurs de ne pas avoir manifesté les égards voulus pour sa santé (consid. III). Enfin, elle prétend que son licenciement constitue une résiliation abusive au sens de l'article 336 CO (consid. IV).

La défenderesse conteste que la doctoresse X. ait commis des actes relevant du mobbing. D'autre part, les défendeurs déclinent aussi toute responsabilité dans l'invalidité et l'incapacité de la demanderesse, les traitements qui lui ont été prodigués étant conformes aux règles de l'art. Quant au licenciement, la défenderesse prétend qu'il était justifié eu égard à la qualité du travail de la demanderesse.

II.

a) L'employeur protège et respecte, dans les rapports de travail, la personnalité du travailleur au sens de l'article 328, alinéa 1^{er} CO; il manifeste les égards voulus pour sa santé et veille au maintien de la moralité. En

particulier, il veille à ce que les travailleurs ne soient pas harcelés sexuellement et qu'ils ne soient pas, le cas échéant, désavantagés en raison de tels actes. Cette protection est particulièrement importante en raison du rapport de subordination, lequel peut engendrer une dépendance psychologique et économique du travailleur qui pourrait l'empêcher de réagir aux atteintes à sa personnalité, de peur des représailles (WYLER, *Droit du travail*, 2^e éd., p. 291).

Le législateur fédéral n'a pas consacré de disposition légale spécifique au harcèlement psychologique sur le lieu de travail. Cette notion demeure donc en droit suisse le résultat de commentaires doctrinaux et de décisions jurisprudentielles (DUNAND, *Le harcèlement psychologique (mobbing) en droit privé suisse du travail*, RJN 2006, pp. 13 ss).

Selon la définition donnée par la jurisprudence, le harcèlement psychologique, communément appelé *mobbing*, se définit comme un enchaînement de propos et/ou d'agissements hostiles, répétés fréquemment pendant une période assez longue, par lesquels un ou plusieurs individus cherchent à isoler, à marginaliser, voire à exclure une personne sur son lieu de travail (arrêt du Tribunal fédéral du 9 juillet 2007 dans la cause 4A_128/2007 consid. 2.1). Cette définition, qui est assez large, est susceptible d'être affinée et précisée. Il est utile de se pencher sur ses diverses composantes (DUNAND, *op. cit.*, p. 20).

La caractéristique du *mobbing* est son caractère sournois. Les propos et agissements hostiles se cachent sous des attitudes qui ont souvent l'apparence de la normalité: les attaques ne sont pas virulentes, mais au contraire de faible intensité. Seule la répétition de ces actes leur donne un caractère hostile. La victime est, souvent placée dans une situation où chaque acte pris individuellement, auquel un témoin a pu assister, peut éventuellement être considéré comme supportable alors que l'ensemble des agissements constitue une déstabilisation de la personnalité, poussée jusqu'à l'élimination professionnelle de la personne visée (arrêt du Tribunal fédéral du 9 juillet 2007 dans la cause 4A_128/2007 consid. 2.1).

Un auteur (LEYMANN, *Mobbing, la persécution au travail*, Paris 1996, pp. 28–29) a proposé une liste d'agissements constitutifs de harcèlement psychologique, dont on donnera les exemples suivants: empêcher la victime de s'exprimer (l'interrompre constamment) et de communiquer; l'isoler; la déconsidérer et la ridiculiser auprès de ses collègues; lui attribuer de nouvelles tâches sans même la consulter; lui donner des tâches nettement inférieures ou nettement supérieures à ses compétences pour la discrediter (DUNAND, *op. cit.*, p. 20).

Ce n'est pas l'intensité des actes ou propos, mais le caractère répétitif qui fonde le caractère répréhensible du *mobbing* (DUNAND, *op. cit.*, p. 21).

Plus que les intentions du harceleur, c'est finalement l'effet de ses agissements sur la personnalité et la santé de la victime qui est déterminant. On sait que le harcèlement a souvent des conséquences graves. Il provoque non seulement une réduction significative, puis un anéantissement de la

capacité de travail, mais aussi des souffrances importantes qui entraînent des problèmes médicaux, sociaux et familiaux, pouvant amener à la dépression, aux idées suicidaires, aux toxicodépendances et à l'invalidité (DUNAND, op. cit., p. 23).

Il n'y a toutefois pas harcèlement psychologique du seul fait qu'un conflit existe dans les relations professionnelles ou qu'il règne une mauvaise ambiance de travail, ni du fait qu'un membre du personnel serait invité – même de façon pressante, répétée, au besoin sous la menace de sanctions disciplinaires ou d'une procédure de licenciement – à se conformer à ses obligations résultant du rapport de travail, ou encore du fait qu'un supérieur hiérarchique n'aurait pas satisfait pleinement et toujours aux devoirs qui lui incombent à l'égard de ses collaboratrices et collaborateurs. Il résulte des particularités du mobbing que ce dernier est généralement difficile à prouver, si bien qu'il faut éventuellement admettre son existence sur la base d'un faisceau d'indices convergents. Il sied cependant de garder à l'esprit que le mobbing peut n'être qu'imaginaire et qu'il peut même être allégué abusivement pour tenter de se protéger contre des remarques ou mesures pourtant justifiées (arrêt du Tribunal fédéral du 9 juillet 2007 dans la cause 4A_128/2007 consid. 2.1 et les références citées).

Depuis quelques années, les accusations de mobbing sont devenues fréquentes, la jurisprudence tend à se multiplier et le phénomène a été reconnu par les tribunaux. L'examen de la jurisprudence indique que les exigences en matière de preuve sont strictes, le faisceau d'indices exigé par le Tribunal fédéral devant être non seulement convergent, mais aussi probant. D'ailleurs, tout conflit interpersonnel au sein d'une entreprise ne relève pas nécessairement du mobbing (WYLER, op. cit., p. 324).

La violation des obligations prévues à l'article 328 CO entraîne la responsabilité contractuelle (art. 97 ss CO) de l'employeur pour le préjudice matériel et/ou, aux conditions fixées par l'article 49 alinéa 1^{er} CO, pour le tort moral causé au travailleur (arrêt du Tribunal fédéral du 9 juillet 2007 dans la cause 4A_128/2007 consid. 2.3; ATF 130 III 699 consid. 5.1, rés. in JT 2006 I 193, SJ 2005 1152).

Pour justifier l'allocation d'une indemnité pour tort moral fondée sur l'article 49 alinéa 1^{er} CO, il ne suffit pas que le tribunal constate une violation de l'article 328 CO; il faut encore 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 (ibidem).

b) Il est établi que dès le mois d'août 1992, la demanderesse a consulté la doctoresse X. pour des problèmes aux mains. Déjà au mois de novembre 1992, la doctoresse X. indiquait dans son rapport médical «un contact un peu bizarre». Il est constant qu'au moment du recrutement de la demanderesse, la doctoresse X. n'a pas vu d'un bon œil l'arrivée de celle-ci, leur relation étant faussée par un rapport médecin-patient, bien mal en-

gagé. Ceci étant précisé, la large majorité des témoins, hormis la doctoresse Y., dont on rappellera le témoignage ci-après, n'ont pas corroboré un harcèlement psychologique, dont la doctoresse X. se serait rendue coupable. Le témoin V. a reconnu qu'il existait une mésentente entre elles, mais a estimé que le mot de harcèlement était «un trop grand mot». Le témoin S. a déclaré qu'il s'agissait d'une rumeur, qui circulait, affirmant ne s'en être jamais rendue compte. Le témoin E. s'est contentée de préciser avoir entendu la demanderesse se plaindre à plusieurs reprises de ce que la doctoresse X. «était dure (...) en tout cas, pas agréable avec elle».

La doctoresse Y. a affirmé que, selon elle, la demanderesse a été victime de harcèlement de la doctoresse X. C'est le seul témoin à l'avoir déclaré. Elle a rapporté qu'en 1997, lors d'une opération, la doctoresse X. a donné l'ordre à la demanderesse de cesser de la regarder et de vouloir être sans cesse auprès d'elle; en outre, la doctoresse X. houspillait constamment la demanderesse et tout ce qu'entreprenait la demanderesse était vertement critiqué par elle. Le récit de la doctoresse Y. ne correspond toutefois pas à la description habituelle du harcèlement moral caractérisé. Il n'y a aucun fait établi qui donne à penser que la doctoresse X. aurait cherché, d'une manière ou d'une autre, par méchanceté ou par chicane ou dans le but d'une élimination professionnelle, à déstabiliser systématiquement la demanderesse ou à l'isoler. Il n'est nullement prouvé, ni même allégué, que la demanderesse aurait été mise à l'écart sur son lieu de travail. Elle n'a pas été marginalisée, ni exclue. La doctoresse X. n'a à aucun moment voulu la ridiculiser auprès de ses collègues ou d'autres médecins, ou l'empêcher de s'exprimer. Le *mobbing* s'inscrit dans un élément de durée et de répétition et ne saurait être admis, à chaque fois qu'il est allégué, en présence d'atteintes isolées. Le fait que les actes caractéristiques du harcèlement soient de caractère sournois, se cachant sous une apparence de banalité, ne doit pas non plus conduire à considérer que plus les comportements incriminés sont insignifiants, plus le cas est grave.

Cette affirmation s'impose d'autant plus eu égard au contexte particulier dans lequel se sont inscrits les griefs en question. Il est en effet établi que dès qu'elle est devenue sa patiente en 1992, la demanderesse a voulu que la doctoresse X. l'appelle par son prénom; elle lui a écrit une lettre pour Noël 1992 la remerciant de la qualité des soins prodigués. Le témoin L. a expliqué que la demanderesse était attirée par «la salle de la doctoresse X.» et aimait bien y travailler; selon ce que lui avait dit la doctoresse X. et ce qu'elle avait constaté, la demanderesse fixait la doctoresse X., sans discontinuer et de façon insistante, attitude très particulière que personne d'autre n'avait; plusieurs personnes dans le bloc croyaient que la doctoresse X. était littéralement harcelée par la demanderesse. A tout moment, la demanderesse aurait pu exercer son activité au côté d'un autre médecin. Il n'est ni établi qu'elle l'ait fait, ni qu'elle ait demandé à la direction de la défenderesse de ne plus travailler sous les ordres de la doctoresse X. Au regard des faits établis, on ne peut donc aucunement considérer que la doc-

toresse X. se serait, d'une manière ou d'une autre, employée à persécuter la demanderesse. C'est au contraire cette dernière qui recherchait constamment le contact. Le fait que la doctoresse X. l'ait rabrouée ne constitue certainement pas un mobbing.

La demanderesse a été examinée par le docteur Z., spécialiste en psychiatrie, qui a rédigé un rapport précis, tenant compte de manière exhaustive de l'ensemble des circonstances du cas et comportant une anamnèse familiale de l'intéressée. L'expert a considéré que dès son plus jeune âge, la demanderesse a dû affronter un environnement familial carencé marqué par une consommation excessive d'alcool chez son père, qui était destiné à des études de médecine et qui est décédé prématurément, de même que par une éducation victorienne sévère et par l'absence physique et affective de sa mère. La demanderesse a besoin de se repérer par rapport à autrui; elle peine à définir les limites de son espace et a des difficultés à mettre en place un écart relationnel avec autrui. Ce faisant, son attitude positive peut l'avoir amenée à se laisser aller à franchir la sphère privée de la doctoresse X. au point de susciter une réaction de la part de cette dernière, qu'elle n'a pas comprise. Face au rapprochement admiratif de la demanderesse, perçu manifestement comme envahissant, la doctoresse X., idéalisée en tant que médecin traitant, est restée distante. Le comportement de la doctoresse X., s'avérant d'une certaine froideur, révèle qu'elle a tenté, tant bien que mal, de maintenir une relation professionnelle employeur/employée saine et adéquate. Il n'équivaut pas à un harcèlement, même si, comme le relève l'expert, il y a eu une incompréhension réciproque.

Il est incontestable que la dégradation des relations de travail qui est résultée de cette situation a pu être ressentie amèrement par la demanderesse. Pourtant, cela ne suffit pas pour démontrer qu'il y ait eu un quelconque harcèlement psychologique dirigé contre elle. La Cour civile ne met pas en doute les épreuves endurées par la demanderesse. Mais, on ne peut imputer à la défenderesse le sentiment de rejet ou la problématique d'exclusion – purement psychique – dont la demanderesse souffre depuis son plus jeune âge. Objectivement, l'attitude de la doctoresse X. n'est pas constitutive de mobbing, même si elle a pu subjectivement être ressentie comme telle par la demanderesse. Le moyen est infondé, l'acte illicite n'ayant pas été démontré. Il n'y a donc pas lieu d'octroyer à la demanderesse une indemnité en réparation du tort moral prétendument subi.

III.

a) La demanderesse reproche aux défendeurs de ne pas avoir manifesté les égards voulus pour sa santé, en ne s'assurant pas que la quantité de travail qui lui était dévolue était supportable.

S'il est constant que la demanderesse s'est plainte une première fois le 31 août 1994 et a pris la décision de démissionner, une solution satisfaisante pour la récupération des heures de garde n'ayant pu être trouvée, elle a finalement renoncé et annulé son congé. C'est dans une lettre du 26 février 1996, adressée à la doctoresse X., que la demanderesse a évoqué

le fait qu'elle se trouvait soit seule soit avec des infirmiers temporaires, se plaignant aussi des horaires de travail et des heures à effectuer. Certes, la charge de travail d'une infirmière anesthésiste – à l'instar d'autres professions médicales – exige énormément: accompagner le patient dès son entrée en salle d'opération, pratiquer l'anesthésie, suivre l'opération attentivement, faire part de l'état de santé de l'opéré au personnel soignant. Les horaires de travail au sein de la défenderesse étaient considérablement exigeants. Celle-ci a reconnu qu'à l'époque, la demanderesse travaillait beaucoup, étant de garde deux jours par semaine, à savoir les mardis et jeudis (de 11 heures du matin jusqu'à près de minuit, et même plus) et recommençant le vendredi à 7 heures 30. Mais, rien ne prouve qu'elle aurait été submergée au point qu'à elle seule cette situation soit à l'origine de son incapacité de travail. Si l'expert Z. note que la surcharge de travail rencontrée par la demanderesse «a joué un rôle dans son état d'épuisement», il place cet élément parmi d'autres facteurs potentiels. Au demeurant, la défenderesse a prouvé à satisfaction qu'il existait une pénurie d'infirmières anesthésistes que seul l'engagement de temporaires a permis d'endiguer en 1996 et 1997, le fait d'embaucher pour une longue durée une spécialiste dans ce domaine d'activité très pointue se révélant laborieux. Quant aux horaires de travail de la demanderesse, en comparaison de ceux de sa collègue S., ils n'étaient pas plus lourds. Qui plus est, il n'est pas établi que la demanderesse ait effectué des heures supplémentaires qui n'auraient pas été compensées. Bien au contraire, s'il y avait des urgences, les heures supplémentaires pouvaient être reprises les jours les plus calmes en partant plus tôt, ou de façon planifiée à l'avance par journées entières en fonction du programme. Or, la demanderesse avait de la peine à quitter l'encontre de la défenderesse plus tôt lorsqu'il n'y avait pas de travail.

Mal fondé, ce premier moyen est rejeté.

b) La demanderesse reproche également aux défendeurs les soins qui lui ont été prodigués, à l'occasion de la déchirure à son mollet gauche dont elle a été la victime.

aa) L'article 398 alinéa 2 CO rend le mandataire responsable envers le mandant de la bonne et fidèle exécution du mandat. L'alinéa 1^{er} de cette disposition renvoie aux règles régissant la responsabilité du travailleur dans les rapports de travail, soit à l'article 321e CO. Cette disposition prévoit que le travailleur est responsable du dommage qu'il cause à l'employeur intentionnellement ou par négligence (al. 1^{er}) et elle détermine la mesure de la diligence requise (al. 2).

En sa qualité de mandataire, le médecin répond de la bonne et fidèle exécution du mandat. Si le propre de l'art médical consiste, pour le médecin, à obtenir le résultat escompté grâce à, ses connaissances et à ses capacités, cela n'implique pas pour autant qu'il doive atteindre ce résultat ou même le garantir, car le résultat en tant que tel ne fait pas partie de ses obligations. L'étendue du devoir de diligence qui incombe au médecin se détermine selon des critères objectifs. Les exigences qui doivent être po-

sées à cet égard ne peuvent pas être fixées une fois pour toutes; elles dépendent des particularités de chaque cas, telles que la nature de l'intervention ou du traitement et les risques qu'ils comportent, la marge d'appréciation, le temps et les moyens disponibles, la formation et les capacités du médecin. La violation, par celui-ci, de son devoir de diligence – communément, mais improprement, appelée «faute professionnelle» – constitue, du point de vue juridique, une inexécution ou une mauvaise exécution de son obligation de mandataire et correspond ainsi, sur le plan contractuel, à la notion d'illicéité propre à la responsabilité délictuelle. Si elle occasionne un dommage au mandant et qu'elle se double d'une faute du médecin, le patient pourra obtenir des dommages-intérêts (art. 97 al. 1^{er} CO). Comme n'importe quel autre mandataire, en particulier l'avocat, le médecin répond en principe de toute faute; sa responsabilité n'est pas limitée aux seules fautes graves. Lorsqu'une violation des règles de l'art est établie, il appartient au médecin de prouver qu'il n'a pas commis de faute (art. 97 al. 1^{er} CO). Les règles de l'art constituent des principes établis par la science médicale, généralement reconnus et admis, communément suivis et appliqués par les praticiens (ATF 133 III 121 consid. 3.1, SJ 2007 I 353, rés. in JT 2008 1103).

bb) Le 24 février 2001, la demanderesse a été victime d'un accident de ski, lui occasionnant une déchirure musculaire du mollet gauche, qui a été diagnostiquée par la doctoresse A., cheffe de clinique de la défenderesse, laquelle lui a prescrit un traitement conservateur par décharge complète du membre inférieur gauche, à l'aide de cannes anglaises mais sans aucun arrêt de travail. Aux dires de l'expert judiciaire, la doctoresse A. a pris les mesures que commandaient les règles de l'art médical s'agissant des soins instaurés. Quant au fait de ne pas avoir prescrit un arrêt de travail, l'expertise judiciaire permet d'établir que de manière générale, lors d'une déchirure partielle, comme en l'espèce, l'arrêt de travail n'est pas obligatoire et peut être discuté de cas en cas, au regard de l'activité professionnelle exercée par le patient, du status clinique et du reste de la mobilité présente lors de la consultation. Si l'expert estime que la doctoresse A. aurait dû insister et mettre la demanderesse, du fait de ses responsabilités en tant d'infirmière anesthésiste, au repos à 100%, immédiatement dès son accident du 24 février 2001, il précise aussi que la demanderesse a conduit pour se rendre de son domicile au travail et qu'elle n'a pas montré, ni sollicité avoir besoin de mettre un terme à ses activités professionnelles, qui exigeaient pourtant une mobilité complète. Il constate encore que la demanderesse ne présente actuellement aucune séquelle suite du claquage musculaire du mollet gauche, sa blessure ayant évolué favorablement et normalement. En l'absence de tout dommage, la question de savoir si la défenderesse, par l'intermédiaire de son auxiliaire, la doctoresse A., a contrevenu aux règles de l'art en n'ordonnant pas un arrêt de travail à 100%, peut donc rester ouverte. La responsabilité contractuelle de la défenderesse n'est pas établie. La responsabilité contractuelle du défendeur

n'est pas non plus établie. L'expert est d'avis que le défendeur a aussi agi dans les règles de l'art, le traitement d'une déchirure musculaire du type de celle de la demanderesse exigeant plusieurs séances de physiothérapie, celles prescrites par le défendeur s'étant révélées tout à fait justifiées.

En revanche, l'expert insiste, au terme de son analyse, sur le fait que les responsables du bloc auraient dû se préoccuper de l'état de santé de leur collègue et éventuellement avancer eux-mêmes sa consultation auprès du défendeur. En effet, il est établi que la demanderesse a travaillé à 100% jusqu'au 7 mars 2001, date de son arrêt de travail prescrit par le défendeur, plus de deux semaines après son accident, sans rien manifester, malgré des douleurs liées à une boiterie et à une mobilisation réduite due aux cannes anglaises. On ne saurait cependant considérer que l'employeur commet une faute en n'insistant pas pour que son employée, qui a déjà consulté un médecin, consulte à nouveau – ce qu'elle fera de toute façon – mais dans un laps de temps plus restreint.

Ni la doctoresse A., ni le défendeur n'ont manqué de diligence dans le cadre du traitement prescrit. Ils n'ont donc pas enfreint l'article 328 CO. Il suit de là que le moyen soulevé par la demanderesse est dénué de tout fondement.

IV.

a) La demanderesse soutient que son licenciement est abusif, au sens de l'article 336 CO, et qu'elle a donc droit à une indemnité.

La défenderesse oppose que sa décision était justifiée par une perte de confiance dans les prestations professionnelles de la demanderesse et dans son indisponibilité fréquente et prolongée. Elle affirme au surplus que la procédure de l'article 336b CO n'a pas été respectée.

b) La partie qui entend demander l'indemnité fondée sur les articles 336 et 336a CO doit faire opposition au congé par écrit auprès de l'autre partie au plus tard jusqu'à la fin du délai de congé (art. 336b al. 1^{er} CO). Si l'opposition est valable et que les parties ne s'entendent pas pour maintenir le rapport de travail, la partie qui a reçu le congé peut faire valoir sa prétention à une indemnité; elle doit agir par voie d'action en justice dans les cent huitante jours à compter de la fin du contrat, sous peine de péremption (art. 336b al. 2 CO). Ces deux délais étant péremptoires, le juge doit examiner d'office s'ils ont été respectés (TERCIER, *Les contrats spéciaux*, 3^e éd., nn. 3374 ss, pp. 491–492; BRUNNER/BÜHLER/WAEGER/BRUCHEZ, *Commentaire du contrat de travail*, 3^e éd., n. 3 ad art. 336b CO).

Un mois après le début de son incapacité de travail, et suite à plusieurs plaintes des médecins anesthésistes sur la qualité de son travail, la demanderesse a été convoquée. Lors d'une entrevue le 22 novembre 2001 et par lettre du même jour, la défenderesse a résilié le rapport de travail qui la liait à la demanderesse. Par lettre du 17 avril 2002, dans le délai de l'article 336 lettre b alinéa 1^{er} CO, la demanderesse a fait opposition à son licenciement, contestant notamment les motifs de celui-ci. Par lettre du

30 mai 2002, elle s'est adressée à nouveau à son employeur, en lui rappelant que le licenciement du 22 novembre 2001 était nul.

S'il est certain que le licenciement de la demanderesse du 22 novembre 2001 était nul, car signifié pendant une période d'incapacité de travail, il a été renouvelé ultérieurement, le 25 juin 2002, pour le 31 août 2002; cette fois-ci, sa validité n'a pas été contestée. Certes, la demanderesse a ouvert action, dans le délai légal de l'article 336b alinéa 2 CO, par demande du 19 décembre 2002; elle n'a pourtant pas rempli son obligation de faire opposition par écrit à ce second congé notifié le 25 juin 2002, jusqu'à la fin du délai de congé. Pour ce premier motif déjà, on ne saurait donner suite aux prétentions de la demanderesse. Son droit à une indemnité pour résiliation abusive est périmé.

c) A teneur de l'article 335 alinéa 1^{er} CO, le contrat de durée indéterminée peut être résilié par chacune des parties. Le principe de la liberté de résiliation est un droit fondamental pour les contrats de durée indéterminée (WYLER, op. cit. p. 534). Ce droit fondamental de chaque cocontractant de mettre unilatéralement fin au contrat est cependant limité par les dispositions sur le congé abusif (ATF 131 III 535, consid. 4.1, rés. in JT 2006 I 194, rés. in SJ 2006 I 29; ATF 130 III 699, consid. 4.1, rés. in JT 2006 I 193, SJ 2005 I 152; ATF 127 III 86 consid. 2a, rés. in JT 2001 I 160, SJ 2001 I 320). Il n'appartient pas au juge de se substituer à l'appréciation de l'employeur quant au caractère adéquat, correct ou approprié du licenciement; seuls des motifs fondant un congé abusif proprement dit doivent retenir son attention (FAVRE/MUNOZ/TOBLER, *Le contrat de travail*, code annoté, Lausanne 2001, n. 1.1 ad art. 336 CO, pp. 166–167; JAR 1995 p. 138 consid. 3).

L'article 336 CO ne contient aucune définition de la résiliation abusive, se limitant à l'énumération non exhaustive de catégories de congés abusifs (WYLER, op. cit., p. 533; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, op. cit., n. 3 ad art. 336 CO; ATF 125 III 70 consid. 2a; ATF 123 III 246 consid. 3b, JT 1998 I 300).

Selon l'article 336 alinéa 1^{er} lettre a CO, le congé est abusif lorsqu'il est donné par une partie pour une raison inhérente à la personnalité de l'autre partie, à moins que cette raison n'ait un lien avec le rapport de travail ou ne porte sur un point essentiel un préjudice grave au travail dans l'entreprise. Cette disposition vise le congé discriminatoire, fondé par exemple sur le statut familial, l'origine, la race, la nationalité, l'âge, l'homosexualité, les antécédents judiciaires, la maladie et la séropositivité (Message du Conseil fédéral du 9 mai 1984, FF 1984 II 574, spéc. p. 622; ATF 130 III 699 consid. 4.1, rés. in JT 2006 I 193, SJ 2005 I 152; ATF 127 III 86 consid. 2a, rés. in JT 2001 I 160, SJ 2001 I 320; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, op. cit., n. 4 ad art. 336 CO). L'application de cette disposition suppose premièrement que le congé ait été donné pour un motif inhérent à la personnalité et, deuxièmement, que ce motif n'ait pas de lien avec le rapport de travail, ou ne porte pas sur un point essentiel un préju-

dice grave au travail dans l'entreprise (ATF 130 III 699 consid. 4.1, rés. in JT 2006 I 193, SJ 2005 I 152; ATF 127 III 86 consid. 2a, rés. in JT 2001 I 160, SJ 2001 I 320, JAR 2001 p. 177; WYLER, op. cit., p. 539; AUBERT, Commentaire romand, n. 4 ad art. 336 CO). Il ne saurait ainsi y avoir d'abus, au sens de cette disposition, lorsque la raison justifiant le congé présente un lien avec le rapport de travail, en particulier avec l'obligation de travailler et le devoir de fidélité du travailleur (WYLER, op. cit., p. 540).

Est abusif en particulier le congé notifié en raison d'une maladie. Toutefois, dans la mesure où elle porte atteinte à la capacité de travail, celle-ci n'est pas considérée comme une cause abusive de résiliation (WYLER, op. cit., p. 540). Il paraît admissible qu'après l'écoulement du délai de protection contre le congé donné en temps inopportun, l'employeur puisse licencier un travailleur à cause d'une maladie qui diminue ses prestations de travail (ATF 123 III 246 consid. 5, JT 1998 I 300).

En application de l'article 8 CC, c'est en principe à la partie qui a reçu son congé de démontrer que celui-ci est abusif. En ce domaine, la jurisprudence a tenu compte des difficultés qu'il pouvait y avoir à apporter la preuve d'un élément subjectif, à savoir le motif réel de celui qui a donné le congé. Selon le Tribunal fédéral, 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, rés. in JT 2006 I 193, SJ 2005 I 152; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, op. cit., n. 2 ad art. 336 CO).

d) Aux termes de la lettre du 22 novembre 2001 de la défenderesse, le licenciement de la demanderesse a été motivé par une perte de confiance dans ses prestations professionnelles et par son indisponibilité fréquente et prolongée. Si ses compétences ont été appréciées par plusieurs chirurgiens à tout le moins jusqu'aux mois d'avril/mai 2001 et qu'elle a entretenu de bonnes relations avec ses collègues de travail, au point qu'une partie du personnel soignant devant se faire opérer sollicitait sa présence, les médecins anesthésistes L. et Y. se sont plaints – par la suite – de la qualité de son travail. Leurs reproches portaient notamment sur son refus constant à inscrire ses horaires et ses heures supplémentaires sur les feuilles, prévues à cet effet, sur son manque de souplesse pour la planification des jours de récupération, sur ses assouplissements auprès des patients, sur ses retards systématiques et fréquents au travail et sur ses absences prolongées. L'organisation au bloc s'en est trouvée gravement affectée.

S'agissant de ces motifs d'insatisfaction, exception faite du témoignage de F., qui n'est pas déterminant, il ressort unanimement des déclarations crédibles des témoins C., S., Y., et plus particulièrement du témoin

L., qu'à partir du mois d'avril 2001, la demanderesse n'a plus du tout été la même; elle a été absente pendant trois/quatre mois, bouleversant l'organisation du bloc; lorsqu'elle était présente, elle était fatiguée; elle arrivait quasi-systématiquement en retard; elle somnolait près des patients; elle a toujours refusé de retranscrire ses horaires et ses heures supplémentaires; elle était susceptible, voire irritable, supportant difficilement les remarques. La demanderesse n'a pourtant pas changé d'attitude malgré les reproches formulés, qui par ailleurs ne sont pas au vu du considérant qui précède à mettre sur le compte de la défenderesse.

Si ces griefs, pris un à un, ne justifiaient sans doute pas le congé, il n'en demeure pas moins que le comportement de la demanderesse, critiquable dans son ensemble à compter du mois de mai 2001, a – à lui seul – ébranlé et même conduit à une rupture des rapports de confiance, qui sont la base de tout contrat de travail, entre la demanderesse et la défenderesse. Ses absences répétées pour cause de maladie ont entraîné à long terme une difficulté d'organiser le service en salle d'opération; la bonne marche du travail s'en est trouvée perturbée. La défenderesse était d'autant plus fondée à être exigeante à l'égard de la demanderesse qu'elle était infirmière anesthésiste, et que, de ce fait, le bon fonctionnement d'une intervention sous anesthésie dépendait d'elle et de ses aptitudes. Ce métier impliquait pour la demanderesse un devoir accru de fidélité et de confiance. L'absence fréquente et la fatigabilité constante de la demanderesse sont devenues alors un problème important, voire vital, de nature à affecter le déroulement adéquat des interventions chirurgicales.

Les motifs du licenciement de la demanderesse étaient donc réels. Aucun élément au dossier ne permet de supposer que l'insatisfaction de la défenderesse masquait d'autres intentions. Il est légitime qu'à l'échéance du délai de protection, la défenderesse a mis fin à ses rapports avec la demanderesse. Elle l'a fait dans le respect des règles légales.

V.

En définitive, les conclusions de la demanderesse doivent être rejetées dans leur intégralité.

Jugement communiqué par V. Midili, première greffière adjointe.

Tribunal cantonal du canton de Vaud, Chambre des recours, Arrêt du 22 février 2008 (Rejet du recours interjeté contre le jugement rendu le 20 juillet 2007 par le Tribunal des prud'hommes de l'arrondissement de Lausanne)

49, 328 et 328b CO. Mobbing. En matière d'indemnité pour tort moral, le fait de savoir si la victime était atteinte d'une affection préexistante est en général sans incidence sur la fixation du montant de l'indemnité, s'agissant d'une prédisposition constitutionnelle liée. De surcroît, des recherches sur le passé médical de la personne victime

d'un harcèlement psychologique seraient disproportionnées, sans compter qu'elles impliqueraient une atteinte grave à la protection des données à laquelle a droit tout travailleur (c. 3c).

328 CO. L'article 328 CO est une norme d'imputabilité spéciale de l'employeur permettant à ce dernier de faire valoir des preuves libératoires spécifiques. L'employeur devrait pouvoir se libérer s'il parvient à prouver qu'il a pris les mesures que l'expérience commande, qui sont appropriées aux circonstances et que l'on peut équitablement exiger de lui pour prévenir tout harcèlement. Il devrait en aller de même s'il parvient à démontrer qu'il a usé de la diligence nécessaire quant au choix, à l'instruction et à la surveillance de ses auxiliaires, la mise à disposition d'instruments et de matériaux appropriés, ainsi que dans l'organisation rationnelle de l'entreprise (c. 4d).

Extraits des faits:

La demanderesse a été engagée par la défenderesse le 5 mars 1998, en qualité d'ouvrière d'usine pour un taux d'occupation à 50% et un salaire mensuel brut de fr. 1500.-. Le salaire a progressivement été augmenté pour atteindre finalement la somme brute de fr. 1750.-. Un contrat de travail a été établi le 18 décembre 1998, stipulant l'engagement de la demanderesse en qualité d'ouvrière sur machine pour l'exécution de divers travaux, ordre et propreté. La demanderesse est au bénéfice d'une rente AI à 50%. En 2003, la demanderesse a été mutée au secteur «expédition». A ce nouveau poste, elle devait travailler avec X. Cette dernière était la supérieure directe de la demanderesse. Le secteur expédition était placé sous la responsabilité d'Y. Les relations de travail entre la demanderesse et X. se sont rapidement détériorées. Elle rencontrait également des difficultés avec Y. Le 5 septembre 2005, X. a mis en marche le poste de radio qui se trouvait dans la pièce où la demanderesse et elle-même effectuaient leur travail. La demanderesse ayant mal à la tête a, un peu plus tard, baissé le son de l'appareil, pour finalement l'éteindre. Cela provoqua une réaction très agressive de la part de X. Le même jour, la demanderesse fit l'objet d'un avertissement écrit de la part d'Y., dont le contenu était le suivant: «Je ne puis admettre votre comportement de ce matin envers Madame X. Un poste de radio a toujours été installé dans le local d'emballage!!! N'est absolument pas question que vous interveniez à ce sujet. Madame X. a quitté son poste de travail et vous en êtes responsable. Il est parfaitement clair que lorsque cette dernière reprendra son travail elle aura le droit d'enclencher son poste si elle le souhaite et je vous interdis toute intervention. J'ai informé M. F. de la situation. Je vous prie de considérer ces lignes comme unique avertissement, faute de quoi je prendrai d'autres mesures car je n'accepte pas qu'une collaboratrice sème le trouble dans cette entreprise et nuise ainsi à la paix du travail ...». Très affectée par cette situation, la demanderesse a été prise en charge par l'hôpital psychiatrique de P.

le 6 septembre 2005. Elle a été mise en incapacité totale de travailler à compter du 9 septembre 2005. Son incapacité de travail fut prolongée à plusieurs reprises. Le 13 septembre 2005, la demanderesse a rencontré F., directeur général de la défenderesse. A cette occasion, la demanderesse lui a transmis un courrier contenant notamment les phrases suivantes: «Par la présente, je vous informe devoir travailler dans un environnement hostile. Je subis une mauvaise ambiance de travail depuis 2 ans, mais cela fait 6 mois que je vis quotidiennement avec la peur de me faire agresser verbalement ou de vivre des matinées de mise à l'écart inexplicables. Je me rends au travail stressée et angoissée. Je considère être maltraitée psychologiquement et ces conditions de travail sont pour moi inacceptables. [...] Par ces lignes vous comprendrez que ma bonne volonté est évidente, mais que je ne puis plus faire face aux comportements agressifs, méprisants et irraisonnés de Mme X. Tout est négatif avec elle, je n'en peux plus. En plus, elle refuse la collaboration au travail. De surcroît, si M. Y. prend sa défense en menaçant, trop c'est trop! Il me semble que j'assume mes devoirs au sein de votre entreprise au mieux de mes possibilités et je vous demande que mes droits soient également respectés. [...] F. a, lors de l'entretien du 13 septembre 2005, proposé à la demanderesse de la muter dans un autre secteur afin de résoudre les problèmes qu'elle avait soulevés. Une proposition concrète fut faite par la suite à la demanderesse que celle-ci refusa, car elle ne se sentait pas en mesure d'effectuer un travail aussi éprouvant physiquement.

Le 5 avril 2006, la défenderesse a notifié un courrier à la demanderesse lui faisant par de la décision de résilier son contrat de travail pour le 30 juin 2006. Le 27 avril 2006, la demanderesse a, par courrier, sollicité la motivation de la décision de résiliation du contrat de travail. Le 3 mai 2006, la défenderesse s'est déterminée comme suit: «[...] sachez que nous regrettons sincèrement d'avoir dû mettre un terme votre contrat de travail. Toutefois, nous n'avons guère d'autre alternative. En effet, nous avons été sensibles aux plaintes que vous avez formulées concernant l'ambiance sur votre lieu de travail. Les investigations que nous avons menées n'ont cependant pas confirmé l'état de fait dont vous vous plaigniez. Nous vous avons néanmoins proposé d'être transférée au sein de notre société sœur, [...], aux mêmes conditions de salaire et d'emploi que celles dont vous bénéficiez jusqu'à présent. Vous n'avez cependant pas souhaité y donner suite, tout en affirmant ne plus pouvoir vous rendre sur votre ancien lieu de travail. Dans ces circonstances, il nous est apparu que nous n'étions pas en mesure de vous offrir un cadre de travail qui vous agréait et avons dû nous résoudre à mettre un terme, après l'échéance du délai de protection, à votre contrat de travail (...». Le 16 juin 2006, la demanderesse, par l'intermédiaire de son conseil, s'est opposée à son licenciement. L'arrêt maladie de la demanderesse a été prolongé jusqu'au 30 juin 2006, par le biais de divers certificats médicaux successifs. Les certificats médicaux délivrés étaient transmis avec retard à la défenderesse.

Le 7 novembre 2006, la demanderesse a ouvert action devant le Tribunal de Prud'hommes de l'arrondissement de Lausanne et conclu au paiement par la défenderesse d'un montant net de francs 11 375.-, avec intérêts à 5% l'an à compté du 1^{er} juillet 2006. Dans le cadre de discussions transactionnelles, la défenderesse a, au mois de février 2007, proposé un poste d'ouvrière de production à la demanderesse. Les parties ne sont toutefois pas parvenues à un accord. Par jugement du 20 juillet 2007, le Tribunal de prud'hommes de l'arrondissement de Lausanne a prononcé que la défenderesse doit payer à la demanderesse la somme de 7000 fr. à titre d'indemnité, avec intérêt à 5% l'an dès le 1^{er} juillet 2006 et rejeté toutes autres ou plus amples conclusions. Par mémoire immédiatement motivé, la défenderesse a recouru contre ce jugement.

Extraits des considérants:

3.

c) Il convient tout d'abord d'examiner si l'expertise psychiatrique dont la production avait été requise par la défenderesse était utile à la solution du litige et si la décision de la présidente d'en refuser la production était ou non justifiée.

Cette dernière a motivé son refus par le fait que l'objet du litige ne justifiait pas d'avoir accès au dossier médical de l'intimée, dans la mesure où la Doctoresse S., entendue comme témoin, avait suffisamment renseigné le tribunal sur l'état de santé de l'intimée. La recourante n'est pas de cet avis. Elle estime que, tant sur la base des déclarations du médecin précité que sur celle des propres indications de l'intimée dans sa demande de rente AI, cette dernière souffrait depuis de nombreuses années d'une fragilité psychique et d'une difficulté à s'imposer, dont la recourante elle-même ne saurait être responsable. Aussi cette dernière considère-t-elle que les premiers juges ne pouvaient, sans l'expertise médicale requise, lui imputer à elle le mal-être de l'intimée.

Il convient, en préambule à cette question, de souligner que le Tribunal n'a alloué à l'intimée qu'une indemnité pour tort moral, à l'exclusion de toute indemnité en dommages-intérêts. L'intimée, dont les prétentions visaient à ce qu'il lui soit alloué une indemnité pour licenciement abusif, n'a pas recouru. Or, en cette matière, le fait de savoir si la victime était atteinte d'une affection préexistante est en général sans incidence sur la fixation du montant de l'indemnité, s'agissant d'une prédisposition constitutionnelle liée (cf. WERRO, La responsabilité civile, seconde partie, § 2, n. 1199 ss., p.306; idem, in Commentaire romand, n. 31 ss ad art.44 CO, p. 311; V. BRULHART, L'influence de la prédisposition constitutionnelle sur l'obligation de réparation du responsable, in La fixation de l'indemnité, colloque de l'UNI FR 2003, pp. 89 ss., spéc. pp. 100 à 102; J.-PH. DUNAND, La prédisposition constitutionnelle de la victime d'un harcèlement psychologique (mobbing), in DTA 2007, pp. 15 ss.; TF 4C.215/2001, du

15 janvier 2002, c.3), même si le Tribunal fédéral a validé l'appréciation des juges cantonaux qu'il juge «correcte» dans la fixation de l'indemnité réduite en raison d'une prédisposition constitutionnelle dans l'arrêt 4C.320/2005 du 20 mars 2006 c. 2.4 et 2.5 (commenté par DUNAND dans l'article précité), sans du reste même discuter la question. De surcroît, des recherches sur le passé médical de la personne victime d'un harcèlement psychologique seraient disproportionnées dans le cadre d'une procédure en indemnisation du tort moral, sans compter qu'elles impliqueraient une atteinte grave à la protection des données à laquelle a droit tout travailleur (cf. art. 328 b CO; DUNAND, loc. cit., p. 18).

Il en résulte que le refus de la présidente d'ordonner la production du rapport d'expertise psychiatrique était en l'occurrence justifié. Le moyen, mal fondé, doit en conséquence être rejeté.

4.

La recourante fait ensuite valoir que les conditions d'un tort moral imputable à l'employeur ne sont pas remplies. Rien ne permet en effet, à ses yeux, d'affirmer qu'un important conflit relationnel opposait l'intimée à un tiers. Il faudrait, pour que ce soit le cas, qu'un tel conflit s'inscrive dans la durée. Or, jusqu'à l'avertissement du 5 septembre 2005, l'intimée n'a émis aucune plainte. Au reste, poursuit-elle, cette dernière invoque des problèmes ponctuels, sans grande gravité. Concernant ses relations avec sa collègue X., celle-ci était sa supérieure hiérarchique et rien ne permet de retenir que cette dernière aurait démontré un comportement discriminatoire en ne lui déléguant pas certaines tâches.

a) Pour justifier l'indemnité allouée à l'intimée, le Tribunal s'est fondé sur l'article 328 alinéa 1 CO. Il a considéré que l'employeur, en l'occurrence la recourante, en s'abstenant de prendre les mesures qui s'imposaient à lui pour désamorcer le conflit relationnel opposant son employée à deux autres membres du personnel, dame X. et sieur Y., respectivement en proposant à l'intimée un transfert à un autre poste de travail entraînant une nette péjoration de ses conditions de travail, avait failli à son devoir de protéger la personnalité et la santé de son employée et avait même contribué activement à la dégradation de son état. Eu égard aux circonstances de l'espèce et à l'atteinte subie par l'intimée, il a fixé à 7000 francs le montant de l'indemnité due au titre de réparation morale.

b) Selon la jurisprudence, lorsque le problème principal réside dans un important conflit relationnel opposant deux personnes au sein de l'entreprise qui ne sont pas faites pour s'entendre, l'employeur est tenu de prendre les mesures que l'on peut attendre de lui pour désamorcer le conflit. Cette obligation découle de l'article 328 alinéa 1 CO, selon lequel l'employeur protège et respecte, dans les rapports de travail, la personnalité du travailleur ou de la travailleuse. Pour ce faire, il doit prendre les mesures adéquates si celui-ci ou celle-ci fait l'objet d'atteintes de la part de ses supérieurs ou de membres du personnel. La protection englobe notamment l'honneur personnel et professionnel, la position et la considération dans

l'entreprise (TF 4C.46/2006 du 12 avril 2006 c. 3.1; ATF 132 III 115 c. 2.2; 127 III 351 c. 4 b/dd). Le salarié victime d'une atteinte à sa personnalité contraire à la disposition qui précède du fait de son employeur ou des auxiliaires de celui-ci peut prétendre à une indemnité pour tort moral aux conditions fixées par l'article 49 alinéa 1 CO (TF 4C.24/2005 du 17 octobre 2005; ATF 130 III 699 c. 5.1; 125 III 70 c. 3 a).

c) En l'espèce, il ressort du jugement, et notamment du témoignage de F., directeur de I. (société faîtière qui regroupe notamment la recourante et la Z. SA) relaté dans le jugement, que la demanderesse ne s'était pas plainte à lui du comportement de ses deux collègues avant les événements de début septembre 2005, alors qu'il l'avait rencontrée à deux reprises précédemment. Ce n'est qu'après l'avertissement donné par Y. à la demanderesse suite à l'incident du 5 septembre 2005, dont ce dernier l'avait informé, qu'il a pris les choses en main et décidé de proposer à la demanderesse un autre poste dans l'entreprise. Ce nonobstant, le Tribunal a considéré que «la défenderesse ne saurait soutenir qu'elle n'était pas au courant de la situation avant cette date, dans la mesure où il appartenait d'abord à Y. de gérer le conflit». Il se pose dès lors la question, à supposer que ledit conflit puisse avoir causé une atteinte à la personnalité de l'intimée, de savoir si le comportement des collègues de travail – et en même temps supérieurs dans le secteur expédition – de l'intimée à l'égard de cette dernière est imputable à l'employeur.

d) L'atteinte aux droits de la personnalité du travailleur constitue en même temps un acte illicite, qui engage la responsabilité délictuelle de l'employeur, et une violation du contrat de travail, qui engage sa responsabilité contractuelle. La violation des devoirs prévus à l'article 328 CO entraîne l'obligation pour l'employeur de réparer le préjudice matériel et le tort moral causés par sa faute ou celle d'un autre employé. Lorsque l'employeur est une personne morale, il faut lui imputer les actes de ses organes (cf. art. 55 al. 2 CC). Par ailleurs l'employeur répond également des actes de ses auxiliaires (cf. art. 55 et 101 CO), c'est-à-dire de ses collaborateurs, quel que soit leur niveau hiérarchique, voire de tiers extérieurs à l'entreprise lorsqu'il leur a délégué des tâches. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, pour que l'article 101 CO soit applicable, il suffit que l'auxiliaire ait agi au vu et au su de l'employeur et avec le consentement du débiteur, qui peut être tacite, et même s'il n'existe aucun lien de subordination entre eux (TF 4C.343/2003 du 13 octobre 2004, c. 4.1 et les réf. citées). Encore faut-il, selon la doctrine, que la victime ait porté à la connaissance de l'employeur les faits incriminés lorsqu'elle peut supposer que celui-ci les ignore. Si elle s'en abstient, il ne pourra être reproché à l'employeur la méconnaissance des faits incriminés, sauf si l'auteur de l'atteinte est un organe au sens de l'article 55 CC (WYLER, op. cit., pp. 237–238). En décider autrement reviendrait à instaurer une responsabilité quasi causale de l'employeur (cf. WAEBER, Le mobbing ou harcèlement psychologique au travail, quelles solutions?, in AJP 1998 pp. 793–4).

A tout le moins dans les rapports internes de travail, doit-on être en présence d'un comportement qui s'inscrit dans l'exécution des tâches confiées par l'employeur à l'auxiliaire. Ainsi, lorsqu'un cadre harcèle un subordonné, ces conditions paraissent réalisées, dans la mesure où l'employeur a confié au cadre le soin d'exécuter tout ou partie de son obligation d'employeur envers le travailleur. Il n'en va pas de même lorsque le harcèlement est le fait d'un employé de même niveau hiérarchique, dans la mesure où cela signifierait que l'employeur a confié à l'ensemble de ses collaborateurs son devoir de protection de la personnalité. La disposition de l'article 328 CO apparaît bien plus comme une norme d'imputabilité spéciale de l'employeur, permettant à ce dernier des preuves libératoires spécifiques. Ainsi, l'employeur devrait pouvoir se libérer s'il parvient à prouver qu'il a pris les mesures que l'expérience commande, qui sont appropriées aux circonstances et que l'on peut équitablement exiger de lui pour prévenir tout harcèlement. Il devrait en aller de même s'il parvient à démontrer qu'il a usé de la diligence nécessaire quant au choix, à l'instruction et à la surveillance de ses auxiliaires, la mise à disposition d'instruments et de matériaux appropriés et l'organisation rationnelle de l'entreprise (cf. DUNAND, *Le harcèlement psychologique (mobbing) en droit privé suisse du travail*, in RJN 2006 pp. 17 ss, sp. 29 à 31).

e) En l'espèce, les personnes mises en cause dans les déboires rencontrés par la demanderesse étaient d'une part une employée ayant 25 ans de service au sein de la défenderesse, supérieure directe de l'intimée mais dont le statut était également celui d'une ouvrière, d'autre part le directeur du secteur expédition et fabrication de la recourante. Au vu de ce qui a été exposé ci-dessus, seul ce dernier est susceptible d'être considéré comme un auxiliaire auquel l'employeur a confié des tâches visant plus particulièrement la protection de la personnalité des employé(e)s placé(e)s sous sa responsabilité. Il lui est reproché de n'avoir apporté aucun soutien à l'intimée dans le conflit qui l'opposait à sa collègue et dont il était le supérieur hiérarchique. En particulier, ainsi que l'a reconnu le directeur F., il ne s'est pas montré à l'écoute de l'intimée et n'a pas adopté le comportement adéquat pour gérer le conflit entre les deux femmes. Il lui est également fait grief d'avoir utilisé un ton rude et direct dans l'avertissement qu'il a adressé à la demanderesse. Cela dit, à la suite de l'incident du 5 septembre 2005, il a informé le directeur F. de la situation et, à partir de ce moment-là, ce dernier a pris les choses en mains. On peut ainsi reprocher à Y. son comportement passif jusque là, puisqu'il a lui-même déclaré que les problèmes avaient débuté depuis le transfert de la demanderesse dans son service, en 2003, même si les difficultés entre les deux femmes étaient liées à de petites choses comme l'installation d'une fontaine à eau ou le poste de radio. Quant à la recourante, elle n'a pas apporté de preuve libératoire quant au choix, à l'instruction et à la surveillance de son collaborateur. Il s'ensuit que les carences d'Y. dans la gestion du conflit entre les deux femmes au sein de son service sont en principe imputables à la recourante.

f) Reste à savoir si ce comportement – et dans son prolongement celui du directeur F. pour tenter, après coup, de résoudre le problème – est en soi constitutif d’une atteinte à la personnalité de l’intimée. On rappellera que le devoir de protection prévu à l’article 328 alinéa 1 CO recouvre l’ensemble des valeurs essentielles, physiques, affectives et sociales, liées à la personne humaine, dont notamment la santé psychique, les sentiments d’honneur et de dignité, la considération sociale, la réputation professionnelle, la sphère privée, etc. Dans les rapports de travail, l’employeur doit respecter la personnalité du travailleur. Il doit aussi la protéger contre toute atteinte de collègues, de supérieurs hiérarchiques ou de tiers (cf. WAEBER, loc. cit. p. 793). En particulier, le *mobbing* ou harcèlement psychologique est prohibé par la disposition précitée. Il se définit comme un enchaînement de propos ou d’agissements hostiles, répétés fréquemment pendant une période assez longue par lesquels un ou plusieurs individus cherchent à isoler, à marginaliser voire à exclure un personne sur son lieu de travail. La victime est souvent placée dans une situation où chaque acte pris individuellement peut éventuellement être considéré comme supportable alors que l’ensemble des agissements constitue une déstabilisation de la personnalité poussée jusqu’à l’élimination professionnelle de la personne visée. Il n’y a toutefois pas harcèlement psychologique du seul fait qu’un conflit existe dans les relations professionnelles, ni d’une mauvaise ambiance de travail ou encore du fait qu’un supérieur hiérarchique n’aurait pas satisfait pleinement et toujours aux devoirs qui lui incombent à l’égard de ses collaboratrices et collaborateurs. Il résulte des particularités du *mobbing* que ce dernier est généralement difficile à prouver, si bien qu’il faut éventuellement admettre son existence sur la base d’un faisceau d’indices convergents. Il faut cependant garder à l’esprit que le *mobbing* peut n’être qu’imaginaire, sinon même être allégué abusivement pour tenter de se protéger contre des remarques ou mesures pourtant justifiées (TF 4C.109/2005 du 31 mai 2005, c.4; 4C.343/2003 du 13 octobre 2004, c. 3.1).

En l’espèce, l’instruction à laquelle se sont livrés les premiers juges a mis en lumière un grave problème relationnel entre l’intimée et sa collègue X. au sein du secteur «expédition» placé sous la responsabilité d’Y. Le jugement fait état d’une «situation dégradée depuis plusieurs mois déjà et qui s’aggravait de jour en jour (dont) l’épisode relatif au poste de radio n’a été que le révélateur». Cette situation «très tendue depuis longtemps» et «très mal vécue» par l’intimée est mise sur le compte de dame X. qui «a usé de sa position hiérarchique pour nuire à [l’intimée] et rendre ses conditions de travail difficiles». Plus loin, on peut lire, s’agissant du sieur Y., que celui-ci «s’est montré d’une inefficacité complète et semblait totalement soumis à sa subordonnée» et qu’ «au lieu d’intervenir pour calmer la situation et désamorcer le conflit, (il) a pris part activement à l’exclusion de [l’intimée] (...), n’a jamais rappelé à l’ordre X. et ne s’est pas montré à l’écoute de [l’intimée]». Cette appréciation est confirmée, notamment, par le témoignage de G., qui fait une description édifiante des deux protagonistes qu’il

a côtoyés de près. Ces derniers, quant à eux, cherchent visiblement à minimiser la gravité du conflit. Il ressort néanmoins des explications d'Y. que des problèmes ont surgi dès le début de l'activité de l'intimée au sein de son secteur et qu'il a pris parti pour dame X. dans l'épisode de la radio. L'avertissement adressé le jour même à l'intimée souligne du reste un tel parti pris. Quant à la lettre adressée par l'intimée au directeur F. le 13 septembre 2005, elle fait ressortir que l'intéressée se sentait mise à l'écart, isolée, privée d'occupation et de communication voire même menacée. Cette maltraitance psychologique était ressentie par elle comme un traumatisme, comme l'a souligné la Dresse S. dans sa déposition. Sur la base de ces indices convergents, on doit considérer que l'on n'avait pas seulement affaire à des problèmes ponctuels sans gravité, comme le soutient la recourante, mais que l'on se trouvait bien en présence d'un harcèlement psychologique ou mobbing, dont l'intimée était la victime de la part de ses collègues.

La réaction du directeur F., au moment où le supérieur direct de l'intimée l'a informé de la situation, a certes été rapide, en ce qu'il a immédiatement pris des mesures pour que l'intimée ne fasse plus partie du secteur «expédition». Eu égard à la détérioration progressive de la situation, elle était toutefois tardive. En outre, comme l'ont retenu les premiers juges, on peut douter du caractère adéquat du transfert envisagé de l'intimée à la zinguerie, lequel, selon les constatations faites lors de l'inspection locale, «constituait une nette péjoration des conditions de travail» de cette dernière. La recourante n'est ainsi pas parvenue à se libérer en prouvant avoir pris les mesures commandées par les circonstances. Il s'ensuit que l'intimée a subi une atteinte aux droits de sa personnalité du fait de l'employeur, cela en violation de l'art. 328 CO, et qu'elle peut prétendre de ce chef à une indemnité à titre de réparation morale, comme en ont décidé à bon droit les premiers juges.

5.

a) L'article 49 CO prévoit que celui ou celle 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 physiques ou psychiques consécutives à l'atteinte subie par la victime et de la possibilité d'adoucir sensiblement, par le versement d'une somme d'argent, la douleur morale qui en résulte. En raison de sa nature, l'indemnité pour tort moral, qui est destinée à réparer un dommage qui ne peut que difficilement être réduit à une simple somme d'argent, échappe à toute fixation selon des critères mathématiques, de sorte que son évaluation en chiffres ne saurait excéder certaines limites; l'indemnité doit toutefois être équitable. La fixation d'une telle indemnité est une question qui relève pour une part importante de l'appréciation des circonstances. L'autorité de recours ne la revoit qu'avec retenue, notamment si l'autorité précédente a mésusé de son pouvoir

d'appréciation en se fondant sur des critères étrangers à la disposition applicable, en omettant de tenir compte d'éléments pertinents ou encore en fixant une indemnité inéquitable parce que manifestement trop faible ou trop élevée. Cependant, s'agissant d'une question d'équité, l'autorité de recours examine librement si la somme allouée tient suffisamment compte de la gravité de l'atteinte ou si elle est disproportionnée par rapport à l'intensité des souffrances morales causées à la victime (TF 4C.320/2005 du 20 mars 2006 c.2.2; ATF 130 III 699, spéc. pp. 704–705 c. 5.1 et les réf. citées).

b) Les premiers juges ont alloué à l'intimée une indemnité de 7000 fr., sans motiver plus avant ce montant si ce n'est par rapport aux «circonstances du cas d'espèce». Celui-ci n'est en soi pas remis en cause par la recourante. Il ne relève pas d'une appréciation inéquitable et se tient dans la fourchette admise par la jurisprudence pour de semblables atteintes (cf. TF 4C.24/2005 P. SA c. K. du 17 octobre 2005 c. 7.3 ad CCiv. du 30 mars 2004). En outre, il tient compte des souffrances morales de l'intimée, qui s'est retrouvée en incapacité totale de travailler pendant de nombreux mois. Comme déjà dit plus haut, il ne se justifie pas d'opérer une réduction pour tenir compte des troubles dans sa santé, en particulier de l'état dépressif, dont elle souffrait précédemment. Le montant alloué doit donc être confirmé.

Arrêt communiqué par V. Midili, première greffière adjointe.

Tribunal cantonal du canton de Vaud, Cour civile, Ordonnance de mesures provisionnelles du 12 août 2008 (Révocation du prononcé de mesures provisionnelles et d'extrême urgence rendu le 11 juin 2008 par le président du Tribunal des prud'hommes de l'arrondissement de la Côte)

340 CO. Employeur faisant valoir une clause d'interdiction de concurrence fondée sur le contrat de travail et une seconde clause d'interdiction de concurrence fondée sur une convention d'actionnaires. Cette seconde clause ne saurait échapper à première vue à la réglementation des articles 340 ss CO. Les autorités judiciaires compétentes pour statuer sur les prétentions fondées sur le contrat de travail doivent donc aussi pouvoir statuer sur la clause de non-concurrence insérée dans la convention d'actionnaires (c. I. a).

343 CO et 24 LFors. La notion d'actions «fondées sur le droit du travail», au sens de l'art. 24 I LFors doit recevoir la même interprétation large que la notion de «litiges résultant du contrat de travail» au sens de l'art. 343 II CO (c. I. b).

340b III CO. Le caractère exceptionnel de la cessation effective de l'activité concurrente est souligné par la doctrine, qui parle de principe de subsidiarité, en retenant que tant que l'employeur peut couvrir son dommage par la peine conventionnelle stipulée ou les dommages-

intérêts, le juge ne fera pas exécuter la clause de prohibition de concurrence (c. III. d).

340a I CO. La prohibition de faire concurrence doit demeurer dans les limites du raisonnable. En l'espèce, elle concerne les clients et fournisseurs de l'employeur dans le monde entier. Compte tenu du nombre restreint des personnes actives dans le domaine des hydrocarbures et de la portée mondiale de la clause, celle-ci semble disproportionnée. Dans une telle hypothèse, la loi prévoit pour le juge la possibilité de réduire une prohibition excessive. Cependant, dans le cas d'espèce une telle réduction paraît difficile vu l'exigüité et la spécificité du marché des hydrocarbures (c. IV. c).

340, 361 et 362 CO. L'employeur ne saurait échapper aux exigences des articles 340 ss CO et contourner ainsi les dispositions impératives du droit du travail par le simple fait d'insérer une clause de prohibition de concurrence dans un pacte d'actionnaires (c. V. b).

Extraits des faits:

La requérante X. SA est une société de droit suisse inscrite au registre du commerce le 2 février 2007 et ayant pour but social le courtage de biocarburants tels que l'éthanol, le gasoil d'origine végétale et d'autres carburants «verts». L'intimé Y. travaille comme courtier dans les hydrocarbures. A l'audience de ce jour, il a précisé qu'il exerçait cette activité depuis la fin de l'année 2006. Il travaille cependant depuis une quinzaine d'années dans le domaine des hydrocarbures. Il était auparavant «trader» dans le fuel pour une compagnie pétrolière. Le 8 janvier 2007, la requérante a engagé l'intimé en qualité de courtier. L'article 4 du contrat prévoit que le courtier percevra un salaire annuel de base de 150 000 fr. ainsi qu'un bonus correspondant à 50% des commissions supérieures à 160 000 US\$ touchées par la société pour les transactions directement imputables au courtier. L'article 8 lettre a du contrat contient une prohibition de concurrence dans le domaine du courtage de carburants – «oil brokerage business» – dans lequel la société est engagée. Cette interdiction s'applique pendant la durée du contrat et dans un délai de trois mois à compter de la fin de celui-ci. En outre, le courtier s'engage à s'abstenir de divers actes – en particulier de débauchage – à l'encontre des employés de la société (art. 8 litt. b ch. 1), ainsi que de ses clients et fournisseurs (art. 8 litt. b ch. 2). Le 21 février 2008, la requérante, T. Ltd, sise à [...], E., domicilié en Suisse, et l'intimé ont conclu un pacte d'actionnaires. Son article 6a prévoit une clause de non concurrence en des termes semblables à l'article 8 du contrat de travail, si ce n'est que le domaine de non concurrence ne concerne pas seulement l'«oil brokerage business», mais aussi l'«agricultural, biofuel, carbon credit or commodity brokerage business». Sa durée est limitée à une durée de trois mois suivant la vente ou la restitution des actions.

Par courrier adressé par son conseil le 23 avril 2008 à la requérante l'intimé a résilié son contrat de travail avec effet immédiat au motif qu'il subissait sur son lieu de travail un mobbing qui a atteint son intégrité psychologique et psychique. Le 24 avril 2008, l'intimé a adressé à la requérante un courrier dans lequel il la mettait en demeure de lui verser les provisions dues au jour de son départ (648 540 US\$), le solde de son salaire de base ainsi que des indemnités pour démission avec juste motif (492 524 US\$). Il réservait ses droits quant à un éventuel dommage complémentaire à titre de tort moral.

Le 4 juin 2008, la requérante a déposé une requête de mesures provisionnelles et d'extrême urgence auprès du Président du Tribunal des prud'hommes de l'arrondissement de la Côte. Le 11 juin 2008, statuant jusqu'à droit connu ensuite de l'audience de mesures provisionnelles à fixer, le Président du Tribunal des prud'hommes de l'arrondissement de la Côte a rendu un prononcé de mesures provisionnelles et d'extrême urgence, interdisant à Y., sous la menace de la peine d'amende de l'article 292 CP en cas d'insoumission à une décision de l'autorité, de commettre tout acte de concurrence directe ou indirecte envers X. SA.

Le 18 juin 2008, l'intimé a déposé une demande auprès de la Cour civile du Tribunal cantonal, dans laquelle il conclut au paiement de diverses sommes fondées sur son contrat de travail avec la requérante, au constat qu'il n'est pas lié par une clause de non concurrence. Dans une correspondance du 1^{er} juillet 2008, la requérante a déclaré qu'elle ne s'opposait pas au renvoi de la cause devant la Cour civile. Par dictée au procès-verbal de l'audience de ce jour, l'intimé conclut à l'incompétence de la Cour civile et à l'annulation du prononcé de mesures préprovisionnelles du 11 juin 2008, considérant que les autorités genevoises sont compétentes. La requérante conclut au rejet de la requête en déclinatoire.

Extraits des considérants:

I.

La requérante fonde sa requête de mesures provisionnelles sur le contrat de travail passé entre les parties le 8 janvier 2007 et sur le pacte d'actionnaires du 21 février 2008. A l'audience, l'intimé a soulevé l'exception d'incompétence tant *ratione materiae* que *ratione loci* de la Cour civile pour connaître des conclusions fondées sur le pacte d'actionnaires. Il s'agit donc de trancher ces questions à titre liminaire.

La compétence pour octroyer des mesures provisionnelles doit être examinée *prima facie*, en se contentant d'une vraisemblance, sans préjuger celle de connaître du fond (POUDRET/HALDY/TAPPY, Procédure civile vaudoise, 3^e éd., ad art. 103 CPC).

a) On peut donner acte à l'intimé du fait que la convention d'actionnaires du 21 février 2008 contenant la clause de prohibition de concurrence litigieuse prévoit en substance que tout litige concernant ladite

convention ou lié à celle-ci (*any dispute arising with respect to or in connection with this agreement*) sera tranché par un tribunal arbitral sis à

Genève, conformément aux règles d'arbitrage de la Chambre genevoise du commerce et de l'industrie.

Cela étant, le contrat de travail du 8 janvier 2007 conclu entre la requérante et l'intimé est soumis à la juridiction ordinaire (sur la possibilité de soumettre une telle relation à l'arbitrage, cf. SJ 1989, pp. 593 ss, ainsi que STAEHELIN/VISCHER, Zürcher Kommentar, vol. V2c, 3^e éd., n. 4 ad art. 343 CO; cf. aussi art. 3 de la loi du 17 mai 1999 sur la juridiction du travail, RSV 173.61). La notion de «litiges résultant du contrat de travail» soumis aux règles de procédure spéciales de l'article 343 CO doit s'interpréter largement. N'est pas seule décisive la cause juridique de la prétention litigieuse, mais bien plutôt l'état de fait sur lequel elle repose, qui doit pouvoir tomber sous le coup du droit du travail. La procédure prévue à l'article 343 CO vaut notamment pour l'action fondée sur une prohibition de concurrence (Favre/Munoz/Tobler, Le contrat de travail, Code annoté, nn. 1.14 et 1.16 ad art. 343 CO).

Les parties à une convention d'actionnaires sont libres d'instituer une clause de prohibition de concurrence, dont les conditions de validité sont notamment régies par les articles 2 et 27 alinéa 2 CC (BLOCH, Les conventions d'actionnaires et le droit de la société anonyme, thèse Lausanne 2006, pp. 266 s.). Toutefois, la situation revêt ceci de particulier que l'intimé a non seulement conclu une convention d'actionnaires mais aussi un contrat de travail contenant une clause de non-concurrence rédigée en des termes semblables, les deux clauses paraissant se distinguer essentiellement au niveau du domaine de non-concurrence (oil brokerage business selon l'art. 8a du contrat de travail, oil, agricultural, biofuel, carbon credit or commodity brokerage business selon l'art. 6a de la convention d'actionnaires). On peut s'interroger sur la portée de la clause 6 de la convention d'actionnaires s'agissant d'un actionnaire qui a déjà fait l'objet d'une clause de non-concurrence dans son contrat de travail; quoi qu'il en soit, une telle clause ne saurait à première vue échapper à la réglementation des articles 340 ss CO du fait qu'elle figure dans une convention d'actionnaires. Les autorités judiciaires compétentes pour statuer sur les prétentions fondées sur le contrat de travail doivent donc aussi pouvoir statuer sur la clause de non-concurrence insérée dans la convention d'actionnaires. Aussi bien, lorsqu'une même prestation est réclamée en vertu de plusieurs causes juridiques, la jurisprudence fédérale interdit au droit cantonal d'imposer au plaideur de diviser sa prétention et d'ouvrir action devant chaque juridiction compétente (ATF 92 II 305 c. 5; ATF 91 II 63 c. 3; RAPP, Le cumul objectif d'actions, thèse Lausanne, 1987, p. 89).

C'est d'ailleurs ainsi que l'intimé l'a entendu. Dans sa détermination du 19 juin 2008 déposée devant le Président du Tribunal des Prud'hommes de l'arrondissement de La Côte, il a conclu au renvoi de la cause devant la

juridiction compétente, soit la Cour civile, «juridiction des Prud'hommes du canton de Vaud», sans opérer une distinction entre les conclusions provisionnelles fondées sur le contrat de travail et celles fondées sur la convention d'actionnaires. Dans l'action au fond du 18 juin 2008 qu'il a intentée devant la cour de céans, l'intimé a requis la jonction avec la cause pendante devant le Tribunal d'arrondissement de La Côte, sans exclure les conclusions provisionnelles fondées sur la convention d'actionnaires, et a conclu au rejet de toutes les conclusions sur mesures provisionnelles. L'intimé a donc admis la compétence des autorités judiciaires.

Au demeurant, quand bien même la clause 6 de la convention d'actionnaires serait soumise à l'arbitrage, cela n'exclurait pas la compétence du juge ordinaire. En droit de l'arbitrage interne, les autorités judiciaires ordinaires sont seules compétentes pour ordonner des mesures provisionnelles (art. 26 al. 1 du Concordat sur l'arbitrage du 27 août 1969, RSV 278.91).

Il reste à examiner si la cour de céans a été saisie à juste titre au regard des règles de compétence ordinaires.

b) L'article 33 LFors prévoit qu'est impérativement compétent pour ordonner des mesures provisionnelles le tribunal du lieu dans lequel est donnée la compétence pour connaître de l'action principale ou le tribunal du lieu dans lequel la mesure devra être exécutée.

En l'espèce, l'intimé a intenté une action concluant au paiement de provisions fondées sur le contrat de travail du 8 janvier 2007, au paiement d'indemnités fondées sur une résiliation pour justes motifs et au constat qu'il n'est lié par aucune clause de non-concurrence. Il s'agit donc d'une «action fondée sur le droit du travail», au sens de l'article 24 LFors, notion qui doit recevoir la même interprétation large qu'à l'article 343 CO (cf. DONZALLAZ, Commentaire de la loi fédérale sur les fors en matière civile, n. 15 ad art. 24 LFors: entrent en ligne de compte les obligations post-contractuelles trouvant leur origine dans le contrat de travail). Les mesures provisionnelles requises par la défenderesse au fond X. SA, fondées sur des clauses de prohibition de concurrence ainsi que sur le devoir de fidélité de l'article 321a alinéa 4 CO, sont manifestement liées à l'action au fond et doivent être jugées par la même autorité.

L'article 24 alinéa 1^{er} LFors prescrit que le tribunal compétent est celui du domicile ou du siège du défendeur ou le tribunal du lieu où le travailleur accomplit habituellement son travail. En l'occurrence, le siège de la requérante et défenderesse au fond est Nyon, de sorte que l'action peut valablement être intentée dans le canton de Vaud.

c) Les articles 1^{er} et 2 alinéa 1^{er} lettre c de la loi du 17 mai 1999 sur la juridiction du travail (RSV 173.61) prévoient que les contestations relatives au contrat de travail relèvent de la compétence de la Cour civile lorsque la valeur litigieuse est supérieure à 100 000 francs. Les conclusions patrimoniales de la demande ou celles de la réponse, si elles sont plus élevées, déterminent la valeur litigieuse du procès (art. 116 OJV). Dans le cas

d'espèce, les conclusions de la demande au fond – déposée par l'intimé – s'élèvent à un montant total de l'ordre de 1 200 000 francs:

Conformément à l'article 103 alinéa 1^{er} CPC, le juge chargé de l'instruction est compétent pour ordonner les mesures provisionnelles.

En définitive, il y a lieu d'admettre la compétence du Juge instructeur de la Cour civile du Tribunal cantonal du Canton de Vaud. Au demeurant, ledit Juge instructeur a en l'espèce informé les parties le 11 juillet 2008 qu'il considérait le courrier du Président du Tribunal des prud'hommes de l'arrondissement de la Côte du 9 juillet 2008 comme un déclinaire. Aucune partie n'a recouru. On doit considérer que ce déclinaire sur mesures provisionnelles a acquis l'autorité de chose jugée (Poudret/Haldy/Tappy, op. cit., n. 4 ad art. 60 CPC).

II.

La requête se fonde sur une clause contractuelle de prohibition de faire concurrence et sur l'interdiction de révéler des faits confidentiels découlant de l'article 321a alinéa 4 CO. A défaut de règles fédérales, le droit cantonal détermine à quelles conditions l'employeur peut obtenir une protection provisionnelle (ATF 131 III 473 c. 2.1, JT 2005 I 305; ATF 103 II 120 c. 2b, JT 1978 I 77). Aux termes de l'article 101 alinéa 1^{er} chiffre 1^{er} CPC, des mesures provisionnelles peuvent être ordonnées en tout état de cause, même avant l'ouverture d'action, en cas d'urgence, pour protéger le possesseur dans ses droits (litt. a), prévenir tout changement d'état de l'objet litigieux (litt. b) ou écarter la menace d'un dommage difficile à réparer (litt. c).

(...)

c) En bref, pour obtenir une protection provisionnelle, le requérant doit rendre vraisemblable une atteinte illicite actuelle ou imminente, la menace d'un dommage difficilement réparable et l'urgence de la mesure requise (HOHL, Procédure civile, nn. 2873 ss).

III.

La requérante fonde d'abord sa requête sur la clause de non concurrence contenue dans le contrat de travail la liant à l'intimé. Dès lors qu'elle doit rendre vraisemblable une prétention au fond, en l'occurrence le droit à la cessation de la contravention à la clause de prohibition de faire concurrence, il convient de rappeler ici les conditions auxquelles celle-ci peut être admise.

a) Sous l'angle formel, le travailleur qui a l'exercice des droits civils peut s'engager par écrit envers l'employeur à s'abstenir après la fin du contrat de lui faire concurrence de quelque manière que ce soit, notamment d'exploiter pour son propre compte une entreprise concurrente, d'y travailler ou de s'y intéresser (art. 340 al. 1^{er} CO). Les «entreprises concurrentes» sont celles qui offrent des prestations de même nature à une clientèle totalement ou partiellement identique et qui, par conséquent, satisfont directement le même besoin (TERCIER, Les contrats spéciaux, 3^e éd., n. 3493 et la

réf. citée). L'employeur qui entend pouvoir exiger la cessation de la contravention doit expressément s'en réserver le droit par écrit (art. 340b al. 3 CO).

b) Matériellement, la prohibition de faire concurrence n'est valable que si les rapports de travail permettent au travailleur d'avoir connaissance de la clientèle ou de secrets de fabrication ou d'affaires de l'employeur et si l'utilisation de ces renseignements est de nature à causer à l'employeur un préjudice sensible (art. 340 al. 2 CO). Par «clientèle», il faut entendre l'ensemble des personnes physiques et morales qui entrent en relations commerciales avec l'employeur pendant une période plus ou moins longue pour acheter des marchandises ou bénéficier de services, constituant ainsi un facteur constant du chiffre d'affaires. Elle ne suppose pas nécessairement l'existence de liens étroits et durables; il suffit que des personnes fassent régulièrement des commandes. Il peut s'agir de la clientèle constituée par le travailleur (ATF 91 II 372 c. 5, JT 1966 1322; TERCIER, op. cit., n. 3489 et les arrêts cités; WYLER, Droit du travail, 2^e éd., pp. 598 s.). La preuve du cercle de la clientèle constitutive de la valeur de l'entreprise incombe à l'employeur (FAVRE/MUNOZ/TOBLER, op. cit., n. 2.10 ad art. 340 CO). Pour que l'employé «connaisse» la clientèle, il n'est pas nécessaire qu'il dispose d'une liste exhaustive de clients ou fiches les concernant, mais il faut et il suffit qu'il soit renseigné sur les qualités personnelles et les besoins de ceux-ci et qu'il sache où il peut espérer des commandes et où il est inutile de s'adresser. Ainsi, la prohibition de concurrence est valide si la position et les activités du travailleur lui permettent d'entretenir des relations personnelles avec les clients, de découvrir leurs particularités, leurs besoins, la possibilité de leur faire crédit et la marche de leurs affaires (ATF 91 II 372 c. 6, JT 1966 I 322).

Dans certains cas – par exemple des dentistes, médecins, pharmaciens ou avocats – les relations entre le travailleur et la clientèle ont essentiellement un caractère personnel fondé sur la compétence ou la personne du travailleur. Il se crée, entre le travailleur et le client, un rapport de confiance particulier qui a la prééminence sur le cercle de clientèle de sorte que la connaissance de la clientèle n'est pas propre à causer un préjudice potentiel à l'employeur; celui-ci ne peut donc valablement imposer au travailleur une prohibition de concurrence (arrêt du Tribunal fédéral du 13 juillet 2007 dans la cause 4C.100/2006 c. 2.3 et 2.6; ATF 78 II 39 c. 1, rés. in JT 1953 318; WYLER, op. cit., p. 599 et les réf. citées).

Même si le travailleur connaît la clientèle ou des secrets, il faut encore que l'utilisation de ces renseignements soit de nature à causer à l'employeur un «préjudice sensible», c'est-à-dire important au regard du chiffre d'affaires de l'employeur (DUC/SUBILIA, Commentaire du contrat individuel de travail, n. 26 ad art. 340 CO). L'article 340 alinéa 2 CO n'exige pas la preuve d'un dommage effectif (WYLER, op. cit., p. 600); il suffit qu'il soit possible selon le cours ordinaire des choses et l'expérience générale de la vie. Le juge se contentera donc d'examiner et d'apprécier la

probabilité de survenance d'un pareil dommage. Le moment déterminant pour en juger est celui où l'interdiction doit produire ses effets et non celui de la conclusion du contrat de travail (TERCIER, op. cit., n. 3494).

c) Aux termes de l'article 340a alinéa 1^{er} CO, la prohibition de faire concurrence doit être limitée convenablement quant au lieu, au temps et au genre d'affaires, de façon à ne pas compromettre l'avenir économique du travailleur d'une façon contraire à l'équité; elle ne peut excéder trois ans qu'en cas de circonstances particulières. Si une clause est disproportionnée, le juge peut la réduire selon sa libre appréciation, en tenant compte de toutes les circonstances; il aura égard, d'une manière équitable, à une éventuelle contre-prestation de l'employeur (art. 340a al. 2 CO).

Ainsi, lorsqu'une prohibition est valable au regard de l'article 340 alinéa 2 CO, mais qu'elle est excessive selon l'article 340a alinéa 1^{er} CO, l'article 340a alinéa 2 CO déroge au principe posé par l'article 20 CO, en ce sens que la clause n'est pas entièrement nulle; elle reste valable dans la mesure où elle n'excède pas la limite admissible. Plus la clause est limitée dans son contenu – objet et étendue géographique et temporelle – mieux elle sera protégée (WYLER, op. cit., pp. 610 s. et les réf. citées; FAVRE/MUNOZ/TOBLER, op. cit., n. 1.1. ad art. 340a CO).

d) L'article 340b alinéa 3 CO pose encore une condition objective, en exigeant que la cessation de la contravention de la prohibition de faire concurrence soit justifiée par l'importance des intérêts lésés ou menacés de l'employeur.

La cessation effective de l'activité concurrente du travailleur est susceptible de léser gravement ses intérêts personnels, en particulier son avenir économique, voire ses besoins vitaux. C'est la raison pour laquelle le législateur a conçu l'action en cessation de ce comportement comme un moyen de droit exceptionnel (JICCiv, 4 juillet 2000, I. C. SA c. K. et N. E. SA; JICCiv, 15 et 23 septembre 2004, C. SA c. C.; SJ 1982 330, spéc. note de Schmidt p. 334).

Le caractère exceptionnel de la cessation effective de l'activité concurrente est souligné par la doctrine, qui parle de principe de la subsidiarité, en retenant que tant que l'employeur peut couvrir son dommage par la peine conventionnelle stipulée ou les dommages-intérêts, le juge ne fera pas exécuter la clause de prohibition de concurrence (BRUNNER/BÜHLER/WAEBER, Commentaire du contrat de travail, 2^e éd., n. 4 ad art. 340b CO; TERCIER, op. cit., n. 3502). Le dommage causé par le travailleur – sans qu'il soit besoin qu'il mette en péril la survie ou l'existence même de l'entreprise (ATF 103 II 120 c. 4, JT 1978 I 77; JT 1982 1170 c. 3b) doit être suffisamment grave pour que seul le rétablissement du *statu quo ante* soit de nature à satisfaire les intérêts légitimes de l'employeur (DUC/SUBILIA, op. cit., n. 12 ad art. 340b CO; FAVRE/MUNOZ/TOBLER, op. cit. n. 3.2 ad art. 340b CO). Ceux-ci sont fonction au premier chef de l'ampleur du dommage découlant de l'activité contraire au contrat ainsi que des conséquences qui affecteront l'entreprise de l'employeur. Dans le doute, la

pesée des intérêts profitera au travailleur, ce dernier pouvant être exposé à subir un dommage irréparable qui réside principalement dans l'absence de revenus et les dommages collatéraux qui exposent le travailleur à ne plus pouvoir faire face à ses échéances financières régulières. La pratique est donc très retenue, l'exécution devant être *l'ultime ratio* (ATF 131 III 473 c. 2.3, JT 2005 I 305; WYLER, op. cit., p. 613; DUC/SUBILIA, op. cit., n. 13 ad art. 340b CO).

e) Concurrément à l'intérêt particulièrement important de l'action en exécution pour l'employeur et afin qu'il soit possible de donner suite au droit à l'action en exécution, il faut également se trouver en présence d'une violation crasse de la prohibition de concurrence, laquelle se confond généralement de manière évidente avec un acte de concurrence déloyale (ATF 131 III 473 c. 3.2, JT 2005 I 305; WYLER, op. cit., p. 613); c'est la condition subjective que la loi définit en substance par les termes «mesure (...) justifiée (...) par le comportement du travailleur» (art. 340b al. 3 in fine CO).

Ainsi, le seul fait que l'employé concurrence l'employeur en violation de la clause d'interdiction de concurrence ne suffit pas. Bien au contraire, il faut pouvoir reconnaître dans ses actes un comportement qui viole de manière particulièrement grave le principe de la bonne foi.

IV.

Les conditions d'admission de l'action en cessation de la contravention étant posées, il reste à examiner si celles-ci sont remplies.

a) Dans le cas d'espèce, la clause de non concurrence est prévue à l'article 8 du contrat du 8 janvier 2007, qui a été signé par les deux parties. Sous l'angle formel, le contrat contient une clause de non concurrence aux termes de laquelle le courtier s'engage à s'abstenir de faire concurrence à son employeur dans un délai de trois mois suivant la fin des rapports de travail. En outre, il contient une réserve expresse du droit de l'employeur d'en exiger la cessation.

L'intimé prétend que le contrat de travail est d'une durée déterminée de deux ans, de sorte que la clause prohibant la concurrence serait nulle. Selon l'article 334 alinéa 1^{er} CO, le contrat de durée déterminée prend fin sans qu'il soit nécessaire de donner congé. En d'autres termes, il faut que le contrat prenne fin par le seul écoulement du temps (WYLER, op. cit., p. 435). En l'occurrence, les parties ont prévu que le contrat se renouvelerait automatiquement à l'échéance d'un délai de deux ans, à moins que l'une ou l'autre des parties notifie par écrit à l'autre sa décision de ne pas renouveler le contrat moyennant un délai de nonante jours. Dans ces circonstances, on ne peut admettre qu'il s'agit d'un contrat de durée déterminée. La clause de non concurrence n'est donc pas nulle de ce chef.

b) Il semble que l'activité professionnelle de l'intimé au sein de la requérante lui a permis de connaître la clientèle de l'entreprise. Cependant, celui-ci ayant travaillé auparavant durant une quinzaine d'années dans le domaine des hydrocarbures, on peut se demander si cette connaissance a

été acquise uniquement au sein de l'entreprise ou si elle n'a pas plutôt un caractère personnel fondé sur les compétences de l'intimé dans ce domaine ou sa personnalité. En effet, compte tenu du peu d'acteurs présents sur ce marché – qu'il s'agisse de quarante ou de quatre cents, selon les indications divergentes des parties – il paraît difficile que l'intimé n'en ait pas eu connaissance avant d'entrer au service de la requérante. Au contraire, il est plus vraisemblable qu'il ait déjà eu des contacts dans ce milieu auparavant déjà. La requérante a d'ailleurs relevé que l'intimé est un des courtiers les plus actifs de l'entreprise. Dans ces circonstances, compte tenu du caractère personnel de l'activité de l'intimé, il paraît vraisemblable qu'il n'était pas admissible d'inclure une clause de non concurrence dans le contrat de l'intimé.

c) Au demeurant, en vertu de l'article 340a alinéa 1 CO, la prohibition de faire concurrence doit demeurer dans les limites du raisonnable. En l'espèce, elle concerne les clients et fournisseurs de la requérante dans le monde entier. Compte tenu du nombre restreint des personnes actives dans ce domaine et de la portée mondiale de la clause de non concurrence, celle-ci semble disproportionnée. Dans un tel cas, la loi prévoit pour le juge la possibilité de réduire une prohibition excessive. En l'espèce, vu l'exiguïté et la spécificité du marché des hydrocarbures, une telle démarche paraît difficile.

Il est vrai que le Tribunal fédéral a admis dans un arrêt non publié (4C.44/2002 du 9 juillet 2002) que dans un domaine très spécialisé à l'échelle mondiale, il était admissible d'étendre la prohibition au monde entier pour un espace de temps relativement bref (cf. WYLER, op. cit., p. 602). On peut toutefois concevoir quelques doutes sur le bien-fondé de cette jurisprudence. D'une part, en effet, elle ne paraît pas s'accorder à la lettre de l'article 340a alinéa 1^{er} CO; d'autre part, admettre la validité de telles clauses revient à interdire à l'employé – qui sera lui aussi nécessairement spécialisé dans le domaine en question – de travailler pendant une certaine durée. Même si cette durée doit être relativement brève, on conçoit mal qu'une interdiction de travailler dans son domaine de compétence respecte le principe de la proportionnalité, même si, comme en l'espèce, le contrat prévoit une contreprestation de l'employeur.

Quoi qu'il en soit, cette question peut demeurer en suspens, au vu des considérants qui suivent.

d) En dernier lieu, les intérêts de l'employeur doivent être lésés- ou menacés par l'activité concurrente du travailleur. En outre, la violation de la clause d'interdiction de la concurrence doit être contraire au principe de la bonne foi.

En l'espèce, la requérante n'a pas prouvé, ni même rendu vraisemblable les violations dont l'intimé serait l'auteur et encore moins le préjudice qui en découlerait. En particulier, l'allégation selon laquelle l'intimé aurait pris contact avec certains de ses clients n'est aucunement établie. On ne saurait se contenter d'un courriel de son représentant G.,

dans lequel il rapporte les propos d'un client. Il n'y a pas d'avantage d'indices que l'intimé aurait fondé une société concurrente ou projetterait de le faire. La requérante n'a pas non plus démontré à ce stade que l'intimé aurait débauché l'un ou l'autre de ses employés pour fonder une nouvelle société.

Pour le surplus, la requérante s'est contentée d'alléguer qu'elle risquait de subir des dommages certains et irréparables sans établir en quoi ils consisteraient. Elle n'a même pas apporté d'éléments permettant d'appréhender le préjudice généré à court terme par le départ de l'intimé.

Enfin, la requérante n'a pas rendu vraisemblable l'urgence de la situation. A ce sujet, on peut relever qu'au jour de l'audience, soit plus de trois mois après la cessation de l'activité de l'intimé au sein de la requérante, il n'a même pas été établi qu'il aurait repris une activité lucrative.

Par conséquent, en vertu des éléments établis ci-dessus (cf. consid. 4b à 4d), il n'est pas possible de retenir à ce stade que l'intimé aurait violé la clause de non concurrence prévue à l'article 8 du contrat de travail du 8 janvier 2007, à supposer que celle-ci soit valable, ou qu'il s'apprêterait à le faire. Cela d'autant plus qu'un degré de vraisemblance élevé est exigé en présence de mesures d'exécution anticipée. On ne saurait dès lors interdire à l'intimé d'adopter un comportement contraire à la clause de non concurrence.

V.

La requérante fonde sa requête également sur le pacte d'actionnaire du 21 février 2008.

a) A titre liminaire, il s'agit d'examiner si l'intimé est le propriétaire des actions ou si elles appartiennent à son épouse comme celui-ci le prétend.

Il est établi que l'intimé a demandé à la requérante d'émettre les actions au nom de son épouse au motif que cela était simplement plus pratique («just more convenient»). Il résulte des déclarations de l'intimé à l'audience qu'un certain nombre des biens du couple sont au nom de son épouse uniquement.

Toutefois, le préambule indique que la convention est conclue avec l'intimé, en précisant simplement que les actions sont inscrites au nom de sa femme. Le nom de l'intimé personnellement figure au pied de la convention, et non celui de sa femme. Au vu du préambule, l'intimé n'a pas signé la convention au nom de sa femme, mais en son nom propre.

Enfin, il résulte de l'article 5a de la convention qu'à l'exclusion de R. et M., les actionnaires sont employés de la société ou fournisseurs de service.

Dans ces conditions, on peut retenir – au stade de la vraisemblance – que les actions ont été émises au nom de l'épouse de l'intimé uniquement pour des raisons pratiques et qui lui sont personnelles et que le pacte d'actionnaires lie l'intimé. La question de la propriété des actions de la requérante peut demeurer indécise.

b) En tant qu'elle vise un employé de la société, la clause 6 du pacte d'actionnaires contenant une prohibition de concurrence ne saurait échapper aux exigences des articles 340 ss CO; la requérante ne peut en effet pas contourner les exigences instaurées en faveur du travailleur – dont certaines sont de droit impératif ou relativement impératif (cf. art. 361 et 362 CO) – par le simple fait d'insérer une telle clause dans une convention d'actionnaires. La clause 6 du pacte est semblable, voire même plus contraignante que la clause 8 du contrat de travail quant au domaine de non-concurrence; or cette dernière paraît déjà constituer un engagement excessif.

Pour le surplus, la menace d'une atteinte illicite ne paraît pas plus réalisée sous l'angle de la clause 6 de la convention d'actionnaires que sous l'angle de la clause 8 du contrat de travail.

La conclusion II de la requête provisionnelle doit donc également être rejetée.

VI.

La requérante prend encore une troisième conclusion fondée sur l'article 321a alinéa 4 CO.

a) Selon cette disposition, pendant la durée du contrat, le travailleur ne doit pas utiliser ni révéler des faits destinés à rester confidentiels, tels que les secrets de fabrication et d'affaires dont il a pris connaissance au service de l'employeur; il est tenu de garder le secret même après la fin du contrat en tant que l'exige la sauvegarde des intérêts légitimes de l'employeur.

Il convient de distinguer entre, d'une part, l'expérience professionnelle de l'employé, comme ses connaissances, ses qualités propres, son habileté, son ingéniosité ou l'expérience accumulée, dont il dispose et qu'il peut faire fructifier librement, et d'autre part les secrets à proprement parler, soit les connaissances spécifiques à l'entreprise à l'instar des procédés de fabrication ou des questions financières, pour lesquels un devoir de discrétion s'impose à lui (SJ 1989 p. 683; STAEHELIN/VISCHER, op. cit., n. 58 ad art. 321a CO; WYLER, op. cit., p. 600).

Ainsi, pour la jurisprudence, constitue un secret toute connaissance particulière qui n'est pas de notoriété publique, qui n'est pas facilement accessible, dont un commerçant ou un fabricant a un intérêt légitime à conserver l'exclusivité et qu'en fait il n'entend pas divulguer (ATF 103 IV 283, c. 2b), telle que notamment l'organisation de l'entreprise, la liste de la clientèle ou l'information relative aux contrats en cours (WYLER, op. cit., p. 600; FAVRE/MUNOZ/TOBLER, op. cit., n. 4.1 ad art. 321a CO). Ainsi, dans cette limite, rien n'empêche l'ancien employé d'utiliser à son profit les capacités et les connaissances acquises au service de l'employeur, lesquelles se fondent alors dans son expérience professionnelle.

L'obligation de garder le secret s'impose au travailleur après la fin des rapports de travail indépendamment de l'existence d'une clause de prohibition de concurrence (ATF 64 II 162 c. 8).

b) En l'espèce, la requérante n'indique pas les faits confidentiels dont l'intimé pourrait avoir eu connaissance dans son activité. On comprend qu'il s'agit de la liste de clients. Toutefois, on peut légitimement se demander si la connaissance de la clientèle faisait partie de l'expérience acquise par l'intimé dès avant son engagement par la requérante (cf. *supra*, consid. 4b). Surtout, la requérante n'a pas rendu vraisemblable qu'il existe un risque que l'intimé dévoile des faits prétendument confidentiels.

Dans la mesure où les allégations sont insuffisantes quant à l'existence de faits confidentiels et quant au risque de comportement déloyal, il n'y a pas lieu d'examiner plus avant si la loi fédérale du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale (RS 241) pourrait servir de fondement à la requête, en particulier à sa conclusion III. La requérante ne l'a d'ailleurs pas invoquée.

VII.

En définitive, il y a lieu de rejeter la requête de mesures provisionnelles du 4 juin 2008 de la requérante X. SA à l'encontre de l'intimé Y.

Ordonnance communiquée par V. Midili, première greffière adjointe.

Tribunal cantonal du canton de Vaud, Chambre des recours, Arrêt du 21 août 2008 (Rejet du recours interjeté contre le jugement rendu le 19 mai 2008 par le Tribunal des prud'hommes de l'arrondissement de La Côte)

327 et 327a CO. La loi distingue les instruments de travail et matériels (327 CO), d'une part, et les frais (327a CO), d'autre part (c. 4). Les instruments de travail, au sens de 327 CO, doivent s'entendre au sens large et recouvrent tous les moyens qui doivent être mis à disposition pour l'accomplissement du travail (outillage, instruments de communication, catalogues, formulaires, échantillons, etc.). Lorsque l'employeur manque à son devoir de fournir à l'employé les instruments de travail et matériaux nécessaires, il faillit à ses devoirs préparatoires et se trouve en demeure (324 CO). En revanche, les frais, au sens de 327a CO, dont le travailleur a droit au remboursement dans l'exécution de son travail, sont toutes les dépenses que ce dernier est amené à déboursier lui-même, nécessitées par l'accomplissement de son activité au service de l'employeur (frais de déplacements, vêtements de travail, frais postaux, frais de représentation, etc.).

Extraits des faits:

Le défendeur P. est agent principal d'A. SA, Agence principale de [...]. En date du 11 décembre 2006, il a signé un contrat de travail avec le demandeur D., engagé comme chef de vente, aux fins de vendre les produits d'assurance. Le contrat a été conclu pour une durée indéterminée, les

trois premiers mois étant considérés comme période d'essai. Le contrat comportait une «Annexe Rémunération» prévoyant une allocation fixe mensuelle de Fr. 1500.–, une indemnité forfaitaire mensuelle de Fr. 1000.– pour les frais personnels afférant à l'activité professionnelle, notamment pour frais de déplacement, de représentation, d'entretien hors de son domicile, de téléphone, de correspondance et de ports. La prédite annexe comportait également un article 4 intitulé «Avance de commission» disposant ce qui suit: «L'Agent principal verse au Chef de vente une avance de commission mensuelle de CHF 2500.–, pendant toute la durée contractuelle». Les commissions d'acquisition devaient correspondre au 90% du montant calculé selon les dispositions d'autres annexes au contrat, intitulées «Commissionnement». Le demandeur a commencé son activité le 1^{er} février 2007. Après le début de l'activité du demandeur, A. SA a établi une nouvelle version de l'«Annexe Rémunération» comportant un nouveau chiffre 4 prévoyant expressément le remboursement par l'employé d'un éventuel solde négatif au cas où les commissions dues étaient d'un montant inférieur aux avances mensuelles consenties. Le défendeur a soumis cette nouvelle version au demandeur qui a refusé de la signer.

Par lettre recommandée du 12 avril 2007, le défendeur a résilié le contrat de travail du demandeur pour le 30 avril suivant. Il ne lui a versé aucun montant à la fin du mois. Il lui a adressé un décompte comportant le salaire fixe de Fr. 1500.–, les frais par Fr. 1000.– et une indemnité de vacances de Fr. 1041.25 en valeur brute. Était mentionné à la rubrique «divers» un solde négatif de Fr. 4546.– en raison des avances effectuées, le «salaire versé» étant de «– Fr. 1438.05». Le décompte d'indemnité joint au bulletin de salaire mentionnait un solde négatif de Fr. 4546.– en raison de la commission de Fr. 453.96 due et des avances de Fr. 5000.– effectuées. Dans une nouvelle lettre recommandée du 25 avril 2007, le défendeur a confirmé la décision prise de cesser toute relation commerciale avec le demandeur, l'invitant à remettre l'ordinateur portable qui lui avait été prêté et les clés des locaux de [...] à l'un des deux autres employés travaillant dans ces bureaux.

Par demande du 8 octobre 2007, le demandeur a saisi le Tribunal de Prud'hommes de l'arrondissement de La Côte, réclamant le paiement de Fr. 21 500.–, soit Fr. 2500.– pour le salaire et les frais d'avril 2007, Fr. 2500.– pour les commissions du mois d'avril 2007, Fr. 15 000.– à titre d'indemnité pour licenciement abusif et Fr. 1500.– à titre de frais. Le demandeur a conclu par ailleurs à ce qu'il soit constaté qu'il n'était pas le débiteur du défendeur P. de la somme de Fr. 4546.–. Par jugement rendu le 19 mai 2008 et dont les motifs ont été notifiés le 28 mai 2008 aux parties, le Tribunal de prud'hommes de l'arrondissement de La Côte a prononcé que le défendeur P. est le débiteur du demandeur D. et lui doit immédiat paiement de la somme de 1937 fr. 25, sous déduction des retenues légales.

Par acte du 26 juin 2008, P. a recouru contre ce jugement en concluant à ce que D. soit tenu de lui rétrocéder «la totalité des avances de commissions déjà perçues».

Extraits des considérants:

3.

Le recourant demande que l'intimé lui rétrocède la totalité des avances de commissions qu'il a déjà perçues.

Il s'agit de déterminer si les parties ont convenu du versement d'avances sur commission – qui peuvent faire l'objet de remboursements de la part du travailleur pour la part perçue en trop – ou de provisions minimales garanties.

Interprétant un contrat en application du principe de la confiance, le Tribunal fédéral a précisé dans l'arrêt ATF 129 III 118 (cons. 2.5), que le travailleur n'avait pas d'obligation de restitution dans le cas d'une clause ayant la teneur suivante: «Pour assurer un revenu régulier à l'employé, l'employeur lui versera une avance sur commission de 3500 fr. par mois. En cas de solde positif à la fin de l'année civile, l'employeur versera le solde des commissions dues à l'employé», alors qu'un salaire fixe de 5000 fr. était convenu et qu'il était escompté une rémunération globale de 10 000 francs. Dans un arrêt Ch. rec., M. c. Z. du 4 avril 2008 no 158/1, la Chambre des recours a considéré que de telles circonstances particulières faisaient défaut dans le cas d'espèce puisque le contrat prévoyait sans autre précision un fixe mensuel de 2500 fr. et une «avance sur commissions» non inférieure à 2000 fr., puis à 3800 fr., de sorte que les avances non couvertes par des provisions devaient être remboursées.

En l'espèce, il est établi que deux versions du contrat ont été élaborées par l'employeur. L'article 3 de la première version du contrat prévoyait que des commissions seraient dues sur toutes les affaires conclues par le chef de vente. L'intimé n'a signé que la première version mais pas la seconde qui, selon les déclarations du témoin V., lui était plus «favorable». Il doit donc se laisser opposer le contenu du premier contrat. On se trouve dès lors dans la même situation que celle de l'arrêt précité de la Chambre des recours et les avances doivent être restituées, car il s'agissait, selon la définition du Tribunal fédéral dans l'arrêt susmentionné, d'avances sur commission qui devaient être restituées si les affaires donnant lieu à des commissions n'étaient pas réalisées. C'est donc à juste titre que les premiers juges ont considéré que l'intimé devait en principe restituer au recourant les commissions perçues à tort. Ils ont cependant estimé que le recourant avait partiellement empêché l'exécution normale du contrat de travail, de sorte qu'il se justifiait de lui accorder comme acquises la moitié des avances sur commissions contractuellement prévues.

4.

Il convient de se demander si le recourant a violé partiellement l'obligation découlant pour lui de l'article 327 CO, en ne fournissant pas les instruments de travail nécessaires. Le recourant soutient, contrairement aux premiers juges, que tel n'est pas le cas.

L'article 327 CO prévoit que, sauf accord ou usage contraire, l'employeur fournit au travailleur les instruments de travail et les matériaux dont celui-ci a besoin.

La doctrine distingue les instruments de travail et matériaux dont le travailleur a besoin, régis par l'article 327 CO, et les frais au sens de l'article 327a CO. Selon l'article 327 CO relatif aux instruments de travail et matériaux, c'est en principe à l'employeur qu'il appartient de fournir tout ce dont le travailleur a besoin pour l'exercice de son activité. Si l'employeur n'exécute pas régulièrement cette obligation et n'accomplit pas les actes préparatoires nécessaires à l'exécution du travail, il se trouve en demeure. Les instruments de travail doivent s'entendre au sens large et recouvrent tous les moyens qui doivent être mis à disposition pour l'accomplissement du travail, tels que outillage, instruments de communication, catalogues, formulaires, échantillons etc. En revanche, les frais, au sens de l'article 327a CO, dont le travailleur a droit au remboursement dans l'exécution de son travail, sont toutes les dépenses que ce dernier est amené à déboursier lui-même, nécessitées par l'accomplissement de son activité au service de l'employeur: frais de déplacements, vêtements de travail, frais postaux, frais de représentation, etc. L'article 327 CO constitue une norme spéciale par rapport à l'article 327a CO (BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, Commentaire du contrat de travail, 3^e éd., Lausanne 2004, pp. 133–134; WYLER, Droit du travail, 2^e éd., 2008, p. 282; STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsvertrag, 6^e éd., n. 2 ad art. 327a CO).

En l'espèce, l'indemnité forfaitaire de 1000 fr., prévue par le chiffre 2 de l'«Annexe Rémunération» jointe au contrat d'engagement, englobait les «frais personnels afférents à son (réd. = celle du travailleur) activité professionnelle, notamment pour frais de déplacement, de représentation, d'entretien hors de son domicile, de téléphone, de correspondance et de ports, etc», étant précisé que l'utilisation d'un véhicule à moteur ne pouvait donner lieu à une indemnité supplémentaire quelconque. Il s'ensuit que cette indemnité était destinée au remboursement des frais selon l'article 327a CO, mais non au paiement des instruments de travail et matériaux dont le travailleur avait besoin au sens de l'article 327 CO. A défaut de disposition contraire, il appartenait à l'employeur de mettre à disposition de l'employé les instruments de travail et matériaux séparément (art. 327 al. 1^{er} CO). L'employeur l'avait bien compris puisqu'il avait fini, tardivement, par mettre à disposition les cartes de visite et la liaison Internet nécessaire (on peut laisser ici ouverte la question de savoir si un ordinateur avait déjà été fourni antérieurement, comme cela pourrait résulter de la

pièce 1, dès lors qu'un ordinateur sans liaison Internet n'est que peu utilisable).

Ainsi, comme retenu par les premiers juges, il n'appartenait pas à l'intimé de payer les instruments de travail nécessaires à l'exécution de son activité sur l'indemnité forfaitaire de 1000 fr. à laquelle il avait droit. La cour de céans peut sur ce point confirmer par adoption de motifs (art. 471 al. 3 CPC) les considérants du jugement qui retiennent que l'employeur n'a pas fourni à l'intimé, engagé comme chef de vente, les instruments de travail nécessaires, au sens de l'article 327 CO, et a donc partiellement empêché par ces carences l'exécution normale de son travail. On peut ajouter à la liste des carences retenues par les premiers juges le fait que le lieu de travail de l'intimé était un «vrai appartement», dépourvu d'enseigne, selon les déclarations du témoin R. Lorsque l'employeur manque ainsi à son devoir de fournir à l'employé les instruments de travail et les matériaux nécessaires, il faillit à ses devoirs préparatoires et se trouve en demeure, au sens de l'article 324 CO (WYLER, op. cit., p. 281). Quant à l'évaluation du dommage subi, – en particulier la moitié des avances sur commissions –, fondée sur l'article 42 alinéa 2 CO, elle n'est pas contestée comme telle et peut également être confirmée.

Arrêt communiqué par V. Midili, première greffière adjointe.

Tribunal cantonal du canton de Vaud, Chambre des recours, Arrêt du 31 octobre 2008 (Admission du recours interjeté contre le jugement incident rendu le 5 juin 2008 par le Président du Tribunal de prud'hommes de l'arrondissement de La Côte)

24 I LFors. Interprétation de la notion de «lieu où le travailleur accomplit habituellement son travail». Au regard de l'ensemble des circonstances, il faut déterminer le centre concret de l'activité professionnelle du travailleur, sans que soit exigée à cet endroit la présence d'installations fixes établies durablement par l'employeur. Le fait que le travailleur dispose d'un dictaphone et d'un ordinateur portable ne plaide aucunement pour l'absence d'un lieu d'attache professionnel (c. 3).

Extraits des faits:

X. SA, défenderesse au fond et requérante à l'incident, et Y., demandeur au fond et intimé à l'incident, ont conclu un contrat de travail écrit signé les 27 et 30 janvier 2007. Par celui-ci, X. SA prenait à son service l'intimé à partir du 1^{er} mai 2007 en tant que spécialiste financement clients (*Kundenfinanzierungsfachmann*). La requérante dispose de bureaux dans sept cantons suisses. Le contrat de travail précise que Y. travaille dans chaque bureau de l'employeur, selon instructions de celui-ci. Il mentionne

également qu'en cas de litige entre parties, le for judiciaire se trouve exclusivement dans le canton de Zoug. Les 27 et 30 janvier 2007, les parties ont conclu un avenant au contrat qui précise notamment les moyens et instruments de travail mis à disposition de Y. par l'employeur. Le travailleur a été incapable de travailler du 28 novembre au 28 décembre 2007.

Par lettre du 28 novembre 2007, l'employeur a résilié le contrat de travail liant les parties pour le 31 décembre 2007. Par lettre du 29 décembre 2007 reçue semble-t-il le 3 janvier 2008 (la question ne présente pas d'intérêt dans le cadre du problème à résoudre ici), l'employeur a à nouveau résilié le contrat de travail liant les parties, ceci pour le 31 janvier 2008.

Par demande du 6 mars 2008 Y. a conclu à ce que X. SA soit condamnée à lui verser un montant de Frs 12 300.—. Avant toute défense au fond, la défenderesse a déposé une requête incidente en déclinatoire datée du 2 avril 2008. Par jugement incident du 5 juin 2008, notifié aux parties le 6 juin 2008, le Président du Tribunal de prud'hommes de l'arrondissement de La Côte a prononcé le déclinatoire et éconduit d'instance le demandeur. Le premier juge a considéré que le demandeur avait travaillé dans les divers lieux où son employeur avait un bureau, sans que son activité dans l'un d'entre eux soit notablement plus importante que dans les autres. La mise à disposition d'un dictaphone électronique et d'un ordinateur portable indiquait qu'il n'avait pas de lieu d'attache professionnel. Ainsi, il n'y avait pas un bureau qui eût pu être considéré comme le centre de son activité professionnelle, notamment pas celui situé dans le canton de Vaud. Il a estimé qu'il n'existait ainsi en l'espèce qu'un seul for en application de l'article 24 de la loi fédérale du 24 mars 2000 sur les fors en matière civile (ci-après: LFors), soit le domicile de l'employeur. Le 7 juillet 2008, Y. a recouru contre ce jugement.

Extraits des considérants:

3.

a) Selon l'article 4 alinéa 1^{er} LJT, le for de l'action est déterminé par l'article 24 LFors. Cette dernière disposition prévoit un for alternatif, soit au domicile ou au siège du défendeur, soit au lieu où le travailleur accomplit habituellement son travail.

Dans un arrêt antérieur, la Chambre des recours a considéré que l'interprétation de la notion de «lieu où le travailleur accomplit habituellement son travail» devait se faire de manière concordante avec celle qui ressort du droit international, à savoir l'article 5 chiffre 1 de la Convention conclue à Lugano le 16 septembre 1988 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (ci-après: Convention de Lugano) et l'article 115 de la loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (LDIP). C'est ainsi que, se référant à divers auteurs et à la jurisprudence du Tribunal fédéral relative à l'article 5 chiffre 1 de la Convention de Lugano (Semaine Judiciaire

[SJ] 1998, pp. 441 ss, spéc. p. 444), la cour de céans a retenu que le lieu où le travailleur accomplit habituellement son travail n'est pas celui où il est provisoirement occupé, mais bien celui de son travail principal, du centre concret de son activité professionnelle, qui doit être déterminé au regard de l'ensemble des circonstances, sans que soit exigée à cet endroit la présence d'installations fixes établies durablement par l'employeur (Ch. rec., U. SA et B. c. D. et consorts, 28 avril 2006, n° 409).

La règle telle qu'elle prévaut dans la Convention de Lugano, partiellement reprise lors de la modification en 1989 de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, vise à accorder une importance accrue à la prestation dite caractéristique du contrat, à savoir celle effectuée par le travailleur. Le lieu de son exécution est ainsi susceptible de fonder un for. Au surplus, la réglementation qu'elle prévoit a pour but d'assurer une protection adéquate à la partie qui est à considérer, d'un point de vue sociologique, comme la plus faible dans la relation contractuelle (DONZALLAZ, Commentaire de la loi fédérale sur les fors en matière civile, Berne 2001, p. 539 s. et les arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes [ACJCE] cités, ainsi que la référence à DONZALLAZ, La Convention de Lugano du 16 septembre 1988 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, vol. III: Paragraphes 4239–7164, Berne 1998, n. 4852 ss, p. 267 s.; Revue fribourgeoise de jurisprudence [RFJ] 2005, pp. 372 ss).

De plus, pour ce qui concerne l'action introduite par le travailleur, les deux fors prévus par l'article 24 alinéa 1^{er} LFors sont partiellement impératifs et alternatifs (Hohl, Les fors spéciaux de la loi fédérale sur les fors, in La loi sur les fors, Fondation pour la formation continue des juges suisses, vol. II, Berne 2001, p. 65). Cela signifie que le travailleur ne peut y renoncer ni à l'avance, ni par acceptation tacite, l'élection d'un for conclue après la naissance du différend étant seule réservée (cf. art. 21 al. 1^{er} litt. d et al. 2 LFors).

b) Pour exclure le for vaudois, le premier juge s'est référé à Donzallaz, qui est d'avis que le for de l'endroit où le travailleur accomplit habituellement son travail est exclu lorsque l'employé change continuellement de lieu et que, pour retenir un tel for, il faut que l'activité du travailleur se concentre, de manière évidente, en un endroit, sans quoi la règle serait dépourvue d'une quelconque utilité (DONZALLAZ, Commentaire de la LFors précité, p. 553). Or, le recourant a travaillé dans les divers lieux où son employeur a un bureau, sans que son activité dans l'un d'entre eux soit notablement plus importante que dans les autres. A cet égard, le jugement entrepris souligne le fait que le recourant a disposé d'un dictaphone électronique et d'un ordinateur portable, ce qui, aux yeux du premier juge, révélerait qu'il n'avait pas de lieu d'attache professionnel, mais qu'au contraire il œuvrait dans le bureau de l'intimée où il se trouvait, pouvant travailler pleinement dans chacun d'entre eux vu les moyens matériels mis à sa disposition.

c) En l'occurrence, les moyens mis à disposition du travailleur pour exercer son activité ne sont pas déterminants. Comme le relève le recourant, le fait pour un employé de disposer de tels moyens technologiques modernes, dont l'utilisation est très répandue et qui permettent une meilleure mobilité, ne plaide aucunement pour l'absence d'un lieu d'attache professionnel. Il convient bien plus de déterminer, au moyen des éléments de fait qui ressortent du dossier, quel était le centre concret de l'activité professionnelle du recourant. A cet égard, si le contrat de travail conclu entre les parties situe le lieu de travail «dans chaque bureau de l'employeur en Suisse», il le fait dépendre des besoins et des instructions de la Direction. Or, si l'on examine le temps passé par le recourant dans chacun des bureaux concernés, on doit constater que c'est dans celui [du canton de Vaud] qu'il a exercé proportionnellement la plus grande partie de son activité au cours de son engagement, entre avril et novembre 2007. Les indications que l'intimée a fournies à cet égard dans sa requête incidente du 2 avril 2008 ont été admises par le recourant à l'audience du 14 avril 2008 devant le premier juge. Le fait que le bureau [sis dans le canton de Vaud] ait été préparé en tout premier par l'intimée pour le début de l'engagement du recourant vient confirmer cette constatation. De plus, ce dernier indiquait ce bureau-là comme adresse sur sa carte de visite professionnelle et c'est ce lieu qu'il a réintégré le 3 janvier 2008 après la fin de son incapacité de travail. La restitution du matériel et des clefs suite à la fin des rapports contractuels s'est également déroulée [dans les locaux sis dans le canton de Vaud], le 29 février 2008. Enfin, il convient de relever que le recourant est domicilié au Grand-Saconnex et qu'il l'était déjà lors de son premier engagement par la défenderesse en 2000.

Au vu de ce qui précède et malgré les déplacements du recourant en Suisse pour le compte de son employeur, c'est bien à [...], dans le canton de Vaud, que se trouvait le centre concret de son activité professionnelle. En particulier, il n'occupait pas le bureau de cette localité de façon passagère, mais, au contraire, il y avait ses attaches et y œuvrait de manière prépondérante, au point que l'on doit considérer [le bureau sis dans le canton de Vaud] comme le centre de gravité de l'activité professionnelle du recourant. En décider autrement, notamment en retenant à l'instar du premier juge le siège de la défenderesse à Zoug comme seul for entrant en ligne de compte, reviendrait à priver le travailleur du choix que lui réserve la loi, en sa qualité de partie la plus faible au contrat, entre les deux fors alternatifs mis à sa disposition, ce qui ne saurait être compatible avec l'objectif poursuivi par le législateur. Au demeurant, comme relevé dans le jugement, la prorogation de for stipulée dans le contrat de travail est nulle, puisqu'elle se heurte au caractère partiellement impératif, pour le travailleur, des deux fors prévus à l'article 24 alinéa 1^{er} LFors.

Il s'ensuit que c'est à tort que le premier juge a prononcé le déclinaire. Bien fondé, le recours doit dès lors être admis.

Arrêt communiqué par V. Midili, première greffière adjointe.

Kanton Zürich

Obergericht des Kantons Zürich, Beschluss vom 25. Oktober 2007; in: ZR 107 (2008) Nr. 66

OR 357b. AVEG 1 I. BV 110 II und 35 III. Gesamtarbeitsvertrag. Konventionalstrafe. Rechtsgrundlage. Der allgemeinverbindlich erklärte Gesamtarbeitsvertrag Schreinerergewerbe bildet keine ausreichende Rechtsgrundlage, um Einzelunternehmer zur Leistung einer Konventionalstrafe wegen verweigerter Einreichung eines sog. Arbeitnehmersverzeichnis zu verpflichten.

Aus den Erwägungen:

II.

5.2 (...) Die massgeblichen Bestimmungen des Art. 49 GAV 2001/2003 lauten:

Abs. 4: «Jeder dem GAV unterstellte Betrieb hat der Zentralen Paritätischen Berufskommission ein Arbeitnehmersverzeichnis der von ihm beschäftigten und dem Gesamtarbeitsvertrag unterstellten Arbeitnehmenden (...) einzureichen. Werden nur zeitweise Arbeitnehmende beschäftigt, ist das Arbeitnehmendenverzeichnis mit einem entsprechenden Vermerk trotzdem einzusenden.»

Abs. 5: «Unterlässt der Arbeitgeber trotz zweimaliger Mahnung die Meldung gemäss Abs. 1 oder führt er dem GAV unterstellte Arbeitnehmende im Arbeitnehmersverzeichnis nicht auf, so haftet er gegenüber der ZPK für die dadurch gesamthaft entgangenen Beiträge rückwirkend während fünf Jahren. Ausserdem kann ihm die ZPK eine Konventionalstrafe auferlegen.»

Diese indirekt-schuldrechtlichen Bestimmungen i.S. von Art. 356 Abs. 2 OR haben ihre Rechtsgrundlage in Art. 357b OR, wonach in einem zwischen Verbänden abgeschlossenen Gesamtarbeitsvertrag die Vertragsparteien vereinbaren können, dass ihnen gemeinsam ein Anspruch auf Einhaltung des Vertrags gegenüber den beteiligten Arbeitgebern und Arbeitnehmern zusteht. In die gemeinsame Durchführung der Vertragsgemeinschaft können insbesondere vereinbarte Kontrollen, Kautionen und Konventionalstrafen (Art. 357b Abs. 1 lit. c OR), mit denen die Einhaltung der indirekt-schuldrechtlichen Bestimmungen gesichert werden sollen, einbezogen werden. Die Durchsetzung erfolgt mittels Klage der Vertragsgemeinschaft bzw. des von ihr eingesetzten paritätischen Organs (PORTMANN/STÖCKLI, Kollektives Arbeitsrecht, Zürich/Basel 2004, S. 69, § 8 II.1, N. 238 in fine; BSK OR I-PORTMANN, Art. 357b N. 1, N. 3; Berner Kommentar, Art. 356 N. 112 f.).

5.3 Die indirekt-schuldrechtlichen sind grundsätzlich wie normative Bestimmungen eines GAV auszulegen, da deren Anwendung ebenfalls primär unabhängig vom wirklichen Parteiwillen erfolgen soll; sie stellen objektives Recht dar (Berner Kommentar, Art. 356 N. 142; Zürcher Kommentar, Art. 356 N. 110 und Art. 356b N. 144). Nach Art. 1 Abs. 1 AVEG (Bundesgesetz über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen) kann der Geltungsbereich eines zwischen Verbänden abgeschlossenen GAV auf Antrag aller Vertragsparteien durch Anordnung der zuständigen Behörde auf Arbeitgeber und Arbeitnehmer des betreffenden Wirtschaftszweigs oder Berufs ausgedehnt werden, die am Vertrag nicht beteiligt sind. Mit der Allgemeinverbindlicherklärung wird die Verbandsmacht gegenüber den Aussenseitern weit ausgedehnt, da sie damit der Kontrolle der GAV-Parteien und deren gemeinsamen Organen ausgesetzt werden (Zürcher Kommentar, Art. 356b N. 147).

Die Art. 49 GAV und Art. 12 Weiterbildungs- und Gesundheitsschutz-GAV Schreinergewerbe, welche die «Erhebung des Berufsbeitrages» regeln, sollen die Finanzierung des Vollzugs des Gesamtarbeitsvertrags und der Administration der Geschäftsstelle sicherstellen (vgl. Art. 47 Abs. 1 und Art. 52 GAV i.V.m. Art. 357b OR). Dieser sog. Vollzugskostenbeitrag ist gemäss Art. 49 Abs. 1 GAV von den unterstellten Arbeitgebern und Arbeitnehmern für jeden einzelnen Monat des Anstellungsverhältnisses geschuldet. Art. 49 Abs. 4 Satz 2 GAV enthält dementsprechend die Verpflichtung, dass das Arbeitnehmerverzeichnis auch einzureichen sei, wenn «nur zeitweise Arbeitnehmende» beschäftigt worden seien. Nach dem Wortlaut von Art. 49 Abs. 5 Satz 1 GAV wird sodann der «Arbeitgeber» für entgangene Beitragszahlungen haftbar gemacht. Diese Haftung kann sich in Anbetracht der Regelung von Art. 49 Abs. 1 GAV nicht auf Einzelunternehmer beziehen, da sie keine Arbeitnehmer beschäftigen. Solches wird von der Beschwerdegegnerin zu Recht auch nicht geltend gemacht.

Art. 49 Abs. 5 Satz 2 GAV bedroht den säumigen Arbeitgeber «ausserdem» mit einer Konventionalstrafe. Konventionalstrafen können gegen Aussenseiter verhängt werden, wenn der GAV allgemeinverbindlich erklärt ist, da er für solche Einzelvertragsparteien objektives Zivilrecht darstellt (Berner Kommentar, Art. 357b N. 11 m. Hinw. auf die Rechtsprechung). Nach dem Wortlaut und der Systematik von Art. 49 Abs. 1, 4 und 5 GAV kann die Konventionalstrafe ebenfalls nur Arbeitgebern, nicht auch Einzelunternehmern, auferlegt werden. Eine gesetzeskonforme Auslegung bestätigt dieses Ergebnis (vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Schweiz. Obligationenrecht, Allg. Teil, Bd. I, N. 1230): Nach Art. 357b OR, welcher die Rechtsgrundlage für die gemeinsame Einforderung der Vollzugskostenbeiträge bildet, können nur an einem GAV beteiligte Arbeitgeber sich den damit verbundenen Kontrollen unterziehen, Kautionen leisten und zu Konventionalstrafen verpflichtet werden. Für diejenigen Arbeitgeber, die einem GAV durch Allgemeinverbindlicherklärung der zuständigen Behör-

de unterstellt werden, erwähnt Art. 1 Abs. 1 AVEG ebenfalls ausdrücklich die Ausdehnung des GAV auf Arbeitgeber und Arbeitnehmer – und nicht etwa auf alle Betriebe des betreffenden Wirtschaftszweigs oder Berufs. Es ist somit davon auszugehen, dass in Art. 49 Abs. 4 GAV nur Betriebe gemeint sind, in denen ein Arbeitgeber während der meldepflichtigen Periode mindestens zeitweise Arbeitnehmer beschäftigte. Diese Auslegung rechtfertigt sich auch aus verfassungsrechtlicher Sicht, bewirkt die Allgemeinverbindlicherklärung eines GAV doch eine weitgehende Ausdehnung der Verbandsmacht auf Nichtmitglieder der Vertragsparteien und damit einen nicht unerheblichen Eingriff in die Privatautonomie. Schliesslich ist die Allgemeinverbindlicherklärung aus diesen Gründen an strenge Voraussetzungen gebunden (vgl. Art. 110 Abs. 2 BV; PORTMANN/StÖCKLI, a.a.O., S. 29, § 4 III, N. 110; Zürcher Kommentar, Art. 356b N. 147), was auch bei der Auslegung einer einzelnen Bestimmung eines allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrags zum Tragen kommen muss (vgl. Art. 35 Abs. 3 BV: «Die Behörden sorgen dafür, dass die Grundrechte, soweit sie sich dazu eignen, auch unter Privaten wirksam werden»).

Im Ergebnis fehlt es an einer Rechtsgrundlage, um den Einzelunternehmern, die nicht Arbeitgeber bzw. nicht Partei eines Einzelarbeitsvertrags sind, die Sanktionen gemäss Art. 49 Abs. 5 GAV aufzuerlegen, weil sie der ZPK Schreinerergewerbe nicht ausdrücklich schriftlich mitteilten, keine Arbeitnehmer zu beschäftigen. Die Klage ist demnach abzuweisen.

Obergericht des Kantons Zürich, Beschluss und Urteil vom 5. September 2008 (Bestätigung des Urteils des Bezirksgerichts Bülach vom 12. November 2007)

Der Gehalt einer Vereinbarung wird regelmässig durch Auslegung ermittelt, also danach, was vernünftige und korrekte Partner bei den gegebenen Verhältnissen unter dem gewählten Text verstehen durften und mussten. Gemäss einem mit der Swiss am 31. März 2002 abgeschlossenen GAV wird ein Pilot ab dem 15. Senioritäts-Dienstjahr zum Senior Captain befördert, womit ein beachtlicher Lohnanstieg verbunden ist. Massgebend für die Dienstjahres-Berechnung ist das in der Senioritätsliste angeführte Eintrittsdatum. In casu geht es um die Frage, welches Eintrittsdatum für die zu Piloten umgeschulten Bordtechniker gilt. Nach deren Meinung sind die in der Senioritätsliste angeführten Eintrittsdaten als Bordtechniker den Berechnungen zugrunde zu legen. Demgegenüber vertritt die Swiss den Standpunkt, es müsse entgegen dem Wortlaut des GAV für die Beförderung zum Senior Captain vom Eintrittsdatum gemäss Senioritätsliste abgewichen und auf den tatsächlichen Arbeitsbeginn als Pilot abgestellt werden. Für das Gericht war es nicht massgebend, was man anderes hätte verein-

baren können, sondern was im Vertrag tatsächlich steht, und wie das verstanden werden kann und muss. Wenn ein anderes Datum (nach Auffassung der Swiss der tatsächliche Arbeitsbeginn als Pilot) hätte gelten sollen, wäre es nahe gelegen, dieses Datum im Rahmen der sehr detaillierten Bestimmungen und Listen auch irgendwo zu nennen (E. 3.3.a–d).

Aus den Erwägungen:

1.

Die Kläger sind Piloten. Sie waren ursprünglich Bordtechniker bei der damaligen «Swissair» gewesen und von dieser zu Piloten umgeschult worden. Nach dem grounding der «Swissair» traten sie im Frühjahr 2002 als Piloten in die Dienste der Beklagten, der ehemaligen Crossair AG, welche heute als Swiss International Air Lines AG firmiert. Streitig sind Lohnbestandteile ab 1. März resp. 2. Juli 2002. Die Kläger gehen davon aus, nach den massgebenden Bestimmungen der Gesamtarbeitsverträge hätten sie auf diese Zeitpunkte von «Captains» zu «Senior Captains» mit entsprechend höherem Salär befördert werden müssen. Die Beklagte bestreitet es und beruft sich zudem auf Verzicht.

2.

Das Bezirksgericht führte das Hauptverfahren schriftlich durch. Anschliessend lud es zu einer Vergleichsverhandlung vor. Da eine Einigung der Parteien nicht zustande kam und es nach seiner rechtlichen Beurteilung kein Beweisverfahren als notwendig erachtete, fällte das Gericht am 12. November 2007 das Urteil. Dieses heisst die Klagen weitgehend, wenn auch nicht vollumfänglich gut. Berufung führt einzig die Beklagte. (...)

3.1 Funktional ist zu unterscheiden zwischen Co-Pilot und Pilot, dieser bezeichnet als «Captain» oder «Commander», jener als «First Officer» (was von der Seefahrt herkommen dürfte und dort Sinn macht, wenn es neben dem Kapitän eine Mehrzahl von Offizieren und darunter einen «Ersten» gibt, hier aber verwirrt sein kann, denn der «First Officer» ist gerade nicht der Erste, sondern der Zweite im Cockpit). Nur lohnmässig einen Unterschied macht die weitere Differenzierung zwischen First Officer und Senior First Officer, resp. zwischen Captain/Commander und Senior Captain/Commander. Der Streit geht um die Beförderung der Kläger zu Senior Captains. Sie berufen sich darauf, nach ihren individuellen Verträgen und dem Gesamtarbeitsvertrag hätten sie darauf Anspruch 14 Jahre nach dem «date of entry» gemäss einer von der Beklagten geführten «Senioritätsliste», auf welche die vertraglichen Bestimmungen verweisen. Die Beklagte anerkennt den Mechanismus grundsätzlich. Sie macht aber geltend, das Eintrittsdatum gemäss Senioritätsliste bestimme bei den Klägern nur den funktionellen, nicht aber den lohnmässigen Wechsel. Es müsse darauf abgestellt werden, wann jemand 14 Jahre als Pilot gearbeitet habe. Da die Kläger seinerzeit bei der Swissair von ihrer ursprünglichen Funktion als

Bordtechniker («Flight Engineer») zu Piloten umgeschult wurden, bezeichnet bei ihnen das in der Senioritätsliste angegebene Eintrittsdatum durchwegs einen Zeitpunkt, in welchem sie noch nicht Piloten waren. Entsprechend ihrem Verständnis der Regelungen gesteht ihnen die Beklagte nur eine spätere Beförderung zu. Mittlerweile ist dieser Zeitpunkt allerdings bei allen Klägern eingetreten und sind sie alle zu Senior Captains befördert worden. Der Unterschied im Lohn ist immerhin relativ bedeutend, sodass sich erhebliche streitige Summen ergeben.

(...)

3.3

a) Der Gehalt einer Vereinbarung wird regelmässig und so auch in diesem Fall durch Auslegung ermittelt, also danach, was vernünftige und korrekte Partner bei den gegebenen Verhältnissen unter dem gewählten Text verstehen durften und mussten (Art. 1 OR, Art. 2 ZGB). (...)

b) Die individuellen Arbeitsverträge enthalten keine Bestimmungen für die heute streitige Frage der Beförderung vom Captain zum Senior Captain; sie verweisen pauschal auf den Gesamtarbeitsvertrag.

Vor Bezirksgericht berief sich die Beklagte in erster Linie auf den Gesamtarbeitsvertrag und die entsprechenden Anhänge vom Jahr 2003, der als «GAV 2002» bezeichnet wird. Im Anhang 1 zu diesem Vertrag, der die Löhne regelt, heisst es: «Ein Commander (...) wird ab dem 15. Dienstjahr *als Pilot* zum Senior Captain befördert. Massgebend für die Dienstjahres-Berechnung ist das Eintrittsdatum in die SWISS (resp. ehemalige Swissair) *als Pilot*». Zutreffend hat das Bezirksgericht die Anwendung dieser Bestimmung abgelehnt. Der Gesamtarbeitsvertrag wurde mit seinem Abschluss am 7. August 2003 sofort in Kraft gesetzt und ersetzte den Vertrag vom 15. März 2002. Im Prozess sind Beförderungen zu Daten im Jahr 2002 streitig. Wenn dafür damals die Voraussetzungen vorlagen, konnte ein erst im Jahr darauf abgeschlossener Vertrag den Klägern die erworbenen Rechte nicht nehmen. Umgekehrt gewährte der Vertrag von 2003 (der so genannte «GAV 2002») den Piloten jedenfalls nicht eine raschere Beförderung als nach dem 2002 noch geltenden Vertrag (von den Parteien und im Folgenden «Basis-GAV» genannt). Auf den Vertrag von 2003, den «GAV 2002», kommt es daher nicht an.

Auszulegen ist der Gesamtarbeitsvertrag vom 31. März 2002, der Basis-GAV, so genannt, weil er nur als Zwischen-Ergebnis auf dem Weg zu einer umfassenden Regelung gedacht war. Er enthält zwei Verweise, einerseits unter dem Titel «Lohnhöhe und Lohnanpassungen» auf den Anhang 1, anderseits unter dem Titel «Seniorität» auf den Anhang 2. Im Anhang 1 gibt es vier Lohnklassen, jede mit 28 Jahresstufen, für First Officer, Senior First Officer, Captain und Senior Captain. Auf der Rückseite findet sich neben diversen anderen Bestimmungen die kritische Ziffer 6: «Ein Commander bezieht den Captains-Lohn bis zur Vollendung des 14. Senioritäts-Dienstjahres. Er wird ab dem 15. Senioritäts-Dienstjahr zum Senior

Captain befördert. Massgebend für die Dienstjahres-Berechnung ist das in der Senioritätsliste enthaltene «Date of entry». Das Senioritäts- und Karriere-Reglement definiert in Ziff. 2 als Prinzip die Besserstellung des Dienstälteren. Es legt in Ziff. 3 den Inhalt der Senioritäts-Liste fest, die von der Arbeitgeberin geführt wird und sowohl bei dieser als auch bei den Sozialpartnern eingesehen werden kann: Senioritätsnummer, Name und Vorname, Eintrittsdatum, Geburtsdatum und aktuelle Funktion/Flugzeugtyp, und es bestimmt, dass bei gleichem Eintrittsdatum Alterspriorität gilt, wobei eine einvernehmliche Regelung zwischen den Sozialpartnern in Spezialfällen vorbehalten ist. Die Seniorität kommt nach Ziff. 4 zur Anwendung, wenn bei einer Entscheidung unter mehreren sonst gleichberechtigten Piloten eine Priorität festgelegt werden muss, so insbesondere bei Umschulungen, Beförderungen zum Captain, Ferienzuteilung etc. Es liegen diverse Senioritätslisten bei den Akten, zunächst aus der Zeit der Kläger bei Swissair, dann bei der Beklagten. Aus der kritischen Periode stammen die Listen act. 4/29 und 4/30. Die erste ist datiert mit «Juni 2001», die zweite mit «01.05.2002». Beide enthalten die im Reglement genannten Angaben, etwas unterschiedlich dargestellt. Es ist zu erkennen, dass sich die einzelnen Piloten rangmässig (offenbar wegen Abgängen prioritätsälterer Kollegen) verbessert haben, sonst sind die Daten so weit ersichtlich identisch. Bei Abweichungen müsste jedenfalls für die streitigen Beförderungen per 1. März 2002 auf die erste der beiden Listen abgestellt werden, da die zweite erst nachher datiert. In beiden Listen ist für die Kläger als «SR Entry» resp. «EntryDate» der 1. März oder der 2. Juli 1988 angegeben.

Nach dem Wortlaut des Vertragsanhanges zu den Löhnen und der von der Arbeitgeberin selber geführten Senioritätsliste gibt es jedenfalls fürs Erste keinen Zweifel: die Kläger arbeiteten alle bereits in der Funktion als Captain, sie hatten am 1. März resp. am 2. Juli 2002 die vierzehn Jahre seit dem in der Liste angegebenen «Entry Date» vollendet und hatten damit Anspruch auf Beförderung zum Senior Captain. So klar das ist, bleibt möglich und im Einzelnen zu diskutieren, ob aufgrund besonderer Umstände oder aufgrund von bestimmten Handlungen und Äusserungen der Beteiligten sich ein anderes Verständnis so aufdrängt, dass es nach Treu und Glauben unter vernünftigen und korrekten Parteien dem Wortlaut vorgehen muss.

c) Die Beklagte leitet ihr Verständnis der Bestimmung daraus ab, dass sie nur für die Normkarriere eines Piloten gedacht sei. Bei diesem Normalfall sei das Eintrittsdatum laut Senioritätsliste identisch mit dem Datum, an welchem ein Pilot auch tatsächlich als Pilot angefangen habe zu arbeiten. Bei den Klägern, welche zuerst als Bordmechaniker arbeiteten, treffe das nicht zu. Dass die Senioritätsliste nur für die Funktions-, nicht aber für die Lohnkarriere gedacht sei, ergebe sich aus dem entsprechenden Reglement (Anhang 2 zum Basis-GAV, vorstehend zitiert). Daher müsse entgegen dem Wortlaut bei ihnen für die Beförderung zum Senior Captain vom Ein-

trittsdatum gemäss Senioritätsliste abgewichen und auf den tatsächlichen Arbeitsbeginn als Pilot abgestellt werden.

In der Tat macht es Sinn, die «Lohnkarriere» von der «Funktionskarriere» zu unterscheiden, wie es die Beklagte auch in der Berufung tut. So deklariert das Senioritätsreglement das Prinzip der Besserstellung des Dienstälteren, und auch die aufgeführten Beispiele beziehen sich auf Situationen, wo nicht alle in Frage kommenden Piloten gleichermassen berücksichtigt werden können, in erster Linie wegen eines nur beschränkten betrieblichen Bedarfs (wie bei der Beförderung zum Captain) oder aus anderen Gründen (wie bei der Ferienzuteilung). Dem gegenüber kann eine (Dienst-)altersbedingte Lohnverbesserung prinzipiell unbeschränkt Vielen zugleich gewährt werden, und es bedarf dazu keiner Prioritätenliste. Das Argument der Beklagten, die Seniorität habe einzig Einfluss auf die Funktion, nicht aber auf den Lohn, stimmt allerdings nur bedingt, denn gerade die Beförderung vom Senior First Officer zum Captain ist wohl in erster Linie eine funktionelle, sie ist aber auch mit einer erheblichen Lohnverbesserung verbunden (welche sich in ähnlichen Grössenordnungen bewegt wie der Lohnaufstieg vom Captain zum Senior Captain). Es kommt hinzu, dass auch die «Normkarriere» gewisse Merkwürdigkeiten aufweist, so gibt es keine Mindestdauer der Einstufung als Captain, sodass ein Pilot, der relativ lange auf die Beförderung zum Commander warten musste, ohne Karenzfrist zum Senior Captain aufsteigen kann, wenn nur die vierzehn Jahre (wenn auch diesfalls nur als Co-Pilot) erfüllt sind. Immerhin bleibt die Unterscheidung in Lohn- und Funktions-Karriere sinnvoll. Nach dem Inhalt des Senioritäts-Reglementes ist dieses tatsächlich im Prinzip nicht für Lohnfragen gedacht. Von da her hätte es sich ohne weiteres vertreten lassen, wenn der Basis-GAV bestimmt hätte, der Aufstieg vom Captain zum Senior Captain sei von der Seniorität unabhängig, und dafür ein anderes Kriterium eingeführt hätte.

Massgebend ist aber nicht, was man Anderes hätte vereinbaren können, sondern was im Vertrag tatsächlich steht, und wie das verstanden werden kann und muss. Dabei fällt zunächst in Betracht, dass der Basis-GAV bei der fraglichen Beförderung ausdrücklich auf das Eintrittsdatum gemäss Senioritätsliste abstellt. Ob diese Liste und die ganze Seniorität prinzipiell (auch) für Lohnfragen aufgestellt sind, spielt keine Rolle, wenn sie der Vertrag aus welchem Grund auch immer in einem spezifischen Punkt als massgebend bezeichnet. Im Grunde kehrt sich das Argument der Beklagten gegen sie selbst: wenn es für die Beförderung zum Senior Captain tatsächlich immer nur darum gegangen wäre, wie lange ein Mitarbeiter schon als Pilot arbeitete, hätte man das so sagen können. Wann er als Pilot zu arbeiten begann, lässt sich anhand der Personalakten einwand- und zweifelsfrei ermitteln, und des Verweises auf die Senioritäts- oder eine andere Liste bedürfte es nicht. Das Abstellen auf die Senioritätsliste bei den heute streitigen Beförderungen hat hingegen einen Sinn, wenn die Seniorität gerade nicht in jedem Fall mit dem tatsächlichen Arbeitsbeginn als Pilot

zusammen fällt. So war es bei den Klägern, die zuerst als Flight Engineers arbeiteten und erst später zu Piloten umgeschult wurden. In diesem Zusammenhang hatte ihr die damalige Arbeitgeberin Swissair ein fiktives (früheres und damit besseres) Eintrittsdatum zugestanden. Aus der Sicht der Kläger konnte daher die fragliche Bestimmung so verstanden werden, dass sie gerade ihrer Situation Rechnung tragen und die Besserstellung festschreiben wolle. Ob diese Privilegierung gerechtfertigt war oder nicht, hat das Gericht nicht zu entscheiden. Weder kommt es darauf an, dass sie die Beklagte offenbar für überflüssig und im Vergleich zu anderen Piloten stossend hält, noch spielt es eine Rolle wie die Kläger sagen, dass sie beim Wechsel zur Beklagten eine Lohnneinbusse hatten, welche mit der früheren Beförderung zum Senior Captain quasi kompensiert werde. Die seinerzeitige Verbesserung des Eintrittsdatums war immerhin nicht willkürlich, weil die Kläger schon vor ihrem Einsatz als (Co-)Piloten als Mitglieder der Cockpit-Besatzung und damit in einer den Piloten nahe stehenden Funktion gearbeitet und entsprechende Berufserfahrung gewonnen hatten. Sie konnten daher in guten Treuen annehmen, die Beklagte übernehme diese Besserstellung bewusst, auch wenn das im Basis-GAV (als ein vergleichsweise untergeordneter Punkt, der offenbar nur Wenige betraf) nicht ausdrücklich gesagt wurde. Es kommt hinzu, dass die Verbesserung der Seniorität zwar mehrere Jahre ausmacht und sich in durchaus erheblichen Geldbeträgen auswirkt. Sie stellt aber offenbar die Hierarchie im Betrieb der Beklagten nicht auf den Kopf, und namentlich die (ebenfalls und nach dem Reglement ausdrücklich von der Seniorität abhängigen) Beförderungen der Kläger zu Captains stellt die Beklagte ja eben so wenig in Frage wie andere Senioritäts-Privilegien der Kläger aufgrund der fiktiven und verbesserten Dates of Entry, wie die Zuteilung Ferien oder das Gewähren von Urlaub, Umschulungen oder Stationierungen.

Die Beklagte argumentiert, die Beförderung vom First Officer zum Senior First Officer erfolge erst nach einer Dienstzeit von vier Jahren als Pilot, und das letztere Kriterium müsse daher auch für den Wechsel vom Captain zum Senior Captain gelten. Offenbar wurde und wird bei der Beförderung vom First Officer zum Senior First Officer tatsächlich auf die effektive Dienstzeit abgestellt. Das wäre ein gewichtiger Punkt für die Auffassung der Beklagten – wenn die entsprechenden Bestimmungen gleich lauteten, oder wenn der Vertragstext bei der Beförderung zum Senior Captain auf die zum Senior First Officer Bezug nähme. Die beiden Ziffern sind aber unterschiedlich gefasst. Beim Senior First Officer soll es auf *«vier vollendete Dienstjahre»* ankommen. Dem gegenüber ist die Beförderung zum Senior Captain abhängig von der Vollendung des *«14. Senioritäts-Dienstjahres (...)* Massgebend für die Dienstjahres-Berechnung ist *das in der Senioritätsliste enthaltene «Date of Entry»*». Die unterschiedliche Regelung ist nicht zwingend, und der Beklagten scheint sie heute offenbar unge-rechtfertigt. Sie ist aber auch nicht unsinnig oder in sich widersprüchlich, und nach dem Text ist anzunehmen, sie sei als Ergebnis der Vertragsver-

handlungen ausdrücklich gewollt gewesen. Die auffallend von einander abweichenden Formulierungen indizieren entgegen der Auffassung der Beklagten nicht eine gleiche, sondern gerade eine ungleiche Handhabung der Voraussetzungen für die Beförderungen zum Senior First Officer resp. zum Senior Captain.

Zusammengefasst ist das Verständnis der fraglichen Bestimmung, wie es sich aufgrund des Wortlautes ergibt, weder widersprüchlich noch unsinnig oder systemwidrig. Im Gegenteil gab es gute Gründe positiv anzunehmen, der Vertrag wolle ausdrücken, was er sagte: dass (auch) die Kläger Anspruch auf das Salär als Senior Captains hatten, wenn und sobald nach dem Eintrittsdatum gemäss Senioritätsliste vierzehn Jahre verstrichen sein würden.

d) Die Beklagte leitet aus der seinerzeitigen Vereinbarung über die Einstufung der ehemaligen Flight Engineers als umgeschulte Piloten und der Handhabung dieser Vereinbarung ab, dass die heute streitige Klausel in ihrem Sinn verstanden werden müsse. Dabei geht es um Folgendes:

Bei der ursprünglichen Vereinbarung über die Umschulung war bestimmt worden, dass die Betroffenen vom Moment an, in welchem sie den Ausweis für Piloten an der SLS erworben haben und mit dem Umschulungskurs und der Streckenausbildung beginnen würden, in die Salärskala für Piloten eingereiht würden, unter Wahrung eines allenfalls besseren Besitzstandes. Darin ist gegenüber der Normkarriere wie sie die Beklagte aufzeigt eine Bevorzugung zu sehen, weil das Absolvieren eines Umschulungskurses an sich nicht gleichgesetzt werden kann mit dem Beginn der Arbeit als (voll verantwortlicher und ausgebildeter) Pilot. Das gilt auch für die ausdrücklich geregelte Beförderung zum Senior First Officer: sie sollte erfolgen vier Jahre nach dem Beginn der «Stufe II» (d.h. der Umschulung nach bestandener Pilotenprüfung), und nicht nach vier Jahren effektiven Einsatzes als Pilot. Zur Beförderung zum Captain und zum Senior Captain sagt die Vereinbarung nichts Ausdrückliches. Ein Jahr später vereinbarten die Sozialpartner eine Zeitgutschrift «bei der Einreihung in die Senioritätsliste hinsichtlich der Beförderungsnummer», die nach einer bestimmten Formel zu berechnen war. In der Folge zeigte sich offenbar, dass gewisse Flight Engineers die Bedingungen für die Umschulung erfüllten, diese aber aus betrieblichen Gründen zunächst nicht in Angriff nehmen konnten. Das führte zu einer verzögerten Einteilung in die Senioritätsliste für Piloten, und «ohne korrigierende Massnahmen müssten diese Mitarbeiter eine Benachteiligung für spätere Promotionen in Kauf nehmen». Es wurde daher vereinbart, dass ein «rechnerisches Eintrittsdatum, REDAT» gelten solle, und es wurde festgelegt, wie dieses zu berechnen sei (diese Rechnung wird im Prozess von den Parteien nicht im Einzelnen vorgelegt; es ist aber davon auszugehen, dass es für die Kläger zu den Daten führt, welche dann in den Senioritätslisten als «Entry Date» erscheinen). Speziell wurde bestimmt, dass dieses REDAT «ausschliesslich für die Zuteilung der Promotionsnummer» gelte und die «Stammnummer» nicht davon berührt werde.

In älteren Senioritätslisten wird bei der «seniority no.» unterschieden zwischen «prom.» und «basic»; ab 1994 erscheint nur noch eine Nummer (aus dem Vergleich der Listen wird klar, dass es die Promotionsnummer ist, welche weitergeführt wurde).

Entgegen der Auffassung der Beklagten muss und kann aus diesem Ablauf und aus diesen Bestimmungen nicht geschlossen werden, das REDAT, d.h. die fiktiv verbesserte Promotionsnummer sei für eine Beförderung zum Senior Captain unmassgeblich. Die neuen Daten sollten den Betroffenen ausdrücklich einen Vorteil «für spätere Promotionen» verschaffen, und die Beklagte betont selbst, dass die Swissair damals den umgeschulten Flight Engineers entgegen kommen wollte: sie seien nicht nur lohnmässig privilegiert worden, sondern die bessere fiktive Seniorität habe ihre Beförderung zum Captain bereits nach dreieinhalb bis sieben Jahren erlaubt, wogegen sie ohne diese Privilegierung vielleicht aus betrieblichen Gründen überhaupt nie Captains geworden wären. Dass die fiktiv verbesserte Senioritätsnummer zwar für die funktionelle Beförderung zum Captain massgebend sein solle, nicht aber für die lohnmässige Beförderung zum Senior Captain, lässt sich aus den zitierten Vereinbarungen nicht entnehmen, und es drängt sich auch sachlich nicht auf. Ob die Swissair die Anwendung der fiktiv verbesserten Senioritätsnummer für die Beförderung zum Senior Captain beabsichtigt hatte oder (wie die Beklagte behauptet) nicht, ist unerheblich. Die Kläger durften und mussten annehmen, wenn ihre Arbeitgeberin sie ausdrücklich «für spätere Promotionen» privilegieren wolle, gelte das dereinst nicht nur für die Beförderung zum Captain, sondern auch für den weiteren (Lohn-)Aufstieg zum Senior Captain. Wenn in diesem Fall ein anderes Datum (nach Auffassung der Beklagten der tatsächliche Arbeitsbeginn als Pilot) hätte gelten sollen, wäre es nahe gelegen, dieses Datum im Rahmen der sehr detaillierten Bestimmungen und Listen auch irgendwo zu nennen – wie etwa das Geburtsdatum. Dass es nirgends aufgeführt ist, spricht zusätzlich dafür, dass ihm neben dem fiktiv verbesserten Entry Date keine eigene Bedeutung zukommt.

Obergericht des Kantons Zürich, III. Strafkammer, Beschluss vom 11. November 2008 (Bestätigung des Urteils des Einzelrichters vom 16. Mai 2006)

Kostenauflage trotz Freispruch bzw. Einstellung der Strafuntersuchung. Verletzung der in OR 321a festgehaltenen Sorgfalts- und Treuepflichten, indem die Arbeitnehmerin den Inhalt eines Aschenbechers gefüllt mit Asche und Zigarettenskippen, die in den letzten zehn Minuten im Aschenbecher entsorgt worden waren, in einen mit brennbaren Materialien gefüllten Abfallbehälter aus Plastik schüttete. Dabei kommt sowohl die aus der allgemeinen Treuepflicht (OR 321a I) resultierende Pflicht der Arbeitnehmerin, möglichen Schaden vom

Arbeitgeber abzuwenden bzw. alles zu unterlassen, was den Arbeitgeber wirtschaftlich schädigen könnte, in Betracht, wie auch die unter die Sorgfaltspflicht fallende Pflicht, die Produktionsmittel sorgfältig zu behandeln (OR 321a II). Liegt dabei kein Verhalten vor, welches dem Arbeitgeber tatsächlich Schaden zufügt und zu einer Schadenersatzpflicht gemäss OR 321e führt, ändert dies nichts an der Tatsache, dass die Arbeitnehmerin durch ihr Verhalten die fraglichen Vertragspflichten verletzt hat. Das Vorliegen einer Widerrechtlichkeit im Zusammenhang mit der Kostenaufgabe im Falle des nichtverurteilenden Verfahrensabschlusses setzt nicht notwendigerweise die Verursachung eines solchen Schadens voraus (E. II.2.c).

Eine der Sanktionen bei der Verletzung der Fürsorgepflicht gemäss OR 328 besteht in der Geltendmachung von Ansprüchen auf Schadenersatz oder Genugtuung durch den Arbeitnehmer gegenüber dem Arbeitgeber. Es ergibt sich aber ohne weiteres, dass diese Bestimmung im vorliegenden Zusammenhang (Kostenaufgabe) von keinerlei Bedeutung ist (E. II.4.d).

Sachverhalt:

Aufgrund eines am 9. Juni 2004 im Restaurant «Z» in Zürich ausgebrochenen Brandes ist ein Schaden an Gebäude, Mobilien und Inventar von ca. Fr. 5 800 000.– entstanden. Wie der Brandermittler feststellte, entstand das Feuer fahrlässig durch unsachgemässes Entsorgen von Raucherwaren. Rund eine Woche nach dem Brandfall meldete sich die Servicefachangestellte X. (Rekurrentin) bei der Kantonspolizei und schilderte, wie sie zusammen mit dem Wirt und Pächter des Restaurants Y. sowie einer Reihe weiterer Mitarbeiter nach dem Weggang der letzten Gäste um Mitternacht nach dem Aufräumen noch bis ca. 01:30 Uhr im Restaurant am Personalisch gesessen sei. Man habe etwas getrunken und auch geraucht. Als man die Runde aufgelöst und den Tisch abgeräumt habe, habe sie zwei mit Zigarettenresten ziemlich gefüllte Aschenbecher in den Bufferraum getragen. Sie wisse nicht mehr, ob sie diese vor dem Entsorgen in die Durchreiche gestellt und nachher in den Abfallkübel geleert habe oder ob sie diese während des mit Y. geführten Gesprächs direkt in das beinahe volle Plastikfass geleert und nicht daran gedacht habe, dass die Aschenbecher unmittelbar zuvor benutzt worden seien. Auf die Frage, ob noch andere Leute als Verursacher für den Brand in Frage kämen, gab sie zu Protokoll, dass innerhalb der letzten Stunde vor dem Verlassen des Restaurants nur sie Aschenbecher geleert habe und somit nur sie als Brandverursacherin in Frage komme.

Mit Strafbefehl vom 29. September 2005 sprach die Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat die Rekurrentin der fahrlässigen Verursachung einer Feuersbrunst im Sinne von Art. 222 Abs. 1 und Abs. 2 StGB schuldig und bestrafte sie mit 21 Tagen Gefängnis. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wurde aufgeschoben und die Probezeit auf zwei Jahre angesetzt. Gegen diesen

Strafbefehl erhob die Rekurrentin mit Eingaben vom 30. September und 10. Oktober 2005 Einsprache und beantragte unter anderem die Aufhebung des Strafbefehls. Da namentlich aufgrund des Berichts des Brandermittlers nicht ausgeschlossen werden konnte, dass unausgekühlte Rauchzeugreste, die einige Zeit vor der zugestanden Handlung der Rekurrentin von anderen Servicefachangestellten in den Plastikeimer geleert worden wären, den Brand ebenfalls hätten bewirken können, erklärte der Einzelrichter mit Urteil vom 16. Mai 2006 die Rekurrentin für nicht schuldig und sprach sie vom Vorwurf der fahrlässigen Verursachung einer Feuersbrunst frei. Hinsichtlich der prozessualen Nebenfolgen bestimmte der Einzelrichter, die Hälfte der Untersuchungskosten sowie die Gerichtskosten seien mit Ausnahme der Kosten der amtlichen Verteidigung, die auf die Gerichtskasse genommen würden, der Rekurrentin aufzuerlegen. Über die andere Hälfte der Untersuchungskosten werde im Verfahren gegen Y. zu entscheiden sein. Gegen die vom Einzelrichter im erwähnten Urteil bestimmte Kostenaufgabe erhob die Rekurrentin mit Eingabe vom 25. Oktober 2006 Rekurs an das Obergericht. Sie stellte darin den Antrag, es seien die ihr teilweise auferlegten Untersuchungs- und Gerichtskosten auf die Staatskasse zu nehmen.

Aus den Erwägungen:

II .

1.

e) Hinsichtlich der Kosten- und Entschädigungsfolgen wies der Einzelrichter nach Darstellung der allgemeinen Grundsätze darauf hin, dass sich die Rekurrentin im Anstellungsverhältnis befunden und somit gegenüber ihrem Arbeitgeber Y. den Sorgfalts- und Treuepflichten einer Arbeitnehmerin im Sinne von Art. 321a OR unterstanden habe. Die aus dieser Treuepflicht resultierenden Unterlassungspflichten hätten unter anderem auch die Pflicht umfasst, möglichen Schaden vom Arbeitgeber abzuwenden. Auch wenn bei der Entsorgung von Rauchzeugresten keine konkreten Weisungen des Arbeitgebers verletzt worden sein sollten, habe die in der Gastronomiebranche erfahrene Rekurrentin aber mit dem eingestanden Verhalten, frische Zigarettenkippen in einen aus Kunststoff bestehenden und mit brennbaren Abfällen gefüllten Abfalleimer geworfen zu haben, gegen ihre allgemeinen arbeitnehmerischen Pflichten bzw. gegen die rechtlich vorgeschriebene Verhaltensnorm von Art. 321a Abs. 1 OR verstossen. Es gehöre zu den elementaren Aufgaben einer Servicefachangestellten, Rauchwarenreste ohne Brandrisiko zu entsorgen. Diese allgemeine Sorgfaltspflicht sei der Rekurrentin denn auch eingestandenermassen bekannt gewesen. Die Missachtung dieser Pflicht sei nicht etwa ein in Kauf zu nehmendes Berufsrisiko (m.H.a. Art. 321e Abs. 2 OR), sondern stelle arbeitsrechtlich ein widerrechtliches Verhalten dar.

(...)

Demgemäss gelangte der Einzelrichter zur Auflage der Kosten des gerichtlichen Verfahrens, nahm indes im Hinblick auf die wirtschaftlichen Verhältnisse die Kosten der amtlichen Verteidigung der Rekurrentin in Anwendung von § 190a StPO auf die Staatskasse. Hinsichtlich der Untersuchungskosten berücksichtigte er, dass sämtliche Untersuchungshandlungen auch im parallelen Untersuchungsverfahren gegen Y. relevant gewesen seien, weshalb er der Rekurrentin nur deren Hälfte auferlegte, während über die Tragung der anderen Hälfte der Untersuchungskosten in jenem Verfahren gegen Y. zu entscheiden sein werde. Dieser Kostenregelung entsprechend sprach der Einzelrichter der Rekurrentin keine Entschädigung und keine Genugtuung zu.

2.

a) Die Rekurrentin macht geltend, entgegen der vorinstanzlichen Auffassung habe sie gegen keine arbeitnehmerischen Pflichten, insbesondere nicht gegen die in Art. 321a Abs. 1 OR geregelte Treue- und Sorgfaltpflicht verstossen. Wenn die Vorinstanz festhalte, es gehöre zu den elementaren Aufgaben einer Servicefachangestellten, Rauchwarenreste ohne Brandrisiko zu entsorgen, und ihr Verhalten als Sorgfaltpflichtverletzung und arbeitsrechtlich widerrechtliches Verhalten betrachte, so treffe dies insofern nicht zu, als es ihr eben gerade nicht möglich gewesen sei, die Rauchwarenreste ohne Brandrisiko zu entsorgen, weil dafür der vorschriftsmässige metallene Eimer mit Deckel gefehlt habe. Aufgrund dessen Fehlens habe sie nicht anders handeln können und habe gestützt auf den Vertrauensgrundsatz davon ausgehen dürfen, dass sich ihr Vorgesetzter an die einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen halte.

Wie bereits anlässlich der Einspracheerhebung verweist die Rekurrentin hinsichtlich des von ihr erwähnten vorschriftsmässigen Metalleimers mit Deckel, welcher im Restaurant im fraglichen Zeitpunkt gefehlt habe, auf die Brandschutzrichtlinien der Vereinigung Kantonaler Feuerversicherungen. Dass ein solcher Abfalleimer zum Inventar eines Restaurants gehöre und dass die Eigentümer- und Nutzerschaft von Bauten und Anlagen organisatorisch und personell die zur Gewährleistung der Brandsicherheit notwendigen Massnahmen zu treffen habe, werde in diesen Brandschutzrichtlinien festgehalten. Dieses Versäumnis – so die Rekurrentin – sei nicht ihr anzulasten, sondern dafür sei der Wirt oder allenfalls die Behörde, die das Gebäude bautechnisch abgenommen habe, verantwortlich. Y. habe einerseits gestützt auf Art. 327 OR die Pflicht gehabt, seine Arbeitnehmer mit den Geräten und dem Material – so auch dem vorschriftsmässigen Metallkübel – auszurüsten, die diese zur Arbeit benötigten, und andererseits verpflichtet ihn Art. 328 OR, dafür zu sorgen, dass sein Betrieb den gesetzlichen Anforderungen entspreche, d.h. er müsse dafür besorgt sein, dass seine Angestellten die Raucherwaren vorschriftsgemäss entsorgen könnten. Da sie die Rauchwarenreste infolge des fehlenden Metalleimers nicht fachgerecht habe entsorgen können, habe sie ihrem Arbeitgeber gegenüber auch keine Sorgfalts- und Treuepflicht verletzt. Vielmehr wäre, wenn sie

die Rauchwarenreste gar nicht mehr entsorgt hätte, weil dies objektiv fachgerecht nicht möglich gewesen sei, ihr Verhalten einer Arbeitsverweigerung gleichgekommen.

Im Weiteren wird vorgetragen, der Arbeitgeber habe seine Angestellten zu instruieren und seiner Instruktion gemäss zu überwachen. Unterlasse er dies, so trage er als Betriebsleiter die Verantwortung für die von seinen Angestellten in Ausübung des Berufes begangenen Handlungen. Er müsse dem Arbeitnehmer vorschreiben, wie dieser sich zu verhalten habe, um die Gefahren zu vermeiden. Er müsse sogar mit der Unachtsamkeit des Arbeitnehmers rechnen. Klar haftbar sei der Arbeitgeber, der einen schon wiederholt festgestellten Mangel an einer Maschine nicht behoben habe, ebenso derjenige, der z.B. die gesetzlich vorgeschriebene Pflicht zum Tragen von Schutzhelm und -brille nicht durchgesetzt habe. Vorliegend sei es dem Arbeitgeber ohne weiteres zumutbar gewesen, einen vorschriftsmässigen Metalleimer aufzustellen bzw. seine Angestellten zumindest zu instruieren, wie und wo sie die Rauchwarenresten zu entsorgen hätten und sie dementsprechend auch zu kontrollieren.

b) Gemäss Art. 321a Abs. 1 OR, in welcher Bestimmung die Sorgfalts- und Treuepflicht des Arbeitnehmers umschrieben wird, hat dieser die ihm übertragene Arbeit sorgfältig auszuführen und die berechtigten Interessen des Arbeitgebers in guten Treuen zu wahren. Die Sorgfaltspflicht bedeutet die dem Arbeitnehmer obliegende Pflicht zur sorgfältigen Erfüllung der ihm übertragenen Arbeitsleistung. Sie ergibt sich schon aus dem allgemeinen Grundsatz von Art. 97 OR, wonach der Schuldner seine Leistung gehörig zu erfüllen hat. Der Arbeitnehmer muss seine Arbeit unter vollem Einsatz seiner körperlichen und geistigen Kräfte verrichten und die ihm vom Arbeitgeber zur Verfügung gestellten Produktionsmittel (Maschinen, Arbeitsgeräte, technische Einrichtungen und Anlagen sowie Fahrzeuge) fachgerecht einsetzen und diese sowie Material, das ihm zur Verfügung gestellt wird, sorgfältig behandeln (Art. 321a Abs. 2 OR). Die Sorgfaltspflicht bezieht sich – anders als die nachfolgend zu behandelnde Treuepflicht – immer nur auf die Erbringung der Arbeitsleistung selber, indem sie an die Art und Weise, wie die Arbeit ausgeführt wird, bestimmte Anforderungen an den Arbeitnehmer stellt. Die in der Gesetzesmarginalie als Sorgfaltspflicht herausgehobene Pflicht ist keine eigenständige Vertragspflicht, bei deren Verletzung der Arbeitgeber wegen Schlechterfüllung zur Lohnminderung berechtigt wäre, sondern Haftungsmassstab für die Schadenersatzpflicht wegen mangelhafter Arbeitsleistung, wie sie sich aus Art. 321e OR ergeben kann, wenn der Arbeitnehmer für einen Schaden verantwortlich wird, den er dem Arbeitgeber absichtlich oder fahrlässig zugefügt hat. Kommt der Arbeitnehmer seiner Arbeitspflicht nicht oder nicht gehörig nach, so liegt eine Vertragsverletzung vor. Resultiert daraus in natürlich oder adäquat kausaler Weise ein Schaden für den Arbeitgeber, so ist der Arbeitnehmer im Falle eines Verschuldens gemäss Art. 321e Abs. 1 OR dafür haftbar. Besteht die Sorgfaltspflichtverletzung in einer

qualitativ oder quantitativ mangelhaften Arbeitsleistung, so kann diese unter Umständen auch zu einer fristlosen Auflösung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber führen, sofern dem Arbeitnehmer entweder ein völliges berufliches Versagen vorgeworfen werden muss oder wenn die schlechte Leistung auf ein grobes Verschulden zurückzuführen ist. Wiegt die Verfehlung weniger schwer, kann sie nur eine fristlose Kündigung zur Folge haben, wenn sie trotz Verwarnung wiederholt erfolgte. Eine weitere mögliche Sanktion besteht in der Kürzung oder dem Wegfall der (echten) Gratifikation (STAEHELIN/VISCHER, Zürcher Kommentar, N 1 ff. zu Art. 321a, N 3 zu Art. 321e und N 21 zu Art. 337 OR; BSK OR I-PORTMANN, N 1 zu Art. 321a, N 1 zu Art. 321e und N 3 u. N 21 zu Art. 337 OR). Die in Art. 321a Abs. 1 OR ebenfalls statuierte allgemeine Treuepflicht stellt die wichtigste Nebenpflicht des Arbeitnehmers dar und hat ihr Gegenstück in der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers ihm gegenüber (Art. 328 OR). Beide Nebenpflichten sind Ausdruck der besonderen gegenseitigen persönlichen Bindungen der Parteien im Arbeitsverhältnis. Die allgemeine Treuepflicht ist in erster Linie eine Unterlassungspflicht. Der Arbeitnehmer muss – allgemein ausgedrückt – alles unterlassen, was den Arbeitgeber wirtschaftlich schädigen könnte. Er muss alles unterlassen, was den Arbeitserfolg vereiteln oder sich sonst nachteilig auf den Arbeitgeber und seinen Betrieb auswirken könnte. In positiver Hinsicht bedeutet die Treuepflicht nichts anderes als die Pflicht zur Wahrung der Interessen des Arbeitgebers zu getreuer, gewissenhafter Ausführung der Arbeit und damit zur Vornahme all dessen, was mit Rücksicht auf Interessen, Ansehen, Ruf, ungestörten Gang des Geschäfts, Abwendung oder Anzeige drohender erheblicher Gefahren, auf Obhut anvertrauter Sachen usw. nach Treu und Glauben erwartet werden darf. Auch die Verletzung der Treuepflicht stellt eine Vertragsverletzung dar und kann die gleichen Sanktionen wie bei der Sorgfaltpflichtverletzung nach sich ziehen. Insbesondere ist sie im Falle eines eingetretenen Schadens mit einer entsprechenden Schadenersatzpflicht verbunden (CHK-F. EMMEL, N 2 zu Art. 321a OR; STAEHELIN/VISCHER, a.a.O., N 6, N 10, N 14 ff. u. N 35 zu Art. 321a OR; BSK OR I-PORTMANN, N 2 ff., N 11 ff. u. N 18 zu Art. 321a OR).

c) Wenn die Rekurrentin – wovon gestützt auf ihre eigenen Angaben auszugehen ist – zwei Rauchzeugresten bzw. Zigarettenskippen und Asche enthaltende Aschenbecher in einen mit brennbaren Materialien ziemlich gefüllten Abfallbehälter aus Plastik schüttete, wobei sich darunter eingestandenermassen auch Zigarettenskippen befanden, die in den letzten zehn Minuten im Aschenbecher entsorgt worden waren, so muss darin zweifellos ein Verhalten erblickt werden, das eine Verletzung der in Art. 321a OR festgehaltenen Sorgfalts- und Treuepflichten der Rekurrentin als Arbeitnehmerin bedeutet. Dabei kommt sowohl die aus der allgemeinen Treuepflicht (Art. 321a Abs. 1 OR) resultierende Pflicht des Arbeitnehmers, möglichen Schaden vom Arbeitgeber abzuwenden, bzw. alles zu unterlassen, was den Arbeitgeber wirtschaftlich schädigen könnte (vgl. BGE 117 II

74) in Betracht, wie auch die unter die Sorgfaltspflicht fallende Pflicht, die Produktionsmittel sorgfältig zu behandeln, wie sie in Art. 321a Abs. 2 OR normiert ist. Gewisse Autoren betrachten allerdings die sich auf die sorgfältige Behandlung der Produktionsmittel beziehende Sorgfaltspflicht als eine Konkretisierung der Treuepflicht (BSK OR I-PORTMANN, N 1 u. N 16 zu Art. 321a OR). Dass – wovon aufgrund der vorinstanzlichen Beweiswürdigung auszugehen ist – die von der Rekurrentin im Plastikeimer entsorgten Rauchzeugreste nicht den in der Folge entstandenen Brand verursachten und demgemäss auch kein Verhalten vorlag, welches dem Arbeitgeber tatsächlich Schaden zufügte und zu einer Schadenersatzpflicht gemäss Art. 321e OR führte, ändert an der Tatsache, dass sie durch ihr Verhalten die fraglichen Vertragspflichten verletzte, nichts. Das Vorliegen einer Widerrechtlichkeit im Zusammenhang mit der Kostenaufgabe im Falle des nichtverurteilenden Verfahrensabschlusses setzt nicht notwendigerweise die Verursachung eines solchen Schadens voraus. Eine Verhaltensweise kann eine Rechtsnorm verletzen und damit widerrechtlich sein, ohne dass im konkreten Fall ein Schaden im haftpflichtrechtlichen Sinne verursacht wurde. Hingegen muss durch das in Frage stehende Verhalten ein Schaden in dem Sinne verursacht worden sein, dass dem Staat Kosten aus dem Untersuchungs- bzw. Gerichtsverfahren entstanden sind (ZR 99 Nr. 8 S. 25).

d) Die Vorinstanz ging im Ergebnis davon aus, dass der Rekurrentin keine konkreten Weisungen des Arbeitgebers bezüglich des Umgangs mit Rauchzeugresten erteilt wurden, weshalb sie auch keine derartigen Weisungen verletzt habe. Sie verwies hiezu allerdings auf eine Protokollstelle der Befragung des Wirtes Y., an welcher er in diesem Zusammenhang ausführte, dass den Angestellten am 12. April 2004 ein Mitarbeiterhandbuch ausgehändigt worden sei. Dem nachträglich bei der Staatsanwaltschaft eingereichten Mitarbeiterhandbuch können jedoch keine Weisungen zum Umgang mit Rauchzeugresten entnommen werden. Dass die Rekurrentin seitens ihres Arbeitgebers auch in anderer Form keine diesbezüglichen Anweisungen oder Instruktionen erhielt, wie sie geltend machte, wird im Übrigen durch die von den anderen hiezu befragten Mitarbeitern zu Protokoll gegebenen Aussagen untermauert, gaben diese doch mehrheitlich an, über die fachgerechte Entsorgung von Rauchzeugresten keine spezifischen Anweisungen oder Instruktionen erhalten zu haben. Dass der Rekurrentin keine solchen Weisungen erteilt wurden, spielt – wovon auch die Vorinstanz zu Recht ausging – im Hinblick auf die Frage des Vorliegens eines widerrechtlichen Verhaltens keine Rolle, da ihr diesbezüglich keine arbeitsrechtliche Vertragsverletzung vorgeworfen wird. Insbesondere wird ihr im Zusammenhang mit der Kostenaufgabe nicht vorgeworfen, allgemeine Anordnungen und besondere Weisungen des Arbeitgebers nicht befolgt zu haben (vgl. Art. 321d OR).

(...)

f) Im vorliegenden Falle ist festzuhalten, dass das der Rekurrentin in zivilrechtlicher Hinsicht vorzuwerfende Verhalten sich zwar nicht dadurch auszeichnete, dass damit mehrfache und/oder verschiedenartige Verletzungen von arbeitsrechtlichen Pflichten begangen worden wären, sondern sich ihr Verhalten in einer einzelnen Handlung, dem Entleeren der beiden Aschenbecher in den Plastikkübel, erschöpfte. Gleichwohl bildete dieses Verhalten angesichts der insoweit unumstrittenen hohen Gefährlichkeit, relativ frische Rauchzeugresten in einem mit brennbarem Material gefüllten Abfallbehälter aus Plastik zu entsorgen, einen klaren Verstoß gegen Verhaltensnormen, die Schädigungen untersagen oder ein Schädigungen vermeidendes Verhalten vorschreiben, wie dies für die arbeitsrechtliche Sorgfalts- und Treuepflicht gemäss Art. 321a OR der Fall ist. Es handelte sich dabei auch nicht um eine blosser Ordnungswidrigkeit, bei welcher eine Kostenauflage nach der Praxis zu unterbleiben hätte, sondern das konkrete Verhalten der Rekurrentin erfüllt die für eine Kostenauflage erforderliche qualifizierte Rechtswidrigkeit bzw. Erheblichkeit.

g) Die Rekurrentin bestreitet – wie dargestellt – das Vorliegen einer zur Kostenauflage führenden Widerrechtlichkeit hauptsächlich mit dem Argument, dass es der Arbeitgeber unterlassen habe, einen zur Entsorgung von Rauchzeugresten vorgeschriebenen Metallkübel bereit zu stellen, und leitet daraus unter anderem ab, dass es ihr aus diesem Grunde nicht möglich gewesen sei, die Rauchzeugresten ohne Brandrisiko zu entsorgen.

Massgebend sind in diesem Zusammenhang die Brandschutzrichtlinien der Vereinigung Kantonalen Feuerversicherungen («Brandverhütung – Sicherheit in Betrieben und auf Baustellen»; in der Fassung vom 26. März 2003). Sie wurden gestützt auf Art. 6 der Interkantonalen Vereinbarung zum Abbau technischer Handelshemmnisse (IVTH) vom 23. Oktober 1998 (LS 946), dem der Kanton Zürich mit Kantonsratsbeschluss vom 2. Juli 2001 beigetreten ist, für verbindlich erklärt, und gelten gemäss Verordnung über den vorbeugenden Brandschutz vom 8. Dezember 2004 (LS 861.12) im Bereich des vorbeugenden Brandschutzes. Ziffer 3.7 Abs. 4 der Brandschutzrichtlinien schreibt vor, dass (unter anderem) Rauchzeugreste in nicht brennbaren, geschlossenen Behältern auf nicht brennbaren Unterlagen aufzubewahren sind. Gemäss Ziffer 4.1 Abs. 1 haben Eigentümer- und Nutzerschaft von Bauten und Anlagen organisatorisch und personell die zur Gewährleistung der Brandsicherheit notwendigen Massnahmen zu treffen. Das Betriebspersonal muss gemäss Abs. 3 über Brandgefahren, installierte Brandschutzeinrichtungen und das Verhalten im Brandfall orientiert und instruiert sein.

Diese Vorschriften richten sich an die Eigentümer- und Nutzerschaft der Bauten und Anlagen, vorliegend somit vornehmlich an den Wirt und Pächter des Restaurantbetriebes, weshalb die Rekurrentin zu Recht diesem die Verantwortung für das Fehlen eines vorschriftsgemässen Behälters für die Entsorgung von Rauchzeugresten zuschreibt. Fehl geht die Rekurrentin indessen mit ihrer daraus abgeleiteten Auffassung, die Widerrechtlichkeit

ihrer Verhaltens entfalle, weil es ihr wegen Fehlens des vorgeschriebenen Metallkübels gerade nicht möglich gewesen sei, die Rauchwarenreste ohne Brandrisiko zu entsorgen.

Die Widerrechtlichkeit eines objektiven Normenverstosses entfällt bei Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes. Im vorliegenden Fall kann jedoch das von der Rekurrentin an den Tag gelegte Verhalten auch in Berücksichtigung des geltend gemachten Fehlens eines vorschriftsgemässen Metallkübels unter keinen die Widerrechtlichkeit ausschliessenden Rechtfertigungsgrund subsumiert werden. Es sind weder besondere privatrechtliche Befugnisse, die ihr Verhalten rechtfertigten, erkennbar, noch liegt ein in Art. 52 OR umschriebener Sachverhalt vor. Wie bereits die Vorinstanz – unter dem Gesichtspunkt des Verschuldens – zutreffend festgehalten hat, wäre es der Rekurrentin z.B. durchaus zumutbar gewesen, die Zigarettenkippen mit einer Flüssigkeit zu wässern, auch wenn sich in unmittelbarer Nähe kein Wasserhahn befunden haben sollte. Davon, dass die Rekurrentin gar nicht anders handeln können, als die Rauchzeugresten unbehandelt im besagten Plastikeimer zu entsorgen, kann jedenfalls keine Rede sein. Nicht nachvollziehbar erscheint die Argumentation, dass es einer Arbeitsverweigerung gleichgekommen wäre, die Rauchzeugresten nicht zu entsorgen (gemeint: nämlich so, wie sie es getan habe). Im Übrigen wäre es gerade auch unter dem Gesichtspunkt der arbeitnehmerischen Treuepflicht, die auch die Pflicht umfassen kann, den Arbeitgeber über wesentliche Vorkommnisse, Unregelmässigkeiten oder Missstände im Betrieb, insbesondere auch über drohende oder bereits eingetretene Schadensfälle zu informieren, allenfalls an der Rekurrentin gewesen, den Wirt zu informieren und auf die Problematik der gefahrlosen Entsorgung von Rauchzeugresten hinzuweisen (vgl. STAEHELIN/VISCHER, a.a.O., N 12 zu Art. 321a OR; BSK OR-I PORTMANN, N 12 zu Art. 321a OR). Zu erwähnen ist auch, dass dem Arbeitnehmer unter dem Gesichtspunkt der den Arbeitgeber treffenden Fürsorgepflicht nach Art. 328 OR (dazu noch später) unter Umständen auch die Möglichkeit zusteht, vom Arbeitgeber z.B. die Anbringung bestimmter Sicherheitsvorkehrungen zu verlangen. In bestimmten Fällen der Verletzung von Schutzpflichten ist er gar zur Verweigerung der Arbeit berechtigt (vgl. STAEHELIN/VISCHER, a.a.O., N 14 und 16 f. zu Art. 328 OR; CHK-F. EMMEL, N 10 zu Art. 328 OR).

(...)

4.

d) Ausserdem wird unter Hinweis auf Art. 101 OR und eine Kommentarstelle zu Art. 328 OR argumentiert, das Verschulden von Vorgesetzten oder Mitarbeitern werde dem Arbeitgeber angelastet, sofern sie die schädigende Handlung in Erfüllung ihrer Arbeitspflichten ausführten. Sofern die Rekurrentin tatsächlich ein Verschulden daran treffen sollte, dass sie die Zigarettenkippen in den Plastikeimer schüttete, habe sie dies in Verrichtung ihrer Arbeitstätigkeit getan und somit werde nicht ihr, sondern ihrem Arbeitgeber dieses Verschulden angerechnet. In diesem Sinne trage sie

kein zivilrechtliches Verschulden. Art. 328 OR umschreibt die – das Gegenstück zur allgemeinen Treuepflicht des Arbeitnehmers bildende – Fürsorgepflicht des Arbeitgebers. Diese besagt, dass der Arbeitgeber verpflichtet ist, dem Arbeitnehmer im Rahmen des Arbeitsverhältnisses Schutz und Fürsorge zuteil werden zu lassen und dessen berechnete Interessen in guten Treuen zu wahren. Eine der Sanktionen bei der Verletzung dieser Fürsorgepflicht durch den Arbeitgeber besteht in der Geltendmachung von Ansprüchen auf Schadenersatz oder Genugtuung durch den Arbeitnehmer gegenüber dem Arbeitgeber. Letzterer haftet in diesem Falle aus Art. 97 OR für den Schaden, der dem Arbeitnehmer entstanden ist (vgl. statt vieler: BSK OR I-PORTMANN, N 1 ff. und N 53 f. zu Art. 328 OR). Es geht im Zusammenhang mit dieser Bestimmung somit um die Haftung des Arbeitgebers für den seinem Arbeitnehmer durch Verletzung der Fürsorgepflicht entstandenen Schaden. Wenn STREIFF/VON KAENEL (Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 6.A., Zürich 2006, N 16 zu Art. 328 OR) bei der Kommentierung dieser Bestimmung auf Art. 101 OR Bezug nehmen und festhalten, das Verschulden von Vorgesetzten oder Mitarbeitern werde dem Arbeitgeber angelastet, sofern sie die schädigende Handlung in Erfüllung ihrer Arbeitspflichten ausführen, so ist damit natürlich gemeint, dass der Arbeitgeber auch dann für den dem Arbeitnehmer entstandenen Schaden haftet, wenn dieser Schaden dem Arbeitnehmer durch einen Vorgesetzten oder durch einen anderen Mitarbeiter zugefügt wurde (vgl. BSK OR I-PORTMANN, N 53 zu Art. 328 OR). Art. 101 OR regelt die Haftung des Vertragsschuldners, der die Erfüllung seiner Schuldspflicht durch eine Hilfsperson, wie etwa einen Arbeitnehmer, vornehmen lässt. Den dem Gläubiger durch die Hilfsperson in Ausübung ihrer Verrichtungen verursachten Schaden hat der Geschäftsherr zu ersetzen. Da Art. 101 OR somit ausschliesslich die Haftung des Geschäftsherrn für seine Hilfsperson gegenüber dem Gläubiger regelt, d.h. auf Vertragsverletzungen Anwendung findet (vgl. statt vieler: CHK-A. FURRER/R. WEY, N 1 ff. und N 38 zu Art. 101 OR), ergibt sich ohne Weiteres, dass diese Bestimmung im vorliegenden Zusammenhang von keinerlei Bedeutung ist.

Arbeitsgericht Zürich, Urteil vom 28. Januar 2008, in: Entscheide des Arbeitsgerichts Zürich 2008 Nr. 3

OR 321a. Gewinnabschöpfung bei Nichteinhalten von Vorschriften zu Eigengeschäften? Vorliegend war der Arbeitgeber berechnigt, die dem Arbeitnehmer wegen Verletzung von Vorschriften des Arbeitsvertragsreglements bei Eigengeschäften auferlegte Konventionalstrafe in Höhe des resultierenden Gewinns mit dem Lohn zu verrechnen, da die Voraussetzungen gemäss OR 120 ff. erfüllt waren und der Lohn gemäss OR 323b II pfändbar war.

Sachverhalt:

Nachdem sich ein Direktionsmitglied bei Eigengeschäften nicht an die reglementarischen Vorgaben gehalten hatte, stellte sich die Frage, ob die Beklagte den dadurch erzielten Gewinn im Sinne einer Konventionalstrafe wieder zurückverlangen kann.

Aus den Erwägungen:

Es ist zu prüfen, ob die vorliegende Konventionalstrafenregelung zulässig ist. Die Treuepflicht kann grundsätzlich durch vertragliche Konventionalstrafen (Art. 160 ff. OR) abgesichert werden. Allerdings müssen disziplinarische Massnahmen im Arbeitsvertrag klar umschrieben, verhältnismässig und vorbestimmt sein. Die Statuierung einer allgemeinen Disziplinargewalt nach Gutdünken des Arbeitgebers ist unzulässig. Bei Sanktionen in Form von Bussen handelt es sich um Konventionalstrafen, die für den Arbeitnehmer kalkulierbar sein müssen (JAR 1994 S. 132 = BGE 119 II 162 E. 2).

Somit müssen zunächst die Tatbestände und die disziplinarischen Massnahmen im Arbeitsvertrag klar umschrieben und damit vorherbestimmt sein. Laut dem AVR (Arbeitsvertragsreglement) entspricht die Konventionalstrafe dem aus der Verletzung des Eigengeschäfts resultierenden Gewinn. Beim Gewinn handelt es sich um eine objektiv festgelegte Grösse, die der Willkür des Arbeitgebers entzogen ist. Als Tatbestand, welcher die Konventionalstrafzahlung auslöst, nennt das AVR die Verletzung von Weisungen für Eigengeschäfte. Die entsprechenden Weisungen werden in den Eigenhandelsrichtlinien konkretisiert. Der Kläger hat die Richtlinien mit der Unterzeichnung des Übernahmevertrags zur Kenntnis genommen und insbesondere die explizit erwähnte Haltefrist nicht beanstandet. Sein handschriftlicher Vorbehalt bezog sich lediglich auf Ziff. 8.2. Damit waren die disziplinarischen Massnahmen genügend bestimmt.

Des Weiteren muss die Konventionalstrafe im Verhältnis zur Vertragsverletzung und zum Verschulden verhältnismässig sein. Diesbezüglich ist zu berücksichtigen, dass die vorliegende Konventionalstrafe von Fr. 5264.–, anders als eine Busse, nicht zu einer effektiven Vermögensverminderung des Klägers, sondern lediglich zu einer Nichtvermehrung der Aktiven führte. Durch die Rückzahlung des erzielten Gewinns wird lediglich der Zustand wieder hergestellt, der ohne Verletzung der Eigenhandelsrichtlinien bestanden hat.

Zusammenfassend erweist sich die Gewinnabschöpfung mit dem Instrument der Konventionalstrafe als zulässig.

Gewinnberechnung:

Der Kläger bestreitet in seiner Klage ausserdem den Umfang des Gewinns der monierten Transaktion von Fr. 5364.–. Die Beklagte erläuterte die Gewinnberechnung im Rahmen ihrer Klageantwort detailliert und

gestützt auf die Belege «Börsenabrechnung» nachvollziehbar. Die Berechnung blieb denn auch in der Replik seitens des Klägers unbestritten. Nachdem der Kläger Fr. 100.– an eine gemeinnützige Institution überwiesen hat, ist der Betrag von Fr. 5264.– ausgewiesen.

Verrechnungsrecht:

In Art. 120 ff. OR sind die Voraussetzungen des Verrechnungsrechts geregelt. Für das Arbeitsvertragsrecht enthält Art. 323b Abs. 2 OR die Einschränkung, dass der Arbeitgeber Gegenforderungen mit dem Lohn nur verrechnen darf, soweit der Lohn pfändbar ist. Eine Verletzung des Existenzminimums steht vorliegend nicht zur Debatte. Hingegen beruft sich der Kläger auf das AVR Direktion, welche Bestimmung festlegt, wann die Firma berechtigt ist, vom Salär des Direktionsmitglieds Abzüge vorzunehmen oder mittels Lastschriftverfahren dem Konto zu belasten. Nebst Sozialversicherungsbeiträgen, Krankentaggeldprämien, freiwilligen Personalversicherungen nennt die Klausel «andere Abzüge, soweit sie mit dem Direktionsmitglied vereinbart worden sind.» Der Kläger beanstandet die Verrechnung gestützt auf die letzte Bestimmung mit der Begründung, dass der Abzug sein Einverständnis vorausgesetzt hätte. Dem ist entgegenzuhalten, dass sich das AVR nicht auf das allgemeine Verrechnungsrecht bezieht. Eine systematische und terminologische Auslegung der Bestimmung ergibt klar, dass es sich dabei um die Regelung der Abzüge aus dem Sozialversicherungsbereich und nicht um Verrechnungsforderungen handeln muss. Dass es sich nicht um eine abschliessende Regelung handelt, ergibt sich auch aus einer weiteren Bestimmung des AVR, wo die Verrechnung von Schadenersatzansprüchen mit Salärguthaben geregelt ist. Vorliegend sind sämtliche Voraussetzungen nach Art. 120 ff. OR, welche zur Verrechnung berechtigen, erfüllt, insbesondere kann aus dem AVR nicht ein Verrechnungsverzicht des Schuldners im Sinne von Art. 126 OR abgeleitet werden.

Zusammenfassend war der Lohnabzug durch die Beklagte berechtigt und das entsprechende Rechtsbegehren ist somit abzuweisen.

Arbeitsgericht Zürich, Urteil vom 1. Februar 2008, in: Entscheide des Arbeitsgerichts Zürich 2008 Nr. 8

Verrechnung, OR 323b. Der Arbeitgeber kann irrtümlich unterlassene Abzüge des BVG-Arbeitnehmeranteils, deren Höhe und Fälligkeit der Arbeitnehmer kennt, rückwirkend vom Lohn abziehen. Er kann diese Nachforderungen grundsätzlich bis zum Ablauf der gesetzlichen Verjährungsfrist erheben, insbesondere auch erst mittels Verrechnungserklärung bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses.

Sachverhalt:

Nachfolgend war zu prüfen, ob nicht abgezogene BVG-Beiträge im Nachhinein mit dem Lohn verrechnet werden dürfen.

Aus den Erwägungen:

Mit Urteil vom 4. September 2007 hiess das Arbeitsgericht die Klage im Nettobetrag von Fr. 1216.35 gut und verpflichtete die Beklagte, dem Kläger ein Arbeitszeugnis aus- und zuzustellen und die Kündigung zu begründen. Mit Begründung, der Anspruch sei verwirkt, verwarf das Arbeitsgericht dabei unter anderem eine Verrechnungseinrede der Beklagten, wonach der Forderung des Klägers eine Forderung der Beklagten für die von ihr bezahlten BVG-Beiträge (Arbeitnehmeranteil) für die ersten drei Monate der Anstellung gegenüber stehe.

Gegen dieses Urteil erhob die Beklagte Nichtigkeitsbeschwerde. Mit Beschluss vom 26. Januar 2008 erwog die III. Zivilkammer des Obergerichtes hinsichtlich der Verrechnungsforderung der Beklagten aus BVG-Beiträgen (Arbeitnehmeranteil), dem Kläger müsse das Wissen entgegengehalten werden, dass die Pensionskassenbeiträge von Gesetzes wegen obligatorisch vom ersten Tag der bezahlten Arbeitsleistung an geschuldet seien. Seit der Lohnabrechnung August 2006 habe er auch gewusst, dass sein Arbeitnehmeranteil an der BVG-Prämie Fr. 518.90 pro Monat betrage. Die Beklagte dürfe daher die irrtümlich unterlassene Nachforderung der Beiträge Mai, Juni und Juli 2006 grundsätzlich bis zum Ablauf der gesetzlichen Verjährungsfrist verlangen, insbesondere auch erst mittels Verrechnungserklärung bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Die III. Zivilkammer des Obergerichtes schützte daher insoweit die Nichtigkeitsbeschwerde der Beklagten, hob Dispositiv Ziff. 1 und 5 des erstinstanzlichen Urteils auf und wies das Verfahren zum neuen Entscheid an das Arbeitsgericht zurück. Im Übrigen hat die III. Zivilkammer des Obergerichtes die Nichtigkeitsbeschwerde abgewiesen, soweit sie darauf eingetreten ist.

Das Arbeitsgericht ist an den Rückweisungsentscheid der III. Zivilkammer des Obergerichtes und an die Rechtsauffassung gebunden, welche ihm zugrunde liegt (§ 104 a GVG).

Dieser Rechtsauffassung folgend ist entgegen den Erwägungen im insoweit aufgehobenen Entscheid des Arbeitsgerichtes vom 4. September 2007 die seitens der Beklagten zur Verrechnung gestellte Forderung aus BVG-Beiträgen (Arbeitnehmeranteil) für die ersten drei Anstellungsmonate nicht verwirkt, sondern die Beklagte berechtigt, diese Prämien vom Kläger nachzufordern und insbesondere mit seinem Lohnrestguthaben zu verrechnen. Die Höhe des vom Kläger zu übernehmenden Prämienanteils von monatlich Fr. 518.90 ist unbestritten, ergebend für die drei Monate Mai, Juni und Juli 2006 einen Gesamtbetrag von Fr. 1556.70.

Steht damit dem Restlohnanspruch des Klägers von netto Fr. 1216.35 eine Gegenforderung der Beklagten von Fr. 1556.70 gegenüber, hat die Forderung zufolge der Verrechnungseinrede der Beklagten als in vollem Umfange getilgt zu gelten, was zur Abweisung der Forderungsklage des Klägers führt.

Arbeitsgericht Zürich, Urteil vom 22. Februar 2008, in: Entscheide des Arbeitsgerichts Zürich 2008 Nr. 15

Zeugnis, OR 330a. Die Arbeitnehmerin hat einen Anspruch darauf, dass der Beendigungsgrund im engeren Sinn («Wer hat gekündigt?») im Vollzeugnis festgehalten wird. Trägt der Beendigungsgrund jedoch nichts zur Würdigung des Gesamtbildes bei, kann sie die Streichung diesbezüglicher Angaben verlangen. Da nach OR 330a I die Dauer des Arbeitsverhältnisses zum zwingenden Inhalt eines Vollzeugnisses gehört, kann die Arbeitnehmerin die Streichung des Enddatums nicht mit der Begründung verlangen, ihre Krankheit während der Kündigungsfrist solle nicht offen gelegt werden.

Sachverhalt:

Die Klägerin verlangte unter anderem, im Arbeitszeugnis sei der Beendigungsgrund nur zu erwähnen, wenn er zur Würdigung des Gesamtbildes der Mitarbeiterin notwendig sei, was vorliegend aber nicht der Fall sei. Zudem sei es unzulässig, darauf hinzuweisen, dass das Arbeitsverhältnis infolge einer Arbeitsunfähigkeit verlängert worden sei. Aus diesen Gründen sei der 6. Absatz des Arbeitszeugnisses ersatzlos zu streichen.

Aus den Erwägungen:

Zum gesetzlich vorgeschriebenen Inhalt eines Vollzeugnisses gehört gemäss Art. 330a Abs. 1 OR auch die Angabe der Dauer des Arbeitsverhältnisses, d.h. Beginn und Ende. Nicht der letzte Tag, an dem tatsächlich Arbeit geleistet wird, ist für den Beendigungstermin massgebend, sondern der letzte Tag der vertraglichen Bindung zwischen den Vertragsparteien, der Tag der rechtlichen Beendigung (JANSSEN, a.a.O., S. 104 ff.). Weiter wird beim Beendigungsgrund zwischen demjenigen im engeren Sinne («Wer hat gekündigt?») und dem Motiv für die Beendigung unterschieden. Der Arbeitnehmer hat dabei einen Anspruch darauf, dass der Beendigungsgrund im engeren Sinn im Vollzeugnis festgehalten wird. Trägt der Beendigungsgrund jedoch nicht zur Würdigung des Gesamtbildes des Arbeitnehmers bei, kann jener verlangen, dass diesbezügliche Angaben gestrichen werden (STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., N 3 zu Art. 330a OR).

Der Passus «Verlängerung infolge gesetzlicher Bestimmungen ...» ist für einen allfälligen neuen Arbeitgeber erklärungsbedürftig, was wiederum die Klägerin veranlassen müsste, diesem gegenüber ihre Krankheit während der Kündigungsfrist offen zu legen. Da diese Krankheit aber weder Einfluss auf die Leistung oder das Verhalten der Klägerin hatte noch das Arbeitsverhältnis deshalb aufgelöst werden musste, ist der Passus, der gleichsam zwingend zur Offenlegung dieser bedeutungslosen Krankheit führen müsste, zu eliminieren. Entsprechendes gilt vorliegend für den Kündigungsgrund im engeren Sinne (Arbeitgeberkündigung), zumal der Hinweis auf die mässig guten Leistungen der Klägerin im administrativen Bereich ebenfalls zu entfernen ist. Entgegen dem Vorschlag der Klägerin kann aber nicht darauf verzichtet werden, dass das Enddatum der Anstellung im Arbeitszeugnis ausgewiesen wird.

Arbeitsgericht Zürich, Urteil vom 8. April 2008, in: Entscheide des Arbeitsgerichts Zürich 2008 Nr. 16

OR 330a. Nach zürcherischer Praxis hat der ungerechtfertigt fristlos entlassene Arbeitnehmer in der Regel Anspruch darauf, dass in seinem Arbeitszeugnis – entgegen dem Prinzip der Wahrheitstreue – das Beendigungsdatum des Arbeitsverhältnisses auf den nächstmöglichen Kündigungstermin korrigiert wird. Tritt der Arbeitnehmer vor diesem Termin eine neue Stelle an, ist das Ende des dem Stellenantritt vorangehenden Monats als Beendigungsdatum zu nennen. Dem Ausstellungsdatum des Zeugnisses wird hingegen kein Erklärungswert zugebilligt. Stimmt dieses nicht mit dem Beendigungszeitpunkt des Arbeitsverhältnisses überein, kann allein daraus nicht gefolgert werden, es habe beim Zeugnis Probleme gegeben.

Sachverhalt:

Der Kläger wurde am 26. September 2007 zu Unrecht fristlos entlassen. Er trat aber vor Ablauf der vertraglichen Kündigungsfrist eine neue Stelle an, weshalb sich die Frage nach dem Beendigungs- und Ausstellungsdatum im Zeugnis stellte.

Aus den Erwägungen:

Nach dem revidierten Kündigungsrecht endet das Arbeitsverhältnis auch bei einer ungerechtfertigten fristlosen Entlassung faktisch und rechtlich (STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., N 12 zu Art. 337 OR). Folgerichtig müsste wegen der Wahrheitspflicht im Arbeitszeugnis der Zeitpunkt der fristlosen Entlassung als Enddatum der Anstellung angegeben werden.

Wird allerdings ein Beendigungsdatum im Zeugnis erwähnt, das nicht mit einem Monatsende übereinstimmt und für das auch sonst keine Rechtfertigung im Zeugnis zu finden ist, so kommt einem solchen Datum Erklärungswert zu. Der Leser eines solchen Zeugnisses wird auf eine ausserordentliche Beendigung des Arbeitsverhältnisses schliessen und das in der Regel mit einer negativen Wertung des Arbeitnehmers (fristlose Entlassung) verbinden. Nach zürcherischer Praxis hat der ungerechtfertigt fristlos entlassene Arbeitnehmer deshalb in der Regel Anspruch darauf, dass in seinem Arbeitszeugnis – entgegen dem Prinzip der Wahrheitstreue – das Beendigungsdatum des Arbeitsverhältnisses auf den nächstmöglichen Kündigungstermin korrigiert wird. Damit soll dem Eindruck entgegenge wirkt werden, er sei zu Recht fristlos entlassen worden. Ansonsten erhielte das Zeugnis gleichwohl einen Fingerzeig auf eine gerechtfertigte fristlose Entlassung, was der Arbeitnehmer nicht verdient hat (STREIFF/VON KAE NEL, a.a.O., N 5 zu Art. 330a OR; ZR 101 Nr. 70; ZR 100 Nr. 77; ZR 96 Nr. 12; JAR 1996 S. 270 E. 5c).

Im vorliegenden Fall trat der Kläger bereits am 1. November 2007 seine neue Stelle an, obwohl die ordentliche Kündigungsfrist hypothetisch bis zum 31. Dezember 2007 gedauert hätte. Es fragt sich daher, ob das Beendigungsdatum im Arbeitszeugnis trotzdem der 31. Dezember 2007 sein sollte. Das ist zu verneinen. Wäre das Enddatum des Zeugnisses der Beklagten der 31. Dezember 2007 und stellt der neue Arbeitgeber dem Kläger einst gleichfalls ein wahrheitsgetreues Zeugnis aus, hätte der Kläger eine Bestätigung für zwei Vollzeittätigkeiten während zwei Monaten. Ein Ding der Unmöglichkeit. Es kommt dazu, dass ein allfälliger neuer dritter Arbeitgeber ebenfalls aus den sich überschneidenden Arbeitszeugnissen auf eine problematische Beendigung des Arbeitsverhältnisses schliessen könnte. Somit kommt nur der 31. Oktober 2007 als Enddatum in Frage. So ergibt sich einerseits ein laufender Übergang zum neuen Arbeitsverhältnis, andererseits erwachsen dem Kläger aus diesem Enddatum keine ersichtlichen Nachteile. Schliesslich kann noch erwähnt werden, dass das Arbeitsverhältnis, wäre es nicht durch eine ungerechtfertigte fristlose Entlassung beendet worden, mit dem Antritt einer neuen Stelle durch den Kläger am 31. Oktober 2007 sowieso rechtlich zu Ende gegangen wäre und nicht bis zum 31. Dezember 2007 gedauert hätte.

Eine andere Frage ist, wie das Zeugnis zu datieren ist. Das Arbeitsgericht hat in ständiger Rechtsprechung dem Ausstellungsdatum eines Zeugnisses keinen Erklärungswert zugebilligt (JAR 1990 S. 217; AGer. ZH AN979657 vom 27. Mai 1998). Auch wenn dieses Datum nicht mit dem Beendigungszeitpunkt des Arbeitsverhältnisses übereinstimmt, kann allein daraus nicht gefolgert werden, es habe beim Zeugnis Probleme gegeben. Denn es bleibt dem Arbeitnehmer unbenommen, erst längere Zeit nach dem Ausscheiden noch ein Zeugnis zu verlangen. Das Arbeitszeugnis hat dabei das tatsächliche Datum zu tragen, auch wenn es erst nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses ausgestellt wird. Nur in absoluten Ausnah-

mefallen darf von der Wahrheit abgewichen werden, wenn beispielsweise wegen Nachlässigkeit der Arbeitgeberin das Zeugnis erst viel später ausgestellt wird oder wenn viel später, gestützt auf ein gerichtliches Urteil ein neues Zeugnis ausgestellt werden muss (JANSSEN, a.a.O., S. 97 ff.).

Inwiefern dem Kläger ein Nachteil erwachsen sollte, indem als Ausstellungsdatum das tatsächliche Datum aufgeführt wurde, wurde weder von ihm vorgebracht noch ist es ersichtlich. Bei einem hypothetischen Enddatum am 31. Oktober 2007 ist es durchaus vorstellbar, dass die Arbeitgeberin das Arbeitszeugnis erst ca. zwei Wochen später ausstellt, hat sie dieses doch erst auf Verlangen zu erstellen. Dem entsprechenden Berichtigungsbegehren ist daher nicht stattzugeben.

Arbeitsgericht Zürich, Urteil vom 10. Juni 2008, in: Entscheide des Arbeitsgerichts Zürich 2008 Nr. 25

OR 337a. Die fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses durch die Arbeitnehmerin wegen Verzug des Arbeitgebers mit der Lohnzahlung ist ungerechtfertigt, solange andere, weniger einschneidende Massnahmen zur Verfügung stehen, insbesondere die einstweilige Einstellung der Arbeitsleistung, bis der Lohnrückstand getilgt ist. In Analogie zu OR 324 I bleibt der Arbeitnehmerin trotz ausbleibender Arbeitsleistung der Lohnanspruch erhalten.

Sachverhalt:

Ende März 2008 erhielt die Klägerin ihren Lohn nicht. Am 8. April 2008 setzte sie der Beklagten eine Frist bis zum 14. April 2008, um den ausstehenden Lohn zu bezahlen oder eine entsprechende Sicherheit zu leisten, ansonsten sie fristlos kündigen würde. Mit Schreiben vom 16. April löste sie das Arbeitsverhältnis fristlos auf; ihr letzter Arbeitstag war am 14. April 2008.

Aus den Erwägungen:

b) Die Beklagte befand sich nach den zuvor mündlichen Mahnungen sowie der schriftlichen Abmahnung vom 8. April 2008 mit dem Märzlohn 2008 in Verzug (Art. 323 Abs. 1 OR; Art. 102 Abs. 1 OR).

Gemäss überwiegender Lehre und Rechtsprechung verlangt eine fristlose Auflösung wegen Zahlungsverzug des Arbeitgebers zusätzlich eine vorherige Verwarnung (Androhung der fristlosen Auflösung) mit entsprechender Fristansetzung (BK-REHBINDER, N 10 zu Art. 337 OR; ZK-STAEHELIN, N 27 zu Art. 337 m.w.V.; JAR 1987 S. 96; 1985 S. 146).

Die Klägerin ging zwar entsprechend vor. Sie setzte dem Beklagten am 8. April 2008 eine sechstägige Frist, den geschuldeten Lohn zu bezah-

len. Die Frist bewegt sich unter Berücksichtigung der Gesamtumstände am unteren Rand des Zumutbaren. Die Beklagte teilte der Klägerin bereits vor dem 8. April 2008 mit, sie werde den ausstehenden Märzlohn 2008 mit dem Vorschuss ihrer Partnerfirma bis Ende Monat April 2008 bzw. sobald das Geld ausgerichtet würde, bezahlen. Die Klägerin wurde somit von der Beklagten über die vorübergehende Illiquidität informiert und aufgrund persönlicher Gespräche wusste sie auch, dass diese gewillt war, ihr den ausstehenden Märzlohn auszubezahlen und sich entsprechend darum bemühte.

Bei der Beurteilung, ob ein wichtiger Grund vorlag, ist insbesondere auch zu berücksichtigen, dass nur eine Lohnzahlung für eine vergangene Lohnperiode ausstand und nicht ein wiederholt längerer Verzug mit Lohnzahlungen vorlag.

Entscheidend ist weiter festzuhalten, dass die fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses ein Notventil darstellt und entsprechend zurückhaltend zu handhaben ist. Sie ist daher ungerechtfertigt, solange andere, weniger einschneidende Massnahmen zur Verfügung stehen (BGE 116 II 142 E. 5c). Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung steht der Arbeitnehmerin bei ausstehendem Lohn für eine vergangene Lohnperiode das Recht zu, ihre Arbeitsleistung einstweilen einzustellen, bis der Rückstand getilgt ist. In Analogie zu Art. 324 Abs. 1 OR bleibt der Arbeitnehmerin trotz ausbleibender Arbeitsleistung der Lohnanspruch erhalten (STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., N 3 zu Art. 337a OR).

Die Klägerin wäre ab 15. April 2008 zweifellos berechtigt gewesen, ihre Arbeit niederzulegen bis der Rückstand geleistet worden wäre, und die Beklagte hätte ihr weiterhin Lohn bezahlen müssen. Dieses Leistungsverweigerungsrecht nahm sie nicht in Anspruch, obwohl sie sich aufgrund persönlicher Gespräche mit der Beklagten darauf einstellen durfte, der ausstehende Märzlohn würde bei Eingang des Vorschusses bezahlt werden.

Zu berücksichtigen ist demzufolge, dass am 16. April 2008 lediglich ein Monatslohn ausstehend gewesen ist, die fristlose Kündigung nicht der einzig verbleibende Ausweg für die Klägerin dargestellt hat und die Verfehlungen der Beklagten nicht schwerwiegender Art gewesen sind. Somit lässt sich der Schluss ziehen, dass das gegenseitige Vertrauen, welches die Grundlage des Arbeitsverhältnisses darstellt, nicht derart zerstört worden ist, dass dessen Fortsetzung für die Klägerin unzumutbar geworden wäre. Die fristlose Kündigung erweist sich daher als ungerechtfertigt.

Weil die fristlose Kündigung der Klägerin ungerechtfertigt erfolgt ist, endete die Lohnzahlungspflicht der Beklagten am letzten Arbeitstag der Klägerin, am 14. April 2008. Die Frage, ob die Klägerin das Arbeitsverhältnis in oder nach Ablauf der Probezeit aufgelöst hat bzw. wann der ordentliche Kündigungstermin gewesen wäre, ist damit obsolet.

OR 319. Im Gegensatz zur echten Arbeit auf Abruf, bei welcher der Arbeitgeber einseitig Zeitpunkt und Dauer der einzelnen Arbeitseinsätze bestimmt, werden diese Daten bei der unechten Arbeit auf Abruf durch Parteivereinbarung festgelegt, wobei die Arbeitnehmerin einen Einsatz auch ablehnen kann. Da sie umgekehrt keinen Anspruch auf Zuweisung von Einsätzen erheben kann, ist die Klage abzuweisen, soweit sie damit Lohnansprüche zufolge ungenügenden Abrufs erhebt.

Sachverhalt:

Die Klägerin war seit 1. Juni 2004 für die Beklagte als Koordinatorin in der Umzugshilfe tätig. Sie erhielt einen Stundenlohn zuzüglich Ferienentschädigung und 13. Monatslohn. Am 10. Oktober 2007 schlossen die Parteien einen Zusatzvertrag ab, wonach die Klägerin als Aushilfe im Reinigungsdienst angestellt wurde. Ab dem 6. Dezember 2007 war sie infolge eines Unfalls vollständig arbeitsunfähig. Vor Gericht machte sie den Lohn für die Kündigungsfrist geltend, soweit dieser noch nicht bezahlt worden war.

Aus den Erwägungen:

Die Parteien hielten übereinstimmend fest, dass von der Beklagten zu erledigende Umzugsaufträge per E-Mail allen Koordinatorinnen angezeigt worden seien. Den Koordinatorinnen habe es dann frei gestanden, sich für einen oder mehrere dieser Aufträge zu melden. Hätten sich mehrere Koordinatorinnen für den nämlichen Auftrag gemeldet, habe die Beklagte diesen nach Zweckmässigkeitskriterien vergeben und dabei berücksichtigt, welche der interessierten Koordinatorinnen in der Nähe des Umzugsortes wohne oder seit längerem nicht mehr berücksichtigt worden sei. Auch die Klägerin habe gelegentlich Absagen erhalten, weil ein Auftrag anderweitig vergeben worden sei. Vorliegend ist unbestritten, dass die Klägerin nicht ein geregeltes Vollzeitpensum zu erfüllen hatte, sondern lediglich teilweise eingesetzt wurde.

Arbeit auf Abruf stellt demnach einen Sonderfall der Teilzeitarbeit dar: Im Rahmen eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses wird Zeitpunkt und Dauer der einzelnen Arbeitseinsätze durch Parteivereinbarung (unechte Arbeit auf Abruf) oder einseitig vom Arbeitgeber (echte Arbeit auf Abruf) festgelegt (RONCORONI GIACOMO, Arbeit auf Abruf und Gelegenheitsarbeit, in: AJP/PJA 12/98, S. 1411).

Davon zu unterscheiden ist die Gelegenheits- oder Aushilfsarbeit, die für jeden Einsatz auf einem besonderen Einzelarbeitsvertrag beruht. Der entscheidende Unterschied zur Arbeit auf Abruf ist, ob die Arbeitsbedin-

gungen bei jedem neuen Einsatz neu vereinbart werden oder ob sich ein Rahmenvertrag herausbildet, sodass ein fortdauerndes einheitliches Arbeitsverhältnis besteht (JAR 2004 S. 587 ff.; STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., N. 18 zu Art. 319 OR).

Der Arbeitsvertrag der Klägerin als Umzugshilfe-Koordinatorin legt nur die Rahmenbedingungen – insbesondere die Funktion, den Lohn pro Stunde + Zulagen, die Sozialversicherungsbeiträge – und die Vertragsdauer vom «1. Juni 2004 bis auf Weiteres» fest. Die Klägerin macht selbst nicht geltend, über zeitlichen Umfang und Lage ihrer Tätigkeit seien damals irgendwelche Absprachen getroffen worden.

Aufgrund der Art und Weise, wie schliesslich die einzelnen Einsätze der Klägerin zustande gekommen sind, qualifiziert sich das Rechtsverhältnis der Parteien als unechte Arbeit auf Abruf: Die Beklagte offerierte jeden dieser Einsätze nicht nur der Klägerin, sondern sämtlichen Koordinatorinnen. Die Klägerin war frei, sich darum zu bewerben oder nicht, worauf die Beklagte der Klägerin oder aber auch einer anderen interessierten Koordinatorin den Auftrag zuwies.

Die Klägerin forderte den Lohn für die Dauer der vereinbarten Kündigungsfrist (obwohl keine Kündigung erfolgt war), da ihr nicht mehr genügend Einsätze zugewiesen worden seien. Dazu hielt das Gericht fest:

Zwar darf das wirtschaftliche Risiko des Arbeitgebers nicht auf den Arbeitnehmer überwältigt werden. Bei der unechten Arbeit auf Abruf kann der Arbeitnehmer jedoch ohne Weiteres einen Einsatz ablehnen, ohne dies begründen zu müssen. Der Arbeitgeber sieht sich hier seinerseits also mit dem Risiko konfrontiert, bei einer guten Auftragslage womöglich keine einsatzwilligen Arbeitnehmer zu finden. Den Ausführungen der Klägerin ist denn auch zu entnehmen, dass sie ihre dem Vertragsverhältnis der Parteien immanenten Freiheiten tatsächlich genutzt hat und beispielsweise im Jahr 2006 zweimal einen ganzen Monat ferienabwesend war. Die hier vertretene Auffassung führt damit jedenfalls im konkreten Fall nicht zu einem Ungleichgewicht der Interessen. Vielmehr entstünde ein «nicht zu rechtfertigendes Ungleichgewicht» der Interessen, wenn der Arbeitgeber beim unechten Vertrag auf Abruf zwar Arbeit zuweisen, der Arbeitnehmer jedoch nicht arbeiten muss (STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., N 18 zu Art. 319 OR).

Kann die Klägerin damit aufgrund der konkreten Ausgestaltung und Abwicklung der Vertragsbeziehungen der Parteien im Sinne eines unechten Vertrages auf Abruf keinen Anspruch auf Zuweisung von Einsätzen erheben, ist ihre Klage abzuweisen, soweit sie damit Lohnansprüche zufolge ungenügender Auftragserteilung erhebt.

Selbst wenn der hier vertretenen Auffassung nicht gefolgt würde, wäre die Klage abzuweisen, soweit damit Ansprüche für das Jahr 2007 geltend gemacht werden. Der Lohn für Dezember 2007 entsprach zirka demjenigen für Dezember 2006; für diesen Monat ist damit keine «abrupte» Einsatzreduktion auszumachen. Erstmals am 10. Dezember 2007 hat die Klägerin im weiteren ihre Arbeit wieder angeboten, wodurch die Beklagte

erst in Verzug gesetzt worden wäre mit entsprechender anschliessender Lohnzahlungspflicht.

Bezüglich der Lohnfortzahlung während der Dauer des Unfalls hielt das Gericht fest, die Unfallmeldung sei bei der Versicherung noch in Bearbeitung und gemäss Art. 324a und 324b OR sei der Arbeitgeber nicht vorschusspflichtig.

Arbeitsgericht Zürich, Urteil vom 9. Oktober 2008, in: Entscheide des Arbeitsgerichts Zürich 2008 Nr. 27

OR 340 II. Konkurrenzverbot beim Velokurier? Ein die Verletzung des Konkurrenzverbots auslösender Einblick in den Kundenkreis setzt einen qualifizierten Kundenkontakt voraus. Ein solcher fehlt beim Velokurier, der aufgrund seiner Stellung in der Regel nur mit untergeordneten Angestellten der Kunden in Kontakt steht und die Wünsche und Bedürfnisse der einzelnen Kunden gar nicht hinreichend kennen kann. Auch spricht vorliegend der Umstand, dass der Velokurier einen sehr grossen Kundenkreis zu betreuen hatte und noch andere Velokuriere mit denselben Kunden in Kontakt standen, ebenfalls gegen eine Einblicksmöglichkeit in den Kundenkreis.

Sachverhalt:

Die Klägerin verlangte vom ausgeschiedenen Velokurier eine Konventionalstrafe wegen Verletzung des Konkurrenzverbotes. Zum «Einblick in den Kundenkreis» führte die Klägerin aus, dass der Beklagte als Velokurier täglich mit dutzenden ihrer Kunden in direktem Kontakt gestanden sei. Über die Funkanlage habe er zudem ihren gesamten Geschäftsverkehr mitgehört. Der Beklagte sei bei seiner Tätigkeit nicht auf einen bestimmten Kundenkreis beschränkt gewesen. Seine Kontakte hätten vielmehr quer durch den gesamten Kundenstamm der Klägerin gereicht. Teilweise seien sowohl Absender wie auch Empfänger ihre Kunden gewesen. Zum Einblick in den Kundenkreis äusserte sich das Gericht wie folgt:

Aus den Erwägungen:

Dass der Beklagte dadurch den nach Art. 340 Abs. 2 OR geforderten Einblick in den Kundenkreis erlangt haben soll, ist aus folgenden Gründen zu verneinen:

aa) Der Beklagte konnte keinen Einfluss auf die effektiven Kundenkontakte nehmen, da ihm die Kurieraufträge fortlaufend von der Zentrale über Funk übertragen wurden und sich diese nach seiner Disponibilität richteten. Er hatte hinsichtlich der Aufträge keinen direkten Kontakt mit

der Klientel. Der Kontakt zum einzelnen Kunden fand daher grundsätzlich nur punktuell statt.

bb) Da ein qualifizierter Kundenkontakt Voraussetzung ist, ändert auch die Argumentation der Klägerin nichts, der Beklagte habe als Kurier den intensiveren Kontakt mit den Kunden gehabt als die Disponenten oder die für die Akquisition zuständigen Personen. Im Gegensatz zu den letztgenannten Personen war es dem Beklagten als untergeordnetem und lediglich ausführendem Mitarbeiter kaum möglich, auf spezielle Kundenbedürfnisse einzugehen und für eine kontinuierliche Kundenbetreuung zu sorgen.

Es ist anzunehmen, dass der Beklagte an ihn gerichtete Kundenwünsche und Reklamationen der Zentrale oder seinem Vorgesetzten weiterzuleiten hatte, damit diese bei der Erfüllung künftiger Aufträge berücksichtigt werden konnten. Nach der Sachdarstellung der Parteien konnte der Beklagte den Kunden jedenfalls nicht gewährleisten, dass er deren nächsten Kurierauftrag ausführen werde.

Daraus folgt, dass der Beklagte trotz des direkten Kundenkontakts die Wünsche und Bedürfnisse der einzelnen nicht hinreichend kennen lernen konnte.

cc) Die Kunden wurden grundsätzlich von allen Kurieren der Klägerin bedient, weshalb sie nicht ausschliesslich mit dem Teilzeit und in Schichten arbeitenden Beklagten in Kontakt standen. Der Grad an Selbstständigkeit in der Kundenbetreuung und der Umstand, ob noch andere Arbeitnehmer mit denselben Kunden in Kontakt stehen, ist bei der Beurteilung, ob ein Arbeitnehmer «Einblick in den Kundenkreis» hat, ebenfalls massgebend. Dem Arbeitnehmer ist es diesfalls wegen der Vielzahl von Betreuern gar nicht möglich, den entscheidenden Einfluss auf die Kundschaft zu erlangen, womit auch der geforderte Einblick entfällt (NEERACHER, a.a.O., S. 25 f.).

dd) Selbst durch das Mithören des Funks war es dem Beklagten nicht möglich, ein gesamtheitliches Bild der Bedürfnisse und Wünsche der einzelnen Kunden zu erlangen, da er in zeitlicher Hinsicht nur einen Teil aller Aufträge mithören konnte und keinen Einblick in die Monatsabrechnungen der Kunden hatte. Zu berücksichtigen sind auch die Umstände, unter denen der Beklagte den Funk mithörte. Er bewegte sich im Strassenverkehr fort und konnte sich keine Notizen der Informationen machen. Bei einer Stammkundschaft von 2000 Kunden war es ihm daher nicht möglich, über Funk die Eigenheiten der einzelnen Kunden genügend zu erfassen.

Der Beklagte führte dazu aus, sich in erster Linie auf den Strassenverkehr konzentriert zu haben und nur dann genauer auf den Funk gehört zu haben, wenn seine Nummer genannt worden sei.

ee) Wie der Beklagte zu Recht ausführt, ist sodann seine als Velokurier hierarchisch untergeordnete Stellung zu berücksichtigen. Ein solcher Arbeitnehmer steht in der Regel nur mit untergeordneten Angestellten der Kunden in Kontakt, was ebenfalls gegen einen «Einblick in den Kundenkreis» spricht.

Wenn beispielsweise eine Sendung einer Anwaltskanzlei per Velokurier zugestellt werden soll, so wird ihm diese kaum vom Inhaber oder Partner der Kanzlei übergeben, sondern wohl eher vom Sekretariat. Es widerspricht der Lebenserfahrung anzunehmen, der Beklagte habe mit den Entscheidungsträgern auf Seiten der Kunden der Klägerin intensiven Kontakt gepflegt. Der Beklagte bezeichnet den Kundenkontakt lediglich als flüchtig.

ff) Der Umstand, dass ein Arbeitnehmer einen sehr grossen Kundenkreis zu betreuen hat, spricht ebenfalls gegen die Einblicksmöglichkeit in den Kundenkreis (NEERACHER, a.a.O., S. 26). Der Beklagte bediente kein ihm zugewiesenes Kundensegment, sondern führte Aufträge für die gesamte Stammkundschaft der Klägerin aus, welche rund 2000 Kunden umfasst, was ein relativ grosser Kundenstamm ist.

c) Die Klägerin vermag auch nicht darzutun, welche konkreten Tatsachen der Beklagte kennen gelernt haben soll, die im Wettbewerb um die Kundschaft für den Verbleib bei der Klägerin bzw. für einen Wechsel mit dem Beklagten zur Firma X. entscheidend gewesen wären.

aa) Die erwähnten Vorteile, welche der Beklagte dadurch habe erlangen können, dass er bereits einmal einen Kunden bedient hat, gehören nicht zu den vom Konkurrenzverbot geschützten Kenntnissen über die Kundenbeziehung zwischen Arbeitgeber und Kunde.

bb) Die Kenntnis jener Kunden, die während der Einsätze des Beklagten bei der Klägerin wegen längerer Wartezeiten unzufrieden gewesen sind, wäre geeignet, um einen Wechsel zu einer anderen Kurierfirma herbeizuführen. Der Beklagte bestreitet diesbezüglich, der Firma X. neue Kunden verschafft zu haben.

Zur Beurteilung der Gültigkeit des Konkurrenzverbots ist jedoch massgebend, dass solche allfällige Wechsel zu konkurrenzierenden Kurierfirmen nicht auf die Kenntnis spezieller Kundenbedürfnisse durch den Beklagten, sondern auf die Unzufriedenheit der betroffenen Kunden mit der Dienstleistung der Klägerin zurückzuführen sind.

Die Klägerin führt selber aus, auf dem Kuriermarkt herrsche ein harter Konkurrenzkampf. Ein solcher Kundenverlust ist daher, wie der Beklagte zu Recht ausführt, in erster Linie auf leistungs- und marktbedingte Umstände zurückzuführen, womit es an der Kausalität zwischen der Verwendung von Spezialkenntnissen durch den Beklagten und des Kundenverlustes fehlt. Daher vermag die Kenntnis von unzufriedenen Kunden alleine nicht zur Verbindlichkeit des Konkurrenzverbotes führen.

d) Schliesslich gilt es zu berücksichtigen, dass das Konkurrenzverbot der liberalen Wirtschaftsordnung in der Schweiz widerspricht und daher eher einschränkend auszulegen ist (ZR 97 Nr. 56 mit weiteren Hinweisen).

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass nicht davon ausgegangen werden kann, der von der Klägerin geltend gemachte persönliche Kontakt zwischen dem Beklagten und der Stammkundschaft der Klägerin während des dreimonatigen Teilzeit-Arbeitsverhältnisses habe die geforderte Inten-

sität erreicht und diesem ermöglicht, ausreichende Kenntnis der Bedürfnisse und Wünsche der einzelnen Kunden in Erfahrung zu bringen. Daran ändern wie aufgezeigt auch die zusätzlichen Informationen über Funk nichts. Somit fehlt es am «Einblick in den Kundenkreis» im Sinne von Art. 340 Abs. 2 OR, weshalb das vereinbarte Konkurrenzverbot nicht verbindlich ist. Eine Prüfung der zwischen den Parteien ebenfalls umstrittenen erheblichen Schädigungsmöglichkeit der Klägerin ist somit obsolet.

Mangels Verbindlichkeit des Konkurrenzverbots entfällt auch die Grundlage zur Durchsetzung der vereinbarten Konventionalstrafe (Art. 340 Abs. 2 OR). Die Klage ist daher vollumfänglich abzuweisen.

Arbeitsgericht Zürich, Urteil vom 5. Dezember 2008, in: Entscheide des Arbeitsgerichts Zürich 2008 Nr. 6

Provision, OR 322b. Gemäss OR 349a II, der entgegen dem engen Wortlaut gemäss einhelliger Meinung nicht nur für Handelsreisende gilt, ist eine schriftliche Abrede, wonach der Lohn ausschliesslich oder vorwiegend in einer Provision bestehen soll, nur dann gültig, wenn die Provision ein angemessenes Entgelt für die Tätigkeit des Arbeitnehmers ergibt. Hält der Arbeitgeber das Schriftformerfordernis für die Bestimmung des Lohnes in der Probezeit nicht ein und ist die Provision unangemessen, schuldet er dem Arbeitnehmer den orts- oder branchenüblichen Lohn.

Sachverhalt:

Der Kläger war als Verkaufsleiter (so der Kläger) bzw. als Coach (so die Beklagte) in einem Telefon-Callcenter tätig gewesen. In dieser Funktion hatte er vier Agenten zu coachen und zusammen mit einer Teamleiterin das Team zu leiten. Als er ohne sachlichen Grund zum gewöhnlichen Verkäufer zurückgestuft wurde, legte er zu Recht die Arbeit nieder. Vor Gericht wurde im Weiteren über den Lohn gestritten.

Aus den Erwägungen:

Die Parteien sind sich einig, dass kein Fixlohn vereinbart wurde. Die Entschädigung sollte abhängig sein davon, wie viele Termine der Kläger mit seinem Team erreichte. Beim Erreichen von 600 Terminen sollte die Entschädigung Fr. 5000.– zuzüglich Fr. 500.– Spesen sein. Auch darin sind sich die Parteien einig. Bei Nichterreichen der 600 Termine sollte der Kläger Fr. 500.– Spesen (nach Behauptung der Beklagten) oder Fr. 2500.– zuzüglich Fr. 500.– (nach Behauptung des Klägers) erhalten. Damit haben die Parteien nichts anderes als eine Provision vereinbart.

Gemäss Art. 349a Abs. 2 OR, der entgegen des engen Wortlautes gemäss einhelliger Meinung nicht nur für Handelsreisende gilt (REHBINDER/PORTMANN, Basler Kommentar, a.a.O. N 1 zu Art. 322b OR; STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., N 5 zu Art. 322b OR), ist eine schriftliche Abrede, dass der Lohn ausschliesslich oder vorwiegend in einer Provision bestehen soll, nur dann gültig, wenn die Provision ein angemessenes Entgelt für die Tätigkeit des Handelsreisenden (hier also des Arbeitnehmers) ergibt. Für eine Probezeit von höchstens zwei Monaten kann durch schriftliche Abrede der Lohn frei bestimmt werden. Ist das Schriftformerfordernis nicht eingehalten oder die Angemessenheit der Provision nicht gewahrt, so schuldet der Arbeitgeber den orts- oder branchenüblichen Lohn. Das Gericht kann sowohl das Fixum wie auch die Provision erhöhen (REHBINDER/PORTMANN, Basler Kommentar, a.a.O., N 1 zu Art. 349a OR; STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., N 3 und 4 zu Art. 349a OR).

Die Parteien sind sich einig, dass eine schriftliche Vereinbarung fehlt. Die mündliche Abmachung über die Entlohnung, sei es nun die vom Kläger behauptete oder sei es die von der Beklagten behauptete, ist also nicht gültig.

Dass die von der Beklagten behauptete Vereinbarung, wonach bei Nichterreichung der 600 Telefonate lediglich eine Spesenpauschale von Fr. 500.– zu bezahlen wäre, nicht zu einer angemessenen Entlohnung führt, ist offensichtlich. Bei der vom Kläger behaupteten Vereinbarung, bei Erreichen der 600 Telefonate seien Fr. 5000.– und bei Nichterreichen Fr. 2500.– (je zuzüglich Fr. 500.– Spesen) zu bezahlen, kann gerade noch davon gesprochen werden, es ergebe sich ein angemessenes Entgelt für die Leistungen des Klägers. Es rechtfertigt sich also, den angemessenen Lohn der Behauptung des Klägers entsprechend auf Fr. 2500.– (brutto) festzusetzen. Eine tiefere Entlohnung wäre keinesfalls angemessen. Die vereinbarten Fr. 500.– Spesen hat der Kläger bereits erhalten.

Die Zusprechung von Fr. 5000.– kommt nicht in Frage, weil die 600 Termine unbestrittenermassen vom Kläger nicht erreicht wurden und auch nach Meinung des Klägers bis 28. Mai 2008 nicht mehr hätten erreicht werden können.

Arbeitsgericht Zürich, Urteil vom 16. Dezember 2008, in: Entscheide des Arbeitsgerichts Zürich 2008 Nr. 2

OR 319; Praktikum nach abgeschlossener Lehre. Der Arbeitgeber täuscht die Praktikantin mit Lehrabschluss hinsichtlich der zu erbringenden Arbeitsleistungen, wenn er vereinbarungswidrig ihre weitere Ausbildung nicht durch Unterrichtung durch geeignete Personen fördert, sondern sie vielmehr selbst eine Lehrtochter ausbilden lässt. Indem die Praktikantin in Kenntnis der Fakten und ohne Protest wei-

terhin die bisherigen im Praktikantenvertrag nicht vorgesehenen Arbeitsleistungen zu den bisherigen Lohnbedingungen erbringt, genehmigt sie aber den ursprünglich mit einem Willensmangel behafteten Vertrag.

Sachverhalt:

Nach Abschluss der Lehre anfangs August 2007 unterbreitete der Arbeitgeber der Dentalassistentin einen auf sechs Monate befristeten Praktikumsvertrag mit einem entsprechenden moderaten Lohn, gemäss welchem sie durch Unterrichtung durch geeignete Personen ihre Ausbildung vertiefen sollte. Nach einer fristlosen Entlassung focht sie den Vertrag wegen Irrtum, Täuschung und Übervorteilung an und forderte den ihr zustehenden Lohn für eine ausgebildete Dentalassistentin sowie eine Entschädigung wegen fristloser Entlassung. Wie sich zeigte, fehlte es an der angeblichen Aus- und Weiterbildung; die Klägerin bildete vielmehr selber eine Lehrtochter aus. Das Gericht kam daher zum Schluss, der Vertrag sei wegen Täuschung anfechtbar.

Aus den Erwägungen:

Gemäss Art. 31 OR gilt der mit einem Willensmangel behaftete Vertrag als genehmigt, wenn der durch Irrtum, Täuschung oder Furcht beeinflusste Teil binnen Jahresfrist dem anderen weder eröffnet, dass er den Vertrag nicht halte, noch eine schon erfolgte Leistung zurückfordert.

Mit Schreiben vom 21. Januar 2008 und damit innert der gesetzlichen Frist hat die Klägerin den Vertrag wegen Willensmangels angefochten.

Der Willensmangel kann allerdings nicht nur durch Zeitablauf aufgehoben werden, sondern auch durch ausdrücklichen Verzicht auf Anfechtung oder durch konkludentes Verhalten, das auf eine Genehmigung des Vertrages schliessen lässt (SCHMIDLIN, BK, N 119 ff. zu Art. 31 OR).

Insoweit ist vorliegend – im Gegensatz zum Sachverhalt, der dem in den Entscheiden des Arbeitsgerichtes 2/2004 publizierten Urteil zugrunde liegt – klarzustellen, dass der Praktikantenvertrag innerhalb der vereinbarten Frist von sechs Monaten jederzeit auf vier Wochen gekündigt werden konnte.

Erklärermassen hat die Klägerin sich sodann beim Beklagten bereits im September/Oktober 2007 erkundigt, ob er nicht bereit wäre, den Lohn ihren Arbeitsleistungen anzupassen. Obwohl die Praxis wunderbar gelaufen sei, habe er ihr erwidert, er könne ihr keinen höheren Lohn entrichten, da die Praxis (noch) nicht laufe wie gewünscht. Später liess sie präzisieren, zunächst habe ihr Vater den Beklagten darauf hingewiesen, sie erhalte für die zu leistende Arbeit einen sehr tiefen Lohn; der Beklagte habe geantwortet, er könne nicht mehr bezahlen. Die Klägerin selbst habe im Oktober/November auf eigene Anfrage diese Antwort erhalten.

Hat die Klägerin damals aber, nachdem sie bereits zwei bis drei Monate für die Lehrtochter die (Mit-)Verantwortung zu tragen hatte, das Missverhältnis zwischen den von ihr effektiv – und entgegen dem Praktikantenvertrag – zu erbringenden Arbeitsleistungen und dem vom Beklagten ausgerichteten Lohn erkannt, hat sie auch erkannt, dass die Praxis – entgegen den Angaben des Beklagten – wunderbar gelaufen ist, wäre sie gehalten gewesen – sofern sie selbst sich der Möglichkeit einer Vertragsanfechtung nicht bewusst gewesen ist –, den Praktikumsvertrag innert der vorbehaltenen Frist zu kündigen. Hat sie dagegen in Kenntnis der Fakten und ohne weiteren Protest zu den bisherigen Lohnbedingungen die bisherigen, im Praktikantenvertrag nicht vorgesehenen Arbeitsleistungen weiterhin erbracht, hat sie den ursprünglich mit einem Willensmangel behafteten Vertrag genehmigt.

Zusammenfassend bleibt damit festzuhalten, dass der Beklagte die Klägerin bei Vertragsabschluss zwar hinsichtlich der zu erbringenden Arbeitsleistungen (Absolvierung eines Praktikums) getäuscht hat, die Klägerin den mit einem Willensmangel behafteten Vertrag hingegen im Spätherbst 2007 konkludent genehmigt hat. Sie konnte sich daher im Januar 2008 nicht mehr auf einen Willensmangel berufen.

D. Bibliografie

Zusammengestellt von
Dr. iur. KARIN KAUFMANN, Advokatin

Bibliografie

des schweizerischen Arbeitsrechts im Jahre 2008

Siehe die Rezensionen zu Publikationen dieser Bibliografie in ArbR 2009.

I. Umfassende Darstellungen

- a) HÄNNI, PETER: Das öffentliche Dienstrecht der Schweiz. Dargestellt anhand der Gerichts- und Verwaltungspraxis in Bund und Kantonen, 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2008.
- b) WYLER, REMY: Droit du travail, 2. Auflage, Bern 2008.

II. Kommentare

- a) PIETRUSZAK, THOMAS/SCHWAIBOLD, MATTHIAS: Kommentierung von Art. 319–362 OR, in: Honsell (Hrsg.), Kurzkommentar OR Art. 1–529, Basel 2008.
- b) VALLENDER, KLAUS A./HETTICH, PETER: Kommentierung von Art. 28 BV, in: Ehrenzeller et al. (Hrsg.), Die Schweizerische Bundesverfassung, 2. Auflage, Zürich/St. Gallen 2008.

III. Übergreifende Darstellungen und Sammelbände

- a) BLESİ, ALFRED: Pensioniert und doch erwerbstätig – Zum Nebeneinander von Altersleistungen, Erwerbseinkünften und Beitragspflichten, in: ST 2008, S. 1040 ff.
- b) KASPER, SABINA: Information Governance im Arbeitsverhältnis – Regulatorischer Rahmen für Unternehmensinformationen aus betrieblicher Mitwirkung, Gesellschaftsrecht und Gesamtarbeitsverträgen, Bern 2008.
- c) KELLER, STEFAN: Der flexible Altersrücktritt im Bauhauptgewerbe, Zürich/Basel/Genf 2008.
- d) KRADOLFER, DEAN ANDREAS: Der Betriebsübergang – Auswirkungen auf das Individualarbeitsrechtsverhältnis. Eine arbeitsrechtliche Abhandlung unter Berücksichtigung des gesellschaftsrechtlichen und des erbrechtlichen Betriebsübergangs, Zürich 2008.
- e) ROSENTHAL, DAVID/JÖHRI, YVONNE: Handkommentar zum Datenschutzgesetz sowie zu weiteren ausgewählten Bestimmungen, Zürich/Basel/Genf 2008.

- f) SCHÜRER, HANSUELI/SCHÜRER, CHRISTOPH: Handbuch Arbeitsrecht Gesundheitswesen, Stäfa 2008.

IV. Individualarbeitsrecht

1. Pflichten des Arbeitnehmers

- a) VON BLUMENTHAL, CHRISTINA: Rückzahlungsverpflichtung des Arbeitnehmers für Weiterbildungszuschüsse, in: Diskussionspapier Nr. 118 des Forschungsinstituts für Arbeit und Arbeitsrecht an der Universität St. Gallen.
- b) DUNAND, JEAN-PHILIPPE: La responsabilité civile du travailleur (art. 321e CO), in: Quelques actions en responsabilité, Neuchâtel 2008, S. 75 ff.

2. Lohnfragen

- a) WILDHABER, ISABELLE: Aktienoptionen und deren Verfallklauseln bei Betriebsübergang, in: SZW 2008, S. 17 ff.

3. Vertragsänderung und Übergang des Arbeitsverhältnisses

- a) WILDHABER, ISABELLE: Der Übergang von Arbeitsverhältnissen bei Umstrukturierungen unter Beteiligung öffentlicher Unternehmen, in: ZBJV 2008, S. 525 ff.
- b) WILDHABER, ISABELLE: Die Änderung von Arbeitsbedingungen bei Umstrukturierungen, in: Jusletter vom 21. April 2008.

4. Kündigung

- a) GABATHULER, THOMAS: Die Kündigungsfreiheit kommt ins Wanken, in: Plädoyer 5/2008, S. 32 ff.
- b) GLOOR, WERNER: Le congé-modification et l'acceptation de l'offre modificative abusive, in: ARV 2004, S. 249 ff.
- c) REITER, CATHERINE: Missbräuchlichkeit einer Kündigung zufolge Führungsmangel, in: AJP 2008, S. 542 ff.
- d) WILDHABER, ISABELLE: Die Streitfrage um einen besonderen Kündigungsgrund bei Betriebsübergang, in: SJZ 2008, S. 185 ff.

V. Geschlechtergleichheit

- a) AIROLI, KATHRIN/COTTIER, MICHELLE/FARAHMAND, PATRICIA/KÜNG, ZITA (Hrsg.): Wahl der Geschlechterverhältnisse durch Recht?, Zürich/St. Gallen 2008.
- b) BUSER, DENISE: Baselstädtisches Gleichstellungsrecht, in: Buser (Hrsg.), Neues Handbuch des Staats- und Verwaltungsrechts des Kantons Basel-Stadt, Basel 2008, S. 989 ff.
- c) LEMPEN, KARINE: Gleichstellung in der Arbeitswelt im internationalen Vergleich, in: Wandel der Geschlechterverhältnisse durch Recht?, Zürich 2008, S. 149 ff.
- d) VON KAENEL, ADRIAN: Begriff und Voraussetzungen der Kündigungsanfechtung nach Art. 10 Gleichstellungsgesetz, in: ArbR 2008, S. 51 ff.

VI. Besondere Arbeitsverhältnisse

- a) SENTI, CHRISTOPH: Untypischer Personalverleih, in: AJP 2008, S. 1498 ff.
- b) THEURILLAT LANGENEGGER, ISABELLE: Personalverleih aus dem Ausland, in: ArbR 2008, S. 109 ff.

VII. Kollektives Arbeitsrecht

- a) MATHIS-ZWYGART, ESTELLE: Application des conventions collectives de travail aux entreprises de travail temporaire, in: Jusletter vom 19. Mai 2008.
- b) RIEGER, ANDREAS/AMBROSETTI, RENZO/BECK, RENATUS (Hrsg.): Gewerkschaften im Umbruch – Eine Analyse der Fusion zur Grossgewerkschaft Unia, Zürich/Chur 2008.
- c) WILDHABER, ISABELLE: «Tariffucht» – Wege des Arbeitgebers aus dem Gesamtarbeitsvertrag (GAV), in: AJP 2008, S. 413 ff.
- d) WILDHABER, ISABELLE: Die Weitergeltung des GAV bei Umstrukturierungen, in: ARV 2008, S. 165 ff.

VIII. Öffentliches Arbeitsrecht

- a) BRÜHWILER, JÜRIG: Die Arbeitszeit- und Ruhezeitvorschriften in Unternehmen des Öffentlichen Verkehrs, in: ArbR 2008, S. 35 ff.

- b) GUILLOD, OLIVIER (Hrsg.): Santé et travail, 14^e Journée de droit de la santé de l'Université Neuchâtel, Bern/Zürich 2008.
- c) MEYER, CHRISTOPH: Staatspersonal, in: Buser (Hrsg.), Neues Handbuch des Staats- und Verwaltungsrechts des Kantons Basel-Stadt, Basel 2008, S. 667 ff.
- d) RAPPARD, WILLIAM E.: La révolution industrielle et les origines de la protection légale du travail en Suisse, Genève 2008 (Nachdruck; ursprünglich erschienen 1914).

IX. Arbeitsgerichtsbarkeit und Rechtsprechung

- a) FAVALLI, DANIELE/BRACK, URSINA: Urteilsbesprechung OGer LU vom 14. März 2007 (LU) – Rückforderungsansprüche des Arbeitgebers bei einer Freistellung sind vertragliche Ansprüche, in: ARV 2008, S. 25 ff.
- b) NAGUIB, TAREK: Rassendiskriminierende Einstellungspraxis: Besprechung des ersten EuGH-Urteils zur Richtlinie 2000/43 mit Anmerkungen aus einer schweizerischen Perspektive, in: AJP 2008, S. 1240 ff.
- c) PORTMANN, WOLFGANG: Stresshaftung im Arbeitsverhältnis – Erfolgreiche Stresshaftungsklagen gegen Arbeitgeber in der Schweiz und in anderen europäischen Ländern, in: ARV 2008, S. 1 ff.
- d) STAUBER-MOSER, SUSY: Gleichstellungsgesetz und bundesgerichtliche Rechtsprechung, in: Festschrift für Peter Forstmoser, Zürich/Basel/Genf 2008, S. 485 ff.

X. Europäisches und Internationales Recht

- a) HISCHIER, ROGER: Internationaler Mitarbeitereinsatz – Praxishandbuch zum internationalen Arbeitsrecht, Zürich 2008.
- b) MANNSDORFER, THOMAS M.: Schadenersatzansprüche aus dem Arbeitsverhältnis (Employment Practices Liability) – Eine rechtsvergleichende Einführung, in: HAVE 2008, S. 309 ff.

XI. Sozialversicherungsrecht

- a) REICHMUTH, MARCO: Die Haftung des Arbeitgebers und seiner Organe nach Art. 52 AHVG, Zürich/Basel/Genf 2008.

XII. Verschiedenes

- a) ANDERMATT, ADRIAN: Die arbeitsrechtliche Zuordnung von immateriälgüterrechtlich geschützten Arbeitsergebnissen, in: SJZ 2008, S. 285 ff.
- b) BAUMGARTNER, URS/WILDHABER, ISABELLE: Ausgewählte arbeitsrechtliche Fragestellungen im Fusionsgesetz, in: AJP 2008, S. 1085 ff.
- c) BEYELER, JEAN-MARC: Les pauses comme interruptions nécessaires du travail, in: Centre Patronal, Lausanne 2008, no. 43, S. 7 ff.
- d) CARRANZA, CARLOS JAICO/MICOTTI, SEBASTIEN: Whistleblowing en Suisse, constats d'insuffisance et besoin de réglementation, in: Jusletter vom 7. Januar 2008.
- e) CARRUZZO, PHILIPPE: Les conséquences de l'empêchement non fautif de travailler, in: SJ 2008 II, S. 283 ff.
- f) CRAMER, CONRADIN: Der Bonus als Malus – Zur Überwälzung von Geschäftsverlusten auf Arbeitnehmer, in: AJP 2008, S. 535 ff.
- g) DOLIVO, JEAN-MICHEL/TAFELMACHER, CHRISTOPHE: Combattre véridiquement le travail au noir?, in: Plädoyer 1/2008, S. 58 ff.
- h) DUNAND, JEAN-PHILIPPE: La réparation du tort moral du travailleur par l'employeur, in: Festschrift für Pierre Tercier, Genève/Zürich/Bâle 2008, S. 173 ff.
- i) FREUNDLER, ALEXANDRE: La faillite de l'employeur, in: JdT 2008 II, S. 49 ff.
- j) GAGNEBIN, JOHANNE: Prévention du stress au travail: Un thème en évolution en Suisse et dans l'Union Européenne, in: RSDS 11/2008, S. 59 ff.
- k) GEISER, THOMAS: Die Verrechtlichung des Arbeitsverhältnisses – wo bleibt die Privatautonomie?, in: Schweizer Arbeitgeber 14/2008, S. 20 ff.
- l) LETSCH, THOMAS: Rechtliche Aspekte von Work-Life-Balance, Bern 2008.
- m) MURER, ERWIN: Soll die Arbeit auf Abruf gesetzlich geregelt werden?, in: Festschrift für Pierre Tercier, Zürich/Basel/Genf 2008, S. 355 ff.
- n) PORTMANN, WOLFGANG: Das Verhältnis der «Entschädigung» zu Schadenersatz und Genugtuung, in: ArbR 2008, S. 15 ff.
- o) STEINER OLIVIER: Die arbeitnehmerähnliche Person – auf Phantom-suche in der schweizerischen Rechtslandschaft, in: ArbR 2008, S. 65 ff.
- p) TIEFENTHAL, JÜRG MARCEL: Flankierende Massnahmen zum Schutz des schweizerischen Arbeitsmarktes, Bern 2008.
- q) WAEBER, JEAN-BERNARD: Le mobbing, in: Expertise medical, Chêne-Bourg 2008, S. 47 ff.
- r) WOLFER, SIMON: Die elektronische Überwachung des Arbeitnehmers im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis, Zürich 2008.

E. Verzeichnisse

Gesetzesregister

Artikel	Seite	Artikel	Seite
<i>1. AHVG (BG über die Alters- und Hinterlassenenversicherung, SR 831.10)</i>		<i>9. BGFA (Anwaltsgesetz, BG über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte; SR 935.61)</i>	
5	279	3	362
9	279		
<i>2. ArG (Arbeitsgesetz, BG über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel, SR 822.11)</i>		<i>10. BGG (Bundesgerichtsgesetz, BG über das Bundesgericht, SR 173.110)</i>	
18	336	24	651–652, 667
20a	521	52	404
27	336	74	239
58	201	85	441
		89	186, 201
		95	377
<i>3. ArGV 1 (Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz, SR 822.111)</i>		<i>11. BPG (Bundespersonalgesetz, SR 172.220.1)</i>	
25	609–610	6	422
<i>4. ArGV 2 (Verordnung 2 zum Arbeitsgesetz [Sonderbestimmungen für bestimmte Gruppen von Betrieben oder Arbeitnehmern und Arbeitnehmerinnen], SR 822.112)</i>		12	422
26	336	13	422
		34	422
<i>5. ATSG (BG über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts, SR 830.1)</i>		<i>12. BV (Bundesverfassung, SR 101)</i>	
69	409–410	8	215, 441
		9	186, 389–390
<i>6. AVEG (BG über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen, SR 221.215.311)</i>		16	217
1	671	22	217
		28	217
<i>7. AVIG (Arbeitslosenversicherungsgesetz, BG über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzentschädigung, SR 837.0)</i>		35	671
29	553	49	389–390
		50	186
<i>8. BGBM (Binnenmarktgesetz, BG über den Binnenmarkt, SR 943.02)</i>		110	521, 671
2	362		
3	362	<i>13. EOG (Erwerbsersatzgesetz, BG über den Erwerbsersatz für Dienstleistende und bei Mutterschaft, SR 834.1)</i>	
		16b	269
		<i>14. FZA (Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit, SR 0.142.112.681)</i>	
		9	415–416

Artikel	Seite	Artikel	Seite
<i>15. GlG (Gleichstellungsgesetz, BG über die Gleichstellung von Frau und Mann, SR 151.1)</i>		328b	290, 642–643
3	203	329d	245, 371, 569
5	167	330a	511–512, 540, 693, 694
<i>16. KVG (BG über die Krankenversicherung, SR 832.10)</i>		333	469–470
72	409–410	335f	463
<i>17. OR (Obligationenrecht, SR 220)</i>		336	171, 180, 266, 271, 300, 398–399, 426, 429–430, 463, 526, 545, 565, 591, 631
1	381	336a	341, 620
6	271	336b	474, 631
16	480	336c	228, 239, 422, 562
18	371, 377	337	189, 200, 260, 296, 310, 371, 377, 489, 511–512, 579
19	381	337a	296, 404, 696
41	398–399	337c	310, 371, 377, 499, 552, 587, 620
42	276, 603	337d	536
49	341, 398–399, 507, 526, 642–643	340	436, 622, 651–652, 700
97	409–410	340a	651–652
115	480	340b	436, 651–652
120	689	340c	316
166	553	341	330, 474
319	698, 704–705	342	454, 603
321a	260, 300, 511–512, 536, 579, 680–681, 689	343	236, 545, 553, 651–652
321c	161, 330, 353, 609–610	344	290
321e	625, 680–681	346	310
322	171, 484	347	625
322a	569	349a	625, 703
322b	285–286, 703	356	389–390
322d	484, 569	357	245, 474
323	404	357b	347–348, 597, 671
323b	689, 691	359	389–390
324	197, 429–430, 480, 511–512, 663, 696	361	651–652
324a	429–430, 482, 522, 558	362	651–652
324b	429–430, 522	<i>18. SchKG (BG über Schuldbetreibung und Konkurs, SR 281.1)</i>	
327	663	82	587
327a	495, 663	<i>19. StGB (Schweizerisches Strafgesetzbuch, SR 311.0)</i>	
328	178, 290, 398–399, 474, 507, 526, 579, 591, 603, 631, 642–643, 680–681	181	217

Artikel	Seite
20. UVG (BG über die Unfallversicherung, SR 832.20)	
91	250

21. Verordnung EG Nr. 1408/71 (Amtsblatt Nr. L 149 vom 05/07/1971)	
13	319
14	319

Artikel	Seite
22. Verordnung EG Nr. 574/72 (Amtsblatt Nr. L 074 vom 27/03/1972)	
11	319

23. ZGB (Schweizerisches Zivilgesetzbuch, SR 210)	
2	266, 511–512
28	398–399
70	381

Stichwortverzeichnis

1. Stichwörter in deutsch (in Klammern in französisch)

A

- Abmahnung (avertissement) 180
- abstrakte Normenkontrolle (contrôle abstrait des normes) 389–390
- AHV-Revision 62–63
- AHV-Versichertennummer 25
- Aktionär 279
- Akzessorietät, wirtschaftliche 569
- allgemeine Versicherungsbedingungen 250
- Allgemeinverbindlicherklärung 597, 671
- Allgemeinverbindlicherklärungen vom Bundesrat erklärt, Übersicht 89–95
- Allgemeinverbindlicherklärungen vom EVD genehmigt, Übersicht 95–100
- Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung 62–65
- Androhung, der Kündigung (menace de licenciement) 180
- Anerkennung von Diplomen (reconnaissance des diplômes) 415–416
- Angebot zur Arbeitsleistung 197
- angemessenes Entgelt 703
- Annahmeverzug, des Arbeitgebers (demeure de l'employeur) 197, 429–430, 480, 663, 696
- Anrechnung, Verdienst durch anderweitige Arbeit 552
- Anrechnungspflicht 587
- anwaltliche Vertretung (assistance judiciaire) 207–208, 236
- Anwaltskandidat (avocat stagiaire) 362–363
- Anwaltspatent (brevet d'avocat) 362–363
- Arbeit auf Abruf 698
- Arbeit, anderweitige 552
- Arbeitgeber
 - Annahmeverzug (demeure de l'employeur) 197, 429–430, 480, 663, 696
 - bisheriger 469–470
 - Erwerber 469–470
 - Fürsorgepflicht 579, 591, 603, 631, 642–643, 680–681
 - Lohnfortzahlungspflicht 429–430, 480, 558
- Arbeitgeberverband 201, 233
- Arbeitnehmer(in)
 - ausländischer (employé étranger) 454, 511–512
 - betagter (travailleur âgé) 180, 211
 - entsandter 319
 - Freistellung 569, 579
 - Mitverschulden 591
 - Mitwirkungsrechte 463
 - schwangere 239
 - Temporärarbeitnehmer 250
 - Verhinderung (empêchement) 522
- Arbeitnehmerverband 201
- Arbeitnehmerverzeichnis 671
- Arbeitsamt 463
- Arbeitsbestätigung 540
- Arbeitsbewilligung (autorisation de travail) 511–512
- Arbeitsgeräte (instruments de travail) 663
- Arbeitsgesetz 54
- Arbeitskämpfe 86
- Arbeitsleistung (prestation de travail) 180, 631
 - Angebot zur 197
 - Einstellung der 696
 - Verhinderung an der (incapacité de travail) 178, 228
- Arbeitslosenquote 36–37
- Arbeitslosentaggeld 553
- Arbeitslosenversicherung 68–69
- Arbeitslosigkeit (chômage) 36–37, 389–390
- Arbeitsmarkt 33–39
- Arbeitsmarkt, ergänzender (marché complémentaire de l'emploi) 389–390
- Arbeitsort (lieu de travail) 474, 667
- Arbeitsschutzvorschriften 603
- Arbeitsstelle, ungerechtfertigtes Verlassen der 536
- Arbeitsunfähigkeit 178, 482, 562

Arbeitsverhältnis, s. auch Arbeitsvertrag

- Beendigungsdatum 694
- Übergang 469–470
- Weiterführung 579

Arbeitsverträge, mehrere über ein gleichgeartetes Vertragsverhältnis 542

Arbeitsvertragsreglement 689

Arbeitszeit 38–39

- Schätzung der (estimation du temps de travail) 276

Arbeitszeiterfassung 560

Arbeitszeitkontrolle (contrôle de la durée du temps de travail) 353

Arbeitszeitregister (registre des heures de travail) 353

Arbeitszeugnis (certificat de travail) 511–512, 540, 545, 693, 694

Arzt, vertrauensärztliche Untersuchung 482

Arztzeugnis (certificat médical) 228

Aufhebungsvertrag 285–286, 422, 469–470, 480

Assoziierungsabkommen 39

Ausbildungskosten 495

Auslagen (frais) 495, 663

Ausländerstatistik 76–77

Ausländische Arbeitnehmer 76–78

ausländische Hausangestellte (employée de maison étrangère) 454

ausländischer Arbeitnehmer (employé étranger) 511–512

Auslegung von Verträgen (interprétation des contrats) 371, 377, 673–674

Ausrichtung des Lohns (paiement du salaire) 404

Ausscheiden aus einem Verein 381

Aussenseiter 597

B

Bauarbeitenverordnung 54–55

Beendigungsdatum, des Arbeitsverhältnisses 694

Belästigung (harcèlement) 631

- administrative (harcèlement administratif) 178
- psychologische (harcèlement psychologique) 642–643
- sexuelle 167

Berechnung der Kündigungsfrist 542

Berner Skala 558

Berufliche Vorsorge 67–68

Berufserfahrung 203

Berufs- und Weiterbildung 56–60

Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten 186

Beschwerdelegitimation 186

betagter Arbeitnehmer (travailleur âgé) 180, 211

Betriebsklima 545

Betriebstreue 542

Betriebsübernahme 469–470

Bilaterale Abkommen 39–41

Bilaterale Verhandlungen 39–46

Bonus 569

Bordtechniker 673–674

branchenüblicher Lohn 703

Bruttoinlandprodukt 33–36

Buchführungspflicht bezüglich Arbeitszeit 560

Bundespersonal 422

Bundespersonalgesetz 74

C

Chancengleichheit 49–51

D

Dauerschaden 603

Deklassierung, einer Funktion (déclassement d'une fonction) 441

Depression (dépression) 507

Dienstrecht, kantonales 74–75

Diplomatin (diplomate) 454

Diskriminierung 474

- nach dem Geschlecht 203

Dividende 279

E

echte Arbeit auf Abruf 698

Eigengeschäft 689

Eigenschaft, persönliche 545

einfaches Arbeitszeugnis 540

einfaches und rasches Verfahren 553

Einsatzbetrieb 250

Einstellung der Arbeitsleistung 696

einvernehmliche Beendigung des Arbeitsverhältnisses 316, 422

Endtermin, Rückrechnung vom 239

Entgelt, angemessenes 703
 Entlassung, s. Kündigung
 entsandter Arbeitnehmer 319
 Entschädigung
 – bei ungerechtfertigter fristloser Entlassung (indemnité en cas de licenciement immédiat injustifié) 499, 620
 – für Genugtuung (indemnité pour tort moral) 341, 507, 526, 642–643
 – wegen missbräuchlicher Kündigung (indemnité pour résiliation abusive) 341, 474, 620
 Entsendung 319
 Epidemiegesetz 26
 ergänzender Arbeitsmarkt (marché complémentaire de l'emploi) 389–390
 Ergänzungsleistungen 66–67
 Erwerber 469–470
 Erwerbsersatzordnung 66–67
 Erwerbsfähigkeit 603
 erworbene Rechte (droits acquis) 441

F

Fabrikationsgeheimnisse (secrets de fabrication) 436
 Familienzulagengesetz 66–67
 Feiertage (jours fériés) 521
 Ferien (vacances) 310, 371
 – Abgeltung in Geld 569
 Ferienlohn 245
 Flankierende Massnahmen 43–46
 flexibler Altersrücktritt im Bauhauptgewerbe 381
 Forschungsgesetz 25
 Freistellung 569, 579
 Freizeit 609–610
 Freizügigkeitsabkommen 41
 Fremdarbeiterregelung 77–78
 Fürsorgepflicht 579, 591, 603, 631, 642–643, 680–681
 Fussballtrainer 613

G

gemeinsame Durchführung (exécution commune) 347–348
 Genugtuung, Entschädigung für (indemnité pour tort moral) 341, 507, 526, 642–643, 680–681

Gerichtsbarkeits-Immunität eines fremden Staates (immunité de juridiction d'un Etat étranger) 306
 Gerichtsstand (tribunal compétent) 667
 Gesamtarbeitsvertrag (convention collective de travail) 233, 353, 359, 389–390, 474, 482, 597, 671, 673–674
 – Allgemeinverbindlicherklärung 597, 671
 – für den flexiblen Altersrücktritt im Bauhauptgewerbe (GAV FAR) 381
 – gemeinsame Durchführung (exécution commune) 347–348
 Gesamtarbeitsvertragsrecht 86–89
 Geschäftsergebnis 569
 Geschäftsgeheimnis (secrets d'affaires) 436
 Geschäftsreise (voyage d'affaires) 189
 Geschlechtsdiskriminierung 203
 gewalttätiges Verhalten (comportements violents) 200
 Gewinnbeteiligung 569
 Gleichbehandlung der Geschlechter 49–51
 Gleichbehandlungsgrundsatz 579
 Gleichstellung 49–51
 Gratifikation (gratification) 484, 569
 Günstigkeitsprinzip 474

H

Haftung, des Arbeitnehmers (responsabilité du travailleur) 625
 Haftungsprivileg 250
 Handelsreisender (voyageur de commerce) 625, 703
 Hauptberufstätigkeit 613
 Hauptverkehrswege mit starkem Reiseverkehr (axes de circulation importants à forte fréquentation touristique) 336
 Hausangestellte, ausländische (employée de maison étrangère) 454
 Hochschulrahmengesetz 24

I

indirekt-schuldrechtlicher Inhalt (des GAV) 597
 Individualarbeitsrecht 48–54
 Initiativen 26–27
 Internationale Arbeitskonferenz 46

Internationale Arbeitsorganisation 46–47
Internationale Beziehungen 39–48
IV-Revision 63

K

Kollektives Arbeitsrecht 84–100
Kollektiv-Taggeldversicherung (assurance collective perte de gain) 236, 409–410, 558
Kompensationsfrist 609–610
Konjunkturdaten 33–39
Konjunkturlage 33–36
Konkurrenzverbot (prohibition de faire concurrence)
– nachwirkendes 316, 436, 622, 651–652, 700
– während des Arbeitsverhältnisses 579
Konsultation, der Arbeitnehmervertretung 463
Konventionalstrafe (peine conventionnelle) 597, 651–652, 671, 689
Kostenbefreiung 545
Kostenteilung (répartition des frais) 341
Krankenversicherung 69–71
Krankheit (maladie) 422, 522, 562, 565, 631, 693
– psychische 507
Kundenkreis, Einblick in den 700
Kündigung
– Androhung (menace de licenciement) 180
– fristlose wegen Lohngefährdung (licenciement immédiat à cause de l'insolvabilité de l'employeur) 296, 404, 696
– gerechtfertigte fristlose (licenciement immédiat pour justes motifs) 189, 200, 260, 377, 489, 511–512, 536, 579
– missbräuchliche (résiliation abusive) 171, 180, 211, 266, 271, 300, 341, 398–399, 426, 429–430, 463, 474, 526, 545, 565, 591, 631
– ordentliche (licenciement ordinaire) 180, 211, 239, 422, 480, 482, 536, 542, 562
– ungerechtfertigte fristlose (licenciement immédiat injustifié) 310, 371, 489, 499, 552, 587, 613, 620, 694, 696

– wichtiger Grund (juste motif) 189, 200, 260, 377
– wirtschaftliche Gründe 211
– zur Unzeit (résiliation en temps inopportun) 228, 239, 422, 562, 565
Kündigungsfrist 239, 693
– Berechnung der 542
Kurzarbeitsentschädigung 69

L

Landesmantelvertrag 245, 560
Legitimationskarte (carte de légitimation) 454
Lehrtochter 704–705
Lehrvertrag (contrat d'apprentissage) 290, 310, 704–705
Liste der Anwaltskandidaten (tableau des avocats stagiaires) 362–363
Lohn (salaire) 203, 215, 245, 429–430, 474, 484, 569, 673–674, 691
– angemessenes Entgelt 703
– Anspruch 197, 698
– Ausrichtung (paiement du salaire) 404
– Ferienlohn 245
– Fixlohnanteil (part fixe de salaire) 171
– massgebender 279
– Minimallöhne (salaires minimaux) 389–390
– ortsüblicher 703
– Pfändung 689
– Provisionslohn 285–286, 703
– Stundenlohn 245
– variabler Lohnanteil (part variable de salaire) 171
Lohnentwicklung 37–38
Lohnfortzahlungspflicht 429–430, 480, 558
Lohngefährdung (insolvabilité de l'employeur) 296, 404
Lohnrückstand 696

M

Massenentlassung 463
massgebender Lohn 279
Material (matériaux) 663
MEDIA-Abkommen 39–40
Medizinalberuferegister 23
Meinungsfreiheit 217

missbräuchliche Kündigung (s. Kündigung)
Mitverschulden des Arbeitnehmers 591
Mitwirkungsrechte, der Arbeitnehmerschaft 463
Mobbing 178, 631, 642–643
Motionen 28–33
Mutterschaftsentschädigung 269
Mutterschaftsurlaub (congé-maternité) 522

N

Nacharbeit 562
nachwirkendes Konkurrenzverbot (prohibition de faire concurrence) 316, 436, 622, 651–652, 700
Nidwalder Praxis 279
Nominallöhne 37–38
Normalarbeitsvertrag (contrats-types de travail) 389–390
Normalarbeitsverträge, Übersicht 78–84
Nötigung 217

O

öffentlich Bediensteter (agent de la fonction publique) 441
öffentliches Arbeitsrecht 54–84
öffentliches Dienstrecht der Kantone 74–75
öffentliches Personalrecht 186
öffentlich-rechtliche Verpflichtung (obligation de droit public) 454
ortsüblicher Lohn 703

P

Pandemie 72
Paritätische Kommission (commission paritaire) 359
Parlamentarische Initiativen 27
Personalrecht des Bundes 73–74
Personalrecht, öffentliches 186
Personenfreizügigkeit 41–42
persönliche Eigenschaft 545
Persönlichkeit, des Arbeitnehmers (personnalité du travailleur) 290, 398–399, 507
Persönlichkeitsverletzung (atteinte à la personnalité) 507, 526, 642–643
Pfändung des Lohns 689

Pilot 673–674
Postulate 28–33
Praktikum 704–705
Privatsphäre (sphère secrète) 398–399
pro rata-Anspruch 569
Probezeit 703
Produktionsmittel 680–681
Provisionslohn 285–286, 703
provisorischer Rechtsöffnungstitel 587
Prozesskosten 545
psychische Krankheit 507

R

Rachekündigung (congé-vengeance) 266
rasches und einfaches Verfahren 553
Reallöhne 38
Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung 239
Rechtsgleichheitsgebot (droit à l'égalité) 215, 441
Rechtsgrundlage 671
Rechtsmissbrauch (abus de droit) 266, 454
Rechtsöffnungstitel, provisorischer 587
Rechtsverweigerung (dénî de justice) 415–416
Reformprojekte 23–26
Rente, Überbrückungsrente nach GAV FAR 381
Rückrechnung vom Endtermin 239

S

Schadenssubstanziierung 236
Schadenersatz (dommages-intérêts) 651–652
– bei ungerechtfertigter fristloser Entlassung (en cas de licenciement immédiat injustifié) 310, 371, 552, 587
Schadenersatzpflicht 680–681
Schätzung, der Arbeitszeit (estimation du temps de travail) 276
Schengener Informationssystem 39
Schriftformerfordernis (respect de la forme écrite) 625, 703
Schuldanerkennung 587
Schutz, der Persönlichkeit des Arbeitnehmers (protection de la personnalité du travailleur) 290, 398–399, 507

Schutzklausel 42
 Schwangerschaft 239, 269
 Schwarzarbeit 55–56
 Schwarzarbeiter (travailleur clandestin) 511–512
 Senioritätsliste 673–674
 sexuelle Belästigung 167
 Solidaritätsbeitrag 233
 Solidaritätsbeschäftigungen (emplois de solidarité) 389–390
 Sonntagsarbeitsverbot (interdiction du travail dominical) 201, 336
 Sorgfaltspflicht (diligence à observer) 330, 680–681
 Soziale Sicherheit 60–72
 Sozialpartnerschaft 84–86
 Sozialplan (plan social) 271
 Sozialversicherung 565
 Sozialversicherungsabkommen 71–72
 Sperrfrist 562
 Staatsfeiertag, 1. August (fête nationale, 1^{er} août) 521
 Stagiaires 47–48
 Standesinitiativen 26
 Strafanzeige (plainte pénale) 260
 Strafuntersuchung 680–681
 Streik 86
 Streikrecht 217
 Stundenlohn 245
 Subgoration 553
 Substanziierung des Schadens 236
 SUVA-Richtlinien 603

T

Taggeld (indemnités journalières) 409–410
 Taggeldversicherung (s. Kollektiv-Taggeldversicherung)
 Tankstellenshops (magasins des stations-service) 336
 Teilklage 553
 Teilzeitarbeit 48–49
 Temporärarbeitsnehmer 250
 temporärer Erwerbsschaden 603
 Treu und Glauben 553
 Treupflicht (devoir de fidélité) 260, 511–512, 536, 579, 680–681

U

Überbrückungsrente nach GAV FAR 381
 Überentschädigung (surindemnisation) 409–410
 Übergang, des Arbeitsverhältnisses 469–470
 Überlastung (surcharge) 507
 Überstundenarbeit (heures de travail supplémentaires) 161, 276, 330, 353, 609–610
 Überzeitarbeit 609–610
 unechte Arbeit auf Abruf 698
 Unentgeltlichkeit, des Verfahrens (gratuité de la procédure) 362–363
 Unfall 565
 – Verkehrsunfall (accident de la circulation) 625
 Unfallversicherung 69–71, 250
 ungerechtfertigtes Verlassen der Arbeitsstelle 536
 Ungewöhnlichkeitsregel 250
 Untersuchung, vertrauensärztliche 482
 Untersuchungsmaxime (maxime d'office) 207–208, 236
 Unzeit, Kündigung zur (résiliation en temps inopportun) 228, 239, 422, 562, 565

V

Valideneinkommen 603
 Velokurier 700
 Ventilklausel 42
 Verband (association) 201, 233, 347–348
 Verbot, der Sonntagsarbeit 201
 Vereinsmitgliedschaft 381
 Verfahren, einfaches und rasches 553
 Verhältnismässigkeitsprinzip (principe de la proportionnalité) 362–363
 Verhinderung an der Arbeitsleistung (incapacité de travail) 178, 228
 Verhinderung des Arbeitnehmers (empêchement du travailleur) 429–430, 482, 522, 558
 Verjährungsfrist 691
 Verkehrsblockade 217
 Verlassen, ungerechtfertigtes der Arbeitsstelle 536

Verletzung, der Persönlichkeit (atteinte à la personnalité) 507, 526, 642–643
 Verordnung zum Medizinalberufegesetz 23–24
 Verordnung über die eidgenössischen Prüfungen der universitären Medizinalberufe 23–24
 Verordnung über die Unfallverhütung 54–55
 Verrechnung 689, 691
 Versammlungsfreiheit 217
 Versetzung 422
 Versichertenkarte 25–26
 Versicherungsbedingungen 250
 Versicherungsvertrag 285–286
 Vertragsauslegung (interprétation des contrats) 371, 377, 673–674
 vertrauensärztliche Untersuchung 482
 Vertrauensprinzip 233
 Verwaltungsrat 279
 Verwarnung 591
 Verwirkungsfrist 474
 Verzug, mit der Lohnzahlung (demeure du salaire) 296, 696
 Volksinitiativen 26
 Vollzeitstelle (activité à temps complet) 266
 Vollzeugnis 540, 693
 Vorrang des Bundesrechts (primauté du droit fédéral) 389–390

W

Weiterführung, des Arbeitsverhältnisses 579
 Weiterbildung 59–60
 Whistleblowing 51–54, 300
 wichtiger Grund (juste motif) 189, 200, 260, 377, 489
 Willensmangel 704–705
 wirtschaftliche Akzessorietät 569

Z

zeitlicher Kündigungsschutz 228, 239, 422, 562, 565
 Zeugnis
 – Arbeitszeugnis (certificat de travail) 511–512, 540, 545, 693, 694
 – Arztzeugnis (certificat médical) 228
 zivilrechtliche Ansprüche 603

zivilrechtliche Auswirkungen einer Erklärung der Arbeitgeberin (effets de droit civil d'une déclaration de l'employeur) 454
 zwingende Gesetzesbestimmungen (dispositions impératives du droit) 651–652

2. Stichwörter in französisch (der französischen- und italienischsprachigen Urteile)

A

abus de droit 266, 454
 accident de la circulation 625
 activité à temps complet 266
 agent de la fonction publique 441
 assistance judiciaire 207–208
 association 347–348
 assurance collective perte de gain 409–410
 atteinte à la personnalité 507, 526, 642–643
 avertissement 180
 avocat stagiaire 362–363
 axes de circulation importants à forte fréquentation touristique 336

B

brevet d'avocat 362–363

C

carte de légitimation 454
 certificat
 – de travail 511–512
 – médical 228
 chambre cantonale des relations collectives de travail 359
 chômage 389–390
 clandestin, travailleur 511–512
 commission paritaire 359
 comportements violents 200
 concurrence, interdiction de 436, 622, 651–652
 congé-
 – maternité 522
 – vengeance 266
 contrat d'apprentissage 290, 310

contrôle

- abstrait des normes 389–390
 - de la durée du temps de travail 353
- convention collective de travail 389–390
- exécution commune 347–348
- convention collective nationale de travail 353

D

- déclassement d'une fonction 441
- demeure
- de l'employeur 663
 - du salaire 296
- déni de justice 415–416
- dépression 507
- devoir de fidélité 260, 511–512
- diligence à observer 330
- diplomate 454
- dispositions impératives du droit 651–652
- dommages-intérêts 651–652
- en cas de licenciement immédiat injustifié 310, 371
- droit à l'égalité 441
- droits acquis 441

E

- effets de droit civil d'une déclaration de l'employeur 454
- empêchement de travailler 522
- emplois de solidarité 389–390
- employé étranger 511–512
- employée de maison étrangère 454
- estimation du temps de travail 276
- ex aequo et bono 484

F

- fériés, jour fériés 521
- fête nationale, 1^{er} août 521
- fidélité à observer 260, 511–512
- frais 663

G

- gratification
- conditionnelle 484
 - facultative 484
 - obligatoire 484
- gratuité de la procédure 362–363

H

- harcèlement 631
- administratif 178
 - psychologique 642–643
- heures de travail supplémentaires 161, 276, 330, 353

I

- immunité de juridiction d'un Etat étranger 306
- incapacité de travail 178, 228
- indemnité(s)
- en cas de licenciement immédiat injustifié 499, 620
 - journalières 409–410
 - pour résiliation abusive 341, 620
 - pour tort moral 341, 507, 526, 642–643
- indépendance juridique 266
- insolvabilité de l'employeur 296, 404
- instruments de travail 663
- interdiction du travail dominical 336
- interprétation des contrats 371, 377

J

- jours fériés 521
- juste motif 189, 200, 260, 377

L

- licenciement
- abusif 171, 180, 266, 271, 300, 341, 398–399, 426, 526, 631
 - en temps inopportun 228
 - immédiat à cause de l'insolvabilité de l'employeur 296, 404
 - licenciement immédiat injustifié 310, 371, 489, 499, 552, 587, 620
 - licenciement immédiat pour justes motifs 189, 200, 260, 377, 489, 511–512
 - ordinaire 180
- lieu de travail 667

M

- magasins des stations-service 336
- maladie 522, 631
- marché complémentaire de l'emploi 389–390
- matériaux 663
- maxime d'office 207–208

menace de licenciement 180
mobbing 178, 631, 642–643

O

obligation de droit public 454

P

Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels 521
paiement du salaire 404
plainte pénale 260
plan social 271
prestation de travail 180, 631
principe de la proportionnalité 362–363
prohibition de faire concurrence 436, 622, 651–652
protection de la personnalité du travailleur 290, 398–399

R

reconnaissance des diplômes 415–416
recours
– constitutionnel subsidiaire 254
– ordinaire 254
registre des heures de travail 353
répartition des frais 341
résiliation, voir «licenciement»
respect de la forme écrite 625
responsabilité du travailleur 625

S

salaire 484
– part fixe de s. 171
– part variable de s. 171

secrets

– d'affaires 436
– de fabrication 436
soupçons 489, 526
sphère secrète 398–399
surcharge 507
surindemnisation 409–410

T

tableau des avocats stagiaires 362–363
temps
– de travail 276
– inopportun 228
tort moral, indemnité pour 341, 507, 526, 642–643
travail
– dominical 336
– incapacité de 178, 228
– prestation de 180, 631
travailleur
– âgé 180
– clandestin 511–512
tribunal compétent 667

V

vacances 310
– paiement de 371
voyage d'affaires 189
voyageur de commerce 625

W

whistleblowing 300

Prof. Heinz Hausheer
Prof. Hans Peter Walter

Berner Kommentar Update Der Arbeitsvertrag, Art. 319–362 OR

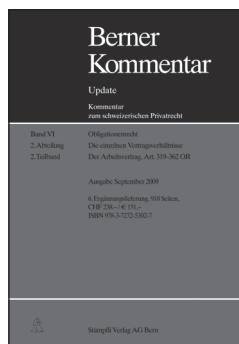
6. Ergänzungslieferung, Stand Dezember 2008
918 Seiten, Loseblattausgabe, CHF 238.–
ISBN 978-3-7272-5302-7, 10/2009

Grundwerk inkl. 6. Ergänzungslieferung
2908 Seiten, Ordner, CHF 540.–,
ISBN 978-3-7272-5280-8, 10/2009

Die vorliegende Ergänzungslieferung aktualisiert das bestehende Berner-Kommentar-Update zu den Artikeln 319-362 OR, dem Arbeitsvertrag.

Die von MLaw Sandra Hadorn und MLaw Tina Hediger-Sörensen bearbeitete Ergänzungslieferung beinhaltet die Nachführung der Judikatur, welche seit dem Erscheinen der letzten Ergänzungslieferung publiziert worden ist. Sowohl Bundesgerichtsentscheide als auch Urteile aus der kantonalen Praxis wurden dabei berücksichtigt und entsprechend dem Aufbau des Berner Kommentars zugeordnet. Die Rechtsprechung für die 6. Ergänzungslieferung wurde bis Dezember 2008 berücksichtigt.

Die Grundwerke werden regelmässig mit Ergänzungslieferungen aktualisiert und nachgeführt. Damit Sie immer auf dem neuesten Stand sind und keine Aktualisierung verpassen, empfehlen wir Ihnen, die Fortsetzung zu abonnieren.



Zu beziehen bei:

Buchstämpfli

Versandbuchhandlung
Wölflistrasse 1
Postfach 5662
3001 Bern

Telefon 031 300 66 77

Fax 031 300 66 88

order@buchstaempfli.com

www.buchstaempfli.com

Stämpfli

Verlag AG

www.staempfliverlag.com



AUS DEM STÄMPFLI VERLAG

Prof. Jacques-André Schneider
Prof. Thomas Geiser
Prof. Thomas Gächter
(Herausgeber)

BVG und FZG

Stämpfli Handkommentar SHK
ca. 2000 Seiten, gebunden, ca. CHF 435.–
ISBN 978-3-7272-2544-4, 12/2009



Zum wichtigen Sozialwerk der beruflichen Vorsorge gibt es nur wenige Gesamtdarstellungen und bis anhin keine umfangreiche Kommentierung. Diese Lücke soll mit dem vorliegenden Werk geschlossen werden. Die umfassende Kommentierung erforderte die Kooperation von Herausgebern von unterschiedlichen Universitäten (Lausanne, St. Gallen, Zürich) aus verschiedenen Landesteilen. Damit wurde innerhalb des Kommentars eine nationale Kohärenz im Verständnis der beruflichen Vorsorge angestrebt. Der Kommentar erscheint denn auch separat in beiden Sprachversionen.

Als Autorinnen und Autoren konnten ausgewiesene Fachleute aus Wissenschaft, Justiz, Advokatur und Verwaltung gewonnen werden. Der Gebrauchswert des Kommentars wird durch ein umfangreiches Stichwortverzeichnis, den Abdruck des Textes der BVV 2 sowie eine englischsprachige Übersetzung des BVG und des FZG gesteigert.

Der Kommentar richtet sich an Vorsorgeeinrichtungen, Arbeitgeber, Gerichte, Sozialversicherungsträger, Gewerkschaften, Konsumentenverbände und Anwälte.

Zu beziehen bei:

Buchstämpfli

Versandbuchhandlung
Wölflistrasse 1
Postfach 5662
3001 Bern
Telefon 031 300 66 77
Fax 031 300 66 88

order@buchstaempfli.com
www.buchstaempfli.com

Stämpfli

Verlag AG
www.staempfliverlag.com



Prof. Thomas Geiser
Prof. Roland Müller

Arbeitsrecht in der Schweiz

Stämpfli juristische Lehrbücher SJL
652 Seiten, broschiert, CHF 128.–
ISBN 978-3-7272-8650-6, 9/2009



Das Lehrbuch zum schweizerischen Arbeitsrecht legt den Schwerpunkt bei den Ausführungen auf den Einzelarbeitsvertrag des Obligationenrechts. Das kollektive Arbeitsrecht und der öffentlichrechtliche Arbeitnehmerschutz werden nur summarisch dargestellt. Zum Sozialversicherungsrecht findet sich ebenfalls ein Überblick. Auf das öffentlichrechtliche Anstellungsverhältnis wird nur am Rande eingegangen. Als Ergänzung beinhaltet das Buch eine Fragensammlung, die häufig auftauchende arbeitsrechtliche Probleme thematisiert und auch Lösungen enthält. Damit eignet sich das Werk einerseits zum Selbststudium und andererseits stellt es eine wertvolle Hilfe zur Lösung von arbeitsrechtlichen Problemen dar.

Durch dieses Buch werden nicht nur die Studierenden an Universitäten und Fachhochschulen, sondern auch die Personalverantwortlichen in Unternehmen angesprochen. Dieses Buch ermöglicht es, sich fundierte Kenntnisse des schweizerischen Arbeitsrechts zu verschaffen, aber auch sich innert kurzer Zeit das massgebende Wissen zur Beantwortung von arbeitsrechtlichen Fragen anzueignen.

Zu beziehen bei:

Buchstämpfli

Versandbuchhandlung
Wölflistrasse 1
Postfach 5662
3001 Bern

Telefon 031 300 66 77
Fax 031 300 66 88
order@buchstaempfli.com
www.buchstaempfli.com

Stämpfli

Verlag AG
www.staempfliverlag.com

