

Inhaltsverzeichnis

Thematisches Verzeichnis	XV
Allgemeine Literatur zum Arbeitsrecht	XVII
Abkürzungsverzeichnis	XIX

A. Gesetzgebung

Zusammengestellt von Dr. iur. HUBERT FRITSCHE

I. Amtliche Sammlung des Bundesrechts (AS)	3
1. Eidgenössische Volksinitiative «Gegen Masseneinwanderung». Angenommen am 9. Februar 2014	3
2. Bundesgesetz über die steuerliche Behandlung der berufsorientierten Aus- und Weiterbildungs- kosten vom 27. September 2013	3
3. Verordnung des SBFI über Mindestvorschriften für die Allgemeinbildung in der beruflichen Grund- bildung vom 13. Dezember 2013	4
4. Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz (ArGV 1). Änderung vom 30. April 2014	4
5. Verordnung über die schrittweise Einführung des freien Personenverkehrs zwischen der Schweize- rischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Union und deren Mitgliedstaaten sowie unter den Mitgliedstaaten der Europäischen Freihandels- assoziation (Verordnung über die Einführung des freien Personenverkehrs, VEP), Änderung vom 30. April 2014	5
6. Verordnung über die Berufsbildung (Berufsbildungsverordnung, BBV). Änderung vom 20. Juni 2014	5
7. Bundespersonalverordnung (BPV). Änderung vom 20. Juni 2014	5
8. Verordnung 5 zum Arbeitsgesetz (Jugendarbeitsschutzverordnung, ArGV 5). Änderung vom 25. Juni 2014	6
9. Verordnung 2 zum Arbeitsgesetz (ArGV 2) (Sonderbestimmungen für bestimmte Gruppen von Betrieben oder Arbeitnehmern und Arbeitnehme- rinnen). Änderung vom 20. August 2014	6

10.	Verordnung über den nationalen Qualifikationsrahmen für Abschlüsse der Berufsbildung (V-NQR-BB) vom 27. August 2014	6
11.	Verordnung über die Meldepflicht und die Nachprüfung der Berufsqualifikationen von Dienstleistungserbringerinnen und -erbringern in reglementierten Berufen (VMD). Änderung vom 27. August 2014	7
12.	Verordnung über die in die Schweiz entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer (EntsV). Änderung vom 19. September 2014	7
13.	Verordnung über die Arbeit in Unternehmen des öffentlichen Verkehrs (Verordnung zum Arbeitszeitgesetz, AZGV). Änderung vom 8. Oktober 2014 ...	7
14.	Bundespersonalverordnung (BPV). Änderung vom 15. Oktober 2014	8
15.	Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE). Änderung vom 22. Oktober 2014	8
16.	Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE). Änderung vom 28. November 2014	9
17.	Verordnung des EDA zur Bundespersonalverordnung (VBPV-EDA). Änderung vom 16. November 2014	9
18.	Verordnungen des SBFI über die berufliche Grundbildung	9
II.	Bundesblatt (BBl)	10
1.	Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Verjährungsrecht) vom 29. November 2013. Entwurf Obligationenrecht (Revision des Verjährungsrechts) ...	10
2.	Vernehmlassungsverfahren. Bundesgesetz über die Ladenöffnungszeiten (LadÖG). Umsetzung der Motion Lombardi (12.3637): Frankenstärke. Teilharmonisierung der Ladenöffnungszeiten	11
3.	Parlamentarische Initiative. Für ein Auslandschweizergesetz. Bericht der Staatspolitischen Kommission des Ständerates vom 27. Januar 2014. Entwurf Bundesgesetz über Schweizer Personen und Institutionen im Ausland (Auslandschweizergesetz, ASG)	11
4.	Botschaft über die Änderung des Strafgesetzbuchs (Korruptionsstrafrecht) vom 30. April 2014. Entwurf Schweizerisches Strafgesetzbuch (Korruptionsstrafrecht)	12
5.	Bundesbeschluss über die Volksinitiative «Stopp der Überbevölkerung – zur Sicherung der natürlichen Lebensgrundlagen» vom 20. Juni 2014	13

6.	Bundesgesetz über die Weiterbildung (WeBiG) vom 20. Juni 2014.....	13
7.	Bundesbeschluss über die Genehmigung des Übereinkommens Nr. 189 der Internationalen Arbeitsorganisation über menschenwürdige Arbeit für Hausangestellte vom 20. Juni 2014.....	14
8.	Vernehmlassungsverfahren. Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung. Bundesgesetz zur Optimierung der flankierenden Massnahmen zur Personenfreizügigkeit	14
9.	Aufenthalt von Ausländerinnen und Ausländern unter dem Personenfreizügigkeitsabkommen. Evaluation zum Aufenthalt von Ausländerinnen und Ausländern unter dem Personenfreizügigkeitsabkommen. Bericht der Parlamentarischen Verwaltungskontrolle (PVK) zuhanden der Geschäftsprüfungskommission des Nationalrates vom 6. November 2013. Bericht der Geschäftsprüfungskommission des Nationalrates (GPK-N) vom 4. April 2014. Stellungnahme des Bundesrates vom 13. August 2014.....	14
10.	Botschaft zur Volksinitiative «AHVplus: für eine starke AHV» vom 19. November 2014. Entwurf Bundesbeschluss	16
III.	Initiativen.....	16
1.	Volksinitiativen.....	16
2.	Standesinitiativen.....	17
3.	Parlamentarische Intitiativen.....	17
4.	Motionen.....	17
5.	Postulate.....	20
IV.	Normalarbeitsverträge	22
1.	Normalarbeitsverträge mit zwingenden Mindestlöhnen.....	22
2.	Sonstige Normalarbeitsverträge.....	24
V.	Kollektives Arbeitsrecht.....	30
1.	Sozialpartnerschaft.....	30
a.	Frankenstärke.....	30
b.	Ältere Arbeitnehmer	31
c.	Runder Tisch zu Asbest.....	32
d.	Flankierende Massnahmen: Bussenerhöhung im Entsendegesetz	33
2.	Lohngleichheit	33
3.	Arbeitskämpfe.....	34
a.	Frankenstärke.....	34
b.	Lohndumping.....	35

c. Sozialplan	35
d. Landesmantelvertrag für das Bauhauptgewerbe.....	35
4. Gesamtarbeitsvertragsrecht	36
a. Gesamtarbeitsvertragliche Lohnabschlüsse 2014	36
b. Vom Bundesrat allgemeinverbindlich erklärte Gesamtarbeitsverträge	37
5. Sonntagsarbeit in Einkaufszentren.....	38

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

41

Zusammengestellt von Dr. iur. HUBERT FRITSCH

<i>Merk- und Informationsblätter des SECO</i>	43
-----------------------------------------------------	----

I. Merkblatt: Erschöpfung frühzeitig erkennen – Burnout vorbeugen	43
1. Burnout vorbeugen lohnt sich	43
2. Burnout: Was es ist und was nicht	43
3. Frühe Warnsignale	44
4. Burnout vorbeugen.....	45
4.1 Als Führungskraft Burnout vorbeugen	45
4.2 Als Führungskraft Warnsignale erkennen	46
4.2.1 Beispiele für einen gelingenden Gesprächseinstieg	46
4.2.2 Suchen Sie gemeinsam nach Möglich- keiten, die Situation zu verbessern.....	46
4.2.3 Professionelle Unterstützung in Anspruch nehmen.....	47
II. Wegleitung zur Verordnung 5 zum Arbeitsgesetz (Jugendarbeitsschutzverordnung, ArGV 5).....	47
Vorbemerkungen	47
Grundzüge der Verordnung.....	47
Art. 1 Gegenstand	48
Art. 2 Verhältnis zum Arbeitsgesetz.....	49
Art. 3 Anwendung des Arbeitsgesetzes auf bestimmte Betriebsarten.....	50
Art. 4 Gefährliche Arbeiten	50
Art. 5 Bedienung von Gästen in Betrieben der Unterhaltung, Hotels, Restaurants und Cafés..	54
Art. 6 Arbeit in Betrieben der Filmvorführung sowie in Zirkus- und Schaustellerbetrieben	55
Art. 7 Kulturelle, künstlerische und sportliche Darbietungen sowie Werbung	56
Art. 8 Leichte Arbeiten	57

Art. 9	Beschäftigung schulentlassener Jugendlicher unter 15 Jahren	58
Art. 10	Tägliche und wöchentliche Höchstarbeitszeit von Jugendlichen unter 13 Jahren	59
Art. 11	Tägliche und wöchentliche Höchstarbeitszeiten sowie Pausen für schulpflichtige Jugendliche ab 13 Jahren.....	60
Art. 12	Ausnahmebewilligung für Nachtarbeit.....	61
Art. 13	Ausnahmebewilligung für Sonntagsarbeit.....	63
Art. 14	Befreiung von der Bewilligungspflicht für Nacht- und Sonntagsarbeit in der beruflichen Grundbildung.....	65
Art. 15	Ausnahme vom Verbot der Abend- und Sonntagsarbeit	66
Art. 16	Tägliche Ruhezeit.....	66
Art. 17	Überzeitarbeit	67
Art. 18	Ärztliches Zeugnis.....	68
Art. 19	Pflicht des Arbeitgebers zur Information und Anleitung.....	68
Art. 20	Eidgenössische Arbeitskommission	69
Art. 21	Zusammenarbeit zwischen dem SECO, dem SBFI und der SUVA.....	69
Art. 22	Änderung bisherigen Rechts.....	70
Art. 22a	Übergangsbestimmungen zur Änderung vom 25. Juni 2014	70
Anhang 1	zur Wegleitung ArGV 5:.....	72
Art. 1	Gefährliche Arbeiten	72
Art. 2	Inkrafttreten	73
Anhang 2	zur Wegleitung ArGV 5:.....	73
Art. 1	Befreiung von der Bewilligungspflicht	74
Art. 2	Gastgewerbe und Hauswirtschaft	74
Art. 3	Bäckereien, Konditoreien und Confisereien.....	75
Art. 4	Detailhandel in Bäckereien, Konditoreien und Confisereien	75
Art. 5	Milchtechnologiebranche	75
Art. 6	Lebensmitteltechnologiebranche	76
Art. 7	Bereich Produktions- und Verpackungsanlagen....	76
Art. 8	Fleischfachbranche.....	77
Art. 9	Tierhaltung und -pflege	77
Art. 10	Gesundheitswesen	77
Art. 11	Gleisbau.....	78
Art. 11a	Netzelektrik	78
Art. 11b	Öffentlicher Verkehr	79
Art. 12	Veranstaltungsbereich	79

Art. 13	Aufhebung bisherigen Rechts.....	80
Art. 14	Inkrafttreten	80
III.	Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeits- verträgen: Weisungen über Beiträge	80
1.	Einleitung.....	80
2.	Übersicht über die gesetzlichen Grundlagen.....	80
2.1	Voraussetzungen für die Allgemeinverbindlich- erklärung (AVE).....	80
2.2	Aufsicht der zuständigen Behörde.....	81
2.3	Ausserkraftsetzung der AVE.....	81
2.4	Personalverleih	82
2.5	Entsendung von Arbeitnehmenden in die Schweiz.....	82
3.	Voraussetzungen für die AVE von Beiträgen.....	83
3.1	Bestimmung über gemeinsame Durchführung des GAV	83
3.2	Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis	83
3.3	Regelung der Verwendungszwecke.....	84
3.4	Höhe der Beiträge.....	84
3.4.1	Verwendung der Gelder.....	85
3.4.2	Verhältnis zu den Mitgliederbeiträgen.....	85
3.4.3	Jahrespauschalen.....	86
3.4.4	Besonderheit im Personalverleih	86
3.5	Ausreichende Regelung der Kontrolle und Durchsetzung.....	87
3.6	Einzureichende Unterlagen und Informationen.....	87
4.	Organisation und internes Kontrollsystem der Kassen ..	88
4.1	Organisation	88
4.2	Internes Kontrollsystem (IKS).....	89
5.	Buchführung, Rechnungslegung und Revision.....	89
5.1	Buchführung und Rechnungslegung	89
5.1.1	Rechtliche Grundlagen gemäss ZGB und OR.....	89
5.1.2	Allgemeine Weisungen.....	90
5.1.3	Gliederung von Bilanz und Erfolgs- rechnung	90
5.1.4	Rückerstattungen und Zuwendungen an Verbände	92
5.1.5	Rückstellungen und Vermögensbildung.....	94
5.2	Revision.....	94
5.2.1	Rechtliche Grundlagen	94
5.2.2	Allgemeine Weisungen.....	95
6.	Kontrolle durch zuständige Behörde.....	95
7.	Abgrenzung zu den Solidaritätsbeiträgen	96
	Anhang zu AVE GAV.....	97

<i>Eidgenössischer Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragter (EDÖB)</i>	99
I. 22. Tätigkeitsbericht 2014/2015 des EDÖB, Arbeitsbereich, S. 55 ff.....	99
1. Videoüberwachung in Restaurants und Take-aways	99
2. Gesundheitsfragebogen bei Bewerbungsverfahren.....	100
3. Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts in Sachen Whistleblowing-Stelle der Eidgenössischen Finanz- kontrolle	101
4. Referenzauskünfte im Bewerbungsprozess.....	102
5. Datenübermittlung im Bereich der flankierenden Massnahmen	103
II. Privatsphäre des Mitarbeiters	104
1. Erläuterungen zur Personensicherheitsprüfung von Mitarbeitenden (im Privatbereich)	104
1.1 Ausgangslage.....	104
1.2 Rechtliche Grundlagen	105
1.3 Fragestellungen.....	105
2. Sind Arbeitszeiterfassung und Zutrittskontrollen mit biometrischen Daten erlaubt?	107
3. Spionagesoftware am Arbeitsplatz.....	108
4. Erläuterungen zum Zugriffsrecht des Arbeitgebers auf private Datenträger eines Angestellten bei Verdacht auf Straftat	109
C. Rechtsprechung	113
Zusammengestellt und bearbeitet von Prof. Dr. WOLFGANG PORTMANN, Prof. Dr. JEAN-PHILIPPE DUNAND und Dr. iur. HUBERT FRITSCHI	
Bundesgericht	
08.01.2014 8C_981/2012	115
09.01.2014 4A_402/2013	118
10.01.2014 2C_10/2013 140 II 46	121
24.01.2014 2C_261/2013	135
28.01.2014 4A_477/2013	137
10.02.2014 2C_379/2013, 2C_419/2013	142
12.02.2014 2C_44/2013	153
17.02.2014 4A_399/2013	165
19.02.2014 4A_2/2014	169
04.03.2014 4A_552/2013	174
14.03.2014 8C_613/2013	178
20.03.2014 6B_1112/2013	183

27.03.2014	4A_602/2013	185
28.03.2014	4A_340/2013	190
31.03.2014	4A_501/2013	194
07.04.2014	4A_25/2014	198
22.04.2014	4A_27/2014	205
23.04.2014	4A_22/2014	208
02.05.2014	8C_686/2013	215
05.05.2014	8C_900/2013	223
14.05.2014	8C_864/2013	140 II 298	227
19.05.2014	8C_849/2013	232
04.06.2014	4A_570/2013	236
10.06.2014	4A_137/2014	244
24.06.2014	4A_233/2013	140 III 391	247
26.06.2014	8C_146/2014	257
07.07.2014	4D_12/2014	265
22.07.2014	8D_3/2013	140 I 277	270
22.07.2014	4A_60/2014	276
11.08.2014	8D_9/2013	285
18.08.2014	4A_149/2014	292
18.08.2014	8C_289/2014	140 V 449	298
08.09.2014	4A_320/2014	305
09.09.2014	4A_351/2014	309
15.09.2014	9C_810/2013	140 I 305	314
18.09.2014	4A_270/2014	326
08.10.2014	4A_188/2014	333
08.10.2014	4A_325/2014	339
10.10.2014	4A_98/2014	346
15.10.2014	8C_340/2014	140 I 320	352
12.11.2014	4A_384/2014	357
25.11.2014	4A_483/2014	364
26.11.2014	2C_543/2014	375
02.12.2014	4A_427/2014	386
04.12.2014	2C_779/2014	391
09.12.2014	4A_476/2014	140 III 636	395
15.12.2014	8C_258/2014	402
16.12.2014	8C_631/2014	411
17.12.2015	4A_526/2014	417
17.12.2014	4A_404/2014	423
BE	ZK 13 643	27.03.2014	429
	ZK 13 655	19.05.2014	431
	ZK 14 353	13.10.2014	441

GE			
CAPH	CAPH/29/2014	24.02.2014.....	447
CAPH	CAPH/56/2014	15.04.2014.....	458
CAPH	CAPH/79/2014	23.05.2014.....	463
CAPH	CAPH/93/2014	11.06.2014.....	468
CAPH	CAPH/169/2014	31.10.2014.....	477
CJ	ATA/978/2014	09.12.2014.....	483
GR			
KGer.	ZK2 12 36	02.09.2014.....	491
KGer.	ZK2 13 12	12.09.2014.....	498
KGer.	ZK2 14 18	16.09.2014.....	503
LU			
KGer.	1B 14 13	30.04.2014.....	512
KGer.	7H 13 93	06.05.2014.....	517
KGer.	7H 13 99	11.06.2014.....	524
KGer.	1B 13 24	25.09.2015.....	528
SG			
KGer.	BS.2014.7	13.10.2014.....	532
TI			
CCA	12.2013.124	12.02.2014.....	537
CCA	12.2013.94	10.06.2014.....	544
VD			
CCIV	8 2014	16.01.2014.....	552
CCIV	30 2014	10.04.2014.....	560
CACI	254	13.05.2014.....	571
CACI	405	06.08.2014.....	579
ZH			
OGer.	LA130001	09.01.2014.....	588
OGer.	RA140010	03.04.2014.....	597
OGer.	LA130006	14.05.2014.....	600
OGer.	LA130019	15.07.2014.....	604
OGer.	LA130040	29.07.2014.....	607
OGer.	LA140017	06.08.2014.....	621
OGer.	LA140001	07.10.2014.....	625
OGer.	LA130026	13.10.2014.....	633
OGer.	LA140002	05.12.2015.....	641
OGer.	LA140029	16.12.2014.....	652
AGer.	Entsch.AGer. Nr. 13	11.04.2014.....	659
AGer.	Entsch.AGer. Nr. 21	11.04.2014.....	661

AGer.	Entsch.AGer. Nr. 10	23.04.2015.....	662
AGer.	Entsch.AGer. Nr. 25	28.05.2014.....	664
AGer.	Entsch.AGer. Nr. 24	12.06.2014.....	666
AGer.	Entsch.AGer. Nr. 22	28.07.2014.....	669
AGer.	Entsch.AGer. Nr. 18	19.09.2014.....	671
Bger. Horgen	ZR 113 (2014) Nr. 65	24.07.2014.....	673
D. Bibliografie.....			681
Zusammengestellt von RA lic. iur. THOMAS PIETRUSZAK			
I.	Kommentare		683
II.	Lehrbücher und übergreifende Darstellungen		683
III.	Monografien		684
IV.	Aufsätze.....		684
V.	Urteilsbesprechungen und Rechtsprechungsübersichten.....		688
E. Verzeichnisse			689
Gesetzesregister			691
Stichwortverzeichnis			695

Thematisches Verzeichnis

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

- I. Individualarbeitsrecht
 1. Entstehung des Arbeitsverhältnisses
 - a) Auslegung des Arbeitsvertrages 185, 236, 552
 - b) Abgrenzung des Arbeitsvertrages von anderen Verträgen 552
 2. Pflichten des Arbeitnehmers
 - a) Treuepflicht 402
 - b) Befolgungspflicht 652–653
 - c) Konkurrenzverbot 208–209, 431, 528–529
 3. Pflichten des Arbeitgebers
 - a) Lohnzahlungspflicht
 - aa) im Allgemeinen 137–138, 174, 423–424, 512, 560–561, 600, 604
 - bb) besondere Lohnarten und Gratifikation 118, 292, 339, 364–365, 607–608, 625–626, 669
 - cc) Lohnanspruch trotz fehlender Arbeitsleistung 346, 447, 621, 662
 - dd) Lohngleichheit zwischen Mann und Frau 669
 - ee) Überstundenarbeit 194, 468–469
 - b) Fürsorgepflicht
 - aa) Schutz der Persönlichkeit 169, 198, 223, 276–277, 357, 491, 571–572, 579–580
 - bb) Ferien und Freizeit 285, 512, 604, 652–653
 - cc) Zeugnis und Referenz 244, 326, 429, 537
 - dd) Gleichbehandlung und Gleichstellung 115, 178, 503, 517, 579–580, 669
 - ee) Datenschutz 537, 666–667, 673
 - c) Haftung des Arbeitgebers bei Pflichtverletzungen 135, 386
 4. Übergang des Arbeitsverhältnisses 165, 339
 5. Verzicht, Verjährung, Verwirkung 198
 6. Beendigung des Arbeitsverhältnisses
 - a) Kündigung
 - aa) im Allgemeinen 165, 205, 411, 524, 528–529, 625–626, 659
 - bb) missbräuchliche Kündigung 165, 169, 265, 305, 357, 458–459, 491, 544–545, 560–561, 588
 - cc) ausserordentliche Kündigung 190–191, 244, 257, 276–277, 333, 352, 402, 441, 447, 463, 477, 633, 641–642, 666–667

- dd) Kündigung zur Unzeit 215, 498, 671
- ee) Tod des Arbeitnehmers 597
- 7. Besondere Einzelarbeitsverhältnisse
 - a) befristeter Arbeitsvertrag 326, 463, 641–642, 659, 662
 - b) Lehrvertrag 333
 - c) öffentlich-rechtliches Dienstverhältnis 178, 215, 223, 227, 232, 257, 285, 352, 402, 411, 517, 524
 - d) Personalverleih 375, 491, 662
- II. Öffentliches Arbeitsrecht
 - 1. Arbeitsschutzrecht 483–484
 - a) Geltungsbereich des Arbeitsgesetzes 142, 153–154, 468–469
 - b) Arbeits- und Ruhezeit 121–122, 137–138, 142, 153–154, 194, 391, 571–572, 669
 - 2. ausländische Arbeitskräfte 183–184, 236
 - 3. Sozialversicherungsrecht 174, 298–299, 314–315, 417–418
- III. Kollektives Arbeitsrecht 247–248, 298–299, 309, 357, 386, 532, 661
- IV. Arbeitsgerichtsbarkeit
 - 1. Zuständigkeit 178, 232, 236, 247–248, 270–271, 395–396, 664
 - 2. Verfahren 115, 205, 227, 232, 395–396, 483–484, 532, 664, 666–667, 673

Allgemeine Literatur zum Arbeitsrecht

- A. ANDERMATT ET AL., Handbuch zum kollektiven Arbeitsrecht, Basel 2009; frz. Übersetzung: Droit collectif du travail, Bâle 2010
- G. AUBERT, Commentaire romand, Code des obligations I, Art. 319–362, 2^e éd., Bâle 2012, 1965 ss
- A. BERENSTEIN/P. MAHON/J.-PH. DUNAND, Labour Law in Switzerland, 2nd ed., Berne 2012
- D. BRAND ET AL., Der Einzelarbeitsvertrag im Obligationenrecht, Kommentar zu den Art. 319–346a, 361–362, Muri 1991
- J. BRÜHWILER, Einzelarbeitsvertrag – Kommentar zu den Art. 319–343 OR, 3. Aufl., Basel 2014
- CH. BRUNNER/J.-M. BÜHLER/J.-B. WAEBER/CH. BRUCHEZ, Kommentar zum Arbeitsvertragsrecht, 3. Aufl., Basel 2005
- PH. CARRUZZO, Le contrat individuel de travail. Commentaire des art. 319 à 341 du Code des obligations, Genève/Zürich/Bâle 2009
- J.-PH. DUNAND/P. MAHON (éd.), Commentaire du contrat de travail, Berne 2013
- H.-P. EGLI, Art. 319–362, in: Handkommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht, Zürich 2002
- F. EMMEL, Art. 319–362 OR, in: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2012, 1 ff.
- CH. FAVRE/CH. MUNOZ/R.A. TOBLER, Le contrat de travail, code annoté, 2^e éd., Lausanne 2010
- M. FAVRE MOREILLON, Droit du travail, aspects juridiques et pratiques, 2^e éd., Bâle 2006
- TH. GEISER/R. MÜLLER, Arbeitsrecht in der Schweiz, 3. Aufl., Bern 2015
- O. GUYOT ET AL., Le contrat de travail: Des pourparlers aux conséquences de la résiliation, 2^e éd., Genève 2010
- C. KAUFMANN/S. STEIGER-SACKMANN, Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, 2. Aufl., Basel 2009
- R. KUHN/G. KOLLER, Aktuelles Arbeitsrecht für die betriebliche Praxis, Zürich 1982 ff. (Loseblattausgabe)
- M. KULL (Hrsg.), Arbeitsvermittlungsgesetz (AVG), Bern 2014
- R. A. MÜLLER, ArG – Kommentar Arbeitsgesetz, 7. A., Zürich 2009

TH. PIETRUSZAK, Art. 319–333a OR und Art. 344–362 OR, in: Kurzkomentar OR, Basel 2014, 1029 ff.

W. PORTMANN/R. RUDOLPH, Art. 319–362 OR, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 6. Aufl., Basel 2015, 1771 ff.

W. PORTMANN/J.-F. STÖCKLI, Schweizerisches Arbeitsrecht, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2013

W. PORTMANN/F. UHLMANN (Hrsg.), Bundespersonalgesetz (BPG), Bern 2013

M. REHBINDER/J.-F. STÖCKLI, Berner Kommentar, Bd. VI/2/2/1, Einleitung und Kommentar zu den Art. 319–330b OR, Bern 2010

M. REHBINDER/J.-F. STÖCKLI, Berner Kommentar, Bd. VI/2/2/2, Kommentar zu den Art. 331–355 und 361–362 OR, Bern 2014

M. REHBINDER., Schweizerisches Arbeitsrecht, 15. Aufl., Bern 2002

M. SCHWAIBOLD, Art. 334–342 OR, in: Kurzkomentar OR, Basel 2014, 1177 ff.

A. STAEHELIN, Zürcher Kommentar, Bd. V/2/c, Art. 319–330a, Zürich/Basel/Genf 2006; Art. 330b–355, 361–362, Zürich/Basel/Genf 2013

J.-F. STÖCKLI, Berner Kommentar, Bd. VI/2/2/3, Art. 356–360, Bern 1999

U. STREIFF/A. VON KAENEL/R. RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7. Aufl., Zürich 2012

O. SUBILIA/J.-L. DUC, Droit du travail, éléments de droit suisse, 2^e éd., Lausanne 2010

F. VISCHER/C. ALBRECHT, Zürcher Kommentar, Bd. V/2/c, Art. 356–360f, Zürich/Basel/Genf 2006

F. VISCHER/R.M. MÜLLER, Der Arbeitsvertrag, 4. Aufl., Basel 2014

R. WYLER/B. HEINZER, Droit du travail, 3^e éd., Berne 2014

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
AG	Aargau
AHV	Alters- und Hinterlassenenversicherung
AHVG	Bundesgesetz über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (SR 831.10)
AI	Appenzell-Innerrhoden
AI	assurance-invalidité
AJP	Aktuelle Juristische Praxis
AmtlBull	Amtliches Bulletin
AR	Appenzell-Ausserrhoden
ArbR	Mitteilungen des Instituts für Schweizerisches Arbeitsrecht
ArG	Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (SR 822.11)
ArGV 1	Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz (SR 822.111)
ArGV 2	Verordnung 2 zum Arbeitsgesetz (Sonderbestimmungen für bestimmte Gruppen von Betrieben oder Arbeitnehmern und Arbeitnehmerinnen, SR 822.112)
ArGV 5	Verordnung 5 zum Arbeitsgesetz (Jugendarbeitsschutzverordnung, SR 822.115)
Art.	Artikel
AS	Amtliche Sammlung
ASA-Richtlinie	Richtlinie über den Beizug von Arbeitsärzten und anderen Spezialisten der Arbeitssicherheit
ASG	Bundesgesetz über Schweizer Personen und Institutionen im Ausland (Auslandschweizergesetz), noch nicht in Kraft
ATF	Arrêt principal du Tribunal Fédéral
ATSG	Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (SR 830.1)
AuG	Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer (SR 142.20)
AVEG	Bundesgesetz über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (SR 221.215.311)
AVE GAV	allgemeinverbindlich erklärter Gesamtarbeitsvertrag
AVG	Bundesgesetz über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih (SR 823.11)
AVIG	Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (SR 837.0)
AVV	Verordnung über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih (SR 823.111)
AZG	Bundesgesetz über die Arbeit in Unternehmen des öffentlichen Verkehrs (Arbeitszeitgesetz, SR 822.21)
AZGV	Verordnung über die Arbeit in Unternehmen des öffentlichen Verkehrs (Verordnung zum Arbeitszeitgesetz, SR 822.211)
BAG	Bundesamt für Gesundheit
BASKO	paritätisch organisierte Baustellenkontrolle Basel

BAV	Bundesamt für Verkehr
BAZ	Basler Zeitung
BBG	Bundesgesetz über die Berufsbildung (Berufsbildungsgesetz, SR 412.10)
BBl	Bundesblatt
BBT	Bundesamt für Berufsbildung und Technologie
BBV	Verordnung über die Berufsbildung (Berufsbildungsverordnung, SR 412.101)
BE	Bern
BEG	Beurteilungs- und Entwicklungsgespräch
betr.	betreffend
BFM	Bundesamt für Migration
BFS	Bundesamt für Statistik
BGer	Bundesgericht
BGSA	Bundesgesetz über Massnahmen zur Bekämpfung der Schwarzarbeit (SR 822.41)
BIP	Bruttoinlandprodukt
BJM	Basler Juristische Mitteilungen
BKB	Beschaffungskonferenz des Bundes
BL	Baselland
BPG	Bundespersonalgesetz (SR 172.220.1)
BPV	Bundespersonalverordnung (SR 172.220.111.3)
BS	Basel-Stadt
BSK	Basler Kommentar
BSV	Bundesamt für Sozialversicherung
BVG	Bundesgesetz über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (SR 831.40)
BVGer	Bundesverwaltungsgericht
bzw.	beziehungsweise
ca.	circa
CACI	Cour d'appel civile
CC	Code civil suisse (RS 210)
CCNT	Convention collective nationale de travail
CEDAW	Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination against Women
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CFF	Chemins de fer fédéraux suisses
CHF	Schweizer Franken
CNA	Caisse nationale d'assurance en cas d'accidents
CNL	Contratto normale di lavoro
CNUJJE	Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens (FF 2009 1481)
CO	Loi fédérale complétant le Code civil suisse (Livre cinquième: Droit des obligations; RS 220)
COST	European Cooperation in Science and Technology
CPC	Code de procédure civile (RS 272)
CRCT	Chambre des relations collectives de travail

CST	compte satellite du tourisme de la Suisse
CTT	Contrat-Type de travail
DBG	Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer (SR 642.11)
DES	Département de la sécurité et de l'économie de canton de Genève
DFAE	Département fédéral des affaires étrangères
DGO	Dienst- und Gehaltsordnung des Zweckverbandes
DSG	Loi fédérale sur la protection des données (RS 235.1)
DTF	Decisioni del Tribunale federale
E-	Entwurf
EAK	Eidgenössische Arbeitskommission
EAV	Einzelarbeitsvertrag
E-OR	Entwurf zum Obligationenrecht
EBA	Eidg. Berufsattest
ebd.	ebenda
EBG	Eidg. Büro für die Gleichstellung von Frau und Mann
EDA	Eidgenössisches Departement für auswärtige Angelegenheiten
EDI	Eidg. Departement des Innern
EDÖB	Eidgenössischer Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragter
EFA	Eidg. Fachausweis
EFK	Eidgenössische Finanzkontrolle
EFTA	Europäische Freihandelsassoziation
EFZ	Eidg. Fähigkeitszeugnis
Eidg.	Eidgenössisch
EG GIG/BL	Baselbieter Einführungsgesetz zum Gleichstellungsgesetz
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EJPD	Eidg. Justiz- und Polizeidepartement
EKAS	Eidgenössische Koordinationskommission für Arbeitssicherheit
EL	Ergänzungsleistungen
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
EntsG	Bundesgesetz über die flankierenden Massnahmen bei entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern und über die Kontrolle der in Normalarbeitsverträgen vorgesehenen Mindestlöhne (Entsendegesetz, SR 823.20)
EntsV	Verordnung über die in die Schweiz entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer (SR 823.201)
EOG	Bundesgesetz über den Erwerbsersatz für Dienstleistende (Erwerbsersatzgesetz, SR 834.1)
EOV	Verordnung zum Erwerbsersatzgesetz (SR 834.11)
EPF	Ecole Polytechnique Fédérale
ETH	Eidg. Technische Hochschule
EU	Europäische Union
f./ff.	folgende/fortfolgende
FamZG	Bundesgesetz über die Familienzulagen (SR 836.2)
FHA	Freihandelsabkommen
FHM	Zürichsee-Fähre Horgen-Meilen AG
FlaM	Flankierende Massnahmen
FR	Freiburg

FusG	Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung vom (Fusionsgesetz; SR 221.301)
FZA	Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedsstaaten andererseits über die Freizügigkeit mit Anhängen, Protokollen und Schlussakte (SR 0.142.112.681)
GAV	Gesamtarbeitsvertrag
GE	Genf
gem.	gemäss
GerG	Gerichtsgesetz des Kantons St. Gallen (GerG; sGS 941.1)
GesBG	Bundesgesetz über die Gesundheitsberufe
GGG/BS	Gesetz des Kantons Basel-Stadt über das Gastgewerbe (563.100)
GIG	Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann (Gleichstellungsgesetz, SR 151.1)
GL	Glarus
GR	Graubünden
GPK-N	Geschäftsprüfungskommission des Nationalrates
GSG	Gewerbliches Schiedsgericht Basel
Hrsg.	Herausgeber
IAO	Internationale Arbeitsorganisation
ILO	International Labour Organisation
IPRG	Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (SR 291)
IV	Invalidenversicherung
IVG	Bundesgesetz über die Invalidenversicherung (SR 831.20)
JAR	Jahrbuch des Schweizerischen Arbeitsrechts
JU	Jura
KMU	Kleine und mittlere Unternehmen
KRK	Übereinkommen über die Rechte des Kindes (SR 0.107)
KVG	Bundesgesetz über die Krankenversicherung (SR 832.10)
LAA	Loi fédérale sur l'assurance-accidents (RS 832.20)
LACI	Loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité (Loi sur l'assurance-chômage, RS 837.0)
LadÖG	Bundesgesetz über die Ladenöffnungszeiten, noch nicht in Kraft
LAFam	Loi sur les allocations familiales (RS 836.2)
LAPG	Loi fédérale sur les allocations pour perte de gain en cas de service et de maternité (RS 834.1)
LAV	Loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants (RS 831.10)
LDIP	Loi fédérale sur le droit international privé (RS 291)
LECCT	Loi fédérale permettant d'étendre le champ d'application d'une convention collective nationale de travail (RS 221.215.311)
LEg	Loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes (Loi sur l'égalité, RS 151.1)
LEH	Loi fédérale sur les privilèges, les immunités et les facilités, ainsi que sur les aides financières accordés par la Suisse en tant qu'Etat hôte (Loi sur l'Etat hôte, RS 192.12)
lit.	litera
LP	Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (RS 281.1)

LPD	Loi fédérale sur la protection des données (RS 235.1)
LPGA	Loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales (RS 830.1)
LPTP	Loi fédérale sur la protection contre le tabagisme passif (RS 818.31)
LSE	Loi fédérale sur le service de l'emploi et la location de services (RS 823.11)
LTF	Loi sur le Tribunal fédéral (RS 173.110)
LTPH/GE	Loi genevoise sur le Tribunal des prud'hommes (GE/E 3 10)
LTr	Loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (Loi sur le travail; RS 822.11)
LU	Luzern
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
MBA	Master of Business Administration
MWST	Mehrwertsteuer
Mio.	Millionen
MitwG	Bundesgesetz über die Information und Mitsprache der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in den Betrieben (Mitwirkungsgesetz, SR 822.14)
Mo	Motion
NAV	Normalarbeitsvertrag
NE	Neuenburg
NR	Nationalrat
Nr.	Nummer
NW	Nidwalden
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
OCIRT	office cantonal de l'inspection et des relations du travail
OHG	Opferhilfegesetz (SR 312.5)
OLT 2	Ordonnance 2 relative à la loi sur le travail (RS 822.112)
ONUG	Office des Nations Unies à Genève
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Fünfter Teil: Obligationenrecht (SR 220)
OW	Obwalden
PaRG	Bundesgesetz zum Schutz vor Passivrauchen (SR 818.31)
PBK	paritätische Berufskommission
PG/LU	Gesetz über das öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnis des Kantons Luzern (SRL 51)
PK	Paritätische Kommission
Po	Postulat
PVO/LU	Verordnung zum Luzerner Personalgesetz (LU/SRL 52)
RS	Recueil systématique
RSDA	Revue suisse de droit des affaires et du marché financier
RSDIE	Revue Suisse de droit international et européen
S.	Seite
SBB	Schweizerische Bundesbahnen
SBBG	Bundesgesetz über die Schweizerischen Bundesbahnen (SR 742.31)

SBFI	Staatssekretariat für Bildung, Forschung und Innovation
SchKG	Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (SR 281.1)
SECO	Staatssekretariat für Wirtschaft
SG	St. Gallen
SGB	Schweizerischer Gewerkschaftsbund
SH	Schaffhausen
SO	Solothurn
SP	Sozialdemokratische Partei der Schweiz
SR	Systematische Rechtssammlung
StPG/FR	Gesetz über das Staatspersonal (FR/SGF 122.70.1)
StPO	Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (SR 312.0)
StPR/FR	Reglement über das Staatspersonal (FR/SGF 122.70.11)
StR	Ständerat
SUVA	Schweizerische Unfallversicherungsanstalt
SVP	Schweizerische Volkspartei
SZ	Schwyz
SZIER	Schweizerische Zeitschrift für internationales Europarecht
SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht
TG	Thurgau
TI	Tessin
Unia	Gewerkschaft
UR	Uri
USA	United States of America
UVG	Bundesgesetz über die Unfallversicherung (SR 832.20)
UWG	Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (SR 241)
VBPV-EDA	Verordnung des EDA zur Bundespersonalverordnung (SR 172.220.111.343.3)
VD	Waadt
VDSG	Verordnung zum Bundesgesetz über den Datenschutz (SR 235.11)
VegüV	Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften (SR 221.331)
VMD	Verordnung über die Meldepflicht und die Nachprüfung der Berufsqualifikationen von Dienstleistungserbringerinnen und -erbringern in reglementierten Berufen (SR 935.011)
VEP	Verordnung über die schrittweise Einführung des freien Personenverkehrs zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Union und deren Mitgliedstaaten sowie unter den Mitgliedstaaten der Europäischen Freihandelsassoziation (SR 142.203)
vgl.	vergleiche
VS	Wallis
VZAE	Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (SR 142.201)
WAK-S	Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Ständerates
WBF	Eidg. Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung

WeBiG	Bundesgesetz über die Weiterbildung (Weiterbildungsgesetz), noch nicht in Kraft
z.B.	zum Beispiel
ZG	Zug
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch (SR 210)
ZH	Zürich
Ziff.	Ziffer
ZPO	Schweizerische Zivilprozessordnung (SR 272)

A. Gesetzgebung

Zusammengestellt
von Dr. iur. HUBERT FRITSCH

I. Amtliche Sammlung des Bundesrechts (AS)

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

1. *Eidgenössische Volksinitiative «Gegen Masseneinwanderung» Angenommen am 9. Februar 2014*

Die Bundesverfassung wird wie folgt geändert: Art. 121 Sachüberschrift: «Gesetzgebung im Ausländer- und Asylbereich». Art. 121a «Steuerung der Zuwanderung»: (1.) Die Schweiz steuert die Zuwanderung von Ausländerinnen und Ausländern eigenständig. (2.) Die Zahl der Bewilligungen für den Aufenthalt von Ausländerinnen und Ausländern in der Schweiz wird durch jährliche Höchstzahlen und Kontingente begrenzt. Die Höchstzahlen gelten für sämtliche Bewilligungen des Ausländerrechts unter Einbezug des Asylwesens. Der Anspruch auf dauerhaften Aufenthalt, auf Familiennachzug und auf Sozialleistungen kann beschränkt werden. (3.) Die jährlichen Höchstzahlen und Kontingente für erwerbstätige Ausländerinnen und Ausländer sind auf die gesamtwirtschaftlichen Interessen der Schweiz unter Berücksichtigung eines Vorranges für Schweizerinnen und Schweizer auszurichten; die Grenzgängerinnen und Grenzgänger sind einzubeziehen. Massgebende Kriterien für die Erteilung von Aufenthaltsbewilligungen sind insbesondere das Gesuch eines Arbeitgebers, die Integrationsfähigkeit und eine ausreichende, eigenständige Existenzgrundlage. (4.) Es dürfen keine völkerrechtlichen Verträge abgeschlossen werden, die gegen diesen Artikel verstossen. (5.) Das Gesetz regelt die Einzelheiten. – Art. 197 Ziff. 11 «Übergangsbestimmung zu Art. 121a (Steuerung der Zuwanderung)»: (1.) Völkerrechtliche Verträge, die Artikel 121a widersprechen, sind innerhalb von drei Jahren nach dessen Annahme durch Volk und Stände neu zu verhandeln und anzupassen. (2.) Ist die Ausführungsgesetzgebung zu Artikel 121a drei Jahre nach dessen Annahme durch Volk und Stände noch nicht in Kraft getreten, so erlässt der Bundesrat auf diesen Zeitpunkt hin die Ausführungsbestimmungen vorübergehend auf dem Verordnungsweg. – Diese Verfassungsänderung ist aufgrund von Artikel 15 Absatz 3 des Bundesgesetzes vom 17. Dezember 1976 über die politischen Rechte am 9. Februar 2014 in Kraft getreten. AS 2014, 1391

2. *Bundesgesetz über die steuerliche Behandlung der berufsorientierten Aus- und Weiterbildungskosten vom 27. September 2013*

Gemäss diesem Gesetz werden das Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer (DBG) sowie das Bundesgesetz über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden abgeändert. Nach Art. 33 Abs. 1 lit. j DBG (neu) werden von den Einkünften die Kosten der berufs-

orientierten Aus- und Weiterbildung, einschliesslich der Umschulungskosten, bis zum Gesamtbetrag von Fr. 12 000 abgezogen, sofern ein erster Abschluss auf der Sekundarstufe II vorliegt oder das 20. Lebensjahr vollendet ist und es sich nicht um die Ausbildungskosten bis zum ersten Abschluss auf der Sekundarstufe II handelt. Das Gesetz tritt am 1. Januar 2016 in Kraft. AS 2014, 1105

3. *Verordnung des SBFI über Mindestvorschriften für die Allgemeinbildung in der beruflichen Grundbildung vom 13. Dezember 2013*

Die Verordnung regelt die Allgemeinbildung für sämtliche beruflichen Grundbildungen (Art. 1 Abs. 1). Der allgemein bildende Unterricht bezweckt namentlich die Entwicklung der Persönlichkeit, die Förderung von Fähigkeiten zum Erlernen und Ausüben eines Berufs sowie die Verwirklichung der Chancengleichheit für Lernende beider Geschlechter (Art. 2 Abs. 2 lit. a–e). Der allgemein bildende Unterricht erstreckt sich über die gesamte Dauer der beruflichen Grundbildung. Die Stundendotation beträgt: mindestens 240 Lektionen in der zweijährigen beruflichen Grundbildung; mindestens 360 Lektionen in der dreijährigen beruflichen Grundbildung; mindestens 480 Lektionen in der vierjährigen beruflichen Grundbildung (Art. 3). Der 2. Abschnitt regelt den Rahmenlehrplan und Schullehrplan, der 3. Abschnitt das Qualifikationsverfahren. Die Verordnung ist am 1. Februar 2014 in Kraft getreten. AS 2014, 255

4. *Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz (ArGV 1). Änderung vom 30. April 2014*

Gemäss dem geltenden Art. 60 Abs. 2 ist für das Stillen die Stillzeit im ersten Lebensjahr wie folgt an die Arbeitszeit anzurechnen: (a.) Stillzeit im Betrieb gilt als Arbeitszeit; (b.) verlässt die Arbeitnehmerin den Arbeitsort zum Stillen, ist die Hälfte dieser Abwesenheit als Arbeitszeit anzuerkennen; (c.) die übrige Stillzeit darf weder vor- noch nachgeholt werden, sie darf auch nicht anderen gesetzlichen Ruhe- oder Ausgleichsruhezeiten angerechnet werden. Gemäss dem neuen Art. 60 Abs. 2 sind stillenden Müttern die für das Stillen oder für das Abpumpen von Milch erforderlichen Zeiten freizugeben. Davon wird im ersten Lebensjahr des Kindes als bezahlte Arbeitszeit angerechnet: (a.) bei einer täglichen Arbeitszeit von bis zu 4 Stunden: mindestens 30 Minuten; (b.) bei einer täglichen Arbeitszeit von mehr als 4 Stunden: mindestens 60 Minuten; (c.) bei einer täglichen Arbeitszeit von mehr als 7 Stunden: mindestens 90 Minuten. Die Änderung ist am 1. Juni 2014 in Kraft getreten. AS 2014, 999

5. *Verordnung über die schrittweise Einführung des freien Personenverkehrs zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Union und deren Mitgliedstaaten sowie unter den Mitgliedstaaten der Europäischen Freihandelsassoziation (Verordnung über die Einführung des freien Personenverkehrs, VEP), Änderung vom 30. April 2014*

Das Bundesamt für Migration (BFM) teilt die in Anwendung des Freizügigkeitsabkommens festgesetzten Höchstzahlen der Aufenthaltsbewilligung (nur noch) für die Staatsangehörigen von Bulgarien und Rumänien auf. Die Änderung ist am 1. Juni 2014 in Kraft getreten. AS 2014, 1099

6. *Verordnung über die Berufsbildung (Berufsbildungsverordnung, BBV). Änderung vom 20. Juni 2014*

Gemäss dem neuen Art. 69a werden kroatische Berufsqualifikationen von Staatsangehörigen aus EU-/EFTA-Ländern, welche die Ausübung eines reglementierten Berufs in der Schweiz ermöglichen, in Anwendung der Richtlinie 2005/36/EG in der für die Schweiz verbindlichen Fassung gemäss Anhang III Abschnitt A Ziffer 1 des Abkommens vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit anerkannt. Für die Anerkennung im sektoriellen System der Berufsqualifikationen von Krankenschwestern und Krankenpflegern für allgemeine Pflege gelten die entsprechenden Bestimmungen in Anhang III Ziffer 1 des Vertrags über den Beitritt der Republik Kroatien zur EU und in der Richtlinie 2013/25/EU. Die Änderung ist am 1. Juli 2014 in Kraft getreten. AS 2014, 1873

7. *Bundespersonalverordnung (BPV). Änderung vom 20. Juni 2014*

Nach dem neuen Art. 88f beteiligt sich der Arbeitgeber an der Finanzierung einer Überbrückungsrente, wenn die angestellte Person freiwillig vorzeitig ganz oder teilweise pensioniert wird. Im 7. Kapitel (Massnahmen und Leistungen des Arbeitgebers in besonderen Fällen, 1. Abschnitt: Umstrukturierungen und Reorganisationen) werden neu die Art. 104a–104f eingefügt (zumutbare Stellen, Weiterbeschäftigung auf einer anderen Stelle in der Bundesverwaltung, Auflösung des Arbeitsverhältnisses). Gemäss dem geänderten Art. 105 wird für den Fall von Umstrukturierungen und Reorganisationen, die den Abbau von Stellen vorsehen, ein Sozialplan festgelegt. Nach dem neuen Art. 105a können Angestellte frühestens ab dem vollendeten 60. Altersjahr und nach mindestens zehn ununterbrochenen Anstellungsjahren vorzeitig ganz oder teilweise nach Sozialplan pensioniert werden. Die Änderung ist am 1. August 2014 in Kraft getreten. AS 2014, 2171

8. *Verordnung 5 zum Arbeitsgesetz (Jugendarbeitsschutzverordnung, ArGV 5). Änderung vom 25. Juni 2014*

Gemäss Art. 4 Abs. 1 dürfen Jugendliche (unter 18 Jahren) nicht für gefährliche Arbeiten herangezogen werden. Nach dem geänderten Abs. 4 kann das Staatssekretariat für Bildung, Forschung und Innovation (SBFI) mit Zustimmung des SECO für Jugendliche ab 15 Jahren (derzeit geltend: ab 16 Jahren) in den Bildungsverordnungen Ausnahmen vorsehen, sofern dies für das Erreichen der Ziele der beruflichen Grundbildung oder von behördlich anerkannten Kursen unentbehrlich ist. Neu definieren die Organisationen der Arbeitswelt im Anhang zu den Bildungsplänen begleitende Massnahmen der Arbeitssicherheit und des Gesundheitsschutzes. Gemäss Art. 21 Abs. 2 konsultiert das SBFI bei der Ausarbeitung der Bildungsverordnungen und vor der Genehmigung der Bildungspläne das SECO. Neu holt das SECO die Stellungnahme der SUVA und gegebenenfalls anderer Fachorganisationen der Arbeitssicherheit und des Gesundheitsschutzes ein. Die Änderung ist am 1. August 2014 in Kraft getreten. AS 2014, 2241

9. *Verordnung 2 zum Arbeitsgesetz (ArGV 2) (Sonderbestimmungen für bestimmte Gruppen von Betrieben oder Arbeitnehmern und Arbeitnehmerinnen). Änderung vom 20. August 2014*

Gemäss dem neuen Art. 43a sind auf Veranstaltungsdienstleistungsbetriebe und die in ihnen beschäftigten Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen Artikel 4 [Befreiung von der Bewilligungspflicht für Nacht- und Sonntagsarbeit sowie für den ununterbrochenen Betrieb] für die ganze Nacht und den ganzen Sonntag sowie die Artikel 7 [Verlängerung der Arbeitswoche] Absatz 1, 10 Absatz 4, 11, 12 Absatz 1 und 13 anwendbar, soweit Nacht- und Sonntagsarbeit für den Auf- und Abbau von Veranstaltungen und deren Einrichtungen sowie für deren Bedienung und Unterhalt notwendig sind. Artikel 7 Absatz 1 ist nur anwendbar auf Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen, die bei einer länger dauernden zusammenhängenden Veranstaltung zum Einsatz gelangen. Artikel 7 Absatz 1 und Artikel 10 Absatz 4 dürfen nicht gleichzeitig in Anspruch genommen werden. Veranstaltungsdienstleistungsbetriebe sind Betriebe, die Leistungen für die Organisation und Durchführung von Veranstaltungen wie Tourneeproduktionen, Festivals, Konzerte, Musicals, Marketinganlässe, Versammlungen, Galaveranstaltungen oder Sportanlässe erbringen. Die Änderung ist am 15. September 2014 in Kraft getreten. AS 2014, 2765

10. *Verordnung über den nationalen Qualifikationsrahmen für Abschlüsse der Berufsbildung (V-NQR-BB) vom 27. August 2014*

Die Verordnung legt den nationalen Qualifikationsrahmen für Abschlüsse der Berufsbildung (Qualifikationsrahmen) sowie die Zeugniserläuterungen und die Diplomzusätze für solche Abschlüsse fest. Mit dem

Qualifikationsrahmen sollen die nationale und die internationale Transparenz und Vergleichbarkeit der Berufsbildungsabschlüsse hergestellt und damit die Mobilität im Arbeitsmarkt gefördert werden (Art. 1). Die Verordnung gilt für die vom Staatssekretariat für Bildung, Forschung und Innovation (SBFI) geregelten Bildungsgänge und ihre Abschlüsse (Berufsbildungsabschlüsse): (a.) der beruflichen Grundbildung; (b.) der höheren Berufsbildung; (c.) der Bildung von Berufsbildungsverantwortlichen (Art. 1). Der Qualifikationsrahmen umfasst acht Niveaustufen mit den drei Anforderungskategorien «Kenntnisse», «Fertigkeiten» und «Kompetenzen» (Art. 3 Abs. 1). Zu jedem Abschluss der beruflichen Grundbildung wird eine standardisierte Zeugniserläuterung erstellt. Zu jedem Abschluss der höheren Berufsbildung und der Bildung von Berufsbildungsverantwortlichen wird ein personalisierter Diplommzusatz erstellt (Art. 4 Abs. 1 und 2). Die Verordnung ist am 1. Oktober 2014 in Kraft getreten. AS 2014, 2819

11. Verordnung über die Meldepflicht und die Nachprüfung der Berufsqualifikationen von Dienstleistungserbringerinnen und -erbringern in reglementierten Berufen (VMD). Änderung vom 27. August 2014

Gemäss Punkt I der Verordnung erhält Anhang 1 der Verordnung vom 26. Juni 2013 über die Meldepflicht und die Nachprüfung der Berufsqualifikationen von Dienstleistungserbringerinnen und -erbringern in reglementierten Berufen die neue Fassung gemäss Beilage. Die Verordnung ist am 1. Oktober 2014 in Kraft getreten. AS 2014, 2925

12. Verordnung über die in die Schweiz entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer (EntsV). Änderung vom 19. September 2014

Gemäss dem geltenden Art. 6 Abs. 1 ist das Meldeverfahren für alle Arbeiten obligatorisch, die länger als acht Tage pro Kalenderjahr dauern. Bei den in Art. 6 Abs. 2 lit. a–f angeführten Tätigkeiten hat die Meldung unabhängig von der Dauer der Arbeiten zu erfolgen. Gemäss dem neuen lit. g gilt dies auch für den Garten- und Landschaftsbau. Die Änderung ist am 1. November 2014 in Kraft getreten. AS 2014, 3175

13. Verordnung über die Arbeit in Unternehmen des öffentlichen Verkehrs (Verordnung zum Arbeitszeitgesetz, AZGV). Änderung vom 8. Oktober 2014

Gemäss dem geänderten Art. 29 können die Unternehmen und die Arbeitnehmervertreter für die Sicherheitsorgane nach Artikel 2 des Bundesgesetzes vom 18. Juni 2010 über die Sicherheitsorgane der Transportunternehmen im öffentlichen Verkehr und für das Zugbegleitpersonal, die für die Beförderung zu Sportveranstaltungen (bisher: die zur Begleitung von Fussballfanextrazügen) eingesetzt werden, schriftlich vereinbaren,

dass überschritten werden darf: (a.) die Dienstschicht an einzelnen Tagen nach Artikel 6 Absatz 1 zweiter Satz AZG um höchstens zwei Stunden; (b.) die ununterbrochene Arbeitszeit von höchstens fünf Stunden nach Artikel 11 Absatz 4 um höchstens zwei Stunden; (c.) die Höchstarbeitszeit innerhalb einer einzelnen Dienstschicht nach Artikel 4 Absatz 3 AZG um höchstens fünf Stunden; sie darf jedoch innerhalb von sieben aufeinanderfolgenden Arbeitstagen 72 Stunden nicht überschreiten. Die Änderung ist am 1. Dezember 2014 in Kraft getreten. AS 2014, 3261

14. Bundespersonalverordnung (BPV). Änderung vom 15. Oktober 2014

Gemäss dem geänderten Art. 17 werden die Leistungen und das Verhalten der Angestellten wie folgt beurteilt: (a.) Beurteilungsstufe 4: sehr gut (bisher: übertrifft die Ziele deutlich); (b.) Beurteilungsstufe 3: gut (bisher: erreicht die Ziele vollständig); (c.) Beurteilungsstufe 2: genügend (bisher: erreicht die Ziele weitgehend); (d.) Beurteilungsstufe 1: ungenügend (bisher: erreicht die Ziele nicht). Gemäss dem geänderten Art. 39 Abs. 4 kann bei Leistungen der Beurteilungsstufe 2 der Lohn jährlich um höchstens 1 Prozent (bisher: 1–2 Prozent) erhöht werden, bis der Höchstbetrag der Lohnklasse erreicht ist. Gemäss dem geänderten Art. 49 Abs. 1 können überdurchschnittliche Leistungen und besondere Einsätze mit Leistungsprämien abgegolten werden (bisher: Leistungsprämien von insgesamt bis zu 15 Prozent des Höchstbetrags der Lohnklasse). Gemäss Abs. 2 dürfen Angestellten mit Leistungen der Beurteilungsstufen 1 und 2 (bisher: Beurteilungsstufe 1) keine Leistungsprämien ausgerichtet werden. Gemäss dem neuen Art. 49a können für die sofortige Abgeltung besonderer Einsätze und Leistungen Spontanprämien in Form von Naturalien bis zum Gegenwert von 500 Franken ausgerichtet werden. Angestellten mit Leistungen der Beurteilungsstufe 1 dürfen keine Spontanprämien ausgerichtet werden. Gemäss Art. 49b dürfen die Leistungs- und die Spontanprämien zusammen pro Kalenderjahr 15 Prozent des Höchstbetrags der Lohnklasse nach Arbeitsvertrag nicht überschreiten. Die Änderung ist am 1. Januar 2015 in Kraft getreten. AS 2014, 3403

15. Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE). Änderung vom 22. Oktober 2014

In Art. 12 Abs. 1 und 3 (Kurzfristige Erwerbstätigkeit) wird der Begriff «Cabaret-Tänzerinnen und -Tänzer nach Artikel 34» gestrichen. Art. 34 (Cabaret-Tänzerinnen und -Tänzer) wird aufgehoben. In Art. 71 Abs. 3 (Ausländerausweise nach Artikel 41 Absatz 1 AuG) sowie in Art. 85 Abs. 2 (Zustimmungspflichtige Bewilligungen und Vorentscheide) wird der Begriff «Cabaret-Tänzerinnen und -Tänzer (Art. 34)» ebenfalls gestrichen. Die Änderung tritt am 1. Januar 2016 in Kraft. AS 2014, 3541

16. *Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE). Änderung vom 28. November 2014*

Die Sachüberschrift des geltenden Art. 19 lautet wie folgt: Höchstzahlen für Kurzaufenthaltsbewilligungen für Personen aus Staaten, die nicht Mitgliedstaaten der Europäischen Union (EU) oder der Europäischen Freihandelsassoziation (EFTA) sind. Abs. 1 des geltenden Art. 19 lautet wie folgt: Für Personen aus Staaten, die nicht Mitgliedstaaten der EU oder der EFTA sind, können die Kantone Kurzaufenthaltsbewilligungen im Rahmen der Höchstzahlen nach Anhang 1 Ziffer 1 Buchstabe a erteilen. Die neue Sachüberschrift von Art. 19 lautet wie folgt: Höchstzahlen für Kurzaufenthaltsbewilligungen. Abs. 1 des neuen Art. 19 lautet wie folgt: Für Ausländerinnen und Ausländer, die nicht vom Geltungsbereich des Abkommens vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (FZA) oder des Übereinkommens vom 4. Januar 1960 zur Errichtung der Europäischen Freihandelsassoziation (EFTA-Übereinkommen) erfasst werden, können die Kantone Kurzaufenthaltsbewilligungen im Rahmen der Höchstzahlen nach Anhang 1 Ziffer 1 Buchstabe a erteilen. Die Art. 19a, 20 und 20a wurden entsprechend geändert. Die Änderung ist am 1. Januar 2015 in Kraft getreten. AS 2014, 4441

17. *Verordnung des EDA zur Bundespersonalverordnung (VBPV-EDA). Änderung vom 16. November 2014*

Es werden insbesondere die Art. 3 (Begriffe) lit. a und f, Art. 6 (Versetzung), Art. 11 (Zielvereinbarung und Leistungsbeurteilung) sowie Art. 13 (Anstellungsvoraussetzungen für die Karrieredienste und das Rotationspersonal) geändert. Gemäss dem geltenden Art. 13 muss, wer sich um eine Anstellung in den Karrierediensten bewirbt, im Jahr des Zulassungswettbewerbs für den diplomatischen Dienst und für den konsularischen Dienst im Bereich Betriebsführungsfunktionen höchstens 35 Jahre alt und für den konsularischen Dienst im Bereich konsularische Dienstleistungen und Administration höchstens 32 Jahre alt sein. Gemäss dem neuen Art. 35 muss, wer sich um eine Anstellung in den Karrierediensten bewirbt, einen Zulassungswettbewerb bestehen und im Jahr des Zulassungswettbewerbs höchstens 35 Jahre alt sein. Die Änderung ist am 1. Januar 2015 in Kraft getreten. AS 2014, 4453

18. *Verordnungen des SBFI über die berufliche Grundbildung*

Physiklaborantin/Physiklaborant; Strassentransportpraktikerin/Strassentransportpraktiker EBA; Maurerin/Maurer EFZ (Änderung); Baupraktikerin/Baupraktiker EBA (Änderung); Textilpraktikerin/Textilpraktiker EBA; Malerin/Maler EFZ; Malerpraktikerin/Malerpraktiker EBA; Gipserin-Trockenbauerin/Gipser-Trockenbauer EFZ; Gipserpraktikerin/Gipserprak-

tiker EBA; Chemie- und Pharmatechnologin/Chemie- und Pharmatechnologe EFZ; Fachfrau Betriebsunterhalt/Fachmann Betriebsunterhalt EFZ; Unterhaltspraktikerin/Unterhaltspraktiker EBA; Gestalterin Werbetechnik/Gestalter Werbetechnik EFZ; Spenglerin/Spengler EFZ; Fachfrau/Fachmann öffentlicher Verkehr EFZ; Fachfrau Information und Dokumentation/Fachmann Information und Dokumentation EFZ (Änderung). EFZ. AS 2014, 493, 531, 2349, 2351, 2461, 2619, 2621, 2623, 2625, 3119, 3257, 3259, 3623, 3625, 3627, 4339

II. Bundesblatt (BBl)

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

1. *Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Verjährungsrecht) vom 29. November 2013. Entwurf Obligationenrecht (Revision des Verjährungsrechts)*

Mit dem vorliegenden Entwurf soll das Verjährungsrecht in einzelnen Punkten verbessert und vereinfacht werden. Ein wichtiges Element der Vorlage ist die Verlängerung der relativen Verjährungsfrist für Ansprüche aus Delikts- oder Bereicherungsrecht von einem auf drei Jahre. Um die Geltendmachung von Spätschäden zu erleichtern, soll die absolute Verjährungsfrist von zehn auf dreissig Jahre verlängert werden, soweit es um Personenschäden geht. Eine weitere Verlängerung der Verjährungsfristen ergibt sich aus der Streichung von Art. 128 OR. Dieser Artikel wird im heutigen Schrifttum infolge der Änderung der Verkehrssitten mehrheitlich als weitgehend überholt bezeichnet, was sich in einer engen Auslegung dieser Bestimmung durch das Bundesgericht niederschlägt. Tatsächlich ist aus heutiger Sicht kaum mehr begründbar, weshalb beispielweise Kaufpreisforderungen – mit Ausnahme der «Forderungen aus Lieferung von Lebensmitteln» oder dem «Kleinverkauf von Waren» (Art. 128 Ziff. 2 und 2 OR) – erst nach zehn Jahren verjähren, während Lohnforderungen bereits nach fünf Jahren verjähren, nicht aber allfällige Gegenforderungen des Arbeitgebers. Die Streichung des Ausnahmekatalogs von Art. 128 OR dient dem Ziel der Vereinheitlichung des Verjährungsrechts. Die bisher in Art. 128 OR aufgeführten Forderungen verjähren folglich gemäss Art. 127 OR grundsätzlich neu ebenfalls nach zehn Jahren. Nach dem vorliegenden Revisionsentwurf soll der neue Art. 128 OR in Zukunft die Verjährung von Forderungen auf Schadenersatz oder Genugtuung aus Personenschäden regeln. Es handelt sich dabei um die Parallelbestimmung zu Art. 60 Abs. 1^{bis}

E-OR für Forderungen aus Vertrag. Beispielhaft ist dabei an Forderungen von Arbeitnehmern gegen ihren (früheren) Arbeitgeber für gesundheitliche Asbestschäden zu denken. Wie bei Art. 60 Abs. 1^{bis} E-OR handelt es sich um doppelte Fristen mit einer relativen und einer absoluten Frist, was im Vertragsrecht eine Ausnahme darstellt. Die damit verbundene ausnahmsweise Verkürzung der Verjährungsfrist durch die subjektiv bestimmte, relative Verjährungsfrist von drei Jahren erscheint sachgerecht und gerechtfertigt, gerade weil sie – anders als Art. 127 OR – an die Kenntnis des Geschädigten vom Schaden und der Person des Ersatzpflichtigen anknüpft beziehungsweise diese voraussetzt. Gemäss dem Entwurf werden die Art. 60 Abs. 1, Abs. 1^{bis} (neu) und Abs. 2 OR, Art. 67 Abs. 1 OR, Art. 128 OR, Art. 134 Abs. 1 Ziff. 6, 7 und 8 (neu) OR, Art. 136 Abs. 1, Abs. 2 und Abs. 4 (neu) OR, Art. 141 Randtitel, Abs. 1, Abs. 1^{bis} (neu) und 4 (neu) OR, Art. 760 OR, Art. 878 Abs. 2 OR und Art. 919 OR geändert. Die Änderung anderer Erlasse wird im Anhang geregelt. Art. 128 OR lautet neu wie folgt: Forderungen auf Schadenersatz oder Genugtuung aus vertragswidriger Körperverletzung oder Tötung eines Menschen verjähren mit Ablauf von drei Jahren vom Tage an gerechnet, an welchem der Geschädigte Kenntnis vom Schaden erlangt hat, jedenfalls aber mit Ablauf von dreissig Jahren, vom Tage an gerechnet, an welchem das schädigende Verhalten erfolgte oder aufhörte. Das Gesetz untersteht dem fakultativen Referendum. Der Bundesrat bestimmt das Inkrafttreten. BBl 2014, 235, 287

2. *Vernehmlassungsverfahren. Bundesgesetz über die Ladenöffnungszeiten (LadÖG). Umsetzung der Motion Lombardi (12.3637): Frankenstärke. Teilharmonisierung der Ladenöffnungszeiten*

Mit dem vorgeschlagenen neuen Gesetz sollen alle Schweizer Detailhandelsunternehmen die Möglichkeit erhalten, ihre Geschäfte zwischen 6 und 20 Uhr unter der Woche und am Samstag zwischen 6 und 19 Uhr offen zu halten. Der Sonntag ist nicht betroffen und die kantonalen Feiertage sind ausgenommen. Der Bundesrat hat die Vernehmlassung zu einem neuen Gesetz mit diesem minimalen Rahmen für die Ladenöffnungszeiten an Werktagen auf nationaler Ebene eröffnet. Er setzt damit die vom Parlament angenommene Motion Lombardi (12.3637) «Frankenstärke. Teilharmonisierung der Ladenöffnungszeiten» um. Vernehmlassungsfrist: 30. Mai 2014. BBl 2014, 1785

3. *Parlamentarische Initiative. Für ein Auslandschweizergesetz. Bericht der Staatspolitischen Kommission des Ständerates vom 27. Januar 2014. Entwurf Bundesgesetz über Schweizer Personen und Institutionen im Ausland (Auslandschweizergesetz, ASG)*

732 183 Personen waren Ende 2013 als Auslandschweizer angemeldet. Im vorliegenden Entwurf für ein Bundesgesetz über Schweizer Personen und Institutionen im Ausland (Auslandschweizergesetz, ASG) sollen

die verschiedenen Bestimmungen, die Auslandschweizer betreffen, in einem Erlass übersichtlich und in sich kohärent zusammengefasst werden. So regelt das ASG die Betreuung und Vernetzung der Auslandschweizer, ihre politischen Rechte, allfällige Sozialhilfeleistungen sowie die Vermittlung schweizerischer Bildung im Ausland. Immer mehr Schweizer halten sich vorübergehend im Ausland auf, sei dies z.B. zu Ferienzwecken, zu Bildungszwecken oder aus beruflichen Gründen. Die Zusammenfassung der Bestimmungen ermöglicht es, gewisse Prinzipien des Bundes in seinen Beziehungen gegenüber dieser Personengruppe festzuhalten. Zentral ist dabei das Prinzip der Eigenverantwortung. Danach soll jede Person die Verantwortung bei der Vorbereitung und Durchführung eines Auslandsaufenthaltes oder bei der Ausübung einer Tätigkeit im Ausland tragen. Gemäss Art. 68 E-ASG unterhält das EDA einen Aus- und Rückwanderungs-Beratungsdienst nach Art. 25 Abs. 1 Arbeitsvermittlungsgesetz (AVG). Der Beratungsdienst informiert schweizerische Rückwanderer aus dem Ausland über Einreise und Lebensbedingungen. Gemäss Art. 83 E-ASG wird die Aufhebung und die Änderung bisherigen Rechts im Anhang geregelt. Gemäss Pkt. 5 des Anhangs wird Art. 25 AVG wie folgt geändert: Das EDA (bisher: Bundesamt für Migration) unterhält einen Beratungsdienst, der ohne Gewähr Informationen über Einreise, Arbeitsmöglichkeiten und Lebensbedingungen in ausländischen Staaten beschafft und an Personen weitergibt, die im Ausland eine Erwerbstätigkeit ausüben wollen. Das SECO (bisher: Bundesamt für Migration) unterstützt die rückwanderungswilligen Schweizer Staatsangehörigen bei ihrer Arbeitssuche und koordiniert die Bemühungen der Arbeitsämter bei der Vermittlung schweizerischer Rückwanderer aus dem Ausland. Das Gesetz untersteht dem fakultativen Referendum. Der Bundesrat bestimmt das Inkrafttreten. BBl 2014, 1915, 1975

4. *Botschaft über die Änderung des Strafgesetzbuchs (Korruptionsstrafrecht) vom 30. April 2014. Entwurf Schweizerisches Strafgesetzbuch (Korruptionsstrafrecht)*

Wie in der Botschaft ausgeführt, haben sich die in den Jahren 2000 und 2006 eingeführten Bestechungsstrafnormen im Grossen und Ganzen bewährt. Es müssen jedoch einzelne Verbesserungen angebracht werden, dies insbesondere im Bereich der Bestechung Privater, die neu von Amtes wegen verfolgt und im Strafgesetzbuch pönalisiert werden soll. Gemäss dem neuen Art. 322^{octies} wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft, wer einem Arbeitnehmer, einem Gesellschafter, einem Beauftragten oder einer anderen Hilfsperson eines Dritten im privaten Sektor im Zusammenhang mit dessen dienstlicher oder geschäftlicher Tätigkeit für eine pflichtwidrige oder eine im Ermessen stehende Handlung oder Unterlassung zu dessen Gunsten oder zu Gunsten eines Dritten einen nicht gebührenden Vorteil anbietet, verspricht oder gewährt. Gemäss dem neuen

Art. 322^{novies} wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft, wer als Arbeitnehmer, als Gesellschafter, als Auftraggeber oder als andere Hilfsperson eines Dritten im privaten Sektor im Zusammenhang mit seiner dienstlichen oder geschäftlichen Tätigkeit für eine pflichtwidrige oder eine im Ermessen stehende Handlung oder Unterlassung für sich oder einen Dritten einen nicht gebührenden Vorteil fordert, sich versprechen lässt oder annimmt. Das Gesetz untersteht dem fakultativen Referendum. Der Bundesrat bestimmt das Inkrafttreten. BBl 2014, 3591, 3615

5. *Bundesbeschluss über die Volksinitiative «Stopp der Überbevölkerung – zur Sicherung der natürlichen Lebensgrundlagen» vom 20. Juni 2014*

Die Volksinitiative ist gültig und wird Volk und Ständen zur Abstimmung unterbreitet. Gemäss der Volksinitiative soll in die Bundesverfassung ein neuer Art. 73a eingefügt werden. Dieser Verfassungsbestimmung zufolge strebt der Bund auf dem Gebiet der Schweiz eine Einwohnerzahl auf einem Niveau an, auf dem die natürlichen Lebensgrundlagen dauerhaft sichergestellt sind. Er unterstützt dieses Ziel auch in anderen Ländern, namentlich im Rahmen der internationalen Entwicklungszusammenarbeit (Abs. 1). Die ständige Wohnbevölkerung in der Schweiz darf infolge Zuwanderung im dreijährigen Durchschnitt nicht um mehr als 0,2 Prozent pro Jahr wachsen (Abs. 2). Der Bund investiert mindestens 10 Prozent seiner in die internationale Entwicklungszusammenarbeit fließenden Mittel in Massnahmen zur Förderung der freiwilligen Familienplanung (Abs. 3). Er darf keine völkerrechtlichen Verträge abschliessen, die gegen die Bestimmungen dieses Artikels verstossen oder Massnahmen verhindern oder erschweren, die zur Erreichung der Ziele dieses Artikels geeignet sind (Abs. 4). Die Bundesversammlung empfiehlt Volk und Ständen, die Initiative abzulehnen. BBl 2014, 5074

6. *Bundesgesetz über die Weiterbildung (WeBiG) vom 20. Juni 2014*

Zweck des Gesetzes ist es, die Weiterbildung als Teil des lebenslangen Lernens im Bildungsraum Schweiz zu stärken (Art. 1). Der Bund verfolgt in der Weiterbildung gemeinsam mit den Kantonen namentlich die Ziele: die Initiative der Einzelnen, sich weiterzubilden, zu unterstützen; Voraussetzungen zu schaffen, die allen Personen die Teilnahme an Weiterbildung ermöglichen sowie die Arbeitsmarktfähigkeit gering qualifizierter Personen zu verbessern (Art. 4 lit. a–c). Der einzelne Mensch trägt die Verantwortung für seine Weiterbildung (Art. 5 Abs. 1). Die öffentlichen und die privaten Arbeitgeber begünstigen die Weiterbildung ihrer Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter (Art. 5 Abs. 2). Bund und Kantone sind bestrebt, mit der von ihnen geregelten oder unterstützten Weiterbildung insbesondere: die tatsächliche Gleichstellung von Frauen und Männern zu verwirklichen; den besonderen Bedürfnissen von Menschen mit Be-

hin_ derungen Rechnung zu tragen; die Integration von Ausländerinnen und Ausländern zu erleichtern sowie den Wiedereinstieg ins Berufsleben zu erleichtern (Art. 8). Das Gesetz untersteht dem fakultativen Referendum. Ablauf der Referendumsfrist: 9. Oktober 2014. BBl 2014, 5177

7. *Bundesbeschluss über die Genehmigung des Übereinkommens Nr. 189 der Internationalen Arbeitsorganisation über menschenwürdige Arbeit für Hausangestellte vom 20. Juni 2014*

Gemäss Art. 1 des Bundesbeschlusses wird das Übereinkommen Nr. 189 vom 16. Juni 2011 über menschenwürdige Arbeit für Hausangestellte, 2011, genehmigt. Der Bundesrat wird ermächtigt, das Übereinkommen zu ratifizieren. Dieser Beschluss untersteht dem fakultativen Referendum. Ablauf der Referendumsfrist: 9. Oktober 2014. BBl 2014, 5209

8. *Vernehmlassungsverfahren. Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung. Bundesgesetz zur Optimierung der flankierenden Massnahmen zur Personenfreizügigkeit*

Die Vernehmlassungsvorlage umfasst eine Anpassung des Entsendegesetzes (EntsG), des Obligationenrechts (OR) und des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (AVEG). Die flankierenden Massnahmen zur Personenfreizügigkeit sollen optimiert werden, indem die Obergrenze für Verwaltungsstrafen erhöht wird, Erleichterungen bei der Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen eingeführt werden und die Voraussetzungen zur Verlängerung eines Normalarbeitsvertrages definiert werden. Vernehmlassungsfrist: 19. Dezember 2014. BBl 2014, 6843

9. *Aufenthalt von Ausländerinnen und Ausländern unter dem Personenfreizügigkeitsabkommen. Evaluation zum Aufenthalt von Ausländerinnen und Ausländern unter dem Personenfreizügigkeitsabkommen. Bericht der Parlamentarischen Verwaltungskontrolle (PVK) zuhanden der Geschäftsprüfungskommission des Nationalrates vom 6. November 2013. Bericht der Geschäftsprüfungskommission des Nationalrates (GPK-N) vom 4. April 2014. Stellungnahme des Bundesrates vom 13. August 2014*

Der Bericht der GPK-N stützt sich auf die Beurteilungen im Evaluationsbericht der PVK. Wie im Bericht der GPK-N ausgeführt, hat bei FZA-Zuwanderern die Bewilligungserteilung nur deklaratorische Bedeutung, d.h., das Aufenthaltsrecht kann nur bei Vorliegen besonderer Umstände (Gefährdung der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit oder wenn EU-/EFTA-Angehörige länger die Schweiz verlassen) und unter restriktiven Bedingungen eingeschränkt werden. Ein Sozialleistungsbezug hat grundsätzlich keine aufenthaltsrechtlichen Konsequenzen. Vielmehr kön-

nen die FZA-Zuwanderer gegenüber den verschiedenen Sozialversicherungen (bezüglich Alter, Invalidität, Tod, Krankheit, Mutterschaft, Unfall, Arbeitslosigkeit, Familienleistungen) dieselben Leistungsansprüche geltend machen wie Schweizer. Dabei werden in anderen Vertragsstaaten verbrachte und einen Leistungsanspruch begründende Beitragszeiten angerechnet, so z.B. in Bezug auf Leistungen der Arbeitslosenversicherung. Auch hat bei Arbeitnehmern (im Gegensatz zu Selbständigerwerbenden) ein Sozialhilfebezug keine aufenthaltsrechtlichen Konsequenzen, weil das Aufenthaltsrecht hier an die Erwerbstätigkeit anknüpft. Arbeitslosigkeit kann bei zugewanderten Personen, deren Bewilligung an die unselbständige Erwerbstätigkeit gebunden ist, aber unter bestimmten Umständen aufenthaltsrechtliche Konsequenzen haben. Von Bedeutung sind dabei u.a. der Bewilligungstyp, die Dauer der Arbeitslosigkeit, ob die Arbeitslosigkeit freiwillig oder unfreiwillig ist und ob die Arbeitslosigkeit «vom zuständigen Arbeitsamt ordnungsgemäss bestätigt» wurde. Alles in allem schätzt die PVK in ihrem Bericht das Potenzial zur Beschränkung des Aufenthaltes von FZA-Zugewanderten aufgrund von Sozialleistungsbezügen als insgesamt sehr gering ein. Sie verweist darauf, dass in den ersten Jahren nach Inkrafttreten des FZA die Sozialleistungsquoten (Arbeitslosenentschädigung, Sozialhilfe, IV-Renten) der Zugewanderten tiefer waren als jene der Schweizer oder jene der Personen, die vor dem FZA zugewandert sind. Mit zunehmender Aufenthaltsdauer steigen die Bezugsquoten der FZA-Zugewanderten sowohl bei der ALE als auch bei der Sozialhilfe an. Die durchschnittliche Sozialhilfebezugsquote aller FZA-Zugewanderten steigt stetig an, liegt aber bisher unter jener der Schweizer/innen. Die ALE-Bezugsquote der FZA-Zugewanderten ist dagegen schon in den letzten beiden untersuchten Jahren (2009/2010) deutlich höher als jene der Schweizer. Der Bundesrat verweist in seiner Stellungnahme darauf, dass Volk und Stände am 9. Februar 2014 die Volksinitiative «Gegen Masseneinwanderung» angenommen haben. Die neuen Verfassungsbestimmungen gewähren Bundesrat und Parlament für die Umsetzung drei Jahre Zeit (also bis Februar 2017). In der Zwischenzeit bleibt das FZA in Kraft. Seine Stellungnahme zu den Empfehlungen der GPK-N sei daher in diesem Zusammenhang zu verstehen. Der Bundesrat teilt die Empfehlung der GPK-N, dass die Lohnentwicklungen und Sozialleistungsbezugsquoten genau zu beobachten sind. Er anerkennt auch den von der GPK-N ausgemachten Handlungsbedarf betreffend den Zugang der Migrationsbehörden zu Informationen über den Sozialleistungsbezug. Der Bundesrat wird sich weiterhin dafür einsetzen, dass die vorhandenen Möglichkeiten zur Beendigung oder Befristung des Aufenthaltsrechts genutzt werden, indem er die hierfür erforderlichen rechtlichen Grundlagen schafft und entsprechende Weisungen an die Vollzugsbehörden erlässt. Auch wird er eine formelle gesetzliche Grundlage im Bundesrecht vorschlagen, worin verankert wird, wie lange und unter welchen Voraussetzungen das Aufenthaltsrecht bei unfreiwilliger Arbeitslosigkeit fortbesteht. Er anerkennt den Handlungsbe-

darf, was die Regelung der Folgen einer Arbeitslosigkeit für das Aufenthaltsrecht betrifft. BBl 2014, 8201, 8221, 8277

10. *Botschaft zur Volksinitiative «AHVplus: für eine starke AHV» vom 19. November 2014. Entwurf Bundesbeschluss*

Wie in der Botschaft ausgeführt, will der schweizerische Gewerkschaftsbund (SGB) mit seiner Volksinitiative «AHVplus: für eine starke AHV» die Altersrenten der Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHV) erhöhen. Auf diese Renten soll ein Zuschlag von 10% ausgerichtet werden. Damit soll der sinkenden AHV-Ersatzquote sowie einem befürchteten Leistungsdruck auf die Renten der beruflichen Vorsorge entgegengewirkt werden. In der Botschaft wird positiv vermerkt, dass die Initiative auf einen grossen Teil der Bezüger von AHV-Renten positive Auswirkungen hätte. Bei deren Annahme würden sie höhere Leistungen aus der AHV beziehen, wodurch sich ihre finanzielle Situation verbessern würde. In der Botschaft wird aber auch zu bedenken gegeben, dass den positiven Folgen auch negative Auswirkungen entgegenstehen, insbesondere bezüglich der Finanzierung. Eine Annahme der Initiative hätte zur Folge, dass bei Inkrafttreten 2018 die Ausgaben der Alters- und Hinterlassenenversicherung um jährlich rund 4,1 Milliarden Franken steigen würden. Zudem würde ein solcher Zuschlag für Rentenbezüger aus tiefen Einkommensklassen nicht zwingend eine finanzielle Verbesserung bedeuten. Bei Personen, die Ergänzungsleistungen beziehen, würde der Zuschlag durch tiefere Ergänzungsleistungen ganz oder teilweise wieder kompensiert. Bei Rentnern aus höheren Einkommensklassen hingegen ist ein solcher Zuschlag sozialpolitisch kaum oder gar nicht gerechtfertigt. Der Bundesrat beantragt daher den eidgenössischen Räten, die Volksinitiative «AHVplus: für eine starke AHV» Volk und Ständen ohne direkten Gegenentwurf und ohne indirekten Gegenvorschlag zur Ablehnung zu empfehlen. BBl 2014, 9281, 9303

III. Initiativen

1. *Volksinitiativen*

Volksinitiative «Raus aus der Sackgasse! Verzicht auf die Wiedereinführung von Zuwanderungskontingenten». Vorprüfung vom 18. November 2014 (BBl 2014, 9009)

Volksinitiative «AHVplus: für eine starke AHV». Zustande gekommen am 15. Januar 2014. Botschaft des Bundesrats 19. November 2014 (BBl 2014, 9281)

Volksinitiative «Mehr Ausbildungsplätze in der Humanmedizin – Stopp dem drohenden Ärztemangel!» Im Sammelstadium gescheitert: 10. Oktober 2014 (BBl 2014, 8489)

Volksinitiative «Für ein bedingungsloses Grundeinkommen». Zustandekommen am 7. November 2013 (BBl 2013 8661). Botschaft des Bundesrats vom 27. August 2014 (BBl 2014 6551)

Volksinitiative «Gegen Masseneinwanderung». In Kraft getreten am 9. Februar 2014 (AS 2014, 1391)

Volksinitiative «Stopp der Überbevölkerung – zur Sicherung der natürlichen Lebensgrundlagen». Abgestimmt am 30. November 2014 (BBl 2015, 1813). Die Vorlage wurde abgelehnt (siehe Abstimmung Nr. 588)

Volksinitiative «Für den Schutz fairer Löhne (Mindestlohn-Initiative)». Zustandekommen am 6. März 2012 (BBl 2012, 3069). Abgestimmt am 18. Mai 2014. Die Vorlage wurde abgelehnt (siehe Abstimmung Nr. 583)

2. *Standesinitiativen*

Kanton Tessin: Aufkündigung des Grenzgängerabkommens und Neuverhandlung des Doppelbesteuerungsabkommens (14.302)

Kanton Neuenburg: Mutterschaftsurlaub bei Adoption. Standesinitiative (14.309)

3. *Parlamentarische Initiativen*

Carobbio: Öffentliches Beschaffungswesen. Verzicht auf kapazitätsorientierte variable Arbeitszeit als Zuschlagskriterium (14.410)

Carobbio: Regulierung der kapazitätsorientierten variablen Arbeitszeit (14.411)

Candinas: Zwei Wochen über EO bezahlten Vaterschaftsurlaub (14.415)

Sommaruga: Beseitigung unlauteren Wettbewerbs und Förderung menschenwürdiger Arbeitsbedingungen in der Textilindustrie (14.423)

Fraktion der Schweizerischen Volkspartei: Dem Missbrauch bei der Arbeitslosenversicherung vorbeugen (14.428)

Pfister: Berufsbildung stärken auf Verfassungsebene (14.443)

Fraktion BD: Verhältnis zu Europa klären und verankern (14.446)

Fraktion CVP-EVP: Verhältnis zu Europa klären und verankern (14.447)

Müri: Fonds für Qualifizierungsoffensive in der beruflichen Grundbildung von Bund, Kantonen und OdAs (14.451)

Maire: AVIG: Kriterien für Bildungsmassnahmen im Falle eines Wiedereinstiegs ins Berufsleben nach Erziehungszeiten (14.452)

4. *Motionen*

Kommission für Wissenschaft, Bildung und Kultur-SR: Massnahmen zur Linderung des Fachkräftemangels aufgrund der neuen Ausgangslage (14.3009 Mo)

Feller: FINMA: Sicherheitsüberprüfung der Führungskräfte vor ihrer Ernennung (14.3031 Mo)

Grünliberale Fraktion: Elternurlaub statt Mutterschaftsentschädigung (14.3068 Mo)

Fraktion der Schweizerischen Volkspartei: Einschränkung des Familienanzugs für Personen aus der EU (14.3071 Mo)

Fraktion der Schweizerischen Volkspartei: Keine Sozial- und Nothilfe für stellensuchende Einwanderer (14.3072 Mo)

Fraktion der Schweizerischen Volkspartei: Aufenthaltsbewilligungen für EU-Bürger infolge von Arbeitsverträgen (14.3074 Mo)

Fraktion der Schweizerischen Volkspartei: Scheinanstellungen mittels Mindeststrafen härter sanktionieren (14.3075 Mo)

Fraktion der Schweizerischen Volkspartei: Grenzgängerzustrom einschränken (14.3076 Mo)

Fraktion der Schweizerischen Volkspartei: Keine Praktika mit über einem Jahr Dauer (14.3077 Mo)

Brand: Teilzeitbeschäftigte ohne Anspruch auf Unterstützungsleistungen (14.3090 Mo)

Brand: Umsetzung der Volksinitiative gegen Masseneinwanderung über Revision des FZA (14.3091 Mo)

Aubert: Das Recht der Lernenden, die Berufsmaturität über die integrierte Berufsmaturität (BM 1) zu erwerben (14.3092 Mo)

Caroni: Elternurlaub: Mehr Wahlfreiheit bei gleichen Kosten (14.3109 Mo)

Sozialdemokratische Fraktion: Die Partnerschaft mit Europa sicherstellen (14.3120 Mo)

Schneider-Schneiter: Babysitting und Co. Befreiung von AHV-Beiträgen (14.3126 Mo)

Schmid-Federer: Regelung der Vergütung für Home Office und Telearbeit im OR (14.3127 Mo)

Fehr: Freigrenze für die AHV-Abrechnung von Beschäftigten in privaten Haushalten (14.3156 Mo)

Schmid-Federer: Anreize zur Verminderung des Fachkräftemangels im Gesundheitswesen schaffen (14.3162 Mo)

Leutenegger Oberholzer: Steuerliche Konsequenzen übermässiger Entschädigungen/Boni bei Verlustvortrag (14.3186 Mo)

Streiff-Feller: Einhaltung des Arbeitsgesetzes in den Spitälern (14.3188 Mo)

Kommission für Wissenschaft, Bildung und Kultur-NR: Massnahmen zur Linderung des Fachkräftemangels aufgrund der neuen Ausgangslage (14.3380 Mo)

Maire: Die im Arbeitslosenversicherungsgesetz vorgesehenen Bildungsmassnahmen müssen Personen, die die Rückkehr ins Berufsleben anstreben, tatsächlich zugutekommen (14.3407 Mo)

Bertschy: Koordinationsabzug dem Beschäftigungsgrad anpassen. Gleichbehandlung moderner und traditioneller Formen der Erwerbstätigkeit im BVG (14.3645 Mo)

Sozialdemokratische Fraktion: Rahmenabkommen Schweiz–EU. Schaffung eines parlamentarischen Verbindungsbüros in Brüssel (14.3646 Mo)

Portmann: Sofortige Verordnungs-Ergänzung betreffend Arbeitszeiterfassung (14.3677 Mo)

Aussenpolitische Kommission-NR: Umsetzung des rechtsvergleichenden Berichts des Bundesrates über die Verantwortung von Unternehmen bezüglich Menschenrechten und Umwelt (14.3671 Mo)

FDP-Liberale Fraktion: Keine Einwanderung in unser Sozialsystem (14.3691 Mo)

Niederberger: Regulierungskosten für Wirtschaft. Unnötige Administrativarbeiten für die AHV abschaffen (14.3728 Mo)

Häberli-Koller: Gesetzliche Änderungen zur Förderung inländischer Arbeitskräfte (14.3795 Mo)

Fraktion CVP-EVP: Gesetzliche Änderungen zur Förderung inländischer Arbeitskräfte (14.3835 Mo)

Joder: Keine Reduktion des Pilotenalters bei Heli-Flügen (14.3842 Mo)

Fraktion BD: Gesetzliche Änderungen zur Förderung inländischer Arbeitskräfte (14.3844 Mo)

Bulliard-Marbach: Höhere Berufsbildung öffentliche Verwaltung (14.3878 Mo)

Gmür: Regulierungskosten für Wirtschaft. Unnötige Administrativarbeiten für die AHV abschaffen (14.3879 Mo)

Sozialdemokratische Fraktion: Strategie zur Reduktion der Abhängigkeit von Jugendlichen und jungen Erwachsenen von der Sozialhilfe (14.3890 Mo)

Carobbio Guscetti: Inhaberinnen und Inhaber von konkursiten Unternehmen sollen für die Schulden gegenüber der Arbeitslosenversicherung zur Kasse gebeten werden (14.3906 Mo)

Fetz: Fonds für Qualifizierungsinitiative in der beruflichen Grundbildung von Bund, Kantonen und OdAs (14.3927 Mo)

Hess: Anpassung der Finanzierung der ärztlichen Weiterbildung und der universitären Gesundheitsberufe (14.3928 Mo)

Grüne Fraktion: Der Bundesrat muss eine EU-kompatible Umsetzungsvariante der Masseneinwanderungsinitiative vorlegen (14.3936 Mo)

Fraktion BD: Koordinationsgremium und Sofortmassnahmen gegen den Fachkräftemangel (14.3944 Mo)

Trede: Teilzeitstellen für Männer beim Bund – 20 Prozent bis 2020 (14.3948 Mo)

Kiener: Ermöglichung eines freiwilligen monatlichen Direktabzugs der Steuern vom Lohn (14.3967 Mo)

Pardini: Keine falschen Anreize durch überhöhte Bonuszahlungen bei Bankern und Bankerinnen (14.4067 Mo)

Pardini: Berufsverbot für Bangster, die rechtswidrig handeln (14.4068 Mo)

Pezzatti: Fortschritt statt Bürokratie bei den Ausbildungszulagen (14.4134 Mo)
Trede: Elternurlaub (14.4161 Mo)
Leutenegger Oberholzer: Geschlechterquoten. Wo bleibt der Bund als Vorreiter und Vorbild? (14.4167 Mo)
Feri: Integration der Thematik häusliche Gewalt in die Aus- und Weiterbildung von Gesundheitsfachpersonen (14.4205 Mo)
Fraktion der Schweizerischen Volkspartei: Neuverhandlung und Anpassung des Freizügigkeitsabkommens (14.4219 Mo)
Fehr: Abkommen mit Kroatien sofort behandeln. International vernetzten Forschungsplatz sichern (14.4235 Mo)
Stamm: Kündigung EMRK, aber sofortiger Wiederbeitritt mit Vorbehalt (14.4248 Mo)
Moret: Anbieter im öffentlichen Beschaffungswesen: Einhaltung der Lohnleichheit nachweisen (14.4307 Mo)

5. Postulate

Fraktion der Schweizerischen Volkspartei: Zuwanderung in die Sozialwerke verhindern (14.3070 Po)
Fraktion der Schweizerischen Volkspartei: Zuwanderung auf Asylweg verhindern (14.3073 Po)
Häberli-Koller: Lohnleichheit. Faire Chance für freiwillige Massnahmen (14.3079 Po)
Recordon: Europäische Unternehmen, die Personal in die Schweiz entsenden: Eröffnung von Entscheiden (14.3106 Po)
Ingold: Erwerbsintegration von psychisch Kranken (14.3191 Po)
Tornare: Neuer Verfassungsartikel 121a: Beurteilung seiner Vereinbarkeit mit den internationalen Verpflichtungen der Schweiz (14.3200 Po)
Schenker: Ausländisches Personal im Gesundheitswesen. Situationsanalyse und Massnahmen (14.3228 Po)
Grüne Fraktion: Nicht diskriminierende Umsetzung der Masseneinwanderungs-Initiative (14.3230 Po)
Heim: Ältere Arbeitnehmende auf dem Arbeitsmarkt. Chancen und Perspektiven (14.3235 Po)
Bulliard-Marbach: Berufsbildung: Unternehmen Bund und Kantone genug, um das Erlernen anderer Landessprachen zu unterstützen? (14.3264 Po)
Amarelle: Kontingente und Ventilklausel (Art. 10 FZA): Bilanz zur Wirksamkeit der mengenmässigen Beschränkung der Einwanderung von 1960–2007 und 2012–2014 (14.3270 Po)
FDP-Liberale Fraktion: Vereinfachung der Bewilligungsverfahren für Berufschaffende (14.3301 Po)
Kommission für Wissenschaft, Bildung und Kultur NR: Finanzierungssicherheit der Karriere von Spitzenathletinnen und -athleten (14.3381 Po)

Noser: Erhebung zur Lohngleichheit. Verbesserung der Aussagekraft (14.3388 Po)

Graber: Konzept zur Förderung von Wiedereinsteigerinnen (14.3451 Po)

FDP-Liberale Fraktion: Verbesserter Vollzug des bestehenden Freizügigkeitsabkommens (14.3462 Po)

FDP-Liberale Fraktion: Einwanderung aus Drittstaaten geschickt steuern (14.3463 Po)

FDP-Liberale Fraktion: Massnahmen zur Stärkung des inländischen Arbeitskräftepotenzials rasch und konsequent umsetzen (14.3465 Po)

Fraktion der Schweizerischen Volkspartei: Entwicklung der Lohnstruktur bei bundesnahen Betrieben und Anstalten (14.3498 Po)

Knecht: Massnahmenplan zum Abbau der überbordenden Bürokratie und zur Personalreduktion in der Verwaltung (14.3514 Po)

Tornare: Integration von Migrantinnen und Migranten in den schweizerischen Arbeitsmarkt (14.3523 Po)

Rechsteiner: Nationale Konferenz ältere Arbeitnehmende (14.3569 Po)

Schenker: Arbeitslose mit psychischen Problemen. Stärkung der RAVs (14.3609 Po)

Grossen: Pensionskassengeld verschwenden und dann Ergänzungsleistungen beziehen? Dieser Fehlanreiz muss abgeschafft werden (14.3629 Po)

Munz: Erfolgsquote bei Lehrabschlussprüfung erhöhen (14.3731 Po)

Schwaab: Eidgenössisches Berufsattest. Bilanz zehn Jahre nach seiner Schaffung (14.3740 Po)

FDP-Liberale Fraktion: Laufbahndurchlässigkeit im Lehrerberuf verbessern (14.3751 Po)

Vogler: Zivilprozessordnung. Erste Erfahrungen und Verbesserungen (14.3804 Po)

Tornare: Prekäre Lohn- und Sozialbedingungen für Personen, die am CERN arbeiten (14.3855 Po)

Graf: Fachkräfteinitiative. Ermöglichung des Zugangs zu Nachholbildung durch Förderung der Grundkompetenzen (14.3938 Po)

Finanzkommission NR: Bericht zum Lohnsystem des Bundes (14.3999 Po)

Kommission für Wissenschaft, Bildung und Kultur SR: Lagebeurteilung zur Titeläquivalenz in der höheren Berufsbildung (14.4000 Po)

Geschäftsprüfungskommission NR: Klärung der Ursachen für die Unterschiede beim kantonalen Vollzug des Abkommens über die Personenfreizügigkeit (14.4005 Po)

Bernasconi: Risikomanagement beim Personal der Bundesverwaltung (14.4076 Po)

Grüne Fraktion: Evaluation der bilateralen Verträge mit der EU (14.4080 Po)

Schmid-Federer: Potential von älteren Arbeitnehmenden besser nutzen (14.4101 Po)

Fetz: Wirklichkeitsnähere Anforderungen an Profi-Musikerinnen und -Musiker und Profi-Sportlerinnen und -Sportler aus Drittstaaten (14.4153 Po)

Schenker: Berechnungsmethode Invaliditätsgrad. Benachteiligung tiefer Einkommen beseitigen (14.4256 Po)

Bulliard-Marbach: Einen Sprachkenntnisvermerk in eidgenössische Fähigkeitszeugnisse aufnehmen (14.4258 Po)

IV. Normalarbeitsverträge

1. Normalarbeitsverträge mit zwingenden Mindestlöhnen

(Stand: 7. September 2015¹)

Kanton	NAV für die Berufe	Fundstelle
Bund	Normalarbeitsvertrag für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in der Hauswirtschaft (NAV Hauswirtschaft) vom 20. Oktober 2010/Inkrafttreten: 1. Januar 2011	SR 221.215.329.4
Genf	Contrat-type de travail du commerce de détail (CTT-CD) du 22 janvier 2013 (Etat au 1 ^{er} janvier 2014)	J 1 50.17
	Contrat-type de travail des esthéticiennes (CTT-Esthé) du 18 décembre 2012 (Etat au 1 ^{er} janvier 2013)	J 1 50.16
	Contrat-type de travail de l'économie domestique (CTT-EDom) du 13 décembre 2011 (Entrée en vigueur: 1 ^{er} janvier 2012)	J 1 50.03
	Contrat-type de travail pour le transport de choses pour compte de tiers (CTT-TCCT) du 26 novembre 2013 (Etat au 1 ^{er} janvier 2014)	J 1 50.18
	Contrat-type de travail des monteurs de stands (CTT-MStands) du 14 mars 2014 (Etat au 1 ^{er} avril 2014)	J 1 50.19

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

Kanton	NAV für die Berufe	Fundstelle
Jura	Contrat-type de travail prévoyant des salaires minimaux pour le personnel au service de la vente dans le commerce de détail du 26 novembre 2013 (Etat au 1 ^{er} janvier 2014)	222.153.231
Tessin	Contratto normale di lavoro (CNL) per gli impiegati di commercio nelle fiduciarie dell'11 novembre 2014/Inkrafttreten: 1. Januar 2015	Bollettino ufficiale delle leggi e degli atti esecutivi, 14 novembre 2014
	CNL per il settore dell'informatica del 24 giugno 2014/Inkrafttreten: 1. September 2014	Bollettino ufficiale delle leggi e degli atti esecutivi, 27 giugno 2014
	CNL per il settore del prestito di personale nelle aziende dell'industria chimico-farmaceutica, dell'industria meccanica, dell'industria grafica, dell'industria orologiera, dell'industria alimentare e dei generi voluttuari, nonché in aziende dei trasporti pubblici del 24 giugno 2014/Inkrafttreten: 1. September 2014	Bollettino ufficiale delle leggi e degli atti esecutivi, 27 giugno 2014
	CNL per gli impiegati di commercio nel settore della consulenza aziendale del 13 novembre 2013/Inkrafttreten: 1. Januar 2014	Bollettino ufficiale delle leggi e degli atti esecutivi, 15 novembre 2013
	CNL per il settore della fabbricazione di apparecchiature elettriche del 17 dicembre 2013/Inkrafttreten: 1. Januar 2014	Bollettino ufficiale delle leggi e degli atti esecutivi, 20 dicembre 2013
	CNL per il settore della fabbricazione di computer e prodotti di elettronica e ottica del 17 dicembre 2013/Inkrafttreten: 1. Januar 2014	Bollettino ufficiale delle leggi e degli atti esecutivi, 20 dicembre 2013
	CNL per il settore del prestito di personale (aziende che per quanto concerne i lavoratori presi in prestito presentano un salario annuo inferiore a Fr. 1 200 000.–) dell'11 settembre 2013/Inkrafttreten: 1. Oktober 2013	Bollettino ufficiale delle leggi e degli atti esecutivi, 13 settembre 2013
	CNL per il settore della vendita (negozi con meno di 10 addetti) del 9 aprile 2014/Inkrafttreten: 1. April 2014	Bollettino ufficiale delle leggi e degli atti esecutivi 11 marzo 2014

Kanton	NAV für die Berufe	Fundstelle
	CNL per i centri fitness del 14 novembre 2012/Inkrafttreten: 1. Januar 2013; Verlängerung: 1. März 2015	Bollettino ufficiale delle leggi e degli atti esecutivi, 13 marzo 2015
	CNL per le aziende di riparazione e/o sostituzione gomme «gommisti» del 21 dicembre 2011/Inkrafttreten: 1. Januar 2012	
	Contratto normale di lavoro per i saloni di bellezza (CNLE) del 24 marzo 2010/Inkrafttreten: 9. April 2010/Verlängerung: 11. März 2015	Bollettino ufficiale delle leggi e degli atti esecutivi, 13 marzo 2015
	Contratto normale di lavoro per gli operatori dei call centers (CNLCC) del 21 dicembre 2011/Inkrafttreten: 1. Januar 2012	
Wallis	Normalarbeitsvertrag für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer des Bauhauptgewerbes im Kanton Wallis vom 7. März 2012/Beschluss vom 27. Februar 2013 zur Aufhebung des Normalarbeitsvertrags	
	Normalarbeitsvertrag für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer des Sektors der industriellen Wartung und Reinigung vom 21. Januar 2009; Änderung vom 31. Juli 2013/Inkrafttreten: 16. August 2013	

2. *Sonstige Normalarbeitsverträge*

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

Kanton	NAV für die Berufe	Fundstelle
	Normalarbeitsvertrag für das Pflegepersonal vom 23. Dezember 1971/Inkrafttreten: 1. Januar 1972	SR 221.215.328.4
Aargau	Normalarbeitsvertrag für Hauspersonal vom 19. November 2008/Inkrafttreten: 1. Januar 2009	SAR 963.374
	Normalarbeitsvertrag über das Arbeitsverhältnis in der Landwirtschaft vom 24. November 2004/Inkrafttreten: 1. Januar 2005 (aktuelle Version in Kraft seit 1. Januar 2007)	SAR 963.372
Appenzell I. Rh.	Normalarbeitsvertrag für landwirtschaftliche Arbeitsverhältnisse vom 25. September 2000/Inkrafttreten: 1. Oktober 2000 (aktuelle Version in Kraft seit 16. August 2004)	Gesetzessammlung Appenzell I. Rh., 821.001
Appenzell A. Rh.	Normalarbeitsvertrag für hauswirtschaftliche Arbeitnehmer vom 8. Dezember 1986/Inkrafttreten: 1. Januar 1987 (aktuelle Version in Kraft seit 1. Januar 2013)	SGS 222.217
Basel-Landschaft	Normalarbeitsvertrag für Hauspersonal vom 15. Dezember 1998 (Stand 1. Januar 2015)	SGS 212.34
	Normalarbeitsvertrag für landwirtschaftliche Arbeitnehmer vom 16. Dezember 1986 (Stand 1. Januar 2007)	SGS 212.31
Basel-Stadt	Normalarbeitsvertrag für Hauspersonal im Kanton Basel-Stadt vom 20. November 1990/Inkrafttreten: 1. Januar 1991 (aktuelle Version in Kraft seit 1. Januar 2009)	SG 215.700
	Normalarbeitsvertrag für landwirtschaftliche Arbeitsverhältnisse im Kanton Basel-Stadt vom 15. Juni 1993/Inkrafttreten: 1. Juli 1993 (aktuelle Version in Kraft seit 1. Januar 1998)	SG 215.600
Bern	Normalarbeitsvertrag für die Landwirtschaft (NAV Landwirtschaft) vom 24. Oktober 2007/Inkrafttreten: 1. Januar 2008 (aktuelle Version in Kraft seit 1. Januar 2012)	BSG 222.153.21
	Normalarbeitsvertrag für den Hausdienst (NAV Hausdienst) vom 25. April 2007/Inkrafttreten: 1. Juli 2007 (aktuelle Version in Kraft seit 1. Januar 2012)	BSG 222.153.22

Kanton	NAV für die Berufe	Fundstelle
	Normalarbeitsvertrag für den Detailhandel (NAV Detailhandel) vom 15. November 2006/Inkrafttreten: 1. Januar 2007 (aktuelle Version in Kraft seit 1. Januar 2012)	BSG 222.153.23
Freiburg	Normalarbeitsvertrag für die Landwirtschaft vom 26. September 1988/Inkrafttreten: 1. Oktober 1988 (aktuelle Version in Kraft seit 1. Januar 2011)	SGS 222.5.92
	Normalarbeitsvertrag für die Mitarbeiter im Hausdienst vom 7. März 1989/Inkrafttreten: 1. Juli 1989 (aktuelle Version in Kraft seit 20. Mai 2014)	SGS 222.5.91
Genf	Contrat-type de travail des jeunes gens au pair mineurs (CTT-TPM) du 13 décembre 2011 (Etat au 1 ^{er} janvier 2014)	J 1 50.15
	Contrat-type de travail des travailleurs au pair (CTT-TP) du 13 décembre 2011 (Etat au 1 ^{er} janvier 2014)	J 1 50.12
	Contrat-type de travail de la floriculture (CTT-Flor) du 13 décembre 2011 (Etat au 1 ^{er} janvier 2014)	J 1 50.10
	Contrat-type de travail de l'agriculture (CTT-Agri) du 13 décembre 2011 (Etat au 1 ^{er} janvier 2014)	J 1 50.09
Glarus	Normalarbeitsvertrag für hauswirtschaftliche Arbeitnehmer vom 26. April 1988/Inkrafttreten: 1. Januar 1988 (aktuelle Version in Kraft seit 1. Januar 2011)	SGS VIII C/12/3
	Normalarbeitsvertrag Landwirtschaft vom 4. Dezember 1972/Inkrafttreten: 1. Januar 1973 (aktuelle Version in Kraft seit 1. September 2014)	SGS IX D/7/1
Graubünden	Normalarbeitsvertrag für das hauswirtschaftliche Arbeitsverhältnis vom 7. September 1987/Inkrafttreten: 1. Dezember 1987 (aktuelle Version in Kraft seit 1. Januar 2011)	BR 535.200
	Normalarbeitsvertrag für das landwirtschaftliche Arbeitsverhältnis am 27. Oktober 1998/Inkrafttreten: 1. Dezember 1998 (aktuelle Version in Kraft seit 1. Januar 2009)	BR 535.230
	Normalarbeitsvertrag für das Alp- und Hirschaftspersonal 27. Oktober 1998/Inkrafttreten: 1. Dezember 1998	BR 535.250

Kanton	NAV für die Berufe	Fundstelle
Jura	Contrat-type de travail pour le personnel d'exploitation et de maison dans l'agriculture du 20 décembre 1995 (Version en vigueur du 18 janvier 2011 au 25 mars 2013)	SGS 222.153.21
	Contrat-type de travail pour travailleurs de l'économie domestique du 6 décembre 1978 (Etat au 1 ^{er} janvier 1979)	SGS 222.153.22
	Contrat-type de travail pour le personnel au service de la vente dans le commerce de détail du 20 juin 2006 (Etat au 1 ^{er} juillet 2006)	SGS 222.153.23
Luzern	Normalarbeitsvertrag für das hauswirtschaftliche Arbeitsverhältnis vom 26. Januar 1990/aktuelle Version in Kraft seit 1. Januar 2013	SRL 854
	Normalarbeitsvertrag für das landwirtschaftliche Arbeitsverhältnis vom 5. Mai 2000/aktuelle Version in Kraft seit 1. Januar 2007	SRL 854a
Neuenburg	Contrat-type de travail pour l'agriculture (CTT-Agri) du 27 novembre 2002 (Etat au 1 ^{er} août 2013)	RSN 225.43
	Contrat-type de travail pour le personnel forestier du 14 octobre 2009 (Etat au 1 ^{er} janvier 2010)	RSN 225.46
	Contrat-type de travail du personnel de vente dans le commerce de détail, du 13 mars 1991 (Etat au 1 ^{er} septembre 2009)	RSN 225.44
	Contrat-type de travail pour les jeunes travailleurs au pair du 13 mars 1991 (Etat au 1 ^{er} janvier 1992)	RSN 225.45
	Contrat-type de travail pour les travailleuses/travailleurs de l'économie domestique du 5 mai 1988 (Etat au 23 novembre 2014)	RSN 225.42
Nidwalden	Normalarbeitsvertrag für hauswirtschaftliche Arbeitnehmer vom 1. Juli 1985/Inkrafttreten: 1. Juli 1985	LGS 223.1
	Normalarbeitsvertrag für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in der Landwirtschaft (NAV Landwirtschaft) vom 14. April 1997/Inkrafttreten: 1. Juli 1997	LGS 223.2
Obwalden	Normalarbeitsvertrag für hauswirtschaftliche Arbeitnehmer vom 18. Dezember 1973/Inkrafttreten: 1. Januar 1974 (aktuelle Version in Kraft seit 1. Januar 2011)	GDB 844.1

Kanton	NAV für die Berufe	Fundstelle
	Normalarbeitsvertrag für das landwirtschaftliche Arbeitsverhältnis vom 13. Mai 2008/Inkrafttreten: 1. Juni 2008 (aktuelle Version in Kraft seit 1. Januar 2011)	GDB 844.2
St. Gallen	Normalarbeitsvertrag für hauswirtschaftliche Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer vom 25. Februar 1986 (Stand 1. Mai 1986)	SGS 513.1
	Normalarbeitsvertrag für landwirtschaftliche Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer vom 9. Dezember 2003 (Stand 1. März 2004)	SGS 513.2
Schaffhausen	Normalarbeitsvertrag für hauswirtschaftliche Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer vom 16. März 1993/Inkrafttreten: 1. April 1993 (aktuelle Version in Kraft seit 1. Januar 2012)	SHR 221.216
	Normalarbeitsvertrag für Arbeitnehmende in der Landwirtschaft (NAV LW) vom 6. Dezember 2011/Inkrafttreten: 1. Januar 2012	SHR 221.217
Solothurn	Normalarbeitsvertrag für Arbeitnehmer im Hausdienst vom 11. März 1986/Inkrafttreten: 1. April 1986 (Stand 1. Februar 2011)	RRB 821.321
	Normalarbeitsvertrag für Arbeitnehmer in der Landwirtschaft vom 10. November 1972 (Stand 1. Februar 2011)	RRB 821.322
Schwyz	Normalarbeitsvertrag für hauswirtschaftliche Arbeitnehmer vom 5. August 1997/Inkrafttreten: 1. Januar 1998	SRSZ 217.111
	Normalarbeitsvertrag für Arbeitnehmer in der Landwirtschaft vom 26. Juni 2001/Inkrafttreten: 1. Juli 2001 (Änderung vom 7. Dezember 2010 am 1. Januar 2011 in Kraft getreten)	SRSZ 217.112 Änderung: Abl 2010 2714
Thurgau	Normalarbeitsvertrag für hauswirtschaftliche Arbeitsverhältnisse im Kanton Thurgau vom 6. Juli 1999/Inkrafttreten: 1. August 1999 (Stand 28. August 2010)	RB 221.252
	Normalarbeitsvertrag für landwirtschaftliche Arbeitsverhältnisse im Kanton Thurgau vom 28. März 2006 (Stand 1. April 2006)	RB 221.253
Tessin	Contratto normale di lavoro per il personale di vendita al dettaglio (di seguito CNLV) al 1° gennaio 2015	FU 101/2014 del 19.12.2014

Kanton	NAV für die Berufe	Fundstelle
Uri	Normalarbeitsvertrag für hauswirtschaftliche Arbeitnehmer vom 5. September 1988 (Stand am 1. Februar 2007)	RB 20.1311
	Normalarbeitsvertrag für landwirtschaftliche Arbeitnehmer vom 1. Oktober 1973 (Stand am 1. Januar 2007)	RB 20.1321
Waadt	Contrat-type de travail pour chefs-vignerons (ACTT-cv) du 30 mai 1986 (Etat au 1 ^{er} avril 2004)	RSV 222.53.1
	Contrat-type de vignolage pour les districts d'Aigle, de Vevey et de Lavaux (ACTT-vavl) du 27 juillet 1994 (Etat au 1 ^{er} avril 2004)	RSV 222.53.2
	Contrat-type de vignolage pour les districts d'Aubonne, Morges, Nyon et Rolle (ACTT-vamn) du 27 juillet 1994 (Etat au 1 ^{er} avril 2004)	RSV 222.53.3
	Arrêté modifiant celui du 3 avril 2000 établissant un contrat-type de travail pour l'agriculture du 18 février 2015 (Etat au 1 ^{er} mars 2015)	RSV 222.55.1
	Contrat-type de travail pour le personnel des ménages privés du 18 janvier 2006 (Etat au 1 ^{er} mars 2006)	RSV 222.105.1
Wallis	Normalarbeitsvertrag für das Personal der Ingenieur-, Architektur- und andern Planungsbüros des Kantons Wallis vom 15. September 1982 (Ausgabe 2015)	Kantonales Amtsblatt 2015
	Normalarbeitsvertrag für die Landwirtschaft im Kanton Wallis vom 24. Januar 1973 (Ausgabe 2015)	Kantonales Amtsblatt 2015
	Normalarbeitsvertrag für hauswirtschaftliche Arbeitnehmer vom 1. Januar 1992 (Ausgabe 2015)	Kantonales Amtsblatt 2015
	Normalarbeitsvertrag für die Kellerarbeiter vom 11. April 1972 (Ausgabe 2015)	Kantonales Amtsblatt 2015
	Normalarbeitsvertrag für das Personal der Auto-transportunternehmen (Sachentransporte und Erdbewegungsarbeiten) des Kantons Wallis vom 1. Januar 1993 (Ausgabe 2015)	Kantonales Amtsblatt 2015
	Normalarbeitsvertrag für das Personal der Käsereien vom 10. Februar 1993 (Ausgabe 2015)	Kantonales Amtsblatt 2015
	Normalarbeitstag für den Sektor der industriellen Wartung und Reinigung vom 21. Januar 2009 (zuletzt geändert am 31. Juli 2013)	Kantonales Amtsblatt 2013

Kanton	NAV für die Berufe	Fundstelle
Zug	Normalarbeitsvertrag für das landwirtschaftliche Arbeitsverhältnis vom 11. Juni 2002 (Stand 1. Januar 2008)	BGS 831.511
	Normalarbeitsvertrag Privathaushalt vom 18. Dezember 1984 (Stand 1. Januar 2011)	BGS 831.521
Zürich	Normalarbeitsvertrag für hauswirtschaftliche Arbeitnehmer (vom 29. Mai 1991)/Inkrafttreten: 1. Juli 1991 (Stand 1. Januar 2013)	LS 821.12
	Normalarbeitsvertrag für das landwirtschaftliche Arbeitsverhältnis (vom 19. März 1986)/Inkrafttreten: 1. April 1986 (Stand 1. Januar 2011)	LS 821.13

V. Kollektives Arbeitsrecht

1. Sozialpartnerschaft

a. Frankenstärke

Nach Aufhebung des Mindestkurses von Fr. 1.20 pro 1 Euro am 15. Januar 2015 durch die Schweizerische Nationalbank war die Frankenstärke beherrschendes Thema der Sozialpartner. Am 29. Januar 2015 fand der erste Runde Tisch zur Frankenstärke statt. Der Vorsteher des WBF nahm mit den Spitzen von Arbeitgeberverband, Economiesuisse, Gewerbeverband, Gewerkschaftsbund und Travail Suisse eine vertiefte Analyse der Situation vor. Alle Teilnehmer waren sich in ihrer Einschätzung einig, dass die Schweizer Wirtschaft nach der Aufhebung des Franken-Mindestkurses vor grossen Herausforderungen steht. Sie bekräftigten die zentrale Bedeutung der Sozialpartnerschaft, um diese schwierige Situation zu meistern. Es fanden in der Folge weitere Treffen des Runden Tisches statt.² Vor dem Hintergrund der anhaltenden starken Überbewertung des Frankens wurde der Bundesrat am 1. Juli 2015 erneut von den zuständigen Departementen über die Wirtschaftslage sowie mögliche Handlungsoptionen informiert. Insbesondere die Bereiche, die der Frankenstärke besonders ausgesetzt sind, wie die Maschinenindustrie, der Tourismus und der Detailhandel, stehen unter enormem Druck, angesichts eingebrochener Margen ihre Kosten zu senken. In diesen Wirtschaftsbereichen besteht ein erhöhtes Risiko des Verlusts einer grösseren Zahl von Arbeitsplätzen. Zur kurzfristigen Abfederung der Frankenstärke steht insbesondere mit der

² Bundesrat Schneider-Ammann hält ersten Runden Tisch mit Sozialpartnern zur Frankenstärke ab; Medienmitteilung des SECO vom 2. Februar 2015.

Kurzarbeitsentschädigung ein bewährtes Instrument zur Sicherung der Arbeitsplätze zur Verfügung.³ Nach Einschätzung des Schweizerischen Gewerkschaftsbundes (SGB) ist ein halbes Jahr nach der Aufhebung des Mindestkurses durch die Schweizerische Nationalbank der Franken nach wie vor rund 20% überbewertet. Der so verursachte Druck auf die Arbeitsplätze und die Löhne sei gross. Im Gastgewerbe ging seit Beginn der Aufwertung des Frankens im Jahr 2008 jede zehnte Stelle verloren. In der Industrie dürfte das Anfang 2016 der Fall sein, sollte der Franken so stark überbewertet bleiben. Der SGB verlangt daher die Wiedereinführung der aktiven Steuerung des Frankenkurses durch die Nationalbank, dies am effizientesten über ein Kursziel oder eine Untergrenze, ergänzt mit Negativzinsen.⁴

b. Ältere Arbeitnehmer

Mit der Annahme des Postulats Rechsteiner (14.3569) beauftragte das Parlament den Bundesrat, eine Nationale Konferenz zum Thema ältere Arbeitnehmer durchzuführen. Diese fand am 27. April 2015 mit den Sozialpartnern und den Kantonen statt. Die Analyse des SECO, die als Vertiefung der OECD-Studie gemacht wurde, zeigt, dass die Situation im internationalen Vergleich gut ist. Die Erwerbsquote der 55- bis 64-Jährigen lag im Jahr 2014 laut Schweizerischer Arbeitskräfteerhebung bei 74% und zählt im internationalen Vergleich zu den höchsten. Die Arbeitslosenquote von über 50-Jährigen lag im vergangenen Jahr mit 2,8% um 0,4% unter dem schweizerischen Durchschnitt. Werden ältere Arbeitnehmer aber arbeitslos, brauchen sie länger als andere, um wieder eine Stelle zu finden. Um die Situation der älteren Arbeitnehmer weiter zu verbessern, wurden mehrere Massnahmen verabschiedet. So soll das Instrumentarium der ALV mit den RAV optimiert werden. Wichtig ist ebenfalls die Weiterbildung. Zudem braucht es eine Sensibilisierung von Arbeitgebern, Arbeitnehmern und der Öffentlichkeit. Ältere Arbeitnehmer sind zum Teil negativen Vorurteilen ausgesetzt, die eine Anstellung erschweren. Dieses Bild muss korrigiert werden, indem die Potenziale älterer Mitarbeiter aufgezeigt werden. Weiter sollen sich die öffentlichen und privaten Arbeitgeber dafür einsetzen, in Stelleninseraten wo möglich auf die Angabe des Lebensalters zu verzichten.⁵ Der SGB begrüsst die Lancierung der Diskussion über die Probleme der älteren Arbeitnehmer durch die Sozialpartner. Bei den bisher beschlossenen Massnahmen begrüsst er insbesondere das Bekenntnis der

³ Lageanalyse im Bundesrat zur Frankenstärke; Medienmitteilung des SECO vom 1. Juli 2015.

⁴ SNB muss für einen tragbaren Frankenkurs sorgen; Medienmitteilung des SGB vom 10. Juli 2015.

⁵ Ältere Arbeitnehmende: Nationale Konferenz beschliesst Massnahmen; Medienmitteilung des Eidg. Departements für Wirtschaft, Bildung und Forschung vom 27. April 2015.

Arbeitgeber, Stelleninserate altersneutral auszuschreiben, ferner die Bereitschaft, die Vorsorgeprobleme der ausgesteuerten Älteren (im Sozialhilfefall Zwang zum Bezug der 2.-Säule-Guthaben sowie im Rentenalter kein Bezug in Rentenform) genauer zu untersuchen sowie entsprechende Massnahmen zu erarbeiten, des Weiteren die vorgesehenen Massnahmen bei der Weiterbildung.⁶

c. Runder Tisch zu Asbest

Am ersten Runden Tisch zu Asbest haben Vertreter der Asbestgeschädigten, des Arbeitgeberverbandes, des Gewerkschaftsbundes, verschiedener Unternehmen sowie der SUVA eine Aussprache über die Ziele und das weitere Vorgehen geführt. Sie sind grundsätzlich bereit, gemeinsam nach einer einvernehmlichen Lösung für diejenigen asbestgeschädigten Personen zu suchen, die durch ihre Erkrankung in finanzielle Schwierigkeiten geraten könnten. Aktuell erkranken rund 120 Personen pro Jahr, weil sie vor Jahren oder Jahrzehnten mit Asbest in Berührung gekommen sind. Rund 20 bis 30 von ihnen haben keinen Anspruch auf Leistungen der obligatorischen Unfallversicherung, sondern nur auf solche der obligatorischen Krankenversicherung, der Invalidenversicherung und allenfalls der beruflichen Vorsorge. Dies bedeutet, dass sie finanziell meist schlechtergestellt sind. Sie können wegen der derzeit geltenden Verjährungsfristen in der Regel auch keine haftpflichtrechtlichen Ansprüche geltend machen. In einem ersten Schritt gilt es unter anderem zu klären, bei wie vielen dieser Personen tatsächlich Handlungsbedarf besteht. Anschliessend kann die Diskussion darüber aufgenommen werden, wie die Kriterien für eine allfällige Unterstützung aussehen könnten.⁷ Der SGB begrüsst den Entscheid, einen Runden Tisch zum Thema Asbest einzusetzen, der auch nach Lösungen bei der finanziellen Hilfe für Asbesterkranke und ihre Angehörigen suchen soll. Erstes Ziel des Runden Tisches müsse sein, möglichst rasch finanzielle Lösungen für bereits verjährte Fälle und asbestbedingt Erkrankte zu suchen. Für sie stellt eine Entschädigung einen späten Akt der Gerechtigkeit dar. Für den SGB im Vordergrund steht dabei die Schaffung eines von der Wirtschaft finanzierten Entschädigungsfonds. Zudem muss nach Ansicht des SGB das schweizerische Verjährungsrecht in Zivilsachen neu geregelt werden, da eine zehnjährige Verjährungsfrist den modernen gesundheitlichen Risiken nicht entspreche. Bei der laufenden Revision des Verjährungsrechts brauche es eine neue, opfergerechte Regelung der Fristen, innerhalb derer

⁶ Probleme älterer Arbeitnehmer: Erste Massnahmen verabschiedet, weitere müssen folgen; Medienmitteilung des SGB vom 27. April 2015.

⁷ Erster Runder Tisch zu Asbest; Medienmitteilung des Bundesamtes für Gesundheit vom 12. März 2015.

Asbesterkranke Schadenersatz fordern können. Der langen Latenzzeit von Asbesterkrankungen würde am besten eine Frist Rechnung tragen, die erst ab Ausbruch der Krankheit zu laufen beginnt.⁸

d. Flankierende Massnahmen: Bussenerhöhung im Entsendegesetz

Der Bundesrat schlägt die Erhöhung der Obergrenze der Sanktionen im Entsendegesetz von heute Fr. 5 000 auf Fr. 30 000 bei Verstössen gegen die schweizerischen minimalen Lohn- und Arbeitsbedingungen dem Parlament vor. Die Erhöhung der Sanktionen im Entsendegesetz soll parallel zur geplanten Revision des Bundesgesetzes gegen die Schwarzarbeit (BGSA) weiterverfolgt und dem Bundesrat spätestens bis Oktober 2015 vorgelegt werden.⁹ Der SGB begrüsst, dass die Bussen gegen Lohndumper von Fr. 5 000 auf Fr. 30 000 erhöht werden. Dies sei ein wichtiger Schritt, um das Prinzip durchzusetzen, dass in der Schweiz Schweizer Löhne zu bezahlen und Schweizer Arbeitsbedingungen einzuhalten sind. Mit der Neuregelung droht ausländischen Unternehmen, die ihre Angestellten in die Schweiz entsenden und dabei gegen die schweizerischen Lohn- und Arbeitsbedingungen verstossen, eine höhere Busse. Dasselbe gilt für Schweizer Arbeitgeber, die Mindestlöhne unterbieten, die in einem Normalarbeitsvertrag festgelegt wurden.¹⁰

2. *Lohnleichheit*

Im Jahr 2012 waren rund zwei von drei Arbeitsstellen, bei denen der monatliche Bruttolohn für eine Vollzeitstelle weniger als Fr. 4000 betrug, von Frauen besetzt. Gemäss Bundesamt für Statistik (BFS) gehen im privaten Sektor die Lohnungleichheiten zwischen den Geschlechtern weiterhin schrittweise zurück. Betrug sie im Jahr 2008 insgesamt 25%, waren es 2012 noch 21,3%. 40,9% der Lohnunterschiede zwischen Frauen und Männern im privaten Sektor blieben unerklärt, wobei dieser Wert für den gesamten öffentlichen Sektor bei 38,8% lag.¹¹ Gemäss SGB entspricht der unerklärte Lohnunterschied zwischen Frauen und Männern Fr. 678 pro Monat. Er fordert den Bundesrat auf, im Rahmen der angekündigten Revision des Gleichstellungsgesetzes (GIG) verbindliche Massnahmen festzulegen: Die Unternehmen sollen ihre Löhne regelmässig auf Diskriminie-

⁸ Asbestkatastrophe umfassend bewältigen; Medienmitteilung des SGB vom 25. Februar 2015.

⁹ Flankierende Massnahmen: Bundesrat möchte Bussenerhöhung im Entsendegesetz; Medienmitteilung des SECO vom 1. April 2015.

¹⁰ SGB begrüsst schärfere Bussen gegen Lohndumper; Medienmitteilung des SGB vom 1. Juli 2015.

¹¹ Lohnungleichheit zwischen den Geschlechtern; Medienmitteilung des Bundesamtes für Statistik vom 21. August 2015.

zung überprüfen und die Ergebnisse im Sinne der Transparenz publizieren. Ferner soll eine tripartite Kommission diese Kontrollpflicht durchsetzen sowie Verstösse oder Lohndiskriminierung sanktionieren können.¹²

3. *Arbeitskämpfe*

a. Frankenstärke

Im Januar 2015 kündigte die Direktion einer Plastikfolienfabrik in Mendrisio (TI) den Beschäftigten massive Lohnsenkungen von 16% für Einheimische und 26% für Grenzgänger an und begründete dies mit der Stärke des Frankens gegenüber dem Euro. Die rund 100 Beschäftigten legten am 19. Februar 2015 die Arbeit nieder und unterbrachen den Streik erst am 2. März 2015, nachdem die Firmenleitung die Lohnkürzungen zurückgezogen hatte.¹³

Zu einem ähnlichen Arbeitskampf kam es im Kanton Genf, wo die Beschäftigten einer in der Drehteilindustrie tätigen Firma in Meyrin am 10. März 2015 einen Warnstreik durchführten, nachdem das Unternehmen ebenfalls mit Verweis auf den starken Franken die Löhne um 10% senken sowie Eurolöhne und am Samstag Gratisarbeit einführen wollte. Nach zwei Tagen Streik zog das Unternehmen die geplanten Lohnkürzungen von 10% sowie die fristlosen Kündigungen zurück. In der Frage der Arbeitszeitverlängerung, wo mit dem Arbeitgeber keine Einigung erzielt werden konnte, gelangte die Belegschaft ans kantonale Einigungsamt.¹⁴

Der starke Franken war auch Thema der Auseinandersetzungen zwischen den Gewerkschaften und der Schweizerischen Nationalbank. So führten am 5. Juni 2015 rund sechzig Industrie-Delegierte der Gewerkschaft Unia aus verschiedenen Betrieben auf dem Bundesplatz in Bern eine Protestaktion durch. Sie überreichten dabei dem Nationalbank-Vizepräsidenten eine Resolution mit sieben Forderungen: Darin verlangen die Gewerkschaftsvertreter die Wiedereinführung eines Euro-Wechselkurses, der den Fortbestand des Industriestandorts Schweiz garantiert, eine effizientere Negativzinspolitik, um so die Aufwertung des Frankens zu stoppen, des Weiteren die Herausnahme der Sozialversicherungen von den Negativzinsen, um so die Einlagen der Bevölkerung zu sichern.¹⁵

¹² Lohngleichheit ist nur mit Kontrollen zu erreichen; Medienmitteilung des SGB vom 21. August 2015.

¹³ Medienmitteilungen der Unia vom 23. Februar 2015 und 2. März 2015.

¹⁴ Medienmitteilung der Unia vom 11. März 2015.

¹⁵ Medienmitteilung der Unia vom 5. Juni 2015.

b. Lohndumping

In der Berichtsperiode war Lohndumping bei mehreren Schweizer Grossbaustellen ein beherrschendes Thema, so z.B. wenige Monate nach Baustart des neuen Warenhauses einer internationalen Modekette an der Zürcher Bahnhofstrasse. Gemäss Unia hatten von insgesamt 24 Firmen, die gemeinsam über 210 Arbeiter auf der Baustelle beschäftigten, nur drei ihre Arbeitnehmer korrekt bezahlt.¹⁶ Gemäss einem Bericht der paritätisch organisierten Baustellenkontrolle Basel (BASKO) wurden auch den Arbeitnehmern einer Fassadenbaufirma bei der Grossbaustelle des Roche-Turms in Basel Lohnzahlungen vorenthalten.¹⁷ In einem weiteren Lohndumpingfall auf der Grossbaustelle Mattenhof in Zürich konnte eine Lösung gefunden werden. Dank dem Eingreifen der Bauherrin erhielten die streikenden Eisenleger substanzielle Lohnnachzahlungen sowie Weiterbeschäftigungsgarantien.¹⁸

c. Sozialplan

Am 4. Februar 2015 legten die Arbeitnehmer einer Ölraffinerie im Wallis als Reaktion auf die geplante Schliessung der Raffinerie und die Entlassung von mehr als 250 Personen zwei Stunden lang ihre Arbeit nieder.¹⁹ Sie erzwangen auch dank Unterstützung aus der Bevölkerung Verhandlungen zwischen Geschäftsleitung, Gewerkschaften und Angestellten, die am 21. Mai 2015 in einen Sozialplan für die 257 von der Schliessung der Raffinerie betroffenen Arbeitnehmer mündeten. Der Sozialplan sah Abfindungen als Entschädigung für den Verlust der Arbeitsstelle vor, wobei jedem gekündigten Mitarbeiter ein identischer Grundbetrag ausbezahlt, der grössere Teil der Entschädigung aber basierend auf der Funktion, dem Alter und dem Dienstalter berechnet wurde.²⁰

d. Landesmantelvertrag für das Bauhauptgewerbe

Nachdem es zwischen den Baumeistern und den Gewerkschaften zu keinen Verhandlungen über einen neuen Landesmantelvertrag (LMV) – dem Gesamtarbeitsvertrag für das Bauhauptgewerbe mit rund 80 000 Unterstellten – gekommen war, demonstrierten am 27. Juni 2015 in Zürich über 15 000 Bauarbeiter aus der ganzen Schweiz für einen besseren LMV, der den auf Ende 2015 befristeten LMV ersetzen soll. Die Bauarbeiter verlangten insbesondere Verbesserungen beim Schutz bei Schlechtwetter und vor Lohndumping, zudem die Beibehaltung der Frühpensionierung mit 60.²¹

¹⁶ Medienmitteilung der Unia vom 11. Dezember 2014.

¹⁷ Medienmitteilung der Unia vom 11. Dezember 2014.

¹⁸ Medienmitteilung der Unia vom 6. März 2015.

¹⁹ Medienmitteilung der Unia vom 4. Februar 2015.

²⁰ <http://www.1815.ch/news/wallis/aktuell/tamoil-de>.

²¹ Medienmitteilung der Unia vom 27. Juni 2015.

4. Gesamtarbeitsvertragsrecht

a. Gesamtarbeitsvertragliche Lohnabschlüsse 2014

Für das Jahr 2014 haben die Vertragsparteien von 82 der 103 vom Bundesamt für Statistik berücksichtigten GAV²² Lohnverhandlungen geführt. Ausser bei zwei GAV resultierten alle Verhandlungen in einem Lohnabschluss, entweder in Bezug auf die Effektivlöhne²³, die Mindestlöhne²⁴ oder auf beide. Rund 1 170 900 Personen waren von einer kollektiven Lohnvereinbarung betroffen. Diese Abschlüsse führten bei rund 537 100 Arbeitnehmern zu einer durchschnittlichen Erhöhung der Effektivlöhne um 0,8%. Die in den GAV festgelegten Mindestlöhne wurden um 0,7% angehoben. Insgesamt 949 000 Personen unterlagen einem GAV, bei dem die Mindestlöhne angepasst wurden.

Die Effektivlöhne wurden 2014 in den Branchen «Verkehr und Lagerie» (+1,4%), «Information und Kommunikation» (+1,3%) und «Handel; Instandhaltung und Reparatur von Motorfahrzeugen» (+0,9%) am stärksten erhöht. In den Branchen «Verarbeitendes Gewerbe/Herstellung von Waren» und «Gesundheits- und Sozialwesen» (je +0,4%) wurden die Löhne am wenigsten angehoben, während sie in der Branche «Öffentliche Verwaltung» sogar unverändert blieben.

Bei den Mindestlöhnen finden sich die stärksten Erhöhungen in den Branchen «Erbringung von sonstigen Dienstleistungen» (+5,5%), «Erbringung von sonstigen wirtschaftlichen Dienstleistungen» (+2,2%) und «Handel; Instandhaltung und Reparatur von Motorfahrzeugen» (+2%). Die geringsten Anpassungen registrierten die Branchen «Gastgewerbe/Beherbergung und Gastronomie» (+0,2%) und «Information und Kommunikation» (+0,1%). Die Branchen «Erziehung und Unterricht» sowie «Gesundheits- und Sozialwesen» wiesen 2014 keine Veränderung auf.

Am stärksten stiegen die Effektivlöhne in den Jahren 2001 (+2,9%), 2002 (+2,5%) und 2009 (+2,6%) an. Für 2001 und 2002 lassen sich diese Erhöhungen durch das starke Wirtschaftswachstum im Jahr 2000, für das

²² Das BFS berücksichtigt jene GAV, die normative Bestimmungen enthalten und denen mindestens 1500 Arbeitnehmer unterstellt sind.

²³ Bruttolöhne, welche die einem GAV unterstellten Arbeitnehmer tatsächlich erhalten. Die Effektivlöhne umfassen alle allfälligen 13. Monatslöhne. Sie bestehen im Allgemeinen aus einem festen Anteil aufgrund der Funktion (Grundlohn) und einem individuellen Anteil aufgrund von Leistung und Erfahrung. Unregelmässige kollektiv ausbezahlte Zahlungen wie einmalige Prämien oder Gewinnbeteiligungen sind ebenfalls eingeschlossen, sofern sie ausgehandelt oder im GAV vereinbart wurden.

²⁴ Von den Vertragsparteien ausgehandelte und im GAV oder dessen Zusatzverträgen festgeschriebene minimale Entlohnung. Mindestlöhne sind in Form von einmaligen Beträgen (Jahres-, Monats- oder Stundenlöhne) für verschiedene Arbeitnehmerkategorien angegeben oder werden, im Fall von Lohnskalen, mit den unteren Grenzen der Lohnklassen gleichgesetzt.

Jahr 2009 durch die von 2004 bis 2008 anhaltende gute konjunkturelle Lage erklären. Im Gegensatz dazu folgten die durchschnittlichen moderaten Anpassungen in den Jahren 2004 (+1,1%) und 2010 (+0,7%) einer Zeit geringen Wachstums (2002–2003) bzw. auf das Jahr 2009, in dem die Schweizer Wirtschaftstätigkeit aufgrund der internationalen Banken- und Finanzkrise im Herbst zuvor deutlich abnahm. Nach einem erneuten Anstieg der Löhne im Jahr 2011 (+1,6%), der mit dem konjunkturellen Wiederaufschwung im Jahr 2010 einherging, fielen die Lohnanpassungen 2012 (+1,1%), 2013 (+0,7%) und 2014 (+0,8%) bescheiden aus. Von der mittleren Effektivlohnanpassung (0,8%) im Jahr 2014 wurden 0,3% generell und 0,5% individuell entrichtet. Somit wurden 62% der für Lohnerhöhungen bestimmten Lohnsumme individuell zugeteilt. Folgende Branchen beeinflussten dieses Ergebnis am stärksten: «Baugewerbe» (47% individuell entrichtet), «Handel; Instandhaltung und Reparatur von Motorfahrzeugen» (83%) sowie «Verkehr und Lagerei» (56%).

Die Löhne der Gesamtwirtschaft und die gesamtarbeitsvertraglichen Effektivlöhne zeigen einen ähnlichen Verlauf. In den Jahren 2003, 2013 und 2014 waren die beiden Zeitreihen identisch. In den übrigen Jahren – mit Ausnahme von 2010 – war die Erhöhung der GAV-Löhne stets grösser als die Veränderung des schweizerischen Lohnindexes.²⁵

b. Vom Bundesrat allgemeinverbindlich erklärte Gesamtarbeitsverträge

2014 wurden nachstehende Bundesratsbeschlüsse über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen gefasst, nämlich der Gesamtarbeitsverträge: in der Schweizerischen Gebäudetechnikbranche; für die Schweizerische Ziegelindustrie (Verlängerung und Änderung); für das Schweizerische Carrossiergewerbe; für das Gärtnergewerbe in den Kantonen Basel-Stadt und Basel-Landschaft; des Reinigungssektors für die Westschweiz; des Schweizerischen Elektro- und Telekommunikations-Installationsgewerbes (Änderung); in der Schweizerischen Gebäudetechnikbranche (Änderung); für Decken- und Innenausbausysteme (Änderung); für den Gleisbau (Änderung); im Schweizerischen Dach- und Wandgewerbe (Änderung); für das Holzbaugewerbe (Änderung); für die Schweizerische Möbelindustrie (Änderung); für das Plattenlegergewerbe in den Kantonen Aargau, Bern, Glarus, Luzern, Nidwalden, Obwalden, Schwyz, Solothurn, Uri, Zug und Zürich (Änderung); für das Schweizerische Marmor- und Granitgewerbe (Änderung); für das Schweizerische Isoliergewerbe; für das Metallgewerbe; für das Ausbaugewerbe der Westschweiz (Änderung); für den Bereich der privaten Sicherheitsdienstleistungen; für den Gerüstbau (Änderung); für das Basler Ausbaugewerbe (Änderung); für die zahntechnischen Laboratorien der Schweiz (Verlängerung); im Schweizerischen

²⁵ www.statistik.admin.ch > Themen > 03-Arbeit und Erwerb > Organisation des Arbeitsmarktes, Gesamtarbeitsverträge.

Gebäudehüllengewerbe; für das schweizerische Metzgereigewerbe (Verlängerung); für das Schweizerische Carrosseriegewerbe (Änderung), für die Schweizerische Betonwaren-Industrie (Verlängerung und Änderung); des Schweizerischen Elektro- und Telekommunikations-Installationsgewerbes; für das Schreinergerbe (Änderung). *BBl* 2014, 721, 1499, 1599, 1601, 2347, 2349, 2351, 2353, 2355, 2631, 2633, 3207, 3289, 3291, 3621, 3981, 4849, 4851, 5677, 5679, 6127, 6491, 6663, 7863, 8485, 8637, 8877; ferner Bundesratsbeschlüsse über die Allgemeinverbindlicherklärung des Landesmantelvertrags für das Bauhauptgewerbe (Änderungen und Zusatzvereinbarung «Genf»), *BBl* 2014, 725, 6355, 6839; ferner Bundesratsbeschlüsse über die Allgemeinverbindlicherklärung der Berufsbildungsfonds: der Zweiradbranche (BBF 2rad); für den Sozialbereich (FONDSSOCIAL). *BBl* 2014, 9421, 9429.

5. *Sonntagsarbeit in Einkaufszentren*

Mit Urteil vom 12. Februar 2014 hat das Bundesgericht eine Beschwerde der Gewerkschaft Unia gutgeheissen und festgestellt, dass die Betriebe im Einkaufszentrum «Designer Outlet Landquart» die Voraussetzungen für die Befreiung von der Bewilligungspflicht für Sonntagsarbeit nicht erfüllen. Das Amt für Industrie, Gewerbe und Arbeit des Kantons Graubünden (KIGA) räumte darauf den Betrieben des Einkaufszentrums eine sechsmonatige Übergangsfrist ein. Am 30. Juli 2014 erklärte das KIGA dann aber, dass die Sonntagsarbeit bis auf Weiteres toleriert werde. Es bestehe aufgrund zweier parlamentarischer Vorstösse die Aussicht, dass eine bundesrechtliche Grundlage geschaffen werde, um an Sonntagen Arbeitskräfte in touristisch ausgerichteten Einkaufszentren beschäftigen zu können. Am 1. September 2014 gelangte die Gewerkschaft Unia mit einer Beschwerde wegen mangelhafter Vollstreckung eines Entscheides des Bundesgerichts an den Bundesrat. Dieser hält fest, dass das Bundesgericht ein sogenanntes Feststellungsurteil getroffen hat, indem es die Rechtslage für die Parteien zwar für verbindlich erklärt, der unterliegenden Partei aber keine Pflicht auferlegt hat. Da die Vollstreckung einer Feststellung nicht möglich ist, hat der Bundesrat die Beschwerde abgewiesen.

Der Bundesrat hat die ArGV 2 auf den 1. April 2015 geändert, um Sonntagsarbeit in den auf internationalen Fremdenverkehr ausgerichteten Einkaufszentren zu erleichtern.²⁶ Die neue Departements-Verordnung gestützt auf Art. 25 Abs. 4 ArGV 2 ist am 1. August 2015 in Kraft getreten. Diese bezeichnet die Einkaufszentren, die den Bedürfnissen des internationalen Fremdenverkehrs dienen und damit am Sonntag ihre Angestellten bewilligungsfrei beschäftigen können. Damit ein Einkaufszentrum als den Bedürfnissen des internationalen Fremdenverkehrs dienend bezeichnet

²⁶ Einkaufszentrum in Landquart: Beschwerde abgewiesen; Medienmitteilung des Eidg. Justiz- und Polizeidepartements vom 13. März 2015.

werden kann, müssen kumulativ gewisse Kriterien erfüllt sein. Foxtown Factory Stores in Mendrisio erfüllt alle Bedingungen und wurde als erstes Einkaufszentrum in der Departementsverordnung aufgeführt.²⁷

²⁷ Erstes Einkaufszentrum mit bewilligungsfreier Sonntagsarbeit; Medienmitteilung des SECO vom 21. Juli 2015.

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

Zusammengestellt von
Dr. iur. HUBERT FRITSCH

Merk- und Informationsblätter des SECO

I. Merkblatt: Erschöpfung frühzeitig erkennen – Burnout vorbeugen¹

(letzte Änderung: 6. März 2015)

1. Burnout vorbeugen lohnt sich

Burnout ist in aller Munde und dennoch ein Tabu.

Erkrankungen verursachen nicht nur Leid für die Betroffenen, sondern auch Kosten und Umtriebe für das Unternehmen.

Erste Anzeichen von Burnout kommunizieren die Betroffenen nur selten. Zu gross ist die Angst, als wenig belastbar wahrgenommen zu werden. Betroffene zögern oft, Hilfe und Unterstützung zu suchen, weil sie fürchten, damit ihren Arbeitsplatz oder die Karriere aufs Spiel zu setzen.

Häufig sind es äusserst engagierte Mitarbeitende mit hohen Ansprüchen an sich selbst, die «auszubrennen» drohen.

2. Burnout: was es ist und was nicht

Burnout ist ein Erschöpfungszustand.

Burnout resultiert aus einem Prozess: Er beginnt mit einem hohen Engagement und dem Willen, die Leistungsfähigkeit unter allen Umständen aufrechtzuerhalten.

Hohe Belastung, gepaart mit grossem Engagement und wenig Erholungsphasen, überfordern früher oder später. Ist jemand während längerer Zeit überfordert, so kann daraus eine massive psychische Erschöpfung entstehen. Ein Burnout entwickelt sich meist schleichend und bleibt von den Betroffenen oft lange unbemerkt.

Ein deutliches Zeichen für ein Burnout ist, wenn sich jemand trotz Erholungsmöglichkeiten (Feierabend, Wochenende, Ferien) nicht richtig erholen kann.

Eine einheitliche *Definition von Burnout* gibt es nicht. Es gibt jedoch charakteristische Merkmale eines Burnouts:

- *Emotionale Erschöpfung* gilt als zentrales Merkmal. Es bezieht sich auf das Gefühl, emotional, körperlich und geistig erschöpft und entkräftet zu sein. Die Betroffenen fühlen sich ausgelaugt.
- *Zynismus und Distanzierung* können auftreten und sich in einer gleichgültigen, distanzierten Einstellung gegenüber der Arbeit be-

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

merkbar machen (Arbeitskollegen/innen, Kunden, Patienten, Arbeitsaufgabe u.a.).

- *Reduzierte persönliche Leistungsfähigkeit* beschreibt das Gefühl, trotz grosser Anstrengung immer weniger zu leisten. Das Vertrauen in die eigenen Fähigkeiten schwindet.

Kein Burnout: Wenn die Arbeitsanforderungen vorübergehend, absehbar und zeitlich begrenzt sind, und sich die Stressreaktionen in den Erholungsphasen wieder zurückbilden, besteht keine Burnout-Gefahr.

3. Frühe Warnsignale

Erste Anzeichen erkennen.

Verschiedene Anzeichen können ein Burnout ankündigen. Je früher ein Risiko erkannt wird, desto eher kann der negative Prozess gestoppt werden.

Die nachfolgende Auflistung von Warnzeichen dient der Sensibilisierung, ersetzt jedoch keine Diagnose!

Prüfen Sie, ob und wie weit die folgenden Aussagen auf Sie zutreffen. Ein besonderes Augenmerk sollte auf Verhaltensweisen gelegt werden, die deutlich vom «gewohnten» Verhalten abweichen.

- Ich nehme Arbeitsprobleme oft mit in meine Freizeit.
- Ich bin weniger produktiv, obwohl ich mich immer mehr einsetze.
- Ich ziehe mich vermehrt zurück.
- Ich vernachlässige meine Familie, Freunde und Bekannten zugunsten meiner Arbeit.
- Ich verdränge meine persönlichen Bedürfnisse immer wieder und das bereits seit Längerem.
- Ich arbeite ständig und gönne mir kaum Pausen oder freie Zeit.
- Ich fühle mich oft nervös, erschöpft und müde.
- Nach der Arbeit fühle ich mich richtig ausgelaugt.
- Ich kann mich schlecht konzentrieren.
- Ich bin vergesslicher als früher.
- Ich fühle mich ständig überfordert.
- Ich habe immer mehr Mühe, mich für meine Arbeit zu motivieren.
- Ich habe Einschlafprobleme oder kann nachts schlecht abschalten.
- Ich bin körperlich angeschlagen (z.B. schwaches Immunsystem).
- Ich reagiere oft gereizt und ärgere mich rascher und häufiger als früher.
- Ich reagiere empfindlicher als sonst.
- Ich neige zu Sarkasmus und Zynismus.
- Ich bewerte mich und meine Arbeitsergebnisse negativer als sonst.
- Ich konsumiere vermehrt Substanzen, die mich wach und leistungsfähig erhalten.

Auch Aussenstehende, Führungskräfte, Kolleginnen und Kollegen können solche Warnzeichen manchmal wahrnehmen. In diesem Fall kann

es hilfreich sein, die betroffene Person direkt anzusprechen (vgl. Abschnitt «Sprechen Sie Ihre Beobachtung zu einem möglichst frühen Zeitpunkt an»).

4. Burnout vorbeugen

- Respektieren Sie Ihre Bedürfnisse (Schlaf, Essen, Bewegung etc.) und sorgen Sie für ausreichend Erholungsmöglichkeiten.
- Treten Sie für einmal etwas kürzer und reduzieren Sie Ihr Tempo.
- Überprüfen Sie Ihre eigenen Ansprüche auf Angemessenheit und reduzieren Sie diese gegebenenfalls.
- Wenn die Arbeitslast zu gross wird, setzen Sie in Absprache mit Ihrem Vorgesetzten Prioritäten oder delegieren Sie nach Möglichkeit einige Aufgaben.
- Suchen Sie Unterstützung bei Vorgesetzten, Kolleginnen und Kollegen, beim Personaldienst oder bei einer dafür vorgesehenen betrieblichen Anlaufstelle.

Wenn Sie mit den vorgeschlagenen Massnahmen nicht weiterkommen, nehmen Sie professionelle medizinische oder psychologische Hilfe in Anspruch. Erschöpfungszustände können auch körperliche Ursachen haben, die durch eine ärztliche Untersuchung geklärt werden können.

4.1 Als Führungskraft Burnout vorbeugen

Sie können mit Ihrem Verhalten, der Gestaltung der Arbeitsabläufe und dem Umgang untereinander viel zur Prävention beitragen, indem Sie:

- präsent sind, eine offene Tür haben und auch aktiv auf die Mitarbeitenden zugehen;
- realistische Ziele setzen, hohe Belastungen zeitlich begrenzen und Anforderungen (quantitativ und qualitativ) an die Möglichkeiten der Mitarbeitenden anpassen;
- eine vertrauensvolle Beziehung zu den Mitarbeitenden aufbauen und pflegen – Stichworte dazu sind: Transparenz, Wertschätzung, Feedbackkultur, Respekt etc.;
- Mitarbeitende bei Entscheidungen, die für ihre Arbeit wichtig sind, einbeziehen;
- die Erholungszeit der Mitarbeitenden respektieren und die Möglichkeit zur flexiblen Arbeitszeitgestaltung bieten (z.B. Vermeiden von unvorhersehbaren Arbeitseinsätzen und von beruflichen Aufgaben in der Freizeit, Möglichkeit zur flexiblen Arbeitszeitgestaltung);
- Handlungsspielraum einräumen (z.B. betreffend Vorgehensweise bei der Arbeit, Pausen, Zeiteinteilung etc.);
- die Zusammenarbeit der Mitarbeitenden fördern und zu viel Konkurrenzverhalten im Team vermeiden.

Als Vorgesetzte oder Vorgesetzter sind Sie Vorbild und prägen die Werte und Normen im Unternehmen massgebend mit. Wenn Sie rund um die Uhr im Einsatz sind, leben Sie diese «Norm» vor und beeinflussen dadurch auch Ihre Mitarbeitenden. Nehmen Sie deshalb auch Ihre eigene Erholung ernst und gönnen Sie sich kleinere sowie grössere Pausen (Freizeit, Ferien).

4.2 *Als Führungskraft Warnsignale erkennen*

Sprechen Sie Ihre Beobachtung zu einem möglichst frühen Zeitpunkt an.

Wenn Sie den Eindruck haben, dass sich eine Mitarbeiterin oder ein Mitarbeiter anders als gewohnt verhält, sprechen Sie diese oder diesen behutsam darauf an und laden Sie allenfalls zu einem Gespräch ein.

Sie als Vorgesetzte oder Vorgesetzter können dazu beitragen, Burnout-Fällen frühzeitig vorzubeugen. Zeigen Sie aufrichtiges Interesse an der Situation und dem Befinden der betroffenen Person. Unterstützen Sie dann insbesondere bezüglich Leistungsanforderungen und Erholungsmöglichkeiten. Für das Gespräch sollten Sie einen ruhigen Ort wählen, wo die Privatsphäre vollumfänglich gewahrt und respektiert wird.

4.2.1 *Beispiele für einen gelingenden Gesprächseinstieg*

- Stellen Sie offene Fragen und fragen Sie die betreffende Person, wie es ihr geht. Sie können dabei auch Ihre Verunsicherung ausdrücken.
- Teilen Sie der betroffenen Person mit, dass Sie sich Gedanken über deren Befinden machen und dies der Grund für das Gespräch ist.
- Interessieren Sie sich dafür, wie die Mitarbeiterin oder der Mitarbeiter selbst die Situation sieht. Hören Sie aufmerksam zu und ermöglichen Sie der Person, sich auszudrücken.
- Beschreiben Sie klar und respektvoll, was Sie beobachtet haben, z.B., «Mir ist aufgefallen, dass...». Vermeiden Sie Verallgemeinerungen, bringen Sie konkrete Beispiele und vermeiden Sie Unterstellungen respektive Sätze wie «Du bist unkonzentriert/so anders...».
- Vermeiden Sie Vorwürfe und Schuldzuweisungen.
- Lassen Sie sich nicht dazu verleiten, eine Diagnose zu stellen.
- Signalisieren Sie, dass es Ihnen darum geht, gemeinsam nach Lösungen zu suchen.

4.2.2 *Suchen Sie gemeinsam nach Möglichkeiten, die Situation zu verbessern.*

- Erkundigen Sie sich bei der betroffenen Person nach Ideen zur Verbesserung der Situation.

- Identifizieren Sie gemeinsam belastende Arbeitsfaktoren, damit Sie dort mit entlastenden Massnahmen ansetzen können.
- Fördern Sie Erholungsmöglichkeiten durch:
 - Kritische Reflexion des Umgangs mit Überstunden (allenfalls für eine gewisse Zeit eine spezielle Regelung derselben vereinbaren, um die betroffene Person zu entlasten).
 - Ermöglichen und allenfalls Verordnen von Ferien, Auszeit, flexibleren Arbeitszeiten und -pensen, Home Office, längeren Mittagspausen für Sport oder Powernapping etc.

4.2.3 *Professionelle Unterstützung in Anspruch nehmen*

Holen auch Sie sich als Führungskraft Unterstützung von Fachpersonen, wenn Sie selbst nicht weiterkommen.

II. Wegleitung zur Verordnung 5 zum Arbeitsgesetz (Jugendarbeitsschutzverordnung, ArGV 5)²

(letzte Änderung: 24. Juli 2015)

Vorbemerkungen

Die Jugendarbeitsschutzverordnung (Verordnung 5 zum Arbeitsgesetz, ArGV 5; SR 822.115), die am 1. Januar 2008 in Kraft getreten ist, bezweckt den Schutz der Gesundheit, der Sicherheit und der Sittlichkeit der Jugendlichen bei der Arbeit bis zum vollendeten 18. Altersjahr. Dieses Ziel gilt für Jugendliche in Ausbildung oder bei der Berufswahlvorbereitung, für jugendliche Berufstätige sowie solche, die in der Freizeit gegen Entgelt Arbeiten verrichten.

Grundzüge der Verordnung

- Für Jugendliche bis 15 Jahre gilt ein generelles Arbeitsverbot. Unter bestimmten Voraussetzungen dürfen Jugendliche unter 15 Jahren jedoch bei kulturellen, künstlerischen und sportlichen Darbietungen sowie zu Werbezwecken eingesetzt werden. Für diese Tätigkeiten ist eine Meldepflicht vorgesehen. Ab 13 Jahren dürfen zudem leichte Arbeiten ausgeführt werden. Die Verordnung umschreibt die Voraussetzungen und legt die zulässigen Höchstarbeitszeiten fest.

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

- Gefährliche Arbeiten sind für Jugendliche grundsätzlich verboten. Ausnahmen sind aber ab 16 Jahren im Rahmen der beruflichen Grundbildung möglich. Welche Tätigkeiten als gefährlich gelten, wird in einer Departementsverordnung (SR 822.115.2; siehe Anhang 1) aufgelistet. Die ArGV 5 legt zudem weitere Beschäftigungsverbote und -einschränkungen fest, z.B. für die Beschäftigung in Barbetrieben oder Restaurants.
- 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 sollen jedoch die Ausnahme sein, da in einer weiteren Departementsverordnung (SR 822.115.4; siehe Anhang 2) zur ArGV 5 festgelegt wird, für welche beruflichen Grundbildungen und in welchem Umfang Nacht- und Sonntagsarbeit ohne Bewilligung zugelassen sind. In der ArGV 5 wird zudem geklärt, unter welchen Voraussetzungen Sonntagsarbeit ausserhalb der Lehre zulässig ist.

Es ist darauf hinzuweisen, dass die ArGV 5 die Bestimmungen des Gesetzes zum Jugendarbeitsschutz (Art. 29 ff. ArG) nicht wiederholt. So sind beispielsweise die Grundsätze zum Mindestalter sowie zur zulässigen täglichen Höchstarbeitszeit für Jugendliche über 15 Jahren im Gesetz festgelegt.

Art. 1 Gegenstand

(Art. 29 Abs. 1 und 2 ArG)

Diese Verordnung regelt den Schutz der Gesundheit und der Sicherheit der jugendlichen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer sowie ihrer physischen und psychischen Entwicklung.

Art. 29 Abs. 1 ArG definiert Jugendliche als Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer bis zum vollendeten 18. Altersjahr. Begrifflich wird nicht zwischen Kindern und Jugendlichen unterschieden. Die Jugendarbeitsschutzverordnung regelt somit den Schutz der Gesundheit, der Sicherheit und der physischen und psychischen Entwicklung von Personen bei der Arbeit ab der Geburt bis zum vollendeten 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 mit Arbeiten ihr Taschengeld aufbessern wollen.

Im Gegensatz zum allgemeinen Kinderschutz des Zivilgesetzbuches (ZGB) zielt der Schutz dieser Verordnung auf die Jugendlichen in der Arbeitswelt ab. Für die Anwendbarkeit der Jugendarbeitsschutzverordnung ist daher massgebend, dass die Jugendlichen als Arbeitnehmende beschäftigt werden. Der Begriff entspricht demjenigen des Arbeitsgesetzes und ist weit gefasst. So ist unter einer Arbeitnehmerin bzw. einem Arbeitnehmer im Sinne der Verordnung jede Person zu verstehen, die eine unselbständige Tätigkeit ausübt, d.h. in einer fremden Arbeitsorganisation und damit in persönlicher Unterordnung Arbeit leistet. Unter den Anwendungsbereich der Jugendarbeitsschutzverordnung fallen auch unentgeltliche Tätigkeiten, sofern diese zu Ausbildungszwecken oder zur Berufswahlvorbereitung im Betrieb erfolgen (vgl. dazu Art. 1 Abs. 2 ArGV 1). Die erwähnten Grundsätze gelten auch für die leichten Arbeiten und die kulturellen, künstlerischen und sportlichen Darbietungen sowie in der Werbung. Wirkt beispielsweise eine Schülerin von zehn Jahren in ihrem Dorf unentgeltlich 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 Lohn oder Gratiseintritte usw., so gilt dieses Engagement als Beschäftigung i.S. dieser Verordnung.

Art. 2 Verhältnis zum Arbeitsgesetz

Soweit diese Verordnung keine besonderen Bestimmungen enthält, gelten das Arbeitsgesetz und dessen übrige Verordnungen.

Die Verordnung regelt die für die Jugendlichen geltenden Sondernormen. Die allgemeinen Schutzbestimmungen des Gesetzes und des Verordnungsrechts gelten deshalb dort, wo in der Verordnung nichts geregelt ist, ebenfalls für die unter 18-Jährigen. Beispielsweise muss einem dauernd oder regelmässig wiederkehrend in der Nacht arbeitenden Jugendlichen, wie einem Erwachsenen, der in Art. 17b Abs. 2 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 ArGV), der auch bei jugendlichen Arbeitnehmenden besteht, oder die nach Gesetz einzuhaltenden Arbeits- und Ruhezeiten für Jugendliche (Art. 31 Abs. 1–3 ArGV).

Anzumerken ist jedoch, dass für Jugendliche die Sonderbestimmungen der ArGV 2 hinsichtlich der Befreiung von der Bewilligungspflicht für Nacht- und Sonntagsarbeit grundsätzlich nicht anwendbar sind. So ist Nacht- und Sonntagsarbeit von Jugendlichen bewilligungspflichtig, mit Ausnahme derjenigen beruflichen Grundbildungen, die in der entsprechenden WBF-Verordnung (SR 822.115.4; siehe Anhang 2) aufgeführt sind.

Art. 3 Anwendung des Arbeitsgesetzes auf bestimmte Betriebsarten

(Art. 2 Abs. 3 und 4 Abs. 3 ArG)

¹ *In Betrieben mit überwiegend gärtnerischer Pflanzenproduktion ist das Arbeitsgesetz anwendbar auf Jugendliche in der beruflichen Grundbildung nach dem Berufsbildungsgesetz vom 13. Dezember 2002 (BBG) (berufliche Grundbildung).*

² *In Familienbetrieben ist das Arbeitsgesetz auf jugendliche Familienangehörige anwendbar, sofern diese gemeinsam mit anderen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern beschäftigt werden.*

Absatz 1

Art. 2 Abs. 3 ArG hält fest, dass auf Betriebe mit überwiegend gärtnerischer Pflanzenproduktion, die Lernende ausbilden, einzelne Bestimmungen des Gesetzes durch Verordnung als anwendbar erklärt werden können, soweit dies zum Schutz der Lernenden notwendig ist. Von dieser Kompetenz wird in Abs. 1 Gebrauch gemacht und festgelegt, dass das Arbeitsgesetz in diesen Betrieben auf Jugendliche in der beruflichen Grundbildung anwendbar ist. Zum Begriff «Betriebe mit überwiegend gärtnerischer Pflanzenproduktion» kann auf Art. 6 ArGV 1 verwiesen werden.

Absatz 2

Diese Bestimmung legt fest, dass das Arbeitsgesetz in Familienbetrieben auf jugendliche Familienangehörige anwendbar ist, sofern diese gemeinsam mit anderen Arbeitnehmern und Arbeitnehmerinnen beschäftigt werden (vgl. auch den Kommentar zu Art. 4 ArG). So ist bspw. für den jugendlichen Sohn des Arbeitgebers das Arbeitsgesetz anwendbar, wenn daneben noch weitere Personen, die nicht Familienmitglieder im Sinne von Art. 4 Abs. 1 ArG sind, beschäftigt werden. Wenn es sich demgegenüber um einen reinen Familienbetrieb (z.B. Betriebsinhaber, Ehegattin, Töchter und Söhne) handelt, so gelten die Bestimmungen des Arbeitsgesetzes auch für die jugendlichen Personen nicht.

Art. 4 Gefährliche Arbeiten

(Art. 29 Abs. 3 ArG)

¹ *Jugendliche dürfen nicht für gefährliche Arbeiten beschäftigt werden.*

² *Als gefährlich gelten alle Arbeiten, die ihrer Natur nach oder aufgrund der Umstände, unter denen sie verrichtet werden, die Gesundheit, die Ausbildung und die Sicherheit der Jugendlichen sowie deren physische und psychische Entwicklung beeinträchtigen können.*

³ Das Eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung (WBF) legt fest, welche Arbeiten nach der Erfahrung und dem Stand der Technik als gefährlich gelten. Es berücksichtigt dabei, dass bei Jugendlichen mangels Erfahrung oder Ausbildung das Bewusstsein für Gefahren und die Fähigkeit, sich vor ihnen zu schützen, im Vergleich zu Erwachsenen weniger ausgeprägt sind.

⁴ Das Staatssekretariat für Bildung, Forschung und Innovation (SBFI) kann mit Zustimmung des Staatssekretariats für Wirtschaft (SECO) für Jugendliche ab 15 Jahren in den Bildungsverordnungen Ausnahmen vorsehen, sofern dies für das Erreichen der Ziele der beruflichen Grundbildung oder von behördlich anerkannten Kursen unentbehrlich ist. Die Organisationen der Arbeitswelt definieren im Anhang zu den Bildungsplänen begleitende Massnahmen der Arbeitssicherheit und des Gesundheitsschutzes. Sie hören dazu vorgängig eine Spezialistin oder einen Spezialisten der Arbeitssicherheit gemäss der Verordnung vom 25. November 1996 über die Eignung der Spezialistinnen und Spezialisten der Arbeitssicherheit an.

⁵ Die Beschäftigung Jugendlicher für gefährliche Arbeiten im Sinne der Arbeitsgesetzgebung und der Unfallversicherungsgesetzgebung, die zum Erreichen der Ziele der beruflichen Grundbildung oder von behördlich anerkannten Kursen unentbehrlich ist, muss Gegenstand der Bildungsbewilligung nach Artikel 20 Absatz 2 BBG sein. Das kantonale Berufsbildungsamt hört vor Erteilung der Bewilligung die kantonale Arbeitsinspektion an.

⁶ Das SECO kann im Einzelfall Bewilligungen erteilen, die über die Ausnahmen nach Absatz 4 hinausgehen, sofern dies für das Erreichen der Ziele der beruflichen Grundbildung oder von behördlich anerkannten Kursen unentbehrlich ist.

Absatz 1

Abs. 1 legt den Grundsatz fest, dass Jugendliche keine gefährlichen Arbeiten verrichten dürfen.

Absatz 2

Die Definition gefährlicher Arbeiten ist aus dem Übereinkommen Nr. 182 der Internationalen Arbeitsorganisation (IAO) (SR 0.822.728.2) sowie aus dem Übereinkommen der Vereinten Nationen über die Rechte des Kindes (SR 0.107) übernommen worden.

Absatz 3

Gemäss Art. 4 des Übereinkommens Nr. 182 der IAO sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, durch innerstaatliche Gesetzgebung die Arten von

Tätigkeiten zu definieren, die für Jugendliche eine schädigende Wirkung auf ihre psychische, physische oder soziale Gesundheit haben können. Zudem soll ein Verzeichnis dieser Arbeiten geführt und dieses regelmässig überprüft werden. Deshalb werden die gefährlichen Arbeiten in einer Departementsverordnung (Verordnung des WBF über gefährliche Arbeiten für Jugendliche; SR 822.115.2; siehe Anhang 1) aufgeführt. Gemäss Art. 20 ArGV 5 überprüft die Eidgenössische Arbeitskommission (EAK) dieses Verzeichnis der gefährlichen Arbeiten mindestens alle fünf Jahre.

Absatz 4

Das Staatssekretariat für Bildung, Forschung und Innovation (SBFI) kann mit Zustimmung des Staatssekretariats für Wirtschaft (SECO) für Jugendliche ab 15 Jahren in den Bildungsverordnungen Ausnahmen vorsehen, sofern dies für das Erreichen der Ziele der beruflichen Grundbildung oder von behördlich anerkannten Kursen unentbehrlich ist. Die Ziele der beruflichen Grundbildung sind im Bildungsplan detailliert beschrieben. Anhand eines Bildungsplans werden auch die Ausnahmen vom Verbot für gefährliche Arbeiten in der jeweiligen Bildungsverordnung vom SBFI erlassen. Beispiele finden sich in der Verordnung des WBF über gefährliche Arbeiten für Jugendliche (SR 822.115.2; siehe Anhang 1) und im Anhang 1 der EKAS-Richtlinie 6508 (besondere Gefährdungen gemäss VUV, SR 832.30). Die Organisationen der Arbeitswelt definieren die begleitenden Massnahmen und hören dazu vorgängig eine ASA-Spezialistin oder einen ASA-Spezialisten an. Die notwendigen Massnahmen sind jugendspezifisch und ergänzen die bereits praktizierten Massnahmen für die Arbeitssicherheit und den Gesundheitsschutz der Arbeitnehmenden (z.B. in Branchen-, Betriebsgruppen- oder Modell-Lösungen, die von der EKAS zertifiziert sind). Das SBFI konsultiert bei der Ausarbeitung und Revision der Bildungsverordnungen und Bildungspläne das SECO, das seinerseits die Stellungnahme der SUVA und/oder anderer Fachorganisationen einholt (vgl. Art. 21 Abs. 2 ArGV 5).

Die vom SBFI genehmigten begleitenden Massnahmen werden im Sinne einer Prüfliste festgehalten, dem Bildungsplan angefügt und im Internet veröffentlicht (siehe www.sbf.admin.ch, Rubrik Themen > Berufsbildung > Berufliche Grundbildung > Jugendarbeitsschutz). Diese Prüfliste dient sowohl Lehrbetrieben wie auch der Lehraufsicht sowie den Durchführungsorganen des UVG und des ArG als Instrument zur Sicherstellung der Umsetzung der definierten begleitenden Massnahmen.

Absatz 5

Um Lernenden die berufliche Grundbildung zu ermöglichen, müssen Lehrbetriebe unter anderem über eine Bildungsbewilligung verfügen und mit dem/der Lernenden einen Lehrvertrag abschliessen. Bildungsbewilligungen werden einem Betrieb erteilt, wenn er die Voraussetzungen

zur Vermittlung der Inhalte der praktischen Ausbildung und weitere Auflagen erfüllt, die in der jeweiligen Bildungsverordnung festgehalten sind. Zu den Voraussetzungen gehören die nötige Infrastruktur (z.B. einen für den/die Lernende/n eingerichteten Arbeitsplatz, eine persönliche Schutzausrüstung etc.), die Art der anfallenden Arbeiten sowie die Qualifikation der Berufsbildner. Im Rahmen des Verfahrens zur Erteilung der Bildungsbewilligung werden auch Aspekte der Arbeitssicherheit und des Gesundheitsschutzes mitberücksichtigt.

Im Rahmen des Verfahrens zur Erteilung einer Bildungsbewilligung wird des Weiteren die Einhaltung und Umsetzung der vom SBFI genehmigten begleitenden Massnahmen geprüft. Bildungsbewilligungen, die zum Zeitpunkt der Genehmigung begleitender Massnahmen bereits erteilt worden sind, müssen vor deren Hintergrund erneut überprüft werden. Ohne Erhalt entsprechender Bildungsbewilligungen dürfen die Ausbildungsbetriebe keine Jugendlichen für gefährliche Arbeiten beschäftigen.

Die Durchführung und Koordination des Bewilligungsverfahrens oder des Verfahrens zur Überprüfung bereits erteilter Bildungsbewilligungen obliegt den kantonalen Bildungsämtern. Sie regeln die Zusammenarbeit zwischen Lehraufsicht und Arbeitsinspektorat und stellen den regelmässigen Informationsaustausch sicher. Die Arbeitsinspektorate überprüfen die Betriebe bezüglich allgemeiner und branchenspezifischer Sicherheitsmassnahmen gemäss ArG und UVG. Die Lehraufsicht ist für die Erteilung und Überprüfung der Bildungsbewilligungen gemäss Berufsbildungsgesetz (BBG) zuständig. Sie berücksichtigt dabei allgemeine Auflagen des BBG sowie spezifische Auflagen in den Bildungsverordnungen der einzelnen Berufe.

Die systematische Überprüfung der begleitenden Massnahmen zur Arbeitssicherheit und zum Gesundheitsschutz wird somit in das Verfahren zur Erteilung der Bildungsbewilligungen (Art. 20 Abs. 2 BBG) aufgenommen.

Absatz 6

Das Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO) kann in Einzelfällen Ausnahmegewilligungen für die Ausübung einer gefährlichen Arbeit erteilen. Die in Abs. 4 erwähnten Voraussetzungen müssen aber auch in diesem Fall gegeben sein, damit eine gefährliche Arbeit bewilligt werden kann. So gilt bspw. auch hier das Mindestalter von 15 Jahren. Die Einzelfallbewilligung soll die Ausnahme bleiben, da das in Abs. 4 aufgeführte System (Aufnahme in die Bildungsverordnungen, sofern die gefährlichen Arbeiten zur Erreichung der Bildungsziele unentbehrlich und begleitende Massnahmen in den Bildungsplänen definiert sind; vgl. Kommentar zu Art. 4 Abs. 4 ArGV 5) greifen soll. Es können jedoch neue Gefahrenquellen auftauchen (z.B. neue, bisher unbekannte chemische Stoffe) oder neue Maschinen 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 sollen, bevor sie in einer Bildungsverordnung Einlass finden, mit dieser Bestimmung vorübergehend aufgefangen werden können.

Wird die Ausnahmegewilligung für eine gefährliche Arbeit durch das SECO erteilt, so entfällt für diese gefährliche Arbeit die zusätzliche Bewilligung durch die kantonale Bildungsbehörde gemäss Art. 4 Abs. 5 ArGV 5. Im Einzelfall prüft das SECO, ob die Voraussetzungen zur Erteilung einer Ausnahmegewilligung erfüllt sind.

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

(Art. 29 Abs. 3 ArG)

¹ *Jugendliche dürfen nicht beschäftigt werden für die Bedienung von Gästen in Betrieben der Unterhaltung wie Nachtlokalen, Dancings, Diskotheken und Barbetrieben.*

² *Jugendliche unter 16 Jahren dürfen nicht beschäftigt werden für die Bedienung von Gästen in Hotels, Restaurants und Cafés. Diese Beschäftigung ist zulässig im Rahmen der beruflichen Grundbildung oder von Programmen, die zur Berufswahlvorbereitung vom Betrieb, von den ausbildungs- und prüfungsverantwortlichen Organisationen der Arbeitswelt, von Berufsberatungsstellen oder von Organisationen, die ausserschulische Jugendarbeit nach dem Bundesgesetz vom 6. Oktober 1989 über die Förderung der ausserschulischen Jugendarbeit betreiben, angeboten werden.*

Allgemeines

Diese Bestimmung ist nur anwendbar, wenn die Jugendlichen als Arbeitnehmende im Sinne des Arbeitsgesetzes bzw. der ArGV 5 beschäftigt werden (vgl. Kommentar zu Art. 1 ArGV 5). Deshalb sind die Schutzvorschriften von Art. 5 ArGV 5 nicht anwendbar auf Jugendliche, die in ihrer Freizeit in einer Festwirtschaft anlässlich eines Vereinsfestes mithelfen, auch wenn der Erlös der Tätigkeit für die Vereinskasse bestimmt ist. In einem solchen Fall liegt es vielmehr in der Verantwortung der zuständigen Personen des Vereins sowie der Eltern, für eine altersgerechte Beschäftigung der Jugendlichen besorgt zu sein.

Bei einem Einsatz in einer Festwirtschaft sind aber auf jeden Fall die Abgabebeschränkungen gemäss Art. 41 Abs. 1 Bst. i Alkoholgesetz (SR 680) bzw. Art. 11 Abs. 1 Lebensmittel- und Gebrauchsgegenständeverordnung (SR 817.02) zu beachten: Gebrannte Wasser dürfen nicht an Kinder und Jugendliche unter 18 Jahren und die übrigen alkoholischen Getränke nicht an Kinder und Jugendliche unter 16 Jahren abgegeben werden. Jugendliche, die bei einem Vereinsfest beschäftigt werden, dürfen daher u.U. gleichaltrigen Besuchern der Festwirtschaft keinen Alkohol ausschlen-

ken und müssen dies auch durchsetzen, was zu schwierigen Situationen führen kann. Auch sonst können Probleme entstehen (bspw. alkoholisierte oder randalierende Personen). Es ist fraglich, ob jugendliche Personen im Umgang mit solchen schwierigen Situationen genügend Erfahrung und Reife besitzen. Deshalb sollte der Einsatz Jugendlicher in Festwirtschaften grundsätzlich gut überlegt sein und in jedem Fall nur erfolgen, wenn auch eine erwachsene Person anwesend ist.

Absatz 1

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 gilt bis 18 Jahre ein absolutes Arbeitsverbot.

Absatz 2

Die Beschäftigung Jugendlicher unter 16 Jahren für die Bedienung von Gästen in Hotels, Restaurants und Cafés ist grundsätzlich verboten, wird aber im Rahmen einer anerkannten Berufsbildung oder von Berufswahlpraktika zugelassen. Die Ausbildungsbetriebe unterstehen grundsätzlich den Bestimmungen der anerkannten Berufsbildung und müssen somit den geltenden berufsspezifischen Qualitätsstandards genügen. Daher ist in diesem Rahmen die Beschäftigung von Jugendlichen unter 16 Jahren zulässig.

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

(Art. 29 Abs. 3 ArG)

Jugendliche unter 16 Jahren dürfen nicht beschäftigt werden für die Arbeit in Betrieben der Filmvorführung sowie in Zirkus- und Schaustellerbetrieben. Vorbehalten bleibt Artikel 7.

Bei den hier verbotenen Arbeiten handelt es sich um alle Tätigkeiten, die in Kinos, Zirkussen und Schaustellerbetrieben von nichtkünstlerischer Natur sind. Beispiele: Billettverkauf im Kino, Mitarbeit beim Auf- und Abbau eines Zirkuszeltens, Einkassieren in Schaustellerbetrieben, Pflege-, Reinigungs- und Unterhaltsarbeiten.

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

(Art. 30 Abs. 2 Bst. b ArG)

¹ *Jugendliche dürfen für kulturelle, künstlerische und sportliche Tätigkeiten sowie zu Werbezwecken im Rahmen von Radio-, Fernseh-, Film- und Fotoaufnahmen und bei kulturellen Anlässen wie Theater-, Zirkus- oder Musikaufführungen, einschliesslich Proben, sowie bei Sportanlässen beschäftigt werden, sofern die Tätigkeit keinen negativen Einfluss auf die Gesundheit, die Sicherheit sowie die physische und psychische Entwicklung der Jugendlichen hat und die Tätigkeit weder den Schulbesuch noch die Schulleistung beeinträchtigt.*

² *Die Beschäftigung von Jugendlichen unter 15 Jahren für Tätigkeiten nach Absatz 1 muss den zuständigen kantonalen Behörden 14 Tage vor deren Aufnahme angezeigt werden. Ohne Gegenbericht innert zehn Tagen ist die Beschäftigung zulässig.*

Absatz 1

In Art. 30 Abs. 2 ArG 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 Absatz aufgeführt. Die für die Beschäftigung von Jugendlichen unter 15 Jahren verantwortlichen Arbeitgeber und deren Eltern bzw. Erziehungsberechtigte sind in der Pflicht. Sie müssen darauf achten, dass die für Jugendliche anvisierten Tätigkeiten keine negativen Auswirkungen auf die Gesundheit, die Entwicklung, die Sicherheit sowie die schulischen Leistungen haben. Zudem müssen die Arbeitgeber die im Rahmen von Art. 10 und 11 vorgesehenen Arbeitszeiten einhalten. Alle gefährlichen Tätigkeiten im Sinne von Art. 4 sind ausnahmslos verboten.

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

Absatz 2

Abs. 2 sieht eine Meldepflicht für die Beschäftigung von Jugendlichen unter 15 Jahren bei kulturellen, künstlerischen und sportlichen Darbietungen sowie in der Werbung vor. Der Arbeitgeber muss der zuständigen kantonalen Behörde die Beschäftigung der unter 15-jährigen Person mindestens 14 Tage vor dem Einsatz melden. Ohne behördlichen Gegenbe-

richt innert zehn Tagen gilt die Beschäftigung als zulässig. Zu beachten ist, dass grundsätzlich alle 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 Grateintritten 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).

Das Meldeformular kann auf der Homepage des SECO heruntergeladen werden: www.seco.admin.ch > Themen > Arbeit > Arbeitnehmerschutz > Sonderschutz > Jugendarbeitsschutz.

Die Meldepflicht ermöglicht den kantonalen Vollzugsbehörden die Kontrolle über die Beschäftigung von Jugendlichen in ihrem Kanton. Sie werden darüber in Kenntnis gesetzt, wo und wann Kinder bzw. Jugendliche 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. Sie sorgen dafür, dass die Bestimmungen der Verordnung eingehalten werden und können gegebenenfalls die Beschäftigung untersagen.

Art. 8 Leichte Arbeiten

(Art. 30 Abs. 2 Bst. a ArG)

Wo nicht eine der Sonderbestimmungen nach den Artikeln 4–7 gilt, dürfen Jugendliche ab 13 Jahren beschäftigt werden, sofern die Arbeit ihrer Natur oder den Umständen nach, unter denen sie verrichtet wird, keinen negativen Einfluss auf die Gesundheit, die Sicherheit sowie die physische und psychische Entwicklung der Jugendlichen hat und die Tätigkeit weder den Schulbesuch noch die Schulleistung beeinträchtigt. Sie dürfen namentlich beschäftigt werden in Programmen, die im Rahmen der Berufswahlvorbereitung vom Betrieb, von den ausbildungs- und prüfungsverantwortlichen Organisationen der Arbeitswelt, von Berufsberatungsstellen oder von Organisationen, die ausserschulische Jugendarbeit nach dem Bundesgesetz vom 6. Oktober 1989 über die Förderung der ausserschulischen Jugendarbeit betreiben, angeboten werden.

Ab 13 Jahren dürfen Jugendliche bewilligungsfrei leichte Arbeiten ausführen, wobei auch in diesen Fällen die in dieser Verordnung festgelegten Arbeits- und Ruhezeiten (Art. 11 ArGV 5) eingehalten werden müssen. Jugendliche können ebenso in Betrieben arbeiten, um zu erfahren, ob ihnen ein Beruf zusagt 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. Die vorliegende Bestimmung erlaubt es Jugendlichen ab 13 Jahren

zudem, trotz des auch für die Landwirtschaft geltenden Mindestalters von 15 Jahren den sogenannten Landdienst oder ähnliche Arbeitseinsätze zu absolvieren.

Die 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.). Ob eine leichte Arbeit vorliegt, muss einzelfallweise anhand der in der Verordnungsbestimmung aufgeführten Kriterien beurteilt werden.

Unterscheidung im Einzelfall am Beispiel «Prospekte verteilen» im Auftrag einer Werbegesellschaft:

- Leichte Arbeit: Ein 14-jähriger Jugendlicher trägt 1x pro Woche nach der Schule einige Flugblätter im Quartier aus. Er hat in der Schule keine Probleme und keine körperlichen Beschwerden.
- Keine leichte Arbeit: Ein 14-jähriger Jugendlicher verteilt jeden Morgen vor dem Schulbesuch Prospekte in einer schweren Kiste. Die Folge davon sind Rückenprobleme und Schwierigkeiten in der Schule.

Art. 9 Beschäftigung schulentlassener Jugendlicher unter 15 Jahren (Art. 30 Abs. 3 ArG)

¹ *Können Jugendliche unter 15 Jahren nach kantonalem Recht aus der Schulpflicht entlassen oder vorübergehend vom Unterricht ausgeschlossen werden, so kann die kantonale Behörde im Einzelfall eine regelmässige Beschäftigung im Rahmen der beruflichen Grundbildung oder im Rahmen eines Förderprogramms ab 14 Jahren bewilligen.*

² *Die kantonale Behörde darf die Bewilligung nur erteilen, wenn ein ärztliches Zeugnis bestätigt, dass der Gesundheitszustand der oder des Jugendlichen die vorzeitige Aufnahme einer regelmässigen Beschäftigung erlaubt und die vorgesehene Tätigkeit die Gesundheit, die Sicherheit sowie die physische und psychische Entwicklung der Jugendlichen nicht gefährdet.*

Absatz 1

Der Grundsatz des Arbeitsverbots für unter 15-Jährige wird mit dieser Bestimmung durchbrochen. Gemäss Art. 6 des IAO-Übereinkommens Nr. 138 (SR 0.822.723.8) 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 durchge-

führt 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, sodass 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 müssen die kantonalen Vollzugsbehörden die Kompetenz haben, dafür eine Bewilligung zu erteilen. Ebenso muss die Möglichkeit bestehen, Schülerinnen oder Schüler, die aus disziplinarischen oder anderen Gründen aus der Schule ausgeschlossen werden, vorübergehend in den Arbeitsprozess zu integrieren.

Absatz 2

Vor der Bewilligungserteilung ist ein Arztzeugnis einzuholen und im Einzelfall abzuklären, ob die Beschäftigung für eine so junge Person geeignet ist. Können nicht alle Zweifel ausgeräumt werden, ist die Arbeitsstelle zu besichtigen, und allfällige Gefahren usw. sind abzuklären.

Zu erwähnen ist noch, dass Jugendliche unter 16 Jahren auf keinen Fall Nacht- und Sonntagsarbeit leisten dürfen (Art. 12 und 13 ArGV 5) und für sie die Beschäftigung nur bis 20:00 Uhr zulässig ist (Art. 31 Abs. 2 ArG). Ausserdem sind gefährliche Arbeiten für Jugendliche unter 16 Jahren verboten (Art. 4 ArGV 5).

Art. 10 Tägliche und wöchentliche Höchst Arbeitszeit von Jugendlichen unter 13 Jahren

(Art. 30 Abs. 2 Bst. b ArG)

Die Höchst Arbeitszeit für Jugendliche unter 13 Jahren beträgt drei Stunden pro Tag und neun Stunden pro Woche.

Bis zum Alter von 13 Jahren dürfen Jugendliche nur für kulturelle, künstlerische und sportliche Darbietungen sowie zu Werbezwecken beschäftigt werden (vgl. Art. 7 ArGV 5). Für diese Tätigkeiten ist die Höchst Arbeitszeit auf drei Stunden pro Tag und neun Stunden pro Woche beschränkt. Es liegt auf der Hand, dass Jugendliche unter 13 Jahren noch eines weitergehenden Schutzes als die über 13-Jährigen bedürfen. Sofern die Voraussetzungen von Art. 7 und 10 ArGV 5 erfüllt sind, dürfen auch Kleinkinder (ab Geburt) eingesetzt werden, z.B. in der Werbung für Kinderspielzeug oder für Windeln.

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

(Art. 30 Abs. 2 Bst. a ArG)

Die Höchstarbeitszeiten für schulpflichtige Jugendliche ab 13 Jahren betragen:

a. während der Schulzeit: drei Stunden pro Tag und neun Stunden pro Woche;

b. während der halben Dauer der Schulferien oder während eines Berufswahlpraktikums: acht Stunden pro Tag und 40 Stunden pro Woche, jeweils zwischen 6 Uhr und 18 Uhr, wobei bei mehr als fünf Stunden eine Pause von mindestens einer halben Stunde zu gewähren ist; die Dauer eines einzelnen Berufswahlpraktikums ist auf zwei Wochen begrenzt.

Allgemeines

Art. 11 ArGV 5 bezeichnet die Höchstarbeitszeiten für schulpflichtige Jugendliche zwischen 13 und 15 Jahren bei der Ausführung leichter Arbeiten. Für Jugendliche ab 15 Jahren gelten in Bezug auf die zulässigen Arbeitszeiten grundsätzlich die Schranken des Arbeitsgesetzes, auch wenn die Jugendlichen noch zur Schule gehen. Es versteht sich aber von selbst, dass der Schulbesuch und die Schulleistung nicht durch zu lange Arbeitseinsätze beeinträchtigt werden dürfen und es an den Verantwortlichen (Eltern bzw. Erziehungsberechtigte, Arbeitgeber, Schulbehörden) ist, gegebenenfalls einzuschreiten.

Buchstabe a

Für leichte Arbeiten während der Schulzeit sind die täglichen und wöchentlichen Höchstarbeitszeiten auf drei Stunden pro Tag und neun Stunden pro Woche festgelegt. Der zulässige Arbeitszeitraum für die Jugendlichen ab 13 Jahren während der Schulzeit wird in Buchstabe a nicht definiert, weshalb die Grenzen des Arbeitsgesetzes gelten (gemäss Art. 31 Abs. 2 i.V.m. Art. 10 ArG grundsätzlich 6:00 bis 20:00 Uhr bzw. 22:00 Uhr). Selbstverständlich ist bei der Frage eines konkreten Arbeitseinsatzes aber auch immer die Verantwortung der Eltern bzw. Erziehungsberechtigten gefordert. So macht es natürlich einen Unterschied, ob ein 13-Jähriger im Sommer bei schönem Wetter am Abend noch Prospekte verteilt oder wenn er dies im Winter bei Dunkelheit und misslichen Wetterverhältnissen tut.

Buchstabe b

Schülerinnen und Schüler ab 13 Jahren dürfen während längstens der Hälfte der Schulferien arbeiten. Die Beschäftigung während der Ferien ist auf acht Stunden pro Tag und 40 Stunden pro Woche, jeweils zwischen 6:00 und 18:00 Uhr, begrenzt. Dauer und Umfang der Arbeitszeiten wäh-

rend eines Berufswahlpraktikums sind dieselben, diese Einsätze müssen jedoch von kurzer Dauer sein und dürfen höchstens zwei Wochen (zehn Arbeitstage) pro Einsatz betragen.

Es ist noch darauf hinzuweisen, dass Art. 11 für Lernende nicht zur Anwendung gelangt, auch wenn sie im Ausnahmefall und in Anwendung von Art. 9 ArGV 5 noch nicht 15-jährig sind. Für sie gelten in Bezug auf die Höchstarbeitszeiten die Schranken des Gesetzes (vgl. Art. 31 ArG).

Art. 12 Ausnahmbewilligung für Nachtarbeit

(Art. 17 Abs. 5 und 31 Abs. 4 ArG)

¹ Die Beschäftigung Jugendlicher ab 16 Jahren zwischen 22 und 6 Uhr während höchstens neun Stunden innerhalb von zehn Stunden kann bewilligt werden, sofern:

a. die Beschäftigung in der Nacht unentbehrlich ist, um:

1. die Ziele einer beruflichen Grundbildung zu erreichen, oder

2. eine Betriebsstörung infolge höherer Gewalt zu beheben;

b. die Arbeit unter der Aufsicht einer erwachsenen und qualifizierten Person ausgeführt wird; und

c. die Beschäftigung in der Nacht den Besuch der Berufsfachschule nicht beeinträchtigt.

² Wird der Beginn der betrieblichen Tagesarbeit auf 5 Uhr festgelegt, so gilt dies für Jugendliche ebenfalls als Tagesarbeit.

³ Die medizinische Untersuchung und Beratung ist für Jugendliche obligatorisch, die dauernd oder regelmässig in der Nacht beschäftigt werden. Die Kosten trägt der Arbeitgeber.

⁴ Dauernde oder regelmässig wiederkehrende Nachtarbeit wird vom SECO, vorübergehende Nachtarbeit bis zu zehn Nächten pro Kalenderjahr von der kantonalen Behörde bewilligt.

Absatz 1

Ausnahmen vom generellen Nachtarbeitsverbot für Jugendliche (vgl. Art. 31 Abs. 4 ArG) sind auf Verordnungsstufe nur für Personen über 16 Jahre vorgesehen. Die Beschäftigung in der Nacht zwischen 22:00 und 6:00 Uhr kann bewilligt 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 Berufslehre bewilligt werden kann. Die genannten Voraussetzungen gelten auch für die gemäss Art. 14 ArGV 5 in der Departementsverordnung (SR 822.115.4; siehe Anhang 2) zugelassene Nachtarbeit für bestimmte Berufsbildungen.

Nacharbeit kann ebenfalls bewilligt werden für die Mitwirkung von Jugendlichen bei der Behebung einer Betriebsstörung infolge höherer Gewalt, wobei auch hier bestimmte Voraussetzungen (die Nacharbeit 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. Kann das Gesuch aus bestimmten Gründen (z.B. bei einer Betriebsstörung am Wochenende) nicht rechtzeitig eingereicht werden, so ist dies unverzüglich nachzuholen.

Absatz 2

Die Regel, wonach Jugendliche ihre Tagesarbeit um 5:00 Uhr beginnen können, ist um der Klarheit willen notwendig. Verschiebt ein Betrieb den Tages- und Abendzeitraum auf 5:00 Uhr, so gilt die Stunde zwischen 5:00 und 6:00 Uhr für den jugendlichen Arbeitnehmer oder für die jugendliche Arbeitnehmerin nicht als Nacharbeit. Grundsätzlich unterscheidet sich der Tages- und Abendzeitraum für Jugendliche nur abends von demjenigen für Erwachsene: Gemäss Artikel 31 Absatz 2 ArG ist für Jugendliche bis 16 Jahre die Beschäftigung bis 20:00 Uhr und für solche über 16 Jahre bis 22:00 Uhr gestattet.

Absatz 3

Für Jugendliche, die dauernd oder regelmässig in der Nacht beschäftigt werden, d.h. an mehr als zehn Nächten pro Kalenderjahr (vgl. Abs. 4), ist die medizinische Untersuchung und Beratung obligatorisch. Die Kosten sind vom Arbeitgeber zu übernehmen.

Im Gegensatz zur medizinischen Untersuchung und Beratung wird für die Berechnung des Lohn- und Zeitzuschlags bei der Beschäftigung von Jugendlichen nicht auf die Grenze von zehn Nächten abgestellt, sondern auf die 25 Nächte gemäss Art. 31 ArGV 1 (Anwendung der allgemeinen Norm, da die ArGV 5 bezüglich Lohn- und Zeitzuschlag keine spezifischen Regelungen enthält).

Absatz 4

Für die Erteilung der Bewilligung für vorübergehende Nacharbeit bis zu zehn Nächten pro Kalenderjahr ist die kantonale Behörde zuständig. 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 Nacharbeit bewilligt werden kann, als in der Departementsverordnung (SR 822.115.4; siehe Anhang 2) in der Regel vorgesehen ist. Eine Möglichkeit, auch Einzelfälle zu bewilligen, muss für Sondersituationen eingeräumt werden. Damit ist in

den Branchen, wo Nachtarbeit zwar nicht üblich, aber ab und zu notwendig ist, ein Instrument vorhanden, um 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.

Für die Beurteilung von Gesuchen um dauernde oder regelmässig wiederkehrende Nachtarbeit, d.h. wenn die Grenze von zehn Nächten pro Kalenderjahr überschritten wird, ist das SECO zuständig. In Sonderfällen, bspw. wenn im gleichen Betriebsteil ein Teil der Jugendlichen an acht Nächten und ein anderer Teil an zwölf Nächten pro Kalenderjahr eingesetzt werden soll, oder wenn sich erst im Verlauf des Jahres herausstellt, dass an mehr als zehn Nächten gearbeitet werden soll, sprechen sich die kantonale Behörde und das SECO über die Bewilligungszuständigkeit ab.

Hervorzuheben ist, dass die meisten Berufe, die zur Erreichung der Ausbildungsziele der Lernenden offensichtlich auf Nachtarbeit angewiesen sind, über eine Regelung in der entsprechenden Departementsverordnung (SR 822.115.4; siehe Anhang 2) verfügen. Aus diesem Grund sind Einzelbewilligungen für dauernde oder regelmässig wiederkehrende Nachtarbeit nur in Ausnahmefällen notwendig.

Art. 13 Ausnahmbewilligung für Sonntagsarbeit

(Art. 19 Abs. 4 und 31 Abs. 4 ArG)

¹ *Die Beschäftigung Jugendlicher ab 16 Jahren an Sonntagen kann bewilligt werden, sofern:*

a. die Beschäftigung am Sonntag unentbehrlich ist, um:

- 1. die Ziele einer beruflichen Grundbildung zu erreichen, oder*
- 2. eine Betriebsstörung infolge höherer Gewalt zu beheben;*

b. die Arbeit unter der Aufsicht einer erwachsenen und qualifizierten Person ausgeführt wird; und

c. die Beschäftigung am Sonntag den Besuch der Berufsfachschule nicht beeinträchtigt.

² *Die Beschäftigung Jugendlicher ab 16 Jahren an Sonntagen kann in einer der vom WBF nach Artikel 14 festgelegten Branchen und im dort zugelassenen Umfang auch ausserhalb der beruflichen Grundbildung bewilligt werden.*

³ *Nach Abschluss der obligatorischen Schulzeit kann die Beschäftigung von Schülerinnen und Schülern in einer der vom WBF nach Artikel 14 Buchstabe a festgelegten Branchen jeden zweiten Sonntag bewilligt werden.*

⁴ *Dauernde oder regelmässig wiederkehrende Sonntagsarbeit wird vom SECO, vorübergehende Sonntagsarbeit bis zu sechs Sonntagen pro Kalenderjahr von der kantonalen Behörde bewilligt.*

Absatz 1

Jugendliche ab 16 Jahren sollen am Sonntag beschäftigt werden können, wenn dies zum Erlernen eines Berufes unentbehrlich ist, 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 werden kann. Die genannten Voraussetzungen gelten auch für die gemäss Art. 14 ArGV 5 in der Departementsverordnung (SR 822.115.4; siehe Anhang 2) zugelassene Sonntagsarbeit für bestimmte Berufsbildungen. Sonntagsarbeit kann ebenfalls bewilligt werden 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.

Absatz 2

Im Gegensatz zur Nachtarbeit kann Sonntagsarbeit in bestimmten Fällen auch ausserhalb der beruflichen Grundbildung bewilligt werden. In den Branchen, die das WBF in seiner Verordnung (SR 822.115.4; siehe Anhang 2) bezeichnet, kann Sonntagsarbeit von Jugendlichen ab 16 Jahren auch ausserhalb der beruflichen Grundbildung bewilligt werden. Die Anzahl zulässiger Sonntage ist für Jugendliche ausserhalb der beruflichen Grundbildung dieselbe wie für die Lernenden der entsprechenden Berufe. Mit dieser Regelung soll vor allem die Beschäftigung von Schulabgängerinnen und Schulabgängern, die keine Lehrstelle antreten können, unterstützt werden (z.B. in der Gesundheits- und Gastronomiebranche).

Absatz 3

Die Beschäftigung von schulentlassenen Jugendlichen (z.B. Mittelschülerinnen und Mittelschüler) zwischen 16 und 18 Jahren kann in den Branchen, die das WBF in der entsprechenden Verordnung (SR 822.115.4) bezeichnet, jeden zweiten Sonntag bewilligt werden.

Absatz 4

Bewilligungsbehörde für vorübergehende Sonntagsarbeit bis zu sechs Sonntagen pro Kalenderjahr ist die kantonale Behörde. Wird diese Anzahl Sonntage überschritten, so ist grundsätzlich das SECO zuständig.

In Grenzfällen – z.B. wenn ein Betrieb gegen Ende des Jahres feststellt, dass zusätzlich zu den sechs bewilligten Sonntagen noch weitere benötigt werden – sprechen sich die kantonale Behörde und das SECO über die Bewilligungszuständigkeit ab.

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

(Art. 31 Abs. 4 ArG)

Das WBF legt unter Berücksichtigung der Voraussetzungen nach den Artikeln 12 Absatz 1 und 13 Absatz 1 nach Konsultation der Sozialpartner fest:

a. für welche beruflichen Grundbildungen keine Bewilligung für Nacht- und Sonntagsarbeit nach den Artikeln 12 Absatz 1 und 13 Absatz 1 notwendig ist;

b. den Umfang der Nacht- und Sonntagsarbeit.

Die Verordnung delegiert dem Eidgenössischen Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung (WBF) die Kompetenz, in einer Departementsverordnung die Nacht- und Sonntagsarbeit für diejenigen Berufsbildungen zu regeln, für welche deren Notwendigkeit anerkannt ist. In der entsprechenden Departementsverordnung (Verordnung des WBF über die Ausnahmen vom Verbot von Nacht- und Sonntagsarbeit während der beruflichen Grundbildung; SR 822.115.4; siehe Anhang 2) werden somit verschiedene berufliche Grundbildungen von der Bewilligungspflicht befreit, z.B. Berufe im Gastgewerbe und in der Hauswirtschaft, in Bäckereien, Konditoreien und Confisereien sowie Berufe im Gesundheitswesen. Der Umfang der zulässigen Nacht- und Sonntagsarbeit ist ebenfalls in der erwähnten Departementsverordnung festgelegt. Diese Lösung soll sowohl für die Lehrbetriebe als auch für die Vollzugsbehörden zu administrativen Erleichterungen führen und eine schweizweite «unité de doctrine» sicherstellen.

Wenn es der Arbeitgeber als notwendig erachtet, die in der Departementsverordnung festgelegten Grenzen zu überschreiten, muss er bei der zuständigen 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 ArGV 5 geprüft. Ändern sich die Anforderungen an eine Grundbildung, sodass für das Erreichen des Berufszieles Nacht- und/oder Sonntagsarbeit generell notwendig wird oder nicht mehr notwendig erscheint, so können hierfür von den entsprechenden gesamtschweizerischen Branchen- oder Berufsverbänden Gesuche beim SECO eingereicht werden. Dieses wird nach Konsultation der Sozialpartner allenfalls ein Verfahren auf Änderung der Departementsverordnung einleiten.

Art. 15 Ausnahme vom Verbot der Abend- und Sonntagsarbeit

(Art. 30 Abs. 2 Bst. b und 31 Abs. 4 ArG)

¹ *Jugendliche dürfen bei kulturellen, künstlerischen und sportlichen Anlässen, die nur abends oder am Sonntag stattfinden, ausnahmsweise bis 23 Uhr und am Sonntag beschäftigt werden.*

² *In Betrieben in Fremdenverkehrsgebieten nach Artikel 25 der Verordnung 2 vom 10. Mai 2000 zum Arbeitsgesetz dürfen Jugendliche ausserhalb der Berufsbildung an 26 Sonntagen pro Kalenderjahr beschäftigt werden. Die Sonntage können unregelmässig auf das Jahr verteilt werden.*

Absatz 1

Kulturelle, künstlerische und sportliche Darbietungen nach Art. 7 ArGV 5 finden oft sonntags und abends statt. Aus diesem Grund drängt sich diese Ausnahmeregelung auf. Die Bestimmung gilt für alle Jugendlichen unter 18 Jahren bei der Ausübung der genannten Tätigkeiten, sofern die Anlässe nur abends oder sonntags stattfinden. Die Voraussetzungen von Art. 7 ArGV 5 und die täglichen und wöchentlichen Höchstarbeitszeiten nach den Art. 10 und 11 ArGV 5 sind selbstverständlich einzuhalten.

Bei der Beschäftigung von Jugendlichen zu Werbezwecken gelangt die Regelung nicht zur Anwendung, da Werbeaufnahmen mit Jugendlichen ohne Weiteres tagsüber und an Werktagen durchgeführt werden können.

Absatz 2

In Tourismusegebieten 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 erwachsenen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer dürfen sie auch nur an 26 Sonntagen pro Jahr beschäftigt werden. Dabei können die Sonntage unregelmässig auf das Jahr verteilt werden. Für Jugendliche, die eine berufliche Grundbildung absolvieren, ist diese Bestimmung nicht anwendbar.

Art. 16 Tägliche Ruhezeit

(Art. 31 Abs. 2 ArG)

¹ *Jugendlichen ist eine zusammenhängende tägliche Ruhezeit von mindestens zwölf Stunden zu gewähren.*

² *Sie dürfen vor Berufsschultagen oder überbetrieblichen Kursen längstens bis 20 Uhr beschäftigt werden.*

Absatz 1

Gemäss Art. 31 Abs. 2 ArG muss die Tagesarbeit der Jugendlichen – mit Einschluss der Pausen – innerhalb eines Zeitraumes von zwölf Stunden liegen (z.B. 7:00 Uhr bis 19:00 Uhr). Mit Art. 16 Abs. 1 ArGV 5 wird zudem präzisiert, dass Jugendlichen zusätzlich eine zusammenhängende tägliche Ruhezeit von mindestens zwölf Stunden zu gewähren ist. Wenn bspw. die Tagesarbeit am Montag um 19:00 Uhr endet, so wäre ein Arbeitsbeginn am Dienstagmorgen bereits um 6:00 Uhr nicht zulässig, da die geforderten 12 Stunden Ruhezeit nicht eingehalten sind.

Absatz 2

Vor Berufsschultagen oder Besuchen von überbetrieblichen Kursen dürfen Jugendliche nicht länger als bis 20:00 Uhr beschäftigt werden. Da die Berufsschule als Arbeitszeit gilt, muss dem Berufsschüler oder der Berufsschülerin vor der ersten Lektion eine Ruhezeit von mindestens zwölf Stunden gewährt werden. Bei der Einhaltung des Grundsatzes von Abs. 2 ist diese Anforderung in der Regel erfüllt. Sollte in Ausnahmefällen die erste Berufsschullektion früher als um 8:00 Uhr beginnen, so ist die Arbeit am Vortag entsprechend früher als um 20:00 Uhr zu beenden, damit die geforderten 12 Stunden Ruhezeit eingehalten werden können.

Art. 17 Überzeitarbeit

(Art. 31 Abs. 3 ArG)

¹ *Jugendliche ab 16 Jahren dürfen nur an Werktagen im Tageszeitraum und im Abendzeitraum bis 22 Uhr zu Überzeitarbeit herangezogen werden.*

² *Jugendliche dürfen während der beruflichen Grundbildung nicht zu Überzeitarbeit herangezogen werden, ausser wenn dies zur Behebung einer Betriebsstörung infolge höherer Gewalt unentbehrlich ist.*

Absatz 1

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 22:00 Uhr möglich. Auch in Sonderfällen (Art. 26 ArGV 1) dürfen Jugendliche weder in der Nacht zwischen 22:00 und 6:00 Uhr noch an Sonntagen zwischen Samstag 22:00 Uhr und Montag 6:00 Uhr (bzw. Montag 5:00 oder 7:00 Uhr, falls der Zeitraum gemäss Art. 10 ArG entsprechend verschoben wurde) Überzeitarbeit leisten.

Absatz 2

In Abs. 2 wird festgehalten, dass Jugendliche während der beruflichen Grundbildung nicht zu Überzeitarbeit herangezogen werden dürfen. Die einzige vorgesehene Ausnahme betrifft die Leistung von Überzeitarbeit 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, sie je nach Branche bis zu 50 Stunden in der Woche arbeiten zu lassen. Aus diesem Grund dürfen sie nicht zusätzlich mit Überzeitarbeit belastet werden.

Art. 18 Ärztliches Zeugnis

(Art. 29 Abs. 4 ArG)

¹ *Das WBF kann nach Einholung des Gutachtens der Eidgenössischen Arbeitskommission die Arbeiten bezeichnen, zu denen Jugendliche nur aufgrund eines ärztlichen Zeugnisses zugelassen werden dürfen. Aus dem Zeugnis muss hervorgehen, dass der oder die Jugendliche für die vorgesehene Arbeit mit oder ohne Vorbehalt geeignet ist.*

² *Weitergehende kantonale Vorschriften über die Beibringung eines ärztlichen Zeugnisses oder einer ärztlichen Untersuchung bleiben vorbehalten.*

Absatz 1

Diese Bestimmung gibt dem Eidgenössischen Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung (WBF) die Kompetenz – nach Einholung des Gutachtens der Eidgenössischen Arbeitskommission (EAK) –, die Ausübung bestimmter Arbeiten durch Jugendliche von einer medizinischen Untersuchung und dem Vorweisen eines ärztlichen Zeugnisses abhängig zu machen. Bis heute wurde diese Regelung vom WBF jedoch noch für keinen Beruf eingeführt.

Absatz 2

Diese Bestimmung stellt klar, dass die Kantone weitergehende Vorschriften über die Beibringung eines ärztlichen Zeugnisses oder einer ärztlichen Untersuchung vorsehen können.

Art. 19 Pflicht des Arbeitgebers zur Information und Anleitung

(Art. 29 Abs. 2 ArG)

¹ *Der Arbeitgeber muss dafür sorgen, dass alle in seinem Betrieb beschäftigten Jugendlichen von einer befähigten erwachsenen Person ausreichend und angemessen informiert und angeleitet werden, namentlich in*

Bezug auf Sicherheit und Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz. Er muss den Jugendlichen entsprechende Vorschriften und Empfehlungen nach Eintritt in den Betrieb abgeben und erklären.

² *Der Arbeitgeber muss die Eltern der Jugendlichen oder die erziehungsberechtigten Personen über die Arbeitsbedingungen, über mögliche Gefahren sowie über die Massnahmen, die für Sicherheit und Gesundheit getroffen werden, informieren.*

Diese Bestimmung setzt die in Art. 48 ArG verankerte Informationspflicht des Arbeitgebers um. Zudem muss der Arbeitgeber für eine sachgerechte Anleitung der Jugendlichen durch eine dafür befähigte erwachsene Person sorgen. Die Formulierung trägt dem besonderen Bedürfnis der Jugendlichen Rechnung, welche Risiken und Gefahren nicht wie Erwachsene wahrnehmen.

Art. 20 Eidgenössische Arbeitskommission

(Art. 29 Abs. 3 und 43 Abs. 2 ArG)

Die Eidgenössische Arbeitskommission überprüft alle fünf Jahre die Departementsverordnung nach Artikel 4 Absatz 3 und gibt diesbezügliche Empfehlungen ab.

Gemäss dieser Bestimmung muss die EAK die Verordnung über gefährliche Arbeiten für Jugendliche (SR 822.115.2; siehe Anhang 1) mindestens alle fünf Jahre überprüfen. Damit wird der Verpflichtung gemäss Art. 4 Ziff. 3 des Übereinkommens Nr. 182 der IAO (SR 0.822.728.2) nachgekommen. Da die EAK eine beratende Funktion hat, kann sie lediglich Empfehlungen in Bezug auf eventuelle Anpassungen dieser Departementsverordnung abgeben. Eine allfällige Ordnungsrevision ist – unter Würdigung der Empfehlungen der EAK – gemäss Art. 4 Abs. 3 ArGV 5 durch das WBF vorzunehmen.

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

¹ *Das SECO, das SBFI und die Schweizerische Unfallversicherungsanstalt (SUVA) arbeiten für alle Fragen der Gesundheit und der Sicherheit von Jugendlichen in Ausbildung zusammen.*

² *Das SBFI konsultiert bei der Ausarbeitung der Bildungsverordnungen und vor der Genehmigung der Bildungspläne das SECO; dieses holt die Stellungnahme der SUVA und gegebenenfalls anderer Fachorganisationen der Arbeitssicherheit und des Gesundheitsschutzes ein.*

³ *Das SECO konsultiert das SBFI bei der Ausarbeitung der Departementsverordnungen nach den Artikeln 4 Absatz 3 und 14.*

Absatz 1

Es besteht im internationalen Umfeld Konsens darüber, dass der Schutz der Gesundheit und Sicherheit bei der Arbeit integrierender Bestandteil der beruflichen Ausbildung sein muss. Aus diesem Grund wird in Abs. 1 als Grundsatz die Zusammenarbeit von SECO, SBFI und SUVA verankert. Die einzelnen, zu treffenden Massnahmen sind jeweils aufgrund der berufsspezifischen Gefahren zu ermitteln und festzulegen.

Absatz 2

Abs. 2 sieht vor, die Prävention bei der Ausarbeitung der Bildungsverordnungen und -pläne zu intensivieren. Dafür müssen die Zusammenarbeit zwischen dem SBFI, der SUVA und dem SECO sowie die Abläufe optimiert werden. Gegebenenfalls sind weitere Fachorganisationen der Arbeitssicherheit für die Prüfung beizuziehen. In der dem SBFI übermittelten Stellungnahme des SECO werden die Anmerkungen der SUVA zu Berufskrankheitsrisiken unverändert wiedergegeben. Grund dafür ist die alleinige Zuständigkeit der SUVA für diese Risiken in allen Betrieben (Art. 50 Abs. 1 der Verordnung über die Verhütung von Unfällen und Berufskrankheiten VUV, SR 832.30).

Absatz 3

Damit den Bedürfnissen der Berufsbildung Rechnung getragen wird, zieht das SECO bei der Erarbeitung der beiden aufgeführten Departementsverordnungen (Verordnung des WBF über gefährliche Arbeiten für Jugendliche, SR 822.115.2 [siehe Anhang 1] und Verordnung des WBF über die Ausnahmen vom Verbot von Nacht- und Sonntagsarbeit während der beruflichen Grundbildung, SR 822.115.4 [siehe Anhang 2]) das SBFI bei.

Art. 22 Änderung bisherigen Rechts

Die Verordnung 1 vom 10. Mai 2000 zum Arbeitsgesetz wird wie folgt geändert:

Art. 3 und 6 Abs. 2: Aufgehoben

4. Kapitel (Art. 47–59): Aufgehoben

Kein ergänzender Kommentar notwendig.

Art. 22a Übergangsbestimmungen zur Änderung vom 25. Juni 2014

¹ *Die zuständigen Organisationen der Arbeitswelt sorgen innert dreier Jahre ab Inkrafttreten der Änderung vom 25. Juni 2014 dieser Verordnung dafür, dass begleitende Massnahmen der Arbeitssicherheit und des Gesundheitsschutzes im Sinne von Artikel 4 Absatz 4 definiert und vom*

SBFI genehmigt sind. Liegen nach Ablauf dieser Frist keine genehmigten begleitenden Massnahmen vor, so dürfen in der entsprechenden beruflichen Grundbildung keine Jugendlichen mehr im Sinne von Artikel 4 Absatz 4 beschäftigt werden.

² *Die kantonalen Berufsbildungsämter überprüfen innert zweier Jahre ab der Genehmigung der begleitenden Massnahmen nach Absatz 1 die zu diesem Zeitpunkt bereits erteilten Bildungsbewilligungen gemäss Artikel 20 Absatz 2 BBG. Bis zum Abschluss dieser Überprüfung gilt bisheriges Recht. Liegt nach Ablauf der Überprüfungsfrist von zwei Jahren keine überprüfte Bildungsbewilligung vor, so darf der betreffende Betrieb in der entsprechenden beruflichen Grundbildung keine Jugendlichen mehr im Sinne von Artikel 4 Absatz 4 beschäftigen.*

³ *Jugendliche, die eine der beiden folgenden Voraussetzungen erfüllen, schliessen die berufliche Grundbildung nach bisherigem Recht ab:*

a. Sie haben eine berufliche Grundbildung begonnen, ohne dass innerhalb der Frist von Absatz 1 die begleitenden Massnahmen nach Artikel 4 Absatz 4 genehmigt worden sind.

b. Sie haben eine berufliche Grundbildung in einem Betrieb begonnen, dessen Bildungsbewilligung nicht innerhalb der Frist von Absatz 2 überprüft worden ist.

Absatz 1

In Abs. 1 der Übergangsbestimmungen wird eine Frist von drei Jahren (bis spätestens 31. Juli 2017) festgelegt, innert der genehmigte begleitende Massnahmen vorliegen müssen. Liegen innert dieser Frist keine genehmigten begleitenden Massnahmen vor, dürfen in der entsprechenden beruflichen Grundbildung bis zum Vorliegen der gemäss neuem Recht geltenden Voraussetzungen (genehmigte begleitende Massnahmen und Überprüfung der entsprechenden Bildungsbewilligungen) keine Jugendlichen mehr im Sinne von Art. 4 Abs. 4 beschäftigt werden. Ausnahmen werden in Abs. 3 geregelt.

Absatz 2

Die kantonalen Berufsbildungsämter müssen innert zweier Jahre (bis spätestens 31. Juli 2019) diejenigen Bildungsbewilligungen überprüfen, die bereits erteilt worden sind, als die begleitenden Massnahmen gemäss Abs. 1 genehmigt wurden. Bis zum Abschluss dieser Überprüfungen gilt das bisherige Recht und eine Beschäftigung von Jugendlichen ab 16 Jahren unter Beachtung der bisherigen Schutzmassnahmen (vgl. Art. 4 Abs. 4 bisheriges Recht). Liegt mit dem Ablauf der zweijährigen Frist keine entsprechende oder überprüfte Bildungsbewilligung vor, darf ein Lehrbetrieb

in den entsprechenden beruflichen Grundbildungen keine Jugendlichen im Sinne von Art. 4 Abs. 4 beschäftigen, bis die Überprüfung abgeschlossen ist. Ausnahmen werden in Abs. 3 geregelt.

Absatz 3

Jugendliche Lernende, die ihre berufliche Grundbildung begonnen haben, ohne dass die begleitenden Massnahmen gemäss Abs. 1 fristgerecht genehmigt wurden, schliessen ihre Ausbildung nach bisherigem Recht ab. Dies gilt ebenfalls für diejenigen Lernenden, die ihre berufliche Grundbildung in einem Betrieb begonnen haben, dessen Bildungsbewilligung nicht innerhalb der in Abs. 2 festgelegten Frist überprüft worden ist.

Anhang 1 zur Wegleitung ArGV 5:

Verordnung des WBF über gefährliche Arbeiten für Jugendliche vom 4. Dezember 2007 (SR 822.115.2)³

(Stand am 1. Januar 2013)

Das Eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung (WBF), gestützt auf Artikel 4 Absatz 3 der Verordnung 5 vom 28. September 2007¹ zum Arbeitsgesetz (ArGV 5), verordnet:

Art. 1 Gefährliche Arbeiten

Folgende Arbeiten gelten für Jugendliche als gefährlich:

- a. Arbeiten, welche die physische oder psychische Leistungsfähigkeit von Jugendlichen objektiv übersteigen;
- b. Arbeiten mit dem Risiko physischen, psychischen, moralischen oder sexuellen Missbrauchs, namentlich Prostitution, Herstellung von Pornografie oder pornografische Darbietungen;
- c. Arbeiten in Arbeitszeitsystemen, die erfahrungsgemäss zu einer starken Belastung führen, namentlich Akkordarbeit;
- d. Arbeiten, die mit gesundheitsgefährdenden physikalischen Einwirkungen verbunden sind, namentlich: (1.) ionisierende Strahlungen, (2.) Arbeiten bei Überdruck, (3.) Arbeiten bei extremer Hitze, Kälte oder erheblicher Nässe, (4.) Arbeiten, die mit erheblichen Stössen, erheblichem Lärm oder Erschütterungen verbunden sind;
- e. Arbeiten mit gesundheitsgefährdenden biologischen Agenzien, namentlich Mikroorganismen der Gruppen 3 und 4 nach der Verordnung vom 25. August 1999 über den Schutz der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer vor Gefährdung durch Mikroorganismen;

³ www.seco.admin.ch > Dokumentation > Publikationen und Formulare > Merk- und Informationsblätter, Checklisten > Arbeit.

- f. Arbeiten mit gesundheitsgefährdenden chemischen Agenzien, die mit einem der folgenden R-Sätze nach der Chemikalienverordnung vom 18. Mai 2005 versehen sind: (1.) Ernste Gefahr irreversiblen Schadens (R39), (2.) Sensibilisierung durch Einatmen möglich (Bezeichnung «S» gemäss der Liste «Grenzwerte am Arbeitsplatz»; R42), (3.) Sensibilisierung durch Hautkontakt möglich (Bezeichnung «S» gemäss der Liste «Grenzwerte am Arbeitsplatz»; R43), (4.) Kann Krebs erzeugen (Bezeichnung «K» gemäss der Liste «Grenzwerte am Arbeitsplatz»; R40, R45), (5.) Kann vererbare Schäden verursachen (R46), (6.) Gefahr ernster Gesundheitsschäden bei längerer Exposition (R48), (7.) Kann die Fortpflanzungsfähigkeit beeinträchtigen (R60), (8.) Kann das Kind im Mutterleib schädigen (R61);
- g. Arbeiten mit Maschinen, Ausrüstungen oder Werkzeugen, die mit Unfallgefahren verbunden sind, von denen anzunehmen ist, dass Jugendliche sie wegen mangelnden Sicherheitsbewusstseins oder wegen mangelnder Erfahrung oder Ausbildung nicht erkennen oder nicht abwenden können;
- h. Arbeiten, bei denen eine erhebliche Brand-, Explosions-, Unfall-, Erkrankungs- oder Vergiftungsgefahr besteht;
- i. Arbeiten unter Tag, unter Wasser, in gefährlichen Höhen, in engen Räumen oder bei Einsturzgefahr;
- j. Arbeiten mit gefährlichen Tieren;
- k. industrielles Schlachten von Tieren;
- l. Sortieren von Altmaterial, wie Papier und Karton, von ungereinigter und nicht desinfizierter Wäsche sowie von Haaren, Borsten und Fellen.

Art. 2 Inkrafttreten

Diese Verordnung tritt am 1. Januar 2008 in Kraft.

Anhang 2 zur Wegleitung ArGV 5:

Verordnung des WBF über die Ausnahmen vom Verbot von Nacht- und Sonntagsarbeit während der beruflichen Grundbildung vom 21. April 2011 (SR 822.115.4)⁴

(Stand am 1. Mai 2015)

Das Eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung (WBF), gestützt auf Artikel 14 der Jugendarbeitsschutzverordnung vom 28. September 2007, verordnet:

⁴ www.seco.admin.ch > Dokumentation > Publikationen und Formulare > Merk- und Informationsblätter, Checklisten > Arbeit.

Art. 1 Befreiung von der Bewilligungspflicht

In den nachfolgend aufgeführten beruflichen Grundbildungen ist für eine Ausnahme vom Verbot der Nacht- oder der Sonntagsarbeit im festgelegten Umfang keine Bewilligung notwendig.

Art. 2 Gastgewerbe und Hauswirtschaft

¹ Die Bestimmungen gelten für folgende berufliche Grundbildungen:

- a. Fachfrau Hauswirtschaft EFZ/Fachmann Hauswirtschaft EFZ;
- b. Hauswirtschaftspraktikerin EBA/Hauswirtschaftspraktiker EBA;
- c. Hotellerieangestellte EBA/Hotellerieangestellter EBA;
- d. Hotelfachfrau EFZ/Hotelfachmann EFZ;
- e. Restaurationsangestellte EBA/Restaurationsangestellter EBA;
- f. Restaurationsfachfrau EFZ/Restaurationsfachmann EFZ;
- g. Köchin EFZ/Koch EFZ;
- h. Küchenangestellte EBA/Küchenangestellter EBA;
- i. Kauffrau EFZ/Kaufmann EFZ (Basis-Grundbildung und erweiterte Grundbildung) in der Ausbildungs- und Prüfungsbranche Hotel-Gastro-Tourismus;
- j. Systemgastronomiefachfrau EFZ/Systemgastronomiefachmann EFZ.

² Für den Einsatz von Lernenden ab dem vollendeten 16. Altersjahr in der Nacht gelten folgende Bestimmungen:

- a. Lernende dürfen bis 23:00 Uhr und höchstens 10 Nächte pro Jahr bis 1:00 Uhr arbeiten.
- b. An Tagen vor Besuchen der Berufsfachschule oder vor Besuchen von überbetrieblichen Kursen dürfen sie höchstens bis 20:00 Uhr arbeiten.

³ Für den Einsatz von Lernenden ab dem vollendeten 16. Altersjahr an Sonntagen gelten folgende Bestimmungen:

- a. Mindestens 12 Sonntage pro Jahr sind frei zu geben (exkl. Feriensonntage). In Saisonbetrieben können die freien Sonntage unregelmässig auf das Jahr verteilt werden.
- b. Für Betriebe mit 2 Schliessungstagen unter der Woche ist mindestens ein Sonntag pro Quartal frei zu geben (exkl. Feriensonntage). Wenn der Besuch der Berufsfachschule oder der Besuch von überbetrieblichen Kursen auf einen der beiden Schliessungstage fällt, so sind mindestens 12 Sonntage pro Jahr frei zu geben (exkl. Feriensonntage).

Art. 3 Bäckereien, Konditoreien und Confisereien

¹ Die Bestimmungen gelten für folgende berufliche Grundbildungen:

- a. Bäckerin-Konditorin-Confiseurin EFZ/Bäcker-Konditor-Confiseur EFZ;
- b. Bäckerin-Konditorin-Confiseurin EBA/Bäcker-Konditor-Confiseur EBA;

² Lernende dürfen wie folgt in der Nacht arbeiten:

- a. ab dem vollendeten 16. Altersjahr: höchstens 5 Nächte pro Woche ab 4 Uhr (vor Sonn- und Feiertagen ab 3:00 Uhr);
- b. ab dem vollendeten 17. Altersjahr: höchstens 5 Nächte pro Woche ab 3:00 Uhr (vor Sonn- und Feiertagen ab 2:00 Uhr).

³ Lernende dürfen wie folgt an Sonntagen arbeiten:

- a. ab dem vollendeten 16. Altersjahr: höchstens einen Sonntag pro Monat.
- b. ab dem vollendeten 17. Altersjahr: höchstens 2 Sonntage pro Monat.

Art. 4 Detailhandel in Bäckereien, Konditoreien und Confisereien

¹ Die Bestimmungen gelten für folgende berufliche Grundbildungen:

- a. Detailhandelsfachfrau EFZ/Detailhandelsfachmann EFZ in der Ausbildungs- und Prüfungsbranche Bäckerei/Konditorei/Confiserie;
- b. Detailhandelsassistentin EBA/Detailhandelsassistent EBA in der Ausbildungs- und Prüfungsbranche Bäckerei/Konditorei/Confiserie.

² Lernende dürfen wie folgt an Sonntagen arbeiten:

- a. ab dem vollendeten 16. Altersjahr: höchstens einen Sonntag pro Monat.
- b. ab dem vollendeten 17. Altersjahr: höchstens 2 Sonntage pro Monat.

Art. 5 Milchtechnologiebranche

¹ Die Bestimmungen gelten für folgende berufliche Grundbildungen:

- a. Milchtechnologin EFZ/Milchtechnologie EFZ;
- b. Milchpraktikerin EBA/Milchpraktiker EBA.

² Für den Einsatz von Lernenden ab dem vollendeten 17. Altersjahr in der Nacht gelten folgende Bestimmungen:

- a. Sie dürfen höchstens 5 Nächte pro Woche ab 3 Uhr und höchstens 48 Nächte pro Jahr arbeiten.
- b. Die Nachtarbeit darf höchstens 4 aufeinanderfolgende Wochen dauern.

- c. Auf Nachtarbeit folgt Tagesarbeit von mindestens gleicher Dauer.

Art. 6 Lebensmitteltechnologiebranche

¹ Die Bestimmungen gelten für folgende berufliche Grundbildungen:

- a. Lebensmitteltechnologin EFZ/Lebensmitteltechnologe EFZ;
- b. Lebensmittelpraktikerin EBA/Lebensmittelpraktiker EBA.

² Für den Einsatz von Lernenden des Schwerpunkts Backwaren in der Nacht gelten folgende Bestimmungen:

- a. Lernende ab dem vollendeten 16. Altersjahr dürfen höchstens 5 Nächte pro Woche und höchstens 90 Nächte pro Jahr arbeiten, wovon 25 Nächte spätestens bis 1:00 Uhr und 25 Nächte frühestens ab 3:00 Uhr.
- b. Lernende ab dem vollendeten 17. Altersjahr dürfen höchstens 5 Nächte pro Woche und höchstens 100 Nächte pro Jahr arbeiten, wovon 25 Nächte spätestens bis 1:00 Uhr und 25 Nächte frühestens ab 3:00 Uhr.
- c. Die Nachtarbeit darf höchstens 6 aufeinanderfolgende Wochen dauern.
- d. Auf Nachtarbeit folgt Tagesarbeit von mindestens gleicher Dauer.

³ Für den Einsatz von Lernenden der übrigen Schwerpunkte in der Nacht gelten folgende Bestimmungen:

- a. Lernende ab dem vollendeten 16. Altersjahr dürfen höchstens 5 Nächte pro Woche und höchstens 50 Nächte pro Jahr arbeiten, wovon 12 Nächte spätestens bis 1:00 Uhr und 12 Nächte frühestens ab 3:00 Uhr.
- b. Lernende ab dem vollendeten 17. Altersjahr dürfen höchstens 5 Nächte pro Woche und höchstens 60 Nächte pro Jahr arbeiten, wovon 15 Nächte spätestens bis 1:00 Uhr und 15 Nächte frühestens ab 3:00 Uhr.
- c. Die Nachtarbeit darf höchstens 6 aufeinanderfolgende Wochen dauern.
- d. Auf Nachtarbeit folgt Tagesarbeit von mindestens gleicher Dauer.

Art. 7 Bereich Produktions- und Verpackungsanlagen

Für den Einsatz von Lernenden in der beruflichen Grundbildung Anlagenführerin EFZ/Anlagenführer EFZ gelten folgende Bestimmungen:

- a. Lernende ab dem vollendeten 16. Altersjahr dürfen höchstens 5 Nächte pro Woche und höchstens 30 Nächte pro Jahr arbeiten.
- b. Lernende ab dem vollendeten 17. Altersjahr dürfen höchstens 5 Nächte pro Woche und höchstens 50 Nächte pro Jahr arbeiten.
- c. Auf eine Woche Nachtarbeit folgt mindestens eine Woche Tagesarbeit.

Art. 8 Fleischfachbranche

¹ Die Bestimmungen gelten für folgende berufliche Grundbildungen:

- a. Fleischfachfrau EFZ/Fleischfachmann EFZ;
- b. Fleischfachassistentin EBA/Fleischfachassistent EBA.

² Lernende ab dem vollendeten 16. Altersjahr dürfen höchstens 2 Nächte pro Woche bis 23:00 Uhr oder ab 4:00 Uhr arbeiten.

Art. 9 Tierhaltung und -pflege

¹ Die Bestimmungen gelten für folgende berufliche Grundbildungen:

- a. Pferdefachfrau EFZ/Pferdefachmann EFZ (Pferdepflege, Klassisches Reiten, Gangpferdereiten, Pferderennsport, Westernreiten);
- b. Pferdewartin EBA/Pferdewart EBA;
- c. Tierpflegerin EFZ/Tierpfleger EFZ.

² Lernende ab dem vollendeten 16. Altersjahr dürfen höchstens jeden zweiten Sonntag und höchstens die Hälfte der den Sonntagen gleichgestellten Feiertage pro Jahr arbeiten.

Art. 10 Gesundheitswesen

¹ Die Bestimmungen gelten für folgende berufliche Grundbildungen:

- a. Fachfrau Gesundheit EFZ/Fachmann Gesundheit EFZ;
- b. Fachfrau Betreuung EFZ/Fachmann Betreuung EFZ;
- c. [aufgehoben]
- d. medizinische Praxisassistentin EFZ/medizinischer Praxisassistent EFZ;
- e. tiermedizinische Praxisassistentin EFZ/tiermedizinischer Praxisassistent EFZ;
- f. Assistentin Gesundheit und Soziales EBA/Assistent Gesundheit und Soziales EBA;

² Lernende ab dem vollendeten 17. Altersjahr dürfen höchstens 2 Nächte pro Woche und höchstens 10 Nächte pro Jahr arbeiten.

³ Lernende ab dem vollendeten 17. Altersjahr dürfen höchstens einen Sonntag oder einen den Sonntagen gleichgestellten Feiertag pro Monat arbeiten, jedoch höchstens 2 Feiertage pro Jahr, die nicht auf einen Sonntag fallen.

Art. 11 Gleisbau

¹ Die Bestimmungen gelten für folgende berufliche Grundbildungen:

- a. Gleisbauerin EFZ/Gleisbauer EFZ (Berufsfeld Verkehrswegebau);
- b. Gleisbaupraktikerin EBA/Gleisbaupraktiker EBA (Berufsfeld Verkehrswegebau).

² Für den Einsatz von Lernenden in der Nacht gelten folgende Bestimmungen:

- a. Lernende ab dem vollendeten 16. Altersjahr dürfen höchstens 6 Nächte pro Woche, höchstens 15 Nächte innert zwei Monaten und höchstens 40 Nächte pro Jahr arbeiten.
- b. Lernende ab dem vollendeten 17. Altersjahr dürfen höchstens 6 Nächte pro Woche, höchstens 15 Nächte innert zwei Monaten und höchstens 60 Nächte pro Jahr arbeiten.
- c. Auf eine Woche mit Nachtarbeit folgt mindestens eine Woche ohne Nachtarbeit.

Art. 11a Netzelektrik

¹ Für den Einsatz von Lernenden in der beruflichen Grundbildung Netzelektrikerin EFZ/Netzelektriker EFZ mit Schwerpunkt Energie sowie mit Schwerpunkt Telekommunikation gelten folgende Bestimmungen:

- a. Lernende ab dem vollendeten 16. Altersjahr dürfen höchstens 4 Nächte pro Woche, höchstens 6 Nächte innert zwei Monaten und höchstens 18 Nächte pro Jahr arbeiten.
- b. Lernende ab dem vollendeten 17. Altersjahr dürfen höchstens 4 Nächte pro Woche, höchstens 8 Nächte innert zwei Monaten und höchstens 24 Nächte pro Jahr arbeiten.
- c. Auf eine Woche mit Nachtarbeit folgt mindestens eine Woche ohne Nachtarbeit.

² Für den Einsatz von Lernenden in der beruflichen Grundbildung Netzelektrikerin EFZ/Netzelektriker EFZ mit Schwerpunkt Fahrleitungen gelten folgende Bestimmungen:

- a. Lernende ab dem vollendeten 16. Altersjahr dürfen höchstens 4 Nächte pro Woche, höchstens 15 Nächte innert zwei Monaten und höchstens 40 Nächte pro Jahr arbeiten.
- b. Lernende ab dem vollendeten 17. Altersjahr dürfen höchstens 4 Nächte pro Woche, höchstens 15 Nächte innert zwei Monaten und höchstens 52 Nächte pro Jahr arbeiten.
- c. Auf eine Woche mit Nachtarbeit folgt mindestens eine Woche ohne Nachtarbeit.

Art. 11b Öffentlicher Verkehr

¹ Die Bestimmungen gelten für folgende berufliche Grundbildungen:
gen:

- a. Fachfrau öffentlicher Verkehr EFZ/Fachmann öffentlicher Verkehr EFZ;
- b. Kauffrau EFZ/Kaufmann EFZ (Basis-Grundbildung und erweiterte Grundbildung) in der Ausbildungs- und Prüfungsbranche öffentlicher Verkehr mit den Einsatzgebieten Beratung und Verkauf.

² Lernende nach Absatz 1 Buchstabe a dürfen ab dem 16. Altersjahr wie folgt in der Nacht arbeiten:

- a. höchstens 2 Nächte ab 4:30 Uhr pro Monat und höchstens 8 Nächte ab 4:30 Uhr pro Jahr; und
- b. höchstens 4 Nächte pro Monat und höchstens 32 Nächte pro Jahr, wovon höchstens 3 Nächte pro Monat bis 24:00 Uhr und höchstens 1 Nacht pro Monat bis 2:00 Uhr.

³ Lernende nach Absatz 1 dürfen wie folgt an Sonntagen und den Sonntagen gleichgestellten Feiertagen arbeiten:

- a. ab dem vollendeten 16. Altersjahr: höchstens 4 Sonn- oder Feiertage pro Jahr;
- b. ab dem vollendeten 17. Altersjahr: höchstens 2 Sonn- oder Feiertage pro Monat und höchstens 12 Sonn- oder Feiertage pro Jahr, jedoch höchstens 2 Feiertage pro Jahr, die nicht auf einen Sonntag fallen.

Art. 12 Veranstaltungsbereich

¹ Für den Einsatz von Lernenden in der beruflichen Grundbildung Veranstaltungsfachfrau EFZ/Veranstaltungsfachmann EFZ in der Nacht gelten folgende Bestimmungen:

- a. Lernende ab dem vollendeten 16. Altersjahr dürfen höchstens 5 Nächte pro Woche und höchstens 10 Nächte pro Jahr arbeiten.
- b. Lernende ab dem vollendeten 17. Altersjahr dürfen höchstens 5 Nächte pro Woche und höchstens 30 Nächte pro Jahr arbeiten.
- c. Auf eine Woche mit Nachtarbeit folgt mindestens eine Woche ohne Nachtarbeit.

² Für den Einsatz von Lernenden an Sonntagen und den Sonntagen gleichgestellten Feiertagen gelten folgende Bestimmungen:

- a. Lernende ab dem vollendeten 16. Altersjahr dürfen höchstens einen Sonn- oder Feiertag pro Monat arbeiten, jedoch höchstens 2 Feiertage pro Jahr, die nicht auf einen Sonntag fallen;
- b. Lernende ab dem vollendeten 17. Altersjahr dürfen höchstens 2 Sonn- oder Feiertage pro Monat arbeiten, jedoch höchstens 2 Feiertage pro Jahr, die nicht auf einen Sonntag fallen.

Art. 13 Aufhebung bisherigen Rechts

Die Verordnung des WBF vom 29. Mai 2008 über die Ausnahmen vom Verbot von Nacht- und Sonntagsarbeit während der beruflichen Grundbildung wird aufgehoben.

Art. 14 Inkrafttreten

Diese Verordnung tritt am 15. Mai 2011 in Kraft.

III. Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen: Weisungen über Beiträge⁵

(letzte Änderung: 6. Januar 2015)

1. Einleitung

Die Vertragsparteien eines allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrags (AVE GAV) sehen häufig Bestimmungen vor, die die unterstellten Arbeitgeber und Arbeitnehmenden verpflichten, für einen bestimmten Zweck Beiträge an gemeinsame Institutionen der GAV-Parteien zu leisten. Es kann sich dabei um Beiträge handeln, mit denen eine Ausgleichskasse (z.B. Ferienausgleichskasse) gespiesen wird. Ausgleichskassen sind heute nur vereinzelt in einigen kantonalen GAV vorgesehen. In der Praxis weit wichtiger sind die in GAV vorgesehenen Beiträge, die für den Vollzug bzw. für die Kontrolle des GAV und/oder für Weiterbildungszwecke vorgesehen sind.

Die vorliegenden Weisungen geben insbesondere Auskunft über die gesetzlichen Voraussetzungen solcher Beiträge, über die Pflicht der Vertragsparteien, darüber Buch zu führen, und die Aufsicht der zuständigen Behörden.

Im Anhang werden die Grundsätze für die Führung von gemeinsamen Einrichtungen und Kassen zusammengefasst.

2. Übersicht über die gesetzlichen Grundlagen

2.1 Voraussetzungen für die Allgemeinverbindlicherklärung (AVE)

Das AVEG enthält die Voraussetzungen, unter denen Bestimmungen über Ausgleichskassen und andere das Arbeitsverhältnis betreffende Einrichtungen allgemeinverbindlich erklärt werden können. Solche Bestimmungen dürfen nur allgemeinverbindlich erklärt werden, wenn die Or-

⁵ www.seco.admin.ch > Dokumentation > Publikationen und Formulare > Merk- und Informationsblätter, Checklisten > Arbeit.

ganisation der Kasse oder Einrichtung ausreichend geregelt ist und Gewähr für eine ordnungsgemässe Führung besteht (Art. 3 Abs. 1 AVEG).

In der Praxis weit wichtiger als die Ausgleichskassen sind die anderen das Arbeitsverhältnis betreffenden Einrichtungen, worunter namentlich die Kassen von Paritätischen Kommissionen gemeint sind.

Die Zulässigkeit von Ausgleichskassen und andere das Arbeitsverhältnis betreffende Einrichtungen impliziert auch die Zulässigkeit von Beiträgen, mit denen die Kassen und Einrichtungen gespeisen werden. Hinsichtlich der Beiträge enthält das Gesetz eine konkrete Bestimmung zu den sog. «Kontrollkostenbeiträgen», die heute in aller Regel als Vollzugskostenbeiträge bezeichnet werden. So dürfen «die Kontrollkostenbeiträge der am Gesamtarbeitsvertrag beteiligten Arbeitgeber und Arbeitnehmer die Anteile nicht übersteigen, die sich bei einer gleichmässigen Verteilung der tatsächlichen Kosten auf alle Arbeitgeber einerseits und auf alle Arbeitnehmer andererseits ergeben» (Art. 3 Abs. 2 Bst. b AVEG).

Weiter verlangt das Gesetz in Bezug auf Bestimmungen über Kontrollen (sowie über Kautionen und Konventionalstrafen), dass die Kontrolle und Durchsetzung ausreichend geregelt sind und Gewähr für eine geordnete Anwendung besteht (Art. 3 Abs. 2 Bst. a AVEG).

Zu beachten ist, dass die in Art. 2 AVEG vorgeschriebenen allgemeinen Voraussetzungen der Allgemeinverbindlicherklärung bei Bestimmungen über Beiträge zusätzlich zu den vorne erwähnten besonderen Voraussetzungen ebenfalls erfüllt sein müssen. So dürfen insbesondere die Rechtsgleichheit und die Verbandsfreiheit nicht verletzt werden.

2.2 *Aufsicht der zuständigen Behörde*

Die Kasse oder Einrichtung untersteht der Aufsicht der zuständigen Behörde. Diese hat dafür zu sorgen, dass die Kasse oder Einrichtung ordnungsgemäss geführt wird und kann zu diesem Zweck von deren Träger die notwendigen Auskünfte verlangen (Art. 5 Abs. 2 AVEG). Zuständige Behörde auf Bundesebene (bei GAV, die vom Bundesrat allgemeinverbindlich erklärt werden) ist das SECO (Art. 20 Abs. 2 AVEG). Auf kantonaler Ebene (bei GAV, die von einem Kanton allgemeinverbindlich erklärt werden) werden die zuständigen Behörden durch die einzelnen Kantone bezeichnet (Art. 20 Abs. 1 AVEG).

2.3 *Ausserkraftsetzung der AVE*

Die AVE kann ausser Kraft gesetzt werden, wenn eine Kasse oder Einrichtung nicht ordnungsgemäss geführt wird (Art. 18 Abs. 2 AVEG).

2.4 *Personalverleih*

Das Bundesgesetz vom 6. Oktober 1989 über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih (Arbeitsvermittlungsgesetz, AVG, SR 823.11) verpflichtet die Verleihbetriebe, die in AVE GAV vorgesehenen Beiträge an Weiterbildungs- und Vollzugskosten zu leisten, wenn ein Einsatzbetrieb einem AVE GAV untersteht (Art. 20 Abs. 1 AVG). Die Beitragspflicht entsteht am ersten Arbeitstag für die Zeit, in der ein Arbeitnehmer im Geltungsbereich des GAV zum Einsatz kommt (Art. 48b Abs. 1 Verordnung über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih, Arbeitsvermittlungsverordnung, AVV, SR 823.111). Die Beiträge werden entsprechend der im GAV vorgesehenen Regelung einbezahlt und verwendet (Art. 48b Abs. 2 AVV).

Wenn ein Einsatzbetrieb einem AVE GAV untersteht, der den flexiblen Altersrücktritt regelt, so muss der Verleiher gegenüber dem Arbeitnehmer diese Regelung ebenfalls einhalten (Art. 20 Abs. 3 AVG). Die in einem AVE GAV vorgesehene Beitragspflicht für die Regelung des flexiblen Altersrücktritts entsteht ab dem ersten Arbeitstag für die Zeit, in der ein Arbeitnehmer im Geltungsbereich des GAV zum Einsatz kommt. Von der Beitragspflicht befreit sind u.a. Arbeitnehmende, deren Einsatzvertrag auf drei Monate befristet ist. Auch hier werden die Beiträge entsprechend der im GAV vorgesehenen Regelung einbezahlt und verwendet (Art. 48c AVV).

2.5 *Entsendung von Arbeitnehmenden in die Schweiz*

Ausländische Arbeitgeber, die Arbeitnehmende in die Schweiz entsenden, müssen die Beiträge an die Kontroll- und Vollzugskosten entrichten, die ein AVE GAV Arbeitgebern und Arbeitnehmern auferlegt. Sie müssen gegenüber den durch den GAV eingesetzten paritätischen Organen für die Arbeitgeber- und die Arbeitnehmerbeiträge aufkommen (Art. 8d Verordnung vom 21. Mai 2003 über die in die Schweiz entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, EntsV, SR 823.201).

Sieht ein AVE GAV einen obligatorischen Beitrag an Weiterbildungskosten vor, so gelten die entsprechenden Bestimmungen auch für Arbeitgeber, die Arbeitnehmende in die Schweiz entsenden, sofern deren Entsendung länger als 90 Tage dauert (Art. 2 Abs. 2^{bis} Bundesgesetz über die flankierenden Massnahmen bei entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern und über die Kontrolle der in Normalarbeitsverträgen vorgesehenen Mindestlöhne, Entsendegesetz, EntsG, SR 823.20).

3. Voraussetzungen für die AVE von Beiträgen

3.1 Bestimmung über gemeinsame Durchführung des GAV

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

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

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

Beispiel für eine solche GAV-Regelung: «Den Gesamtarbeitsvertragsparteien steht gegenüber den beteiligten Arbeitgebern und Arbeitnehmerinnen bzw. Arbeitnehmern ein gemeinsamer Anspruch auf Einhaltung der gesamtarbeitsvertraglichen Bestimmungen gemäss Artikel 357b OR zu.»

3.2 Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis

Die Beiträge dürfen nur für Zwecke verwendet werden, die das im GAV geregelte Arbeitsverhältnis betreffen. Dies ergibt sich zwingend aus der gesetzlichen Regelung, wonach (nur) Ausgleichskassen und andere das Arbeitsverhältnis betreffende Einrichtungen unter gewissen Voraussetzungen allgemeinverbindlich erklärt werden können (Art. 3 Abs. 1 AVEG).

Nicht zum Arbeitsverhältnis gehören allgemeine Verwendungszwecke wie z.B. die Branchenförderung oder die Berufsförderung. Für diese Zwecke dürfen die Beiträge somit nicht verwendet werden. Die Beiträge sollten deshalb im GAV auch nicht als Berufsbeiträge bezeichnet werden.

Sind in einem GAV die Lehrlinge nicht erfasst, so können auch keine Beiträge für die berufliche Grundausbildung verwendet werden. Die Verwendung von Beiträgen für die berufliche Grundausbildung ist nur zulässig, wenn auch die Lehrverhältnisse vom GAV erfasst werden, da die berufliche Grundausbildung natürlich die Lehrverhältnisse (welche ebenfalls Arbeitsverhältnisse darstellen) betrifft.

3.3 *Regelung der Verwendungszwecke*

Im GAV ist abschliessend anzugeben, für welche Zwecke die Beiträge verwendet werden. Die als Vollzugskostenbeiträge bezeichneten Beiträge werden häufig nicht nur für den eigentlichen Vollzug des GAV verwendet, sondern auch für die berufliche Weiterbildung, für Arbeitssicherheit und Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz, für soziale Zwecke (z.B. Notlagenfonds) sowie gegebenenfalls für weitere Zwecke, sofern sie einen Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis haben. Diese einzelnen Verwendungszwecke müssen grundsätzlich im GAV geregelt sein.

Formulierungen wie «namentlich» oder «insbesondere» vor der Aufzählung der Verwendungszwecke der Beiträge können nicht allgemeinverbindlich erklärt werden. Die Verwendungszwecke der Beiträge müssen im GAV abschliessend geregelt sein.

Separater Beitrag für Weiterbildung: Wenn die Beiträge neben dem GAV-Vollzug auch für die berufliche Weiterbildung verwendet werden, ist zu empfehlen, für die Weiterbildung im GAV einen separaten Beitrag vorzusehen. Dies drängt sich deshalb auf, weil für ausländische Entsendebetriebe die Beiträge für die Weiterbildung erst ab dem 91. Tag der Entsendung geschuldet sind (vgl. Ziff. 2.5). Wenn der GAV selber keine separaten Beiträge für die Weiterbildung vorsieht, sind die GAV-Parteien bzw. die zuständige Paritätische Kommission gezwungen, in der Anwendung auf ausländische Entsendebetriebe unterschiedliche Beiträge für Vollzug und Weiterbildung vorzusehen. Es wäre nämlich nicht zulässig, einem Entsendebetrieb für die gesamte Zeit der Entsendung den vollen Vollzugskostenbeitrag in Rechnung zu stellen, wenn dieser auch für die Weiterbildung verwendet wird.

3.4 *Höhe der Beiträge*

Das Gesetz enthält eine allgemeine Vorschrift in Bezug auf die Höhe der Kontrollkostenbeiträge (= Vollzugskostenbeiträge), die der Bundesrat in seiner AVE-Praxis konkretisiert hat. Diese Konkretisierung gilt grundsätzlich auch für Weiterbildungsbeiträge.

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

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

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

Die zweite Voraussetzung kommt dort nicht zur Anwendung, wo die Mitglieder der Gewerkschaften und der Arbeitgeberverbände den gleichen Beitrag wie die Aussenseiter zu entrichten haben.

3.4.1 Verwendung der Gelder

Die Beiträge müssen für die vorgesehenen Verwendungszwecke effektiv auch laufend gebraucht werden. Eine Vermögensbildung, die über normale Reserven hinausgeht, ist nicht zulässig. Rückstellungen grösseren Ausmasses sind nur zulässig, wenn sie für konkret vorgesehene Projekte notwendig sind. Weitere Ausführungen zu den Rückstellungen und zur Vermögensbildung sind Ziffer 5.1.5 zu entnehmen.

Dem AVE-Gesuch sind die letzte Jahresrechnung, das Budget des der Jahresrechnung folgenden Jahres sowie ein Finanzplan für die beantragte Dauer der AVE beizulegen. Daneben sind der zuständigen Behörde jedes Jahr eine Jahresrechnung sowie ein Budget einzureichen. Aufgrund dieser Unterlagen prüft die Behörde u.a., ob die vorgesehenen Beiträge im Verhältnis zu deren effektiven Verwendung angemessen sind.

3.4.2 Verhältnis zu den Mitgliederbeiträgen

Die AVE-Praxis der letzten Jahrzehnte hat gezeigt, dass die organisierten Arbeitgeber und die organisierten Arbeitnehmenden in der Regel entweder keine Vollzugs- und Weiterbildungsbeiträge bezahlen müssen, oder dass ihnen die Beiträge zurückerstattet werden, wenn sie nachweisen, dass sie ihren Verbandsbeitrag bezahlt haben (siehe dazu auch Ziffer 5.1.4).

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

Daraus folgt, dass der Vollzugskosten- und/oder Weiterbildungsbeitrag deutlich tiefer als der Verbandsbeitrag sein muss, damit er allgemeinverbindlich erklärt werden kann.

Da die Beiträge deutlich tiefer sein müssen als die Verbandsbeiträge, besteht von vornherein eine Begrenzung in Bezug auf die Aufgaben,

die mit den Beiträgen erledigt werden sollen. Höhere Beiträge sind grundsätzlich nicht möglich, auch wenn die Aufgaben dies vielleicht erforderlich erscheinen lassen. Höhere Beiträge können nur dann zur AVE zugelassen werden, wenn die organisierten Arbeitgeber und die organisierten Arbeitnehmenden diese Beiträge ebenfalls – und zwar zusätzlich zu ihrem Mitgliederbeitrag – ganz oder teilweise entrichten müssen.

3.4.3 *Jahrespauschalen*

Einige AVE GAV sehen für die Arbeitgeberbeiträge jährliche Pauschalbeträge (häufig «Grundbeiträge» genannt) vor. Dies ist in der Anwendung bei ausländischen Entsendebetrieben und bei Verleihbetrieben problematisch, da diese in der Regel kürzere Einsätze in der Schweiz (für Entsendebetriebe) bzw. bei einem Einsatzbetrieb (für Verleihbetriebe) haben. In diesen Fällen sind die Beiträge pro rata temporis, d.h. entsprechend der Dauer des Einsatzes, geschuldet. Das SECO empfiehlt den Parteien von AVE GAV, auf Jahrespauschalen zu verzichten oder diese auf Monatspauschalen herunterzubrechen.

3.4.4 *Besonderheit im Personalverleih*

Das Arbeitsvermittlungsgesetz verpflichtet die Verleihbetriebe, die in AVE GAV vorgesehenen Beiträge an Weiterbildungs- und Vollzugskosten zu leisten, wenn ein Einsatzbetrieb einem AVE GAV untersteht (Art. 20 Abs. 1 AVG). Die Beitragspflicht entsteht am ersten Arbeitstag für die Zeit, in der ein Arbeitnehmer im Geltungsbereich des GAV zum Einsatz kommt (Art. 48b Abs. 1 Arbeitsvermittlungsverordnung).

Der per 1. Januar 2012 vom Bundesrat allgemeinverbindlich erklärte GAV für den Personalverleih sieht Beiträge für Vollzug, berufliche Weiterbildung und Sozialfonds vor.

Der GAV Personalverleih regelt das Verhältnis zwischen diesen Beiträgen wie folgt: Es gelten jeweils die Beiträge des GAV Personalverleih, sofern die im GAV Personalverleih vorgesehene Lösung mindestens gleichwertig mit den Bestimmungen der für die Branchen gültigen AVE GAV sind. Zuständig zur Beurteilung der Gleichwertigkeit ist die Schweizerische Paritätische Berufskommission Arbeitsverleih (SPKA), wobei im Streitfall der definitive Entscheid durch die zuständigen Gerichte zu fällen sein wird. Die Vertragsparteien des GAV Personalverleih beabsichtigen, diejenigen Fälle, in denen die Bestimmungen eines anderen GAV vorgehen, in ihre elektronische Datenbank (www.tempdata.ch) aufzunehmen.

Der Bundesrat hat mit der Gewährung der AVE dieser Bestimmung zum Ausdruck gebracht, dass in Bezug auf Beiträge für Vollzug und Weiterbildung (sowie bezüglich Krankentaggeldversicherung und berufliche Vorsorge) die Regelung von Art. 20 Abs. 1 Arbeitsvermittlungsgesetz grundsätzlich nicht zur Anwendung gelangt für Verleihbetriebe, die vom Geltungsbereich der AVE des GAV Personalverleih erfasst werden.

Fazit:

- Die im GAV Personalverleih aufgeführten Beiträge haben sämtliche Verleihbetriebe zu entrichten, die unter den Geltungsbereich der AVE des GAV Personalverleih fallen. Diese Beiträge sind insbesondere auch in denjenigen Fällen geschuldet, in denen der Einsatzbetrieb einem anderen AVE GAV untersteht. Die Beiträge des GAV Personalverleih ersetzen die Beiträge der anderen AVE GAV, d.h. Letztere sind nicht geschuldet.
- Für Verleihbetriebe, die nicht unter den Geltungsbereich der AVE des GAV Personalverleih fallen, ist Art. 20 Abs. 1 AVG ohne Einschränkung anwendbar. Das bedeutet, dass diese Verleihbetriebe die in den übrigen AVE GAV vorgesehenen Beiträge für Vollzug und Weiterbildung zu entrichten haben, wenn der Einsatzbetrieb einem solchen AVE GAV untersteht.
- Diese Regelung gilt nur, wenn und solange der GAV Personalverleih allgemeinverbindlich erklärt ist.

3.5 *Ausreichende Regelung der Kontrolle und Durchsetzung*

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

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

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

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

3.6 *Einzureichende Unterlagen und Informationen*

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

- Letzte Jahresrechnung (falls nicht bereits eingereicht);
- Budget des der Jahresrechnung folgenden Jahres sowie Finanzplan für die Periode der vorgesehenen AVE;

- Reglement, Statuten und andere Unterlagen (wie z.B. die Dokumentation des Internen Kontrollsystems) der Organisation (in der Regel die Paritätische Kommission), die mit dem Vollzug des GAV, dem Einzug der Beiträge sowie deren Verwendung betraut ist;
- Erklärung und Begründung, dass Gewähr für ordnungsgemässe Führung der Kasse besteht;
- Angabe der Höhe der Mitgliederbeiträge von Gewerkschaftsmitgliedern und der Mitglieder der Arbeitgeberverbände, sofern die vorgesehenen Vollzugskostenbeiträge eine gewisse Höhe (0,7% des Lohns) übersteigen. Diese Angabe ermöglicht es der Behörde zu überprüfen, ob die Beiträge im Vergleich zu den Verbandsbeiträgen zu hoch sind.

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

4. Organisation und internes Kontrollsystem der Kassen

4.1 Organisation

Das AVEG verlangt, dass die Organisation der Kassen und Einrichtungen ausreichend geregelt ist und Gewähr für eine ordnungsgemässe Führung besteht (Art. 3 Abs. 1 AVEG).

An die Art der Organisation bestehen keine zwingenden Anforderungen. Die Kassen können u.a. als Einfache Gesellschaft oder Verein⁶ geführt werden. Dabei wird vorausgesetzt, dass Organisation, Aufgaben, Kompetenzen sowie Kassenführung mit entsprechenden Dokumenten wie Statuten oder Reglementen geregelt sind. Weiter wird das Vorhandensein eines internen Kontrollsystems⁷ vorausgesetzt, welches der Grösse und Komplexität der Organisation entspricht.

Die ordnungsgemässe Führung verlangt die Einhaltung der allgemeinen Buchführungs- und Rechnungslegungsgrundsätze gemäss den Bestimmungen von Artikel 957–960e OR (nähere Ausführungen hierzu siehe Ziffer 5.1.1).

Die Vertragsparteien haben im Rahmen des AVE-Gesuchs anhand einer entsprechenden Dokumentation darzulegen, dass die oben genannten Voraussetzungen erfüllt sind. Die zuständige Behörde kann auch ausserhalb eines AVE-Gesuchs den Nachweis der Erfüllung dieser Voraussetzungen verlangen.

⁶ Artikel 60 ff. ZGB.

⁷ Siehe Ziffer 4.2 Internes Kontrollsystem (IKS).

4.2 *Internes Kontrollsystem (IKS)*

Gemäss Art. 728a Abs. 1 OR muss die Revisionsstelle bei Körperschaften, welche der ordentlichen Revision⁸ unterliegen, die Existenz eines Internen Kontrollsystems in Bezug auf die Erstellung der Jahresrechnung überprüfen. Hingegen erwähnt das Obligationenrecht bei eingeschränkt oder nicht zu prüfenden Gesellschaften keine Erfordernisse an ein internes Kontrollsystem.

Um den Vorgaben an eine ausreichend geregelte Organisation gemäss AVEG zu entsprechen sowie zwecks Sicherstellung der korrekten Verwendung der Vollzugskostenbeiträge, ist von allen Kassen und Einrichtungen ein der Grösse der Kasse angepasstes IKS zu führen. Durch diese Anforderungen sollen Risiken in den Prozessen (welche die Zielerreichung der Organisation gefährden) erkannt und entsprechende Massnahmen und Kontrollen durchgeführt werden. Ebenfalls soll durch die Implementierung dieser Kontrollen die Transparenz der internen Prozesse erhöht und das Fehlerrisiko gesenkt werden. Das IKS soll dabei nicht nur der Leitung der Kasse als Führungsorgan dienen, sondern nimmt auch eine wichtige Rolle für die entsprechenden Paritätischen Kommissionen ein (...).

5. **Buchführung, Rechnungslegung und Revision**

5.1 *Buchführung und Rechnungslegung*

5.1.1 *Rechtliche Grundlagen gemäss ZGB und OR*

Die Mehrheit der Kassen und Einrichtungen sind als Verein organisiert. Nachfolgend werden daher insbesondere die rechtlichen Grundlagen für Vereine aufgeführt und erläutert.

Gemäss Art. 957 Abs. 1 OR unterliegen juristische Personen (d.h. auch Vereine) der Pflicht zur Buchführung und Rechnungslegung gemäss Art. 957 ff. OR. Von der Pflicht zur Buchführung und Rechnungslegung nach Art. 957 ff. OR befreit sind diejenigen Vereine und Stiftungen, die nicht verpflichtet sind, sich ins Handelsregister eintragen zu lassen (Art. 957 Abs. 2 OR).

Ein Verein ist gemäss Art. 61 Abs. 2 ZGB zur Eintragung ins Handelsregister verpflichtet, wenn er für seinen Zweck ein nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe betreibt oder ordentlich revisionspflichtig ist.

Ordentlich revisionspflichtig sind gemäss Art. 727 Abs. 1 OR unter anderem Gesellschaften, die zwei der nachstehenden Grössen in zwei aufeinanderfolgenden Geschäftsjahren überschreiten: (a) Bilanzsumme von 20 Millionen Franken (bei Vereinen gilt 10 Millionen Franken); (b) Umsatzerlös von 40 Millionen Franken (bei Vereinen gilt 20 Millionen Fran-

⁸ Siehe auch Ziffer 5.1.1 Rechtliche Grundlagen gemäss ZGB und OR.

ken); (c) 250 Vollzeitstellen im Jahresdurchschnitt (bei Vereinen gilt 50 Vollzeitstellen⁹).

Die Grundsätze ordnungsmässiger Buchführung gemäss Art. 957a Abs. 2 OR gelten sinngemäss auch für nicht buchführungs- und rechnungslegungspflichtige Vereine und Stiftungen. Diese müssen jedoch gemäss den gesetzlichen Vorgaben lediglich über die Einnahmen und Ausgaben sowie über die Vermögenslage Buch führen (Art. 957 Abs. 2 OR).

5.1.2 *Allgemeine Weisungen*

Allein aufgrund des OR sind nicht alle Kassen und Einrichtungen verpflichtet, die Bestimmungen des OR über die kaufmännische Buchführung und Rechnungslegung einzuhalten. Wenn die Kassen und Einrichtungen aber diese Bestimmungen respektieren, kann davon ausgegangen werden, dass die Vorgaben des AVEG bezüglich Organisation und ordnungsgemässer Führung der Kassen und Einrichtungen weitgehend erfüllt sind. Deshalb sind für sämtliche Kassen und Einrichtungen die Bestimmungen über die kaufmännische Buchführung und Rechnungslegung gemäss Art. 957 bis Art. 960e OR anzuwenden und einzuhalten.¹⁰

Um den spezifischen Anforderungen des AVEG gerecht zu werden, eine möglichst hohe Transparenz der einzelnen Kassen und Einrichtungen zu ermöglichen sowie zum Zweck der aufsichtsrechtlichen Tätigkeit der zuständigen Behörde gelten zusätzlich zu den Vorschriften des OR weitergehende Weisungen zur Buchführung und Rechnungslegung. Diese werden in den nachfolgenden Abschnitten aufgeführt.

5.1.3 *Gliederung von Bilanz und Erfolgsrechnung*

Die gesetzlichen Gliederungsvorschriften (Art. 959a und Art. 959b OR) geben eine zwingende Reihenfolge für Aktiven und Passiven in der Bilanz und für Aufwand und Ertrag in der Erfolgsrechnung vor.

Hervorzuheben in Zusammenhang mit der Mindestgliederung der Erfolgsrechnung ist Art. 959b Abs. 5 OR. Danach sind weitere Positionen in der Erfolgsrechnung oder im Anhang einzeln auszuweisen, sofern dies für die Beurteilung der Ertragslage durch Dritte wesentlich oder aufgrund der Tätigkeit des Unternehmens üblich ist. Zu beachten ist auch Art. 959c Abs. 1 Ziff. 2 OR, wonach der Anhang weiterführende Angaben und Erläuterungen zu Positionen der Bilanz und Erfolgsrechnung enthalten muss.

Folgende Positionen der Jahresrechnung sind wichtig und wesentlich und müssen in der Jahresrechnung und im Budget auf der Ertragsseite separat ausgewiesen werden:

⁹ Siehe Artikel 69b Absatz 1 ZGB.

¹⁰ Bei Erfüllen der Grössenkriterien gemäss Art. 727 Abs. 1 OR müssen auch die Bestimmungen von Art. 961–961d OR befolgt werden (erweiterte Anhangsangaben, Lagebericht, Geldflussrechnung).

- Einnahmen aus Beiträgen von organisierten Arbeitnehmern
- Einnahmen aus Beiträgen von nichtorganisierten Arbeitnehmern¹¹
- Einnahmen von organisierten Arbeitgebern
 - aus Beiträgen
 - aus Kontrollkosten
 - aus Konventionalstrafen
- Einnahmen von nichtorganisierten Arbeitgebern
 - aus Beiträgen
 - aus Kontrollkosten
 - aus Konventionalstrafen
- Einnahmen von Betrieben mit Sitz im Ausland (Entsendebetriebe)
 - aus Beiträgen
 - aus Kontrollkosten
 - aus Konventionalstrafen
- Einnahmen von Verleihbetrieben
 - aus Beiträgen
 - aus Kontrollkosten
 - aus Konventionalstrafen
- Einnahmen aus Abgeltungen des SECO für Arbeitsmarktkontrollen (FLAM)
- Einnahmen aus Zinserträgen.

Wichtige und wesentliche Aufwandspositionen sind in der Jahresrechnung einzeln auszuweisen und im Anhang zu erläutern, damit deren Verwendungszweck ersichtlich ist. Die Aufwandspositionen müssen in Zusammenhang mit dem Verwendungszweck der Beiträge stehen. Zudem müssen folgende Positionen in der Jahresrechnung zwingend separat ausgewiesen werden:

- Rückerstattung von Beiträgen an organisierte Arbeitgeber
- Rückerstattung von Beiträgen an organisierte Arbeitnehmende
- Zuwendungen an Arbeitgeberverbände
- Zuwendungen an Arbeitnehmerverbände
- Zuwendungen an Regionale Paritätische Kommissionen.

¹¹ Falls es nicht möglich ist, die Einnahmen aus Beiträgen von organisierten und nichtorganisierten Arbeitnehmenden zu unterscheiden, können diese beiden Positionen in einer einzigen Position «Einnahmen aus Beiträgen von Arbeitnehmenden» dargestellt werden. Diesfalls ist im Anhang zur Jahresrechnung aufzuführen, wie sich die Gesamtsumme der Einnahmen aus Beiträgen der Arbeitnehmenden auf die organisierten Arbeitnehmenden einerseits und die nichtorganisierten Arbeitnehmenden andererseits aufteilt, wenn auf die aktuellen Zahlen zum Arbeitnehmerquorum abgestellt wird. Beispiel: Einnahmen aus Beiträgen der Arbeitnehmenden: Total Fr. 600 000.–; Arbeitnehmerquorum: 55%, d.h. 55% aller Arbeitnehmenden sind in einem Arbeitnehmerverband organisiert. In diesem Fall teilen sich die Einnahmen aus den Beiträgen der Arbeitnehmenden wie folgt auf: organisierte Arbeitnehmende Fr. 330 000.–, nichtorganisierte Arbeitnehmende Fr. 270 000.–.

Im Anhang zur Jahresrechnung ist zu erläutern, für welche Leistungen diese Rückerstattungen und Zuwendungen verwendet worden sind. Aufwendungen der Vertragsparteien im Zusammenhang mit GAV-Verhandlungen sowie Leistungen, die ausschliesslich für Verbandsmitglieder vorgesehen sind, dürfen nicht mit Rückerstattungen und Zuwendungen finanziert werden.

Die Jahresrechnung und das Budget auf der Aufwandseite sind zudem – sofern ein entsprechender Aufwand vorhanden ist und als wesentlich¹² beurteilt wird – mit folgenden Ausgabepositionen im Bereich Vollzug zu ergänzen:

- Durchführung von Kontrollen über die Einhaltung des GAV
- Erfassung der Aussenseiter
- Beitragserhebung (Inkasso)
- Erteilung von Rechtsauskünften zur AVE an Mitglieder und Aussenseiter
- Sitzungsgelder/Spesen der Mitglieder der Paritätischen Kommission(en)
- Administrationskosten, die mit diesen Tätigkeiten in Verbindung stehen
- Übersetzung und Druck des GAV
- Aufwand für die berufliche Weiterbildung
- Aufwand für Gesundheit und Sicherheit am Arbeitsplatz
- Aufwand für Vollzug flankierende Massnahmen (FLAM)
- Aufwand für Umsetzung der Kautionspflicht der Arbeitgeber
- Weitere.

Die Erträge und Aufwände sind in der Erfolgsrechnung den Kategorien Vollzug und Verwaltung sowie gegebenenfalls Weiterbildung oder Gesundheitsprävention (sofern gemäss GAV vorgesehen) zuzuweisen. Alternativ ist das Führen von Spartenrechnungen pro Bereich zulässig. (...)

5.1.4 Rückerstattungen und Zuwendungen an Verbände

Allgemein:

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

¹² Als wesentlich sind Positionen zu betrachten, welche mehr als 1,5% des Gesamtaufwandes eines Jahres ausmachen.

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

Rückerstattungen, Zuwendungen oder Nichterhebungen der Vollzugskostenbeiträge sind deshalb nur zulässig, wenn die Verbände ihrerseits Aufwendungen im Sinne der Verwendungszwecke der Beiträge ausweisen können, die rechnerisch mindestens der Summe der Zuwendungen, Rückerstattungen bzw. nicht erhobenen Vollzugskostenbeiträge entsprechen. Die Verwendung von Rückerstattungen für reine Verbandszwecke sowie im Zusammenhang mit GAV-Verhandlungen ist nicht gestattet.

Ebenfalls müssen Aussenseiter von den Dienstleistungen der Paritätischen Kommissionen und der Verbände profitieren können. Ansonsten liegt eine Verletzung der Rechtsgleichheit vor. Leistungen der Verbände, die direkt oder indirekt aus AVE-Beiträgen finanziert sind, müssen auch den Aussenseitern zugutekommen.

Kontrolltätigkeit und Darstellung in der Jahresrechnung:

Um eine ordnungsgemässe Abwicklung der Rückerstattungen und Zuwendungen an Verbände sicherzustellen, ist es notwendig, dass die Kassen und Einrichtungen die Rückerstattungen und Zuwendungen sowie damit zusammenhängende Positionen in der Jahresrechnung separat ausweisen und im Anhang erläutern. Hierbei sei nochmals auf die in vorangehender Ziffer 5.1.3 aufgeführten Vorschriften hingewiesen.

Werden keine Vollzugskostenbeiträge von Mitgliedern der Verbände erhoben, muss dies im Anhang erläutert und begründet werden, inwiefern die mit dem Vollzug zusammenhängenden Aufwände den Verbandsbeiträgen gegenüberstehen. Aufgrund der Angaben in der Jahresrechnung muss beurteilt werden können, ob die Kosten gleichmässig auf alle unterstellten Arbeitgeber und Arbeitnehmer verteilt werden.

Weiter sind durch die Verbände jährlich schriftliche und nachprüfbar Zusammenstellungen im Sinne einer Selbstdeklaration über die von ihnen getätigten Aufwendungen für den GAV-Vollzug (bzw. für die Verwendungszwecke der Beiträge) an die Kassen einzureichen. Die entsprechenden Aufgaben sind konkret und ausführlich zu umschreiben. In den Zusammenstellungen ist auch aufzuzeigen, inwiefern die Aussenseiter ebenfalls von den Dienstleistungen der Verbände profitieren. Die Kassen sind verantwortlich, dass die entsprechenden Nachweise für die getätigten Aufwendungen vorhanden sind und jährlich an die zuständige Behörde eingereicht werden.

Die zuständige Behörde kann von den Paritätischen Kommissionen und Verbänden zusätzliche Informationen verlangen und deren Angaben überprüfen.

5.1.5 *Rückstellungen und Vermögensbildung*

Die Rückstellungen sind gesondert im Fremdkapital, je nach erwartetem Mittelabfluss, als kurz- oder langfristig zu bilanzieren. Lassen vergangene Ereignisse einen Mittelabfluss in künftigen Geschäftsjahren erwarten, so müssen die voraussichtlich erforderlichen Rückstellungen zulasten der Erfolgsrechnung gebildet werden (Art. 960e Abs. 2 OR).

Sonstige Rückstellungen sind nur zulässig, wenn sie für konkret vorgesehene Projekte oder zur Abdeckung von bestehenden Risiken notwendig sind. Rückstellungen sind entweder einzeln in der Bilanz auszuweisen oder, wenn eine Sammelposition Rückstellungen geführt wird, im Anhang zur Jahresrechnung detailliert aufzuführen und zu erläutern.¹³

Der Gesamtbetrag der Rückstellungen soll die Gesamteinnahmen eines Jahres (Durchschnitt der letzten drei Jahre) nicht übersteigen. Weiter soll das gesamte Eigenkapital (Vermögen) der Kasse oder Einrichtung nicht höher als die Gesamteinnahmen eines Jahres (Durchschnitt der letzten drei Jahre) sein. Die Summe von Rückstellungen und gesamtem Eigenkapital soll zudem das 1,5-fache der Gesamteinnahmen eines Jahres (Durchschnitt der letzten drei Jahre) nicht übersteigen. Werden diese Kriterien nicht erfüllt, hält sich die zuständige Behörde das Recht vor, in Zusammenarbeit mit den GAV-Parteien sowie den Paritätischen Kommissionen die Vollzugskostenbeiträge zu senken.

5.2 *Revision*

5.2.1 *Rechtliche Grundlagen*

Die Mehrheit der Kassen und Einrichtungen sind als Verein organisiert. Nachfolgend werden daher insbesondere die rechtlichen Grundlagen für Vereine aufgeführt und erläutert.

Eine Ordentliche Revision ist zwingend, wenn die Kriterien gemäss Art. 69b Abs. 1 ZGB im Zusammenhang mit Art. 727 Abs. 1 OR erfüllt sind (siehe Ziff. 5.1.1).

Der Verein muss seine Buchführung durch eine Revisionsstelle eingeschränkt prüfen lassen, wenn ein Vereinsmitglied, das einer persönlichen Haftung oder einer Nachschusspflicht unterliegt, dies verlangt (Art. 69b Abs 2 ZGB).

In den übrigen Fällen sind die Statuten und die Vereinsversammlung in der Ordnung der Revision grundsätzlich frei (Art. 69b Abs. 4 ZGB).

Zudem sind die obligationenrechtlichen Vorschriften zur Revisionsstelle (Art. 727 ff. OR) massgebend. Insbesondere schreibt Art. 727b OR vor, dass Gesellschaften, die zur ordentlichen Revision verpflichtet

¹³ Im Anhang ist ein sogenannter Rückstellungsspiegel zu führen, mit Erläuterungen zu den Rückstellungen und der Veränderung von Jahr zu Jahr.

sind, als Revisionsstelle einen zugelassenen Revisionsexperten nach den Vorschriften des Revisionsaufsichtsgesetzes vom 16. Dezember 2005 bezeichnen müssen. Gesellschaften, die zur eingeschränkten Revision verpflichtet sind, müssen gemäss Art. 727c OR als Revisionsstelle einen zugelassenen Revisor nach den Vorschriften des Revisionsaufsichtsgesetzes vom 16. Dezember 2005 bezeichnen.

5.2.2 *Allgemeine Weisungen*

Die Jahresrechnungen werden durch die Revisionsstelle der Kassen oder Einrichtungen (bei ordentlicher Revision von einem zugelassenen Revisionsexperten, bei eingeschränkter Revision von einem zugelassenen Revisor¹⁴) geprüft. Auch wenn grundsätzlich ein Verzicht auf eine Revision gemäss den gesetzlichen Vorschriften von ZGB und OR möglich wäre, muss zumindest eine eingeschränkte Revision durch einen zugelassenen Revisor durchgeführt werden. Die Kassen und Einrichtungen haben sicherzustellen, dass als Revisionsorgane ausschliesslich Revisionsgesellschaften oder Revisoren gewählt werden, welche die Anforderungen gemäss Artikel 4 ff. Revisionsaufsichtsgesetz erfüllen.

Die Kassen und Einrichtungen haben der zuständigen Behörde bis spätestens sechs Monate nach Jahresabschluss folgende Unterlagen einzureichen:

- Jahresrechnung
- Bericht der Revisionsstelle
- Budget des der Jahresrechnung folgenden Jahres
- Nachweise der durch die Verbände für den GAV-Vollzug getätigten Aufwände (gemäss Ziffer 5.1.4).

6. **Kontrolle durch zuständige Behörde**

Die Kasse oder Einrichtung untersteht der Aufsicht der zuständigen Behörde. Diese hat dafür zu sorgen, dass die Kasse oder Einrichtung ordnungsgemäss geführt wird und kann zu diesem Zweck von deren Träger die notwendigen Auskünfte verlangen (Art. 5 Abs. 2 AVEG).

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

Die Kontrolle erfolgt in erster Linie durch Prüfung der von den GAV-Parteien jährlich einzureichenden Unterlagen (siehe Ziffer 5.2.2). Die Pflicht zur Einreichung dieser Unterlagen wird den Parteien in den einzelnen Beschlüssen des Bundesrates bzw. der Kantone auferlegt. Die Bundesratsbeschlüsse enthalten jeweils folgende Bestimmung: «Über den

¹⁴ Siehe Artikel 4 ff. Revisionsaufsichtsgesetz RAG.

Einzug und die Verwendung der Vollzugskostenbeiträge sind der Direktion für Arbeit des SECO alljährlich die Jahresrechnung sowie das Budget des der Jahresrechnung folgenden Jahres zuzustellen. Der Jahresrechnung sind überdies der Bericht der Revisionsstelle und weitere durch die Direktion für Arbeit im Einzelfall verlangte Unterlagen beizulegen. Die Führung der entsprechenden Kassen muss nach den von der Direktion für Arbeit aufgestellten Grundsätzen erfolgen und muss über das Ende der AVE hinaus fortgesetzt werden, soweit es die Erledigung pender oder anderer Fälle erfordert, die in die Geltungszeit der AVE fallen. Die Direktion für Arbeit des SECO kann weitere Auskünfte und Unterlagen zur Einsichtnahme verlangen sowie auf Kosten der Vertragsparteien Überprüfungen vornehmen lassen.»

Zu beachten ist, dass die AVE ausser Kraft gesetzt werden kann, wenn eine Kasse oder Einrichtung nicht ordnungsgemäss geführt wird (Art. 18 Abs. 2 AVEG). Unter Berücksichtigung der konkreten Situation kann allenfalls auch eine weniger weitgehende Massnahme getroffen werden, indem z.B. lediglich die Bestimmungen über den Vollzugskostenbeitrag von der AVE ausgenommen werden.

7. Abgrenzung zu den Solidaritätsbeiträgen

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

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

Anhang zu AVE GAV:

Grundsätze für die Führung von gemeinsamen Einrichtungen und Kassen

1. Organisation, Aufgaben, Kompetenzen sowie Kassenführung der gemeinsamen Einrichtungen und Kassen sind in entsprechenden Dokumenten wie Statuten oder Reglementen zu regeln. Weiter wird das Vorhandensein eines der Grösse der Kasse angepasstes internes Kontrollsystem vorausgesetzt.
2. Die ordnungsgemässe Führung beinhaltet die Anwendung und Einhaltung der Bestimmungen über die kaufmännische Buchführung und Rechnungslegung gemäss Art. 957–960e OR.
3. Die aufgrund von allgemeinverbindlich erklärten GAV-Bestimmungen von Arbeitgebern und Arbeitnehmenden bezahlten Beiträge dürfen nur für die in diesen Bestimmungen aufgeführten Zwecke verwendet werden.
4. Die Beiträge dürfen nur für Zwecke verwendet werden, die das im allgemeinverbindlich erklärten GAV geregelte Arbeitsverhältnis betreffen. Das bedeutet insbesondere, dass Aufwendungen für die berufliche Grundausbildung oder weitere spezifisch die Lehrlinge betreffende Zwecke nur zulässig sind, wenn der allgemeinverbindlich erklärte GAV auch (mindestens teilweise) auf Lehrlinge anwendbar ist.
5. Der Vollzugskosten- und/oder Weiterbildungsbeitrag muss deutlich tiefer sein als der Verbandsbeitrag (Mitgliederbeitrag), damit er allgemeinverbindlich erklärt werden kann. Höhere Vollzugskostenbeiträge als der Verbandsbeitrag können nur dann zur AVE zugelassen werden, wenn die organisierten Arbeitgeber und die organisierten Arbeitnehmenden diese Beiträge ebenfalls – und zwar zusätzlich zu ihrem Mitgliederbeitrag – ganz oder teilweise entrichten müssen.
6. Die gemeinsamen Einrichtungen und Kassen dürfen nicht überwiegend oder ausschliesslich durch die Aussenseiter finanziert werden (gleichmässige Verteilung der Kosten auf alle unterstellten Arbeitgeber und Arbeitnehmenden). Rückerstattungen, Zuwendungen oder Nichterhebungen der Vollzugskostenbeiträge sind deshalb nur zulässig, wenn die Verbände ihrerseits Aufwendungen im Sinne der Verwendungszwecke der Beiträge ausweisen können, die rechnerisch mindestens der Summe der Zuwendungen, Rückerstattungen bzw. nicht erhobenen Vollzugskostenbeiträge entsprechen. Ebenfalls müssen Aussenseiter von den Dienstleistungen der Paritätischen Kommissionen und der Verbände profitieren können. Ansonsten liegt eine Verletzung der Rechtsgleichheit vor. Leistungen der Verbände, die direkt oder indirekt aus in allgemeinverbindlich erklärten GAV vorgesehenen Beiträgen finanziert sind, müssen auch den Aussenseitern zugutekommen.

7. Der Gesamtbetrag der Rückstellungen soll die Gesamteinnahmen eines Jahres (Durchschnitt der letzten drei Jahre) nicht übersteigen. Weiter soll das gesamte Eigenkapital (Vermögen) der Kasse oder Einrichtung nicht höher als die Gesamteinnahmen eines Jahres (Durchschnitt der letzten drei Jahre) sein. Die Summe von Rückstellungen und gesamtem Eigenkapital soll zudem das 1,5-Fache der Gesamteinnahmen eines Jahres (Durchschnitt der letzten drei Jahre) nicht übersteigen.
8. Die Vorgaben bezüglich der Gliederung von Erfolgsrechnung und Bilanz gemäss Kapitel 5.1.3 sind zu beachten.
9. Die gemeinsamen Einrichtungen und Kassen haben jährlich mindestens eine eingeschränkte Revision ihrer Jahresrechnung durch einen zugelassenen Revisor durchzuführen.
10. Der zuständigen Behörde sind jährlich die Jahresrechnung, der Bericht der Revisionsstelle, das Budget des darauffolgenden Jahres und die Nachweise der durch die Verbände für den GAV-Vollzug getätigten Aufwände (gemäss Ziffer 5.1.4) einzureichen.
11. Die zuständige Behörde kann im Einzelfall weitere Auskünfte verlangen, Auflagen machen und Bedingungen stellen.
12. Wenn die zur Verfügung gestellten Unterlagen und die Auskünfte nicht zufriedenstellend sind oder wenn Zweifel über die ordnungsgemässe Führung bestehen, kann die zuständige Behörde auf Kosten der Vertragsparteien eine umfassende Untersuchung durchführen lassen.

Eidgenössischer Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragter (EDÖB)

I. 22. Tätigkeitsbericht 2014/2015 des EDÖB, Arbeitsbereich, S. 55 ff.¹⁵

1. Videoüberwachung in Restaurants und Take-aways

Wir haben in diesem Jahr Sachverhaltsabklärungen zum Einsatz von Videoüberwachungsanlagen in Restaurants und Take-away-Betrieben vorgenommen. Es ist uns ein Anliegen, in diesem Bereich weiterhin auf die datenschutzrechtliche Problematik aufmerksam zu machen.

Wir wurden wiederholt von betroffenen Personen oder deren Vertretern darauf aufmerksam gemacht, dass in Gastgewerbebetrieben Videoüberwachungssysteme installiert seien, die die Mitarbeitenden konstant überwachten. Es wurde uns weiter mitgeteilt, dass teilweise auch Gespräche mitgehört und aufgezeichnet würden. Aufgrund dieser Angaben haben wir uns entschlossen, bei den entsprechenden Betrieben eine Sachverhaltsabklärung durchzuführen. Auf unsere Ankündigung mit Fragekatalog hin wurde uns mitgeteilt, dass die Kameras inzwischen abmontiert worden seien. Unsere Kontrolle bestätigte dies. Da deshalb keine Datenbearbeitung mehr durchgeführt wurde, haben wir die Kontrolle abgeschlossen.

Auf eine weitere Meldung hin haben wir eine Sachverhaltskontrolle bei einem Unternehmen im Take-away-Bereich durchgeführt. Dabei haben wir sowohl bei der Firma als auch bei den einzelnen Agenturpartnern Abklärungen betreffend Art und Umfang von allfälligen Videoüberwachungen vorgenommen. Auch hier wurden im Verlauf der Untersuchung die Kameras abmontiert.

Diese Fälle haben uns gezeigt, dass bei der Videoüberwachung im Arbeitsbereich grosser Bedarf an Sensibilisierung und Information besteht. Wir werden deshalb einerseits unsere einschlägigen Erläuterungen präzisieren, und andererseits haben wir Kontakt mit dem Eidgenössischen Arbeitsinspektorat aufgenommen, um allfällige Sensibilisierungsprojekte in diesem Bereich zu koordinieren. Dies vor dem Hintergrund, dass es sich bei Videoaufnahmen, die zu einer systematischen Verhaltensüberwachung führen können, um eine unrechtmässige Überwachung gemäss Arbeitsverordnung handelt. Die Ahndung von Verstössen gegen diese Verordnung liegt in der Zuständigkeit der kantonalen Arbeitsinspektorate, weshalb wir die betroffenen Personen jeweils auch an diese Behörden verweisen.

¹⁵ www.edoeb.admin.ch > Dokumentation > Tätigkeitsberichte.

2. Gesundheitsfragebogen bei Bewerbungsverfahren

Unter welchen Voraussetzungen dürfen Arbeitgeber Stellenbewerber zum Ausfüllen eines Gesundheitsfragebogens auffordern? Mit dieser Frage haben wir uns im Berichtsjahr näher beschäftigt und entsprechende Antworten erarbeitet.

Personendaten über Mitarbeitende dürfen nur beschafft, aufbewahrt oder anderweitig bearbeitet werden, sofern sie die Eignung für das Arbeitsverhältnis betreffen oder zur Durchführung des Arbeitsvertrages erforderlich sind. Für die Abklärung, ob eine Person für eine bestimmte Arbeitsstelle geeignet ist, darf der Arbeitgeber auch Gesundheitsdaten bearbeiten. Jedoch muss die Bearbeitung verhältnismässig sein, das heisst, es dürfen nur so viele Daten erhoben werden, wie für die Zweckerreichung notwendig sind. Die erhobenen Daten müssen zudem unter objektiven Gesichtspunkten zur Eignungsabklärung beitragen, das heisst, es muss immer ein Arbeitsplatzbezug bestehen. Demnach muss der Arbeitgeber abklären, ob ein Gesundheitsfragebogen für die zu besetzende Stelle notwendig ist.

Unserer Ansicht nach dürfen solche Fragebogen nicht flächendeckend für sämtliche Funktionen obligatorisch sein. Vielmehr erachten wir eine Abklärung nur für Positionen notwendig, die an den Bewerbenden spezielle Anforderungen stellen, wie zum Beispiel einen erhöhten Sicherheitsbedarf oder besondere körperliche Belastungen. Sofern eine Abklärung notwendig sein sollte, darf sich ein Arbeitgeber jedoch nicht selbst über den Gesundheitszustand des Bewerbers erkundigen. Er kann diese Aufgabe aber an den zuständigen ärztlichen Dienst oder einen Vertrauensarzt delegieren. Diese dürfen nur diejenigen Gesundheitsdaten bearbeiten, die notwendig sind für die Eignungsbeurteilung der Bewerberinnen und Bewerber bei der Anstellung. Sie teilen dem Arbeitgeber dann mit, ob der Bewerbende für die zu besetzende Stelle geeignet ist oder nicht, dürfen jedoch keine Diagnosen bekannt geben.

Zusammenfassend kann gesagt werden, dass es bezüglich der Zulässigkeit eines solchen Fragebogens auf die Stelle bzw. Funktion ankommt. Für den Fall, dass ein Bewerber einen Fragebogen ausfüllen muss, hat er seine Krankheiten (z.B. Diabetes) wohl anzugeben, jedoch darf der Arzt dem Arbeitgeber keine Diagnose mitteilen. Er darf nur über eine ungenügende Eignung für die Stelle informieren, zum Beispiel, wenn die Krankheit direkt und aktuell die Arbeitsfähigkeit beeinträchtigt oder die Arbeitserfüllung verunmöglicht.

3. Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts in Sachen Whistleblowing-Stelle der Eidgenössischen Finanzkontrolle

Das Bundesverwaltungsgericht ist in seiner Entscheidung bezüglich der Whistleblowing-Meldestelle der Eidgenössischen Finanzkontrolle (EFK) unseren Anträgen gefolgt und hat unsere Beschwerde im Zusammenhang mit der Sachverhaltsabklärung bei der EFK gutgeheissen.

Wie im letzten Tätigkeitsbericht erläutert, haben wir bei der EFK eine Sachverhaltsabklärung durchgeführt und gestützt auf diese eine Empfehlung erlassen, wonach die EFK ihre Datensammlung bei uns anzumelden und ein Bearbeitungsreglement zu erstellen hat (vgl. unseren 21. Tätigkeitsbericht 2013/2014, Ziff. 1.7.2). Die EFK wollte dieser Empfehlung nicht folgen, weshalb wir den Fall vor das Bundesverwaltungsgericht (BVGer) weiterzogen. Dieses ist unseren Anträgen in seiner Entscheidung vom 16. Dezember 2014 vollumfänglich gefolgt (A-788/2014). Das BVGer geht darin zuerst auf die Definition von Personendaten ein und kommt zum Schluss, dass die EFK in diesem Bereich solche bearbeitet. Danach geht das Gericht auf die Ausführungen zur Datensammlung gemäss der Botschaft zum Datenschutzgesetz (DSG) ein und vertritt die Ansicht, dass das weite Verständnis der Legaldefinition, wonach jeder Bestand von elektronisch gespeicherten Textdokumenten regelmässig eine Datensammlung darstellt, zu Recht von der Literatur kritisiert werde.

Das Bundesverwaltungsgericht ist jedoch der Auffassung, dass die Kategorisierung der Daten durchaus möglich sei, da es letztlich darum gehe, Meldungen, die gestützt auf Art. 22a BPG ergehen, zu erfassen. Daran ändere nichts, dass es der EFK nicht darum gehe, eine Datenbearbeitung als solche zu erstellen, sondern lediglich eine interne Ablage. Betreffend Erschliessbarkeit führt es aus, dass Personennamen und weitere Angaben durch die EFK erfasst würden (solange die Hinweise nicht anonym erfolgt sind). Somit würden sich mithilfe der Suchfunktion innerhalb der Dokumente Personendaten auffinden lassen, ohne dass ein besonderes Fachwissen erforderlich wäre. Aus diesen Gründen stützt das Gericht unsere Feststellung, dass die Verzeichnisse der Whistleblowing-Meldestelle Datensammlungen darstellen.

Gemäss BVGer ist es nicht ausgeschlossen, dass in den beschriebenen, hier betroffenen Datensammlungen auch besonders schützenswerte Personendaten enthalten seien, namentlich über die Gesundheit, administrative oder strafrechtliche Massnahmen oder aber auch betreffend Ansichten und Tätigkeiten. Die EFK müsse demnach ein die Anforderungen von Art. 21, Abs. 2 der Verordnung zum Datenschutzgesetz erfüllendes Bearbeitungsreglement erstellen. Mit Blick auf das Verhältnismässigkeitsprinzip sei die Erstellung des Reglements auch angemessen, da keine Ausführungsverordnung verlangt würde. Die Pflicht zur Erstellung sei deshalb auch vom Aufwand her vertretbar und stelle keine einschneidende Massnahme dar.

Das BVGer hat zusammenfassend unsere Anträge als begründet angesehen und die Beschwerde gutgeheissen. Die EFK muss uns demnach ihre beiden Datensammlungen innerhalb von zwei Monaten nach Rechtskraft dieses Urteils anmelden und wird angewiesen, ein Bearbeitungsreglement für die Datenbearbeitung in diesen beiden Beständen zu erstellen. Die EFK will das Urteil allerdings nicht akzeptieren und hat es daher an das Bundesgericht weitergezogen.

4. Referenzauskünfte im Bewerbungsprozess

Viele Anrufe an unseren telefonischen Beratungsdienst zum Thema Referenzauskünfte im Bewerbungsprozess haben gezeigt, dass teilweise Unwissen darüber herrscht, welche Rechte der Bewerber diesbezüglich hat und wie er sich gegen unerlaubt erteilte oder nicht wahrheitsgemässe Referenzen wehren kann.

Vermeehrt haben wir im Berichtsjahr Anfragen zum Einholen von Referenzauskünften bei ehemaligen Arbeitgebern erhalten. Wir haben den betroffenen Bewerbern mitgeteilt, dass in solchen Fällen die Grundprinzipien des Datenschutzgesetzes (DSG) einzuhalten sind. Sowohl das Einholen wie auch das Erteilen einer Referenz haben rechtmässig sowie nach Treu und Glauben zu erfolgen und müssen verhältnismässig sein, d.h. es dürfen nur diejenigen Informationen über den Bewerber weitergegeben bzw. eingeholt werden, die für das zukünftige Arbeitsverhältnis relevant oder zur Durchführung des Arbeitsvertrages erforderlich sind.

Beim Einholen oder Erteilen einer Referenz werden wesentliche Züge der Persönlichkeit des Bewerbers beurteilt. Gemäss DSG handelt es sich hierbei um Persönlichkeitsprofile. Damit solche Daten überhaupt bearbeitet werden dürfen, ist die vorgängige und ausdrückliche Einwilligung erforderlich. Diese Einwilligung kann somit nicht einfach angenommen werden, wenn der Arbeitnehmer beispielsweise die früheren Arbeitgeber in seinem Lebenslauf auflistet. Befinden sich in den Bewerbungsunterlagen jedoch unter dem Titel «Referenzen» Angaben zu einem ehemaligen Arbeitgeber oder einem ehemaligen Vorgesetzten, darf dies als Einwilligung bzw. Zustimmung zum Einholen von Referenzen gewertet werden.

Der ehemalige Arbeitgeber, der um Referenz gebeten wird, muss sich – bevor er Auskunft gibt – vergewissern, dass der Bewerber die Zustimmung dazu erteilt hat. Dies muss nicht zwingend durch eine direkte Nachfrage beim Bewerber selbst erfolgen, sondern kann auch dadurch bestätigt werden, dass der ehemalige Arbeitgeber Einsicht in die vom Bewerber eingereichte Referenzliste erhält. Der Bewerber hat ein Recht darauf, vom ehemaligen Arbeitgeber, den er als Referenzperson angegeben hat, zu erfahren, ob und an wen Auskunft erteilt wurde und was ihr Inhalt war.

Erteilt ein ehemaliger Arbeitgeber Referenz, ohne dass der Bewerber eingewilligt hat, verletzt er damit die Persönlichkeit des Bewerbers widerrechtlich. Der betroffene Bewerber kann diese Verletzung bzw. die un-

gerechtfertigte Bearbeitung seiner Personendaten gemäss Art. 15 DSGVO einklagen. Der betroffene Bewerber hat zudem die Möglichkeit, gemäss Art. 35 DSGVO strafrechtlich gegen den ehemaligen Arbeitgeber vorzugehen, wenn dieser ohne Einwilligung des Bewerbers geheime, besonders schützenswerte Personendaten oder Persönlichkeitsprofile bekannt gegeben hat.

Grundsätzlich dient die Referenz dazu, den durch das Arbeitszeugnis vermittelten Eindruck zu vertiefen. Es gilt deshalb auch hier wie beim Zeugnis der Grundsatz, dass eine Referenz sachlich, wahrheitsgetreu und zugleich wohlwollend sein muss. Eine Referenz darf genauso wie ein Zeugnis das wirtschaftliche Fortkommen des ehemaligen Arbeitnehmers nicht behindern und auch nicht gegen die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers, die Persönlichkeit des Arbeitnehmers zu schützen, verstossen. Diese Fürsorgepflicht gilt nicht nur während des Arbeitsverhältnisses, sondern begrenzt auch über die Anstellungszeit hinaus. Erteilt der ehemalige Arbeitgeber eine Referenz, die zwar bewilligt, deren Inhalt aber unwahr ist und dazu geführt hat, dass der Bewerber die Stelle aufgrund genau dieser Referenz nicht erhalten hat, hat der ehemalige Arbeitgeber seine arbeitsrechtliche Fürsorgepflicht verletzt. In diesem Fall kann der betroffene Bewerber nicht nur die Verletzung seiner Persönlichkeit, sondern auch allfälligen Schaden und immaterielle Unbill geltend machen.

Konkret kann der betroffene Bewerber die unwahre und nachteilige Referenzauskunft, die seine Persönlichkeit verletzt hat, mittels Zivilklage gerichtlich verbieten lassen. Ist ihm ein konkreter Schaden durch die Falschaussage seines ehemaligen Arbeitgebers entstanden, hat er namentlich eine Stelle aufgrund der unwahren und nachteiligen Referenz nicht erhalten, kann er zudem Schadenersatz und Genugtuung einfordern. Dies bedingt aber einen direkten Zusammenhang zwischen der unwahren Referenz und der Entscheidung des potenziellen neuen Arbeitgebers. Dieser Nachweis dürfte jedoch in der Realität nicht einfach zu erbringen sein. Betroffenen Bewerbern wird deshalb empfohlen, sich rechtlich beraten zu lassen, bevor sie den Rechtsweg gegen einen ehemaligen Arbeitgeber beschreiten.

5. Datenübermittlung im Bereich der flankierenden Massnahmen

Im Bereich der flankierenden Massnahmen und des Entsendegesetzes haben wir die datenschutzrechtlichen Problemfelder analysiert. Im Fokus unserer Abklärungen stand dabei die Übermittlung von Mitarbeiterdaten durch Subunternehmen.

Wir wurden in diesem Jahr wiederholt von Firmen, die als Subunternehmen auf grossen Baustellen arbeiten, angefragt, wie und ob eine Bekanntgabe von Daten über ihre Mitarbeitenden an die Generalunternehmen rechtmässig sei. Aufgrund dieser Anfragen haben wir uns vertiefter mit den Datenübermittlungen, die im Rahmen von Kontrollen gemäss dem Entsendegesetz vorgesehen sind, auseinandergesetzt. Dabei haben wir uns auch

mit dem Staatssekretariat für Wirtschaft getroffen, um die einzelnen Kontrollprozesse in diesem Bereich besser zu verstehen.

Aufgrund unserer Prüfungen sind wir zum Schluss gekommen, dass Personendaten der Mitarbeitenden der Subunternehmen dann übermittelt werden dürfen, wenn es sich um einen Fall der Solidarhaftung oder um eine Kontrolle im Rahmen des Entsendegesetzes handelt. Das Prinzip der Verhältnismässigkeit muss dabei jedoch immer beachtet werden, das heisst, es dürfen nur diejenigen Daten übermittelt werden, die für den geplanten Zweck notwendig sind.

II. Privatsphäre des Mitarbeiters¹⁶

1. Erläuterungen zur Personensicherheitsprüfung von Mitarbeitenden (im Privatbereich)

Unternehmen haben ein Interesse daran, nur Mitarbeiter zu beschäftigen, von denen keine Gefahr für die Sicherheit ausgeht. Gerade in Branchen wie der IT, dem Bankenwesen oder der Spitzentechnologie, bei denen Angestellte Zugang zu sensiblen Einrichtungen und Daten erhalten, besteht das Bedürfnis, Personensicherheitsprüfungen durchzuführen. Nachfolgend wird erläutert, welche datenschutzrechtlichen Vorgaben private Arbeitgeber dabei zu beachten haben.

1.1 Ausgangslage

Unternehmen dürfen von ihren eigenen oder externen Mitarbeitenden eine Personensicherheitsprüfung verlangen, wenn diese aufgrund ihrer Tätigkeit ein erhöhtes Risiko für das Unternehmen darstellen. Beschäftigte, die gemäss Risikoeinschätzung des Unternehmens eine solche Funktion ausüben, müssen eine Personensicherheitsprüfung akzeptieren, wobei natürlich stets der Einzelfall zu berücksichtigen ist. Mitarbeitende auf jeder Hierarchiestufe (Direktoren, IT-Spezialisten, Sekretariatsmitarbeiter, Lehrlinge, Reinigungspersonal usw.) können in eine Risikokategorie fallen, die eine Personensicherheitsprüfung verlangt. Die Kategorien müssen aufgrund einer unternehmensinternen Risikoanalyse und unter Berücksichtigung des Berufszweiges, der zu erbringenden Dienstleistung, der Zugriffsmöglichkeiten, der Sensibilität der zu bearbeitenden Daten etc. festgelegt werden. Nachfolgend finden Sie die wichtigsten Punkte, die bei der Personensicherheitsprüfung aus datenschutzrechtlicher Sicht zu beachten sind:

¹⁶ www.edoeb.admin.ch > Datenschutz > Arbeitsbereich > Privatsphäre des Mitarbeiters.

1.2 *Rechtliche Grundlagen*

Bei der Bearbeitung von Mitarbeiterdaten müssen Unternehmen sowohl das Datenschutzgesetz (insbesondere das Verhältnismässigkeitsprinzip) als auch die arbeitsrechtlichen Vorschriften berücksichtigen.

Aus der Sicht des Arbeitgebers ist Art. 328b OR massgebend. Der Arbeitgeber darf Daten über seine Arbeitnehmer nur bearbeiten, soweit sie dessen Eignung für das Arbeitsverhältnis betreffen oder zur Durchführung des Arbeitsvertrages erforderlich sind. Wird den Mitarbeitenden eine Aufgabe in einem Risikobereich anvertraut, hat der Arbeitgeber ein Interesse daran, ihre Eignung für diese Aufgabe abzuklären. In diesen Fällen wird das Interesse des Arbeitgebers an einer Personensicherheitsprüfung regelmässig das persönliche Interesse der Mitarbeitenden am Schutz ihrer Privatsphäre überwiegen. Den Arbeitgeber trifft jedoch eine Fürsorgepflicht gegenüber den Mitarbeitenden, weshalb er sich bei der Datenbeschaffung auf die wirklich notwendigen Daten beschränken muss. Die genannten Grundsätze gelten auch, wenn der Arbeitgeber gestützt auf einen Vertrag mit einem Auftraggeber die Personenprüfung durchführt.

Darüber hinaus existieren in einigen Bereichen branchenspezifische Vorschriften. Im Bankensektor sind beispielsweise neben den bankenrechtlichen Bestimmungen auch die Rundschreiben der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht (FINMA) zu beachten. Die Rundschreiben der FINMA geben einzig die aufsichtsrechtliche Sicht wieder; bei der Umsetzung der verlangten Massnahmen hat die Bank als Arbeitgeberin jedoch immer auch die geltenden Datenschutz- und Arbeitsvorschriften zu beachten.

1.3 *Fragestellungen*

Wie müssen die Mitarbeitenden über die Personenprüfung informiert werden?

In einem laufenden Arbeitsverhältnis sind die Mitarbeitenden von ihrem Arbeitgeber vor der Personensicherheitsprüfung schriftlich über das Vorhaben zu informieren. Bei einem Bewerbungsgespräch für eine Stelle, die eine solche Prüfung erfordert, reicht vorerst ein mündlicher Hinweis. Gemäss dem Transparenzprinzip müssen die betroffenen Personen ausreichend über den Zweck der Datenbeschaffung und über die Aufbewahrungsdauer der Daten informiert werden. Der Arbeitgeber hat gegenüber dem einzelnen Mitarbeiter zu begründen, weshalb eine Personensicherheitsprüfung in seinem Fall notwendig ist. Ausserdem ist ihm mitzuteilen, wer die Prüfung durchführen wird. Dies insbesondere dann, wenn die Prüfung von einem externen Unternehmen und allenfalls im Ausland durchgeführt wird.

Zu welchem Zeitpunkt darf eine Personensicherheitsprüfung durchgeführt werden?

Idealerweise verlangt der Arbeitgeber die Prüfung bereits zu Beginn des Arbeitsverhältnisses. Unter gewissen Umständen ergibt sich die Notwendigkeit jedoch erst im Verlaufe des Arbeitsverhältnisses. In diesem Fall muss der Arbeitgeber dem Mitarbeitenden die Massnahme rechtzeitig mitteilen und ihm eine angemessene Bedenkfrist einräumen. Spricht sich ein Mitarbeiter in einem laufenden Arbeitsverhältnis gegen die geplante (gerechtfertigte) Personenprüfung aus, muss er die arbeitsrechtlichen Konsequenzen in Kauf nehmen.

Wie viele und welche Daten darf der Arbeitgeber verlangen?

Es hängt immer vom Einzelfall und insbesondere vom Risikobereich ab, welche Unterlagen der Arbeitgeber von den Mitarbeitenden verlangen darf.

Bei einem Einsatz eines Mitarbeitenden in einer externen Firma kann diese selber festlegen, welche Mitarbeiterfunktionen ein Risiko für sie darstellen und welche Datenüberprüfungen erforderlich sind. Auch in einem solchen Fall trifft den Arbeitgeber (der in der Regel gleichzeitig Auftragnehmer ist) eine Fürsorgepflicht gegenüber seinen Mitarbeitenden. Er hat sich zu vergewissern, dass die verlangte Personensicherheitsprüfung im vorgesehenen Umfang tatsächlich verhältnismässig ist.

In welcher Form dürfen die Personendaten der Mitarbeitenden bearbeitet werden?

Der Arbeitgeber darf die Personensicherheitsprüfung nur unter Mithilfe der betroffenen Mitarbeiter durchführen. Heimliche Überprüfungen sind nicht erlaubt. Verlangt der Arbeitgeber heikle Daten vom Mitarbeitenden wie beispielsweise einen Strafregisterauszug, muss er sich bewusst sein, dass es sich hierbei um besonders schützenswerte Personendaten handelt; die Prinzipien des Datenschutzes müssen folglich umso strenger eingehalten werden.

Falls der Arbeitgeber die Personenprüfung nicht selber durchführen kann oder will, ist auch eine Übertragung dieser Aufgabe an Dritte möglich. Er hat sich vorgängig zu vergewissern, dass der Dritte die Datensicherheit gewährleistet. Der Arbeitgeber bleibt verantwortlich für die Datenbearbeitungen und dafür, dass der Auftragnehmer die Daten nur so bearbeitet, wie der Arbeitgeber es selber tun dürfte (Art. 10a DSG).

Was ist bei einer Datenbearbeitung im Ausland zu beachten?

Wenn immer möglich ist die Personenprüfung in der Schweiz durchzuführen, da die Datenbearbeitungen im Ausland weniger gut kontrolliert werden können. Bei einer Datenübermittlung ins Ausland hat der Datenübermittler auf jeden Fall Art. 6 DSG zu beachten. Weitere Informationen dazu finden Sie auf unserer Webseite (Datenschutz > Arbeitsbereich > Übermittlung ins Ausland).

Dürfen die für die Personensicherheitsprüfung erhobenen Daten nach der Überprüfung weiterverwendet werden?

Nein, die erhobenen Daten dürfen nicht zu weiteren Zwecken verwendet werden. Es ist wichtig, dass die Zugriffsrechte auf die Unterlagen der Personensicherheitsprüfung so weit wie möglich eingeschränkt werden. Nicht mehr benötigte Daten sind zu vernichten.

Kann der Mitarbeitende Auskunft verlangen über seine Personendaten?

Ja, der Mitarbeitende kann beim Arbeitgeber Auskunft verlangen über sämtliche ihn betreffenden Daten, also z.B. über die vorhandenen Unterlagen zur Personensicherheitsprüfung (Art. 8 DSGVO).

Gibt es eine Möglichkeit für die Mitarbeitenden, sich der Personensicherheitsprüfung zu widersetzen?

Grundsätzlich müssen Mitarbeitende, die in einem erhöhten Risikobereich tätig sind, eine Personensicherheitsprüfung akzeptieren. Spricht sich ein Mitarbeitender in einem laufenden Arbeitsverhältnis gegen die geplante (gerechtfertigte) Personensicherheitsprüfung aus, muss er die arbeitsrechtlichen Konsequenzen in Kauf nehmen. Eventuell besteht für den betroffenen Mitarbeitenden die Möglichkeit, im Unternehmen eine andere Aufgabe wahrzunehmen, die keine Personensicherheitsprüfung verlangt, andernfalls muss er mit einer Kündigung rechnen.

Wenn der Mitarbeitende der Ansicht ist, dass sich die Personensicherheitsprüfung nicht rechtfertigen lässt – weil unverhältnismässig oder aufgrund der Tätigkeit nicht notwendig –, empfehlen wir, dass er mit seinem Arbeitgeber das Gespräch sucht und Informationen darüber verlangt, wieso er in seiner Funktion die gewünschten Angaben liefern muss. Die Verhältnismässigkeit einer Personensicherheitsprüfung muss im Einzelfall geklärt werden. Der EDÖB ist nicht in der Lage, Einzelfälle zu prüfen. Vielmehr hat der Gesetzgeber für den privatrechtlichen Bereich in erster Linie vorgesehen, dass die betroffene Person selber aktiv wird und den zivilrechtlichen Klageweg beschreitet. Wir empfehlen daher den Mitarbeitenden, im Zweifelsfall einen Rechtsanwalt beizuziehen und beim zuständigen Zivilgericht Klage gegen den Arbeitgeber einzureichen.

2. Sind Arbeitszeiterfassung und Zutrittskontrollen mit biometrischen Daten erlaubt?

Der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte (EDÖB) erachtet den Einsatz von Erkennungssystemen, die biometrische Merkmale verwenden, im Arbeitsbereich als kritisch, da der Arbeitgeber dadurch in die Persönlichkeitsrechte seiner Arbeitnehmer eingreift.

Damit der Arbeitgeber biometrische Daten seiner Arbeitnehmer bearbeiten darf, benötigt er einen Rechtfertigungsgrund. Die Datenbearbeitung kann durch Gesetz, überwiegende öffentliche Interessen oder durch

überwiegende private Interessen des Arbeitgebers gerechtfertigt sein. Die Einwilligung, die nur gültig ist, wenn sie völlig freiwillig erfolgt, ist grundsätzlich kein Rechtfertigungsgrund, da im Arbeitsverhältnis ein gewisser Zwang besteht.

Falls der Arbeitgeber sich auf einen Rechtfertigungsgrund berufen kann, muss er überdies sicherstellen, dass das Erkennungssystem, das er anwenden möchte, datenschutzkonform ist. Der EDÖB hat einen Leitfadens verfasst, der ausführt, was bei der Entwicklung und Anwendung von biometrischen Erkennungssystemen beachtet werden muss.

Wann immer möglich, sind biometrische Merkmale zu erfassen, die keine Spuren hinterlassen und deren Erfassung ohne das Wissen der betroffenen Person nicht möglich ist (z.B. Handumriss oder Handvenenmuster). Unabhängig davon, welches biometrische Merkmal zur Verifizierung verwendet wird (Fingerabdruck, Handumriss, Gesichtserkennung etc.), hat der Arbeitgeber die biometrischen Daten der Arbeitnehmer nicht zentral, sondern dezentral auf einem Sicherheitsmedium, z.B. auf einer Chipkarte, zu speichern, das die Arbeitnehmer bei sich aufbewahren. Der Arbeitgeber ist verpflichtet, die nötigen Sicherheitsmassnahmen zu treffen, so z.B. die Chiffrierung der biometrischen Daten. Ausserdem muss er sicherstellen, dass die Fehlerquote bei der Erkennung vernachlässigbar klein ist.

Die Datenbearbeitung hat transparent zu erfolgen. Insbesondere müssen die Arbeitnehmer Auskunft über die sie betreffenden Daten verlangen und gegebenenfalls deren Vernichtung beantragen können.

3. Spionagesoftware am Arbeitsplatz

Während des letzten Geschäftsjahres haben wir immer wieder Beschwerden über den Einsatz von diversen Computerprogrammen erhalten, die eine zeitlich lückenlose Überwachung von Arbeitnehmern am Arbeitsplatz erlauben. In allen Fällen konnten wir bewirken, dass die betroffenen Unternehmen ihre Praxis schliesslich datenschutzkonform gestalteten.

Ein Grossteil der Beschwerden betrafen die heimliche Installation einer Software, welche eine Rund-um-die-Uhr-Überwachung des Arbeitnehmers am Arbeitsplatz ermöglicht. Solche Programme verletzen die Privatsphäre des Betroffenen. Der Arbeitgeber ist zwar durchaus berechtigt, die Arbeitsleistung seiner Angestellten sowie den Gebrauch der dafür zur Verfügung gestellten Informatikmittel (PC, E-Mail, Internet etc.) zu kontrollieren. Er hat jedoch kein Recht, seine Mitarbeiter auf Schritt und Tritt zu überwachen, sondern muss gewisse Regeln einhalten. So muss er einerseits klar kommunizieren, wie die Informatikmittel am Arbeitsplatz zu verwenden sind (Nutzungsreglement). Er muss transparent erklären, dass die Einhaltung des Reglements kontrolliert und ein Verstoß dagegen sanktioniert werden kann, wobei er auszuführen hat, was genau kontrolliert wird und mit welchen Mitteln.

Abgesehen von den Vorgaben des Datenschutzgesetzes sind auch die arbeitsrechtlichen Bestimmungen einzuhalten, welche eine permanente und heimliche Überwachung am Arbeitsplatz nicht erlauben oder sogar unter Strafe stellen.

Wir haben die Unternehmen angewiesen, ihre Praxis den datenschutz- und arbeitsrechtlichen Bestimmungen anzupassen.

4. Erläuterungen zum Zugriffsrecht des Arbeitgebers auf private Datenträger eines Angestellten bei Verdacht auf Straftat

Der Arbeitgeber wird häufig mit der Frage konfrontiert, welches seine Kompetenzen in der Handhabung privater Datenträger (E-Mails, Homedrives, USB-Sticks, CD-ROM, Papierdokumente usw.) als mögliches Beweismaterial sind, falls eine angestellte Person verdächtigt wird, gegen das Strafgesetzbuch verstossen zu haben. Ein häufig genanntes Beispiel ist dasjenige des Angestellten, der verdächtigt wird, via E-Mail Fabrikationsgeheimnisse an Dritte weitergegeben zu haben. In solchen Fällen muss sich der Arbeitgeber nicht nur die Frage stellen, wie er die privaten Beweisstücke physisch sichern soll, sondern auch, ob und unter welchen Voraussetzungen er auf diese inhaltlich überhaupt zugreifen darf, um seinen Verdacht zu erhärten. Wegen seiner Pflicht, die Persönlichkeit des Angestellten zu schützen und zu achten, steht es dem Arbeitgeber grundsätzlich nicht zu, auf die Inhalte privater Datenträger zuzugreifen. Beweise, die unter Verletzung der Persönlichkeit gesammelt worden sind, können vor Gericht als unzulässig betrachtet werden. Zur geschäftlichen Korrespondenz hat der Arbeitgeber hingegen jederzeit Zugang.

Wenn statt konkreter Beweise nur ein Verdacht auf eine Straftat besteht, wird sich für den Arbeitgeber die Frage stellen, ob er zu dessen Erhärtung auf die Inhalte privater Datenträger zugreifen darf. Für den Arbeitgeber ist es nämlich schwierig, einzig auf der Grundlage von blossen Vermutungen – und seien sie noch so konkret – zu entscheiden, ob die Einleitung einer Untersuchung angebracht sei. Deshalb hat der Arbeitgeber häufig das Bedürfnis, zur Überprüfung seines Verdachts auf den Inhalt solcher Datenträger der verdächtigten Person zuzugreifen, um in besserer Kenntnis des Sachverhalts über die Einleitung einer Untersuchung zu entscheiden.

Das Interesse an der Klärung einer Straftat kann aber mit den Persönlichkeitsschutzinteressen des verdächtigten Angestellten kollidieren, sofern bestimmte rechtliche Voraussetzungen nicht eingehalten werden. Organisatorisch gesehen kann das Zugreifen des Arbeitgebers auf private Datenträger eines Angestellten eine situationsgerechte Sicherung voraussetzen, welche nebst der klassischen Datensicherung auch ausserordentliche Massnahmen wie bspw. die Isolierung eines PC oder Büros vorsehen kann.

Als rechtliche Voraussetzungen des Zugriffs gelten einerseits das Bestehen eines Rechtfertigungsgrunds, andererseits das Vorliegen konkreter Verdachtsmomente einer Straftat. Der Rechtfertigungsgrund kann in der Einwilligung der betroffenen Person oder in einem überwiegenden Interesse des Arbeitgebers bzw. der Firma bestehen. Das Interesse an der Klärung einer Straftat gegen die Firma gilt als überwiegendes Interesse. Als konkrete Verdachtsmomente gelten subjektive oder objektive Elemente eines Straftatbestandes, die einer bestimmten oder bestimmbarer Person zugeordnet werden können.

Vage Gefühle, Eindrücke oder der blosser Mangel an Vertrauen gegenüber einem Angestellten stellen hingegen in der Regel kein konkretes Verdachtsmoment dar.

Das Vorliegen sowohl eines Rechtfertigungsgrunds als auch konkreter Verdachtsmomente muss kumulativ erfüllt sein.

Die Tatsache, dass der Zugriff auf private Datenträger im Einzelfall auch im Interesse des verdächtigten Angestellten sein kann, weil er dadurch vom geäusserten Verdacht entlastet und ihm eine (ungerechtfertigte oder schlecht begründete) Anfeindung erspart werden kann, vermag den Arbeitgeber vom Erfüllen der genannten Voraussetzungen nicht zu befreien.

Drei Szenarien sind denkbar:

- a. Die betroffene Person wird vorgängig über den gegen sie gerichteten konkreten Verdacht sowie über das Bedürfnis des Zugangs zum Inhalt ihrer privaten Datenträger informiert und erteilt dem Arbeitgeber ihr Einverständnis dazu. In einem solchen Fall wird beim Zugriff auf die Inhalte der privaten Datenträger das Vier-Augen-Prinzip zu beachten sein.
- b. Die betroffene Person willigt in den Zugriff auf ihre privaten Datenträger nicht ein, und die Verantwortung für den Zugriff wird den zuständigen Untersuchungsbehörden überlassen. Diese gewährleisten eine professionelle und neutrale Untersuchung sowie die Integrität und die Vertraulichkeit des Beweismaterials dank der beteiligten Spezialisten (forensic computing scientists).
- c. Der Arbeitgeber greift auf die fraglichen privaten Datenträger zu, ohne dass die betroffene Person vorgängig darüber informiert worden ist und dazu eingewilligt hat und ohne dass die zuständigen Behörden eingeschaltet worden sind. Diese Vorgehensweise kommt in der Praxis am häufigsten vor. Sie ist mit der Gefahr verbunden, dass die betroffene Person, welche nachträglich über die getätigten Untersuchungen zu informieren ist, wegen Persönlichkeitsverletzung klagen kann. Der Richter wird dann aufgrund der Interessenabwägung zu entscheiden haben, ob die Vorgehensweise des Arbeitgebers durch überwiegende Interessen und durch konkrete Verdachtsmomente gerechtfertigt war.

Zusammenfassend soll das Öffnen privater Datenträger zur Verdachtserhärtung wenn möglich aufgrund der Einwilligung der betroffenen Person oder aber durch die zuständigen Behörden erfolgen. Der eigenmächtige Zugriff des Arbeitgebers auf private Datenträger zwecks Verdachtserhärtung kann zu einer widerrechtlichen Persönlichkeitsverletzung führen, wenn eine oder beide Voraussetzungen eines rechtskonformen Zugriffs nicht erfüllt sind.

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 2014, Doss.-No 8C_981/2012 (Déclaration d'irrecevabilité du recours en matière de droit public et du recours constitutionnel subsidiaire interjetés contre le jugement de la Chambre des recours du Tribunal cantonal vaudois du 19 septembre 2012)

Art. 4 LEg. La loi fédérale sur l'égalité ne traite que de la responsabilité de l'employeur et non de celle de l'auteur du harcèlement sexuel (c. 3.3). L'employé d'une collectivité publique, dont un tribunal a constaté qu'il était l'auteur d'un harcèlement sexuel au sens de la LEg, ne peut se prévaloir d'un intérêt au sens des art. 89 al. 1 ou 115 let. b LTF lorsque son employeur a indiqué vouloir renoncer à le sanctionner et lorsqu'il n'est pas non plus exposé à une action récursoire de la part de la victime (c. 3).

Extraits des faits:

S. est employée de l'État de Vaud et a travaillé comme enseignante dans l'établissement X. à V. H. en était le directeur. Le 6 février 2007, S. a porté plainte pour harcèlement contre H. auprès du groupe d'intervention instauré par le règlement du Conseil d'État du canton de Vaud du 9 décembre 2002 relatif à la gestion des conflits au travail et à la lutte contre le harcèlement [RCTH; RS/VD 172.31.7]. Au terme de l'investigation qu'il a menée, le groupe d'intervention est arrivé à la conclusion que les allégations de harcèlement sexuel de la plaignante étaient fondées (cf. rapport du 22 août 2007). Par décision du 5 septembre suivant, la Cheffe du Département cantonal vaudois de la formation, de la jeunesse et de la culture a informé S. qu'elle émettait de fortes réserves quant à la manière dont l'enquête avait été conduite, en particulier sous l'angle du droit d'être entendu, et qu'elle ne transmettrait donc pas le rapport au Conseil d'État pour décider d'éventuelles mesures en application de la loi cantonale sur le personnel de l'État de Vaud [LPers/VD; RS/VD 172.31]. Cette décision pouvait être contestée par une action au Tribunal de Prud'hommes de l'Administration cantonale vaudoise (ci-après: Tribunal de Prud'hommes) dans les 60 jours.

Le 2 novembre 2007, S. a ouvert action devant le Tribunal de Prud'hommes en concluant à ce que l'État de Vaud soit condamné à lui verser une indemnité de 29 020 fr. avec intérêts, pour harcèlement. L'État de Vaud a demandé à appeler en cause H. afin que le jugement à venir lui soit opposable. Celui-ci a conclu à l'admission de l'appel en cause et formé, subsidiairement, une requête d'intervention dans la procédure. La par-

ticipation du directeur à celle-ci a été admise au terme de plusieurs procédures de recours jusqu'au Tribunal fédéral (arrêt 8C_624/2009 du 30 juillet 2010). Le Tribunal de Prud'hommes a statué le 31 mai 2012. Il a partiellement admis la demande de S. en ce sens qu'il a constaté qu'elle a été victime de harcèlement sexuel, au sens de l'art. 4 de la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes du 24 mars 1995 (LEg; RS 151.1), dont l'auteur est H.; il a rejeté toutes autres ou plus amples conclusions. Pour le Tribunal de Prud'hommes, H. a commis des actes de harcèlement sexuel à l'endroit de S., en particulier à l'occasion d'une «séance de visualisation» alors que cette dernière se trouvait dans un état de faiblesse physique et psychique, en lui offrant des livres au contenu (ou au titre) explicitement érotique assortis de dédicaces ne trouvant pas place ni dans une relation amicale, ni dans des rapports professionnels ou hiérarchiques, en tentant finalement de l'embrasser et en lui adressant consécutivement des SMS à caractère clairement sexuel, portant atteinte à la dignité de sa destinataire. En ce qui concerne l'État de Vaud, le Tribunal de Prud'hommes a estimé que celui-ci avait pris des mesures appropriées aux circonstances à la suite des plaintes formulées par S. au printemps 2005. Aussi, la prénommée ne pouvait-elle prétendre d'indemnité pour tort moral de la part de son employeur. Par jugement du 19 septembre 2012, la Chambre des recours du Tribunal cantonal vaudois a rejeté le recours formé par H. contre le jugement du Tribunal de Prud'hommes. H. interjette un recours en matière de droit public et un recours constitutionnel subsidiaire.

Extraits des considérants:

2.

Dans sa réponse aux recours, l'État de Vaud tient à préciser sa position sur certains points du litige – même s'il renonce à prendre des conclusions et s'en remet à justice –, vu que la Chambre des recours du Tribunal cantonal vaudois n'a pas invité les parties principales à la procédure à se déterminer. Il explique pourquoi il s'est estimé fondé à ne pas souscrire au rapport du groupe d'intervention (Groupe Z.) du 22 août 2007; ce rapport était insuffisant et souvent contradictoire, ce que le Tribunal de Prud'hommes avait d'ailleurs reconnu en retenant que le Groupe Z. avait violé le droit d'être entendu du directeur. Il expose également s'être accommodé des jugements rendus en tant que ceux-ci reconnaissaient que les mesures qu'il avait prises dans cette affaire avaient été diligentes et adéquates. Il réitère son avis que les faits rapportés ne sont pas de nature, à l'aune de la jurisprudence en matière de harcèlement sexuel, à justifier une prise de sanctions à l'encontre du recourant, raison pour laquelle il avait d'ailleurs privilégié la voie de la conciliation pour régler la situation entre les intéressés qui paraissait problématique. En effet, il n'y avait pas eu de propos ou de gestes injurieux ou vulgaires de la part du directeur, ni de refus établi de l'enseignante d'entretenir une correspondance avec lui; leur

relation amicale qui avait duré pendant près de deux ans ne pouvait non plus être occultée. Les seuls faits pertinents, lesquels relèvent davantage de la maladresse que d'un harcèlement, étaient la tentative de donner un baiser et l'envoi subséquent d'un unique message à caractère érotique, qui n'avaient pas eu de suite quand l'enseignante avait clairement exprimé son refus. Les juges précédents, tout en procédant à une appréciation différente des faits, avaient validé cette recherche de solution. En définitive, dès lors que ceux-ci ont admis que le harcèlement était de peu de gravité, l'État de Vaud pense que l'affaire peut en rester là, d'autant plus que S. n'a pas déposé de recours.

3.

3.1 Il ressort de cette prise de position que le recourant n'encourt pas de sanction de la part de l'employeur public auquel il est subordonné. Celui-ci agirait par conséquent de manière contraire aux règles de la bonne foi s'il venait ultérieurement à revenir sur cette prise de position. Dans ces conditions, on ne voit pas qu'il faille reconnaître au recourant un intérêt digne de protection à la constatation du caractère infondé des accusations de harcèlement à son encontre. Le simple fait que le Tribunal des Prud'hommes a retenu que S. a été victime d'un harcèlement sexuel dont il est l'auteur ne saurait être assimilé à une sanction disciplinaire dans ses conséquences.

3.2 D'autre part, comme le Tribunal de Prud'hommes a rejeté la conclusion de S. tendant au versement d'un indemnité pour tort moral (art. 5 al. 3 LEg) – point qui n'est pas remis en cause par l'arrêt entrepris –, le recourant n'est pas exposé non plus à une action récursoire de l'État de Vaud.

3.3 Il sied de relever que la LEg ne traite que de la responsabilité de l'employeur et non de celle de l'auteur du harcèlement sexuel (cf. GABRIEL AUBERT ET KARINE LEMPEN, Commentaire de la loi fédérale sur l'égalité, ad. art. 4 LEg p. 113). Si, dans son arrêt précédent (du 30 juillet 2010; cause 8C_624/2009), la Ire Cour de droit social a confirmé l'existence d'un intérêt du recourant à intervenir dans le procès opposant S. à l'État de Vaud devant le Tribunal des Prud'hommes, c'est en considération du fait que sa demande d'intervention visait uniquement à soutenir l'employeur sans y faire valoir de droits propres (intervention conservatoire), et de l'existence d'un risque lié à l'exercice d'une action récursoire de l'État de Vaud au cas où ce dernier perdrait le procès initié contre lui. Or, le Tribunal des Prud'hommes a libéré l'État de Vaud d'une responsabilité sous l'angle de la LEg et ne l'a pas condamné au versement d'une indemnité pour tort moral. Dans cette mesure, on peut même se demander si les juges cantonaux étaient fondés à entrer en matière sur le recours formé par H.

3.4 Pour les raisons qu'on vient de mentionner, le recourant ne peut se prévaloir d'un intérêt au sens des art. 89 al. 1 ou 115 let. b LTF. Aussi bien son recours en matière de droit public que son recours constitutionnel subsidiaire doivent par conséquent être déclarés irrecevables.

Tribunal fédéral, Arrêt du 9 janvier 2014, Doss.-No 4A_402/2013 (Admission partielle du recours en matière civile interjeté contre l'arrêt rendu le 30 juillet 2013 par la Chambre des prud'hommes de la Cour de justice du canton de Genève)

Provision. L'article 322b al. 1 CO est de droit relativement impératif (art. 362 al. 1 CO). Les parties peuvent donc y déroger en faveur du travailleur. Elles peuvent, par exemple, convenir qu'une provision sera due au travailleur aussi à raison d'affaires qui n'auront pas été «conclues» aux termes de cette disposition (c. 2).

Extraits des faits:

Par contrat du 11 et du 14 mars 2005, Z. s'est engagée à travailler au service de X. SA, en qualité de courtière en immeubles. Son activité a débuté le 1^{er} septembre 2005. Les parties ont souscrit un avenant au contrat le 27 octobre 2005. Le contrat assurait à l'employée une rémunération fixe au montant de 3500 fr. par mois pour un engagement au taux de 60%. L'employée avait en outre droit à une quote-part des honoraires perçus par l'employeuse, jusqu'à 40% de ces honoraires, sur les affaires introduites ou gérées par elle. Le taux d'activité de l'employée s'est trouvé augmenté à 70% durant toute l'année 2009. Le 25 avril 2010, l'employée a annoncé sa démission avec effet au 30 juin suivant. Dès le 24 juin, l'employeuse l'a priée de quitter l'entreprise. L'employeuse a établi un certificat de travail le 8 juillet 2010.

Le 22 novembre 2010, l'employée a ouvert action contre l'employeuse devant le Tribunal de prud'hommes du canton de Genève. Après amplification des conclusions présentées, la défenderesse devait être condamnée à payer diverses sommes au total de 321 142 fr. 40 en capital, avec intérêts dès diverses dates, à titre de quotes-parts d'honoraires. La défenderesse devait également être condamnée à établir et remettre un autre certificat de travail. Le tribunal s'est prononcé le 30 octobre 2012. Accueillant partiellement l'action, il a condamné la défenderesse à payer 175 340 fr. et 5475 fr. à titre de salaire soumis aux déductions sociales, avec intérêts au taux de 5% par an, respectivement dès le 15 juillet et le 1^{er} septembre 2010. La défenderesse était en outre condamnée à établir et remettre un certificat de travail conforme à un projet que la demanderesse avait déposé. La défenderesse a appelé du jugement; elle persistait dans ses conclusions tendant au rejet de l'action. La demanderesse a usé de l'appel joint en vue d'obtenir des prestations en argent plus importantes. La Chambre des prud'hommes de la Cour de justice a statué le 30 juillet 2013. Elle a rejeté l'appel principal. Elle a partiellement accueilli l'appel joint, en ce sens que la défenderesse est condamnée à payer 120 500 fr. en sus des montants déjà alloués par les premiers juges, avec intérêts au taux de 5% par an dès le 1^{er} novembre 2006.

Agissant par la voie du recours en matière civile, la défenderesse requiert le Tribunal fédéral de réformer l'arrêt de la Cour de justice en ce sens que l'action soit entièrement rejetée.

Extraits des considérants:

2.

Il est constant que selon le contrat de travail conclu entre les parties, la demanderesse pouvait prétendre à une quote-part de trente pour cent des honoraires perçus par la défenderesse dans les affaires que celle-ci lui confiait à titre de gestionnaire (project manager). La défenderesse l'a notamment chargée en cette qualité de rechercher des locaux à louer par un client et d'un bien à acheter par un autre client. Aucun d'eux n'a finalement trouvé ce qu'il souhaitait; néanmoins, la défenderesse a obtenu le versement d'honoraires pour la rétribution des efforts accomplis, soit 10 000 fr. dans la première affaire et, semble-t-il, 8250 fr. dans la deuxième. Le Tribunal de prud'hommes a alloué deux commissions aux montants de 3000 fr. et 2475 fr., au total 5475 fr., ce que la Cour de justice a confirmé.

Devant le Tribunal fédéral, la défenderesse soutient notamment que les quotes-parts d'honoraires sont des provisions aux termes de l'art. 322b al. 1 CO, et qu'elles ne sont pas dues dans les deux affaires en cause parce que celles-ci n'ont pas abouti à la conclusion de contrats par les clients concernés.

De l'art. 362 al. 1 CO, il ressort que la convention des parties peut valablement déroger à l'art. 322b al. 1 CO à l'avantage du travailleur. Il est donc licite de convenir, le cas échéant, qu'une provision sera due au travailleur aussi à raison d'affaires qui n'auront pas été «conclues» aux termes de cette disposition.

Les autorités précédentes ont jugé que le contrat de travail et son avenant sont «clairs». Il est à cet égard exact que ces documents, tels que partiellement reproduits dans l'arrêt de la Cour de justice, ne comportent aucune allusion à la conclusion d'un contrat entre le client de l'employeuse et un tiers, et qu'ils ne subordonnent donc pas la quote-part d'honoraires à un pareil événement. La Cour a de plus pris en considération que lorsque la demanderesse a annoncé ses prétentions le 16 juin 2010, soit peu avant la fin de son emploi, l'employeuse n'a alors exprimé aucune réserve, et elle a même répondu positivement pour l'une des affaires; de cela, l'autorité infère que ces prétentions correspondaient aux volontés exprimées dans le contrat.

Sur la base d'indices tirés du comportement de la défenderesse, la Cour a ainsi établi la réelle et commune intention des cocontractants afin d'interpréter leur convention. Il s'agit d'une constatation de fait qui est en principe soustraite au contrôle du Tribunal fédéral, sous réserve du contrôle restreint prévu par l'art. 97 al. 1 LTF (ATF 135 III 410 consid. 3.2 p. 412; 133 III 675 consid. 3.3 p. 681). A l'appui du recours en matière civile, la

défenderesse soutient que les honoraires obtenus étaient seulement destinés à couvrir une partie des frais généraux de l'entreprise, soit notamment le salaire fixe de la demanderesse, plutôt que rétribuer une activité qui s'était révélée infructueuse. Cette argumentation ne parvient pas à mettre en évidence une erreur indiscutable dans l'appréciation de la Cour, et il n'apparaît pas non plus choquant, au regard du sens de l'équité, que des honoraires relativement modestes soient eux aussi soumis au partage prévu par le contrat de travail.

3.

Selon l'avenant au contrat de travail, la demanderesse était «apporteur client» de la société A. AG et elle avait droit à une quote-part de dix pour cent des honoraires résultant de toutes transactions conclues «par l'intermédiaire» de cette société, ou, selon un autre paragraphe du même document, de toutes transactions conclues «avec ce client ou toutes autres personnes introduites par celui-ci».

La défenderesse est parvenue à conclure plusieurs affaires avec le client P. et elle a perçu des honoraires. Le Tribunal de prud'hommes a rejeté la prétention de la demanderesse portant sur une quote-part de la rémunération ainsi obtenue; la Cour de justice a au contraire constaté que le client avait été introduit par A. AG et elle a accueilli cette prétention. Devant le Tribunal fédéral, la défenderesse conteste que les affaires en cause – dont le succès et l'importance sont admis – aient été conclues «par l'intermédiaire» de la société.

La Cour de justice était confrontée à un accord écrit comportant deux clauses libellées de manière divergente sur le même objet. Elle s'est référée sans plus de discussion à la version la plus favorable à l'employée. La défenderesse se plaint d'arbitraire mais elle ne tente pas d'expliquer pourquoi l'autre version aurait peut-être dû être préférée.

Dans un courriel envoyé le 25 janvier 2006, l'administratrice de la défenderesse a expliqué que P. avait été «introduit» trois mois auparavant par K., lequel était l'organe de A. AG. La Cour a jugé que ce document prouve de façon suffisante et concluante que P. a été introduit par A. AG; elle a expliqué pourquoi les autres preuves administrées, soit divers témoignages indirects et une déclaration souscrite par P., accréditant une version différente des faits, n'emportent pas sa conviction. La défenderesse se plaint là aussi d'arbitraire mais elle se borne à présenter sa propre manière d'apprécier les preuves; sur ce chef de la contestation, le recours est donc irrecevable faute de motivation suffisante.

Le montant de la quote-part à allouer est indiscuté; il s'élève à 120 050 francs. Par inadvertance, dans le dispositif de sa décision, la Cour alloue 120 500 fr.; ce prononcé doit être réformé sur ce point.

4.

Les autorités précédentes ont par ailleurs alloué une quote-part d'honoraires au montant de 175 340 francs. Cette prétention n'est plus discutée devant le Tribunal fédéral, à ceci près que la défenderesse s'estime

en droit de compenser toutes les rémunérations encore dues avec des créances de dommages-intérêts qui, à ses dires, lui appartiennent à l'encontre de la demanderesse.

La défenderesse persiste à lui reprocher d'avoir travaillé à son propre profit pendant des heures qu'elle aurait dû consacrer à son employeuse, d'avoir déterminé un client à quitter l'employeuse pour lui confier ses affaires, d'avoir effacé des documents dans le système informatique et d'en avoir égaré d'autres, et d'avoir copié la base de données relative à la clientèle. A l'instar des premiers juges, la Cour de justice a retenu que la preuve de ces faits n'était pas apportée, sinon sur des éléments qui n'étaient pas suffisamment graves pour engager la responsabilité de l'employée.

A l'appui du recours en matière civile, la défenderesse se plaint d'arbitraire; elle revient sur chacun de ces points et, en substance, elle propose de substituer sa propre appréciation des preuves à celle des autorités précédentes. Elle n'expose pas en quoi la Cour de justice aurait commis une erreur certaine en confirmant – certes de manière très succincte – l'appréciation du Tribunal de prud'hommes. Ici également, le grief d'arbitraire se révèle insuffisamment motivé.

5.

En appel, la défenderesse a contesté le certificat de travail qu'elle est contrainte d'établir d'après le jugement de première instance; selon la décision présentement attaquée, elle n'a cependant pas développé une critique suffisamment motivée et, pour le surplus, la preuve des éléments négatifs qu'elle voudrait y faire ajouter, correspondant aux faits allégués à l'appui des prétentions compensatoires, n'est pas apportée.

Devant le Tribunal fédéral, la défenderesse revient sur sa critique du projet de certificat déposé par la demanderesse, que le Tribunal de prud'hommes a entériné. Cette critique est irrecevable en tant qu'elle n'a pas été valablement soumise à l'autorité d'appel; elle est privée de fondement en tant que son auteur prétend faire ajouter des éléments défavorables qui ne sont pas établis.

Tribunal fédéral, Arrêt du 10 janvier 2014, Doss.-No 2C_10/2013 (Annulation de l'arrêt du Tribunal cantonal du canton de Fribourg du 13 novembre 2012), in: ATF 140 II 46

Art. 18 Abs. 1, Art. 20a Abs. 1, Art. 27 Abs. 1 und Abs. 2 lit. c sowie Art. 71 lit. c ArG, Art. 5 Abs. 2 Bundesgesetz über die Förderung der Beherbergungswirtschaft, Art. 41 Abs. 2 aArGV 2, Art. 25 ArGV 2; Arbeitsverbot an Sonn- und Feiertagen; Ausnahmen zu Gunsten von Betrieben in Fremdenverkehrsgebieten, die der Befriedigung spezifischer Bedürfnisse der Touristen dienen.

Bundesrechtliche Regelung: Verbot der Sonn- und Feiertagsarbeit; Ausnahmen zu Gunsten der Betriebe in Fremdenverkehrsgebieten

(E. 2.1). Vorbehalt der kantonalen und kommunalen Polizeivorschriften über die Sonntagsruhe und über die Öffnungszeiten von Betrieben, die dem Detailverkauf dienen (E. 2.5). Begriff des Betriebs im Fremdenverkehrsgebiet, der der Befriedigung spezifischer Bedürfnisse der Touristen dient (E. 2.2, 2.3 und 5.1). Insbesondere zum Begriff Fremdenverkehrsgebiet (wo der Betrieb gelegen sein muss): Relevanz der statistischen Daten über die wirtschaftliche Bedeutung des Tourismus (E. 3 und 4) und Tragweite der Qualifikation als Fremdenverkehrsgebiet im Sinne des Bundesgesetzes über die Förderung der Beherbergungswirtschaft (E. 5.1). Fall der Zweigniederlassung Murten der Migros Genossenschaft (E. 5.2).

Art. 18 al. 1, art. 20a al. 1, art. 27 al. 1 et al. 2 let. c et art. 71 let. c LTr, art. 5 al. 2 de la loi fédérale sur l'encouragement du secteur de l'hébergement, art. 41 al. 2 aOLT 2, art. 25 OLT 2; interdiction de travailler le dimanche et les jours fériés; dérogation en faveur des entreprises situées en région touristique et qui répondent aux besoins du tourisme.

Réglementation fédérale: principe de l'interdiction de travailler le dimanche et les jours fériés et dérogation en faveur des entreprises situées en région touristique (consid. 2.1). Réserve des prescriptions de police cantonales et communales concernant le repos dominical et les heures d'ouverture des entreprises de vente au détail (consid. 2.5). Notion d'entreprise située en région touristique et répondant aux besoins des touristes (consid. 2.2, 2.3 et 5.1). S'agissant en particulier de la notion de région touristique (où l'entreprise doit être située): rôle des données statistiques concernant l'impact économique du tourisme (consid. 3 et 4) et portée de la qualification de région touristique au sens de la loi fédérale sur l'encouragement du secteur de l'hébergement (consid. 5.1). Cas de la succursale de Morat de la société coopérative Migros (consid. 5.2).

Extraits des faits:

A.

Le 24 mars 2011, la société coopérative Migros Neuchâtel-Fribourg (ci-après: Migros) a informé la Direction de l'économie et de l'emploi du canton de Fribourg de son intention d'ouvrir sa succursale de Morat (ci-après: la succursale) le lundi de Pâques 25 avril 2011, sans qu'il ait été nécessaire, à son avis, d'obtenir une autorisation pour ce faire. Le 11 avril 2011, l'Inspection du travail du canton de Fribourg a rendu une décision par laquelle elle a interdit à Migros d'occuper des travailleurs sans autorisation officielle à la date annoncée. A l'encontre de cette décision, Migros a formé une réclamation, assortie d'une requête de restitution de l'effet suspensif, auprès du Service public de l'emploi (ci-après: le SPE) du can-

ton de Fribourg. Par décision du 15 avril 2011, le SPE a admis la requête de restitution de l'effet suspensif. A la suite de ce prononcé, la succursale a ouvert ses portes le lundi de Pâques 25 avril 2011. Par décision du 27 mai 2011, le SPE a rejeté la réclamation. Il s'est fondé en particulier sur des données statistiques concernant les emplois par branches d'activités dans la commune de Morat pour l'année 2008, provenant de l'Office fédéral de la statistique (ci-après: l'OFS). Selon ces données, les emplois potentiellement liés au tourisme représentaient respectivement 34,2% de ceux du secteur tertiaire et 19,3% du total (tous secteurs confondus). Et encore s'agissait-il d'un maximum, car ce pourcentage incluait certaines branches où seule «une infime partie» des emplois pouvait être rattachée au tourisme. Si l'on prenait en considération uniquement la catégorie «hébergement et restauration», qui seule concernait en très grande partie le tourisme, la proportion n'était plus que de 7,5% de l'ensemble des emplois. Ainsi, les activités touristiques étaient loin de représenter la moitié des activités économiques de la commune, de sorte que le tourisme n'y jouait manifestement pas un rôle prépondérant et que la ville de Morat n'était pas située en région touristique.

B.

Contre ce prononcé, Migros a recouru au Tribunal cantonal du canton de Fribourg. Elle a conclu principalement à ce que cette juridiction annule la décision attaquée et dise qu'elle peut ouvrir sa succursale de Morat et occuper des travailleurs, sans autorisation officielle, les jours fériés et les dimanches, entre le 1^{er} avril et le 31 octobre de chaque année. Par arrêt du 13 novembre 2012, les juges cantonaux ont rejeté le recours. Ils ont considéré que les atouts de la ville de Morat (situation au bord du lac, centre historique préservé, activités culturelles et sportives spécialement durant l'été, grande piscine, rives du lac accessibles aux promeneurs et amateurs de sports nautiques, tours en bateaux, nombreux restaurants, dont beaucoup avec des terrasses) – qu'un «bon nombre d'autres lieux pittoresques en Suisse» possédaient aussi – ne contribuaient pas seulement à attirer les touristes, mais aussi à améliorer la qualité de vie de la population locale. Le point déterminant était de savoir si le tourisme jouait un rôle prépondérant au plan économique. Or, à cet égard, les données statistiques prises en compte par le SPE montraient qu'au maximum un tiers des emplois, voire moins de 20% si l'on retenait une interprétation stricte des activités touristiques, était lié au tourisme. La ville de Morat ne constituait ainsi pas une région touristique au sens de la législation fédérale sur le travail, de sorte que Migros ne pouvait bénéficier d'une dispense d'autorisation pour occuper des travailleurs le dimanche et les jours fériés. A l'encontre de cet arrêt, Migros interjette un recours en matière de droit public au Tribunal fédéral. L'autorité précédente, le SPE et le Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche concluent au rejet du recours. La Direction de l'économie et de l'emploi du canton de Fribourg renonce à se détermi-

ner. Le Tribunal fédéral a admis le recours et renvoyé la cause à l'autorité précédente pour qu'elle statue à nouveau.

Extraits des considérants:

2.

2.1 L'art. 18 al. 1 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) interdit d'occuper des travailleurs du samedi à 23 heures au dimanche à 23 heures, sous réserve de l'art. 19. Cette dernière disposition prévoit des dérogations à l'interdiction de travailler le dimanche, lesquelles sont soumises à autorisation (al. 1). Aux termes de l'art. 20a al. 1 LTr, le jour de la fête nationale est assimilé au dimanche; les cantons peuvent assimiler au dimanche huit autres jours fériés par an au plus et les fixer différemment selon les régions. Selon l'art. 27 al. 1 LTr, le Conseil fédéral peut édicter par voie d'ordonnance des dispositions spéciales remplaçant notamment les art. 18 à 20 LTr, lorsque la situation particulière de certaines catégories d'entreprises le rend nécessaire. L'art. 27 al. 2 LTr donne une liste non exhaustive de ces entreprises, parmi lesquelles figurent celles «qui satisfont aux besoins du tourisme [...]» (let. c). Le Conseil fédéral a fait usage de sa compétence en édictant l'ordonnance II du 14 janvier 1966 concernant l'exécution de la loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (RO 1966 119; en vigueur jusqu'au 31 juillet 2000; ci-après: aOLT 2), qui a été abrogée par l'ordonnance 2 du 10 mai 2000 relative à la loi sur le travail (dispositions spéciales pour certaines catégories d'entreprises ou de travailleurs, OLT 2; RS 822.112). Celle-ci précise les possibilités de dérogations aux prescriptions légales en matière de durée du travail et du repos en cas de situation particulière selon l'art. 27 al. 1 de la loi et désigne les catégories d'entreprises ou groupes de travailleurs auxquels s'appliquent ces dérogations; elle définit l'étendue des dérogations pour chaque catégorie d'entreprises ou groupe de travailleurs (art. 1 OLT 2). Aux termes de l'art. 4 al. 2 OLT 2, l'employeur peut, sans autorisation officielle, occuper des travailleurs pendant la totalité ou une partie du dimanche. Selon l'art. 25 OLT 2, intitulé «Entreprises situées en région touristique», cette disposition s'applique, pour tout le dimanche, pendant la saison touristique, aux entreprises situées en région touristique et répondant aux besoins spécifiques des touristes, ainsi qu'aux travailleurs qu'elles affectent au service à la clientèle (al. 1).

L'art. 25 en relation avec l'art. 4 al. 2 OLT 2 prévoit ainsi une dispense d'autorisation pour occuper des travailleurs le dimanche, laquelle vaut:

- d'un point de vue personnel: pour les travailleurs affectés au service de la clientèle, engagés par des entreprises situées en région touristique et répondant aux besoins spécifiques des touristes;
- d'un point de vue temporel: seulement pendant la saison touristique.

Selon le texte de l'art. 25 al. 1 OLT 2, pour pouvoir bénéficier de la dispense, les entreprises doivent être situées en région touristique (ci-après consid. 2.2) et répondre aux besoins spécifiques des touristes (consid. 2.3).

2.2

2.2.1 L'art. 25 al. 2 OLT 2 définit les entreprises des régions touristiques comme celles «situées dans des stations proposant cures, sports, excursions ou séjours de repos, pour lesquelles le tourisme joue un rôle prépondérant tout en étant sujet à de fortes variations saisonnières». Une entreprise située en région touristique est ainsi définie par sa situation dans une «station», notion qui présente trois caractéristiques:

- il s'agit d'un lieu où il existe une offre de cures, d'activités sportives, d'excursions ou de séjours de repos;
- le tourisme y joue un «rôle prépondérant» («der Fremdenverkehr [ist] von wesentlicher Bedeutung», «il turismo è particolarmente importante»);
- le tourisme y est sujet à de fortes variations saisonnières.

Alors que le texte français donne à penser que les activités touristiques doivent l'emporter sur les autres («rôle prépondérant»), les textes allemand et italien exigent seulement qu'elles représentent une part essentielle («wesentliche Bedeutung») ou particulièrement importante («particolarmente importante») de l'ensemble.

Dans l'arrêt 2A.578/2000 du 24 août 2001, le Tribunal fédéral a refusé de définir le terme «station» de manière restrictive, comme une «localité isolée ou un ensemble de bâtiments construits hors de toute localité pour accueillir des touristes en particulier en montagne». Il a considéré plutôt que, au vu en particulier des textes allemand («Orte») et italien («località») de l'art. 25 al. 2 OLT 2, cette notion a un sens large et se caractérise avant tout par les infrastructures (établissements de cure et de repos, installations sportives, possibilités d'excursions) qui sont mises à la disposition des touristes (consid. 4b; cf. aussi arrêt 2A.704/2005 du 4 avril 2006 consid. 3.3.1, selon lequel un des trois éléments de la définition énoncée à l'art. 25 al. 2 OLT 2 est l'existence d'une offre variée d'installations et d'activités réservées aux touristes). Il a jugé que le quartier d'Ouchy à Lausanne constituait une station ainsi définie.

2.2.2 Le commentaire de la loi sur le travail et des ordonnances 1 et 2 édité par le Secrétariat d'Etat à l'économie SECO (disponible sur le site Internet du SECO, à l'adresse <http://www.seco.admin.ch>; ci-après: le commentaire du SECO), ad art. 25 OLT 2, définit la notion de région touristique comme englobant toute localité ou région largement tributaire du tourisme et répondant aux critères suivants:

- fréquentation des lieux par des touristes;
- importance du tourisme dans l'économie locale ou régionale, autrement dit attribution d'une large part du revenu brut de la localité ou de la région toute entière à la branche du tourisme; selon une décision de l'ancienne Commission de recours du Département fédéral de

l'économie (voir ci-après), les activités touristiques doivent représenter plus de la moitié des activités économiques d'une localité ou de toute une région;

- saisonnalité marquée de l'afflux des touristes;
- spécificité de la motivation des touristes: repos, détente, divertissement, activités sportives, inspiration culturelle ou artistique.

Dans sa décision MB/2002-1 du 14 mars 2003 – qui a fait l'objet de l'arrêt du Tribunal fédéral 2A.166/2003 du 7 août 2003 –, l'ancienne Commission de recours du Département fédéral de l'économie avait considéré que la notion de «rôle prépondérant» de l'art. 25 al. 2 OLT 2 devait être interprétée de manière restrictive, car, selon la jurisprudence, des dérogations à l'interdiction du travail dominical ne pouvaient être admises que limitativement. Elle avait donc déduit du terme en question que l'activité touristique devait représenter «plus de la moitié de l'activité économique globale de la localité concernée». En l'occurrence, elle s'était basée sur des données statistiques

- concernant la ville de la Chaux-de-Fonds – relatives à la capacité d'accueil (nombre d'hôtels) et aux nuitées. Au vu du taux d'occupation des lits d'hôtel, du nombre de nuitées et de la durée moyenne de séjour, elle avait conclu – d'ailleurs sans effectuer aucune comparaison avec les valeurs d'autres localités ou des moyennes – que le tourisme ne jouait pas un rôle prépondérant dans cette ville. Le Tribunal de céans a pour sa part jugé qu'il était «constant que le tourisme ne [jouait] pas un rôle prépondérant pour la Ville de la Chaux-de-Fonds et sa région» (arrêt 2A.166/2003 précité, consid. 2.2) et n'a donc pas revu la question.

2.2.3 L'aOLT 2 prévoyait également un régime dérogatoire pour les entreprises des régions touristiques (art. 41), conformément à l'art. 27 al. 2 let. c LTr. Elle définissait les régions touristiques en renvoyant à la législation fédérale sur l'encouragement du crédit à l'hôtellerie et aux stations de villégiature (art. 41 al. 2 aOLT 2). Aux termes de l'art. 5 de l'ancienne loi fédérale du 1^{er} juillet 1966 sur l'encouragement du crédit à l'hôtellerie et aux stations de villégiature (RO 1966 1715 et les modifications ultérieures; en vigueur jusqu'au 14 décembre 2003), disposition intitulée «Régions touristiques», le cautionnement ou l'octroi de prêts était limité aux régions et localités dans lesquelles le tourisme revêtait une importance considérable et subissait de profondes fluctuations saisonnières; il appartenait au Conseil fédéral de désigner ces régions et localités, après avoir pris l'avis des cantons (al. 1). La liste de celles-ci figurait, par canton, à l'art. 4 du règlement d'exécution de ladite loi, du 23 décembre 1966 (RO 1966 1723 et les modifications ultérieures; en vigueur jusqu'au 14 décembre 2003). S'agissant du canton de Fribourg, le règlement dans sa teneur originelle mentionnait, outre deux communes (Charmey et Gruyères), plusieurs localités, dont celle de Morat.

D'après la loi fédérale du 20 juin 2003 sur l'encouragement du secteur de l'hébergement (RS 935.12), qui a abrogé celle du 1^{er} juillet 1966, les prêts sont destinés notamment aux régions touristiques, définies comme les régions et localités où le tourisme est un domaine d'activité essentiel et subit de profondes fluctuations saisonnières; il appartient au Conseil fédéral de désigner ces régions et localités, après avoir entendu les cantons (art. 5 al. 1 let. a et al. 2). La liste des régions bénéficiaires est annexée à l'ordonnance du 26 novembre 2003 relative à la loi fédérale précitée (RS 935.121), qui a abrogé le règlement du 23 décembre 1966. Pour le canton de Fribourg, elle mentionne 16 communes, dont celle de Morat, ainsi que, de façon générale, les communes riveraines des lacs de la Gruyère, de Morat et de Neuchâtel.

2.3 S'agissant de la condition que l'entreprise réponde aux besoins des touristes, le Tribunal fédéral a admis, en relation avec l'art. 41 al. 1 aOLT 2, que ces besoins pouvaient être aussi bien ceux qui sont propres aux touristes que ceux qui sont inhérents à la nature humaine et que les touristes doivent satisfaire où qu'ils se trouvent, tels que les besoins de nourriture et de boisson. Le tourisme étant défini comme le fait de voyager, de parcourir pour son plaisir un lieu autre que celui où l'on vit habituellement, les besoins propres aux touristes étaient ceux liés à cette activité, comme par exemple de disposer d'un guide de voyage ou d'acheter des souvenirs (ATF 126 II 106 consid. 4 p. 109). Une entreprise répondant aux besoins inhérents à la nature humaine – à l'exclusion des besoins spécifiques des touristes – en offrant essentiellement des biens de première nécessité (produits alimentaires ou hygiéniques) pouvait ainsi bénéficier d'une dispense d'autorisation pour occuper des travailleurs le dimanche. Il s'agissait en l'occurrence d'un centre commercial Coop à Saignelégier. Le Tribunal fédéral a relevé à cet égard les particularités du tourisme dans la région, les touristes n'étant pas logés à l'hôtel, mais dans des campings ou des appartements. Ils pouvaient arriver le samedi après la fermeture des magasins à 16h. Comme il n'était pas établi qu'ils aient pu se fournir ailleurs, il existait un besoin que le centre en question fût ouvert le dimanche (arrêt 2A.612/1999 du 30 juin 2000 consid. 5).

Dans l'arrêt précité 2A.578/2000, qui concernait le quartier d'Ouchy, le Tribunal fédéral a considéré que la jurisprudence relative à la notion d'«entreprises qui satisfont aux besoins du tourisme» de l'art. 41 al. 1 aOLT 2 restait valable en relation avec l'art. 25 al. 1 OLT, qui mentionnait les entreprises «répondant aux besoins spécifiques des touristes». Il a relevé en particulier que la base légale, à savoir l'art. 27 al. 2 let. c LTr, qui envisage «les entreprises qui satisfont aux besoins du tourisme», n'avait pas changé (consid. 5). La notion de «besoins spécifiques des touristes» de l'art. 25 al. 1 OLT 2 continuait ainsi d'englober aussi bien les besoins propres aux touristes que ceux inhérents à la nature humaine. Dans le cas particulier, il a jugé que le magasin Migros à Lausanne/Ouchy servait bien à répondre à ces besoins ainsi définis (consid. 6).

2.4 Selon la jurisprudence, les exceptions à l'interdiction du travail dominical doivent être admises de façon restrictive, quand bien même les habitudes des consommateurs subissent une certaine évolution (ATF 139 II 49 consid. 6.1 p. 58; ATF 134 II 265 consid. 5.5 p. 271; ATF 126 II 106 consid. 5a p. 109 s.; arrêts 2C_892/2011 du 17 mars 2012 consid. 3.3, in SJ 2012 I p. 489; 2A.704/2005 précité, consid. 3.1).

2.5

2.5.1 L'art. 71 let. c LTr réserve, entre autres prescriptions de police fédérales, cantonales et communales, celles qui concernent le repos dominical et les heures d'ouverture des entreprises de vente au détail.

S'agissant des prescriptions cantonales et communales, celles-ci ne sont compatibles avec la LTr et conformes au principe de la force dérogatoire du droit fédéral (art. 49 Cst.) que si elles n'empiètent pas sur les compétences fédérales en matière de protection des travailleurs. Tel est le cas, d'une part, si elles poursuivent un autre but que celui recherché par le droit fédéral, qui est la protection des travailleurs. Les cantons peuvent ainsi régler l'ouverture des magasins afin de protéger des personnes n'entrant pas dans le champ d'application de la LTr, comme les exploitants eux-mêmes et leur famille. Ils peuvent de même prescrire la fermeture des magasins le soir et le dimanche, en poursuivant un autre but que la protection des travailleurs, tel que le respect du repos dominical et du repos nocturne et, en d'autres termes, de la tranquillité publique (cf. ATF 130 I 279 consid. 2.3.1 p. 284 et la jurisprudence citée; MAHON/BENOÎT, in Loi sur le travail, 2005, n^{os} 21 s. ad art. 71 LTr). D'autre part, le principe de la force dérogatoire n'est pas violé dans la mesure où une norme cantonale vient renforcer l'efficacité de la réglementation fédérale. Ce n'est que lorsque la législation fédérale exclut toute réglementation dans un domaine particulier que le canton perd la compétence d'adopter des dispositions complémentaires, quand bien même celles-ci ne contrediraient pas le droit fédéral ou seraient même en accord avec lui (ATF 139 I 242 consid. 3.2 p. 248; ATF 137 I 167 consid. 3.4 p. 174 s.; ATF 133 I 110 consid. 4.1 p. 116; arrêt 2C_728/2011 du 23 décembre 2011 consid. 7.2).

Lorsque les cantons ou les communes (s'agissant de ces dernières, cf. p. ex. ATF 101 Ia 484 consid. 7a p. 486; ATF 102 Ia 452 consid. 6 p. 455 s.) restreignent l'ouverture des magasins pour l'un des motifs indiqués ci-dessus, il n'est plus possible de faire usage des dérogations que la LTr prévoit pour certaines catégories d'entreprises, dont celles qui satisfont aux besoins du tourisme (cf., dans ce sens, commentaire du SECO, op. cit., ad art. 25 OLT 2, p. 2).

2.5.2 Le canton de Fribourg a réglementé les heures d'ouverture des commerces dans sa loi du 25 septembre 1997 sur l'exercice du commerce (LCom; RSF 940.1), laquelle a pour but de garantir, par des mesures de police, notamment la tranquillité publique (art. 2 al. 1 LCom). Les dispositions sur les heures d'ouverture s'appliquent aux entreprises de commerce de détail, que l'art. 6 al. 1 LCom définit comme celles dont les locaux ou

les installations sont accessibles au public et qui ont pour activité, de manière permanente ou occasionnelle, la vente, la location et la prise de commande de marchandises de toute nature ou la fourniture de services. L'art. 9 al. 1 LCom pose le principe selon lequel ces entreprises sont fermées le dimanche et les jours fériés, tout en réservant les exceptions prévues aux art. 10 et 11. Intitulée «Exceptions pour les sites touristiques», cette dernière disposition prévoit que, dans les sites touristiques, les communes peuvent autoriser, durant la saison, l'ouverture des commerces le dimanche et les jours fériés de 6 à 20 heures.

Les sites touristiques sont énumérés dans le règlement du 14 septembre 1998 sur l'exercice du commerce (RCom; RSF 940.11), lequel distingue entre ceux qui le sont à l'année (art. 3) et les sites réputés touristiques seulement durant la saison estivale, soit d'avril à octobre (art. 4). Au nombre de ces derniers figure Morat.

Par ailleurs, en se fondant sur l'art. 20a al. 1 LTr, le canton de Fribourg a établi une liste de (huit) jours fériés assimilés au dimanche, laquelle figure à l'art. 49 de la loi cantonale du 6 octobre 2010 sur l'emploi et le marché du travail (LEMT; RSF 866.1.1).

Ainsi, le droit cantonal fribourgeois restreint l'ouverture des magasins le dimanche et les jours fériés, mais prévoit une exception pour les sites touristiques, qui sont énumérés dans le RCom. Les entreprises implantées sur ces sites peuvent dès lors bénéficier d'une dérogation selon le droit cantonal. Afin de pouvoir ouvrir leurs portes, durant la saison touristique, les dimanches et les jours fériés, elles doivent toutefois encore satisfaire aux conditions permettant de bénéficier du régime dérogatoire prévu par le droit fédéral pour les entreprises qui satisfont aux besoins du tourisme, au sens des art. 27 al. 2 let. c LTr et 25 OLT 2.

3.

La recourante reproche à l'autorité précédente d'avoir nié que le tourisme joue un rôle prépondérant à Morat en tombant dans l'arbitraire, en abusant de son pouvoir d'appréciation, en appréciant les preuves arbitrairement et en violant les art. 27 al. 2 let. c LTr et 25 al. 2 OLT 2. Ainsi, c'est de son point de vue de manière insoutenable qu'elle se serait fondée pour ce faire sur des données statistiques annualisées, lesquelles n'indiqueraient pas les emplois liés au tourisme qui ne sont occupés que pendant la saison touristique. En outre, le SPE et, à sa suite, l'autorité précédente aurait arbitrairement limité les emplois liés au tourisme à ceux du secteur tertiaire, alors que le tourisme jouerait également un rôle essentiel pour les agriculteurs, maraîchers, pêcheurs, commerces de détail et de gros, l'industrie alimentaire, etc. De manière plus générale, les données statistiques relatives à l'emploi ne seraient pas pertinentes pour juger du caractère touristique d'une localité: l'implantation d'une seule grande entreprise sans lien direct avec le tourisme conduirait à nier ce caractère, en dépit d'une offre très vaste d'activités touristiques, ce qui serait choquant. Il serait du reste pratiquement impossible d'évaluer statistiquement la part du revenu brut

pouvant être attribuée au tourisme. Dans sa jurisprudence, le Tribunal de céans ne se serait pas basé sur ce critère, mais sur la situation de la localité, ses installations et les activités touristiques proposées. C'est ainsi qu'il aurait admis le caractère touristique du quartier d'Ouchy (arrêt 2A.578/2000 précité). Or, la situation de Morat serait en tous points comparable à celle d'Ouchy. La recourante se prévaut au demeurant du fait que la commune de Morat figure sur la liste des localités touristiques bénéficiant des prêts institués par la loi fédérale sur l'encouragement du secteur de l'hébergement. L'autorité précédente aurait arbitrairement refusé d'en tenir compte.

4.

La décision attaquée est fondée essentiellement sur la part des emplois liés au tourisme dans la commune de Morat, proportion qui constitue l'un des principaux critères de la notion de région touristique selon le commentaire du SECO. La recourante critique non seulement la façon dont cette proportion a été déterminée en l'espèce, mais encore, plus fondamentalement, le recours à ce critère, en soutenant qu'il est pratiquement impossible d'évaluer statistiquement l'importance des activités économiques liées au tourisme. Pourtant, des données statistiques existent quant à l'importance économique du tourisme en Suisse. Celles-ci ressortent notamment du compte satellite national du tourisme, établi par l'OFS (ci-après: consid. 4.1). Les travaux préparatoires de la législation fédérale dans le domaine du tourisme (consid. 4.2) livrent également des indications, de même que des études effectuées par des entreprises privées (consid. 4.3).

4.1 Aux fins de déterminer l'impact économique du tourisme en Suisse, l'OFS établit le compte satellite du tourisme (CST). Celui-ci consiste en différents tableaux (voir la publication de l'OFS et du SECO intitulée «Compte satellite du tourisme de la Suisse, 2001 et 2005 – Principes, méthode et résultats», 2008 [disponible sur le site Internet de l'OFS, à l'adresse <http://www.bfs.admin.ch>], p. 14, 16, 18 ss et le glossaire p. 38) présentant les produits touristiques, lesquels comprennent les catégories et sous-catégories suivantes:

- les produits spécifiques du tourisme (soit A.1 produits caractéristiques: services d'hébergement/services de restauration/services de transports de voyageurs/services d'agences, de voyagistes et de guides/services culturels/services de loisirs et de divertissements/services touristiques divers; A.2 produits connexes: commerce de détail/stations-services/santé/télécommunications/autres services touristiques), et
- les produits non spécifiques, soit ceux qui sont issus du commerce de gros.

Le tableau 6 indique, pour chacun de ces produits, l'emploi touristique et la part de celui-ci par rapport à l'emploi total, dite quote-part touristique de l'emploi. Tous produits confondus, celle-ci se montait en 2008 à 4,2% pour l'ensemble du pays (cf. Encyclopédie statistique de la Suisse [disponible sur le site Internet de l'OFS], thème 10 Tourisme/sous-thème

10.2.1 Compte satellite du tourisme). L'OFS se base notamment sur l'analyse spatiale de la production touristique, rendue possible par la concentration spatiale du tourisme en Suisse: à côté des grandes villes, une part importante de l'utilisation touristique correspond à un petit nombre de lieux touristiques réputés. L'OFS évalue ainsi l'impact économique du tourisme en procédant à une comparaison entre ces communes et des communes non touristiques comparables du point de vue du nombre d'habitants. Pour ce faire, les communes sont réparties en trois catégories (à savoir communes rurales de moins de 10 000 habitants, petites villes de 10 000 à 30 000 habitants et villes de plus de 30 000 habitants). L'OFS dispose d'une liste d'environ 200 communes touristiques, qui appartiennent toutes, à l'exception d'Einsiedeln et de Davos, à la catégorie des communes rurales, leur nombre d'habitants étant en moyenne de 1350 (cf. Compte satellite du tourisme de la Suisse, op. cit., p. 17 et encadré p. 18). Toutes les données relatives à l'emploi sont exprimées en équivalents plein temps, notion qui résulte de la conversion du volume de travail (mesuré en termes d'emplois ou d'heures de travail) en emplois à plein temps. Le nombre d'emplois équivalents plein temps se définit comme le nombre total d'heures travaillées divisé par la moyenne annuelle des heures travaillées dans les emplois à plein temps (cf. Définitions [document disponible sur le site Internet de l'OFS], sous «Emplois équivalents plein temps»).

4.2 Le Message du 20 septembre 2002 relatif à l'amélioration de la structure et de la qualité de l'offre dans le domaine du tourisme suisse (FF 2002 6655 ss) renseigne également sur l'importance économique du tourisme. Selon ce texte, le tourisme a un impact direct en générant des emplois (entre 175 000 et 190 000 équivalents plein temps au total) dans les branches traditionnelles que sont l'hôtellerie et la restauration, les remontées mécaniques, les voyagistes ou compagnies aériennes, ainsi que dans d'autres branches comme le commerce de détail, la santé, l'éducation, les banques et les télécommunications. Il a en outre des effets indirects (80 000 à 90 000 emplois supplémentaires) du fait des prestations préalables des branches qui profitent directement du tourisme, des investissements requis par celles-ci, ainsi que des revenus salariaux générés dans le secteur touristique (FF 2002 6661 s. ch. 1.2.1 et 6664 ch. 1.2.3). Le Message indique en particulier la part du tourisme dans le produit intérieur brut d'une sélection de régions et de villes suisses pour 2002. Celle-ci s'élevait à 5,4% pour la ville de Berne, 8,7% pour celle de Lucerne, 25,4% pour le canton du Valais dans son ensemble, 35,4% pour le Haut-Valais et 71% pour la région «Mittelbünden», comprenant notamment les stations touristiques de Lenzerheide et de Savognin (FF 2002 6678 tableau 10). Dans certains centres touristiques – qui ne sont pas cités nommément –, le pourcentage pouvait même avoisiner les 100% (FF 2002 6679 ch. 1.4.3).

4.3 En décembre 2011, le service «Economic Research» de la banque Crédit Suisse a publié une étude intitulée «Swiss Issues Branches – Le tourisme en Suisse – Stations de ski en concurrence», basée notamment sur les

données de l'OFS. Cette publication contient des données chiffrées sur l'importance du tourisme, ici limité aux branches de l'hôtellerie et de la restauration, pour l'économie régionale. Elle présente en particulier une carte de la Suisse indiquant la part des personnes travaillant dans le tourisme par rapport à l'ensemble des emplois d'une commune, pour l'année 2008. Il ressort de cette étude que le tourisme revêt une très grande importance en particulier dans l'arc alpin. La branche touristique occupe plus de 25% des personnes dans 335 communes. Cette part atteint même entre 33% et 47% dans les communes de Loèche-les-Bains, Weggis et Champéry et elle représente plus de la moitié des emplois (51%) à Zermatt. L'importance du tourisme varie en fonction du type de commune. L'étude distingue ainsi entre les centres, les communes périurbaines, les communes touristiques, celles hors des agglomérations avec un nombre important d'emplois ou de pendulaires et les communes à orientation agricole; la part des emplois touristiques y est respectivement de 4,4%, 6,6%, 34,3%, 9,9% et 17,2%.

5.

5.1 Alors que l'aOLT 2 définissait les régions touristiques en renvoyant à la législation sur l'encouragement du crédit à l'hôtellerie et aux stations de villégiature (cf. consid. 2.2.3 ci-dessus), l'OLT 2 contient à l'art. 25 al. 2 sa propre définition des entreprises situées en région touristique. Celle-ci est articulée autour du concept de station, dans laquelle l'entreprise doit être située. Il doit s'agir d'une station touristique, en ce sens que le tourisme y joue un rôle prépondérant et y est sujet à de fortes variations saisonnières.

La loi fédérale sur l'encouragement du secteur de l'hébergement définit pour sa part les régions touristiques comme les régions et localités où le tourisme est un domaine d'activité essentiel et subit de profondes fluctuations saisonnières («in denen der Fremdenverkehr von wesentlicher Bedeutung ist und erheblichen saisonalen Schwankungen unterliegt», art. 5 al. 2).

Si l'on se fonde sur le texte allemand de l'art. 25 al. 2 OLT 2 («in denen der Fremdenverkehr von wesentlicher Bedeutung ist und erheblichen saisonmässigen Schwankungen unterliegt»), le caractère touristique d'une station est défini de la même manière (sous réserve du terme «saisonmässig», qui est remplacé par le synonyme «saisonal») que celui d'une région à l'art. 5 al. 2 de la loi fédérale sur l'encouragement du secteur de l'hébergement. La législation sur l'encouragement du secteur de l'hébergement définit d'ailleurs les régions touristiques de manière très large, puisque la liste de celles-ci comprend plusieurs cantons entiers (Uri, Obwald, Nidwald, Appenzell Rhodes-Extérieures et Intérieures, Grisons, Tessin et Valais). Cette définition très large – et notablement plus étendue que dans l'ancienne réglementation sur l'encouragement du crédit à l'hôtellerie et aux stations de villégiature – a pu faire craindre qu'en se basant sur cette législation pour déterminer les entreprises qui satisfont aux

besoins du tourisme, au sens de l'art. 27 al. 2 LTr, l'on vide de sa substance l'interdiction du travail dominical.

Comme l'a relevé l'autorité précédente, la LTr et la loi fédérale sur l'encouragement du secteur de l'hébergement poursuivent des buts très différents. La première tend à la protection des travailleurs, de sorte que les normes dérogatoires, comme celles qui fondent des exceptions à l'interdiction du travail dominical, doivent être interprétées de manière restrictive (cf. consid. 2.4 ci-dessus). Dans le cadre de la législation fédérale sur l'encouragement du secteur de l'hébergement, en revanche, rien ne s'oppose à ce que les régions touristiques soient définies largement. En outre, les données statistiques exposées plus haut (consid. 4) ont montré l'importance de distinguer entre les différents niveaux d'étude (localités/communes selon leur taille/région/pays) pour évaluer l'impact économique du tourisme. Or, comme on l'a vu, la législation fédérale sur l'encouragement du secteur de l'hébergement se place sur le plan de la région, alors que l'OLT 2 se focalise sur le niveau essentiellement local de la station. Par conséquent, bien que le caractère touristique soit défini en des termes quasiment identiques, notamment dans les versions allemandes des deux textes, il ne doit pas nécessairement être apprécié de la même façon, en particulier pour ce qui est des critères quantitatifs. Il s'ensuit que le fait que la commune de Morat figure dans la liste des régions (touristiques) bénéficiaires selon l'annexe de l'ordonnance relative à la loi fédérale sur l'encouragement du secteur de l'hébergement a certes la valeur d'un indice, mais ne suffit pas à la qualifier de région touristique au sens de l'art. 25 OLT 2.

Sous l'angle de cette dernière disposition, il faut examiner d'abord si l'entreprise est située dans une station. Compte tenu du fait que les exceptions à l'interdiction du travail dominical doivent être interprétées de manière restrictive (cf. consid. 2.4 ci-dessus), l'existence d'une station ne saurait être admise trop facilement. L'offre d'hébergement (hôtellerie et parahôtellerie), la présence d'infrastructures sportives et récréatives, ainsi que d'autres critères objectifs jouent à cet égard un rôle déterminant. La station, dont l'étendue est délimitée par la localisation et la concentration de cette offre, peut correspondre à un quartier d'une localité importante, à la localité tout entière – laquelle peut, à son tour, constituer tout ou partie d'une commune –, voire, en théorie du moins, à une agglomération. S'agissant ensuite de déterminer si le tourisme y joue un rôle essentiel, il est possible, quoi qu'en dise la recourante, de se fonder sur des données statistiques, pour autant que celles-ci – établies généralement par commune – correspondent à la station telle qu'elle a été préalablement définie. Ces données peuvent concerner notamment la capacité d'accueil touristique (offre hôtelière et de parahôtellerie) et les nuitées (cf. décision de l'ancienne Commission de recours du Département fédéral de l'économie du 14 mars 2003, précitée), ainsi que la part des emplois liés au tourisme. Pour ce qui est de ces derniers, il est possible de s'inspirer de la méthode utilisée par

l'OFS pour calculer la quote-part touristique de l'emploi, laquelle prend en compte l'impact économique à la fois direct et indirect du tourisme (cf. consid. 4 ci-dessus).

Au regard des textes allemand et italien de l'art. 25 al. 2 OLT 2, il est du reste très douteux que l'interprétation particulièrement restrictive du commentaire du SECO, selon laquelle les activités touristiques doivent représenter plus de la moitié des activités économiques d'une localité ou de toute une région, soit justifiée. Même dans la décision de l'ancienne Commission de recours du Département fédéral de l'économie du 14 mars 2003, à laquelle le commentaire se réfère, ce critère quantitatif n'a pas été appliqué tel quel. En tous les cas, il ne saurait valoir de manière absolue pour toute localité ou région dont le caractère touristique est en cause (sans compter qu'il s'agit, encore une fois, de déterminer si la station dans laquelle est située l'entreprise se caractérise ainsi). Les données statistiques exposées plus haut montrent en effet qu'en termes quantitatifs, le tourisme a un impact économique très différent selon que l'on se place au niveau d'une localité, d'une région ou d'un pays. Il convient ainsi de privilégier les textes allemand et italien de l'art. 25 al. 2 OLT 2, aux termes desquels le tourisme doit jouer un rôle essentiel ou particulièrement important, sans fixer de critères quantitatifs valant de manière absolue. Ceux-ci seront différents selon que la station équivaut à une commune, à une localité ou à un quartier.

5.2 Dans le cas particulier, l'autorité précédente s'est fondée sur les données statistiques du SPE, d'où il ressortait qu'au maximum un tiers des emplois de la commune de Morat, voire moins de 20% si l'on définissait de manière stricte les activités touristiques, étaient liés au tourisme. Ce taux étant loin des 50% exigés par le commentaire du SECO, elle a nié que le tourisme joue un rôle prépondérant dans cette commune et, partant, que la recourante soit une entreprise située en région touristique, au sens de l'art. 25 OLT 2. Or, comme indiqué ci-dessus, la limite de 50% ne vaut pas de manière absolue et il est très douteux qu'elle s'applique à une commune de la taille de Morat (plus de 6000 habitants). Il convient de plus, dans un premier temps, de déterminer si tout ou partie de cette localité présente les caractéristiques d'une station, ce que l'autorité précédente a omis. Dans le cas où seule une partie (en l'occurrence essentiellement le bord du lac et la vieille ville) doit être considérée comme telle, il faut examiner si l'entreprise en cause se trouve dans ce quartier ou à proximité immédiate de celui-ci, puisque l'art. 25 al. 2 OLT 2 exige qu'elle soit située dans la station même (cf. aussi arrêt 2A.578/2000 précité, consid. 4a, où le magasin en cause se trouvait dans le quartier d'Ouchy). S'agissant de la condition que l'entreprise réponde aux besoins des touristes, il importe également de déterminer dans quelle mesure il est nécessaire que celle-ci puisse ouvrir ses portes le dimanche et les jours fériés, question qui dépend notamment de l'assortiment de marchandises et du point de savoir si les touristes peuvent s'approvisionner ailleurs (cf. arrêt 2A.612/1999 précité, consid. 5). Comme

tous ces aspects relèvent des circonstances locales, à l'égard desquelles le Tribunal fédéral fait preuve de retenue (cf. arrêt 2A.578/2000 précité, consid. 2), il convient d'annuler le jugement attaqué et de renvoyer le dossier à l'autorité précédente, afin qu'elle rende une nouvelle décision.

La situation aurait pu être différente si l'autorité précédente avait fondé sa décision sur le droit cantonal réservé par l'art. 71 let. c LTr (cf. consid. 2.5.1 ci-dessus). Or, tel n'est pas le cas, puisque le canton de Fribourg a certes restreint l'ouverture des commerces de détail le dimanche et les jours fériés, mais a prévu une exception pour les sites touristiques, dont Morat fait partie. Ce régime particulier permet aux communes d'autoriser, durant la saison touristique, soit d'avril à octobre, l'ouverture des commerces le dimanche et les jours fériés (cf. consid. 2.5.2).

Bundesgericht, Urteil vom 24. Januar 2014, Doss.-Nr. 2C_261/2013 (Bestätigung des Urteils des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt als Verwaltungsgericht vom 7. Februar 2013)

Im Vergleich zum Bundesgesetz zum Schutz vor Passivrauchen (PaRG), wonach Restaurationsbetriebe unter bestimmten Voraussetzungen als Raucherbetriebe geführt werden können (Art. 3 PaRG) bzw. diese spezielle Raucherräume einrichten können (Art. 2 Abs. 2 PaRG), ist gemäss dem strengeren § 34 des baselstädtischen Gesetzes über das Gastgewerbe (GGG) das Rauchen in öffentlich zugänglichen Räumen – worunter auch Restaurants fallen – verboten und sind nur eigens abgetrennte, unbediente und mit eigener Lüftung versehene Räume (sog. Fumoirs) vom Rauchverbot ausgenommen. Der Betrieb eines Restaurants als Raucherbetrieb ist nach dem bundesverfassungsgemässen § 34 GGG unzulässig. Dies trifft auch bei Vereinen zu, deren Zweck in Umgehung des Gesetzes darin besteht, bei Restaurationsbetrieben trotz allgemeinem Rauchverbot Tabak konsumieren zu können (E. 2.3, 2.4).

Aus den Erwägungen:

1.

A. ist Betreiber des Restaurants X. in Basel und Mitglied des Vereins «Fümoar», welcher sich die Milderung der wirtschaftlichen Folgen des teilweisen Rauchverbots in Basler Restaurants zum Ziel gesetzt hat und den Betrieb von Gastwirtschaften unter ausschliesslichem Zutritt von Gästemitgliedern ohne Verpflichtung der Wirtemitglieder zur Errichtung eines Fumoirs ermöglichen will. Gästemitglied wird eine natürliche Person durch die Unterzeichnung einer Beitrittserklärung auf einer Mitgliederliste, welche in den dem Verein «Fümoar» angeschlossenen Betrieben aufliegt;

sie muss einen Mitgliederbeitrag von jährlich Fr. 10.– an eines der Wirtmitglieder des Vereins «Fümoar» ausrichten (vgl. BGE 139 I 242 lit A).

Mit Verfügung vom 14. Juli 2011 wurde A. vom Bauinspektorat kostenpflichtig verwarnt, da er in seinem Betrieb das Rauchen zulies. Die Beschwerden dagegen waren erfolglos.

Vor Bundesgericht beantragt A., den Entscheid des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt als Verwaltungsgericht vom 7. Februar 2013 aufzuheben und den Fall an das Bauinspektorat zurückzuweisen. Er beantragt zudem, das Verfahren mit fünf weiteren Verfahren zusammenzulegen und in einem Entscheid zu behandeln.

2.

Das Bundesgericht hat bereits in BGE 139 I 242 die vom gleichen Rechtsvertreter aufgeworfenen Fragen beantwortet. Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ist deshalb offensichtlich unbegründet, weshalb sie im vereinfachten Verfahren nach Art. 109 Abs. 2 lit. a BGG abgewiesen wird.

2.1 Der Beschwerdeführer beantragt, dass dieses Verfahren mit weiteren Verfahren zu vereinen sei. Zwar sind in den verschiedenen Verfahren die gleichen Rechtsfragen zu beantworten, doch handelt es sich um verschiedene vorinstanzliche Urteile mit verschiedenen Parteien. Das Bundesgericht sieht deshalb keine Veranlassung, die Verfahren zu vereinen (siehe Art. 71 BGG i.V.m. Art. 24 Abs. 3 BZP).

2.2 Der Beschwerdeführer macht zunächst geltend, dass die beim Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt vom 7. Februar 2013 mitwirkenden Richter befangen seien, da diese bereits am Entscheid des «Pilotfalls» vom 25. Juni 2012 mitgewirkt hätten. Da es sich dabei nicht um den gleichen konkreten Einzelfall gehandelt hat, sondern lediglich die gleichen Rechtsfragen beantwortet wurden, kann keine Rede von einer Vorbefassung und mithin auch nicht von einer Befangenheit sein: Die Anwendung unterschiedlicher Sachverhalte auf die gleichen Normen lässt die erste Subsumtion nicht als Vorbefassung nachfolgender Sachverhaltsanwendungen erscheinen. Zudem darf und muss von einem Richter erwartet werden (vgl. BGE 133 I 89 E. 3.3 S. 92 f.), dass er die neuen, leicht abweichenden Sachverhalte und neuen Argumente objektiv und unparteiisch beurteilt (vgl. Urteil 2C_220/2013 vom 25. Mai 2013 E. 2.2).

2.3 Nach Art. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 des Bundesgesetzes zum Schutz vor Passivrauchen vom 3. Oktober 2008 (PaRG; SR 818.31) ist das Rauchen in geschlossenen Räumen, die öffentlich zugänglich sind oder mehreren Personen als Arbeitsplatz dienen, verboten. Zu den öffentlich zugänglichen Räumen gehören u.a. Restaurations- und Hotelbetriebe (Art. 1 Abs. 2 lit. h PaRG). Für Restaurationsbetriebe gibt es zwei Ausnahmen: Restaurationsbetriebe können unter bestimmten Voraussetzungen als Raucherbetriebe geführt werden (Art. 3 PaRG) oder sie können spezielle Raucheräume einrichten (Art. 2 Abs. 2 PaRG). In beiden Fällen müssen die dort arbeitenden Personen ihre Zustimmung dafür im Arbeitsvertrag geben

(Art. 2 Abs. 2 Satz 2 und 3 bzw. Art. 3 lit. c PaRG). Nach Art. 4 PaRG können die Kantone strengere Vorschriften zum Schutz der Gesundheit erlassen (BGE 139 I 242 E. 2.1 i.f.).

Der Kanton Basel-Stadt hat in Bezug auf Restaurationsbetriebe zwei Verschärfungen vorgenommen: Nach § 34 des Gesetzes vom 15. September 2004 über das Gastgewerbe (GGG; SGBS 563.100) ist in öffentlich zugänglichen Räumen das Rauchen verboten und sind zum Zweck des Rauchens eigens abgetrennte, unbediente und mit eigener Lüftung versehene Räume (sog. Fumoirs) vom Raucherverbot ausgenommen. § 16 der Verordnung vom 12. Juli 2005 zum Gastgewerbegesetz (V-GGG; SGBS 563.110) regelt, was als öffentlich zugänglich zu gelten hat. Insofern sind nach der basel-städtischen Regelung Raucherbetriebe nicht zulässig und dürfen nur unbediente Fumoirs bestehen. Das Bundesgericht hat die beiden Regelungen in BGE 139 I 242 (E. 3 und 5) in Bezug auf die kantonale Kompetenz zum Erlass von Gesundheits- und Arbeitnehmerschutz-Vorschriften und in Bezug auf die Rechtsgleichheit und das Diskriminierungsverbot als mit dem Bundesrecht vereinbar erklärt.

2.4 Der Beschwerdeführer führt einen Restaurationsbetrieb als Raucherbetrieb (vgl. Art. 105 Abs. 1 BGG). Dies ist nach dem bundesverfassungsgemässen § 34 GGG unzulässig. Dies trifft auch bei Vereinen zu, deren Zweck in der Umgehung des Gesetzes darin besteht, bei Restaurationsbetrieben trotz allgemeinem Rauchverbot Tabak konsumieren zu können (vgl. BGE 139 I 242 E. 4).

2.5 Nach Art. 106 Abs. 2 BGG prüft das Bundesgericht die Verletzung von kantonalem Recht nur insofern, als eine solche Rüge in der Beschwerde vorgebracht und begründet worden ist. In der Beschwerde ist klar und detailliert anhand der Erwägungen des angefochtenen Entscheids darzulegen, inwiefern verfassungsmässige Rechte verletzt worden sein sollen (BGE 134 I 83 E. 3.2 S. 88). Dies unterlässt der Beschwerdeführer – zwar wortreich – in Bezug auf die Frage, inwiefern die von der Vorinstanz verfügte Gerichtsgebühr willkürlich sein soll.

(...)

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Beschwerde wird abgewiesen.

Tribunal fédéral, Arrêt du 28 janvier 2014, Doss.-No 4A_477/2013 (Rejet du recours en matière civile interjeté contre l'arrêt de la Cour civile du Tribunal cantonal du canton de Neuchâtel du 22 août 2013)

Montant du salaire, art. 322 CO. Le simple fait qu'une employée ait reçu pendant presque quatre ans un salaire inférieur à celui convenu entre les parties n'implique en soi aucune acceptation tacite du tarif réduit. En effet, il n'est pas rare qu'un employé, durant le rapport de travail, répugne à faire valoir l'intégralité de ses prétentions par

crainte de perdre son poste. Qu'un travailleur ne fasse pas valoir sa prétention durant le rapport de travail ne permet pas de déduire que cette prétention n'existe pas (c. 2.3).

Art. 17b LTr. Le salaire minimum fixé par la CCTsanté21 (Neuchâtel) ne tient pas compte des désavantages liés à une activité régulière de nuit. En effet, le salaire minimum prévu par la grille salariale de cette convention s'applique au travail «habituel», c'est-à-dire à l'activité de jour. Cela étant, on ne saurait considérer que le salaire convenu entre les parties est présumé déjà tenir compte des désavantages entraînés par le travail de nuit (c. 2.4).

Extraits des faits:

Par contrat de travail conclu le 13 décembre 2006, Z. a été engagée, en qualité de veilleuse dès le 20 novembre 2006 (pour six veilles par mois), par X. SA. Son salaire horaire de base a été fixé à 17 fr. 72, avec en sus 4.78% pour les jours fériés, 8.33% pour les vacances, ainsi que 8.33% pour le 13e salaire. Une indemnité de 10 fr. pour chaque veille avait en outre été prévue. Le contrat de travail de l'employée est complété par les «Conditions générales de travail pour le personnel et Directives d'application» (ci-après: les conditions générales). L'art. 5.1.2 des conditions générales prévoit que «le salaire de base minimum est fixé par la Convention d'Etat (CCT21)» (applicable dès le 1^{er} janvier 2007). Selon la CCT21, le salaire de base minimum pour la classe 2 échelon 1 (correspondant à la fonction de l'employée) était de 20 fr. 70 de l'heure pour 2007, 20 fr. 80 pour 2008, 21 fr. 40 pour 2009 et 21 fr. 25 pour 2010. L'employée a donné son congé pour le 31 août 2010.

L'employée a saisi le Tribunal civil du Littoral et du Val-de-Travers, le 14 juin 2012, d'une demande dirigée contre son ex-employeuse concluant au paiement de 20 668 fr. 50 (pour la période du 1^{er} janvier 2007 au 31 août 2010), prétention réduite à 19 598 fr. 70 lors de l'audience du 13 décembre 2012. Après avoir admis sa compétence, par décision incidente du 28 septembre 2012, le Tribunal civil, par jugement du 5 février 2013, a donné raison à l'employée, condamnant la défenderesse à payer à celle-ci la somme de 19 231 fr. 69, avec intérêts. La Cour d'appel civile du Tribunal cantonal neuchâtelois, par arrêt du 22 août 2013, a admis très partiellement l'appel de la défenderesse et, statuant à nouveau, condamné celle-ci à verser à la demanderesse la somme de 18 900 fr. 90 brut.

L'employeuse exerce un recours en matière civile au Tribunal fédéral contre l'arrêt cantonal neuchâtelois.

Extraits des considérants:

1.

1.1 Interjeté par la partie qui a succombé dans ses conclusions libératoires (art. 76 al. 1 LTF) et dirigé contre un arrêt final (art. 90 LTF) rendu en matière civile (art. 72 al. 1 LTF) par un tribunal supérieur statuant sur

recours en dernière instance cantonale (art. 75 LTF) dans une affaire pécuniaire en matière de droit du travail dont la valeur litigieuse atteint le seuil de 15 000 fr. (art. 74 al. 1 let. a LTF), le recours est en principe recevable puisqu'il a été déposé dans le délai (art. 48 al. 1 et 100 LTF) et la forme (art. 42 LTF) prévus par la loi.

1.2 Le recours en matière civile peut être interjeté pour violation du droit, tel qu'il est délimité par les art. 95 et 96 LTF. Il peut donc également être formé pour violation d'un droit constitutionnel (ATF 136 I 241 consid. 2.1 p. 247; 136 II 304 consid. 2.4 p. 313).

1.3 Par exception à la règle selon laquelle il applique le droit d'office, le Tribunal fédéral ne peut entrer en matière sur la violation d'un droit constitutionnel ou sur une question relevant du droit cantonal ou intercantonal que si le grief a été invoqué et motivé de manière précise par la partie recourante (art. 106 al. 2 LTF).

1.4 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 – ce qui correspond à la notion d'arbitraire (ATF 136 II 304 consid. 2.4 p. 314; 135 III 127 consid. 1.5 p. 130) – ou en violation du droit au sens de l'art. 95 LTF (art. 105 al. 2 LTF).

Il incombe à la partie recourante, qui entend s'écarter des constatations de l'autorité précédente, d'expliquer de manière circonstanciée en quoi les conditions d'une exception prévue par l'art. 105 al. 2 LTF seraient réalisées, faute de quoi il n'est pas possible de tenir compte d'un état de fait qui diverge de celui contenu dans la décision attaquée (ATF 133 IV 286 consid. 1.4 p. 287 s. et consid. 6.2 p. 288). Une rectification de l'état de fait ne peut être demandée que si elle est de nature à influencer sur le sort de la cause (art. 97 al. 1 LTF).

2.

2.1 La recourante invoque une constatation inexacte des faits, soit un établissement arbitraire (art. 9 Cst.).

Dans ses diverses observations, la recourante ne conteste pas le point de fait pertinent en l'espèce, soit la constatation selon laquelle l'art. 5.1.2 des conditions générales dispose expressément que «le salaire de base minimum est fixé par la Convention d'Etat (CCT21)». Les arguments qu'elle présente, dans une autre perspective, en lien avec l'arrêt 2C_728/2011 et le point 2.1 des conditions générales ne sont pas propres à influencer sur le sort de la cause (cf. supra consid. 1.4).

La seule critique soulevée, sous le couvert de l'établissement arbitraire des faits, en rapport avec l'art. 5.1.2 des conditions générales vise en réalité l'interprétation qu'en a effectuée la cour cantonale (cf. infra consid. 2.3).

Enfin, affirmer qu'une constatation cantonale ne «se fonde sur aucun élément au dossier» ou qu'une cause parallèle (mentionnée par la cour précédente) «n'est pas identique à celle qui occupe la présente procédure»

n'équivait pas à une démonstration respectant les exigences tirées des art. 105 al. 2 et 106 al. 2 LTF.

2.2 Revenant sur l'interprétation du contrat, la recourante laisse entendre que c'est en violant le droit fédéral que la cour cantonale est arrivée à la conclusion que la volonté réelle des parties ne pouvait pas être établie.

Déterminer la commune et réelle intention des parties (interprétation subjective) est une question de fait (ATF 135 III 410 consid. 3.2 p. 412 s.). La recourante ne prétend toutefois pas que c'est en écartant certains faits de manière arbitraire (art. 9 Cst.) que l'autorité précédente n'a pas pu établir la volonté réelle des parties. La critique soulevée dans ce contexte est donc irrecevable (cf. supra consid. 1.4).

2.3 Revenant à la charge sous l'angle de l'application du principe de la confiance (interprétation objective), la recourante reproche à la cour cantonale d'avoir ignoré le comportement de l'intimée depuis le moment de la conclusion du contrat jusqu'à celui de la résiliation des rapports de travail.

S'il est possible de prendre en compte les circonstances postérieures à la conclusion du contrat d'assurance pour établir la volonté subjective des parties (ATF 118 II 365 consid. 1 p. 366 et les références), les circonstances déterminantes, sur la base desquelles le juge doit rechercher la volonté objective des parties, sont celles qui ont précédé ou accompagné la manifestation de volonté (ATF 131 III 377 consid. 4.2. p. 382 et l'arrêt cité), à l'exclusion des événements postérieurs (arrêt 4C.321/2005 du 27 février 2006 consid. 3.1). La critique présentée par la recourante est dès lors sans consistance.

S'agissant de l'argument fondé sur une acceptation tacite de l'employée (cf. art. 6 CO), il est dénué de toute pertinence. L'acceptation à laquelle il est fait référence dans cette disposition présuppose l'existence d'une offre reconnaissable émanant de l'autre partie, soit en l'espèce de l'employeuse (arrêt 4A_443/2010 du 26 novembre 2010 consid. 10.1.4 et les références). Tel n'est pas le cas en l'espèce. Dans le contrat daté de décembre 2006, les parties sont convenues de se référer, dès le 1^{er} janvier 2007, aux grilles salariales de la CCT21. L'employeuse s'est écartée du salaire minimal prévu par la convention et a continué à appliquer le tarif initial (versé en 2006) sans donner la moindre information à l'employée.

Le simple fait que l'employée ait reçu pendant presque quatre ans un salaire inférieur à celui convenu entre les parties n'implique en soi, contrairement à ce que pense la recourante, aucune acceptation tacite du tarif réduit. En effet, il n'est pas rare qu'un employé, durant le rapport de travail, répugne à faire valoir l'intégralité de ses prétentions par crainte de perdre son poste. Il a été jugé que le simple écoulement du temps pendant le délai de prescription ne peut être interprété ni comme une renonciation à la prétention, ni comme son exercice abusif (ATF 110 II 273 consid. 2 p. 274 s.). Qu'un travailleur ne fasse pas valoir sa prétention durant le rapport de tra-

vail ne permet pas de déduire, pour les mêmes raisons, que cette prétention n'existe pas (arrêt 4A_452/2012 du 3 décembre 2012 consid. 2.3).

Quant à la critique émise par la recourante en rapport avec l'art. 5.1.2 des conditions générales qui, selon elle, ne concerne que le personnel soignant rémunéré mensuellement (l'employée n'étant donc pas concernée par cette disposition), elle ne convainc pas. Comme l'a démontré la cour cantonale (cf. arrêt entrepris consid. 6 p. 8 s.), il résulte de la construction de l'art. 5.1 des conditions générales que l'art. 5.1.2 vise «tout employé de la société quelle que soit sa fonction dans l'entreprise», le personnel rémunéré mensuellement n'étant visé spécialement qu'à partir de l'art. 5.1.4. Pour défendre sa thèse, la recourante fournit une interprétation qui ne trouve appui qu'en partie sur les constatations cantonales relatives à la formulation et au contenu de l'art. 5.1.2, ce qui n'est pas admissible (cf. ATF 135 III 410 consid. 3.2 p. 413).

Cela étant, l'interprétation du contrat entreprise par la cour cantonale ne prête pas le flanc à la critique. Il n'importe ici de connaître la volonté intime de l'employeuse, le principe de la confiance permettant précisément d'imputer à celle-ci le sens objectif de sa déclaration (cf. ATF 135 III 410 consid. 3.2 p. 413). Il est en l'espèce établi que les conditions générales contiennent un renvoi à la CCT21 et que l'employeuse n'a pas apporté de modification à ses conditions générales au 1^{er} janvier 2007. Même à admettre qu'un doute subsisterait quant au résultat de l'interprétation objective du contrat, la conclusion ne serait pas différente, l'interprétation des conditions générales devant alors se faire en défaveur de leur rédactrice (ATF 124 III 155 consid. 1b p. 158).

Le moyen tiré de la transgression des art. 6 et 18 CO est infondé.

2.4 La recourante estime que c'est en violant le droit fédéral que la cour cantonale a considéré qu'il convenait d'ajouter au salaire convenu entre les parties un supplément destiné à compenser les désavantages entraînés par le travail de nuit (cf. art. 17b al. 2 Ltr).

Dans son raisonnement juridique, la recourante se fonde sur divers points de fait qu'elle ajoute à l'état de fait dressé par la cour cantonale. Elle n'indique toutefois pas en quoi celui-ci serait arbitraire et il n'y a pas lieu de s'écarter des constatations contenues dans l'arrêt entrepris (cf. supra consid. 1.4).

Selon les constatations cantonales, le salaire minimum fixé par la CCT21 ne tient pas compte des désavantages liés à une activité régulière de nuit. En effet, le salaire minimum prévu par la grille salariale de cette convention s'applique au travail «habituel», c'est-à-dire à l'activité de jour (arrêt entrepris consid. 4 p. 7 s.).

Cela étant, on ne saurait considérer que le salaire convenu entre les parties, dès le 1^{er} janvier 2007, est présumé déjà tenir compte des désavantages entraînés par le travail de nuit (cf. a contrario arrêt 4A_268/2012 du 11 septembre 2012 consid. 8.1 publié in JdT 2013 II 2000).

C'est donc à bon droit que la cour cantonale, partant du tarif fixé dans la CCT21, a accordé à l'intimée, de janvier 2007 à août 2010, une somme supplémentaire pour le travail de nuit. L'autorité précédente a déduit de ce montant, pour la même période, l'indemnité de 10 fr. initialement prévue par les parties (cf. let. A), de sorte que son raisonnement est exempt de toute contradiction.

Le grief doit être déclaré mal fondé.

2.5 S'agissant enfin du calcul du montant revenant à l'employée, la recourante reproche à l'autorité cantonale d'avoir établi les faits de façon inexacte.

Elle présente ses propres calculs en laissant entendre que les magistrats précédents ont commis de nombreuses erreurs. Elle ne fournit toutefois aucune motivation circonstanciée permettant de comprendre en quoi l'autorité cantonale aurait sombré dans l'arbitraire (sur l'exigence cf. supra consid. 1.3 et 1.4). Il n'y a donc pas lieu d'entrer en matière sur cette critique.

Bundesgericht, Urteil vom 10. Februar 2014, Doss.-Nr. 2C_379/2013 und 2C_419/2013 (Aufhebung des Urteils des Verwaltungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 12. März 2013)

Sonntagsarbeit. Das von der Genossenschaft Migros Zürich in Rapperswil betriebene Detailhandelsgeschäft M-Express liegt zwar am Rand des Altstadtperimeters und damit in einem Ausflugsort. Um vom Verbot der Sonntagsarbeit abweichen zu dürfen, muss aber hinzukommen, dass der Fremdenverkehr an diesem Ort von wesentlicher Bedeutung ist und erheblichen saisonmässigen Schwankungen unterliegt (Art. 25 Abs. 2 ArGV 2). Die aus dem Jahr 2001 verfügbaren tourismuswirtschaftlichen Zahlen weisen nicht auf eine wesentliche Bedeutung des Fremdenverkehrs hin (7.8% Anteil des Tourismus an der Gesamtbeschäftigung der Gemeinde Rapperswil). Da sich gestützt auf die Aktenlage nicht abschliessend beurteilen lässt, ob der M-Express in einem Fremdenverkehrsgebiet nach Art. 25 Abs. 2 ArGV 2 liegt und ob erhebliche saisonmässige Schwankungen feststellbar sind, ist die Sache zur ergänzenden Abklärung an die Vorinstanz zurückzuweisen (E. 5.2.1, 5.2.2, 5.2.3, 6.1).

Sachverhalt:

Die Genossenschaft Migros Zürich betreibt im Altstadtperimeter von Rapperswil in der Nähe des Bahnhofs (Untere Bahnhofstrasse 19) ein Detailhandelsgeschäft als M-Express-Filiale (nachfolgend: M-Express), deren Grundfläche 387 m² beträgt und deren Sortiment rund 4800 Arti-

kel umfasst. Der M-Express war seit dem Jahr 1997 an Sonntagen jeweils von 10.00 Uhr bis 17.00 Uhr geöffnet.

Mit Verfügung vom 24. März 2011 stellte das Amt für Wirtschaft des Kantons St. Gallen fest, es handle sich beim M-Express, Untere Bahnhofstrasse 19, Rapperswil-Jona, nicht um einen Betrieb für Reisende gemäss Art. 26 der Verordnung 2 vom 10. Mai 2000 zum Arbeitsgesetz (ArGV 2; SR 822.112) (Ziff. 1 der Verfügung). Es handle sich um einen Betrieb in einem Fremdenverkehrsgebiet nach Art. 25 ArGV 2. Der Genossenschaft Migros Zürich werde gestattet, im M-Express während der Saison Sonntagsarbeit verrichten zu lassen. Für die Saison sei der Sommerfahrplan der Zürichsee Schifffahrtsgesellschaft (nachfolgend: ZSG-Sommerfahrplan) massgebend. Im Jahr 2011 daure die Saison vom 3. April bis 23. Oktober (Ziff. 2). Dagegen erhoben die Genossenschaft Migros Zürich und die Gewerkschaft UNIA Rekurs bei der Verwaltungsrekurskommission des Kantons St. Gallen. Am 16. Dezember 2011 wies die Verwaltungsrekurskommission den Rekurs der Genossenschaft Migros Zürich ab und hob – in Gutheissung des Rekurses der Gewerkschaft UNIA – die Feststellungen und Anordnungen zu Art. 25 ArGV 2 auf. Die anschliessende Beschwerde der Genossenschaft Migros Zürich hiess das Verwaltungsgericht des Kantons St. Gallen am 12. März 2013 teilweise gut und stellte fest, dass es sich beim M-Express, Untere Bahnhofstrasse 19, Rapperswil, um einen Betrieb in einem Fremdenverkehrsgebiet nach Art. 25 ArGV 2 handle. Der Genossenschaft Migros Zürich werde gestattet, während der Saison im M-Express bewilligungsfrei Sonntagsarbeit verrichten zu lassen. Die Saison bestimme sich nach dem ZSG-Sommerfahrplan. Vor Bundesgericht beantragt die Genossenschaft Migros Zürich im Verfahren 2C_379/2013, das Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 12. März 2013 insoweit aufzuheben, als die bewilligungsfreie Sonntagsarbeit auf die Saison beschränkt und diese nach dem ZSG-Sommerfahrplan bestimmt werde, und festzustellen, dass im M-Express während des ganzen Jahres bewilligungsfrei Sonntagsarbeit zulässig sei, eventuell die Saison auf die Dauer des ganzen Jahres festzulegen, subeventuell die Sache zur Festlegung der Dauer der Saison an die Vorinstanz zurückzuweisen. Die Gewerkschaft UNIA und das Verwaltungsgericht des Kantons St. Gallen beantragen die Abweisung der Beschwerde. Weiter beantragt die Gewerkschaft UNIA die Vereinigung mit dem Verfahren 2C_419/2013. Das Volkswirtschaftsdepartement des Kantons St. Gallen verzichtet auf eine Vernehmlassung. Das Eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung (WBF) reicht eine Stellungnahme des Staatssekretariats für Wirtschaft (SECO) ein und verzichtet auf das Stellen von Anträgen. Am 21. Oktober 2013 hat die Genossenschaft Migros Zürich eine Replik eingereicht. Vor Bundesgericht beantragt die Gewerkschaft UNIA im Verfahren 2C_419/2013, das Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 12. März 2013 aufzuheben, den Entscheid der Verwaltungsrekurskommission vom 16. April 2012 (recte:

16. Dezember 2011) zu bestätigen und damit das Feststellungsbegehren der Genossenschaft Migros Zürich betreffend die bewilligungsfreie Sonntagsarbeit im M-Express abzuweisen. Die Genossenschaft Migros Zürich und das Verwaltungsgericht des Kantons St. Gallen beantragen die Abweisung der Beschwerde. Weiter beantragt die Genossenschaft Migros Zürich die Vereinigung mit dem Verfahren 2C_379/2013. Das Volkswirtschaftsdepartement des Kantons St. Gallen verzichtet auf eine Vernehmlassung. Das WBF reicht eine Stellungnahme des SECO ein und verzichtet auf das Stellen von Anträgen. Am 21. Oktober 2013 hat die Gewerkschaft UNIA eine Replik eingereicht. Am 19. August 2013 hat der Abteilungspräsident das Gesuch der Genossenschaft Migros Zürich um vorsorgliche Massnahmen im Verfahren 2C_379/2013 abgewiesen.

Aus den Erwägungen:

1.

1.1 Die beiden Beschwerden in den Verfahren 2C_379/2013 und 2C_419/2013 betreffen dasselbe kantonale Urteil, welches für alle Beteiligten auf einem übereinstimmenden Sachverhalt beruht und dieselbe Rechtsache betrifft. Es rechtfertigt sich deshalb, die genannten Verfahren zu vereinigen und in einem einzigen Urteil zu erledigen (Art. 71 BGG i.V.m. Art. 24 BZP [SR 273]; BGE 131 V 59 E. 1 S. 60 f.).

(...)

3.

3.1 Vorab ist die Rüge der Verletzung des rechtlichen Gehörs (Art. 29 Abs. 2 BV) zu prüfen. Der verfassungsrechtliche Anspruch auf rechtliches Gehör umfasst das Recht des Betroffenen, dass die Behörde seine Vorbringen tatsächlich hört, ernsthaft prüft und in ihrer Entscheidungsfindung angemessen berücksichtigt (BGE 136 I 184 E. 2.2.1 S. 188 mit Hinweis). Die Begründung muss so abgefasst sein, dass der Betroffene den Entscheid gegebenenfalls sachgerecht anfechten kann. Sie muss kurz die wesentlichen Überlegungen nennen, von denen sich die Behörde hat leiten lassen und auf die sie ihren Entscheid stützt. Nicht erforderlich ist, dass sich die Begründung mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzt und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegt (BGE 133 III 439 E. 3.3. S. 445 mit Hinweisen).

3.2 Die Genossenschaft Migros Zürich bringt vor, die Vorinstanz habe sich nicht substantiiert mit den Rügen betreffend die Saisonalität auseinandergesetzt, sondern kurzerhand aus den saisonalen Schwankungen geschlossen, in Rapperswil könne von vornherein nicht während des ganzen Jahres Saison herrschen. Zudem sei die Vorinstanz der Ansicht, in Rapperswil sei der Fremdenverkehr nur während der warmen Jahreszeit beachtlich. Wesentliche tatsächliche Umstände würden damit ausser Acht gelassen. Bei genauem Hinsehen liegt darin jedoch keine Verletzung des rechtlichen Gehörs, sondern eine abweichende Würdigung der tatsächli-

chen und rechtlichen Verhältnisse. Die Vorbringen der Genossenschaft Migros Zürich zeigen, dass sie durchaus in der Lage war, das Urteil der Vorinstanz sachgerecht anzufechten.

4.

4.1 Art. 18 ArG statuiert für die dem Gesetz unterstellten Betriebe das Verbot der Sonntagsarbeit. Ausnahmen sind möglich, aber grundsätzlich bewilligungsbedürftig (Art. 19 Abs. 1 ArG). Abgesehen davon können nach Art. 27 Abs. 1 ArG bestimmte Gruppen von Betrieben oder Arbeitnehmern durch Verordnung ganz oder teilweise von gewissen gesetzlichen Arbeits- und Ruhezeitvorschriften ausgenommen und entsprechenden Sonderbestimmungen unterstellt werden, soweit dies mit Rücksicht auf ihre besonderen Verhältnisse notwendig ist (BGE 139 II 529 E. 3.1 S. 531, 49 E. 4 S. 51 f. ; 134 II 265 E. 4.1 S. 266 f.). Solche Sonderbestimmungen können gemäss Art. 27 Abs. 2 lit. c ArG insbesondere für Betriebe erlassen werden, die den Bedürfnissen des Fremdenverkehrs dienen («les entreprises qui satisfont aux besoins du tourisme»; «le aziende che servono il turismo»).

Der Gesetzgeber hat dem Ordnungsgeber einen sehr weiten Ermessensspielraum eingeräumt und ihn flankierend verpflichtet, vorgängig die Kantone, die Eidgenössische Arbeitskommission und die zuständigen Organisationen der Wirtschaft anzuhören (Art. 40 Abs. 2 ArG). Dieser Spielraum ist für das Bundesgericht verbindlich (Art. 190 BV). Es darf in diesem Fall bei der Überprüfung der Verordnung nicht sein eigenes Ermessen an die Stelle desjenigen des Bundesrates setzen, sondern es beschränkt sich auf die Prüfung, ob die Verordnung den Rahmen der dem Bundesrat im Gesetz delegierten Kompetenzen offensichtlich sprengt oder aus anderen Gründen gesetz- oder verfassungswidrig ist (BGE 136 II 337 E. 5.1 S. 348 f.; Urteil 2C_1174/2012 vom 16. August 2013 E. 1.7; je mit Hinweisen).

4.2 Die Verordnung 2 zum Arbeitsgesetz regelt die Sonderbestimmungen (Art. 3 ff. ArGV 2) sowie die unterstellten Betriebsarten und Arbeitnehmer (Art. 15 ff. ArGV 2). Zu diesen Sonderbestimmungen zählt unter anderem die bewilligungsfreie (ganze oder teilweise) Sonntagsarbeit (Art. 4 Abs. 2 ArGV 2). Die genannte Bestimmung ist gemäss Art. 25 Abs. 1 ArGV 2 während der Saison anwendbar auf Betriebe in Fremdenverkehrsgebieten, die der Befriedigung spezifischer Bedürfnisse der Touristen dienen, und auf die in ihnen mit der Bedienung der Kundschaft beschäftigten Arbeitnehmer. Betriebe in Fremdenverkehrsgebieten sind Betriebe in Kur-, Sport-, Ausflugs- und Erholungsorten, in denen der Fremdenverkehr von wesentlicher Bedeutung ist und erheblichen saisonmässigen Schwankungen unterliegt (Art. 25 Abs. 2 ArGV 2).

4.3.

4.3.1 Die Ausrichtung auf Fremdenverkehrsgebiete erklärt sich durch die Entstehungsgeschichte von Art. 27 Abs. 2 lit. c ArG. Die Ausnahmebestimmung war bei ihrem Erlass in erster Linie auf Ladengeschäfte ausge-

richtet, die in klassischen Fremdenverkehrsgebieten lagen, in denen das Hotelgewerbe einen wesentlichen Teil der Existenzgrundlage der Bevölkerung bildete und in denen Fremdenverkehr zudem einen typischen Saisoncharakter aufwies (Botschaft vom 30. September 1960 zum Arbeitsgesetz, BBl 1960 II 909, 983; Erläuternder Bericht des SECO vom November 2013 zur Änderung von Art. 25 ArGV 2, abrufbar unter www.seco.admin.ch, S. 2). Während auf Verordnungsstufe bis am 31. Juli 2000 auf die damalige Gesetzgebung zur Förderung des Hotel- und Kurortkredits verwiesen wurde (Art. 41 Abs. 2 aArGV 2 [AS 1966 119]), enthält Art. 25 Abs. 2 ArGV 2 heute eine eigenständige Umschreibung des Begriffs «Fremdenverkehrsgebiet».

Soweit sich die Ausrichtung auf klassische Fremdenverkehrsgebiete bis heute in der Definition nach Art. 25 Abs. 2 ArGV 2 widerspiegelt, orientiert sich die Norm am Gesetzeszweck von Art. 27 Abs. 2 lit. c ArG. Die damit einhergehenden systemimmanenten Ungleichbehandlungen zwischen Betrieben innerhalb und ausserhalb von Fremdenverkehrsgebieten hat der Gesetzgeber in Kauf genommen. Das Bundesgericht sah sich denn auch nie veranlasst, die Gesetzeskonformität von Art. 25 ArGV 2 infrage zu stellen (Urteile 2C_10/2013 vom 10. Januar 2014 E. 2.1, zur Publikation vorgesehen; 2A.704/2005 vom 4. April 2006 E. 3.3; 2A.166/2003 vom 7. August 2003 E. 2.2; 2A.578/2000 vom 24. August 2001 E. 3; vgl. ferner BGE 125 I 431 E. 4e/aa S. 439).

4.3.2 Art. 25 Abs. 2 ArGV 2 umschreibt den Begriff «Betriebe in Fremdenverkehrsgebieten» als Betriebe in Kur-, Sport-, Ausflugs- und Erholungsorten, in denen der Fremdenverkehr von wesentlicher Bedeutung ist und erheblichen saisonmässigen Schwankungen unterliegt. Entscheidend ist damit die Lage des Betriebs in einem bestimmten «Ort», der sich durch drei Merkmale auszeichnet: Es handelt sich erstens um einen Ort, an dem ein Angebot an Kuren, Sportaktivitäten oder Erholungsaufenthalten besteht oder der ein Ausflugsziel darstellt. Zweitens spielt der Fremdenverkehr dort eine wesentliche Bedeutung und unterliegt drittens erheblichen saisonmässigen Schwankungen (Urteile 2C_10/2013 vom 10. Januar 2014 E. 2.2.1, zur Publikation vorgesehen; 2A.704/2005 vom 4. April 2006 E. 3.3.1).

4.3.3 Der Ortsbegriff des Art. 25 Abs. 2 ArGV 2 ist nach konstanter bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht derart eng zu verstehen, dass er sich einzig auf isolierte Tourismussiedlungen in abgelegenen Gebieten bezöge, sondern zeichnet sich primär durch das touristische Angebot aus (Urteile 2C_10/2013 vom 10. Januar 2014 E. 2.2.1, zur Publikation vorgesehen; 2A.578/2000 vom 24. August 2001 E. 4a). Das Vorliegen eines solchen Ortes darf jedoch nicht allzu leicht bejaht werden. Das Beherbergungsangebot (Hotel und Parahotellerie), das Vorhandensein von Sport- und Erholungseinrichtungen sowie weitere objektive Kriterien spielen eine entscheidende Rolle.

Nach dem Gesagten ist der Ortsbegriff des Art. 25 Abs. 2 ArGV 2 durch die Lage und die Konzentration des touristischen Angebots und der touristischen Infrastruktur gekennzeichnet und begrenzt. Nicht massgeblich ist, ob es sich um eine ganze Ortschaft oder Stadt oder um einen Stadtteil handelt. Ebenso wenig deckt sich der Ortsbegriff notwendigerweise mit dem Gebiet einer bestimmten politischen Gemeinde. Es ist – zumindest theoretisch – nicht ausgeschlossen, dass es sich um ein mehrere Ortschaften umfassendes Gebiet handeln kann (z.B. ein Skigebiet). Entscheidend ist in jedem Fall, dass der Ortsbegriff des Art. 25 Abs. 2 ArGV 2 durch das touristische Angebot und die touristischen Anlagen örtlich klar begrenzt und damit auf die lokale Ebene ausgerichtet bleibt (vgl. zum Ganzen Urteil 2C_10/2013 vom 10. Januar 2014 E. 2.2.1 und E. 5.1, zur Publikation vorgesehen).

4.3.4 Es ist diese Ausrichtung auf die lokale Ebene, welche die Umschreibung des Fremdenverkehrsgebiets in Art. 25 Abs. 2 ArGV 2 von derjenigen in der Gesetzgebung zur Förderung der Beherbergungswirtschaft unterscheidet (Art. 5 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 20. Juni 2003 über die Förderung der Beherbergungswirtschaft [SR 935.12] sowie Art. 2 und Anhang der Verordnung vom 26. November 2003 zum Bundesgesetz über die Förderung der Beherbergungswirtschaft [SR 935.121]). Letztere erfasst bereits nach dem Wortlaut «Gebiete und Ortschaften», folgt also einem regionalen Ansatz, der keine so scharfen örtlichen Grenzen aufweist wie Art. 25 Abs. 2 ArGV 2 (Urteil 2C_10/2013 vom 10. Januar 2014 E. 5.1, zur Publikation vorgesehen). Es werden denn auch ganze Kantone wie Graubünden oder Wallis als Fremdenverkehrsgebiete nach der Gesetzgebung zur Förderung der Beherbergungswirtschaft qualifiziert, was bei Art. 25 Abs. 2 ArGV 2 ausgeschlossen ist.

Dies ist Ausdruck des unterschiedlichen Regelungszusammenhangs: Bei regional-sektoraler Strukturpolitik kann sich eine weite Umschreibung gegebenenfalls rechtfertigen, während diese Offenheit im Kontext des öffentlichen Arbeitsrechts Gefahr liefe, dem Arbeitnehmerschutz zuwiderzulaufen (Urteil 2C_10/2013 vom 10. Januar 2014 E. 5.1, zur Publikation vorgesehen). Ausnahmen vom Verbot der Sonntagsarbeit sind im Interesse eines wirksamen Arbeitnehmerschutzes nach konstanter Rechtsprechung eng auszulegen (Art. 110 Abs. 1 lit. a BV; Art. 18 und 27 Abs. 1 ArG; BGE 136 II 427 E. 3.2 S. 431 mit Hinweisen; 134 II 265 E. 5.5 S. 270 f.; 126 II 106 E. 5a S. 109 f.; vgl. ferner zum Zweck des Verbots der Sonntagsarbeit BGE 116 Ib 270 E. 4a S. 274 f.).

4.3.5 Liegt der Betrieb in einem Kur-, Sport-, Ausflugs- oder Erholungsort nach Art. 25 Abs. 2 ArGV 2, ist weiter zu klären, ob der Fremdenverkehr dort von wesentlicher Bedeutung ist und erheblichen saisonmässigen Schwankungen unterliegt (vgl. zu Letzterem auch unten E. 4.5). Dabei können tourismuswirtschaftliche Zahlen berücksichtigt werden, soweit sie Aufschlüsse über den nach Art. 25 Abs. 2 ArGV 2 massgeblichen Ort zulassen. Diese statistischen Daten können sich namentlich auf das Be-

herbergungsangebot (Hotel und Parahotellerie) und die Übernachtungen sowie den Anteil des Tourismus an der Gesamtbeschäftigung beziehen (Urteil 2C_10/2013 vom 10. Januar 2014 E. 5.1, zur Publikation vorgesehen).

Das Bundesgericht hat es abgelehnt, die «wesentliche Bedeutung» des Fremdenverkehrs von starren quantitativen Schwellenwerten abhängig zu machen. Vielmehr ist auch die Umschreibung des Ortsbegriffs im konkreten Fall zu berücksichtigen. Mit Bezug auf die Gemeinde Murten (mehr als 6000 Einwohner) hat es das Bundesgericht jüngst als sehr zweifelhaft («très douteux») bezeichnet, ob die touristischen Aktivitäten mehr als die Hälfte aller wirtschaftlichen Aktivitäten ausmachen müssen (Urteil 2C_10/2013 vom 10. Januar 2014 E. 5.2, zur Publikation vorgesehen).

4.4

4.4.1 Liegt ein Betrieb innerhalb eines Fremdenverkehrsgebiets im Sinne von Art. 25 Abs. 2 ArGV 2, bleibt zu prüfen, ob der Betrieb «der Befriedigung spezifischer Bedürfnisse der Touristen» dient (Art. 25 Abs. 1 ArGV 2). Darunter fallen jene Betriebe, die tatsächlich den Bedürfnissen des Fremdenverkehrs dienen. Diese Betriebe sind regelmässig in besonderer Weise von saisonmässigen Schwankungen im Tourismus betroffen. Nicht dazu zählen jene Betriebe, die in erster Linie oder gar ausschliesslich die Bedürfnisse der einheimischen Bevölkerung befriedigen (Urteil 2A.578/2000 vom 24. August 2001 E. 5c mit Hinweis).

4.4.2 Dabei können die «spezifischen Bedürfnisse der Touristen» nicht derart weit gefasst werden, dass das blossе Einkaufserlebnis («Einkaufstourismus») darunter fällt. Ansonsten würde das Kriterium weitgehend leerlaufen (vgl. BGE 126 II 106 E. 5a S. 109 f.). Dagegen wäre es verfehlt, die touristischen Bedürfnisse auf diejenigen Bedürfnisse beschränken zu wollen, die einzig und allein den Touristen eigen sind (z.B. Souvenirartikel, Reiseführer). Vielmehr können nach konstanter bundesgerichtlicher Praxis auch Grundbedürfnisse des Menschen dazu zählen (z.B. Lebensmittel oder Hygieneprodukte; BGE 126 II 106 E. 4 S. 109; Urteile 2C_10/2013 vom 10. Januar 2014 E. 2.3, zur Publikation vorgesehen; 2A.578/2000 vom 24. August 2001 E. 5; 2A.612/1999 vom 30. Juni 2000 E. 5a).

4.4.3 Zur Abklärung, ob das Kriterium erfüllt ist, können neben dem Anteil der Touristen an der Kundschaft des betreffenden Betriebes auch Indizien wie namentlich die Umsatzentwicklung, der Gesamteindruck des angebotenen Sortiments und der übrige Marktauftritt angemessen Beachtung finden (vgl. z.B. Urteile 2C_10/2013 vom 10. Januar 2014 E. 5.2, zur Publikation vorgesehen; 2A.578/2000 vom 24. August 2001 E. 6; 2A.612/1999 vom 30. Juni 2000 E. 5b). Weiter ist es in diesem Rahmen ebenfalls wichtig zu prüfen, inwiefern die Bedürfnisse der Touristen anderweitig abgedeckt werden (Urteil 2C_10/2013 vom 10. Januar 2014 E. 2.3, zur Publikation vorgesehen), was auch von den jeweiligen Tourismusformen abhängt. So hat das Bundesgericht etwa berücksichtigt, dass in

den Franches-Montagnes (Jura) der Camping-Tourismus eine wichtige Rolle spielt und daher bei einer Anreise am Wochenende ein Bedarf besteht, Güter des täglichen Gebrauchs vor Ort einzukaufen (Urteil 2A.612/1999 vom 30. Juni 2000 E. 5b).

4.5 Art. 25 Abs. 1 ArGV 2 lässt Abweichungen vom Verbot der Sonntagsarbeit «während der Saison» («pendant la saison touristique»; «durante la stagione») zu. Dieses Kriterium dient der zeitlichen Eingrenzung und knüpft daran an, dass der Tourismus in Fremdenverkehrsgebieten erheblichen saisonmässigen Schwankungen unterliegt (Art. 25 Abs. 2 ArGV 2). In diesen Gebieten weist der Zustrom an Touristen mit anderen Worten saisonale Spitzen auf, während derer sich eine Abweichung vom Verbot der Sonntagsarbeit rechtfertigt. Dabei schränkt der Wortlaut von Art. 25 Abs. 1 ArGV 2 die Sonderbestimmungen nicht auf eine einzige Saison pro Jahr ein. Fremdenverkehrsgebiete können denn auch mehrere zeitlich klar begrenzte Saisonspitzen pro Jahr verzeichnen (z.B. Sommer- und Wintersaison). In jedem Fall ist aber darauf zu achten, dass das gesetzliche Kriterium der Saisonalität nicht dadurch unterlaufen wird, dass die zeitlichen Grenzen der (Hoch-)Saison übermässig weit gezogen werden.

4.6 Insgesamt stellt Art. 25 ArGV 2 eine sachgerechte und zwecktaugliche Konkretisierung von Art. 27 Abs. 2 lit. c ArG dar, die es namentlich erlaubt, die jeweiligen örtlichen und sachlichen Gegebenheiten gebührend zu berücksichtigen. Ein Verstoss gegen das Legalitätsprinzip liegt nicht vor (vgl. BGE 139 II 173 E. 6.3 S. 181 f.; 136 I 87 E. 3.1 S. 90 f.; je mit Hinweisen). Strafrechtliche Sanktionen stehen vorliegend nicht zur Diskussion, weshalb ein Verstoss gegen Art. 1 StGB nicht weiter zu prüfen ist (dazu z.B. BGE 138 IV 13 E. 4.1 S. 19 f. mit Hinweisen).

4.7 Vorbehalten bleiben gemäss Art. 71 lit. c ArG namentlich Polizeivorschriften des Bundes, der Kantone und der Gemeinden über die Sonntagsruhe und über die Öffnungszeiten von Betrieben, die dem Detailverkauf, der Bewirtung oder der Unterhaltung dienen. Kantonale oder kommunale Ladenschlussvorschriften dürfen, wie das Bundesgericht in konstanter Rechtsprechung erkannt hat, seit Inkrafttreten des eidgenössischen Arbeitsgesetzes weiterhin dem Schutz der Nacht- und Feiertagsruhe bzw. – aus sozialpolitischen Überlegungen – allenfalls jenem der nicht dem Arbeitsgesetz unterstellten Personen (Geschäftsinhaber und ihre Familienangehörigen, gewisse leitende Angestellte) dienen, nicht aber dem Schutz des Verkaufspersonals, welcher durch das Arbeitsgesetz abschliessend geregelt ist (BGE 130 I 279 E. 2.3.1 S. 284 mit Hinweisen). Soweit die Kantone oder Gemeinden unter Beachtung dieser Vorgaben die Ladenöffnungszeiten einschränken, kann von den Sonderbestimmungen für Betriebe in Fremdenverkehrsgebieten kein Gebrauch gemacht werden (vgl. eingehend Urteil 2C_10/2013 vom 10. Januar 2014 E. 2.5, zur Publikation vorgesehen).

5.

5.1 Vorliegend ist zu prüfen, ob der M-Express in einem Fremdenverkehrsgebiet nach Art. 25 Abs. 2 ArGV 2 liegt (E. 5.2), der Befriedigung spezifischer Bedürfnisse der Touristen dient (E. 5.3) und daher «während der Saison» (E. 5.4) vom Verbot der Sonntagsarbeit abweichen darf. Hierbei ist das Bundesgericht grundsätzlich an die vorinstanzlichen Sachverhaltsfeststellungen gebunden (Art. 105 BGG). Frei zu prüfen ist jedoch, ob die festgestellten Tatsachen (Indizien) darauf schliessen lassen, dass die Voraussetzungen des Art. 25 ArGV 2 erfüllt sind. Dabei ist insoweit eine gewisse Zurückhaltung geboten, als die Beurteilung der Streitsache massgeblich von einer Würdigung der örtlichen Verhältnisse abhängt, mit welchen die kantonalen Behörden besser vertraut sind (BGE 135 I 302 E. 1.2 S. 305 mit Hinweisen; Urteile 2C_10/2013 vom 10. Januar 2014 E. 5.2, zur Publikation vorgesehen; 2C.578/2000 vom 24. August 2001 E. 2).

Gerade beim vorliegend stark betonten Tages- und Ausflugstourismus kann die Abgrenzung zum Freizeitverhalten der lokalen Bevölkerung innerhalb des gewohnten Lebensumfeldes schwerfallen (vgl. zum Tourismusbegriff Urteil 2C_10/2013 vom 10. Januar 2014 E. 2.3, zur Publikation vorgesehen, mit Hinweis auf BGE 126 II 106 E. 4 S. 109: «Le tourisme étant défini comme le fait de voyager, de parcourir pour son plaisir un lieu autre que celui où l'on vit habituellement (...)»); Bundesamt für Statistik [BFS], Satellitenkonto Tourismus der Schweiz, 2001 und 2005 – Grundlagen, Methodik und Ergebnisse, 2008, S. 11). Gleichwohl können auch diese Tourismusformen für Art. 25 ArGV 2 von Bedeutung sein; zu den Fremdenverkehrsgebieten zählen unter anderem «Ausflugsorte» (vgl. oben E. 4.3.2). Die Verhältnisse sind im konkreten Fall jeweils sorgfältig abzuklären, um die gesetzlichen Kriterien des Art. 25 ArGV 2 nicht zu unterlaufen (vgl. z.B. Urteile 2A.704/2005 vom 4. April 2006 E. 3.3.2; 2A.166/2003 vom 7. August 2003 E. 2.2).

5.2

5.2.1 Das von der Vorinstanz angeführte touristische Angebot in Rapperswil-Jona lässt es im Verbund mit der attraktiven Lage am See und dem Schloss zu, zumindest den nach kommunalem Recht als Altstadtperimeter definierten Bereich von Rapperswil-Jona als «Ausflugsort» im Sinne von Art. 25 Abs. 2 ArGV 2 einzustufen. Der M-Express liegt am Rande des Altstadtperimeters und damit in einem Ausflugsort nach Art. 25 Abs. 2 ArGV 2.

5.2.2 Hinzu kommen muss, dass der Fremdenverkehr an diesem Ort von wesentlicher Bedeutung ist und erheblichen saisonmässigen Schwankungen unterliegt (vgl. zu Letzterem unten E. 5.4).

Wie die Vorinstanz zutreffend ausführt, weisen die verfügbaren tourismuswirtschaftlichen Zahlen nicht auf eine wesentliche Bedeutung des Fremdenverkehrs hin. Der Anteil des Tourismus an der Gesamtbeschäftigung betrug im Jahr 2001 im Gebiet der damaligen politischen Gemeinde Rapperswil 7.8% (Einwohner 2002: 7693). Andere Gemeinden im Kanton

St. Gallen wiesen einen bedeutend höheren Anteil auf, darunter Wildhaus mit 36.2% oder Bad Ragaz mit 27.7%. Gleichwohl hat die Vorinstanz die wesentliche Bedeutung des Fremdenverkehrs vorliegend bejaht. Die angeführten Umstände sind jedoch nicht stichhaltig. Das kantonale Tourismuskonzept stuft Rapperswil-Jona zwar als «Tourismuskerngemeinde» ein, beruht aber auf den erwähnten tourismuswirtschaftlichen Zahlen. Weiter kann als Indiz berücksichtigt werden, dass Rapperswil-Jona nicht zu den Fremdenverkehrsgebieten nach der eidgenössischen Gesetzgebung zur Förderung der Beherbergungswirtschaft zählt. Das vielfältige Freizeit- und Kulturangebot als solches kann jedenfalls nicht ausschlaggebend sein. Es ist massgeblicher Grund dafür, den Altstadtperimeter von Rapperswil-Jona als «Ausflugsort» zu qualifizieren (vgl. oben E. 5.2.1), ersetzt aber die weiteren Voraussetzungen nach Art. 25 Abs. 2 ArGV 2 nicht, zumal sich das Freizeit- und Kulturangebot zumindest teilweise auch an die lokale Bevölkerung richtet.

5.2.3 Gestützt auf die Aktenlage lässt sich nicht abschliessend beurteilen, ob der M-Express in einem Fremdenverkehrsgebiet nach Art. 25 Abs. 2 ArGV 2 liegt. Entgegen der Vorinstanz sind tourismuswirtschaftliche Zahlen und weitere statistische Daten zur lokalen bzw. regionalen Wirtschaftsleistung wesentliche Entscheidungsgrundlage (vgl. dazu Urteil 2C_10/2013 vom 10. Januar 2014 E. 4 und E. 5.2, zur Publikation vorgehen). Eine besondere Bedeutung kommt vorliegend möglichst aktuellen tourismuswirtschaftlichen Zahlen zur Bedeutung des Tages- und Ausflurstourismus für die lokale Wirtschaftsleistung zu, die – soweit möglich – zu erstellen sein werden. Anschliessend werden die kantonalen Behörden festzustellen haben, ob dem Fremdenverkehr eine «wesentliche Bedeutung» zukommt, wobei die Verhältnisse vor Ort zu beachten sind und von starren Schwellenwerten abzusehen ist (vgl. oben E. 4.3.5).

Gerade auch bei einem Vergleich mit anderen Ortschaften sind die jeweiligen Gegebenheiten zu berücksichtigen. So führte das Volkswirtschaftsdepartement des Kantons St. Gallen im vorinstanzlichen Verfahren an, die tourismusbezogene Beschäftigung betrage in Luzern 9.1%. Allerdings zählte die Stadt Luzern in den vorliegend massgebenden Zeiträumen rund 60 000 Einwohner, während es in Rapperswil im Jahr 2002 7693 Einwohner waren. Berücksichtigt man die touristischen Gesamteffekte (direkte und indirekte Effekte), beträgt die tourismusbezogene Beschäftigung in der Stadt Luzern 19%, der Anteil an der regionalen Bruttowertschöpfung 15% (vgl. dazu die Studie «Touristische Wertschöpfung im Kanton Luzern» vom 17. Dezember 2010, S. 30, abrufbar unter rawi.lu.ch). Die absoluten Zahlen verdeutlichen die Unterschiede: Luzern verzeichnete im Jahr 2012 bei 50 Betrieben und 5628 Betten 140 874 Logiernächte, Rapperswil-Jona bei 9 Betrieben und 285 Betten 41 301 Logiernächte (BFS, Interaktive Statistikdatenbank [STAT-TAB], 10.3 – Infrastruktur und Nutzung, abrufbar unter www.bfs.admin.ch).

5.3 Ebenfalls ist nicht erstellt, dass der M-Express der Befriedigung spezifischer Bedürfnisse der Touristen dient.

5.3.1 Gemäss der Vorinstanz werden nur wenige «Souvenir-Artikel» angeboten. Mangels Nachfrage wird darauf verzichtet, das Angebot «touristenspezifisch» auszurichten. Die Rekursinstanz hat festgestellt, dass es sich mehrheitlich um ein normales, auf kleine Migros-Filialen abgestimmtes Sortiment handelt. Entgegen der Vorinstanz ist nicht ausschlaggebend, dass «Schweizer Spezialitäten gastronomischer Art» (z.B. Käse und Schokolade) und regionale Produkte sowie im Non-Food-Bereich Schweizer Sackmesser verkauft werden. Abgesehen davon, dass solche Produkte in beinahe jeder Migros-Filiale angeboten werden dürften, werden Tages- und Ausflugstouristen kaum in besonderer Weise Schweizer Spezialitäten und Souvenirartikel nachfragen.

5.3.2 Zu Recht weist das WBF darauf hin, dass ein übliches Detailhandelsangebot durchaus dazu dienen kann, touristische Bedürfnisse abzudecken, vorliegend aber weiterer Abklärungsbedarf besteht: Werden tatsächlich (Konsum-)Bedürfnisse von Tages- und Ausflugstouristen abgedeckt (z.B. Waren für Picknick, Take-Away) oder handelt es sich um gewöhnliches Vollsortiment, das sich in erster Linie an die lokale Kundschaft richtet? Zudem sind neben dem Gesamteindruck des angebotenen Sortiments weitere Kriterien wie etwa der Anteil der Touristen an der Gesamtkundschaft, die Umsatzentwicklung, die Lage des Geschäfts und der übrige Marktauftritt zu berücksichtigen (vgl. oben E. 4.4.3). Ebenfalls zu prüfen ist, ob sich die Touristen anderweitig versorgen können (vgl. dazu auch Urteil 2C_10/2013 vom 10. Januar 2014 E. 5.2, zur Publikation vorgesehen).

Auch hier zeigt sich erneut die Nähe zum Konsumverhalten der lokalen Bevölkerung und damit die Notwendigkeit sorgfältiger Abklärung anhand der genannten Kriterien. Die Ausnahme vom Verbot der Sonntagsarbeit lässt sich jedenfalls nicht damit rechtfertigen, dass es für die Tages- und Ausflugstouristen praktisch ist, am Ende des Ausflugs noch Einkäufe zu tätigen, die zu Hause verwendet werden. Eine solche Nachfrage unterscheidet sich nicht von derjenigen der einheimischen Bevölkerung, für die es ebenfalls praktisch sein kann, am Sonntag in der Migros-Filiale in der Nähe des Bahnhofs ihre Einkäufe zu tätigen. Die Abdeckung dieser Bedürfnisse fällt jedoch nicht unter Art. 25 ArGV 2 (vgl. Urteil 2A.166/2003 vom 7. August 2003 E. 2.2).

5.4

5.4.1 Ausgeschlossen ist, dass der Betrieb das ganze Jahr geöffnet bleibt. Das Kriterium der Saisonalität mit seinem Zweck einer klaren zeitlichen Eingrenzung der Sonderbestimmungen würde unterlaufen, wollte man immer dann von «Saison» sprechen, wenn in einem Fremdenverkehrsgebiet überhaupt irgendwelcher Tourismus zu verzeichnen ist. Darin liegt keine unzulässige Wirtschaftslenkung, sondern eine gesetzes- und verordnungskonforme zeitliche Eingrenzung der Sonderbestimmungen zum Arbeitnehmerschutz. Auch erscheint die Bezugnahme auf den ZSG-

Sommerfahrplan zur Bestimmung der Sommersaison nicht als sachfremdes Kriterium. Die Genossenschaft Migros Zürich geht denn auch davon aus, dass die warme Jahreszeit (Mai-Oktober) die Hauptsaison in Rapperswil darstelle. Unter dieser Prämisse – deren Stichhaltigkeit zu klären bleibt (vgl. sogleich E. 5.4.2) – konnte die Vorinstanz entgegen der Genossenschaft Migros Zürich auf weitere Abklärungen verzichten. Die Beschwerde der Genossenschaft Migros Zürich erweist sich damit als unbegründet und ist abzuweisen.

5.4.2 Allerdings ist zweifelhaft, ob die Sommersaison derart weit gezogen werden kann, dass sie sich über mehr als die Hälfte des Jahres erstreckt (für das Jahr 2011 z.B. 3. April bis 23. Oktober). Dies kann jedoch letztlich offenbleiben, ist doch zunächst zu klären, ob der M-Express überhaupt in einem Fremdenverkehrsgebiet nach Art. 25 Abs. 2 ArGV 2 liegt und erhebliche saisonmässige Schwankungen feststellbar sind. Nur wenn die tatsächlichen Verhältnisse geklärt sind, lässt sich beantworten, ob die nach dem ZSG-Sommerfahrplan bestimmte Sommersaison nicht zu weit gezogen ist.

5.5 Aus den genannten Gründen ist die Sache nicht spruchreif (vgl. oben E. 5.2.3, E. 5.3.2 und E. 5.4.2). Es rechtfertigt sich vorliegend nicht, den Sachverhalt von Amtes wegen zu ergänzen (Art. 105 Abs. 2 BGG). Demnach ist der Entscheid aufzuheben und die Sache zur ergänzenden Abklärung und zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen (Art. 107 Abs. 2 BGG; vgl. z.B. Urteil 2C_821/2011 vom 22. Juni 2012 E. 1, nicht publ. in: BGE 138 II 229). Vorliegend besteht kein Anlass, die Sache direkt an die erste Instanz oder an eine untere Rechtsmittelinstanz (vgl. dazu Urteil 2C_780/2008 vom 15. Juni 2009 E. 4.1) zurückzuweisen. Vielmehr bleibt es der Vorinstanz überlassen, die nach kantonalem Recht notwendigen Anordnungen zu treffen.

6.

6.1 Die Beschwerde der Genossenschaft Migros Zürich (2C_379/2013) ist nach dem Gesagten abzuweisen. Dagegen ist die Beschwerde der Gewerkschaft UNIA (2C_419/2013) gutzuheissen und die Sache zur ergänzenden Abklärung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Bundesgericht, Urteil vom 12. Februar 2014, Doss.-Nr. 2C_44/2013 (Aufhebung des Urteils des Verwaltungsgerichts des Kantons Graubünden vom 30. Oktober 2012)

Gemäss Art. 25 Abs. 1 ArGV 2 i.V.m. Art. 4 Abs. 2 ArGV 2 sind Betriebe in Fremdenverkehrsgebieten während der Saison von der Bewilligungspflicht zur Sonntagsarbeit befreit. Entgegen der Vorinstanz ist es ausgeschlossen, den ganzen Kanton Graubünden pauschal als Fremdenverkehrsgebiet nach Art. 25 Abs. 2 ArGV 2 zu qualifizieren.

Vielmehr ist anhand der in Art. 25 Abs. 2 ArGV 2 aufgezählten Kriterien zu prüfen, ob der Betrieb in einem Kur-, Sport-, Ausflugs- oder Erholungsort liegt, in dem der Fremdenverkehr von wesentlicher Bedeutung ist und erheblichen saisonmässigen Schwankungen unterliegt. Das «Designer Outlet Landquart» liegt in einer der grössten Industriezonen des Kantons Graubünden, somit nicht in einem Fremdenverkehrsgebiet nach Art. 25 Abs. 2 ArGV 2. Es braucht damit nicht abschliessend geklärt zu werden, ob das Outlet-Center der Befriedigung spezifischer Bedürfnisse der Touristen dient. Die Betriebe des «Designer Outlet Landquart» dürfen an Sonntagen Arbeitnehmer nicht ohne behördliche Bewilligung beschäftigen (E. 5.2, 6.1, 6.4, 7.1).

Sachverhalt:

Das im November 2009 eröffnete «Alpenrhein Village Outlet Shopping» – seit Ende 2012 «Designer Outlet Landquart» – in Landquart ist ein Outlet-Einkaufszentrum im Stil eines alpinen Dorfes mit etwa 90 Geschäftslokalen. Bis anhin konnte etwas mehr als die Hälfte der Lokalitäten mit internationalen und schweizerischen Markenartikel-Herstellern besetzt werden. Die Betriebe verkaufen täglich – mithin jeweils auch sonntags – ihre Kollektionen aus der letzten Saison und leicht mangelhafte Ware mit erheblichen Preisreduktionen. Ende 2009 bzw. Anfang 2010 stellten die Gewerkschaft UNIA einerseits und die ING Real Estate Development Alpenrhein AG (Eigentümerin des Outlet-Einkaufszentrums), die GVA Grimley Schweiz GmbH (Betreibergesellschaft) sowie zahlreiche einzelne Betriebe des Outlet-Einkaufszentrums andererseits beim Amt für Industrie, Gewerbe und Arbeit des Kantons Graubünden ein Feststellungsbegehren betreffend Sonntagsarbeit in den Geschäftslokalen des Outlet-Einkaufszentrums. Am 21. Oktober 2010 stellte das genannte Amt fest, dass die im Outlet-Einkaufszentrum angesiedelten Geschäfte die Voraussetzungen für die Befreiung von der Bewilligungspflicht für Sonntagsarbeit gemäss Art. 4 Abs. 2 der Verordnung 2 vom 10. Mai 2000 zum Arbeitsgesetz (ArGV 2; SR 822.112) in Verbindung mit Art. 27 Abs. 2 lit. c des Bundesgesetzes vom 13. März 1964 über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz, ArG; SR 822.11) und Art. 25 ArGV 2 erfüllen würden und demnach berechtigt seien, die mit der Bedienung der Kundenschaft beschäftigten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer während der Sommersaison von Anfang Juni bis Ende Oktober und die Wintersaison vom ersten Adventswochenende bis Ende April daure. Die dagegen erhobene Beschwerde der Gewerkschaft UNIA wies das Departement für Volkswirtschaft und Soziales des Kantons Graubünden mit Entscheid vom 16. Januar 2012 ab.

Die anschliessende Beschwerde der Gewerkschaft UNIA wies das Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden mit Urteil vom 30. Oktober

2012 ab. Mit prozessleitender Verfügung vom 6. September 2012 gab der Präsident des Verwaltungsgerichts des Kantons Graubünden dem Parteiwechsel von der GVA Grimley Schweiz GmbH zur ROS Landquart Management GmbH statt. Vor Bundesgericht beantragt die Gewerkschaft UNIA, das Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Graubünden vom 30. Oktober 2012 aufzuheben und festzustellen, dass die Sonntagsarbeit in den Betrieben im Outlet-Einkaufszentrum der Bewilligung bedürfe und deshalb die aktuelle Sonntagsarbeit von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern arbeitsgesetzwidrig sei. Die Beschwerdegegner und das Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden beantragen die Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten ist. Das Departement für Volkswirtschaft und Soziales des Kantons Graubünden beantragt die Abweisung der Beschwerde. Das Eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung (WBF) reicht eine Stellungnahme des SECO ein und verzichtet auf das Stellen von Anträgen. Am 30. August 2013 hat das Departement für Volkswirtschaft und Soziales des Kantons Graubünden unaufgefordert eine Eingabe zur Vernehmlassung des WBF eingereicht.

Aus den Erwägungen:

3.

3.1 In materieller Hinsicht geht die Vorinstanz davon aus, dass das Outlet-Einkaufszentrum als Einheit zu betrachten sei. Ob die einzelnen Betriebe im Einkaufszentrum den Bedürfnissen des Fremdenverkehrs dienen, bestimme sich anhand einer Gesamtbetrachtung, bei welcher nicht nur das Sortiment einzelner Betriebe, sondern auch die Lage des Outlet-Einkaufszentrums an einem Verkehrsknotenpunkt für die Touristenströme, die übrigen Betriebe mit ihren jeweiligen Sortimenten und der nach aussen erkennbare Zweck zu berücksichtigen seien. Das Outlet-Einkaufszentrum wolle infolge seiner äusserlichen Gestaltung (Outlet Village im Stil eines alpinen Dorfes) und des beschränkten Warensortiments Touristen ansprechen.

Der gesamte Kanton Graubünden sei als Fremdenverkehrsgebiet zu qualifizieren. Das ergebe sich aus der (vormaligen) Bundesgesetzgebung über die Förderung des Hotel- und Kurortkredits, an welche die alte Fassung der Verordnung 2 zum Arbeitsgesetz noch ausdrücklich angeknüpft habe. Dies gelte sinngemäss auch unter der aktuellen Fassung. Selbst wenn man diesem Ansatz nicht folgen wolle, liege das Outlet-Einkaufszentrum in einem Fremdenverkehrsgebiet. Dabei sei auf den funktionalen Raum abzustellen, in welchen das Einkaufszentrum eingebettet sei. Dieses liege in einem grossflächigen Einzugsgebiet, zudem im Raum der Tourismusdestination Bündner Herrschaft und am Verkehrsknotenpunkt Landquart. Dem Tourismus komme hier eine wesentliche Bedeutung zu (insb. 30% der Wertschöpfung und der Beschäftigten im Kanton Graubünden, 10.7% im Bündner Rheintal, indirekte Profite). Der Tourismus im Kanton Graubün-

den unterliege erheblichen saisonalen Schwankungen, wie sich aus den (vormaligen) Saison- und Kurzaufenthaltsbewilligungen sowie den Logiernächten ergebe.

Das Outlet-Einkaufszentrum decke mit seinem Produkt- und Warensortiment die spezifischen Bedürfnisse der Touristen im Wesentlichen ab (Outdoor-Kleidung und Outdoor-Schuhe für die Winter- und Sommerzeit, spezifische Outdoor-Sportartikel, Reiseartikel und Spiele, Souvenirs, lokale Spezialitäten, Dienstleistungen im lokalen Tourismusbereich, Sportbekleidung, Mode allgemein und Haushaltsartikel). Nicht erhältlich seien dagegen typische von Anwohnern nachgefragte Produkte wie Lebensmittel, Elektronikgeräte, Heimwerker-Produkte und grössere Haushaltsgeräte. Dabei sei das Warensortiment in den Kontext der ausgewiesenen spezifischen Bedürfnisse der Touristen des Einzugsgebiets Graubünden sowie der Durchgangsreisenden (in Richtung Tessin oder Italien) zu setzen. Die Outdoor-Waren sowie Schneesport- und sonstigen Sportartikel seien offensichtlich auf die Bedürfnisse der Touristen ausgerichtet. Die angebotenen Haushalts- bzw. Küchengeräte dienen den Feriengästen der Parahotellerie (Ferienwohnungen, Camping). Souvenirs und schweizerische sowie lokale Spezialitäten würden vorab Touristen ansprechen. Auch Kleidung, Schuhe und Luxusartikel würden zumindest teilweise den spezifischen Bedürfnissen der Touristen dienen.

Richtig sei es, von einer Winter- und Sommersaison auszugehen. Dabei könne auf die Logiernächte, die Öffnungszeiten der Bergbahnen, das Verkehrsaufkommen sowie die Arbeitslosenzahlen abgestellt werden. Der Wortlaut der Verordnung («während der Saison») schliesse nicht aus, dass es eine Winter- und eine Sommersaison gebe.

3.2 Die Gewerkschaft UNIA macht geltend, das Outlet-Einkaufszentrum liege nicht in einem Fremdenverkehrsgebiet. Es befinde sich im Industriegebiet Tardis zwischen Eisenbahn und A13 in einer der grössten Industriezonen des Kantons Graubünden. Nicht massgebend sei die Gesetzgebung zur Förderung der Beherbergungswirtschaft. Auch sei der Begriff des funktionalen Raums eine Leerformel und ergebnisorientiert: Das Outlet-Einkaufszentrum schaffe den funktionalen Raum. Richtigerweise sei auf traditionelle Kur- und Erholungsorte etc. abzustellen. Dabei könnten nicht Zahlen für den gesamten Kanton Graubünden beigezogen werden. Saisonmässige Schwankungen seien nicht erstellt. In Landquart und Umgebung sei der Tourismus nicht von wesentlicher Bedeutung. Das Sortiment richte sich an Konsumenten, nicht spezifisch an Touristen. Angestrebt sei Einkaufstourismus, überwiegend ausgerichtet auf verbilligte Mode-Artikel. Auch sei der einzelne Betrieb zu beurteilen. Schliesslich gehe die Verordnung von nur einer Tourismussaison aus, in der bewilligungsfreie Sonntagsarbeit zulässig sei.

3.3 Die Beschwerdegegnerinnen 1 und 2-35 bringen in ihren – weitgehend wörtlich übereinstimmenden – Eingaben vor, das Outlet-Einkaufszentrum sei Teil des Tourismusangebots in den Tourismusgebieten rund

um das Outlet-Einkaufszentrum. Die anwendbaren Gesetzesvorschriften seien – als Ausnahmen vom Verbot der Sonntagsarbeit – nicht restriktiv, sondern richtig auszulegen. Es sei eine wirtschaftliche Gesamtbetrachtung vorzunehmen. Der Gesetzgeber habe die «Bedürfnisse des Fremdenverkehrs» als Grund für eine Bereichsausnahme vom Verbot der Sonntagsarbeit anerkannt. Das Gesetz folge einem funktionalen Ansatz. Entscheidend sei, ob ein touristisches Bedürfnis nach einem bestimmten Angebot bestehe und ob eine Einrichtung – wie das Outlet-Einkaufszentrum – dieses Bedürfnis befriedige.

Den zuständigen Behörden komme ein erheblicher Ermessensspielraum zu. Es lasse sich durchaus eine Parallele zur Gesetzgebung über die Förderung der Beherbergungswirtschaft ziehen, in deren Rahmen der ganze Kanton Graubünden als Fremdenverkehrsgebiet bezeichnet werde. Der dortige Begriff des Fremdenverkehrsgebiets decke sich im Wesentlichen mit demjenigen in Art. 25 ArGV 2. Eine einheitliche Auslegung sei bereits wegen des Gebots der Widerspruchslosigkeit der Rechtsordnung geboten. Es sei auch den Betrieben in tourismusverwandten Branchen eine flexible Reaktion auf die touristische Nachfrage zu ermöglichen. Das sei konsequent, da die Wertschöpfung des ganzen Kantons auf den Tourismus ausgerichtet sei. Landquart sei dabei die zentrale Verkehrsdrehzscheibe in der Region, insbesondere für den Tourismus.

Eine räumliche Begrenzung widerspreche dem funktionalen Konzept des Art. 27 ArG. Es sei stets ein tourismuswirtschaftlich-räumlich sinnvolles Gebiet abzugrenzen und zu beurteilen. Die Vorinstanz habe erkannt, dass das Outlet-Einkaufszentrum nur an einem zentral gelegenen und gut erschlossenen Ort wie Landquart möglich sei. Ohne die vorbestehenden Touristenströme und die tourismuswirtschaftlichen Verflechtungen im fraglichen Gebiete wäre das Outlet-Einkaufszentrum nicht realisiert worden. Die Beschwerdeführerin verkenne das multioptionale Tourismusangebot in der Bündner Tourismuswirtschaft.

Nicht entscheidend könne sein, ob der Fremdenverkehr mehr als die Hälfte der wirtschaftlichen Aktivitäten einer Ortschaft ausmache. Weiter könne auch ein Verbund wie das Outlet-Einkaufszentrum einen Betrieb im Sinne des Arbeitsgesetzes darstellen. Das Outlet-Einkaufszentrum sei eine wirtschaftliche Einheit dar. Ausgehend von der touristischen Nachfrage lasse sich das Konzept des Outlet-Einkaufszentrums mit «normalem» Einkaufstourismus nicht vergleichen. Das Gesamtangebot diene den typischen touristischen Bedürfnissen im Kanton Graubünden, ausgehend von den Aktivitäten (sportliche Indoor- und Outdooraktivitäten), der Art der Beherbergung (Hotellerie, Parahotellerie, Ferienwohnungen) und den Durchgangstouristen. Es gehe gerade nicht um blosses «Shoppen». Das Angebot entspreche demjenigen in anderen Tourismusdestinationen im Kanton Graubünden.

Schliesslich liege «Saison» immer dann vor, wenn Fremdenverkehr zu verzeichnen sei und dieser eine gewisse Intensität erreiche.

3.4 Das WBF erachtet es als nicht zulässig, den ganzen Kanton Graubünden als Fremdenverkehrsgebiet zu qualifizieren. Im Verbund mit der praxisgemäss weiten Auslegung des auf Touristen ausgerichteten Sortiments laufe dies auf eine Aushöhlung des Sonntagsarbeitsverbots hinaus. Eine räumliche Begrenzung sei daher unabdingbar. Ein Abstellen auf die Bundesgesetzgebung zur Förderung der Beherbergungswirtschaft sei nicht zulässig. Zusätzlich sei das Waren- und Dienstleistungsangebot im Outlet-Einkaufszentrum – namentlich Bekleidungs- und Modeartikel zu vergünstigten Preisen («Outlet-Angebot») – nicht auf Touristen ausgerichtet.

4.

4.1 Zunächst ist zu prüfen, ob die Vorinstanz bei der Ausrichtung auf die touristischen Bedürfnisse eine Gesamtbetrachtung des Outlet-Einkaufszentrums vornehmen durfte oder ob richtigerweise auf das jeweilige Sortiment der einzelnen Betriebe abzustellen gewesen wäre.

4.2 Der Wortlaut von Art. 25 Abs. 1 ArGV 2 ist – wie bereits Art. 41 ff. aArGV 2 (AS 1966 119) – auf «Betriebe» («entreprises»; «aziende») ausgerichtet (vgl. unten E. 5.2). Das scheint eine Einzelbetrachtung naheulegen, bei der für jeden einzelnen Betrieb gesondert die Voraussetzungen für die Befreiung von der Bewilligungspflicht für Sonntagsarbeit zu prüfen wären. Allerdings hat sich das Bundesgericht in seiner bisherigen Rechtsprechung einer Gesamtbetrachtung nicht verschlossen. In BGE 126 II 106 wurde das (geplante) Outlet-Einkaufszentrum als solches beurteilt und nicht auf die einzelnen Verkaufsläden abgestellt. Auch hat das Bundesgericht in der genannten Entscheidung dem Betreiber bzw. Investor («promoteur») die Beschwerdebefugnis ohne Weiteres zuerkannt (Urteil 2A.127/1999 vom 28. Februar 2000 E. 1b, nicht publ. in: BGE 126 II 106).

4.3 Eine solche Gesamtbetrachtung darf jedoch nicht zu einer übermässigen Aufweichung des Arbeitnehmerschutzes führen und daher nicht leichthin angenommen werden. Der von der Rechtsprechung gewählte Ansatz ist dort überzeugend, wo er zu sachgerechten Lösungen führt, die den wirtschaftlichen Verhältnissen entsprechen. Dies war in BGE 126 II 106 der Fall und trifft auch vorliegend zu: Beim Einkaufszentrum «Designer Outlet Landquart» handelt es sich um eine räumliche und organisatorische Konzentration von mehreren Betrieben «unter einem Dach» in dem Sinne, dass die Betriebe gegen aussen unter einem gemeinsamen Namen und mit einem Gesamtangebot am Markt auftreten.

Folge davon ist, dass sich eine Feststellungsverfügung auf sämtliche Betriebe eines Einkaufszentrums erstrecken kann, unabhängig davon, ob sie am Verfahren teilgenommen haben oder nicht. Das ermöglicht es den Eigentümern und Betreibern, rechtzeitig die gewünschte Klarheit über die Zulässigkeit des Sonntagsverkaufs zu erhalten. Offenbleiben kann dabei, ob ein Einkaufszentrum gegebenenfalls auch als Betrieb im Sinne von Art. 1 Abs. 2 ArG aufgefasst werden kann.

5.

5.1 Art. 18 ArG statuiert für die dem Gesetz unterstellten Betriebe das Verbot der Sonntagsarbeit. Ausnahmen sind möglich, aber grundsätzlich bewilligungsbedürftig (Art. 19 Abs. 1 ArG). Abgesehen davon können nach Art. 27 Abs. 1 ArG bestimmte Gruppen von Betrieben oder Arbeitnehmern durch Verordnung ganz oder teilweise von gewissen gesetzlichen Arbeits- und Ruhezeitvorschriften ausgenommen und entsprechenden Sonderbestimmungen unterstellt werden, soweit dies mit Rücksicht auf ihre besonderen Verhältnisse notwendig ist (BGE 139 II 529 E. 3.1 S. 531, 49 E. 4 S. 51 f.; 134 II 265 E. 4.1 S. 266 f.). Solche Sonderbestimmungen können gemäss Art. 27 Abs. 2 lit. c ArG insbesondere für Betriebe erlassen werden, die den Bedürfnissen des Fremdenverkehrs dienen («les entreprises qui satisfont aux besoins du tourisme»; «le aziende che servono il turismo»).

Der Gesetzgeber hat dem Verordnungsgeber einen sehr weiten Ermessensspielraum eingeräumt und ihn flankierend verpflichtet, vorgängig die Kantone, die Eidgenössische Arbeitskommission und die zuständigen Organisationen der Wirtschaft anzuhören (Art. 40 Abs. 2 ArG). Dieser Spielraum ist für das Bundesgericht verbindlich (Art. 190 BV). Es darf in diesem Fall bei der Überprüfung der Verordnung nicht sein eigenes Ermessen an die Stelle desjenigen des Bundesrates setzen, sondern es beschränkt sich auf die Prüfung, ob die Verordnung den Rahmen der dem Bundesrat im Gesetz delegierten Kompetenzen offensichtlich sprengt oder aus anderen Gründen gesetz- oder verfassungswidrig ist (BGE 136 II 337 E. 5.1 S. 348 f.; Urteil 2C_1174/2012 vom 16. August 2013 E. 1.7; je mit Hinweisen).

5.2 Die Verordnung 2 zum Arbeitsgesetz regelt die Sonderbestimmungen (Art. 3 ff. ArGV 2) sowie die unterstellten Betriebsarten und Arbeitnehmer (Art. 15 ff. ArGV 2). Zu diesen Sonderbestimmungen zählt unter anderem die bewilligungsfreie (ganze oder teilweise) Sonntagsarbeit (Art. 4 Abs. 2 ArGV 2). Die genannte Bestimmung ist gemäss Art. 25 Abs. 1 ArGV 2 während der Saison anwendbar auf Betriebe in Fremdenverkehrsgebieten, die der Befriedigung spezifischer Bedürfnisse der Touristen dienen, und auf die in ihnen mit der Bedienung der Kundschaft beschäftigten Arbeitnehmer. Betriebe in Fremdenverkehrsgebieten sind Betriebe in Kur-, Sport-, Ausflugs- und Erholungsorten, in denen der Fremdenverkehr von wesentlicher Bedeutung ist und erheblichen saisonmässigen Schwankungen unterliegt (Art. 25 Abs. 2 ArGV 2).

5.3

5.3.1 Die Ausrichtung auf Fremdenverkehrsgebiete erklärt sich durch die Entstehungsgeschichte von Art. 27 Abs. 2 lit. c ArG. Die Ausnahmebestimmung war bei ihrem Erlass in erster Linie auf Ladengeschäfte ausgerichtet, die in klassischen Fremdenverkehrsgebieten lagen, in denen das Hotelgewerbe einen wesentlichen Teil der Existenzgrundlage der Bevölkerung bildete und in denen Fremdenverkehr zudem einen typischen Saison-

charakter aufwies (Botschaft vom 30. September 1960 zum Arbeitsgesetz, BBl 1960 II 909, 983; Erläuternder Bericht, a.a.O., S. 2). Während auf Verordnungsstufe bis am 31. Juli 2000 auf die damalige Gesetzgebung zur Förderung des Hotel- und Kurortkredits verwiesen wurde (Art. 41 Abs. 2 aArGV 2 [AS 1966 119]), enthält Art. 25 Abs. 2 ArGV 2 heute eine eigenständige Umschreibung des Begriffs «Fremdenverkehrsgebiet».

Soweit sich die Ausrichtung auf klassische Fremdenverkehrsgebiete bis heute in der Definition nach Art. 25 Abs. 2 ArGV 2 widerspiegelt, orientiert sich die Norm am Gesetzeszweck von Art. 27 Abs. 2 lit. c ArG. Die damit einhergehenden systemimmanenten Ungleichbehandlungen zwischen Betrieben innerhalb und ausserhalb von Fremdenverkehrsgebieten hat der Gesetzgeber in Kauf genommen. Das Bundesgericht sah sich denn auch nie veranlasst, die Gesetzeskonformität von Art. 25 ArGV 2 infrage zu stellen (Urteile 2C_10/2013 vom 10. Januar 2014 E. 2.1, zur Publikation vorgesehen; 2A.704/2005 vom 4. April 2006 E. 3.3; 2A.166/2003 vom 7. August 2003 E. 2.2; 2A.578/2000 vom 24. August 2001 E. 3; vgl. ferner BGE 125 I 431 E. 4e/aa S. 439).

5.3.2 Art. 25 Abs. 2 ArGV 2 umschreibt den Begriff «Betriebe in Fremdenverkehrsgebieten» als Betriebe in Kur-, Sport-, Ausflugs- und Erholungsorten, in denen der Fremdenverkehr von wesentlicher Bedeutung ist und erheblichen saisonmässigen Schwankungen unterliegt. Entscheidend ist damit die Lage des Betriebs in einem bestimmten «Ort», der sich durch drei Merkmale auszeichnet: Es handelt sich erstens um einen Ort, an dem ein Angebot an Kuren, Sportaktivitäten oder Erholungsaufenthalten besteht oder der ein Ausflugsziel darstellt. Zweitens spielt der Fremdenverkehr dort eine wesentliche Bedeutung und unterliegt drittens erheblichen saisonmässigen Schwankungen (Urteile 2C_10/2013 vom 10. Januar 2014 E. 2.2.1, zur Publikation vorgesehen; 2A.704/2005 vom 4. April 2006 E. 3.3.1).

5.3.3 Der Ortsbegriff des Art. 25 Abs. 2 ArGV 2 ist nach konstanter bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht derart eng zu verstehen, dass er sich einzig auf isolierte Tourismussiedlungen in abgelegenen Gebieten bezieht, sondern zeichnet sich primär durch das touristische Angebot aus (Urteile 2C_10/2013 vom 10. Januar 2014 E. 2.2.1, zur Publikation vorgesehen; 2A.578/2000 vom 24. August 2001 E. 4a). Das Vorliegen eines solchen Ortes darf jedoch nicht allzu leicht bejaht werden. Das Beherbergungsangebot (Hotel und Parahotellerie), das Vorhandensein von Sport- und Erholungseinrichtungen sowie weitere objektive Kriterien spielen eine entscheidende Rolle.

Nach dem Gesagten ist der Ortsbegriff des Art. 25 Abs. 2 ArGV 2 durch die Lage und die Konzentration des touristischen Angebots und der touristischen Infrastruktur gekennzeichnet und begrenzt. Nicht massgeblich ist, ob es sich um eine ganze Ortschaft oder Stadt oder um einen Stadtteil handelt. Ebenso wenig deckt sich der Ortsbegriff notwendigerweise mit dem Gebiet einer bestimmten politischen Gemeinde. Es ist – zumindest

theoretisch – nicht ausgeschlossen, dass es sich um ein mehrere Ortschaften umfassendes Gebiet handeln kann (z.B. ein Skigebiet). Entscheidend ist in jedem Fall, dass der Ortsbegriff des Art. 25 Abs. 2 ArGV 2 durch das touristische Angebot und die touristischen Anlagen örtlich klar begrenzt und damit auf die lokale Ebene ausgerichtet bleibt (vgl. zum Ganzen Urteil 2C_10/2013 vom 10. Januar 2014 E. 2.2.1 und E. 5.1, zur Publikation vorgesehen).

5.3.4 Es ist diese Ausrichtung auf die lokale Ebene, welche die Umschreibung des Fremdenverkehrsgebiets in Art. 25 Abs. 2 ArGV 2 von derjenigen in der Gesetzgebung zur Förderung der Beherbergungswirtschaft unterscheidet (Art. 5 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 20. Juni 2003 über die Förderung der Beherbergungswirtschaft [SR 935.12] sowie Art. 2 und Anhang der Verordnung vom 26. November 2003 zum Bundesgesetz über die Förderung der Beherbergungswirtschaft [SR 935.121]). Letztere erfasst bereits nach dem Wortlaut «Gebiete und Ortschaften», folgt also einem regionalen Ansatz, der keine so scharfen örtlichen Grenzen aufweist wie Art. 25 Abs. 2 ArGV 2 (Urteil 2C_10/2013 vom 10. Januar 2014 E. 5.1, zur Publikation vorgesehen). Es werden denn auch ganze Kantone wie Graubünden oder Wallis als Fremdenverkehrsgebiete nach der Gesetzgebung zur Förderung der Beherbergungswirtschaft qualifiziert, was bei Art. 25 Abs. 2 ArGV 2 ausgeschlossen ist.

Dies ist Ausdruck des unterschiedlichen Regelungszusammenhangs: Bei regional-sektoraler Strukturpolitik kann sich eine weite Umschreibung gegebenenfalls rechtfertigen, während diese Offenheit im Kontext des öffentlichen Arbeitsrechts Gefahr liefe, dem Arbeitnehmerschutz zuwiderzulaufen (Urteil 2C_10/2013 vom 10. Januar 2014 E. 5.1, zur Publikation vorgesehen). Ausnahmen vom Verbot der Sonntagsarbeit sind im Interesse eines wirksamen Arbeitnehmerschutzes nach konstanter Rechtsprechung eng auszulegen (Art. 110 Abs. 1 lit. a BV; Art. 18 und 27 Abs. 1 ArG; BGE 136 II 427 E. 3.2 S. 431 mit Hinweisen; 134 II 265 E. 5.5 S. 270 f.; 126 II 106 E. 5a S. 109 f.; vgl. ferner zum Zweck des Verbots der Sonntagsarbeit BGE 116 Ib 270 E. 4a S. 274 f.).

5.3.5 Liegt der Betrieb in einem Kur-, Sport-, Ausflugs- oder Erholungsort nach Art. 25 Abs. 2 ArGV 2, ist weiter zu klären, ob der Fremdenverkehr dort von wesentlicher Bedeutung ist und erheblichen saisonmässigen Schwankungen unterliegt (vgl. zu Letzterem auch unten E. 5.5). Dabei können tourismuswirtschaftliche Zahlen berücksichtigt werden, soweit sie Aufschlüsse über den nach Art. 25 Abs. 2 ArGV 2 massgeblichen Ort zulassen. Diese statistischen Daten können sich namentlich auf das Beherbergungsangebot (Hotel und Parahotellerie) und die Übernachtungen sowie den Anteil des Tourismus an der Gesamtbeschäftigung beziehen (Urteil 2C_10/2013 vom 10. Januar 2014 E. 5.1, zur Publikation vorgesehen).

Das Bundesgericht hat es abgelehnt, die «wesentliche Bedeutung» des Fremdenverkehrs von starren quantitativen Schwellenwerten abhängig

zu machen. Vielmehr ist auch die Umschreibung des Ortsbegriffs im konkreten Fall zu berücksichtigen. Mit Bezug auf die Gemeinde Murten (mehr als 6000 Einwohner) hat es das Bundesgericht jüngst als sehr zweifelhaft («très douteux») bezeichnet, ob die touristischen Aktivitäten mehr als die Hälfte aller wirtschaftlichen Aktivitäten ausmachen müssen (Urteil 2C_10/2013 vom 10. Januar 2014 E. 5.2, zur Publikation vorgesehen).

5.4

5.4.1 Liegt ein Betrieb innerhalb eines Fremdenverkehrsgebiets im Sinne von Art. 25 Abs. 2 ArGV 2, bleibt zu prüfen, ob der Betrieb «der Befriedigung spezifischer Bedürfnisse der Touristen» dient (Art. 25 Abs. 1 ArGV 2). Darunter fallen jene Betriebe, die tatsächlich den Bedürfnissen des Fremdenverkehrs dienen. Diese Betriebe sind regelmässig in besonderer Weise von saisonmässigen Schwankungen im Tourismus betroffen. Nicht dazu zählen jene Betriebe, die in erster Linie oder gar ausschliesslich die Bedürfnisse der einheimischen Bevölkerung befriedigen (Urteil 2A.578/2000 vom 24. August 2001 E. 5c mit Hinweis).

5.4.2 Dabei können die «spezifischen Bedürfnisse der Touristen» nicht derart weit gefasst werden, dass das blossе Einkaufserlebnis («Einkaufstourismus») darunter fällt. Ansonsten würde das Kriterium weitgehend leerlaufen (vgl. BGE 126 II 106 E. 5a S. 109 f.). Dagegen wäre es verfehlt, die touristischen Bedürfnisse auf diejenigen Bedürfnisse beschränken zu wollen, die einzig und allein den Touristen eigen sind (z.B. Souvenirartikel, Reiseführer). Vielmehr können nach konstanter bundesgerichtlicher Praxis auch Grundbedürfnisse des Menschen dazu zählen (z.B. Lebensmittel oder Hygieneprodukte; BGE 126 II 106 E. 4 S. 109; Urteile 2C_10/2013 vom 10. Januar 2014 E. 2.3, zur Publikation vorgesehen; 2A.578/2000 vom 24. August 2001 E. 5; 2A.612/1999 vom 30. Juni 2000 E. 5a).

5.4.3 Zur Abklärung, ob das Kriterium erfüllt ist, können neben dem Anteil der Touristen an der Kundschaft des betreffenden Betriebes auch Indizien wie namentlich die Umsatzentwicklung, der Gesamteindruck des angebotenen Sortiments und der übrige Marktauftritt angemessen Beachtung finden (vgl. z.B. Urteile 2C_10/2013 vom 10. Januar 2014 E. 5.2, zur Publikation vorgesehen; 2A.578/2000 vom 24. August 2001 E. 6; 2A.612/1999 vom 30. Juni 2000 E. 5b). Weiter ist es in diesem Rahmen ebenfalls wichtig zu prüfen, inwiefern die Bedürfnisse der Touristen anderweitig abgedeckt werden (Urteil 2C_10/2013 vom 10. Januar 2014 E. 2.3, zur Publikation vorgesehen), was auch von den jeweiligen Tourismusformen abhängt. So hat das Bundesgericht etwa berücksichtigt, dass in den Franches-Montagnes (Jura) der Camping-Tourismus eine wichtige Rolle spielt und daher bei einer Anreise am Wochenende ein Bedarf besteht, Güter des täglichen Gebrauchs vor Ort einzukaufen (Urteil 2A.612/1999 vom 30. Juni 2000 E. 5b).

5.5 Art. 25 Abs. 1 ArGV 2 lässt Abweichungen vom Verbot der Sonntagsarbeit «während der Saison» («pendant la saison touristique»; «durante la stagione») zu. Dieses Kriterium dient der zeitlichen Eingrenzung und knüpft daran an, dass der Tourismus in Fremdenverkehrsgebieten erheblichen saisonmässigen Schwankungen unterliegt (Art. 25 Abs. 2 ArGV 2). In diesen Gebieten weist der Zustrom an Touristen mit anderen Worten saisonale Spitzen auf, während derer sich eine Abweichung vom Verbot der Sonntagsarbeit rechtfertigt. Dabei schränkt der Wortlaut von Art. 25 Abs. 1 ArGV 2 die Sonderbestimmungen nicht auf eine einzige Saison pro Jahr ein. Fremdenverkehrsgebiete können denn auch mehrere zeitlich klar begrenzte Saisonspitzen pro Jahr verzeichnen (z.B. Sommer- und Wintersaison). In jedem Fall ist aber darauf zu achten, dass das gesetzliche Kriterium der Saisonalität nicht dadurch unterlaufen wird, dass die zeitlichen Grenzen der (Hoch-) Saison übermässig weit gezogen werden.

5.6 Insgesamt stellt Art. 25 ArGV 2 eine sachgerechte und zwecktaugliche Konkretisierung von Art. 27 Abs. 2 lit. c ArG dar, die es namentlich erlaubt, die jeweiligen örtlichen und sachlichen Gegebenheiten gebührend zu berücksichtigen.

Vorbehalten bleiben gemäss Art. 71 lit. c ArG namentlich Polizeivorschriften des Bundes, der Kantone und der Gemeinden über die Sonntagsruhe und über die Öffnungszeiten von Betrieben, die dem Detailverkauf, der Bewirtung oder der Unterhaltung dienen. Kantonale oder kommunale Ladenschlussvorschriften dürfen, wie das Bundesgericht in konstanter Rechtsprechung erkannt hat, seit Inkrafttreten des eidgenössischen Arbeitsgesetzes weiterhin dem Schutz der Nacht- und Feiertagsruhe bzw. – aus sozialpolitischen Überlegungen – allenfalls jenem der nicht dem Arbeitsgesetz unterstellten Personen (Geschäftsinhaber und ihre Familienangehörigen, gewisse leitende Angestellte) dienen, nicht aber dem Schutz des Verkaufspersonals, welcher durch das Arbeitsgesetz abschliessend geregelt ist (BGE 130 I 279 E. 2.3.1 S. 284 mit Hinweisen). Soweit die Kantone oder Gemeinden unter Beachtung dieser Vorgaben die Ladenöffnungszeiten einschränken, kann von den Sonderbestimmungen für Betriebe in Fremdenverkehrsgebieten kein Gebrauch gemacht werden (vgl. eingehend Urteil 2C_10/2013 vom 10. Januar 2014 E. 2.5, zur Publikation vorgesehen).

6.

6.1 Entgegen der Vorinstanz ist es ausgeschlossen, den ganzen Kanton Graubünden pauschal als Fremdenverkehrsgebiet nach Art. 25 Abs. 2 ArGV 2 zu qualifizieren. Die Bezugnahme auf die Gesetzgebung zur Förderung der Beherbergungswirtschaft überzeugt nicht (vgl. oben E. 5.3.4). Vielmehr ist anhand der in Art. 25 Abs. 2 ArGV 2 aufgezählten Kriterien zu prüfen, ob das Outlet-Einkaufszentrum in einem Kur-, Sport-, Ausflugs- oder Erholungsort liegt, in dem der Fremdenverkehr von wesentlicher Bedeutung ist und erheblichen saisonmässigen Schwankungen unterliegt.

6.2 Zu Unrecht stellt die Vorinstanz in ihrer (Eventual-)Begründung nicht auf das touristische Angebot vor Ort ab, sondern löst sich mit dem Kriterium des «funktionalen Raumes» von einer räumlich-territorialen Begrenzung. Ein solcher «funktionaler» Ansatz widerspricht der ursprünglichen Stossrichtung des Art. 27 Abs. 2 lit. c ArG und den konkretisierenden Kriterien auf Verordnungsstufe, wonach der Ortsbegriff des Art. 25 Abs. 2 ArGV 2 durch das touristische Angebot und die touristischen Anlagen örtlich klar begrenzt und damit auf die lokale Ebene ausgerichtet ist (vgl. oben E. 5.3.3). Die vorinstanzliche Argumentation läuft darauf hinaus, den Begriff des Fremdenverkehrsgebiets grossflächig auszudehnen. Damit würden das Verbot der Sonntagsarbeit (Art. 18 ArG) und der Gesetzeszweck eines wirksamen Arbeitnehmerschutzes unterlaufen (vgl. Urteil 2C_10/2013 vom 10. Januar 2014 E. 2.4 und E. 5.1, zur Publikation vorgeesehen).

6.3 Landquart wird nicht deswegen zum Kur-, Sport-, Ausflugs- oder Erholungsort, weil der Ort einen bedeutenden Verkehrsknotenpunkt im Kanton Graubünden darstellt, den die Touristen passieren, um zu ihren Zieldestinationen zu gelangen. Mit dieser Begründung könnten zahlreiche Zufahrtswege und damit weite Teile des Schweizer Mittellands zum Fremdenverkehrsgebiet nach Art. 25 Abs. 2 ArGV 2 erklärt werden. Aus den angeführten tourismuswirtschaftlichen Zahlen ergibt sich nichts anderes. Sie beziehen sich primär auf den gesamten Kanton Graubünden oder doch auf das Bündner Rheintal bzw. die Bündner Herrschaft und gehen damit über den Ortsbegriff des Art. 25 Abs. 2 ArGV 2 hinaus (vgl. dazu auch Urteil 2C_10/2013 vom 10. Januar 2014 E. 5.1, zur Publikation vorgesehen). Bezeichnenderweise äussert sich die Vorinstanz nicht näher zu den konkreten lokalen Verhältnissen, befindet sich doch das Outlet-Einkaufszentrum gemäss den Feststellungen der verwaltungsinternen Beschwerdeinstanz in einer der grössten Industriezonen des Kantons Graubünden.

6.4 Das Outlet-Einkaufszentrum liegt damit nicht in einem Fremdenverkehrsgebiet nach Art. 25 Abs. 2 ArGV 2 und die Beschwerde ist schon deswegen gutzuheissen. Es braucht damit nicht abschliessend geklärt zu werden, ob das Outlet-Einkaufszentrum der Befriedigung spezifischer Bedürfnisse der Touristen dient. Immerhin sei darauf hingewiesen, dass der vorliegende Sachverhalt deutliche Parallelen zu BGE 126 II 106 aufweist. In beiden Fällen handelt es sich um ein Outlet-Einkaufszentrum, in dem namentlich Bekleidungs- und Modeartikel zu vergünstigten Preisen angeboten werden. Entsprechend liegt die Vermutung nahe, dass auch vorliegend das «Einkaufserlebnis» im Vordergrund steht. Es wäre also vertieft abzuklären, ob das Outlet-Einkaufszentrum nicht in erster Linie den Bedürfnissen der Bevölkerung des Kantons Graubünden und der benachbarten Kantone dient. Solcher «Einkaufstourismus» wäre von Art. 25 ArGV 2 nicht erfasst.

Dabei mag es durchaus zutreffen, dass auch Touristen, die sich im Kanton Graubünden aufhalten, einen Bedarf an entsprechenden Produkten

und Waren (insb. Outdoor-Bekleidung, Sportartikel etc.) haben können. Das ist jedoch kein Grund, von der Ordnung des Art. 25 ArGV 2 abzuweichen, die Sonderbestimmungen für Betriebe in den einzelnen Tourismusdestinationen und damit «vor Ort» zulässt. Auch touristische Konsumbedürfnisse sind nicht jederzeit an jedem Ort zu befriedigen.

7.

7.1 Die Beschwerde erweist sich nach dem Gesagten als begründet und ist gutzuheissen. Es ist festzustellen, dass die Betriebe des Einkaufszentrums «Designer Outlet Landquart» nicht in einem Fremdenverkehrsgebiet nach Art. 25 ArGV 2 liegen und daher nicht ohne behördliche Bewilligung Arbeitnehmer am Sonntag beschäftigen dürfen.

Bundesgericht, Urteil vom 17. Februar 2014, Doss.-Nr. 4A_399/2013 (Bestätigung des Urteils des Obergerichts des Kantons Zürich vom 25. Juni 2013)

Alterskündigung. Eine ordentliche Kündigung bei Erreichen des Pensionsalters ist – vorbehaltlich besonderer Umstände – nicht missbräuchlich gemäss Art. 336 Abs. 1 lit. a OR. Eine solche Kündigung wird auch nicht deshalb missbräuchlich, weil vier Monate später ein Betriebsübergang stattfindet. Der Erwerber muss beim Übergang nicht mehr bestehende Arbeitsverträge nicht übernehmen und es können sich nur diejenigen Arbeitnehmer, deren Arbeitsverhältnis im Zeitpunkt des Betriebsübergangs noch andauert, auf Art. 333 OR berufen (E. 3.2, 3.4).

Sachverhalt:

X. (Kläger, Beschwerdeführer) arbeitete seit Oktober 1988 als nebenamtlicher Fachlehrer für Rechtslehren/HTL für das «Institut A.». Der Schulbetrieb wurde in der Folge wiederholt auf neue Rechtsträger übertragen. Zuletzt war die «Stiftung B.» (ab dem 13. Juli 2012 unter dem neuen Namen «Y.» [Beklagte, Beschwerdegegnerin]) bis am 31. Dezember 2011 Rechtsträgerin der damaligen Ingenieurschule. Per 1. Januar 2012 sollte der privatrechtliche Schulbetrieb der B. der «Y.» angegliedert werden.

In einem gemeinsam verfassten Schreiben der B. und der Y. vom 9. Mai 2011 wurde dem Kläger mitgeteilt, dass er mit seinem Lehrpensum von weniger als 20% der Personenkategorie «Einzelentschädiger» zugeteilt worden sei und dass die Angehörigen dieser Kategorie im Juni/August 2011 schriftlich über ihren künftigen Einsatz informiert würden. Mit Schreiben vom 11. Mai 2011 kündigte die B. dem Kläger das Arbeitsverhältnis per 15. August 2011. Im Zeitpunkt der Kündigung war der Kläger 70-jährig.

Am 20. Juni 2012 reichte der Kläger beim Arbeitsgericht Zürich eine Forderungsklage gegen die Beklagte ein, mit dem Begehren, die Beklagte sei zu verurteilen, ihm Fr. 25 074.– (9 Monatslöhne brutto) zuzüglich Zins ab 15. Februar 2012 (6 Monatslöhne) bzw. ab 31. Mai 2012 (3 Monatslöhne) zu bezahlen. Dabei hielt der Kläger den Anspruch auf Abgangschädigung aus langjährigem Arbeitsverhältnis ausdrücklich vor. Das Arbeitsgericht wies die Klage mit Urteil vom 24. April 2013 ab. Gegen dieses Urteil erhob der Kläger Berufung an das Obergericht des Kantons Zürich, welches die Klage mit Urteil vom 25. Juni 2013 ebenfalls abwies. Mit Beschwerde in Zivilsachen beantragt der Kläger dem Bundesgericht, das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 25. Juni 2013 sowie das Urteil des Bezirksgerichts Zürich (recte: Arbeitsgericht Zürich) vom 24. April 2013 seien aufzuheben und die Klage gutzuheissen.

Aus den Erwägungen:

3.

3.1 Der Beschwerdeführer macht unter Hinweis auf BGE 136 III 552 geltend, mit seiner im Hinblick auf sein Alter und die Anstellungsbedingungen bei der Y. ausgesprochenen Kündigung sei Art. 333 OR umgangen worden. Eine Umgehung zeige sich unter anderem darin, dass der Arbeitsplatz des entlassenen Arbeitnehmers mit einer Neuanstellung wieder besetzt werde. Seine Stelle sei sogleich nach der Kündigung durch eine neue Dozentin belegt worden. Die Vorinstanz begründe nicht, weshalb es «in der Natur der Sache» liegen solle, dass darin keine Gesetzesumgehung gesehen werden könne. Es könne nicht allein aufgrund des Alters des Beschwerdeführers gesagt werden, eine Kündigung – die im Zusammenhang mit einem Betriebsübergang erfolgt sei – stelle keine Umgehung von Art. 333 OR dar. Zudem verletze eine Nicht-Anwendung von Art. 333 OR im Hinblick auf das Alter das Diskriminierungsverbot gemäss Art. 8 Abs. 2 BV.

Darüber hinaus sei eine Kündigung, die aufgrund des Alters ausgesprochen wurde, bereits per se missbräuchlich, da der Grund der Kündigung gemäss Art. 336 Abs. 1 lit. a OR in der Eigenschaft des Arbeitnehmers gelegen habe. Sein Alter sei jahrelang nie ein Thema gewesen; er sei mehrere Jahre lang ohne Diskussion über eine angebliche «Altersgrenze» hinaus beschäftigt worden. Erst mit dem Betriebsübergang sei sein Alter plötzlich relevant geworden, womit die Kündigung – nebst einer Umgehung von Art. 333 OR – missbräuchlich sei.

3.2 Art. 333 Abs. 1 OR bestimmt, dass wenn der Arbeitgeber den Betrieb oder einen Betriebsteil auf einen Dritten überträgt, das Arbeitsverhältnis mit allen Rechten und Pflichten mit dem Tage der Betriebsnachfolge auf den Erwerber übergeht, sofern der Arbeitnehmer den Übergang nicht ablehnt.

In dem vom Beschwerdeführer zitierten BGE 136 III 552 hat das Bundesgericht festgehalten, dass nur die im Zeitpunkt des Betriebsübergangs bestehenden Arbeitsverhältnisse auf den Erwerber übergehen. Der Erwerber muss folglich beim Übergang nicht mehr bestehende Arbeitsverträge nicht übernehmen und es können sich nur diejenigen Arbeitnehmer, deren Arbeitsverhältnis im Zeitpunkt des Betriebsübergangs noch andauert, auf Art. 333 OR berufen; eine Berufung auf Art. 333 OR ist demnach nach wie vor möglich, wenn ein Arbeitsverhältnis auf einen Zeitpunkt nach dem Übergang gekündigt wird, nicht dagegen, wenn die Kündigung auf einen Zeitpunkt vor dem Betriebsübergang ausgesprochen wird (BGE 136 III 552 E. 3.1 S. 556 mit Hinweis).

Erfolgt eine Kündigung jedoch im Rahmen einer Betriebsübertragung, stellt sich die Frage, ob damit Art. 333 OR umgangen wurde: Mit dieser in der Lehre umstrittenen Frage hat sich das Bundesgericht im zitierten BGE 136 III 552 befasst. Dabei hat es unter Bezugnahme auf das europäische Recht festgehalten, dass eine betriebsübergangsbedingte Kündigung bzw. eine Kündigung, die auf einen vor der Übernahme des Betriebes liegenden Termin oder auf denselben erfolgt, grundsätzlich zulässig ist und nicht in jedem Fall eine Umgehung von Art. 333 Abs. 1 OR darstellt. Eine unzulässige Gesetzesumgehung liegt dann vor, wenn die Kündigung einzig den Zweck hat, den Übergang des Arbeitsverhältnisses oder seine Folgen zu verhindern. Der Veräusserer kann somit nicht die Verträge aller oder eines Teils seiner Angestellten kündigen, damit diese dann mit dem Erwerber neue Verträge schliessen und so die sich aus der Dauer der ursprünglichen Verträge ergebenden Vorteile verlieren. Ebenso wenig ist es zulässig, dass der Veräusserer eine oder bestimmte Personen entlässt, einzig weil der Übernehmer sie nicht haben will. Hingegen verstösst eine Kündigung nicht gegen Art. 333 Abs. 1 OR, wenn diese durch wirtschaftliche, technische oder organisatorische Gründe gerechtfertigt ist (BGE 136 III 552 E. 3.3 S. 558 f.; bestätigt in BGE 137 III 487 E. 4.5.2 S. 495).

3.3 Der Beschwerdeführer wurde bei der Beschwerdegegnerin jeweils (nur) für die Dauer eines Schulsemesters als nebenamtlicher Fachlehrer angestellt, wobei der Anstellungsvertrag vorsah, dass sich sein Arbeitsverhältnis um die Dauer eines Semesters verlängere, sofern dieses nicht von einer Partei bis spätestens am 15. Februar bzw. 15. August gekündigt werde. Mit Schreiben vom 11. Mai 2011 kündigte die Beschwerdegegnerin das Arbeitsverhältnis mit dem Beschwerdeführer ordentlich auf den 15. August 2011 bzw. auf Ende des im Arbeitsvertrag vom 3./8. Oktober 1988 vorgesehenen Schulsemesters.

Das Arbeitsverhältnis endete somit bereits rund viereinhalb Monate vor dem Betriebsübergang auf die Y.; vom Betriebsübergang erfasst sind wie erwähnt nur die bestehenden Arbeitsverhältnisse (vgl. E. 3.2 hiervor). Entgegen den Vorbringen des Beschwerdeführers geht aus den Feststellungen der Vorinstanz aber nicht – zumindest nicht primär – hervor, dass die Kündigung wegen des Betriebsübergangs erfolgt ist bzw. mit dem bevor-

stehenden Betriebsübergang begründet wurde. Dem angefochtenen Urteil kann nicht entnommen werden, dass dem Beschwerdeführer deshalb gekündigt wurde, «weil aufgrund des Betriebsübergangs» eine Weiterbeschäftigung nicht mehr möglich war. Die Vorinstanz hielt vielmehr fest: «Wie dem Kündigungsschreiben zu entnehmen ist, wurde dem damals 70-jährigen Kläger gekündigt, weil er das Pensionierungsalter längst erreicht hatte und weil eine öffentlich-rechtliche Anstellung ab 1. Januar 2012 ausgeschlossen war und eine privatrechtliche Weiterbeschäftigung aus Gründen der Gleichbehandlung mit öffentlich-rechtlich Angestellten ausser Betracht fiel». Daraus ergibt sich, dass der eigentliche Grund für die Kündigung das Alter des Beschwerdeführers war. Dass darüber hinaus eine Beschäftigung nach der geplanten Betriebsübertragung ohnehin als ausgeschlossen angesehen wurde, ändert an diesem Grund für die ordentliche Kündigung nichts. Der Beschwerdeführer müsste darlegen, dass die zitierte tatsächliche Feststellung der Vorinstanz willkürlich ist. In seiner Beschwerdeschrift begnügt er sich jedoch lediglich damit, die Sachlage aus seiner eigenen Sicht darzulegen. Damit vermag er den Anforderungen an eine Sachverhaltsrüge nicht zu genügen.

3.4 Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch die Beschwerdegegnerin wurde somit objektiv durch das Alter des Beschwerdeführers begründet. Eine ordentliche Kündigung bei Erreichen des Pensionsalters ist – vorbehaltlich besonderer Umstände – nicht missbräuchlich (vgl. SYLVIE PÉTREMANT, *La fixation de l'âge de la retraite en droit international, européen et suisse de la sécurité sociale*, 2013, S. 297 Rz. 954; OLIVIER SUBILIA/JEAN-LOUIS DUC, *Droit du travail*, 2010, S. 556 N. 15 zu Art. 336 OR mit Hinweis auf andere Meinung bei REHBINDER, in: *Berner Kommentar*, 1992, N. 3 zu Art. 336 OR). Soweit der Beschwerdeführer in diesem Zusammenhang eine Diskriminierung aufgrund des Alters (Art. 8 Abs. 2 BV) ausmacht, übergeht er, dass er sich im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis nicht auf unmittelbar diesen grundrechtlichen Schutz berufen kann (vgl. BGE 138 I 475 E. 3.3.2 S. 480 f.). Im Übrigen sei darauf hingewiesen, dass der Europäische Gerichtshof, der sich gestützt auf die Richtlinie 2000/78 auch im Hinblick auf privatrechtliche Arbeitsverhältnisse schon öfters mit der Frage beschäftigen musste, ob Altersgrenzen eine Diskriminierung wegen des Alters beinhalteten, wiederholt festgehalten hat, solche Regelungen würden dem «legitimen sozialpolitischen Ziel» entsprechen, eine ausgewogene Altersstruktur zu schaffen und im Interesse einer Verteilung der Beschäftigung zwischen den Generationen die berufliche Eingliederung jüngerer Arbeitnehmer zu fördern. Entsprechend verneinte er eine Diskriminierung (Urteil des EuGH vom 5. Juli 2012 C-141/11 *Hörnfeldt*, Rz. 47; Urteil vom 21. Juli 2011 C-159/10 und C-160/10 *Fuchs und Köhler*, Rz. 50 und 64, unter Bezugnahme auf die früheren Urteile vom 16. Oktober 2007 C-411/05 *Palacios de la Villa* und vom 12. Oktober 2010 C-45/09 *Rosenblatt*).

Eine solche Kündigung bzw. eine Kündigung, die gegenüber einem Angestellten ausgesprochen wird, der mit seinen 70 Jahren das allgemeine Pensionsalter längst überschritten hat, wird auch nicht deshalb missbräuchlich, weil vier Monate später ein Betriebsübergang stattfindet. Ebenso wenig kann der Beschwerdeführer eine Anwendung von Art. 333 OR herbeireden, weil seine Stelle für das neue Schulsemester mit einer jüngeren Dozentin belegt wurde. Es liegt auf der Hand, dass nach erfolgter Pensionierung die frei gewordene Stelle von einer jüngeren Dozierenden übernommen wird, wenn sie nicht gestrichen wird.

Tribunal fédéral, Arrêt du 19 février 2014, Doss.-No 4A_2/2014 (Rejet du recours en matière civile interjeté contre l'arrêt rendu le 23 septembre 2013 par la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal du canton de Vaud)

Congé abusif; art. 328 CO et 336 CO. Il incombe à l'employeur de veiller à la santé du travailleur non seulement pendant les rapports de travail, mais aussi lors de leur rupture. Constitue un congé abusif le licenciement notifié à un travailleur souffrant de troubles psychiques, sans chercher à comprendre les raisons pour lesquelles il n'est pas en mesure, selon son psychiatre, de travailler dans un magasin déterminé. Comme il lui était possible d'employer le travailleur dans un autre magasin, on pouvait attendre de l'employeur qu'il prenne en considération son trouble psychique, à tout le moins après s'être renseigné de manière plus approfondie (c. 3).

Extraits des faits:

Dès le mois d'octobre 1996, X. a travaillé au service de B. SA, commerce d'alimentation, en qualité d'aide-boulangier au magasin de Vich. Dès juillet 1997, il a changé de fonction pour devenir poissonnier dans le même magasin. En 2011, après que X. avait quitté cet emploi, la société Coopérative A. a absorbé B. SA, de sorte que le magasin B. SA à Vich est devenu un magasin Coopérative A. Dès le mois d'août 2000, X. est entré au service du groupe Coopérative A. en qualité de poissonnier. Sa carrière l'a conduit au poste de chef du rayon poissonnerie au magasin de Signy. Confronté à des problèmes de santé en 2011, il a exprimé le souhait d'être déchargé de cette responsabilité tout en demeurant employé au même rayon. Les responsables de l'employeuse lui ont proposé soit de rester au magasin de Signy comme employé dans un autre rayon, soit de travailler en qualité de poissonnier dans un autre magasin. X. a choisi la seconde solution, précisant qu'il était disposé à travailler dans n'importe quel point de vente entre Crissier et Blandonnet. Les parties sont convenues de résilier le contrat de travail qui les liait alors, avec effet au 31 décembre 2011, et d'en

conclure un nouveau à compter du 1^{er} janvier 2012. Par courrier du 27 septembre 2011, l'employeuse a proposé à X. un nouvel emploi de poissonnier au magasin de Vich, avec entrée en fonction dès le 1^{er} octobre suivant, les mêmes conditions salariales lui étant garanties jusqu'à la fin de l'année. L'employé ne s'est pas rendu à son nouveau lieu de travail, ainsi qu'il aurait dû le faire le 3 octobre 2011, pour cause de maladie. Cette incapacité de travail se prolongeant, l'assureur U., couvrant la perte de gain pour cause de maladie, a mis en oeuvre une expertise médicale confiée au docteur V., psychiatre, aux fins d'évaluer la capacité de travail de l'employé. Dans son rapport du 21 janvier 2012, l'expert a posé le diagnostic d'épisode dépressif de sévère intensité, avec symptômes psychotiques et d'état anxieux de moyenne intensité. Il a retenu que l'activité de vendeur ou employé pouvait raisonnablement être exigée du patient en dehors de sa place de travail antérieure (Vich) ou actuelle (Signy), avec une entière capacité de travail. Selon l'expert, on pouvait espérer une évolution positive avec l'attribution d'une place de travail en dehors des lieux mentionnés. A fin janvier 2012, U. a informé l'employeuse que X. pourrait à nouveau travailler dès le mois de février 2012. Coopérative A. a convoqué l'employé pour une reprise de son poste, conformément au nouveau contrat, le 13 février 2012. L'intéressé ne s'y est pas présenté. Par courrier du 21 mars 2012, il a fait informer l'employeuse qu'il était disponible pour reprendre le travail n'importe où ailleurs qu'à Vich, faisant allusion à «l'expérience extrêmement traumatisante [subie] à Vich par le passé, ce que tant l'expert U. que le psychiatre vous ont confirmé». Le même jour, le psychiatre traitant de l'employé a écrit à Coopérative A. pour attirer son attention sur les conclusions de l'expertise médicale, selon lesquelles X. ne pourrait reprendre une activité professionnelle qu'en dehors des magasins de Vich et de Signy. Il a indiqué qu'il était dans l'incapacité d'aborder dans ce courrier toutes les bonnes raisons pour lesquelles son patient ne pourrait probablement jamais travailler au magasin de Vich. Ce courrier mentionnait que le rapport d'expertise se trouvait en annexe. Après avoir répondu qu'elle verrait quelles suites donner aux revendications de X., l'employeuse l'a licencié par lettre du 5 avril 2012 avec effet au 31 juillet suivant.

X. s'est opposé à ce congé. Le 26 octobre 2012, il a ouvert action contre Coopérative A. devant le Tribunal de prud'hommes de l'arrondissement de la Côte. La défenderesse devait être condamnée à payer 3000 fr. à titre d'indemnité pour congé abusif, solde de vacances et bonus. Le tribunal s'est prononcé le 16 avril 2013. Il a pris acte de l'engagement de Coopérative A. de verser 615 fr. 50 à titre de solde de vacances et il a rejeté toutes autres ou plus amples conclusions. Il a considéré qu'il n'est pas illicite de licencier un travailleur absent de son emploi depuis un certain temps. La Cour d'appel civile du Tribunal cantonal du canton de Vaud a statué le 23 septembre 2013 sur l'appel du demandeur. Elle l'a partiellement admis. Elle a considéré que l'employeuse avait omis de prendre les mesures adaptées aux conditions de l'exploitation pour protéger notam-

ment la santé de son employé, dans la mesure où les rapports de travail permettaient équitablement de l'exiger d'elle. Le congé était par conséquent jugé abusif parce que contraire au droit de l'employé à la protection de sa personnalité. La Cour a condamné la défenderesse à payer au demandeur une indemnité correspondant à deux mois de salaire, soit 10 000 fr., avec intérêts. Agissant par la voie du recours en matière civile, la défenderesse requiert le Tribunal fédéral de confirmer le jugement du Tribunal de prud'hommes.

Extraits des considérants:

2.

La recourante soutient que l'autorité précédente a établi les faits de manière inexacte sur trois points. En premier lieu, elle lui reproche d'avoir faussement retenu qu'elle a eu connaissance du contenu du rapport d'expertise du docteur V. par courrier du psychiatre traitant de l'intimé du 21 mars 2012, alors que le tribunal de prud'hommes a établi que seule une page sortie de son contexte avait été communiquée par ce biais. Deuxièmement, elle indique qu'il n'existe aucune preuve propre à établir qu'elle ait disposé d'une place de travail susceptible d'accueillir l'employé ailleurs que dans le magasin de Vich. Troisièmement, selon la recourante, il était erroné de retenir que X. ait signé un contrat prévoyant son transfert à Vich puis tu son incapacité à travailler à cet endroit en raison de son affection psychique.

Sur le premier point, la Cour d'appel a retenu à titre alternatif que Coopérative A. avait à tout le moins connaissance de l'existence du rapport d'expertise, ce que la recourante omet de contester. Or, comme on le verra plus loin (consid. 3.2), ce point fait partie de la motivation qui, aux yeux des précédents juges, suffisait à sceller le sort de la cause. Dès lors, il incombait à la recourante, sous peine d'irrecevabilité, de démontrer en quoi cette constatation alternative est manifestement inexacte (sur l'exigence posée par la jurisprudence en matière de motivation alternative: cf. ATF 133 IV 119, consid. 6.3, p. 120–121). En ce qui concerne les deux autres points de fait ci-mentionnés, la recourante ne démontre pas non plus de manière suffisamment circonstanciée leur caractère prétendument erroné. La simple affirmation qu'un fait retenu est erroné ne satisfait pas à l'exigence de motivation. Par conséquent, les griefs dont il est ici question ne peuvent pas être examinés. On relèvera toutefois que le choix offert par l'employeuse à X., après la survenance de ses ennuis de santé, dénote une certaine capacité de rendre disponibles des places de travail idoines dans son entreprise. En outre, le courrier du psychiatre traitant à Coopérative A. du 21 mars 2012 atteste du lien entre une affection psychique et l'incapacité du demandeur de travailler au magasin de Vich.

3.

3.1. Selon le principe posé à l'art. 335 al. 1 CO, le contrat de travail conclu pour une durée indéterminée peut être résilié par chacune des parties. Ce droit fondamental de chaque cocontractant de mettre unilatéralement fin au contrat est cependant limité par les dispositions sur le congé abusif (art. 336 ss CO). La résiliation ordinaire du contrat de travail est abusive lorsqu'elle intervient dans l'une des situations énumérées à l'art. 336 al. 1 CO, lesquelles se rapportent aux motifs de la partie qui résilie. Cette disposition restreint, pour chaque cocontractant, le droit de mettre unilatéralement fin au contrat (ATF 136 III 513 consid. 2.3 p. 514/515; 132 III 115 consid. 2.4 p. 118; 131 III 535 consid. 4.2 p. 539 in medio). 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 (ATF 136 III 513 ibidem; 132 III 115 consid. 2 p. 116; 131 III 535 consid. 4 p. 537). Le motif de la résiliation relève du fait et il incombe en principe au travailleur d'apporter la preuve d'un motif abusif; le juge peut cependant présumer un abus lorsque le motif avancé par l'employeur semble mensonger et que celui-ci ne parvient pas à en apporter la confirmation (ATF 130 III 699 consid. 4.1 p. 702/703). Lorsque l'une des parties a résilié abusivement le contrat, l'art. 336a al. 1 et 2 CO autorise l'autre partie à réclamer une indemnité dont le juge fixe librement le montant en tenant compte de toutes les circonstances; cette indemnité ne peut toutefois pas excéder l'équivalent de six mois de salaire.

Selon l'art. 328 al. 1 CO, l'employeur protège et respecte, dans les rapports de travail, la personnalité du travailleur; en particulier, il manifeste les égards voulus par sa santé. L'art. 328 al. 2 CO précise que l'employeur doit prendre, pour protéger la vie, la santé et l'intégrité personnelle du travailleur, les mesures commandées par l'expérience, applicables en l'état de la technique, et adaptées aux conditions de l'exploitation, dans la mesure où les rapports de travail et la nature du travail permettent équitablement de l'exiger de lui.

3.2 En l'occurrence, la Cour d'appel a estimé que le congé en cause, bien qu'intervenu après la fin de la période de protection de l'art. 336c al. 1 let. b CO, est abusif au regard des art. 336 et suivants CO parce que donné par un employeur qui a violé le droit de son employé à la protection de sa personnalité. Selon l'autorité précédente, Coopérative A. était alors informée du contenu de l'expertise du docteur V. ou avait à tout le moins connaissance de son existence. Il lui appartenait dès lors d'interpeller cet expert sur les raisons pour lesquelles X. ne pouvait pas travailler à Vich. En ne le faisant pas et en choisissant plutôt de résilier le contrat de travail, l'employeuse n'a pas respecté son obligation de prendre les mesures adaptées aux conditions de l'exploitation pour protéger la santé du travailleur (art. 328 al. 2 CO). Comme elle était en mesure d'employer X. dans un autre magasin, on pouvait attendre de Coopérative A. qu'elle prenne en

considération son trouble psychique, à tout le moins après s'être renseignée de manière plus approfondie. Peu importe que l'employé ait reçu antérieurement la possibilité de modifier sa situation professionnelle, qu'il ait signé un contrat prévoyant son transfert à Vich et qu'il n'ait évoqué que tardivement son impossibilité d'occuper ce poste, car son comportement est à mettre sur le compte de son atteinte psychique. Selon les précédents juges, le caractère abusif du congé tient à ce qu'il a été donné alors que le travailleur avait fait valoir de bonne foi des prétentions résultant du contrat de travail, à savoir qu'il demandait à être transféré dans un autre magasin.

3.3 La recourante conteste longuement qu'il lui eût été possible d'obtenir de l'expert V. des renseignements sur les raisons de l'empêchement pour le demandeur de travailler au magasin de Vich. Elle n'attaque toutefois pas la motivation alternative de la Cour d'appel selon laquelle «on pouvait attendre de l'intimée (Coopérative A.) qu'elle prenne en considération le trouble psychique dont souffrait son employé, à tout le moins après s'être renseignée de manière plus approfondie». Par cette formule, les juges ont envisagé des moyens autres que la seule interpellation de l'expert médical, comme par exemple le recours à un médecin-conseil, admissible selon la jurisprudence (ATF 125 III 70, consid. 3c p. 76). Ici encore, le recours ne satisfait pas à l'exigence de motivation posée par la jurisprudence (ATF 133 IV 119, consid. 6.3, p. 120–121). De toute façon, ni le secret médical ni les règles sur la protection des données, que la recourante invoque, ne l'ont empêchée d'acquérir une connaissance sinon exhaustive, tout au moins approfondie du rapport d'expertise médicale, au point d'être en mesure d'y faire plusieurs références précises dans son mémoire. Dans la mesure où il est recevable, ce moyen est donc mal fondé.

3.4 C'est aussi en vain que la recourante soutient que l'intimé est déchu de son droit de faire valoir des faits constitutifs d'une atteinte à la personnalité au motif qu'il n'en a pas informé l'employeuse. D'une part, selon les constatations de fait de l'autorité précédente, qui lient le Tribunal fédéral (art. 105 al. 1 LTF), c'est en raison des troubles psychiques dont il souffrait que l'employé n'a pas révélé aussitôt son incapacité à prendre son poste dans le magasin auquel il était affecté. D'autre part, il incombe à l'employeur de veiller à la santé du travailleur non seulement pendant les rapports de travail, mais aussi lors de leur rupture (ATF 132 II 115, commenté par THOMAS KOLLER, RJB 144/2008 p. 342). En l'espèce, lors de la résiliation du contrat de travail, l'employeuse avait été informée des troubles de son employé, notamment par le psychiatre traitant.

Tribunal fédéral, Arrêt du 4 mars 2014, Doss.-No 4A_552/2013 (Rejet du recours en matière civile interjeté contre l'arrêt du Tribunal cantonal du canton de Vaud, Cour d'appel civile, du 25 juin 2013)

Réduction du salaire, art. 322 CO. L'employeur ne peut réduire unilatéralement le salaire du travailleur sans que celui-ci ne donne son accord ou qu'une clause contractuelle le permette. Au demeurant, même si les parties peuvent décider d'un commun accord, en cours de contrat, de diminuer le salaire pour le futur sans observer une quelconque forme, un accord tacite, par exemple lorsque le travailleur a accepté à plusieurs reprises un salaire inférieur à celui convenu à l'origine, ne peut être reconnu qu'exceptionnellement. Aussi le juge doit-il faire preuve de retenue avant d'inférer du silence d'un travailleur, à la suite de propositions de modifications du contrat dans un sens qui lui est défavorable, l'acceptation de telles propositions; celle-ci ne peut être admise que dans des situations où, selon les règles de la bonne foi, du droit ou de l'équité, une réaction du travailleur s'imposait en cas de désaccord de sa part (c. 4.1).

Lorsque le travailleur prétend qu'il continue à avoir droit à des prestations de l'assurance sociale, contre l'avis de cette dernière, et qu'il use des moyens légaux pour faire valoir ce droit, on ne saurait admettre un consentement de sa part à une réduction des conditions salariales découlant du contrat de travail (c. 4.2).

Extraits des faits:

A compter du 11 août 2003, Z. (ci-après: l'employé) a travaillé au service de X. SA (ci-après: l'employeuse), sise à Yverdon-les-Bains. Le contrat de travail prévoyait un horaire à plein temps, soit 44 heures et 15 minutes par semaine, et un salaire déterminé à l'heure qui a varié au cours du temps. Le 24 mars 2005, l'employé a été victime d'un accident sur son lieu de travail. Le cas a été pris en charge par la Caisse nationale d'assurance en cas d'accidents (CNA). Z. a été totalement incapable de travailler jusqu'au 10 avril 2005, après quoi il a repris son poste à 100%. Du 24 juin 2005 au 31 mars 2006, il a dû subir de nouveaux traitements, avec un séjour à la Clinique romande de réadaptation, de sorte qu'il a derechef été en incapacité complète de travail. Dès le 1^{er} avril 2006, un médecin de la CNA l'a estimé apte à reprendre son travail à 25%. Ce taux de capacité de travail a été confirmé après un nouveau séjour à la clinique sus-nommée entre le 15 novembre et le 15 décembre 2006. Du 1^{er} février 2007 au 17 septembre 2008, l'employé a bénéficié de mesures de réadaptation professionnelle auprès de l'employeuse, financées par l'assurance-invalidité (AI), en nature de formation pratique d'opérateur sur machines et de dessinateur. Au terme de ces mesures, l'AI a évalué l'incapacité de gain de l'assuré à 28%, tandis que la CNA a retenu une incapacité de travail de

30% à compter du 18 septembre 2008. Cependant, après avoir recueilli auprès de l'employeuse des informations relatives à la place de travail et à l'activité de l'employé, la CNA a estimé que ce dernier pouvait, dans ce poste, mettre en valeur une pleine capacité de travail. Nonobstant les objections de l'employé et de l'employeuse, la CNA a rendu le 26 mars 2009 une décision formelle refusant au premier une rente d'invalidité, faute de réduction importante de sa capacité de gain, et mettant fin le 31 mars 2009 au versement de l'indemnité journalière (calculée sur une incapacité de travail de 30%) en sa faveur. L'opposition formée par l'assuré contre ce prononcé a été rejetée par la CNA le 17 septembre 2009. Par arrêt du 11 mars 2011, la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal du canton de Vaud a réservé un sort identique au recours interjeté par l'employé contre cette dernière décision. Faute d'avoir été entrepris, cet arrêt est entré en force. Dès le mois d'avril 2009, l'employeuse a versé à l'employé un salaire correspondant à 70% des heures travaillées. Cependant, à partir du mois de septembre 2010, X. SA a de nouveau rémunéré l'employé à 100%, indiquant alors sur les bulletins de salaire un «salaire heures supplémentaires», correspondant à 30% des heures travaillées, versé à titre d'«avance (...) jusqu'à droit connu sur le recours concernant la décision de la SUVA». Ces indications n'ont plus été portées sur les bulletins de salaire dès le mois de mai 2011. Par courrier de son avocat du 17 mai 2011, Z. a manifesté l'intention auprès de l'employeuse de recouvrer son salaire en son entier pour la période du 1^{er} avril 2009 au 31 août 2010. Les 8 et 12 juillet 2011, employeuse et employé ont signé un avenant au contrat de travail qui les liait, prévoyant dès le 1^{er} août 2011 que ce dernier serait engagé en qualité de dessinateur technique et programmeur laser, pour un salaire horaire brut de 31 fr. 50, vacances et treizième mensualité non comprises.

Après avoir vainement tenté d'obtenir que l'employeuse lui verse un complément de salaire pour la période d'avril 2009 à août 2010 compris, Z. a ouvert action contre elle devant le Tribunal de prud'hommes de l'arrondissement de la Broye et du Nord vaudois, réclamant, après augmentation de ses conclusions, le paiement de la somme brute de 29 000 fr., avec intérêts. Par jugement du 16 juillet 2012, le tribunal de prud'hommes a entièrement fait droit aux conclusions de la demande. Par arrêt du 25 juin 2013, la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal du canton de Vaud a rejeté l'appel formé par l'employeuse contre ce jugement. X. SA interjette un recours en matière civile au Tribunal fédéral contre cet arrêt.

Extraits des considérants:

2.

Dans l'arrêt déféré, les juges cantonaux ont retenu que l'absence de réaction formelle de la part de l'employé à la réduction de son salaire par l'employeuse dès le mois d'avril 2009 trouvait sa justification dans les procédures d'opposition et de recours menées conjointement avec celle-ci à

l'encontre de la décision de la CNA. Selon ces magistrats, en attendant l'issue du litige, le travailleur était fondé à considérer la réduction de sa rémunération comme provisoire et l'employeuse ne pouvait pas inférer de son silence, ni même du fait que ce dernier n'avait pas émis de réserve expresse en cas de décision en sa défaveur, qu'il avait consenti à la réduction salariale. A cela s'ajoute le fait que l'employeuse a payé à nouveau le salaire initial dès septembre 2010, d'abord sous la forme (partielle) d'avances, puis sans restriction dès mai 2011. Les juges cantonaux en déduisent, avec les premiers juges, que cela suffit à contredire la thèse de l'employeuse selon laquelle l'employé a tacitement consenti à la baisse du salaire, dès l'instant où l'on ne verrait pas pour quelles raisons l'employeuse aurait derechef payé le salaire initial, si sa réduction avait été tacitement convenue. Du reste, l'employeuse n'a jamais demandé rétrocession des avances de salaire consenties.

(...)

4.

Invoquant en vrac une violation des art. 2 CC, 8 CC et 320 CO, la recourante soutient que les juges cantonaux ont interprété erronément la volonté des parties, du moment que l'intimé, en entamant des démarches auprès de l'assurance sociale, a implicitement admis que sa partie adverse n'avait pas à assumer les conséquences économiques engendrées par son état de santé. Selon la recourante, les parties étaient unies dans le constat que le rendement de l'intimé était diminué de 30%; elle en déduit que la réduction de salaire, objectivement fondée, était l'expression de leur commune volonté.

4.1 Le salaire régi par l'art. 322 al. 1 CO est une prestation en argent versée en contre-partie du travail fourni. Il s'agit d'un élément essentiel du contrat de travail. Selon l'art. 319 al. 1 CO, le salaire est fixé d'après le temps ou le travail fourni (salaire aux pièces ou à la tâche). Comme l'art. 322 CO est de droit dispositif, les parties peuvent, par un accord, décider de diminuer le salaire en cours de contrat, avant l'échéance du délai légal de congé. Un tel accord ne vaut toutefois que pour le futur et ne peut se rapporter à des prestations de travail déjà accomplies (arrêt 4A_511/2008 du 3 février 2009 consid. 5.1 et la référence).

L'employeur ne peut réduire unilatéralement le salaire du travailleur sans que celui-ci ne donne son accord ou qu'une clause contractuelle le permette (arrêt 4A_608/2009 du 25 février 2010 consid. 3.1; RÉMY WYLER, *Droit du travail*, 2^e éd. 2008, p. 176; WOLFGANG PORTMANN, in *Basler Kommentar, Obligationenrecht I*, 5^e éd. 2011, n^o 4 ad art. 322 CO; JÜRIG BRÜHWILER, *Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag*, 2^e éd. 1996, p. 101; TERCIER/FAVRE, *Les contrats spéciaux*, 4^e éd. 2009, n^o 3420 p. 504). Une réduction unilatérale sans l'accord du travailleur constitue une inexécution partielle de l'obligation de payer le salaire (BRÜHWILER, *op. cit.*, p. 102).

Au demeurant, même si les parties peuvent décider d'un commun accord, en cours de contrat, de diminuer le salaire pour le futur sans observer une quelconque forme (cf. arrêts 4A_608/2009 déjà cité, *ibidem*; 4C.242/2005 du 9 novembre 2005 consid. 4.3), un accord tacite, par exemple lorsque le travailleur a accepté à plusieurs reprises un salaire inférieur à celui convenu à l'origine, ne peut être reconnu qu'exceptionnellement. Aussi le juge doit-il faire preuve de retenue avant d'inférer du silence d'un travailleur, à la suite de propositions de modifications du contrat dans un sens qui lui est défavorable, l'acceptation de telles propositions; celle-ci ne peut être admise que dans des situations où, selon les règles de la bonne foi, du droit ou de l'équité, une réaction du travailleur s'imposait en cas de désaccord de sa part. S'agissant du fardeau de la preuve, il appartient à l'employeur d'établir les circonstances particulières permettant d'admettre que le travailleur a consenti tacitement à une réduction de salaire (arrêts 4A_511/2008 déjà cité, *ibidem*; 4C.242/2005 du 9 novembre 2005 consid. 4.3).

4.2 La recourante ne conteste pas que le salaire litigieux a été fixé au temps selon l'art. 319 al. 1 CO. Le salaire est donc dû, en principe, sans égard au résultat de l'activité déployée par le travailleur.

Lorsque le travailleur subit une incapacité de travail suite à un accident, les indemnités journalières sont versées à l'employeur dans la mesure où il continue à payer un salaire à l'assuré malgré son droit à des indemnités journalières (art. 19 al. 2 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000; LPGA, RS 830.1). Partant, la rémunération du travailleur à la charge de l'employeur s'en trouve réduite au plus dans la mesure des prescriptions – relativement impératives (art. 362 CO) – ancrées à l'art. 324b CO, sans que les conditions de salaire, telles qu'elles ressortent du contrat de travail, puissent apparaître modifiées pour autant.

Lesdites conditions de salaire sont au demeurant déterminantes pour le calcul des indemnités journalières (art. 15 al. 1 et 2 de la loi fédérale sur l'assurance-accidents du 20 mars 1981; LAA, RS 832.20). Si, par la suite, l'assurance sociale, pour quelque motif que ce soit, met fin au service de telles prestations, l'employeur ne saurait se prévaloir du fait qu'il n'a supporté – temporairement – que partiellement la charge du salaire pour en déduire que le travailleur a consenti à une réduction de rémunération. En outre, si, comme en l'occurrence, le travailleur prétend qu'il continue à avoir droit à des prestations de l'assurance sociale, contre l'avis de cette dernière, et qu'il use des moyens légaux pour faire valoir ce droit, on ne saurait admettre un consentement de sa part à une réduction des conditions salariales découlant du contrat de travail.

Le raisonnement des juges cantonaux, relaté au considérant 2 ci-dessus, est parfaitement conforme au droit fédéral.

Bundesgericht, Urteil vom 14. März 2014, Doss.-Nr. 8C_613/2013 (Bestätigung des Entscheids des Kantonsgerichts Basel-Landschaft vom 10. April 2013)

Öffentliches Personalrecht; Schlichtungsverfahren. Diskriminierungsstreitigkeiten aus öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnissen sind nach dem Baselbieter Einführungsgesetz zum Gleichstellungsgesetz (§ 3 Abs. 1 EG GIG) vor Anrufung richterlicher Behörden der Schlichtungsstelle zu unterbreiten. Da dieses Obligatorium als Nachteil empfunden werden kann, wenn die von der Diskriminierung betroffenen Personen gar kein Interesse am Beizug einer das Verfahren verlängernden Vermittlungsbehörde haben, weil schon Vergleichsverhandlungen unter den Parteien stattgefunden haben, sieht die inzwischen in Kraft getretene ZPO in Art. 199 Abs. 2 lit. c vor, dass die klagende Partei in Diskriminierungsfällen wahlweise auch direkt ans Gericht gelangen kann. Die beschwerdeführende Arbeitnehmerin macht nicht geltend, Art. 199 Abs. 2 lit. c ZPO komme im vorliegenden öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis zur Anwendung oder dessen Anwendung werde durch die vorinstanzliche Auslegung der kantonalrechtlichen Bestimmungen vereitelt (E. 4.3).

Sachverhalt:

A. war seit 1. August 2005 für den Kanton Basel-Landschaft tätig. Am 9. November 2010 unterzeichnete sie zusammen mit dem Vorsteher der Finanz- und Kirchendirektion eine Vereinbarung betreffend Auflösung des Arbeitsverhältnisses per 28. Februar 2011 unter sofortiger Freistellung. Über die unter dem Aspekt der Lohngleichheit umstrittene Einstufung während der Anstellung konnten sich die Parteien nicht einigen, weshalb dieser Punkt ausdrücklich von der Vereinbarung ausgenommen wurde.

Am 8. Februar 2011 reichte A. bei der Kantonalen Schlichtungsstelle für Diskriminierungsstreitigkeiten im Erwerbsleben (nachfolgend: Schlichtungsstelle) ein Gesuch um Durchführung eines Schlichtungsverfahrens gemäss Gleichstellungsgesetz ein. Im Anschluss an die Schlichtungsverhandlung vom 26. April 2011 wurde festgehalten, dass keine Einigung zustande gekommen sei. Mit Schreiben vom 27. April 2011 ersuchte A. die Finanz- und Kirchendirektion um Erlass einer Verfügung. Dem Begehren wurde jedoch nicht entsprochen. Mit Eingabe vom 5. Mai 2011 gelangte sie ans Kantonsgericht Basel-Landschaft mit dem Antrag, es sei die Finanz- und Kirchendirektion zu verpflichten, ihr für die Dauer ihrer Anstellung Lohn in Höhe von Fr. 144 483.– zuzüglich Zins nachzuzahlen. Mit Entscheid vom 13. Juni 2012 trat das kantonale Gericht auf die Beschwerde nicht ein mit der Begründung, die Vereinbarung vom 9. November 2010 stelle keine Verfügung und damit kein taugliches Anfechtungsobjekt dar. Am 25. September 2012 ersuchte A. die Finanz- und Kirchendirektion er-

neut um Erlass einer Verfügung. Mit Beschluss vom 30. Oktober 2012 verneinte der Regierungsrat des Kantons Basel-Landschaft, dass die Besoldung diskriminierend gewesen sei, weshalb keine Lohnnachzahlung ausgerichtet werde. Gegen den Beschluss vom 30. Oktober 2012 reichte A. beim Kantonsgericht Basel-Landschaft Beschwerde ein. Dieses beschränkte das Verfahren vorerst auf die Eintretensfrage und entschied am 10. April 2013, auf die Beschwerde nicht einzutreten, da vorgängig erneut ein Schlichtungsverfahren hätte durchgeführt werden müssen. Mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten beantragt A., es sei der Entscheid des Kantonsgerichts vom 10. April 2013 aufzuheben und auf die Beschwerde einzutreten.

Aus den Erwägungen:

1.

1.1 Das Bundesgericht prüft von Amtes wegen und mit freier Kognition, ob ein Rechtsmittel zulässig ist (Art. 29 Abs. 1 BGG; BGE 137 III 417 E. 1 S. 417 mit Hinweisen).

1.2 Die Beschwerde an das Bundesgericht ist zulässig gegen End- und Teilentscheide (Art. 90 und Art. 91 BGG), gegen Vor- und Zwischenentscheide (Art. 92 und Art. 93 BGG) und gegen das unrechtmässige Verweigern oder Verzögern eines anfechtbaren Entscheids (Art. 94 BGG).

Die Vorinstanz ist mit Entscheid vom 10. April 2013 auf die Beschwerde nicht eingetreten, da ein vorgängiges Schlichtungsverfahren erforderlich sei. Bei Nichteintretensentscheiden wegen funktioneller Unzuständigkeit ist von deren grundsätzlicher Anfechtbarkeit auszugehen (FELIX UHLMANN, Basler Kommentar, Bundesgerichtsgesetz, 2. Aufl. 2011, N. 8 zu Art. 92 BGG; bezüglich einer vorinstanzlichen Bejahung der funktionellen Zuständigkeit vgl. BGE 138 III 558 E. 1.3 S. 559).

1.3 Dem angefochtenen Entscheid liegt ein Gesuch um Lohnnachzahlung im Rahmen eines öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnisses, d.h. eine öffentlich-rechtliche Angelegenheit im Sinne von Art. 82 lit. a BGG zugrunde. 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.– (Art. 51 Abs. 1 lit. a, Art. 85 Abs. 1 lit. b BGG) ist erreicht. Auf die Beschwerde ist einzutreten.

2.

Streitig ist, ob vor der Beschwerdeeinreichung beim kantonalen Gericht erneut ein Schlichtungsverfahren durchzuführen ist.

2.1 Das kantonale Gericht hat erwogen, der Kanton Basel-Landschaft habe für Diskriminierungsbeschwerden aus öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen die vorgängige Durchführung des Schlichtungsverfahrens obligatorisch erklärt. Mit dem rechtskräftigen kantonsgerichtlichen Entscheid vom 13. Juni 2012 sei das Verfahren, welches mit dem Schlichtungsgesuch vom 8. Februar 2011 eingeleitet worden sei,

als Ganzes abgeschlossen worden. Bei dem im Anschluss daran ergangenen regierungsrätlichen Beschluss vom 30. Oktober 2012 handle es sich um eine (neue) Verfügung, bezüglich welcher erneut bei der Schlichtungsstelle ein Schlichtungsverfahren zu beantragen sei. Hinzu komme, dass infolge der langen Verfahrensdauer und der sich allenfalls dadurch veränderten Umstände die Möglichkeit einer Einigung vor der Schlichtungsstelle nicht auszuschliessen und daher am gesetzlich vorgegebenen Verfahren festzuhalten sei. Da der Instanzenzug somit nicht ausgeschöpft wurde, trat das kantonale Gericht auf die Beschwerde nicht ein.

2.2 Die Beschwerdeführerin macht eine willkürliche Anwendung von § 15 Abs. 1 in Verbindung mit § 8 des Einführungsgesetzes des Kantons Basel-Landschaft vom 27. November 1997 zum Gleichstellungsgesetz (EG GIG; SGS 108) in Verbindung mit Art. 62 ff. der Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (Zivilprozessordnung; ZPO; SR 272) geltend. Sie führt aus, die Vorinstanz habe das kantonale Recht willkürlich so angewendet, dass es zu einer rechtswidrigen Umsetzung von Bundesrecht gekommen sei. Nach Ansicht der Beschwerdeführerin hat der Entscheid des Kantonsgerichts vom 13. Juni 2012 lediglich das Beschwerdeverfahren, nicht aber das am 8. Februar 2011 anhängig gemachte Schlichtungsverfahren beendet, so dass kein neues Schlichtungsverfahren erforderlich sei. Eine Wiederholung des Schlichtungsverfahrens sei im kantonalen Verfahrensrecht nicht vorgesehen. Sie führe zu einer unnötigen Verfahrensverzögerung und verhindere damit eine angemessene Umsetzung des bundesrechtlich garantierten Anspruchs auf diskriminierungsfreien Lohn.

3.

3.1 Gemäss Art. 9 BV hat jede Person Anspruch darauf, von den staatlichen Organen ohne Willkür behandelt zu werden. Nach der Rechtsprechung ist eine Entscheidung willkürlich, wenn sie eine Norm oder einen klaren und unumstrittenen Rechtsgrundsatz offensichtlich schwer verletzt, sich mit sachlichen Gründen schlechthin nicht vertreten lässt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft. Das Bundesgericht hebt einen Entscheid jedoch nur auf, wenn nicht bloss die Begründung, sondern auch das Ergebnis unhaltbar ist. Willkürliche Rechtsanwendung liegt zudem nicht schon vor, wenn eine andere Lösung vertretbar oder sogar vorzuziehen wäre (BGE 137 I 1 E. 2.4 S. 5; 134 II 124 E. 4.1 S. 133).

3.2 Laut § 3 Abs. 1 EG GIG sind Diskriminierungsstreitigkeiten aus privatrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnissen vor der Anrufung richterlicher Behörden der Schlichtungsstelle zu unterbreiten. Die Schlichtungsstelle nimmt die ihr vom Bundesrecht übertragenen Aufgaben wahr, indem sie die Parteien berät und auf eine gütliche Verständigung der Parteien hinwirkt (§ 5 Abs. 1 lit. a und b EG GIG). Der im Abschnitt III (Verfahren in öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnissen) stehende § 14 EG GIG hält unter der Überschrift «Anhebung» fest: Das

Schlichtungsverfahren in öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnissen ist innert zehn Tagen seit der Zustellung der Verfügung schriftlich unter Angabe der Rechtsbegehren bei der Schlichtungsstelle zu beantragen (Abs. 1). Der Antrag auf Einleitung des Schlichtungsverfahrens unterbricht den Lauf der Beschwerdefrist bis zum Abschluss des Schlichtungsverfahrens (Abs. 2). Im Falle einer nicht auf einer Verfügung beruhenden Diskriminierung kann, sobald eine schriftliche Stellungnahme der vorgesetzten Stelle zur geltend gemachten Diskriminierung vorliegt oder eine solche auf Verlangen nicht innert 30 Tagen erlassen wird, das Schlichtungsverfahren schriftlich unter Angabe der Rechtsbegehren bei der Schlichtungsstelle beantragt werden (Abs. 3). Das Verfahren gemäss Abs. 3 ist innert fünf Jahren seit der geltend gemachten Diskriminierung zu beantragen (Abs. 4). § 16 EG GIG regelt die Beendigung des Schlichtungsverfahrens. Abs. 3 dieser Bestimmung lautet wie folgt: Ist kein Vergleich zustande gekommen, kann innert 10 Tagen seit der schriftlichen Feststellung, dass kein Vergleich zustande gekommen ist, gegen die ursprüngliche Verfügung oder den ursprünglichen Entscheid Beschwerde beim Kantonsgericht (Abteilung Verfassungs- und Verwaltungsrecht) erhoben oder der Erlass einer Verfügung verlangt werden.

3.3 § 15 Abs. 1 EG GIG sieht für die Instruktion, den Verfahrensablauf und die Beweisabnahme in öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnissen dieselben Verfahrensbestimmungen vor wie in privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen. Damit verweist die Bestimmung auf § 8 EG GIG, wonach sich das Verfahren in privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen nach den Vorschriften der Schweizerischen Zivilprozessordnung richtet. Gemäss Art. 62 Abs. 1 ZPO begründet die Einreichung eines Schlichtungsgesuches die Rechtshängigkeit. Diese dauert grundsätzlich bis zum formellen Abschluss des Verfahrens und somit bis zur rechtskräftigen Erledigung des Prozesses (DOMINIK INFANGER, Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2010, N. 22 zu Art. 62 ZPO).

4.

4.1 Das kantonale Gericht ging davon aus, die Beschwerdeführerin habe zwar innert zehn Tagen seit der Feststellung der Schlichtungsbehörde vom 26. April 2011, dass zwischen den Parteien keine Einigung zustande gekommen sei, mit Schreiben vom 27. April 2011 vom Beschwerdegegner eine anfechtbare Verfügung im Sinne von § 16 Abs. 3 EG GIG verlangt. Am 5. Mai 2011 habe sie zudem Beschwerde gegen die Vereinbarung vom 9. November 2010 eingereicht mit dem Antrag, diese sei dahingehend abzuändern, dass sie für die Zeit ihrer Anstellung Anspruch auf Lohn in Höhe von Fr. 144 483.– zuzüglich Zins habe. Gegen das Antwortschreiben des Beschwerdegegners vom 6. Mai 2011, in welchem dieser das Begehren um Erlass einer anfechtbaren Verfügung abschlägig beschied, habe sie hingegen weder Beschwerde erhoben noch eine Rechtsverweigerungs- oder Rechtsverzögerungsbeschwerde anhängig gemacht. Weiter hat die Vorinstanz erwogen, Anfechtungsgegenstand im mit Entscheid vom 13. Juni

2012 abgeschlossenen Verfahren habe ausschliesslich die Vereinbarung vom 9. November 2010 gebildet. Aufgrund des rechtskräftigen Abschlusses jenes Verfahrens schloss das kantonale Gericht, damit habe nicht nur das am 8. Februar 2011 beantragte Schlichtungsverfahren, sondern auch das beschwerdeführerische Gesuch vom 27. April 2011 um Erlass einer anfechtbaren Verfügung im Sinne von § 16 Abs. 3 in fine EG GIG den Zweck verloren, das hängige Verfahren voranzutreiben. In einem neuen Verfahren könne daher nicht wieder darauf zurückgegriffen werden.

4.2 Nach Ansicht des kantonalen Gerichts ist der nach Eintritt der Rechtskraft des kantonalen Gerichtsentscheids vom 13. Juni 2012 ergangene regierungsrätliche Beschluss vom 30. Oktober 2012 folglich nicht als Reaktion auf das beschwerdeführerische Gesuch vom 27. April 2011 um Erlass einer Verfügung im Sinne von § 16 Abs. 3 EG GIG zu interpretieren, sondern als neue Verfügung, bezüglich welcher gemäss § 3 Abs. 1 in Verbindung mit § 14 EG GIG erneut bei der Schlichtungsstelle das gesetzlich vorgesehene Schlichtungsverfahren zu beantragen sei.

4.3 Gemäss dem bis 31. Dezember 2010 in Kraft gestandenen Art. 11 des Bundesgesetzes vom 24. März 1995 über die Gleichstellung von Frau und Mann (Gleichstellungsgesetz, GIG; SR 151.1) haben die Kantone für die Arbeitsverhältnisse nach Obligationenrecht Schlichtungsstellen zu bezeichnen. Das Schlichtungsverfahren wurde als für die Parteien freiwillig bezeichnet, wobei die Kantone jedoch ein solches als verbindlich erklären konnten. Gestützt auf diese Bestimmung hat der Kanton Basel-Landschaft das EG GIG erlassen (§ 2 Abs. 1 EG GLG) und in § 3 für Diskriminierungstreitigkeiten ein Schlichtungsverfahren vor Anrufung der richterlichen Behörde auch für öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnisse zwingend vorgeschrieben. Mit dem vorgängigen Durchlaufen des Schlichtungsverfahrens sollen die Parteien vom spezifischen Fachwissen der Schlichtungsbehörden profitieren und damit nicht Gefahr laufen, vorschnell in ein gerichtliches Verfahren hineingezogen zu werden, ohne die damit verbundenen Konsequenzen abschätzen zu können. Gleichzeitig sollen die ordentlichen Gerichte entlastet werden. Das Obligatorium kann allerdings dann als Nachteil empfunden werden, wenn die von der Diskriminierung betroffenen Personen gar kein Interesse haben, eine Vermittlungsbehörde beizuziehen und dadurch das Verfahren zu verlängern, da bereits schon längere Diskussionen und Vergleichsverhandlungen unter den Parteien stattgefunden haben (vgl. zum Ganzen: SUSY STAUBER-MOSER, Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, 2009, N. 54 ff. zu Art. 11 GIG). Aus diesem Grund sieht die am 1. Januar 2011 in Kraft getretene Schweizerische Zivilprozessordnung vor, dass die klagende Partei in Diskriminierungsfällen wahlweise auch direkt ans Gericht gelangen kann (Art. 199 Abs. 2 lit. c ZPO). Die Beschwerdeführerin macht nicht geltend, Art. 199 Abs. 2 lit. c ZPO komme im vorliegend zur Diskussion stehenden öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis zur Anwendung oder dessen Anwendung werde durch die vorinstanzliche Auslegung der kantonalrechtlichen Be-

stimmungen vereitelt. § 3 Abs. 1 EG GIG sieht nach wie vor ausdrücklich ein vorgängiges Schlichtungsverfahren für öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnisse vor. Wie der Landratsvorlage 1997/089 über das EG GIG zu entnehmen ist, war der Regierungsrat klar der Meinung, dass für öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnisse eine Schlichtungsstelle tunlich und obligatorisch zu erklären sei. Begründet wurde dies damit, dass die Schlichtungsstelle ein rasches, unkompliziertes Verfahren anbieten soll mit dem Ziel, in einer Auseinandersetzung in Gleichstellungsfragen in jedem Fall zuerst die gütliche Einigung zu versuchen und die ohnehin stark belasteten Gerichte erst dann zu bemühen, wenn es anders nicht mehr geht.

4.4 Wenn das kantonale Gericht davon ausging, es habe nach Eintritt der Rechtskraft des Entscheids vom 13. Juni 2012 ein neues Verfahren eingeleitet werden müssen, welches aufgrund von § 3 Abs. 1 EG GIG seinerseits erneut die Anhebung eines Schlichtungsverfahrens gemäss § 14 Abs. 1 EG GIG erforderlich mache, kann diese Schlussfolgerung mit Blick auf den Wortlaut sowie Sinn und Zweck von § 3 Abs. 1 EG GIG nicht als stossend oder schlichtweg unhaltbar bezeichnet werden, auch wenn in Anbetracht der ursprünglichen Weigerung des Regierungsrates gegenüber der gleichen Forderung der Beschwerdeführerin eine anfechtbare Verfügung zu erlassen und erst nach dem Nichteintretensentscheid der Vorinstanz (ablehnend) zu verfügen, durchaus auch eine andere Lösung vertretbar gewesen wäre. Insofern hat nämlich am 26. April 2011 über den gleichen Gegenstand vor dem mit Beschwerde vom 9. November 2012 anhängig gemachten zweiten vorinstanzlichen Verfahren ein Schlichtungsverfahren gemäss § 3 Abs. 1 EG GIG stattgefunden. Die Vorinstanz geht denn auch nicht von einem geänderten Inhalt des regierungsrätlichen Beschlusses vom 30. Oktober 2012 aus, sondern spekuliert mit der Möglichkeit der Änderung der Vergleichsbereitschaft infolge Zeitablaufs. Diese Begründung ist knapp nachvollziehbar und führt – auch mit Blick auf die dadurch verursachte zeitliche Verzögerung des Verfahrens – nicht zu einem unhaltbaren Ergebnis.

5.

Nach dem Gesagten ist die Beschwerde abzuweisen.

Bundesgericht, Urteil vom 20. März 2014, Doss.-Nr. 6B_1112/2013 (Bestätigung des Urteils des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt vom 20. August 2013)

Beschäftigung von Ausländerinnen ohne Bewilligung. Beschäftigen bedeutet im Sinne von Art. 117 Abs. 1 AuG, jemanden eine Berufstätigkeit ausüben zu lassen, ohne dass es auf die Natur des Rechtsverhältnisses ankommt. Es ist von einem weiten, faktischen Arbeitgeberbegriff auszugehen. Nicht zwingend ist die Ausrichtung eines Lohns

durch den Arbeitgeber erforderlich. Vorliegend ist entscheidend, dass der Arbeitgeber eine Bar betreibt, in der Prostituierte mit seiner zumindest stillschweigenden Einwilligung Gäste animieren, und diesen in der gleichen Liegenschaft Zimmer vermietet, in denen sie nach der Animation den Gästen ihre Dienste anbieten. Damit stellt er, wenn auch vordergründig in getrennten Räumlichkeiten, Ausländerinnen gegen Entgelt gesamthaft eine Infrastruktur zur Verfügung, damit sie ohne die erforderliche Bewilligung der Prostitution nachgehen können (E. 3.3).

Sachverhalt:

Die Anklage wirft X. vor, vier ausländische Frauen ohne Bewilligung beschäftigt zu haben, welche in der von ihm betriebenen «A. Bar» ihre Liebesdienste angeboten und sich in den darüber liegenden, von ihm vermieteten Zimmern, prostituiert hätten.

Das Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt verurteilte X. am 20. August 2013 zweitinstanzlich wegen mehrfacher Beschäftigung von Ausländerinnen ohne Bewilligung zu einer bedingten Geldstrafe von 40 Tagessätzen zu Fr. 120.– und einer Busse von Fr. 4000.–. In einem Fall sprach es X. von der Anklage frei. X. erhebt Beschwerde in Strafsachen. Er beantragt, das angefochtene Urteil sei aufzuheben, und er sei von der Anklage freizusprechen.

Aus den Erwägungen:

3.

3.1 Der Beschwerdeführer rügt eine bundesrechtswidrige Anwendung von Art. 117 Abs. 1 AuG. Er macht wie im kantonalen Verfahren geltend, kein Arbeitgeber im Sinne der zitierten Bestimmungen zu sein. Er habe lediglich eine Bar betrieben und Zimmer an Personen vermietet, welche damit das Recht zur freien Nutzung erhielten. Für deren Verhalten sei er nicht verantwortlich.

3.2 Gemäss Art. 117 Abs. 1 AuG macht sich u.a. strafbar, wer als Arbeitgeberin oder Arbeitgeber vorsätzlich Ausländerinnen und Ausländer beschäftigt, die in der Schweiz nicht zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtigt sind. Der Arbeitgeber hat sich vor dem Stellenantritt der Ausländerin oder des Ausländers durch Einsicht in den Ausweis oder durch Nachfrage bei den zuständigen Behörden zu vergewissern, dass die Berechtigung zur Erwerbstätigkeit in der Schweiz besteht (Art. 91 Abs. 1 AuG).

3.3 Der Schuldspruch wegen mehrfacher Beschäftigung von Ausländerinnen ohne Bewilligung (Art. 117 Abs. 1 AuG) verstösst nicht gegen Bundesrecht. Die Vorinstanz geht in Anwendung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (BGE 137 IV 159 E. 1.4; 128 IV 170 E. 4.1 f.) von einem weiten, faktischen Arbeitgeberbegriff aus. Der Einwand des Beschwerde-

führers, für die Annahme eines Beschäftigungsverhältnisses sei zwingend die Ausrichtung eines Lohnes durch den Arbeitgeber erforderlich, geht fehl. Beschäftigen im Sinne von Art. 117 Abs. 1 AuG bedeutet, jemanden eine Berufstätigkeit ausüben zu lassen, ohne dass es auf die Natur des Rechtsverhältnisses ankommt (128 IV 170 E. 4.1 f.). Entscheidend ist, dass der Beschwerdeführer eine Bar betreibt, in welcher Prostituierte mit seiner zumindest stillschweigenden Einwilligung Gäste animieren, und diesen in der gleichen Liegenschaft Zimmer vermietet, in denen sie nach der Animation den Gästen ihre Dienste anbieten. Damit stellt er, wenn auch vordergründig in getrennten Räumlichkeiten, Ausländerinnen gegen Entgelt gesamthaft eine Infrastruktur zur Verfügung, damit sie ohne die erforderliche Bewilligung der Prostitution nachgehen können. Soweit der Beschwerdeführer einwendet, der Barbetrieb und die Zimmervermietung erfolgten «parallel» und damit unabhängig voneinander, weicht er von den verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz ab, wonach er ausgesagt hat, die Wohnung aus Angst vor geschäftsschädigender (aus dem Rotlichtmilieu) Konkurrenz gemietet zu haben.

4.

Die Beschwerde ist abzuweisen, soweit auf sie eingetreten werden kann. Die bundesgerichtlichen Kosten sind dem Beschwerdeführer aufzulegen (Art. 66 Abs. 1 BG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

Tribunal fédéral, Arrêt du 27 mars 2014, Doss.-No 4A_602/2013 (Rejet du recours en matière civile interjeté contre l'arrêt de la Cour de justice du canton de Genève, Chambre des prud'hommes, du 31 octobre 2013)

Art. 319 al. 1 CO. Le lien de subordination constitue le critère distinctif essentiel du contrat de travail. Le critère de la subordination doit toutefois être relativisé en ce qui concerne les personnes exerçant des professions typiquement libérales ou ayant des fonctions dirigeantes. L'indépendance de l'employé est alors beaucoup plus grande et la subordination est alors essentiellement organisationnelle. Dans un tel cas, plaident notamment en faveur du contrat de travail la rémunération fixe ou périodique, la mise à disposition d'une place de travail et des outils de travail, ainsi que la prise en charge par l'employeur du risque de l'entreprise; le travailleur renonce à participer au marché comme entrepreneur assumant le risque économique et abandonne à un tiers l'exploitation de sa prestation, en contrepartie d'un revenu assuré. D'autres indices peuvent également militer en faveur du contrat de travail: il s'agit du prélèvement de cotisations sociales sur la rémunération due ou la qualification d'activité lucrative dépendante par les autorités fiscales ou les assurances sociales (c. 3.2).

Extraits des faits:

X. SA, dont le siège est à Sion, a pour but le commerce de produits, l'achat, la vente, la location et la gérance d'immeubles, l'exploitation de meublés et d'hôtels. Elle exploite notamment la résidence hôtelière V., à Genève. Son capital social est détenu par F.Z. et par son neveu par alliance S.Z., à raison de 32% chacun, ainsi que par A., à raison de 36%. F.Z. affirme avoir été salariée depuis 1991 de X. SA au service de laquelle, en vertu d'un contrat de mandat du 10 février 1993, elle gérait la résidence hôtelière V., en compagnie de son mari H.Z. Selon un rapport établi en 2000 par B., alors administrateur unique de X. SA, F.Z. a été engagée en 1999 par cette société comme salariée pour une question de patente d'hôtel. A compter d'octobre 2000, F.Z. et S.Z. ont été nommés administrateurs de X. SA, avec signature collective à deux. Dès octobre 2001, la première, en qualité de présidente, a bénéficié de la signature individuelle. Lors de l'assemblée générale des actionnaires de X. SA du 29 novembre 2002, F.Z. n'a pas été reconduite dans cette fonction et un tiers a été désigné en qualité d'administrateur unique. Sur requête de F.Z., le Tribunal de première instance de Genève, par jugement rendu par défaut le 4 mars 2003, devenu définitif, a annulé la décision de l'assemblée générale de procéder à cette nomination. Entre-temps, par lettre du 30 novembre 2002, X. SA, agissant par S.Z., a signifié à F.Z. «pour le prochain terme légal l'annulation de [son] contrat de travail donné par cette société», réservant la confirmation par l'organe de révision de l'échéance de cette rupture de contrat. Le même jour, X. SA, toujours par S.Z., a mis fin avec effet immédiat au mandat confié à H.Z. Lors de l'assemblée générale du 14 novembre 2003, S.Z. a été nommé administrateur de X. SA. Le même jour, cette société a indiqué à F.Z. «confirme (r) la résiliation formelle et immédiate de (son) contrat de travail». Sur requête de F.Z., la justice s'est prononcée à deux reprises sur la validité des décisions de l'assemblée générale du 14 novembre 2003 (jugements du Tribunal de première instance de Genève des 2 septembre 2004 et 23 mars 2006). Le 5 janvier 2004, un bail à ferme a été conclu entre une société anonyme (T. SA), dont F.Z. est administratrice unique, et X. SA, qui portait sur la gestion de la totalité des immeubles de cette dernière. Par lettre du 20 septembre 2004, signée par S.Z. et A., X. SA a derechef notifié à F.Z. l'annulation du contrat de travail pour le plus prochain terme légal. Le 11 novembre 2004, cette dernière a démissionné de ses fonctions d'administratrice de X. SA et S.Z. est devenu unique administrateur de cette société. Par courrier du 3 décembre 2004, X. SA a résilié avec effet immédiat pour justes motifs le contrat de travail de F.Z. La prénommée a été totalement incapable de travailler pour cause de maladie du 25 février au 27 mars 2005.

Le 3 mai 2005, F.Z. (la demanderesse) a saisi le Tribunal des prud'hommes de Genève d'une demande contre X. SA (la défenderesse), contestant le licenciement immédiat; elle réclamait en outre le paiement de salaires et d'une indemnité. La défenderesse, niant l'existence d'un contrat de travail, a conclu à l'irrecevabilité de la demande, faute de compétence à raison de la matière du tribunal saisi; subsidiairement, elle a conclu au rejet de la demande. En raison d'une procédure pénale en cours, dirigée contre F.Z. sur plainte de X. SA, le procès civil a été suspendu. Il a été repris en juin 2011, après l'acquittement de la prévenue par le Tribunal de police de Genève. Selon jugement du 14 mars 2013, le Tribunal des prud'hommes a condamné X. SA à verser à F.Z. la somme brute de 37 500 fr. à titre de salaires de novembre 2004 à fin mars 2005 (30 000 fr.) et de treizième salaire pour 2004 et 2005 (7500 fr.), ainsi que la somme nette de 10 800 fr. à titre d'indemnité pour congé abrupt injustifié. Par arrêt du 31 octobre 2013, la Chambre des prud'hommes de la Cour de justice du canton de Genève a rejeté l'appel formé par la défenderesse contre ce jugement. La défenderesse interjette un recours en matière civile au Tribunal fédéral contre cet arrêt dont elle demande l'annulation. Elle conclut principalement à ce qu'il soit dit et constaté que les parties n'étaient plus liées par contrat de travail depuis la nomination de F.Z. en qualité d'administratrice de X. SA et que la juridiction des prud'hommes était incompétente pour connaître du litige.

Extraits des considérants:

2.

Dans une motivation quelque peu confuse, la recourante met en cause la manière dont les faits ont été retenus par l'autorité cantonale en ce qui concerne la fin des rapports contractuels qui la liaient à l'intimée, l'activité de T. SA et les procédures pénales diligentées contre l'intimée. Cependant, la recourante soutient, dans sa motivation en droit, principalement qu'il n'existait pas de contrat de travail entre les parties, subsidiairement que les circonstances de la fin des rapports de travail ont été mal déterminées et appréciées par l'instance précédente. Ces motifs sont partiellement contradictoires du moment que si l'existence d'un contrat de travail devait être niée, les faits dont la constatation est remise en cause par la recourante, à l'exception de l'activité de T. SA, ne seraient pas susceptibles d'influer sur le sort de la cause (art. 97 al. 1 LTF). C'est pourquoi, il y a lieu d'examiner en priorité le moyen tiré de l'inexistence prétendue d'un contrat de travail ayant lié les parties.

3.

3.1 La qualification juridique d'un contrat est une question de droit (ATF 131 III 217 consid. 3 p. 219). Le juge détermine librement la nature de la convention d'après l'aménagement objectif de la relation contractuelle (objektive Vertragsgestaltung), sans être lié par la qualification

même concordante donnée par les parties (ATF 84 II 493 consid. 2; arrêt 4A_194/2011 du 5 juillet 2011 consid. 5.3, résumé in Jdt 2012 II 198). La dénomination d'un contrat n'est pas déterminante pour évaluer sa nature juridique (art. 18 al. 1 CO; ATF 129 III 664 consid. 3.1).

3.2 A teneur de l'art. 319 al. 1 CO, par le contrat individuel de travail, le travailleur s'engage, pour une durée déterminée ou indéterminée, à travailler au service de l'employeur et celui-ci à payer un salaire fixé d'après le temps ou le travail fourni. La conclusion du contrat de travail est marquée par l'absence de formalisme; ce dernier, conformément à l'art. 320 al. 2 CO, peut en conséquence être réputé conclu lorsque l'employeur accepte pour un temps donné l'exécution d'un travail qui, d'après les circonstances, ne doit être fourni que contre un salaire.

Le lien de subordination constitue le critère distinctif essentiel (ATF 125 III 78 consid. 4; ADRIAN STAEHELIN, Zürcher Kommentar, 4^e éd. 2006, n° 26 ad art. 319 CO). Le travailleur est placé dans la dépendance de l'employeur sous l'angle personnel, fonctionnel, temporel, et dans une certaine mesure économique (ATF 121 I 259 consid. 3a p. 262). Le travailleur est assujéti à la surveillance, aux ordres et instructions de l'employeur; il est intégré dans l'organisation de travail d'autrui et y reçoit une place déterminée (arrêt 4A_194/2011 du 5 juillet 2011 déjà cité consid. 5.6.1; STAEHELIN, op. cit., n° 27 s. ad art. 319 CO).

Le critère de la subordination doit toutefois être relativisé en ce qui concerne les personnes exerçant des professions typiquement libérales ou ayant des fonctions dirigeantes. L'indépendance de l'employé est alors beaucoup plus grande et la subordination est alors essentiellement organisationnelle (RÉMY WYLER, Droit du travail, 2^e éd. 2008, p. 58). Dans un tel cas, plaident notamment en faveur du contrat de travail la rémunération fixe ou périodique, la mise à disposition d'une place de travail et des outils de travail, ainsi que la prise en charge par l'employeur du risque de l'entreprise (STAEHELIN, op. cit., n° 33 ad art. 319 CO; cf. aussi REHBINDER/STÖCKLI, in Berner Kommentar, 3^e éd. 2010, n° 44 ad art. 319 CO); le travailleur renonce à participer au marché comme entrepreneur assumant le risque économique et abandonne à un tiers l'exploitation de sa prestation, en contrepartie d'un revenu assuré (REHBINDER/STÖCKLI, op. cit., n° 64 ad art. 319 CO).

D'autres indices peuvent également militer en faveur du contrat de travail: il s'agit du prélèvement de cotisations sociales sur la rémunération due ou la qualification d'activité lucrative dépendante par les autorités fiscales ou les assurances sociales.

3.3 En l'espèce, la cour cantonale a considéré que les parties étaient liées par un contrat de travail. Pour ce faire, elle s'est fondée sur divers éléments. En premier lieu, elle a pris en considération un certificat de salaire destiné au fisc pour l'année 1999 d'où il apparaît que l'intimée a reçu de la recourante un salaire du 1^{er} janvier au 31 décembre 1999. Elle a retenu que ce fait était confirmé par un rapport de l'administrateur de la recou-

rante d'août 2000. Elle a admis que cette situation a perduré jusqu'à fin novembre 2004, faute d'allégués et de démonstration contraires de la part de la défenderesse.

En ce qui concerne le mandat concédé à T. SA pour l'année 2004, les juges précédents ont retenu que des pièces comptables démontraient qu'il n'avait pas été réellement exécuté. De plus, ils ont constaté que l'extrait de compte de la recourante auprès de la caisse de compensation indiquait le versement par elle de cotisations aux assurances sociales en qualité d'employeur pour l'intimée, avant comme après l'accession de cette dernière au conseil d'administration de X. SA. Enfin, ces magistrats ont mentionné que l'administrateur actuel de la recourante, rompu aux affaires, avait désigné par «contrat de travail» les relations entre les parties à l'occasion des résiliations signifiées en 2002, 2003 et 2004.

3.4 La recourante soutient que l'existence d'un contrat de travail devrait être niée tout d'abord du simple fait de l'accession de l'intimée au conseil d'administration, laquelle aurait rompu tout lien de subordination entre employeur et employée. Au regard des principes rappelés plus haut à propos de la subordination essentiellement organisationnelle des hauts cadres, cette critique est manifestement mal fondée.

En second lieu, la recourante semble vouloir tirer parti d'éléments d'ordre comptable concernant T. SA pour remettre en cause les constatations susmentionnées de la cour cantonale. Sa motivation est partiellement hors de propos dès lors qu'elle concerne une période postérieure à la résiliation immédiate des rapports de travail du 3 décembre 2004. Par ailleurs, la recourante allègue que le bail à ferme conclu entre X. SA et T. SA a été inscrit au registre foncier. On cherche cependant vainement en quoi ce fait pourrait battre en brèche la constatation que ce contrat n'a pas été exécuté. Le moyen doit être rejeté dans la très faible mesure de sa recevabilité.

Il suit de là que l'appréciation des magistrats genevois sur l'existence d'un contrat de travail ayant lié les parties est conforme au droit.

4.

4.1 La recourante soutient ensuite que les relations de travail entre les parties auraient été valablement résiliées le 14 novembre 2003, puis encore le 20 septembre 2004 pour l'échéance du 30 novembre 2004. Elle affirme que l'intimée aurait admis la première résiliation ordinaire par actes concluants, de sorte qu'elle n'aurait plus de prétentions à faire valoir contre son adverse partie, une rémunération lui ayant été versée jusqu'à l'échéance du délai de résiliation, soit le 31 janvier 2004. De toute manière, les éventuels droits de l'intimée découlant d'un contrat de travail ne pourraient s'étendre au-delà du 30 novembre 2004, terme pour lequel son contrat a pris fin à la suite de la seconde résiliation ordinaire du 20 septembre 2004.

4.2 L'autorité cantonale a constaté en fait (art. 105 al. 1 LTF) que l'intimée avait travaillé au service de la recourante jusqu'au 3 décembre 2004. Celle-ci n'a pas taxé cette constatation d'arbitraire. Comme les par-

ties ont ainsi décidé de reconduire le contrat après les résiliations ordinaires susmentionnées, seule la validité de la résiliation abrupte du contrat, signifiée le 3 décembre 2004, doit être examinée. Le moyen n'a aucun fondement.

5.

La recourante soutient que la démission de l'intimée de son conseil d'administration, survenue le 11 novembre 2004, a emporté résiliation avec effet immédiat du contrat de travail litigieux. Ainsi qu'on l'a déjà dit supra, le sort du mandat d'administratrice de l'intimée n'a rien à voir avec la fin de son contrat de travail. Le moyen est derechef mal fondé.

6.

Enfin, la recourante remet en cause l'appréciation des juges précédents en ce qui concerne le caractère injustifié du licenciement du 3 décembre 2004, non sans leur reprocher dans la foulée un défaut de motivation. Le grief est privé de tout fondement. Il suffit, pour faire justice du moyen pris de la motivation déficiente, de se référer au considérant 4.2 in initio de l'arrêt cantonal (cf. art. 109 al. 3 LTF), qui a la teneur suivante: «En l'espèce, aucun motif n'a été donné au congé dans le courrier du 3 décembre 2004. Dans ses écritures de réponse de première instance, l'appelante (i. e. la recourante) s'est référée aux faits de gestion déloyale qu'elle avait dénoncés pénalement. Pour la première fois, dans son écriture d'appel, elle invoque également des poursuites intentées contre elle par l'intimée, ainsi que des démarches judiciaires. Il est constant que l'intimée a été acquittée au terme de la procédure pénale diligentée contre elle; il s'ensuit que les soupçons portés contre elle n'ont pas été établis. (...). Quant aux autres motifs, invoqués ultérieurement, à supposer qu'ils puissent être retenus dans le cadre restrictif rappelé ci-dessus et soient considérés comme établis, ils n'apparaissent en rien suffisamment graves pour être constitutifs de justes motifs. Il s'ensuit que le licenciement notifié le 3 décembre 2004 à l'intimée n'était pas justifié, comme les premiers juges l'ont retenu». Il est indubitable que cette motivation est suffisante au sens exigé par la jurisprudence (cf. ATF 134 I 83 consid. 4.1). Quant à sa contestation de l'absence de justes motifs de congé, la recourante se limite à exposer son point de vue, sans expliquer en quoi le raisonnement des magistrats cantonaux devrait être tenu pour contraire au droit fédéral, et singulièrement aux art. 337 et 337c CO.

Bundesgericht, Urteil vom 28. März 2014, Doss.-Nr. 4A_340/2013 (Bestätigung des Urteils des Obergerichts des Kantons Zürich vom 22. Mai 2013)

Ungerechtfertigte fristlose Entlassung, Art. 337c OR. Die Vorinstanz hat zutreffend die Voraussetzungen für eine fristlose Entlassung als nicht erfüllt betrachtet, wenn der Arbeitnehmer im Rahmen der Be-

werbung verschwieg, dass er in den vorangegangenen Jahren nur Teilzeit gearbeitet und Arbeitslosengelder bezogen hatte, bis er ausgesteuert wurde, des Weiteren wenn seine Pflichtverletzungen während der Anstellung nicht derart massiv waren, dass sie zur fristlosen Entlassung ohne vorgängige Verwarnung berechtigt hätten (E. 8).

Sachverhalt:

B. war seit 1. April 2006 bei der A. AG als Geschäftsführer des Hotels/Restaurants Z. in N. angestellt. Am 22. November 2006 wurde er fristlos entlassen. Er stellte sich auf den Standpunkt, die fristlose Entlassung sei ungerechtfertigterweise erfolgt.

Am 5. Oktober 2007 erhob B. beim Bezirksgericht Hinwil Klage gegen die A. AG, mit der er unter anderem beantragte, diese sei zu verpflichten, ihm Fr. 85 042.50 nebst Zins zu bezahlen als Lohn bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist am 30. September 2007 und anteilmässigen 13. Monatslohn. Ferner verlangte er unter anderem die Zusprechung einer gerichtlich festzulegenden Entschädigung im Sinne von Art. 337c Abs. 3 OR in der Höhe von vier Monatslöhnen. Das Bezirksgericht hiess die Klage mit Urteil vom 15. Dezember 2010 teilweise gut und verpflichtete die A. AG, B. Fr. 78 163.25 netto nebst Zins zu 5% seit 7. Dezember 2006 zu bezahlen und die auf das Bruttogehalt entfallenden Sozialabzüge mit den entsprechenden Sozialversicherungseinrichtungen abzurechnen. Ferner verpflichtete es sie zur Ausrichtung einer Entschädigung im Sinne von Art. 337c Abs. 3 OR von Fr. 24 000.–. Dagegen erhob die A. AG erfolglos Berufung an das Obergericht des Kantons Zürich, welches das Urteil des Bezirksgerichts mit Entscheid vom 22. Mai 2013 bestätigte. Die A. AG (Beschwerdeführerin) beantragt mit Beschwerde in Zivilsachen, das Urteil des Obergerichts sei aufzuheben. Die Sache sei zur Neuurteilung an die kantonalen Instanzen zurückzuweisen, zwecks weiterer Beweisabnahmen und Durchführung einer öffentlichen Urteilsberatung, eventuell mit Vergleichsverhandlung. Eventuell sei im Sinne der von der Beschwerdeführerin im kantonalen Verfahren gestellten Anträge zu entscheiden bzw. die Klage abzuweisen. B. (Beschwerdegegner) schloss mit Vernehmlassung vom 9. November (recte: Dezember) 2013 auf Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten sei. Die Vorinstanz verzichtete auf eine Stellungnahme zur Beschwerde. Die Parteien reichten Replik und Duplik ein. Mit Verfügung vom 4. Oktober 2013 wurde ein Gesuch der Beschwerdeführerin, es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen, abgewiesen. Am 31. Oktober 2013 wurde dem Beschwerdegegner für das bundesgerichtliche Verfahren die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt und ein unentgeltlicher Rechtsbeistand beigegeben.

Aus den Erwägungen:

8.

Die Beschwerdeführerin begründete die fristlose Entlassung des Beschwerdegegners im kantonalen Verfahren im Wesentlichen damit, dieser habe bei der Bewerbung zu Unrecht behauptet, er sei Angestellter der Firma Y. gewesen, obschon er in Tat und Wahrheit arbeitslos gewesen sei. Hätte die Beschwerdeführerin davon Kenntnis gehabt, dass diese Angaben wahrheitswidrig gewesen seien, hätte sie ihn gar nicht angestellt. Sodann habe sich die Arbeit des Beschwerdegegners nach Ablauf der Probezeit verschlechtert, weshalb die Beschwerdeführerin am 31. Oktober 2006 eine detaillierte Verwarnung ausgesprochen habe. Darauf sei jedoch keine Verbesserung erkennbar gewesen. Zudem sei ein grosses Alkoholproblem des Beschwerdegegners bekannt geworden. Es sei ein krasser Zerfall von dessen Persönlichkeit eingetreten. Um weiteren Schaden vom Betrieb abzuwenden, habe sofort gehandelt werden müssen und die fristlose Entlassung sei unumgänglich gewesen.

Im Berufungsverfahren stellte sich die Beschwerdeführerin auf den Standpunkt, der Arbeitsvertrag sei wegen arglistiger Täuschung bzw. falschen Angaben bei der Anstellung einseitig unverbindlich gemäss Art. 28 Abs. 1 OR, da der Beschwerdegegner verschwiegen habe, dass er in den Jahren 2002 bis 2004 Arbeitslosentaggelder bezog und anschliessend ausgesteuert wurde sowie dass er vor seiner Anstellung längere Zeit nur Teilzeit gearbeitet habe.

Die Vorinstanz ging aufgrund des von der Erstinstanz errechneten, nicht substantiiert bestrittenen Arbeitsumfangs für die Zeit zwischen Dezember 2002 und 31. März 2006 von einem Arbeitspensum von gut 40% bei der Y. aus. Sie hielt dafür, eine Auskunfts- und Mitteilungspflicht des Beschwerdegegners bezüglich seiner Teilarbeitslosigkeit sei zu verneinen, da nicht ersichtlich sei, inwiefern deswegen bei seiner Anstellung eine konkret absehbare Gefahr einer Arbeitsverhinderung oder wesentlich verminderten Arbeitsleistung bestanden haben soll, zumal er stets in doch bedeutendem Umfang in der Branche arbeitstätig gewesen sei. Die Tätigkeit des Beschwerdegegners bei der Y. könne nicht als reine Aushilfstätigkeit qualifiziert und derart gering betrachtet werden, dass der Beschwerdegegner verpflichtet gewesen wäre, darauf hinzuweisen, dass es sich nicht um eine Vollzeitbeschäftigung handelte. Eine Täuschung bezüglich seiner bisherigen Tätigkeiten und Fähigkeiten sei ebenfalls nicht erstellt, ebenso wenig, dass der Beschwerdegegner aufgrund seiner bisherigen Tätigkeiten und Erfahrungen in der Branche ungeeignet war, die vertragliche Arbeitsleistung ordnungsgemäss zu erbringen. Die Vorinstanz hielt demnach den Beweis dafür nicht als erbracht, dass der Beschwerdegegner der Beschwerdeführerin anlässlich seiner Anstellung falsche Tatsachen vorge spiegelt oder Tatsachen verschwiegen hätte, durch welche die Beschwerdeführerin in einen Grundlagenirrtum versetzt oder gar absichtlich getäuscht

worden wäre, so dass eine einseitige Unverbindlichkeit des Arbeitsvertrages vorliegen würde.

Sodann verneinte die Vorinstanz auch, dass die Voraussetzungen für eine fristlose Entlassung erfüllt gewesen seien, nämlich einerseits aufgrund der Täuschung durch den Beschwerdegegner im Rahmen der Bewerbung in Bezug auf seine frühere Arbeitslosigkeit, Tätigkeiten und Fähigkeiten, andererseits aufgrund des Verhaltens des Beschwerdegegners während der Anstellungsdauer. Der Umstand, dass der Beschwerdegegner gegenüber der Beschwerdeführerin verschwiegen habe, dass er in den vorangegangenen Jahren nur Teilzeit gearbeitet und Arbeitslosengelder bezogen habe, bis er ausgesteuert wurde, stelle keine Verletzung der vorvertraglichen Treuepflicht dar. Es sei nicht erwiesen, dass der Beschwerdegegner falsche Angaben über Fähigkeiten, Kenntnisse und frühere Arbeitstätigkeiten gemacht hätte, die einen Bezug zur zugewiesenen Stelle gehabt hätten und bezüglich der die Beschwerdeführerin ein berechtigtes Interesse an der Kenntnis der Wahrheit gehabt hätte, zumal er bis zu seiner Anstellung tatsächlich, wenn auch nur Teilzeit, bei der Y. gearbeitet und vorher mehrere Gastwirtschaftsbetriebe geführt habe. Was das Verhalten des Beschwerdegegners angehe, sei keine der geltend gemachten Pflichtverletzungen derart massiv gewesen, dass sie zur fristlosen Entlassung ohne vorgängige Verwarnung berechtigt hätten. Auch weniger schwere Pflichtverletzungen hätten nicht bewiesen werden können. Der Vorwurf der Beschwerdeführerin an den Beschwerdegegner, er habe Jahresbudget, Kalkulationen, Nachkalkulationen und Inventare nicht geliefert, sei nicht substantiiert und eine diesbezügliche Abmahnung sei nicht behauptet. Der Beschwerdeführerin sei es nicht gelungen nachzuweisen, dass eine ungenügende Arbeitsleistung vorliege, weshalb auch deren allfällige Ursache nicht abgeklärt werden müsse, zumal nur vage ausgeführt worden sei, der Beschwerdegegner sei aufgrund seiner persönlichen Probleme nicht in der Lage gewesen, die versprochenen Leistungen zu erbringen. Zudem habe die Beschwerdeführerin nicht dargetan, welche Verfehlungen, die in der Verwarnung bereits enthalten waren, der Beschwerdegegner wieder begangen habe. Demnach lägen keine Umstände vor, welche die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses im Sinne von Art. 337 Abs. 2 OR unzumutbar gemacht hätten.

(...)

10.

In weiteren Ausführungen beharrt die Beschwerdeführerin auf ihrem Standpunkt, sie sei vom Beschwerdegegner bei der Anstellung getäuscht und angelogen worden, weshalb es ihr nicht zumutbar gewesen sei, das Arbeitsverhältnis länger aufrecht zu erhalten, zumal bei Kaderpersonen aufgrund des ihnen entgegengebrachten besonderen Vertrauens ein strenger Massstab anzulegen sei. Die schlechte Arbeitsleistung des Beschwerdegegners sei darauf zurückzuführen, dass er über vier Jahre hinweg arbeitslos gewesen sei und, wenn er dazwischen kurz gearbeitet habe, in einer Stellung mit einfachen Ansprüchen. Dazu seien noch seine persönli-

chen Probleme bezüglich Gesundheit, Persönlichkeitszerfall als Folge der Alkoholprobleme, fehlender Einsatzwille etc. gekommen, was ihm die Aufgabe zusätzlich erschwert habe.

Mit den entsprechenden Ausführungen zeigt die Beschwerdeführerin nicht hinreichend auf, inwiefern die Vorinstanz auf der Grundlage des von ihr bundesrechtskonform festgestellten Sachverhalts Bundesrecht verletzt haben soll, indem sie eine Täuschung bei Vertragsabschluss bzw. einen Grund für eine fristlose Entlassung verneinte. Die Vorinstanz hielt eine ungenügende Arbeitsleistung des Beschwerdegegners gerade nicht als erwiesen, weshalb auch deren Ursache (behauptete Alkoholprobleme etc.) nicht abgeklärt werden müssten. Seine Tätigkeit bei der Y. war nach den Feststellungen der Vorinstanz keine reine Aushilfstätigkeit; der Umstand, dass der Beschwerdegegner bei der Y. «bloss» als Mitarbeiter der Kundenbuchhaltungen tätig gewesen sei, vermöge die Eignung des Beschwerdegegners als Geschäftsführer eines Gastwirtschaftsbetriebes nicht auszuschliessen, nachdem er in den vorangegangenen Jahren mehrere Hotelbetriebe geführt und demnach langjährige Erfahrung in der Branche gesammelt habe und seine langjährige Tätigkeit bei der Y. seinen guten Kenntnissen des Gastgewerbes verdankt habe. Mit ihren Ausführungen legt die Beschwerdeführerin – unter unzulässiger, beliebiger Veränderung und Ergänzung dieses festgestellten Sachverhalts – bloss ihre eigene Sicht der Dinge dar, ohne hinreichend auf die Erwägungen der Vorinstanz einzugehen. Ihre Vorbringen, mit denen sie namentlich auch nicht darlegt, inwiefern die Vorinstanz ihr Ermessen bei der Beurteilung der Gründe für eine fristlose Entlassung unrichtig ausgeübt haben soll (Art. 337 Abs. 3 OR; vgl. BGE 130 III 213 E. 3.1 S. 220 mit Hinweisen), können daher nicht gehört werden.

Bundesgericht, Urteil vom 31. März 2014, Doss.-Nr. 4A_501/2013 (Bestätigung des Urteils des Obergerichts des Kantons Zug vom 3. September 2013)

Schätzung der Überstunden nach Art. 42 Abs. 2 OR. Ergeben sich aus der Verletzung der Kontroll- und Aufzeichnungspflichten durch den Arbeitgeber für den Arbeitnehmer Beweisschwierigkeiten, sind an den Nachweis der Überstunden keine unrealistisch hohen Anforderungen zu stellen. Die Schlussfolgerung der Vorinstanz ist nicht zu beanstanden, dass insoweit die Voraussetzungen für eine Schätzung nach Art. 42 Abs. 2 OR erfüllt wären. Sie sah sich indessen ohne Angaben zu den Ruhe- und Pausenzeiten ausserstande, die geleistete Arbeitszeit zu schätzen. Sie ging mithin davon aus, der Arbeitnehmer habe insoweit die Umstände, die für die Verwirklichung des behaupteten Sachverhalts sprechen, nicht hinreichend behauptet oder bewiesen, obwohl ihm dies möglich und zumutbar gewesen wäre (E. 6.2).

Sachverhalt:

A. (Kläger und Beschwerdeführer) arbeitete vom 1. Juli 2004 bis zum 30. April 2009 für B. (Beklagter und Beschwerdegegner) als Carchauffeur. Nach der Kündigung gelangte er mit Eingabe vom 12. Mai 2010 an das Kantonsgericht Zug. Er verlangte Fr. 5000.– Lohn, Fr. 104 303.– für «Überzeitstunden» und Fr. 11 860.70 Ferienentschädigung, jeweils nebst Zins. Das Kantonsgericht erachtete die Ansprüche auf Lohn und Ferienentschädigung als ausgewiesen. Mit Urteil vom 23. Juli 2012 sprach es dem Kläger nach Abzug von begründeten Verrechnungsforderungen Fr. 6010.70 nebst Zins zu. In diesen Punkten akzeptierten in der Folge beide Parteien das Urteil. Die Forderung für Überzeimentschädigung wies das Kantonsgericht ab, auferlegte sämtliche Kosten dem Kläger und sprach dem Beklagten eine Parteientschädigung zu. In diesen Punkten focht der Kläger das Urteil mit Berufung beim Obergericht des Kantons Zug an. Er hielt an seiner Forderung für Überzeimentschädigung fest und beanstandete die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen. Mit Urteil vom 3. September 2013 wies das Obergericht die Berufung ab und bestätigte das Urteil des Kantonsgerichts. Mit Beschwerde in Zivilsachen verlangt der Kläger die Fr. 104 303.– nebst Zins neu auch unter dem Titel «Überstunden». Eventualiter sei deren Anzahl zu schätzen und subeventualiter die Sache an das Obergericht zurückzuweisen.

Aus den Erwägungen:

3.

Die Vorinstanz ging davon aus, die Parteien hätten mündlich vereinbart, Arbeitseinsätze an einem freien Tag seien pauschal mit Fr. 200.– abzugelten, die vom Beschwerdegegner auch geleistet worden seien. Darüber hinaus könne der Beschwerdeführer keine Ansprüche erheben, da er die Umstände nicht dargelegt habe, die dem Gericht eine Schätzung (Art. 42 Abs. 2 OR) der Anzahl der Überstunden erlauben würden. In den von ihm eingereichten monatlichen Arbeitsstundenplänen seien jeweils der Arbeitsbeginn und das Arbeitsende aufgeführt. Ruhe- und Pausenzeiten seien darin aber nicht enthalten. Dass der Beschwerdeführer während der ganzen Zeitspanne nie in den Genuss von Pausenzeiten von länger als 15 Minuten gekommen sei, schloss die Vorinstanz in Würdigung der Unterlagen aus. Ohne Angaben zu den Ruhe- und Pausenzeiten lasse sich die vom Beschwerdeführer geleistete Arbeitszeit nicht schätzen.

4.

Der Beschwerdeführer rügt als willkürlich, dass die Vorinstanz aus seiner Aussage, lediglich während der (für den eingeklagten Anspruch nicht relevanten) ersten zwei Jahren sei für Arbeitseinsätze an freien Tagen pauschal eine Entschädigung von Fr. 200.– vereinbart worden, geschlossen hat, diese Regelung habe während der ganzen Arbeitsdauer gegolten. Die

Parteien hätten nie eine entsprechende Vereinbarung für die gesamte Arbeitsdauer geschlossen.

4.1 Willkürlich ist ein Entscheid nach konstanter Rechtsprechung nicht schon dann, wenn eine andere Lösung ebenfalls vertretbar erscheint oder gar vorzuziehen wäre. Das Bundesgericht hebt einen Entscheid wegen Willkür vielmehr nur auf, wenn er offensichtlich unhaltbar ist, mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft. Dabei genügt es nicht, wenn sich nur die Begründung des angefochtenen Entscheides als unhaltbar erweist. Eine Aufhebung rechtfertigt sich nur dann, wenn der Entscheid auch im Ergebnis verfassungswidrig ist (BGE 140 III 16 E. 2.1 S. 18 f.; 129 I 8 E. 2.1 S. 9 mit Hinweisen).

4.2 Zur Begründung einer Willkürüge genügt es nicht, wenn der Beschwerdeführer eine von derjenigen der Vorinstanz abweichende Auffassung vertritt. Er muss die Beweiswürdigung vielmehr als offensichtlich unhaltbar ausweisen. Diesen Anforderungen genügen die Vorbringen in der Beschwerdeschrift nicht. Die Vorinstanz trug der Tatsache Rechnung, dass der Beschwerdeführer zunächst die vom Beschwerdegegner behauptete Vereinbarung generell bestritten hatte. Erst im späteren Verlauf der Befragung habe er eingeräumt, während der ersten zwei Jahre sei für Arbeitseinsätze an freien Tagen pauschal eine Entschädigung von Fr. 200.– vereinbart gewesen. Wenn die Vorinstanz mit Blick auf dieses Aussageverhalten und die Tatsache, dass der Beschwerdeführer keine Begründung dafür angeben konnte, weshalb die Vereinbarung nur während der ersten beiden Jahre gegolten haben sollte, die Behauptung des Beschwerdegegners für ausgewiesen erachtete, kann von Willkür keine Rede sein.

5.

Auch die Annahme, die Fr. 200.– seien tatsächlich ausbezahlt worden, erachtet der Beschwerdeführer als willkürlich. Keiner der befragten Zeugen habe aus eigener unmittelbarer Wahrnehmung bestätigen können, dass dem Beschwerdeführer bereits sämtliche Überzeit entschädigt worden sei. Die Rüge ist unbegründet. Da der Beschwerdegegner die anderen, im Gegensatz zum Beschwerdeführer nicht fest angestellten Chauffeure für ihre unregelmässigen Arbeitseinsätze in bar ausbezahlte, um den administrativen Aufwand gering zu halten, erachtete es die Vorinstanz als erwiesen, dass er den Beschwerdeführer in der gleichen Weise für die unregelmässigen Einsätze sofort in bar entschädigte. Dieser Schluss ist nicht offensichtlich unhaltbar, wären doch sonst für die Zahlungen an den Beschwerdeführer die administrativen Umtriebe angefallen, die der Beschwerdegegner bei den übrigen Chauffeuren zu vermeiden suchte.

6.

Der Beschwerdeführer ist der Auffassung, die Vorinstanz habe Art. 42 Abs. 2 OR nicht korrekt angewendet. Er nennt die Beweismittel, die er beigebracht hat, und vergleicht diese mit Fällen, in denen das Bun-

desgericht oder kantonale Gerichte eine Schätzung der Überstunden nach Art. 42 Abs. 2 OR vorgenommen haben. Er macht geltend, er habe mehr beigebracht als für eine Schätzung notwendig sei. Obwohl die Vorinstanz selbst davon ausgehe, dass er zahlreiche Überstunden beziehungsweise Überzeitstunden geleistet habe, sei keine Schätzung erfolgt. Dies obwohl die Gegenpartei die Beweisführung vereitelt habe, indem sie es unterlassen habe, jedwelche Kontrollunterlagen herauszugeben.

6.1 Eine Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR setzt voraus, dass ein strikter Beweis nach der Natur der Sache nicht möglich oder nicht zumutbar ist. Die Herabsetzung des Beweismasses darf im Ergebnis nicht zu einer Umkehr der Beweislast führen. Die beweispflichtige Partei hat alle Umstände, die für die Verwirklichung des behaupteten Sachverhalts sprechen, soweit möglich und zumutbar zu behaupten und zu beweisen (BGE 128 III 271 E. 2b/aa S. 276 f. mit Hinweisen).

6.2 Nach den Feststellungen der Vorinstanz hat der Beschwerdegegner seine Kontroll- und Aufzeichnungspflichten nicht nur in Bezug auf den Beschwerdeführer, sondern im Allgemeinen nicht oder nur sehr mangelhaft wahrgenommen. Er bezweckte damit nach Auffassung der Vorinstanz aber nicht, die Beweisführung zu verunmöglichen. Ergeben sich indessen aus derartigen Pflichtverstössen für den Arbeitnehmer Beweisschwierigkeiten, sind an den Nachweis der Überstunden keine unrealistisch hohen Anforderungen zu stellen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4C.146/2003 vom 28. August 2003 E. 5.2.1). Auch die Vorinstanz kam zum Schluss, dass insoweit die Voraussetzungen für eine Schätzung nach Art. 42 Abs. 2 OR erfüllt wären. Sie sah sich indessen ohne Angaben zu den Ruhe- und Pausenzeiten ausserstande, die geleistete Arbeitszeit zu schätzen. Sie ging mithin davon aus, der Beschwerdeführer habe insoweit die Umstände, die für die Verwirklichung des behaupteten Sachverhalts sprechen, nicht hinreichend behauptet oder bewiesen, obwohl ihm dies möglich und zumutbar gewesen wäre.

6.3 Das Bundesgericht hat im zit. Urteil 4C.146/2003 E. 5.2.1, auf das sich der Beschwerdeführer beruft, zwar festgehalten, mit Blick auf die Kontroll- und Aufzeichnungspflichten des Arbeitgebers sei es nicht realistisch, vom Arbeitnehmer zu verlangen, dass er selbst eine genaue Aufstellung seiner Überstunden beibringe. Es hielt in diesem Entscheid aber auch fest, der Arbeitnehmer könne sehr wohl abschätzen und nach entsprechenden substantiierten Behauptungen mit Zeugen nachweisen, ob und gegebenenfalls in welchem ungefähren Umfang in einem Betrieb Überstunden geleistet worden seien. Diesen Anforderungen war der Arbeitnehmer im zitierten Entscheid nachgekommen. Wenn der Beschwerdeführer monatliche Arbeitsstundenpläne einreicht, auf denen jeweils der Arbeitsbeginn und das Arbeitsende aufgeführt sind, und die Vorinstanz in Würdigung der Umstände davon ausgeht, er sei in den Genuss von Ruhe- und Pausenzeiten gekommen, die bei Berechnung der Überstunden oder der Überzeit zu berücksichtigen sind, verletzt es kein Bundesrecht, für eine Schätzung nach

Art. 42 Abs. 2 OR genauere Angaben zu den Ruhe- und Pausenzeiten zu verlangen. Weshalb es dem Beschwerdeführer, der die Ruhepausen tatsächlich eingelegt hat, nicht möglich oder zuzumuten sein sollte, diesbezüglich nähere Angaben zu machen, tut er nicht dar und ist nicht ersichtlich. Dass er im kantonalen Verfahren entsprechende, substantiierte Angaben gemacht hätte oder sich die Dauer der Ruhe- und Pausenzeiten aus den übrigen von ihm eingereichten Dokumenten hätte ablesen lassen, zeigt er nicht auf. Damit ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz mangels hinreichender Angaben des Beschwerdeführers keine Schätzung vorgenommen hat.

(...)

8.

Damit ist die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

(...)

Bundesgericht, Urteil vom 7. April 2014, Doss.-Nr. 4A_25/2014 (Bestätigung des Urteils des Obergerichts des Kantons Zürich vom 2. Dezember 2013)

Mit dem Vergleichsvertrag legen die beteiligten Parteien einen Streit oder eine Ungewissheit über ein Rechtsverhältnis mit gegenseitigen Zugeständnissen bei. Der angebliche Irrtum der Arbeitnehmerin (Eintritt einer dauernden posttraumatischen Belastungsstörung) betrifft einen Punkt, der bei Abschluss der Vereinbarung – für beide Parteien erkennbar – ungewiss und nicht auszuschliessen war. Der Ungewissheit des physischen und psychischen Heilungsverlaufs sollte gerade mit dem Abschluss der Entschädigungsvereinbarung begegnet werden (E. 5).

Das Verzichtsverbot nach Art. 341 OR erfasst Ansprüche aus zwingendem Recht. Ein Schadenersatzanspruch als Folge einer (behaupteten) Verletzung von Art. 328 OR ist kein zwingender Anspruch des Arbeitnehmers im Sinne von Art. 362 OR und ein Vergleich über einen solchen Sekundäranspruch ist daher nicht von Art. 341 OR erfasst. Art. 341 Abs. 1 OR verbietet nur den einseitigen Verzicht und nicht auch den Vergleich, bei dem beide Parteien auf Ansprüche verzichten und damit ihr gegenseitiges Verhältnis klären (E. 6.1, 6.2).

Sachverhalt:

A. (Beschwerdeführerin) ist seit dem Jahr 1997 Mitglied des Ensembles der B. AG (Beschwerdegegnerin) und als Solistin für das Fach «N.» engagiert. Am 5. Januar 2000 erlitt die Beschwerdeführerin bei einem Auftritt auf der Bühne schwerste Verbrennungen an Dekolleté, linker Schulter, beiden Armen und Rücken, die mehrfach chirurgisch behandelt werden

mussten und zu einer umfangreichen Narbenbildung führten. Zudem entwickelte die Beschwerdeführerin aufgrund des Unfallereignisses aus psychiatrischer Sicht eine posttraumatische Belastungsstörung, an der sie noch immer leidet. Gemäss den Feststellungen der Vorinstanz ist die Beschwerdeführerin heute zu 100% arbeitsfähig, befindet sich aber seit dem Unfallereignis in fachärztlicher Behandlung. Das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien besteht bis heute fort und wurde seit dem Unfallereignis mehrfach verlängert. Nach vorgängigen Verhandlungen wurde am 30. Mai 2001 zwischen den Parteien sowie der Versicherung C. (als Haftpflicht- und Unfallversicherung der Beschwerdegegnerin) die Vereinbarung getroffen, dass die Versicherung C. der Beschwerdeführerin zur Abgeltung einer ihr zustehenden Genugtuung sowie ihres Schadenersatzanspruches im Zusammenhang mit dem Unfallhergang (insbesondere Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens) eine einmalige Kapitalabfindung von Fr. 100 000.– ausrichte; damit nicht abgegolten seien die finanziellen Aufwendungen für die bisherigen und künftigen Heilungskosten, für die die Beschwerdegegnerin bzw. die Versicherung C. weiterhin aufkommen würden. Die vereinbarte Abgeltung wurde bezahlt.

Am 19. September 2012 reichte die Beschwerdeführerin beim Arbeitsgericht Zürich Klage ein und beantragte, die Beschwerdegegnerin sei zu verpflichten, der Beschwerdeführerin Fr. 30 000.– zu bezahlen. Sie machte im Wesentlichen geltend, die Vereinbarung sei nicht per Saldo aller Ansprüche geschlossen worden. Selbst wenn die Vereinbarung per Saldo zu verstehen wäre, wäre sie wegen Art. 341 OR ungültig, da die vereinbarte Summe nicht als gleichwertige Leistung betrachtet werden könne. Eventualiter liege ein Grundlagenirrtum vor, da bei der Vereinbarung nicht von einer andauernden posttraumatischen Belastungsstörung ausgegangen worden sei. Mit Urteil vom 20. August 2013 wies das Arbeitsgericht die Klage ab. Dagegen erhob die Beschwerdeführerin Berufung an das Obergericht des Kantons Zürich und beantragte die Guttheissung der Klage. Das Obergericht wies die Berufung am 2. Dezember 2013 ab und bestätigte das Urteil des Arbeitsgerichts, dessen Beurteilung es teilte. Die Beschwerdeführerin beantragt dem Bundesgericht mit Beschwerde in Zivilsachen, die Klage gutzuheissen und die Sache zwecks Fortführung des Verfahrens an die erste Instanz zurückzuweisen.

Aus den Erwägungen:

3.

3.1 Die Beschwerdeführerin beanstandet folgende Feststellung der Vorinstanz: «Zudem entwickelte die Beschwerdeführerin aufgrund des Unfallereignisses aus psychiatrischer Sicht eine posttraumatische Belastungsstörung, an der sie noch immer leidet. Sie ist heute zu 100% arbeitsfähig, befindet sich aber seit dem Unfallereignis in fachärztlicher Behandlung.»

In ihren diesbezüglichen Ausführungen kann indessen weder eine hinlänglich substantiierte Sachverhaltsrüge noch eine genügend begründete Rüge willkürlicher Beweiswürdigung erblickt werden. Vielmehr bleibt unklar, was die Beschwerdeführerin genau rügen will. Ihre pauschale Beanstandung, das angefochtene Urteil beruhe «auf einer nicht korrekten Würdigung der Aktenlage», sei «somit insbesondere aktenwidrig», beruhe «auf einer Verweigerung des rechtlichen Gehörs (keine psychiatrische Expertise) «und verletze «nicht zuletzt auch die Untersuchungsmaxime», genügt den Begründungsanforderungen nicht.

Gemäss den verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz war die Feststellung «Sie ist heute zu 100% arbeitsfähig, befindet sich aber seit dem Unfallereignis in fachärztlicher Behandlung» überdies schon im erstinstanzlichen Urteil enthalten, ohne dass sie von der Beschwerdeführerin in der Berufung als unzutreffend gerügt worden wäre. Die Beschwerdeführerin kann diese Rüge in der Beschwerde an das Bundesgericht nicht nachholen, indem sie vorbringt, die Annahme der Vorinstanz, sie sei heute zu 100% arbeitsfähig, sei eine aktenwidrige, willkürliche tatsächliche Annahme. Sie bringt denn auch zur Begründung eine Reihe von Sachverhaltselementen vor, die im angefochtenen Urteil keine Stütze finden und die deshalb vom Bundesgericht nicht berücksichtigt werden können.

3.2 Die Vorinstanz hielt mit dem Arbeitsgericht fest, dass den Parteien im Zeitpunkt des Abschlusses der Vergleichsvereinbarung die depressive Verstimmung bzw. posttraumatische Belastungsstörung der Beschwerdeführerin, die gemäss den fachärztlichen Zeugnissen und Berichten schon vor Unterzeichnung der Vereinbarung vom 30. Mai 2001 vorhanden gewesen seien, bekannt gewesen seien. Die Beschwerdeführerin könne sich daher nicht darauf berufen, dabei handle es sich um eine unerwartete Entwicklung. Die Parteien hätten beim Abschluss der Vereinbarung von einem langwierigen (psychischen) Heilungsprozess ausgehen müssen. Die damit verbundenen Schadenersatzansprüche hätten daher per Saldo verglichen werden können.

Die Beschwerdeführerin zeigt nicht auf, inwiefern diese Annahme der Vorinstanz bundesrechtswidrig sein soll. Namentlich kann keine Rede davon sein, wie die Beschwerdeführerin rügt, die Annahme sei deshalb willkürlich, weil die Vorinstanz «das beantragte Beweismittel einer psychiatrischen Expertise nicht abgenommen» habe. Die Beschwerdeführerin behauptete in der Berufung, es hätte sich seinerzeit kein Arzt gefunden, der ihr für die Zukunft eine Arbeitsunfähigkeit aus psychischen Gründen im Sinne eines Dauerschadens hätte attestieren können. Dafür beantragte sie eine psychiatrische Expertise. Jene Behauptung war jedoch nicht entscheidenderheblich, weshalb dazu auch keine Expertise abgenommen werden musste, so denn der entsprechende Antrag überhaupt als rechtzeitig zu betrachten gewesen wäre und eine solche Hypothese überhaupt durch eine Expertise hätte bewiesen werden können. Denn damit allfällige Ansprüche wegen einer künftigen, psychisch bedingten Arbeitsunfähigkeit durch den

Vergleich abgedeckt waren, genügte es, dass die Parteien bei Abschluss der Vereinbarung von der Möglichkeit einer solchen ausgehen mussten bzw. dass sie vorhersehbar war (vgl. BGE 109 II 347 E. 2 S. 349; 102 III 40 E. 3f; 100 II 42 E. 1 S. 45; Urteil 4C.72/2003 vom 25. Juni 2003 E. 4, in: Pra 2004 Nr. 7 S. 43, 45). Sie brauchten keine Gewissheit zu haben, dass eine «Arbeitsunfähigkeit aus psychischen Gründen im Sinne eines Dauerschadens» eintreten würde. Die Vorinstanz hat überzeugend dargelegt, dass der Beschwerdeführerin namentlich aufgrund der Berichte von Dr. D. vom 22. Januar 2001 und vom 26. März 2001 («Die Patientin befindet sich immer noch in einem äusserst labilen psychischen Zustand [...]», «[...] ist auch der jetzige Zustand nach wie vor labil») bewusst sein musste, dass der Unfall vom 5. Januar 2000 (auch) ihre psychische Gesundheit ernsthaft beeinträchtigt hatte und sie von einem langwierigen psychischen Heilungsprozess mit möglichen Rückschlägen ausgehen musste. Zu Recht führte die Vorinstanz auch aus, dass an dieser Diagnose nichts ändert, dass die Arbeitsfähigkeit seit November 2000 wieder voll vorhanden war. Die Beschwerdeführerin selbst hatte eingeräumt, dass es bei posttraumatischen Belastungsstörungen Fälle gibt, bei denen der Verlauf chronisch sei. Dr. D. hatte jene Feststellungen über den äusserst labilen psychischen Zustand der Beschwerdeführerin gemacht, nachdem sie die volle Arbeitsfähigkeit erlangt hatte. Der Beschwerdeführerin musste mithin bewusst sein, dass keine Gewissheit über die künftige Erhaltung der bestehenden vollen Arbeitsfähigkeit bestand und dass die posttraumatische Belastungsstörung sich chronifizieren könnte. Der betreffende Schluss der Vorinstanz ist bundesrechtlich nicht zu beanstanden.

3.3 Die Beschwerdeführerin bringt vor, aus zwei Schreiben ihres damaligen Rechtsvertreters gehe hervor, dass sie im Sommer 2000 eine Vereinbarung (noch) nicht habe unterzeichnen wollen. Es ist nicht klar, was die Beschwerdeführerin daraus zu ihren Gunsten ableiten will. Zum einen beruft sie sich damit auf tatsächliche Elemente, die im angefochtenen Urteil keine Stütze finden und die deshalb nicht gehört werden können. Zum andern kann ihr ohnehin nicht gefolgt werden, wenn sie unterstellt, der Umstand, dass sie im Februar 2001 dann aber dazu bereit gewesen sei, könne zwanglos mit dem verbesserten Gesundheitszustand in Zusammenhang gebracht werden. Dieser Schluss ist keineswegs zwingend und musste daher von der Vorinstanz – entgegen dem Vorwurf der Beschwerdeführerin – auch nicht «gewürdigt» werden.

3.4 Schliesslich hilft der Beschwerdeführerin nicht weiter, wenn sie vorbringt, an der Verhandlung vor erster Instanz habe ihr Anwalt ausgeführt, in der Vereinbarung sei nur von «Behandlungen» die Rede. Mithin seien nur allfällig notwendige Therapien thematisiert worden, keineswegs aber Renten oder Taggelder. Damit sei erstellt, dass die Parteien von einer vollen Arbeitsfähigkeit der Beschwerdeführerin ausgegangen seien. «Beide Vorinstanzen» hätten sich nicht damit auseinandergesetzt.

Soweit dieser Vorwurf an die Adresse des Arbeitsgerichts gerichtet ist, kann er nicht gehört werden, da mit der vorliegenden Beschwerde nur das Urteil des Obergerichts anfechtbar ist (Art. 75 Abs. 1 BGG). Als Vorwurf an die Vorinstanz wäre er nur zu prüfen, wenn die Beschwerdeführerin mit Aktenbelegen dargelegt hätte, dass sie das entsprechende Vorbringen der Vorinstanz vorgetragen hatte, diese es aber nicht berücksichtigte, obwohl es für den Entscheid erheblich gewesen wäre. Solche Ausführungen lässt die Beschwerdeführerin jedoch vermissen.

3.5 Es bleibt somit bei der vorinstanzlichen Beurteilung, dass die Vereinbarung vom 30. Mai 2001 auch die allfälligen Schadenersatzansprüche abdeckt, die mit dem langwierigen psychischen Heilungsprozess, namentlich einer chronifizierten posttraumatischen Belastungsstörung, verbunden seien.

4.

Nicht zielführend sind die Ausführungen der Beschwerdeführerin, mit der sie einen Dissens bezüglich der Vereinbarung vom 30. Mai 2001 zu konstruieren sucht. Sie gründet den angeblichen Dissens auf einen «bereinigten massgebenden Sachverhalt». Auf einen solchen ist aber nicht abzustellen, sondern einzig auf den von der Vorinstanz verbindlich festgestellten Sachverhalt, nachdem die Beschwerdeführerin keine rechtsgenügende Sachverhalts- oder Willkürüge vorgetragen hat. Auf der Grundlage des vorinstanzlich festgestellten Sachverhalts ist ein Dissens nicht ersichtlich.

5.

Mit dem Vergleichsvertrag legen die beteiligten Parteien einen Streit oder eine Ungewissheit über ein Rechtsverhältnis mit gegenseitigen Zugeständnissen bei. Auf den aussergerichtlichen Vergleich sind die Regeln über die Willensmängel anwendbar, sofern sie nicht seiner besonderen Natur widersprechen. Als nach Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR relevante Sachverhalte kommen folglich nur solche Umstände in Betracht, die von beiden Parteien oder von der einen für die andere erkennbar dem Vergleich als feststehende Tatsachen zu Grunde gelegt worden sind. Betrifft der Irrtum demgegenüber einen zweifelhaften Punkt, der gerade verglichen und nach dem Willen der Parteien dadurch endgültig geregelt sein sollte (sog. *caput controversum*), so ist die Irrtumsanfechtung ausgeschlossen; andernfalls würden eben diese Fragen wieder aufgerollt, derentwegen die Beteiligten den Vergleich geschlossen haben (BGE 130 III 49 E. 1.2 mit Hinweisen).

Die Vorinstanz hielt mit dem Arbeitsgericht fest, die Parteien seien sich bei der Unterzeichnung der Vereinbarung bewusst gewesen, dass der physische und psychische Heilungsverlauf zu jenem Zeitpunkt ungewiss gewesen sei. Die Beschwerdeführerin habe sich aufgrund der verschiedenen Diagnosen gar nicht über die psychischen Implikationen und die unabsehbare Dauer des Genesungsprozesses irren können. Mit der Vereinbarung sollte gerade auch der Ungewissheit des zukünftigen Genesungsprozesses begegnet werden.

Inwiefern die Vorinstanz mit diesen in Nachachtung von BGE 130 III 49 erfolgten Erwägungen Bundesrecht verletzt haben soll, tut die Beschwerdeführerin nicht dar und ist auch nicht ersichtlich. Der angebliche Irrtum der Beschwerdeführerin (Eintritt einer dauernden posttraumatischen Belastungsstörung) betrifft einen Punkt, der bei Abschluss der Vereinbarung – für beide Parteien erkennbar – ungewiss und nicht auszuschliessen war. Der Ungewissheit des physischen und psychischen Heilungsverlaufs sollte gerade mit dem Abschluss der Entschädigungsvereinbarung begegnet werden. Da dieser Umstand Gegenstand des Vergleichs bildete, konnte sich der Irrtum der Beschwerdeführerin nicht darauf beziehen. Die Vorinstanz hat demnach einen Grundlagenirrtum zu Recht verworfen.

Das Arbeitsgericht hat auch mit guten Gründen die Voraussetzungen für eine Anwendung der *clausula rebus sic stantibus* abgelehnt. Aus dem angefochtenen Urteil geht nicht hervor, dass die Beschwerdeführerin dies mit Berufung angefochten hätte. Sie kann dies in der Beschwerde an das Bundesgericht nicht nachholen. Auf ihre diesbezüglichen – ohnehin auf nicht festgestellte tatsächliche Annahmen gestützte – Ausführungen ist nicht einzugehen.

6.

Zuletzt beharrt die Beschwerdeführerin auf dem Standpunkt, der Vergleich sei nach Art. 341 OR ungültig. Die gegenteilige Auffassung der Vorinstanz sei bundesrechtswidrig. Die Vereinbarung sei auch unangemessen, da die Beschwerdegegnerin auf gar nichts verzichtet habe.

6.1 Nach Art. 341 Abs. 1 OR ist ein Verzicht des Arbeitnehmers auf Forderungen, die sich aus zwingenden Gesetzesbestimmungen ergeben, nichtig, wenn er während des Arbeitsverhältnisses oder während eines Monats nach dessen Beendigung erfolgt (Urteil 4C.390/2005 vom 2. Mai 2006 E. 2). Diese Bestimmung will den sich in einem Abhängigkeitsverhältnis befindlichen, sozial schwächeren Arbeitnehmer davor schützen, dass er während oder kurz nach Ablauf des Arbeitsverhältnisses aus Furcht vor nachteiligen Folgen Verzichtserklärungen abgibt (vgl. BGE 105 II 39 S. 41; STAEHELIN, a.a.O., N. 1 zu Art. 341 OR).

Das Verzichtsverbot nach Art. 341 OR erfasst Ansprüche aus zwingendem Recht. Die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers gemäss Art. 328 OR figuriert unter den einseitig zwingenden Vorschriften von Art. 362 OR. Ein im Voraus erklärter Haftungsverzicht des Arbeitnehmers ist grundsätzlich nichtig, da damit im Ergebnis ein Verzicht auf die Befolgung der Fürsorgepflichten nach Art. 328 OR einhergeht, bildet doch bei Fürsorgepflichtverletzungen der Schadenersatzanspruch nach Art. 97 OR die praktisch wichtigste Folge (vgl. PORTMANN, a.a.O., N. 53d zu Art. 328 OR; REHBINDER/STÖCKLI, Berner Kommentar, 2010, N. 22 zu Art. 328 OR).

Vorliegend geht es jedoch nicht um einen generellen Haftungsverzicht. Strittig waren allfällige Schadenersatzforderungen aus einer (behaupteten) Verletzung von Art. 328 OR. Die Vorinstanz erkannte, ein Schadenersatzanspruch als Folge einer (behaupteten) Verletzung von Art. 328 OR

sei kein zwingender Anspruch des Arbeitnehmers im Sinne von Art. 362 OR, und ein Vergleich über einen solchen Sekundäranspruch sei daher nicht von Art. 341 OR erfasst. Der Anspruch auf Schutz der Persönlichkeit als solcher (Art. 328 OR) sei zwingend und unverzichtbar. Vorliegend sei jedoch nicht ein solcher Prozessthema, sondern ein nach einer (behaupteten) Verletzung von Art. 328 OR entstandener Anspruch. Auf diesen habe nach dessen Entstehung – zumindest betreffend die konkrete Höhe desselben – gültig verzichtet werden können. Wie es sich damit verhält, kann vorliegend offen bleiben.

6.2 Denn nach Rechtsprechung und Lehre verbietet Art. 341 Abs. 1 OR jedenfalls nur den einseitigen Verzicht und nicht auch den Vergleich, bei dem beide Parteien auf Ansprüche verzichten und damit ihr gegenseitiges Verhältnis klären (BGE 118 II 58 E. 2b S. 61 mit Hinweisen; vgl. auch BGE 136 III 467 E. 4.5 S. 473; 119 II 439 E. 2a S. 450; 110 II 168 E. 3b S. 171). Der Unterschied zwischen einem verbotenen (einseitigen) Verzicht und einem zulässigen Vergleichsverzicht besteht darin, dass beim Vergleich beide Parteien auf Ansprüche von ungefähr gleichem Wert verzichten und so zu einer angemessenen Lösung gelangen. Dabei kann es sich auch um Ansprüche handeln, die im Zeitpunkt des Vergleichsabschlusses unsicher sind. Nach einer umstrittenen fristlosen Kündigung können zum Beispiel unsichere Schadenersatzforderungen der Arbeitgeberin zweifelhaften Lohnforderungen des Arbeitnehmers gegenüberstehen, so dass mit einer Saldovereinbarung ein zulässiger Vergleich erwirkt wird (Urteile 4C.390/2005 vom 2. Mai 2006 E. 3.1; 4A_103/2010 vom 16. März 2010 E. 2.2 und 2.3; PORTMANN, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht, 5. Aufl. 2011, N. 6 zu Art. 341 OR; STAEHELIN, Zürcher Kommentar, 3. Aufl. 2014, N. 13 zu Art. 341 OR; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, 7. Aufl. 2012, N. 5f zu Art. 341 OR S. 1293 f.). Erforderlich ist, dass der Vergleich unter den konkreten tatsächlichen und rechtlichen Umständen zur Zeit seines Abschlusses als angebracht erscheint (REHBINDER, Berner Kommentar, 1992, N. 18 zu Art. 267).

Ist ein Vergleich unter Mitwirkung einer Gerichtsperson oder unter Beihilfe eines vom Arbeitnehmer beigezogenen Rechtsbeistandes zustande gekommen, darf regelmässig angenommen werden, dass eine angemessene Regelung des umstrittenen und ungewissen Rechtsverhältnisses erzielt wurde, bei welcher der Arbeitnehmer nicht unter Druck unangemessene Zugeständnisse machte. In solchen Fällen scheidet mit Blick auf den Schutzzweck von Art. 341 Abs. 1 OR die Berufung auf Unwirksamkeit des Vergleichs wegen Unangemessenheit in der Regel aus (STAEHELIN, a.a.O., N. 13 zu Art. 341 OR).

Die Beschwerdeführerin behauptet, der Vergleich vom 30. Mai 2001 sei absolut unausgewogen, ja beinhalte gar eine Übervorteilung. Wenn sie dazu vorbringt, ein Verzicht der Beschwerdegegnerin auf jedwelche Forderung sei nicht zu sehen, so verkennt sie, dass die Beschwerdegegnerin mit dem Vergleich über die strittigen und ungewissen Haftungsansprüche die

von der Beschwerdeführerin behaupteten Forderungen in einer bestimmten Höhe anerkannte, demnach in diesem Umfang auf eine Bestreitung verzichtete und sich zur Zahlung verpflichtete. Auf der anderen Seite verzichtete die Beschwerdeführerin auf eine Mehrforderung. Die Vereinbarung beinhaltete mithin durchaus ein beidseitiges Entgegenkommen.

Die Vorinstanz erachtete es nicht als dargetan, dass die vergleichsweise Bereinigung der strittigen Ansprüche unangemessen gewesen sei; allein der Hinweis der Beschwerdeführerin, sie habe ihre Forderung am 26. Oktober 2009 basierend auf Annahmen und Hypothesen auf rund Fr. 10 Mio. beziffert, sage nichts über die Angemessenheit des Vergleichs aus. Überdies gehe die Beschwerdeführerin auch nicht auf den Hinweis des Arbeitsgerichts ein, die Beschwerdegegnerin habe zusätzlich zum Vergleichsbetrag eine Reihe weiterer Leistungen erbracht (Übernahme der Anwaltskosten von Fr. 28 759.55, Ausbildungskosten, vorteilhafte Arbeitsvertragsanpassungen, Überweisung von zusätzlichen Fr. 30 000.– an die Beschwerdeführerin).

Die Beschwerdeführerin macht dazu mit Hinweis auf verschiedene Eckwerte einer möglichen Schadensberechnung, die sie im kantonalen Verfahren zur Begründung der Unausgewogenheit der Regelung vorgebracht habe, geltend, der Vergleich sei absolut unangemessen gewesen. Dabei übergeht sie, dass mit dem Vergleich nicht unbestrittene Forderungen geregelt wurden, sondern namentlich der Unsicherheit des künftigen Schadensverlaufs Rechnung getragen wurde. Sie behauptet nicht, dargetan zu haben, inwiefern der – unter anwaltlicher Vertretung zustande gekommene – Vergleich aus der Sichtweise zur Zeit seines Abschlusses auch insoweit als unangemessen erscheinen soll. Damit ist es nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz die Unangemessenheit des Vergleichs als nicht dargetan erachtete. Sie durfte demnach die Ungültigkeit desselben unter dem Gesichtswinkel von Art. 341 Abs. 1 OR ohne Bundesrechtsverletzung verneinen.

Bundesgericht, Urteil vom 22. April 2014, Doss.-Nr. 4A_27/2014 (Bestätigung des Urteils des Obergerichts des Kantons Aargau vom 4. Dezember 2013)

Bei Geltung des sozialen (beschränkten) Untersuchungsgrundsatzes haben die Parteien bei der Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts aktiv mitzuwirken, d.h. wie unter der Geltung des Verhandlungsgrundsatzes die Last zu tragen, die relevanten Tatsachenbehauptungen aufzustellen, zu bestreiten und nötigenfalls zu substantzieren (E. 1.4).

Die Vorinstanz hat zutreffend erwogen, dass mit der Kündigung eines (mündlich abgeschlossenen) Arbeitsvertrages bestätigt wird, dass er geschlossen wurde (E. 2).

Sachverhalt:

Die A. AG (Beklagte und Widerklägerin, Beschwerdeführerin) ist ein in der Kosmetikbranche tätiges Unternehmen. Am 15. Oktober 2007 veräusserte der damalige Alleinaktionär Z. seine Beteiligung an der Gesellschaft. B. (Klägerin und Widerbeklagte, Beschwerdegegnerin), Lebenspartnerin des früheren Alleinaktionärs, war während mehrerer Jahre im Betrieb der Beklagten tätig.

Am 27. Dezember 2010 reichte B. beim Arbeitsgericht Zofingen Klage ein mit dem Begehren, die Beklagte sei zu verpflichten, ihr den Betrag von Fr. 28 400.– nebst 5% Zins seit dem 1. Dezember 2008 zu bezahlen. Die Beklagte erhob Widerklage auf Rückzahlung diverser unrechtmässig bezogener Leistungen. Mit Urteil vom 1. Februar 2012 verurteilte das Arbeitsgericht Zofingen die Beklagte und Widerklägerin in teilweiser Gutheissung der Klage und teilweiser Gutheissung der Widerklage dazu, nach Verrechnung der gegenseitigen Forderungen der Klägerin und Widerbeklagten den Betrag von Fr. 24 334.– nebst 5% Zins seit dem 1. Dezember 2008 zu bezahlen. Das Arbeitsgericht stellte fest, es sei unbestritten, dass die Klägerin und Widerbeklagte im Jahr 2000 durch die Beklagte und Widerklägerin als Nagelkosmetikerin angestellt worden sei, auch wenn ein schriftlicher Arbeitsvertrag nicht vorliege. Im Rahmen der Veräusserung der Aktien der Beklagten sei am 15. Oktober 2007 zwischen den Parteien des Aktienkaufvertrags vereinbart worden, dass die Klägerin bis Ende 2009 fest angestellt bleibe. Mit Schreiben vom 25. August 2008 habe die Beklagte das Arbeitsverhältnis der Klägerin – die seit November 2007 aus gesundheitlichen Gründen nicht mehr in der Lage gewesen sei, ihre Arbeitsleistung zu erbringen – auf den 31. Oktober 2008 gekündigt. Da die Kündigung der Klägerin am 2. September 2008 zugegangen war, sei die Kündigung auf den 30. November 2008 wirksam geworden. Der Lohn von Fr. 7100.– brutto bzw. Fr. 6193.60 monatlich sei der Klägerin bis Ende Juli 2008 ausbezahlt worden, weshalb ihr noch ein Anspruch von vier Monaten à Fr. 6193.60 netto, insgesamt Fr. 24 774.40 zustehe, welcher Betrag ab 1. Dezember 2008 zu verzinsen sei. Die Widerklage wies das Arbeitsgericht im Wesentlichen ab mit der Begründung, die Klägerin habe aus der Überlassung der Geschäftstankkarte und der Bezahlung sämtlicher Kosten des ihr zur privaten Nutzung überlassenen Geschäftsfahrzeugs nach Treu und Glauben ableiten dürfen, dass die Beklagte sämtliche Benzin- und sonstigen Betriebskosten übernehme. Nur soweit die Klägerin mit der ihr überlassenen Geschäftstankkarte auch Kioskartikel und Lebensmittel gekauft habe, sei sie zur Rückzahlung verpflichtet. Der entsprechende Betrag belaufe sich auf Fr. 440.40. Mit Urteil vom 4. Dezember 2013 wies das Obergericht des Kantons Aargau die Berufung der Beklagten und Widerklägerin gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Zofingen ab. Das Obergericht verwarf mit der ersten Instanz den Einwand der Beklagten, das Arbeitsverhältnis

mit der Klägerin sei wegen Täuschung – in Zusammenwirken mit ihrem Lebenspartner Z. – nachträglich dahingefallen. Sie hielt der im kantonalen Verfahren anwaltlich vertretenen Beklagten vor, diese habe weder im erstinstanzlichen Verfahren noch in der Berufung dargetan, wann sie von der geltend gemachten Täuschung Kenntnis erhalten habe, noch habe sie eine Anfechtungserklärung behauptet. Sie habe im Gegenteil im Zeitpunkt der ordentlichen Kündigung vom 25. August 2008 von den angeblichen Machenschaften der Klägerin gewusst und daher den Vertrag durch Erklärung der Kündigung konkludent genehmigt. Auch habe sie keine fristlose Kündigung erklärt, weshalb die angeblichen Gründe für eine solche Kündigung nicht erheblich seien. Schliesslich bestätigte das Obergericht auch die Höhe der von der ersten Instanz zugesprochenen Beträge. Mit Beschwerde in Zivilsachen beantragt die Beklagte dem Bundesgericht, es sei das Urteil des Obergerichts des Kantons Aargau vom 4. Dezember 2013 mit Ausnahme der Rückzahlungsverpflichtung der Klägerin im Umfang von Fr. 440.– aufzuheben und an die Vorinstanz zur Neuurteilung zurückzuweisen, eventualiter sei die Klage abzuweisen und die Widerklage im Sinne einer Teilklage und unter Vorbehalt des Nachklagerechts wie folgt gutzuheissen: (a) Es sei die Klägerin zur Rückzahlung der unrechtmässig bezogenen Provisionen und Pauschal-spesen im Umfang von Fr. 1000.– abzüglich Sozialversicherungsabzüge, jedoch inklusive Verzugszins von 5% seit dem 21. Oktober 2011 zu verpflichten, (b) es sei die Klägerin zur Rückzahlung von über die Geschäftstankkarte der Shell bezogenen Leistungen im Umfang von Fr. 1000.– zu verpflichten, (c) es sei die Klägerin zur Zahlung der Leasingraten im Umfang von insgesamt Fr. 1000.–, zur Zahlung der Versicherungskosten und Strassenverkehrskosten im Umfang von insgesamt Fr. 1000.– zu verpflichten, nebst Verzugszins von 5% seit dem 21. Oktober 2011 für die entsprechenden Beträge a), b) und c). Zur Begründung unterbreitet die Beschwerdeführerin dem Bundesgericht eine ihrer Ansicht nach «un glaubliche Geschichte» und zeigt sich mit «einigen Müsterchen» konsterniert, wie die aargauischen Gerichte ihren Fall behandelt hätten, bevor sie Willkür der Vorinstanz(en) rügt.

Aus den Erwägungen:

1.

(...)

1.4 Die Beklagte stellt den Sachverhalt («un glaubliche Geschichte») zunächst aus ihrer Sicht dar und wirft der Vorinstanz vor, diese habe den Streitstoff nicht von Amtes wegen ermittelt. Sie verkennt damit, dass die Parteien selbst bei Geltung des sozialen (beschränkten) Untersuchungsgrundsatzes bei der Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts aktiv mitzuwirken haben, d.h. wie unter der Geltung des Verhandlungsgrundsatzes die Last tragen, die relevanten Tatsachenbehauptungen aufzustellen, zu

bestreiten und nötigenfalls zu substantzieren (vgl. statt aller CHRISTOPH HURNI, in: Berner Kommentar, 2012, N. 64 zu Art. 55 ZPO). Die Vorinstanz hat daher zu Recht von der Beklagten verlangt, dass sie die behaupteten Pflichtverletzungen der Klägerin behaupte und substantziere.

1.5 Mit ihren Willkürügen geht die Beklagte zum Teil auf die Begründung der Vorinstanz nicht ein:

- die Rückforderung der Autokosten wird ihr im angefochtenen Entscheid verwehrt, weil sie diese monatelang bezahlt und damit die Klägerin im Glauben gelassen hat, dies sei so vereinbart;
- die Anfechtung wegen Täuschung («Duo A./Z.») wird ihr im angefochtenen Entscheid verwehrt, weil sie keine entsprechende Erklärung abgegeben und die Einhaltung der Frist nicht nachgewiesen hat;
- das «Nachschieben von Kündigungsgründen» wird ihr im angefochtenen Entscheid verwehrt, weil sie keine fristlose Kündigung erklärt hatte.

Die Willkürügen der Beklagten lassen sodann zum Teil jeden Hinweis auf die kantonalen Akten zum Beleg vermissen, dass sie entsprechende Behauptungen aufgestellt hatte über eine angebliche Konkurrenztaetigkeit, über den Zeitpunkt der Kenntnis der Täuschung, über die Gründe für eine Unzumutbarkeit der Anfechtung.

Inwiefern schliesslich die Aussagen von Z. willkürlich gewürdigt worden sein sollen, ist nicht ansatzweise begründet.

2.

Soweit die Beklagte sinngemäss Rechtsverletzungen rügt, kann ihr nicht gefolgt werden. Die Vorinstanz hat zutreffend erwogen, dass mit der Kündigung eines Vertrages bestätigt wird, dass er geschlossen wurde, sie hat zutreffend erkannt, dass Provisionen Lohnbestandteil bilden und sie hat das Rechtsverhältnis zwischen den Parteien aufgrund der verbindlich festgestellten Tatsachen zutreffend als Arbeitsvertrag qualifiziert.

Bundesgericht, Urteil vom 23. April 2014, Doss.-Nr. 4A_22/2014 (Aufhebung des Entscheids des Obergerichts des Kantons Bern vom 9. Dezember 2013)

Als begründeter Anlass nach Art. 340c Abs. 2 OR ist jedes der anderen Partei zuzurechnende Ereignis anzusehen, das bei einer vernünftigen kaufmännischen Erwägung einen erheblichen Anlass zur Kündigung geben kann. Die Vorbereitung einer späteren Tätigkeit in einem Konkurrenzunternehmen kann als begründeter Anlass angesehen werden. Stellt der Arbeitgeber fest, dass der Arbeitnehmer trotz vertraglichen Konkurrenzverbotes den Übertritt in ein Konkurrenzunternehmen vorbereitet, braucht er nicht zuzuwarten, bis der Arbeitnehmer die Stelle kündigt. Vorliegend handelte es sich bei der Kündi-

gung des Arbeitgebers um eine «überholende» Gegenkündigung zur vorgängig vom Arbeitnehmer ausgesprochenen Kündigung, mit der im Ergebnis einzig die vom Arbeitnehmer gesetzte überlange Kündigungsfrist auf die vertragliche Frist verkürzt wurde (E. 4.3.1, 4.3.2).

Sachverhalt:

Die A. AG (Gesuchstellerin, Beschwerdeführerin) bezweckt die Erbringung von Dienstleistungen in der Personalberatung und Vermittlung von Dauer- und Temporärstellen, insbesondere im Bereich Technik, Industrie und Gewerbe und ist in der ganzen Schweiz tätig. B. (Gesuchsgegner, Beschwerdegegner) ist gelernter CNC-Mechaniker. Am 2. August 2006 schlossen die Parteien einen unbefristeten Arbeitsvertrag ab, mit dem B. als Personalberater in der Filiale Bern angestellt wurde. Gemäss Ziffer 13 und 14 des Vertrages wurde Folgendes vereinbart:

«13. Konkurrenzverbot

Herr B. verpflichtet sich, während der Dauer seiner Anstellung und während zwei Jahren nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit der A. AG im Gebiet der ganzen Schweiz die A. AG in keiner Art und Weise zu konkurrenzieren. Insbesondere verpflichtet er sich, weder auf eigene noch auf fremde Rechnung ein Geschäft zu betreiben, in einem solchen tätig zu sein oder sich an einem solchen zu beteiligen, welches mit der A. AG im Wettbewerb steht. (...)

14. Konventionalstrafe

Sollte Herr B. die Bestimmungen des Konkurrenzverbotes verletzen, so verpflichtet er sich zur Bezahlung einer Konventionalstrafe von Fr. 25 000.–.

Die Zahlung der Konventionalstrafe hat keine befreiende Wirkung von der Einhaltung der Bestimmungen und bleibt im Weiteren für jeden der A. AG zugefügten Schaden vollumfänglich ersatzpflichtig. Die A. AG ist berechtigt, neben der Leistung der Konventionalstrafe und dem Ersatz des weiteren Schadens, die unmittelbare Beseitigung des vertragswidrigen Zustandes zu verlangen.»

Zu Beginn des Jahres 2009 wurde B. zum Leiter des Geschäftsbereichs Technik/Industrie/Gewerbe befördert. Mit Schreiben vom 2. Oktober 2012 kündigte B. seine Anstellung per 31. März 2014. Mit Schreiben vom 30. Oktober 2012 kündigte die A. AG ihrerseits das Vertragsverhältnis mit der vertraglichen Kündigungsfrist von zwei Monaten per 31. Dezember 2012 und stellte B. per sofort frei. Am 25. Februar 2013 wurde die C. AG mit Sitz in U. im Handelsregister eingetragen. Die Gesellschaft bezweckt die Suche, Selektion, Beratung und Schulung von Personal, Zurverfügungstellung von Personal für Fest-, Temporär- und Teilzeitstellen, Übernahme und Management des Personals auf Antrag, Lohnverwaltung sowie alle Arbeiten, die mit Outsourcing-Verträgen in Verbindung stehen. Als einziges Verwaltungsratsmitglied wurde D. aufgeführt. B.

wurde im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses für die C. AG tätig. Mit undatiertem Schreiben an B. erklärte die C. AG, handelnd durch D., dass sie ihm am 8. April 2013 per 15. April 2013 kündige und dass sie sich freuen würde, ihn nach dem juristischen Verfahren mit der A. AG wieder bei der C. AG anstellen zu können. Aus der Arbeitgeberbescheinigung vom 3. Mai 2013 ist weiter ersichtlich, dass B. vom 2. April 2013 bis zum 15. April 2013 als Geschäftsführer der C. AG tätig war und dabei ein Monatsverdienst von Fr. 5000.– erzielte. Seit dem 29. April 2013 wurde er durch Vermittlung der E. AG als Hilfsmonteur bei der F. eingesetzt.

Mit Eingabe vom 5. April 2013 beim Regionalgericht Bern-Mittelland beantragte die Gesuchstellerin:

«1. Dem Gesuchsgegner sei mit sofortiger Wirkung zu verbieten, die Gesuchstellerin direkt oder indirekt als Personalvermittler bzw. -berater in den Bereichen Elektro, Metallbau, Gebäudetechnik, Industrie, Bauhaupt- sowie Baunebengewerbe zu konkurrenzieren, insbesondere indem er für die C. AG mit Sitz in U. tätig ist.

2. Es sei dem Gesuchsgegner mit sofortiger Wirkung und für die Dauer von zwei Jahren zu verbieten in der ganzen Schweiz Personal in den Bereichen Elektro, Metallbau, Gebäudetechnik, Industrie, Bauhaupt- und Baunebengewerbe zu vermitteln, insbesondere indem er für die C. AG mit Sitz in U. tätig ist.

3. Die Rechtsbegehren gemäss Ziffer (n) 1 und 2 seien superprovisorisch und unter Strafandrohung gemäss Art. 292 StGB zu erlassen.»

Mit Verfügung vom 8. April 2013 wies die Gerichtspräsidentin des Regionalgerichts Bern-Mittelland das Gesuch um Erlass superprovisorischer Massnahmen und mit Entscheid vom 17. Juli 2013 auch das Massnahmegesuch selber ab. Die Gerichtskosten von Fr. 4400.– auferlegte sie der Gesuchstellerin und verpflichtete diese, dem Gesuchsgegner eine Parteientschädigung von Fr. 16 647.70 auszurichten. Die Gesuchstellerin erhob gegen den Entscheid vom 17. Juli 2013 Berufung beim Obergericht des Kantons Bern, wobei sie an ihren erstinstanzlichen Begehren festhielt. Mit Entscheid vom 9. Dezember 2013 wies das Obergericht die Berufung ab und bestätigte den erstinstanzlichen Entscheid, unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Gesuchstellerin. Mit Beschwerde in Zivilsachen beantragt die Beschwerdeführerin dem Bundesgericht, es seien die bereits erst- und vorinstanzlich beantragten Verbote auszusprechen und die «Verbote gemäss Ziff. 2 und 3» (richtig: gemäss Ziff. 1 und 2) seien mit der Androhung der Straffolgen nach Art. 292 StGB im Widerhandlungsfall zu verbinden; unter Kosten- und Entschädigungsfolge für beide kantonalen Instanzen und das Bundesgericht zu Lasten des Beschwerdegegners. Der Beschwerdegegner beantragt die Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten sei.

Aus den Erwägungen:

3.

Nicht mehr bestritten wird im bundesgerichtlichen Verfahren, dass das Konkurrenzverbot in Ziffer 13 und die Konventionalstrafe in Ziffer 14 des Arbeitsvertrages vom 2. August 2006 gültig (Art. 340 Abs. 1 OR) und verbindlich (Art. 340 Abs. 2 OR) vereinbart wurden.

Die Vorinstanz hielt dabei im Wesentlichen fest, der Beschwerdegegner habe sich mit der Unterzeichnung der schriftlichen Konkurrenzverbotsabrede verpflichtet, für eine bestimmte Zeit nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses einer konkurrenzierenden Tätigkeit zu enthalten. Während seiner mehrjährigen Tätigkeit für die Beschwerdeführerin habe er Einblick in deren Kundenstamm gehabt und habe dadurch ohne Weiteres die Eigenschaften und Bedürfnisse von deren Kunden gekannt und zu diesen regelmässigen Kontakt gepflegt. Damit habe die Möglichkeit einer erheblichen Schädigung bestanden, indem der Beschwerdegegner das bei der Beschwerdeführerin gewonnene Wissen für die C. AG hätte weiter verwenden können: Der Beschwerdegegner habe bei der Beschwerdeführerin im Jahre 2012 einen Umsatz von insgesamt Fr. 5 Mio. generiert. Alleine mit der G. AG, welche der Beschwerdegegner nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit der Beschwerdeführerin kontaktiert habe, habe er im Jahre 2012 einen Umsatz von einer halben Million Schweizerfranken generiert, was 10% seines Gesamtumsatzes für das Jahre 2012 ausgemacht habe. Durch den drohenden Verlust dieser einen, jedoch bedeutenden Kundin, sei das erforderliche Schädigungspotential erreicht.

4.

Umstritten ist jedoch nach wie vor, ob das Konkurrenzverbot allenfalls dahingefallen ist.

4.1 Nach Art. 340c Abs. 2 OR fällt ein gültig vereinbartes 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.

4.2 Die Vorinstanz nahm an, die Beschwerdeführerin habe das Arbeitsverhältnis gekündigt, ohne dass ihr der Beschwerdegegner dazu begründeten Anlass gegeben hätte. Damit falle das gültig vereinbarte Konkurrenzverbot dahin, ohne dass die weiteren Rügen noch zu prüfen seien. Das Gesuch um vorsorgliche Massnahmen sei daher von der Erstinstanz im Ergebnis zu Recht abgewiesen worden.

Die Beschwerdeführerin habe mit separatem Schreiben vom 30. Oktober 2012 eine Begründung der Kündigung und der Freistellung nachgereicht. Darin habe sie auf die wiederholte Verletzung von Arbeitspflichten trotz erfolgter Weisungen sowie die Absicht des Beschwerdegegners, in naher Zukunft ein konkurrierendes Unternehmen in der Personalvermittlungsbranche zu gründen, verwiesen. Der Beschwerdegegner habe

eingräumt, dass er in der Zeit zwischen 2008 bis 2011 und damit noch vor der Kündigung und Freistellung grundsätzlich ein konkurrierendes Verhalten an den Tag gelegt habe. Die Beschwerdeführerin sei aber über diverse Schritte (Firmenname, Logo, Domainname, Mitarbeiter) informiert gewesen. Erst Ende Januar 2013 und damit nach der Kündigung und Freistellung habe der Beschwerdegegner begonnen, sich effektiv mit der Gründung der C. AG zu beschäftigen. Plane ein Arbeitnehmer, sich selbstständig zu machen oder zusammen mit anderen eine Konkurrenzfirma zu gründen, sei es nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (BGE 138 III 67 E. 2.3.5) aber an sich legitim, bereits vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses Vorkehrungen zu treffen; die Treuepflicht verbiete einzig, noch vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit der Konkurrenzierung des Arbeitgebers zu beginnen oder ihm Angestellte bzw. Kunden abzuwerben. Die Beschwerdeführerin habe nicht glaubhaft gemacht, dass sie aufgrund der konkurrenzierenden Tätigkeit des Beschwerdegegners während seiner Beschäftigung bei ihr begründeten Anlass zur Kündigung gehabt habe. Die in der Begründung zur Kündigung ebenfalls angeführten angeblich unterlassenen Eintragungen würden angesichts der sonstigen Arbeit des Beschwerdegegners nicht derart ins Gewicht fallen, dass sie einen «begründeten Anlass» zur Kündigung seitens der Beschwerdeführerin darstellen könnten.

4.3 Die Beschwerdeführerin rügt eine willkürliche Auslegung und Anwendung von Art. 340c Abs. 2 OR.

4.3.1 Sie macht zu Recht geltend, dass die Vorinstanz – anders als die Erstinstanz – fälschlicherweise von der Rechtsprechung gemäss BGE 138 III 67 statt von jener gemäss BGE 130 III 353 ausgegangen sei. In BGE 138 III 67 war ein von den Parteien vereinbartes Konkurrenzverbot als ungültig qualifiziert worden. In der Folge prüfte das Bundesgericht, ob dem Arbeitnehmer eine Verletzung der gesetzlichen Treuepflicht vorgeworfen werden könne, nach welcher ihm verboten ist, während der Dauer des Arbeitsverhältnisses den Arbeitgeber zu konkurrenzieren (Art. 321a Abs. 3 OR). Dabei erwog das Bundesgericht, dass ein Arbeitnehmer, der die Gründung eines Konkurrenzunternehmens ins Auge fasst und hiezu noch vor Ablauf des Arbeitsvertrages Vorbereitungsmaßnahmen vornimmt, seine Treuepflicht nicht verletzt, solange er seinen Arbeitgeber nicht zu konkurrenzieren bzw. dessen Arbeitnehmer oder Kundschaft abzuwerben beginnt. Die von der Vorinstanz zitierte und ihrer Beurteilung zugrunde gelegte Passage, wonach es «an sich legitim» sei, dass der Arbeitnehmer «vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses Vorbereitungen (zur späteren konkurrenzierenden Tätigkeit) treffen kann», bezieht sich daher einzig auf diese Treuepflicht. Die Treuepflicht des Arbeitnehmers erlischt aber mangels anderslautender gesetzlicher Vorschrift mit Ablauf des Arbeitsvertrages und schliesst eine nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses aufgenommene konkurrenzierende Tätigkeit nicht aus.

Diese Rechtsprechung zu Art. 321a Abs. 3 OR betrifft daher offensichtlich nicht die vorliegende Situation, in welcher zwischen den Parteien ein gültiges und verbindliches Konkurrenzverbot vereinbart wurde (vgl. E. 3 hiervor) und als entscheidende Frage zu prüfen ist, ob der Beschwerdegegner der Beschwerdeführerin «begründeten Anlass» zur Kündigung gemäss Art. 340c Abs. 2 OR gegeben hat. Als begründeter Anlass im Sinne von Art. 340c Abs. 2 OR ist nach konstanter Rechtsprechung jedes der anderen Partei zuzurechnende Ereignis anzusehen, das bei einer vernünftigen kaufmännischen Erwägung einen erheblichen Anlass zur Kündigung geben kann. Es ist nicht notwendig, dass es sich um eine eigentliche Vertragsverletzung handelt (BGE 130 III 353 E. 2.2.1 S. 359 mit Hinweisen; Urteile 4A_8/2013 vom 2. Mai 2013 E. 6.1; 4A_33/2011 vom 21. März 2011 E. 4.2). Namentlich hat das Bundesgericht die Vorbereitung einer späteren Tätigkeit in einem Konkurrenzunternehmen als begründeten Anlass qualifiziert. Stelle die Arbeitgeberin fest, dass ein Arbeitnehmer trotz vertraglichen Konkurrenzverbotes den Übertritt in ein Konkurrenzunternehmen vorbereite, brauche sie nicht zuzuwarten, bis der Arbeitnehmer die Stelle künde (BGE 130 III 353 E. 2.2.3 S. 361; Urteil 4A_33/2011 vom 21. März 2011 E. 4.2). Indem die Vorinstanz auf die Voraussetzungen einer Treupflichtverletzung (Art. 321a Abs. 3 OR) abstellte und nicht die Kriterien gemäss Art. 340c Abs. 2 OR anwendete, steht ihre Begründung im klaren Widerspruch zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung. Die Begründung erweist sich als offensichtlich unhaltbar und damit willkürlich (vgl. auch Urteil 5D_130/2011 vom 22. September 2011 E. 2.2).

4.3.2 Von einer willkürlichen Anwendung von Art. 340c Abs. 2 OR kann jedoch nur ausgegangen werden, wenn es aufgrund des von der Vorinstanz festgestellten Sachverhalts auch im Ergebnis willkürlich ist, der Beschwerdeführerin einen begründeten Anlass für ihre Kündigung abzusprechen.

Die Vorinstanz stellte fest, der Beschwerdegegner habe eingeräumt, in der Zeit von 2008 bis 2011 und damit noch vor der Kündigung und seiner Freistellung grundsätzlich ein konkurrierendes Verhalten an den Tag gelegt zu haben; er erkläre aber, die Beschwerdeführerin habe dies zugelassen. Aus dem E-Mailverkehr zwischen den Parteien gehe ohne weiteres hervor, dass der Beschwerdegegner die Beschwerdeführerin tatsächlich über diverse Schritte informiert habe. Zusammenfassend hielt sie fest, dass der Beschwerdegegner vor seiner Freistellung – nach Orientierung der Beschwerdeführerin – Vorbereitungshandlungen für eine spätere konkurrierende Tätigkeit unternommen, indessen keine effektive Konkurrenztaetigkeit ausgeübt habe.

Der Beschwerdegegner bestreitet solche Vorbereitungshandlungen nicht, wendet aber ein, bei den erwähnten Handlungen (Erstellen eines Facebook-Profiles, Registrieren einer Webseitenadresse, Erstellen von Logos und Ähnlichem) handle es sich um derart marginale «Vorbereitungshandlungen», dass diese nicht als problematisch im Sinne der gesetzlichen

Regelung eingestuft werden könnten. Das trifft nach dem oben Dargelegten nicht zu. Massgeblich ist, ob die Arbeitgeberin feststellen muss, dass ein Arbeitnehmer trotz vertraglichen Konkurrenzverbotes den Übertritt in ein Konkurrenzunternehmen vorbereitet, womit sie nicht zuzuwarten braucht, bis der Arbeitnehmer die Stelle kündigt (oben E. 4.3.1 a.E.). Es kommt demnach auch nicht darauf an, ob die Vorbereitungs-handlungen bereits im Jahre 2011 oder noch früher erfolgten und nicht unmittelbar vor der Kündigung und Freistellung, wie der Beschwerdegegner einwendet. Wie die Erstinstanz richtig festhielt und worauf die Vorinstanz verweist, ist massgeblich, dass es sich bei der Kündigung der Beschwerdeführerin vom 30. Oktober 2012 um eine «überholende» Gegenkündigung zur eigenen Kündigung des Beschwerdegegners vom 2. Oktober 2012 handelte, mit der im Ergebnis einzig die vom Beschwerdegegner gesetzte überlange Kündigungsfrist bis 31. März 2014 auf die vertraglichen zwei Monate verkürzt wurde. Ihr dies verbieten zu wollen und ihr zuzumuten, den Beschwerdegegner – nachdem sie grundsätzlich um die Vorbereitung einer Konkurrenz-tätigkeit wusste – noch weitere eineinhalb Jahre mit dem von der Vorinstanz selber bejahten Schädigungspotential (vgl. E. 3) beschäftigen oder sonst mit Entlohnung freistellen zu müssen, ist unhaltbar.

Die Vorinstanz wies schliesslich darauf hin, dass die Beschwerdeführerin über die Vorbereitungs-handlungen informiert gewesen sei. Eine ausdrückliche oder stillschweigende einvernehmliche Wegbedingung des Konkurrenzverbots hat sie aber nicht festgestellt. Sie verweist in diesem Zusammenhang einzig auf zwei E-Mails des Beschwerdegegners vom Oktober 2008, aus denen sich aber die Haltung der Beschwerdeführerin nicht ergibt.

Der Schluss der Vorinstanz, das Konkurrenzverbot sei dahin gefallen, ist somit auch im Ergebnis willkürlich.

5.

Ist es besonders schriftlich verabredet, kann der Arbeitgeber neben der Konventionalstrafe und dem Ersatz des weiteren Schadens auch die Beseitigung des vertragswidrigen Zustandes verlangen, wenn seine verletzten oder bedrohten Interessen und das Verhalten des Arbeitnehmers dies rechtfertigen (Art. 340b Abs. 3 OR). Die Beschwerdeführerin verlangt mit ihrem Rechtsbegehren die Beseitigung eines vertragswidrigen Zustands in diesem Sinn. Die Erstinstanz nahm an, da die Beschwerdeführerin keine Angaben zum drohenden Schaden gemacht habe und daher namentlich nicht bekannt sei, ob dieser die vereinbarte Konventionalstrafe von Fr. 25 000.– übersteige, habe sie keine überwiegenden Interessen glaubhaft gemacht. So fehle es auch an der kumulativen Voraussetzung der besonderen Treuwidrigkeit. Die Vorinstanz hat die Voraussetzungen von Art. 340b Abs. 3 OR jedoch nicht geprüft, da sie vom Dahinfallen des Konkurrenzverbots ausging.

Nachdem die Vorinstanz diesen Punkt nicht beurteilt hat, fehlen dem Bundesgericht die tatsächlichen Grundlagen, um die Frage zu entscheiden.

Die Sache ist daher an die Vorinstanz zu neuer Beurteilung zurückzuweisen (Art. 107 Abs. 2 BGG).

(...)

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Beschwerde wird gutgeheissen, soweit darauf einzutreten ist. Das Urteil des Obergerichts des Kantons Bern, Zivilabteilung, 2. Zivilkammer, vom 9. Dezember 2013 wird aufgehoben und die Sache zu neuer Beurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen.

Bundesgericht, Urteil vom 2. Mai 2014, Doss.-Nr. 8C_686/2013 (Bestätigung des Entscheids des Verwaltungsgerichts des Kantons Solothurn vom 17. Juli 2013)

Öffentliches Personalrecht. Aufgrund des Verweises in § 73 DGO 1997 (Dienst- und Gehaltsordnung des Zweckverbandes) auf die Bestimmungen des Obligationenrechts ist in Anwendung von Art. 336c Abs. 1 lit. b OR als subsidiäres kommunales Recht von einer Sperrfrist von 180 Tagen auszugehen. Entgegen der Ansicht der Arbeitnehmerin ist diese Bestimmung und nicht § 27 des Staatspersonalgesetzes (SO), der von einer zwölfmonatigen Sperrfrist ausgeht, anzuwenden. Da die Sperrfrist von 180 Tagen gewahrt wurde, erfolgte die verfügte Kündigung nicht zur Unzeit und ist demzufolge nicht nichtig im Sinne von Art. 336c Abs. 2 OR (E. 3.4, 4.2).

Das aus Art. 9 BV fließende Willkürverbot sowie der Verfassungsgrundsatz der Verhältnismässigkeit gebieten, dass die Kündigung eines öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnisses in pflichtgemässer Ermessensausübung nur gestützt auf sachliche Gründe ausgesprochen werden kann. Grundsätzlich ist eine Kündigung dann sachlich begründet, wenn die Weiterbeschäftigung des betreffenden Angestellten dem öffentlichen Interesse, insbesondere demjenigen einer gut funktionierenden Verwaltung, widerspricht. Sachlich ist es daher nicht unhaltbar, eine Arbeitnehmerin zu entlassen, die aus gesundheitlichen Gründen für ihre Tätigkeit nicht mehr geeignet ist und ihre Beschäftigung auf Dauer nicht wieder aufnehmen oder fortsetzen können (E. 5.3).

Sachverhalt:

A. und B. wurden an der Delegiertenversammlung des damaligen Zweckverbandes D. (heute Zweckverband C.; nachstehend Zweckverband) vom 22. Juni 1987 als Heimleiter gewählt. Am 19. Oktober 2010 führte das Amt für soziale Sicherheit des Kantons Solothurn im Zentrum C. einen Aufsichtsbesuch durch. Gestützt auf den Aufsichtsbericht vom 28. Oktober 2010 verfügte dieses am 10. Februar 2011 unter anderem, dass die Ausbil-

derung des Heimleiters in einem Äquivalenzverfahren geprüft werden müsse und diesem die Möglichkeit geboten werden solle, eine Aus- und Weiterbildung in Bezug auf Kommunikation und Organisation zu absolvieren. A. reichte daraufhin ein Arzteugnis des behandelnden Psychiaters ein, welcher ab 10. Februar 2011 eine vollständige Arbeitsunfähigkeit attestierte. Nachdem der Vorstand des Zweckverbandes an der Sitzung vom 3. März 2011 mit A. und B. das weitere Vorgehen bezüglich der Heimleitung besprochen hatte, berichtete die Zeitung E. in der Ausgabe vom 5. März 2011 über eine sofortige einvernehmliche Auflösung des Arbeitsverhältnisses mit dem Leiterpaar. Mit Schreiben vom 21. März 2011 verlangte deren Rechtsvertreter vom Zweckverband zu diesen Aussagen eine Erklärung.

Mit Eingabe vom 19. April 2011 reichten A. und B. beim Regierungsrat des Kantons Solothurn Rechtsverweigerungs- und Rechtsverzögerungsbeschwerde gegen den Zweckverband ein. Der Vorstand des Zweckverbandes bekundete daraufhin mit Schreiben vom 9. Juli 2011 seine Absicht, das ordentliche Kündigungsverfahren einzuleiten. Den Betroffenen wurde im Sinne der Gewährung des rechtlichen Gehörs Frist zur Stellungnahme angesetzt. A. und B. ersuchten daraufhin um Akteneinsicht und stellten ein Ausstandsbegehren gegen die Präsidentin und den Vizepräsidenten des Zweckverbandes. Am 2. August 2011 reichten sie ein weiteres Rechtsverweigerungsbegehren gegen den Zweckverband ein. Der Zweckverband wies das Ausstandsbegehren am 10. August 2011 ab. Gleichzeitig beschloss dieser, das Anstellungsverhältnis mit A. und B. unter Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist per 30. November 2011 aufzulösen. A. reichte gegen die Kündigung Beschwerde beim Volkswirtschaftsdepartement (VWD) des Kantons Solothurn ein. Mit Entscheid vom 9. Januar 2012 schrieb das VWD die Rechtsverweigerungsbeschwerden als gegenstandslos geworden ab. Die Beschwerde von A. betreffend Kündigung hiess es gut mit der Feststellung, die Kündigung vom 10. August 2011 sei nichtig. Zur Begründung führte das VWD aus, die Dienst- und Gehaltsordnung des Zweckverbandes vom 1. Januar 1997 (DGO 1997) sei mangels Genehmigung durch das zuständige Departement ungültig, weshalb in Anwendung der Staatspersonalgesetzgebung davon auszugehen sei, dass die Kündigung während der krankheitsbedingten Sperrfrist von zwölf Monaten und damit zur Unzeit erfolgt sei. Die vom Zweckverband dagegen eingereichte Beschwerde hiess das Verwaltungsgericht des Kantons Solothurn mit Entscheid vom 17. Juli 2013 gut mit der Feststellung, die Kündigung des Zweckverbandes vom 10. August 2011 auf den 30. November 2011 sei gültig erfolgt. A. lässt Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten führen und unter Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheids die Rückweisung der Sache zur Neubeurteilung beantragen.

Aus den Erwägungen:

3.

Strittig ist, ob die vom Beschwerdegegner am 10. August 2011 verfügte Kündigung des Arbeitsverhältnisses gemäss angefochtenem Entscheid rechtmässig ist.

3.1 Die Beschwerdeführerin war Angestellte des Zweckverbandes. Unbestritten ist, dass es sich um ein öffentlich-rechtliches Anstellungsverhältnis handelt. Der Zweckverband ist gemäss § 166 Abs. 1 des Gemeindegesetzes des Kantons Solothurn vom 16. Februar 1992 (GG; BGS 131.1) eine öffentlich-rechtliche Körperschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit. Nach § 179 GG sind auf die Angestellten der Zweckverbände die Bestimmungen des fünften Titels sinngemäss anzuwenden (§§ 111 ff. GG). Darauf verweist ausdrücklich auch Art. 22 der Statuten des Zweckverbandes. Gemäss § 120 Abs. 1 GG ist das Dienstverhältnis der Angestellten – ausser bei aushilfsweisen und befristeten Arbeitsverhältnissen (§ 120 Abs. 4 GG) – in der Regel öffentlich-rechtlich. § 121 GG sieht vor, dass jede Gemeinde in einer Dienst- und Gehaltsordnung die Rechte und Pflichten des haupt- und nebenamtlichen Gemeindepersonals festzuhalten hat. Gemäss § 209 GG sind die von der Gesetzgebung vorgeschriebenen rechtsetzenden Gemeindereglemente «nur gültig, wenn sie vom Departement, dessen Sachgebiet sie betreffen, genehmigt worden sind» (Abs. 1). Vorbehalten bleiben abweichende gesetzliche Regelungen (Abs. 2). Die Zweckverbände und die übrigen der Zusammenarbeit der Gemeinden dienenden öffentlich-rechtlichen Organisationen unterstehen wie die Gemeinden der Staatsaufsicht (§ 215 GG).

3.2 Der Zweckverband, welcher bisher über keine Dienst- und Gehaltsordnung verfügte, beschloss an der Delegiertenversammlung vom 27. November 1996 die Dienst- und Gehaltsordnung Zweckverband D. (nachfolgend: DGO 1997) und setzte diese auf den 1. Januar 1997 in Kraft. Nach den unbestrittenen Feststellungen des Verwaltungsgerichts wurde diese nicht dem zuständigen Departement zur Genehmigung vorgelegt. Dieses Erfordernis erfüllt erst die seit 1. Januar 2012 in Kraft stehende Dienst- und Gehaltsordnung des Zweckverbandes C.

3.3 Es fragt sich, welche rechtliche Konsequenz dieser Mangel zur Folge hat. Im Urteil 2C_86/2009 vom 19. November 2009, wo es um Gebühren für den Wasserverbrauch ging, hielt das Bundesgericht fest, die Genehmigung sei nach dem klaren Wortlaut von § 209 Abs. 1 GG konstitutiv. Ein zu genehmigendes Reglement werde nur gültig, wenn die vorgeschriebene Genehmigung erteilt worden sei. Der nicht genehmigten Tarifierhöhung wurde die Rechtsverbindlichkeit abgesprochen und der Tarifänderung die Anwendung versagt, da es gegen das Willkürverbot und das Art. 127 Abs. 1 BV zugrundeliegende Legalitätsprinzip verstosse, wenn eine kommunale Norm zulasten eines Abgabepflichtigen angewendet wer-

de, obwohl sie nach dem höherrangigen kantonalen Recht nicht rechtsgültig geworden sei.

3.4 Das Verwaltungsgericht hat erwogen, die Beschwerdeführerin habe sich seinerzeit beim Zweckverband beworben, ihr Einverständnis mit den Anstellungsbedingungen erklärt und schliesslich die Wahl angenommen. Ein Arbeitsvertrag in der üblichen schriftlichen Form liege nicht vor. Es sei jedoch davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerin in den Jahren 1987 bis 2011 ihre Arbeit nach den Vorgaben des Arbeitgebers verrichtet und dafür einen Lohn bezogen habe. Ab 1. Januar 1997 habe sich das Arbeitsverhältnis im beidseitigen Einvernehmen nach den Bestimmungen der DGO 1997 gerichtet, welche somit trotz fehlender Genehmigung durch das zuständige Departement zwischen den Parteien zur Anwendung komme. Eine aushilfs- und ersatzweise Anwendung der Bestimmungen des Gesetzes des Kantons Solothurn vom 27. September 1992 über das Staatspersonal (Staatspersonalgesetz; BGS 126.1) würde nach Ansicht des Verwaltungsgerichts die Gemeindeautonomie des Zweckverbandes verletzen und dem Grundsatz von Treu und Glauben widersprechen. Die Beschwerdeführerin könne sich daher nicht auf die in § 27 bis des Staatspersonalgesetzes vorgesehene Sperrfrist von zwölf Monaten bei Arbeitsverhinderung wegen Krankheit berufen. Vielmehr sei aufgrund des Verweises in § 73 DGO 1997 auf die Bestimmungen des Obligationenrechts in Anwendung von Art. 336c Abs. 1 lit. b OR als subsidiäres kommunales Recht (vgl. BGE 138 I 232 E. 2.4 S. 236; Urteil 8C_451/2013 vom 20. November 2013 E. 5.2.2) von einer Sperrfrist von 180 Tagen auszugehen. Diese Frist sei am 9. August 2011 (Krankschreibung ab 10. Februar 2011) abgelaufen. Mit dem Beschluss der Kündigung vom 10. August 2011 sei diese Frist auf alle Fälle gewahrt, die verfügte Kündigung daher nicht zur Unzeit erfolgt und demzufolge nicht nichtig im Sinne von Art. 336c Abs. 2 OR.

3.5 Nach der Beschwerdeführerin hat das Verwaltungsgericht mit dem Abstellen auf die Bestimmungen der DGO 1997 auf die Frage der Rechtmässigkeit der Kündigung eine gemäss § 209 Abs. 1 GG ungültige Bestimmung angewendet und damit gegen das Willkürverbot (Art. 9 BV) und das Legalitätsprinzip (Art. 5 Abs. 1 BV; Art. 5 der Verfassung des Kantons Solothurn vom 8. Juni 1986; KV; BGS 111.1) verstossen. Da die Gemeinden gemäss dem klaren Wortlaut von § 209 Abs. 1 GG nur mit Zustimmung der kantonalen Behörden rechtsetzende Gemeindereglemente erlassen dürften, sei die vorinstanzliche Auslegung willkürlich, wonach die DGO 1997 gestützt auf die Gemeindeautonomie dennoch anwendbar sei. Ausserdem bemängelt sie eine Verletzung des rechtlichen Gehörs (Art. 29 Abs. 2 BV; Art. 18 Abs. 2 KV), weil die Vorinstanz die Parteien nicht dazu befragt habe, ob sie gutgläubig von der Anwendung der DGO 1997 ausgegangen seien und sich danach organisiert hätten in der Meinung, diese sei rechtsgültig, was bestritten werde. Abgesehen davon beruhe die Annahme, Treu und Glauben könne einem formell nicht zustande gekommenen Gemeindereglement Gültigkeit verschaffen, auf einer willkürlichen Anwen-

derung von § 209 Abs. 1 GG. Lückenfüllend komme stattdessen das Staatspersonalgesetz zur Anwendung.

3.6 Das Legalitätsprinzip (Art. 5 Abs. 1 BV) ist – abgesehen von seiner spezifischen Bedeutung im Strafrecht und im Abgaberecht – kein verfassungsmässiges Individualrecht, sondern ein Verfassungsgrundsatz, dessen Missachtung nicht selbstständig, sondern nur im Zusammenhang mit der Verletzung des Grundsatzes der Gewaltenteilung, der Rechtsgleichheit, des Willkürverbots oder eines speziellen Grundrechts gerügt werden kann (BGE 129 I 161 E. 2.1 S. 163 mit Hinweisen). Insbesondere kann aus dem Legalitätsprinzip keine verfassungsmässige Garantie auf einen gerichtlichen Rechtsschutz abgeleitet werden (BGE 130 I 388 E. 4 S. 392). In seiner Ausgestaltung als Rechtssatzvorbehalt dient das Legalitätsprinzip dazu, eine rechtsgleiche Behandlung vergleichbarer Fälle sicherzustellen. Zu diesem Zweck sollen sich denn auch die Rechte und Pflichten der öffentlich Bediensteten im Grundsatz aus einem (zumindest materiellen) Gesetz ergeben (Urteil 8D_6/2013 vom 13. November 2013 E. 4.3).

3.7 Durch die Ungültigkeit der DGO 1997 ist eine vom kommunalen Gesetzgeber nicht gewollte Lücke entstanden, welche vom Gericht und den rechtsanwendenden Behörden auszufüllen ist (vgl. dazu BGE 139 I 57 E. 5.2 S. 60). Wenn das Verwaltungsgericht diese durch sinngemässe Anwendung der Bestimmungen der DGO 1997 gefüllt hat, erscheint dies als vertretbar. Die DGO 1997 wurde an der Vorstandssitzung des Zweckverbandes vom 13. November 1996 einlässlich beraten. Wie dem Protokoll zu entnehmen ist, beruhte der Entwurf auf den bisher im Zweckverband geltenden und angewandten Regelungen. Dieser wollte sich soweit wie möglich am Privatrecht und damit am Obligationenrecht orientieren. Dies ergibt sich auch aus dem Ingress der von der Delegiertenversammlung am 27. November 1996 genehmigten DGO 1997 und deren Verweis auf das OR. Das Staatspersonalgesetz bildete aufgrund der Materialien nicht Grundlage der DGO 1997, und es wird auch nicht darauf verwiesen. Insofern unterscheidet sich der vorliegende Sachverhalt von dem in BGE 134 I 204 beurteilten Fall. Bis zur Feststellung der Nichtgenehmigung der DGO 1997 durch das VWD gingen die Parteien von dessen Anwendbarkeit auf ihr Rechtsverhältnis aus, wie sich unter anderem dem Kündigungsbeschluss des Zweckverbandes vom 10. August 2011 und den Eingaben der Beschwerdeführerin an den Regierungsrat vom 19. April 2011 und an das Amt für Gemeindeorganisation vom 25. August 2011 entnehmen lässt. Die Annahme der Vorinstanz, das Arbeitsverhältnis habe sich im beidseitigen Einvernehmen nach der DGO 1997 gerichtet, erweist sich daher nicht als offensichtlich unrichtig. Der Zweckverband hat seine Dienst- und Gehaltsordnung nach Kenntnis der fehlenden Genehmigung in weitgehend unveränderter Form – insbesondere unter Beibehaltung des Verweises auf das Obligationenrecht als subsidiäres kommunales Recht – durch das VWD genehmigen lassen. Auch wenn der Erlass als Grundlage für Akte im Abgaberecht nicht zu genügen vermöchte (vgl. bereits erwähntes Urteil

2C_86/2009), ist die Rechtsauffassung des Verwaltungsgerichts, dass im vorliegenden Zusammenhang lückenfüllend auf die DGO 1997 und nicht auf das Staatspersonalgesetz abzustellen sei, im Rahmen eines freiwillig eingegangenen besonderen Rechtsverhältnisses unter dem Gesichtswinkel des angerufenen Willkürverbots vertretbar. Sie steht auch im Einklang damit, dass mit der in § 121 GG statuierten Delegation an die Gemeinden zum Erlass einer Dienst- und Gehaltsordnung deren Legitimation zur Rechtsetzung gesichert wurde. Dadurch, dass das Verwaltungsgericht die Kündigung nach der DGO 1997 und dem Obligationenrecht beurteilt hat, nahm es somit keine unerlaubte Lückenfüllung (vgl. dazu BGE 132 III 707 E. 2 S. 711 mit Hinweisen) vor. Vielmehr hält seine Betrachtungsweise vor dem Willkürverbot stand.

4.

4.1 Aufgrund der vorstehenden Überlegungen kann den Bestimmungen der DGO 1997 die lückenfüllende Anwendbarkeit grundsätzlich nicht abgesprochen werden. Nach dessen § 64 Abs. 1 kann der Arbeitgeber das Anstellungsverhältnis kündigen. Die Frist richtet sich nach § 63. Danach können definitiv angestellte Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer unter Einhaltung einer gegenseitigen Kündigungsfrist von drei Monaten je auf Ende des Monats kündigen (§ 63 Abs. 2 DGO 1997). Die Kündigung ist zu begründen (§ 64 Abs. 2 DGO 1997). Die Kündigungsbeschränkungen und die Kündigung zulässiger privatrechtlicher Anstellungsverhältnisse richten sich nach dem Obligationenrecht (§ 64 Abs. 3 DGO 1997). Gemäss § 61 DGO 1997 wird das Dienstverhältnis dem Grundsatz nach unter anderem dann aufgelöst, wenn der Arbeitgeber oder der Arbeitnehmer das Angestelltenverhältnis kündigt (lit. a), disziplinarische oder andere wichtige Gründe vorliegen (lit. d) oder wenn die Anstellungsvoraussetzungen weggefallen sind (lit. e). Nach § 67 Abs. 1 DGO 1997 kann einem Arbeitnehmer wegen mangelnder Eignung oder Leistungsfähigkeit oder weil das Verhalten zu berechtigten Klagen Anlass gab, gekündigt werden. Laut § 73 DGO 1997 kommen die Bestimmungen der einschlägigen Normalarbeitsverträge und bei deren Fehlen, die des Obligationenrechts zur Anwendung, wenn die Richtlinien und die individuellen Abmachungen das Arbeitsverhältnis nicht regeln.

4.2 Das Verwaltungsgericht ging davon aus, dass sich die Kündigungsbeschränkungen mangels spezifischer Regelung nach Art. 336 ff. OR in Verbindung mit § 73 DGO 1997 richten. Gemäss Art. 336c Abs. 1 lit. b OR 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 ab dem sechsten Dienstjahr während 180 Tagen.

4.3 Die Beschwerdeführerin vermag nicht darzutun, inwiefern die vorinstanzliche Auslegung, wonach vorliegend eine Sperrfrist von 180 Tagen auf jeden Fall gewahrt sei, willkürlich sein soll. Selbst wenn der Beschwerdeführerin folgend angenommen würde, die Kündigungsbeschrän-

kungen des Obligationenrechts kämen gestützt auf § 64 Abs. 3 DGO 1997 lediglich im Rahmen der Kündigung privatrechtlicher Anstellungsverhältnisse zur Anwendung, käme nach dem in E. 3.7 hievor Gesagten nicht automatisch der zwölfmonatige Kündigungsschutz gemäss Art. 27^{bis} des Staatspersonalgesetzes zum Zuge. Vielmehr müsste mangels ausdrücklicher Statuierung einer Sperrfrist für die Kündigung öffentlich-rechtlicher Anstellungsverhältnisse in der DGO 1997 lediglich die dreimonatige Kündigungsfrist gemäss § 64 Abs. 1 in Verbindung mit § 63 Abs. 2 DGO 1997 eingehalten werden. Soweit die Beschwerdeführerin einwendet, die Einhaltung einer Sperrfrist für die Aussprechung der Kündigung öffentlich-rechtlicher Arbeitsverhältnisse durch den Arbeitgeber bei nicht selbstverschuldeter Krankheit gehöre zu den allgemein unumstrittenen Grundzügen der schweizerischen Rechtsordnung, weshalb Abweichungen davon einer klaren gesetzlichen Grundlage bedürften, erweist sich ihr Einwand als unbehelflich (vgl. dazu BGE 139 I 57; 124 II 53). Auch soweit sich die Beschwerdeführerin auf den Anspruch auf Leistungen bei Krankheit, Unfall und Schwangerschaft gemäss § 58 Abs. 2 DGO 1997 beruft, welcher bei länger andauernder Arbeitsverhinderung (innerhalb zwölf aufeinander folgender Monate) eine Lohnzahlung von 80 Prozent bis zum Eintritt des Rentenfalles vorsieht, kann daraus nicht auf eine entsprechende Sperrfrist für die Kündigung geschlossen werden. Diese Bestimmung sieht lediglich vor, dass der Arbeitgeber den Lohn während einer beschränkten Zeit weiterzubezahlen hat, wenn der Arbeitnehmer auf Grund einer krankheits- oder unfallbedingten Arbeitsunfähigkeit seine Arbeitsleistung nicht erbringen kann. Die Verpflichtung setzt damit voraus, dass der Arbeitgeber zur Lohnzahlung verpflichtet wäre, wenn der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung erbracht hätte. Die Lohnfortzahlungspflicht gilt – vorbehaltlich einer anderslautenden Regelung – grundsätzlich nur, soweit und solange ein Arbeitsverhältnis besteht. Der zeitliche Kündigungsschutz und die Lohnfortzahlungspflicht sind in der DGO 1997 (anders als etwa in § 27^{ter} Abs. 2 lit. b in Verbindung mit § 47 Abs. 1 lit. b des Staatspersonalgesetzes) nicht koordiniert (vgl. zur fehlenden Koordination im Obligationenrecht Urteil 4C.315/2006 vom 10. Januar 2007 E. 3).

4.4 Nach den unbestrittenen und für das Bundesgericht somit verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz war die Beschwerdeführerin ab dem 10. Februar 2011 durch Dr. med. X. zu 100 Prozent krankgeschrieben, womit die 180-tägige Sperrfrist bis 9. August 2011 dauerte. Diese wurde vom Zweckverband mit der am 10. August 2011 beschlossenen Kündigung somit gewahrt.

5.

5.1 Weiter beanstandet die Beschwerdeführerin den vorinstanzlichen Entscheid insofern, als damit eine Kündigung wegen mangelnder Eignung und Leistungsfähigkeit zufolge Krankheit als zulässig betrachtet wird. Die DGO 1997 sehe eine Kündigung zufolge krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit nicht vor. Da ein öffentlich-rechtliches Arbeitsverhältnis nur ge-

stützt auf eine gesetzliche Grundlage und aus zureichenden Gründen aufgelöst werden könne, liege eine Verletzung von Art. 5 BV und Art. 5 KV sowie eine willkürliche Rechtsanwendung (insbesondere von §§ 61 bis 69 DGO 1997) vor.

5.2 Der Beschwerdegegner begründete die Kündigung mit der gesundheitlichen Verfassung der Beschwerdeführerin, da ihr damit die Eignung fehle, ihre Funktion in der Administration/Buchhaltung des Zentrums C. wahrzunehmen. Die Vorinstanz hat in tatsächlicher Hinsicht für das Bundesgericht grundsätzlich verbindlich festgestellt, dass die Beschwerdeführerin gemäss Gutachten des Vertrauensarztes der Taggeldversicherung, Dr. med. Y., vom 30. April 2011 seit dem 10. Februar 2011 bis auf weiteres arbeitsunfähig war. Eine Rückkehr an den angestammten Arbeitsplatz komme gemäss den ärztlichen Angaben aus psychischen Gründen nicht mehr in Frage, während ab 1. August 2011 bezogen auf den allgemeinen Arbeitsmarkt eine vollständige Arbeitsfähigkeit gegeben war. Berücksichtigt wurde auch das Zeugnis des Dr. med. X. vom 3. August 2011, wonach jede weitere Tätigkeit an der bisherigen Arbeitsstelle unzumutbar sei. Die Beschwerdeführerin legt nicht dar, und es sind keine Anhaltspunkte ersichtlich, inwiefern diese Tatsachenfeststellungen offensichtlich unrichtig wären oder sonst wie gegen Bundesrecht verstossen würden.

5.3 Das Verwaltungsgericht zieht aus seinen Feststellungen den Schluss, dass die Beschwerdeführerin objektiv nicht mehr geeignet gewesen sei, ihre Tätigkeit beim Zweckverband auszuüben. Damit liegt seiner Ansicht nach ein sachlicher Kündigungsgrund im Sinne von § 67 Abs. 1 DOG 1997 vor, welcher den Beschwerdegegner zur ordentlichen Kündigung des Anstellungsverhältnisses berechtigt habe. Diese Auffassung verstösst weder gegen das Legalitätsprinzip noch gegen das Willkürverbot. Für die ordentliche Kündigung eines öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnisses müssen in jedem Fall sachliche oder triftige Gründe vorliegen, selbst wenn dies im Personalrecht nicht ausdrücklich verankert ist. Denn das aus Art. 9 BV fliessende Willkürverbot sowie der Verfassungsgrundsatz der Verhältnismässigkeit gebieten, dass eine Kündigung in pflichtgemässer Ermessensausübung nur gestützt auf sachliche Gründe ausgesprochen werden kann. Grundsätzlich ist eine Kündigung dann sachlich begründet, wenn die Weiterbeschäftigung des betreffenden Angestellten dem öffentlichen Interesse, insbesondere demjenigen einer gut funktionierenden Verwaltung, widerspricht (Urteil 8C_826/2009 vom 1. Juli 2010 E. 2; PETER HÄNNI, *Das öffentliche Dienstrecht der Schweiz*, 2. Aufl. 2008, S. 549 und S. 558). Es genügen objektive, nicht vom Arbeitnehmer verschuldete Gründe, wie beispielsweise gesundheitliche Probleme oder fachliches Unvermögen. Sachlich ist es daher nicht unhaltbar, eine Angestellte zu entlassen, die aus gesundheitlichen Gründen für ihre Tätigkeit nicht mehr geeignet ist und ihre Beschäftigung auf Dauer nicht wieder aufnehmen oder fortsetzen können (BGE 124 II 53 E. 2b/bb S. 57; Urteil 2A.3/2001 vom 18. April 2001 E. 2b; HÄNNI, a.a.O., S. 558). Beruht die streitige Auflö-

sung des Arbeitsverhältnisses auf der festgestellten gesundheitlichen Nichteignung der Beschwerdeführerin, ist somit ein zulässiger bzw. triftiger Grund gegeben. Die Kündigung erweist sich weder als willkürlich noch als unverhältnismässig und verstösst auch nicht gegen das Legalitätsprinzip.

Bundesgericht, Urteil vom 5. Mai 2014, Doss.-Nr. 8C_900/2013 (Bestätigung des Entscheids des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 5. November 2013)

Öffentliches Personalrecht. Die Schlussfolgerung der Vorinstanz, der Arbeitgeber habe seine Fürsorgepflicht im Rahmen seiner Optionen in genügendem Masse wahrgenommen, indem er innert nützlicher Frist den geäusserten Mobbingvorwürfen nachgegangen sei, diverse Abklärungen veranlasst und durchgeführt, nach Verbesserungsmöglichkeiten gesucht und schliesslich konkrete Massnahmen vorgeschlagen habe, ist nicht zu beanstanden. Geht der Arbeitgeber nicht nur den geäusserten Mobbingvorwürfen nach, sondern nimmt er auch das (angebliche) Mobbingopfer betreffende Erhebungen vor, stellt dies keine Missachtung der Fürsorgepflicht dar (E. 5.1, 5.2.2).

Sachverhalt:

Der 1960 geborene B. war seit 1. Juli 2006 beim Kanton Zürich angestellt. Nachdem am 10. Februar 2012 die jährliche Mitarbeiterbeurteilung sowie am 27. März und 31. Mai 2012 weitere Gespräche mit dem Direktionsvorstehenden stattgefunden hatten, kündigte B., seit 11. Juni 2012 vollständig arbeitsunfähig geschrieben, sein Anstellungsverhältnis am 10. Juli 2012 auf Ende Januar 2013 wegen angeblich anhaltender Verletzung der Fürsorgepflicht durch seinen Vorgesetzten nach Mobbing und der dadurch verursachten schweren Erkrankung.

Am 16. August und 30. Oktober 2012 forderte er beim Regierungsrat des Kantons Zürich die Bezahlung von Schadenersatz in der Höhe von insgesamt Fr. 15 545.75 (Ersatz der Anwalts- und der Arztkosten, soweit nicht von der Krankenkasse übernommen) sowie einer Genugtuung im Betrag von Fr. 10 000.–. Zusätzlich verlangte er Schadenersatz in der Höhe von zwölf Monatslöhnen als personalrechtliche Abfindung. Der Regierungsrat lehnte das Verantwortlichkeitsbegehren mit Beschluss vom 21. November 2012 mangels Verstosses gegen die arbeitgeberische Fürsorgepflicht und daher Fehlens eines widerrechtlichen Verhaltens ab. Die dagegen erhobene Beschwerde, mit welcher B. die Aufhebung des angefochtenen regierungsrätlichen Beschlusses sowie die Zusprechung von Schadenersatz und Genugtuung in der Höhe von Fr. 30 000.– beantragen liess, wies das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich mit Entscheid vom

5. November 2013 ab. B. lässt Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten führen und seinen vorinstanzlichen Antrag erneuern. Eventualiter sei der vorinstanzliche Entscheid aufzuheben und die Sache zur Neuurteilung an das kantonale Gericht zurückzuweisen.

Aus den Erwägungen:

4.

4.1 Streitig und zu prüfen ist, ob der Staat Zürich, insbesondere der direkte Vorgesetzte des Beschwerdeführers in der Person des Direktionsvorstehenden, seinen Fürsorgepflichten als Arbeitgeber im Rahmen der erhobenen Mobbingvorwürfe rechtsgenügend nachgekommen ist.

4.2 Im angefochtenen Entscheid wurden die hierfür massgeblichen Rechtsgrundlagen zutreffend wiedergegeben. Es betrifft dies namentlich § 6 Abs. 1 HaftungsG, wonach der Staat für den Schaden haftet, den ein Beamter in Ausübung amtlicher Verrichtungen einem Dritten widerrechtlich zufügt. Gemäss § 11 HaftungsG hat, wer in seiner Persönlichkeit widerrechtlich verletzt wird, Anspruch auf Feststellung der Verletzung, auf Schadenersatz und, sofern die Schwere der Verletzung es rechtfertigt und diese nicht anders wiedergutmacht worden ist, auch auf Genugtuung. Für Schaden, der einem Dritten durch rechtmässige Tätigkeit des Staates entsteht, haftet dieser nur, sofern dies in einem Gesetz vorgesehen ist (§ 12 HaftungsG). Die Voraussetzungen der Staatshaftung sind demnach der Eintritt des Schadens, dessen Verursachung durch Personen, die öffentliche Aufgaben erfüllen, die Widerrechtlichkeit der Schädigung sowie ein adäquater Kausalzusammenhang zwischen der hoheitlichen Handlung oder Unterlassung und dem eingetretenen Schaden (TOBIAS JAAG/MARKUS RÜSSLI, Staats- und Verwaltungsrecht des Kantons Zürich, 4. Aufl. 2012, Rz. 3112 ff.). Ferner ist auf die in § 39 des Personalgesetzes vom 27. September 1998 des Kantons Zürich (PG; LS 177.10) verankerte Fürsorgepflicht des Arbeitgebers zu verweisen. Mobbing schliesslich stellt nach einer auch vom Bundesgericht verwendeten Definition ein systematisches, feindliches, über einen längeren Zeitraum anhaltendes Verhalten dar, mit dem eine Person an ihrem Arbeitsplatz isoliert, ausgegrenzt oder gar von ihrem Arbeitsplatz entfernt werden soll (Urteil 8C_446/2010 vom 25. Januar 2011 E. 4.1 mit diversen Hinweisen und weitergehenden Ausführungen zur Begrifflichkeit).

5.

5.1 Das kantonale Gericht hat in seinem Entscheid erwogen, entgegen der Darstellung des Beschwerdeführers seien nach Kenntnisnahme der Mobbingvorwürfe die notwendigen Abklärungen durch den zuständigen Direktionsvorstehenden beförderlich an die Hand genommen worden. Insbesondere habe dieser sowohl mehrmals mit dem Beschwerdeführer selber als auch mit sieben anderen Mitarbeitenden Gespräche geführt sowie eine Stellungnahme des unmittelbar betroffenen Generalsekretärs eingeholt. Es

sei dabei erkannt worden, dass der Beschwerdeführer zwar unbestrittenermassen über die erforderlichen fachlichen Qualitäten verfüge, er aber erhebliche Führungsdefizite aufweise. Der Direktionsvorstehende habe gestützt darauf, nachdem eine Trennung in gegenseitigem Einvernehmen durch den Beschwerdeführer abgelehnt worden war, Massnahmen zur längerfristigen Verbesserung der Situation aufgezeigt und dadurch seinen Willen bekundet, alles vorzukehren, um den bestehenden Konflikt zu entschärfen. Dass der Vorgesetzte nicht nur den geäusserten Mobbingvorwürfen nachgegangen sei, sondern auch die Person des Beschwerdeführers, namentlich dessen Führungsverhalten, betreffende Erhebungen vorgenommen habe, könne angesichts der Sachlage nur als folgerichtig bezeichnet werden und stelle keine Missachtung der arbeitgeberischen Fürsorgepflicht dar.

5.2 Die in der Beschwerde erhobenen Einwendungen vermögen kein anderes Ergebnis herbeizuführen. Es wird daraus nicht ersichtlich, inwiefern die vorinstanzlichen Feststellungen willkürlich bzw. unter Verletzung einer verfahrensrechtlichen Verfassungsvorschrift zustande gekommen sein sollten.

5.2.1 Soweit der Beschwerdeführer anführt, das Verwaltungsgericht habe sich nicht mit sämtlichen seiner Vorbringen befasst und sei damit seiner Begründungspflicht als Kerngehalt des Anspruchs auf rechtliches Gehör gemäss Art. 29 BV nur ungenügend nachgekommen, verkennt er, dass eine einlässliche Auseinandersetzung mit allen Parteistandpunkten und eine ausdrückliche Widerlegung jedes einzelnen Argumentes nicht erforderlich ist. Vielmehr kann sich das kantonale Gericht auf die für den Entscheid wesentlichen Rügen beschränken. Die Begründung muss so abgefasst sein, dass sich die betroffene Person über die Tragweite des Entscheids Rechenschaft geben und ihn in voller Kenntnis der Sache an die höhere Instanz weiterziehen kann. In diesem Sinne müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde hat leiten lassen und auf die sich ihr Entscheid stützt (BGE 136 I 184 E. 2.2.1 S. 188, 229 E. 5.2 S. 236). Dies ist vorliegend ohne weiteres zu bejahen. Es kann überdies dahingestellt bleiben, ob der Sachverhalt in Bezug auf den Zeitpunkt der Kenntnisnahme der Mobbingvorhaltungen durch den Direktionsvorstehenden unvollständig oder teilweise unrichtig ermittelt worden ist. Unabhängig davon, ob dies am 10. Februar 2012 anlässlich der Mitarbeiterbeurteilung oder erst im Nachgang am 28. Februar 2012 geschah, wurden hierzu unstreitig am 27. März und 31. Mai 2012 bilaterale Gespräche mit dem Beschwerdeführer geführt, wobei für Juni ein weiteres Treffen geplant gewesen war (vgl. E-Mail des Vorgesetzten vom 4. Juni 2012). Nachdem der Beschwerdeführer anlässlich der Besprechung vom 27. März 2012 erklärt hatte, die Probleme psychischer und physischer Natur seien abgeklungen, weshalb er in dieser Hinsicht keine weitergehende Unterstützung benötige, durfte der Direktionsvorstehende davon ausgehen, der gewählte Zeitrahmen trage den Anliegen des Beschwerdeführers in genügen-

der Weise Rechnung. Ferner wurde der Generalsekretär, gegen welchen sich die Mobbingvorwürfe in erster Linie richteten, um eine schriftliche Stellungnahme gebeten, die dieser am 2. April 2012 verfasste. Sodann holte der Direktionsvorstehende, um sich ein möglichst umfassendes Bild zu verschaffen, am 27. April, 10. Mai und 25. Mai 2012 bei insgesamt sieben Mitarbeitenden mündlich Rückmeldungen hinsichtlich der Zusammenarbeit zwischen den involvierten Amtsstellen sowie der Leitungsfunktion des Beschwerdeführers ein. Der Umstand, dass die entsprechenden Kurzprotokolle von den jeweiligen Angestellten nicht visiert sind, schmälert deren Beweiskraft nicht bzw. ändert nichts daran, dass entsprechende Schritte in die Wege geleitet worden sind und ein informativer Austausch auch auf dieser Ebene stattgefunden hat. Anfang Juni 2012 wurden dem Beschwerdeführer mit Blick auf eine künftige Weiterbeschäftigung Empfehlungen im Sinne einer Untersuchung der Verhältnisse durch eine externe Beratungsstelle, einer Ergänzung der Zielvereinbarung sowie einer mehrtägigen Ausbildung im Bereich Führung/Moderation unterbreitet.

5.2.2 Die Schlussfolgerung der Vorinstanz, der Direktionsvorstehende habe sich innert nützlicher Frist der Sache angenommen, diverse Abklärungen veranlasst und durchgeführt, nach Verbesserungsmöglichkeiten gesucht und schliesslich konkrete Massnahmen vorgeschlagen, erweist sich vor diesem Hintergrund als in allen Teilen zutreffend. Namentlich hat das Gericht zu Recht die vom Vorgesetzten unternommenen Schritte umfassend gewürdigt. Nur gestützt darauf – und nicht auf der Basis einiger weniger Sachverhaltselemente – ist beurteilbar, ob bezüglich der arbeitgeberischen Fürsorgepflicht ein Fehlverhalten und damit eine Widerrechtlichkeit vorliegt. Aus dieser von der Vorinstanz vorgenommenen Gesamtbetrachtung wird deutlich (vgl. E. 3.3 des angefochtenen Entscheids), dass die Vorkehren des Vorgesetzten rechtzeitig und in ausreichender Anzahl erfolgt sind. Ein unter dem Aspekt der notwendigen zeitlichen Dringlichkeit pflichtwidriges Vorgehen kann insbesondere in Anbetracht der Auslastung eines Regierungsrats, der Tatsache, dass sich unter den Befragten auch Kamermitglieder mit ebenfalls engmaschigen Terminkalendern befanden, sowie des Umstands der Ende März 2012 als gesundheitlich stabil eingestuftem Verfassung des Beschwerdeführers nicht ausgemacht werden. Der Direktionsvorstehende ist vielmehr nicht einfach untätig geblieben, sondern hat sich proaktiv um eine konstruktive Lösung bemüht. Er hat daher seine Fürsorgepflicht im Rahmen seiner Optionen in genügendem Masse wahrgenommen, wie die Vorinstanz willkürfrei festgestellt hat. Was den Vorwurf anbelangt, dem Beschwerdeführer sei es unberechtigterweise verwehrt worden, sich an die nächsthöhere Vorgesetztenstelle zu wenden, kann vollumfänglich auf die einlässlichen Erläuterungen im Beschluss des Regierungsrates vom 21. November 2012 verwiesen werden. Danach ist der jeweilige Direktionsvorstehende nach Massgabe der anwendbaren organisationsrechtlichen Vorgaben innerhalb der regierungsrätlichen und kantonalen Verwaltungsstrukturen abschliessend für die Beurteilung und

Führung der ihm direkt unterstellten Mitarbeitenden zuständig und nimmt demgemäss auch die Fürsorgepflicht arbeitgeberseitig wahr. Weiterungen dazu erübrigen sich.

Die Feststellung des kantonalen Gerichts, dem Verantwortlichkeitsbegehren könne mangels Voraussetzung der Widerrechtlichkeit keine Folge gegeben werden, ist mithin als bundesrechtskonform zu werten.

Bundesgericht, Urteil vom 14. Mai 2014, Doss.-Nr. 8C_864/2013 (Bestätigung des Entscheids des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 23. Oktober 2013), in: BGE 140 II 298

§ 71 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes des Kantons Zürich vom 24. Mai 1959 (VRG) in der seit 1. Januar 2011 geltenden Fassung in Verbindung mit Art. 404 ZPO.

Ausführungen zur Frage der Rechtshängigkeit eines Verwaltungsverfahrens (E. 5).

§ 71 de la loi cantonale zurichoise du 24 mai 1959 sur la procédure administrative dans sa version en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2011 en relation avec l'art. 404 CPC.

Développements en ce qui concerne la question de la litispendance d'une procédure administrative (consid. 5).

Sachverhalt:

A.

B. war ab 1. Juni 2002 im Spital A. tätig. Am 20. Juli 2010 wurde ihr mitgeteilt, dass ihre Stelle bei unveränderter Lohnhöhe infolge Neugestaltung der Lohnstufen von der Lohnklasse 18/Stufe 11 in die Lohnklasse 18/Stufe 19 überführt worden sei. Mit Brief vom 25. September 2010 an den Pflegedienstleiter des Spitals bekundete B. unter Verweis auf ein persönliches Gespräch ihr Nichteinverständnis; auf Grund der Neueinteilung der Hebammen in eine höhere Lohnklasse durch die Regierung und angesichts der Geburtenzahlen sei sie der Lohnklasse 19 zuzuordnen. Nachdem das Spital A. ihr schriftliches Begehren vom 3. April 2011 um rückwirkende Einteilung per 1. Juli 2010 in die Lohnklasse 19/Stufe 19 am 25. Mai 2011 abgelehnt und am 8. August 2011 entsprechend verfügt hatte, gelangte B. an den Verwaltungsrat des Zweckverbands A. (nachfolgend: Zweckverband). Dieser wies ihr Begehren am Freitag, 23. Dezember 2011 ab. Der gleichentags der Post übergebene Entscheid traf bei der Poststelle der Rechtsvertreterin von B. am Samstag, 24. Dezember 2011 ein und wurde am Dienstag, 3. Januar 2012 abgeholt. Auf den Rekurs von B. vom 1. Februar 2012 trat der Bezirksrat mit Beschluss vom 26. September 2012

nicht ein. Das Gesuch von B. vom 5. Oktober 2012 um Fristwiederherstellung lehnte er mit Beschluss vom 23. Oktober 2012 ab.

B.

B. liess am 25. Oktober 2012 Beschwerde gegen den Beschluss vom 26. September 2012 und am 23. November 2012 gegen den Beschluss vom 23. Oktober 2012 erheben. Mit Entscheid vom 23. Oktober 2013 vereinigte das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich die beiden Verfahren und wies die Sache in Gutheissung der Beschwerde gegen den Beschluss vom 26. September 2012 an den Bezirksrat zurück, während es die Beschwerde gegen den Beschluss vom 23. Oktober 2012 als gegenstandslos abschrieb.

C.

Der Zweckverband führt Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten.

Aus den Erwägungen:

2.

Mit dem kantonalen Verfahrensrecht hat sich das Bundesgericht grundsätzlich nicht zu befassen. Seine Überprüfungsbefugnis ist gemäss Art. 95 BGG, soweit hier interessierend, auf die Verletzung von Bundesrecht, Völkerrecht und kantonalen verfassungsmässigen Rechten beschränkt. Es hat daher nur zu prüfen, ob die Anwendung des einschlägigen kantonalen Verfahrensrechts oder – bei Fehlen solcher Vorschriften – die Ermessensausübung durch das kantonale Gericht von einem dieser Beschwerdegründe erfasst wird. Dabei fällt praktisch vor allem eine Prüfung der Verletzung verfassungsmässiger Rechte und Grundsätze in Betracht (BGE 133 V 196 E. 1.1 S. 197 mit Hinweisen).

Soweit kantonales Recht Bundeserlasse oder Teile davon als massgebend erklärt, gelten diese nicht als Bundesrecht, sondern stehen mit der Verweisungsnorm auf kantonalen Stufe (vgl. BGE 138 I 232 E. 2.4 S. 236). Dementsprechend besteht auch diesbezüglich eine eingeschränkte Überprüfungsbefugnis gemäss Art. 95 BGG.

3.

Der Bezirksrat ist mit seinem Beschluss vom 26. September 2012 auf das Rechtsmittel der Arbeitnehmerin nicht eingetreten. Die Vorinstanz hat diesen Entscheid aufgehoben und die Sache zur materiellen Beurteilung an den Bezirksrat zurückgewiesen. Streitig ist, ob die Vorinstanz den Bezirksrat zu Recht dazu verhalten hat, auf das Rechtsmittel einzutreten; insbesondere ist zu prüfen, ob der kantonale Entscheid Bundesrecht verletzt.

4.

Die Vorinstanz hat ausgeführt, auf das vorliegende Verfahren fänden die ab 1. Januar 2011 in Kraft gesetzten Bestimmungen keine Anwendung. Nach den bis 31. Dezember 2010 geltenden kantonalen Vorschriften hätte nach der erstmaligen, erfolglosen Zustellung eine zweite Zustellung der strittigen Verfügung erfolgen müssen. Dies sei nicht geschehen und daher

nachzuholen. Bereits aus diesem Grunde hätte der Bezirksrat auf das Rechtsmittel eintreten müssen.

Der Zweckverband bestreitet nicht, dass nach den altrechtlichen kantonalen Bestimmungen ein zweiter Zustellversuch hätte vorgenommen werden müssen und dass das Rechtsmittel unter Geltung des alten Rechts rechtzeitig erhoben worden sei. Er rügt aber, es seien die ab 1. Januar 2011 geltenden Vorschriften anwendbar, namentlich infolge Verweises in § 71 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 (VRG; LS 175.2) jene der schweizerischen Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (ZPO; SR 272).

Zu prüfen ist daher, welche Vorschriften für die Beantwortung der Frage, wann die Verfügung rechtsgültig zugestellt war, gelten. Zu entscheiden ist demnach, ob die Regelung vor oder nach dem 1. Januar 2011 massgebend ist.

5.

Nach Art. 404 Abs. 1 ZPO gilt für Verfahren, welche bei Inkrafttreten der ZPO hängig sind, das bisherige Verfahrensrecht bis zum Abschluss vor der betroffenen Instanz. Zu prüfen ist daher, ob das vorliegende Verfahren vor dem 1. Januar 2011 bereits rechtshängig war.

5.1 Der Gesetzgeber ging bei der übergangsrechtlichen Regelung von Art. 404 Abs. 1 (und von Art. 405) ZPO vom kantonalen Instanzenzug aus und sah bei rechtshängigen Verfahren die weitere Geltung des alten Prozessrechts für das erstinstanzliche Entscheid-, nicht jedoch für das kantonale Rechtsmittelverfahren vor; nach diesem Konzept stellt das erfolglose Schlichtungsverfahren als Prozessvoraussetzung grundsätzlich die Einleitung des Entscheidverfahrens vor dem erstinstanzlichen Gericht dar (BGE 138 III 792 E. 2.6.1 S. 794).

5.2 Nach Art. 404 Abs. 1 ZPO gilt für Verfahren, die bei Inkrafttreten der ZPO rechtshängig sind, das bisherige Verfahren bis zum Abschluss vor der betroffenen Instanz. Der Begriff der Rechtshängigkeit definiert sich dabei nach Art. 62 ZPO und wird bereits mit Einreichung des Schlichtungsgesuches begründet (Urteil 4A_306/2013 vom 31. Juli 2013 E. 2.2). Die Rechtshängigkeit tritt so zum frühestmöglichen Zeitpunkt ein; denn massgebend ist mit der Einreichung des Schlichtungsgesuches nach Art. 62 ZPO die erste prozesseinleitende oder vorbereitende Handlung der Partei, mit der sie die staatlichen Rechtspflegeorgane um Schutz für ein Privatrecht anruft (vgl. DANIEL WILLISEGGER, in: Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl. 2013, N. 16 zu Art. 404 ZPO).

5.3 Vorliegend geht es nicht um ein zivilrechtliches Verfahren, weshalb Art. 62 ZPO, der auf zivilrechtlichen Verfahrensformen basiert, nicht einschlägig sein kann. Im hier zu beurteilenden Verwaltungsverfahren gilt – anders als im Zivilrecht – nicht die Dispositionsmaxime; vielmehr kann ein Verfahren des öffentlichen Rechts auch von Amtes wegen eingeleitet werden, weshalb die Frage der Rechtshängigkeit nicht einzig vom Verhalten der rechtsuchenden Person abhängen kann. Im öffentlichen Recht be-

steht oft Anlass zu staatlich initiiertem Handeln, so dass diesfalls ein Verfahren von Amtes wegen eröffnet wird (vgl. zum Ganzen BERTSCHI/PLÜSS, in: Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich [VRG], Griffel [Hrsg.], 3. Aufl. 2014, N. 29 Vorbem. zu §§ 4–31; KÖLZ/BOSSHART/RÖHL, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2. Aufl. 1999, N. 23 Vorbem. zu §§ 4–31; FELIX UHLMANN, Die Einleitung eines Verwaltungsverfahrens, in: Das erstinstanzliche Verwaltungsverfahren, Häner/Waldmann [Hrsg.], 2008, S. 2 f. oder MERKLI/AESCHLIMANN/HERZOG, Kommentar zum Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege des Kantons Bern [VRPG; BSG 155.21], 1997, N. 1 ff. zu Art. 16 VRPG; vgl. auch E. 5.4 und 5.5).

5.4 Das erstinstanzliche Verwaltungsverfahren zielt auf den Erlass einer Verfügung ab und wird entweder auf Gesuch hin oder von Amtes wegen eröffnet. Letzteres ist der Fall, wenn eine Behörde im Rahmen gesetzlicher Vorschriften dazu verpflichtet ist oder hinreichend Anlass besteht, ein Rechtsverhältnis autoritativ zu regeln (vgl. BERTSCHI/PLÜSS, a.a.O., N. 29 Vorbem. zu §§ 4–31; im gleichen Sinne bereits KÖLZ/BOSSHART/RÖHL, a.a.O., N. 23 Vorbem. zu §§ 4–31). Der Zeitpunkt der Eröffnung des erstinstanzlichen Verwaltungsverfahrens ist oftmals schwierig zu bestimmen; massgebend sind Vorkehrungen der Behörde, welche den Erlass einer Verfügung erwarten lassen (UHLMANN, a.a.O., S. 4). Als Kriterien zu dessen Bestimmung können Rechtsschutzinteressen der betroffenen Person, das von Dritten resp. der betroffenen Person erkennbare Handeln der Behörde sowie – namentlich im Rahmen des öffentlichen Dienstrechts – Individualisierung und Konkretisierung des Verwaltungshandelns gelten (UHLMANN, a.a.O., S. 5 ff.). Bei der Einleitung eines Verwaltungsverfahrens von Amtes wegen ergibt sich das Handeln der Behörde schwerewichtig aus dem materiellen Recht, welches auch den Ermessensspielraum der Behörde sowohl bezüglich der materiellen Beurteilung als auch bezüglich der Frage der Einleitung eines Verfahrens vorgibt (UHLMANN, a.a.O., S. 14). Die Eröffnung des Verfahrens bewirkt die Rechtshängigkeit (Litispendenz). Diese endet mit dem förmlichen Abschluss des Verfahrens durch die handelnde Behörde; daran ändert nichts, dass die Verfügung nicht formell rechtskräftig ist, wenn noch ein ordentliches Rechtsmittel dagegen erhoben werden kann, denn mit dessen Erhebung wird das Verfahren vor der Rechtsmittelinstanz neu eröffnet, d.h. von neuem rechtshängig gemacht (vgl. BERTSCHI/PLÜSS, a.a.O., N. 33 Vorbem. zu §§ 4–31, sowie bereits KÖLZ/BOSSHART/RÖHL, a.a.O., N. 26 Vorbem. zu §§ 4–31).

5.5 In casu bestand zwischen den Parteien seit längerem ein öffentlich-rechtliches Anstellungsverhältnis. Auf Grund der kantonalen Vorschriften war der Zweckverband gehalten, seine Lohnvorschriften anzupassen, was er per 1. Juli 2010 tat. In diesem Rahmen eröffnete er der Beschwerdegegerin die neue Lohneinstufung mit Schreiben vom 20. Juli 2010. Diese war nach den unbestrittenen Feststellungen der Vorinstanz mit ihrer Einstufung nicht einverstanden, suchte das Gespräch mit der vorge-

setzten Pflegedienstleitung und teilte dieser am 25. September 2010 mit, sie sei mit dem in der Mitteilung vom 20. Juli 2010 erwähnten, gleichbleibenden Lohn nicht einverstanden.

Daraus ergibt sich, dass das erstinstanzliche Verfahren bereits mit der Mitteilung vom 20. Juli 2010, womit der Zweckverband als öffentlich-rechtlicher Arbeitgeber der Beschwerdegegnerin die LohnEinstufung nach den neuen Bestimmungen eröffnete, eingeleitet, d.h. rechtshängig wurde. Der Zweckverband war zur Eröffnung dieser LohnEinstufung, die Gegenstand des späteren Rechtsmittelverfahrens war, verpflichtet. Die Festsetzung der Einstufung musste von Amtes wegen zu jenem Zeitpunkt erfolgen, um die monatliche Lohnauszahlung korrekt vornehmen zu können. Es stand dem Arbeitgeber nicht frei, mit der entsprechenden Mitteilung noch zuzuwarten. Die Lohnhöhe gehört zum wesentlichen Inhalt eines Arbeitsverhältnisses und kann nicht einfach ungeregelt bleiben. Der Zweckverband war denn auch letztlich gehalten – auf Aufforderung der Beschwerdegegnerin hin – darüber zu verfügen. Daran ändert nichts, dass die Pflegedienstleitung zum Erlass der entsprechenden Verfügung nicht zuständig war. Entscheidend ist, dass die zuständigen Instanzen des Zweckverbands, nämlich der Vorgesetzte und der Personaldienst, das Verfahren mit der schriftlichen Mitteilung der künftigen LohnEinstufung eröffneten. Diese Einstufung war in der Folge Streitgegenstand. Die Litispendenz kann schon deshalb nicht auf einen späteren Zeitpunkt angesetzt werden, weil die kantonale rechtlich vorgeschriebene Regelung per 1. Juli 2010 eingeführt wurde. Es ist daher folgerichtig, die Rechtshängigkeit spätestens auf den ersten Zeitpunkt, zu dem sich die Beschwerdegegnerin konkret zur LohnEinstufung äussern konnte, festzusetzen. Ebenfalls unbeachtlich ist der Umstand, dass die angefochtene Verfügung nicht durch die Spitalverwaltung, sondern durch den offenbar zuständigen Verwaltungsrat erging. Die Litispendenz bleibt selbst dann bestehen, wenn eine unzuständige Instanz das Verfahren eröffnet hat (vgl. dazu THOMAS FLÜCKIGER, in: VwVG, Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], 2009, N. 27 zu Art. 8 VwVG, und MERKLI/AESCHLIMANN/HERZOG, a.a.O., N. 1 zu Art. 4 VRPG und N. 5 zu Art. 16 VRPG; im Ergebnis ebenso: BERTSCHI/PLÜSS, a.a.O., N. 33 Vorbem. zu §§ 4-31, und KÖLZ/BOSSHART/RÖHL, a.a.O., N. 26 Vorbem. zu §§ 4-31). Sie hängt nicht davon ab, ob die verfügungsbefugte Instanz das Verfahren selber eröffnet hat oder dies durch eine ihr unterstellte Stelle, wie hier durch die Pflegeleitung in Zusammenarbeit mit dem Personaldienst, geschah. Es ist durchaus üblich, jedenfalls nicht aussergewöhnlich, dass ein Verfahren durch eine hierarchisch untergeordnete Verwaltungsstelle eröffnet wird.

6.

Bei dieser Rechtslage erweist sich die Feststellung der Vorinstanz, wonach die bis 31. Dezember 2010 geltenden Verfahrensbestimmungen anwendbar sind, als bundesrechtskonform. Nachdem der Zweckverband im

Übrigen keine Einwände gegen den kantonalen Entscheid vorbringt und auch keine Anhaltspunkte ersichtlich sind, wonach dieser (offensichtlich) bundesrechtswidrig wäre, hat es beim Rückweisungsentscheid der Vorinstanz sein Bewenden.

Bundesgericht, Urteil vom 19. Mai 2014, Doss.-Nr. 8C_849/2013 (Aufhebung des Entscheids des Kantonsgerichts Luzern vom 16. Oktober 2013)

Öffentliches Personalrecht; Schlichtungsverfahren; Verordnungslücke, Art. 1 Abs. 2 ZGB. Die Vorinstanz verhält sich widersprüchlich, wenn sie den grundsätzlichen Anspruch des gekündigten Arbeitnehmers der Kirchgemeinde auf ein nachträgliches Schlichtungsverfahren bejaht, mangels Vergleichsbereitschaft der Gegenpartei aber von der Durchführung eines solchen absieht. Vorliegend ist der Präsident des Kirchenrates als das gemäss Art. 20 der Personal- und Besoldungsverordnung der Kirchgemeinde (PersV) vorgesehene Schlichtungsorgan befangen und damit als Schlichter ungeeignet, wobei die PersV nicht regelt, wie im Falle des Ausstandes des Schlichtungsorganes vorzugehen ist. Es ist willkürlich, daraus zu folgern, bei Befangenheit des Schlichtungsorganes entfalle der entsprechende Verfahrensschritt. Vielmehr ist in analoger Anwendung von Art. 1 Abs. 2 ZGB die Verordnungslücke nach der Regel zu füllen, die das Gericht als Verordnungsgeber aufstellen würde (E. 4.2, 4.3).

Sachverhalt:

Der 1976 geborene A. war zunächst mit einem Pensum von 80%, später von 90%, bei der Kirchgemeinde B. angestellt. Nach Gewährung des rechtlichen Gehörs kündigte der Kirchenrat mit Entscheid vom 20. Februar 2013 das Arbeitsverhältnis des A. unter sofortiger Freistellung per 31. Mai 2013, da sein Verhalten nicht befriedige.

Am 25. März 2013 stellte A. bei der Schlichtungsstelle der Kirchgemeinde B. und bei der Schlichtungsstelle für öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnisse des Kantons Luzern ein Gesuch um Durchführung eines Schlichtungsverfahrens. Am 2. April 2013 erklärte sich letztere Schlichtungsstelle für unzuständig für die Angestellten der Kirchgemeinde B. Mit Schreiben vom 4. April 2013 teilte der Präsident des Kirchenrates der Kirchgemeinde B. als Schlichtungsstelle dieser Kirchgemeinde A. mit, die Voraussetzungen für einen Schlichtungsversuch seien nicht gegeben, da er in der Sache befangen und die Vermittlung in einem Streit, in welchem der Vermittelnde selber Partei ist, ausgeschlossen sei. Die von A. daraufhin erhobene Beschwerde wies das Kantonsgericht des Kantons Luzern mit Entscheid vom 16. Oktober 2013 ab. Mit Beschwerde beantragt A. sinngemäss, die Sache sei unter Aufhebung des kantonalen Gerichtsentscheides

an die Schlichtungsstelle der Kirchgemeinde B. zur Durchführung des Schlichtungsverfahrens zurückzuweisen, wobei festzuhalten sei, dass der Präsident und die Mitglieder des Kirchenrates als Schlichter nicht in Frage kommen, da diese befangen seien. Eventuell sei festzustellen, dass die Kündigung des Arbeitsverhältnisses rechtswidrig war.

Aus den Erwägungen:

1.

Angefochten ist ein Endentscheid einer letzten kantonalen Instanz (Art. 86 Abs. 1 lit. d, Art. 90 BGG). Dieser bestätigt die Rechtmässigkeit einer ausgesprochenen Kündigung im Rahmen eines öffentlich-rechtlichen Anstellungsverhältnisses und betrifft somit eine öffentlich-rechtliche Angelegenheit im Sinn von Art. 82 lit. a BGG. Da mit dem Begehren um Weiterbestehen des Arbeitsverhältnisses Lohnforderungen und allenfalls weitere geldmässige Ansprüche in Zusammenhang stehen, liegt eine vermögensrechtliche Streitigkeit vor (Urteil 8C_826/2009 vom 1. Juli 2010 E. 1.1 mit Hinweis), weshalb der Ausschlussgrund von Art. 83 lit. g BGG nicht gegeben ist. Die Beschwerde ist auf dem Gebiet der öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnisse unter anderem zulässig, wenn der Streitwert nicht weniger als Fr. 15 000.– beträgt (Art. 85 Abs. 1 lit. b BGG). Diese Streitwertgrenze ist im vorliegenden Verfahren offensichtlich erreicht; es ist jedoch daran zu erinnern, dass gemäss Art. 112 Abs. 1 lit. d BGG die Rechtsmittelbelehrung des vorinstanzlichen Entscheids die Angabe des Streitwertes zu enthalten hätte.

2.

Die Beschwerdegegnerin macht geltend, der Beschwerdeführer habe kein aktuelles und praktisches Rechtsschutzinteresse an der Frage, ob ein Schlichtungsverfahren durchzuführen gewesen wäre, da ein allfälliger Nachteil durch ein positives Urteil des Bundesgerichts in der Sache selber behoben wäre. Dieser Ansicht kann indessen nicht gefolgt werden, zumal ein Schlichtungsverfahren nicht von vornherein auf Gegenstände beschränkt ist, die mit Aussicht auf Erfolg gerichtlich eingeklagt werden können. Soweit ersichtlich, ist denn auch das Bundesgericht bisher nicht wegen fehlenden Rechtsschutzinteresses auf Begehren um Durchführung von Schlichtungsverfahren nicht eingetreten (vgl. auch BGE 138 III 366 E. 3.1 S. 368 ff. und 138 III 558). Falls vorliegend ein Schlichtungsverfahren bundesrechtswidrig ausgelassen wurde, so ist ein solches nachzuholen. Auf die Beschwerde ist demnach auch in diesem Punkt einzutreten.

3.

Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten kann wegen Rechtsverletzung gemäss Art. 95 und Art. 96 BGG erhoben werden. Der angefochtene Entscheid stützt sich in der Sache auf kantonales resp. kommunales Recht. Als Beschwerdegrund kommt im Wesentlichen die Verletzung von Bundesrecht, insbesondere von verfassungsmässigen Rech-

ten in Frage (Art. 95 BGG). Die Anwendung des kantonalen resp. des kommunalen Rechts als solches bildet nicht Beschwerdegrund. Überprüft werden kann insoweit nur, ob der angefochtene Entscheid auf willkürlicher Gesetzesanwendung beruht oder ob das Gesetz oder seine Anwendung sonstwie gegen übergeordnetes Recht verstossen (vgl. BGE 133 II 249 E. 1.2.1 S. 251 f.; Urteile 8C_687/2010 vom 5. Januar 2011 E. 3.1 und 8C_690/2010 vom 1. November 2010 E. 2.1, auch zum Folgenden). Hinsichtlich der Verletzung von Grundrechten und von kantonalem und interkantonalem Recht gilt eine qualifizierte Rügepflicht (vgl. Art. 106 Abs. 2 BGG). Das Bundesgericht prüft eine solche Rüge nur insofern, als sie in der Beschwerde präzise vorgebracht und begründet worden ist (Art. 106 Abs. 2 BGG; BGE 136 I 49 E. 1.4.1 S. 53, auch zum Folgenden). Wird eine Verletzung des Willkürverbots geltend gemacht, muss im Einzelnen dargelegt werden, inwiefern der angefochtene Entscheid an einem qualifizierten und offensichtlichen Mangel leidet. Auf ungenügend begründete Rügen und bloss allgemein gehaltene, appellatorische Kritik am angefochtenen Entscheid tritt es nicht ein (BGE 130 I 258 E. 1.3 S. 262; 129 I 113 E. 2.1 S. 120; je mit Hinweisen).

4.

4.1 Das kantonale Gericht hat erwogen, gestützt auf Art. 20 der Personal- und Besoldungsverordnung der Kirchgemeinde B. vom 23. April 2007 (nachstehend: PersV) hätte der Beschwerdeführer grundsätzlich Anspruch auf einen nachträglichen Schlichtungsversuch gehabt. Die betreffenden Erwägungen werden zu Recht von keiner der Parteien als bundesrechtswidrig gerügt. Gemäss den weiteren vorinstanzlichen Erwägungen konnte indessen im konkreten Fall von einem Schlichtungsversuch abgesehen werden, da einerseits die Gegenpartei wenig vergleichsbereit erscheint und andererseits der Präsident des Kirchenrates als das durch die PersV vorgesehene Schlichtungsorgan befangen ist.

4.2 Ein Schlichtungsverfahren dient unter anderem dazu, die Vergleichsbereitschaft der Parteien auszuloten. Es obliegt daher der Schlichtungsstelle, das Verfahren unter Umständen abzubrechen, wenn es sich erweist, dass bei einer Partei jede Vergleichsbereitschaft fehlt. Indem das kantonale Gericht einerseits den grundsätzlichen Anspruch des Beschwerdeführers auf ein nachträgliches Schlichtungsverfahren bejaht, andererseits aber von der Durchführung eines solchen mangels Vergleichsbereitschaft der Gegenpartei absieht, verhält es sich widersprüchlich: Die Vorinstanz setzt sich damit gleichsam selber als Ersatzschlichtungsbehörde ein und nimmt das Resultat des Schlichtungsverfahrens vorweg, ohne ein solches gehörig durchzuführen. Eine gesetzliche Grundlage für eine solche Vorgehensweise ist nicht ersichtlich und ergibt sich auch nicht aus dem kantonalen Entscheid. Wie der Beschwerdeführer zudem zutreffend geltend macht, würde damit sein Anspruch auf Durchführung des Verfahrens vom Willen der Gegenpartei abhängen. Eine entsprechende Auslegung von Art. 20 PersV widerspräche offensichtlich dem Wortlaut dieses Artikels und ist –

da auch keine anderen Gründe für eine solche Auslegung sprechen – willkürlich und damit bundesrechtswidrig.

4.3 Es steht fest und ist unbestritten, dass das in Art. 20 PersV vorgesehene Schlichtungsorgan, mithin der Präsident des Kirchenrates, in vorliegender Angelegenheit befangen und damit als Schlichter ungeeignet ist. Die PersV regelt nicht, wie im Falle des Ausstandes des Schlichtungsorganes vorzugehen ist. Allerdings ist es willkürlich, daraus zu folgern, der entsprechende Verfahrensschritt entfalle bei einer Befangenheit des Schlichtungsorganes. Vielmehr ist in analoger Anwendung von Art. 1 Abs. 2 ZGB die Verordnungslücke nach der Regel zu füllen, welche das Gericht als Verordnungsgeber aufstellen würde. Hätte der Verordnungsgeber bei Verordnungserlass die Möglichkeit einer Befangenheit des Präsidenten des Kirchenrates bedacht, so hätte er die Regel aufgestellt, wonach in diesen Fällen ad hoc eine unbefangene Schlichtungsperson einzusetzen ist. Da die Verordnung vom Kirchenrat der Kirchgemeinde B. erlassen worden ist, erscheint dieser Rat zur Bestimmung der Ersatzperson zuständig.

4.4 Da der Kirchenrat bis jetzt noch keine Ersatzschlichtungsperson bestimmt hat und diese nicht zwingend dem Kirchenrat angehören muss, ist vorliegend entgegen dem Antrag des Beschwerdeführers nicht zu prüfen, ob wegen Befangenheit kein Mitglied dieses Rates als Ersatzperson in Frage kommt. Die Beschwerde ist demgemäss gutzuheissen und die Sache ist unter Aufhebung des kantonalen Gerichtsentscheides an den Kirchenrat der Kirchgemeinde B. zurückzuweisen, damit dieser eine Ersatzschlichtungsperson bestimmt. Soweit der Kirchenrat wegen Befangenheit auch für diese Amtshandlung nicht beschlussfähig sein sollte, wird in Anwendung von § 12 Abs. 4 des Synodalgesetzes vom 7. November 2007 über die römisch-katholischen Kirchgemeinden des Kantons Luzern die Synodalverwalterin oder der Synodalverwalter die Ersatzperson auszuwählen haben. Anzumerken bleibt, dass damit die eingesetzte Ersatzperson nicht zur Schlichtungsstelle der Synode oder des Synodalrates würde, sondern (Ersatz-)Schlichtungsorgan der Kirchgemeinde B. bliebe.

(...)

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen und der Entscheid des Kantonsgerichts Luzern vom 16. Oktober 2013 aufgehoben. Die Sache wird zum weiteren Vorgehen im Sinne der Erwägungen an den Kirchenrat der Kirchgemeinde B. zurückgewiesen. Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen.

Tribunal fédéral, Arrêt du 4 juin 2014, Doss.-No 4A_570/2013 (Rejet du recours en matière civile interjeté contre l'arrêt rendu le 15 octobre 2013 par la Chambre des prud'hommes de la Cour de justice du canton de Genève)

Compétence razione materiae et immunité de juridiction.

Art. 4 al. 1 CPC. Le droit fédéral n'impose pas aux cantons d'instituer une juridiction spéciale pour les conflits de travail du droit privé. Si les cantons décident de le faire, les règles délimitant la compétence de cette juridiction ressortissent en principe au droit cantonal, y compris lorsqu'elles incorporent une notion de droit fédéral telle que le contrat de travail au sens de l'art. 319 CO. Doit être réservée l'hypothèse où le législateur cantonal a l'obligation, sur un point considéré, de tenir compte du droit fédéral (c. 3.1). La question de savoir si les relations entre les parties sont de nature civile ou administrative et si les tribunaux suisses peuvent ou non connaître du litige ressortit au droit fédéral, voire international. Les cantons ne sont pas libres de décider si leurs autorités judiciaires peuvent se saisir d'une cause relevant du droit public étranger (c. 3.2).

La question de l'immunité de juridiction doit être distinguée de celle de l'incompétence du juge saisi. L'immunité de juridiction permet aux Etats étrangers de ne pas être jugés par les tribunaux suisses dans les domaines qui relèvent de leur souveraineté. La compétence internationale concerne la délimitation des compétences entre les tribunaux suisses et étrangers dans les causes présentant un caractère international (c. 4.2.1). En pratique, les deux questions sont toutefois imbriquées. En effet, lorsque le juge arrive à la conclusion que l'Etat étranger agit jure gestionis et ne bénéficie pas de l'immunité de juridiction, cela signifie que la relation litigieuse sera traitée comme une cause de droit privé relevant des tribunaux civils suisses. Le juge ne peut donc pas statuer sur une question de compétence internationale en faisant abstraction des règles sur l'immunité de juridiction (c. 4.4).

Les règles édictées par l'administration suisse distinguent entre les domestiques privés, engagés par un membre de la mission diplomatique ou permanente, et le personnel engagé par l'Etat d'envoi lui-même. Les premiers sont soumis au droit privé. Quant au personnel de l'Etat, il peut être soumis soit au droit public étranger (personnel de service), soit au droit privé, suisse ou étranger (personnel local) (c. 4.2.2-3).

Extraits des faits:

Le 28 mai 2009, la ressortissante ... A., domiciliée à X., a été nommée en qualité d'«auxiliaire administrative» à la Mission permanente de B. auprès de l'Office des Nations Unies à Genève (ONUG). L'engagement s'est

fait par «résolution» émanant du Ministère des relations extérieures de la République B. La Mission B. précitée a annoncé son employée à la Mission permanente de la Suisse auprès de l'ONUG, en indiquant qu'elle était membre du personnel de service. Le Département fédéral des affaires étrangères (DFAE) lui a octroyé une carte de légitimation de type E pour la durée de ses fonctions. L'employée était par ailleurs titulaire d'un passeport de service B. A son arrivée à Genève, elle a signé le 15 juin 2009 un acte de «prise de possession» de sa charge; le document a été cosigné par l'ambassadeur représentant B. auprès de l'ONUG. Dans les faits, A. a travaillé comme employée domestique à la résidence de l'ambassadeur. Le 4 mai 2010, elle a adressé au Ministre B. des relations extérieures un courrier annonçant sa démission pour le 1^{er} juillet 2010. La République B. a accepté cette démission par résolution du 21 mai 2010. Les parties sont ensuite revenues sur leurs décisions et l'employée a continué de travailler. Par courrier du 25 octobre 2011, la République B. a signifié à l'employée qu'elle avait deux mois pour démissionner de sa charge et qu'elle pouvait s'adresser au Ministère des relations extérieures pour coordonner le paiement de ses indemnités de déplacement et de retour. L'employée a contresigné le courrier le 3 novembre 2011. Le 29 décembre 2011, elle a réclamé à l'ambassadeur le paiement de 109 508 fr. à titre d'heures supplémentaires, remboursement de frais médicaux, indemnité pour tort moral et dommages-intérêts. Elle précisait avoir été licenciée pour le 3 janvier 2012. Le 9 janvier 2012, la Mission suisse a demandé que l'employée restitue sa carte de légitimation. Le 27 mars 2012, la République B. a adressé à la «fonctionnaire» A. un document concernant la liquidation des rapports de service des employés publics, dont elle devait attester la réception; il était précisé que des voies de droit étaient ouvertes selon le code de contentieux administratif.

Le 16 mars 2012, l'employée a assigné la République B. devant l'autorité de conciliation du Tribunal des prud'hommes du canton de Genève. Elle a ensuite porté l'affaire devant ce tribunal le 10 septembre 2012, en concluant au paiement de 129 628 fr. plus intérêts. L'Etat défendeur a pris des conclusions en constatation de l'incompétence *ratione materiae* du tribunal saisi, respectivement en reconnaissance de son immunité de juridiction. Il a produit une note du 15 mai 2012 établie à son intention par la Mission suisse, laquelle soutient que l'employée appartenait à la catégorie du personnel transférable de carrière régi par le droit public étranger. Par décision incidente du 17 mai 2013, le tribunal s'est déclaré compétent pour statuer sur la demande déposée par l'employée le 10 septembre 2012. L'Etat défendeur a déposé appel devant la Cour de justice, laquelle a rendu un arrêt le 15 octobre 2013 par lequel elle déclare irrecevable la demande formée par l'employée, en raison de l'incompétence du tribunal saisi. L'employée a saisi l'autorité de céans d'un recours en matière civile dans lequel elle conclut à ce que le Tribunal des prud'hommes de Genève soit déclaré compétent pour connaître du litige.

Extraits des considérants:

2.

2.1 Le recours en matière civile peut être formé pour violation du droit fédéral, notion qui inclut les droits constitutionnels (art. 95 let. a LTF). Sous réserve des cas visés à l'art. 95 let. c à e LTF, le justiciable ne peut dénoncer une violation du droit cantonal en tant que telle; il peut en revanche plaider que l'application de ce droit contrevient au droit fédéral, par exemple parce qu'elle est arbitraire au sens de l'art. 9 Cst. ou contraire à d'autres droits constitutionnels (ATF 138 I 143 consid. 2; 134 III 379 consid. 1.2).

Le Tribunal fédéral applique le droit d'office (art. 106 al. 1 LTF). Eu égard, toutefois, à l'exigence de motivation qu'impose l'art. 42 al. 2 LTF, sous peine d'irrecevabilité (art. 108 al. 1 let. b LTF), il n'examine que les griefs invoqués, sauf en cas d'erreurs juridiques manifestes. Il n'est pas tenu de traiter, comme le ferait une autorité de première instance, toutes les questions juridiques qui se posent, lorsque celles-ci ne sont plus discutées devant lui (ATF 135 II 384 consid. 2.2.1; 134 III 102 consid. 1.1; 133 II 249 consid. 1.4.1).

Par ailleurs, l'autorité de céans n'examine la violation des droits constitutionnels que si le grief a été expressément soulevé et motivé par le recourant (art. 106 al. 2 LTF). L'acte de recours doit contenir un exposé succinct des droits ou principes constitutionnels invoqués et expliquer de manière claire et circonstanciée en quoi consiste leur violation (ATF 135 III 232 consid. 1.2; 134 II 244 consid. 2.2).

2.2 L'autorité de céans statue sur la base de l'état de fait retenu dans l'arrêt attaqué (art. 105 al. 1 LTF). Elle ne peut s'en écarter que s'il a été établi en violation du droit au sens de l'art. 95 LTF ou de façon manifestement inexacte, c'est-à-dire arbitraire, ce qu'il incombe en principe au recourant de démontrer. Dans la mesure où il invoque l'arbitraire au sens de l'art. 9 Cst., le recourant doit satisfaire aux exigences de motivation plus strictes imposées par l'art. 106 al. 2 LTF (cf. art. 97 al. 1 LTF et 105 al. 2 LTF; ATF 137 I 58 consid. 4.1.2; 133 IV 286 consid. 6.2).

En l'occurrence, la recourante entend faire préciser ou compléter l'état de fait sur certains points. Toutefois, elle ne plaide pas que les constatations factuelles ont été établies de façon arbitraire ou contraire au droit. La cour de céans est ainsi liée par les faits tels que retenus dans l'arrêt attaqué.

3.

3.1 La recourante allègue dans sa demande qu'elle était liée à la République B. (voire à son ambassadeur) par un contrat de travail soumis au droit privé suisse; en conséquence, elle a saisi le Tribunal des prud'hommes du canton de Genève.

L'art. 1 de la loi genevoise sur le Tribunal des prud'hommes règle la compétence matérielle de cette autorité (LTPH du 11 février 2010, RSG

E 3 10). Ce tribunal connaît principalement des litiges découlant d'un contrat de travail au sens du titre 10 du Code des obligations (art. 1 al. 1 let. a LTPH). En revanche, ne sont pas de son ressort les litiges découlant de rapports de travail de droit public (art. 1 al. 2 let. d LTPH).

Le droit fédéral n'impose pas aux cantons d'instituer une juridiction spéciale pour les conflits de travail du droit privé (cf. art. 4 al. 1 CPC). Si les cantons décident de le faire, les règles délimitant la compétence de cette juridiction ressortissent en principe au droit cantonal, y compris lorsqu'elles incorporent une notion de droit fédéral telle que le contrat de travail au sens de l'art. 319 CO (arrêt 4A_84/2011 du 15 avril 2011 consid. 3, rés. in JdT 2012 II 210; JACQUES HALDY, in Code de procédure civile commenté, 2011, n° 2 ad art. 4CPC; pour la période antérieure au CPC, cf. ATF 80 II 182). Doit être réservée l'hypothèse où le législateur cantonal a l'obligation, sur un point considéré, de tenir compte du droit fédéral (cf. ATF 125 III 461 consid. 2 p. 463; 102 II 53 consid. 1 p. 54).

3.2 La cour d'appel genevoise a déclaré incompetent le tribunal prud'homal en raison de l'art. 1 al. 2 let. d LTPH. Elle a jugé que les relations entre l'Etat étranger et son ex-employée relevaient du droit public B. et que les autorités instituées par ce droit étaient compétentes pour connaître du conflit de travail.

La question de savoir si les relations entre ces deux parties sont de nature civile ou administrative et si les tribunaux suisses peuvent ou non connaître du litige ressortit au droit fédéral, voire international. Les cantons ne sont pas libres de décider si leurs autorités judiciaires peuvent se saisir d'une cause relevant du droit public étranger. Dans cette mesure, l'art. 1 al. 2 let. d LTPH doit tenir compte du droit fédéral. Peu importe, dès lors, que la recourante n'ait pas soulevé le grief d'arbitraire dans l'application de la LTPH.

4.

4.1 La recourante plaide en substance que la République B. aurait effectué un acte de gestion privée (jure gestionis) en l'engageant pour effectuer du travail domestique à la résidence privée de l'ambassadeur. Selon une jurisprudence constante, de tels litiges devraient être jugés par les tribunaux suisses en vertu du droit privé suisse. Cette conclusion s'imposerait d'autant plus qu'après sa démission forcée du 4 mai 2010, la recourante aurait été réengagée de suite à Genève par la nouvelle ambassadrice pour travailler dans sa résidence privée à Genève. Le titre d'auxiliaire administratif lui aurait été donné à titre purement formel, pour faire accroire qu'elle appartenait au personnel de service de carrière transférable. L'autorité précédente aurait repris à son compte l'avis exprimé par la Mission suisse, alors que le juge est seul compétent pour qualifier le statut du personnel d'une mission permanente étrangère. Enfin, la Cour de justice se serait référée indûment à l'ordonnance du 6 juin 2011 sur les domestiques privés (ODPr, RS 192.126), qui n'était pas en vigueur au moment des faits litigieux.

4.2

4.2.1 L'Etat défendeur a invoqué son immunité de juridiction et l'incompétence du juge saisi. Il s'agit en soi de deux questions distinctes. L'immunité de juridiction permet aux Etats étrangers de ne pas être jugés par les tribunaux suisses dans les domaines qui relèvent de leur souveraineté (ATF 124 III 382 consid. 4a p. 388). La compétence internationale concerne la délimitation des compétences entre les tribunaux suisses et étrangers dans les causes présentant un caractère international (JOLANTA KREN KOSTKIEWICZ, *Staatenimmunität im Erkenntnis- und im Vollstreckungsverfahren nach schweizerischem Recht*, 1998, p. 106; AGNES DORMANN BESSENICH, *Der ausländische Staat als Kläger*, 1993, p. 34 s.).

La Suisse, conformément à un principe qui s'est également imposé au niveau international, ne reconnaît qu'une immunité de juridiction relative, c'est-à-dire pour les seuls actes de souveraineté, accomplis dans l'exercice de la puissance publique (*jure imperii*). En revanche, un Etat étranger peut être attiré devant les tribunaux suisses pour ses actes de gestion privée, soit ceux qu'il effectue au même titre que le ferait un particulier (*jure gestionis*; ATF 130 III 136 consid. 2.1 p. 141 s.).

Pour trancher une question de compétence internationale, il faut au préalable déterminer si le litige ressortit à la matière civile ou administrative. Dans la première hypothèse, les conflits de compétence sont réglés par la loi fédérale sur le droit international privé (cf. ATF 131 II 162 consid. 2.2 p. 165). En droit public, les règles sont plus diffuses. Il y a souvent une correspondance étroite entre la compétence de juger et le droit matériel applicable (cf. DORMANN BESSENICH, *op. cit.*, p. 37 s.; CHRISTINE BREINING-KAUFMANN, *Internationales Verwaltungsrecht*, in RDS 2006 II 27 ss).

4.2.2 Le personnel affecté à du travail domestique dans des missions diplomatiques ou permanentes est divisé en deux catégories: le personnel de service et les domestiques privés. Le critère de distinction réside dans la personne de l'employeur: le personnel de service est employé par l'Etat d'envoi lui-même, tandis que les domestiques privés sont engagés par un membre de la mission. Cette distinction est opérée en particulier dans la Convention de Vienne du 18 avril 1961 sur les relations diplomatiques (art. 1 let. g et h CV 1961, RS 0.191.01), applicable par analogie aux missions permanentes, et dans la Convention de Vienne du 24 avril 1963 sur les relations consulaires (art. 1 let. f et i CV 1963, RS 0.191.02).

A l'origine, le personnel engagé par l'Etat d'envoi en avait la nationalité et faisait partie de son personnel de carrière transférable. La pratique a toutefois évolué, notamment en raison des coûts liés au transfert de personnel (note du 16 mai 2006 émise par la Direction du droit international public au DFAE, in RSDIE 2007 p. 795). Aussi l'administration suisse a-t-elle introduit une subdivision au sein du personnel de service étatique: aux côtés du «personnel de service» stricto sensu, qui comprend les employés de l'Etat d'envoi soumis au droit public étranger, coexiste le «personnel local», composé des employés de l'Etat d'envoi occupés à des tâches ad-

ministratives ou domestiques, mais engagés sur une base de droit privé (suisse ou étranger). Cette distinction apparaît notamment dans une directive du DFAE entrée en vigueur le 1^{er} mai 2006 («directive sur l'engagement des domestiques privés par les membres du personnel des missions diplomatiques, des missions permanentes, des postes consulaires et des organisations internationales en Suisse», spéc. ch. 1.3 et 1.4).

Dès le 1^{er} janvier 2008, les règles sur les privilèges, immunités et facilités accordés par la Suisse comme Etat hôte ont été regroupées et codifiées dans une seule loi fédérale, qui confère au Conseil fédéral la compétence de réglementer les conditions de travail du personnel (art. 27 de la Loi sur l'Etat hôte, LEH, RS 192.12).

L'Ordonnance sur l'Etat hôte, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2008 (OLEH, RS 192.121), contient une définition du «personnel local» des missions diplomatiques ou permanentes. Elle précise que celui-ci est soumis au droit du travail suisse, quels que soient sa nationalité et le lieu de son recrutement. Une élection de droit pour l'application d'une législation étrangère n'est possible que dans le cadre défini par le droit suisse (art. 18 al. 3 OLEH, dans sa teneur antérieure au 1^{er} juillet 2011, RO 2007 6664). Selon l'art. 5 OLEH, les membres du personnel local ne font pas partie du personnel transférable de l'Etat d'envoi. Ils peuvent avoir la nationalité de l'Etat d'envoi ou d'un autre Etat.

Quant à la notion de «personnel de service» stricto sensu, elle est définie dans l'Ordonnance sur les domestiques privés, entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2011 (ODPr; RS 192.126), étant précisé que cette réglementation ne s'applique pas à ce type de personnel (cf. art. 1 al. 3 let. a ODPr). Selon l'art. 3 al. 2 ODPr, le personnel de service comprend les emp. loyés de l'Etat d'envoi soumis au droit public de cet Etat, lesquels sont généralement affectés à des tâches telles que chauffeur, huissier, concierge, personnel de nettoyage ou d'entretien dans les locaux de la chancellerie ou à la résidence du chef de mission.

4.2.3 En bref, les règles édictées par l'administration suisse distinguent entre les domestiques privés, engagés par un membre de la mission diplomatique ou permanente, et le personnel engagé par l'Etat d'envoi lui-même. Les premiers sont soumis au droit privé. Quant au personnel de l'Etat, il peut être soumis soit au droit public étranger (personnel de service), soit au droit privé, suisse ou étranger (personnel local).

4.3 La recourante cherche à démontrer qu'elle était une domestique privée, soit une employée personnelle de l'ambassadeur. Cette thèse ne saurait être retenue.

Il est constant que dans les faits, la recourante a effectué du travail domestique à la résidence de l'ambassadeur, et non pas dans les locaux de la Mission B. Ce point ne s'oppose pas au statut de personnel de service, comme le précise l'art. 3 al. 2 in fine ODPr, cité ci-dessus; il ne s'agit pas d'une règle nouvelle, la note précitée du 16 mai 2006 précisant déjà que le personnel de service peut être affecté au service de la résidence du chef de

mission (RSDIE 2007 p. 795). La recourante semble plaider qu'elle aurait été réengagée par la nouvelle ambassadrice personnellement. Cette version ne peut être retenue au regard des faits de l'arrêt attaqué, qui lie la cour de céans. Il est précisé que l'Etat étranger a accepté la démission de la recourante, puis que les parties sont revenues sur leurs décisions et que la recourante a continué son emploi. Il ressort des courriers du 25 octobre 2011 et du 27 mars 2012 que c'est l'Etat étranger, et non l'ambassadeur (ou une nouvelle ambassadrice) qui a mis fin aux relations contractuelles et réglé leur liquidation. Il faut dès lors admettre que la recourante était l'employée de l'Etat d'envoi. Avant d'examiner si elle appartenait au personnel de service ou au personnel local, il faut répondre à un autre grief.

4.4 La recourante se prévaut de la jurisprudence selon laquelle l'Etat étranger ne jouit pas de l'immunité de juridiction dans les litiges l'opposant avec le personnel des missions diplomatiques exerçant des tâches subalternes comme celles de chauffeur, portier, jardinier, cuisinier, employé de maison (ATF 134 III 570 consid. 2.2 p. 573; 120 II 400 consid. 4b p. 406). A défaut d'immunité, les tribunaux civils suisses seraient compétents dans cette affaire. Tel est du reste le motif retenu en première instance par le tribunal prud'homal pour justifier sa compétence.

L'on peut donner raison à la recourante sur un point: si l'immunité de juridiction et la compétence internationale sont théoriquement deux questions distinctes, en pratique elles sont imbriquées. En effet, lorsque le juge arrive à la conclusion que l'Etat étranger agit *jure gestionis* et ne bénéficie pas de l'immunité de juridiction, cela signifie que la relation litigieuse sera traitée comme une cause de droit privé relevant des tribunaux civils suisses (FRANK VISCHER, *Praxis des Bundesgerichtes zum internationalen Obligationenrecht 1984–1985*, in *Annuaire suisse de droit international 1986*, p. 243). Le juge ne peut donc pas statuer sur une question de compétence internationale en faisant abstraction des règles sur l'immunité de juridiction.

Il est par ailleurs exact que pour déterminer si l'Etat étranger jouit ou non de l'immunité, la jurisprudence se réfère à la fonction exercée par l'employé. Elle reconnaît que l'Etat étranger peut avoir un intérêt important à ce que les litiges l'opposant à du personnel d'ambassade exerçant des fonctions supérieures ne soient pas portés devant les tribunaux du lieu de l'ambassade, tandis qu'un tel intérêt est dénié s'agissant d'employés subalternes (ATF 134 III 570 consid. 2.2 p. 573; 120 II 400 consid. 4a). Ceci dit, l'on ne saurait en déduire que l'Etat étranger ne bénéficie jamais de l'immunité de juridiction dans les litiges l'opposant avec le personnel d'ambassade subalterne. L'on relève tout d'abord que la jurisprudence exige une condition supplémentaire, soit l'existence d'un lien suffisant avec l'Etat du for («*Binnenbeziehung*»; ATF 120 II 408 consid. 5c p. 411; 120 II 400 consid. 4b). A cela s'ajoute que le système suisse exposé ci-dessus (consid. 4.2.2) connaît la catégorie de «personnel de service» subalterne soumis au droit public étranger, et donc en principe soumis aux voies

de droit prévues par cette législation (cf. PHILIPPE EHRENSTRÖM, Immunités diplomatiques et contentieux du travail en Suisse, in Jusletter du 10 décembre 2007, p. 9; WERNER GLOOR, Employeurs titulaires de l'immunité de juridiction, in *Le juriste suisse face au droit et aux jugements étrangers*, 1988, p. 269).

Pour le surplus, la recourante, qui est assistée d'un avocat, ne plaide pas que l'immunité de juridiction serait exclue – et la compétence des tribunaux civils suisses garantie – par des règles de droit international public, en particulier par la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens, que la Suisse a ratifiée le 10 avril 2010 (CNUJIE, in FF 2009 1481 ss). Il n'y a pas à examiner cette question plus avant, dans la mesure où une réponse positive ne s'impose pas de façon manifeste (cf. supra consid. 2.1).

4.5 Il reste à examiner si l'employée de l'Etat B. appartenait au personnel de service régi par le droit public étranger, ou au personnel local soumis au droit privé. La cour cantonale, qui ne s'est pas contentée de faire sien l'avis exprimé par la Mission suisse, a considéré que l'employée était liée par un rapport de droit public. La cour s'est référée entre autres à l'acte de nomination, soit une «résolution» émise par un ministère de l'Etat B., à l'acte de même nature ayant mis fin aux rapports de service, à l'envoi d'une correspondance qui utilisait le terme de fonctionnaire et se référait au statut et voies de droit de la fonction publique B., et à la délivrance d'un passeport de service. La recourante n'explique pas en quoi cette analyse serait erronée. Elle souligne tout au plus que son travail effectif ne correspondait pas au titre officiel d'auxiliaire administrative, ce qui n'exclut pas encore son incorporation dans la fonction publique. Il n'était pas contraire au droit fédéral de considérer que le rapport de travail litigieux relevait du droit administratif étranger. Par ailleurs, l'état de fait retenu dans l'arrêt attaqué ne permet pas de retenir que l'incorporation dans la fonction publique étrangère n'aurait eu d'autre fin que d'échapper à la juridiction et au droit suisses; l'on ne discerne du reste aucun grief précis dans le recours.

Il faut concéder que l'arrêt attaqué ne contient aucun élément selon lequel la recourante était une fonctionnaire «transférable», c'est-à-dire susceptible d'être envoyée dans un autre pays étranger sur simple prescription de service (cf. FF 2003 2695 s.). Outre que cet élément ne donne lieu à aucun grief explicite de la recourante, il ne paraît pas déterminant. L'on ne saurait déduire de la réglementation suisse exposée ci-dessus (consid. 4.2.2) que seuls les fonctionnaires «transférables» seraient soumis au droit public étranger, tandis que les fonctionnaires recrutés pour une ambassade précise devraient obligatoirement être soumis au droit privé. L'art. 3 al. 2 ODP, qui définit le «personnel de service», évoque uniquement le lien de droit public unissant les membres de ce personnel à l'Etat employeur, sans exiger qu'ils soient transférables. L'ordonnance est certes entrée en vigueur après les faits litigieux, mais rien n'indique qu'elle ait introduit une modification par rapport à la situation antérieure.

4.6 En bref, l'on ne saurait reprocher à la Cour de justice d'avoir enfreint le droit fédéral en considérant que la recourante était une fonctionnaire de l'Etat B., soumise au droit administratif de ce pays, et partant justiciable devant les autorités de ce pays.

Tribunal fédéral, Arrêt du 10 juin 2014, Doss.-No 4A_137/2014 (Rejet du recours en matière civile interjeté contre l'arrêt rendu le 29 janvier 2014 par la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal du canton de Vaud)

Licenciement immédiat, art. 337 CO. Le conducteur d'un car transportant près de vingt élèves âgés de quatorze à quinze ans qui quitte le véhicule et ses passagers, pendant une durée de cinq à dix minutes, laissant le moteur en marche et les portes ouvertes, pour aller faire un achat personnel au magasin situé de l'autre côté de la rue, commet une imprudence très grave qui justifie son licenciement avec effet immédiat (c. 3).

Art. 330a CO. L'employeur doit s'en tenir au sens premier des mots qu'il utilise dans le certificat de travail, sans chercher à y dissimuler un message qui puisse être compris différemment; par conséquent, il n'y a pas lieu de chercher un hypothétique sens caché dans le libellé d'un certificat, ni, en l'espèce, d'attribuer un sens caché et dépréciatif aux mots «notre satisfaction». L'employeur a en principe le choix de la formulation et il lui est loisible d'adopter un style concis plutôt qu'emphatique. Littéralement, il n'existe pas de différence de signification notable entre «notre satisfaction» et «notre entière satisfaction» (c. 4).

Extraits des faits:

Le 8 mars 2010, X. est entré au service de Z. SA en qualité de conducteur de véhicules pour le transport des personnes. Son salaire mensuel brut, dû treize fois par an, s'élevait à 5178 fr. 55. Dès le 14 juin et jusqu'au 18 juillet 2011, cet employé s'est trouvé en incapacité partielle de travail, au taux de 50%, en raison d'une dépression avec fatigue importante et pertes de mémoire. Le 7 juillet, l'employeuse lui a adressé par écrit une menace de résiliation de son contrat de travail. Elle faisait état de manquements qu'il avait commis dans son activité: au retour de ses vacances, il s'était rendu au dépôt de ... alors qu'il devait prendre son service à celui de ..., et il avait deux fois omis de respecter la signalisation en place dans le village de Lors de ces faits, il s'était comporté de manière inappropriée avec son chef puis avec le syndic de Enfin, son chef rencontrait régulièrement des difficultés à le joindre bien que l'entreprise lui eût remis un téléphone cellulaire. En raison de la même maladie, l'employé s'est trouvé

en incapacité totale de travail du 19 juillet au 5 septembre 2011, puis derechef au taux de 50% jusqu'au 14 octobre. Le 7 puis le 10 octobre, alors qu'il assurait des services de transport public, l'employé a deux fois omis d'attendre l'arrivée de correspondances en retard. Le 11 octobre, l'employé transportait près de vingt élèves âgés de quatorze à quinze ans. A l'arrêt de ..., il a quitté le véhicule et ses passagers, laissant le moteur en marche et les portes ouvertes, pour aller faire un achat personnel au magasin situé de l'autre côté de la rue. Son absence a duré entre cinq et dix minutes. Le 13 octobre 2011, l'employeuse a résilié le contrat de travail avec effet immédiat. Dès le 15, l'employé s'est de nouveau trouvé en incapacité totale de travail.

Le 2 mars 2012, X. a ouvert action contre Z. SA devant l'autorité de conciliation compétente puis devant le Tribunal de prud'hommes de l'arrondissement de La Côte. La défenderesse devait être condamnée à payer 24 821 fr. 45 à titre de salaire brut, avec intérêts, et à établir un certificat de travail différent de celui déjà remis; le libellé de ce document devait être précisé en cours d'instance. Le tribunal s'est prononcé le 8 juillet 2013. Retenant que la résiliation abrupte du contrat n'était pas justifiée, il a partiellement accueilli l'action. Il a condamné la défenderesse à payer 5178 fr. 55 à titre d'indemnité nette et 14 399 fr. 30 à titre de salaire brut, avec intérêts; la défenderesse était en outre condamnée à établir un certificat de travail dont le jugement énonçait le libellé. La Cour d'appel civile du Tribunal cantonal a statué le 29 janvier 2014 sur l'appel de la défenderesse. Elle a jugé que les faits survenus le 11 octobre 2011 justifiaient la résiliation abrupte du contrat. Elle a réformé le jugement et rejeté l'action en paiement; elle a confirmé la condamnation à établir un nouveau certificat de travail, duquel elle a toutefois modifié le libellé. Agissant par la voie du recours en matière civile, le demandeur requiert le Tribunal fédéral de confirmer entièrement le jugement de première instance.

Extraits des considérants:

3.

La défenderesse a motivé la résiliation immédiate du contrat par les manquements que le demandeur a commis les 7, 10 et 11 octobre 2011, en dépit de l'avertissement qu'il avait reçu au mois de juillet précédent. La Cour d'appel retient que le plus récent de ces manquements, consistant dans l'abandon momentané du véhicule, est à lui seul un juste motif de résiliation immédiate au regard de l'art. 337 al. 2 CO; cette appréciation est contestée par le demandeur.

Celui-ci transportait près de vingt élèves âgés de quatorze à quinze ans. A l'arrêt de ..., il a quitté le véhicule et ses passagers, laissant le moteur en marche et les portes ouvertes, pour aller faire un achat personnel au magasin situé de l'autre côté de la rue. Son absence a duré entre cinq et dix minutes.

U., alors âgé de quinze ans, était l'un des passagers. Entendu par le Tribunal de prud'hommes en qualité de témoin, il a rapporté sans équivoque que le moteur était en marche pendant l'absence du conducteur. Sur la base de ce témoignage direct et précis, la Cour d'appel peut sans arbitraire (cf. ATF 137 I 58 consid. 4.1.2 p. 62; 136 III 552 consid. 4.2 p. 560) tenir ce fait pour avéré, de sorte que le demandeur tente inutilement de le mettre en doute devant le Tribunal fédéral; celui-ci est au contraire lié par les constatations de l'autorité précédente (art. 105 al. 1 LTF).

Pour le surplus, il est incontesté qu'un passager ou un tiers présent sur les lieux aurait aisément pu accéder à la place du conducteur et mettre le véhicule en mouvement. Chacun sait que des adolescents en groupe, livrés à eux-mêmes et confrontés à une situation insolite, peuvent être enclins à agir de manière dangereuse ou nuisible; en l'occurrence, alors même qu'il ne s'est heureusement pas réalisé, le risque d'un geste irréflecti et dommageable était particulièrement aigu. Le demandeur a adopté un comportement contraire aux règles de la circulation routière, comme la Cour d'appel l'a relevé, et surtout très gravement imprudent dans les circonstances concrètes de l'événement. L'entreprise de la défenderesse se consacre au transport collectif des personnes; compte tenu de la responsabilité qu'elle assume envers ses passagers et le public en général, elle ne saurait raisonnablement tolérer de pareilles inconvenances de la part de ses conducteurs. Contrairement à l'opinion longuement développée à l'appui du recours en matière civile, la Cour d'appel n'a pas méconnu les limites de son pouvoir d'appréciation en jugeant, selon sa décision, que la défenderesse était fondée à résilier abruptement le contrat de travail. Il s'ensuit que le demandeur réclame à tort les prestations prévues par l'art. 337c al. 1 et 3 CO.

4.

Le Tribunal de prud'hommes a ordonné l'insertion du texte ci-après dans le certificat de travail:

Monsieur X. a rempli ses tâches à notre entière satisfaction, grâce aux connaissances professionnelles qu'il a démontrées dans son activité. Il a en outre entretenu d'excellentes relations avec ses collègues.

La Cour d'appel a modifié ce texte comme suit, d'après les conclusions que la défenderesse avait prises d'abord devant le tribunal, lors des plaidoiries finales, puis dans son mémoire d'appel:

Monsieur X. a rempli ses tâches à notre satisfaction, grâce aux connaissances professionnelles qu'il a démontrées dans son activité. Il a en outre entretenu de bonnes relations avec ses collègues.

Le demandeur critique le remplacement de «notre entière satisfaction» par «notre satisfaction». Il fait valoir que selon une opinion doctrinale, cette expression-ci a usuellement pour but de qualifier une prestation de travail peu satisfaisante et en deçà des attentes de l'employeur, soit une prestation qui aurait pu et dû être supérieure (DAVID AUBERT, in Commentaire du contrat de travail, JEAN-PHILIPPE DUNAND et PASCAL MAHON, éd., 2013, n° 28 ad art. 330a CO). Selon le même auteur et dans la même con-

tribution, pourtant, l'employeur doit s'en tenir au sens premier des mots qu'il utilise dans le certificat de travail, sans chercher à y dissimuler un message qui puisse être compris différemment (ibid., n° 10 ad art. 330a CO); par conséquent, il n'y a pas lieu de chercher un hypothétique sens caché dans le libellé d'un certificat, ni, en l'espèce, d'attribuer un sens caché et dépréciatif aux mots «notre satisfaction». L'employeur a en principe le choix de la formulation (arrêt 4A_117/2007 du 13 septembre 2007, consid. 7.1) et il lui est loisible d'adopter un style concis plutôt qu'emphatique. Littéralement, il n'existe pas de différence de signification notable entre «notre satisfaction» et «notre entière satisfaction», de sorte que la Cour d'appel n'a pas violé le droit applicable en s'en tenant au libellé que la défenderesse proposait.

Le demandeur ne discute pas le remplacement, dans le texte du certificat, des «excellentes relations» par «de bonnes relations». En tant que le recours en matière civile porte aussi sur ce point, d'après les conclusions présentées, celles-ci se révèlent dépourvues de motivation et donc irrecevables au regard de l'art. 42 al. 2 LTF.

Bundesgericht, Urteil vom 24. Juni 2014, Doss.-Nr. 4A_233/2013 (Aufhebung des Urteils des Obergerichts des Kantons Zug vom 21. März 2013), in: BGE 140 III 391

Art. 74 Abs. 2 lit. a BGG; Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung; Effektivklausel in GAV. Begriffe der begrenzten Effektivklausel und der Effektivgarantieklausel. Frage der Zulässigkeit von Effektivklauseln in GAV als Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung (E. 1.3).

Art. 357b Abs. 1 OR; Aktivlegitimation einer paritätischen Berufskommission. Ein GAV kann die Gründung von Vereinen vorsehen, denen die gemeinsame Durchführung nach Art. 357b OR übertragen wird (E. 2).

Art. 356 Abs. 1 OR; begrenzte Effektivklausel; Effektivgarantieklausel; Abgrenzung und Zulässigkeit. Abgrenzung einer begrenzten Effektivklausel von einer Effektivgarantieklausel (E. 3). Zulässigkeit einer begrenzten Effektivklausel bejaht (E. 4).

Art. 74 al. 2 let. a LTF; question juridique de principe; clause d'effectivité dans une CCT. Notions de clause d'effectivité limitée et de clause de garantie d'effectivité. Admissibilité de clauses d'effectivité dans une CCT en tant que question juridique de principe (consid. 1.3).

Art. 357b al. 1 CO; légitimation active d'une commission professionnelle paritaire. Une CCT peut prévoir la création d'associations auxquelles sera transférée l'exécution commune au sens de l'art. 357b CO (consid. 2).

Art. 356 al. 1 CO; clause d'effectivité limitée; clause de garantie d'effectivité; délimitation et admissibilité. Différence entre une clause d'effectivité limitée et une clause de garantie d'effectivité (consid. 3). Une clause d'effectivité limitée est admissible (consid. 4).

Sachverhalt:

A.

Mit Entscheid vom 6. Oktober 2008 stellte die Regionale Paritätische Berufskommission Plattenleger, Sektion Zentralschweiz, fest, die A. AG (Beschwerdegegnerin) habe gegen die Bestimmungen des Gesamtarbeitsvertrages für das Plattenlegergewerbe der Gebiete Bern, Zentralschweiz, Zürich und Bezirk Baden des Kantons Aargau (nachfolgend: GAV; teilweise allgemein verbindlich erklärt mit Bundesratsbeschluss vom 28. September 2005 [BBl 2005 5999] per 1. November 2005) verstossen. Zu den verletzten Bestimmungen gehöre namentlich der per 1. Oktober 2006 allgemeinverbindlich erklärte Anhang Nr. 1 des GAV, wonach die effektiven Löhne aller der Allgemeinverbindlicherklärung unterstellten Arbeitnehmer bestimmter Kategorien um Fr. 100.– erhöht würden (Bundesratsbeschluss vom 7. September 2006 [BBl 2006 7745]). Der A. AG wurde u.a. eine Konventionalstrafe von Fr. 2500.– auferlegt, welche die Zentrale Paritätische Berufskommission Plattenleger (Beschwerdeführerin) auf Rekurs der A. AG hin auf Fr. 2000.– reduzierte.

B.

Am 22. September 2011 klagte die Zentrale Paritätische Berufskommission Plattenleger beim Kantonsgericht Zug gegen die A. AG auf Zahlung einer Konventionalstrafe von Fr. 2000.– und von Verfahrenskosten.

Mit Entscheid vom 30. April 2012 hiess die Einzelrichterin am Kantonsgericht die Klage teilweise gut. Sie reduzierte die Konventionalstrafe jedoch um Fr. 400.–, da die A. AG nur in vier statt in fünf Punkten den GAV verletzt habe. Sie habe zwar den Lohn zweier Angestellter nicht erhöht, obwohl im Anhang Nr. 1 des GAV per 1. Oktober 2006 eine Erhöhung nicht lediglich der bisherigen Mindestlöhne, sondern der bisherigen effektiv bezahlten Löhne vorgesehen gewesen sei. Diese Klausel stelle jedoch eine unzulässige Effektivgarantieklausel dar. Da die Löhne der zwei Angestellten nach wie vor über den im GAV vorgesehenen (neuen) Mindestlöhnen lägen, sei der GAV in diesem Punkt nicht verletzt worden.

Diesen Entscheid bestätigte das Obergericht des Kantons Zug mit Urteil vom 21. März 2013. Es ging ebenfalls von einer unzulässigen Effektivgarantieklausel aus.

C.

Mit Beschwerde in Zivilsachen und subsidiärer Verfassungsbeschwerde beantragt die Zentrale Paritätische Berufskommission Plattenleger dem Bundesgericht die Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils und die Verurteilung der A. AG zur Zahlung einer Konventionalstrafe von

Fr. 2000.– und von Verfahrenskosten. Eventualiter sei die Sache zu neuer Beurteilung an das Obergericht zurückzuweisen.

Am 24. Juni 2014 führte das Bundesgericht eine öffentliche Urteilsberatung durch. Es tritt auf die subsidiäre Verfassungsbeschwerde nicht ein, heisst die Beschwerde in Zivilsachen teilweise gut und hebt das Urteil des Obergerichts des Kantons Zug vom 21. März 2013 auf. Die Sache wird zur Ergänzung des Sachverhalts und zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen.

Aus den Erwägungen:

1.

(...)

1.3 Bei der zu beurteilenden Streitsache handelt es sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Da nicht eine arbeitsrechtliche Streitigkeit i.S. von Art. 74 Abs. 1 lit. a BGG vorliegt (vgl. Urteil 4A_535/2009 vom 25. März 2010 E. 1.2.1), ist die Beschwerde in Zivilsachen zulässig, sofern der Streitwert mindestens Fr. 30 000.– beträgt (Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG). Der Streitwert bestimmt sich nach den Begehren, die vor der Vorinstanz strittig geblieben sind (Art. 51 Abs. 1 lit. a BGG; BGE 137 III 47 E. 1). Vorliegend wird der von Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG geforderte Mindestbetrag offensichtlich nicht erreicht.

Erreicht der Streitwert den massgebenden Betrag nicht, ist die Beschwerde in Zivilsachen u.a. dennoch zulässig, wenn sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (Art. 74 Abs. 2 lit. a BGG). Dies ist der Fall, wenn ein allgemeines und dringendes Interesse besteht, dass eine umstrittene Frage höchstrichterlich geklärt wird, um eine einheitliche Anwendung und Auslegung des Bundesrechts herbeizuführen und damit eine erhebliche Rechtsunsicherheit auszuräumen (BGE 138 I 232 E. 2.3; BGE 135 III 1 E. 1.3 S. 4, BGE 135 III 397 E. 1.2; BGE 133 III 645 E. 2.4 S. 648 f.).

1.3.1 Nach Ansicht der Beschwerdeführerin hat die Vorinstanz die in zahlreichen Gesamtarbeitsverträgen gleich formulierte Klausel, wonach Lohnerhöhungen auf den effektiven Löhnen zu gewähren seien, zu Unrecht als Effektivgarantieklausel qualifiziert. Es liege vielmehr eine zulässige begrenzte Effektivklausel vor. Die Vorinstanz habe selbst ausgeführt, dass die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu den Effektivklauseln unklar sei. Da potentiell eine grosse Anzahl von Arbeitsverhältnissen betroffen seien, liege eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung vor, die durch das Bundesgericht zu klären sei.

1.3.2 Eine begrenzte Effektivklausel sieht vor, dass eine im GAV vorgesehene Lohnerhöhung auf den bisher effektiv bezahlten Löhnen zu gewähren ist. Im Umfang der Anhebung der Mindestlöhne soll der effektive Lohn angehoben werden (vgl. nur STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, 7. Aufl. 2012, N. 7 zu Art. 357 OR). Die Vertragsparteien

können den Arbeitsvertrag indessen wieder ändern und den Lohn bis auf den neuen Mindestlohn senken (PORTMANN/STÖCKLI, Schweizerisches Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2013, N. 1128; GEISER/MÜLLER, Arbeitsrecht in der Schweiz, 2. Aufl. 2012, N. 811; VISCHER/ALBRECHT, Zürcher Kommentar, 4. Aufl. 2006, N. 38 zu Art. 357 OR). Im Gegensatz dazu will die Effektivgarantieklausel die Erhöhung der effektiven Löhne für die gesamte Dauer des GAV sichern, so dass die neu berechneten Löhne nicht mehr auf den neuen Mindestlohn gesenkt werden dürfen (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., N. 7 zu Art. 357 OR; VISCHER/ALBRECHT, a.a.O., N. 40 zu Art. 357 OR; FRANK VISCHER, Der Arbeitsvertrag, SPR Bd. VII/4, 3. Aufl. 2005, S. 349).

1.3.3 Effektivgarantieklauseln sind nach der ganz herrschenden Lehre unzulässig (so PORTMANN/STÖCKLI, a.a.O., N. 1126; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., N. 7 zu Art. 357 OR; GABRIEL AUBERT, in: Commentaire romand, Code des obligations, Bd. I, 2. Aufl. 2012, N. 6 zu Art. 357 OR; GEISER/MÜLLER, a.a.O., N. 811; VISCHER/ALBRECHT, a.a.O., N. 41 zu Art. 357 OR; MANFRED REHBINDER, Schweizerisches Arbeitsrecht, 15. Aufl. 2002, N. 543; VISCHER, a.a.O., S. 349; MATTHÄUS JAN DEN OTTER, Das kollektive Arbeitsrecht im schweizerischen Bankwesen, 1986, S. 115; ROLF BÄNZIGER, Die Effektivklausel im Gesamtarbeitsvertrag, 1981, S. 36 ff., 124; OTTO ARREGGER, Die normativen Bestimmungen des Gesamtarbeitsvertrages und ihr Verhältnis zum Einzelarbeitsvertrag, 1974, S. 70 ff.; differenzierend JEAN-FRITZ STÖCKLI, Berner Kommentar, 1999, N. 50 zu Art. 357 OR).

Auch die begrenzten Effektivklauseln sind umstritten (für Zulässigkeit PORTMANN/STÖCKLI, a.a.O., N. 1127 f.; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., N. 7 zu Art. 357 OR; AUBERT, a.a.O., N. 6 zu Art. 357 OR; GEISER/MÜLLER, a.a.O., N. 811; VISCHER, a.a.O., S. 348; DEN OTTER, a.a.O., S. 115 ff.; für Ungültigkeit REHBINDER, a.a.O., N. 543; BÄNZIGER, a.a.O., S. 124 ff.; ARREGGER, a.a.O., S. 77 ff.; anders als in der Voraufgabe auch VISCHER/ALBRECHT, a.a.O., N. 38 zu Art. 357 OR; für dispositive Wirkung STÖCKLI, a.a.O., N. 49 zu Art. 357 OR).

Unklar ist gemäss der Lehre die Haltung des Bundesgerichts (vgl. VISCHER/ALBRECHT, a.a.O., N. 38 und 41 zu Art. 357 OR; vgl. auch STÖCKLI, a.a.O., N. 49 f. zu Art. 357 OR).

1.3.4 Tatsächlich hat sich das Bundesgericht bis anhin nicht ausdrücklich zur Zulässigkeit der Effektivklauseln geäußert. In BGE 96 I 433 E. 5a S. 436, der in der Lehre hauptsächlich zitiert wird, hat das Bundesgericht einer Bestimmung eines GAV, wonach bei der Berechnung der Gehaltserhöhungen vom effektiven Lohn auszugehen sei, normative Wirkung zugestanden. Mit der Zulässigkeit einer solchen Klausel setzte es sich indessen nicht auseinander. In BGE 101 Ia 463 E. 2 S. 466, der in der Lehre ebenfalls zitiert wird, führte das Bundesgericht aus, dass das Vorgehen des Arbeitgebers praktisch auf eine Gesetzesumgehung hinausliefe, wenn er den Grundlohn kürzen dürfte, bevor er die im GAV vorgesehene Lohner-

höhung gewähre. Aus diesem obiter dictum (so auch BGE 104 II 204 E. 3b S. 207) lässt sich hinsichtlich der Zulässigkeit von Effektivklauseln nichts ableiten. Auch im Urteil P.655/1977 vom 11. Juli 1977 i.S. HAEFELI wird in E. 2 lediglich beschreibend festgehalten, Vereinbarungen über die Erhöhung von effektiv ausbezahlten Löhnen wirkten normativ. Im jüngsten BGE 104 II 204 wird ausdrücklich offengelassen, ob Effektivklauseln zulässig sind, dies unter Verweis auf eine Lehrmeinung, die sich sowohl gegen die Zulässigkeit der Effektivgarantieklausel als auch gegen die Zulässigkeit der begrenzten Effektivklausel ausgesprochen hat (E. 3c S. 207 mit Verweis auf ARREGGER, a.a.O., insb. S. 67 ff.).

1.3.5 Aus dem Gesagten ergibt sich, dass beide in Frage stehenden Effektivklauseln in der Lehre umstritten sind und die Rechtsprechung sich bis anhin nicht ausführlich mit deren Zulässigkeit befasst hat. Vor diesem Hintergrund ist ein Klärungsbedürfnis und damit das Vorliegen einer Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung zu bejahen. Die Beschwerde in Zivilsachen erweist sich damit gestützt auf Art. 74 Abs. 2 lit. a BGG als zulässig. Auf die subsidiäre Verfassungsbeschwerde ist demnach nicht einzutreten (Art. 113 BGG).

2.

Die Beschwerdegegnerin bestreitet die Aktivlegitimation der Beschwerdeführerin.

2.1 Nach Art. 357b Abs. 1 OR können die Vertragsparteien eines GAV vereinbaren, dass ihnen gemeinsam ein Anspruch auf Einhaltung des Vertrages gegenüber den beteiligten Arbeitgebern und Arbeitnehmern zusteht. Eine solche Vereinbarung ist möglich, soweit es sich um folgende Gegenstände handelt: Abschluss, Inhalt und Beendigung des Arbeitsverhältnisses, wobei der Anspruch nur auf Feststellung geht (lit. a), Beiträge an Ausgleichskassen und andere das Arbeitsverhältnis betreffende Einrichtungen, Vertretung der Arbeitnehmer in den Betrieben und Wahrung des Arbeitsfriedens (lit. b) sowie Kontrolle, Kauttionen und Konventionalstrafen in Bezug auf Bestimmungen gemäss lit. a und b (lit. c).

Ein GAV kann die Gründung von Vereinen vorsehen, denen die gemeinsame Durchführung nach Art. 357b OR übertragen wird (BGE 134 III 541 E. 4 S. 544 ff.). Das Bundesgericht hat der Ansicht, diesfalls seien trotzdem die Vertragsparteien und nicht die als Verein organisierte paritätische Berufskommission aktivlegitimiert, bereits eine Absage erteilt (BGE 134 III 541 E. 4 S. 544 ff.). Der Umfang der Aktivlegitimation richtet sich nach den der Beschwerdeführerin im GAV zugewiesenen Kompetenzen (BGE 137 III 556 E. 4.5 S. 560). Es können somit in einem GAV die Grundlagen dafür geschaffen werden, dass eine paritätische Berufskommission in eigenem Namen den Anspruch auf eine Konventionalstrafe (auch) vor Gericht einfordern kann (soweit aus BGE 137 III 556 E. 4.5 Satz 2 gefolgert werden wollte, diese Frage sei noch offen, trifft dies nicht zu; in diesem Sinn auch THOMAS KOLLER, Die arbeitsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2011, ZBJV 149/2013 S. 726).

2.2 Der Beschwerdeführerin wurde in Art. 2.3 GAV die gemeinsame Durchführung nach Art. 357b OR übertragen. Nach Art. 3.1.4 GAV können die Regionale Paritätische Berufskommission und die Beschwerdeführerin Arbeitgeber und Arbeitnehmer, die gesamtarbeitsvertragliche Verpflichtungen verletzen, mit einer Konventionalstrafe belegen, die innert Monatsfrist seit Zustellung des Entscheides zu überweisen ist. Ebenfalls auferlegt werden können ihnen nach Art. 3.1.5 GAV und Art. 3.1.6 GAV Kontroll- und Verfahrenskosten. Zu den Kompetenzen der Beschwerdeführerin gehören nach Art. 3.1.3 Ziff. 3 GAV die Fällung und der Einzug von Konventionalstrafen sowie die Überwälzung angefallener Kontroll- und Verfahrenskosten. Alle diese Bestimmungen wurden allgemeinverbindlich erklärt und sind auch sowohl in der ab 1. Januar 2010 gültigen Version des GAV (vgl. Bundesratsbeschluss vom 20. November 2009 über die Allgemeinverbindlicherklärung des Gesamtarbeitsvertrages für das Plattenlegergewerbe der Gebiete Bern, Zentralschweiz, Zürich und Bezirk Baden des Kantons Aargau [BBl 2009 8473]) als auch in der ab 1. Oktober 2013 gültigen Version des GAV enthalten (vgl. Bundesratsbeschluss vom 22. August 2013 über die Allgemeinverbindlicherklärung des Gesamtarbeitsvertrages für das Plattenlegergewerbe in den Kantonen Aargau, Bern, Glarus, Luzern, Nidwalden, Obwalden, Schwyz, Solothurn, Uri, Zug und Zürich [BBl 2013 7157]). Es stellt sich die Frage, ob der Einzug von Konventionalstrafen und die Überwälzung von Verfahrenskosten nach Art. 3.1.3 Ziff. 3 GAV auch gerichtliche Schritte umfasst.

2.3 Schuldrechtliche Bestimmungen, welche wie hier die Rechte und Pflichten der Tarifpartner unter sich regeln, sind gemäss den Grundsätzen über die Auslegung von Verträgen zu interpretieren (BGE 127 III 318 E. 2a S. 322). Entscheidend ist demnach in erster Linie der übereinstimmende wirkliche Wille der Vertragsparteien und in zweiter Linie, falls ein solcher nicht festgestellt werden kann, die Auslegung der Erklärungen der Parteien aufgrund des Vertrauensprinzips (BGE 138 III 659 E. 4.2.1 S. 666 mit Hinweisen). Dabei ist vom Wortlaut der Erklärungen auszugehen, welche jedoch nicht isoliert, sondern aus ihrem konkreten Sinngefüge heraus zu beurteilen sind (BGE 138 III 659 E. 4.2.1 S. 666; BGE 123 III 165 E. 3a S. 168). Demnach ist der vom Erklärenden verfolgte Regelungszweck, wie ihn der Erklärungsempfänger in guten Treuen verstehen durfte und musste, massgebend (BGE 138 III 659 E. 4.2.1 S. 666; BGE 132 III 24 E. 4 S. 28).

Die Vorinstanz hat keine Feststellungen zum tatsächlichen Willen der Vertragsparteien des GAV, die nicht Parteien des vorliegenden Verfahrens sind, getroffen. Da somit der tatsächliche übereinstimmende Wille der Vertragsparteien nicht festgestellt wurde, sind die Bestimmungen des GAV nach dem Vertrauensprinzip auszulegen. Die Beschwerdeführerin wurde sowohl mit der Fällung als auch mit dem Einzug von Konventionalstrafen betraut. Ein «Einzug» umfasst, sofern die Schuldnerin nicht bezahlt, auch die gerichtliche Geltendmachung der Konventionalstrafe. Auch eine «Überwälzung» von Verfahrenskosten darf in guten Treuen so verstanden

werden, dass zu diesem Zweck gerichtliche Schritte möglich sind. Nach dem Wortlaut wurde die Beschwerdeführerin somit im GAV damit betraut, Gerichtsverfahren wie das vorliegende zu führen. Dieses Auslegungsergebnis wird bestätigt durch den Regelungszweck, wie er in guten Treuen verstanden werden muss. Die Parteien des GAV haben die Kompetenzen zum Einzug von Konventionalstrafen und zur Überwälzung der Verfahrenskosten der Beschwerdeführerin übertragen. Es kann nicht davon ausgegangen werden, dass sie damit verbundene Gerichtsverfahren selbst führen wollten. Daraus ergibt sich insgesamt, dass die Aktivlegitimation der Beschwerdeführerin zu bejahen ist.

2.4 Dem gerichtlichen Vorgehen der Beschwerdeführerin stehen im Übrigen auch deren Vereinsstatuten nicht entgegen. Soweit gerichtliche Schritte nicht ohnehin vom Vereinszweck (vgl. nicht publ. E. 1.2) gedeckt sind, gilt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts, dass die Aufgaben einer paritätischen Berufskommission auch die Erhebung gerichtlicher Klagen beinhalten und dass diese Kompetenz nicht ausdrücklich in den Statuten eingeräumt werden muss (BGE 134 III 541 E. 5 S. 547).

3.

Die Beschwerdeführerin rügt, die Vorinstanz habe die im GAV enthaltene Klausel zu Unrecht als (unzulässige) Effektivgarantieklausel qualifiziert. Es liege vielmehr eine begrenzte Effektivklausel vor. Die Beschwerdegegnerin teilt diese Auffassung.

3.1 Der per 1. Oktober 2006 allgemeinverbindlich erklärte Anhang Nr. 1 des GAV sieht vor, die effektiven Löhne aller der Allgemeinverbindlicherklärung unterstellten Arbeitnehmer in den vorliegend massgebenden Kategorien würden generell um Fr. 100.– erhöht. Der Bundesratsbeschluss über die Allgemeinverbindlicherklärung dieser geänderten Bestimmung enthält eine Übergangsbestimmung, wonach Arbeitgeber, die ihren Arbeitnehmern seit dem 1. April 2006 eine allgemeine Lohnerhöhung gewährt hätten, diese an die Lohnerhöhung anrechnen können. Die Vorinstanz hat aus dieser Übergangsbestimmung auf das Vorliegen einer Effektivgarantieklausel geschlossen.

3.2 Für die Qualifikation der Klausel zentral ist die Unterscheidung zwischen Mindestlohn und übertariflichem Lohn. Als übertariflicher Lohn wird die Differenz zwischen dem effektiven Lohn und dem Mindestlohn bezeichnet. Gemeinsamer Zweck beider Effektivklauseln ist es, den Mindestlohn aller dem GAV unterstellten Arbeitnehmer zu erhöhen, ohne dabei den übertariflichen Lohn zu verändern. Wer bisher einzig Anspruch auf den Mindestlohn hatte, soll nach der Lohnerhöhung den neuen höheren Mindestlohn ausbezahlt erhalten. Wer hingegen einen übertariflichen Lohn mit seinem Arbeitgeber vereinbart hatte, soll den bisherigen Anteil des übertariflichen Lohns weiterhin zusätzlich zum neuen höheren Mindestlohn ausbezahlt erhalten.

Dieses Resultat können die Parteien des Einzelarbeitsvertrags bei Vorliegen einer begrenzten Effektivklausel jederzeit einvernehmlich korri-

gieren. Soll der Lohn insgesamt unverändert bleiben, so können sie somit im Umfang der Erhöhung des Mindestlohns den übertariflichen Lohn herabsetzen. Möglich ist auch eine entsprechende einseitige Abänderung durch den Arbeitgeber mittels einer Änderungskündigung. Demgegenüber verbietet die Effektivgarantieklausel den Parteien, den übertariflichen Lohn zu senken. Dieses Verbot erfasst nicht nur die Senkung im Umfang der Lohnerhöhung bei deren Inkrafttreten, sondern jegliche Senkung des (im Zeitpunkt des Inkrafttretens bestehenden) übertariflichen Lohns während der gesamten Dauer des GAV.

3.3 Die Lohnautonomie im übertariflichen Bereich stellt eine grundlegende Basis des Arbeitsrechts dar (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., N. 7 zu Art. 357 OR). Während ein Mindestlohn durch den GAV festgelegt werden kann, bleibt die allfällige Vereinbarung eines übertariflichen Lohns grundsätzlich den Parteien des Einzelarbeitsvertrags vorbehalten. Es ist daher vom Grundsatz auszugehen, dass diese einen vereinbarten übertariflichen Lohn auch jederzeit abändern können. Sollten die Tarifpartner ausnahmsweise von diesem Grundsatz abweichen wollen, so müsste dies im GAV vorgesehen werden. Für die Qualifikation von Effektivklauseln bedeutet dies Folgendes: Sowohl die begrenzte Effektivklausel als auch die Effektivgarantieklausel sehen eine Erhöhung der effektiven Löhne vor. Soll zusätzlich die Autonomie der Parteien des Einzelarbeitsvertrags durch ein Verbot eingeschränkt werden, den bestehenden übertariflichen Lohn während der Dauer des GAV zu senken, so muss dies aus der GAV-Klausel hervorgehen. Denn im Zweifel ist von der Geltung des Grundsatzes (Privatautonomie im übertariflichen Bereich) auszugehen und nicht von einer Ausnahme (Eingriff in diese Privatautonomie). Wird im GAV ein Verbot der Senkung des übertariflichen Lohns vorgesehen, liegt eine Effektivgarantieklausel vor. Lässt sich der GAV-Klausel kein solches Verbot entnehmen, gilt der Grundsatz der Privatautonomie, womit eine begrenzte Effektivklausel vorliegt.

3.4 Der geänderten Bestimmung des Anhangs Nr. 1 des GAV lässt sich nichts entnehmen, was auf eine Sicherung der Erhöhung der effektiven Löhne für die gesamte Dauer des GAV schliessen liesse. Es wird einzig festgehalten, dass die generelle Erhöhung um Fr. 100.– pro Monat auf den effektiven Löhnen zu leisten sei, mithin auch auf Löhnen, die aufgrund einer übertariflichen Lohnkomponente insgesamt bereits höher sind als der neue Mindestlohn. Auf diesen Löhnen wäre ohne eine solche Klausel eine Lohnerhöhung gar nicht erst geschuldet. Die Klausel bewirkt somit, dass die Parteien des Einzelarbeitsvertrags tätig werden müssen, wenn der bisherige Lohn beibehalten werden soll. Ein solches Tätigwerden in Form einer Senkung des übertariflichen Lohns anlässlich der Lohnerhöhung oder auch zu einem späteren Zeitpunkt schliesst die Bestimmung nicht aus.

Auch die vom Bundesrat vorgesehene Übergangsregelung macht die Klausel nicht zu einer Effektivgarantieklausel. Eine Herabsetzung übertariflicher Löhne, die vor dem 1. April 2006 vereinbart worden sind, wird

dadurch in keiner Weise ausgeschlossen. Zudem ist diese Regelung nicht Teil der geänderten GAV-Bestimmungen im Anhang Nr. 1 und daher für die Frage der Qualifikation der GAV-Klausel ohnehin nicht relevant.

3.5 Bei der GAV-Klausel, wonach die effektiven Löhne generell um Fr. 100.– erhöht werden sollen, handelt es sich nach dem Gesagten nicht um eine Effektivgarantieklausel, sondern um eine begrenzte Effektivklausel.

4.

Nachdem die im geänderten Anhang Nr. 1 des GAV enthaltene Klausel als begrenzte Effektivklausel qualifiziert wurde, ist zu prüfen, ob eine solche zulässig ist.

4.1 Voraussetzung für die Zulässigkeit einer GAV-Klausel ist, dass die Tarifpartner die Grenzen ihrer Regelungsbefugnis einhalten. Nicht zulässig sind demnach Bestimmungen in Bereichen, die der Privatautonomie der Parteien des Einzelarbeitsvertrags vorbehalten sind.

4.1.1 In der Lehre wird geltend gemacht, die begrenzte Effektivklausel greife unzulässig in die Privatautonomie ein (VISCHER/ALBRECHT, a.a.O., N. 38 i.V.m. N. 37 zu Art. 357 OR; REHBINDER, a.a.O., N. 543; ARREGGER, a.a.O., S. 77 f.; BÄNZIGER, a.a.O., S. 134). Mit der begrenzten Effektivklausel werde ein Anspruch auf Erhöhung des Effektivlohns eingeräumt, obwohl individualrechtlich kein solcher bestehe (BÄNZIGER, a.a.O., S. 128). Die Tarifpartner könnten aber nicht die Bezahlung über- oder ausser tariflicher Löhne anordnen, ohne sie zum Tariflohn zu machen (BÄNZIGER, a.a.O., S. 126).

4.1.2 Durch den Gesamtarbeitsvertrag stellen Arbeitgeber oder deren Verbände und Arbeitnehmerverbände gemeinsam Bestimmungen über Abschluss, Inhalt und Beendigung der einzelnen Arbeitsverhältnisse der beteiligten Arbeitgeber und Arbeitnehmer auf (Art. 356 Abs. 1 OR). Zum Inhalt, der durch die Tarifpartner geregelt werden darf, gehören auch bestimmte Lohnvorschriften. So ist unbestritten, dass in einem GAV Mindestlöhne oder 13. Monatslöhne vorgeschrieben werden können (vgl. nur STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., N. 8 zu Art. 356 OR; REHBINDER, a.a.O., N. 531). Auch diese Bestimmungen stellen einen Eingriff in die Privatautonomie dar. Solche Eingriffe sind jedoch nicht per se unzulässig. Die Regelungsbefugnis der Tarifpartner endet (erst) dort, wo übermässig in die Freiheit der Einzelvereinbarung im übertariflichen Bereich eingegriffen würde (PORTMANN/StÖCKLI, a.a.O., N. 1124; GEISER/MÜLLER, a.a.O., N. 811).

4.1.3 Die begrenzte Effektivklausel führt theoretisch nur zu einer Erhöhung des Mindestlohns und greift gerade nicht in den übertariflichen Lohn ein, da dieser unverändert bestehen bleibt. Es trifft aber zu, dass sich dadurch die Lohnsumme insgesamt erhöht und dass der Arbeitgeber möglicherweise nicht bereit gewesen wäre, diesen insgesamt höheren Lohn bzw. zum neuen höheren Mindestlohn zusätzlich übertariflichen Lohn in derselben Höhe auszusahlen. Es ist daher von einem Eingriff in die Privat-

autonomie auszugehen. Die Regelungsbefugnis der Tarifpartner ist indes-
sen nur zu verneinen, wenn dieser Eingriff als übermässig zu qualifizieren
ist.

Vorab ist zu berücksichtigen, dass es den Parteien des Einzelarbeits-
vertrags unbenommen bleibt, im Einvernehmen den übertariflichen Lohn
jederzeit zu senken oder ganz zu streichen (so auch DEN OTTER, a.a.O.,
S. 115). Damit können sie die durch die begrenzte Effektivklausel ange-
ordnete allgemeine Lohnerhöhung kompensieren. Stimmen Arbeitnehmer
und Arbeitgeber darin überein, dass weiterhin der bisherige Lohn gelten
soll, so beschränkt sich der Eingriff in die Privatautonomie somit darauf,
dass die Parteien eine Vereinbarung über die Herabsetzung des übertarifli-
chen Lohns treffen müssen. Weitergehende Auswirkungen hat die begrenzte
Effektivklausel dann, wenn der Arbeitnehmer mit einer Herabsetzung
des übertariflichen Lohns nicht einverstanden ist. Diesfalls ist der Arbeit-
geber auf den Weg über die Änderungskündigung verwiesen.

Zu berücksichtigen ist weiter, dass die begrenzte Effektivklausel ei-
nen Eingriff von ähnlicher Intensität darstellt wie etwa die unbestrittener-
massen zulässigen GAV-Bestimmungen, die Arbeitnehmer hätten An-
spruch auf einen 13. Monatslohn oder auf bezahlte Ferientage. Die Anord-
nung der Zahlung eines 13. Monatslohns oder weiterer bezahlter Ferientage
geht sogar noch weiter. Während die begrenzte Effektivklausel unab-
hängig vom effektiven Lohn allen Arbeitnehmern eine Lohnerhöhung um
einen bestimmten Betrag gewährt, ordnen die Tarifpartner mit der Einräu-
mung eines Anspruchs auf einen 13. Monatslohn nicht nur eine 13. Zah-
lung des betragsmässig bestimmten Mindestlohns an, sondern sogar auch
eine 13. Zahlung des übertariflichen Lohns, den die Tarifpartner nicht ken-
nen. Dasselbe gilt für Ferientage, die nicht nur mit dem Mindestlohn, son-
dern auch mit dem vereinbarten Anteil des übertariflichen Lohns abgegol-
ten werden müssen. Nach dem Vergleich mit diesen (zulässigen) Regelun-
gen erscheint auch die Anordnung einer allgemeinen Lohnerhöhung nicht
als unzulässiger Eingriff in die Privatautonomie (so auch GEISER/MÜLLER,
a.a.O., N. 811; implizit auch STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., N. 7
zu Art. 357 OR). Die Tarifpartner sind somit grundsätzlich befugt, im
GAV anzuordnen, die vereinbarte Lohnerhöhung sei auf den effektiven
Löhnen zu leisten.

4.2 Kritisiert wird weiter, die begrenzte Effektivklausel verletze das
Gleichbehandlungsgebot, weil individuelle Lohnunterschiede perpetuiert
würden (VISCHER/ALBRECHT, a.a.O., N. 38 i.V.m. N. 37 zu Art. 357 OR;
REHBINDER, a.a.O., N. 543; ARREGGER, a.a.O., S. 77; BÄNZIGER, a.a.O.,
S. 135). Eine Gleichbehandlung setzt indessen gleiche Umstände voraus
(vgl. Urteil 4A_356/2011 vom 9. November 2011 E. 9.7). Solche gleichen
Umstände liegen bei Arbeitnehmern, die einen einzelarbeitsvertraglichen
Anspruch auf übertariflichen Lohn haben, und Arbeitnehmern, die keinen
solchen Anspruch haben und einzig den Mindestlohn bezahlt erhalten, ge-
rade nicht vor. Die begrenzte Effektivklausel führt nur dazu, dass Arbeit-

nehmer mit einem einzelvertraglichen Anspruch auf übertariflichen Lohn, die bereits vor der Änderung des GAV mehr verdienten als die anderen Arbeitnehmer, auch weiterhin Anspruch auf mehr Lohn haben als diese. Der Zweck der begrenzten Effektivklausel besteht somit darin, dass sämtliche Arbeitnehmer unabhängig von ihrem bisherigen Lohn in den Genuss der zwischen den Tarifpartnern ausgehandelten Lohnerhöhung kommen (vgl. E. 3.3). Dies verletzt das Gleichbehandlungsgebot nicht.

4.3 Aus dem Gesagten ergibt sich, dass keine Gründe dafür bestehen, eine von den Tarifpartnern vereinbarte begrenzte Effektivklausel für unzulässig zu erklären.

Bundesgericht, Urteil vom 26. Juni 2014, Doss.-Nr. 8C_146/2014 (Bestätigung des Entscheids des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 8. Januar 2014)

Öffentliches Personalrecht. Polizeibeamte, als Vertreter des Staates mit der Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung beauftragt, dürfen keinesfalls Normen verletzen, die sie zu schützen und deren Einhaltung sie durchzusetzen haben. Ein Polizeibeamter «begünstigt» sich selber, wenn ihm aufgefallen sein musste, dass ihm der externe Parkplatzwächter – im Gegensatz zu den anderen fehlerhaften Parkplatzbenutzern – regelmässig für das vorschriftswidrige Parkieren seines Privatfahrzeugs keine Busse auferlegt hat. Die Beurteilung der Vorinstanz, diese Vorkommnisse als grobe Pflichtverletzung des Polizeibeamten zu werten, die geeignet ist, die für das Anstellungsverhältnis wesentliche Vertrauensgrundlage zu zerstören oder zumindest so tiefgreifend zu erschüttern, dass der Arbeitgeberin die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden kann, ist nicht zu beanstanden (E. 5.5–5.7).

Sachverhalt:

A. arbeitete ab 1. Januar 1987 als Polizeibeamter bei der Gemeinde B. Am 12. April 2012 verfügte diese die fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses. A. reichte hiegegen Rekurs beim Bezirksrat C. ein. Mit Entscheid vom 12. August 2013 wies dieser den Rekurs ab. A. erhob dagegen beim Verwaltungsgericht des Kantons Zürich Beschwerde. Das Verwaltungsgericht wies diese mit Entscheid vom 8. Januar 2014 ab. Mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten lässt A. beantragen, es sei der vorinstanzliche Entscheid aufzuheben mit der Feststellung, dass die fristlose Auflösung des Angestelltenverhältnisses zu Unrecht erfolgt sei; eventualiter sei die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Es sei ihm der ausstehende Lohn ab 13. April 2012 bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist in Höhe von Fr. 29 492.65 brutto zuzüg-

lich Zins, vorbehältlich Arbeitslosenentschädigung, der Anteil am 13. Monatslohn in Höhe von Fr. 2494.45, eine Entschädigung für die ungerechtfertigte fristlose Entlassung in Höhe von Fr. 49 154.40, je zuzüglich Zins zuzusprechen; eventualiter sei die Sache zwecks Ermittlung der zu entrichtenden Entschädigung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Zudem sei ihm eine angemessene Abfindung in Höhe von mindestens fünf Monatslöhnen (insgesamt Fr. 40 962.–) zuzüglich Zins zu bezahlen, eventuell die Sache zu deren Ermittlung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Überdies seien Fr. 4294.40 als Arbeitgeberbeitrag an die berufliche Vorsorge auszurichten.

Aus den Erwägungen:

3.

3.1 Gemäss § 72 des Gemeindegesetzes des Kantons Zürich vom 6. Juni 1926 (GG; LS 131.1) ist das Arbeitsverhältnis des Personals von Gemeinden, Zweckverbänden und selbstständigen Anstalten öffentlich-rechtlich (Abs. 1). Soweit die Gemeinden keine eigenen Vorschriften erlassen, sind die Bestimmungen des Personalgesetzes und seiner Ausführungserlasse sinngemäss anwendbar (Abs. 2). Die Gemeinde B. hat mit der Personalverordnung der Politischen Gemeinde B. vom 26. Juni 2000 (PVO) und der gestützt darauf erlassenen Vollzugsverordnung zur Personalverordnung der Politischen Gemeinde B. vom 1. April 2005 (VVO) ein eigenes Personalrecht erlassen. Darauf stützt sich der angefochtene Entscheid. Soweit die Verordnung und die zugehörige Vollzugsverordnung nichts Abweichendes regeln, gelten gemäss Art. 4 PVO sinngemäss die Bestimmungen des kantonalen Personalgesetzes und dessen Ausführungserlasse. Art. 10 PVO verweist bezüglich Begründung, Dauer, Änderung und Beendigung des Arbeitsverhältnisses auf die Regelung in der Vollzugsverordnung. Nach Art. 9 VVO endet das Arbeitsverhältnis unter anderem durch Kündigung (lit. a) und Auflösung aus wichtigen Gründen (lit. d). Gemäss Art. 15 VVO («Fristlose Auflösung aus wichtigen Gründen») kann das Arbeitsverhältnis aus wichtigen Gründen beidseitig ohne Einhaltung von Fristen jederzeit aufgelöst werden. Die Auflösung erfolgt schriftlich und mit Begründung (Abs. 1). Als wichtiger Grund gilt jeder Umstand, bei dessen Vorhandensein die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nach Treu und Glauben nicht zumutbar ist (Abs. 2). Tatbestand und Rechtsfolgen der fristlosen Auflösung aus wichtigen Gründen richten sich nach den Bestimmungen des Obligationenrechts (Abs. 3). Eine praktisch gleichlautende Bestimmung enthält auch § 22 des Gesetzes des Kantons Zürich über das Arbeitsverhältnis des Staatspersonals vom 27. September 1998 (Personalgesetz; LS 177.10).

3.2 Gemäss Art. 337 Abs. 2 OR gilt als wichtiger Grund für die fristlose Kündigung des Arbeitsverhältnisses namentlich jeder Umstand, bei dessen Vorhandensein dem Kündigenden nach Treu und Glauben die Fort-

setzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden darf. Diese Regelung gelangt gestützt auf Art. 15 Abs. 3 VVO als ergänzendes kommunales Recht zur Anwendung. Die übernommenen Normen des Obligationenrechts gelten nicht als Bundesprivatrecht, sondern als subsidiäres Recht der Gemeinde. Entsprechend ist die Bundesrechtsrüge gemäss Art. 95 lit. a BGG auf die Verletzung verfassungsmässiger Rechte beschränkt (Urteil 8C_811/2011 vom 12. März 2012 E. 4.3 mit Hinweisen).

3.3 Da Art. 15 Abs. 2 VVO die Voraussetzungen für die fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses wörtlich praktisch gleich umschreibt wie Art. 337 Abs. 2 OR, kann bei der Frage, ob der kündigenden Partei die Fortführung des Arbeitsverhältnisses zugemutet werden darf, die zu Art. 337 Abs. 1 und 2 OR entwickelte Praxis angemessen berücksichtigt werden. Es ist allerdings den Besonderheiten des öffentlichen Dienstes Rechnung zu tragen. Mit der Vorinstanz rechtfertigt nur ein besonders schweres Fehlverhalten des Angestellten die fristlose Kündigung. Dieses muss einerseits objektiv geeignet sein, die für das Arbeitsverhältnis wesentliche Vertrauensgrundlage zu zerstören oder zumindest so tief greifend zu erschüttern, dass dem Arbeitgeber die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zuzumuten ist. Andererseits wird vorausgesetzt, dass es tatsächlich zu einer entsprechenden Zerstörung oder Erschütterung des gegenseitigen Vertrauens geführt hat. Wiegen die Verfehlungen weniger schwer, ist die fristlose Auflösung wie im privaten Arbeitsrecht nur gerechtfertigt, wenn sie trotz Verwarnung wiederholt begangen wurde (Urteile 8C_501/2013 vom 18. November 2013 E. 3.1; 8C_873/2010 vom 17. Februar 2011 E. 7.2; für Art. 337 OR, vgl. BGE 130 III 28 E. 4.1 S. 31; 213 E. 3.1 S. 220 f.; 127 III 153 E. 1a S. 155). In aller Regel liegt der wichtige Grund in einer Vertragsverletzung der gekündigten Partei, doch können auch objektive Gründe eine fristlose Kündigung rechtfertigen, wenn sie die wesentlichen Grundlagen der vertraglichen Bindung derart erschüttern, dass eine Fortsetzung der vertraglichen Beziehung subjektiv und objektiv als nicht zumutbar erscheint (BGE 129 III 380 E. 2.2 S. 382).

4.

4.1 Gemäss angefochtenem Entscheid wies der Kommandant der Gemeindepolizei B. im Februar 2012 die ihm unterstellten Mitarbeiter – und damit auch den Beschwerdeführer – darauf hin, dass das kommunale Parkregime einzuhalten sei und insbesondere das Abstellen von Privatfahrzeugen auf den Polizeiparkplätzen vor dem Polizeigebäude nicht zulässig sei. Aufgrund von Hinweisen über das Parkverhalten des Beschwerdeführers liess er dieses überprüfen. Dabei ergab sich, dass der mit der Kontrolle des ruhenden Verkehrs beauftragte Mitarbeiter der Firma D. am betreffenden Tag sieben Fahrzeuglenker büsste, welche die Parkzeit überschritten hatten, nicht jedoch den Beschwerdeführer, dessen Auto ebenfalls vorschriftswidrig auf dem kontrollierten Parkplatz abgestellt war. Als Begründung führte der externe Parkplatzwächter aus, er sei davon ausgegangen, dass dieser als Polizist ein Privileg habe und man die eigenen Leute «in

Ruhe lasse». Er hat daher toleriert, dass dieser immer wieder fehlerhaft parkiert hat, indem er sein Fahrzeug in einer Parkverbotszone abstellte, die Parkscheibe vorstellte oder die Parkuhr nicht in Gang setzte. Der Beschwerdeführer bestätigte laut Gesprächsprotokoll vom 29. März 2012, in den vorangegangenen Jahren immer wieder fehlerhaft parkiert zu haben. Dem Ansehen der Polizei habe er nicht schaden wollen. Vielmehr habe er gedacht, es sei sein privates Risiko, wenn er gebüsst werde. Eine Busse habe er allerdings schon lange nicht mehr bekommen. Weshalb dies so war, konnte der Beschwerdeführer nicht erklären. Das kantonale Gericht ging aufgrund der Aussagen des Beschwerdeführers und des Parkplatzwächters davon aus, der Beschwerdeführer habe in zumindest stillschweigendem Zusammenwirken mit diesem über einen Zeitraum von mehreren Jahren hinweg regelmässig und im Wissen darum die Parkierungsvorschriften missachtet, dass er für dieses Verhalten nicht gebüsst würde.

4.2 In rechtlicher Hinsicht nimmt die Vorinstanz an, als Polizeiangehöriger habe der Beschwerdeführer eine Funktion inne gehabt, welche erhöhte Anforderungen an die Vertrauenswürdigkeit und Verantwortlichkeit stellte. Er sei insbesondere Ansprechpartner für Private gewesen, denen Ordnungsbussen auferlegt worden seien. Wenn ein Polizeibeamter wiederholt und dazu noch in unmittelbarer Umgebung der Polizeistation regelmässig gegen Vorschriften verstosse, für deren Einhaltung er an sich zu sorgen und die er gegenüber Dritten zu verteidigen habe, beeinträchtige dies die Glaubwürdigkeit der Polizeistelle und damit das Ansehen der Arbeitgeberin. Von einem Polizisten, der sich zur Befolgung und Durchsetzung der gesetzlichen Regeln verpflichtet habe, könne – auch ausserhalb der Dienstzeit – ohne weiteres ein korrektes und gesetzeskonformes Verhalten erwartet werden. Wenn dieser seine berufliche Position noch zusätzlich ausnutze, indem er mit der für die konkreten Kontrollmassnahmen zuständigen Person zumindest stillschweigend dahingehend zusammenwirke, dass er für seine Verfehlungen nicht zur Rechenschaft gezogen werde, erwecke dies bei Aussenstehenden ohne Weiteres den Eindruck, bei der betroffenen Behörde herrsche ein Klima der gegenseitigen Begünstigung. Nach Ansicht der Vorinstanz wiegen die Verfehlungen des Beschwerdeführers aufgrund seiner mit grosser Verantwortung verbundenen Stellung besonders schwer. Die fristlose Kündigung erweise sich als adäquates Mittel, um dem Anschein zu begegnen, innerhalb der Gemeindepolizei würden gegenseitige Begünstigungen zugelassen und das Recht ungleich angewendet. Da der Beschwerdeführer gemäss den vorinstanzlichen Feststellungen zudem in der Vergangenheit wegen fehlender Korrektheit und Professionalität im Verhalten Anlass zu Beanstandungen gegeben hat, konnte ihres Erachtens eine vorgängige Verwarnung unterbleiben.

4.3.

4.3.1 Der Beschwerdeführer rügt eine Verletzung seines Anspruchs auf rechtliches Gehör und eine damit verbundene unvollständige Sachverhaltsfeststellung. Obwohl er geltend gemacht habe, dass er nach dem Er-

lass der Weisung, wonach auf den Polizeiparkplätzen keine Privatfahrzeuge mehr abgestellt werden durften, sein Auto oft auf von Kollegen gemieteten Parkplätzen stationiert und dafür den Beweis von zwei Zeugen offeriert habe, habe die Vorinstanz deren Einvernahme nicht für notwendig befunden.

4.3.2 Der Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV) umfasst u.a. das Recht des Betroffenen, mit erheblichen Beweisanträgen gehört zu werden und an der Erhebung wesentlicher Beweise entweder mitzuwirken oder sich zumindest zum Beweisergebnis zu äussern, wenn dieses geeignet ist, den Entscheid zu beeinflussen (BGE 138 I 232 E. 5.1 S. 237; 133 I 270 E. 3.1 S. 277; je mit Hinweisen). Ein Verzicht auf die Abnahme von weiteren Beweisen ist zulässig, wenn sich das Gericht aufgrund der bereits erhobenen Beweise seine Überzeugung gebildet hat und ohne Willkür in vorweggenommener Beweiswürdigung annehmen kann, dass die abgelehnten Beweisanträge nichts an seiner Überzeugung zu ändern vermögen (BGE 136 I 229 E. 5.3 S. 236; 134 I 140 E. 5.3 S. 148; je mit Hinweisen).

4.3.3 Die Vorinstanz hat die massgeblichen Unterlagen und Aussagen ausführlich dargelegt. Sie hat die einzelnen Beweise gewürdigt und stellte fest, der Beschwerdeführer habe anlässlich der Befragung durch den Polizeikommandanten bestätigt, wissentlich über einen längeren Zeitraum hinweg, das heisst in den vorangegangenen Jahren, sein Privatfahrzeug fehlerhaft parkiert zu haben. Die späteren Relativierungen seiner ersten Aussagen erschienen demgegenüber nicht glaubhaft und stellten reine Schutzbehauptungen dar. Es sei daher davon auszugehen, dass er über einen Zeitraum von mehreren Jahren hinweg regelmässig Parkierungsvorschriften missachtet habe. Das kantonale Gericht durfte bei dieser Ausgangslage ohne Verletzung von Bundesrecht in zulässiger antizipierter Beweiswürdigung auf eine Zeugeneinvernahme zur Frage, ob der Beschwerdeführer sein Fahrzeug des Öfters auch auf von Arbeitskollegen gemieteten Parkplätzen abstellte, verzichten.

4.3.4 Soweit der Beschwerdeführer geltend macht, es seien E. und F. als Zeugen einzuvernehmen, kann er deshalb nicht gehört werden.

5.

5.1 Laut Beschwerdeführer verletzt die fristlose Entlassung das Verhältnismässigkeitsprinzip und beruht auf einer willkürlichen Anwendung kommunalen Rechts (Art. 15 VVO mit Verweis auf Art. 337 OR). Seiner Ansicht nach liegt keine schwerwiegende Verfehlung von Dienstpflichten vor, da er sich keine Unregelmässigkeiten im Bereich der staatlichen Machtausübung habe zu Schulden kommen lassen. Verstösse gegen die Parkordnung würden wegen ihres geringen Unrechtsgehalts – auch gegenüber Polizeiangehörigen, welche als Privatperson ausserhalb der Dienstzeit die Parkierungsvorschriften nicht einhalten – lediglich mit Ordnungsbussen sanktioniert. Aufgrund der gegen ihn erhobenen Vorwürfe erweise sich die fristlose Kündigung als unverhältnismässig und willkürlich, zumal eine

solche nur mit grosser Zurückhaltung ausgesprochen werden dürfe und nur zulässig sei, wenn keine mildere Massnahme möglich sei. Vor der fristlosen Entlassung sei er nie wegen der Parkverstösse abgemahnt worden. Die Parkübertretungen seien zudem nicht geeignet, dem Ansehen der Polizei in einem Masse zu schaden, dass eine Fortführung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist nicht mehr zumutbar wäre. Ein allfälliger Glaubwürdigkeitsverlust der Gemeindepolizei habe höchstens aufgrund des Verhaltens der mit der Kontrolle der Parkfelder beauftragten Person entstehen können, weil diese keine Bussen an Angehörige der Polizei ausgestellt habe. Nach Auffassung des Beschwerdeführers verstösst es überdies gegen den Gerechtigkeitsgedanken wenn ihm nach über 25 jähriger Tätigkeit, kurz vor dem 60. Altersjahr, fristlos gekündigt wird, obwohl er zuvor noch befördert wurde.

5.2 Willkür in der Rechtsanwendung liegt dann vor, wenn der angefochtene Entscheid offensichtlich unhaltbar ist, mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft. Das Bundesgericht hebt einen Entscheid jedoch nur auf, wenn nicht bloss die Begründung, sondern auch das Ergebnis unhaltbar ist. Dass eine andere Lösung ebenfalls als vertretbar oder gar zutreffender erscheint, genügt nicht (BGE 138 I 305 E. 4.3 S. 319 mit Hinweis; 138 I 49 E. 7.1 S. 51; 138 IV 13 E. 5.1 S. 22, je mit Hinweisen).

5.3 Das verfassungsmässige Prinzip der Verhältnismässigkeit (Art. 5 Abs. 2 BV) verlangt, dass staatliches Tun geeignet und erforderlich sein muss und dass die angestrebte Wirkung nicht in einem Missverhältnis zu anderen zu beachtenden Interessen stehen darf (BGE 133 II 97 E. 2.2 S. 100). Bei der Anwendung kantonalen oder kommunalen Rechts kann das in Art. 5 Abs. 2 BV als allgemeiner Verfassungsgrundsatz verankerte Verhältnismässigkeitsgebot im Rahmen einer Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ausserhalb des Schutzbereichs spezieller Grundrechte nur unter dem Gesichtswinkel des Willkürverbots (Art. 9 BV) angerufen werden (BGE 135 V 172 E. 7.3.2 S. 182; 134 I 153 E. 4 S. 156 ff.; Urteil 8C_203/2010 vom 1. März 2011 E. 3.3).

5.4 Als ultima ratio ist die fristlose Entlassung erst dann zulässig, wenn dem Vertragspartner auch nicht mehr zugemutet werden darf, das Arbeitsverhältnis durch ordentliche Kündigung aufzulösen oder bei fester Vertragsdauer deren Ende abzuwarten (BGE 117 II 560 E. 3b S. 562). Sie setzt eine besonders schwere Verletzung der Arbeitspflicht oder anhaltende Verfehlungen des Gekündigten voraus. Ob die dem Arbeitnehmer vorgeordnete Pflichtverletzung die erforderliche Schwere erreicht, entscheidet sich nicht allgemein, sondern hängt von den Umständen des Einzelfalls ab, insbesondere von der Stellung und Verantwortung des Arbeitnehmers sowie von der Natur und Dauer des Vertragsverhältnisses (BGE 130 III 28 E. 4.1 S. 31; 116 II 145 E. 6a S. 150). Die Schwere eines Vergehens, das zur fristlosen Kündigung geeignet ist, kann absolut oder relativ sein. Dort

genügt eine einmalige (z.B. Diebstahl aus der Betriebskasse), hier erst eine trotz Verwarnung fortgesetzte Pflichtverletzung (z.B. regelmässiges Zu-spätkommen; BGE 127 III 153 E. 1c S. 158; Urteil 2A.656/2006 vom 15. Oktober 2007 E. 5.2.4). Die fristlose Entlassung ist ausgeschlossen, wenn mildere Massnahmen wie Verwarnung, vorübergehende Freistellung, ordentliche Kündigung zur Verfügung stehen (FRANK EMMEL, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 2, 2. Aufl. 2012, S. 161; vgl. auch bereits erwähntes Urteil 8C_203/2010 E. 3.5).

5.5 Ein Angestellter des öffentlichen Dienstes ist verpflichtet, während und ausserhalb der Arbeitszeit ein Verhalten anzunehmen, das sich der Achtung und des Vertrauens würdig erweist, das seine Stellung erfordert und alles zu unterlassen, was die Interessen des Staates beeinträchtigt. Er hat insbesondere alles zu unterlassen, was das Vertrauen der Öffentlichkeit in die Integrität der Verwaltung und ihrer Angestellten beeinträchtigen und was die Vertrauenswürdigkeit gegenüber dem Arbeitgeber herabsetzen würde. Dabei kommt es nicht darauf an, ob das zu beanstandende Verhalten in der Öffentlichkeit bekannt geworden ist und Aufsehen erregt hat (PETER HÄNNI, Rechte und Pflichten im öffentlichen Dienstrecht, 1993, S. 206 ff.). Gemäss Art. 22 PVO haben sich die Angestellten rechtmässig zu verhalten und insbesondere die Interessen der Gemeinde zu wahren. Für Polizeibeamte sind die Anforderungen an das ausserdienstliche Verhalten besonders hoch, weil sie mehr als andere Angestellte die Staatsgewalt verkörpern. Als Vertreter des Staates mit der Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung beauftragt (§ 3 des Polizeigesetzes des Kantons Zürich vom 23. April 2007; PolG; LS 550.1), dürfen sie keinesfalls Normen verletzen, die sie zu schützen und deren Einhaltung sie durchzusetzen haben (Urteil 1P.273/1999 vom 12. Oktober 1999 E. 3c).

5.6 Der Beschwerdeführer, der in seiner Funktion als Polizist unter anderem mit Verstössen gegen die Parkierungsvorschriften zu tun hatte, wusste, dass für das Abstellen des Privatfahrzeugs auf öffentlichem Grund auch von Angehörigen der Gemeindepolizei die geltenden Regeln zu befolgen sind. Dennoch hat er über einen längeren Zeitraum hinweg vorschriftswidrig parkiert, indem er die Parkscheibe vorgestellt oder die Parkuhr nicht in Gang gesetzt hat. Aus strafrechtlicher Sicht stellen die Parkvergehen zwar bloss mit Ordnungsbusse bedrohte Übertretungen und somit keine schwerwiegenden Verfehlungen dar. Der Beschwerdeführer stellte sein Fahrzeug jedoch im Bewusstsein regelwidrig ab, sich einer Bestrafung entziehen zu können. Der zuständige externe Parkplatzwächter musste sich vor Beginn seiner siebenstündigen Schicht jeweils bei ihm anmelden. Selbst wenn er diesem nicht ausdrücklich gesagt hat, er solle ihn nicht büssen, hat er jedenfalls nichts unternommen, nachdem ihm aufgefallen sein musste, dass ihm dieser – im Gegensatz zu den anderen fehlerhaften Parkplatzbenutzern – regelmässig für seine Verfehlungen keine Busse auferlegte. Damit hat sich der Beschwerdeführer selber «begünstigt».

5.7 Die regelmässigen, eigennützigen Verstösse des Beschwerdeführers gegen klare Rechtsnormen zerstören das Vertrauen in einen Angestellten des Polizeidienstes, der sich dazu verpflichtet hat, die Gesetze zu achten, und der zu deren Durchsetzung in Dienst genommen wurde. Auch wenn es sich nicht um Amtshandlungen im engeren Sinn handelt, lässt sich das Verhalten des Beschwerdeführers nicht mit seiner Eigenschaft als Polizist vereinbaren. Da er in dieser Funktion für Ordnung und Sicherheit zu sorgen hat, kommt ihm gegenüber der Öffentlichkeit eine besondere Vorbild- und Vertrauensfunktion zu. Lebt er dieser nicht nach, wird das Vertrauen in die Polizeiarbeit erheblich erschüttert und die Integrität der Arbeitgeberin in Frage gestellt. Wenn die Vorinstanz die Vorkommnisse aufgrund der verantwortungsvollen Tätigkeit des Beschwerdeführers als Hüter von Recht und Ordnung als grobe Pflichtverletzung des Arbeitnehmers wertet, welche geeignet ist, die für das Anstellungsverhältnis wesentliche Vertrauensgrundlage zu zerstören oder zumindest so tief greifend zu erschüttern, dass der Arbeitgeberin die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zuzumuten ist, lässt sich diese Beurteilung nicht beanstanden. Das kantonale Gericht hat sich nicht von sachfremden Überlegungen leiten lassen, sondern sorgfältig aufgezeigt, dass aufgrund der besonderen Umstände dem zufolge fehlender Korrektheit und Professionalität bereits früher – zumindest vorübergehend – angeschlagenen Vertrauensverhältnis die künftige Basis nicht nur subjektiv, sondern auch objektiv nachhaltig und in schwerwiegender Weise entzogen war, womit die Weiterführung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist unzumutbar erschien. Die Stellung der Polizei in der Öffentlichkeit lässt es als richtig erscheinen, das Fehlverhalten streng zu ahnden, stehen doch in derartigen Fällen regelmässig der gute Ruf und das Ansehen eines ganzen Teams auf dem Spiel. Die fristlose Entlassung des Beschwerdeführers stellt im vorliegenden Fall eine verhältnismässige Massnahme dar, geht es doch darum, das öffentliche Interesse an einem integren und vertrauenswürdigen Polizeidienst zu schützen und bestand aufgrund der Einstellung des Beschwerdeführers gegenüber der Rechtsordnung die Gefahr, dass er sich bei Entscheidungen im Amt von sachfremden Umständen leiten lässt. Eine vorgängige Verwarnung war aufgrund der auf dem Spiele stehenden Interessen nicht erforderlich, zumal der Beschwerdeführer seine Pflichten kannte. Indem die Vorinstanz die fristlose Entlassung bestätigt, ist sie weder in Willkür verfallen, noch hat sie gegen den Gerechtigkeitsgedanken verstossen. Die Beschwerde ist daher abzuweisen.

Tribunal fédéral, Arrêt du 7 juillet 2014, Doss.-No 4D_12/2014 (Rejet du recours constitutionnel subsidiaire contre l'arrêt du Tribunal cantonal du canton de Fribourg, II^e Cour d'appel civil, du 17 décembre 2013)

L'art. 336 al. 2 let. b CO a pour but d'assurer aux représentants élus des travailleurs la protection nécessaire, afin qu'ils puissent défendre effectivement les intérêts de ceux-ci sans craindre des sanctions de leur employeur. Ainsi, durant le mandat du travailleur au sein d'une commission dans laquelle il représente ses collègues, le fardeau de la preuve est renversé: le licenciement est présumé abusif sauf si l'employeur apporte la preuve d'un motif justifié de résiliation. L'employeur ne doit pas seulement établir qu'il avait ou aurait pu avoir un motif justifiant le congé; il lui faut encore prouver que la résiliation litigieuse a effectivement été signifiée au travailleur pour ce motif-là (c. 4.1).

L'art. 336 al. 2 let. b CO restreint la liberté de l'employeur de résilier le contrat de travail passé avec un représentant élu du personnel. Si les conditions d'un congé abusif au sens de cette disposition sont réalisées, l'employeur doit verser une indemnité au travailleur (art. 336a al. 1 CO) pour autant que la procédure prescrite par l'art. 336b CO ait été respectée. L'art. 27 Cst. est dénué de toute portée propre dans ce contexte (c. 5).

Extraits des faits:

A. SA a engagé C. en qualité de chef adjoint d'animation et d'animateur de langue allemande dès le 1^{er} juin 2007. Le 25 novembre 2009, le personnel de A. SA a été informé du départ de D., codirecteur alémanique, pour fin février 2010. Face aux préoccupations des employés, E., président du conseil d'administration, s'est déclaré prêt à impliquer une délégation du personnel dans la restructuration de la direction, rendue nécessaire à la suite du départ de D. Lors d'une réunion tenue le 27 novembre 2009, C., B., F. et G. ont été désignés délégués du personnel. Le 7 décembre 2009, la délégation du personnel a remis au conseil d'administration une prise de position signée par 32 employés de A. SA. Ceux-ci y exprimaient leurs craintes liées au départ de D. et se demandaient comment H., codirecteur romand, pourrait garantir la pérennité de l'entreprise sans l'aide du codirecteur alémanique, notamment en matière de bilinguisme. Ils invitaient le conseil d'administration à leur présenter plusieurs modèles de structure de direction. Ils relevaient également qu'un traitement différent était appliqué selon les secteurs et la direction en ce qui concerne la rémunération des heures supplémentaires. Ils constataient enfin une rupture de confiance entre les collaborateurs de la station et la direction. Le 16 décembre 2009, le conseil d'administration a communiqué à la délégation du personnel sa décision d'engager un directeur adjoint alémanique, chargé

notamment de la responsabilité financière et administrative de A. SA. Le 29 janvier 2010, une séance a réuni la délégation du personnel, trois membres du conseil d'administration, le directeur H., le rédacteur en chef et le responsable des sports. A cette occasion, E. a présenté le futur organigramme de la direction. Il a déclaré que le conseil d'administration garantissait le bilinguisme et qu'une équipe directionnelle bilingue restait un objectif. Par ailleurs, il a promis la reconsidération des cahiers des charges et une répartition convenable des tâches au sein de la direction. Une nouvelle rencontre a été fixée au 8 février 2010.

Par courriel du 4 février 2010 envoyé depuis l'adresse électronique professionnelle de C., la délégation du personnel a informé le conseil d'administration que les négociations étaient rompues, en relevant notamment ce qui suit: «(...) Après consultation du personnel signataire, il a été décidé que notre délégation ne participerait pas à la séance de travail agendée le 8 février prochain. Lors des 3 rencontres tenues en 2 mois, (...), nous avons exposé à chaque fois les mêmes revendications et inquiétudes des 32 membres du personnel qui nous ont mandatés. Force est de constater aujourd'hui, au vu des discussions et des décisions prises, que le CA n'a tenu compte d'aucune de ces craintes. Par conséquent, nous ne pouvons pas engager le processus proposé par le CA. (...) Nous regrettons cet état de fait, mais estimons que c'est au CA d'assumer seul la responsabilité de sa stratégie. (...) Par ailleurs, le personnel signataire a émis le souhait qu'un audit externe soit entrepris afin que la confiance mise à mal ces derniers mois revienne au sein de A. Par la présente, nous vous en faisons la demande formelle.» Le lendemain, la délégation du personnel a transmis aux médias actifs à Fribourg un communiqué de presse, intitulé «Communiqué des 32 collaborateurs de A. 4 février 2010». Il y est indiqué que «le conseil d'administration (CA) de A. fait fi des revendications et craintes de 70% du personnel et n'est à l'évidence pas intéressé à une solution efficace et durable des problèmes latents de direction de l'entreprise». Le communiqué expose les revendications du personnel et précise que la délégation a porté à la connaissance du conseil d'administration «deux infractions graves au sein de A., connues de H.». Le 8 février 2010, le conseil d'administration a rassemblé le personnel à ..., à Fribourg. A l'issue de cette réunion, le conseil d'administration a convoqué C. ainsi que B., F. et G. A cette occasion, C. s'est vu signifier oralement son licenciement pour le 30 avril 2010 et a été libéré immédiatement de son obligation de travailler. Dans une lettre du 9 février 2010, l'employeur précisait que le motif du licenciement résidait dans la perte de confiance réciproque et le refus du collaborateur d'adhérer à la nouvelle structure telle qu'adoptée à l'unanimité par le conseil d'administration. C. a fait opposition au congé.

Le 26 octobre 2010, C. a ouvert action contre A. SA en paiement de 18 600 fr. à titre d'indemnité pour licenciement abusif, ce qui correspondait à trois mois de salaire brut. Par jugement du 30 mai 2012, la Chambre des prud'hommes de la Sarine a condamné A. SA à payer à C. le montant

net de 13 433 fr. 35, plus intérêts. Statuant le 17 décembre 2013 sur un appel de A. SA, la IIe Cour d'appel civil du Tribunal cantonal du canton de Fribourg a confirmé le jugement attaqué. A. SA interjette un recours constitutionnel subsidiaire, concluant, principalement, au rejet de la demande de C. et, à titre subsidiaire, au renvoi de la cause à l'autorité cantonale pour nouvelle décision dans le sens des considérants.

Extraits des considérants:

2.

La cour cantonale a alloué à l'intimé une indemnité sur la base de l'art. 336 al. 2 let. b CO, aux termes duquel le congé est abusif lorsqu'il est donné pendant que le travailleur, représentant élu des travailleurs, est membre d'une commission d'entreprise ou d'une institution liée à l'entreprise et que l'employeur ne peut prouver qu'il avait un motif justifié de résiliation.

Selon l'arrêt attaqué, l'intimé était délégué du personnel lors de la notification de son licenciement et la recourante n'a pas établi qu'elle disposait d'un motif justifié de résiliation du contrat de travail.

3.

D'après la recourante, qui invoque l'art. 9 Cst., la cour cantonale s'est livrée à une appréciation arbitraire des preuves en retenant que l'intimé était délégué du personnel au moment de son licenciement, signifié le 8 février 2010. La fin du mandat confié à la délégation du personnel résulterait clairement du courriel du 4 février 2010 adressé à l'employeur. Au surplus, le communiqué de presse du 5 février 2010 n'émanerait manifestement pas de la délégation du personnel, mais uniquement de certains employés, ce qui confirmerait la révocation du mandat des délégués du personnel. La recourante fait valoir enfin que les quatre collaborateurs convoqués le 8 février 2010 par le conseil d'administration ne l'ont pas été en tant que délégués du personnel, mais comme employés insubordonnés ayant publié un communiqué de presse outrageant pour l'employeur.

3.1 En matière d'appréciation des preuves, il y a arbitraire lorsque l'autorité ne prend pas en compte, 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, en se fondant sur les éléments recueillis, elle en tire des constatations insoutenables (ATF 137 I 58 consid. 4.1.2 p. 62; 136 III 552 consid. 4.2 p. 560; 134 V 53 consid. 4.3 p. 62; 129 I 8 consid. 2.1 p. 9).

3.2 Le courriel du 4 février 2010 est présenté comme émanant de la délégation du personnel, désignée par le pronom «nous». Dans ce message, la délégation informe simplement l'employeur qu'après consultation du personnel signataire, elle ne participera pas à la séance du 8 février 2010 et qu'elle ne peut pas engager le processus proposé par le conseil d'administration. Elle y fait également référence aux «32 membres du personnel qui

nous (souligné par la cour de céans) ont mandatés» et relaie le souhait du personnel signataire de lancer un audit externe («nous [souligné par la cour de céans] vous en faisons la demande formelle»). Contrairement à ce que la recourante prétend, aucune des formulations utilisées dans le courriel du 4 février 2010 ne laisse entendre qu'il aurait été mis un terme au mandat des quatre délégués du personnel, par révocation ou par démission. De même, aucun élément du communiqué adressé à la presse le 5 février 2010 ne permet de confirmer indirectement que le mandat de la délégation aurait pris fin. Au surplus, rien n'indique que ce communiqué, transmis par les quatre personnes faisant partie de la délégation, émanerait de ces collaborateurs agissant à titre personnel, et non comme représentants des employés. Fondée sur de simples affirmations, la thèse de la recourante n'est manifestement pas propre à démontrer que la cour cantonale a apprécié les preuves de manière arbitraire en constatant que l'intimé était encore délégué du personnel en date du 8 février 2010.

4.

La recourante soutient ensuite que, même si l'intimé peut se prévaloir de la protection garantie aux représentants élus des travailleurs, la cour cantonale a gravement méconnu l'art. 336 al. 2 let. b CO en jugeant que l'employeur ne disposait pas en l'espèce d'un motif justifié de résiliation du contrat de travail. En déclarant, lors de l'entrevue du 8 février 2010, qu'en ce qui le concernait, la relation de confiance était rompue et qu'il refusait d'adhérer à la nouvelle structure de l'entreprise, l'intimé aurait reconnu lui-même que la continuation des rapports de travail était objectivement impossible, ce qui constituerait un motif justifié de congé. Par surabondance, la recourante fait valoir qu'en tout état de cause, le communiqué de presse publié le 5 février 2010, qui porterait atteinte à l'honneur des administrateurs et à la réputation de la recourante, justifie le licenciement au sens de l'art. 336 al. 2 let. b CO.

4.1 L'art. 336 al. 2 let. b CO a pour but d'assurer aux représentants élus des travailleurs la protection nécessaire, afin qu'ils puissent défendre effectivement les intérêts de ceux-ci sans craindre des sanctions de leur employeur (JEAN-PHILIPPE DUNAND, in Commentaire du contrat de travail, 2013, n° 60 ad art. 336 CO, p. 676; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, 7^e éd. 2012, n° 12 ad art. 336 CO, p. 1030). Ainsi, durant le mandat du travailleur au sein d'une commission dans laquelle il représente ses collègues, le fardeau de la preuve est renversé: le licenciement est présumé abusif sauf si l'employeur apporte la preuve d'un motif justifié de résiliation. L'employeur ne doit pas seulement établir qu'il avait ou aurait pu avoir un motif justifiant le congé; il lui faut encore prouver que la résiliation litigieuse a effectivement été signifiée au travailleur pour ce motif-là (arrêt 4C.459/1996 du 12 août 1997 consid. 2a et 3b).

4.2.

4.2.1 Selon l'arrêt attaqué, l'intimé, comme les trois autres membres de la délégation du personnel, a été convoqué le 8 février 2010 en sa qualité de représentant des travailleurs et c'est en tant que tel qu'il a répondu positivement à la question portant sur une éventuelle rupture du lien de confiance avec la direction. Par ailleurs, d'après la cour cantonale, il n'est pas démontré que, lors de l'entrevue du 8 février 2010, l'intimé ait refusé de travailler pour la nouvelle structure mise en place par le conseil d'administration.

4.2.2 L'autorité précédente n'a pas apprécié arbitrairement les preuves en refusant de tenir pour établi le motif de licenciement invoqué par la recourante.

D'une part, quand bien même l'intimé a admis une rupture du lien de confiance entre la direction et lui-même, il n'est pas insoutenable de considérer, au vu des événements intervenus à partir du 4 février 2010 et de leur enchaînement rapide, que l'intimé s'exprimait au nom des employés qu'il représentait, dans le cadre du processus de réorganisation engagé par le conseil d'administration, et non comme travailleur, dans le cadre de son activité salariée. En effet, le collaborateur a été convoqué le 8 février 2010 à l'issue de la réunion du même jour de tout le personnel, organisée à l'initiative du conseil d'administration. Or, seuls les quatre membres de la délégation du personnel ont reçu une telle convocation. Le rassemblement du personnel intervenait lui-même trois jours après la diffusion du communiqué de presse par la délégation, communiqué écrit le même jour que le courriel du 4 février 2010 dans lequel la délégation exprimait précisément au conseil d'administration une «confiance mise à mal» au sein de A.

D'autre part, la recourante se contente d'affirmer que l'intimé a déclaré, lors de l'entretien du 8 février 2010, qu'il refusait d'adhérer à la nouvelle structure. Or, ce fait ne ressort pas des constatations des juges fribourgeois et la recourante n'explique pas en quoi ceux-ci auraient versé dans l'arbitraire en retenant qu'il n'est pas prouvé que le travailleur ait eu l'occasion de se prononcer sur cette question pendant la rencontre avec le conseil d'administration.

4.3 Selon l'arrêt attaqué non critiqué sur ce point, la recourante n'a pas, au moment du licenciement, invoqué le communiqué de presse pour justifier la fin des rapports de travail. Elle n'a donc pas démontré, comme il lui appartenait de le faire si elle entendait se prévaloir de cette circonstance pour motiver le congé (cf. consid. 4.1 supra), que la résiliation litigieuse a été signifiée au travailleur en raison de la publication du communiqué de presse.

Le sort du grief soulevé par surabondance est ainsi scellé, sans qu'il soit nécessaire d'examiner les termes dudit communiqué.

5.

En dernier lieu, la recourante fait valoir que l'arrêt querellé consacre une violation de la liberté économique de l'employeur, garantie par l'art. 27 Cst. Elle aurait ainsi été condamnée à payer une indemnité à un employé licencié selon les règles ordinaires, alors que celui-ci aurait commis une violation grave de ses obligations contractuelles et manifesté son refus de poursuivre sa collaboration au sein de l'entreprise.

L'art. 336 al. 2 let. b CO restreint la liberté de l'employeur de résilier le contrat de travail passé avec un représentant élu du personnel. Si les conditions d'un congé abusif au sens de cette disposition – licenciement pendant le mandat de représentation et absence de motif justifié – sont réalisées, l'employeur doit verser une indemnité au travailleur (art. 336a al. 1 CO) pour autant que la procédure prescrite par l'art. 336b CO ait été respectée. L'art. 27 Cst. est dénué de toute portée propre dans ce contexte. La recourante ne peut pas, par ce biais-là, remettre en cause les conclusions du juge en se fondant sur des éléments qui ne ressortent pas de la décision entreprise ou dont l'existence a été niée sans arbitraire par l'autorité cantonale. Le grief tiré d'une violation de la liberté économique est privé de tout fondement.

Tribunal fédéral, Arrêt du 22 juillet 2014, Doss.-No 8D_3/2013 (Annulation du jugement de la Cour de droit public du Tribunal cantonal du Valais du 24 mai 2013), in: ATF 140 I 277

Art. 49 Abs. 1 BV; Art. 13 und 14 SchKG; derogatorische Kraft des Bundesrechts; Disziplarmassnahmen gegen der Aufsicht nach SchKG unterstellte Personen. Über Personen, die der Aufsicht nach SchKG unterstellt sind, weist Art. 14 SchKG die Disziplinargewalt betreffend Mängel im Zusammenhang mit der Ausübung ihrer Funktion klar den kantonalen Aufsichtsbehörden zu. Die Gesetzesbestimmung enthält eine präzise und abschliessende Liste der Verwaltungssanktionen. Das Prinzip der derogatorischen Kraft des Bundesrechts steht daher der Ausfällung anderer als der in Art. 14 Abs. 2 SchKG vorgesehenen Sanktionen entgegen (E. 4).

Art. 49 al. 1 Cst.; art. 13 et 14 LP; force dérogatoire du droit fédéral; mesures disciplinaires contre des personnes soumises à la surveillance selon le droit de la LP. En ce qui concerne les personnes soumises à la surveillance selon la LP et pour des manquements liés à l'exercice de leurs fonctions, l'art. 14 LP attribue clairement le pouvoir disciplinaire aux autorités cantonales de surveillance. Cette disposition légale dresse une liste précise et exhaustive des sanctions administratives.

C'est pourquoi le principe de la force dérogatoire du droit fédéral s'oppose au prononcé de sanctions autres que celles qui sont prévues à l'art. 14 al. 2 LP (consid. 4).

Extraits des faits:

A.

A., né en 1960, a été nommé en qualité de préposé à l'Office des poursuites et faillites du district de B. par le Conseil d'Etat du canton du Valais.

Le 11 octobre 2006, le Juge II pour les districts de B. et de C. a constaté la répudiation de la succession de feu D. et a chargé l'Office des poursuites et des faillites du district de B. de sa liquidation. Ce faisant, A. a enregistré un seul actif, soit un yacht se trouvant à E. Il a obtenu l'autorisation de liquider cette succession en la forme sommaire. En qualité de liquidateur, il s'est rendu à plusieurs reprises à E. afin de pouvoir vendre le bateau. Celui-ci a été réalisé au mois de janvier 2008.

A la demande du Juge II pour les districts de B. et de C., l'Inspection cantonale des finances (ICF) a été chargée d'un contrôle de la liquidation de la succession par le préposé au vu notamment des coûts importants que ce dernier avait engagés dans le cadre de cette liquidation et du bilan financier des opérations. A réception du projet de rapport établi par l'ICF, le juge a estimé qu'il pouvait clore la procédure de liquidation. Les faits reprochés à A. devaient toutefois être portés à la connaissance des autorités de poursuite pénale, ainsi que de l'autorité cantonale de surveillance pour les offices des poursuites et les offices des faillites.

B.

Après avoir entendu oralement et par écrit l'intéressé, le Conseil d'Etat du canton du Valais a décidé, dans sa séance du 30 mars 2011, d'ouvrir une procédure disciplinaire à son endroit. Il l'a suspendu avec effet immédiat dans l'attente des conclusions de ladite procédure. Le 20 juin 2012, le Conseil d'Etat a décidé, au titre de mesure disciplinaire, de diminuer de moitié le traitement de A. pour une période de trois mois à compter du 1^{er} juillet 2012. Il lui était reproché divers manquements en relation avec la liquidation de la succession de feu D.

C.

A. a recouru contre cette décision en concluant à son annulation. Par arrêt du 24 mai 2013, la Cour de droit public du Tribunal cantonal du Valais a rejeté son recours.

D.

A. exerce un recours constitutionnel subsidiaire. Il conclut principalement à l'annulation de l'arrêt du 24 mai 2013 et à la suppression de toute sanction disciplinaire. Subsidiairement, il demande le renvoi de la cause à l'autorité précédente, le tout sous suite de frais et dépens.

Le Conseil d'Etat du canton du Valais a conclu au rejet du recours. La cour cantonale a renoncé à présenter des déterminations.

E.

Par ordonnance du 24 octobre 2013, le juge instructeur a accordé l'effet suspensif au recours.

F.

Par jugement du 29 janvier 2013, la Cour des affaires pénales du Tribunal pénal fédéral a acquitté A. du chef de violation de la souveraineté étrangère (art. 299 CP). Elle a estimé, en substance, que les agissements de l'intéressé sur sol italien n'étaient pas des actes officiels, que les voies de l'entraide ne devaient pas nécessairement être suivies et que l'Etat étranger avait consenti à ces actes. Saisi d'un recours du Ministère public de la Confédération contre ce jugement, le Tribunal fédéral l'a rejeté dans la mesure de sa recevabilité par arrêt 6B_235/2013 du 22 juillet 2013.

Extraits des considérants:

1.

1.1 La décision du Conseil d'Etat a été rendue en application de la loi cantonale valaisanne du 11 mai 1983 fixant le statut des fonctionnaires et employés de l'Etat du Valais (loi sur le statut des fonctionnaires), applicable au moment des faits et abrogée depuis l'entrée en vigueur au 1^{er} juillet 2011 de la loi cantonale du 19 novembre 2010 sur le personnel de l'Etat du Valais (ci-après: LcPers; RS/VS 172.2). La loi sur le statut des fonctionnaires régissait, sous réserve des dispositions spéciales, le statut des fonctionnaires et employés titulaires de l'une des fonctions énumérées dans l'organigramme de l'administration cantonale, des établissements de l'Etat et du personnel administratif des tribunaux (art. 1^{er} al. 1). A son art. 16, elle conférait au Conseil d'Etat le pouvoir de prononcer les mesures disciplinaires, notamment la diminution du traitement jusqu'à concurrence de la moitié, pour une durée maximale de trois mois (al. 1 let. d). Les premiers juges ont également appliqué ces dispositions. La sanction n'a donc pas été prononcée sur la base de l'art. 14 al. 2 LP et ni le Conseil d'Etat ni le Tribunal cantonal n'ont statué en qualité d'autorité de surveillance, respectivement d'autorité supérieure de surveillance, selon les art. 17 et 18 LP (cf. à propos des voies de droit en cas de mesures disciplinaires fondées sur l'art. 14 al. 2 LP: arrêt 5A_112/2009 du 7 mai 2009 consid. 1; BERNARD CORBOZ, in Commentaire de la LTF, 2e éd. 2014, n° 53 ad art. 74 LTF).

1.2 La présente cause est ainsi une contestation en matière de rapports de travail de droit public, qui porte sur une contestation pécuniaire (réduction du traitement) et qui, par conséquent, ne tombe pas sous le coup de l'exception de l'art. 83 let. g LTF. La valeur litigieuse est de 13 776 fr. 60 (3 x 9184 fr. 40 : 2). Elle est inférieure au seuil requis de 15 000 fr. (art. 85 al. 1 let. b LTF). La décision attaquée a par ailleurs été rendue par une autorité cantonale (art. 113 LTF) de dernière instance (art. 86 al. 1 let. d

LTF en corrélation avec l'art. 114 LTF). En conséquence, la voie du recours constitutionnel subsidiaire est ouverte, à l'exclusion de la voie du recours ordinaire en matière de droit public.

1.3 Le recourant, qui a succombé dans ses conclusions prises devant l'autorité précédente, a un intérêt juridique à la modification de la décision attaquée (art. 115 LTF). Il invoque la violation de ses droits constitutionnels (art. 116 LTF). Le présent recours constitutionnel, déposé en temps utile (art. 100 al. 1 et 117 LTF), est donc recevable.

(...)

3.

3.1 Selon l'art. 3a al. 1 de la loi d'application [du canton du Valais] du 20 juin 1996 de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (ci-après: LALP; RS/VS 281.1), le Conseil d'Etat est l'autorité de surveillance au sens des art. 13 et 14 LP. Selon l'art. 3 LALP, chaque office est dirigé par un préposé; un substitut le remplace en cas d'empêchement ou de récusation (al. 1). Le préposé, le substitut et le personnel sont nommés par le Conseil d'Etat (al. 2). Le préposé est responsable de la gestion de son office (al. 4). S'appliquent, pour le surplus, la législation cantonale sur le statut des fonctionnaires et la législation d'application de la LP (al. 5).

3.2 Les premiers juges déduisent de cette réglementation que, pour ce qui a trait aux questions de personnel, la loi sur le statut des fonctionnaires l'emporte sur les dispositions d'application de la LP lorsque la surveillance vise une personne qui bénéficie d'un engagement comme fonctionnaire; les dispositions de surveillance administrative du droit de la poursuite et faillite n'ont de portée que pour les agents qui ne bénéficient pas de ce statut. Au demeurant, selon la juridiction cantonale, le fondement juridique des sanctions disciplinaires n'a guère d'importance dans la mesure où l'autorité dispose de sanctions identiques, «avec davantage de gradation dans le Statut». La loi sur le statut des fonctionnaires prévoit en effet, à son art. 16, les mesures disciplinaires suivantes:

- a) la réprimande écrite;
- b) l'amende jusqu'à 1000 fr.;
- c) la mise au provisoire pour une durée maximale d'un an;
- d) la diminution du traitement jusqu'à concurrence de la moitié, pour une durée maximale de trois mois;
- e) la suspension temporaire d'emploi jusqu'à six mois, le cas échéant avec diminution ou suspension du traitement;
- f) le transfert dans une fonction inférieure avec traitement correspondant;
- g) le renvoi sans délai et le cas échéant sans indemnité.

3.3 Le recourant invoque la force dérogatoire du droit fédéral (art. 49 al. 1 Cst.). Il fait valoir qu'en matière de surveillance des offices de poursuites et faillites, le droit fédéral règle de manière exhaustive le catalogue des mesures disciplinaires que l'autorité de surveillance peut prendre contre un agent public. La mesure disciplinaire prononcée par l'intimé au-

rait dû être fondée sur l'art. 14 al. 2 LP – qui ne prévoit pas une réduction de traitement comme mesure disciplinaire – et non sur l'art. 16 let. d de la loi sur le statut des fonctionnaires. En effet, les reproches formulés contre lui seraient, sans exception, en relation avec de prétendues violations du droit de la poursuite et donc sans rapport aucun avec la législation cantonale en matière d'engagement des fonctionnaires.

4.

4.1 Selon l'art. 49 al. 1 Cst., le droit fédéral prime le droit cantonal qui lui est contraire. Ce principe constitutionnel de la primauté du droit fédéral 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 œuvre, ou qui empiètent sur des matières que le législateur fédéral a réglementées de façon exhaustive (ATF 138 I 468 consid. 2.3.1 p. 470; ATF 137 I 31 consid. 4.1 p. 41 et les références).

4.2 En vertu de l'art. 13 LP, chaque canton désigne une autorité de surveillance pour les offices des poursuites et les offices des faillites (al. 1); ils peuvent en outre instituer des autorités inférieures de surveillance pour un ou plusieurs arrondissements (al. 2). Sur le plan organisationnel, les compétences de l'autorité de surveillance peuvent être attribuées par le droit cantonal à des autorités de l'ordre judiciaire, à des autorités de l'ordre administratif ou à des autorités mixtes (PIERRE-ROBERT GILLIÉRON, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, 1999, n° 21 ad art. 13 LP; LOUIS DALLÈVES, in Commentaire romand, Poursuite et faillite, 2005, n° 2 ad art. 13 LP; Pra 2012 n° 132 p. 952, 5A_25/2012 consid. 4.1). L'art. 14 LP prévoit que l'autorité de surveillance inspecte chaque office au moins une fois par an (al. 1); les mesures disciplinaires suivantes peuvent être prises contre un préposé ou un employé (al. 2):

1. la réprimande;
2. l'amende jusqu'à 1000 fr.;
3. la suspension pour six mois au plus;
4. la destitution.

4.3 Ces sanctions disciplinaires sont spécialement applicables en cas de violation des devoirs particuliers qu'impose une saine administration de l'exécution forcée (GILLIÉRON, op. cit., n° 32 ad art. 14 LP). Elles supposent une faute commise dans l'exercice de ses fonctions par la personne responsable (DALLÈVES, op. cit., n° 4 ad art. 14 LP). Dans le cas particulier, il n'est pas contesté que les reproches formulés à l'encontre du recourant se rapportent exclusivement à la violation de ses devoirs découlant de sa fonction de préposé à l'Office des faillites. En effet, selon le jugement attaqué, il est reproché à l'intéressé d'avoir porté à l'inventaire de la succession répudiée, comme seul actif de la succession à liquider, un voilier avec la mention «sa réalisation s'annonce compliquée», cela en violation de l'art. 27 al. 1 de l'ordonnance du 13 juillet 1911 sur l'administration des

offices de faillite (OAOF; RS 281.32). En outre, toujours selon le jugement attaqué, au vu des grandes incertitudes qui prévalaient à propos de la valeur du voilier, des frais de réalisation et de la durée de la procédure, le recourant aurait dû requérir la suspension de la faillite conformément à l'art. 230 LP. Par ailleurs, en facturant ses frais de déplacement à 70 cts le kilomètre en lieu et place de 2 fr., l'intéressé – dont la volonté aurait été d'éviter que les frais dépassent le produit escompté de la vente du voilier – avait également méconnu l'art. 14 al. 1 de l'ordonnance du 23 septembre 1996 sur les émoluments perçus en application de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (OELP; RS 281.35). Enfin, il aurait colloqué une créance de première classe qui n'existait pas à la date de l'ouverture de la faillite. De manière plus générale, plusieurs éléments auraient démontré un manque de rigueur du préposé dans la gestion de la liquidation en cause.

4.4 Il résulte de ce qui précède que l'autorité cantonale de surveillance au sens de l'art. 13 LP a pour rôle de veiller à une application régulière de la loi par les organes de la poursuite. Les mesures disciplinaires qu'elle prend dans le cadre de cette activité sanctionnent la violation des devoirs de service des fonctionnaires de la poursuite dans l'exercice de leurs tâches en tant qu'organes de la poursuite. Les faits constitutifs d'une infraction disciplinaire ne sont cependant pas prévus dans la loi. Il n'y a donc pas de typicité de l'infraction disciplinaire, en raison du caractère très général des devoirs de fonction des agents publics cantonaux chargés de l'exécution forcée. En revanche, l'art. 14 LP attribue clairement le pouvoir disciplinaire aux autorités cantonales de surveillance et dresse une liste précise et exhaustive des sanctions administratives. Lorsque l'autorité qui prend la décision disciplinaire n'est pas l'autorité cantonale de surveillance ou que la peine infligée n'est pas prévue par le droit fédéral, il y a méconnaissance grave de l'art. 14 LP (ATF 128 III 156 consid. 1c p. 158; cf. aussi arrêts 5A_112/2009 du 7 mai 2009 consid. 2.1 et 7B.16/2002 du 26 mars 2002 consid. 1c). D'ailleurs, la doctrine unanime souligne également le caractère exhaustif du catalogue des sanctions de l'art. 14 al. 2 LP (GILLIÉRON, op. cit., n° 32 ad art. 14 LP; DALLÈVES, op. cit., n° 5 ad art. 14 LP; FRANK EMMEL, in Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, vol. I, 2^e éd. 2012, n^{os} 5a et 9 ad art. 14 LP; MARCO LEVANTE, in Kurzkommentar zum SchKG, Daniel Hunkeler [éd.], 2014, n° 9 ad art. 14 LP). Le principe de la force dérogatoire du droit fédéral s'oppose donc au prononcé de sanctions autres que celles prévues à l'art. 14 al. 2 LP dans les cas relevant du pouvoir disciplinaire à l'encontre des personnes soumises à la surveillance selon le droit de la LP et pour des manquements liés à l'exercice de leurs fonctions.

4.5 Une exception à ces règles de compétence et au principe de l'exhaustivité des sanctions disciplinaires a été reconnue par la jurisprudence. Se fondant sur la doctrine (notamment GILLIÉRON, op. cit., n° 33 ad art. 14 LP, et EMMEL, op. cit., n° 11b ad art. 14 LP; cf. aussi KREN KOSTKIEWICZ/WALDER, SchKG Kommentar, 18^e éd. 2012, n° 6 ad art. 14 LP),

le Tribunal fédéral a admis qu'à côté de la destitution comme sanction disciplinaire au sens de l'art. 14 al. 2 ch. 4 LP, prononcée par l'autorité cantonale de surveillance LP, l'autorité de nomination pouvait relever de leur fonction ou renvoyer pour justes motifs les agents publics nommés de façon permanente pour des motifs prévus par le droit cantonal (arrêt 8C_76/2011 du 25 octobre 2011 consid. 5; cf. aussi arrêt 5A_112/2009, précité, consid. 4.4). Dans un cas comme dans l'autre, la mesure produit les mêmes effets. En l'espèce il ne s'agit toutefois pas d'une sanction de ce type.

4.6 En conséquence, le Conseil d'Etat ne pouvait que statuer comme autorité de surveillance LP et prononcer l'une des sanctions prévues à l'art. 14 LP. En infligeant au recourant une sanction qui n'est pas prévue dans cette disposition et en statuant de surcroît comme autorité de nomination des agents de la fonction publique en général, le Conseil d'Etat a violé le principe susmentionné de la force dérogatoire du droit fédéral. L'arrêt attaqué et la décision précédente doivent dès lors être annulés.

En sa qualité d'autorité de surveillance LP, le Conseil d'Etat conserve néanmoins la possibilité de prononcer l'une des mesures disciplinaires mentionnées à l'art. 14 al. 2 LP, si les conditions requises en sont réalisées.

Tribunal fédéral, Arrêt du 22 juillet 2014, Doss.-No 4A_60/2014 (Admission du recours en matière civile interjeté contre l'arrêt de la Cour de justice du canton de Genève, Chambre des prud'hommes, du 18 décembre 2013)

Résiliation immédiate injustifiée du contrat de travail, art. 337c CO. Une agression physique perpétrée à l'encontre d'une supérieure hiérarchique de 61 ans et de constitution menue, constitue en principe un juste motif permettant le licenciement immédiat sans avertissement (c. 3.5). Cependant, un pouvoir d'appréciation large étant laissé au juge, il serait erroné d'établir une casuistique en se focalisant sur un seul élément du comportement de l'employé congédié sorti de son contexte (c. 3.2). Parmi les circonstances à prendre en considération figure également le comportement non conforme au contrat ou à la loi de l'employeur, qui peut se révéler à l'origine de la situation de tension qui a conduit l'employé à violer gravement son devoir de fidélité (c. 3.4).

Art. 328 CO. L'employeur qui laisse une situation de conflit se créer et s'envenimer supporte une large part de responsabilité. S'il harcèle l'employé (ou tolère son harcèlement), il viole les devoirs imposés par la loi et il n'est pas admis à se prévaloir, pour justifier la résiliation, des conséquences de sa propre violation du contrat. Le comportement de l'employeur ne peut toutefois être considéré comme abusif que si

l'atteinte à la personnalité de l'employé (commise par l'employeur) est en lien de causalité avec le motif de la résiliation immédiate (c. 3.4). Dans le cas d'espèce, il ne s'agit pas de minimiser la gravité potentielle du manquement du travailleur, mais de constater que l'employeur, qui n'a pris aucune mesure pour désamorcer le conflit de nature interpersonnelle, est (en partie au moins) responsable des faits qui se sont produits au sein de son entreprise (c. 3.5).

Extraits des faits:

Par contrat de travail non daté, B. Sàrl (ci-après: l'employeur), société avec siège à Genève et exploitant notamment l'établissement à l'enseigne «C.», a engagé A. (ci-après: l'employé ou le travailleur), né en 1956, en qualité de serveur à partir du 1^{er} juin 2008. Le contrat, conclu pour une durée indéterminée, prévoit un salaire mensuel brut de 5000 fr., versé treize fois l'an, et un droit aux vacances de quatre semaines par année. A.D. et son épouse B.D. sont respectivement associé gérant et associée de B. Sàrl. Il a été constaté que, depuis août 2010, A.D. a adopté, de façon régulière et devant les clients, un comportement inutilement agressif, dépréciatif et même insultant à l'égard de son employé. Il a ainsi porté une atteinte grave à la personnalité du travailleur. Le 7 juillet 2011 dans la matinée, A.D. a remis en mains de l'employé un courrier lui interdisant de prendre ses vacances à partir du 9 juillet 2011. Celui-ci soutient en avoir pourtant déjà parlé à A.D. (en décembre 2010), puis à son épouse; A.D. affirme n'en avoir eu connaissance que le 6 juillet 2011. L'employé admet avoir été pris, à la réception du courrier, d'une crise d'angoisse et de panique. Dans cet état d'énerverment, il a brisé de la vaisselle et bousculé B.D., la projetant au sol, pensant que celle-ci était à l'origine du conflit lié au refus de ses vacances. Les circonstances précises de l'altercation ne sont pas établies. On ne sait en particulier pas si la victime s'est avancée vers l'employé ou si au contraire c'est ce dernier qui a fait un pas vers elle pour ensuite la projeter au sol. La victime n'a subi que des égratignures superficielles. Par courrier recommandé du 8 juillet 2011, se référant aux événements s'étant déroulés le jour précédent, l'employeur a confirmé à l'employé son licenciement immédiat notifié oralement la veille. Par courrier recommandé du 5 août 2011, l'employé a contesté la validité du licenciement immédiat, estimant qu'il était injustifié. L'avocat consulté par l'employé, par lettre du 5 septembre 2011, a fait état du harcèlement moral dont son mandant avait fait l'objet pendant une longue période précédant le licenciement, ce qui a été contesté par l'employeur, par lettre du 13 septembre 2011. Depuis les événements du 7 juillet 2011, l'employé s'est trouvé pendant sept mois en incapacité (totale) de travail. Par rapport du 6 décembre 2011, E., psychologue, spécialiste dans l'aide aux victimes d'infraction et experte psycho-judiciaire, a indiqué suivre l'employé depuis le 18 octobre 2011 après de graves difficultés sur son lieu de travail. En

substance, elle pose le diagnostic d'épisode dépressif sévère et d'état de stress post-traumatique. Elle souligne que les symptômes correspondent à ceux résultant d'un traumatisme dû à des violences verbales et physiques. Elle attribue l'état de santé de son patient à son vécu sur le lieu de travail (soit plus précisément aux agissements de A.D.) avec une certitude à 100%, d'autres facteurs n'étant pas envisageables.

Le 2 février 2012, l'employé a déposé en conciliation une demande en paiement concluant à ce que l'employeur soit condamné à lui payer, avec intérêts, 9081 fr. 55 (à titre de dommage au sens de l'art. 337c al. 1 CO), 32 662 fr. 50 (à titre d'indemnité pour licenciement immédiat injustifié au sens de l'art. 337c al. 3 CO), 20 000 fr. (pour tort moral), ainsi qu'à lui remettre un certificat de travail correspondant à la version qu'il a proposée, sous suite de frais et dépens. Par décision du 2 mai 2013, le Tribunal des prud'hommes du canton de Genève a condamné l'employeur à payer au demandeur la somme nette de 5000 fr. (pour tort moral), intérêts en sus, et à lui remettre un certificat de travail conforme à celui figurant dans le considérant 7 de la décision, les parties étant déboutées de toutes autres conclusions. Sur appel de l'employé et appel joint de l'employeur, la Chambre des prud'hommes de la Cour de justice du canton de Genève, par arrêt du 18 décembre 2013, a annulé le jugement attaqué, réduit le montant du tort moral à 3000 fr., intérêts en sus, et apporté une modification au contenu du certificat de travail, les parties étant déboutées de toutes autres conclusions. L'employé exerce un recours en matière civile au Tribunal fédéral contre l'arrêt de la Cour de justice.

Extraits des considérants:

2.

2.1 Les premiers juges considèrent que les agissements de l'employé, essentiellement son agression à l'encontre de B.D. (femme alors âgée de 61 ans et de constitution menue), constituent des fautes graves justifiant un licenciement immédiat. Ils ajoutent que «certes, l'état de colère du demandeur était partiellement compréhensible, compte tenu (...) de l'attitude générale de A.D. portant régulièrement atteinte à sa personnalité» (jugement du tribunal de première instance p. 17), mais qu'en l'occurrence le recourant n'a pas établi avoir définitivement convenu la date de ses vacances (discussion à l'origine de l'altercation) avec son employeur en décembre 2010, et qu'il partage donc la responsabilité quant au refus de celles-ci.

L'autorité de première instance juge également que l'employeur a adopté, de façon régulière et devant des clients, une attitude inutilement agressive, dépréciative, méprisante et même insultante à l'égard de l'employé. Au vu des atteintes à la personnalité subies par celui-ci, du traumatisme et des souffrances qu'elles ont engendrées, le tribunal estime justifié de lui accorder une indemnité pour tort moral de 5000 fr. Enfin, il lui a accordé, à l'exception de quelques points, un certificat de travail con-

forme au projet déposé par lui, expliquant notamment à cet égard que «son agression à l'encontre de B.D. bien que constitutive d'une faute grave, a été commise dans des circonstances bien particulières et suite à un état psychologique de l'employé auquel a contribué l'employeur. Cette agression n'est ainsi nullement révélatrice d'un éventuel trait de caractère ou de personnalité violent du demandeur qu'un futur employeur aurait, dans un tel cas, intérêt à connaître» (jugement de première instance p. 22).

2.2 La cour cantonale confirme la décision des premiers juges s'agissant du licenciement immédiat, soulignant que l'employé a commis une faute grave (cf. arrêt entrepris consid. 2.2 p. 16).

Quant à la critique du recourant selon laquelle, pour que le licenciement immédiat soit justifié, il fallait encore que le comportement de l'employeur soit exempt de tout reproche, l'autorité précédente considère que la jurisprudence du Tribunal fédéral, qui vise les seuls cas d'injures, ne lui est d'aucune aide. L'autorité cantonale souligne également que l'altercation a eu lieu devant des tierces personnes (deux autres collègues), ce qui justifie en tout état de cause un licenciement immédiat.

L'autorité cantonale a confirmé que l'employeur (par son représentant) avait, l'année précédant le licenciement, adopté de façon régulière et devant des clients un comportement inutilement agressif, dépréciatif et même insultant à l'égard de son employé. Elle relève à cet égard que le mauvais état de santé de celui-ci peut être attribué, selon le rapport de l'experte psycho-judiciaire, à son vécu sur le lieu de travail avec une certitude à 100% (arrêt entrepris p. 20, les juges cantonaux affirmant qu'il n'y a pas lieu de remettre en cause ce rapport). A ce sujet, la cour précédente reprend, au moins implicitement, les constatations de fait contenues dans la décision du tribunal des prud'hommes (notamment quant à l'état de colère de l'employé «en partie compréhensible») (arrêt entrepris p. 12; jugement du tribunal de première instance p. 17). Bien que confirmant, sur le principe, la nécessité d'octroyer une indemnité pour tort moral au recourant, les juges cantonaux, renvoyant notamment aux «montants alloués dans d'autres cas», ont réduit à 3000 fr. le montant dû à ce titre à l'employé.

La cour cantonale a enfin apporté une modification au contenu du certificat de travail, celui-ci devant indiquer que l'employé avait seulement «donné satisfaction» dans l'accomplissement des tâches qui lui incombaient; l'altercation du 7 juillet 2011, ayant été de nature à rendre intolérable la poursuite des rapports de travail, il n'était pas possible, selon cette autorité, de mentionner, comme l'a fait le Tribunal des prud'hommes, que l'employé avait «donné pleine et entière satisfaction».

3.

3.1 Selon l'art. 337 al. 1 1^{ère} phrase CO, l'employeur et le travailleur peuvent résilier immédiatement le contrat en tout temps pour de justes motifs. Sont notamment considérées comme de justes motifs toutes les circonstances qui, selon les règles de la bonne foi, ne permettent pas d'exiger

de celui qui a donné le congé la continuation des rapports de travail (art. 337 al. 2 CO).

En règle générale, seule une violation particulièrement grave des obligations contractuelles peut justifier une telle résiliation; 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 213 consid. 3.1 p. 221). La jurisprudence a souligné que, lorsqu'un employé porte sérieusement atteinte aux droits de la personnalité de l'un de ses collègues, il viole gravement une des obligations découlant du contrat de travail (art. 321a CO), de sorte qu'une résiliation immédiate au sens de l'art. 337 CO peut s'imposer (ATF 127 III 351 consid. 4b/dd p. 355 s. et les références citées).

Selon la jurisprudence, la résiliation immédiate pour justes motifs, qui constitue une mesure exceptionnelle, doit être admise de manière restrictive (ATF 130 III 28 consid. 4.1 p. 31). Elle n'est pas destinée à sanctionner un comportement isolé et à procurer à l'employeur une satisfaction (ATF 129 III 380 consid. 3.1 p. 383; arrêt 4A_507/2010 du 2 décembre 2010 consid. 3.2).

La gravité de l'infraction ne saurait ainsi entraîner à elle seule l'application de l'art. 337 al. 1 CO. Ce qui est déterminant, c'est que les faits invoqués à l'appui d'une résiliation immédiate aient entraîné la perte du rapport de confiance qui constitue le fondement du contrat de travail (ATF 130 III 213 consid. 3.1 p. 221; 127 III 153 consid. 1c p. 157 s.; arrêt 4A_507/2010 déjà cité consid. 3.2).

3.2 Le juge apprécie librement s'il existe de justes motifs (art. 337 al. 3 in initio CO) et il applique les règles du droit et de l'équité (art. 4 CC); à cet effet, il prendra en considération tous les éléments du cas particulier, notamment la position et la responsabilité du travailleur, le type et la durée des rapports contractuels, ainsi que la nature et l'importance des incidents invoqués (ATF 137 III 303 consid. 2.1.1 p. 304 s.).

Un pouvoir d'appréciation large étant laissé au juge, il serait erroné d'établir une casuistique en se focalisant sur un seul élément du comportement de l'employé congédié sorti de son contexte. La comparaison entre le cas objet de l'examen et d'autres décisions judiciaires doit être effectuée avec circonspection (arrêt 4C.247/2006 du 27 octobre 2006 consid. 2.6).

Le Tribunal fédéral ne revoit qu'avec réserve la décision d'équité prise en dernière instance cantonale; il n'intervient que lorsque celle-ci s'écarte sans raison des règles établies par la doctrine et la jurisprudence en matière de libre appréciation, ou lorsqu'elle s'appuie sur des faits qui, dans le cas particulier, ne devaient jouer aucun rôle, ou à l'inverse, lorsqu'elle n'a pas tenu compte d'éléments qui auraient absolument dû être pris en considération; il sanctionnera en outre les décisions rendues en vertu d'un pouvoir d'appréciation lorsque celles-ci aboutissent à un résultat manifestement injuste ou à une iniquité choquante (ATF 137 III 303 consid. 2.1.1 p. 305; 130 III 28 consid. 4.1 p. 31 s. et les arrêts cités).

3.3 Un acte agressif – comme c’est le cas en l’espèce – ou une menace peut, selon les circonstances, justifier ou non un licenciement immédiat (sur le constat cf. aussi arrêt 4C.247/2006 déjà cité consid. 2.6).

Il a été jugé que l’autorité cantonale a abusé de son pouvoir d’appréciation en refusant d’admettre le licenciement immédiat d’un employé ayant menacé un collègue de lui «faire la peau», cette menace étant formulée alors que, depuis longtemps, l’employé avait une attitude qualifiée d’inadmissible à l’égard de ce collègue, consistant en des disputes quotidiennes, des injures et même en une agression physique. Dans les circonstances examinées, les propos proférés ont été considérés comme ayant un caractère particulièrement inquiétant (ATF 127 III 351 consid. 4/b/dd p. 356 s.).

Le rapport de confiance a également été considéré comme rompu lorsque le comportement de l’employé à l’origine de la résiliation immédiate a eu pour conséquence une perte d’autorité de l’employeur, établie par l’autorité cantonale. Cela peut être le cas, selon les circonstances, lorsque l’employé injurie son employeur devant tout le personnel réuni (arrêt 4C.435/2004 du 2 février 2005 consid. 4.4).

A également été admis le licenciement immédiat d’une employée, femme de chambre enceinte, qui a notamment tenté de frapper sa supérieure avec sa chaussure et lui a lancé un verre d’eau à la tête, étant précisé qu’un avertissement lui avait été adressé cinq jours plus tôt (l’employée ayant manqué de respect envers une collègue) (arrêt 4C.247/2006 déjà cité consid. 2.3).

Il a été jugé qu’un avertissement aurait été nécessaire (et le licenciement immédiat justifié uniquement à cette condition) dans le cas d’une altercation, sur un chantier de construction, entre un employé et son collègue, le premier ayant tiré violemment les cheveux du second, avant de l’extirper hors de l’habitacle du véhicule automobile qu’il conduisait, la main empoignant toujours sa chevelure. L’attitude de l’employé, certes hostile au sein de son groupe de travail, ne revêtait pas un caractère particulièrement inquiétant et son comportement, bien que peu respectueux de son collègue, n’était pas de nature, dans les circonstances d’espèce, à porter gravement atteinte à la personnalité de celui-ci (arrêt 4C.331/2005 du 16 décembre 2005 consid. 2.2.1).

3.4 Parmi les circonstances à prendre en considération figure également le comportement non conforme au contrat ou à la loi de l’employeur, qui peut se révéler à l’origine de la situation de tension qui a conduit l’employé à violer gravement son devoir de fidélité. L’employeur qui laisse une situation de conflit se créer et s’envenimer supporte en effet une large part de responsabilité (cf. arrêt 4C.21/1998 du 18 mars 1998 consid. 1b qui traite d’une injure grave proférée par l’employé à l’adresse de son employeur; en ce sens: JEAN-PHILIPPE DUNAND, L’atteinte à la personnalité d’un collègue de travail comme juste motif de licenciement immédiat, RJN 2002 p. 135). S’il harcèle l’employé (ou tolère son harcèlement), il

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 (cf. arrêt 4C.21/1998 déjà cité *ibidem*; sous l'angle de l'art. 336 al. 1 CO: ATF 125 III 70 consid. 2a p. 72/73; arrêt 4A_381/2011 du 24 octobre 2011 consid. 3).

Le comportement de l'employeur ne peut toutefois être considéré comme abusif que si l'atteinte à la personnalité de l'employé (commise par l'employeur) est en lien de causalité avec le motif de la résiliation immédiate (cf. ATF 125 III 70 consid. 2a p. 73).

On peut encore relever dans ce contexte qu'il faut distinguer l'infraction due à un état d'énervement et de perte de maîtrise de celle commise avec une intention de nuire à l'employeur (arrêt 4A_333/2009 du 3 décembre 2009 consid. 2.3 non publié in ATF 136 III 94). L'existence (ou l'absence) d'un risque de récurrence de l'employé doit également être prise en considération (arrêt 4A_333/2009 précité *ibidem*).

3.5 En l'espèce, la cour cantonale fonde sa décision essentiellement sur le genre et la gravité du manquement de l'employé le jour de l'altercation.

Avec l'autorité précédente, on peut certes admettre qu'une agression physique telle que celle perpétrée par le recourant, à l'encontre d'une supérieure hiérarchique de 61 ans et de constitution menue, constitue en principe un juste motif permettant le licenciement immédiat sans avertissement (cf. *supra* consid. 3.3).

Il faut toutefois d'emblée ajouter, au nombre des circonstances qui doivent être prises en considération, que l'agression a été provoquée, en partie au moins, par le comportement adopté par l'employeur sur le lieu de travail. En effet, si la perte de maîtrise de l'employé le 7 juillet 2011 a été déclenchée par le refus de l'employeur d'accorder des vacances, elle trouve cependant son origine dans le mauvais état de santé du travailleur causé exclusivement par le *mobbing* dont il a été victime pendant presque une année (sur la définition du *mobbing*: arrêt 4A_32/2010 du 17 mai 2010 consid. 3.2). L'atteinte a été ressentie subjectivement comme grave par l'employé qui a subi des souffrances psychologiques, pour lesquelles une indemnité pour tort moral lui a été octroyée. L'agression n'a en outre occasionné que des égratignures superficielles (arrêt *entrepris* consid. 2.2 p. 16). Il ne s'agit pas ici de minimiser la gravité potentielle de l'atteinte, mais de constater que l'employeur, qui n'a pris aucune mesure sous l'angle de l'art. 328 CO pour désamorcer le conflit de nature interpersonnelle, était (en partie au moins) responsable des faits qui se sont produits au sein de son entreprise.

La cour cantonale reconnaît certes que l'employeur était coresponsable de l'agression, mais elle n'en tire pas les conclusions qui s'imposent (cf. arrêt *entrepris* consid. 2.2 p. 16). Cela étant, elle omet de tenir compte de la jurisprudence du Tribunal fédéral qui prescrit au juge de prendre en

considération, dans ce contexte, le comportement de l'employeur (cf. supra consid. 3.4).

C'est à tort que la cour précédente soutient que la jurisprudence citée par l'employé (précédent traitant d'une injure grave proférée par l'employé à l'adresse de son employeur, ce dernier étant à l'origine du climat de tension entre les deux parties; cf. supra consid. 3.4), ne lui est d'aucune aide, le cas d'espèce ne consistant pas en des injures et l'injure grave proférée devant les collègues (comme le manquement grave en l'occurrence) justifiant quoi qu'il en soit un licenciement immédiat. Le précédent cité par la cour cantonale fait certes référence à une injure, mais il n'en demeure pas moins que, pour tout climat de tension constaté dans l'entreprise, le comportement de l'employeur doit être pris en compte dans l'analyse des circonstances ayant entouré le licenciement immédiat, si ce comportement est en lien de causalité avec l'attitude de l'employé qui a conduit à la résiliation. L'employeur ne saurait en aucun cas se prévaloir, pour justifier la résiliation, des conséquences de sa propre violation du contrat (cf. supra consid. 3.4).

Contrairement à ce que semble affirmer la cour cantonale, l'examen du comportement de l'employeur ne peut pas être écarté pour la seule raison que l'infraction de l'employé a été commise devant des collègues et des clients. L'attitude de l'employeur doit être prise en compte dans tous les cas de figure lors de l'examen des circonstances (arrêt 4C.21/1998 déjà cité consid. 1b; arrêt 4C.154/2006 du 26 juin 2006 consid. 2.3).

L'autorité précédente a dès lors violé le droit.

Dans ces conditions, il importe peu de savoir si l'employé avait déjà évoqué le sujet des vacances en décembre 2010 ou si le contenu du courrier du 7 juillet 2011 lui avait déjà été communiqué oralement la veille de l'altercation. Ces points de fait ne remettent pas en question les constatations déterminantes selon lesquelles la réaction disproportionnée de l'employé trouve, en partie au moins, son origine dans le comportement hostile de A.D. durant presque une année. Le moyen soulevé par l'intimée de la violation de l'art. 9 Cst. se révèle sans consistance.

3.6 Force est également de constater que l'autorité précédente a transgressé la règle selon laquelle l'indemnité pour tort moral visant à réparer les atteintes à la personnalité de l'employé (cf. art. 328 CO) qui découle de la résiliation abusive du contrat n'est en principe pas octroyée en application de l'art. 49 CO, mais sur la base de l'art. 337c al. 3 CO (arrêt 4A_218/2012 du 24 juillet 2012 consid. 2.3 et les arrêts cités). Cette dernière disposition doit donc nécessairement être examinée avant la règle générale de l'art. 49 CO.

L'application de l'art. 49 CO, parallèlement à l'art. 337c al. 3 CO, ne peut être envisagée, dans un deuxième temps, que si l'atteinte est à ce point grave qu'un montant correspondant à six mois de salaire ne suffit pas à la réparer. Elle peut également entrer en ligne de compte dans des circonstances exceptionnelles, lorsque l'employeur adresse à l'employé, à l'occa-

sion de son licenciement, des reproches de type diffamatoire, n'ayant aucun lien de connexité avec la relation de travail, ou encore en cas de dénigrement du travailleur par l'employeur vis-à-vis de tiers et notamment des employeurs potentiels du travailleur congédié (arrêt 4A_218/2012 déjà cité consid. 2.3).

3.7 L'autorité précédente ayant transgressé le droit, il y a lieu d'annuler l'arrêt entrepris et de le réformer en ce sens que le licenciement immédiat de l'employé n'était pas justifié.

La cause doit être renvoyée à l'autorité cantonale pour qu'elle détermine le montant des dommages-intérêts dus à l'employé sur la base de l'art. 337c al. 1 CO, qu'elle fixe en équité l'indemnité prévue à l'art. 337c al. 3 CO (cf. ATF 130 III 28 consid. 4.1 p. 32) et qu'elle détermine si le recourant a droit (cumulativement) à une réparation morale sur la base de l'art. 49 CO.

Il est donc superflu d'examiner les griefs de fait du recourant sous l'angle de l'art. 9 Cst. (arbitraire dans l'appréciation des faits), leur correction n'ayant aucune incidence sur le sort de la cause (art. 97 al. 1 LTF).

4.

S'agissant enfin du contenu du certificat de travail, il faut constater que l'intimée n'a pas contesté le fait que, dans l'exécution de son travail, l'employé lui avait donné «pleine et entière satisfaction» (cf. jugement du Tribunal des prud'hommes p. 22), ce qui présuppose que, pour l'intimée, le recourant a fourni des prestations d'une qualité au-dessus de la moyenne (arrêt 4A_117/2007 du 13 septembre 2007 consid. 7.1 et les auteurs cités). Il résulte d'ailleurs des constatations cantonales que l'employé, même durant la période où il a été victime de mobbing, a toujours entretenu d'excellents contacts avec la clientèle qui l'appréciait particulièrement (arrêt entrepris consid. 4.1 p. 21).

Selon la cour cantonale, seul l'événement du 7 juillet 2011 ayant conduit au licenciement immédiat oblige à nier la «pleine et entière» satisfaction de l'employeur à l'égard de son employé, cette altercation ayant été de nature à rendre intolérable la poursuite des rapports de travail (arrêt entrepris consid. 4.2 p. 22).

La prémisse sur laquelle se fonde l'autorité précédente (altercation justifiant un licenciement immédiat) a été écartée plus haut (cf. supra consid. 3). Il n'y a donc pas lieu de se distancer du certificat accordé par les premiers juges, qui mentionnait que le travail de l'employé avait donné à l'employeur «pleine et entière satisfaction» (jugement du tribunal de première instance consid. 7 p. 23).

5.

En conclusion, il y a lieu d'admettre le recours, d'annuler l'arrêt attaqué et de renvoyer l'affaire à l'autorité cantonale qui devra déterminer le montant dû à l'employé à titre de réparation (art. 337c al. 1 CO) et d'indemnité (art. 337c al. 3 CO) et, en fonction du résultat de cet examen, se prononcer sur la question du tort moral (sur la base de l'art. 49 CO). Il

lui incombera également de remettre au travailleur un certificat de travail correspondant à la teneur de celui figurant au considérant 7 du jugement du Tribunal des prud'hommes.

Bundesgericht, Urteil vom 11. August 2014, Doss.-Nr. 8D_9/2013 (Bestätigung des Entscheids des Kantonsgerichts Luzern vom 23. Oktober 2013)

Öffentliches Personalrecht. Die vorinstanzliche Feststellung, wonach das Erholungsbedürfnis bei einem Arbeitspensum von durchschnittlich maximal vier Stunden pro Woche von untergeordneter Bedeutung und die Nichtgewährung eines Ferienentschädigungsanspruchs daher vertretbar ist, verstösst nicht gegen das Willkürverbot. Bei solchen Kleinarbeitspensum muss das Erholungsbedürfnis als wenig ausgeprägt bezeichnet werden. Das öffentliche Personalrecht kann eine von den Minimalgarantien des OR (insbesondere von Art. 329d Abs. 2 OR) abweichende Regelung treffen, ohne deswegen in Willkür zu verfallen (E. 3.1, 5.7).

Sachverhalt:

A., Rechtsanwältin, sowie die Rechtsanwälte D., B., E. und C. (nachfolgend Amtsträger oder Beschwerdeführer genannt) sind als Angestellte im Nebenamt für die X. Behörde tätig. Sie sind betroffen von der per 1. Januar 2012 in Kraft getretenen kantonalen Rechtsänderung, mit welcher die Rechtsstellung der Mitglieder von Kommissionen und Angestellten mit bestimmten Funktionen im Nebenamt vereinheitlicht wurde. Beide Personalkategorien haben grundsätzlich Anspruch auf Entschädigung der Arbeitsleistung und Spesenersatz. Weitere vermögensrechtliche Ansprüche – wie der Anspruch auf Ferienentschädigung – haben sie nur, wenn das Arbeitspensum mehr als 180 Stunden pro Kalenderjahr beträgt. Bis zum 31. Dezember 2011 erhielten Angestellte mit bestimmten Funktionen im Nebenamt – im Gegensatz zu Kommissionsmitgliedern – unabhängig vom Arbeitspensum zusätzlich zur Entlohnung der geleisteten Arbeitszeit einen Ferienentschädigungsanteil vergütet.

Nachdem die Dienststelle Personal des Kantons Luzern (nachfolgend Dienststelle oder Beschwerdegegnerin) den hievor genannten Amtsträgern auf deren Ersuchen hin am 6. Juni 2012 mitgeteilt hatte, dass eine Ausrichtung der Ferienentschädigung ab 1. Januar 2012 nicht in Frage komme, weil die Rechtsänderung rechtmässig sei und keine wohlerworbenen Rechte entgegen stehen würden, gelangten diese Amtsträger mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde bzw. verwaltungsgerichtlicher Klage an das Verwaltungsgericht des Kantons Luzern (heute: Kantonsgericht Luzern, 4. Abteilung), welches die Sache zuständigkeitshalber an den Regierungsrat des

Kantons Luzern überwies. Dieser bestätigte am 8. März 2013 den Entscheid der Verwaltung. Die hiegegen erhobene Beschwerde der Amtsträger wies das Kantonsgericht Luzern ab, soweit es darauf eintrat (Entscheid vom 23. Oktober 2013). Mit subsidiärer Verfassungsbeschwerde lassen die Amtsträger unter Aufhebung des angefochtenen Kantonsgerichtsentscheids beantragen, es sei festzustellen, dass sie Anspruch auf Ferienentschädigung für die bei der X. Behörde erzielte Lohnsumme haben. Eventuell sei die Sache zur Neubeurteilung im Sinne der Erwägungen an das Kantonsgericht zurückzuweisen.

Aus den Erwägungen:

2.

2.1 § 5 Abs. 1 der Verordnung zum Personalgesetz des Kantons Luzern vom 24. September 2002 (PVO/LU; SRL [Systematische Rechtsammlung des Kantons Luzern] 52) lautet in der bis 31. Dezember 2011 gültig gewesenen Fassung (nachfolgend: aPVO/LU) einschliesslich Ingress:

«§ 5 Kommissionsmitglieder

Kommissionsmitglieder haben Anspruch auf Vergütung ihrer besonderen Arbeitsleistung sowie auf Spesenersatz. Weiter gehende Ansprüche bestehen nicht.»

Die Vergütung der Kommissionsmitglieder war in dem per 31. Dezember 2011 ersatzlos aufgehobenen Anhang 6 der Besoldungsverordnung für das Staatspersonal des Kantons Luzern vom 24. September 2002 (aBVO/LU; SRL 73a) geregelt. Im Gegensatz zur reinen Vergütung der Arbeitsleistung und des Spesenersatzes bei der Tätigkeit von «Kommissionsmitgliedern» (§ 5 Abs. 1 aPVO/LU und Anhang 6 aBVO/LU) fand sich in der aPVO/LU keine explizite Grundlage für «Angestellte im Nebenamt». Die Entlohnung der Tätigkeit von Angestellten gemäss Anhang 3 aBVO/LU – nach welcher sich die Vergütung an die Beschwerdeführer als Mitglieder der X. Behörde bis Ende 2011 richtete – umfasste laut Regierungsratsentscheid vom 8. März 2013 die gleichen Nebenrechte (Ferienentschädigung, Lohnfortzahlung, besondere Sozialzulagen, Dienstaltersgeschenke, etc.), wie sie anderen Teilzeit-Angestellten zustanden.

2.2 Durch die per 1. Januar 2012 in Kraft getretene revidierte Fassung von § 5 PVO/LU beabsichtigte der Regierungsrat gemäss angefochtenem Entscheid, die hinsichtlich der Ferienentschädigung nach der bis zum 31. Dezember 2011 gültig gewesenen Rechtsordnung bestehende Ungleichbehandlung von Kommissionsmitgliedern (ohne Ferienvergütung) einerseits und von Angestellten mit bestimmten Funktionen im Nebenamt andererseits zu beseitigen. § 5 Abs. 1 PVO/LU einschliesslich Ingress lautet in der seit 1. Januar 2012 geltenden Fassung:

«§ 5 Kommissionsmitglieder und Angestellte mit bestimmten Funktionen im Nebenamt

Kommissionsmitglieder und Angestellte, welche die im Anhang 3 der Besoldungsverordnung für das Staatspersonal vom 24. September 2002 aufgeführten Funktionen im Nebenamt ausüben, haben Anspruch auf Entschädigung ihrer Arbeitsleistung und auf Spesenersatz. Weitere vermögensrechtliche Ansprüche haben sie nicht. Soweit das Arbeitspensum der Kommissionsmitglieder und der Angestellten im Nebenamt im Kalenderjahr mehr als 180 Stunden beträgt, haben sie die gleichen Rechte wie die übrigen Angestellten.»

Seit 1. Januar 2012 erhalten demnach beide Personalkategorien – das heisst, sowohl die Kommissionsmitglieder wie auch die Angestellten im Nebenamt – gleichermassen nur noch dann Ferienentschädigung auf dem Stundenlohn vergütet, wenn deren Arbeitspensum mehr als 180 Stunden pro Kalenderjahr beträgt. Der Regierungsrat stützte diese Veränderungsänderung auf § 1 Abs. 3 des Gesetzes über das öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnis des Kantons Luzern vom 26. Juni 2011 (PG/LU; SRL 51).

3.

3.1 Das kantonale Gericht hat dargelegt, dass der Regierungsrat basierend auf der Delegationsgrundlage von § 1 Abs. 3 PG/LU befugt ist, die Dienstverhältnisse für einen bestimmten, eng begrenzten Adressatenkreis mit besonderen Funktionen, insbesondere für Mitglieder von Kommissionen, für Angestellte im Nebenamt und für Arbeitsverhältnisse mit Ausbildungscharakter, durch Verordnung abweichend von den auf die «übrigen» Kantonsangestellten anwendbaren Bestimmungen des Personalgesetzes zu regeln. Die Vorinstanz erachtete die Delegationsnorm als ausreichend dafür, dass der Regierungsrat mit dem Erlass der per 1. Januar 2012 in Kraft getretenen revidierten Fassung von § 5 PVO/LU in Bezug auf einen klar definierten Teil der in § 1 Abs. 3 PG/LU ausdrücklich genannten Personalkategorien – nämlich nur bei denjenigen Kommissionsmitgliedern einerseits und denjenigen Angestellten mit bestimmten Funktionen im Nebenamt andererseits, welche pro Kalenderjahr ein Arbeitspensum von maximal 180 Stunden verrichten – neu gleichermassen einheitlich auf die Ausrichtung einer Ferienentschädigung verzichten kann. Diese Arbeitsstundenzahl entspreche in etwa einem Kleinstpensum von 10%. Die an dieses sachliche Unterscheidungskriterium anknüpfende Ungleichbehandlung rechtfertige sich auch gegenüber den «übrigen» Kantonsangestellten, weil diese – im Gegensatz zu den von der beanstandeten Regelung betroffenen Personalkategorien – ihren Haupterwerb mit der Anstellung beim Kanton erzielen würden. Dieses Kriterium sei praktikabel und gewährleiste eine rechtsgleiche Anwendung innerhalb der verschiedenen Personalkategorien von § 5 PVO/LU. Das Erholungsbedürfnis müsse bei solchen Kleinstarbeitspensum als wenig ausgeprägt bezeichnet werden. Praxisgemäss könne das kantonale öffentliche Personalrecht von den Minimalgarantien des OR (insbesondere von Art. 329d Abs. 2 OR) abweichen. Eine punktuelle «Schlechterstellung» von Personen im kantonalen öffentlichen Dienst sei daher auch mit Blick auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung nicht zu beanstanden.

Das primäre Motiv des Regierungsrates für die beanstandete Revision von § 5 Abs. 1 PVO/LU seien nicht Spargründe gewesen. Vielmehr habe er damit in erster Linie beabsichtigt, eine langjährige Ungleichbehandlung von Kommissionsmitgliedern und Angestellten mit bestimmten Funktionen im Nebenamt hinsichtlich der Vergütung von Ferienentschädigungen zu beseitigen. Wie der Regierungsrat diese Vereinheitlichung vornehmen wolle, liege in seinem Ermessen. Die per 1. Januar 2012 in Kraft getretene Neufassung des revidierten § 5 PVO/LU gehe den in der ursprünglichen Fassung unverändert weiter geltenden § 47 PG/LU und § 39 PVO/LU vor, weshalb es dabei bleibe, dass die betroffenen Personalkategorien erst ab einem Arbeitspensum von mehr als 180 Stunden pro Kalenderjahr einen Anspruch auf Ferienentschädigung haben. Weder das Legalitäts- noch das Verhältnismässigkeitsprinzip werde dadurch verletzt. Der Regierungsrat habe in zutreffender Auslegung von § 5 Abs. 1 PVO/LU richtig erkannt, dass der Ferienanspruch bzw. der Anspruch auf Ferienentschädigung zu den «weiteren vermögensrechtlichen Ansprüchen» im Sinne dieser Bestimmung zähle. § 5 Abs. 1 PVO/LU sehe nach dem klaren Wortlaut nur eine Entschädigung der Arbeitsleistung und Spesenersatz vor, nicht aber einen Lohn. Zum «Lohn» gehörten nebst anderen Bestandteilen wie Leistungs-, Funktions- und ausserordentliche Zulagen (vgl. § 31 PG/LU) auch Ferienentschädigungen. Diese Lohnbestandteile würden über die Entschädigung der Arbeitsleistung im engeren Sinn hinausgehen. Kommissionsmitglieder und Angestellte mit besonderen Funktionen im Nebenamt hätten jedoch gemäss § 5 Abs. 1 PVO/LU bei einem Pensum von maximal 180 Arbeitsstunden pro Kalenderjahr nur Anspruch auf Entschädigung der Arbeitsleistung und Spesenersatz.

3.2 Die Beschwerdeführer vertreten demgegenüber die Auffassung, die mit Inkrafttreten des revidierten § 5 Abs. 1 PVO/LU sowohl für Kommissionsmitglieder wie auch für Angestellte in besonderer Funktion im Nebenamt eingeführte rechtsgleiche Verneinung eines Anspruchs auf Ferienentschädigung bei einem Arbeitspensum von nicht mehr als 180 Stunden pro Kalenderjahr verletze das Legalitätsprinzip (Art. 5 Abs. 1 BV), den Gleichbehandlungsgrundsatz (Art. 8 Abs. 1 BV) und das Willkürverbot (Art. 9 BV).

4.

4.1 Das Gebot der rechtsgleichen Behandlung (Art. 8 Abs. 1 BV) – und der mit diesem eng verbundene Grundsatz des Willkürverbots (Art. 9 BV) – ist verletzt, wenn ein Erlass hinsichtlich einer entscheidungswesentlichen Tatsache rechtliche Unterscheidungen trifft, für die ein vernünftiger Grund in den zu regelnden Verhältnissen nicht ersichtlich ist, oder wenn er Unterscheidungen unterlässt, die sich aufgrund der Verhältnisse aufdrängen. Die Rechtsgleichheit ist verletzt, wenn Gleiches nicht nach Massgabe seiner Gleichheit gleich oder Ungleiches nicht nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich behandelt wird. Die Frage, ob für eine rechtliche Unterscheidung ein vernünftiger Grund in den zu regelnden Verhältnissen ersichtlich

ist, kann zu verschiedenen Zeiten unterschiedlich beantwortet werden, je nach den herrschenden Anschauungen und Zeitverhältnissen. Dem Gesetzgeber bleibt im Rahmen dieser Grundsätze und des Willkürverbots ein weiter Spielraum der Gestaltung, den das Bundesgericht nicht durch eigene Gestaltungsvorstellungen schmälert (BGE 138 I 321 E. 3.2 S. 324; 137 V 121 E. 5.3 S. 125 mit Hinweisen).

4.2 Dies gilt insbesondere auch in Besoldungsfragen im öffentlich-rechtlichen Dienstrecht. Den politischen Behörden steht bei der Ausgestaltung der Besoldungsordnung ein grosser Spielraum zu. Innerhalb der Grenzen des Willkürverbots und des Rechtsgleichheitsgebots sind sie befugt, aus der Vielzahl denkbarer Anknüpfungspunkte die Tatbestandsmerkmale auszuwählen, die für die Einteilung und Besoldung massgebend sein sollen, und damit festzulegen, welche Kriterien eine Gleich- bzw. eine Ungleichbehandlung rechtfertigen. Verfassungsrechtlich wird verlangt, dass sich die für die Besoldungshöhe relevanten Anknüpfungspunkte vernünftig begründen lassen. In der Gerichtspraxis werden Motive wie Alter, Dienstalder, Erfahrung, Leistung, Aufgabenbereich oder übernommene Verantwortung als sachliche Kriterien zur Festlegung der Besoldungsordnung erachtet (BGE 138 I 321 E. 3.3 S. 324 mit Hinweisen; Urteil 8C_6/2013 vom 13. November 2013 E. 3.4).

5.

5.1 Das Legalitätsprinzip ist – abgesehen von seiner spezifischen Bedeutung im Strafrecht und im Abgaberecht – kein verfassungsmässiges Individualrecht, sondern ein Verfassungsgrundsatz, dessen Verletzung nicht selbstständig, sondern nur im Zusammenhang mit der Verletzung des Grundsatzes der Gewaltentrennung, der Rechtsgleichheit, des Willkürverbots oder eines speziellen Grundrechts gerügt werden kann. In seiner Ausgestaltung als Rechtssatzvorbehalt dient das Legalitätsprinzip gerade dazu, eine rechtsgleiche Behandlung vergleichbarer Fälle sicherzustellen. Zu diesem Zweck sollen sich denn auch Rechte und Pflichten der öffentlichen Bediensteten im Grundsatz aus einem (zumindest materiellen) Gesetz ergeben. Es kann somit gerügt werden, es werde das Rechtsgleichheitsgebot verletzt, weil die Besoldung nicht mit hinreichender Bestimmtheit in einem Gesetz festgelegt worden ist (BGE 129 I 161 E. 2.1 S. 163 mit Hinweisen; Urteil 8C_6/2013 vom 13. November 2013 E. 4.3).

5.2 Das Legalitätsprinzip verlangt, dass die angewendeten Rechtssätze eine angemessene Bestimmtheit ausweisen müssen. Das Gebot der Bestimmtheit kann indessen nicht in absoluter Weise verstanden werden. Unbestimmte Regelungen können insbesondere dann genügen, wenn ein Rechtsverhältnis zur Diskussion steht, welches die Betroffenen freiwillig eingegangen sind oder bei dem die Rechte und Pflichten zwischen Staat und Privaten frei ausgehandelt werden können. Dem Bedürfnis nach Rechtsgleichheit kann auch durch eine gleichmässige Behördenpraxis entsprochen werden (BGE 129 I 161 E. 2.2 S. 163 mit Hinweis; Urteil 8C_6/2013 vom 13. November 2013 E. 4.4).

5.3 Die Beschwerdeführer zeigen nicht auf, inwiefern die Begründung des kantonalen Gerichts, wonach es sich bei der gestützt auf § 1 Abs. 3 PG/LU erlassenen Bestimmung im Sinne von § 5 Abs. 1 PVO/LU um eine Einschränkung von untergeordneter Bedeutung handle, bundesrechtswidrig sei. Die von der beanstandeten Bestimmung gemäss § 5 Abs. 1 PVO/LU betroffenen, mit maximal 180 Arbeitsstunden pro Kalenderjahr beschäftigten Beschwerdeführer schliessen in nicht nachvollziehbarer Weise aus ihrem «Recht auf Ferien» und dessen angeblicher höchst-richterlicher Behandlung «als unantastbare heilige Kuh» direkt auf die mangelhafte Bestimmtheit der Delegationsnorm von § 1 Abs. 3 PG/LU. Demgegenüber steht unbestritten fest, dass sie den in § 1 Abs. 3 PG/LU ausdrücklich genannten Personalkategorien angehören, für welche der Regierungsrat kompetenzgemäss das Dienstverhältnis in § 5 Abs. 1 PVO/LU abweichend von den auf die übrigen Kantonsangestellten anwendbaren Vorschriften geregelt hat. Die Beschwerdeführer argumentieren unter Verweis auf Art. 329d Abs. 2 OR – und entgegen der praxismässig unter bestimmten Voraussetzungen ausnahmsweise zulässigen Abweichungen (vgl. BGE 137 V 96 E. 6.3.1 S. 101 f.; 129 III 493 E. 3.2 S. S. 495; je mit Hinweisen; vgl. auch Urteil 4A_463/2010 vom 30. November 2010 E. 3.1 mit Hinweisen) von dieser absolut zwingenden (vgl. Art. 361 Abs. 1 OR) Vorschrift – vielmehr sinngemäss dahingehend, es sei keine Differenzierung zwischen Naturalbezug und finanzieller Abgeltung des Ferienanspruchs möglich. Gemessen an der Arbeitsleistung sei «das Erholungsbedürfnis des Arbeitnehmers gleich gross, ob er ein Teilpensum oder ein Vollpensum [leiste]». Diese Argumentation spricht für eine ausnahmslos zwingende Naturalbezugspflicht des gesamten Ferienanspruchs und gegen jede Abgeltung desselben, obwohl Letzteres nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zumindest «bei unregelmässigen Beschäftigungen, namentlich bei Teilzeitstellen» (BGE 129 III 493 E. 3.2 S. 495 mit Hinweisen), unter bestimmten Voraussetzungen ausnahmsweise zulässig ist.

5.4 An das gleiche Unterscheidungskriterium der Teilzeitlichkeit des Arbeitspensums knüpft die Ungleichbehandlung der beiden Teilgruppen innerhalb der von § 5 Abs. 1 PVO/LU betroffenen Personalkategorien an. Für die unterschiedliche Entschädigung des Ferienanspruchs von Kommissionsmitgliedern und Angestellten im Nebenamt massgebend ist, ob diese mehr als, oder aber maximal nur 180 Arbeitsstunden pro Kalenderjahr leisten. Dieses konkret gewählte Kriterium des Umfangs des Arbeitspensums (vgl. zum analogen Differenzierungskriterium des Arbeitspensums die Rechtsprechung zur Abgeltung des Ferienanspruchs bei E. 5.3 hievor) ist sachlich begründet und hält verfassungsmässig stand. Wie bereits dargelegt, besitzen die kantonalen Behörden bei der Ausgestaltung ihrer Besoldungsordnung einen erheblichen Spielraum (E. 4.2 hievor). Das Bundesgericht greift von Verfassungswegen 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 gera-

dezu willkürlich ist (BGE 138 I 321 E. 5.3.4 i.f. S. 328 f. mit Hinweisen). Die vom Regierungsrat bei einem Kleinstarbeitspensum von 180 Stunden pro Kalenderjahr gezogene Grenze, welche in etwa einem 10%-Pensum entspricht, lässt sich nach dem Gesagten jedenfalls nicht als verfassungswidrig beanstanden.

5.5 In diesem Zusammenhang kann entgegen den Beschwerdeführern von einer Verletzung des Willkürverbots keine Rede sein. Nach ihrer Logik ist jede Unterscheidung, die an ein quantitatives Element anknüpft, willkürlich, da ihrer Ansicht nach die Grenze statt bei 180 ebensogut bei 200 Stunden hätte gezogen werden können. Für die vom Regierungsrat bei einem ungefähren Stundenäquivalent eines Kleinstarbeitspensums von 10% gezogene Grenze finden sich durchaus vernünftige Gründe in den zu regelnden Verhältnissen (E. 4.1 hievor), leuchtet doch ohne Weiteres ein, dass je kleiner das Arbeitspensum, desto geringer auch der dadurch verursachte Erholungsbedarf ist. Dementsprechend ist jedenfalls nicht willkürlich, dass der Regierungsrat die Nichtentschädigung des Ferienanspruchs für die Personalkategorien im Sinne von § 1 Abs. 3 PG/LU in Verbindung mit § 5 Abs. 1 PVO/LU an die Höchstgrenze des Arbeitspensums von 180 Stunden pro Kalenderjahr geknüpft hat. Die Beschwerdeführer legen nicht in einer der qualifizierten Rügepflicht genügenden Weise dar und es sind keine Gründe ersichtlich, weshalb die vorinstanzliche Feststellung, wonach das Erholungsbedürfnis bei einem Arbeitspensum von durchschnittlich maximal vier Stunden pro Woche von untergeordneter Bedeutung und die Nichtgewährung eines Ferienentschädigungsanspruchs daher vertretbar sei, gegen Verfassungsrecht verstosse.

5.6 Soweit die Beschwerdeführer argumentieren, die Nichtentschädigung des Ferienanspruchs eines Kantonsmitarbeiters, welcher gleichzeitig verschiedene Tätigkeiten als Kommissionsmitglied oder als nebenamtlicher Angestellter in besonderer Funktion in Kleinstpensum von je weniger als 180 Stunden, aber insgesamt mehr als dieser Anzahl Arbeitsstunden pro Kalenderjahr ausübe, verletze das Willkürverbot, wird nicht geltend gemacht und ist nicht ersichtlich, dass die Beschwerdegegnerin die strittige Bestimmung in der sinngemäss gerügten Weise anwendet. Vielmehr schliesst der Wortlaut von § 5 Abs. 1 PVO/LU – entgegen den Beschwerdeführern – eine willkürfreie Anwendung dieser Bestimmung nicht aus, weil die Ermittlung des Mindestarbeitspensums von 180 Stunden pro Kalenderjahr nicht an die Berücksichtigung des Arbeitseinsatzes in einer einzigen Kommissions- oder nebenamtlichen Tätigkeit gebunden ist, sondern vielmehr eine Addition der während eines Kalenderjahres erfüllten Kleinstpensum zulässt.

5.7 Schliesslich ist auch die Rüge einer verfassungswidrigen Ungleichbehandlung (vgl. E. 4 hievor) durch Schaffung von «zwei Klassen von Kantonsangestellten» mit und ohne Ferienentschädigungsanspruch unbegründet. Zum einen beruht die unterschiedliche Regelung des Dienstverhältnisses für Kommissionsmitglieder und Angestellte im Nebenamt einer-

seits und die übrigen Kantonsangestellten andererseits – wie dargelegt – auf der ausreichenden gesetzlichen Delegationsnorm von § 1 Abs. 3 PG/LU. Zum anderen hat das Bundesgericht bereits in einem ähnlich gelagerten Fall entschieden hat, dass die Genfer Verkehrsbetriebe nicht verpflichtet sind, den Angestellten einen Ferienlohn unter Berücksichtigung der in BGE 132 III 172 mit Bezug auf Art. 329d OR entwickelten Grundsätze auszurichten (BGE 138 I 232). Das öffentliche Personalrecht kann somit eine von den Minimalgarantien des Privatrechts abweichende Regelung treffen, ohne deswegen in Willkür zu verfallen (Urteil 8D_6/2013 vom 13. November 2013 E. 3.7).

5.8 Da sich nach dem Gesagten die streitige Nichtentschädigung des Ferienanspruchs bei Kleinstpensen von maximal 180 Arbeitsstunden pro Kalenderjahr für die in § 1 Abs. 3 PG/LU ausdrücklich bezeichneten Personalkategorien gemäss § 5 Abs. 1 PVO/LU auf eine genügende rechtliche Grundlage abstützen kann, die Konkretisierung auf sachlichen Gründen beruht und willkürfreie Anwendung dieser Bestimmung jedenfalls nicht ausgeschlossen ist, erweist sich die Verfassungsbeschwerde als unbegründet und ist abzuweisen.

Bundesgericht, Urteil vom 18. August 2014, Doss.-Nr. 4A_149/2014 (Bestätigung des Urteils des Obergerichts des Kantons Zürich vom 31. Januar 2014)

Bonus; Auslegung nach dem Vertrauensprinzip. Das Auslegungsergebnis der Vorinstanz, wonach aus dem Wortlaut sowie der Systematik des Arbeitsvertrages nach Treu und Glauben keine vorbehaltlose Zusicherung der Ausrichtung eines Bonus bzw. kein vertraglicher Anspruch auf eine Gratifikation hergeleitet werden kann, ist nicht zu beanstanden (E. 3.3).

Sachverhalt:

Am 1. Februar 1986 trat A. (Arbeitnehmer, Kläger, Beschwerdeführer) in den Dienst der Bank von C. AG ein. Am 1. Oktober 2004 übernahm die B. AG (Arbeitgeberin, Beklagte, Beschwerdegegnerin) das Arbeitsverhältnis mit dem Arbeitnehmer infolge Fusion. Die Parteien schlossen am 10. September 2004 einen Arbeitsvertrag, welcher anstelle des bisherigen mit Wirkung per 1. Januar 2005 in Kraft trat und diesen «vollumfänglich» ersetzte. Unter der Marginale «Bonus» wurde im Arbeitsvertrag vom 10. September 2004 Folgendes vereinbart: «Sie sind berechtigt, an einem allfälligen ‘Management Staff Bonus Scheme’ teilzunehmen. Sie finden auf der letzten Seite dieses Vertrages die Bonusberechnung resp. eine Zusammenfassung der Gesamtvergütung. Stehen Sie zum Zeitpunkt der Bekanntgabe des Bonus in einem gekündigten Arbeitsverhältnis, besteht kei-

nerlei Anspruch auf Bonus. Die Details zum entsprechenden Bonusreglement erhalten Sie in der Beilage.» Auf Seite 4, der letzten Seite des Vertrages, wurde folgendes «Beispiel einer Berechnung der Gesamtbezüge, unter der Annahme, dass ein ganzes Arbeitsjahr gearbeitet und die Zielsetzungen voll erreicht wurden» aufgeführt: «Name: A.; Job family: Business Support; Level: 3; Annual total compensation: Base salary: Fr. 133 404.–; representation allowance: Fr. 7800.–; total fixed salary: 80% Fr. 141 204.–. 100% target bonus: 20% Fr. 35 310.–; total target compensation: 100% Fr. 176 514.–». Der Arbeitnehmer erhielt den Bonus jeweils mit dem Märzlohn des Folgejahres ausbezahlt. Im Frühjahr 2009 teilte die Bank D., die britische Muttergesellschaft der Arbeitgeberin, dem Arbeitnehmer mit, dass sie angesichts der weltweiten Finanzkrise und der damit verbundenen erheblichen Änderungen bei den Vergütungsrichtlinien sowie angesichts des erlittenen beispiellosen Verlustes der B. Group im Jahre 2008 eine grundlegende Veränderung bei der Leistungsvergütung einführe. Für das Jahr 2008 sollte kein freiwilliger Bonus in bar bezahlt werden, sondern die Arbeitnehmer sollten einen «Deferred Award» gemäss dem «Deferral Plan» erhalten. Das Arbeitsverhältnis zwischen dem Arbeitnehmer und der Arbeitgeberin endete per 31. Mai 2012 zufolge Pensionierung des Arbeitnehmers.

Mit Klage vom 30. Mai 2012 beantragte der Arbeitnehmer dem Arbeitsgericht Zürich, die Arbeitgeberin sei zu verpflichten, ihm die Differenz zum variablen Lohnanteil für das Jahr 2008 in der Höhe von Fr. 22 002.– (brutto), die Zinsdifferenz auf den bezahlten variablen Lohnanteil für das Jahr 2008 in der Höhe von Fr. 624.20 (brutto), den Kursverlust der ersten Aktientranche des variablen Lohnanteils für das Jahr 2009 im Umfang von Fr. 983.– (brutto) und Fr. 4833.60 (brutto) für die zweite Aktientranche sowie Fr. 458.60 für die Korrektur der Lohnabrechnung vom Juli 2011 zu bezahlen. Mit Urteil vom 4. September 2013 wies das Arbeitsgericht Zürich die Klage ab. Es kam im Wesentlichen zum Schluss, es würden keine ernsthaften Zweifel bestehen, dass dem Kläger der «Management Staff Bonus Plan» zusammen mit der Vertragsofferte übergeben worden sei und mit Unterzeichnung des Arbeitsvertrages durch den Kläger Vertragsbestandteil geworden sei. Nach dem «Management Staff Bonus Plan» sei die Ausrichtung des Bonus unter Freiwilligkeitsvorbehalt gestanden, womit die Beklagte berechtigt gewesen sei, Boni einseitig abzuändern und vom bisherigen Zahlungsmodus mittels «Deferral Plan» abzuweichen. Dagegen erhob der Kläger Berufung an das Obergericht des Kantons Zürich, welches die Klage mit Urteil vom 31. Januar 2014 abwies. Mit Beschwerde in Zivilsachen beantragt der Kläger dem Bundesgericht, das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 31. Januar 2014 aufzuheben und seine Klage gutzuheissen.

Aus den Erwägungen:

2.

Die Vorinstanz hielt zunächst fest, der im Arbeitsvertrag vereinbarte «Bonus» stelle eine Gratifikation (und keinen variabler Lohnbestandteil) dar, da der Arbeitgeberin zumindest bei der Festsetzung der Höhe des Bonus ein gewisser Ermessensspielraum zukomme. Entsprechend prüfte die Vorinstanz, ob die Ausrichtung der Gratifikation durch die Arbeitgeberin eine vollständig freiwillige Leistung dargestellt oder ob auf deren Ausrichtung ein Anspruch bestanden habe. Dabei kam die Vorinstanz nach Auslegung des Arbeitsvertrages nach dem Vertrauensprinzip zum Schluss, dass dem Arbeitsvertrag keine vorbehaltlose Zusicherung eines Bonus entnommen werden könne. Bei diesem Ergebnis könne offen gelassen werden, ob der Beschwerdeführer den «Management Staff Bonus Plan» überhaupt erhalten habe, welcher ihm gemäss Arbeitsvertrag als Beilage hätte mitgesandt werden müssen. Denn der Beschwerdeführer mache selber geltend, das Bonusreglement verweise bezüglich der Frage des Freiwilligkeitsvorbehaltes wiederum auf den individuellen Arbeitsvertrag, welcher keine vorbehaltlose Zusicherung enthalte.

In einer selbstständigen Eventualbegründung führte die Vorinstanz sodann aus, dass das Bonusreglement ohnehin Vertragsbestandteil geworden sei. Der Arbeitsvertrag verweise bezüglich den Details zum allfälligen Bonusprogramm auf das Bonusreglement in der Beilage. Dabei handle es sich um einen rechtsgenügenden Verweis, auch wenn das Reglement im Arbeitsvertrag unter der Marginale «weitere Bestimmungen» nicht explizit als integrierender Bestandteil aufgeführt werde. Dem Beschwerdeführer sei es möglich gewesen, in zumutbarer Weise Kenntnis vom Inhalt des Reglements zu nehmen. Das Reglement sehe vor, dass es sich bei der Ausbezahlung der Boni um eine freiwillige Leistung und nicht um ein vertragliches Recht handle, soweit ein Bonus in einem individuellen Arbeitsvertrag nicht explizit zugesichert werde.

Entsprechend kam die Vorinstanz zum Schluss, dass die Beschwerdegegnerin gestützt auf den Arbeitsvertrag und den «Management Staff Bonus Plan» berechtigt gewesen sei, die Boni einseitig abzuändern und damit auch den «Deferral Plan» einzuführen.

3.

Der Beschwerdeführer macht geltend, das vorinstanzliche Urteil beruhe auf einer unzulässigen Vertragsauslegung.

Nicht bestritten wird vom Beschwerdeführer, dass ein Anspruch auf Bezahlung des geltend gemachten Bonus nur besteht, wenn dieser ohne Freiwilligkeitsvorbehalt vereinbart wurde bzw. wenn auf dessen Ausrichtung ein (vertraglicher) Anspruch besteht.

3.1 Die Auslegung eines Vertrages nach dem Vertrauensprinzip ist eine Rechtsfrage, welche vom Bundesgericht frei überprüft werden kann. Grundsätzlich gebunden ist das Bundesgericht hingegen an die Feststellun-

gen der Vorinstanz über die äusseren Umstände sowie das Wissen und Wollen der Beteiligten (Art. 105 Abs. 1 BGG; BGE 133 III 61 E. 2.2.1 S. 67 mit Hinweisen). Für die Auslegung nach dem Vertrauensprinzip ist der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses massgeblich.

3.2 Der Beschwerdeführer macht im Wesentlichen geltend, der Arbeitsvertrag alleine lese sich so, dass der Bonus bei Zielerreichung vorbehaltlos geschuldet sei. Der Bonus werde ausschliesslich auf Seite 4, welche ebenfalls als Beilage ausgestaltet wurde, genauer beschrieben. Entsprechend habe er nicht damit rechnen müssen, dass sich in der Beilage noch ein Reglement mit wesentlichem Inhalt hätte befinden sollen. So habe er denn im kantonalen Verfahren auch stets vorgebracht, dass er davon ausgegangen sei, mit den «Details zum Bonusreglement» sei die Berechnungsweise gemäss Seite 4 des Arbeitsvertrages gemeint gewesen, da er einerseits kein (anderes) Bonusreglement erhalten habe und andererseits am Ende des Vertrages bei den «Beilagen» auch kein Bonusreglement aufgeführt worden sei. Damit könne der Vorinstanz auch nicht zugestimmt werden, dass der Arbeitsvertrag einen klaren Verweis auf ein Bonusreglement mit wesentlichem Vertragsinhalt enthalten habe. Entsprechend habe das Bonusreglement auch nicht Vertragsbestandteil werden können.

3.3 Das Auslegungsergebnis der Vorinstanz, wonach sich aus dem Wortlaut der Vertragsklausel sowie der Systematik des Vertrages keine vorbehaltlose Zusicherung eines Bonus in der Höhe von 25% der Gesamtbezüge bei einer 100% Zielerreichung und damit eine vereinbarte Gratifikation in dieser Höhe entnommen werden könne, ist bundesrechtlich nicht zu beanstanden:

3.3.1 Gemäss der Klausel im Arbeitsvertrag unter der Marginale «Bonus» ist der Beschwerdeführer zur Teilnahme an einem allfälligen Bonusprogramm für Führungskräfte («Management Staff Bonus Scheme») berechtigt. Daraus ergibt sich, dass dem Beschwerdeführer das Recht auf Teilnahme an einem Bonusplan nur eingeräumt wird, wenn ein Bonusprogramm überhaupt zustande kommt. Ob ein solches zustande gekommen ist, geht aus dem Vertrag nicht hervor. Vielmehr enthält die Klausel den Hinweis, dass der Beschwerdeführer «die Details zum entsprechenden Bonusreglement» in der Beilage erhält; m.a.W. werden die Details bzw. die Einzelheiten des Bonus (und damit auch dessen Ausrichtung) in der Beilage geregelt. Schliesslich verweist die Klausel bezüglich der Bonusberechnung bzw. der Zusammenfassung der Gesamtvergütung auf die letzte Seite des Vertrages, welche sich auf Seite 4 befindet und auf welcher ein «Beispiel einer Berechnung der Gesamtbezüge» bei 100%-iger Zielerreichung aufgeführt wird.

Aus der Klausel im Arbeitsvertrag ergibt sich demnach, dass zwischen dem Berechnungsbeispiel auf Seite 4 bzw. der letzten Seite des Vertrages und dem Bonusreglement, welches der Beschwerdeführer in der Beilage hätte erhalten sollen, unterschieden wird. Die Unterscheidung geht bereits aus dem Wortlaut der Klausel klar hervor, womit es – wie die

Vorinstanz festgestellt hat – unerheblich ist, ob das Bonusreglement im Vertrag im Anschluss an die Unterschriften der Parteien nochmals explizit aufgeführt worden ist, oder ob nur pauschal «Beilagen» erwähnt wurde. Entsprechend kann die Auffassung des Beschwerdeführers nicht geschützt werden, er habe davon ausgehen dürfen, mangels expliziter Erwähnung des Bonusreglements als Beilage am Ende des Vertrages sei mit den Details zum Bonusreglement die Berechnungsweise gemäss Seite 4 gemeint gewesen. Hinzu kommt, dass es sich bei der auf Seite 4 aufgeführten Berechnung des Bonus nur um ein «Beispiel» handelt, sollte die Teilnahme an einem allfälligen Bonusprogramm zustande kommen. Inwiefern daraus eine «vorbehaltlose Berechnung» abgeleitet werden sollte, wie dies vom Beschwerdeführer vorgebracht wird, ist nicht nachvollziehbar.

3.3.2 Aus dem Wortlaut und der Systematik des Arbeitsvertrages kann demnach nach Treu und Glauben keine vorbehaltlose Zusicherung der Ausrichtung eines Bonus bzw. kein vertraglicher Anspruch auf eine Gratifikation hergeleitet werden. Der Arbeitsvertrag enthält – wie die Vorinstanz festgestellt hat – nur die Grundzüge der Bonusregelung, nämlich das Teilnahmerecht an einem allfälligen Bonusprogramm und verweist bezüglich den Einzelheiten bzw. Details auf das Bonusreglement. Entsprechend durfte die Vorinstanz auch davon ausgehen, dass die Frage, ob der Kläger den «Management Staff Bonus Plan» erhalten habe, offen bleiben könne. Denn der Beschwerdeführer hat bereits im vorinstanzlichen Verfahren vorgebracht, so wie er dies im bundesgerichtlichen Verfahren wiederholt, dass der «Management Staff Bonus Plan» bezüglich der Frage des Freiwilligkeitsvorbehaltes wiederum auf den individuellen Arbeitsvertrag verweise. Nachdem das Auslegungsergebnis der Vorinstanz nicht zu beanstanden ist, wonach die Klausel im Arbeitsvertrag nicht dahin gehend ausgelegt werden kann, dass dem Kläger ein Bonus von 25% bei einer 100%igen Zielerreichung zugesichert worden ist, findet die Ausnahmeregelung gemäss Bonusreglement auf den vorliegend zu beurteilenden Arbeitsvertrag keine Anwendung. Hinzu kommt, dass nach den Feststellungen des Arbeitsgerichts auf welche die Vorinstanz verweist, im «Management Staff Bonus Plan» die vertragliche Regelung vorbehalten wurde, den anhand der Zielerreichung ermittelten Bonus nach Ermessen zu kürzen oder zu streichen. Ein vorbehaltloser Anspruch würde sich somit auch aus dem Bonusreglement nicht ergeben.

3.3.3 Es ist im Übrigen nur schwer nachvollziehbar, wieso der Beschwerdeführer das im Zusammenhang mit dem Bonus erwähnte Reglement nicht nachgefordert hat, sollte er es – wie er geltend macht – tatsächlich mit Arbeitsvertrag nicht erhalten haben, wenn die Höhe des Bonus und dessen vorbehaltlose Zusicherung für ihn einen so entscheidenden Vertragsbestandteil gebildet haben. Wie die Vorinstanz festgestellt hat, hat der Beschwerdeführer ab dem Jahre 1986 ununterbrochen für eine Bank gearbeitet. Seither hat er gemäss eigenen Angaben jährlich einen Bonus unter

ausdrücklichem Freiwilligkeitsvorbehalt erhalten. Das Thema Bonus und die damit verbundenen Gepflogenheiten bei der Regelungsmodalitäten sowie die hierzu verwendeten sprachlichen Wendungen waren somit für den Beschwerdeführer kein Neuland mehr. Entsprechend kann ihm nicht gefolgt werden, weshalb er von einem zugesicherten Bonus hätte ausgehen dürfen, wie er dies in seiner Beschwerdeschrift vorbringt. Wie die Vorinstanz festgehalten hat, stellte der neue Arbeitsvertrag mit Wirkung per 1. Januar 2005 keine Verschlechterung zum alten Arbeitsvertrag vom 1. Februar 1986 bzw. gegenüber der Stellung des Beschwerdeführers bei der Bank von C. AG dar. Es bestand folglich auch keine Verpflichtung der Beschwerdegegnerin, auf eine angebliche Verschlechterung mit Bezug auf die Bonuszahlung hinzuweisen.

Unbehelflich ist schliesslich auch die Berufung des Beschwerdeführers auf die sogenannte Unklarheitsregel, da diese nur greift, wenn die übrigen Auslegungsmittel versagen, und im Bereich der vorformulierten Verträge ihr eigentliches Anwendungsgebiet findet (BGE 123 III 35 E. 2c/bb S. 44; 122 III 118 E. 2d S. 124; 99 II 290 E. 5 S. 292). Führt das Vertrauensprinzip wie im vorliegenden Fall zu einem klaren Ergebnis, liegt keine Unklarheit vor (BGE 133 III 61 E. 2.2.2.3 S. 69).

3.4 Gestützt auf das Vertrauensprinzip kann somit nicht davon ausgegangen werden, dass dem Beschwerdeführer im Arbeitsvertrag vorbehaltlos eine Gratifikation zugesichert worden ist. Damit hält die Hauptbegründung der Vorinstanz vor Bundesrecht stand. Die Beschwerde erweist sich in diesem Punkt als unbegründet, womit es sich erübrigt, auf die Vorbringen des Beschwerdeführers bezüglich der Eventualbegründung der Vorinstanz – wonach das Bonusreglement ohnehin Vertragsbestandteil geworden ist und es dem Beschwerdeführer zumutbar gewesen wäre, Kenntnis von dessen Inhalt zu nehmen – einzugehen. Die entsprechenden Vorbringen erschöpfen sich im Übrigen ohnehin weitgehend in unzulässiger appellatorischer Kritik am angefochtenen Entscheid.

4.

Mit der Vorinstanz ist demnach davon auszugehen, dass die Beschwerdegegnerin gestützt auf den Arbeitsvertrag berechtigt war, die Boni einseitig abzuändern und damit auch den «Deferral Plan» einzuführen.

Gestützt auf den «Deferral Plan» sprach die Beschwerdegegnerin dem Beschwerdeführer für das Jahr 2009 einen Award im Gegenwartswert von damals rund Fr. 40 000.– zu, wobei Fr. 20 000.– im Juni 2010 in bar ausbezahlt und die restlichen Fr. 20 000.– in zwei Tranchen à 16 292 respektive 16 291 B. Aktien zugesprochen wurden. Die «vesting dates» für die zweite und dritte Rate wurden auf den 18. Juni 2011 und den 18. Juni 2012 terminiert.

Der Beschwerdeführer macht im bundesgerichtlichen Verfahren erneut geltend, er habe nie Mitarbeiteraktien gewollt und es sei nicht in seiner Macht gestanden, diese eigenständig zu verkaufen und somit einen Kursverlust zu vermeiden. Entsprechend könnten ihm die von der Be-

schwerdegegnerin erzielten Kursverluste nicht aufgebürdet werden, weshalb diese für die Kursverluste aufzukommen habe. Dabei setzt sich der Beschwerdeführer jedoch keineswegs mit den Ausführungen der Vorinstanz auseinander, wonach es im Ermessen der Beschwerdegegnerin bestanden habe, dem Kläger einen Bonus in Form von aufgeschobenen Aktien zuzusprechen und dass damit keine zwingenden Vorschriften des Arbeitsrechts unterlaufen wurden. Er begnügt sich vielmehr damit, im bundesgerichtlichen Verfahren noch einmal das Gleiche vorzubringen, wie er bereits im vorinstanzlichen Verfahren geltend gemacht hat. In dem der Beschwerdeführer nicht auf die Begründung des angefochtenen Entscheids eingeht und nicht im Einzelnen aufzeigt, worin eine Verletzung von Bundesrecht liegen soll, kommt er den Anforderungen an eine rechtsgenügli­che Begründung nicht nach (vgl. BGE 134 II 244 E. 2.1 S. 245 f.).

(...)

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

Bundesgericht, Urteil vom 18. August 2014, Doss.-Nr. 8C_289/2014 (Aufhebung des Entscheids des Bundesverwaltungsgerichts vom 11. März 2014), in: BGE 140 V 449

Art. 3 Abs. 2 FamZG; Ziff. 103 Abs. 2 Gesamtarbeitsvertrag 2011 der SBB; Anspruch auf Kinderzulagen.

Bei den Kinder- und Ausbildungszulagen gemäss Gesamtarbeitsvertrag der SBB (GAV SBB) handelt es sich nicht um Familienzulagen im Sinne des FamZG, sondern um andere Leistungen (E. 1.1).

Der Anspruch auf Kinderzulagen knüpft an das Arbeitsverhältnis bei der SBB an. Ob der Ansatz für ein Kind (Ziff. 103 Abs. 2 lit. a GAV SBB) oder für jedes weitere Kind (Ziff. 103 Abs. 2 lit. b GAV SBB) massgebend ist, richtet sich nach der Anzahl zulagenberechtigter Kinder in der Haushalts- oder Familiengemeinschaft der bezugsberechtigten Person (E. 4.3–4.6).

Art. 3 al. 2 LAFam; ch. 103 al. 2 de la convention collective de travail 2011 des CFF; droit aux allocations familiales.

L'allocation pour enfant et l'allocation de formation professionnelle prévues dans la convention collective de travail des CFF (CCT CFF) ne sont pas des allocations familiales au sens de la LAFam mais d'autres prestations (consid. 1.1).

Le droit à l'allocation pour enfant dépend d'un rapport de travail auprès des CFF. Le point de savoir si le taux applicable est celui pour un enfant donnant droit à l'allocation (ch. 103 al. 2 let. a CCT CFF) ou celui pour chaque enfant supplémentaire (ch. 103 al. 2 let. b CCT

CFF) se détermine en fonction du nombre d'enfants donnant droit à l'allocation dans le ménage ou dans la communauté familiale de la personne bénéficiaire (consid. 4.3–4.6).

Sachverhalt:

A.

Der 1975 geborene A. ist Angestellter der Schweizerischen Bundesbahnen (SBB). Er ist Vater einer im Jahre 2002 geborenen Tochter (B.) aus erster Ehe. Für seine im Februar 2012 geborene Tochter aus zweiter Ehe (C.) ersuchte er um Ausrichtung von Familienzulagen. Mit Verfügung vom 7. November 2012 setzte die SBB den Anspruch des A. ab 1. Februar 2012 auf monatlich Fr. 205.– fest. Der Konzernrechtsdienst SBB bestätigte diese Verfügung am 2. Juli 2013.

B.

Die dagegen erhobene Beschwerde wies das Bundesverwaltungsgericht mit Entscheid vom 11. März 2014 ab.

C.

Mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten lässt A. beantragen, die SBB sei unter Aufhebung des angefochtenen Entscheids zu verpflichten, ab Februar 2012 die Differenz zwischen den zugesprochenen Kinderzulagen von jährlich Fr. 2460.– und den ihm zustehenden Kinderzulagen in Höhe von jährlich Fr. 3840.– zu bezahlen, zuzüglich Zins von 5 Prozent seit 1. März 2012. Das Bundesverwaltungsgericht verzichtet auf eine Vernehmlassung. Die SBB schliesst auf Abweisung der Beschwerde. A. hat dazu am 13. Juni 2014 Stellung genommen.

Aus den Erwägungen:

1.

1.1 Der Beschwerdeführer macht gestützt auf Ziff. 103 Abs. 2 des Gesamtarbeitsvertrages 2011 der SBB (nachfolgend: GAV SBB) einen Anspruch auf höhere als die zugesprochenen Kinderzulagen geltend. Bei dieser Zulage handelt es sich nicht um Kinder- oder Ausbildungszulagen im Sinne des Bundesgesetzes vom 24. März 2006 über die Familienzulagen (FamZG; SR 836.2), sondern um andere Leistungen, welche gemäss Art. 3 Abs. 2 Satz 4 FamZG nicht als Familienzulagen im Sinne dieses Gesetzes gelten (vgl. KIESER/REICHMUTH, Bundesgesetz über die Familienzulagen, 2010, N. 151 zu Art. 3 FamZG). Es liegt somit keine sozialversicherungsrechtliche, sondern – da es sich um Zulagen an Angestellte der SBB handelt – eine personalrechtliche Streitigkeit vor.

1.2 Da die Höhe der Zulage im Streit liegt, handelt es sich um eine vermögensrechtliche Streitigkeit. Der Ausschlussgrund von Art. 83 lit. g BGG ist demnach nicht gegeben. Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ist somit zulässig, wenn der Streitwert wenigstens

Fr. 15 000.– beträgt (Art. 85 Abs. 1 lit. b BGG) oder wenn sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (Art. 85 Abs. 2 BGG).

1.3 Der Streitwert bestimmt sich gemäss Art. 51 Abs. 1 lit. a BGG nach den Begehren, welche vor Vorinstanz streitig geblieben sind. Vor Vorinstanz war ein höherer Anspruch auf Kinderzulagen streitig. Die Rechtsmittelbelehrung des vorinstanzlichen Entscheids enthält keine Angaben zum Streitwert (vgl. Art. 112 Abs. 1 lit. d BGG). Lautet ein Begehren nicht auf Bezahlung einer bestimmten Geldsumme, so setzt das Bundesgericht den Streitwert nach Ermessen fest (Art. 51 Abs. 2 BGG). Als Wert wiederkehrender Nutzungen oder Leistungen gilt der Kapitalwert. Bei ungewisser oder unbeschränkter Dauer gilt als Kapitalwert der zwanzigfache Betrag der einjährigen Nutzung oder Leistung, bei Leibrenten jedoch der Barwert (Art. 51 Abs. 4 BGG). Der Beschwerdeführer macht die Differenz zwischen den zugesprochenen Kinderzulagen von jährlich Fr. 2460.– (Fr. 205.– monatlich) und den geforderten Kinderzulagen von jährlich Fr. 3840.– (Fr. 320.– monatlich), also Fr. 1380.– jährlich, bis März 2027, nebst Zins seit 1. März 2012, geltend. Der kapitalisierte Wert übertrifft damit den für die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten auf dem Gebiet der öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnisse erforderlichen Betrag (Art. 85 Abs. 1 lit. b BGG). Da auch die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen erfüllt sind, ist auf die Beschwerde einzutreten.

2.

Auf das Personal der SBB finden gemäss Art. 15 des Bundesgesetzes vom 20. März 1998 über die Schweizerischen Bundesbahnen (SBBG; SR 742.31) die Bestimmungen des Bundespersonalgesetzes vom 24. März 2000 (BPG; SR 172.220.1) Anwendung (Abs. 1). Der Bundesrat kann die SBB ermächtigen, das Anstellungsverhältnis im Rahmen von Gesamtarbeitsverträgen abweichend oder ergänzend zu regeln (Abs. 2). Nach Art. 31 Abs. 1 BPG (in der seit 1. Januar 2009 in Kraft stehenden Fassung) regelt der Bundesrat die Leistungen, die den Angestellten für den Unterhalt ihrer Kinder in Ergänzung zu den Familienzulagen nach den Familienzulagenordnungen der Kantone ausgerichtet werden. Der Bundesrat hat in Art. 10 der Rahmenverordnung vom 20. Dezember 2000 zum Bundespersonalgesetz (Rahmenverordnung BPG; SR 172.220.11) die Familienzulagen und ergänzenden Leistungen wie folgt geregelt: Der Arbeitgeber richtet der angestellten Person die Familienzulage nach dem Familienzulagengesetz aus (Abs. 1). Ist die Familienzulage tiefer als der massgebende Betrag nach Absatz 3, so richtet der Arbeitgeber der angestellten Person ergänzende Leistungen gemäss den Ausführungsbestimmungen zum BPG aus. Das FamZG ist auf die ergänzenden Leistungen sinngemäss anwendbar (Abs. 2). Die Familienzulage und die ergänzenden Leistungen betragen zusammen pro Jahr mindestens: a. 3800 Franken für das erste zulagenberechtigte Kind; b. 2400 Franken für jedes weitere zulagenberechtigte Kind; c. 3000 Franken für jedes weitere zulagenberechtigte Kind, welches das 16. Altersjahr vollendet hat und in Ausbildung steht (Abs. 3). Der An-

spruch auf ergänzende Leistungen erlischt mit dem Anspruch auf die Familienzulage (Abs. 4). Die Rahmenverordnung BPG bestimmt gemäss deren Art. 1 Abs. 1 den Rahmen, innerhalb dessen die Arbeitgeber Ausführungsbestimmungen erlassen (Art. 37 BPG) oder Gesamtarbeitsverträge abschliessen (Art. 38 BPG).

Die SBB hat ihren Regelungsauftrag gemäss Art. 31 BPG in ihrem GAV erfüllt (PETER HELBLING, in: Bundespersonalgesetz, 2013, N. 13 Fn. 6 zu Art. 31 BPG). Der GAV SBB stützt sich auf Art. 15 SBBG und das BPG (Ziff. 1 Abs. 2 GAV SBB). Finden sich weder in den genannten Vorschriften noch im GAV Regelungen, so ist das OR subsidiär anwendbar. Unter der Überschrift «Familienzulagen» hält Ziff. 103 GAV SBB fest: Die Familienzulagen richten sich nach dem FamZG (Abs. 1). Bei der SBB gelten für die Kinder- und Ausbildungszulagen folgende Mindestsätze: a. für ein zulagenberechtigtes Kind Fr. 3840.– pro Jahr; b. für jedes weitere zulagenberechtigte Kind bis 16 Jahre und für erwerbsunfähige Kinder Fr. 2460.– pro Jahr; c. ab zweitem zulagenberechtigtem Kind für Kinder in Ausbildung bis zum vollendeten 25. Altersjahr Fr. 3000.– pro Jahr (Abs. 2).

3.

Streitig ist, ob die Kinderzulage für die Tochter aus zweiter Ehe nach Massgabe von Ziff. 103 Abs. 2 lit. a GAV SBB zu bemessen ist, wovon der Beschwerdeführer ausgeht, oder ob Ziff. 103 Abs. 2 lit. b GAV SBB zur Anwendung kommt, was Vorinstanz und Beschwerdegegnerin bejahen.

Die Vorinstanz hat erwogen, aus dem Wortlaut der Bestimmung ergebe sich klar, dass mit «ein» in lit. a das erste zulagenberechtigte Kind gemeint sei. Zwar sage die Norm nichts darüber aus, nach welchen Kriterien dieses zu bestimmen sei. Jedoch liege es auf der Hand, dass mit der Abstufung die Kosten ausgeglichen werden sollen, die für ein erstes Kind aufgrund der erforderlichen Neuanschaffungen am höchsten seien. Bei zusätzlichen Kindern entstünden Synergieeffekte, weshalb für diese tiefere Beiträge ausgerichtet würden. Unter Hinweis auf das Vorgehen der Beschwerdegegnerin prüfte die Vorinstanz – ausgehend vom Verbot des Doppelbezugs gemäss Art. 6 FamZG in Verbindung mit der in Art. 7 FamZG vorgesehenen Prioritätenordnung bei konkurrierenden Ansprüchen –, welche Person Anspruch auf die Beiträge erheben kann. Da die Beiträge für die Tochter C. dem Beschwerdeführer auszurichten sind, knüpft sie daran an und zieht weiter die zu ihm bestehenden Kindesverhältnisse heran. Dies führte sie zum Schluss, dass dieser insgesamt zwei zulagenberechtigte Kinder hat (eines aus erster und eines aus zweiter Ehe), auch wenn er für die ältere Tochter aus erster Ehe keine Kinderzulagen erhält. Daraus leitete die Vorinstanz ab, die jüngere Tochter C. sei als zweites zulagenberechtigtes Kind im Sinne von Ziff. 103 Abs. 2 lit. b GAV SBB zu betrachten, weshalb – ungeachtet der tatsächlich gelebten Familienverhältnisse – der dafür vorgesehene Zuschlag geschuldet sei. Das sich an der Prioritätenordnung des Familienzulagengesetzes und der Anzahl

Kinder der betroffenen Person orientierende Vorgehen führt laut Vorinstanz zu jeweils gleichen Ergebnissen und gewährleistet eine verhältnismässig einfache Umsetzung, welche keine aufwändigen Abklärungen im Einzelfall und keine laufenden Anpassungen an sich verändernde tatsächliche Gegebenheiten (Betreuung, Arbeitsverhältnis usw.) erfordert.

4.

4.1 Der Beschwerdeführer rügt eine verfassungswidrige Auslegung (Art. 8 Abs. 1, Art. 10 und 15 sowie Art. 41 Abs. 1 lit. c BV) von Ziff. 103 Abs. 2 GAV SBB durch die Vorinstanz. Zur Begründung führt er aus, Ziff. 103 Abs. 2 lit. a GAV SBB sei mit Blick auf Art. 10 Abs. 3 lit. a Rahmenverordnung BPG auszulegen. Gegenüber der SBB sei er allein für seine im Februar 2012 geborene Tochter C. zulagenberechtigt im Sinne des GAV. Für diese habe er daher Anspruch auf eine Kinderzulage in Höhe von jährlich Fr. 3840.– gemäss Ziff. 103 Abs. 2 lit. a GAV SBB. Der Entstehungsgeschichte der Norm sei zu entnehmen, dass für alle beim Bund und bei den Bundesbetrieben beschäftigten Personen ein Mindeststandard gelten soll. Wer Kinderzulagen beziehe, solle für das erste Kind Anspruch auf eine gegenüber dem absoluten Minimum von jährlich Fr. 2400.– um Fr. 1400.– erhöhte Zulage erhalten (vgl. Art. 10 Abs. 3 lit. a Rahmenverordnung BPG). Für jedes weitere zulagenberechtigte Kind (vgl. Art. 10 Abs. 3 lit. b Rahmenverordnung BPG) sei der Betrag niedriger. Sinn und Zweck des höheren Zulagenbetrags für das erste zulagenberechtigte Kind sei es, die im einzelnen Haushalt anfallenden Kosten für den Kindesunterhalt wenigstens zum Teil abzugelten. Diesem sozialen Motiv, welches auch Art. 10 Abs. 3 der Rahmenverordnung BPG zugrunde liege, werde nicht nachgelebt, wenn einem wiederverheirateten Vater, der einen neuen Haushalt gegründet habe, die höhere Zulage für das erste bei ihm wohnende Kind verweigert werde. Diese Auslegung führe zur einfach zu handhabenden Lösung, dass die SBB für das erste Kind, für welches sie eine Familienzulage auszurichten habe, immer den höheren Ansatz von mindestens Fr. 3840.– leisten müsse.

4.2 Bei der Auslegung der normativen Bestimmungen des GAV SBB sind die Regeln der Auslegung von Gesetzen heranzuziehen (BGE 136 III 283 E. 2.3.1 S. 284; vgl. auch BGE 130 V 18 E. 4.2 S. 30; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, 7. Aufl. 2012, N. 15 zu Art. 356 OR).

Ausgangspunkt jeder Auslegung bildet der Wortlaut der massgeblichen Norm. Ist der Text nicht ganz klar und sind verschiedene Interpretationen möglich, so muss nach der wahren Tragweite der Bestimmung gesucht werden, wobei alle Auslegungselemente zu berücksichtigen sind (Methodenpluralismus). Dabei kommt es namentlich auf den Zweck der Regelung, die dem Text zugrunde liegenden Wertungen sowie auf den Sinnzusammenhang an, in dem die Norm steht. Die Entstehungsgeschichte ist zwar nicht unmittelbar entscheidend, dient aber als Hilfsmittel, um den Sinn der Norm zu erkennen. Namentlich zur Auslegung neuerer Texte, die noch auf wenig veränderte Umstände und ein kaum gewandeltes Rechts-

verständnis treffen, kommt den Materialien eine besondere Bedeutung zu. Vom Wortlaut darf abgewichen werden, wenn triftige Gründe dafür bestehen, dass er nicht den wahren Sinn der Regelung wiedergibt. Sind mehrere Auslegungen möglich, ist jene zu wählen, die der Verfassung am besten entspricht. Allerdings findet auch eine verfassungskonforme Auslegung ihre Grenzen im klaren Wortlaut und Sinn einer Gesetzesbestimmung (BGE 138 II 440 E. 13 S. 453; BGE 138 II 557 E. 7.1 S. 565; BGE 138 IV 232 E. 3 S. 234; BGE 138 V 17 E. 4.2 S. 20; BGE 137 III 217 E. 2.4.1 S. 221).

4.3 Nach Wortlaut und Systematik des GAV SBB gilt der Grundsatz, dass ein zulagenberechtigtes Kind einen höheren Anspruch begründet als jedes weitere zulagenberechtigtes Kind bis 16 Jahre. Der Ausdruck «zulagenberechtigtes» deutet darauf hin, dass der Anspruch auf Zulagen gemäss GAV SBB Anknüpfungspunkt bildet. Wer bei den SBB angestellt ist und mindestens ein zulagenberechtigtes Kind gemäss GAV SBB hat, erhält eine Zulage gemäss Ziff. 103 Abs. 2 GAV SBB.

4.4 Das FamZG, auf welches sich die Familienzulagen gemäss Ziff. 103 Abs. 1 GAV SBB stützen, umschreibt Begriff und Zweck der Familienzulagen in Art. 2 wie folgt: Familienzulagen sind einmalige oder periodische Geldleistungen, die ausgerichtet werden, um die finanzielle Belastung durch ein oder mehrere Kinder teilweise auszugleichen. Die Zulagen beziehen sich somit auf die finanzielle Belastung durch den Unterhalt von Kindern und bezwecken einen zumindest teilweisen Ausgleich der damit verbundenen Kosten. Grundsätzlich wird zwischen direkten und indirekten Kinderkosten unterschieden. Die direkten Kinderkosten umfassen alle den Kindern zuzuordnenden zusätzlichen Ausgaben des Haushalts. Als indirekte Kinderkosten gilt der für die Betreuung und Erziehung aufgewendete, monetär bewertete Zeitaufwand. Schätzungen zufolge betragen in der Schweiz die durchschnittlichen Kinderkosten für ein erstes Kind 18 Prozent des Haushaltseinkommens und für weitere Kinder rund die Hälfte. Die indirekten Kosten belaufen sich ungefähr auf denselben Betrag (vgl. Botschaft vom 18. Februar 2004 zur Volksinitiative «Für fairere Kinderzulagen!», BBl 2004 1313, 1320 Ziff. 3.1.2; KIESER/REICHMUTH, a.a.O., N. 10 zu Art. 2 und N. 20 zu Art. 5 FamZG; vgl. auch BGE 122 V 125 E. 4a S. 130). Degressive Ansätze bei den Kinderzulagen – wie sie Ziff. 103 Abs. 2 GAV SBB für die Angestellten der SBB enthält – berücksichtigen die effektive Belastung der Haushaltsausgaben durch mehrere Kinder. Progressive Ansätze – wie sie einige Kantone vorsehen – haben demgegenüber den Zweck, kinderreichen Familien besonders wirksam zu helfen (KIESER/REICHMUTH, a.a.O., N. 20 zu Art. 5 FamZG). Sinn und Zweck der Abstufung des Zulagenbetrages nach Anzahl Kinder würde nicht nachgelebt, wenn einem wiederverheirateten Vater, der einen neuen Haushalt gründet, die höhere Zulage für ein bei ihm wohnendes zulagenberechtigtes Kind verweigert würde. Dies spricht dafür, den Entscheid, ob der Ansatz für ein Kind (Ziff. 103 Abs. 2 lit. a GAV SBB) oder für jedes weitere Kind (Ziff. 103 Abs. 2 lit. b GAV SBB) massgebend ist, nach der An-

zahl zulagenberechtigter Kinder in der Haushalts- oder Familiengemeinschaft der bezugsberechtigten Person zu richten.

4.5 Ein wesentliches Merkmal der Familienzulagenordnung liegt in deren zivilstandsneutraler Ausgestaltung. Die Tatsache einer Änderung der Familienkonstellation (namentlich durch Scheidung) allein wirkt sich daher auf den grundsätzlichen Zulagenanspruch nicht aus, da sich dadurch am Kindesverhältnis, das regelmässig Anspruchsvoraussetzung ist, nichts ändert. Zu beeinflussen vermag die Scheidung oder Trennung indessen allenfalls die Frage, an wen die Zulage inskünftig auszurichten ist (PETRA FLEISCHANDERL, in: FamKomm Scheidung, Bd. II: Anhänge, 2. Aufl. 2011, N. 310 in Anh. Soz; MARCO REICHMUTH, Familienzulagen bei Scheidung und weiteren Familienkonstellationen, AJP 2012 S. 752). Soweit jedoch der Zulagenanspruch nicht an das Kind geknüpft wird, sondern an die erwerbstätige Person, welche die Anspruchsvoraussetzungen erfüllt, entfällt die Möglichkeit einer wesentlichen Vereinfachung der Anspruchskonkurrenz (KIESER/REICHMUTH, a.a.O., N. 35 zu Art. 7 FamZG). Der vorliegend zur Diskussion stehende GAV SBB knüpft an das «zulagenberechtigte Kind» und damit an das Arbeitsverhältnis bei der SBB an. Im Urteil 8C_758/2012 vom 6. Dezember 2012 hat das Bundesgericht die Frage der Verfassungsmässigkeit der degressiven Konzeption einer (ausserhalb des FamZG geregelten) Unterhaltszulagenordnung ohne Berücksichtigung des Umstandes, ob die Kinder in einem oder in mehreren Haushalten leben, offengelassen. Wie der Beschwerdeführer zu Recht festhält, würden er und seine Familie im Ergebnis benachteiligt, wenn ihm die höhere ergänzende Kinderzulage für das erste Kind aus zweiter Ehe verweigert würde und er erst dann die ergänzenden Leistungen erhielte, wenn seine geschiedene Ehefrau für die früher geborene Tochter aus erster Ehe keine Kinderzulagen mehr bezöge. Die sich an der Reihenfolge der Auszahlung der Kinderzulagen orientierende Auslegung der Vorinstanz trägt der finanziellen Belastung des Familienhaushalts des Beschwerdeführers nicht Rechnung und benachteiligt damit seine von der traditionellen Familienordnung abweichende Lebensgemeinschaft. Sie kann sich zudem weder auf den Wortlaut noch auf Sinn und Zweck des GAV SBB stützen.

4.6 Die Auslegung unter Berücksichtigung von Wortlaut, Systematik sowie Sinn und Zweck führt somit zum Ergebnis, dass der Beschwerdeführer Anspruch auf Kinderzulagen gestützt auf Ziff. 103 Abs. 2 lit. a GAV SBB hat. Die Beschwerde ist daher gutzuheissen.

Tribunal fédéral, Arrêt du 8 septembre 2014, Doss.-No 4A_320/2014 (Rejet du recours en matière civile interjeté contre l'arrêt de la Cour de justice du canton de Genève, Chambre des prud'hommes, du 16 avril 2014)

Congé abusif, art. 336b al. 1 CO. L'opposition au congé a pour but de permettre à l'employeur de prendre conscience que son employé conteste le licenciement et le considère comme abusif; elle tend à encourager les parties à engager des pourparlers et à examiner si les rapports de travail peuvent être maintenus. Dans cette perspective, le droit du travailleur de réclamer l'indemnité pour licenciement abusif s'éteint si le travailleur refuse l'offre formulée par l'employeur de retirer la résiliation. Il n'y a pas d'opposition lorsque le travailleur s'en prend seulement à la motivation de la résiliation, ne contestant que les motifs invoqués dans la lettre de congé, et non à la fin des rapports de travail en tant que telle (c. 3.1). L'art. 336b al. 1 CO ne signifie pas seulement «faire opposition au motif du congé, ou aux circonstances ayant mené au congé», mais impose de manifester clairement sa volonté de vouloir poursuivre les rapports de travail (c. 3.3).

Extraits des faits:

A. a été engagé en qualité d'ouvrier sur machine par la société B. SA, société active en particulier dans l'exploitation d'alliage métallique, par contrat du 9 septembre 1998, à compter du 5 octobre 1998. Le travailleur a été président de la commission du personnel entre 2001 et 2002 et, à nouveau, à tout le moins du 2^e semestre 2010 jusqu'en 2011. En janvier 2011, dans le but de réduire l'exposition au plomb de ses collaborateurs, la société a entrepris de contrôler l'ensemble du personnel et a tenu une première séance d'information le 31 janvier 2011. Plusieurs séances d'information données par le médecin de l'entreprise ont été prévues, la première le 9 février 2011. Le 10 février 2011, A. a été convoqué à un entretien, au cours duquel un courrier daté du même jour l'informait de l'intention de la direction de le licencier en raison d'une réorganisation du service «usinage». Il a été informé de la possibilité de solliciter un entretien avec la direction et la commission du personnel à ce sujet. Comme A. a quitté son poste de travail, sans en informer son supérieur, à l'issue de cet entretien, l'employeur lui a adressé le même jour un courrier lui demandant de reprendre le travail. Le 11 février 2011, A. a fait parvenir à son employeur un certificat médical. Le 21 février 2011, l'employeur lui a envoyé un projet de convention mettant fin aux rapports de travail au 30 juin 2011. Le 15 août 2011, l'employeur a adressé au travailleur une lettre de licenciement avec effet au 30 novembre 2011. Par courrier recommandé du 29 septembre 2011, A. a rappelé à son employeur qu'il avait contesté le motif du licenciement qui lui avait été annoncé en février 2011, estimant

qu'il s'agissait d'un congé de repréailles. Il précisait être en arrêt maladie depuis le 10 février 2011 et terminait sa lettre par les termes suivants: «afin que nos rapports se terminent dans le respect, j'attire votre attention sur l'art. 18.5 al. 2 de la CCT pour le paiement des indemnités journalières au-delà du 30 novembre 2011 comme mentionner (sic) dans cet article». La portée de cette lettre est litigieuse entre les parties.

Par demande du 17 décembre 2011 adressée au Tribunal des prud'hommes, A. a ouvert action contre son employeur, concluant à ce que celui-ci soit condamné à lui payer la somme de 55 200 fr. avec intérêts, soit 40 200 fr. brut à titre d'indemnité pour licenciement abusif et 15 000 fr. à titre d'indemnité pour tort moral. Il a également demandé la délivrance d'un certificat de travail. Il a invoqué avoir été licencié de manière abusive en raison de sa fonction de président de la commission du personnel, ce que la défenderesse a contesté. Le Tribunal des prud'hommes de Genève a débouté le demandeur de toutes ses conclusions, par jugement du 28 novembre 2013. Sur la question des dommages-intérêts pour licenciement abusif, le tribunal a considéré que le travailleur ne s'est pas opposé valablement à son licenciement de sorte qu'il est déchu du droit de réclamer une indemnité, le caractère éventuellement abusif du licenciement n'ayant pas à être examiné. Statuant le 16 avril 2014, la Chambre des prud'hommes de la Cour de justice du canton de Genève a rejeté l'appel du demandeur et confirmé le jugement attaqué. Contre cet arrêt, le demandeur a interjeté un recours en matière civile au Tribunal fédéral le 27 mai 2014.

Extraits des considérants:

3.

3.1 En vertu de l'art. 336b al. 1 CO, la partie qui entend demander une indemnité pour résiliation abusive (art. 336 et 336a CO) doit faire opposition au congé par écrit auprès de l'autre partie, au plus tard jusqu'à la fin du délai de congé.

Selon la jurisprudence, il ne faut pas poser des exigences trop élevées à la formulation de cette opposition écrite. Il suffit que son auteur y manifeste à l'égard de l'employeur qu'il n'est pas d'accord avec le congé qui lui a été notifié (ATF 136 III 96 consid. 2 p. 97; 123 III 246 consid. 4c p. 253; arrêts 4A_571/2008 du 5 mars 2009 consid. 4.1.2; 4C.233/2006 du 25 octobre 2006 consid. 3; 4C.39/2004 du 8 avril 2004 consid. 2.1). L'opposition a pour but de permettre à l'employeur de prendre conscience que son employé conteste le licenciement et le considère comme abusif; elle tend à encourager les parties à engager des pourparlers et à examiner si les rapports de travail peuvent être maintenus (cf. art. 336b al. 2 CO; arrêt 4A_571/2009 déjà cité consid. 4.1.2; WYLER/HEINZER, Droit du travail, 3^e éd. 2014, p. 667). Dans cette perspective, le droit du travailleur de réclamer l'indemnité pour licenciement abusif s'éteint si le travailleur refuse

l'offre formulée par l'employeur de retirer la résiliation (ATF 134 III 67 consid. 5 p. 70; WYLER/HEINZER, op. cit., p. 667).

Il n'y a pas d'opposition lorsque le travailleur s'en prend seulement à la motivation de la résiliation, ne contestant que les motifs invoqués dans la lettre de congé, et non à la fin des rapports de travail en tant que telle (arrêts 4A_571/2008 déjà cité consid. 4.1.2; 4C.39/2004 déjà cité consid. 2.4; WYLER/HEINZER, op. cit., p. 664 s.).

Savoir si l'on est en présence d'une opposition au congé est affaire d'interprétation de la volonté du travailleur selon le principe de la confiance, lorsque la volonté réelle du travailleur n'a pas été comprise par le destinataire (4C.39/2004 déjà cité consid. 2.1). L'interprétation selon le principe de la confiance consiste à établir le sens que, d'après les règles de la bonne foi, une partie pouvait et devait raisonnablement prêter aux déclarations de volonté de l'autre (ATF 135 III 410 consid. 3.2 p. 413; 132 III 268 consid. 2.3.2, 626 consid. 3.1). Cette interprétation objective doit partir du texte du contrat et examiner ensuite celui-ci dans son contexte, en tenant compte de toutes les circonstances qui ont précédé ou accompagné sa conclusion (ATF 131 III 377 consid. 4.2 p. 382; 119 II 449 consid. 3a p. 451), à l'exclusion des événements postérieurs (arrêt 4A_219/2012 du 30 juillet 2012 consid. 2.5 publié in RSDIE 2013 p. 447). Le principe de la confiance permet d'imputer à une partie le sens objectif de sa déclaration ou de son comportement, même si celui-ci ne correspond pas à sa volonté intime (ATF 130 III 417 consid. 3.2 et les arrêts cités). Le Tribunal fédéral contrôle librement l'interprétation objective des manifestations de volonté (ATF 132 III 268 consid. 2.3.2).

3.2 La cour cantonale a retenu que, dans sa lettre du 29 septembre 2011, le travailleur a certes rappelé avoir contesté – en février 2011 – le motif du licenciement, la vraie raison n'en étant pas, selon lui, une réorganisation de l'entreprise. Mais à aucun moment dans ce courrier, il ne s'oppose à son licenciement. Il termine même son courrier par les termes suivants: «afin que nos rapports se terminent dans le respect, j'attire votre attention sur l'art. 18.5 al. 2 de la CCT pour le paiement des indemnités journalières au-delà du 30 novembre 2011 comme mentionné dans cet article». La cour cantonale en a conclu que le travailleur a accepté que les rapports de travail se terminent, que seuls lui importait les montants qui devaient lui revenir jusqu'à l'échéance du délai de congé et que, nulle part, il n'a soulevé la question d'une indemnité pour licenciement abusif. La cour cantonale a encore ajouté qu'à aucun autre moment le travailleur ne s'est valablement opposé au congé donné.

3.3 Dès lors qu'il s'agit d'interpréter le courrier du travailleur du 29 septembre 2011, le Tribunal fédéral tiendra compte de celui-ci dans son entier, comme le demande le recourant (art. 105 al. 2 LTF).

Sous couvert de la violation de l'art. 336b al. 1 CO, le recourant s'en prend en réalité à l'interprétation de sa manifestation de volonté, laquelle relève des art. 18 CO et 2 al. 1 CC. Lorsqu'il soutient qu'en utilisant

l'expression de «congé de représailles» et en écrivant «j'ai contesté la raison de vouloir me licencier», il a voulu manifester son désaccord avec le congé et qu'il est donc arbitraire (sic) de retenir qu'il n'aurait contesté que le motif du licenciement, le recourant tire quelques éléments de sa lettre et en fait une interprétation hors contexte. S'il a certes écrit «j'ai contesté la raison de vouloir me licencier et je vous ai informer (sic) que la vraie raison du licenciement n'était que représailles (sic)», il l'a fait sous le titre de «Courrier daté du 10 février 2011», en en rappelant les termes et ainsi sa prise de position à l'époque. Sous «Projet Convention mettant fin aux rapports de travail daté du 21 février 2011», il mentionne une lacune, en relation avec les vacances. Il précise ensuite qu'il est en arrêt maladie depuis le 10 février 2011, rappelle qu'il a payé toutes ses cotisations, en particulier celle de l'APG, et que la convention collective doit être respectée, terminant sa lettre dans les termes rappelés ci-dessus et retenus comme décisifs par la cour cantonale. Dès lors qu'il ne mentionne nulle part s'opposer à la fin des rapports de travail, précisant au contraire «Afin que nos rapports se terminent dans le respect», qu'il réclame le paiement des indemnités journalières, mais n'évoque pas une indemnité pour licenciement abusif, le destinataire ne pouvait ni ne devait comprendre ce courrier comme une opposition au congé au sens de l'art. 336b al. 1 CO.

Lorsqu'il soutient que le travailleur n'a pas la possibilité de saisir un tribunal pour obtenir l'annulation du congé et sa réintégration, et que, partant, l'on ne saurait déduire des termes «Afin que nos rapports se terminent dans le respect» qu'il ne se serait pas formellement opposé au congé, le recourant ignore que le but de l'opposition écrite prévue par l'art. 336b al. 1 CO est d'encourager les parties à entamer des pourparlers en vue d'examiner à l'amiable si les rapports de travail peuvent être maintenus. L'employeur doit avoir la possibilité de retirer la résiliation.

Contrairement à ce que croit le recourant, l'art. 336b al. 1 CO ne signifie pas seulement «faire opposition au motif du congé, ou aux circonstances ayant mené au congé», mais il lui impose de manifester clairement sa volonté de vouloir poursuivre les rapports de travail. Comme la jurisprudence l'a précisé (cf. consid. 3.1), il n'y a pas d'opposition si le travailleur ne conteste que les motifs du congé.

Il s'ensuit que la cour cantonale n'a pas violé le droit fédéral en interprétant comme elle l'a fait le courrier du 29 septembre 2011.

Faute d'opposition, il n'y a pas lieu d'examiner les griefs du recourant relatifs au caractère abusif du licenciement.

*Bundesgericht, Urteil vom 9. September 2014, Doss.-Nr. 4A_351/2014
(Bestätigung des Urteils des Kantonsgerichts Freiburg vom 8. April
2014)*

Gesamtarbeitsvertrag. Ob ein Betrieb unter einen allgemeinverbindlichen GAV fällt, entscheidet allein der Richter, nicht die paritätische Kommission. Soweit der Arbeitnehmer somit vorbringt, der GAV finde Anwendung, da die paritätische Berufskommission dies in ihrem Schreiben bejaht habe, geht seine Rüge von vornherein fehl (E. 5.2). Bei einem unechten Mischbetrieb, der zu klein ist, um in Sektoren aufgeteilt zu werden, gilt der Grundsatz der Tarifeinheit. Gemäss diesem Grundsatz gilt der GAV für den ganzen Betrieb und somit auch für berufsfremde Arbeitnehmer. Die Vorinstanz ist zutreffend davon ausgegangen, dass der Betrieb mit seiner prägenden Tätigkeit im Bereich der Innendekoration nicht unter den Geltungsbereich des GAV des Ausbaugewerbes, der nur 35% des Betriebs ausmacht, fällt (E. 5.3–5.6).

Sachverhalt:

Mit Arbeitsvertrag vom 27. Dezember 2005 wurde A. (Arbeitnehmer, Kläger, Beschwerdeführer) im Betrieb von B. (Arbeitgeber, Beklagter, Beschwerdegegner) angestellt, wo er seit dem 1. Januar 2006 als «Bodenleger-Innendekoration» arbeitete.

Nach erfolglosem Schlichtungsverfahren beantragte A. dem Arbeitsgericht des Sensebezirks mit Klage vom 10. Mai 2012, B. sei zu verurteilen, ihm Fr. 50 852.20 zuzüglich Zins ab dem 1. Oktober 2011 zu bezahlen. Der Kläger stütze seine Forderung auf Ansprüche, welche ihm vom 1. April 2008 bis zum 31. Dezember 2011 gemäss Gesamtarbeitsvertrag des Ausbaugewerbes der Westschweiz zustehen würden. Der Beklagte bestritt die Anwendbarkeit des Gesamtarbeitsvertrages auf das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien. Das Arbeitsgericht wies die Klage mit Entscheidung vom 28. August 2013 ab. Gegen dieses Urteil erhob der Kläger Berufung an das Kantonsgericht Freiburg, welches diese mit Urteil vom 8. April 2014 abwies. Mit Beschwerde in Zivilsachen beantragt der Kläger dem Bundesgericht, das Urteil des II. Zivilappellationshofes des Kantonsgerichts Freiburg vom 8. April 2014 sei aufzuheben und seine Klage sei gutzuheissen. Eventualiter sei festzustellen, dass der Betrieb des Beklagten dem Gesamtarbeitsvertrag des Ausbaugewerbes der Westschweiz unterstehe und die Angelegenheit sei zur materiell-rechtlichen Prüfung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Aus den Erwägungen:

3.

(...)

3.2 Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG). Es kann die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz nur berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht (Art. 105 Abs. 2 BGG). «Offensichtlich unrichtig» bedeutet dabei «willkürlich» (BGE 135 III 397 E. 1.5 S. 401). Überdies muss die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein (Art. 97 Abs. 1 BGG). Neue Tatsachen und Beweismittel dürfen nur so weit vorgebracht werden, als erst der Entscheid der Vorinstanz dazu Anlass gibt (Art. 99 Abs. 1 BGG). In der Beschwerde ist darzutun, inwiefern die erwähnte Voraussetzung für eine nachträgliche Einreichung von Beweismitteln erfüllt sein soll (BGE 134 V 223 E. 2.2.1 S. 226; 133 III 393 E. 3 S. 395).

Der Beschwerdeführer reicht dem Bundesgericht neu das (teils verdeckte) Protokoll der Sitzung des Präsidenten des Arbeitsgerichts des Sensebezirks vom 16. Februar 2012 in Sachen C. gegen den Beschwerdegegner ein. Infolge des Ausgangs des vorinstanzlichen Verfahrens sehe er sich gezwungen, dieses neue Beweismittel einzureichen; daraus gehe nämlich hervor, dass der Beschwerdegegner die Anwendbarkeit des Gesamtarbeitsvertrages für seinen Betrieb in einem anderen Verfahren anerkannt habe. Damit begründet der Beschwerdeführer aber keineswegs, inwiefern erst der vorinstanzliche Entscheid Anlass zur Einreichung dieses Beweismittels gegeben hätte und die Voraussetzungen von Art. 99 Abs. 1 BGG erfüllt wären. Die Anwendbarkeit des Gesamtarbeitsvertrages des Ausbaugewerbes der Westschweiz auf das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien war stets Gegenstand des Verfahrens. Entsprechend hätte der Beschwerdeführer dieses Beweismittel bereits früher in das Verfahren einbringen können. Wie der Beschwerdegegner jedoch zu Recht vorbringt, hat es der Beschwerdeführer seiner eigenen Nachlässigkeit zuzuschreiben, dass das Einreichen von neuen Beweismitteln bereits im vorinstanzlichen Verfahren nicht mehr möglich war, nachdem er im erstinstanzlichen Verfahren unentschuldigt fern geblieben ist, keine Beweisanträge gestellt hat und trotz Aufforderung des Gerichtspräsidenten vom 17. Juni 2013 keinen schriftlichen Parteivortrag eingereicht hat. Das neu eingereichte Beweismittel hat daher im bundesgerichtlichen Verfahren unbeachtlich zu bleiben.

Ebenso unbeachtlich zu bleiben hat das vom Beschwerdegegner neu eingereichte Beweismittel – das Revisionsgesuch betreffend die Aufhebung des zwischen C. und dem Beschwerdegegner anlässlich der Sitzung des Präsidenten des Arbeitsgerichts des Sensebezirks am 16. Februar 2012 getroffenen Vergleichs.

4.

Umstritten ist nach wie vor, ob der Gesamtarbeitsvertrag des Ausbaugewerbes der Westschweiz (nachfolgend: GAV) gestützt auf die Allgemeinverbindlicherklärung des Bundesrates vom 28. Februar 2008 auf das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien anwendbar ist.

4.1 Die Vorinstanz verneinte die Unterstellung des Betriebs des Beschwerdegegners unter den GAV. Sie stellte fest, die Einzelfirma des Beschwerdegegners biete verschiedene Tätigkeiten im Bereich der Innendekoration an, wovon jedoch lediglich das Verlegen von Parkett in den Anwendungsbereich des GAV falle. Gemäss Arbeitsvertrag vom 27. Dezember 2005 sei der Beschwerdeführer vom Beschwerdegegner als «Bodenleger-Innendekoration» angestellt worden. Der Arbeitnehmer habe sich jedoch verpflichtet, bei Bedarf auch andere Arbeiten auszuführen, soweit ihm dies nach Treu und Glauben zumutbar sei. Das erstinstanzliche Beweisverfahren habe denn auch ergeben, dass der Beschwerdeführer auch andere anfallende Arbeiten erledigt habe und die Bodenlegearbeiten lediglich 35% des Betriebs des Beschwerdegegners ausgemacht hätten. Entsprechend sei der Betrieb des Beschwerdegegners nicht hauptsächlich in dem vom Anwendungsbereich des GAV erfassten Bereich tätig, weshalb gestützt auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung (Urteil 4C.191/2006 vom 17. August 2006 E. 2.4) die Anwendbarkeit des GAV zu verneinen sei.

4.2 Der Beschwerdeführer macht geltend, entgegen der Ansicht der Vorinstanz sei das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien dem GAV zu unterstellen. Der Wortlaut der Allgemeinverbindlicherklärung des Bundesrates vom 28. Februar 2014 (recte: 2008) sei klar: Der GAV gelte für sämtliche Arbeitgeber, die hauptsächlich oder nebenbei Parkette verlegen. Es sei beweisrechtlich erstellt, dass der Beschwerdegegner (als Nebenbeschäftigung) auch Parkettböden verlege, womit der GAV Anwendung finde. Entsprechend habe entgegen der Ansicht der Vorinstanz nicht bewiesen werden müssen, dass das Bodenlegen mindestens 50% des Gesamtumsatzes des Beschwerdegegners ausmachen würde; diese Bedingung sei aber ohnehin erfüllt gewesen, da der Beschwerdegegner gleichzeitig zwei Bodenleger zu je 100% beschäftigt habe. Entscheidend sei aber, dass die paritätische Berufskommission in ihrem Schreiben vom 7. Mai 2013 die Anwendbarkeit des GAV auf den Betrieb des Beschwerdegegners bejaht habe.

Darüber hinaus habe die Vorinstanz nicht beachtet, dass der Beschwerdegegner zugegeben habe, auch Polsterungen zu 10% ausführen zu lassen, was mit Sicherheit unter Art. 2 Abs. 1 Bst. a GAV («Reparation und/oder Restauration von Möbeln») falle. Der GAV sei somit auf das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien anwendbar.

5.

5.1 Die für den Geltungsbereich einschlägige Bestimmung von Art. 2 Abs. 1 (der damals geltenden Fassung, für welche der Beschwerdeführer seine Ansprüche geltend macht) des Bundesratsbeschlusses vom 28. Fe-

bruar 2008 über die Allgemeinverbindlicherklärung des Gesamtarbeitsvertrages des Ausbaugewerbes der Westschweiz lautet wie folgt:

«Der vorliegende Gesamtarbeitsvertrag gilt für sämtliche Arbeitgeber, Betriebe und Betriebsteile, die hauptsächlich oder nebenbei folgende Arbeiten verrichten oder verrichten lassen:

a) Schreinerei, Möbelschreinerei und Zimmerei, eingeschlossen:

– (...)

– Herstellung, Reparation und/oder Restauration von Möbeln;

– Parkettverlegung (Holzbodenlegen), als Nebentätigkeit;

– (...)

(...)

c) weitere Arbeiten des Ausbaugewerbes:

– Bodenbeläge und Parkettverlegung

(...))»

5.2 Ob ein Betrieb unter einen allgemeinverbindlichen GAV fällt, entscheidet allein der Richter, nicht die paritätische Kommission (ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL/ROGER RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxis-kommentar, 7. Aufl. 2012, N. 13 zu Art. 356 OR; vgl. auch Urteil 4C.46/1995 vom 11. Oktober 1995 E. 2). Soweit der Beschwerdeführer somit vorbringt, der GAV finde Anwendung, da die paritätische Berufskommission dies in ihrem Schreiben vom 7. Mai 2013 bejaht habe, geht seine Rüge von vornherein fehl.

5.3 Bei einem Branchen- bzw. Industrievertrag unterstehen diejenigen Arbeitnehmer dem GAV, die in einem bestimmten Wirtschaftszweig tätig sind. Die Frage, welchem Wirtschaftszweig ein Unternehmen zuzurechnen ist, beantwortet sich nach der Tätigkeit, die ihm das Gepräge gibt; entscheidend ist nicht der Handelsregistereintrag, sondern die tatsächliche Tätigkeit. Nach dem Grundsatz der Tarifeinheit gilt der GAV für den ganzen Betrieb und somit auch für berufsfremde Arbeitnehmer, wobei regelmässig gewisse Funktionsstufen und besondere Anstellungsverhältnisse angenommen werden. Allerdings kann ein Unternehmen mehrere Betriebe umfassen, welche unterschiedlichen Branchen angehören, oder es können innerhalb ein und desselben Betriebes mehrere Teile bestehen, welche eine unterschiedliche Zuordnung rechtfertigen, weil sie eine genügende, auch nach aussen erkennbare Selbstständigkeit aufweisen. In diesen Fällen können dann auf die einzelnen Teile des Unternehmens unterschiedliche Gesamtarbeitsverträge zur Anwendung gelangen. Massgebliches Zuordnungskriterium bei einem Industrievertrag ist somit die Art der Tätigkeit, die dem Betrieb oder dem selbstständigen Betriebsteil – und nicht dem Unternehmen als wirtschaftlichem Träger allenfalls mehrerer Betriebe – das Gepräge gibt (BGE 134 III 11 E. 2.1 S. 13 mit zahlreichen Hinweisen). Dabei ist Tatfrage, welche Tätigkeiten in einem Betrieb oder selbstständigen Betriebsteil in welchem Ausmass vorkommen. Rechtsfrage ist dagegen, welche der festgestellten Tätigkeiten dem Betrieb das Gepräge geben (Urteil 4A_377/2009 vom 25. November 2009 E. 3.1).

5.4 Beim Betrieb des Beschwerdegegners handelt es sich unbestrittenmassen um einen unechten Mischbetrieb, der mit seinen vier bis fünf Angestellten zu klein ist, um in Sektoren aufgeteilt zu werden. Entsprechend gilt der Grundsatz der Tarifeinheit, was von keiner Partei in Abrede gestellt wird.

Nicht zu hören ist der Beschwerdeführer soweit er vorbringt, der Betrieb des Beschwerdegegners falle unter Art. 2 Abs. 1 Bst. a GAV, da er auch Möbelpolsterungen vornehme. Diese Rüge entbehrt jeglicher Grundlage, da es sich beim Betrieb des Beschwerdegegners zweifellos nicht um eine Schreinerei, Möbelschreinerei oder Zimmerei handelt.

Zu prüfen gilt demnach einzig, ob der Betrieb des Beschwerdeführers unter Art. 2 Abs. 1 Bst. c GAV fällt.

5.5 Nach den tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz bietet die Einzelfirma des Beschwerdegegners verschiedene Produkte im Zusammenhang mit Innendekoration an, wovon die Bodenlegerarbeiten bzw. die Parkettverlegung lediglich 35% des gesamten Tätigkeitsbereiches ausmachen. Die Arbeiten im Bereich der Innendekoration – welche von der Vorinstanz nicht näher definiert wurden, gemäss dem Arbeitsgericht jedoch im Verkauf von Vorhängen, Bettwaren und dergleichen sowie in der Verarbeitung/Produktion von Vorhängen, Polsterungen als auch die Lieferung dieser Produkte besteht – stellen somit den hauptsächlichen Tätigkeitsbereich des Betriebes dar. So hat die Vorinstanz denn auch festgestellt, dass der Beschwerdeführer mehrere im Betrieb des Beschwerdegegners anfallende Arbeiten erledigt hat; soweit der Beschwerdeführer im bundesgerichtlichen Verfahren vorbringt, er habe nur Bodenlegerarbeiten ausgeführt und zudem sei auch noch ein zweiter Arbeitnehmer ausschliesslich als Bodenleger bzw. Parkettverleger tätig gewesen, weicht er in unzulässiger Weise von den tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz ab (vgl. E. 3.2), womit er nicht zu hören ist.

Die Arbeiten im Bereich der Innendekoration geben dem Unternehmen somit das Gepräge im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (vgl. E. 5.3 hiervor), womit der Parkettverlegung nur eine untergeordnete Bedeutung zukommt.

5.6 Ausgangspunkt für die Zuordnung eines Betriebes ist die auf dem Markt angebotene einheitliche (Arbeits-)Leistung; den dabei notwendigerweise und als integrierender Bestandteil anfallenden Hilfs- und Nebentätigkeiten kommt keine eigenständige Bedeutung zu, selbst wenn sie einen grösseren Arbeitsaufwand als die Grundleistung erfordern sollten (BGE 139 III 165 E. 1.2.3 S. 170 mit Hinweis auf das Urteil 4A_377/2009 vom 25. November 2009 E. 5.2). Die Vorinstanz ist demnach zutreffend davon ausgegangen, dass der Betrieb des Beschwerdegegners mit seiner prägenden Tätigkeit nicht unter den Geltungsbereich des GAV bzw. nicht unter Art. 2 Abs. 1 Bst. c GAV fällt. Daran vermag nichts zu ändern, dass der Betrieb des Beschwerdegegners (nebenbei) auch das Verlegen von Parkettböden anbietet. Denn bietet ein Betrieb höchstens in untergeordnetem

Ausmass weitere «branchenfremde» Leistungen an, ist es für die prägende Tätigkeit bedeutungslos, ob sie in einem sogenannten (unechten) Mischbetrieb ausgeübt werden, und folglich auch, ob diese Qualifikation erkennbar war (BGE 139 III 165 E. 4.2.3 S. 171).

Bundesgericht, Urteil vom 15. September 2014, Doss.-Nr. 9C_810/2013 (Bestätigung des Entscheids des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 17. Oktober 2013), in: BGE 140 I 305

Art. 16b EOG; Art. 8 BV; Art. 8 und 14 EMRK; Vaterschaftsentschädigung.

Nach dem klaren Wortlaut und dem eindeutigen Willen des Gesetzgebers kann aus Art. 16b EOG kein Anspruch von Vätern auf eine Erwerbsersatzentschädigung abgeleitet werden (E. 6 und 7).

Art. 16b EOG beinhaltet keinen Elternurlaub, wie er in anderen (europäischen) Ländern besteht, sondern regelt ausschliesslich den Entschädigungsanspruch der Mutter nach der Geburt. Eine unzulässige Diskriminierung besteht – auch im Lichte der Rechtsprechung des EGMR – nicht (E. 10.2).

Eine Aufteilung des Anspruchs auf beide Elternteile bedürfte einer gesetzlichen Grundlage und fällt im Rahmen der bestehenden Regelung (Anspruch während 14 Wochen) bereits deshalb ausser Betracht, weil ein solches Splitting unvereinbar wäre mit Art. 4 des zur Ratifikation vorgesehenen Übereinkommens Nr. 183 der IAO über den Mutterschutz, welcher den Frauen einen Mindestanspruch von 14 Wochen Mutterschaftsurlaub garantiert, der nicht unterschritten werden kann (E. 10.2).

Art. 16b LAPG; art. 8 Cst.; art. 8 et 14 CEDH; indemnité en cas de paternité.

Selon le texte légal clair et la volonté explicite du législateur, les pères ne peuvent déduire de l'art. 16b LAPG le droit à une indemnité pour perte de gain (consid. 6 et 7).

L'art. 16b LAPG ne comprend pas la notion de congé parental, telle qu'elle existe dans d'autres pays (européens), mais règle exclusivement le droit des mères à une indemnité après la naissance. Aucune discrimination contraire à la loi – aussi à la lumière de la jurisprudence de la CourEDH – n'existe (consid. 10.2).

Une répartition du droit sur les deux parents exigerait une base légale et fait donc déjà défaut dans le cadre de la réglementation existante (droit pendant 14 semaines), parce qu'une telle répartition serait incompatible avec l'art. 4 de la Convention n° 183 de l'OIT sur la pro-

tection de la maternité, prévue pour ratification, lequel garantit aux femmes le droit à un congé maternité minimal incompressible de 14 semaines (consid. 10.2).

Sachverhalt:

A.

Der verheiratete A. wurde 2012 zum zweiten Mal Vater und bezog in der Folge drei Wochen Urlaub, wovon ihm drei Tage gemäss den internen Richtlinien seiner Arbeitgeberfirma für die Vaterschaft zugesprochen worden waren. Den Rest bezog A. zu Lasten seines Ferien- und Überzeitkontos und vereinbarte mit der Arbeitgeberin, zu einem späteren Zeitpunkt (im Frühjahr 2013) weitere vier Wochen Urlaub zu beziehen, um die Eingewöhnung seines Sohnes in der Kinderkrippe sicherstellen zu können. Am 3. September 2012 stellte er bei der AHV-Zweigstelle der Stadt Bern ein Gesuch um «Elternschaftsentschädigung gemäss EOG» für einen «Elternurlaub» von sechs Wochen. Die Arbeitgeberfirma des A. unterstützte dieses Gesuch mit einem gleichentags verfassten Schreiben und beantragte die Deckung des «Erwerbsausfall[s] von A. zu dem Prozentsatz, welcher den weiblichen Angestellten gewährt wird». Mit Verfügung vom 25. September 2012 verneinte die Ausgleichskasse des Kantons Bern (nachfolgend: Ausgleichskasse) einen Anspruch auf Erwerbsersatzentschädigung. Daran hielt sie mit Einspracheentscheid vom 28. Januar 2013 fest.

B.

Die hiegegen erhobene Beschwerde des A. wies das Verwaltungsgericht des Kantons Bern, Sozialversicherungsrechtliche Abteilung, mit einzelrichterlichem Urteil vom 17. Oktober 2013 ab.

C.

A. führt Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten und beantragt im Wesentlichen die Aufhebung des angefochtenen Entscheides, die Zusprechung einer Erwerbsersatzentschädigung für sechs Wochen Vaterschaftsurlaub und die Rückweisung der Sache an das kantonale Gericht bzw. an die Ausgleichskasse zur Festsetzung der konkreten Entschädigung.

Die Ausgleichskasse und das Bundesamt für Sozialversicherungen schliessen auf Abweisung der Beschwerde, Erstere unter Bezugnahme auf eine Stellungnahme der AHV-Zweigstelle der Stadt Bern.

Aus den Erwägungen:

2.

Per 1. Juli 2005 wurden das OR um einen Anspruch auf Mutterschaftsurlaub für Arbeitnehmerinnen von mindestens 14 Wochen (Art. 329f OR) und das Bundesgesetz vom 25. September 1952 über den Erwerbsersatz für Dienstleistende (Erwerbsersatzgesetz, EOG; SR 834.1) um eine Mutterschaftsentschädigung ergänzt. Gemäss Art. 16b Abs. 1

EOG ist anspruchsberechtigt eine Frau, die (a.) während der neun Monate unmittelbar vor der Niederkunft im Sinne des AHVG obligatorisch versichert war; (b.) in dieser Zeit mindestens fünf Monate lang eine Erwerbstätigkeit ausgeübt hat; und (c.) im Zeitpunkt der Niederkunft: (1.) Arbeitnehmerin im Sinne von Artikel 10 ATSG ist, (2.) Selbständigerwerbende im Sinne von Artikel 12 ATSG ist, oder (3.) im Betrieb des Ehemannes mitarbeitet und einen Barlohn bezieht. Der Entschädigungsanspruch entsteht am Tag der Niederkunft (Art. 16c Abs. 1 EOG) und endet am 98. Tag nach seinem Beginn (Art. 16d EOG).

3.

Streitig ist, ob das kantonale Gericht einen Anspruch des Beschwerdeführers auf eine Erwerbsersatzentschädigung zu Recht verneint hat. Es handelt sich dabei um eine frei überprüfbare Rechtsfrage.

3.1 Das kantonale Gericht erwog, der Wortlaut von Art. 16b EOG sei klar und unmissverständlich. Er nenne ausschliesslich die Frau als Anspruchsberechtigte, weshalb für eine über den Wortlaut hinausgehende Auslegung mit Rücksicht auf das Rechtsgleichheitsgebot kein Raum bleibe. Der Wortlaut gebe den wahren Sinn der Bestimmung wieder. Gemäss den Materialien habe der Gesetzgeber die Ausweitung des EOG bewusst auf erwerbstätige Mütter beschränkt und damit den seit Jahrzehnten bestehenden Verfassungsauftrag von Art. 34^{quinquies} aBV bzw. Art. 116 Abs. 3 Satz 1 BV zur Einrichtung einer Mutterschaftsversicherung umgesetzt. Die Mutterschaftsentschädigung beruhe nicht nur auf gesellschaftlichen Vorstellungen und Wertungen des Gesetzgebers, sondern mit Blick auf die aussergewöhnliche körperliche und psychische Belastung der Mutter durch die Geburt auch auf biologischen bzw. funktionalen Gründen, weshalb das Rechtsgleichheitsgebot (Art. 8 Abs. 3 BV) nicht verletzt werde. Diese Gründe entfielen acht Wochen nach der Geburt nicht, was sich insbesondere daraus ergebe, dass Wöchnerinnen gemäss Art. 35a Abs. 3 des Bundesgesetzes vom 13. März 1964 über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (ArG; SR 822.11) ab der neunten bis zur 16. Woche nach der Geburt nur mit ihrem Einverständnis beschäftigt werden dürften. Schliesslich enthalte die EMRK weder ein generelles Verbot der unterschiedlichen Behandlung von Frauen und Männern noch könne aus ihr ein genereller Anspruch auf Elternurlaub abgeleitet werden. Insbesondere habe der EGMR in dem beschwerdeweise angeführten Entscheid *Markin gegen Russland* vom 22. März 2012 (Nr. 30078/06, Grosse Kammer, Recueil CourEDH 2012-III S. 77) einzig festgehalten, ein Elternurlaub müsse, falls gesetzlich vorgesehen, geschlechtsneutral ausgestaltet sein. Die Schweiz kenne aber im Gegensatz zu Russland keinen Elternurlaub («parental leave»), sondern eher einen vom EGMR nur am Rand erwähnten «maternity leave», der vom Gerichtshof nicht beanstandet worden sei.

3.2 Der Beschwerdeführer macht geltend, die Gewährung eines bezahlten Mutterschaftsurlaubes beruhe sowohl auf biologischen wie auf sozialen Überlegungen. Trotz des biologischen Vorgangs der Geburt handle

es sich nur zum Teil um «zwingende biologische Gründe», welche eine Ungleichbehandlung zu rechtfertigen vermöchten. Mit zunehmendem Zeitablauf würden die biologischen Gründe von sozialen Bedürfnissen überlagert und schliesslich verdrängt. Angelehnt an das gesundheitspolizeiliche Arbeitsverbot während der ersten acht Wochen nach der Geburt (Art. 35a Abs. 3 ArG) und die Bestimmungen der Internationalen Arbeitsorganisation (IAO) werde die Mutterschaftsentschädigung von der neunten bis zur 14. Woche ohne zwingende, in der biologischen Natur liegende Gründe ausbezahlt. Die sozialen Gründe, aus welchen eine Mutterschaftsentschädigung auch nach der achten Woche ausgerichtet werde, gälten gleichermaßen für den Vater. Soweit Art. 16b EOG den Anspruch nur der Frau zugestehet, beruhe er auf überkommenen gesellschaftlichen Vorstellungen, knüpfe an das Geschlecht an und verstosse gegen Art. 8 Abs. 3, Art. 13 Abs. 1 und Art. 14 BV, Art. 8 in Verbindung mit Art. 14 EMRK und das bei der Gesetzesinterpretation zu berücksichtigende UNO-Übereinkommen vom 18. Dezember 1979 zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (CEDAW [Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women]; SR 0.108) sowie das Übereinkommen vom 20. November 1989 über die Rechte des Kindes (KRK; SR 0.107), welche eine Gleichberechtigung von Frau und Mann im Hinblick auf die Elternbeziehung verlangten. Der Gesetzgeber habe bei der Konkretisierung des seit 1945 bestehenden Verfassungsauftrags zur Errichtung einer Mutterschaftsversicherung eine Vaterschaftsentschädigung nicht ausschliessen wollen. Die Bevorzugung des weiblichen Geschlechts bei der Gewährung einer Mutterschaftsentschädigung sei somit EMRK- und verfassungswidrig.

Soweit eine verfassungs- und völkerrechtskonforme Gesetzesauslegung ausser Betracht falle, sei Völkerrecht, namentlich die EMRK, für die Gerichte verbindlich. Die Verfassung habe sich bei einer Kollision beider Rechtsgrundlagen nicht für den Vorrang der Bundesgesetze, sondern für einen Vorrang des Völkerrechts ausgesprochen. Gegebenenfalls seien Bundesgesetze zu korrigieren, damit sie den Anforderungen der – direkt anwendbaren – EMRK unter Einbezug der Rechtsprechung des EGMR genügen. Richtungsweisend sei für den vorliegenden Fall der Entscheid des EGMR *Markin gegen Russland* vom 22. März 2012 (vgl. E. 3.1 hievore), der die russische Regelung, ausschliesslich den weiblichen Soldatinnen einen dreijährigen Elternurlaub zu gewähren, als diskriminierend und das Recht auf Achtung des Familienlebens verletzend erachte.

4.

In Art. 8 Abs. 3 BV (bis 31. Dezember 1999: Art. 4 Abs. 2 aBV) hat der Verfassungsgeber autoritativ festgestellt, die Zugehörigkeit zum einen oder andern Geschlecht stelle grundsätzlich keinen rechtserheblichen Aspekt dar. Mann und Frau haben somit für die ganze Rechtsordnung im Wesentlichen als gleich zu gelten. Das Bundesgericht hat wiederholt erklärt, dass es seit dem Inkrafttreten von Art. 4 Abs. 2 aBV dem kantonalen wie

auch dem eidgenössischen Gesetzgeber grundsätzlich verwehrt ist, Normen zu erlassen, welche Mann und Frau ungleich behandeln; die erwähnte Verfassungsbestimmung schliesst die Geschlechtszugehörigkeit als taugliches Kriterium für rechtliche Differenzierungen aus (z.B. BGE 134 V 131 E. 7.1 S. 136 mit Hinweisen). Eine unterschiedliche Behandlung von Mann und Frau ist nur noch zulässig, wenn auf dem Geschlecht beruhende biologische oder funktionale Unterschiede eine Gleichbehandlung absolut ausschliessen (BGE 108 Ia 22 E. 5a S. 29 und seitherige Rechtsprechung). Der Vorbehalt funktionaler Unterschiede in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung bedeutet insbesondere nicht, dass überkommenen Rollenverständnissen, so sie denn heute noch der Realität entsprechen, ohne Weiteres auch in Zukunft rechtliche Relevanz verliehen werden darf (BGE 138 I 265 E. 6.1 S. 272).

5.

Nach Art. 190 BV sind Bundesgesetze und Völkerrecht für das Bundesgericht und die anderen rechtsanwendenden Behörden massgebend. Damit kann Bundesgesetzen weder im Rahmen der abstrakten noch der konkreten Normenkontrolle die Anwendung versagt werden. Zwar handelt es sich dabei um ein Anwendungsgebot und kein Prüfungsverbot, und es kann sich rechtfertigen, vorfrageweise die Verfassungswidrigkeit eines Bundesgesetzes zu prüfen. Wird eine solche festgestellt, muss das Gesetz dennoch angewendet werden, und das Bundesgericht kann lediglich den Gesetzgeber einladen, die fragliche Bestimmung zu ändern (BGE 139 I 180 E. 2.2 S. 185).

6.

6.1 Das Gesetz muss in erster Linie aus sich selbst heraus, das heisst nach dem Wortlaut, Sinn und Zweck und den ihm zugrunde liegenden Wertungen auf der Basis einer teleologischen Verständnismethode ausgelegt werden. Die Gesetzesauslegung hat sich vom Gedanken leiten zu lassen, dass nicht schon der Wortlaut die Norm darstellt, sondern erst das an Sachverhalten verstandene und konkretisierte Gesetz. Gefordert ist die sachlich richtige Entscheidung im normativen Gefüge, ausgerichtet auf ein befriedigendes Ergebnis der ratio legis. Dabei befolgt das Bundesgericht einen pragmatischen Methodenpluralismus und lehnt es namentlich ab, die einzelnen Auslegungselemente einer hierarchischen Ordnung zu unterstellen.

Insbesondere bei jüngeren Gesetzen sind auch die Gesetzesmaterialien zu beachten, wenn sie auf die streitige Frage eine klare Antwort geben und dem Gericht damit weiterhelfen (BGE 140 V 8 E. 2.2.1 S. 11 mit Hinweisen).

6.2 Die Ermittlung der ratio legis darf nicht nach den eigenen, subjektiven Wertvorstellungen des Gerichts, sondern hat nach den Vorgaben des Gesetzgebers zu erfolgen. Der Balancegedanke des Prinzips der Gewaltenteilung bestimmt nicht allein die Gesetzesauslegung im herkömmlichen Sinn, sondern er führt darüber hinaus zur Massgeblichkeit der bei der Aus-

legung gebräuchlichen Methoden für den Bereich richterlicher Rechtschöpfung, indem ein vordergründig klarer Wortlaut einer Norm entweder auf dem Analogieweg auf einen davon nicht erfassten Sachverhalt ausgedehnt oder umgekehrt auf einen solchen Sachverhalt durch teleologische Reduktion nicht angewandt wird. Die Auslegung des Gesetzes ist zwar nicht entscheidend historisch zu orientieren, im Grundsatz aber dennoch auf die Regelungsabsicht des Gesetzgebers und die damit erkennbar getroffenen Wertentscheidungen auszurichten, da sich die Zweckbezogenheit des rechtsstaatlichen Normverständnisses nicht aus sich selbst begründen lässt, sondern aus den Absichten des Gesetzgebers abzuleiten ist, die es mit Hilfe der herkömmlichen Auslegungselemente zu ermitteln gilt. Das Gesetzesbindungspostulat schliesst für sich allein richterliche Entscheidungsspielräume nicht grundsätzlich aus. Es begrenzt indes die Zulässigkeit der Rechtsfindung *contra verba* aber *secundum rationem* (BGE 128 I 34 E. 3b S. 41 f.). Sind mehrere Auslegungen möglich, ist jene zu wählen, die den verfassungsrechtlichen Vorgaben am besten entspricht. Die verfassungskonforme Auslegung hat insbesondere dort ihre Grenze, wo entgegen dem klaren gesetzgeberischen Willen (BGE 138 II 217 E. 4.1 S. 224 mit Hinweisen) ein (neuer) sozialversicherungsrechtlicher Anspruch geschaffen würde (vgl. BGE 116 V 198 E. 3b S. 216; BGE 118 V 293 E. 2e S. 298; BGE 126 V 93 E. 4b S. 97; Urteil des Eidg. Versicherungsgerichts U 30/01 vom 24. Januar 2002 E. 3c).

7.

7.1 Der Wortlaut des Art. 16b EOG ist klar und unmissverständlich, wie auch das kantonale Gericht zutreffend erwog. Anspruch auf eine Mutterschaftsentschädigung hat die Frau. Zu prüfen ist, ob triftige Gründe dafür vorliegen, dass der Wortlaut nicht den wahren Sinn der Bestimmung wiedergibt. Solche können sich – wie dargelegt (E. 6 hievore) – aus der Entstehungsgeschichte der Bestimmung, aus ihrem Grund und Zweck oder aus dem Zusammenhang mit andern Vorschriften ergeben (BGE 128 V 20 E. 3a S. 24 mit Hinweisen).

7.2 Der per 1. Januar 2005 ins Erwerbersatzgesetz eingefügten Mutterschaftsentschädigung gingen vielfältige gesetzgeberische Versuche zur Schaffung einer eidgenössischen Mutterschaftsversicherung voraus. Bereits seit 1945 hatte mit Art. 34^{quinquies} aBV ein entsprechender verfassungsmässiger Auftrag bestanden. Sowohl dieser wie auch der seit 1. Januar 2000 gültige Art. 116 BV sind relativ offen formuliert (LUZIUS MADER, Die schweizerische Bundesverfassung, 2. Aufl. 2008, N. 12 zu Art. 116 BV; PASCAL MAHON, Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Bd. II, Stand Oktober 1992, N. 71 zu Art. 34^{quinquies} Abs. 4 BV). Ob damit eine ausreichende Verfassungsgrundlage für die gesetzliche Einführung eines Elternurlaubs gegeben wäre, kann offenbleiben. Es ist jedenfalls nicht ausschliesslich in einer überkommenen gesellschaftlichen Realität der 1950er Jahre zu suchen, dass der Gesetzgeber bloss eine Mutterschafts- und nicht auch eine Elternschaftsversiche-

rung eingeführt hat, wie dies der Beschwerdeführer geltend macht. Wohl war bei Annahme des Art. 34^{quinquies} aBV in der Volksabstimmung vom 25. November 1945 das gesellschaftliche Bewusstsein für die rechtliche Gleichstellung von Frau und Mann weit geringer als heute, und es dürften in erster Linie Leistungen an die Frau als Wöchnerin im Fokus gestanden haben, während der Gedanke eines Elternurlaubs auch für Väter gesellschaftlich nicht nahelag (vgl. Bericht des Bundesrates an die Bundesversammlung vom 10. Oktober 1944 über das Volksbegehren «Für die Familie», BBl 1944 I 865, 1022 f. Ziff. III/2). Unbestritten hat seither das Gleichberechtigungsgesetz stark an Bedeutung gewonnen. Indes ist nicht ersichtlich, dass der Verfassungsgeber bei der Neuformulierung des am 1. Januar 2000 in Kraft getretenen Art. 116 Abs. 3 BV den Gesetzgebungsauftrag materiell hätte erweitern wollen (vgl. MADER, a.a.O., N. 1 und 12 zu Art. 116 BV). Nicht zuletzt blieben auf Gesetzgebungsebene verschiedene parlamentarische Vorstösse chancenlos. So wurde etwa eine Volksinitiative, welche – neben eigentlichen Mutterschaftsleistungen wie Kündigungsschutz und Mutterschaftsentschädigung – einen teilweise bezahlten Elternurlaub von neun Monaten vorgesehen hatte, deutlich verworfen (Volksabstimmung vom 2. Dezember 1984, BBl 1980 I 821; 1985 I 273). Ebenso wenig Erfolg hatte ein Gesetzesvorschlag, der auch für nichterwerbstätige Mütter eine Entschädigung vorsah (Volksabstimmung vom 13. Juni 1999, BBl 1998 5695; 1999 7293).

7.3

7.3.1 Die parlamentarische Debatte zur Einführung der Mutterschaftsentschädigung zeigt ebenfalls klar, dass der Gesetzgeber von weitergehenden Ansprüchen in zeitlicher und vor allem auch in personeller Hinsicht letztlich aus pragmatischen, politischen Gründen mehrheitlich Abstand nehmen wollte. Die der Diskussion zu Grunde liegende parlamentarische Initiative 01.426 «Revision Erwerbsersatzgesetz. Ausweitung der Erwerbsersatzansprüche auf erwerbstätige Mütter» von Nationalrat Triponez vom 20. Juni 2001 mit über 100 parlamentarischen Unterzeichnenden zielte auf eine politisch mehrheitsfähige, realistische Lösung ab, die – nach mehrfach gescheiterten weitergehenden Vorstössen (vgl. E. 7.2 hier) – ausschliesslich den erwerbstätigen Müttern zugutekommen sollte, zumal ein minimaler Mutterschaftsschutz für die erwerbstätigen Mütter aus sozialpolitischen Gründen nunmehr von einer breiten parlamentarischen Gruppe als dringlich erachtet wurde (AB 2001 N 1615 [Votum Triponez]).

7.3.2 Nach der Einführung der Mutterschaftsentschädigung lehnte das Parlament zahlreiche Vorstösse zur Einführung eines Vaterschafts- bzw. Elternurlaubs ab (vgl. die tabellarische Übersicht in: Vaterschaftsurlaub und Elternurlaub, Auslegeordnung und Präsentation unterschiedlicher Modelle, Bericht des Bundesrates vom 30. Oktober 2013 in Erfüllung des Postulats Fetz [nachfolgend: Bericht des Bundesrates], Anhang 2; abrufbar unter www.bsv.admin.ch). Das Parlament folgte jeweils dem Bundesrat, der regelmässig dieselben grundsätzlichen Argumente anführte: Zum einen be-

finde sich die Zuständigkeit für die Einführung und Ausgestaltung eines Vaterschafts- oder Elternurlaubs bei den Sozialpartnern und solle auch dort bleiben. Zum ändern sei die Einführung eines solchen Urlaubs als neu einzuführende Sozialleistung weder finanzierbar noch habe sie sozialpolitisch Priorität (Bericht des Bundesrates, S. 7). Ausnahme bildete einzig das Postulat 11.3492 «Freiwillige Elternzeit und Familienvorsorge» von Ständerätin Fetz vom 6. Juni 2011, welches das Parlament annahm und den Bundesrat mit der Ausarbeitung des erwähnten Berichts beauftragte. Darin wurde nicht dem Vaterschafts- respektive Elternurlaub prioritäre Bedeutung zuerkannt, sondern dem bedarfsgerechten Ausbau familien- und schulergänzender Kinderbetreuungsangebote (Bericht des Bundesrates, S. 66).

7.4 Es steht somit fest, dass nicht nur der Gesetzeswortlaut den Entschädigungsanspruch auf die Mütter beschränkt, sondern ebenso der Gesetzeszweck eindeutig auf eine Entschädigung ausschliesslich für Mütter abzielt. Art. 16b EOG kann nicht in dem Sinne ausgelegt werden, dass gestützt auf diese Bestimmung auch den Vätern ein bundesrechtlicher Urlaubs- und Entschädigungsanspruch zusteht. Daran ändert die Berufung des Beschwerdeführers auf die bei der Auslegung zu berücksichtigenden UNO-Übereinkommen (CEDAW; KRK; E. 3.2 hievor) nichts. Eine Auslegung gegen den klaren Wortlaut oder gegen den eindeutigen gesetzgeberischen Willen würde den Rahmen einer verfassungs- und völkerrechtskonformen Auslegung sprengen und ist abzulehnen (vorangehende E. 6.2).

Väter sind somit in der Tat schlechtergestellt als Mütter. Zu prüfen bleibt, ob darin eine verpönte Diskriminierung liegt.

8.

8.1 Art. 16b EOG knüpft an Schwangerschaft und Niederkunft und damit an eine geschlechtsspezifische biologische Ursache an. Eine Differenzierung nach dem Geschlecht ist insoweit zulässig (vgl. E. 4 hievor), was auch der Beschwerdeführer nicht in Abrede stellt. Er macht jedoch geltend, eine unterschiedliche Regelung für Väter und Mütter sei nur gerechtfertigt, solange gesundheitliche Gründe bestünden, was lediglich während einer achtwöchigen Erholungszeit der Mutter nach der Geburt der Fall sei (vorangehende E. 3.2).

8.2 Der Beschwerdeführer hatte unmittelbar im Anschluss an die Geburt seines Kindes eine Vaterschaftsentschädigung beantragt. Soweit er beschwerdeweise einen Anspruch auf Leistungen während der ersten acht Wochen nach der Entbindung geltend macht, ist seine Beschwerde von vornherein unbegründet. Wie dargelegt (E. 8.1) besteht für diese Zeit ein auch vom Beschwerdeführer ausdrücklich anerkannter biologisch bedingter Unterschied zwischen Frau und Mann, der hinsichtlich des Urlaubs- und Entschädigungsanspruchs eine unterschiedliche Behandlung gestattet (vgl. auch Urteil 2P.296/1992 vom 11. Februar 1994 E. 3b, in: ZBl 95/1994 S. 377 f.). Fragen kann sich somit nur, ob der darüber hinausgehende Entschädigungsanspruch für die neunte bis zur 14. Woche nach der

Geburt auf Mütter ausgedehnt werden durfte, ohne den Vätern einen entsprechenden Vorteil einzuräumen.

9.

9.1 Im bereits zitierten Urteil 2P.296/1992 vom 11. Februar 1994 (vorangehende E. 8.2) hatte das Bundesgericht zu entscheiden, ob einem im bernischen Staatsdienst angestellten Mann im Anschluss an dessen Vaterschaft ein bezahlter Urlaub von 14 Wochen zustehe, wie dies die einschlägige Beamtenverordnung «dem weiblichen Personal» gewährte. Das Bundesgericht verneinte einen entsprechenden Anspruch im Wesentlichen mit der Begründung, der strittige Mutterschaftsurlaub sei unmittelbar mit einem relevanten geschlechtsspezifischen Tatbestandselement, nämlich mit der Niederkunft und dem Wochenbett verknüpft. Wie lange ein Mutterschaftsurlaub maximal dauern dürfe, um noch als geschlechtsbedingt anerkannt zu werden, hatte das Bundesgericht in jenem Entscheid offengelassen. Es erwog, der (kantonale) Gesetzgeber sei jedenfalls nicht verpflichtet, bloss einen minimalen Niederkunftsurlaub zu gewähren, sondern es stehe ihm ein gewisser Gestaltungsspielraum zu, ohne dass er sich deswegen dem Vorwurf der Diskriminierung aussetze. Ein Mutterschaftsurlaub von 14 Wochen bewege sich jedenfalls auch rechtsvergleichend im üblichen Rahmen (2P.296/1992 E. 3c und 3d). Soweit der Beschwerdeführer die Einführung eines eigentlichen Elternurlaubs beantrage, wäre ein solcher wohl geeignet, die Gleichstellung von Mann und Frau in Familie und Arbeit zu fördern. Wenn auch der Mann die Möglichkeit erhielte, sich bei Vaterschaft einige Zeit vorrangig dem Kind zu widmen, würde dies zweifellos einen Beitrag zur Überwindung des traditionellen Rollenverständnisses leisten. Es sei aber Sache des Gesetzgebers, tatsächliche Gleichstellung der Geschlechter in der sozialen Wirklichkeit zu schaffen und darüber zu befinden, welche Regelung er in diesem Bereich treffen und wie er diese ausgestalten wolle (2P.296/1992 E. 4b).

9.2 Was die vom Beschwerdeführer gerügte Verletzung der EMRK betrifft, ist zunächst festzuhalten, dass die Konventionsgarantien bereits aus entstehungsgeschichtlichen Gründen (Konzeption der EMRK als Katalog von Abwehrrechten unter ausdrücklicher Negation des Schutzes sozialer Rechte) tendenziell enger auszulegen sind, wenn ein Anspruch auf staatliche Leistungen der sozialen Sicherheit im Raum steht (BGE 140 I 77 E. 8 S. 87 f.). Darüber hinaus gesteht der Gerichtshof den Mitgliedstaaten im Bereich der Ausgestaltung von Systemen der sozialen Sicherheit einen weiten Beurteilungsspielraum zu. Grundsätzlich wenig geklärt ist bislang, ob und allenfalls inwieweit überhaupt positive Leistungspflichten der Staaten aus der Pflicht zur Achtung des Privat- und Familienlebens (Art. 8 EMRK) abgeleitet werden können (BGE 140 I 77 E. 8 S. 87 f.). Ausdrücklich verneint hat der EGMR aber eine Pflicht der Mitgliedstaaten aus Art. 8 EMRK zur Einführung eines Vaterschafts- oder Elternurlaubs (hiezugehört E. 9.2.1).

9.2.1 Dem sowohl von der Vorinstanz als auch vom Beschwerdeführer zitierten EGMR-Entscheid vom März 2012 (E. 3.1 hievore) lag folgender Sachverhalt zugrunde: Der russische Armeeeingehörige *Konstantin Markin* wurde im Jahr 2005 zum dritten Mal Vater. Gleichzeitig beantragte seine Ehefrau die Scheidung. *Konstantin Markin* ersuchte um einen dreijährigen Elternurlaub, welcher nach russischem Recht weiblichen Armeeeingehörigen vorbehalten war. Nachdem die innerstaatlichen Gerichte sein Begehren mit der Begründung abgewiesen hatten, er habe den Nachweis nicht erbringen können, alleiniger Inhaber der elterlichen Sorge zu sein, zudem stehe der dreijährige Elternurlaub nur weiblichen Armeeeingehörigen offen, wandte er sich an den EGMR. Der Gerichtshof hielt mit Bezug auf den Mutterschaftsurlaub («maternity leave», im russischen Recht [übersetzt]: «pregnancy and delivery leave») fest, im Unterschied zum (an den Mutterschaftsurlaub anschliessenden) Elternurlaub («parental leave», im russischen Recht [übersetzt]: «child-care leave»), welcher nicht mehr mit der Biologie der Mutter verknüpft sei, diene der Mutterschaftsurlaub der Erholung der Mutter von der Geburt (§ 132). Soweit das nationale Gericht aber den Anspruch eines männlichen Berufssoldaten auf Elternurlaub («parental leave») verneint habe, verletze dies Art. 14 i.V.m. Art. 8 EMRK. Die Förderung der Geschlechtergleichheit sei heute ein wichtiges Ziel («major goal») der Mitgliedstaaten (§ 127). Der Ausschluss von Vätern vom Elternurlaub könne jedenfalls nicht einzig mit der Geschlechterstereotypie – Frauen als traditionell primäre Kindererzieherinnen – begründet werden. Während zum Zeitpunkt des Entscheids *Petrovic gegen Österreich* vom 27. März 1998 (Nr. 20458/92, Grosse Kammer, Recueil CourEDH 1998-II S. 579) in den Mitgliedstaaten noch kein Konsens geherrscht habe, wonach ein Elternurlaub auch Vätern zu gewähren sei, bestehe nunmehr ein grösseres Bewusstsein für eine ausgeglichene Aufteilung der Kindererziehungsaufgaben zwischen Frau und Mann (§ 99). Gleichwohl beinhalte Art. 8 EMRK keine positive Verpflichtung eines Staates, einen Elternurlaub zu gewähren. Bestehe ein solcher, müsse er in Übereinstimmung mit Art. 8 EMRK diskriminierungsfrei ausgestaltet werden (§ 130).

9.2.2 Im Entscheid *Hulea gegen Rumänien* vom 2. Oktober 2012 (Nr. 33411/05, III. Kammer), befand der Gerichtshof über die Beschwerde eines in der rumänischen Armee angestellt gewesenen Elektrikers. Dessen Ehefrau hatte im Anschluss an die Geburt eines zweiten Sohnes im Dezember 2001 in den ersten zehn Monaten Elternurlaub in Anspruch genommen und war nach dieser Zeit wieder an ihren Arbeitsplatz zurückgekehrt, um die Vorzüge ihrer festen Lehrerstelle nicht zu verlieren. Den Antrag des Beschwerdeführers auf Gewährung des restlichen Elternurlaubes (insgesamt zwei Jahre) wies die erste innerstaatliche Gerichtsinstanz mit der Begründung ab, ein Elternurlaub stehe nur Militärangehörigen weiblichen Geschlechts zu. Das rumänische Verfassungsgericht befand, es liege eine unzulässige Diskriminierung vor und wies die Sache an die Vor-

instanz zurück. Diese verneinte einen Anspruch erneut mit der Begründung, der Beschwerdeführer habe keine Prämien für die (Eltern-)Urlaubsversicherung bezahlt. Mit Beschwerde vor dem EGMR machte der Beschwerdeführer geltend, die Weigerung, ihm Elternurlaub zu gewähren, sei eine geschlechtsbezogene Diskriminierung. Der EGMR stellte unter Berufung auf den Entscheid *Markin* (vorangehende E. 9.2.1) eine Verletzung von Art. 8 und 14 EMRK fest. Die Begründung des rumänischen Verfassungsgerichts sei «zu formalistisch» (u.a. weil dem Beschwerdeführer keine Möglichkeit eingeräumt worden war, Prämien nachzuzahlen).

10.

10.1 Der in Art. 16b EOG geregelte Mutterschaftsurlaub von 14 Wochen entspricht nicht nur nach Meinung des schweizerischen Gesetzgebers eindeutig keinem Elternurlaub («parental leave»), sondern einem Mutterschutz («maternity leave»), was nur schon die zahlreichen parlamentarischen Vorstösse zur Einführung eines Vaterschafts- oder Elternurlaubes zeigen (unlängst: Motion 14.3068 «Elternurlaub statt Mutterschaftsentschädigung» der Grünliberalen Fraktion vom 12. März 2014; Motion 14.3109 «Elternurlaub. Mehr Wahlfreiheit bei gleichen Kosten» von Nationalrat Caroni vom 18. März 2014; beide vom Bundesrat zur Ablehnung empfohlen). Auch die Lehre geht klar davon aus, das geltende Recht betreffe ausschliesslich den Mutterschutz (z.B. SABINE STEIGER-SACKMANN, *Recht der Sozialen Sicherheit, Handbücher für die Anwaltspraxis*, Bd. XI, 2014, S. 1155 Rz. 32.8; SCARTAZZINI/HÜRZELER, *Bundessozialversicherungsrecht*, 2012, S. 574 Rz. 15). Mit einer Erwerbsausfallentschädigung von 14 Wochen entspricht die schweizerische Regelung nicht zuletzt der minimalen Dauer des Mutterschaftsurlaubes in der EU, welche derzeit ebenfalls – noch – bei 14 Wochen liegt (wobei Bestrebungen im Gange sind, diesen auf 18 bis 20 Wochen zu erhöhen; vgl. Pressemitteilung des Europäischen Parlaments vom 18. Juli 2014; www.europarl.europa.eu). Die einzelnen europäischen Staaten gewähren einen Mutterschaftsurlaub zwischen 14 Wochen (Deutschland) und 5–6 Monaten (Italien, Portugal), bei unterschiedlicher Ausgestaltung der Entschädigung, der Dauer im Einzelfall (welche teilweise abhängt von der Anzahl Geburten oder davon, ob eine Mehrlings- oder Frühgeburt vorliegt etc.) und der Möglichkeit einer teilweisen Übertragbarkeit auf den Vater (vgl. die Übersicht im Bericht der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrates vom 10. November 2011 betreffend die Parlamentarische Initiative [Nr. 07.455] zur Ratifikation des IAO-Übereinkommens Nr. 183 über den Mutterschutz, BBl 2012 1797, 1810 Ziff. 4.2). Die Elternurlaubsregeln in den europäischen Ländern, welche nicht mehr dem Mutterschutz an sich dienen, sondern der – aus familien-, arbeitsmarkt- und gleichstellungspolitischer Perspektive fraglos wünschbaren – Gleichstellung von Vater und Mutter hinsichtlich der Kinderbetreuung, bewegen sich demgegenüber mehrheitlich in einem deutlich über die Mutterschaftsentschädigung hinausgehenden zeitlichen Rahmen (so beträgt der Elternurlaub in Deutschland beispiels-

weise 36 Monate pro Elternteil, in Österreich 24 Monate insgesamt, in Frankreich zwölf Monate pro Elternteil sowie in Finnland, Italien, Luxemburg und in den Niederlanden sechs Monate; Bericht des Bundesrates, a.a.O. [E. 7.3.2 hievov], S. 104 ff.).

10.2 Weil nach dem Gesagten Art. 16b EOG weder einen Vaterschafts- noch einen Elternurlaub beinhaltet, sondern ausschliesslich den Entschädigungsanspruch der Mutter nach der Geburt regelt, fällt – auch unter EMRK-Gesichtspunkten – eine unzulässige Diskriminierung ausser Betracht. Eine vom Beschwerdeführer postulierte Aufteilung des Urlaubes bzw. des Entschädigungsanspruchs bedürfte in jedem Fall einer gesetzlichen Grundlage, welche – wie in den europäischen Ländern, mit Vaterschafts- oder Elternschaftsansprüchen – die Modalitäten regelt und insbesondere allfälligen gesundheitlichen Risiken von Mutter und Kind Rechnung trägt (wie sie etwa bei Früh- oder Mehrlingsgeburten oder bei Behinderungen des Kindes auftreten), die eine das übliche Beschäftigungsverbot übersteigende Schonfrist erfordern. Vor allem aber fällt eine Aufteilung des nach schweizerischem Recht bestehenden Entschädigungsanspruchs von 14 Wochen auf Mutter und Vater bereits deshalb ausser Betracht, weil ein solches Splitting unvereinbar wäre mit Art. 4 des zur Ratifikation vorgesehenen IAO-Übereinkommens Nr. 183 über den Mutterschutz, welcher den Frauen einen Mindestanspruch von 14 Wochen Mutterschaftsurlaub garantiert, der nicht unterschritten werden kann.

11. Schliesslich beruft sich der Beschwerdeführer auf BGE 139 I 16 E. 5.1 S. 28 f. Das Bundesgericht erwog in einem obiter dictum, bei einem echten Normkonflikt zwischen Bundes- und Völkerrecht gehe grundsätzlich die völkerrechtliche Verpflichtung der Schweiz vor. Dies gelte auch bei späteren, d.h. nach der völkerrechtlichen Norm in Kraft getretenen Bundesgesetzen, die regelmässig unanwendbar blieben, soweit sie dem Völkerrecht entgegenstünden. Ein Normenkonflikt zwischen Bundesgesetz und Völkerrecht liegt hier indes wie dargelegt nicht vor. Die EMRK lässt den Vertragsstaaten im Bereich der Sozialleistungen generell einen weiten Ermessensspielraum und beinhaltet insbesondere keinen Anspruch auf Vaterschaftsleistungen (E. 9.2 hievov). Eine Mutterschaftsentschädigung, wie sie Art. 16b EOG vorsieht, ist auch nach der Rechtsprechung des EGMR nicht diskriminierend. Eine Diskriminierung stünde nur dann im Raum, wenn das schweizerische Recht einen Elternurlaub vorsähe, der nicht diskriminierungsfrei ausgestaltet wäre. Dies trifft nach dem Gesagten nicht zu.

*Tribunal fédéral, Arrêt du 18 septembre 2014, Doss.-No 4A_270/2014
(Admission partielle du recours en matière civile interjeté contre l'arrêt
de la Cour de justice du canton de Genève, Chambre des prud'hommes,
du 21 mars 2014)*

Art. 330a CO. S'il n'est pas satisfait du certificat de travail reçu, parce que celui-ci est lacunaire, inexact ou qu'il contient des indications trompeuses ou ambiguës, le travailleur peut en demander la modification, par le biais d'une action en rectification. Il lui appartient alors de prouver les faits justifiant l'établissement d'un certificat de travail différent de celui qui lui a été remis. L'employeur devra collaborer à l'instruction de la cause, en motivant les faits qui fondent son appréciation négative. S'il refuse de le faire ou ne parvient pas à justifier sa position, le juge pourra considérer que la demande de rectification est fondée (c. 3.2.1). L'action relative au certificat de travail (délivrance ou rectification) doit être formulée clairement et contenir des conclusions précises. Si le travailleur demande la rectification du contenu du certificat de travail, il doit formuler lui-même le texte requis, de manière à ce que le tribunal puisse le reprendre sans modification dans son jugement (c. 3.2.2).

Art. 334 CO. La durée déterminée d'un contrat de travail peut résulter de la loi, de la nature du contrat ou de la convention des parties. Celles-ci peuvent fixer soit un terme, soit une durée, soit un laps de temps objectivement déterminable (par exemple une saison); la fin du contrat ne doit pas dépendre de la volonté d'une partie. Lorsqu'il est incertain que l'événement avec lequel doit prendre fin le rapport contractuel survienne un jour, on est en présence non pas d'une limitation de la durée, mais d'une condition. Le début et la fin des rapports de travail doivent être déterminables pour les deux parties. Ainsi, l'événement provoquant la fin du contrat ne peut dépendre de l'influence d'une seule partie (c. 4.4).

Extraits des faits:

Par contrat (lettre contre-signée) du 26 juin 2006, B. (ci-après: l'employeur) a engagé, en qualité de professeur de flûte à bec, A. (ci-après: l'employé), à raison de huit heures d'enseignement par semaine. Les parties sont convenues d'un salaire mensuel brut de 2125 fr. 45. Il était notamment stipulé les clauses suivantes: «Période probatoire. Pendant les trois premières années qui constituent la période probatoire, le professeur est engagé pour la durée d'une année scolaire, renouvelable. Au terme de chaque année, l'activité du professeur fait l'objet d'une évaluation et d'un entretien avec la direction (...). Renouvellement. Dès la fin de la période probatoire, le renouvellement de l'engagement est la règle. Les conditions de renouvellement sont précisées dans les statuts du personnel enseignant

de la Fédération des écoles genevoises de musique (FEGM) (...). Démission. En cas de démission, le collaborateur doit s'adresser par écrit au Comité de direction du Conservatoire avant le 28 (29) février avec effet au terme du deuxième semestre de l'année académique en cours». Les statuts, auxquels le collaborateur était soumis, étaient mentionnés en annexe à la lettre d'engagement. Ils comportent, notamment, un art. 13 ainsi libellé: «La nomination est du ressort du conseil de fondation de chaque institution. Elle intervient dès le terme de la période probatoire, pour autant que l'évaluation débouche sur des conclusions positives. En cas d'évaluation négative, l'engagement n'est pas renouvelé. Dans les autres cas, le conseil de fondation peut prolonger la période probatoire d'une année». Les statuts contiennent également un art. 8 qui prévoit que «l'engagement de chaque professeur constitue un contrat de droit public entre lui et l'institution qui l'emploie, sous réserve des dispositions transitoires». Selon l'art. 70 des statuts (situé dans le chapitre consacré aux dispositions transitoires), «jusqu'à l'approbation de ce statut par le Conseil d'Etat, le contrat mentionné à l'art. 8 demeure de droit privé». Le dernier salaire de l'employé était de 2174 fr. 75. Dans un rapport daté du 11 juin 2007, la doyenne responsable des instruments à bec a indiqué, au sujet de l'employé, ne pouvoir «émettre qu'un avis mitigé pour l'année écoulée», une «deuxième [année] lui permettra de mieux s'intégrer». Dans son rapport du 16 mai 2008, la doyenne reconnaît les qualités humaines, le talent instrumental et la personnalité musicale de l'employé, mais elle relève que son avis reste mitigé quant à la poursuite de son engagement dans l'école, «sous réserve d'un changement volontaire de l'intéressé». Le 25 juin 2008, une réunion a eu lieu entre la directrice de l'école, la doyenne et l'employé. Ils ont indiqué ressentir «un malaise qui est réciproque au niveau de la compréhension et de la communication» et se sont engagés à faire le nécessaire pour améliorer la situation. L'employeur soutient que l'employé en était venu à mépriser sa hiérarchie, à ignorer les lignes directrices qui encadrent la liberté académique et à se fermer à tout dialogue. L'employé affirme, pour sa part, qu'il avait perdu confiance devant les critiques, lesquelles se trouvaient en contradiction avec les retours (positifs) qu'il obtenait de la part des élèves et de leurs parents. Un expert indépendant a été mandaté par l'école qui a assisté à deux cours donné par l'enseignant. Il parle de «choix pédagogiques, qui mériteraient (...) d'être mieux structurés, [mais] compensés par une intuition juste, une très bonne connaissance de l'instrument et une réelle envie de faire partager son goût pour la musique». Le 27 avril 2009, lors d'une réunion entre la directrice, le directeur adjoint, la doyenne et l'employé, la direction a indiqué que les divers protagonistes étaient «confrontés à une impasse dans la discussion et pour la future collaboration». Par lettre du 25 mai 2009, l'employeur a communiqué ce qui suit à son employé: «Vous arrivez au terme de la période d'engagement probatoire dans les classes des vents (...). Suite à l'évaluation de cette période probatoire de trois ans et après consultation avec la Présidence du Conseil de

Fondation, il a été décidé de ne pas prolonger votre engagement (...) au sens de l'art. 13 des statuts du personnel enseignant de l'institution». Par courrier du même jour, l'employé a déclaré former «opposition au congé». Par lettre du 6 juillet 2009, l'employeur lui a répondu qu'il s'agissait du non-renouvellement de l'engagement et non d'un congé. L'employé a perçu son salaire jusqu'à fin août 2009.

Par demande déposée au greffe de la juridiction des prud'hommes le 13 avril 2010, l'employé a conclu à ce que le congé notifié le 25 mai 2009 soit considéré comme inefficace, à ce que l'employeur soit condamné à lui verser 14 878 fr. 15 (7 x 2125 fr. 45), à titre de salaires bruts des mois de septembre 2009 à mars 2010 (subsidièrement à titre de dommages-intérêts), ainsi que 30 000 fr. à titre d'indemnité pour tort moral, plus intérêts, ainsi qu'à lui remettre un certificat de travail portant sur la nature et la durée des rapports de travail ainsi que sur la qualité de son travail et sa conduite durant les rapports de travail. Par jugement du 3 juin 2013, le Tribunal des prud'hommes du canton de Genève a déclaré irrecevable la demande de l'employé en tant qu'elle portait sur la constatation de la nullité du congé (dispositif ch. 1), condamné la défenderesse à verser à sa partie adverse 14 878 fr. 15, plus intérêts (ch. 3), invité la partie qui en avait la charge à effectuer les déductions sociales légales et usuelles (ch. 4), ainsi qu'à lui remettre un certificat de travail conforme à l'art. 330a al. 1 CO (ch. 5), et il a débouté les parties de toute autre conclusion. Sur appel de la défenderesse et appel joint du demandeur, la Chambre des prud'hommes de la Cour de justice, par arrêt du 21 mars 2014, a annulé les chiffres 3 à 5 du dispositif du jugement attaqué. Statuant à nouveau, elle a déclaré irrecevable la conclusion du demandeur tendant à la remise d'un certificat de travail, débouté celui-ci de sa conclusion tendant au versement de 14 878 fr. 15 et confirmé le jugement pour le surplus. L'employé exerce un recours en matière civile au Tribunal fédéral.

Extraits des considérants:

3.

3.1 Le recourant estime que le certificat de travail qui lui a été remis n'est pas conforme aux exigences légales. Il reproche à la cour cantonale d'avoir violé l'art. 330a CO. En particulier, il considère que ce document «est pour le moins succinct s'agissant de la qualité du travail de l'employé ainsi que de sa conduite» (acte de recours ch. 11 p. 5), voire même qu'il ne contient aucune appréciation de la qualité de son travail et de sa conduite (acte de recours ch. 12 p. 6).

3.2 Selon 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 son travail et sa conduite. On parle de certificat de travail complet ou qualifié (ATF 136 III 510 consid. 4.1 p. 511).

L'art. 330a al. 2 CO prévoit que, à la demande expresse du travailleur, le certificat ne porte que sur la nature et la durée des rapports de travail. Il s'agit d'une simple attestation de travail (ATF 129 III 177 consid. 3.2 et 3.3 p. 180).

3.2.1 Afin d'obtenir un certificat de travail que l'employeur refuse de lui fournir, le travailleur peut agir en justice contre l'employeur en délivrance du certificat de travail, soit intenter une action condamnatoire (ATF 129 III 177 consid. 3.3 p. 180).

S'il n'est pas satisfait du certificat de travail reçu, parce que celui-ci est lacunaire, inexact ou qu'il contient des indications trompeuses ou ambiguës, il peut en demander la modification, par le biais d'une action en rectification (ATF 129 III 177 consid. 3.3 p. 180; DAVID AUBERT, in *Commentaire du contrat de travail*, DUNAND/MAHON (éd.), 2013, n° 46 ad art. 330a CO). Il appartient au travailleur de prouver les faits justifiant l'établissement d'un certificat de travail différent de celui qui lui a été remis. L'employeur devra collaborer à l'instruction de la cause, en motivant les faits qui fondent son appréciation négative. S'il refuse de le faire ou ne parvient pas à justifier sa position, le juge pourra considérer que la demande de rectification est fondée (arrêt 4A_117/2007 du 13 septembre 2007 consid. 7.1).

3.2.2 L'action relative au certificat de travail (délivrance ou rectification) doit être formulée clairement et contenir des conclusions précises (arrêt 4C.237/2006 du 24 novembre 2006 consid. 5 et l'arrêt cité).

Si le travailleur demande la rectification du contenu du certificat de travail, il doit formuler lui-même le texte requis, de manière à ce que le tribunal puisse le reprendre sans modification dans son jugement (cf. arrêt 4C.237/2006 déjà cité consid. 5; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, *Arbeitsvertrag*, Praxiskommentar, 7^e éd. 2012, n° 5a ad art. 330a CO et les références; MÜLLER/THALMANN/FAVRE, *Le certificat de travail en question*, 2014, p. 102; ALEX ENZLER, *Der arbeitsrechtliche Zeugnisanspruch*, 2012, n. 217 p. 109 et les références). Le travailleur ne peut donc pas se borner à conclure à ce que l'employeur lui délivre un certificat de travail «dont le contenu est conforme à la vérité» (MÜLLER/THALMANN/FAVRE, *op. cit.*, p. 102).

3.3 En l'espèce, il résulte des constatations cantonales – qui lient le Tribunal fédéral (art. 105 al. 1 LTF) – que le certificat de travail dressé le 17 juin 2010 en faveur de l'employé «correspond à la réalité, (...) en ce qui concerne la durée des rapports de travail, et n'est pas contestable en ce qui concerne la nature de ceux-ci. Il comporte également une appréciation de la qualité du travail de l'employé et de sa conduite, ce dont [le recourant] ne disconvient pas en appel, considérant toutefois que ce contenu serait succinct et malveillant» (arrêt entrepris consid. 5.2 p. 9).

Probablement pour contester la remise d'un certificat de travail qualifié, le recourant laisse entendre (acte de recours ch. 11 ss p. 5 s.) que le certificat ne contenait aucune appréciation de la qualité de son travail et de sa

conduite. Il reconnaît pourtant que le certificat affirme que «Monsieur A. a su enrichir son enseignement par sa vision personnelle» et qu'il «a par ailleurs pu entretenir d'excellents contacts avec ses élèves» (acte de recours ch. 11 p. 5). Or, il est indéniable que l'observation selon laquelle l'enseignant est capable, par ses aptitudes personnelles, d'enrichir ses leçons relève de l'évaluation des prestations de l'employé, et que le commentaire ayant trait à l'existence de bonnes relations avec les élèves («clients» de l'école) a trait à la conduite au travail de l'enseignant (cf. MÜLLER/THALMANN/FAVRE, op. cit., p. 48 s.; ENZLER, op. cit., n. 138 ss p. 71 ss). La critique est, pour autant que recevable (cf. supra consid. 1.3), infondée.

L'employé s'étant vu remettre un certificat de travail qualifié, il lui incombait, puisqu'il estimait ce document lacunaire et contrevenant «à l'interdiction des allusions dissimulées», de proposer lui-même un texte. Il ne l'a pas fait et c'est donc à bon droit que la cour précédente considère que la conclusion du recourant visant la délivrance du certificat de travail a déjà été satisfaite par la remise à l'employé du document daté du 17 juin 2010.

La cour cantonale n'a donc pas violé l'art. 330a CO.

4.

4.1 Le recourant soutient que l'autorité précédente a violé le droit fédéral en affirmant que les parties étaient liées par un contrat à durée déterminée. Selon lui, il s'agissait d'un contrat de durée indéterminée auquel l'art. 335a CO s'appliquait. Il incombait à l'employeur de résilier le contrat avant le 28 février 2009 (délai fixé dans le contrat pour l'employé); la lettre de «résiliation» étant datée du 25 mai 2009, elle serait donc tardive et le congé ne pouvait être donné que pour la prochaine échéance, soit pour la fin août 2010.

4.2 Le litige porte principalement sur l'interprétation du contrat, de droit privé, conclu par les parties.

Confronté à 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; ATF 135 III 410 consid. 3.2 p. 412 s.). Déterminer ce qu'un cocontractant savait ou voulait au moment de conclure relève des constatations de fait; la recherche de la volonté réelle des parties est qualifiée d'interprétation subjective (ATF 131 III 606 consid. 4.1 p. 611). Si le juge parvient à établir une volonté réelle et concordante des parties, 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 (on parle alors d'une inter-

prétation objective). Le principe de la confiance permet ainsi d'imputer à une partie le sens objectif de sa déclaration ou de son comportement, même s'il ne correspond pas à sa volonté intime. L'application du principe de la confiance est une question de droit que le Tribunal fédéral peut examiner d'office (art. 106 al. 1 LTF); cependant, pour trancher cette question, il doit se fonder sur le contenu des manifestations de volonté et sur les circonstances, dont la constatation relève du fait (ATF 135 III 410 consid. 3.2 p. 412 s.).

Le principe selon lequel l'interprétation subjective a la priorité sur l'interprétation objective relève du droit (ATF 131 III 606 consid. 4.1 p. 612).

4.3 En l'espèce, il n'apparaît pas que la cour cantonale ait pu déterminer une réelle volonté concordante et le recourant ne le prétend pas non plus. Il faut donc déterminer la volonté des parties selon la théorie de la confiance.

Le recourant affirme, de manière lapidaire, que «pour comprendre la nature des stipulations convenues entre les parties, il faut se référer aux règles qui régissent la fonction publique genevoise» (acte de recours ch. 18 p. 6). Il défend sa thèse en rappelant que les statuts FEGM auraient dû être ratifiés par le Conseil d'Etat et les contrats de travail des professeurs du Conservatoire devenir des contrats de droit public.

Le pan de l'argumentation du recourant reposant sur cette affirmation tombe à faux. En effet, les clauses contractuelles ne doivent pas être interprétées en visant ce que le contrat «aurait dû être», mais, comme cela a été évoqué plus haut, en fonction du sens que les parties pouvaient ou devaient donner, de bonne foi, à leurs manifestations de volonté réciproques.

En l'occurrence, le recourant ne fait état d'aucune circonstance qui conduirait à penser qu'il pouvait de bonne foi comprendre que le contrat qu'il signait, demeurant de droit privé, devait être assimilé aux conventions liant les fonctionnaires à l'Etat de Genève.

4.4 En vertu de l'art. 334 al. 1 CO, le contrat de durée déterminée se définit comme celui qui prend fin sans qu'il soit nécessaire de donner congé.

La durée déterminée du contrat résulte de la loi, de la nature du contrat ou de la convention des parties. Celles-ci peuvent fixer soit un terme, soit une durée, soit un laps de temps objectivement déterminable (par exemple une saison) (arrêt B 54/04 du 30 septembre 2005 consid. 3.1 publié in RSAS 2006 p. 354 et les références citées); la fin du contrat ne doit pas dépendre de la volonté d'une partie (arrêt 4C.62/2001 du 8 juin 2001 consid. 2b).

Lorsqu'il est incertain que l'événement avec lequel doit prendre fin le rapport contractuel survienne un jour, on est en présence non pas d'une limitation de la durée, mais d'une condition. Le début et la fin des rapports de travail doivent être déterminables pour les deux parties. Ainsi, l'événement provoquant la fin du contrat ne peut dépendre de l'influence

d'une seule partie (Message concernant l'initiative populaire «pour la protection des travailleurs (...) et la révision des dispositions sur la résiliation du contrat de travail dans le code des obligations» du 9 mai 1984, FF 1984 II 574 ch. 620.1 p. 615; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, op. cit., n° 2 ad art. 334 CO).

Inversement, sont des contrats de durée indéterminée au sens de l'art. 335 CO, tous les contrats dont l'échéance n'est pas fixée à l'avance par les parties, de sorte qu'une résiliation est nécessaire pour mettre fin aux rapports de travail (arrêt B 90/00 du 26 novembre 2001 consid. 4b publié in RSAS 2003 p. 503).

4.5 Il résulte en l'occurrence du texte du contrat liant les parties qu'en cas de démission, le collaborateur doit s'adresser par écrit au Comité de direction du Conservatoire avant le 28 (29) février, la démission prenant effet au terme du deuxième semestre de l'année académique en cours (soit à la fin de l'année scolaire). Quant à l'employeur, il n'est pas soumis à un tel délai, mais il lui incombe, au terme de chaque année scolaire, d'évaluer l'enseignant et de s'entretenir avec lui, afin de décider s'il entend renouveler son engagement pour une nouvelle année probatoire (les trois premières années) (contrat du 26 juin 2006), ou pour une nomination (art. 13 des statuts). Si l'évaluation est positive, la nomination «est la règle» (contrat du 26 juin 2006) et elle «intervient dès le terme de la période probatoire» (art. 13 des statuts).

Force est ainsi de constater que la fin du contrat dépend de la volonté des parties, soit celle de l'enseignant (qui doit communiquer son intention de démissionner), soit celle de l'employeur (qui évalue l'enseignant et prend une décision quant à la suite de la relation contractuelle).

Dans une autre perspective, on peut au demeurant également observer que, une fois que l'employé a laissé passer le délai fixé au 28 (29) février, l'événement (une évaluation négative de l'enseignant par la direction de l'école) provoquant la fin du contrat dépend de la seule influence de l'employeur.

Cela étant, il est patent que la convention litigieuse ne peut être qualifiée de contrat de travail à durée déterminée, mais qu'elle doit être considérée comme un contrat de durée indéterminée.

4.6 Le moyen invoqué par le recourant doit être déclaré bien fondé et il n'est pas nécessaire d'examiner les autres arguments soulevés à ce sujet dans l'acte de recours.

En effet, conformément à l'art. 335a al. 1 CO, le délai de congé doit être identique pour les deux parties. Il en découle que la lettre de «résiliation» notifiée par l'employeur était tardive, l'employeur étant censé résilier le contrat avant le 28 février 2009 pour la fin de l'année scolaire 2008–2009. Le congé, que l'on peut inférer du courrier du 25 mai 2009, ne pouvait donc être donné que pour la prochaine échéance, soit pour la fin août 2010, comme l'avait jugé le Tribunal des prud'hommes dans son jugement du 3 juin 2013.

Le recourant ne réclame que ses salaires bruts des mois de septembre 2009 à mars 2010, soit 14 878 fr. 15 correspondant aux sept mois en question (7 x 2125 fr. 45), chiffres en soi non contestés par l'intimé. Liée par les conclusions du recourant, la Cour de céans condamnera l'intimé à verser à celui-ci la somme de 14 878 fr. 15 qu'il réclame. Cela étant, il n'y a pas lieu d'examiner si une légère augmentation de salaire a été convenue entre les parties, puisque la prise en compte d'une telle augmentation porterait le montant du salaire total au-delà de celui réclamé par le recourant.

Le point de départ des intérêts moratoires sera fixé au 15 décembre 2009, date moyenne (cf. jugement du Tribunal des prud'hommes consid. 3 p. 9).

Tribunal fédéral, Arrêt du 8 octobre 2014, Doss.-No 4A_188/2014 (Admission du recours en matière civile interjeté contre l'arrêt rendu le 4 novembre 2013 par la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal du canton de Vaud)

Art. 344 CO. Le contrat d'apprentissage est de durée déterminée; il prend fin à l'expiration du terme convenu. L'art. 346 al. 2 CO réserve toutefois la possibilité de résilier immédiatement le contrat pour de justes motifs au sens de l'art. 337 CO. Cette disposition énumère à titre non exhaustif trois motifs liés aux objectifs de formation du contrat. Pour le surplus, les conditions sont en principe celles de l'art. 337 CO, auquel la loi renvoie expressément (c. 2.3).

Art. 337 CO. Les critiques peu spécifiques émises à propos de l'apprenti ne permettent pas d'inférer qu'un avertissement était superflu et qu'il devait sans autre comprendre que son emploi était menacé et qu'un nouvel écart de sa part serait sanctionné par une résiliation extraordinaire. Dans ces circonstances, l'employeuse ne pouvait mettre fin aux rapports de travail sans avoir adressé à l'apprenti un avertissement clair qu'elle attendait désormais un comportement exemplaire et ne tolérerait plus aucun manquement à l'avenir (c. 2.6).

Extraits des faits:

A. s'est fait engager le 18 juillet 2008 par B. SA comme apprenti en mécatronique d'automobiles pour la période du 4 août 2008 au 3 août 2012. Il avait déjà suivi une formation d'automaticien couronnée par un certificat fédéral de capacité (CFC), ce qui a été pris en compte dans sa rémunération progressive (1300 fr. la première année, puis 1400 fr., 1600 fr. et 1800 fr. les années suivantes). Né en juillet 1987, le prénommé est passionné par le sport automobile et les belles mécaniques. Il a effectué des cours de pilotage sur neige et sur circuit et s'est profilé comme organisateur de sorties sur circuit. Dans un rapport du 1^{er} décembre 2009, le forma-

teur responsable de l'apprenti a indiqué que les exigences requises en conformité avec l'ordonnance sur la formation n'étaient que partiellement atteintes dans les domaines suivants: quantité/rythme de travail; maniement des moyens et équipements; stratégie d'apprentissage et de travail; collaboration et communication. Dans la rubrique «objectifs pour le prochain semestre», il était mentionné que l'apprenti était appliqué, mais pouvait améliorer ses compétences professionnelles et méthodologiques. Le 25 juin 2010, B. SA (ci-après: l'employeuse) a demandé à l'apprenti d'aller chercher une Jaguar de collection au domicile d'un client et d'amener ce véhicule au garage. L'apprenti a effectué un détour non autorisé. Par ailleurs, le moteur a été fortement endommagé lors du trajet à cause d'une fuite d'huile. Les pompiers ont dû intervenir; dans leur rapport, ils ont fait état d'une traînée d'huile s'étendant sur plusieurs kilomètres. Le 29 juin 2010, l'employeuse a exprimé son insatisfaction quant au travail de l'apprenti et lui a annoncé son intention de résilier le contrat à titre anticipé. Les parties se sont entendues sur l'octroi d'un délai supplémentaire de deux mois afin de permettre à l'intéressé de poursuivre son apprentissage et de trouver une nouvelle place. Par lettre du 30 juin 2010, adressée en copie au commissaire d'apprentissage, l'employeuse a déclaré résilier le contrat de l'apprenti pour le 3 août 2010. Elle précisait notamment ce qui suit: «Suite au dernier incident survenu avec la Jaguar Type E [...], nous n'avons plus confiance en vos capacités d'effectuer un travail qui correspond aux attentes de notre entreprise». Le 6 juillet 2010, l'apprenti a contesté le contenu de cette lettre et s'est opposé à la résiliation anticipée. Il a été en incapacité de travail pour cause de maladie du 5 juillet au 5 septembre 2010. Sur requête de l'apprenti, l'employeuse a confirmé par lettre du 24 août 2010 qu'elle l'avait libéré de son obligation de travailler et qu'il était autorisé à poursuivre son apprentissage auprès de n'importe quel concurrent. L'apprenti a été engagé par un autre garage le 6 septembre 2010, mais a ensuite été licencié pour le 5 novembre 2010, au motif qu'il exerçait parallèlement une activité proche de celle de son employeur. La Jaguar endommagée a été réparée et restituée au client le 24 novembre 2010. L'employeuse a établi une facture de 20 651 fr. 55. Son assurance responsabilité civile a refusé de prendre le cas en charge, arguant notamment du fait que la fuite provenait d'un filtre desserré dont le montage était incorrect.

Le 24 décembre 2010, l'apprenti a déposé une demande contre l'employeuse devant le Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne. Il concluait à la délivrance d'un certificat de travail, à une indemnité de 9600 fr. pour licenciement immédiat injustifié et au paiement de 20 993 fr. 15. L'employeuse a conclu au rejet, en invoquant la compensation. A titre re-conventionnel, elle a requis le paiement de 811 fr. 25 pour des vacances prises sans droit, respectivement de 20 651 fr. 55 pour le dommage causé sur la Jaguar. Une expertise judiciaire a été mise en œuvre. Par jugement du 25 avril 2013, le Tribunal civil a très partiellement admis la demande de l'apprenti en condamnant l'employeuse à lui délivrer un certificat de tra-

vail et à lui verser 2492 fr. 30 plus intérêts à titre d'heures supplémentaires non payées et de vacances non compensées. Il a rejeté l'action principale pour le surplus, ainsi que l'action reconventionnelle. Les deux parties ont interjeté appel. Par arrêt du 4 novembre 2013, la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal vaudois a confirmé le jugement entrepris. L'apprenti saisit le Tribunal fédéral d'un recours en matière civile.

Extraits des considérants:

2.

2.1 Le recourant dénonce une violation des art. 337 et 346 CO, en contestant principalement l'existence de justes motifs de licenciement. Il fait remarquer qu'aux dires mêmes de l'expert, il n'a commis aucune faute professionnelle lors de la panne du 25 juin 2010, qui aurait pu arriver à n'importe qui; il ne saurait être question de l'«épisode de trop», alors que les manquements précédents n'ont fait l'objet d'aucun avertissement assorti d'une menace de résilier le contrat.

2.2 L'intimée reproche au recourant de reprendre pour l'essentiel l'argumentation présentée en appel.

Le recourant n'a pas obtenu gain de cause devant l'autorité précédente; il fait suffisamment ressortir pour quels motifs le droit fédéral a, de son point de vue, été violé par la Cour d'appel qui, pour l'essentiel, fait sienne l'argumentation des premiers juges.

2.3 Le contrat d'apprentissage est de durée déterminée; il prend fin à l'expiration du terme convenu (art. 334 al. 1 CO, par renvoi de l'art. 355 CO; cf. par ex. WOLFGANG PORTMANN, in Basler Kommentar, 5^e éd. 2011, n° 1 ad art. 346 CO). L'art. 346 al. 2 CO réserve toutefois la possibilité de résilier immédiatement le contrat pour de justes motifs au sens de l'art. 337 CO. Cette disposition énumère à titre non exhaustif trois motifs liés aux objectifs de formation du contrat. Pour le surplus, les conditions sont en principe celles de l'art. 337 CO, auquel la loi renvoie expressément (arrêt 4C.370/2004 du 23 décembre 2004, consid. 2.2; PORTMANN, op. cit., n° 4 ad art. 346 CO).

Selon l'art. 337 CO, l'employeur et le travailleur peuvent résilier immédiatement le contrat en tout temps pour de justes motifs (al. 1). Sont notamment de justes motifs toutes les circonstances qui, selon les règles de la bonne foi, ne permettent pas d'exiger de celui qui a donné le congé la continuation des rapports de travail (al. 2).

La résiliation immédiate est une mesure exceptionnelle qui ne doit être admise que de façon restrictive. Les faits invoqués à l'appui d'une telle mesure doivent objectivement et subjectivement détruire la confiance qui est le fondement du contrat de travail, ou l'ébranler à un point tel que la continuation des relations contractuelles ne peut plus être exigée (ATF 137 III 303 consid. 2.1.1; 129 III 380 consid. 2.1).

Seul un manquement particulièrement grave du travailleur justifie son licenciement immédiat. Si le manquement est moins grave, il ne peut entraîner une telle sanction que s'il a été répété malgré un avertissement (ATF 129 III 380 consid. 2.1). Par manquement, l'on entend généralement la violation d'une obligation contractuelle, mais d'autres incidents peuvent justifier une résiliation immédiate (ATF 130 III 28 consid. 4.1 p. 31). L'avertissement ne doit pas nécessairement comporter dans chaque cas une menace expresse de résiliation immédiate. Il n'en demeure pas moins qu'en avertissant le travailleur, l'employeur doit clairement lui faire comprendre qu'il considère le comportement incriminé comme inadmissible et que sa répétition ne restera pas sans sanction; le travailleur doit savoir quelle attitude ne sera plus tolérée à l'avenir (arrêts 4C.10/2007 du 30 avril 2007 consid. 2.1, in JAR 2008 188; 4C.364/2005 du 12 janvier 2006 consid. 2.3, in RSJ 2006 214). Ceci dit, l'on ne saurait poser des règles rigides sur le nombre et le contenu des avertissements dont la méconnaissance, par le travailleur, est susceptible de justifier un licenciement immédiat. Sont décisives les circonstances concrètes, notamment la nature et la gravité des manquements, leur fréquence ou leur durée, de même que l'attitude du travailleur face aux injonctions ou menaces formulées à son encontre (ATF 127 III 153 consid. 1c p. 157).

2.4 En l'occurrence, la résiliation pour justes motifs est consécutive à l'épisode du 25 juin 2010 au cours duquel le moteur de la Jaguar a été sérieusement endommagé, pour un montant de quelque 20 000 fr. La Cour d'appel a jugé que l'apprenti n'avait pas à répondre de ce dommage, à défaut notamment d'un lien de causalité adéquate entre son comportement et le résultat. En revanche, elle a admis que les conditions d'une résiliation immédiate étaient réalisées, ce que l'apprenti conteste.

A l'instar de l'expert, l'autorité précédente a jugé que le fait d'utiliser le véhicule dans toute sa plage possible et d'accélérer trop rapidement n'était pas une faute en soi; qu'en outre, l'on ne pouvait reprocher à un apprenti en formation de n'avoir pas décelé un dysfonctionnement (baisse du niveau d'huile) que seule une personne expérimentée pouvait repérer. En définitive, le seul manquement imputable à l'apprenti était d'avoir effectué un détour non autorisé de quelques kilomètres supplémentaires, étant précisé que le serrage du moteur aurait tout aussi bien pu arriver si l'apprenti n'avait pas effectué ce détour avant d'arriver au garage. Un tel manquement ne pouvait justifier à lui seul une résiliation immédiate, mais il s'ajoutait à des précédents, de sorte que la mesure prise par l'employeuse se révélait légitime.

2.5 L'expert donne des indications d'ordre technique lorsqu'il s'exprime sur la cause du dommage et sur la facilité à déceler une panne d'huile; en revanche, il émet une appréciation qui ne lie pas le juge lorsqu'il se prononce sur la faute de l'apprenti. En l'occurrence, l'employeur qui charge un collaborateur de ramener un véhicule de collection au garage doit pouvoir attendre de lui un comportement exemplaire. L'employé doit

adopter une conduite prudente et rentrer sans tarder au garage; il ne saurait saisir l'occasion de faire un détour et de tester la puissance du moteur pour assouvir sa passion pour le sport automobile. L'apprenti, déjà âgé de 23 ans au moment des faits, ne pouvait ignorer ses obligations. Le manquement commis n'est certainement pas anodin; il est propre à entamer dans une certaine mesure la confiance de l'employeur dans son apprenti. Ceci dit, il faut admettre avec la Cour d'appel qu'il ne revêtait pas une gravité suffisante pour justifier une résiliation immédiate, la jurisprudence exigeant un comportement particulièrement grave.

Contrairement à ce que plaide le recourant, il n'est pas contradictoire de dénier toute responsabilité pour le dommage causé au moteur, faute de lien de causalité adéquate, et de néanmoins retenir une violation des obligations découlant du contrat d'apprentissage. Le fait d'accélérer subitement et de faire un détour de quelques kilomètres n'est, selon le cours ordinaire des choses et l'expérience de la vie, pas de nature à causer une fuite d'huile et un serrage du moteur; cela n'enlève rien au fait qu'il s'agit d'une violation des obligations découlant du contrat d'apprentissage. Il reste à examiner si une résiliation anticipée pouvait se justifier en raison d'un concours de manquements.

2.6

2.6.1 Le Tribunal cantonal a reproché à l'apprenti, témoignages à l'appui, d'avoir déjà violé à plusieurs reprises son devoir de diligence en agissant de manière inadaptée et préjudiciable sur plusieurs véhicules qui lui avaient été confiés; le tribunal a cité les trois épisodes relatifs au décollement des autocollants et au bouchon de vidange (supra, let. Bb). Il a ajouté que l'apprenti s'était montré buté et hermétique aux instructions de ses supérieurs et avait essuyé plusieurs fois des remarques sur ses aptitudes professionnelles. Pour les juges cantonaux, l'accumulation de ces divers manquements avait rendu impossible la continuation des rapports de travail jusqu'à l'échéance du contrat quelque deux ans plus tard, soit le 3 août 2012.

2.6.2 Le recourant soulève un moyen de fait, reprochant à l'autorité précédente d'avoir versé dans l'arbitraire en retenant systématiquement les témoignages à charge au détriment des témoignages en sa faveur.

Le recourant s'est abstenu de contester l'appréciation des preuves au stade de l'appel; de surcroît, le grief n'est pas suffisamment étayé pour répondre aux exigences de motivation plus strictes concernant un droit constitutionnel tel que la prohibition de l'arbitraire (art. 9 Cst.; cf. art. 106 al. 2 LTF et ATF 134 II 244 consid. 2.2; 133 II 249 consid. 1.4.2 et 1.4.3). Ceci dit, il n'est pas contradictoire de retenir sur un certain point un témoignage qui est corroboré par d'autres éléments de preuve, tout en l'écartant sur un autre point pour manque de crédibilité, alors que d'autres preuves infirment ce témoignage.

2.6.3 En droit, il apparaît que trois manquements précis sont reprochés à l'apprenti pour la période antérieure au 25 juin 2010: le décollement

inapproprié d'autocollants, qui a endommagé irrémédiablement la peinture de la carrosserie dans un cas, et nécessité des travaux à la charge de l'employeuse dans l'autre cas. A cela s'ajoute une erreur sur l'enlèvement du bouchon de vidange, qui a provoqué une projection d'huile sur le moteur et sur l'apprenti. Par ailleurs, des critiques d'ordre général sont émises quant aux aptitudes professionnelles de l'apprenti, à sa motivation chancelante et à son caractère, jugé prétentieux et hermétique aux instructions selon le chef du service après-vente. Ce dernier estime qu'il n'était pas fait pour le métier.

L'apprenti a reçu plusieurs avertissements oraux qui lui ont été signifiés par le chef du service après-vente en mai et juin 2009. Si l'on ignore le contenu précis de ces avertissements, tout porte à croire qu'ils se rapportent aux trois manquements évoqués ci-dessus, soit les seuls épisodes sur lesquels le témoin donne des détails. Le témoin indique du reste que l'erreur commise avec le bouchon de vidange est inacceptable de la part d'une personne ayant «plus de six mois d'expérience»; l'apprenti étant entré en service en août 2008, l'incident semble bien se situer dans le premier semestre 2009. Il n'est en tout cas pas établi que ces épisodes seraient postérieurs au rapport établi le 1^{er} décembre 2009 par le formateur responsable de l'apprenti. Ce document révèle que certaines exigences ne sont que partiellement atteintes, en particulier quant à la quantité de travail et à la collaboration et communication. Dans la rubrique «objectifs pour le prochain semestre», il est précisé que l'apprenti est appliqué, mais susceptible d'améliorer ses compétences professionnelles et méthodologiques. Au vu de cette évaluation, l'employé devait certes comprendre que son employeuse n'était pas entièrement satisfaite de ses prestations et attendait des améliorations. Mais l'on ne discerne aucun élément faisant inférer qu'elle lui tenait rigueur des incidents ayant suscité des avertissements en mai et juin 2009, respectivement qu'elle attendait de sa part une modification de son comportement et qu'il planait une menace sur la poursuite des rapports de travail. Rien n'indique qu'après ce rapport, l'employé ait fait l'objet de nouveaux avertissements. Il n'est pas constaté de manquements précis entre ce rapport et l'épisode du 25 juin 2010.

En résumé, l'apprenti a commis un nouveau manquement qui ne saurait être qualifié de peu grave lorsqu'il a effectué un détour avec un véhicule de collection qu'il était chargé de ramener au garage, et dont il a «poussé» le moteur. Il avait déjà fait l'objet d'avertissements un an auparavant et commis trois erreurs précises. Toutefois, dans l'intervalle, il a été l'objet d'un rapport plutôt positif, l'invitant certes à améliorer ses compétences professionnelles et méthodologiques, mais reconnaissant qu'il se montrait appliqué. Si l'apprenti ne donnait pas satisfaction et n'était pas fait pour ce métier, comme le souligne un supérieur, il incombait à l'employeuse de le lui signifier clairement et de lui indiquer quel comportement elle attendait de sa part à l'avenir. Or, il n'apparaît pas qu'une telle mise au point ait été faite. Les critiques peu spécifiques émises à propos de

l'apprenti ne permettent pas non plus d'inférer qu'un avertissement était superflu et qu'il devait sans autre comprendre que son emploi était menacé et qu'un nouvel écart de sa part serait sanctionné par une résiliation extraordinaire. Dans ces circonstances, l'employeuse ne pouvait mettre fin aux rapports de travail sans avoir adressé à l'apprenti un avertissement clair qu'elle attendait désormais un comportement exemplaire et ne tolérerait plus aucun manquement à l'avenir. L'autorité précédente a enfreint l'art. 337 CO en considérant que les conditions d'une résiliation immédiate étaient réalisées.

2.7 Les considérations qui précèdent rendent superflu l'examen des autres griefs du recourant.

2.8 En définitive, l'arrêt attaqué doit être annulé et la cause renvoyée à l'autorité précédente pour qu'elle statue à nouveau sur les prétentions émises en relation avec le licenciement immédiat injustifié, respectivement sur les frais et dépens de la procédure cantonale.

Bundesgericht, Urteil vom 8. Oktober 2014, Doss.-Nr. 4A_325/2014 (Bestätigung des Entscheids des Kantonsgerichts Basel-Landschaft vom 11. Februar 2014)

Übergang des Arbeitsverhältnisses, Art. 333 OR. Die Ansicht der Vorinstanz, aus der zwischen dem Veräusserer und dem Erwerber des Betriebes vereinbarten Verdoppelung der Frist gemäss Art. 333 Abs. 1^{bis} OR auf zwei Jahre lasse sich keine Kündigungssperre ableiten, eine Entlassung im Rahmen von Art. 333 OR sei somit gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung zulässig, wenn sie durch wirtschaftliche Gründe gerechtfertigt sei (BGE 136 III 552), ist nicht zu beanstanden (E. 4.2).

Die Ansicht der Vorinstanz, ein rechtswirksamer Freiwilligkeitsvorbehalt vermöge im Hinblick auf langjährige, ununterbrochen in unverändertem Umfang ausbezahlte Gratifikationen die Entstehung eines Gratifikationsanspruchs nur dann auszuschliessen, wenn objektive Gründe, wie ein schlechter Geschäftsgang, vorliegen, ist nicht zu beanstanden (E. 4.4).

Sachverhalt:

A. (Klägerin, Beschwerdeführerin) wurde per 1. Januar 2000 als Chemielaborantin Entwicklung/Product Management Bereich Chemie bei der damaligen C. AG angestellt. Die C. AG wurde im Jahr 2006 an die damalige D. AG verkauft und diese wiederum im Jahr 2009 an die B. AG (Beklagte, Beschwerdegegnerin). Das entsprechende Arbeitsverhältnis ging in der Folge per 1. Juli 2009 auf die Beklagte über. Mit Kündigung

vom 16. Dezember 2010 von Seiten der Beklagten wurde das Arbeitsverhältnis per 31. März 2011 im Zuge einer Massenentlassung beendet.

Mit Klage vom 16. Februar 2012 gelangte die Klägerin an das Bezirksgericht Liestal und beantragte, es sei die Beklagte zu verurteilen, ihr den Betrag von Fr. 11 407.50 nebst verschiedenen Zinsbetroffnissen zu bezahlen. Ihre Forderung setzte sich aus Lohnansprüchen für die Zeit von April bis Juni 2011 sowie um Gratifikationsansprüche von Juli 2009 bis Juni 2011 zusammen. Das Bezirksgericht Liestal wies die Klage mit Urteil vom 22. Mai 2013 ab (Ziffer 1). Es erhob keine Gerichtskosten, verpflichtete die Klägerin jedoch, der Beklagten eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 7113.65 (inkl. Auslagen und MWST) zu bezahlen (Ziffer 2). Gegen dieses Urteil erhob die Klägerin Berufung an das Kantonsgericht Basel-Landschaft. Dieses hiess die Berufung mit Entscheid vom 11. Februar 2014 teilweise gut und änderte Ziffer 2 des Urteils des Bezirksgerichtspräsidenten Liestal vom 22. Mai 2013 insofern, als dass es die Klägerin verpflichtete, der Beklagten eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 4478.45 (inkl. Auslagen und MWST) zu bezahlen. Mit Beschwerde in Zivilsachen und subsidiärer Verfassungsbeschwerde beantragt die Beschwerdeführerin dem Bundesgericht, es sei der Entscheid des Kantonsgerichts Basel-Landschaft vom 11. Februar 2014 aufzuheben und ihre Klage – unter Kostenfolge für das erst- und das zweitinstanzliche Verfahren sowie das Verfahren vor Bundesgericht – sei gutzuheissen. Eventualiter sei das Verfahren an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Aus den Erwägungen:

1.

Das Bundesgericht prüft von Amtes wegen und mit freier Kognition, ob ein Rechtsmittel zulässig ist (BGE 138 III 46 E. 1 S. 46).

Die Beschwerde richtet sich gegen einen verfahrensabschliessenden Endentscheid (Art. 90 BGG) einer oberen kantonalen Instanz, die auf ein Rechtsmittel hin kantonal letztinstanzlich in einer Zivilsache entschieden hat (Art. 75 i.V.m. Art. 72 BGG). Vorliegend erreicht indessen der Streitwert (Fr. 11 407.50) die Grenze von Fr. 15 000.– (Art. 74 Abs. 1 lit. a BGG) nicht. Eine Zusammenrechnung der Streitwerte aus anderen Verfahren, die mit diesem Verfahren zusammenhängen, jedoch bereits vor erster Instanz sistiert wurden, ist unzulässig; eine Zusammenrechnung von mehreren Begehren, die sich nicht gegenseitig ausschliessen, greift nur, wenn die mit verschiedenen Klagen gestellten Begehren vor der Vorinstanz des Bundesgerichts effektiv vereinigt wurden und zu einem einzigen Entscheid führten (Urteil 4A_530/2012 vom 17. Dezember 2012 E. 1). Dies ist vorliegend offensichtlich nicht geschehen. Unter diesen Umständen ist die Beschwerde in Zivilsachen dennoch zulässig, wenn sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (Art. 74 Abs. 2 lit. a BGG).

2.

2.1 Der Begriff der Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung im Sinne von Art. 74 Abs. 2 lit. a BGG ist restriktiv auszulegen (BGE 135 III 1 E. 1.3 S. 4). Soweit es bei der aufgeworfenen Frage lediglich um die Anwendung von Grundsätzen der Rechtsprechung auf einen konkreten Fall geht, handelt es sich nicht um eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung (BGE 135 III 1 E. 1.3 S. 4, 397 E. 1.2 S. 399; 133 III 493 E. 1 S. 494 ff.; je mit Hinweisen). Die Voraussetzung von Art. 74 Abs. 2 lit. a BGG ist hingegen erfüllt, wenn ein allgemeines und dringendes Interesse besteht, dass eine umstrittene Frage höchstrichterlich geklärt wird, um eine einheitliche Anwendung und Auslegung des Bundesrechts herbeizuführen und damit eine erhebliche Rechtsunsicherheit auszuräumen (BGE 135 III 397 E. 1.2 S. 399 f.; 133 III 645 E. 2.4 S. 648 f.). Es ist erforderlich, dass die Frage von allgemeiner Tragweite ist (BGE 134 III 267 E. 1.2 S. 269). 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 (BGE 134 III 354 E. 1.3 S. 357).

2.2 Ist eine Beschwerde nur unter der Voraussetzung zulässig, dass sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt, ist in der Beschwerdeschrift auszuführen, warum diese Voraussetzung erfüllt ist (Art. 42 Abs. 2 BGG), ansonsten die Beschwerde in Zivilsachen unzulässig ist (BGE 135 III 1 E. 1.3 S. 5).

2.3 Die Beschwerdeführerin führt aus, es stelle sich einerseits die Frage, ob ein Arbeitnehmer nach jahrzehntelanger Ausrichtung einer Gratifikation auch bei einem behaupteten schlechten Betriebsergebnis Anspruch auf Auszahlung einer Gratifikation habe oder ob das Vorliegen von wirtschaftlichen Gründen den Arbeitgeber berechtigen würde, von der Ausrichtung einer Gratifikation abzusehen. Andererseits stelle sich die Frage, ob sich ein Arbeitnehmer bezüglich der Lohnfortzahlung bzw. dem Kündigungsverbot auf eine Zusicherung verlassen könne, die der Arbeitgeber gegenüber der Verkäuferfirma abgegeben habe und den Arbeitnehmern so mitgeteilt wurde.

Damit legt die Beschwerdeführerin keineswegs dar, inwiefern es sich bei den aufgeworfenen (Rechts-)Fragen um solche von grundsätzlicher Bedeutung handeln sollte. Sie zeigt weder auf, inwiefern es sich dabei um umstrittene Fragen handeln sollte noch worin ein dringendes Interesse bestehen würde, eine erhebliche Rechtsunsicherheit zu beseitigen. Ebenso wenig legt sie dar, inwiefern sich eine Korrektur der sehr umfangreichen Rechtsprechung des Bundesgerichts im Bereich der Qualifikation einer Sondervergütung als Gratifikation bzw. Bonus aufdrängen sollte. Damit ist das Vorliegen einer Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung im Sinne von Art. 74 Abs. 2 lit. a BGG nicht dargetan, weshalb es an den Eintretensvoraussetzungen für die Beschwerde in Zivilsachen fehlt.

3.

Damit erweist sich die eventualiter erhobene subsidiäre Verfassungsbeschwerde als zulässig (Art. 113 BGG). Mit dieser kann die Verletzung von verfassungsmässigen Rechten gerügt werden (Art. 116 BGG).

3.1 Bezüglich der Verletzung von verfassungsmässigen Rechten gilt eine qualifizierte Rügepflicht. Das Bundesgericht prüft eine solche Rüge nur insofern, als sie in der Beschwerde präzise vorgebracht und begründet worden ist (Art. 117 i.V.m. Art. 106 Abs. 2 BGG). Der Beschwerdeführer muss klar und detailliert anhand der Erwägungen des angefochtenen Entscheids darlegen, inwiefern verfassungsmässige Rechte verletzt worden sein sollen (BGE 135 III 232 E. 1.2 S. 234; 133 III 589 E. 2 S. 591 f.).

Wer sich auf eine Verletzung des Willkürverbots (Art. 9 BV) berufen will, kann sich daher nicht darauf beschränken, den vorinstanzlichen Entscheid als willkürlich zu bezeichnen. Vielmehr ist anhand der angefochtenen Subsumtion im Einzelnen darzutun, inwiefern das kantonale Gericht willkürlich entschieden haben soll und der Entscheid an einem qualifizierten und offensichtlichen Mangel leidet (BGE 134 II 244 E. 2.2 S. 246; 117 Ia 10 E. 4b S. 11 f.). Dies ist nach der ständigen Praxis des Bundesgerichts der Fall, wenn der angefochtene Entscheid offensichtlich unhaltbar ist, mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft. Das Bundesgericht hebt einen Entscheid jedoch nur dann als willkürlich auf, wenn er nicht bloss in der Begründung, sondern auch im Ergebnis unhaltbar ist; dass eine andere Lösung ebenfalls als vertretbar oder gar zutreffender erscheint, genügt nicht (BGE 134 II 124 E. 4.1 S. 133 mit Hinweisen).

3.2 Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 118 Abs. 1 BGG). Es kann die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz nur berichtigen oder ergänzen, wenn sie auf einer Verletzung verfassungsmässiger Rechte beruht (Art. 118 Abs. 2 i.V.m. Art. 116 BGG). Wird Letzteres geltend gemacht, ist neben der Erheblichkeit der gerügten Tatsachenfeststellung für den Ausgang des Verfahrens klar und detailliert darzutun, inwiefern diese verfassungswidrig, insbesondere willkürlich, sein soll (BGE 133 III 393 E. 7.1 S. 398, 585 E. 4.1 S. 588 f.; je mit Hinweisen).

3.3 Neue Tatsachen und Beweismittel dürfen nur soweit vorgebracht werden, als der Entscheid der Vorinstanz dazu Anlass gibt (Art. 117 i.V.m. Art. 99 Abs. 1 BGG). Soweit die Beschwerdeführerin im bundesgerichtlichen Verfahren neue Beweismittel einreicht, ohne aber auch nur im Geringsten darzutun inwiefern die gesetzlichen Voraussetzungen dazu erfüllt sein sollten, haben diese unberücksichtigt zu bleiben.

4.

Umstritten ist nach wie vor, ob die Beschwerdeführerin einen Anspruch auf Lohnfortzahlung bis am 30. Juni 2011 und einen Anspruch auf

Gratifikationsleistungen für die Zeit vom 1. Juli 2009 bis am 30. Juni 2011 hat.

Die Vorinstanz hat beide geltend gemachten Ansprüche abgewiesen. Im Rahmen der subsidiären Verfassungsbeschwerde rügt die Beschwerdeführerin eine willkürliche Anwendung von Art. 1 und Art. 3 OR («Schuldverpflichtung der Beschwerdegegnerin»), Art. 112 OR («Vertrag zugunsten der Beschwerdegegnerin»), Art. 322d OR («Ablehnung des Anspruchs auf die Gratifikation als Lohnbestandteil trotz Fehlens des Freiwilligkeitsvorbehaltes») sowie von Art. 336 Abs. 1 lit. c und lit. d OR («Ablehnung des Anspruchs auf Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung mit der willkürlichen Begründung der wirtschaftlichen Notwendigkeit trotz schriftlicher Zusicherung durch die Beschwerdegegnerin»).

4.1 Bezüglich der geltend gemachten Lohnfortzahlung macht die Beschwerdeführerin geltend, sie habe in guten Treuen davon ausgehen dürfen, dass diese ihr nach dem Betriebsübergang von der D. AG auf die Beschwerdegegnerin während 24 Monaten (bis am 30. Juni 2011) erhalten bleibe. Diese Zusicherung habe sich aus dem Kaufvertrag zwischen der D. AG und der Beschwerdegegnerin, dem Schreiben der Beschwerdegegnerin vom 3. Juli 2009, dem Schreiben der D. AG vom 9. Juli 2009 sowie aus den diversen mündlichen Informationsveranstaltungen ergeben. Aufgrund dieser Zusicherung sei letztlich irrelevant, aus welchem Grund die Beschwerdegegnerin ihr gekündigt habe. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz sei die Kündigung vom 16. Dezember 2010 jedoch ohnehin nicht betriebsübergangsbedingt erfolgt, womit das behauptete schlechte Betriebsergebnis, welches überdies nicht bewiesen sei, nicht zur vorzeitigen Kündigung berechtigt habe.

4.2 Mit diesen Vorbringen vermag die Beschwerdeführerin nicht die vorinstanzliche Beweiswürdigung als willkürlich auszuweisen: Die Vorinstanz hielt fest, die Beschwerdegegnerin habe in ihrem Schreiben an die Belegschaft vom 3. Juli 2009 aufgrund des klaren Wortlauts keineswegs eine Beschäftigungszusicherung bzw. einen Kündigungsverzicht für die nächsten zwei Jahre bis Ende Juni 2011 abgegeben. Darin habe die Beschwerdegegnerin der Beschwerdeführerin lediglich zugesichert, sie «auch künftig nach Massgabe der bisherigen Arbeitsverträge und -bedingungen weiter zu beschäftigen», wobei namentlich «alle ihre bisherigen Lohnansprüche unverändert gewahrt» werden und auch sonst «keinerlei rechtliche, wirtschaftliche oder soziale nachteilige Konsequenzen» für sie entstehen würden. Mit diesem Schreiben sei der Beschwerdeführerin einzig die Weiterbeschäftigung unter den bisherigen vertraglichen Bedingungen zugesichert worden. Ob aus dem Informationsschreiben der D. AG vom 9. Juli 2009 an die Belegschaft eine Beschäftigungs- bzw. Lohngarantie bis Ende Juni 2011 zugesichert worden sei bzw. ob daraus ein individueller Lohnzahlungs- bzw. Beschäftigungsanspruch abgeleitet werden könne, sei hingegen fraglich, könne aber offen bleiben: In diesem Schreiben habe die D. AG informiert, dass sich die Beschwerdegegnerin gegenüber der D. AG

verpflichtet habe, den infolge des Betriebsübergangs übergehenden Mitarbeitenden während eines Zeitraums von mindestens 24 Monaten eine Gesamtentschädigung zukommen zu lassen, die gleich oder besser als die gegenwärtige Gesamtentschädigung der übergehenden Mitarbeitenden sei. Die Zusicherung einer mindestens äquivalenten Gesamtentschädigung für mindestens 24 Monate wie sie in diesem Schreiben festgehalten wurde, ergebe sich gemäss den Angaben der Beschwerdeführerin aus dem Kaufvertrag zwischen der D. AG und der Beschwerdegegnerin. Dieser Kaufvertrag vermöge aber keine Drittwirkung zu entfalten. Darüber hinaus müsse sich die Beschwerdegegnerin diese Zusicherung der D. AG gemäss Schreiben vom 9. Juli 2009 auch nicht entgegenhalten lassen, da die Beschwerdegegnerin bestreite, Kenntnis vom fraglichen Schreiben gehabt zu haben und auch keine gegenteiligen Beweise vorgelegt worden seien. Sodann hielt die Vorinstanz fest, auch aus der Frist gemäss Art. 333 Abs. 1^{bis} OR, welche gemäss der Vereinbarung zwischen der Beschwerdegegnerin und der D. AG auf zwei Jahre verdoppelt wurde, lasse sich keine Kündigungssperre bis Ende Juni 2011 ableiten; eine Kündigung innerhalb der Frist gemäss Art. 333 OR sei gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung (BGE 136 III 552) zulässig, wenn sie durch wirtschaftliche Gründe – welche vorliegend erwiesenermassen aufgrund des schlechten Geschäftsgangs der Beschwerdegegnerin gegeben seien – gerechtfertigt sei.

Mit diesen Ausführungen setzt sich die Beschwerdeführerin im bundesgerichtlichen Verfahren kaum auseinander. Sie begnügt sich vielmehr damit vorzubringen, weshalb sich aus den verschiedenen Schreiben ihrer Ansicht nach ein Lohnzahlungs- bzw. Beschäftigungsanspruch ergeben sollte. Allein damit vermag sie die vorinstanzliche Beweiswürdigung jedoch nicht als willkürlich auszuweisen; wie die Vorinstanz festgestellt hat, wurde der Beschwerdeführerin lediglich die Weiterbeschäftigung nach dem Betriebsübergang zugesichert, nachdem ihr die Möglichkeit gegeben wurde, den Übergang ihres Arbeitsverhältnisses auf die Beschwerdegegnerin abzulehnen. Daraus konnte jedoch entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin keine Beschäftigungszusicherung bzw. Kündigungssperre bis Ende Juni 2011 abgeleitet werden. Entsprechend ist die Vorinstanz auch nicht in Willkür verfallen, wenn sie angenommen hat, dass eine Kündigung per Ende März 2011 gültig hat erfolgen können. Da die Beschwerdeführerin im bundesgerichtlichen Verfahren ihre Argumentation auf das Vorliegen einer Kündigungssperre aufgrund der «Zusicherung» beschränkt und geltend macht, die Kündigung sei nicht betriebsübergangsbedingt erfolgt, erübrigt es sich, auf das Vorliegen eines wirtschaftlichen Grundes einzugehen, wobei anzumerken ist, dass sich die Vorbringen der Beschwerdeführerin diesbezüglich in rein appellatorischer Kritik erschöpfen.

4.3 Die Beschwerdeführerin bringt sodann vor, die Auffassung der Vorinstanz, wonach sich ein Freiwilligkeitsvorbehalt bezüglich der geltend gemachten Gratifikation aus einem Personalhandbuch der ehemaligen Firma C. AG ergeben solle, sei nicht haltbar und willkürlich. Nur ein Freiwillig-

ligkeitsvorbehalt im Arbeitsvertrag selber oder im rechtswirksam für anwendbar erklärten Anstellungsreglement schliesse eine stillschweigende Begründung der Verpflichtung zur Ausrichtung einer Gratifikation aus.

4.4 Die Vorinstanz hielt fest, im Personalhandbuch der Rechtsvorgängerin der Beschwerdegegnerin werde ausdrücklich festgehalten, dass die Gratifikation vom Verwaltungsrat der Gesellschaft nach Vorliegen des definitiven Jahresabschlusses unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Entwicklung des Unternehmens festgelegt werde und jeweils ohne Verpflichtung für die kommenden Jahre zur Auszahlung gelange. Sowohl der ursprüngliche Anstellungsvertrag vom 17. August 1999 wie auch der spätere, am 20. Juni 2006 geschlossene Vertrag mit der Rechtsvorgängerin der Beschwerdegegnerin würden für die übrigen Anstellungsbedingungen auf den Kollektivarbeitsvertrag, das Gleitzeit- und das Pensionskassenreglement, welche im Personalbuch enthalten seien, verweisen. Durch Abgabe des Personalhandbuches an die Beschwerdeführerin sei der gesamte Inhalt des Personalhandbuches für das Arbeitsverhältnis verbindlich geworden. Damit habe ein rechtswirksamer Freiwilligkeitsvorbehalt bestanden, der allerdings im Hinblick auf die langjährigen, seit 2003 ununterbrochen in unverändertem Umfang ausbezahlten Gratifikationen die Entstehung eines Gratifikationsanspruchs nur dann auszuschliessen vermöge, wenn objektive Gründe, wie ein schlechter Geschäftsgang, vorliegen würden. Ein solcher schlechter Geschäftsgang von der Beschwerdegegnerin sei für die Jahre 2009 und 2010 nachgewiesen.

In ihren Ausführungen verkennt die Beschwerdeführerin, dass auch die Vorinstanz angenommen hat, allein das Personalhandbuch genüge nicht, um einen Freiwilligkeitsvorbehalt anzunehmen, wenn über mehrere Jahre ununterbrochen in unverändertem Umfang eine Gratifikation ausbezahlt wurde. Sie übergeht aber auch, dass nach den vorinstanzlichen Erwägungen wirtschaftliche Gründe den Ausrichtungsverzicht rechtfertigen können. Die Vorinstanz stellte fest, es sei erwiesen, dass die Beschwerdegegnerin im Jahr 2009 bei einem Jahresumsatz von rund Fr. 20 Mio. den erlittenen Verlust aufgrund eines Währungsgewinnes in einen Gewinn von Fr. 89 196.24 habe umwandeln können und im Jahr 2010 einen Verlust von Fr. 112 000.– ausgewiesen habe. Damit sei der schlechte Geschäftsgang nachgewiesen, womit objektive Gründe vorliegen würden, welche die Entstehung eines Gratifikationsanspruches auszuschliessen vermögen. Was die Beschwerdeführerin dagegen vorbringt, ist jedoch nicht geeignet, diese Feststellung als willkürlich auszuweisen. Sie führt nämlich lediglich aus, ein solcher schlechter Geschäftsgang sei nicht nachgewiesen, wobei sie in unzulässiger Weise vom festgestellten Sachverhalt abweicht und diesen erweitert. Damit kann sie nicht gehört werden (vgl. E. 3.2).

4.5 Die Vorinstanz ist somit ohne Verletzung von Bundesrecht davon ausgegangen, dass kein Anspruch auf Lohnfortzahlung und Gratifikationszahlung besteht. Insoweit durfte sie auch ohne in Willkür zu verfallen annehmen, dass sich der Einwand der Beschwerdeführerin – die Kündigung

sei nicht aus wirtschaftlichen Gründen, sondern vielmehr zwecks Vereitelung berechtigter Lohn- und Gratifikationsansprüche und deshalb missbräuchlich erfolgt – als haltlos erweist.

5.

Nach dem Gesagten ist auf die Beschwerde in Zivilsachen nicht einzutreten. Die subsidiäre Verfassungsbeschwerde ist abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann.

Tribunal fédéral, Arrêt du 10 octobre 2014, Doss.-No 4A_98/2014 (Rejet du recours en matière civile interjeté contre l'arrêt rendu le 4 février 2014 par la Chambre des prud'hommes de la Cour de justice du canton de Genève)

Droit au salaire en cas d'empêchement du travailleur, art. 324a al. 4 CO. Si l'exigence d'équivalence ou de forme écrite n'est pas satisfaite, le régime légal trouve application. Le travailleur peut alors exiger un montant correspondant à son salaire pendant le «temps limité» défini à l'art. 324a al. 2 CO. L'employeur ayant souscrit une assurance et payé la moitié des cotisations peut déduire la totalité des indemnités servies pendant cette période limitée, mais pas les indemnités ultérieures; par leur contribution respective au paiement des primes, l'employeur est réputé se libérer de la totalité de l'indemnité due pour un temps limité, tandis que l'employé s'assure pour la période postérieure. Il y a ainsi coexistence des prestations de l'employeur et de l'assureur jusqu'à concurrence du dommage, pendant la période limitée de l'art. 324a al. 2 CO (c. 4.2.1).

Selon la jurisprudence, l'employeur doit répondre du dommage causé au travailleur lorsqu'il ne respecte pas son obligation de conclure une assurance collective avec des prestations prédéfinies; il s'agit d'une responsabilité pour violation des obligations contractuelles ou inexécution au sens de l'art. 97 CO. Un accord valable (respectivement une clause d'une convention collective ou d'un contrat-type) doit donc servir de fondement à une telle responsabilité (c. 4.3).

Extraits des faits:

A., domicilié en Haute-Savoie (France), a été engagé pour le 1^{er} mai 2008 en qualité de fiscaliste et comptable par la B. SA, sise à Genève; il venait d'effectuer pour celle-ci une mission temporaire à temps partiel dès le 2 avril 2008. La lettre d'engagement prévoyait notamment un délai de congé de deux mois dès la deuxième année de service, un salaire mensuel brut de 8500 fr. payable treize fois l'an et une retenue sur salaire de 0,35% pour l'assurance perte de gain en cas de maladie. L'employeuse était dotée d'un règlement d'entreprise énonçant ce qui suit à son art. 3.m.c: «Chaque

collaborateur participe à raison de 50% à l'assurance perte de gain. Il a droit au versement de 80% de son salaire pendant 720 jours. [...]». L'employeuse avait contracté une assurance maladie collective auprès de l'assureur D. SA (ci-après: D.). Les conditions générales prévoyaient un droit au versement d'indemnités journalières après la fin des rapports de travail, mais pas au-delà de 90 jours s'agissant des frontaliers. Dès le 1^{er} janvier 2009, le salaire brut a été porté à 8600 fr. L'employé s'est trouvé en incapacité de travail du 9 avril 2010 au 25 septembre 2011. L'incapacité était totale, sauf pour la période du 7 au 20 juin 2010, où elle n'était que de 40%. Par avis du 16 juillet 2010, l'employeuse a résilié le contrat de travail pour le 30 septembre 2010, sans donner de motif. Elle invitait l'employé à examiner avec l'assureur la possibilité de prolonger la couverture perte de gain au-delà des rapports de travail. L'employé a déclaré s'opposer au licenciement par courrier du 22 septembre 2010. Le 29 décembre 2010, soit 90 jours après la fin du contrat, la compagnie d'assurance a versé une dernière indemnité journalière de 245 fr. 04. Elle avait par ailleurs informé l'employé en août 2010 qu'elle ne pouvait pas assurer un frontalier en assurance individuelle.

L'employé a déposé une demande devant le Tribunal des prud'hommes du canton de Genève. En dernier lieu, il a conclu à la remise d'un certificat de travail modifié, à une indemnité de 80 900 fr. pour licenciement abusif et tort moral, à des intérêts sur une créance payée avec retard et à une indemnisation de 65 673 fr. 40 pour l'absence de couverture perte de gain entre le 30 décembre 2010 et le 25 septembre 2011. Par jugement du 6 août 2013, le tribunal prud'homal a condamné l'employeuse à payer au travailleur un montant de 406 fr. 10 à titre d'intérêt pour le paiement tardif d'une prime de production et à lui délivrer un certificat de travail modifié; il a rejeté l'action pour le surplus. Concernant la prétention en paiement d'indemnités journalières dès le 30 décembre 2010, le tribunal a interprété l'art. 3.m.c du règlement d'entreprise en ce sens qu'il prévoit une couverture d'assurance uniquement pour les «collaborateurs» de la société, soit les employés au bénéfice d'un contrat de travail non échu. L'employé avait touché des indemnités pendant 90 jours après la fin du contrat; il avait obtenu bien plus que ce à quoi il pouvait prétendre en vertu du règlement. L'employé a déféré cette décision à la Chambre des prud'hommes de la Cour de justice. La Chambre a rejeté l'appel par arrêt du 4 février 2014. Elle a notamment confirmé que l'employé n'avait pas à être indemnisé au-delà du 29 décembre 2010, pour le motif suivant: les conditions générales d'assurance n'octroyaient aux frontaliers qu'un droit restreint à percevoir des indemnités après la fin des rapports de travail (limite de 90 jours); certes, dans l'assurance perte de gain régie par la LCA, l'indemnité journalière continuait en règle générale d'être versée après la fin du contrat de travail; toutefois, il était admissible de prévoir une réduction ou une suppression de toute indemnité passé ce moment.

Extraits des considérants:

4.

4.1 Le recourant reproche à son ex-employeuse d'avoir souscrit par négligence une assurance assortie de restrictions pour les frontaliers, qui ne lui octroyait pas la couverture prévue par l'art. 3.m.c du règlement d'entreprise, à savoir 80% de son salaire pendant 720 jours, y compris après un éventuel licenciement. L'employeuse devrait répondre de la couverture insuffisante et lui verser l'équivalent du solde des indemnités journalières jusqu'à l'écoulement de 720 jours. L'autorité précédente aurait enfreint l'art. 18 CO en interprétant de façon erronée le règlement d'entreprise.

4.2

4.2.1 L'art. 324a CO réglemente le droit au salaire lorsque le travailleur est empêché de travailler sans faute de sa part pour cause de maladie notamment. Trois régimes sont envisageables.

Selon le régime légal, l'employeur verse le salaire «pour un temps limité» (al. 1), c'est-à-dire trois semaines pendant la première année de service, et ensuite pour une période plus longue fixée équitablement, en fonction de la durée des rapports de travail et des circonstances particulières (al. 2). La pratique a développé des barèmes destinés à faciliter l'application de cette disposition (échelles bernoise, zurichoise et bâloise; cf. entre autres WYLER/HEINZER, *Droit du travail*, 3^e éd. 2014, p. 234; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, *Arbeitsvertrag*, 7^e éd. 2012, p. 409 s.). Le droit au salaire cesse à la fin des rapports de travail (ATF 127 III 318 consid. 4b p. 325). Ce régime de base correspond à un seuil minimal de protection auquel il n'est pas possible de déroger en défaveur du travailleur (ATF 131 III 623 consid. 2.2 p. 628).

Selon le régime complémentaire, les parties peuvent convenir d'améliorer la protection du travailleur sans toucher au minimum légal, par exemple en prolongeant la période pendant laquelle le salaire reste dû (art. 324a al. 2 *in principio* CO) ou en prévoyant d'autres causes d'empêchement que celles retenues dans la loi. Une telle convention, qui ne fait qu'améliorer la situation du travailleur, et qui peut notamment porter sur la conclusion d'une assurance collective perte de gain, n'est soumise à aucune forme (cf. par ex. WYLER/HEINZER, *op. cit.*, p. 238 s.; REHBINDER/STÖCKLI, *Berner Kommentar*, 2010, n° 30 ad art. 324a CO).

Enfin, selon le troisième régime prévu à l'art. 324a al. 4 CO, un accord écrit, un contrat-type ou une convention collective peut déroger au système légal à condition d'accorder au travailleur des prestations au moins équivalentes. L'employeur ou l'assureur versera des prestations moindres que celles dues légalement pendant un «temps limité», mais qui s'étendront sur une période plus longue (arrêt 4A_53/2007 du 26 septembre 2007 consid. 4.3, *in RtiD* 2008 I 1057; GABRIEL AUBERT, *in Commentaire romand*, 2^e éd. 2012, n°s 50 et 53 ad art. 324a CO). L'équivalence est

généralement respectée lorsque l'employeur contracte une assurance qui alloue 80% du salaire pendant 720 jours, après un délai d'attente de 2–3 jours au maximum, moyennant un paiement de la moitié au moins des primes par l'employeur (ATF 135 III 640 consid. 2.3.2 p. 647 [délai de 730 jours]; WYLER/HEINZER, op. cit., p. 243 et les réf. citées; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, op. cit., p. 455 et les réf. citées).

La forme écrite doit couvrir les points essentiels du régime dérogatoire, à savoir les risques couverts, le pourcentage du salaire assuré, la durée des prestations, les modalités de financement des primes et un éventuel délai d'attente; un renvoi aux conditions générales d'assurance ou à un autre document tenu à disposition du travailleur suffit (ATF 131 III 623 consid. 2.5.1); les deux parties doivent signer l'accord (art. 13 al. 1 CO; REHBINDER/STÖCKLI, op. cit., n° 36 ad art. 324a CO).

Si l'exigence d'équivalence ou de forme écrite n'est pas satisfaite, le régime légal trouve application. Le travailleur peut exiger un montant correspondant à son salaire pendant le «temps limité» défini à l'art. 324a al. 2 CO. L'employeur ayant souscrit une assurance et payé la moitié des cotisations peut déduire la totalité des indemnités servies pendant cette période limitée, mais pas les indemnités ultérieures; par leur contribution respective au paiement des primes, l'employeur est réputé se libérer de la totalité de l'indemnité due pour un temps limité, tandis que l'employé s'assure pour la période postérieure (ATF 96 II 133 consid. 3d et 3f; critiques, STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, op. cit., p. 433, contra AUBERT, Le droit au salaire en cas d'empêchement de travailler [cité ci-après: Droit au salaire], in *Journée 1991 de droit du travail et de la sécurité sociale*, p. 123 n. 116). Il y a ainsi coexistence des prestations de l'employeur et de l'assureur jusqu'à concurrence du dommage, pendant la période limitée de l'art. 324a al. 2 CO (arrêt C 160/05 du 24 janvier 2006 consid. 7.2.1, cité par PHILIPPE CARRUZZO, *Le contrat individuel de travail*, 2009, p. 208). Cas échéant, l'employé peut commettre un abus de droit en réclamant le solde de son salaire alors qu'il a bénéficié de larges prestations de l'assurance (arrêt 4C.371/1995 du 23 juillet 1996 consid. 2b). Un auteur souligne que l'accord prévoyant le versement du salaire ou d'une indemnité au-delà de la durée minimale prévue par la loi n'est soumis à aucune forme (art. 324a al. 2 CO); il en conclut que l'accord peut subsister tel quel, lors même que l'employeur est tenu d'appliquer le régime de base pendant cette durée minimale (AUBERT, *Droit au salaire*, p. 123).

4.2.2 L'art. 11 al. 2 CO énonce qu'à défaut de disposition contraire sur la portée et les effets de la forme prescrite, le contrat n'est valable que si cette forme a été observée. Selon une jurisprudence critiquée par la doctrine, la sanction du vice de forme est la nullité absolue, qui doit être constatée d'office par le juge (ATF 106 II 146 consid. 3 p. 151; cf. aussi ATF 137 III 243 consid. 4.4.6; pour un résumé des critiques doctrinales, cf. par ex. INGEBORG SCHWENZER, in *Basler Kommentar*, 5^e éd. 2011, n° 23 ad art. 11 CO et AHMET KUT, in *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht*,

2° éd. 2012, n° 21 ad art. 11 CO). L'invocation du vice de forme peut toutefois constituer un abus de droit manifeste (art. 2 al. 2 CC), lequel peut notamment résider dans le fait d'adopter un comportement contradictoire. L'abus de droit ne peut être retenu que de façon restrictive (arrêt 4C.225/2001 du 16 novembre 2001 consid. 2b, in SJ 2002 I 405). Il n'est pas possible de poser des règles rigides en la matière, les circonstances concrètes étant déterminantes, notamment le comportement des parties et le but de la règle de forme (ATF 138 III 123 consid. 2.4.2).

4.3 En l'occurrence, la lettre d'engagement prévoit que l'employeuse retiendra sur le salaire 0,35% pour l'assurance perte de gain en cas de maladie. L'état de fait de l'arrêt attaqué peut être complété (cf. supra consid. 1.2) en ce sens que cette lettre a été signée par les deux parties au contrat de travail; elle ne contient toutefois aucun renvoi à un document tel que les conditions générales d'assurance ou le règlement d'entreprise (pièce 5).

Si la participation de l'employé au paiement des primes de l'assurance perte de gain est généralement l'indice d'un régime dérogatoire (WYLER/HEINZER, op. cit., p. 241 s.), force est de constater que la lettre d'engagement ne règle pas les éléments essentiels d'un tel régime et n'incorpore aucun autre document. L'exigence de forme écrite n'est donc pas satisfaite, ce qui n'a été relevé ni par l'employeuse intimée, ni par les autorités cantonales.

L'employé ne réclame pas son salaire ou un solde de salaire pour la période limitée définie à l'art. 324a al. 2 CO (cf. infra, consid. 4.6). Il entend être dédommagé pour une période postérieure, non couverte par ce minimum légal, soit après la fin des rapports de travail; l'employeuse aurait contracté à cet égard une couverture d'assurance non conforme à ses engagements.

Selon la jurisprudence, l'employeur doit répondre du dommage causé au travailleur lorsqu'il ne respecte pas son obligation de conclure une assurance collective avec des prestations prédéfinies; il s'agit d'une responsabilité pour violation des obligations contractuelles ou inexécution au sens de l'art. 97 CO (ATF 127 III 318 consid. 5; 115 II 251 consid. 4a et 4b). Un accord valable (respectivement une clause d'une convention collective ou d'un contrat-type) doit donc servir de fondement à une telle responsabilité. Or, il n'y a ici aucun accord écrit instituant un régime d'assurance en dérogation du droit au salaire pendant un temps limité. L'on ne saurait retenir une nullité partielle et appliquer le régime légal pour la période limitée, puis le régime conventionnel pour la période postérieure (apparemment contra AUBERT, cité supra consid. 4.2.1); car l'employeur n'est pas réputé accepter un régime complémentaire alors qu'il avait en vue un régime dérogatoire, permettant de limiter ses obligations pendant le temps limité défini par la loi. En raison du vice de forme, le travailleur ne peut donc pas prétendre à des dommages-intérêts contractuels. Par ailleurs, il n'apparaît pas que l'employeuse aurait eu un comportement constitutif d'un abus de droit.

L'on ne peut ignorer que dans certains cas, en particulier lors d'une incapacité de travail prolongée, le régime dérogatoire «standard» répondant à l'exigence d'équivalence (cf. supra, consid. 4.2.1) se révélera plus favorable au travailleur que le minimum légal. L'on observe toutefois que le législateur n'a prévu aucune disposition pour tenir en échec la conséquence prévue à l'art. 11 al. 2 CO. La liste, certes non exhaustive, des dispositions semi-impératives auxquelles il est possible de déroger en faveur du travailleur (art. 362 CO) mentionne les alinéas 1 et 3 de l'art. 324a CO, à l'exclusion de l'alinéa 4 qui contient l'exigence de forme écrite. A cela s'ajoute que dans le présent cas, l'on ne peut que mettre en doute l'existence d'un accord même informel. Les parties ont tout au plus convenu d'une assurance perte de gain en cas de maladie financée par le travailleur à concurrence d'une retenue de 0,35% sur son salaire mensuel. L'on ignore dans quelles circonstances l'employé a pris connaissance du règlement d'entreprise, en vertu duquel l'employeuse est censée contracter une assurance garantissant le versement de 80% du salaire pendant 720 jours. Comme déjà précisé, la lettre d'engagement n'incorpore pas ce règlement, qui n'est pas nécessairement un règlement d'entreprise au sens de la loi sur le travail (cf. art. 37 et 39 al. 2 LTr.; RS 822.11). Quant aux conditions générales d'assurance, l'employé admet dans son recours n'en avoir pris connaissance que le 6 août 2010, soit après la dénonciation du contrat. Il n'est donc pas établi que lorsque l'employé a accepté le principe d'une retenue, ou à tout le moins lorsque les retenues ont été pratiquées, il avait connaissance du fait que l'assurance contractée devait procurer à chaque collaborateur 80% de son salaire pendant 720 jours.

4.4 Le recourant reproche de surcroît à l'employeuse d'avoir enfreint ses obligations contractuelles en ne lui communiquant pas les conditions de l'assurance contractée, contrairement à ce que prévoyait l'art. 7 CGA.

L'employeuse a invité le travailleur à examiner avec la compagnie d'assurance s'il était possible de prolonger la couverture après la fin des rapports de travail. Pour le surplus, un employeur peut certes engager sa responsabilité contractuelle en omettant de communiquer les conditions d'assurance et les restrictions concernant certains travailleurs, auquel cas il devra répondre des promesses faites au travailleur; mais encore faut-il que l'obligation de conclure une assurance ait un fondement valable, lequel fait en l'occurrence défaut.

4.5 L'on ne discerne pas non plus d'éléments susceptibles de fonder une responsabilité de l'employeuse pour acte illicite ou culpa in contrahendo.

4.6 Le recourant ne développe pas d'argumentation subsidiaire selon laquelle il n'aurait pas touché la totalité de son salaire pendant la période limitée de l'art. 324a al. 2 CO et aurait de ce fait une prétention salariale. Eu égard d'une part aux barèmes élaborés par les pratiques cantonales, qui prévoient d'allouer 9 semaines de salaire pendant la troisième année de service, et compte tenu d'autre part des fiches de salaire 2010 et décomptes

d'indemnités journalières figurant au dossier cantonal, il n'apparaît pas que le recourant puisse faire valoir une telle prétention, que le juge fixe en équité. Le dossier ne fournit pas non plus d'éléments permettant de chiffrer une prétention à raison d'un éventuel trop-perçu sur les retenues de salaire.

4.7 En bref, à défaut d'accord valable, l'autorité précédente était fondée à nier toute prétention d'indemnisation en raison de la couverture d'assurance contractée; elle pouvait également exclure toute prétention salariale fondée sur l'art. 324a al. 2 CO. Dans son résultat, la décision attaquée est conforme au droit fédéral. Point n'est besoin d'examiner si les instances cantonales ont fait une interprétation erronée de l'art. 3.m.c du règlement d'entreprise, respectivement si les conditions générales d'assurance comportant des règles plus sévères à l'encontre des frontaliers sont conformes aux engagements internationaux (cf. JACQUES-ANDRÉ SCHNEIDER, Assurance perte de gain maladie collective selon la LCA et situations transfrontalières, in RSAS 2013 251 ss). Il s'ensuit le rejet du recours.

Bundesgericht, Urteil vom 15. Oktober 2014, Doss.-Nr. 8C_340/2014 (Bestätigung des Entscheids des Verwaltungsgerichts des Kantons Obwalden vom 12. März 2014), in: BGE 140 I 320

Art. 9 BV; Art. 34 des Bildungsgesetzes des Kantons Obwalden vom 16. März 2006; Art. 2 der Verordnung des Kantons Obwalden vom 25. April 2008 über das Anstellungsverhältnis der Lehrpersonen (Lehrpersonenverordnung) in Verbindung mit Art. 42 der Personalverordnung des Kantons Obwalden vom 29. Januar 1998.

Verweist eine kantonale Norm des öffentlichen Personalrechts auf eine Bestimmung des OR, so gilt Letztere als kantonale Norm (Bestätigung der Rechtsprechung; E. 3.3). Ein kantonaler öffentlich-rechtlicher Arbeitgeber handelt nicht willkürlich, wenn er im Rahmen einer fristlosen Kündigung eine Sozialfrist gewährt (E. 7 und 8).

Art. 9 Cst.; art. 34 de la loi sur la formation du canton d'Obwald du 16 mars 2006; art. 2 de l'ordonnance du canton d'Obwald du 25 avril 2008 concernant l'engagement du personnel enseignant (ordonnance sur le personnel enseignant) en liaison avec l'art. 42 de l'ordonnance sur le personnel du canton d'Obwald du 29 janvier 1998.

Lorsqu'une disposition cantonale sur le droit de la fonction publique renvoie à une disposition du CO, celle-ci relève du droit cantonal (confirmation de la jurisprudence; consid. 3.3). Un employeur public cantonal n'agit pas de manière arbitraire s'il accorde un délai social dans le cadre d'une résiliation avec effet immédiat (consid. 7 et 8).

Sachverhalt:

A.

A. war am Schulzentrum X. als Sportlehrer angestellt. Er wurde im Juni 2011 mit Vorwürfen (...) einer weiblichen Schülerin konfrontiert. Am 21. Juni 2011 unterzeichnete er eine Vereinbarung mit der Schulleitung, welche insbesondere sein Verhalten gegenüber weiblichen Lernenden im Sportunterricht zum Gegenstand hatte.

Am 23. September 2011 erteilte A. eine selbstbestimmte Sportlektion (...). Am 30. September 2011 beanstandete die Schulklasse sein Verhalten (...). Nach den Herbstferien führte der Rektor am 20. Oktober 2011 eine Anhörung der betroffenen Lernenden durch und gab A. am 31. Oktober 2011 Gelegenheit, sich zu den Vorwürfen zu äussern. Nachdem dieser die Vorwürfe bestritten hatte, schlug ihm die Schulleitung die Auflösung des Arbeitsverhältnisses bis spätestens Ende Januar 2012 vor und gab ihm eine Bedenkzeit bis zum 4. November 2011. A. lehnte am 4. November 2011 eine vorzeitige Auflösung des Arbeitsverhältnisses ab, worauf dieses gleichentags schriftlich fristlos gekündigt wurde.

B.

Eine gegen die fristlose Kündigung eingereichte Beschwerde lehnten das Bildungs- und Kulturdepartement Obwalden am 1. März 2012 und der Regierungsrat des Kantons Obwalden am 23. Oktober 2012 ab. Die dagegen erhobene Beschwerde wies das Verwaltungsgericht des Kantons Obwalden mit Entscheid vom 12. März 2014 ebenfalls ab.

C.

A. lässt Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten führen mit dem Antrag, es sei der kantonale Entscheid aufzuheben und die Sache an die Vorinstanz zur Neu Beurteilung zurückzuweisen.

Aus den Erwägungen:

3.

3.1 Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten kann wegen Rechtsverletzung gemäss Art. 95 f. BGG, insbesondere wegen Verletzung von Bundesrecht (Art. 95 lit. a BGG), erhoben werden. Die Verletzung kantonaler Bestimmungen bildet – abgesehen von den hier nicht gegebenen Fällen gemäss Art. 95 lit. c-e BGG – nur dann einen zulässigen Beschwerdegrund, wenn eine derartige Rechtsverletzung einen Verstoß gegen Bundesrecht im Sinne von Art. 95 lit. a BGG oder gegen Völkerrecht im Sinne von Art. 95 lit. b BGG zur Folge hat (BGE 133 II 249 E. 1.2.1 S. 251; vgl. auch BGE 136 I 241 E. 2.4 S. 249).

3.2 Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 106 Abs. 1 BGG). Es prüft die Verletzung von Grundrechten und von kantonalem und interkantonalem Recht nur insofern, als eine solche Rüge in der Beschwerde vorgebracht und begründet worden ist (Art. 106 Abs. 2

BGG). Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG). Sachverhaltsfeststellungen können nur berichtigt werden, wenn sie offensichtlich unrichtig sind oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruhen (Art. 105 Abs. 2 BGG).

3.3 Gelten durch Verweis im kantonalen öffentlichen Recht ergänzend die Bestimmungen des Obligationenrechts, wird durch die im öffentlichen Recht vorgenommene Verweisung auf das Privatrecht dieses zum öffentlichen Recht des betreffenden Gemeinwesens. Es ist nach dessen Regeln anzuwenden und auszulegen. Die übernommenen Normen des Obligationenrechts gelten nicht als Bundesprivatrecht, sondern als subsidiäres Recht des Kantons. Entsprechend ist die Bundesrechtsrüge gemäss Art. 95 lit. a BGG auf die Verletzung verfassungsmässiger Rechte beschränkt. Die Rüge der Verletzung des Obligationenrechts – angewandt als kantonales öffentliches Recht – kann nicht vorgebracht werden (BGE 138 I 232 E. 2.4 S. 236; vgl. auch Urteil 8C_294/2011 vom 29. Dezember 2011 E. 3.4, nicht publ. in: BGE 138 I 113, sowie Urteil 8C_451/2013 vom 20. November 2013 E. 2.2).

4.

Streitig und zu prüfen ist die Bundesrechtskonformität der fristlosen Kündigung vom 4. November 2011. Der Beschwerdeführer rügt eine Verletzung des rechtlichen Gehörs, negiert das Vorliegen eines wichtigen Grundes und macht schliesslich geltend, die Gewährung einer Sozialfrist schliesse die fristlose Kündigung aus.

(...)

7.

7.1 Die Schulleitung hat dem Beschwerdeführer nach Gewährung des rechtlichen Gehörs am 31. Oktober 2011 mitgeteilt, das Arbeitsverhältnis könne nicht fortgesetzt werden. Im Sinne eines Entgegenkommens könne es aber noch längstens bis Ende Januar 2012 erstreckt werden. Dem Beschwerdeführer wurde demnach eine sogenannte Sozialfrist eingeräumt.

Der Beschwerdeführer macht geltend, die Einräumung dieser Frist beweise, dass kein wichtiger Grund für die sofortige Kündigung vorgelegen habe. Indem das Dienstverhältnis auch aus Sicht des Arbeitgebers noch habe fortgesetzt werden können, belege dies, dass die Weiterbeschäftigung für beide Seiten zumutbar und daher nur eine ordentliche Kündigung zulässig gewesen wäre.

7.2 Das Bundesgericht hatte sich bis anhin – soweit ersichtlich – noch nie zur Zulässigkeit einer Sozialfrist im öffentlichen Personalrecht zu äussern. Im Urteil 8C_594/2010 vom 25. August 2011 hat es einen kantonalen Entscheid, der die ordentliche Kündigung ohne Einhaltung der entsprechenden Voraussetzungen mit der Begründung schützte, es wäre auch eine fristlose Entlassung zulässig gewesen, als willkürlich qualifiziert, da das kantonale Recht keine solche Möglichkeit vorsah. Zur Frage der Zulässig-

keit einer Sozialfrist hatte das Bundesgericht aber nicht Stellung zu beziehen.

Für das Zivilrecht hat das Bundesgericht die Gewährung einer Sozialfrist jedenfalls dann als zulässig erachtet, wenn die Frist nicht gleich lang wie die der ordentlichen Kündigung dauert und in erster Linie im Interesse des Arbeitnehmenden und nicht in demjenigen des Arbeitgebers liegt (Urteil 4C.174/2003 vom 27. Oktober 2003 E. 3.2.1).

7.3 Die Lehre äussert sich zur Zulässigkeit bzw. den Voraussetzungen für die Gewährung einer Sozialfrist im Kontext mit der fristlosen Entlassung im Arbeitsvertragsrecht (Art. 337 OR). MANFRED REHBINDER (Berliner Kommentar, 1992, N. 19 zu Art. 337 OR) hält die Gewährung der Sozialfrist für zulässig, verlangt aber, dass der Kündigende erkennbar erklärt, dass er ausserordentlich kündigen will; die Sozialfrist dürfe nicht die Frist für eine ordentliche Kündigung erreichen. SUBILIA/DUC (Droit du travail, 2. Aufl. 2010, N. 36 zu Art. 337 OR) schliessen sich der Ansicht von REHBINDER an. VISCHER/MÜLLER (Der Arbeitsvertrag, 4. Aufl. 2014, S. 349 § 24 Rz. 168) halten eine Schonfrist für beachtlich, sofern in der Gewährung dieser Frist nicht zum Ausdruck komme, dass die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht unzumutbar sei. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Arbeitsvertrag, 7. Aufl. 2012, N. 14 zu Art. 337 OR) erachten die Gewährung der Frist hingegen für unzulässig, da damit zum Ausdruck gebracht werde, die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses sei zumutbar und es sei demnach gar kein Grund für eine fristlose Kündigung gegeben. Dem hält WOLFGANG PORTMANN (in: Basler Kommentar, Obligationenrecht, Bd. I, 5. Aufl. 2011, N. 7 zu Art. 337 OR) entgegen, die Einräumung einer Sozialfrist erfolge ausschliesslich im Interesse des Gekündeten und entspreche dem Grundsatz «in maiore minus»:

Wenn eine fristlose Entlassung möglich sei, müsse dies auch für eine mildere Massnahme gelten. Auch ADRIAN STAEHELIN (in: Zürcher Kommentar, 4. Aufl. 2014, N. 40 zu Art. 337 OR) hält die Gewährung einer Sozialfrist im Interesse des Gekündigten für zulässig. FRANK EMMEL (in: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 2. Aufl. 2012, N. 1 zu Art. 337 OR) geht von der Zulässigkeit der Gewährung einer Sozialfrist aus, sofern darin ein Entgegenkommen für die gekündigte Partei liegt.

7.4 Insgesamt sprechen keine Gründe gegen die grundsätzliche Zulässigkeit einer Sozialfrist. Sind die Voraussetzungen für eine fristlose Entlassung gegeben und wäre eine sofortige Auflösung des Arbeitsverhältnisses rechtmässig, ist nicht einzusehen, weshalb ein Entgegenkommen unstatthaft sein soll. Praktisch gesehen entspricht es den Interessen des Arbeitnehmers, wenn der Arbeitgeber für ein solches Entgegenkommen nicht abgestraft wird. Sozial sein sollte nicht schaden (vgl. MERKER/DOLD, Kurze Reaktionszeit für fristlose Kündigung, Zeitschrift des Zentralverbandes Öffentliches Personal Schweiz [ZVinfo] September 2007 S. 12).

7.5 Mit der Gewährung einer solchen Frist wird die fristlose Entlassung abgefedert. Gleichzeitig besteht die Gefahr, dass die Unterscheidung

zwischen ordentlicher und ausserordentlicher Kündigung relativiert oder gar unklar wird. Es sind daher die Voraussetzungen zu prüfen, unter welchen eine solche Frist rechtmässig erscheint.

7.5.1 Die Überlegung, dass die Sozialfrist die Länge der ordentlichen Kündigungsfrist nicht erreichen darf, erweist sich selbstredend auch im öffentlichen Personalrecht als zutreffend: Es wäre widersprüchlich anzunehmen, die Weiterführung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist sei dem Arbeitgeber nicht mehr zuzumuten, indessen dürfe dem Arbeitnehmer eine gleich lange Zeitdauer bis zum Weggang aus sozialen Gründen zugebilligt werden. Dadurch würde der wichtige Grund für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses in einer Weise relativiert, welche der ratio legis einer fristlosen Entlassung widerspricht.

7.5.2 Ähnliches gilt für die Erwägung, die Gewährung einer Sozialfrist sei dann unzulässig, wenn sie einzig oder vorwiegend dem Interesse des Arbeitgebers diene. Allerdings kann im öffentlichen Personalrecht nicht vom (privaten) Interesse des Arbeitgebers gesprochen werden. An dessen Stelle tritt das öffentliche Interesse, dem grundsätzlich jedes staatliche Handeln unterworfen ist.

Diesem Interesse darf die Gewährung einer Sozialfrist nicht widersprechen. Dies träfe etwa dann zu, wenn sie einzig dazu diene, die zur fristlosen Kündigung führenden Gründe, die allenfalls auch den Arbeitgeber in einem ungünstigen Licht erscheinen lassen könnten, durch Stillschweigen der öffentlichen Meinungsbildung bzw. Kritik zu entziehen. Ebenso dürfte sich die Gewährung einer Sozialfrist verbieten, wenn von einer Weiterbeschäftigung eine erhebliche Gefährdung Dritter oder des Gemeinwohles ausginge oder ein rechtskonformes Verwaltungshandeln bzw. eine Dienstleistung nicht sichergestellt werden könnte.

7.5.3 Vielmehr muss die Sozialfrist im primären Interesse des Mitarbeiters, der Anlass zur fristlosen Auflösung des Arbeitsverhältnisses geboten hat, stehen. Sie wird aus sozialen Gründen etwa dann gewährt werden können, wenn die persönliche Situation für eine betroffene Person besonders schwierig ist und angenommen werden darf, sie finde dank der eingeräumten Frist eher wieder eine Anstellung.

7.6 Zusammenfassend erweist sich demnach die Gewährung einer Sozialfrist auch im öffentlichen Recht dann als zulässig, wenn Gründe für eine fristlose Entlassung ausgewiesen sind, die Frist für die ordentliche Kündigung klar unterschritten wird und keine Verletzung öffentlicher Interessen gegeben ist, vielmehr die Gewährung der Sozialfrist in erster Linie im Interesse des Dienstnehmers liegt. Ob diese Voraussetzungen erfüllt sind, ist im Einzelfall anhand der konkreten Umstände zu prüfen.

8. In casu liegt ein wichtiger Grund für eine fristlose Entlassung vor (nicht publ. E. 6), weshalb die Grundvoraussetzung für die Gewährung einer Sozialfrist erfüllt ist. Die Vorinstanz hat die weiteren Voraussetzungen für den vorliegenden Fall geprüft und bejaht. Der Beschwerdeführer stellt

diese Ausführungen nicht in Frage, weshalb es dabei sein Bewenden hat (vgl. E. 3.2). Die Beschwerde ist abzuweisen.

Bundesgericht, Urteil vom 12. November 2014, Doss.-Nr. 4A_384/2014 (Bestätigung des Entscheids des Obergerichts des Kantons Uri vom 2. April 2014)

Missbräuchliche Entlassung eines älteren Arbeitnehmers, Art. 336 OR; erweiterte Fürsorgepflicht, Art. 328 OR. Die Missbräuchlichkeit einer Kündigung kann sich auch aus der Art und Weise ergeben, wie die kündigende Partei ihr Recht ausübt. Da bei älteren Arbeitnehmern eine erhöhte Fürsorgepflicht gilt, ist der Art und Weise der Kündigung besondere Beachtung zu schenken. Der ältere Arbeitnehmer hat Anspruch darauf, rechtzeitig über die beabsichtigte Kündigung informiert und angehört zu werden, und der Arbeitgeber ist verpflichtet, nach Lösungen zu suchen, die eine Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses ermöglichen. Dabei handelt es sich nicht um eine generelle Verpflichtung von Arbeitgebern, in privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen vor einer Kündigung stets eine Verwarnung aussprechen bzw. mildere Massnahmen prüfen zu müssen. Vielmehr ist dies Ausfluss der erweiterten Fürsorgepflicht (E. 4.2.1, 4.2.2, 5.2).

Enthält ein Einzelarbeitsvertrag eine im Vergleich zu den Bestimmungen des Gesamtarbeitsvertrages vorteilhaftere Regelung, geht diese als Ausfluss des Günstigkeitsprinzips auch einer in einem späteren Zeitpunkt erlassenen Betriebsordnung vor (E. 5.2, 6.2.2).

Sachverhalt:

B., geboren 1951, war seit 1. Januar 1999 bei der in U. domizilierten Firma A. AG als Key-Account-Manager angestellt. Am 11. Februar 2010 eröffnete ihm die Arbeitgeberin, sie beabsichtige eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Mit Kündigung vom 16. Februar 2010 wurde dieses unter Einhaltung einer sechsmonatigen Kündigungsfrist per Ende August 2010 aufgelöst und eine sofortige Freistellung angeordnet. Am 31. August 2010 opponierte B. mittels «Einsprache». Ab 9. März 2010 vollumfänglich krankgeschrieben, erhielt er zunächst während dreier Monate den vollen Lohn und Anschluss bis zur maximalen 720-tägigen Ausschöpfung Krankentaggeldleistungen auf der Basis von 80% des vormaligen Verdienstes.

Am 16. Mai 2011 erhob B. beim Landgericht Uri Klage gegen die A. AG mit dem Rechtsbegehren, es sei ihm auf Grund missbräuchlicher Kündigung eine Pönalentschädigung in der Höhe von vier Monatsgehältern (einschliesslich Nebenpositionen) im Betrag von insgesamt Fr. 48 420.62 zu bezahlen. Ferner habe ihn seine ehemalige Arbeitgeberin mit ihrer Vor-

gehensweise um eine Übergangsrente gebracht, sodass ihm als Schadensposten weitere Fr. 84 734.15 zustünden. Schliesslich sei ihm eine Lohnfortzahlung im Krankheitsfall von 100% – und nicht bloss 80% – des vorherigen Verdienstes zu erbringen, woraus zusätzlich ein geschuldeter Betrag von Fr. 80 445.30 resultiere. Das angerufene Gericht hiess die Klage mit Entscheid vom 30. August 2012 teilweise gut und verpflichtete die A. AG, B. eine Pönalentschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung in der Höhe von zwei Monatslöhnen im Betrag von gesamthaft Fr. 24 210.30 zuzüglich Zins zu 5% ab dem 1. März 2011 auszurichten. Zudem seien dem Kläger aus Lohnfortzahlung während krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit Fr. 24 185.70 zuzüglich Zins zu 5% ab dem 7. März 2012 zu bezahlen. Im Übrigen wies es die Klage ab. Die Gerichtskosten und Parteientschädigungen wurden im Verhältnis drei Viertel zu einem Viertel dem Kläger und der Beklagten auferlegt bzw. festgesetzt. Die dagegen sowohl von B. wie auch von der A. AG eingereichten Berufungen wies das Obergericht des Kantons Uri in Bestätigung des angefochtenen Entscheids ab. Die Gerichtskosten wurden dem Ausgang des Verfahrens entsprechend je hälftig den Parteien auferlegt; die Parteikosten wurden wettgeschlagen (Entscheid vom 2. April 2014). Die A. AG (Beschwerdeführerin) führt Beschwerde in Zivilsachen und beantragt, in Aufhebung des obergerichtlichen Entscheids seien die Anträge gemäss Berufung vom 30. November 2012 gutzuheissen. Eventuell sei die Sache zu neuer Beurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Aus den Erwägungen:

3.

Die Beschwerdeführerin rügt zum einen die vorinstanzlich als missbräuchlich qualifizierte Kündigung.

3.1 Das Obergericht des Kantons Uri hat die Missbräuchlichkeit der am 11. bzw. 16. Februar 2010 auf Ende August 2010 ausgesprochenen Kündigung mit der Begründung bejaht, die Beschwerdeführerin hätte vorher mit dem Beschwerdegegner das Gespräch suchen und ihm eine letzte Chance bieten müssen, sein Verhalten zu ändern. Dies stelle Ausfluss ihrer arbeitgeberischen Fürsorgepflicht gegenüber einem Mitarbeiter dar, der während 35 Jahren grundsätzlich gut und loyal für sie tätig gewesen sei. Dem Beschwerdegegner schein es nicht bewusst gewesen zu sein, für wie gravierend die Beschwerdeführerin die ihm vorgehaltenen Verfehlungen eingestuft habe. Vielmehr habe er angenommen, es handle sich dabei um Nebensächlichkeiten, wohingegen seine Stärken, der Verkauf, höher gewichtet würden und seine Schwächen auszugleichen vermöchten. Diese Einstellung könne ihm nach den gesamten Umständen nicht vorgeworfen werden, zumal zwischen den Parteien nie ein klärendes Gespräch stattgefunden habe, anlässlich dem die Beschwerdeführerin ihrem Angestellten die Schwere seiner Pflichtverletzungen vor Augen geführt und ihm eine

Frist zur Verbesserung angesetzt hätte. Dazu wäre sie wegen des Alters des Beschwerdegegners und seiner langen Anstellungszeit jedoch gehalten gewesen. Indem sie entsprechende Schritte unterlassen habe, sei die Fürsorgepflicht gemäss Art. 328 OR verletzt worden. Die Kündigung sei mithin missbräuchlich erfolgt. Die vom Landgericht Uri auf zwei Monatslöhne festgesetzte Pönalentschädigung trage diesen Umständen angemessen Rechnung und sei zu bestätigen.

3.2 Die Beschwerdeführerin bringt dagegen im Wesentlichen vor, dass sie unbestrittenermassen sämtliche Konfliktbehebungsmassnahmen beherzigt habe. So seien insbesondere Gespräche mit dem Beschwerdegegner geführt und Teamveranstaltungen abgehalten worden. Ferner sei ein «act of commitment» vereinbart und ein Home-Office eingerichtet worden. Schliesslich habe der Betrieb dem Beschwerdegegner einen Mitarbeiter zur Seite gestellt und ihn bei gleichbleibendem Lohn von Führungsverantwortung entlastet. Eine von ihr begangene Persönlichkeitsverletzung auf Grund nicht ausgeräumter Konflikte sei in Anbetracht dieser dokumentierten Bemühungen, den Verbleib des Beschwerdegegners im Unternehmen zu sichern, nicht erkennbar. Es sei sodann in Anbetracht der Situation nicht ersichtlich, dass eine Abmahnung mit anschliessender Weiterbeschäftigung «auf Bewährung», wie vorinstanzlich gefordert, eine merkliche Veränderung im Verhalten des Beschwerdegegners bewirkt hätte. Vielmehr habe sich dieser während rund eineinhalb Jahren den verschiedensten Lösungsversuchen standhaft widersetzt, Weisungen nicht befolgt und seine Leistung nicht bzw. nur ungenügend erbracht. Das Alter des Beschwerdegegners bzw. dessen Betriebstreue stelle ebenfalls kein Argument dar, welches die Auflösung des Anstellungsverhältnisses als rechtsmissbräuchlich erscheinen lasse, habe der Beschwerdegegner zwischenzeitlich doch eine neue Arbeitsstelle angetreten und sei er daneben stets auch seiner Nebentätigkeit in Form des Verkaufs von Versicherungen nachgegangen. Zusammenfassend habe die Beschwerdeführerin alle erdenklichen Bemühungen unternommen, den Beschwerdegegner im Betrieb bestmöglich einzugliedern. Über unzählige Monate seien ohne nennenswerten Erfolg diverse Massnahmen umgesetzt worden. Eines vorgängigen klärenden Gesprächs habe es entgegen der Auffassung der Vorinstanz nicht bedurft, bestehe im Privatrecht doch keine Pflicht, eine ins Auge gefasste Kündigung zunächst einer Verhältnismässigkeitsprüfung in dem Sinne zu unterziehen, dass stets vorab mildere Vorkehren (Verwarnung, Versetzung etc.) zu prüfen und gegebenenfalls zu ergreifen wären. Eine Verletzung der ihr obliegenden arbeitsgeberischen Fürsorgepflicht sei deshalb klar zu verneinen und die Beendigung des Anstellungsverhältnisses rechtmässig.

4.

4.1 Ein unbefristetes Arbeitsverhältnis kann von jeder Vertragspartei unter Einhaltung der gesetzlichen oder vertraglichen Kündigungsfrist aufgelöst werden (Art. 335 Abs. 1 OR). Damit gilt das Prinzip der Kündigungsfreiheit. Es bedarf grundsätzlich keiner besonderen Gründe, um kün-

digen zu können. Die Kündigungsfreiheit findet aber ihre Grenzen am Missbrauchsverbot. Missbräuchlich ist eine Kündigung nur, wenn sie aus bestimmten, in Art. 336 OR umschriebenen unzulässigen Gründen ausgesprochen wird, wobei die Aufzählung nicht abschliessend ist (BGE 134 III 108 E. 7.1 S. 110; 132 III 115 E. 2.1 S. 116; Urteil 4A_415/2011 vom 19. März 2012 E. 3, nicht publ. in: BGE 138 III 359). Es sind deshalb – neben den in Art. 336 OR aufgeführten – weitere Tatbestände 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.; Urteil 4A_291/2008 vom 2. Dezember 2008 E. 4.3). Der Vorwurf der Missbräuchlichkeit setzt indessen voraus, dass die geltend gemachten Gründe eine Schwere aufweisen, die mit jener der in Art. 336 OR ausdrücklich aufgezählten vergleichbar ist (BGE 132 III 115 E. 2.1 S. 117; 131 III 535 E. 4.2 S. 538; Urteil 4C.73/2006 vom 22. Dezember 2006 E. 1.1).

4.2 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 (Urteil 4A_613/2010 vom 25. Januar 2011 E. 2 mit Hinweis). 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).

4.2.1 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 rechtmässig ist, wenn wegen des schwierigen Charakters eines Arbeitnehmers eine konfliktgeladene Situation am Arbeitsplatz entstanden ist, die sich schädlich auf die gemeinsame Arbeit auswirkt, und wenn der Arbeitgeber zuvor sämtliche ihm zumutbaren Vorkehren getroffen hat, um den Konflikt zu entschärfen. Hat sich der Arbeitgeber 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; Urteil 4A_430/2010 vom 15. November 2010 E. 2.1.2; so auch DENIS G. HUMBERT, Die missbräuchliche Kündigung im Spannungsfeld zwischen Kündigungsfreiheit, Generalklausel von Art. 336 OR und Fürsorgepflicht des Arbeitgebers, in: AJP 2011 S. 1471 ff., insb. S. 1480 ff.).

4.2.2 Als geeignete Massnahmen in diesem Sinne wurden etwa die Durchführung von Einzel- und Gruppengesprächen mit den Konfliktbeteiligten, das Erteilen von konkreten Verhaltensanweisungen, der Beizug einer Vertrauensstelle oder einer externen Beratungsunternehmung zwecks Teamcoaching sowie das Unterbreiten von Vorschlägen zur endgültigen Beilegung des Streits qualifiziert (Urteil 1C_245/2008 vom 2. März 2009 E. 4.3). Ebenso sind Befragungen, Aussprachen, Teamsitzungen, der Beizug von Coaches und Mediatoren, die Umorganisation der Arbeitsabläufe, das Vorsehen von Zielvorgaben, Verwarnungen und interne Versetzungen vorstellbar (ROGER RUDOLPH, Konflikte am Arbeitsplatz und Kündigung, in: ARV 2011 S. 77 ff., insb. S. 82; HUMBERT, a.a.O., S. 1482 f.) Als ungenügend hat das Bundesgericht demgegenüber die Vorgehensweise in einem Fall beurteilt, in dem der Arbeitgeber bloss eine einzige, im Hinblick auf die Entspannung der Betriebsatmosphäre überdies viel zu spät angesetzte Aussprache durchgeführt und keine weiteren Massnahmen zur Beilegung des Konflikts mehr ergriffen hat (Urteil 1C_354/2008 vom 4. Mai 2009 E. 2.5). Der Umfang und die Intensität der erfolgten Massnahmen ist stets einzelfallbezogen im Rahmen einer Gesamtwürdigung der jeweiligen Umstände zu prüfen (BGE 132 III 115 E. 2.5 S. 118 mit Hinweisen; HUMBERT, a.a.O., S. 1483). Dabei spielt das fortgeschrittene Alter eines Arbeitnehmers mit langer Dienstzeit eine massgebliche Rolle. Für diese Arbeitnehmerkategorie gilt eine erhöhte arbeitgeberische Fürsorgepflicht (HUMBERT, a.a.O., S. 1477; FRANK VISCHER, Die Betriebstreue des Arbeitnehmers als Schranke der Kündigungsfreiheit des Arbeitgebers, in: recht 3/2006 S. 112 ff., insb. S. 113). Daraus ist zu schliessen, dass bei älteren Arbeitnehmern der Art und Weise der Kündigung besondere Beachtung zu schenken ist. Er hat namentlich Anspruch darauf, rechtzeitig über die beabsichtigte Kündigung informiert und angehört zu werden, und der Arbeitgeber ist verpflichtet, nach Lösungen zu suchen, welche eine Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses ermöglichen. Ein absoluter Kündigungsschutz für diese Kategorie von Arbeitnehmenden besteht indes dennoch nicht, würde ein solcher doch das Prinzip der Kündigungsfreiheit grundsätzlich in Frage stellen. Höchststrichterlich war denn auch schon eingeräumt worden, dass sich eine Kündigung unter Umständen, selbst kurz vor der Pensionierung, als unumgänglich erweisen könnte. Diesfalls wird aber ein in erhöhtem Masse schonendes Vorgehen verlangt (BGE 132 III 115 E. 5.4 S. 121 f.; VISCHER, a.a.O., S. 116).

5.

5.1 Unstreitig hat die Beschwerdeführerin nach dem ersten Burn-out des Beschwerdegegners im Jahre 2007 verschiedene Anstrengungen unternommen, ihn wieder vollwertig im Unternehmen zu integrieren. So konnte er gewisse Führungsaufgaben ohne Lohnkürzungen abgeben und es wurde ihm, als sich im Januar 2010 ein erneuter Erschöpfungszustand abzeichnete, entgegen den betrieblichen Gepflogenheiten und unter Inkaufnahme einer erschwerten Kommunikation ein Home-Office eingerichtet. Ferner

wurden Gespräche geführt und anschliessend ein «act of commitment» vereinbart sowie Teamveranstaltungen durchgeführt, um das Arbeitsklima zu verbessern. Des Weiteren stellte die Beschwerdeführerin dem Beschwerdegegner einen Mitarbeiter zur Seite, der ihm bei EDV-Problemen behilflich sein sollte.

5.2 Es kann der Beschwerdeführerin vor diesem Hintergrund nicht vorgeworfen werden, untätig geblieben zu sein. Namentlich hat sie auch auf die gesundheitlichen Befindlichkeiten des Beschwerdegegners Rücksicht genommen und ihm mit der Arbeitsform des Home-Office die Möglichkeit geboten, das mit einem Grossraumbüro verbundene Stresspotenzial zu verringern. Angesichts des Alters des Beschwerdegegners, dessen, wenn auch mit Unterbruch, langjährigen Betriebstreue und den ihr zumindest ansatzweise bekannten Frühpensionierungsabsichten galt für die Beschwerdeführerin jedoch eine erhöhte arbeitgeberische Fürsorgepflicht, welche sich rechtsprechungsgemäss insbesondere anhand der Kündigungsmodalitäten zu manifestieren hatte. Die Beschwerdeführerin war gehalten, diesbezüglich ein möglichst schonendes, den sich gegenüberstehenden Interessen Rechnung tragendes Verhalten an den Tag zu legen. Erwiesenermassen waren beim Beschwerdegegner bereits seit geraumer Zeit Defizite in der Arbeitsweise geortet worden. Zentrale Punkte wurden im Verlaufe der Jahre 2008 und 2009 denn auch vermehrt kritisiert und es wurde versucht, mittels geeigneter Massnahmen Abhilfe zu schaffen. Wie sich aus den vorinstanzlichen – für das Bundesgericht verbindlichen – Feststellungen ergibt, hatte die Beschwerdeführerin dem Beschwerdegegner vor dem 11. Februar 2010 jedoch nie klar signalisiert, dass die gerügten Mängel für sie einen Schweregrad aufwiesen, der bei Nichtbehebung eine Auflösung des Arbeitsverhältnisses nach sich zöge. Vorgängig der Kündigung vom 16. Februar 2010 mit sofortiger Freistellung wäre es deshalb an der Beschwerdeführerin gewesen, ein entsprechendes Gespräch zu führen, den Beschwerdegegner nachdrücklich auf die Folgen seiner Unterlassungen hinzuweisen und ihm mit Fristansetzung und Zielvereinbarung eine letzte Chance zu geben, seinen Aufgaben in genügendem Masse nachzukommen. Entgegen den Ausführungen in der Beschwerde handelt es sich dabei nicht um eine generelle Verpflichtung von Arbeitgebenden, in privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen vor einer Kündigung stets eine Verwarnung auszusprechen bzw. mildere Massnahmen prüfen zu müssen. Vielmehr ist die aufgezeigte Vorgehensweise Ausfluss der im vorliegenden Fall erweiterten Fürsorgepflicht und des sich daraus mit Blick auf die schärfstmögliche arbeitsrechtliche Sanktion, die Auflösung des Anstellungsverhältnisses, ergebenden Anspruchs des betroffenen Arbeitnehmers auf pfleglichen, die gegensätzlichen Interessenlagen sorgsam abwägenden Umgang. Indem auf diesen Schritt verzichtet wurde, hat die Beschwerdeführerin die ihr obliegende Fürsorgepflicht verletzt, wenn auch auf Grund der Umstände lediglich in einem geringen Mass.

Die Schlussfolgerung der Vorinstanzen, die Kündigung erweise sich als rechtsmissbräuchlich, stellt nach dem Gesagten keine Bundesrechtsverletzung dar. Ebenso wenig ist in Anbetracht der gemäss Art. 336a Abs. 1 und 2 Satz 1 OR auf bis zu sechs Monatslöhnen festsetzbaren Entschädigung die im Betrag von zwei Monatslöhnen zugesprochene Pönalentschädigung als unangemessen hoch bzw. bundesrechtswidrig zu qualifizieren.

6.

6.1 Im angefochtenen Entscheid wurde im Weiteren erkannt, dass hinsichtlich der Lohnfortzahlungspflicht der Beschwerdeführerin bei Krankheit/Unfall infolge des Günstigkeitsprinzips auf den zwischen den Parteien abgeschlossenen Einzelarbeitsvertrag (nachfolgend: EAV) und nicht auf den Gesamtarbeitsvertrag in der Maschinen-, Elektro- und Metallindustrie (nachfolgend: GAV) bzw. auf das mit der Arbeitnehmervertretung erarbeitete Firmenreglement abzustellen sei. Das dem Beschwerdegegner auszurichtende Krankentaggeld basiere folglich gemäss Art. 6 Abs. 1 und 2 EAV auf dem vollen Gehalt im Sinne des Fixlohnes.

Dem wird in der Beschwerde entgegengehalten, das am 1. August 2008 in Kraft gesetzte Firmenreglement sehe vor, dass während den ersten neunzig Tagen krankheits- oder unfallbedingter Arbeitsunfähigkeit das volle Salär und anschliessend bis zum Erreichen von maximal 720 Tagen ein solches von 80% auszurichten sei. Da der am 10. September 1998 unterzeichnete EAV festhalte, dass sämtliche nachgehenden Reglemente der Arbeitgeberin direkt für den Arbeitnehmer Anwendung fänden, sei die Regelung gemäss Firmenreglement für den Beschwerdegegner massgebend.

6.2 Gemäss Art. 357 Abs. 2 OR kann von den Bestimmungen eines Gesamtarbeitsvertrages nur abgewichen werden, wenn die entsprechenden Abreden sich zugunsten des Arbeitnehmers auswirken. Das in Art. 357 Abs. 1 OR festgehaltene Prinzip der Unabdingbarkeit von gesamtarbeitsvertraglichen Bestimmungen wird durch das Günstigkeitsprinzip eingeschränkt. Das Günstigkeitsprinzip lässt für den Arbeitnehmer günstigere Abreden zu und will somit die individuelle Vertragsfreiheit im Rahmen der kollektiven Arbeitsbedingungen sichern (BGE 116 II 153 E. 2a/aa S. 155 mit Hinweisen).

6.2.1 Art. 18.1 GAV sieht vor, dass für Angestellte abgestuft nach der jeweiligen Dienstdauer während einer gewissen Zeitspanne eine Lohnfortzahlungspflicht von 100% des Lohnes besteht. Ab dem 20. Dienstjahr beträgt diese sechs Monate. Anstelle dieser Lohnfortzahlungspflicht kann die Arbeitgeberin gemäss Art. 18.5 GAV eine Krankentaggeldversicherung abschliessen. Die einzelnen Mitarbeiter müssen dabei während 720 Tagen innerhalb von 900 aufeinander folgenden Tagen für ein Krankentaggeld von 80% des Lohnes versichert sein (Art. 18.5 Abs. 2 GAV). Für die in Art. 18.1 GAV vorgesehene Dauer muss die Arbeitgeberin die Versicherungsleistungen so ergänzen, dass die betroffenen Mitarbeiter während dieser Dauer 100% des Lohnes erhalten (Art. 18.5 Abs. 3 Satz 2 GAV). Die Prämien sind im Umfang von 2% des durchschnittlichen Lohnes von der

Arbeitgeberin zu bezahlen (Art. 18.5 Abs. 3 Satz 1 GAV). Das Firmenreglement beinhaltet eine ähnliche Regelung, wobei sich die Lohnfortzahlungspflicht von 100% gemäss Ziff. 5.1 für sämtliche Mitarbeitende unabhängig ihrer geleisteten Dienstzeit auf drei Monate bzw. neunzig Tage beläuft. Die Mitarbeitenden geniessen insgesamt einen Schutz vor Salärausfall von 100% / 80% für 720 Tage. Mit Art. 6 des EAV vereinbarten die Parteien demgegenüber eine weitergehende Lösung: Ab dem 6. Dienstjahr soll während sechs Monaten das volle Gehalt ausgerichtet werden. Zudem wurde eine aufgeschobene Krankentaggeldversicherung vorgesehen, welche das volle Gehalt für die verbleibende Zeit, höchstens aber während 720 innert 900 aufeinander folgenden Tagen, abdeckt. Die Prämien für diese Versicherung sind von den Mitarbeitenden zu bezahlen.

6.2.2 Gemäss Art. 57 Abs. 1 GAV können in Betriebsordnungen Abweichungen vom GAV vereinbart werden. Diese Delegationsnorm lässt aber, wie vorinstanzlich zutreffend erkannt wurde, nur Abweichungen von Regelungen des GAV – nicht aber eines bestehenden EAV – zu. Enthält ein Einzelarbeitsvertrag eine im Vergleich zu den Bestimmungen des GAV vorteilhaftere Regelung, geht diese als Ausfluss des erwähnten Günstigkeitsprinzips auch einer in einem späteren Zeitpunkt erlassenen Betriebsordnung vor. Sowohl das Firmenreglement wie auch der EAV halten im Übrigen ausdrücklich fest, dass abweichende einzelarbeitsvertragliche Abmachungen zulässig sind.

Es bleibt daher bei der – unter keinem Titel Bundesrecht verletzenden – obergerichtlichen Erkenntnis, wonach sich die Lohnfortzahlungspflicht der Beschwerdeführerin im vorliegenden Fall nach Massgabe von Art. 6 Abs. 1 und 2 des EAV richtet.

Bundesgericht, Urteil vom 25. November 2014, Doss.-Nr. 4A_483/2014 (Bestätigung des Entscheids des Obergerichts des Kantons Thurgau vom 1. April 2014)

Bonus; Provision, Art. 322b OR. Kommt der Arbeitgeber seiner Abrechnungspflicht gemäss Art. 322c Abs. 1 OR nicht nach, kann der Arbeitnehmer seine Provisionsforderung in der Regel nicht weiter substantzieren. Es ist dann am Arbeitgeber, die eingeklagten Forderungen substantziiert zu bestreiten, wozu nachvollziehbare Angaben zu den Berechnungsfaktoren gehören. Von einer unzulässigen Umkehr der Beweislast kann diesbezüglich nicht die Rede sein. Die Vorinstanz qualifizierte den vereinbarten Bonus korrekterweise als Provision (Art. 322b OR) und ging dabei davon aus, der Arbeitgeber sei verpflichtet gewesen, dem Arbeitnehmer jährlich eine Abrechnung unter Angabe der bonuspflichtigen Geschäfte zu übergeben (E. 3.3, 5.3.1).

Ein Gutachten unterliegt wie jedes Beweismittel der freien richterlichen Beweismwürdigung. Indem die Vorinstanz bezüglich einzelner untergeordneter Berechnungsfaktoren im Gutachten eine Schätzung gemäss Art. 42 Abs. 2 OR vornahm, senkte sie dadurch nicht allgemein das Beweismass (E. 5.3.3, 6.1).

Hat der Arbeitgeber mittels Weisung dem Arbeitnehmer eine andere Tätigkeit an einem anderen Arbeitsort zugewiesen und damit weitere Bonusansprüche des Arbeitnehmers einseitig verhindert, ist dem Arbeitnehmer gestützt auf Art. 156 OR grundsätzlich ein Bonusanspruch zuzubilligen (E. 7.4).

Sachverhalt:

Mit Arbeitsvertrag vom 19. November 2001 stellte die A. AG (Beklagte, Beschwerdeführerin) B. (Kläger, Beschwerdegegner) als stellvertretenden Geschäftsführer und Verkaufsleiter an. Der Lohn setzte sich aus einem Fixum (Grundlohn) von brutto Fr. 11 500.-, einem 13. Monatslohn in der Höhe des 1,5-fachen Grundlohns und einem Jahresbonus von Fr. 25 000.- bei Erreichung eines Deckungsbeitrages von Fr. 1 800 000.- zusammen. Am 29. Oktober 2003 offerierte die Beklagte dem Kläger unter dem Titel «Aufhebung/Kündigung des Arbeitsvertrages vom 19. November 2001» mit Hinweis auf dessen neue Budgetverantwortung neu ein Fixum von Fr. 100 000.- (12 x Fr. 8333.35) sowie einen Bonus von Fr. 60 000.- bei Erreichen eines Deckungsbeitrages von Fr. 500 000.-, von Fr. 80 000.- bei Erreichen eines Deckungsbeitrages von Fr. 600 000.- und von Fr. 100 000.- bei Erreichen eines Deckungsbeitrages von Fr. 800 000.-. Ab 1. Januar 2004 bezog der Kläger einen Monatslohn von Fr. 8333.35, ab 2005 zusätzlich einen 13. Monatslohn in gleicher Höhe. Am 29./30. Juni 2004 vereinbarten die Parteien für das Jahr 2004 zusätzlich zum vereinbarten Jahresgehalt eine Prämie von netto Fr. 25 000.-. Am 29. September 2008 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis per 31. Dezember 2008.

Gestützt auf den Arbeitsvertrag vom 19. November 2001 forderte der Kläger von der Beklagten vorerst für die Jahre 2004 bis 2008 Fr. 242 915.60 an (Grund-)Lohn nach. In der Folge machte er im Sinne einer Alternativbegründung Bonusansprüche für die Jahre 2004 bis 2008 von Fr. 340 000.- geltend. Am 16. Oktober 2009 betrieb der Kläger die Beklagte über einen Betrag von Fr. 400 000.- zuzüglich 5% Zins ab 17. Oktober 2009. Die Beklagte erhob Rechtsvorschlag. Mit Klage vom 4. Dezember 2009 beim Bezirksgericht Weinfelden verlangte der Kläger im Wesentlichen, die Beklagte sei zur Zahlung von Fr. 388 338.70 brutto zuzüglich Zins und Betreuungskosten, eventuell zur Zahlung von Fr. 289 587.79 brutto zuzüglich Zins und Betreuungskosten zu verpflichten. Die Forderung basierte auf den für die Jahre 2004 bis 2008 geltend gemachten Boni für die Erreichung der vereinbarten Zielvorgaben (De-

ckungsbeiträge) abzüglich die zu viel ausbezahlten 13. Monatslöhne und zuzüglich Fr. 25 000.– (drei Monatslöhne für die Monate Januar bis März 2009). Das Bezirksgericht führte ein Beweisverfahren durch und holte ein Gutachten zur Höhe der massgeblichen Deckungsbeiträge ein. Gestützt auf dieses Gutachten schützte es mit Entscheid vom 1. Oktober 2013 die Klage teilweise und verpflichtete die Beklagte, dem Kläger Fr. 368 338.70 (brutto) zuzüglich Zins zu 5% auf Fr. 250 000.– seit dem 28. Februar 2009 sowie auf Fr. 118 338.70 seit dem 25. November 2009 zu bezahlen. Gegen diesen Entscheid reichte die Beklagte am 8. November 2013 Berufung beim Obergericht des Kantons Thurgau ein und beantragte im Wesentlichen die Aufhebung des angefochtenen Entscheids und die Abweisung der Klage. Der Kläger beantragte Abweisung der Berufung und erhob Anschlussberufung mit dem Begehren, die erstinstanzliche Kostenverteilung sei aufzuheben und der Beklagten sämtliche Kosten und Entschädigungen aufzuerlegen. Das Obergericht erklärte mit Entscheid vom 1. April 2014 die Anschlussberufung als unbegründet und die Berufung als teilweise begründet. Es schützte die Klage teilweise und verpflichtete die Beklagte, dem Kläger Fr. 288 338.70 zuzüglich 5% Zins auf Fr. 250 000.– seit dem 28. Februar 2009 sowie auf Fr. 38 338.70 seit dem 25. November 2009 zu bezahlen. Die Beklagte sei berechtigt, die von ihr abzuführenden Sozialversicherungsbeiträge vom zugesprochenen Betrag in Abzug zu bringen, sofern sie nachweise, dass diese tatsächlich geschuldet und bezahlt worden seien. Entgegen der Erstinstanz war das Obergericht der Auffassung, es könne nicht ohne weiteres auf die Ergebnisse des Gutachtens abgestellt werden, weil der Experte den Umsatz, den Wareneinkauf (variable Kosten) und somit den Deckungsbeitrag für die gesamte Sparte (Fenster/Türen/Parkett/Laminat) berechnet habe und darin auch die nicht (jedenfalls nicht ohne weitere Abklärungen) dem Kläger zurechenbare Anteile enthalten seien. Aufgrund einer Würdigung von den vom Gutachten bestätigten Teilaspekten, namentlich der eindeutig dem Kläger zurechenbaren Umsätze, der von der Beklagten mit der Klage eingereichten Tabellen mit Soll/Ist-Vergleichen und unter Berücksichtigung eines herabgesetzten Beweismasses (überwiegende Wahrscheinlichkeit) bzw. in Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR, ermittelte es die Deckungsbeiträge selber. Mit Beschwerde in Zivilsachen beantragt die Beschwerdeführerin dem Bundesgericht, der Entscheid des Obergerichts des Kantons Thurgau vom 1. April 2014 sei aufzuheben und es sei die Klage vom 4. Dezember 2009 abzuweisen. Eventualiter sei der Entscheid aufzuheben und die Angelegenheit zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge für die beiden kantonalen Verfahren und das Beschwerdeverfahren zu Lasten des Beschwerdegegners.

Aus den Erwägungen:

2.

Für das im Jahr 2009 eingeleitete erstinstanzliche Verfahren galt noch das frühere Verfahrensrecht, also die Thurgauische Zivilprozessordnung (Art. 404 Abs. 1 ZPO). Für das Verfahren vor Obergericht war indessen die Schweizerische Zivilprozessordnung anwendbar, da der erstinstanzliche Entscheid erst nach Inkrafttreten der ZPO eröffnet wurde (Art. 405 Abs. 1 ZPO).

3.

3.1 Es ist unbestritten, dass massgebliche Grundlage für die Beurteilung der Klageforderung die arbeitsvertragliche Regelung gemäss Offerte der Beschwerdeführerin vom 29. Oktober 2003 ist, die ab Januar 2004 galt und mit der ein im Vergleich zur früheren Regelung tieferer Fixlohn und andererseits höhere variable Lohnbestandteile vereinbart wurden.

3.2 Unbestritten blieb auch die Feststellung der Vorinstanz, die Parteien seien davon ausgegangen, dass die Bonusberechnung gestützt auf die dem Beschwerdegegner zurechenbaren, d.h. von ihm verantworteten Umsätze erfolgen solle und nicht auf der Basis aller Umsätze der ganzen Abteilung des Beschwerdegegners (Türen, Fenster, Parkett, Laminat). Schliesslich wird auch die grundsätzliche Berechnungsweise der einzelnen Deckungsbeiträge – nämlich, dass von den einzelnen Bruttoumsätzen (Rechnungen) die Erlösminderungen und die variablen Kosten abzuziehen sind – nicht gerügt.

3.3 Die Vorinstanz (so wie auch die Erstinstanz) qualifizierte den vereinbarten Bonus als Provision (Art. 322b OR). Dabei ging sie davon aus, mangels anderer Vereinbarung sei die Beschwerdeführerin verpflichtet gewesen, dem Beschwerdegegner gemäss Art. 322c Abs. 1 OR jährlich eine Abrechnung unter Angabe der bonuspflichtigen Geschäfte zu übergeben. Wenn nicht ein Anteil am Umsatz vereinbart sei, seien auch die Abzüge zu spezifizieren. Die Abrechnung der Beschwerdeführerin hätte somit im Einzelnen die dem Beschwerdegegner zurechenbaren Geschäfte, die Umsätze, die Erlösminderungen, die variablen Kosten und die Deckungsbeiträge umfassen müssen. Die Beschwerdeführerin habe aber während der Dauer des Arbeitsverhältnisses keine solchen Abrechnungen erstellt. Auch dies wird nicht gerügt. Die Beschwerdeführerin bemängelt aber die von der Vorinstanz aus Art. 322c Abs. 1 OR gezogenen Schlüsse hinsichtlich der Beweisanforderungen.

4.

Für den Bonusanspruch trägt der Arbeitnehmer die Beweislast. Bewiesen werden müssen nur behauptete Tatsachen, die genügend bestritten sind. Die Vorinstanz hat wiederholt festgestellt, die Beschwerdeführerin habe massgebliche Eckwerte für die Berechnung der Deckungsbeiträge – namentlich hinsichtlich der von den Umsätzen abzuziehenden Erlösminde- rungen und der variablen Kosten – nicht rechtzeitig genügend substanzi-

iert. Konkret wies sie diesbezüglich darauf hin, im (erstinstanzlichen) Beweisverfahren habe die Beschwerdeführerin beispielsweise auf die Aufforderung zur Edition vollständiger Soll/Ist-Vergleiche solche (wenn auch nicht vollständig) eingereicht, welche bereits der Beschwerdegegner in den Prozess eingeführt hatte und welche die Beschwerdeführerin ihrerseits aber bestritten habe, obwohl die Zahlen in ihr System geflossen und die gemeldeten Umsätze Basis ihrer Rechnungen gebildet hätten. Oder sie habe bloss Jahresgesamtsommen für den Einkauf (variable Kosten) und den Verkauf sowie sieben Schadenpositionen angegeben, ohne irgendeine Zahl auch nur ansatzweise zu erklären. Aufgrund der von ihr angenommenen ungenügenden Substanziierung stellte die Vorinstanz verschiedentlich auf die vom Beschwerdegegner in den von diesem mit der Klageschrift gelieferten Tabellen (Soll/Ist-Vergleiche) enthaltenen Beträge ab. Ausserdem stützte sie sich zum Teil auf eine Schätzung gemäss Art. 42 Abs. 2 OR.

5.

Die Beschwerdeführerin rügt eine Verletzung von Art. 8 ZGB und Art. 42 Abs. 2 OR. Sie behauptet, das Obergericht habe seinem Entscheid vom 1. April 2014 ein bundesrechtswidriges Beweismass zugrunde gelegt und die Beweislast umgekehrt. Dies, indem es davon ausgegangen sei, ohne eine von der Arbeitgeberin erstellte Abrechnung gemäss Art. 322c OR sei «der Beweis über Bestand und Umfang der Boni naturgemäss (...) kaum zu erbringen», weshalb eine Herabsetzung des Beweismasses, zumindest auf das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit gerechtfertigt sei. Die zitierte Aussage der Vorinstanz beinhalte auch eine offensichtlich unrichtige und aktenwidrige Feststellung des Sachverhalts. Die Beschwerdeführerin ist grundsätzlich der Auffassung, sie habe «sämtliche dafür (gemeint: für eine Expertise) erforderlichen Unterlagen, Informationen und elektronischen Daten dem Experten zur Verfügung» gestellt. Der Beweis könne daher jederzeit durch Expertise erbracht werden. Hätte der Experte aufgrund der vorhandenen Unterlagen und Angaben keine Expertise erstellen können, hätte er dies feststellen und den Auftrag zurückgeben müssen. Die Vorinstanz habe faktisch eine Beweislastumkehr vorgenommen. Eine solche wäre aber – wenn überhaupt – nur denkbar bei der Verweigerung der Auskunfterteilung oder Rechnungslegung i.S. von Art. 322c OR trotz einer im Rahmen einer Stufenklage ergangenen dahinzielenden Verurteilung. Vorliegend habe der Beschwerdegegner aber gerade keine Stufenklage gemacht. Da klar gewesen sei, dass jede von ihr erstellte Abrechnung vom Beschwerdegegner ohnehin nicht akzeptiert worden wäre, habe sie im Beweisverfahren mitgewirkt und in «Absprache und mit ausdrücklicher Zustimmung des Bezirksgerichts Weinfelden» alle Buchhaltungs- und Projektunterlagen zur Einsicht durch den Experten vorgelegt.

5.1 Ein Beweis gilt als erbracht, wenn das Gericht nach objektiven Gesichtspunkten von der Richtigkeit einer Sachbehauptung überzeugt ist. Absolute Gewissheit kann dabei nicht verlangt werden. Es genügt, wenn das Gericht am Vorliegen der behaupteten Tatsache keine ernsthaften

Zweifel mehr hat oder allenfalls verbleibende Zweifel als leicht erscheinen. Eine Herabsetzung des Beweismasses insbesondere auf überwiegende Wahrscheinlichkeit setzt voraus, dass ein strikter Beweis nach der Natur der Sache nicht möglich oder nicht zumutbar ist (BGE 130 III 321 E. 3.2 S. 324, 128 III 271 E. 2b/aa S. 275). Die Herabsetzung des Beweismasses darf im Ergebnis nicht zu einer Umkehr der Beweislast führen (Urteil 4A_338/2011 vom 14. Dezember 2011 E. 2.1).

Vorliegend wird ein Erfüllungsanspruch aus Arbeitsvertrag geltend gemacht. Im Hinblick auf dessen Bezifferung und Nachweis kann grundsätzlich Art. 42 OR analog angewendet werden (BGE 128 III 271 E. 2b/aa S. 275 ff.; Urteile 4A_208/2014 vom 9. Oktober 2014 E. 6.2.2 und 4A_459/2013 vom 22. Januar 2014 E. 5.2.2; je mit Hinweisen). Auch eine Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR setzt aber voraus, dass ein strikter Beweis nach der Natur der Sache nicht möglich oder nicht zumutbar ist, und die Herabsetzung des Beweismasses darf im Ergebnis nicht zu einer Umkehr der Beweislast führen. Die beweispflichtige Partei hat alle Umstände, die für die Verwirklichung des behaupteten Sachverhalts sprechen, soweit möglich und zumutbar zu behaupten und zu beweisen (BGE 128 III 271 E. 2b/aa S. 276 f.; Urteile 4A_208/2014 vom 9. Oktober 2014 E. 6.2.2 und 4A_127/2011 vom 12. Juli 2011 E. 6.3; je mit Hinweisen).

5.2 Wie weit die anspruchsbegründenden Tatsachen inhaltlich zu substantiieren sind, damit sie unter die massgeblichen Bestimmungen des materiellen Rechts subsumiert werden können, bestimmt das materielle Bundesrecht. Die jeweiligen Anforderungen ergeben sich einerseits aus den Tatbestandsmerkmalen der angerufenen Norm und andererseits aus dem prozessualen Verhalten der Gegenpartei. Tatsachenbehauptungen müssen dabei so konkret formuliert sein, dass ein substantiiertes Bestreiten möglich ist oder der Gegenbeweis angetreten werden kann. Bestreitet der Prozessgegner das an sich schlüssige Vorbringen der behauptungsbelasteten Partei, kann diese gezwungen sein, die rechtserheblichen Tatsachen nicht nur in den Grundzügen, sondern so umfassend und klar darzulegen, dass darüber Beweis abgenommen werden kann. Auf welchem Weg ein subsumptionsfähiger Sachverhalt erlangt werden soll, bestimmt dagegen das Prozessrecht, das die Frage regelt, in welcher Form und bis zu welchem Zeitpunkt die inhaltlich genügenden Sachvorbringen in das Verfahren einzuführen sind. Dieses entscheidet auch darüber, ob eine Ergänzung der Sachvorbringen aufgrund des Beweisverfahrens zulässig ist oder ob bereits die vorgängigen Behauptungen so konkret und detailliert sein müssen, dass das Beweisverfahren allein noch ihrer Überprüfung dient (BGE 127 III 365 E. 2.b und c; 108 II 337 E. 3; Urteile 4A_387/2014 vom 27. Oktober 2014 E. 2.2 und 4A_623/2011 vom 10. Februar 2012 E. 2.3, mit Hinweisen).

5.3 Vor diesem Hintergrund erweisen sich die Einwände der Beschwerdeführerin als unbehelflich:

5.3.1 Im Kern geht es darum, wie detailliert der Provisionsanspruch zu behaupten und zu bestreiten ist. Während das Bezirksgericht offenbar

annahm, es genüge, bestimmte Provisionsbeträge zu behaupten und würden diese ebenso allgemein bestritten, seien sie vom Gutachter unmittelbar gestützt auf dessen Einsicht in die Buchhaltung zu ermitteln. Demgegenüber ging die Vorinstanz vom Inhalt der materiellen Abrechnungspflicht gemäss Art. 322c OR aus, die eine Spezifizierung der dem Beschwerdegegner zurechenbaren Geschäfte, der Erlösminderungen und der variablen Kosten verlangt (E. 3.3 hiervor). Und sie verlangte, dass die Beschwerdeführerin diese Eckwerte im Rahmen ihrer Bestreitung hätte substantiieren müssen.

Das ist nicht zu beanstanden. Kommt die Arbeitgeberin ihrer Abrechnungspflicht, die unabhängig davon besteht, ob deren Erfüllung mittels der von der Beschwerdeführerin erwähnten Stufenklage eingeklagt wird, nicht nach, kann der Arbeitnehmer seine Provisionsforderung in der Regel nicht weiter substantiieren. Es ist dann an der Arbeitgeberin, die eingeklagten Forderungen substantiiert zu bestreiten, wozu nachvollziehbare Angaben zu den Berechnungsfaktoren gehören. Das Bundesgericht hat auch im Zusammenhang mit der insofern vergleichbaren Abrechnungspflicht des Beauftragten (Art. 400 Abs. 1 OR) Anforderungen an die prozessuale Substantiierung geschützt, die sich auf die materiellen Grundsätze der Abrechnungspflicht abstützen (Urteil 4A_459/2013 vom 22. Januar 2014 E. 5.2.2). Von einer unzulässigen Umkehr der Beweislast kann nicht die Rede sein.

Soweit die Vorinstanz im konkreten Einzelfall eine ungenügende Substantiierung feststellte, geht die Beschwerdeführerin nicht darauf ein und hat es daher mangels Rüge sein Bewenden (vgl. im Einzelnen E. 6.3 und 6.4).

5.3.2 Wie erwähnt (vorne E. 5.2) entscheidet das Prozessrecht darüber, ob eine Ergänzung der Sachvorbringen aufgrund des Beweisverfahrens zulässig ist oder ob bereits die vorgängigen Behauptungen so konkret und detailliert sein müssen, dass das Beweisverfahren allein noch ihrer Überprüfung dient. Die Beschwerdeführerin geht allenfalls davon aus, es wäre nach dem im Beweisverfahren anwendbaren thurgauischen Prozessrecht (vgl. E. 2) zulässig, den massgeblichen Sachverhalt durch das Gutachten noch zu ergänzen. Sie legt aber mit keinem Wort dar, woraus sich dies ergeben soll. Sofern ihre Einwände in diesem Sinn zu verstehen sind, ist auf die Rüge nicht einzutreten.

5.3.3 Die Vorinstanz hat nicht allgemein das Beweismass gesenkt. Sie hat nur in Bezug auf einzelne untergeordnete Berechnungsfaktoren eine Schätzung gemäss Art. 42 Abs. 2 OR vorgenommen. Ob dies zulässig war, ist nachfolgend im Sachzusammenhang zu prüfen.

5.3.4 Die Aussage der Vorinstanz, mangels Abrechnung der Arbeitgeberin gemäss Art. 322c OR sei «der Beweis über Bestand und Umfang der Boni naturgemäss (...) kaum zu erbringen», beinhaltet schliesslich entgegen der Beschwerdeführerin auch keine willkürliche Tatsachenfeststellung. Aus dem Zusammenhang der vorinstanzlichen Ausführungen ergibt

sich, dass die Vorinstanz vielmehr eine rechtliche Würdigung vornahm in dem Sinn, dass der an sich beweisbelastete Arbeitnehmer ohne eine Abrechnung der Arbeitgeberin gemäss Art. 322c OR seinen Anspruch nicht substantiiert behaupten und demgemäss auch nicht beweisen kann.

6.

Die Beschwerdeführerin rügt eine Verletzung von Art. 183 und insbesondere Art. 188 Abs. 2 ZPO durch das Abstellen auf ein nicht vollständiges und nicht schlüssiges Gutachten und den Verzicht auf die Ergänzung des Gutachtens oder dessen Ersatz durch ein Obergutachten. Die Vorinstanz selbst habe das vorliegende Gutachten als nicht schlüssig erachtet, weshalb sie es «in Eigenregie verbessert» habe. Es gehe nicht an, dass ein Gericht ein Gutachten lediglich als «Arbeitspapier» betrachte und die ihm passenden «Erkenntnisse» daraus berücksichtige, andere Aspekte aber unbeachtet lasse. Wenn es nötig sei, dass ein Gericht so vorgehe, könne das Gutachten nicht vollständig klar und schlüssig sein. Daher hätte nicht darauf abgestellt und stattdessen ein Ergänzungs- oder Obergutachten eingeholt werden müssen.

6.1 Ein Gutachten unterliegt wie jedes Beweismittel der freien richterlichen Beweiswürdigung, die das Bundesgericht auf Willkür hin überprüft. In Fachfragen darf das Gericht nur aus triftigen Gründen von einem Gerichtsgutachten abweichen. Es hat zu prüfen, ob sich auf Grund der übrigen Beweismittel und der Vorbringen der Parteien ernsthafte Einwände gegen die Schlüssigkeit der gutachterlichen Darlegungen aufdrängen. Erscheint ihm die Schlüssigkeit eines Gutachtens in wesentlichen Punkten als zweifelhaft, hat das Gericht nötigenfalls ergänzende Beweise zur Klärung dieser Zweifel zu erheben. Das Abstellen auf eine nicht schlüssige Expertise bzw. der Verzicht auf die gebotenen zusätzlichen Beweiserhebungen kann gegen das Verbot willkürlicher Beweiswürdigung verstossen (BGE 138 III 193 E. 4.3.1 S. 198 f. mit Hinweisen).

6.2 Als triftigen Grund für sein Abweichen hat das Obergericht angeführt, dass der Gutachter selber einen Vorbehalt angebracht und darauf verwiesen habe, dass er einerseits Umsätze berücksichtigt habe, die aufgrund einer Referenz auf den Rechnungen dem Beschwerdegegner zurechenbar waren, darüber hinaus aber auch Umsätze aus Fenster-Türen-Projekten ohne Vertreterreferenz. Entsprechend habe der Experte ausgeführt, dass das Gericht hier im Rahmen seiner rechtlichen Beurteilung eine Aufteilung der Umsätze vorzunehmen habe zwischen dem Beschwerdeführer und C. Genau dies hat die Vorinstanz getan. Sie hat zuerst in rechtlicher Hinsicht dargelegt, massgeblich für die Bonusberechnung seien die vom Beschwerdegegner verantworteten Umsätze und nicht die Umsätze der ganzen Abteilung (vgl. E. 3.2 hiervor). Gestützt auf diese Abgrenzung hat sie dann dem Gutachten jene Umsätze entnommen, die aufgrund einer Referenz in den Rechnungen/Abrechnungen dem Beschwerdegegner zugeordnet werden konnten. Dabei hielt sie fest, die Umsätze gemäss den Soll/Ist-Vergleichen des Beschwerdegegners und seinen Angaben in der

Klageschrift seien durch das Gutachten bestätigt worden. In Bezug auf die Berechnung der Umsätze lägen keine Anhaltspunkte für Fehler des Experten vor. Die Beschwerdeführerin kritisiert diese Vorgehensweise zwar (dazu nachfolgend), legt aber nicht dar, dass die dem Gutachten konkret entnommenen Umsätze auf willkürlicher Beweiswürdigung beruhten. Insbesondere rügt sie auch nicht die Feststellung der Vorinstanz, dass sie die vom Gutachter ermittelten Umsatzzahlen im vorinstanzlichen Verfahren stillschweigend akzeptiert und lediglich die davon vorzunehmenden Abzüge (Erlösminderungen, variable Kosten) bemängelt habe. Sie macht nur geltend, die Vorinstanz widerspreche sich «in geradezu diametraler Weise», wenn sie Fehler des Experten negiere, zuvor aber festgestellt habe, dieser habe fälschlicherweise den Deckungsbeitrag auf die ganze Sparte bzw. Abteilung des Beschwerdegegners berechnet. Dieser Einwand ist offensichtlich unbehelflich, denn die Vorinstanz bezog die von ihr festgestellte Fehlerfreiheit klar auf die gutachterliche Feststellung der Umsatzzahlen als solche und nicht auf die anschliessende Berechnungsweise des dem Beschwerdegegner zurechenbaren Deckungsbeitrags.

6.3 Die Vorinstanz wick sodann in Bezug auf die von den Umsätzen abzuziehenden Erlösminderungen vom Gutachten ab. Der Experte zog jeweils ein Prozent Skonto und 1% wegen WIR-Erlösminderung ab. Bezüglich des Skonto-Abzugs übernahm die Vorinstanz den Ansatz der Expertise. Hingegen verzichtete sie auf einen pauschalen Abzug für WIR-Erlösminderungen, weil die Beschwerdeführerin nicht rechtzeitig substantiiert habe, sie erleide tatsächlich solche Erlösminderungen und es durchaus möglich sei, dass sie von ihr akzeptierte WIR-Beträge ohne Verlust für die Bezahlung ihrer Lieferanten einsetzen könne. Es bestehe sodann kein Anlass, weitere Abzüge vorzunehmen, da die Beschwerdeführerin solche nicht substantiiert habe. Insbesondere fehlten Anhaltspunkte für Rabattgewährungen nach erfolgter Rechnungsstellung, Debitorenverluste und -ausstände. Die Beschwerdeführerin könne sich diesbezüglich auch nicht auf die Expertise berufen, denn es sei nicht Sache des Gutachters, die Provisionsabrechnung anstelle des Arbeitgebers zu machen.

Wie bereits erwähnt (E. 5.3.1) setzt sich die Beschwerdeführerin mit diesen konkreten Begründungen der einzelnen Minderungspositionen nicht auseinander. Es liegt daher keine genügende Rüge vor. Darauf ist nicht weiter einzugehen.

6.4 Hinsichtlich der von den Nettoerlösen (Umsätze abzüglich Erlösminderungen) abzuziehenden variablen Kosten (Wareneinkauf/Materialkosten) stellte die Vorinstanz grundsätzlich auf die vom Beschwerdegegner behaupteten Zahlen ab. Denn die Beschwerdeführerin hätte diese Kosten als den Bonusanspruch mindernde Tatsachen nicht bloss allgemein bestreiten dürfen, sondern konkret darlegen und beweisen müssen. Wie bei den Erlösen zog die Vorinstanz aber – in impliziter Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR – auch von den Materialkosten pauschal 1% Skonto ab. Weitere Abzüge, insbesondere für Schadenfälle, seien mangels Substanziierung

durch die Beschwerdeführerin nicht vorzunehmen, abgesehen davon, dass ohnehin fraglich sei, ob Schadenfälle die Deckungsbeitragsprovision überhaupt mindern könnten.

Auch zu diesen Ausführungen äussert sich die Beschwerdeführerin nicht konkret, sodass nicht weiter darauf einzugehen ist.

7.

Ist somit die Vorgehensweise der Vorinstanz in grundsätzlicher Weise nicht zu beanstanden, ergibt sich für die Boni der einzelnen Geschäftsjahre was folgt:

7.1 Bereits vor der Vorinstanz war unbestritten, dass für das Jahr 2004 kein Bonusanspruch besteht, weil das Gutachten einen Deckungsbeitrag unter Fr. 500 000.– ermittelt hatte.

7.2 Für die Jahre 2005 und 2006 ermittelte die Vorinstanz Provisionsansprüche von Fr. 60 000.– bzw. Fr. 80 000.–. Da sich die Beschwerdeführerin zur konkreten Berechnung nicht äussert, hat es dabei sein Bewenden.

7.3 Hinsichtlich des Jahres 2007 rügt die Beschwerdeführerin, das Obergericht habe sich mit Hochrechnungen beholfen, weil es davon ausgegangen sei, dass nicht alle nötigen Unterlagen vorlägen und das Gutachten nicht tragfähig sei. Eine solche Hochrechnung und damit eine Schätzung nach Art. 42 Abs. 2 OR sei nicht zulässig, wenn – wie hier – die richtigen Zahlen ermittelt werden könnten.

Die Rüge ist unbegründet. Eine Berechnung wie für die Jahre 2005–2007 gestützt auf die oben dargestellten Grundsätze war der Vorinstanz nur für den Zeitraum bis Ende August 2007 möglich, weil die vom Beschwerdegegner zugestandenen variablen Kosten gemäss ihren Feststellungen vollständig nur bis Ende August 2007 vorgelegen seien. Sie nahm daher einerseits eine Hochrechnung für den Zeitraum September bis Dezember 2007 vor und ermittelte so einen Deckungsbeitrag von Fr. 738 571.– (abzüglich 1% Skonto). Mit einer Eventualbegründung führte sie aber aus, für das Jahr 2007 könne auch auf die Zahlen des Experten abgestellt werden, weil die von ihm erhobenen Umsätze, welche im Übrigen auf den Unterlagen der Beschwerdeführerin beruhten, alle dem Beschwerdegegner zurechenbar seien (also keine Abgrenzung mit der Abteilung). Korrigiert um die vom Experten vorgenommenen WIR-Abzüge und den Betrag für einen Schadenfall ergäbe sich ein Deckungsbeitrag von Fr. 686 882.–. Da beide Deckungsbeiträge zwischen Fr. 600 000.– und Fr. 800 000.– lägen, ergäbe sich bei der einen oder andern Berechnungsweise ein Bonus von Fr. 80 000.–. Mit dieser Eventualbegründung setzt sich die Beschwerdeführerin nicht konkret auseinander, sodass es auch bezüglich das Jahr 2007 bei dem von der Vorinstanz festgestellten Bonus von Fr. 80 000.– bleibt.

7.4 Für das Jahr 2008 ermittelte der Gutachter einen Deckungsbeitrag von Fr. 2 351 692.–, wobei er aber offensichtlich von den Umsätzen der ganzen Abteilung (vgl. dazu vorne E. 3.2 und 6.2) ausging. Die Vorinstanz stützte somit richtigerweise für dieses Jahr überhaupt nicht auf das Gutachten ab, da der Beschwerdegegner seit 1. April 2008 Geschäftsführer der D.

AG in U. gewesen sei. Sie nahm aber an, die Tätigkeit für die D. AG sei im Auftrag der Beschwerdeführerin erfolgt. Dafür spreche, dass der Beschwerdegegner dort als Geschäftsleiter tätig gewesen sei, jedoch bis Ende 2008 das volle Fixgehalt von der Beschwerdeführerin erhalten habe und diese ihm mit Schreiben vom 29. September 2008 per 31. Dezember 2008 gekündigt und gleichzeitig festgehalten habe, sie sei bereit, ihm «einen neuen Anstellungsvertrag per 1. Januar 2009 mit der Firma D. AG zu unterbreiten». Damit habe die weisungsberechtigte Arbeitgeberin dem Beschwerdegegner eine andere Tätigkeit zugewiesen und ihm so verunmöglicht, den vereinbarten Bonus zu verdienen. In analoger Anwendung von Art. 156 OR sowie gestützt auf Art. 2 ZGB sei deshalb die Zusprache eines Bonus für 2008 gerechtfertigt und dieser werde wie für die beiden Vorjahre auf Fr. 80 000.– festgelegt.

Die Beschwerdeführerin rügt unter Hinweis auf eine Literaturstelle (FELIX R. EHRAT, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht, 5. Aufl. 2011, N. 5 zu Art. 156 OR), es könne grundsätzlich nicht gestützt auf Art. 156 OR von einer treuwidrigen Vereitelung der Erreichung des Bonus ausgegangen werden. Die zitierte Literaturstelle verweist auf das Urteil des Bundesgerichts 4C.278/2004 vom 29. Dezember 2004 E. 3.2, das einen Mäklervertrag gemäss Art. 413 Abs. 1 OR betraf, und führt aus, nur das treuwidrige Verhalten falle in den Regelungsbereich von Art. 156 OR, nicht jedes Vereiteln des Bedingungseintritts. Darauf kann sich die Beschwerdeführerin indessen nicht berufen, denn die Abgrenzung zwischen blosser Verhinderung des Bedingungseintritts durch Nichtgenehmigung eines vom Mäkler vermittelten Geschäfts und weitergehendem treuwidrigem Verhalten ist spezifisch für die Situation beim Mäklervertrag, wo die Mäklerentschädigung aufgrund der Art des Vertrags von einer vom Willen des Auftraggebers abhängigen Potestativbedingung abhängt, nämlich dessen Genehmigung des Vertrags. Entsprechend darf der Auftraggeber den vermittelten Vertrag aus beliebigen Gründen nicht genehmigen und damit den Bedingungseintritt vereiteln; er darf dies aber nicht mit dem Ziel, die Mäklerprovision zu verhindern. Letzteres wäre treuwidrig (im Einzelnen zit. Urteil 4C.278/2004 E. 3.2). Der Bonusanspruch gemäss dem zwischen den Parteien bestehenden Arbeitsvertrag war aber nicht in dem Sinn von einer im (grundsätzlichen) Belieben der Beschwerdeführerin liegenden Potestativbedingung abhängig. Mit dem Einsatz für die D. AG wurde dem Beschwerdegegner eine andere Tätigkeit an einem andern Arbeitsort zugewiesen. Die Vorinstanz nahm an, die entsprechende Anordnung sei im Rahmen des Weisungsrechts der Arbeitgeberin gelegen und habe also – das wird damit implizit ausgeschlossen – keine eigentliche Vertragsänderung beinhaltet (zur Abgrenzung vgl. ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KÄNEL/ROGER RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 2012, Rz. 3 zu Art. 321d OR, S. 240f.; Urteil 4C.155/2005 vom 6. Juli 2005 E. 3.2.1). Das wird von keiner Partei beanstandet. Folgerichtig durfte die Vorinstanz davon ausgehen, die Beschwerdeführerin habe durch ihre

Weisung weitere Bonusansprüche des Beschwerdegegners einseitig verhindert. Nachdem der Fixlohn zugunsten höherer variabler Lohnbestandteile gesenkt worden war, ist es nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz dem Beschwerdegegner gestützt auf Art. 156 OR grundsätzlich einen Bonusanspruch zubilligte (vgl. auch ADRIAN STAEHELIN, in: Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, 4. Aufl. 2006, N. 7 zu Art. 322b OR; WOLFGANG PORTMANN, in: Basler Kommentar, a.a.O., N. 2 zu Art. 322b OR).

Die Beschwerdeführerin ist überdies der Meinung, selbst wenn Art. 156 OR anzuwenden wäre, sei die Zusprechung eines Bonus für 2008 rechtswidrig, denn sie beruhe auf blosser Schätzung. Konkret rügt sie das Zugrundelegen der Jahre 2006 und 2007 als Schätzungsgrundlage, weil diesbezüglich der vorinstanzlichen Bonusermittlung nicht gefolgt werden könne. Nachdem sich ergeben hat, dass der Vorinstanz hinsichtlich der Jahre 2006 und 2007 zu folgen ist, ist dieser Einwand gegenstandslos. Im Übrigen legt die Beschwerdeführerin nicht dar, weshalb in diesem Fall eine Schätzung nicht zulässig sein soll. Es fehlt daher bereits an einer genügenden Rüge. Aber selbst wenn korrekt gerügt worden wäre, könnte der Vorinstanz keine Verletzung von Art. 42 Abs. 2 OR vorgeworfen werden. Es ist offensichtlich, dass hier keine tatsächlichen Deckungsbeiträge mehr ermittelt werden konnten, nachdem der Beschwerdegegner nicht mehr im Betrieb tätig war, und die Voraussetzungen für ein Vorgehen nach Art. 42 Abs. 2 OR daher gegeben sind. Auch das Abstellen auf die Resultate der beiden Vorjahre ist nicht zu beanstanden.

Bundesgericht, Urteil vom 26. November 2014, Doss.-Nr. 2C_543/2014 (Bestätigung des Urteils des Verwaltungsgerichts des Kantons Aargau vom 3. April 2014)

Ob eine Betreuungsorganisation für Betreuungs- und Hausdienste unter die Bewilligungspflicht des AVG fällt, ist aufgrund der konkret vereinbarten Tätigkeit zwischen der betreffenden Organisation und den Kunden sowie den tatsächlichen Gegebenheiten beim Dritten bzw. im Einsatzbetrieb zu beurteilen. Die Tätigkeit kann in solchen Fällen bewilligungspflichtig sein, wenn der Privathaushalt, der die Dienstleistung in Anspruch nimmt, das (zumindest geteilte) Weisungsrecht im Sinne eines Arbeitgebers ausübt. Gestützt auf die konkreten Umstände, wonach den Kunden gegenüber den Arbeitnehmern des Verleihers massgebliche Weisungsrechte zukommen, um die Alltagsbewältigung gemäss ihren Wünschen zu gestalten (Unterstützung im Haushalt und Garten, Leisten von Gesellschaft, Begleitung bei Ausflügen, Ferien und gesellschaftlichen Anlässen etc.), durfte die Vorinstanz diese als wesentlich im Sinne von Art. 12 Abs. 1 AVG und Art. 26 AVV qualifizieren und von einem bewilligungspflichtigen Personalverleih ausgrenzen (E. 2.5, 3.4.1, 5).

Sachverhalt:

Die A. GmbH wurde am 1. Dezember 2006 ins Handelsregister des Kantons Aargau eingetragen und bezweckt insbesondere die Betreuung und Unterstützung von Senioren und anderen hilfsbedürftigen Personen (Behinderte, Kinder). Die vielfältigen Betreuungsdienstleistungen der A. GmbH werden in vier Stufen unterteilt: Die erste Stufe umfasst die Betreuung, Unterstützung und Gesellschaft zu Hause; die zweite Stufe die Haushaltshilfe (Stufe 2a) und die Begleitung ausser Haus (Stufe 2b); die dritte Stufe Massnahmen der Grundpflege nach Art. 7 Abs. 2 lit. c der Verordnung des Eidgenössischen Departementes des Innern (EDI) über Leistungen in der Obligatorischen Krankenpflegeversicherung vom 29. September 1995 (Krankenpflege-Leistungsverordnung; KLV [SR 832.112.31]); die vierte Stufe Massnahmen der Untersuchung und Behandlung nach Art. 7 Abs. 2 lit. b KLV. Die A. GmbH verfügt über eine kantonale Betriebsbewilligung zur Erbringung der pflegerischen Leistungen der dritten und vierten Betreuungsstufe.

Mit Schreiben vom 28. Oktober 2011 forderte das Amt für Wirtschaft und Arbeit des Kantons Aargau (AWA) die A. GmbH ein erstes Mal auf, ein vollständiges Gesuch um Erteilung einer Bewilligung für den Personalverleih und eventuell für die private Arbeitsvermittlung einzureichen. Zur Begründung wurde angeführt, die von ihr ausgeführte Tätigkeit fiele unter den Geltungsbereich des Bundesgesetzes über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih vom 6. Oktober 1989 (Arbeitsvermittlungsgesetz; AVG [SR 823.11]). Nach Prüfung der ablehnenden Stellungnahme der A. GmbH vom 2. November 2011, der damit eingereichten Geschäftsunterlagen (Verträge, Reglemente etc.) und der Internetseite der A. GmbH erneuerte das AWA am 20. Februar 2012 seine Aufforderung zur Gesuchseinreichung. Dieser Aufforderung kam die A. GmbH nicht nach und forderte stattdessen eine beschwerdefähige Verfügung. Am 30. Juli 2012 hielt das AWA förmlich fest, die A. GmbH betreibe Personalverleih, wofür eine Bewilligung erforderlich sei. Die A. GmbH wurde unter anderem aufgefordert, ihre Verleihtätigkeit bis zum Erlangen der entsprechenden Bewilligung einzustellen. Eine gegen die Verfügung erhobene Beschwerde an den Regierungsrat lehnte dieser am 13. Februar 2013 ab. Gleichzeitig hielt er fest, dass der Beschwerde gegen seinen Entscheid die aufschiebende Wirkung zukomme. Die beim Verwaltungsgericht geführte Beschwerde wies dieses mit Urteil vom 3. April 2014 ab. Mit Eingabe vom 30. Mai 2014 beantragt die A. GmbH dem Bundesgericht, das Urteil vom 3. April 2014 «bzw. die Verfügung des Departementes Volkswirtschaft und Inneres, Amt für Wirtschaft und Arbeit, vom 30. Juli 2012», seien aufzuheben. Eventuell sei die Streitsache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Das Departement für Volkswirtschaft und Inneres des Kantons Aargau beantragt, die Beschwerde abzuweisen. Das Verwaltungsgericht hat darauf verzichtet, sich vernehmen zu lassen. Das Eidgenössische Departement für

Wirtschaft, Bildung und Forschung (WBF) beantragt unter Konsultation des Staatssekretariats für Wirtschaft (SECO), die Beschwerde sei abzuweisen. Die Beschwerdeführerin hält in einer weiteren Eingabe an ihren Anträgen fest. Mit Verfügung vom 7. Juli 2014 hat der Präsident der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung der Beschwerde antragsgemäss aufschiebende Wirkung zuerkannt.

Aus den Erwägungen:

2.

2.1 Das Arbeitsvermittlungsgesetz hält in Art. 12 Abs. 1 fest, dass «Arbeitgeber (Verleiher), die Dritten (Einsatzbetrieben) gewerbsmässig Arbeitnehmer überlassen», eine Betriebsbewilligung des kantonalen Arbeitsamtes benötigen. Der Bundesrat hat von seiner Kompetenz zum Erlass von Ausführungsbestimmungen (Art. 41 Abs. 1 AVG) Gebrauch gemacht und die Bestimmung näher definiert: Als Verleiher gilt, wer einen Arbeitnehmer einem Einsatzbetrieb überlässt, indem er ihm Weisungsbefugnisse gegenüber dem Arbeitnehmer abtritt. Die Weisungsbefugnis muss dabei nicht vollständig beim Dritten liegen; vielmehr reicht für das Bestehen eines Personalverleihverhältnisses die Übertragung wesentlicher Weisungsbefugnisse auf den Dritten (Art. 26 AVV); das Weisungsrecht zwischen dem rechtlichen Arbeitgeber (Personalverleiher) und dem Einsatzbetrieb wird aufgespalten (vgl. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Praxiskommentar Arbeitsvertrag, 2012, N. 2 ff. zu Art. 321d OR; vgl. hierzu auch hernach E. 2.2). Gemäss Art. 29 Abs. 1 AVV verleiht gewerbsmässig Arbeitskräfte, wer Arbeitnehmer Einsatzbetrieben regelmässig mit der Absicht überlässt, Gewinn zu erzielen oder mit seiner Verleihtätigkeit einen jährlichen Umsatz von mindestens Fr. 100 000.– erzielt. Die erforderliche Regelmässigkeit liegt vor, wenn mit Einsatzbetrieben innerhalb von zwölf Monaten mehr als zehn Verleihverträge bezüglich des ununterbrochenen Einsatzes eines einzelnen oder einer Gruppe von Arbeitnehmenden abgeschlossen werden (Art. 29 Abs. 2 AVV).

2.2 Im Rahmen des Verleihvertrags verpflichtet sich der Personalverleiher demnach nicht zur Erbringung einer bestimmten Arbeitsleistung, die er durch Hilfspersonen ausführen lässt, sondern vielmehr dazu, dass er entsprechende Arbeitnehmer sorgfältig auswählt und gegen Entgelt dem Einsatzbetrieb unter Einräumung wesentlicher Weisungsbefugnisse überlässt (Botschaft zu einem revidierten Bundesgesetz über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih, BBl 1985 III 556, Ziff. 233.1; CHRISTIAN DRECHSLER, Personalverleih: unscharfe Grenzen, AJP 2010 S. 314 ff.; HUBERT STÖCKLI, «Ménage à trois» bei der Temporärarbeit, recht 2010, S. 137 ff., 139 ff.; ANDREAS RITTER, Das revidierte Arbeitsvermittlungsgesetz, Diss., 1994, S. 19 ff.). Der wesentliche Unterschied zwischen Personalverleih und einem Auftragsverhältnis besteht darin, dass beim Auftrag kein Subordinationsverhältnis im arbeitsrechtlichen Sinne zwischen dem

Dienstleistungserbringer und dem Empfänger der Dienstleistung besteht (vgl. Art. 321d OR; vgl. dazu STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., N. 2 ff., 5 zu Art. 321d OR): Der Beauftragte sucht und akquiriert seine Einsätze für sich selbst und ist typischerweise für verschiedene Auftraggeber gleichzeitig tätig, ohne von einem einzigen Auftraggeber wirtschaftlich oder organisatorisch abhängig zu sein (ROLAND BACHMANN, Verdeckter Personalverleih: Aspekte zur rechtlichen Ausgestaltung, zur Bewilligungspflicht, zum Konzernverleih und zum Verleih mit Auslandsberührung, ArbR 2010, S. 53 ff., 62). Demgegenüber ist der durch Personalverleih entliehene Arbeitnehmer den Weisungen des Dritten bzw. des Einsatzbetriebs unterstellt: Er wird in die Betriebsorganisation eines Dritten eingegliedert, wodurch Letzterem die Möglichkeit eröffnet wird, Personen wie Arbeitnehmer zu beschäftigen, ohne mit ihnen ein Arbeitsverhältnis einzugehen; das Arbeitsverhältnis mit dem Verleiher besteht fort (BACHMANN, a.a.O., S. 57; vgl. auch CHRISTOPH SENTI, Auftrag oder Personalverleih?, AJP 3/2013, S. 356 ff., 358).

2.3 Der Personalverleih «wickelt sich [demnach] immer an zwei verschiedenen Orten ab», nämlich im Büro des Verleihers und am Einsatzort (Botschaft AVG, a.a.O., Ziff. 233.1 S. 612). Das Gesetz bezweckt mit der Bewilligungspflicht allgemein den Schutz der Arbeitnehmenden durch eine fachlich qualifizierte und rechtlich geregelte (Vermittlungs- und) Verleih-tätigkeit (Art. 1 lit. a und c i.V.m. Art. 12 AVG; vgl. Botschaft AVG, a.a.O., Ziff. 232.1 S. 596 ff., 233.1 S. 609 f.). Mit der Bewilligungspflicht verbunden ist die Hinterlegung einer Kautions, welche der Absicherung der Lohnansprüche der verliehenen Arbeitnehmenden dienen soll (Art. 14 Abs. 1 AVG; Art. 35 AVV). Die Kautions bemisst sich nach dem Geschäftsumfang (vgl. Art. 14 Abs. 2 AVG; Art. 6 der Verordnung über Gebühren, Provisionen und Kautions im Bereich des Arbeitsvermittlungsgesetzes [Gebührenverordnung AVG; SR 823.113]).

2.4 Ob die von der Beschwerdeführerin angebotenen Dienstleistungen als bewilligungspflichtiger Personalverleih zu qualifizieren sind oder ob es sich dabei um andere Arten von Dienstleistungen handelt, die einem Dritten erbracht werden, ergibt sich nach bundesgerichtlicher Praxis und Lehre aus einer Abgrenzung im Einzelfall. Massgeblich ist hierbei der Inhalt des Vertrags und die konkrete Tätigkeit im Einsatzbetrieb («le contenu du contrat, la description du poste et la situation du travail concrète dans l'entreprise locataire»; Urteil 2A.425/2006 vom 30. April 2007 E. 3.2), die sich etwa anhand von konkreten Verlaufsberichten zeigen kann (Urteil 2C_356/2012 vom 11. Februar 2013 E. 4.2.2). Hingegen kann die Bezeichnung des Vertrags durch die Parteien nicht entscheidend sein (Urteil 2A.425/2006 vom 30. April 2007 E. 3.2; MATILE/ZILLA, Travail temporaire. Commentaire pratique des dispositions fédérales sur la location de services [art. 12–39 LSE], 2010, S. 33). Als Hilfskriterien für Abgrenzungsfragen hat sich die Rechtsprechung auch an den Weisungen und Erläuterungen zum Arbeitsvermittlungsgesetz des Staatssekretariats für Wirt-

schaft (SECO) orientiert (vgl. Urteile 2C_356/2012 vom 11. Februar 2013 E. 3.5; 2A.425/2006 vom 30. April 2007 E. 3.2; vgl. Staatssekretariat für Wirtschaft, Weisungen und Erläuterungen zum Bundesgesetz über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih vom 6. Oktober 1989, S. 66 ff., abrufbar unter <<http://www.seco.admin.ch/themen/00385/02902/index.html?lang=de>>, besucht am 28. Oktober 2014).

2.5 Personalverleihverhältnisse können sich auf sehr unterschiedliche Formen der Arbeitnehmerüberlassung erstrecken. Der Gesetzgeber hat bewusst darauf verzichtet, den Personalverleih durch einen sachlichen Tätigkeitsbereich oder die Einsatzdauer einzuschränken, (Botschaft AVG, a.a.O., Ziff. 222 S. 591). Wie das Bundesgericht bereits festgestellt hat, können auch Betreuungs- und Hausdienste grundsätzlich vom Arbeitsvermittlungsgesetz erfasst werden (Urteil 2C_356/2012 vom 11. Februar 2013 E. 4.4; vgl. auch SECO, Weisungen und Erläuterungen, a.a.O., S. 153). Ob eine Betreuungsorganisation unter die Bewilligungspflicht des AVG fällt, ist aufgrund der konkret vereinbarten Tätigkeit zwischen der betreffenden Organisation und den Kunden sowie den tatsächlichen Gegebenheiten beim Dritten bzw. im Einsatzbetrieb zu beurteilen. Die Tätigkeit kann in solchen Fällen bewilligungspflichtig sein, wenn der Privathaushalt, welcher die Dienstleistung in Anspruch nimmt, in einem konkreten Fall das (zumindest geteilte) Weisungsrecht im Sinne eines Arbeitgebers ausübt (vgl. hiervor E. 2.2). Ebenso muss Gewerbmässigkeit vorliegen (Regelmässigkeit und Gewinnabsicht oder ein Jahresumsatz von Fr. 100 000.–; Art. 29 AVV), und der Privathaushalt muss, als Nutzniesser von Dienstleistungen, als Einsatzbetrieb oder «Dritter» bezeichnet werden können (Art. 12 Abs. 1 AVG; hiervor E. 2.1; Urteil 2A.425/2006 vom 30. April 2007 E. 3.2), wobei dieser Begriff mit den Weisungsbefugnissen des Entleihers zuweilen eng verbunden ist (vgl. Urteil 2C_356/2012 vom 11. Februar 2013 E. 4.4; SENTI, AJP 2013, a.a.O., 362). Demgegenüber ist die Tätigkeit nicht bewilligungspflichtig, wenn die Person, welche die Dienstleistung in Anspruch nimmt, kein derartiges Weisungsrecht ausüben kann, das Pflegepersonal nach den eigenen Fachkenntnissen arbeitet oder das Rechtsverhältnis einen Auftrag oder Werkvertrag darstellt (Urteil 2C_356/2012 vom 11. Februar 2013 E. 3.6; vgl. Weisungen SECO, a.a.O., S. 153 f.).

2.6 Zum Begriff des Weisungsrechts für die Betreuungs- und Hausdienstleistungen ist spezifisch festzuhalten, dass es den Kunden und Patienten bereits aufgrund ihrer verfassungsmässig garantierten persönlichen Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV) und des zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes (Art. 28 ZGB) jederzeit freistehen muss, in medizinische Eingriffe einzuwilligen oder diese zu verweigern und letztlich selbst über die Behandlung zu bestimmen; ein so verstandenes «Weisungsrecht» bzw. das Recht auf Selbstbestimmung besteht ungeachtet der Qualifikation der Rechtsbeziehung als Auftragsverhältnis, als Personalverleih oder als anderen Vertrag. Das hier interessierende Weisungsrecht ist demgegenüber in einem weite-

ren, arbeitsrechtlichen Sinne zu verstehen: Es verlangt, dass ein Teil der Weisungsbefugnisse, wie sie sonst gestützt auf Art. 321d OR dem Arbeitgeber zur einseitigen konkretisierenden Bestimmung des Arbeitsvertrags zukommen (vgl. hierzu WYLER/HEINZER, *Droit du Travail*, 2014, S. 112 ff.; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., N. 2 ff. zu Art. 321d), auf den Kunden übergehen. Dieser kann demnach weitergehende Anordnungen über die Ausführung der Arbeiten und das Verhalten der Hilfskraft im Haushalt treffen, als dies im Rahmen der Erfüllung eines Auftrages möglich wäre (vgl. hiervor E. 2.2; Urteil 2C_356/2012 vom 11. Februar 2013 E. 3.6).

3.

Die Beschwerdeführerin bringt vor, ihre Kunden würden keine Weisungsrechte im Sinne von Art. 12 Abs. 1 AVG und Art. 26 AVV wahrnehmen. Sie wirft der Vorinstanz in diesem Zusammenhang eine offensichtlich unrichtige Sachverhaltsfeststellung (dazu nachfolgend E. 4.1 ff.) sowie eine unrichtige Anwendung von Bundesrecht vor (dazu nachfolgend E. 5).

3.1 Wie das Verwaltungsgericht feststellt, schliesst die Beschwerdeführerin mit ihren Kunden sogenannte Servicevereinbarungen ab. Darin erklärt der Kunde, welche Stufe der Betreuungsdienstleistung er in Anspruch nehmen möchte (Stufen 1–4). Ebenso werden die Abrechnungs- und Zahlungsmodalitäten geregelt. Der Kunde verpflichtet sich dazu, für die Mitarbeitenden der Beschwerdeführerin ein sicheres Arbeitsumfeld zu schaffen, frei von Gefahrenquellen und Bedingungen, die zu Unfällen oder Verletzungen der Mitarbeitenden führen können. Eine genaue Feststellung des Leistungsinhaltes fehlt. Die Beschwerdeführerin weist sodann auf ihre Bedarfsabklärungen hin. Im Rahmen der Bedarfsabklärung bringt der Kunde die Art der Leistung zum Ausdruck, die er von der Beschwerdeführerin erwartet (z.B. Kategorien von Zeitvertreib wie Reisen/Ausflüge, Handwerken etc.). Sie erlaubt es der Beschwerdeführerin insbesondere abzuklären, welche Betreuungsperson(en) sich für einen Einsatz eignen. Eine nähere Umschreibung und Konkretisierung der Leistung findet, wie die Vorinstanz willkürfrei feststellt, auch hier nicht statt.

3.2 Die Beschwerdeführerin wurde im Lauf des Verfahrens dazu aufgefordert, zwanzig Verlaufsdocumentationen einzureichen. Im Zusammenhang mit den von der Beschwerdeführerin ausgewählten Verlaufsdocumentationen stellt die Vorinstanz fest, dass die Arbeitskräfte ihre Arbeit teilweise nach einem Plan verrichten würden, wobei die Instruktionen hierfür nicht ausschliesslich von der Beschwerdeführerin stammen würden: So gehe aus einem der Verlaufsberichte hervor, dass die Betreuerin von der Tochter der Kundin in die Aufgaben eingewiesen wurde. Aus anderen Verlaufsberichten gehe hervor, dass neben den routinemässig durchzuführenden Arbeiten immer wieder Aufgaben vermerkt sind, die nicht planbar waren bzw. nicht im Voraus eingeplant wurden und aus dem Rahmen des Üblichen fallen (Marroni essen gehen, Restaurantbesuche, Internetrecherchen

etc.). In einem weiteren Verlaufsbericht hat die Betreuerin notiert, dass sie mit dem Klienten viel diskutiert habe und daher – offenbar in Abweichung anderer Betreuungstage – nur wenige Haushaltsarbeiten habe verrichten können. Die Arbeit bestehe wesentlich in der Unterstützung im Haushalt und Garten, im Gesellschaft leisten sowie in der Begleitung von Ausflügen und bei gesellschaftlichen Anlässen. Gemäss den vorinstanzlichen Sachverhaltsfeststellungen sind die Arbeitskräfte nach den Verlaufsberichten jeweils in einem, höchstens zwei Kundenhaushalten tätig.

3.3 Nach den Feststellungen des Regierungsrates, auf die sich die Vorinstanz abgestützt hat, fokussiert sich sodann die Homepage der Beschwerdeführerin auf die Wünsche und Anliegen der zu Betreuenden («zzzzz»; <http://www.xxxx.ch/>). Diese würden bestimmen, «was [s]ie weiterhin selber gestalten möchten und wo [s]ie Unterstützung wünschen» (<http://www.xxxx.ch/Angebot>). Menschen mit Assistenzbedarf seien «nicht die Patienten» der Beschwerdeführerin, sondern vielmehr «ihre Kunden». Mit der gezielten Hilfe der Beschwerdeführerin seien die Herausforderungen des Alltags zu meistern und die Selbstständigkeit zu wahren. Hierfür sei ein zwei- bis 24-Stunden-Service vorgesehen, also auch Rundumbetreuungen, um optimal auf die Anliegen der zu Betreuenden eingehen zu können. Sodann offeriert die Beschwerdeführerin auch Betreuung während der Nacht «zur Entlastung des Ehepartners oder zur Sicherheit [ihrer] Kunden» oder an Wochenenden zur Entlastung der Angehörigen, die gleichwohl «selbst bestimmen, wie ihr Angehöriger betreut und gepflegt wird». Auch die Möglichkeit von Ferienbegleitungen durch Arbeitskräfte der Beschwerdeführerin ist im Angebot ausdrücklich vorgesehen.

3.4

3.4.1 Wenn die Vorinstanz aus den eingereichten Dokumenten schliesst, dass die Kunden bei der Gestaltung der Haushaltführung regelmässig darüber entscheiden, auf welche Weise ihren Anliegen zur Alltagsgestaltung und -bewältigung zu entsprechen ist, und die Kunden im Verhältnis zur Betreuungsperson ihre Bedingungen zur Ausgestaltung der Arbeit situativ mitbestimmen würden (vgl. hiervor E. 3.2 und 3.3), so kann dies nicht als willkürlich gelten. Bei Unterstützung im Haushalt und Garten, beim Leisten von Gesellschaft und bei der Begleitung bei Ausflügen, Ferien und gesellschaftlichen Anlässen, die gemäss den vorinstanzlichen Sachverhaltsfeststellungen den «wesentlichen Teil» der konkreten Tätigkeit der Beschwerdeführerin ausmachen, bleibt durchaus Platz, dass sich die eingesetzten Arbeitskräfte massgeblich nach dem aktuellen Bedarf der Kunden richten. Im Zentrum der Servicevereinbarung mit dem Kunden stehen die Rahmenbedingungen für die Buchung von Betreuungsdienstleistungen durch die Arbeitskraft der Beschwerdeführerin (vgl. hiervor E. 3.1); hingegen werden darin der genaue Leistungsinhalt und die Modalitäten der Leistungserbringung ausgeklammert. Es ist nicht ersichtlich, wie dieses Dokument, das keine hohe Regelungsdichte aufweist, Weisungsrechte des

Kunden ausschliessen sollte, wie dies die Beschwerdeführerin behauptet. Das von ihr angeführte Handbuch der Betreuerinnen und das Anstellungsreglement binden sodann die einzusetzende Arbeitskraft, nicht den Kunden. Die Vorinstanz hat in tatsächlicher Hinsicht willkürfrei festgestellt, dass die Beschwerdeführerin (nur) die «grundlegenden Verhaltensvorschriften» vorgeben würde. Gleichzeitig wurden erhebliche Weisungsrechte betreffend Tagesablauf und Ausführung der Arbeiten beim Kunden ermittelt.

3.4.2 Die Beschwerdeführerin rügt, die Beweismittel wären einseitig erhoben worden. Sie legt indessen in keiner Weise dar, welche Passagen der von ihr ins Recht gelegten Berichte oder der Bedarfsabklärung in welcher Weise die vorinstanzlichen Sachverhaltsfeststellungen als willkürlich erscheinen lassen. Es ist nicht ersichtlich, gestützt auf welche Dokumente die vertragliche Leistung wie von ihr behauptet (in Abweichung zu den vorinstanzlichen Sachverhaltsfeststellungen) «offensichtlich» detailliert und im Voraus bestimmt wird. Gelegentlich durchgeführte Kontrollen zur Qualitätssicherung können die von der Vorinstanz festgestellte Grundstruktur der Betreuungsverhältnisse ebenso wenig infrage stellen oder gar als unhaltbar erscheinen lassen, wie die vorgebrachte Festschreibung von «Qualitätsstandards und Arbeitsabläufe im Ingress» als «Ziel» im Handbuch für Betreuerinnen. Namentlich sind die Arbeitskräfte der Beschwerdeführerin in einem, höchstens zwei Kundenhaushalten tätig; nach den sachverhaltlichen Feststellungen der Vorinstanz verhält es sich typischerweise nicht so, dass sich die Arbeitnehmer der Beschwerdeführerin nur für eine kurze Zeit in einem Haushalt aufhielten und dort wenige, genau bestimmte Einzelleistungen erbringen würden. Wenn die Vorinstanz gestützt auf die konkreten Verlaufsberichte davon ausgeht, es bestünden erhebliche Weisungs- und Kontrollrechte bei den Kunden und diese würden sich auf die Ausgestaltung von Tätigkeiten zur Alltagsbewältigung beziehen, für die keine fachspezifischen Vorgaben bestehen, ist dies nicht willkürlich. Damit bleibt das Bundesgericht an den vorinstanzlichen Sachverhalt gebunden (Art. 105 Abs. 1 BGG). Die rechtlichen Vorbringen der Beschwerdeführerin sind in der Folge nur soweit zu berücksichtigen, als sie sich nicht appellativ auf einen anderen Sachverhalt beziehen als denjenigen, den die Vorinstanz für das Bundesgericht verbindlich festgestellt hat.

4.

Die Beschwerdeführerin bringt in rechtlicher Hinsicht vor, das Verwaltungsgericht habe verkannt, dass sekundäre Weisungsrechte auszuüben nicht als Wahrnehmung «wesentlicher Weisungsbefugnisse» im Sinne von Art. 26 Abs. 1 AVV gelten könne. Ihre Patienten, die «vorwiegend an Demenz leiden» würden, könnten Weisungsrechte im Sinne dieser Bestimmung nicht wahrnehmen. Ebenso würden diverse andere Merkmale der konkret von ihr erbrachten Leistungen gegen Personalverleihverhältnisse sprechen. Eine Eingliederung in den Einsatzbetrieb im Sinne von Art. 26

Abs. 2 AVV könnte zudem nur bei Betreuungsdienstleistungen rund um die Uhr vorliegen.

4.1 Die von der Beschwerdeführerin angeführten Verträge zwischen der Beschwerdeführerin und den Arbeitnehmern («Anstellungsreglement») legen die allgemeinen Arbeitsbedingungen fest; die Servicevereinbarung demgegenüber die Umstände des Einsatzes beim Kunden (vgl. hiervor E. 3.1). Die von der Beschwerdeführerin angestrebte Hilfeleistung bei der Ausgestaltung des Alltags ist in der Servicevereinbarung nur rudimentär geregelt, hingegen von den subjektiven Vorlieben der betreuten Personen abhängig. Letztere konkretisiert die in den Serviceverträgen vorgesehenen Leistungen situativ vor Ort (vgl. hiervor E. 3.4.1). Aus der fehlenden Spezifizierung der Arbeitsleistung in den Verträgen muss der Kunde notwendigerweise über erhebliche Weisungsbefugnisse gegenüber ihm assistierenden Arbeitnehmern verfügen; es geht nicht um eine spezifische Leistung, die geschuldet ist, sondern um Hilfe bei der Alltagsbewältigung. Was die Modalitäten des Einsatzes der Arbeitskräfte betrifft, umfassen ihre Weisungsbefugnisse zentrale Elemente der Arbeitsgestaltung. Wenn das Verwaltungsgericht solche Weisungsbefugnisse als «wesentlich» im Sinne von Art. 26 AVV qualifiziert, verletzt dies kein Bundesrecht (Urteil 2C_356/2012 vom 11. Februar 2013 E. 3.1 f. und 4).

4.2 Das in der Beschwerdeschrift wiederholt angeführte Argument, wonach die Kunden der Beschwerdeführerin infolge Demenzerkrankungen Weisungsrechte praktisch nicht mehr ausüben könnten, lässt sich weder auf die eingereichten und von der Vorinstanz wiedergegebenen Verlaufsberichte noch auf das auf der Homepage der Beschwerdeführerin angegebene Zielpublikum stützen. Entgegen der Vorbringen können ältere Personen ohne weiteres Weisungsrechte wahrnehmen, wenn sie für die Verrichtung der Haushaltsarbeiten unterstützt werden, die sie üblicherweise selbst wahrnehmen würden (vgl. Botschaft AVG, a.a.O., S. 609; vgl. hierzu auch Stellungnahme des WBF und des SECO S. 1); sie könnten ebenso eigenständig eine Haushalthilfe einstellen und ihr Weisungen erteilen. Selbst wenn einzelne Patienten keine Weisungsbefugnisse mehr wahrnehmen könnten, gingen diese nicht ohne Weiteres an die Beschwerdeführerin selbst über: Die Beschwerdeführerin sieht in den eingereichten Unterlagen selbst vor, für jene Fälle Angehörige der zu betreuenden Person beizuziehen, wie dies die Vorinstanz in einem Verlaufsbericht unter Einbezug der Tochter eines Kunden und mit Blick auf die Homepage (vgl. hiervor E. 3.3) denn auch feststellt.

4.3 Die Beschwerdeführerin bringt weiter vor, das Weisungsrecht sei untrennbar mit der Fürsorgepflicht verbunden, sodass dem Weisungsberechtigten zwingend auch die Fürsorgepflicht für den Arbeitnehmer obliege. Das Verwaltungsgericht stellt fest, in der Servicevereinbarung werde eine Verpflichtung des Kunden vereinbart, ein sicheres Arbeitsumfeld für die Betreuungsperson zu schaffen (vorinstanzliches Urteil E. 5.3 S. 19). Dies spricht – entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin – nicht

gegen das Vorliegen eines Personalverleihverhältnisses. Nach der Servicevereinbarung geht die betriebliche Fürsorgepflicht an den Dritten über; die allgemeine Fürsorgepflicht bleibt beim Verleiher. Die vorgesehene Aufteilung entspricht insoweit gerade der Konstellation, die der Gesetzgeber für den Personalverleih vorgesehen hat (vgl. Botschaft AVG, a.a.O., S. 565; Art. 328 OR), wobei das Ergreifen geeigneter Sicherheitsmassnahmen abhängig von der Art des Betriebs ist (vgl. PORTMANN/STÖCKLI, Schweizerisches Arbeitsrecht, 3. Aufl., 2013, N. 954 f.; vgl. auch CHRISTOPH SENTI, Auftrag oder Personalverleih, AJP 2013 S. 356 ff.; 358). Wenn die Beschwerdeführerin ihre Haftungsregeln heranzieht, ist es zutreffend, dass diese nicht auf eine cura in eligendo reduziert sind (vgl. hier vor E. 2.2). Vorliegend wird in der Servicevereinbarung die Haftung für Unfallschäden ausgeschlossen, die mit dem Kundenfahrzeug herbeigeführt werden; die Vorinstanz durfte dies wiederum als untypisch für ein Auftragsverhältnis werten. Insbesondere beging das Verwaltungsgericht keine Rechtsverletzung, als es der tatsächlichen Feststellung und der rechtlichen Qualifikation der Weisungsbefugnisse ein besonderes Gewicht zumass und nicht massgeblich (bzw. allein) auf die Haftung abstellte (vgl. Urteile 2C_356/2012 vom 11. Februar 2013 E. 3.6 und 5.3; 2A.425/2006 vom 30. April 2007 E. 3.2; vgl. zur Gewichtung der Weisungsbefugnisse auch SENTI, AJP 2013, a.a.O., 362 f.; hiervor E. 2.5).

4.4 Die Beschwerdeführerin macht geltend, die von ihr angebotenen Dienstleistungen seien von derjenigen einer Rund-um-die-Uhr-Betreuung abzugrenzen, die dem Urteil 2C_356/2012 vom 11. Februar 2013 zugrunde gelegen habe. Gemäss den vorinstanzlichen Sachverhaltsfeststellungen gehören indessen ebensolche Betreuungen zum konkreten Angebot der Beschwerdeführerin (vgl. die Sachverhaltsfeststellungen hiervor E. 3.3; vgl. auch die Angaben auf der Homepage <<http://www.xxxx.ch/>>), was im Rahmen der Überprüfung einer Bewilligungspflicht zu berücksichtigen ist. Dass entsprechende Dienstleistungen nicht (mehr) angeboten würden, wird nicht geltend gemacht. Nach den sachverhaltlichen Feststellungen der Vorinstanz verhält es sich denn auch gestützt auf die konkreten Verlaufsberichte typischerweise nicht so, dass sich die Arbeitnehmer der Beschwerdeführerin nur für eine kurze Zeit in einem Haushalt aufhielten und dort wenige, genau bestimmte Einzelleistungen erbringen würden (vgl. hiervor E. 3.4.2), sodass die Vorinstanz von einer hinreichenden Eingliederung in den Haushalt ausgehen durfte (vgl. Urteil 2C_356/2012 vom 11. Februar 2013 E. 4.3.2; vgl. auch die Stellungnahme des WBF und des SECO, S. 5). Selbst wenn die Beschwerdeführerin vereinzelte andere Dienstleistungen im Auftragsverhältnis anbieten sollte, kann dies einer Bewilligungspflicht hinsichtlich ihrer sonstigen Tätigkeit nicht prinzipiell entgegenstehen: Wie das Bundesgericht bereits festgestellt hat, gilt die Bewilligungspflicht im Sinne von Art. 12 Abs. 1 AVG auch für einen Arbeitgeber, der Dienstleistungen sowohl in Verleihtätigkeit als auch im Rahmen von anderen rechtlichen Formen, z.B. Auftragsverhältnissen, anbietet. Wie die Vorinstanz kor-

rekt anführt, kommt es im Rahmen der Überprüfung einer Bewilligungspflicht der Unternehmung nicht darauf an, ob diese Tätigkeit zum Haupt- oder Nebenzweck eines Unternehmens gehört (vgl. Art. 12 Abs. 1 AVG; Art. 26 AVV; 2C_356/2012 vom 11. Februar 2013 E. 3.3 und 4.3.3; vgl. CHRISTOPH SENTI, Untypischer Personalverleih, in: AJP 12/2008, S. 1498 ff.; a.M. MICHAEL KULL, AJP 2013, 1485 ff., 1492; offener DERS., in: SHK Arbeitsvermittlungsgesetz [AVG], 2014, N. 48 f. zu Art. 12).

4.5. Die Beschwerdeführerin bringt schliesslich vor, sie erfülle das Kriterium der Gewerbmässigkeit im Sinne von Art. 29 AVV nicht. So würde sie weniger als zehn Aufträge innert Jahresfrist ausführen, in welchen die Betreuten in der Lage wären, das Weisungsrecht wahrzunehmen. Dass sie einen Umsatz von Fr. 100 000.– mit weisungsfähigen Kunden erreichen würde, sei von der Vorinstanz «nicht nachgewiesen». Vielmehr sei sie mit einer öffentlichen Spitex-Organisation vergleichbar, mit der sie gleich zu beurteilen sei.

4.5.1 Das WBF weist in seiner Stellungnahme darauf hin, die Beschwerdeführerin habe den Einwand betreffend Umsatz vor der Vorinstanz noch nicht geltend gemacht, weshalb darauf im bundesgerichtlichen Verfahren nicht einzugehen sei. Wie es sich damit verhält, braucht nicht näher geprüft zu werden: Gemäss Art. 29 Abs. 1 AVV verleiht gewerbmässig Arbeitskräfte, wer Arbeitnehmer Einsatzbetrieben regelmässig mit der Absicht überlässt, Gewinn zu erzielen oder mit seiner Verleihtätigkeit einen jährlichen Umsatz von mindestens Fr. 100 000.– erzielt (hiervor E. 2.1). Die Verordnung setzt die genannten Kriterien nach ihrem geltenden Wortlaut alternativ voraus. Die Beschwerdeführerin beschäftigt nach eigenen Angaben acht Mitarbeiter in der Zentrale und setzt 80 Mitarbeiter als Arbeitskräfte in den Haushalten ein. Es ist nicht willkürlich anzunehmen, die Beschwerdeführerin vollziehe bei diesem doch erheblichen Personalbestand mehr als zehn gewinnorientierte Verleihgeschäfte, bei denen die betreuten Personen ihre Weisungsrechte auszuüben vermöchten. Die Vorinstanz durfte daher annehmen, die Beschwerdeführerin setze sie regelmässig und mit der Absicht ein, Gewinn zu erzielen (Art. 29 AVV).

4.5.2 Anders als bei der konkreten Ausgestaltung der von der Beschwerdeführerin anbotenen Tätigkeiten bleiben Angestellte von öffentlichen Spitex-Organisationen typischerweise in diese eingegliedert und erhalten für ihre einzelnen Einsätze in den verschiedenen Haushalten detaillierte Anweisungen hinsichtlich der Art und Weise der Arbeitsausführung direkt von der Spitex-Organisation (Art. 321d OR; z.B. Pflegedienstleistungen und Mahlzeitenservice; vgl. dazu STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., N. 5 zu Art. 321d; ANGELA HENSCH, Arbeitsrechtliche Fragen der spitalexternen Krankenpflege, Pflegerecht 1 (2012), S. 1 ff., 16). Entsprechende eingehende Anweisungen wie etwa detaillierte Pflege- oder andere Verträge mit genauer Aufgabenbeschreibung, die vorweg vereinbart würden, vermag die Beschwerdeführerin nicht nachzuweisen (vgl. hiervor E. 3,

insb. 3.4.2; vgl. hierzu auch Stellungnahme des WBF und des SECO, S. 4; SENTI, AJP 2013, a.a.O., S. 361 f.).

5.

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Beschwerdeführerin weder aufzuzeigen vermag, die Vorinstanz hätte den Sachverhalt in willkürlicher Weise festgestellt. Ebenso wenig gelingt es ihr darzutun, dass von ihr Dienstleistungen erbracht würden, die erheblich von der bereits beurteilten Konstellation im Urteil 2C_356/2012 vom 11. Februar 2013 abweichen würden. Gestützt auf die konkreten Umstände, wonach den Kunden gegenüber den Angestellten der Beschwerdeführerin massgebliche Weisungsrechte zukommen, um die Alltagsbewältigung gemäss ihren Wünschen zu gestalten, durfte das Verwaltungsgericht diese als wesentlich im Sinne von Art. 12 Abs. 1 AVG und Art. 26 AVV qualifizieren und – ohne Bundesrecht zu verletzen – von einem Personalverleihverhältnis ausgehen. Die Beschwerde erweist sich als unbegründet und ist abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann.

Bundesgericht, Urteil vom 2. Dezember 2014, Doss.-Nr. 4A_427/2014 (Bestätigung des Urteils des Kantonsgerichts Wallis vom 20. Mai 2014)

Nichtanmeldung bei der Kollektiv-Krankentaggeldversicherung. Hat es die Arbeitgeberin verhindert, dass sich der Arbeitnehmer nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses einer Einzelversicherung anschliessen konnte, weil sie es bei der Anstellung unterlassen hat, ihn bei einer Kollektiv-Krankentaggeldversicherung anzumelden, trifft sie infolge Verletzung von Art. 23 Abs. 1 L-GAV, der den Arbeitgeber verpflichtet, zugunsten des Mitarbeiters eine Krankengeldversicherung abzuschliessen, eine Schadenersatzpflicht nach Art. 97 Abs. 1 OR. Der Arbeitnehmer muss so gestellt werden, wie wenn die Versicherung vertragskonform zustande gekommen wäre (E. 4.3).

Sachverhalt:

B. wurde von der Kollektivgesellschaft A. mit Arbeitsvertrag vom 9. Juni 2010 für die Saison 2010 («ab 12. Juni 2010 auf Abruf» bis zum Saisonende «ca. 15. Oktober 2010») als Alleinkoch für das Hotel-Restaurant C. engagiert. Vereinbart war ein Bruttomonatslohn von Fr. 4597.– (bzw. netto, nach Abzug der Sozialbeiträge und der Kosten von Fr. 900.– für Logis, Fr. 3200.–). Letzter effektiver Arbeitstag war der 17. September 2010 (Freitag). Am 18. September 2010 verliess B. das Hotel C. Sein Hausarzt, Dr. med. D., Allgemeine Medizin FMH, den er am 20. September 2010 aufgesucht hatte, attestierte ihm ab 18. September 2010 bis 31. März 2011 eine 100%ige und ab 1. April 2011 vorläufig eine

50%ige Arbeitsunfähigkeit (Arztzeugnisse vom 7. Februar und 31. März 2011).

Am 13. Juli 2011 reichte B. beim Arbeitsgericht des Kantons Wallis Klage gegen die Kollektivgesellschaft A. ein und beantragte: «1. Die Beklagte bezahlt Fr. 2290.95 (Ruhe-, Feier- und Ferientage), nebst Zins zu 5% seit dem 17. September 2010 an den Kläger. 2. Die Beklagte bezahlt folgende Beträge an den Kläger: Fr. 1752.60, nebst Zins zu 5% seit dem 1. Oktober 2010, Fr. 4044.50, nebst Zins zu 5% seit dem 1. November 2010, Fr. 2291.85, nebst Zins zu 5% seit dem 18. November 2010, Fr. 1593.30, nebst Zins zu 5% seit dem 1. Dezember 2010, Fr. 3676.80, nebst Zins zu 5% seit dem 1. Januar 2011, Fr. 3676.80, nebst Zins zu 5% seit dem 1. Februar 2011, Fr. 3676.80, nebst Zins zu 5% seit dem 1. März 2011, Fr. 3676.80, nebst Zins zu 5% seit dem 1. April 2011, Fr. 1838.40, nebst Zins zu 5% seit dem 1. Mai 2011.» Die Kollektivgesellschaft A. schloss in der Klagantwort vom 9. September 2011 auf Abweisung der Klage und stellte widerklageweise die folgenden Rechtsbegehren: «B. bezahlt an die Kollektivgesellschaft A. (a.) Schadenersatz von $\frac{1}{4}$ seines Monatsbruttolohnes in der Höhe von Fr. 1149.25 wegen ungerechtfertigtem Verlassen der Arbeitsstelle und diesbezüglich weiteren entstandenen Schaden, der noch präzisiert wird; (b.) entgangener Restaurationsgewinn (Speisen) von Fr. 5000.-; (c.) Ersatzlohnkosten (ca. Fr. 10 000.-) deren Umfang noch genau und detailliert präzisiert wird. «Mit Entscheid vom 14. Juni 2012 hiess das Arbeitsgericht die Klage des B. teilweise gut und wies die Widerklage der Kollektivgesellschaft A. ab. Es verurteilte die Kollektivgesellschaft A. zur Bezahlung einer Entschädigung von Fr. 1712.65 netto (für Ruhe-, Feier- und Ferientage) nebst Zins zu 5% seit dem 17. September 2010 sowie zur Lohnfortzahlung wegen Krankheit im Betrag von (a.) Fr. 1752.60, nebst Zins zu 5% seit dem 1. Oktober 2010, (b.) Fr. 4044.50, nebst Zins zu 5% seit dem 1. November 2010, (c.) Fr. 2291.85, nebst Zins zu 5% seit dem 18. November 2010, (d.) Fr. 1593.30, nebst Zins zu 5% seit dem 1. Dezember 2010, (e.) Fr. 3676.80, nebst Zins zu 5% seit dem 1. Januar 2011, (f.) Fr. 3676.80, nebst Zins zu 5% seit dem 1. Februar 2011, (g.) Fr. 3676.80, nebst Zins zu 5% seit dem 1. März 2011, (h.) Fr. 3676.80, nebst Zins zu 5% seit dem 1. April 2011, und (i.) Fr. 1838.40, nebst Zins zu 5% seit dem 1. Mai 2011; ferner habe die Kollektivgesellschaft A. alle Sozialversicherungsbeträge auf den Beträgen gemäss lit. a bis c mit den entsprechenden Sozialversicherungen abzurechnen und auf den Beträgen gemäss lit. d bis f die BVG-Beiträge zu entrichten. Gegen diesen Entscheid des Arbeitsgerichts erhob die Kollektivgesellschaft A. Berufung an das Kantonsgericht Wallis. Mit Urteil vom 20. Mai 2014 wies dieses die Berufung ab, soweit es darauf eintrat. Die Kollektivgesellschaft A. führt Beschwerde in Zivilsachen und beantragt, die Entscheide des Kantonsgericht Wallis vom 20. Mai 2014 und des Arbeitsgerichts des Kantons Wallis vom 14. Juni 2012 seien aufzuheben; eventualiter sei die Kollektivgesellschaft A. zu verurteilen, B. frühestens ab 10. November 2010 bis

30. April 2011 ein Krankentaggeld von 80% des vereinbarten Bruttolohnes auszurichten, unter Abzug eines hälftigen Arbeitnehmeranteils als Annahme von Krankentaggeldprämien, und unter Berücksichtigung einer 50%igen Arbeitsunfähigkeit für den Monat April 2011, wobei das Bundesgericht die zu zahlenden Nettobeträge festzusetzen habe; zudem habe die Kollektivgesellschaft A. B. Fr. 718.20 netto als Nachzahlungsforderung für Ruhe-, Ferien- und Feiertagsentschädigung auszurichten; B. habe seinerseits «verrechnungsweise» einen Schadenersatz in der Höhe eines ¼-Monatsbruttolohnes von Fr. 1149.25 wegen ungerechtfertigten Verlassens der Arbeitsstelle sowie Fr. 5000.– für entgangenen Restaurationsgewinn (Speisen) und Fr. 9692.70 für Ersatzlohnkosten zu bezahlen.

Aus den Erwägungen:

4.

4.1 Das Arbeitsgericht errechnet einen Abgeltungsanspruch für Ruhe-, Ferien- und Feiertage von brutto Fr. 5175.35 für die Zeit bis zum letzten effektiven Arbeitstag am 17. September 2010, zieht davon Sozialversicherungsbeiträge von Fr. 578.30 und die bereits durch die Arbeitgeberin geleistete Zahlung von Fr. 2884.40 ab, womit eine Restforderung des Arbeitnehmers von Fr. 1712.65 resultiert. Die Vorinstanz bestätigt dieses Vorgehen. Aus welchem Grund die Beschwerdeführerin im Gegensatz dazu die Entschädigung auf der Basis eines «Nettolohnes» von Fr. 3200.– er rechnen will, wird – abgesehen von ihrer Behauptung, die Logispauschale über Fr. 900.– müsse vorgängig in Abzug gebracht werden – nicht weiter begründet. Bezüglich der Pauschale von Fr. 900.– für Logis ist sie darauf hinzuweisen, dass diese dem Beschwerdegegner jeden Monat vom Lohn abgezogen wurde, weshalb sie nicht ein zweites Mal beim Entschädigungsanspruch für Ruhe-, Ferien- und Feiertage, welche denselben Zeitraum betrifft, berücksichtigt werden kann. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin vermag daran nichts zu ändern, dass sie auch den Personen, welche nach dem 17. September 2010 als Ersatz für den Beschwerdegegner engagiert wurden, Unterkunft gewährt hatte.

Im Kantonsgerichtsurteil wird dargelegt, dass die Vereinbarung der Parteien vom 1. Oktober 2010 bezüglich Entschädigung für nicht bezogene Ruhe-, Ferien- und Feiertage eine für den Arbeitnehmer im Vergleich zum allgemein verbindlich erklärten Landes-Gesamtarbeitsvertrag des Gastgewerbes (L-GAV; Stand 1. Januar 2010) ungünstigere Regelung beinhalte und daher nichtig sei. Die Beschwerdeführerin verkennt mit ihrer Behauptung, wonach der Arbeitnehmer einen Druck bei Abschluss der Vereinbarung nicht habe beweisen können, dass die Nichtigkeit unabhängig davon besteht, ob damals Druck auf den Arbeitnehmer ausgeübt wurde. Deshalb erübrigen sich auch für das Bundesgericht weitere Ausführungen dazu.

4.2 Die Vorinstanz begründet ausführlich, weshalb die Arztzeugnisse des Dr. med. D. vom 7. Februar und 31. März 2011 beweiskräftig sind. Sie

geht davon aus, dass die verzögert, spätestens anfangs November 2010 erfolgte Aushändigung des ersten Arztzeugnisses (welches unbestrittenermassen bei der Arbeitgeberin verloren ging, weshalb Dr. med. D. im Februar 2011 ein zweites ausstellen musste) an der Schlüssigkeit des ärztlichen Attestes nichts ändere, selbst wenn damit Art. 26 Abs. 1 L-GAV verletzt worden sei. Denn Dr. med. D. habe die Arbeitsunfähigkeit ab 18. September 2010 (Samstag) lediglich mit einer durch das dazwischenliegende Wochenende bedingten Rückwirkung von zwei Tagen nach der Erstkonsultation vom 20. September 2010 (Montag) gestützt auf eigene Erhebungen attestiert. Die Beschwerdeführerin habe weder im Anschluss an den Erhalt des Arztzeugnisses noch im Zuge des arbeitsgerichtlichen Verfahrens mittels entsprechender Beweismittel, namentlich eines medizinischen Gutachtens, im Sinne eines Gegenbeweises Zweifel an der Richtigkeit der medizinischen Feststellungen von Dr. med. D. geweckt. Soweit die Beschwerdeführerin geltend macht, durch die verspätete Vorlage des Arztzeugnisses habe sie keine Möglichkeit gehabt, das Zeugnis eines Vertrauensarztes gemäss Art. 26 Abs. 3 L-GAV zu verlangen, kann ihr nicht gefolgt werden. Dieser Weg stand ihr auch im November 2010 noch offen, sie hat aber keine entsprechenden Schritte unternommen. Ihre weitere Behauptung, sie habe vor Arbeitsgericht ein medizinisches Gutachten «als Beweismittel angefordert», findet in den Akten keine Stütze. Selbst wenn sie allenfalls mündlich einen entsprechenden Beweisantrag gestellt hätte, liesse sich allerdings daraus nichts zu ihren Gunsten ableiten. Das Arbeitsgericht hatte Dr. med. D. Fragen zur schriftlichen Beantwortung vorgelegt. Gestützt auf die daraufhin erfolgte Stellungnahme des Arztes vom 9. Februar 2012 sowie mit Blick auf die Ergebnisse der Zeugen- und Parteibefragung ergaben sich für das Arbeitsgericht, wie auch anschliessend für das Kantonsgericht keine Zweifel an der ärztlich attestierten Arbeitsunfähigkeit ab 18. September 2010. Soweit die Vorinstanz auf die Einholung weiterer Beweismittel verzichtet hat, liegt eine antizipierte Beweiswürdigung vor. Es ist dem Gericht nicht verboten, einem beantragten Beweismittel die Erheblichkeit oder Tauglichkeit abzuspochen oder auf die Abnahme von (weiteren) Beweisen zu verzichten, wenn es aufgrund der abgenommenen Beweise seine Überzeugung bereits gebildet hat und willkürfrei davon ausgehen darf, diese würde durch weitere Beweiserhebungen nicht geändert werden (BGE 130 III 591 E. 5.4 S. 602; 129 III 18 E. 2.6 S. 24 f.). Die Beschwerdeführerin vermag nicht aufzuzeigen, inwiefern die vorinstanzliche Beweiswürdigung willkürlich sein sollte.

4.3 Soweit die Beschwerdeführerin behauptet, die Feststellung des Kantonsgerichts, wonach sie es unterlassen habe, eine Krankentaggeldversicherung für den Beschwerdegegner abzuschliessen, sei falsch und faktenwidrig, widerspricht sie sich selbst. Denn andernorts in ihrer letztinstanzlichen Eingabe räumt sie ein, dass sie über keine Krankentaggeldversicherung für den Beschwerdegegner verfügt. Allerdings macht sie auch vor Bundesgericht wieder geltend, dass sie vom Arbeitnehmer über das Beste-

hen einer «privaten» (d.h. vom Beschwerdegegner selbst abgeschlossenen) Krankentaggeldversicherung getäuscht worden sei. Die Vorinstanz erachtete es aufgrund der eindeutigen Aktenlage als erwiesen, dass die Beschwerdeführerin ihre Arbeitnehmer im Jahr 2010 – und damit auch den Beschwerdegegner – nur gegen die Folgen von Unfällen versichert, für diese aber keine Krankentaggeldversicherung abgeschlossen hatte. Das Vorbringen, der Beschwerdegegner habe auf eine Krankentaggeldversicherung bewusst verzichtet, wie dies auch dem Arbeitsvertrag zu entnehmen sei, qualifizierte sie unter anderem unter Hinweis darauf, dass im Arbeitsvertrag lediglich erwähnt wird, dass der Arbeitnehmer «Krankenkassen versichert» sei, als blosser Schutzbehauptung. Die Beschwerdeführerin unterlässt es, dagegen hinreichend substantiierte Sachverhaltsrügen zu erheben.

Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin trifft es nicht zu, dass das Kantonsgericht ihre fehlende Aufklärung des Arbeitnehmers bezüglich des Übertritts in die Einzelversicherung bemängelt hätte. Ein solcher Übertritt wäre mangels einer Kollektiv-Krankentaggeldversicherung gar nicht möglich gewesen. Vielmehr wird im angefochtenen Entscheid festgehalten, die Arbeitgeberin habe verhindert, dass sich der Beschwerdegegner nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses einer Einzelversicherung anschliessen können, weil sie es (bei der Anstellung) unterlassen habe, ihn bei einer Kollektiv-Krankentaggeldversicherung anzumelden. Die Arbeitgeberin verkennt, dass sie nach den vorinstanzlichen Erwägungen infolge Verletzung von Art. 23 Abs. 1 L-GAV, welcher den Arbeitgeber verpflichtet, zugunsten des Mitarbeiters eine Krankentaggeldversicherung abzuschliessen, eine Schadenersatzpflicht nach Art. 97 Abs. 1 OR trifft, weil der Beschwerdegegner – zufolge Fehlens einer Kollektiv-Krankentaggeldversicherung – nach Beendigung des befristeten Arbeitsverhältnisses keine Einzelversicherung abschliessen konnte. Wie den kantonalgerichtlichen Erwägungen (unter Hinweis auf Art. 23 Abs. 4 L-GAV, wonach der Arbeitgeber die Leistungen selbst zu erbringen hat, wenn er keine genügende Krankentaggeldversicherung abgeschlossen hat) zu entnehmen ist, muss der Arbeitnehmer (sowohl für die Zeit vor wie auch nach der befristeten Anstellung) so gestellt werden, wie wenn die Versicherung vertragskonform zustande gekommen wäre. Mit ihrem Einwand, das Kantonsgericht habe sich mit dem Argument, wonach das Arztzeugnis nicht vor dem 10. oder 11. November 2010, und damit verspätet, bei ihr eingetroffen sei, weshalb auch ihre Lohnfortzahlungspflicht erst ab diesem Datum bestanden habe, überhaupt nicht auseinandergesetzt, dringt die Beschwerdeführerin nicht durch. Das Kantonsgericht führt nämlich bezüglich der von der Beschwerdeführerin geltend gemachten Kürzung ihrer Leistungspflicht um die (nicht näher bezifferte) Höhe der hälftigen Prämien für eine Krankentaggeldversicherung aus, die verzögerte Hinterlegung des Arbeitsunfähigkeitszeugnisses sei kein Grund für eine Reduktion des Schadenersatzes, weil die Berufung eines Arbeitgebers, welcher seine gesamtarbeitsvertragliche Ver-

pflichtung zum Abschluss einer Krankentaggeldversicherung erwiesenermassen hinsichtlich sämtlicher Arbeitnehmer ignoriert habe, auf die verspätete Beibringung des Arztzeugnisses zur Geltendmachung einer «Taggeldkürzung» keinen Rechtsschutz verdiene. Weshalb in Bezug auf den Beginn der Lohnfortzahlungspflicht etwas anderes gelten sollte, legt die Beschwerdeführerin nicht dar, weshalb Weiterungen dazu unterbleiben können.

Bundesgericht, Urteil vom 4. Dezember 2014, Doss.-Nr. 2C_779/2014 (Bestätigung des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts vom 7. Juli 2014)

Überschreitung der ununterbrochenen Arbeitszeit bzw. Nichteinhaltung der Pausenregelung gemäss Arbeitszeitgesetz (AZG). Gemäss Art. 7 Abs. 4 AZG kann nach Anhören der Arbeitnehmer oder ihrer Vertreter auf die Gewährung einer Pause verzichtet werden, wenn die Dienstschicht neun Stunden nicht überschreitet und der Arbeitnehmer die Möglichkeit hat, eine Zwischenverpflegung einzunehmen; dafür ist eine Arbeitsunterbrechung von 20 Minuten einzuräumen, die als Arbeitszeit gilt. Die Vorinstanz hat zutreffend erwogen, dass die in Art. 7 Abs. 4 AZG vorgeschriebene zwanzigminütige Pause ununterbrochen gewährt werden muss. Mehrere kürzere Pausen erfüllen diese Anforderung nicht, auch wenn sie insgesamt ein Mehrfaches der geforderten 20 Minuten ausmachen. Die Beschwerdeführerin (Zürichsee-Fähre Horgen-Meilen AG) verstösst daher gegen Art. 7 Abs. 4 AZG. Die von der Vorinstanz angesetzte Frist zur Umsetzung des gesetzeskonformen Zustands erscheint verhältnismässig (E. 3.1, 3.2, 3.6).

Sachverhalt:

Die Zürichsee-Fähre Horgen-Meilen AG (nachfolgend: FHM) verfügt über eine Personenbeförderungskonzession des Bundes für den Betrieb der Fährverbindung über den Zürichsee zwischen Horgen und Meilen. Als eigenössisch konzessioniertes Schifffahrtsunternehmen untersteht sie dem Bundesgesetz über die Arbeit in Unternehmen des öffentlichen Verkehrs vom 8. Oktober 1971 (Arbeitszeitgesetz, AZG; SR 822.21). Mit einer Flotte von fünf Schiffen betreibt sie einen ganzjährigen Fährbetrieb und überquert innerhalb von 8 bis 10 Minuten den Zürichsee mit einem Grundtakt von 10 Minuten, in den Stosszeiten mit einem Takt von 6 bzw. 7½ Minuten. In seiner Funktion als Aufsichtsbehörde führte das Bundesamt für Verkehr (BAV) anlässlich eines Audits im Oktober/November 2012 eine Betriebskontrolle bei der FHM durch. Im Überwachungsbericht vom 25. Januar 2013 gelangte das BAV zu folgendem Ergebnis: «Alle Dienste der FHM weisen eine Überschreitung der ununterbrochenen Arbeitszeit auf

bzw. es werden weder Pausen noch Arbeitsunterbrechungen zugeteilt. Auflage 1201: Dem BAV ist bis zum 28. Februar 2013 aufzuzeigen, wie die Pausenregelungen künftig eingehalten werden.» Nach wiederholten Fristverlängerungen erörterte die FHM anlässlich des Gesprächs vom 13. August 2013 zwischen ihr und dem BAV mehrere Varianten, wie eine gesetzeskonforme Pausenregelung gewährleistet werden könnte. Im darauf folgenden Gespräch vom 31. Oktober 2013 legte das BAV dar, dass es die von der FHM in Betracht gezogene Vorlaufzeit von zwei bis maximal vier Jahren zur Umsetzung der bevorzugten Variante («Springer für alle Chargen») nicht akzeptiere. Mit Verfügung vom 3. Dezember 2013 stellte das BAV fest, dass die FHM anhaltend die Vorgabe zur erlaubten Dauer der ununterbrochenen Arbeitszeit nach Art. 11 Abs. 4 der Verordnung über die Arbeit in Unternehmen des öffentlichen Verkehrs vom 26. Januar 1972 (Verordnung zum Arbeitszeitgesetz, AZGV; SR 822.211) deutlich missachte (Dispositiv-Ziff. 1). Das BAV wies die FHM an, bis spätestens zum Fahrplanwechsel Frühling/Sommer Ende März 2014 die Bestimmungen zur ununterbrochenen Arbeitszeit gemäss Art. 11 Abs. 4 AZGV oder allenfalls Art. 11 Abs. 4^{bis} AZGV einzuhalten (Dispositiv-Ziff. 2). Einer allfälligen Beschwerde gegen Dispositiv-Ziff. 2 entzog es die aufschiebende Wirkung (Dispositiv-Ziff. 3) und auferlegte der FHM eine Verfahrensgebühr von Fr. 1500.– (Dispositiv-Ziff. 4).

Gegen diese Verfügung erhob die FHM am 20. Januar 2014 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Sie beantragte, die angefochtene Verfügung sei vollumfänglich aufzuheben. Eventualiter sei die Frist nach Dispositiv-Ziff. 2 bis maximal vier Jahre auszudehnen. Subeventualiter stellte sie zum einen den Antrag, die Vorinstanz sei anzuweisen, ihr eine Ausnahmegewilligung nach Art. 21 Abs. 2 AZG zu erteilen und zum anderen, das Verfahren zu sistieren, bis klar sei, ob eine Ausnahme von den gesetzlichen Vorschriften nach Art. 21 Abs. 1 AZG angeordnet werden könne. Mit Urteil vom 7. Juli 2014 hiess das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerde teilweise gut, soweit darauf einzutreten war, und wies sie im Übrigen ab. Es bestätigte die Ziff. 1 und 4 der angefochtenen Verfügung, hob aber die Ziff. 2 auf und legte fest, dass bis Ende Oktober 2015 die Angestellten der FHM spätestens nach 5½ Stunden Arbeitszeit eine Arbeitsunterbrechung von mindestens 20 Minuten einzuhalten haben. Es auferlegte zudem der FHM Verfahrenskosten im Umfang von Fr. 2250.–. Die FHM erhebt mit Eingabe vom 8. September 2014 Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten. Sie beantragt, die Frist zur Anpassung sei bis Ende April 2016 zu verlängern und die vorinstanzlichen Verfahrenskosten seien auf Fr. 1500.– zu reduzieren.

Aus den Erwägungen:

2.

(...)

2.2 Die Beschwerdeführerin legt in ihrer Beschwerde ausführlich den Sachverhalt aus ihrer Sicht dar, rügt aber nicht rechtsgenügend, inwiefern der von der Vorinstanz festgestellte Sachverhalt offensichtlich unrichtig sein oder auf einer Rechtsverletzung beruhen soll. Es ist daher vom vorinstanzlich festgestellten Sachverhalt auszugehen.

3.

3.1 Die Beschwerdeführerin fällt als konzessioniertes Schiffahrtsunternehmen unbestritten unter den Geltungsbereich des Arbeitszeitgesetzes (vgl. Art. 1 Abs. 1 lit. d AZG). Nach Art. 6 Abs. 1 AZG besteht die Dienstschicht aus der Arbeitszeit und den Pausen; sie darf im Durchschnitt von 28 Tagen 12 Stunden nicht überschreiten. Nach ungefähr der Hälfte der Arbeitszeit ist eine Pause zu gewähren, welche die Einnahme einer Mahlzeit erlaubt. Sie soll in der Regel wenigstens eine Stunde betragen und, soweit es der Dienst gestattet, am Wohnort zugebracht werden können (Art. 7 Abs. 1 AZG). In einer Dienstschicht sind drei Pausen zulässig; wo durch Verordnung zu umschreibende, aussergewöhnliche Verhältnisse vorliegen, kann diese Zahl auf vier erhöht werden. Eine Pause soll mindestens 30 Minuten dauern (Art. 7 Abs. 2 AZG). Auf die Gewährung einer Pause kann nach Anhören der Arbeitnehmer oder ihrer Vertreter verzichtet werden, wenn die Dienstschicht neun Stunden nicht überschreitet und der Arbeitnehmer die Möglichkeit hat, eine Zwischenverpflegung einzunehmen; dafür ist eine Arbeitsunterbrechung von 20 Minuten einzuräumen, die als Arbeitszeit gilt (Art. 7 Abs. 4 AZG). Die ununterbrochene Arbeitszeit darf unter Vorbehalt von Art. 7 Abs. 4 AZG fünf Stunden (Art. 11 Abs. 4 AZGV) bzw. bei Schiffahrtsunternehmen mit Zustimmung der beteiligten Arbeitnehmer oder deren Vertreter fünf Stunden und dreissig Minuten (Art. 11 Abs. 4 bis AZGV) nicht überschreiten. Wenn besondere Verhältnisse vorliegen, können, nach Anhören der beteiligten Unternehmen und Arbeitnehmer oder deren Vertreter, durch Verordnung für einzelne Unternehmen oder Unternehmenskategorien Ausnahmen von den Vorschriften des Gesetzes angeordnet werden (Art. 21 Abs. 1 AZG). Zur Berücksichtigung aussergewöhnlicher Verhältnisse und nach Anhören der beteiligten Unternehmen und Arbeitnehmer oder deren Vertreter können die Aufsichtsbehörden im Einzelfall zeitlich befristete Abweichungen von den Vorschriften des Gesetzes bewilligen (Art. 21 Abs. 2 AZG). Das BAV als Aufsichtsbehörde (Art. 18 Abs. 1 AZG i.V.m. Art. 27 Abs. 1 AZGV) ist verpflichtet, Beschlüsse und Anordnungen von Organen oder Dienststellen der Unternehmen aufzuheben, zu ändern oder ihre Durchführung zu verhindern, wenn sie gegen das Gesetz, die Verordnung, die Weisungen, die Konzession oder internationale Vereinbarungen verstossen (Art. 19 AZG).

3.2 Die Vorinstanz hat erwogen, die in Art. 7 Abs. 4 AZG vorgeschriebene zwanzigminütige Pause müsse ununterbrochen gewährt werden; mehrere kürzere Pausen würden diese Anforderung nicht erfüllen, auch wenn sie insgesamt ein Mehrfaches der geforderten 20 Minuten ausmachen. Sie hat sodann festgestellt, dass die Beschwerdeführerin in ihren Dienstschichten I-VI, die mehr als 5½ Stunden dauern, ihren Arbeitnehmern keine Arbeitsunterbrechung einräume, die mindestens 20 Minuten am Stück betrage. Die Vorinstanz hat daraus gefolgert, dass die Beschwerdeführerin gegen Art. 7 Abs. 4 AZG verstosse. Das ist vor Bundesgericht nicht mehr umstritten.

3.3 Die Vorinstanz hat sodann erwogen, eine Ausnahmegewilligung nach Art. 21 Abs. 2 AZG könne nicht erteilt werden, da keine aussergewöhnlichen Verhältnisse vorlägen. Auch diese Schlussfolgerung ist vor Bundesgericht nicht mehr umstritten.

3.4 Schliesslich hat die Vorinstanz geprüft, welche Frist der Beschwerdeführerin zur Umsetzung des gesetzeskonformen Zustands anzusetzen sei. Die vom BAV in der angefochtenen Verfügung angesetzte Frist sei per Ende März 2014 abgelaufen. Aufgrund der Zwecksetzung des AZG solle der rechtmässige Zustand baldmöglichst hergestellt werden. Andererseits bedürfe die Gewinnung neuen Personals, insbesondere die Ausbildung zusätzlicher Schiffsführer, einiger Zeit. Mit der Anpassung der Schichtzeiten und -einteilungen sei ein grosser Koordinationsaufwand verbunden. Eine Umsetzungsfrist von wenigen Monaten ziele daher an der Sache vorbei. Allerdings habe sich die Beschwerdeführerin bereits im Vorfeld vertieft mit verschiedenen Umsetzungsvarianten auseinandergesetzt. Insgesamt erscheine es als verhältnismässig, der Beschwerdeführerin eine neue Frist bis spätestens Ende Oktober 2015 anzusetzen.

3.5 Die Beschwerdeführerin bestreitet einzig diese Fristansetzung. Sie bringt vor, die Übergangsfrist bis Ende Oktober 2015 erlaube die nötige Ausbildung des Personals unter Aufrechterhaltung des bisherigen Fahrplanbetriebs nicht. Zudem könne ihr Personal insgesamt pro Tag akkumuliert Kurzpausen von insgesamt mehr als drei Stunden beziehen, so dass das öffentliche Interesse nicht gleich schwer wiege wie bei einem tatsächlichen ununterbrochenen Arbeitsbetrieb. Ihr Fährbetrieb erfülle eine wichtige Verkehrsfunktion. Es sei auch zu berücksichtigen, dass ihre Pausenregelung jahrzehntelang unbeanstandet geblieben sei und nie zu Beanstandungen seitens des Personals oder zu Zwischenfällen geführt habe. Die angesetzte Frist verstosse gegen Treu und Glauben und sei unverhältnismässig. Sie habe ein klares Konzept aufgezeigt, wie sie ihren Personalnotstand beheben wolle, benötige dafür jedoch mehr Zeit. Mit einer Verlängerung der Übergangsfrist um sechs Monate wäre keine Erhöhung der Gefährdungslage verbunden.

3.6 Es mag zutreffen, dass angesichts der Besonderheit des Arbeitsinsatzes auf den Schiffen der Beschwerdeführerin ein erhöhtes Gefährdungspotenzial kaum besteht. Das für das Bundesgericht massgebende Ge-

setz (vgl. Art. 190 BV) schreibt jedoch im Sinne einer Mindestregelung die in Art. 7 Abs. 4 AZG genannten Pausen unabhängig davon vor, ob im konkreten Fall eine erhöhte Gefährdung vorliegt. An der Herstellung eines gesetzmässigen Zustands besteht ein öffentliches Interesse, was – wie auch das Gebot der Rechtsgleichheit – gegen übermässig lange Anpassungsfristen spricht. Dass die Ausbildung des neu benötigten Personals nicht möglich wäre, hat die Beschwerdeführerin nicht hinreichend belegt: Sie legt selber ein Ausbildungskonzept mit einem Zeitbedarf von 19 Monaten vor. Dieses basiert darauf, dass die je sechsmonatige praktische Ausbildung von zwei Schiffsführern nicht zeitgleich, sondern nacheinander stattfindet, was die Beschwerdeführerin damit begründet, sie verfüge nur über einen Schiffsführerausbildner, weshalb sie nicht zwei Schiffsführer parallel ausbilden könne. Das BAV bringt demgegenüber – worauf es zu behaften ist – vor, dass es zulässig sei, zwei Anwärter zeitgleich von derselben Lehrperson ausbilden zu lassen, was sodann durch die meisten Schiffsführer erfolgen könne. Die praktische Ausbildung könne zudem bereits vor Ablegen der theoretischen Prüfung beginnen. Mit diesen Massnahmen lässt sich die totale Ausbildungszeit jedenfalls soweit verkürzen, dass die mehr als 15 Monate, welche das Bundesverwaltungsgericht ab Datum seines Urteils eingeräumt hat, ausreichen. Dass das Auffinden von Ausbildungskandidaten möglicherweise nicht einfach ist, wie die Beschwerdeführerin replikweise vorbringt, kann keine längere Frist begründen. Jedes Unternehmen ist mit dem Problem konfrontiert, geeignetes Personal zu finden, was für sich allein keine Abweichung von gesetzlichen Vorschriften zu rechtfertigen vermag. Schliesslich legt die Beschwerdeführerin auch nicht dar, weshalb eine andere Schichteinteilung, welche die Einhaltung einer zwanzigminütigen Pause erlauben würde, innert der gewährten Anpassungsfrist nicht möglich sein soll. Insgesamt erscheint die von der Vorinstanz gewährte Frist als verhältnismässig.

(...)

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Beschwerde wird abgewiesen.

Bundesgericht, Urteil vom 9. Dezember 2014, Doss.-Nr. 4A_476/2014 (Aufhebung des Beschlusses des Obergerichts des Kantons Zürich vom 24. Juni 2014), in: BGE 140 III 636

Art. 29 Abs. 1 BV, Art. 143 ZPO, Art. 48 Abs. 3 BGG analog; Verbot des überspitzten Formalismus.

Frage nach der Wahrung einer zivilprozessualen Rechtsmittelfrist durch eine Eingabe, die rechtzeitig bei einer sachlich oder funktionell unzuständigen Behörde [i.c. Arbeitsgericht] eingereicht wurde, und

nach der Pflicht dieser Behörde, die Eingabe an die zuständige Instanz zu übermitteln (E. 2–4).

Art. 29 al. 1 Cst., art. 143 CPC, art. 48 al. 3 LTF par analogie; interdiction du formalisme excessif.

Question du respect d'un délai de recours en matière de procédure civile par un mémoire adressé en temps utile à une autorité matériellement ou fonctionnellement incompétente et du devoir de cette autorité de transmettre le mémoire à l'instance compétente (consid. 2–4).

Sachverhalt:

A.

Am 3. Juli 2013 erhob A. (Klägerin, Beschwerdeführerin) beim Arbeitsgericht Zürich Klage gegen die B. SA (Beklagte, Beschwerdegegnerin) auf Zahlung von sechs Monatslöhnen, d.h. Fr. 120 000.– als Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung sowie auf Ergänzung des Arbeitszeugnisses mit einem bestimmten Text. Mit Urteil vom 11. März 2014 wies das Arbeitsgericht die Klage ab. Dagegen erhob die Klägerin mit Eingabe vom 19. Mai 2014, dem Obergericht überbracht am 20. Mai 2014, Berufung beim Obergericht des Kantons Zürich. Am 23. Mai 2014 stellte die Klägerin ein Gesuch um Feststellung, dass die Berufungsfrist gewahrt worden sei, eventualiter um Wiederherstellung der Berufungsfrist.

Mit Beschluss vom 24. Juni 2014 trat das Obergericht auf die Berufung wegen Verspätung nicht ein. Es stellte fest, die Berufungsfrist von 30 Tagen sei am 19. Mai 2014 abgelaufen. Die Klägerin habe ihre Berufung am 19. Mai 2014 zuhänden des Arbeitsgerichts zur Post gegeben, wo sie offenbar am Folgetag eingetroffen sei. Vom Arbeitsgericht darauf aufmerksam gemacht, habe die Klägerin ihre Berufung am 20. Mai 2014 dem Obergericht überbracht. Die Berufung sei damit innert Frist weder beim Obergericht eingereicht noch zu dessen Händen der Schweizerischen Post übergeben worden. Eine Art. 48 Abs. 3 BGG (wonach die Frist für die Beschwerde an das Bundesgericht durch rechtzeitige Einreichung bei der Vorinstanz gewahrt ist) entsprechende Bestimmung kenne die ZPO nicht. Die Berufungsfrist sei demnach versäumt. Eine Fristwiederherstellung nach Art. 148 ZPO lehnte das Obergericht ab.

B.

Die Beschwerdeführerin beantragt dem Bundesgericht mit Beschwerde in Zivilsachen, der Beschluss des Obergerichts vom 24. Juni 2014 sei aufzuheben und es sei festzustellen, dass die Berufungseingabe gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Zürich vom 11. März 2014 rechtzeitig erfolgt ist. Eventualiter sei die Frist zur Einreichung einer Berufung gegen das genannte Urteil wiederherzustellen.

Aus den Erwägungen:

2.

2.1 Eine Lücke im Gesetz besteht, wenn sich eine Regelung als unvollständig erweist, weil sie jede Antwort auf die sich stellende Rechtsfrage schuldig bleibt. Hat der Gesetzgeber eine Rechtsfrage nicht übersehen, sondern stillschweigend – im negativen Sinn – mitentschieden (qualifiziertes Schweigen), bleibt kein Raum für richterliche Lückenfüllung. Eine echte Gesetzeslücke, die vom Gericht zu füllen ist, liegt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts dann vor, wenn der Gesetzgeber etwas zu regeln unterlassen hat, was er hätte regeln sollen, und dem Gesetz diesbezüglich weder nach seinem Wortlaut noch nach dem durch Auslegung zu ermittelnden Inhalt eine Vorschrift entnommen werden kann. Echte Lücken zu füllen, ist dem Gericht aufgegeben (BGE 140 III 206 E. 3.5.1 S. 213; BGE 140 III 251 E. 4.2; BGE 139 II 404 E. 4.2 S. 416 f.; BGE 138 II 1 E. 4.2 S. 3; BGE 135 III 385 E. 2.1 S. 386).

2.2 Ist ein lückenhaftes Gesetz zu ergänzen, gelten als Massstab die dem Gesetz selbst zugrunde liegenden Zielsetzungen und Werte (BGE 140 III 206 E. 3.5.1 S. 213; BGE 129 II 401 E. 2.3). Die Schweizerische Zivilprozessordnung regelt das Zivilverfahren einheitlich und ist als Bundesgesetz für die rechtsanwendenden Behörden massgebend (Art. 190 BV). Ihr liegen die verfassungsrechtlichen Verfahrensmaximen zugrunde (KIENER/KÄLIN, Grundrechte, 2. Aufl. 2013, S. 479; GEROLD STEINMANN, in: Die schweizerische Bundesverfassung, Ehrenzeller und andere [Hrsg.], 3. Aufl. 2014, N. 11 zu Art. 29 BV). Diese sind namentlich bei der verfassungskonformen Auslegung des Prozessrechts von Bedeutung (STEINMANN, a.a.O., N. 14 zu Art. 29 BV). Den verfassungsrechtlichen Verfahrensgrundsätzen kommt darüber hinaus eine wegleitende Funktion zu, wo die Zivilprozessordnung lückenhaft ist (PETER KARLEN, in: Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl. 2013, N. 6 zu Art. 29 BV).

3.

3.1 Die Berufung ist bei der Rechtsmittelinstanz innert 30 Tagen seit Zustellung des begründeten Entscheids beziehungsweise seit der nachträglichen Zustellung der Entscheidungsbegründung (Art. 239 ZPO) schriftlich und begründet einzureichen (Art. 311 Abs. 1 ZPO). Die Berufung ist demnach beim iudex ad quem einzureichen. Die Frist wird eingehalten, wenn die Berufung spätestens am letzten Tag der Frist beim Gericht eingereicht oder zu dessen Händen der Schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung übergeben wurde (vgl. Art. 143 Abs. 1 ZPO).

3.2 Die Schweizerische ZPO äussert sich nicht zur Frage der Fristwahrung durch Rechtsmitteleingaben, die bei einer sachlich oder funktionell unzuständigen Behörde eingereicht worden sind, und auch nicht zur Frage der Weiterleitung solcher Eingaben an die zuständige Instanz.

Art. 63 ZPO betrifft die Wahrung der durch eine Eingabe an eine unzuständige Stelle oder in einem falschen Verfahren begründeten Rechtshängigkeit und ist nicht auf Rechtsmitteleingaben anwendbar (SUTTER-SOMM/HEDINGER, in: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], Sutter-Somm und andere [Hrsg.], 2. Aufl. 2013, N. 8 zu Art. 63 ZPO; GASSER/RICKLI, Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], 2. Aufl. 2014, N. 6 zu Art. 63 ZPO).

Andere Bundes(verfahrens)gesetze kennen demgegenüber entsprechende Normen (vgl. Art. 48 Abs. 3 BGG; Art. 32 Abs. 2 SchKG; Art. 91 Abs. 4 StPO; Art. 39 Abs. 2 ATSG [SR 830.1]; Art. 21 Abs. 2 VwVG [SR 172.021]). So bestimmt namentlich Art. 48 Abs. 3 BGG, dass die Frist auch als gewahrt gilt, wenn die Eingabe rechtzeitig bei der Vorinstanz oder bei einer unzuständigen eidgenössischen oder kantonalen Behörde eingereicht worden ist. Die Eingabe ist unverzüglich dem Bundesgericht zu übermitteln. Art. 48 Abs. 3 BGG ist nicht anwendbar auf die Frist zur Bezahlung des Kostenvorschusses (Urteil 2C.84/2009 vom 24. Februar 2009 E. 1.1) und ebenso wenig im Schiedsverfahren (Art. 77 Abs. 2 BGG; Urteil 4A_35/2014 vom 28. Mai 2014 E. 3.2, nicht publ. in: BGE 140 III 267).

Ob das Schweigen der ZPO zu diesen Fragen ein qualifiziertes ist oder ob die ZPO diesbezüglich unvollständig, mithin lückenhaft, ist und zu ergänzen wäre, liess das Bundesgericht in einem jüngeren Entscheid offen (Urteil 5A_376/2012 vom 16. Januar 2013 E. 3.2; dies bedauernd VALENTIN RÉTORNAZ, SZPP 2013 S. 205). Hier ist die Frage zu entscheiden:

3.3 Die Materialien schweigen zu diesem Thema und sind wenig aufschlussreich. Art. 143 ZPO wurde in den eidgenössischen Räten entsprechend dem Entwurf des Bundesrates (dort Art. 141), der keine Fristwahrung und Weiterleitungspflicht vorsah, wörtlich ohne Diskussion angenommen (AB 2007 S 513 f.; AB 2008 N 945). Interessant ist immerhin, dass in der Botschaft des Bundesrates zu Art. 141 des Entwurfs ausgeführt wird, die Regelung entspreche (derjenigen in) der Bundesrechtspflege, und dabei für die Fristwahrung und die rechtzeitige Zahlung des Kostenvorschusses auf Art. 48 Absätze 1, 2 und 4 BGG Bezug genommen wird (Botschaft vom 28. Juni 2006 zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, BBl 2006 7221 ff., 7308 Ziff. 5.9.3). Trotz dieser ausdrücklichen Abstimmung auf die Regelung von Art. 48 BGG wurde dessen Absatz 3, der die Fristwahrung bei Einreichung an eine unzuständige Behörde regelt, nicht übernommen. Dies könnte an ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers denken lassen und sich etwa dadurch erklären, dass eine Fristwahrung und entsprechende Weiterleitungspflicht bei rechtzeitiger Einreichung bei irgendeiner «unzuständigen eidgenössischen oder kantonalen Behörde» in dieser umfassenden Reichweite in den jeweiligen kantonalen Zivilverfahren zu weit ginge, da aufgrund der unterschiedlichen Gerichtsorganisation in den Kantonen nicht stets zweifelsfrei klar wäre, welche kantonale Behörde zuständig ist, an welche die Eingabe weiterzuleiten wäre (s. dazu DENIS TAPPY, in: CPC, Code de procédure civile commenté, 2011, N. 22

zu Art. 143 ZPO; vgl. auch die Begründung in der Botschaft zur ZPO [BBl 2006 7277 zu Art. 61] für den Verzicht auf die Statuierung einer Weiterleitungspflicht im Rahmen der Regelung nach Art. 63 ZPO).

3.4 In der Doktrin wird eine analoge Anwendung von Art. 48 Abs. 3 BGG im Bereich der ZPO, jedenfalls für die Rechtsmittel der ZPO (Berufung und Beschwerde), durchwegs befürwortet (STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, *Zivilprozessrecht*, 2. Aufl. 2013, S. 483; SUTTER-SOMM/HEDINGER, a.a.O., N. 8 zu Art. 63 ZPO; FRANÇOIS BOHNET, *Procédure civile*, 2. Aufl. 2014, S. 378; wohl auch RÉTORNAZ, *SZZP* 2013 S. 205), teilweise mit unterschiedlicher Reichweite betreffend die zur Weiterleitung verpflichteten Behörden:

- umfassend und – über Art. 48 Abs. 3 BGG hinausgehend – auch für Gemeindebehörden (JURIJ BENN, in: *Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung*, 2. Aufl. 2013, N. 3 f. zu Art. 143 ZPO; BARBARA MERZ, in: *Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO]*, Brunner und andere [Hrsg.], 2011, N. 5 zu Art. 143 ZPO),

- nur für kantonale Behörden (für Bundesbehörden sei es fraglich: SAMUEL MARBACHER, in: *Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO]*, Baker & Mc Kenzie [Hrsg.], 2010, N. 11 zu Art. 143 ZPO),

- nur für innerkantonale funktionell oder sachlich unzuständige Gerichte (URS H. HOFFMANN-NOVOTNY, in: *ZPO, Oberhammer und andere [Hrsg.]*, 2. Aufl. 2014, N. 4 zu Art. 143 ZPO; NINA J. FREI, in: *Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung*, 2012, N. 16 zu Art. 143 ZPO),

- für funktionell unzuständige Instanzen (REETZ/THEILER, in: *Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO]*, Sutter-Somm und andere [Hrsg.], 2. Aufl. 2013, N. 11 und 42 zu Art. 311 ZPO),

- für den *iudex a quo*, mithin die Vorinstanz (TAPPY, a.a.O., N. 23 zu Art. 143 ZPO; NICOLAS JEANDIN, in: *CPC, Code de procédure civile commenté*, 2011, N. 10 zu Art. 311 ZPO; MARTIN H. STERCHI, in: *Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung*, 2012, N. 4 zu Art. 311 ZPO und N. 4 zu Art. 321 ZPO).

3.5 Zur Begründung wird vor allem auf den Charakter des Art. 48 Abs. 3 BGG als allgemein gültiger Verfahrensgrundsatz hingewiesen. Dies zu Recht: So galt nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung Art. 32 Abs. 4 OG (BS 3 531) (Vorgängernorm – allerdings nicht identisch – zu Art. 48 Abs. 3 BGG) – vorbehältlich einer klaren anderslautenden Regelung – als allgemeiner Rechtsgrundsatz auch in allen Kantonen (BGE 118 Ia 241 E. 3c). Das Bundesgericht führte dazu aus, diese Regelung konkretisiere einen seit langem im Bereich der Rechtsmittelfristen vorherrschenden Gedanken, dass nämlich der Rechtsuchende nicht ohne Not um die Beurteilung seines Rechtsbegehrens durch die zuständige Instanz gebracht werden soll. Dabei handle es sich um einen allgemeinen Rechtsgrundsatz, der sich auf die gesamte Rechtsordnung beziehe (BGE 118 Ia 241 E. 3c; BGE 121 I 93 E. 1d).

Es geht um die Vermeidung übertriebener Formstrenge (BGE 121 I 93 E. 1d S. 95). Insofern lässt sich der Grundsatz dem Verbot des überspitzten Formalismus und damit einem Teilaspekt des verfassungsrechtlichen Verfahrensgrundsatzes des Verbots formeller Rechtsverweigerung (Art. 29 Abs. 1 BV; dazu: BGE 135 I 6 E. 2.1; BGE 130 V 177 E. 5.4.1; je mit Hinweisen) zuordnen.

Wird das Rechtsmittel aufgrund einer unrichtigen oder fehlenden Belehrung bei einer unzuständigen Behörde eingereicht, ergeben sich die Folgen der Fristwahrung und Weiterleitungspflicht zudem aus dem Grundsatz von Treu und Glauben (BGE 134 I 199 E. 1.3.1; BGE 123 II 231 E. 8b S. 238 ff.; BGE 119 IV 330 E. 1c S. 333 f.; Urteil 4A_578/2010 vom 11. April 2011 E. 3, nicht publ. in: BGE 137 III 217). Die Anwendung von Art. 48 Abs. 3 BGG ist aber nicht auf den Fall unrichtiger Rechtsmittelbelehrung beschränkt. Die Norm ist stets anwendbar, wenn die Einreichung bei der unzuständigen Instanz auf Versehen oder Zweifeln der Partei oder auf einer unrichtigen Rechtsmittelbelehrung beruht, nicht aber wenn die unzuständige Instanz bewusst angerufen wurde (Urteil 2C_610/2010 vom 21. Januar 2011 E. 2.5).

In diesem Sinne wird denn auch in den Kommentaren und der Rechtsprechung zu Art. 48 BGG dessen Absatz 3 als Ausdruck eines allgemeinen Verfahrensgrundsatzes dargestellt (AMSTUTZ/ARNOLD, in: Basler Kommentar, Bundesgerichtsgesetz, 2. Aufl. 2011, N. 21 zu Art. 48 BGG; JEAN-MAURICE FRÉSARD, in: Commentaire de la LTF, 2. Aufl. 2014, N. 20 zu Art. 48 BGG; Urteil 2C_98/2008 vom 12. März 2008 E. 2.3). Sodann wandte das Zürcher Handelsgericht in einer neueren Entscheidung Art. 48 Abs. 3 BGG als allgemeinen Rechtsgrundsatz an und betrachtete eine irrtümlicherweise beim Handelsregisteramt des Kantons Zürich anstatt beim Handelsgericht eingereichte Eingabe als fristwährend (ZR 2014 Nr. 46 S. 149 f.).

3.6 Das in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung evaluierte Anliegen für die Anerkennung eines allgemein gültigen Verfahrensgrundsatzes zur Fristwahrung und Weiterleitungspflicht im Sinne der Regelung von Art. 48 Abs. 3 BGG, dass der Rechtsuchende nicht ohne Not um die Beurteilung seines Rechtsbegehrens durch die zuständige Instanz gebracht werden soll (vgl. die Angaben in E. 3.5), ist auch der Zivilprozessordnung nicht fremd. Vielmehr beruht etwa die Vorschrift von Art. 63 ZPO betreffend Wahrung der Rechtshängigkeit auch auf diesem Zweckgedanken (vgl. Botschaft zur ZPO, BBI 2006 7277; DOMINIK INFANGER, in: Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl. 2013, N. 1 zu Art. 63 ZPO; MARKUS MÜLLER-CHEN, in: Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], Brunner und andere [Hrsg.], 2011, N. 1 zu Art. 63 ZPO; HOFFMANN-NOVOTNY, a.a.O., N. 4 zu Art. 143 ZPO). Es erscheint daher gerechtfertigt, mit der einhelligen Lehre anzunehmen, dass bezüglich Fristwahrung bei rechtzeitiger versehentlicher Einreichung eines Rechtsmittels der ZPO bei einer unzuständigen Behörde kein qualifiziertes

Schweigen des Gesetzgebers vorliegt, und demnach für eine Anwendung des erwähnten allgemeinen Verfahrensgrundsatzes auch im Bereich der Rechtsmittel der ZPO Raum besteht.

Dabei ist allerdings den Bedenken gegen eine zu weitreichende Fristwahrungsvorschrift mit entsprechender Weiterleitungspflicht der Behörden in Hinblick auf allenfalls unklare Zuständigkeitsfragen aufgrund unterschiedlicher kantonaler Gerichtsorganisationen Rechnung zu tragen (E. 3.3 in fine). Eine solche kann daher nicht irgendwelche kantonale Behörden und auch nicht die Bundesbehörden treffen. Vielmehr erscheint die von einem Teil der Lehre (vgl. die Angaben in E. 3.4 in fine) postulierte Einschränkung auf den *iudex a quo* als sachgerecht. Da die ZPO eine Pflicht zur Rechtsmittelbelehrung statuiert (Art. 238 lit. f ZPO) und überdies eindeutige Vorschriften über die Einreichungsinstanz enthält (Art. 311 ZPO, Art. 321 ZPO, vgl. auch für die Revision Art. 328 Abs. 1 ZPO), sollte eine irrtümliche Einreichung bei Vorliegen einer korrekten Rechtsmittelbelehrung kaum vorkommen. Jedenfalls erscheint unter diesem Aspekt ein weitergehender Schutz als bezüglich einer versehentlichen Einreichung bei der Vorinstanz als nicht notwendig. Eine ausgedehntere Anwendung auf Fälle, in denen das Rechtsmittel bei einer mit der Sache nicht befassten inner- oder gar ausserkantonalen Behörde oder einer Bundesbehörde (etwa auch dem Bundesgericht) eingereicht wird, muss daher ausscheiden. In diesen Fällen kann die Frist nur als gewahrt betrachtet werden, wenn die unzuständige Behörde das Rechtsmittel noch innert Frist an die zuständige Rechtsmittelinstanz weiterleitet, wozu sie gesetzlich nicht verpflichtet ist (vgl. STERCHI, a.a.O., N. 4 zu Art. 311 ZPO), aber unter Umständen aufgrund des Verbots des überspitzten Formalismus gehalten sein kann (vgl. Urteil 5A_576/2012 vom 16. Januar 2013 E. 3.3). Ohnehin würde sich bei solchen Konstellationen wohl zumeist die Frage nach einer bewussten Einreichung der Eingabe bei einer unzuständigen Behörde und damit nach einer grundsätzlichen Unanwendbarkeit der dem Art. 48 Abs. 3 BGG nachgebildeten Regelung stellen (E. 3.5 vorne).

3.7 Zusammenfassend ergibt sich, dass eine rechtzeitige versehentliche Einreichung der Berufung oder der Beschwerde beim *iudex a quo* dem Rechtsmittelkläger nicht schadet. Vielmehr gilt in diesen Fällen die Rechtsmittelfrist als gewahrt und die Vorinstanz hat das Rechtsmittel unverzüglich an die zuständige Rechtsmittelinstanz weiterzuleiten.

4.

Für den vorliegenden Fall bedeutet dieser Grundsatz, dass die Berufung, welche die Beschwerdeführerin innerhalb der Berufungsfrist am 19. Mai 2014 versehentlich zu Händen des Arbeitsgerichts anstatt des Obergerichts der Post übergab, als rechtzeitig zu betrachten ist.

Die Beschwerde ist folglich gutzuheissen und die Angelegenheit an das Obergericht zur weiteren Behandlung zurückzuweisen, ohne dass geprüft werden muss, ob die Vorinstanz zu Unrecht verneinte, dass die irr-

tümliche Einreichung der Berufung beim iudex a quo bloss ein leichtes Verschulden im Sinne von Art. 148 ZPO darstellt.

Bundesgericht, Urteil vom 15. Dezember 2014, Doss.-Nr. 8C_258/2014 (Bestätigung des Entscheids des Kantonsgerichts Freiburg vom 12. Februar 2014)

Treuepflicht bedeutet, dass der Staatsangestellte bei der Erfüllung seiner Aufgaben über die eigentliche Arbeitsleistung hinaus die Interessen des Gemeinwesens wahrt. Sie bezweckt, die Funktionstüchtigkeit der öffentlichen Verwaltung zu sichern, indem das Vertrauen der Öffentlichkeit in den Staat nicht untergraben wird. Hat der Arbeitnehmer (wissenschaftlicher Mitarbeiter) das Projekt eigenmächtig eingestellt, ohne vorgängig Rücksprache mit seinen Vorgesetzten zu nehmen und deren Zustimmung einzuholen, hat er seine Treuepflicht gegenüber seinem Arbeitgeber (Universität) in schwerwiegender Weise verletzt. Die fristlose Entlassung erscheint verhältnismässig und angemessen, da die Vorkommnisse das Vertrauensverhältnis derart erschütterten, dass eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar wurde (E. 8.2, 8.3.2).

Sachverhalt:

A. wurde von der Verwaltungsdirektion der Universität B. ab 1. Januar 2007 als wissenschaftlicher Mitarbeiter für das Institut C. angestellt. Am 9. Mai 2011 stellte A. drei Mitgliedern des Institutsrats des Instituts C., nämlich D., E. und F., ein Schreiben zu, in welchem er unter anderem mitteilte, dass das Projekt eingestellt worden sei, seine Mitarbeiterin aus gesundheitlichen Gründen die Kündigung eingereicht habe, er seinerseits das Kündigungsverfahren abwarte und die Zeit bis zur Kündigung zur Wahrung eigener Interessen nutzen werde. Mit Verfügung vom 19. Mai 2011 löste die Universität B. das Anstellungsverhältnis mit A. fristlos auf.

Gegen diese Verfügung reichte A. beim Staatsrat des Kantons Freiburg Beschwerde ein. Mit Entscheid vom 4. Februar 2013 wies dieser die Beschwerde ab. Die von A. beim Kantonsgericht Freiburg eingereichte Beschwerde wies dieses mit Entscheid vom 12. Februar 2014 ab, soweit es darauf eintrat, auferlegte diesem die Gerichtskosten und sprach der Universität B. eine Parteientschädigung zu. Letztere wies es an, über die vermögensrechtlichen Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis zu verfügen. Mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten lässt A. zur Hauptsache beantragen, unter Aufhebung der Entscheide der Vorinstanz und des Staatsrats sei die Sache an den Staatsrat zurückzuweisen, damit dieser unter Berücksichtigung der einschlägigen Verfahrensvorschriften und der gestellten Eventualanträge neu entscheide. Eventualiter lässt er beantragen,

die Entscheide des Staatsrats und der Vorinstanz betreffend die Entlassung aus wichtigen Gründen seien aufzuheben, und die Universität B. sei zu verpflichten, ihm wegen ungerechtfertigter Entlassung, gestützt auf eine korrekte Berechnung, eine Entschädigung in Höhe von zwölf Monatsgehältern, das Gehalt für die Dauer von sechs Monaten, eine Vergütung für das im Jahr 2011 aufgelaufene Ferienguthaben und für das Überstundenguthaben zum Stundenansatz des um ein Viertel erhöhten Monatsgehalts auszurichten, je samt Funktionszulagen, zuzüglich sozialversicherungsrechtliche Arbeitgeberbeiträge. Weiter seien auf den Funktionszulagen für die gesamte Dauer des Anstellungsverhältnisses die gesetzlich geschuldeten Beiträge der beruflichen Vorsorge auf ein Freizügigkeitskonto, eventuell an ihn selber, zu überweisen. Zudem seien sämtliche Verfahrenskosten der Vorinstanzen der Universität aufzuerlegen, und es sei diese zu verpflichten, ihm für jene Verfahren eine Parteientschädigung auszurichten. Subeventualiter stellt der Beschwerdeführer den Antrag, der vorinstanzliche Entscheid sei aufzuheben, und es sei die Sache zur neuen Entscheidung an die Universität, eventuell an das Kantonsgericht zurückzuweisen.

Aus den Erwägungen:

7.

In der Sache ist strittig, ob die von der Beschwerdegegnerin am 19. Mai 2011 mit sofortiger Wirkung verfügte Entlassung aus wichtigen Gründen in formeller und materieller Hinsicht rechtmässig erfolgte.

7.1 Der Beschwerdeführer war bei der Universität B. beschäftigt. Auf deren Angestellte sind die Bestimmungen des Gesetzes vom 17. Oktober 2001 über das Staatspersonal (StPG; SGF 122.70.1) und des Reglements vom 17. Dezember 2002 über das Staatspersonal (StPR; SGF 122.70.11) anwendbar (Art. 2 Abs. 2 StPG in Verbindung mit Art. 2 lit. a StPR). Im Abschnitt «Ausserordentliche Beendigung des Dienstverhältnisses» hält Art. 44 StPG folgendes fest: Die Anstellungsbehörde kann bei schwerer oder wiederholter Verletzung der Dienstpflichten oder wegen anderen Umständen, unter denen die Fortführung des Arbeitsverhältnisses für sie nach Treu und Glauben nicht mehr zumutbar ist, die Entlassung aus wichtigen Gründen aussprechen (Abs. 1). Die Entlassung aus wichtigen Gründen erfolgt mit sofortiger Wirkung (Abs. 2). Art. 45 StPG regelt das Verfahren. Dieses richtet sich nach Art. 40, doch kann in schwer wiegenden Fällen und wenn die Mitarbeiterin oder der Mitarbeiter die erhobenen Tatbestände eingesteht, die Entlassung nach einem vereinfachten dringlichen Verfahren verfügt werden; der Staatsrat regelt dieses Verfahren (Abs. 1). Wenn es die Umstände erlauben, ergeht eine schriftliche Verwarnung, bevor die Entlassung verfügt wird (Abs. 2). Im Kündigungsverfahren muss der Anspruch der Mitarbeiterin oder des Mitarbeiters auf rechtliches Gehör garantiert sein (Art. 40 Abs. 1 StPG). Das Kündigungsverfahren richtet sich ausserdem nach dem Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege und den Ausfüh-

rungsbestimmungen zum Personalgesetz (Abs. 4). Erweisen sich die Kündigungsgründe als ungerechtfertigt, behält die Mitarbeiterin oder der Mitarbeiter die Funktion bei; bei tatsächlicher Beendigung des Dienstverhältnisses oder wenn eine Wiedereingliederung der Mitarbeiterin oder des Mitarbeiters nicht mehr möglich ist, besteht Anspruch auf eine Entschädigung; deren Höhe beträgt maximal ein Jahresgehalt (Art. 41 StPG). Zum Verfahren bei Entlassung aus wichtigen Gründen hält Art. 32 StPR fest: Das Entlassungsverfahren kann eingeleitet werden, sobald ernst zu nehmende Hinweise für einen Entlassungsgrund vorhanden sind (Abs. 1). Je nach Art des vermuteten Grundes und wenn das Vertrauensverhältnis mit der Mitarbeiterin oder dem Mitarbeiter nicht unwiderruflich gestört ist, stellt die Anstellungsbehörde der betreffenden Mitarbeiterin oder dem betreffenden Mitarbeiter eine schriftliche Verwarnung zu (Abs. 2). Ist der vermutete Grund besonders schwerwiegender Art und stellt er einen unwiderruflichen Bruch des Vertrauensverhältnisses dar, so geht die Anstellungsbehörde gemäss Art. 29 Abs. 4 (mündliche Anhörung, allenfalls Vervollständigung des Dossiers) und 5 (Akteneinsicht und allfällige Stellungnahme) StPR vor (Abs. 3). Ist der Grund nach Abs. 3 von Anfang an erwiesen (z.B. wenn jemand auf frischer Tat ertappt wird) oder gesteht die Mitarbeiterin oder der Mitarbeiter den erhobenen Tatbestand ein, so spricht die Anstellungsbehörde die Entlassung unmittelbar nach Anhören der Mitarbeiterin oder des Mitarbeiters aus (Abs. 4).

7.2.

7.2.1 Der Beschwerdeführer rügt unter Berufung auf Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 40, 41, 44 und 45 StPG sowie Art. 29 und 32 StPR in mehrfacher Hinsicht eine Verletzung des rechtlichen Gehörs.

7.2.2 Der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV) umfasst das Recht des Betroffenen, sich vor Erlass eines in seine Rechtsstellung eingreifenden Aktes zur Sache äussern zu können. Er verlangt von der Behörde, dass sie seine Vorbringen tatsächlich hört, sorgfältig und ernsthaft prüft und in ihrer Entscheidungsfindung angemessen berücksichtigt. Dies gilt für alle form- und fristgerechten Äusserungen, Eingaben und Anträge, die zur Klärung der konkreten Streitfrage geeignet und erforderlich erscheinen (BGE 136 I 184 E. 2.2.1 S. 188; 135 III 670 E. 3.3.1 S. 677).

7.2.3 Der Umfang des Anspruchs auf rechtliches Gehör wird zunächst durch die kantonalen Verfahrensvorschriften umschrieben. Das Bundesgericht prüft deren Auslegung und Anwendung nur unter dem Gesichtswinkel des Willkürverbots. Unabhängig vom kantonalen Recht greifen die aus Art. 29 Abs. 2 BV folgenden Verfahrensregeln zur Sicherung des rechtlichen Gehörs Platz (BGE 134 I 159 E. 2.1.1 S. 161). Ob diese Grundsätze eingehalten wurden, prüft das Bundesgericht mit freier Kognition (BGE 124 I 241 E. 2. S. 242 f.; Urteil 8C_728/2013 vom 22. August 2014 E. 3.1.2).

7.2.4 Im öffentlichen Dienstrecht können auch relativ informelle Äusserungsgelegenheiten vor einer (fristlosen) Kündigung dem verfassungsmässigen Gehörsanspruch genügen, sofern der betroffenen Person klar war, dass sie mit einer solchen Massnahme zu rechnen hatte. Dabei hat die Partei nicht bloss die ihr zur Last gelegten Tatsachen zu kennen, sondern sie muss darüber hinaus auch wissen, dass gegen sie eine Verfügung oder sonst ein Verwaltungsakt mit bestimmter Stossrichtung in Erwägung gezogen wird (erwähntes Urteil 8C_728/2013 E. 3.1.3 mit Hinweis).

7.2.5 Die Vorinstanz hält fest, der Beschwerdeführer sei am 19. Mai 2011 nach Art. 44 StGP in Verbindung mit Art. 32 StPR aus wichtigen Gründen mit sofortiger Wirkung entlassen worden. Vorgängig sei er vom Personaldienst der Universität auf den 18. Mai 2011 zu einer persönlichen Unterredung eingeladen worden. Den Einwand des Beschwerdeführers, er habe nicht gewusst, was Gegenstand der Besprechung sein werde, betrachtet die Vorinstanz als nicht glaubhaft. Weiter hält sie fest, der Beschwerdeführer habe sich zu seinem Schreiben vom 9. Mai 2011 und zu einer möglichen Entlassung aus wichtigem Grund äussern können. Im Anschluss daran habe die Beschwerdegegnerin über genügend Beurteilungsgrundlagen verfügt. Die bereits zuvor in Betracht gezogene fristlose Kündigung sei dem Betroffenen daher bereits am Folgetag eröffnet worden. In diesem Vorgehen erblickt die Vorinstanz keine Verletzung des rechtlichen Gehörs.

7.2.6 Entgegen der Argumentation des Beschwerdeführers wurde dem Anspruch auf rechtliches Gehör mit der Anhörung vom 18. Mai 2011 Genüge getan. Ihm bot sich dabei Gelegenheit, zu der ins Auge gefassten Auflösung des Arbeitsverhältnisses Stellung zu nehmen und allenfalls dagegen sprechende Einwände vorzutragen. Dabei war der zur Kündigung führende Sachverhalt weitestgehend unbestritten, zumal er auf den eigenen Angaben des Beschwerdeführers im an drei Mitglieder des Instituts C. gerichteten Schreiben vom 9. Mai 2011 beruhte. Eine bei der Gewährung des rechtlichen Gehörs formell mangelhafte Vorgehensweise kann der Universitätsverwaltung nicht vorgehalten werden. Insbesondere ist ihr nicht vorzuwerfen, über den Inhalt des geplanten Gesprächs vom 18. Mai 2011 vorgängig nicht ausreichend informiert zu haben. Dieser Verpflichtung ist die Universitätsverwaltung mit dem Hinweis in der E-Mail vom 16. Mai 2011 auf die neuesten Ereignisse im Zusammenhang mit dem Institut nachgekommen. Auf Rückfrage des Beschwerdeführers bestätigte sie noch am Vormittag des 18. Mai 2011 ausdrücklich, dass es um die vom Beschwerdeführer entschiedene Einstellung des Projekts gehe. Auch wenn die Universität die Option einer fristlosen Entlassung nicht ausdrücklich erwähnt haben sollte, konnte der Beschwerdeführer nicht überrascht sein, dass aufgrund seines Schreibens auch eine sofortige Entlassung aus wichtigem Grund in Frage kommen konnte. Immerhin wusste der Beschwerdeführer laut Gesprächsprotokoll um die Wirkung seines Schreibens. Er bestätigte, dass er das Kündigungsverfahren erwarte und sich nicht vorstellen könne, die Tätigkeit entsprechend seinem Arbeitsvertrag weiterzuführen. An einer

wirksamen Interessenwahrung wurde er aufgrund des Vorgehens der Universität jedenfalls nicht gehindert. Die Kurzfristigkeit der anberaumten Anhörung vom 18. Mai 2011 steht der Annahme einer rechtsgenügenden Gehörsverweigerung nicht entgegen. Aus dem pauschalen Hinweis des Beschwerdeführers auf die Verweigerung einer anwaltlichen Verbeiständung und Vertretung lässt sich sodann schon deshalb keine Verletzung des rechtlichen Gehörs ableiten, weil er nicht geltend macht, dass er die Teilnahme seines Rechtsvertreters am Gespräch überhaupt verlangt hat. Dass er der offenbar auf Französisch geführten Unterredung nicht folgen konnte, wird nicht behauptet. Der Beschwerdeführer legt auch nicht dar, was er aus seinem Einwand ableiten will. Insbesondere macht er nicht geltend, er hätte sich nicht in seiner deutschen Muttersprache äussern dürfen. Das rechtliche Gehör ist des Weiteren nur gewährt, wenn die Ausführungen zu Protokoll genommen werden (GABRIELLE STEFFEN, *Le droit d'être entendu du collaborateur de la fonction publique: juste une question de procédure ?*, in: RJN 2005 S. 49 ff. insbes. S. 58; vgl. auch BGE 124 V 391). Dies bedeutet allerdings nicht, dass sämtliche Äusserungen zu protokollieren sind. Das Protokoll kann sich auf die entscheidungswesentlichen Punkte beschränken. Der Beschwerdeführer legt nicht dar, welche entscheidungsrelevanten Aussagen er zusätzlich oder anders gemacht habe. Es erübrigt sich deshalb, näher auf den Inhalt des Protokolls einzugehen. Der Umstand, dass das Protokoll dem Beschwerdeführer nicht zur Unterschrift vorgelegt wurde, macht es nicht untauglich. Die Unterzeichnung des Protokolls war nicht notwendig.

7.2.7 Weshalb dem Beschwerdeführer ein darüber hinaus gehender Anspruch auf rechtliches Gehör zustehen sollte, ist nicht ersichtlich. Nach der Rechtsprechung sind für die Gewährung des rechtlichen Gehörs die Umstände des Einzelfalls massgebend. Wegleitend muss der Gedanke sein, einer Partei zu ermöglichen, ihren Standpunkt wirksam zur Geltung zu bringen (Urteil 8C_158/2009 vom 2. September 2009 E. 5.2, nicht publ. in: BGE 136 I 39). Das Schreiben vom 9. Mai 2011 wurde vom Beschwerdeführer verfasst. Dessen Inhalt stand somit fest. Bei der Besprechung zwischen der Universitätsverwaltung und Vertretern des Instituts C. am Nachmittag des 18. Mai 2011 ging es darum, vor dem definitiven Entscheid auch noch die Argumente der Gegenseite anzuhören. Im Umstand, dass der Beschwerdeführer zu dieser Unterredung nicht eingeladen wurde, liegt keine Verletzung des rechtlichen Gehörs begründet. Es musste ihm zu jenem Zeitpunkt auch nicht von Amtes wegen Einsicht in das Schreiben des Instituts C. an die Universitätsverwaltung vom 16. Mai 2011 gewährt werden, da darin einzig die Sichtweise des Instituts dargelegt wird. Weitere Ermittlungen waren aufgrund des insoweit feststehenden Sachverhalts im Anschluss an die Besprechungen nicht durchzuführen, weshalb auch keine weitere Frist zur Einsicht ins Dossier und zu ergänzenden Stellungnahmen anzusetzen war. Soweit der Beschwerdeführer der Vorinstanz eine rechtsfehlerhafte Sachverhaltsfeststellung und Beweiswürdigung sowie eine willkürliche Anwendung kantonalen Rechts zur Last legt, kann ihm nicht

gefolgt werden. Eine allenfalls unrichtige vorinstanzliche Sachverhaltsfeststellung wäre ohnehin nur dann erheblich, wenn sie für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein könnte. Inwiefern dies zutreffen sollte, vermag der Beschwerdeführer nicht darzutun. Ebenso wenig rügt er eine willkürliche Anwendung kantonalen Rechts. Soweit er seinen weitergehenden Anspruch auf rechtliches Gehör mit der seiner Ansicht nach zu Unrecht erfolgten vorinstanzlichen Bejahung eines wichtigen Grundes für eine fristlose Entlassung begründet, kann er nicht gehört werden. Diese Ansicht ist unzutreffend, wie nachstehend noch aufzuzeigen sein wird (vgl. nachstehend E. 8). Unbehelflich ist nach dem vorstehend Gesagten auch das Vorbringen, eine korrekte Anhörung hätte ohne Weiteres ergeben, dass die Voraussetzungen für eine fristlose Entlassung nicht erfüllt seien und das fragliche Schreiben keinen wichtigen Kündigungsgrund darstelle.

7.2.8 Dem Einwand, die fristlose Entlassung sei im Zeitpunkt der Anhörung am Vormittag des 18. Mai 2011 bereits definitiv und unwiderprüflich beschlossen gewesen, kann nicht gefolgt werden. Es gibt keine Hinweise darauf, dass die Universitätsverwaltung zur fristlosen Entlassung schon vor der Anhörung und unabhängig von der Stellungnahme des Beschwerdeführers entschlossen war. Aus dem Schreiben des Instituts C. an den Personaldienst der Universität vom 16. Mai 2011, in welchem dieses der Anstellungsbehörde unter anderem die fristlose Entlassung des Beschwerdeführers nahelegt, lässt sich jedenfalls nicht auf eine vorgefasste Meinung der Arbeitgeberseite schliessen. Dies ist auch deshalb nicht anzunehmen, weil die Vertreter des Instituts C. im Anschluss an die Besprechung mit dem Beschwerdeführer ebenfalls angehört wurden. Es besteht kein Anlass zur Annahme, für die Universitätsverwaltung habe der Entschluss zur fristlosen Entlassung bereits vorher festgestanden. Davon, dass es sich bei der Gewährung des rechtlichen Gehörs um eine «reine Farce» gehandelt hätte, kann unter den gegebenen Umständen nicht ausgegangen werden.

7.2.9 Die Begründung eines gerichtlichen Entscheids muss so abgefasst sein, dass der Betroffene diesen gegebenenfalls anfechten kann. Sie muss kurz die wesentlichen Überlegungen nennen, von denen sich das Gericht hat leiten lassen und auf die sich sein Entscheid stützt. Nicht erforderlich ist, dass sich der Entscheid mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzt und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegt (vgl. BGE 133 III 439 E. 3.3 S. 445 mit Hinweisen). Nach den zutreffenden Feststellungen der Vorinstanz entspricht der Entscheid des Staatsrates dieser Anforderung. Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs wurde daher zu Recht verneint. Auch eine Verletzung der Begründungspflicht durch das kantonale Gericht ist nicht ersichtlich. Der Beschwerdeführer war durchaus in der Lage, den vorinstanzlichen Entscheid sachgerecht anzufechten.

7.2.10 Insgesamt liegen keine Umstände vor, die eine Verletzung des rechtlichen Gehörs durch die Beschwerdegegnerin und die Vorinstanzen zu begründen vermöchten. Die Beschwerde ist daher in diesem Punkt abzuweisen.

8.

Zu beurteilen bleibt, ob das Verhalten des Beschwerdeführers dessen sofortige Entlassung aus wichtigem Grund zu rechtfertigen vermochte. Dieser bestreitet, dass die Voraussetzungen für eine fristlose Kündigung des Arbeitsverhältnisses erfüllt waren.

8.1 Die fristlose Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber ist – unabhängig von den Gründen, welche zur entsprechenden Situation geführt haben – immer dann möglich, wenn dem Arbeitgeber eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nach Treu und Glauben nicht mehr zugemutet werden kann (vgl. Art. 44 Abs. 1 StPG). Nur besonders schweres Fehlverhalten rechtfertigt die fristlose Entlassung. Dieses liegt etwa dann vor, wenn durch die Weiterbeschäftigung eines Mitarbeiters die öffentlichen Interessen, namentlich das Vertrauen in das Funktionieren der Verwaltung, in Frage gestellt würde (Urteile 2A.656/2006 vom 15. Oktober 2007 E. 5.1; 2A.495/2006 vom 30. April 2007 E. 2). In diesem Sinne hält Art. 56 StPG fest, dass die Mitarbeiter ihre Arbeit sorgfältig, beruflich kompetent und loyal zu ihrem Arbeitgeber ausführen. Sie verpflichten sich, durch die Qualität ihrer Leistungen den Interessen des Staates und des öffentlichen Dienstes zu dienen (Abs. 1). Sie erweisen sich mit ihrem Verhalten des Ansehens und Vertrauens würdig, die mit ihrer Funktion im öffentlichen Dienst verbunden sind (Abs. 3).

8.2 Die Vorinstanz hat erwogen, der Beschwerdeführer habe in dem an Vertreter der Auftraggeber des Projekts adressierten Brief vom 9. Mai 2011 das Projekt eigenmächtig eingestellt, ohne vorgängig Rücksprache mit seinen Vorgesetzten zu nehmen und deren Zustimmung einzuholen. Damit habe er seine Treuepflicht gegenüber der Direktion des Instituts C. und der Universität in schwerwiegender Weise verletzt. Da die Arbeitgeberin dieses illoyale Verhalten gemäss kantonalem Gericht nicht hinnehmen musste, lässt es im angefochtenen Entscheid offen, ob die Aussage des Beschwerdeführers im genannten Schreiben, er werde nunmehr die Kündigung abwarten und sich zwischenzeitlich um seine eigenen Angelegenheiten kümmern, als Arbeitsverweigerung zu qualifizieren sei. Letzteres wurde vom Beschwerdeführer im Nachhinein bestritten. Weiter nimmt die Vorinstanz an, dieser habe seine Arbeitgeberin in schwerwiegender Weise brüskiert, indem er seine Auseinandersetzung mit der Direktion des Instituts C. nach aussen getragen habe. Bei diesen Gegebenheiten ist gemäss angefochtenem Entscheid die fristlose Entlassung nicht zu beanstanden. Da die Vorkommnisse das Vertrauensverhältnis derart erschüttert haben, dass eine Fortsetzung des Dienstverhältnisses unzumutbar wurde, erweist sich die Massnahme laut Vorinstanz zudem als verhältnismässig und angemessen. Zu dieser Auffassung gelangt sie insbesondere auch mit Blick auf die

mit der Funktion des Beschwerdeführers verbundenen hohen Anforderungen an Verhalten, Vertrauenswürdigkeit und Zuverlässigkeit. Diese seien in gravierender Weise verletzt worden. Die fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses erscheint laut Vorinstanz demnach als einzig logische Reaktion auf das Verhalten des Beschwerdeführers.

8.3.

8.3.1 Der Beschwerdeführer rügt, die vorinstanzlichen Erwägungen beruhten auf einer willkürlichen Sachverhaltsfeststellung und verletzen den in der Bundesverfassung (Art. 5, 8 und 9 BV) und der kantonalen Gesetzgebung (Art. 40, 41, 44 und 45 StPG; Art. 29 und 32 StPR) verankerten Grundsatz, wonach der Staat, auch in seiner Rolle als Arbeitgeber, an die allgemeinen Grundsätze staatlichen Handelns (Gesetzmassigkeit, Rechtsgleichheit, öffentliches Interesse, Verhältnismässigkeit, Treu und Glauben, Willkürverbot) gebunden ist und eine fristlose Entlassung in pflichtgemässer Ermessensausübung nur beim Vorliegen eines derart wichtigen Grundes aussprechen darf, unter dem die Fortführung des Dienstverhältnisses für die Anstellungsbehörde (und nicht etwa die vorgesetzten Personen) nach Treu und Glauben unter keinen Umständen auch nur einen Tag länger zumutbar ist.

8.3.2 Unter der Überschrift «Fristlose Entlassung des Beschwerdeführers» legt der Beschwerdeführer über mehrere Seiten den Sachverhalt aus seiner Sicht dar. Er erkennt eine Verletzung des Willkürverbots zunächst in der vorinstanzlichen Feststellung, wonach die Universität aufgrund des Schreibens vom 9. Mai 2011 vor vollendete Tatsachen gestellt und vor externen Personen blossgestellt worden sei und in der daraus gezogenen Schlussfolgerung eines erheblichen Vertrauensbruchs. Inwiefern die vorinstanzliche Sachverhaltsermittlung als offensichtlich unrichtig zu beurteilen wäre oder sich das kantonale Gericht von sachfremden Überlegungen hätte leiten lassen, ist nicht zu sehen. Aufgrund der Wortwahl im Schreiben vom 9. Mai 2011 («ich muss Sie darüber orientieren, dass das Projekt eingestellt worden ist») ... «ich meinerseits werde auf das offensichtlich bereits geplante Kündigungsverfahren seitens des Instituts C. warten und die verbleibende Zeit nutzen, um mich beruflich neu zu orientieren und mich meinem Habilitationsprojekt zu widmen») konnte die Universitätsverwaltung nach der willkürfreien Darstellung der Vorinstanz davon ausgehen, der Beschwerdeführer stelle sich für das Projekt nicht mehr zur Verfügung. Wenn der Arbeitnehmer zudem erklärt, er werde sich stattdessen seinen eigenen Interessen widmen, wiegt die Erklärung umso schwerer. Indem die Vorinstanz die Mitteilung, das Projekt sei eingestellt worden und dessen Fortführung nicht mehr gesichert, als schwerwiegende Loyalitätsverletzung gegenüber der Arbeitgeberin betrachtet, ist dies weder willkürlich, noch brauchte es dafür eine eingehendere Begründung. Wird die Arbeit am Projekt nicht fortgesetzt, besteht auch kein Grund, das Arbeitsverhältnis fortzuführen. Aus Sicht der Arbeitgeberin war eine Weiterbeschäftigung des Beschwerdeführers somit keine Option mehr, zumal die Projektverantwort-

tung Grundlage der Anstellung bildete. Nichts zu ändern vermag es, wenn der Beschwerdeführer sein Vorgehen nachträglich mit dem Hinweis zu rechtfertigen versucht, er habe lediglich in Nachachtung seiner Treuepflicht die Institutsmitglieder auf Missstände hinweisen und den Institutsrat zu einem Eingreifen veranlassen wollen, um das Projekt zu retten. Der Einwand erweist sich als umso unbehelflicher, als der Beschwerdeführer selber angibt, den angeschriebenen Personen seien die das Institut betreffenden Vorgänge schon vorher bekannt gewesen. Es war nicht seine Aufgabe, diese mit drastischen Ankündigungen zu einem Einschreiten zu zwingen. Wenn der Beschwerdeführer zudem nachträglich angibt, er habe das Projekt gar nicht eingestellt, sondern seine Pflichten jederzeit vollumfänglich erfüllt, erstaunt seine briefliche Erklärung umso mehr, als sie somit offenbar gar nicht der Wahrheit entsprach, sondern quasi als Druckmittel verwendet wurde, um die Verantwortlichen des Instituts zu einem bestimmten Handeln zu veranlassen. Treuepflicht bedeutet, dass der Staatsangestellte bei der Erfüllung seiner Aufgaben über die eigentliche Arbeitsleistung hinaus die Interessen des Gemeinwesens wahrt. Sie bezweckt, die Funktionstüchtigkeit der öffentlichen Verwaltung zu sichern, indem das Vertrauen der Öffentlichkeit in den Staat nicht untergraben wird (BGE 136 I 332 E. 3.2.1 S. 335 mit Hinweisen). Diesen Grundsatz hat der Beschwerdeführer mit seinem Vorgehen grob verletzt und damit die Vertrauensbasis gegenüber dem Arbeitgeber so tief greifend erschüttert, dass diesem die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zuzumuten war.

8.3.3 Weiter bringt der Beschwerdeführer vor, die Vorinstanz habe den Sachverhalt insofern willkürlich dargestellt, als sie in seinem Schreiben eine Arbeitsverweigerung erblickt habe. Zur Begründung hält er fest, eine Arbeitsverweigerung könne sich nicht im Verfassen eines Briefes äussern, sondern lediglich im Nichtbeachten von Weisungen oder in der Nichterfüllung von Pflichten oder Aufgaben. Nach dem Verfassen des Briefes habe er sein Pflichtenheft weiterhin erfüllt, so dass der einwandfreie Betrieb des Projekts jederzeit gewährleistet gewesen sei. Damit macht der Beschwerdeführer geltend, faktisch habe nie eine Arbeitsverweigerung vorgelegen. Die Vorinstanz hält zwar fest, das Schreiben vom 9. Mai 2011 sei unmissverständlich als Arbeitsverweigerung aufzufassen. Letztlich lässt sie jedoch offen, ob die Direktion des Instituts C. die beschwerdeführerische Aussage, er werde nunmehr die Kündigung abwarten und sich zwischenzeitlich um seine eigenen Angelegenheiten kümmern, als Arbeitsverweigerung habe qualifizieren dürfen. Das Vertrauen in den Beschwerdeführer war aufgrund einer Gesamtbetrachtung des Schreibens unwiederbringlich zerstört (vgl. E. 8.3.2 hievor). Ob darüber hinaus auch tatsächlich eine Arbeitsverweigerung vorlag, ist für den Ausgang des Verfahrens daher nicht entscheidend. Auf diesen Punkt ist somit nicht weiter einzugehen.

8.3.4 Der Beschwerdeführer rügt überdies, die fristlose Entlassung verletzte den Grundsatz der Verhältnismässigkeit. Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit ist im gesamten Verwaltungsrecht bei der Rechtsetzung

und bei der Rechtsanwendung zu beachten. Er setzt voraus, dass die Massnahme das geeignete Mittel zur Erreichung des angestrebten Zieles ist, dass der Eingriff nicht über das hinausgeht, was zur Erreichung des Zweckes erforderlich ist, und dass zwischen Ziel und Mitteln ein vernünftiges Verhältnis besteht (BGE 135 I 176 E. 8.1 S. 186; 134 I 214 E. 5.7 S. 218, 221 E. 3.3 S. 227; 131 V 107 E. 3.4.1 S. 113). Das Bundesgericht schreitet wegen Verletzung des Verhältnismässigkeitsgebots ausserhalb von Grundrechtseingriffen (Art. 36 Abs. 3 BV) praxisgemäss nur dann ein, wenn die kantonale Anordnung offensichtlich unverhältnismässig ist und damit gleichzeitig gegen das Willkürverbot verstösst (BGE 134 I 153 E. 4.3 S. 158). Die Vorinstanz hat die Verhältnismässigkeit der fristlosen Entlassung geprüft und aufgrund des zerrütteten Vertrauensverhältnisses mit Recht bejaht. Dabei darf berücksichtigt werden, dass vom Beschwerdeführer aufgrund seiner Stellung nicht nur ein gutes Funktionieren des Projekts, sondern auch ein loyales Verhalten gegenüber seinem Arbeitgeber verlangt werden durfte.

8.4 Zusammenfassend ist der vorinstanzliche Entscheid bundesrechtskonform. Insbesondere ist nicht ersichtlich, dass das kantonale Gericht willkürlich, ohne jegliche sachlich vertretbare Gründe, einen fristlosen Kündigungsgrund im Sinne von Art. 44 StPG bejaht hätte. Es erübrigen sich deshalb Ausführungen zur geltend gemachten Lohnzahlung und Entschädigung.

Bundesgericht, Urteil vom 16. Dezember 2014, Doss.-Nr. 8C_631/2014 (Bestätigung des Entscheids des Verwaltungsgerichts des Kantons Solothurn vom 28. Juli 2014)

Die Kündigung ist sachlich gerechtfertigt, wenn die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses dem öffentlichen Interesse an einer funktionierenden Verwaltung widerspricht und die Entlassung verhältnismässig ist. I.c. liegen detaillierte Einschätzungen der beruflichen Leistungen vor, die dokumentieren, dass die Arbeit der Arbeitnehmerin dem vom Amt geforderten Qualitätsstandard nicht entsprach, womit eine Weiterführung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zumutbar war. Wird ein Arbeitnehmer unter Androhung einer allfälligen Kündigung zur Einhaltung von Pflichten ermahnt, liegt kein Mobbing vor (E. 4.2.3).

Sachverhalt:

A. war seit dem 17. September 2001 als Sachbearbeiterin für das Amt C. der Amtschreiberei D. tätig. Nachdem im Beurteilungs- und Entwicklungsgespräch (BEG) für die Beurteilungsperiode 2011/2012 vom 2. Mai 2012 Arbeitsleistung und -verhalten als genügend und das soziale Verhalten als knapp genügend beurteilt worden waren, fand am 14. August 2012

ein Führungsgespräch mit E., damals stellvertretende Abteilungsleiterin im Amt C., statt, wobei A. nach einer Eskalation des Gesprächs das Büro verliess und nach Hause ging. Anlässlich eines weiteren Führungsgesprächs am 20. September 2012 eröffnete E. ihr, dass ihre Leistungen ungenügend seien, und definierte insgesamt 25 Ergebnisse und Vereinbarungen zur Verbesserung. Als Frist für die Verbesserungsmöglichkeit wurde der 31. Dezember 2012 festgesetzt und als allfällige Konsequenz bei Nichteinhalten die Einleitung eines Verfahrens auf Auflösung des Arbeitsverhältnisses nach § 43 des Gesamtarbeitsvertrags vom 25. Oktober 2004 zwischen dem Kanton Solothurn und dem Solothurnischen Staatspersonal-Verband, dem Verband Lehrerinnen und Lehrer Solothurn, dem Schweizerischen Verband des Personals der öffentlichen Dienste, dem Verband Schweizerischer Assistenz- und Oberärztinnen und -ärzte, Sektion Solothurn, und dem Schweizer Berufsverband der Pflegefachfrauen und Pflegefachmänner, Sektion Aargau/Solothurn (GAV; BGS 126.3) angedroht. Nachdem die Bewährungsfrist bis Ende März 2013 verlängert worden war, wurden anlässlich des Beurteilungsgesprächs vom 11. April 2013 für die Bewährungszeit vom 1. Oktober 2012 bis 31. März 2013 sowohl Arbeitsleistung und -verhalten als auch das soziale Verhalten als ungenügend beurteilt. Die Amtschreiberei D. beantragte dem Personalamt gleichentags die Freistellung von A. ab 17. April 2013 zum Schutz der Amtsstelle, des Arbeitsteams, der Vorgesetzten und der Kundschaft. Das Personalamt verfügte am 17. April 2013 die sofortige Freistellung unter Weiterausrichtung des Lohnes und gab A. Gelegenheit, bis am 24. April 2013 dazu Stellung zu nehmen. Ebenfalls am 17. April 2013 beantragte die Amtschreiberei D. dem Personalamt die Auflösung des Arbeitsverhältnisses mit A. aus wichtigen Gründen. Nachdem A. Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben worden war, verfügte das Personalamt am 6. Juni 2013, das Arbeitsverhältnis werde unter Beachtung einer dreimonatigen Kündigungsfrist auf den 30. September 2013 aufgelöst.

Der Regierungsrat des Kantons Solothurn wies die Beschwerde der A. gegen die Freistellungsverfügung vom 17. April 2013 und gegen die ordentliche Kündigung vom 6. Juni 2013 ab mit der Feststellung, die Mitarbeiterin habe sich im Zusammenhang mit der Freistellung weder ein strafrechtlich relevantes Verhalten noch eine schwere Verletzung einer Dienstpflicht zuschulden kommen lassen, und das ordentliche Anstellungsverhältnis mit ihr habe am 31. Oktober 2013 geendet (Beschluss vom 17. Dezember 2013). A. liess dagegen Beschwerde erheben mit den Anträgen, die Kündigung sei ex tunc aufzuheben; eventualiter sei festzustellen, dass die Kündigung rechtsmissbräuchlich sei und es sei ihr eine Entschädigung in der Höhe eines Jahreslohnes auszubezahlen; es sei festzustellen, dass die Freistellung rechtsmissbräuchlich sei und dafür sei ihr eine angemessene Entschädigung auszubezahlen; zudem sei die Freistellung ab sofort aufzuheben. Nachdem das Verwaltungsgericht des Kantons Solothurn der Beschwerde mit präsidialer Verfügung vom 17. Januar 2014 die auf-

schiebende Wirkung verweigert und am 3. April 2014 mit den Parteien eine Instruktionsverhandlung durchgeführt hatte, wies es die Beschwerde ab (Entscheid vom 28. Juli 2014). Mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten lässt A. beantragen, die vom Personalamt angeordnete Auflösung des Arbeitsverhältnisses sei aufzuheben mit der Feststellung, dass das Arbeitsverhältnis mit dem Kanton Solothurn weiter bestehe; eventualiter sei die Sache an das Verwaltungsgericht zurückzuweisen mit der Anweisung, es seien mindestens zwei Notare (F, G. und eventualiter H.) als Zeugen einzuvernehmen.

Aus den Erwägungen:

3.

3.1 Streitgegenstand bildet letztinstanzlich die Frage, ob die Auflösung des Arbeitsverhältnisses auf den 31. Oktober 2013 durch Kündigung rechtens ist. Die am 17. April 2013 erfolgte Freistellung der Beschwerdeführerin gehörte hingegen bereits vorinstanzlich nicht mehr zum Prozessthema, weil sie durch die am 6. Juni 2013 vom Personalamt verfügte Kündigung abgelöst wurde. Soweit sich die Beschwerdeführerin – ohne konkreten Antrag – gegen die Freistellungsverfügung wendet, kann somit darauf nicht eingetreten werden.

3.2 Gemäss § 42 Abs. 3 GAV (der im Übrigen mit § 27 Abs. 3 des Gesetzes über das Staatspersonal des Kantons Solothurn vom 27. September 1992 [StPG; BGS 126.1] übereinstimmt) kann die Anstellungsbehörde das Arbeitsverhältnis nach Ablauf der Probezeit kündigen, wenn wesentliche Gründe diesen Schritt rechtfertigen. Wesentliche Gründe liegen namentlich vor, wenn der oder die Angestellte wegen mangelnder Eignung (Fach-, Führungs- oder Sozialkompetenz) nicht in der Lage ist, seine oder ihre Aufgaben zu erfüllen oder wenn er oder sie ungenügende Leistungen erbringt oder sein oder ihr Verhalten zu berechtigten Klagen Anlass gibt (§ 42 Abs. 4 lit. b GAV).

4.

4.1 Das kantonale Gericht stellte fest, dass die Arbeitsleistung der Beschwerdeführerin über eine längere Zeitdauer mit grossem Aufwand und einer beinahe unglaublichen Akribie überprüft und dokumentiert worden sei. Aus den Beobachtungen ergebe sich ohne jeglichen Zweifel, dass die Arbeitsleistung qualitativ und quantitativ ungenügend gewesen sei. Beispielsweise sei beim Erstellen von Verträgen zwischen dem 1. Oktober 2012 und dem 28. März 2013 eine Quote von 50% (2012), bzw. 42% (2013) beanstandeter Verträge festgestellt worden. Die Kostenrechnungen seien mit 26%, bzw. 20% mit einem nicht tolerierbaren Fehleranteil behaftet. Gerade in einem kleinen Team, in dem die Aufgaben aufgeteilt seien, sei es wichtig, dass die einzelnen Mitarbeiter nicht derart fehlerhaft arbeiteten und so viel Kontrolle benötigten. Gemäss Auflistung «Einhaltung Zielvereinbarungen/Ergebnisprotokoll» sei es der Beschwerdeführerin zudem

zwischen dem 6. Februar und dem 27. März 2013 nicht gelungen, ihre Leistungen so zu verbessern, dass die Ziele auch nur annähernd erreicht worden wären und es der Arbeitgeberin hätte zugemutet werden können, das Arbeitsverhältnis weiterzuführen. Ob darüber hinaus auch das soziale Verhalten ungenügend gewesen sei und für sich allein für eine Kündigung im Sinne von § 42 Abs. 3 lit. b GAV ausgereicht hätte, müsse bei diesem Ergebnis nicht beantwortet werden.

4.2.

4.2.1 Die Beschwerdeführerin rügt eine Verletzung des rechtlichen Gehörs, weil ihr vor der Kündigung vom 6. Juni 2013 keine umfassende Akteneinsicht gewährt worden sei. Es sei ihr durch die am 17. April 2013 verfügte und sogleich vollzogene Freistellung und der behördlicherseits erfolgten Anonymisierung der ihr zur Last gelegten Vorhalte verunmöglicht worden, ihren Standpunkt vor Erlass der formellen Kündigung wirksam zur Geltung zu bringen.

4.2.1.1 Der Umfang des Anspruchs auf rechtliches Gehör wird zunächst durch die kantonalen Verfahrensvorschriften umschrieben, deren Auslegung und Anwendung das Bundesgericht nur unter dem Gesichtswinkel des Willkürverbotes prüft. Unabhängig vom kantonalen Recht greifen die aus Art. 29 Abs. 2 BV folgenden Verfahrensregeln zur Sicherung des rechtlichen Gehörs Platz (BGE 134 I 159 E. 2.1.1 S. 161). Ob diese Grundsätze eingehalten wurden, prüft das Bundesgericht mit freier Kognition (BGE 124 I 241 E. 2 S. 242 f. mit Hinweisen). Dass sich aus dem kantonalen Recht ein weitergehender Gehörsanspruch als aus Art. 29 Abs. 2 BV ergeben würde, wird nicht behauptet und ist auch nicht ersichtlich.

Gemäss Art. 29 Abs. 2 BV haben die Parteien in Verfahren vor Gerichts- und Verwaltungsinstanzen Anspruch auf rechtliches Gehör. Das rechtliche Gehör dient einerseits der Sachaufklärung, andererseits stellt es ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht beim Erlass eines Entscheides dar, welcher in die Rechtsstellung des Einzelnen eingreift. Dazu gehört insbesondere das Recht des Betroffenen, sich vor Erlass des Entscheides zur Sache zu äussern, Einsicht in die Akten zu nehmen und an der Erhebung wesentlicher Beweise entweder mitzuwirken oder sich zumindest zum Beweisergebnis zu äussern, wenn dieses geeignet ist, den Entscheid zu beeinflussen. Der Anspruch auf rechtliches Gehör umfasst als Mitwirkungsrecht somit alle Befugnisse, die einer Partei einzuräumen sind, damit sie in einem Verfahren ihren Standpunkt wirksam zur Geltung bringen kann (nicht publizierte Erwägung 5.2 des Urteils BGE 136 I 39, BGE 132 II 485 E. 3.2 S. 494; 129 II 497 E. 2.2 S. 504 f., je mit Hinweisen). Aus Inhalt und Funktion des Akteneinsichtsrechts als Teil des Anspruchs auf rechtliches Gehör folgt nach der Rechtsprechung, dass grundsätzlich sämtliche beweiserheblichen Akten den Beteiligten gezeigt werden müssen, sofern in der sie unmittelbar betreffenden Verfügung darauf abgestellt wird. Denn es gehört zum Kerngehalt des rechtlichen Gehörs, dass der Verfügungsadressat vor Erlass eines für ihn nachteiligen Verwaltungsaktes

zum Beweisergebnis Stellung nehmen kann. Das Akteneinsichtsrecht ist somit eng mit dem Äusserungsrecht verbunden, gleichsam dessen Vorbedingung. Der Betroffene kann sich nur dann wirksam zur Sache äussern und geeignete Beweise führen oder bezeichnen, wenn ihm die Möglichkeit eingeräumt wird, die Unterlagen einzusehen, auf welche sich die Behörde bei ihrer Verfügung gestützt hat. Das Akteneinsichtsrecht bezieht sich somit auf sämtliche verfahrensbezogenen Akten, die geeignet sind, Grundlage des Entscheids zu bilden (BGE 132 V 387 E. 3.1 und 3.2 S. 388 f.).

4.2.1.2 Entgegen der Behauptung der Beschwerdeführerin lässt es das kantonale Gericht offen, ob das Personalamt das rechtliche Gehör durch die anfängliche Vorlage der von der ehemaligen Mitarbeiterin bearbeiteten Geschäfte in anonymisierter Form überhaupt verletzt worden ist. Es gibt lediglich an, dass eine «allfällige Verletzung des rechtlichen Gehörs» durch die spätere Offenlegung der Originalunterlagen geheilt worden sei. Es kann in der Tat offen bleiben, ob die anfängliche Anonymisierung die Einsichtsrechte der Beschwerdeführerin derart tangierten, dass von einer Verletzung des rechtlichen Gehörs auszugehen wäre, und ob diese in den vorinstanzlichen Verfahren nicht ohnehin als geheilt gelten müsste. Soweit die Beschwerdeführerin vorbringt, durch das Unkenntlichmachen von Passagen in ihren Arbeitsunterlagen habe nicht geprüft werden können, ob diese tatsächlich von ihr erstellt worden seien, und sie habe nicht darlegen können, unter welchen Umständen es zu den angeblichen Fehlern und Zeitverzögerungen gekommen sei, kann sie daraus im bundesgerichtlichen Verfahren nichts zu ihren Gunsten ableiten. Denn sie kann keinen einzigen konkreten und erheblichen Nutzen benennen, den ihr die spätere Offenlegung der einzelnen Geschäftsnummern gebracht hätte. Es lässt sich kein Nachteil erhärten, der ihr durch die anfängliche Anonymisierung entstanden wäre. Nachdem das Personalamt der Beschwerdeführerin am 22. April 2013 Gelegenheit gegeben hatte, sich zum Antrag der Amtschreiberei auf Auflösung des Anstellungsverhältnisses zu äussern, nahm der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin am 2. Mai 2013 dazu Stellung. Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses datiert vom 6. Juni 2013. Im Gegensatz zum Sachverhalt, wie er dem Urteil 8C_395/2009 vom 10. November 2009 zugrunde gelegen hat und auf welches sich die Beschwerdeführerin letztinstanzlich beruft, wurde die formelle Kündigung vorliegend somit erst nach Kenntnisnahme der gesamten entscheiderelevanten Sachlage und mithin auch nach Anhörung der betroffenen Person ausgesprochen. Hervorzuheben ist, dass es sich bei den (anfänglich) anonymisierten Akten um Kopien der eigenen Arbeitsunterlagen der Beschwerdeführerin handelte. Für ihren Einwand, es könnte sich auch um fremde Geschäfte handeln, konnte sie keine Anhaltspunkte liefern (und an dieser Vermutung hielt sie nach Offenlegung sämtlicher Daten auch nicht fest). Der Umstand, dass ihr die Akten vor der Eröffnung der Kündigung nur in anonymisierter Form vorlagen, hinderte die Beschwerdeführerin nicht, ihren Standpunkt wirksam zur Geltung zu bringen. Durch die spätere Offenlegung der Geschäftsnummern

und der Kundennamen wurden ihr keine weiteren, entscheidenden Vorbringen gegen die Kündigung ermöglicht, da ja die Beurteilung ihrer Arbeitsleistung im Fokus stand, zu welcher sich sowohl die Behörde als auch die Beschwerdeführerin unabhängig von Kundennamen und Geschäftsnummern äussern konnten.

4.2.2 Nachdem im Führungsgespräch zwischen der stellvertretenden Abteilungsleiterin des Amtes C. und der Beschwerdeführerin vom 20. September 2012 eine Bewährungsfrist bis Ende 2012 unter Androhung der Einleitung eines Verfahrens auf Auflösung des Arbeitsverhältnisses bei Nichteinhaltung der festgelegten Massnahmen vorgesehen worden war, wurde diese Frist in einem späteren Zeitpunkt auf Ende März 2013 verlängert. Die Beschwerdeführerin macht geltend, mit diesem Vorgehen sei § 43 Abs. 1 GAV, wonach dem Betroffenen im Anschluss an ein Mitarbeiterbeurteilungsgespräch (MAB) schriftlich eine angemessene Bewährungsfrist einzuräumen sei, verletzt worden.

Es ist unbestritten, dass mit der Beschwerdeführerin regelmässig MAB bzw. Beurteilungs- und Entwicklungsgespräche (BEG) durchgeführt worden waren. Die Annahme der Vorinstanz, wonach eine Bewährungsfrist nicht nur im Rahmen eines solchen förmlichen Mitarbeiterbeurteilungsgesprächs, sondern auch anlässlich eines später stattfindenden Führungsgesprächs angesetzt werden könne, beruht nicht auf willkürlicher Gesetzesanwendung (...). Dabei ist insbesondere zu berücksichtigen, dass das letzte BEG am 2. Mai 2012 abgehalten worden war und die Beschwerdeführerin das vorherige Führungsgespräch mit der Vorgesetzten vom 14. August 2012 nach einer Eskalation durch Verlassen der Büroräumlichkeiten abgebrochen hatte.

4.2.3 Soweit die Beschwerdeführerin die unterbliebene Zeugenbefragung rügt, ist sie darauf hinzuweisen, dass der Anspruch auf rechtliches Gehör durch den Verzicht auf die Abnahme von weiteren Beweisen nicht verletzt wird, wenn sich das Gericht aufgrund der bereits erhobenen Beweise seine Überzeugung gebildet hat und ohne Willkür in vorweggenommener Beweiswürdigung annehmen kann, dass die abgelehnten Beweisanträge nichts an seiner Überzeugung zu ändern vermögen (BGE 136 I 229 E. 5.3 S. 236; 134 I 140 E. 5.3 S. 148; je mit Hinweisen). Das kantonale Gericht hielt fest, dass von einer zusätzlichen Einvernahme der beantragten Personen nichts Neues zu erwarten sei und die Akten bezüglich Arbeitsleistung und Verhalten der Beschwerdeführerin sehr umfangreich und aussagekräftig seien. Entgegen dem Vorbringen der Beschwerdeführerin erschöpft sich die vorinstanzliche Begründung allerdings nicht in diesem Hinweis. Im Fokus stand auch im Verfahren vor dem kantonalen Gericht die Frage, ob die Qualität der Arbeitsleistungen in der letzten Zeit zu einer Auflösung des Arbeitsverhältnisses Anlass boten. In den Akten sind die Arbeits- und die Fehlleistungen der Beschwerdeführerin über eine längere Zeitdauer dokumentiert. Die Vorinstanz konnte sich zur Beurteilung auf diese Unterlagen abstützen. Im angefochtenen Entscheid werden die ein-

zelen Beweise gewürdigt und es wird festgestellt, die Beschwerdeführerin habe ohne jeglichen Zweifel qualitativ wie auch quantitativ ungenügende Leistungen erbracht. Das kantonale Gericht durfte mit Blick auf die umfassende Aktenlage ohne Verletzung von Bundesrecht in zulässiger antizipierter Beweiswürdigung auf weitere Beweismassnahmen, so namentlich auf die Einvernahme von Zeugen zur Frage der Einschätzung der Arbeitsleistungen verzichten. Soweit die Beschwerdeführerin sich durch die Zeugenbefragungen eine Klärung bezüglich ihrer Sozialkompetenz erhoffte, ist ihr entgegenzuhalten, dass auch eine positive Einschätzung ihres sozialen Verhaltens nichts an der Zulässigkeit der Kündigung geändert hätte. Denn als Grundsatz gilt, dass eine Kündigung sachlich gerechtfertigt ist, wenn die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses dem öffentlichen Interesse an einer funktionierenden Verwaltung widerspricht und die Entlassung verhältnismässig ist. Das kantonale Gericht weist darauf hin, dass von einer Sachbearbeiterin im Amt C. in hohem Masse saubere, genaue und korrekte Arbeit gefragt sei. Die Beschwerdeführerin vermag nicht substantiiert zu bestreiten, dass ihre Fehlerquote in ihrer alltäglichen Arbeit sehr hoch war und ihre Vorgesetzten mit der Kontrolle der von ihr erstellten Verträge und Kostenrechnungen ausserordentlich gefordert waren. Es liegen detaillierte Einschätzungen der beruflichen Leistungen vor, die dokumentieren, dass die Arbeit der Beschwerdeführerin dem vom Amt geforderten Qualitätsstandard nicht entsprach. Hierauf durfte die Vorinstanz willkürfrei abstellen. Sie legte die wesentlichen Gesichtspunkte für ihren Entscheid dar und kam damit ihrer Begründungspflicht nach. Mit ihrer Feststellung, wonach unter diesen Umständen eine Weiterführung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zumutbar gewesen sei, hat sie weder Bundesrecht verletzt noch kantonales Recht willkürlich angewendet. Daran vermag der Einwand der Beschwerdeführerin, eine andere Mitarbeiterin habe bezüglich der «Wartezeiten» (also bei der Frage, wie speditiv die Arbeiten erledigt werden) vom 1. Oktober 2012 bis 8. März 2013 nahezu identische Werte erzielt, nichts zu ändern. Soweit sie geltend macht, sie habe das Verhalten vom Gruppenleiter und von einer Notarin als Mobbing empfunden, ist ihr entgegenzuhalten, dass kein Mobbing vorliegt, wenn eine Arbeitnehmerin oder ein Arbeitnehmer unter Androhung einer allfälligen Kündigung zur Einhaltung von Pflichten ermahnt wird.

*Bundesgericht, Urteil vom 17. Dezember 2014, Doss.-Nr. 4A_526/2014
(Bestätigung des Entscheids des Versicherungsgerichts des Kantons
St. Gallen vom 9. Juli 2014)*

Einzel-Taggeldversicherung; vertrauensärztliche Untersuchung; angepasste Tätigkeit. Die Beweiswürdigung der Vorinstanz erweist sich als nicht willkürlich, wenn sie auf die echtzeitlichen Atteste des behan-

delnden Arztes abstellt und nicht auf das im Zuge des Übertritts der gekündigten Arbeitnehmerin in die Einzel-Taggeldversicherung vom Vertrauensarzt erstellte Gutachten. Die Vorinstanz hielt eine Übergangsfrist bis zu fünf Monaten für angemessen, um die Wiederaufnahme einer Erwerbstätigkeit in einer angepassten Tätigkeit vorzubereiten, dies namentlich in Berücksichtigung der vollen Arbeitsunfähigkeit der Arbeitnehmerin ohne Unterbruch seit mehr als zwanzig Monaten. Zudem verblieben bis zum Erlöschen des Einzel-Taggeldversicherungsvertrags ohnedies nur noch weniger als vier Monate. Demgegenüber hielt der Vertrauensarzt die diagnostizierte Neurasthenie mit Auswirkung auf die Arbeitsfähigkeit für die Arbeitnehmerin für überwindbar (Anwendung der «Überwindbarkeitspraxis»), woraufhin die Versicherung die Taggeldleistungen bereits vor dem Erlöschen des Versicherungsvertrags einstellte (E. 2.3–2.5).

Sachverhalt:

B. (Versicherte, Beschwerdegegnerin), geboren 1966, war seit 1. April 2009 mit einem Teilpensum von 80% als Aussendienstmitarbeiterin bei der C. AG angestellt. Dadurch war sie aufgrund einer Kollektivversicherungspolice bei der Versicherung A. AG (Versicherung, Beschwerdeführerin) krankentaggeldversichert. Am 17. September 2010 teilte die Arbeitgeberin der Versicherung mit, die Versicherte sei am 6. September 2010 erkrankt. Es liege ihr ein Arztzeugnis für eine Arbeitsunfähigkeit von 100% bis 3. Oktober 2010 vor. In der Folge wurde die Versicherte weiterhin zu 100% arbeitsunfähig geschrieben. Die Versicherung leistete die versicherten Tagelder (à Fr. 180.87 bzw. Fr. 181.– pro Tag). Das Arbeitsverhältnis zwischen der Versicherten und der C. AG wurde per 28. Februar 2011 gekündigt. Am 20. Januar 2012 offerierte die Versicherung der Versicherten die Fortsetzung des Versicherungsschutzes durch Übertritt in die Einzel-Lohnausfallversicherung D., was die Versicherte am 23. Januar 2012 annahm. Die Versicherte hatte sich am 24. März 2011 auf Aufforderung der Versicherung hin auch bei der Invalidenversicherung zum Bezug von Leistungen angemeldet. Zur Überprüfung ihrer weiteren Leistungspflicht beauftragte die Versicherung am 26. Januar 2012 Dr. med. E., Facharzt FMH für Psychiatrie und Psychotherapie, mit der vertrauensärztlichen Abklärung der Arbeits(un)fähigkeit der Versicherten. Aufgrund der Untersuchung vom 12. März 2012 erstattete Dr. E. der Versicherung am 26. März 2012 sein Gutachten. Er stellte keine Diagnose mit Auswirkung auf die Arbeitsfähigkeit und kam zum Schluss, aus versicherungspsychiatrischer Sicht könne keine Beeinträchtigung der Arbeitsfähigkeit angenommen werden. Am 29. März 2012 teilte die Versicherung der Versicherten mit, aufgrund des Gutachtens von Dr. E. sei sie sowohl in der zuletzt ausgeübten als auch einer anderen in Frage kommenden Tätigkeit mit nur geringfügigen Einschränkungen vollumfänglich arbeitsfähig. Man empfehle

ihr, sich bei der Arbeitslosenversicherung zu melden. Zur möglichst guten Umsetzung des beruflichen Wiedereinstiegs werde ihr eine Übergangsfrist gewährt und im April 2012 das Taggeld auf der Basis einer Arbeitsunfähigkeit von 100% und im Mai 2012 von 50% ausgerichtet. Danach werde der Leistungsfall abgeschlossen.

Mit Klage vom 17. Januar 2013 gelangte die Versicherte an das Versicherungsgericht des Kantons St. Gallen und beantragte, die Versicherung sei zu verpflichten, ihr den Betrag von Fr. 20 181.50 nebst Zins zu 5% seit 17. Januar 2013 zu bezahlen. Zur Begründung führte sie insbesondere an, das Gutachten von Dr. E. vom 26. März 2012 genüge den Anforderungen der Rechtsprechung aus mehreren Gründen nicht und vermöge eine volle Arbeitsfähigkeit nicht zu beweisen. Der offene Taggeldanspruch von Fr. 20 181.50 errechne sich aus der Differenzzahlung von 50% für Mai 2012 und den 96 Taggeldern für die Zeit vom 1. Juni bis 4. September 2012. Die Versicherung trug auf Abweisung der Klage an. Sie hielt gestützt auf die Beurteilungen von Dr. E. und von Dr. med. F., Spezialärztin FMH für Psychiatrie und Psychotherapie, die auf Ersuchen der Versicherung das Gutachten von Dr. E. beurteilt und für schlüssig befunden hatte, an der vollständigen Arbeitsfähigkeit der Versicherten spätestens ab 1. April 2012 fest. In der Replik stellte die Versicherte das zusätzliche Begehren, es sei festzustellen, «dass der Versicherungsvertrag mit der Erschöpfung der Bezugsrechte per 4. September 2012 erloschen ist». Mit Entscheid vom 9. Juli 2014 hiess das Versicherungsgericht die Klage gut und verpflichtete die Versicherung, der Versicherten Fr. 20 181.50 zuzüglich Verzugszinsen zu 5% seit 17. Januar 2013 zu bezahlen. Ferner stellte es fest, dass der Einzel-Taggeldversicherungsvertrag D. zwischen der Versicherten und der Versicherung per 4. September 2012 erloschen ist. Die Versicherung beantragt mit Beschwerde in Zivilsachen, der Entscheid des Versicherungsgerichts vom 9. Juli 2014 sei hinsichtlich der Leistungsverpflichtung der Beschwerdeführerin und der Parteikosten aufzuheben. Das Leistungsbegehren der Beschwerdegegnerin auf Bezahlung von Taggeldern in der Höhe von Fr. 20 181.50 nebst Zins zu 5% seit 17. Januar 2013 sei abzuweisen.

Aus den Erwägungen:

2.

Streitig ist der Taggeldanspruch der Beschwerdegegnerin für die Zeit nach April 2012, bis 4. September 2012.

2.1 Leistungsvoraussetzung gemäss Art. 8.1 AVB D. ist eine ärztlich attestierte Arbeitsunfähigkeit von mindestens 25% aufgrund einer Krankheit, die es der versicherten Person ganz oder teilweise verunmöglicht, ihre bisherige oder eine andere zumutbare Erwerbstätigkeit auszuüben.

2.2 Die Beschwerdeführerin geht gestützt auf das von ihr eingeholte Gutachten von Dr. E. vom 26. März 2012 davon aus, dass im fraglichen

Zeitraum keine Arbeitsunfähigkeit vorliege. Dr. E. verneinte gemäss den verbindlichen Sachverhaltsfeststellungen der Vorinstanz zum Zeitpunkt der Begutachtung eine Diagnose mit Auswirkung auf die Arbeitsfähigkeit. So hielt er die (Akten-)anamnestische depressive Episode im Rahmen einer rezidivierenden depressiven Störung gegenwärtig für remittiert (ICD-10: F33.4) und die (Akten-)anamnestische Panikstörung (ICD-10: F41.0) für gegenwärtig subsyndromal. Auch das Tabakabhängigkeitssyndrom mit gegenwärtigem Substanzgebrauch (ICD-10: F17.24) habe keine Auswirkungen auf die Arbeitsfähigkeit. Für die Neurasthenie (ICD-10: F48.0) bei emotional instabilen Persönlichkeitszügen prüfte er die sogenannten Foerster-Kriterien und kam zum Schluss, es sei der Beschwerdegegnerin zumutbar, eine «Willensanspannung» zu erbringen und die Auswirkungen der Neurasthenie zu überwinden. Aus versicherungspsychiatrischer Sicht könne daher keine Beeinträchtigung der Arbeitsfähigkeit angenommen werden.

2.3 Die Vorinstanz stellte nicht auf dieses Gutachten ab. Sie hielt fest, es erfülle zwar an sich die Anforderungen an die Beweiskraft eines Gutachtens. Dr. E. habe jedoch trotz einschränkender Auswirkungen der von ihm diagnostizierten Neurasthenie auf die Arbeitsfähigkeit eine Arbeitsunfähigkeit in Anwendung der «Überwindbarkeitspraxis» aus versicherungspsychiatrischer Sicht verneint. Die Vorinstanz hielt dem entgegen, die «Überwindbarkeitspraxis» finde auf Ansprüche aus einer Taggeldversicherungen keine Anwendung. Stattdessen seien echtzeitliche Atteste der behandelnden Ärzte heranzuziehen. Solche habe Dr. G. am 11. Mai 2012 und am 6. Juli 2012 zuhanden der IV ausgestellt. Dr. G., welche die psychiatrische Weiterbehandlung der Beschwerdegegnerin im Ambulatorium des Psychiatrischen Zentrums St. Gallen ab 1. März 2012 übernommen hatte, sei von einer vollen Arbeitsunfähigkeit in der angestammten Tätigkeit als Aussendienstmitarbeiterin und von der Zumutbarkeit der Aufnahme einer angepassten Tätigkeit zu 30% ab 1. Mai 2012 bis 30. Juni 2012 ausgegangen. Diese Arbeitsfähigkeit habe sie für in nächster Zeit auf 50% steigerbar gehalten.

Weiter erwog die Vorinstanz, die der Beschwerdegegnerin von der Beschwerdeführerin für den Wiedereinstieg gewährte Übergangsfrist (Taggeld aufgrund einer Arbeitsunfähigkeit von 100% im April 2012 und einer solchen von 50% im Mai 2012) sei eindeutig zu kurz für einen Wechsel in eine angepasste berufliche Tätigkeit, wie sie für die Beschwerdegegnerin als zumutbar erachtet worden sei. Nach der Rechtsprechung sei die Beschwerdeführerin gehalten gewesen, der Beschwerdegegnerin eine Übergangsfrist von drei bis fünf Monaten zu gewähren, um die Wiederaufnahme einer Erwerbstätigkeit in einer angepassten Tätigkeit vorzubereiten. Angesichts der vollen Arbeitsunfähigkeit ohne Unterbruch seit September 2010 und der Tatsache, dass im Mai 2012 eine Arbeitsunfähigkeit von zunächst nur 30% in einer angepassten Tätigkeit attestiert worden sei, erscheine «eine eher längere Frist von zirka fünf Monaten» als angemessen.

Deren Festsetzung könne letztlich offen bleiben, da zwischen dem 11. Mai 2012 (Datum des Attests von Dr. G.) und dem 4. September 2012 weniger als vier Monate verblieben. Dieser Zeitrahmen – so die Vorinstanz – sei der Beschwerdegegnerin auf jeden Fall zugestehen.

2.4 Die Beschwerdeführerin beanstandet, dass die Vorinstanz die Überwindbarkeitsrechtsprechung bei somatoformen Schmerzstörungen nach BGE 130 V 352 im vorliegenden Fall für nicht anwendbar gehalten habe, obwohl das Bundesgericht im Urteil 4A_5/2011 befunden habe, dass die Überwindbarkeitsrechtsprechung auch im Bereich von Taggeldleistungen nach VVG zu berücksichtigen sei. Wie es sich damit verhält, kann indessen offen bleiben. Die Frage nach der Anwendbarkeit der Rechtsprechung gemäss BGE 130 V 352 ist nämlich für die Entscheidung des vorliegenden Falles nicht ausschlaggebend, da sich die Beweiswürdigung der Vorinstanz, mithin die Beurteilung der Arbeitsunfähigkeit aufgrund der vorhandenen medizinischen Unterlagen, unabhängig davon im Ergebnis nicht als geradezu willkürlich erweist:

Die Beweiswürdigung ist nicht schon dann willkürlich, wenn sie nicht mit der Darstellung der beschwerdeführenden Partei übereinstimmt, sondern bloss, wenn sie offensichtlich unhaltbar ist (BGE 135 II 356 E. 4.2.1; 129 I 8 E. 2.1).

Die Vorinstanz stellte zwar auf die Einschätzung der Arbeitsunfähigkeit durch Dr. E. nicht ab, weil dieser davon ausgegangen war, die diagnostizierte Neurasthenie mit Auswirkung auf die Arbeitsfähigkeit sei für die Beschwerdegegnerin überwindbar. Dies wurde durch Dr. F., welcher die Beschwerdeführerin das Gutachten zur Beurteilung vorlegte, in der konsiliarischen Aktenbeurteilung vom 4. April 2013 zwar bestätigt. Indessen stand die Beurteilung von Dr. E. ohnehin in Widerspruch zu anderen medizinischen Unterlagen, so namentlich zur Beurteilung von Dr. G. Letztere hielt als Diagnosen mit Auswirkung auf die Arbeitsfähigkeit eine Agoraphobie mit Panikstörung (ICD-10: F40.01) sowie eine kombinierte Persönlichkeitsstörung mit histrionischen und emotional instabilen Anteilen (ICD-10: F61.0) und ohne Auswirkung auf die Arbeitsfähigkeit eine Dysthymia (ICD-F31.1) fest. Die Arbeitsunfähigkeit attestierte sie am 11. Mai 2012 mit 100% vom 1. März 2012 bis 30. April 2012 und mit 70% vom 1. Mai 2012 bis 30. Juni 2012. Am 6. Juli 2012 berichtete Dr. G. der IV-Stelle, die volle Arbeitsunfähigkeit beziehe sich auf den früher ausgeübten Beruf als Aussendienstmitarbeiterin. In anderen Bereichen, z.B. Büro, schätze sie die aktuelle Arbeitsfähigkeit auf 30%, in nächster Zeit steigerbar auf 50%. Auf diese – echtzeitliche – Beurteilung von Dr. G. stellte die Vorinstanz ab.

Inwiefern dies offensichtlich unhaltbar sein soll, vermag die Beschwerdeführerin nicht hinreichend aufzuzeigen. Sie verweist auf die Erfahrungstatsache, dass behandelnde Ärzte auf Grund ihrer auftragsrechtlichen Vertrauensstellung im Zweifelsfall eher zu Gunsten ihrer Patienten aussagen würden. Dr. G. habe die Beschwerdegegnerin mindestens vom

1. März 2012 bis und mit 6. Juli 2012 und gemäss Bericht vom 11. Mai 2012 regelmässig alle zwei Wochen behandelt, weswegen ihre Einschätzungen zurückhaltend gewürdigt werden müssten. Dieses Vorbringen verfährt nicht: Dr. G. behandelte die Beschwerdegegnerin nicht etwa als Hausärztin, sondern als Fachärztin für Psychiatrie und Psychotherapie und stellvertretende Leiterin des Ambulatoriums des Psychiatrischen Zentrums St. Gallen, wo die Beschwerdegegnerin vom 18. bis 24. Februar 2012 hospitalisiert war. In der genannten Eigenschaft übernahm Dr. G. die ambulante psychiatrische Weiterbehandlung der Beschwerdegegnerin. Unter diesen Umständen steht jene von der Beschwerdeführerin angerufene Erfahrungstatsache nicht im Vordergrund, und die Vorinstanz brauchte sich bei der Würdigung der Einschätzung von Dr. G. keine Zurückhaltung aufzuerlegen. Im Gegenteil stellen die mehrfachen persönlichen Behandlungen der Beschwerdegegnerin die psychiatrische Beurteilung durch Dr. G. gerade auf eine zuverlässigere Basis als die bloss einmalige Untersuchung durch Dr. E. oder die blossen Aktenbeurteilung durch Dr. F. Im Übrigen würde das Argument auf die Beschwerdeführerin zurückfallen, will sie doch ausschliesslich auf die Beurteilung der von ihr selbst beauftragten Dr. E. und Dr. F. abstellen. Jedenfalls weist das Vorbringen der Beschwerdeführerin die vorinstanzliche Würdigung nicht als willkürlich aus.

Ebenso wenig trifft dies auf den weiteren Einwand der Beschwerdeführerin zu, wonach der Regionalärztliche Dienst der Invalidenversicherung am 23. Juli 2012 zur Ansicht gelangt sei, dass die Ausführungen von Dr. G. weitgehend auf den subjektiven Angaben der Beschwerdegegnerin beruhten und die sehr tief angesetzte Arbeitsfähigkeit von 30% nicht nachvollziehbar sei. Zum einen findet dieses Vorbringen im verbindlichen Sachverhalt des angefochtenen Urteils keine Stütze und kann daher vom Bundesgericht nicht berücksichtigt werden (vgl. Art. 105 Abs. 1 BGG). Zum andern wäre die Vorinstanz ohnehin nicht an die Auffassung des Regionalärztlichen Dienstes der Invalidenversicherung gebunden gewesen, sondern hatte die medizinischen Unterlagen frei zu würdigen (vgl. Art. 157 ZPO).

Weiteres bringt die Beschwerdeführerin gegen die Beurteilung durch Dr. G. nicht vor, und sie weist somit die Beweiswürdigung der Vorinstanz nicht als unhaltbar aus. Der Vorinstanz kann daher nicht Willkür vorgeworfen werden, indem sie auf die Diagnosestellung und Einschätzung der Arbeitsfähigkeit durch Dr. G. abstellte.

2.5 Auch unter dem Aspekt der Gewährung einer angemessenen Übergangsfrist, um den Wechsel in eine angepasste Tätigkeit vorzubereiten (dazu BGE 133 III 527 E. 3.2.1 S. 531), ist die Klagegutheissung nicht zu beanstanden:

Laut Vorinstanz ist der Beschwerdegegnerin für den Wechsel in eine angepasste berufliche Tätigkeit, wie er als zumutbar erachtet wurde, «eine eher längere Frist von zirka fünf Monaten» zu gewähren, dies in Berücksichtigung ihrer vollen Arbeitsunfähigkeit ohne Unterbruch seit September

2010 und der Tatsache, dass im Mai 2012 eine Arbeitsfähigkeit von zunächst nur 30% in einer angepassten Tätigkeit attestiert wurde. In der massgebenden Zeitspanne zwischen dem 11. Mai 2012 und dem 4. September 2012 seien weniger als vier Monate verblieben. Diese Übergangsfrist sei der Beschwerdegegnerin jedenfalls zuzugestehen, und die Beschwerdeführerin schulde ihr für diese Übergangsfrist die vollen Tagelohnleistungen.

Die Beschwerdeführerin bestreitet nicht, dass eine solche Übergangsfrist den vorliegenden Umständen angemessen wäre, wenn effektiv der Wechsel in eine angepasste berufliche Tätigkeit zur Diskussion stünde. Sie bringt jedoch vor, Dr. E. habe die Beschwerdegegnerin auch in der bisherigen Tätigkeit als arbeitsfähig erachtet, worauf sie im Schreiben vom 29. März 2012 an die Beschwerdegegnerin denn auch hingewiesen habe. Dort sei keine angepasste Tätigkeit sondern der Wiedereinstieg erwähnt. Weil bei Arbeitsfähigkeit in der bisherigen Tätigkeit keine Verpflichtung zur Gewährung einer Übergangsfrist bestehe, seien die Leistungen der Beschwerdeführerin im April und Mai 2012 als freiwillige Zusatzleistungen zu betrachten.

Wie soeben ausgeführt, ist es nun aber nicht willkürlich, dass die Vorinstanz auf die Beurteilung von Dr. G. und nicht auf diejenige von Dr. E. abgestellt hat. Gemäss Dr. G. ist der Beschwerdegegnerin die Wiederaufnahme ihrer bisherigen Tätigkeit als Aussendienstmitarbeiterin nicht zumutbar. Somit ist es zumindest nicht unhaltbar, wenn die Vorinstanz einen Wechsel in eine angepasste Tätigkeit für erforderlich hielt. Die der Beschwerdegegnerin von der Vorinstanz hierfür gewährte Übergangsfrist ist bundesrechtlich nicht zu beanstanden.

(...)

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Beschwerde wird abgewiesen.

Tribunal fédéral, Arrêt du 17 décembre 2014, Doss.-No 4A_404/2014 (Rejet du recours en matière civile interjeté contre l'arrêt du Tribunal cantonal du canton de Vaud, Cour d'appel civile, du 21 mai 2014)

Art. 322 CO. En principe, le silence du travailleur ne vaut pas acceptation de la réduction du salaire proposée par l'employeur. Une acceptation tacite ne peut être admise que dans des circonstances où, selon les règles de la bonne foi, on doit attendre une réaction du travailleur en cas de désaccord de sa part. Si, conformément à ce qu'il a annoncé au travailleur, l'employeur paie un salaire réduit, il est en règle générale reconnaissable pour le travailleur que l'employeur part d'une acceptation tacite de la réduction. Il est aussi admis que, si le travailleur a encaissé pendant au moins trois mois un salaire réduit par rapport à celui convenu initialement, sans formuler de réserve, il y a présomption

de fait (*tatsächliche Vermutung*) qu'il a accepté tacitement la baisse de salaire. Si, par la suite, le travailleur entend réclamer une créance de salaire en raison de cette réduction, il lui incombe de renverser cette présomption en établissant des circonstances particulières sur la base desquelles l'employeur n'aurait pas dû déduire, malgré son long silence, un accord de sa part avec cette réduction (c. 5.1).

Extraits des faits:

Jusqu'à fin 2003, B. a travaillé auprès de I. SA, au service de gestion des salaires au sein du département des ressources humaines. Il utilisait un programme informatique créé par C. SA, qui avait concédé à son employeur une licence d'utilisation et lui assurait des services de maintenance et d'assistance. I. SA a décidé de transférer son service de gestion des salaires à C. SA, société dont E. est directeur, administrateur et actionnaire majoritaire et qui a pour but «étude et développement de systèmes informatiques, courtage en assurances et réassurances, gestion et analyse de portefeuille d'assurances». B. a alors été engagé par cette société en qualité de «HR Outsourcing Director» par contrat de travail du 9 décembre 2003 pour le 1^{er} janvier 2004, en contrepartie d'un salaire annuel brut de 153 063 fr. Son contrat contient une clause de non-concurrence. En 2005, E. a acheté la totalité des actions d'une autre société, dont il a modifié la raison sociale en F. Sàrl, en vue de déployer ses activités à l'étranger. Entre le 7 novembre et le 8 décembre 2006, B. a élaboré plusieurs business plans «confidentiels» avec A., un autre employé de C., qui avait été engagé en mai 2005 en qualité de courtier en assurances, chargé de vendre des polices d'assurances aux clients du département dont B. s'occupait. Le 21 décembre 2006, le directeur de C. a convoqué B. en présence de deux agents de sécurité et l'a licencié avec effet immédiat. Par lettre de résiliation du même jour, C. a précisé à B. qu'elle avait découvert avec consternation qu'il préparait avec A. la mise sur pied d'une structure concurrente (objet des business plans) et qu'elle ne pouvait tolérer des violations aussi caractérisées de ses devoirs de fidélité, de diligence et de non-concurrence. A la même date, C. a résilié le contrat de travail de A. B. a contesté son licenciement le 29 décembre 2006 et a déclaré se tenir à disposition de son employeur jusqu'à la fin du délai de congé. Le 15 février 2007, C. a déposé plainte pénale contre A. pour abus de confiance, plainte qui a été ensuite étendue contre celui-ci et contre B. pour concurrence déloyale. L'enquête pénale a abouti à une ordonnance de non-lieu. La caisse de chômage a versé à B. des indemnités pour la période de décembre 2006 à mars 2007 de 17 368 fr. 45, charges sociales déduites.

Le 16 mai 2007, B. a ouvert action en paiement contre C. SA devant la Cour civile du Tribunal cantonal du canton de Vaud, concluant à ce que la défenderesse soit condamnée à lui payer le montant total de 442 272 fr.

85 brut, sous déduction des cotisations aux assurances sociales, avec intérêts, soit les montants de:

- 1) 112 304 fr. 35 à titre de complément de salaire;
- 2) 41 784 fr. 45 pour salaire relatif à la période de congé;
- 3) 76 531 fr. 50 pour licenciement immédiat injustifié;
- 4) 138 310 fr. pour heures supplémentaires;
- 5) 31 081 fr. 75 pour vacances non prises au service de C.;
- 6) 11 728 fr. 80 pour vacances non prises au service de I.;
- 7) 15 500 fr. pour un montant versé par lui à son employeur,
- 8) 7 500 fr. pour un montant versé par lui à son employeur,
- 9) 7 532 fr. pour un montant versé par lui à son employeur, dont à déduire un montant de 5000 fr.

La caisse cantonale de chômage, intervenante, subrogée au demandeur, a réclamé le montant de 17 368 fr. avec intérêts. La défenderesse a conclu au rejet de la demande et, reconventionnellement, au paiement de 1467 fr. 95 avec intérêts. Par jugement du 13 février 2013, la cour civile, qui a retenu que l'existence de motifs justifiant une résiliation immédiate du contrat de travail du demandeur n'a pas été établie, a admis totalement ou partiellement six des postes susmentionnés. Statuant le 21 mai 2014, la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal vaudois, admettant que le licenciement immédiat est justifié n'en a admis que trois, soit le n° 5 pour les vacances non prises au service de C. à raison de 17 914 fr. 50, le n° 8 pour le remboursement de 7500 fr. et le n° 9 pour le remboursement de 7532, sous déduction de 5000 fr., rejetant tous les autres postes. Contre cet arrêt du 21 mai 2014, B. a interjeté un recours en matière civile au Tribunal fédéral le 26 juin 2014. Il reprend les conclusions de sa demande sur les quatre postes n°s 1, 3, 7 et 9, le montant alloué par le tribunal de première instance pour le poste n° 2, ainsi que le poste du montant à rembourser à l'intervenante. Il conclut principalement à la réforme de l'arrêt attaqué dans le sens de l'admission des conclusions de sa demande sur ces postes. La Caisse de chômage s'est référée aux conclusions du recourant.

Extraits des considérants:

5.

Le recourant conclut également à l'allocation d'un montant de 106 304 fr. 35 avec intérêts à titre de complément de salaire pour les années 2004, 2005 et 2006. Il fait valoir que son contrat de travail prévoyait un salaire annuel brut de 153 063 fr. et que s'il a accepté de toucher un salaire en espèces de 8900 fr. par mois et le reste en nature, il entendait toutefois toucher le montant total de son salaire contractuel. Il aurait donc dû toucher, pour ses presque trois années de travail, 455 229 fr. 75 brut, mais n'a reçu effectivement que 317 663 fr. 35, sous déduction d'un montant de 25 000 fr. qu'il admet devoir rembourser. Il conteste aussi que son employeur ait assumé ses frais privés (de téléphone et de véhicule) par

78 639 fr. 30. Il fait donc valoir un solde en sa faveur, qu'il a arrêté à 112 403 fr. 35 (au lieu de 112 558 fr. 65). La cour cantonale, à la suite des premiers juges, a rejeté cette prétention. Le recourant lui reproche l'arbitraire dans l'établissement des faits, la violation de son droit d'être entendu et la violation des art. 322, 327a et 327b CO.

5.1 Selon l'art. 322 al. 1 CO, l'employeur paie au travailleur le salaire convenu, usuel ou fixé par un contrat-type de travail ou par une convention collective. Cette disposition étant de droit dispositif (non soumise à l'art. 341 CO; ATF 124 II 436 consid. 10e/aa p. 451), les parties peuvent conventionnellement diminuer le salaire en cours de contrat (arrêts 4C.242/2005 du 9 novembre 2005 consid. 4.1; 4C.426/2005 du 28 février 2006 consid. 5.2.1). Si la conclusion du contrat primitif n'était pas soumise à la forme écrite, la réduction du salaire arrêté dans le contrat passé peut être convenue tacitement, c'est-à-dire par le silence ou par actes concluants (arrêts 4C.242/2005 déjà cité consid. 4.2; 4A_223/2010 du 12 juillet 2010 consid. 2.1).

En principe, le silence du travailleur ne vaut pas acceptation de la réduction du salaire proposée par l'employeur. Une acceptation tacite ne peut être admise que dans des circonstances où, selon les règles de la bonne foi, on doit attendre une réaction du travailleur en cas de désaccord de sa part (ATF 109 II 327 consid. 2b p. 330; arrêts 4C.242/2005 du 9 novembre 2005 consid. 4.3; 4A_443/2010 du 26 novembre 2010 consid. 10.1.4; 4A_216/2013 du 29 juillet 2013 consid. 6.3). Il appartient à l'employeur d'établir ces circonstances. Tel est le cas lorsqu'il est reconnaissable pour le travailleur que l'employeur en déduit son accord tacite et que, dans le cas contraire, il prendrait d'autres mesures ou résilierait le contrat; dans ce cas, le travailleur doit exprimer son désaccord dans un délai raisonnable (arrêts 4A_443/2010 déjà consid. 10.1.4; 4A_223/2010 déjà cité consid. 2.1.2). Si, conformément à ce qu'il a annoncé au travailleur, l'employeur paie un salaire réduit, il est en règle générale reconnaissable pour le travailleur que l'employeur part d'une acceptation tacite de la réduction. Il est aussi admis que, si le travailleur a encaissé pendant au moins trois mois un salaire réduit par rapport à celui convenu initialement, sans formuler de réserve, il y a présomption de fait (*tatsächliche Vermutung*) qu'il a accepté tacitement la baisse de salaire. Si, par la suite, le travailleur entend réclamer une créance de salaire en raison de cette réduction, il lui incombe de renverser cette présomption en établissant des circonstances particulières sur la base desquelles l'employeur n'aurait pas dû déduire, malgré son long silence, un accord de sa part avec cette réduction (arrêts 4A_223/2010 déjà cité consid. 2.1.2; 4C.242/2005 déjà cité consid. 4.3).

5.2 En l'espèce, la cour cantonale a retenu que le contrat de travail prévoyait un salaire annuel brut de 153 063 fr. et que le travailleur a admis qu'il a été convenu postérieurement à sa conclusion qu'une part de sa rémunération lui serait versée en espèces et l'autre en nature. Bien que le travailleur ait soutenu qu'il n'a jamais accepté que la part du salaire en nature

puisse être inférieure à la différence entre son salaire contractuel et la part versée en espèces, en d'autres termes que son salaire total puisse être inférieur au salaire convenu, la cour cantonale a retenu que le travailleur a toujours encaissé un salaire réduit et fait usage de son téléphone portable et de son véhicule, qu'il n'a jamais contesté ni le principe d'une rémunération en partie en espèces et en partie en nature, ni le montant de la part du salaire en espèces, ni la part en nature et ne s'est jamais plaint de ce que les frais pris en charge seraient trop bas. Durant toute la durée du contrat, il n'a pas réclamé de prestation supplémentaire, ni formulé de réserve. La cour cantonale a donc jugé que le travailleur a admis que l'employeur lui verserait une part de son salaire en espèces, soit 8900 fr., et l'autre en nature, la somme des deux pouvant atteindre une valeur inférieure ou supérieure au montant du salaire fixé initialement. Elle a estimé en sus que, vu la fonction dirigeante qu'il occupait, à savoir responsable du département «outsourcing», l'employé ne se trouvait pas en position de faiblesse vis-à-vis de son employeur et qu'il était parfaitement en mesure de s'exprimer au sujet de la réduction de son salaire en espèces au profit d'une rémunération en nature.

Par conséquent, la cour a renoncé à examiner si une partie du montant de 78 639 fr. 30 payé par l'employeur pour les frais de téléphone portable et pour le véhicule automobile de son employé couvrait des frais imposés par l'exécution du travail, comme le prétendait celui-ci, relevant qu'il lui aurait appartenu, au demeurant, de l'établir.

5.3.

5.3.1 Sur ce dernier point, qui fait l'objet de sa première critique, le recourant se limite à affirmer qu'il n'est pas prouvé que ce montant concernerait des dépenses privées, qui compenseraient la réduction du salaire en espèces. Une telle critique ne satisfait clairement pas aux exigences des art. 42 al. 2 et 106 al. 2 LTF.

5.3.2 En ce qui concerne l'acceptation tacite de la réduction de son salaire, le recourant se borne à affirmer qu'«il est bien évident [qu'il] espérait toucher en espèces et en nature le montant total du salaire contractuel et qu'il n'a pas accepté un salaire réduit de 30% durant trois ans». Il estime que la cour cantonale aurait dû faire preuve de retenue avant de déduire de son silence qu'il aurait accepté une modification de son contrat qui lui était défavorable dès lors qu'il a toujours affirmé n'avoir accepté une telle réduction qu'en cas de compensations équivalentes en nature. S'il a accepté cette modification et n'a pas réclamé son dû avant son licenciement avec effet immédiat, c'est uniquement parce qu'il s'attendait à recevoir un salaire en nature sous forme d'actions de la nouvelle entité qu'il était en train de créer avec son collègue sur instructions du directeur de son employeur.

Alors qu'il a accepté pendant presque trois ans un salaire inférieur – dans une proportion réduite au vu du consid. 5.3.1 ci-dessus –, il incombait au travailleur d'établir des circonstances qui apporteraient la contre-preuve

du fait présumé, soit de son consentement à un salaire réduit. Par sa critique, le recourant n'apporte aucun élément dans ce sens. Au contraire, lorsqu'il invoque qu'il espérait recevoir des actions d'une nouvelle entité à constituer, il confirme qu'il a bien accepté une réduction de son salaire. Le fait que ses espérances ne se soient pas réalisées – que ce soit ou non sans sa faute – est sans pertinence.

Les critiques d'arbitraire dans l'établissement des faits et de violation du droit d'être entendu sont de ce fait sans objet.

Kanton Bern

Obergericht des Kantons Bern, Urteil vom 27. März 2014

Arbeitszeugnis, Art. 330a OR; Bestimmung des Streitwerts. Der Streitwert ist nach objektiven Kriterien zu schätzen und kann nicht losgelöst vom konkreten Fall auf einen Bruchteil oder ein Mehrfaches des Monatslohns festgesetzt werden. Indem die Vorinstanz annahm, der Streitwert betrage ein Viertel des Bruttomonatslohns, hat sie ihr Ermessen korrekt ausgeübt. Da wesentliche Teile des Arbeitszeugnisses, namentlich zur Dauer, Funktion, Leistung und Verhalten der Arbeitnehmerin, nicht angefochten wurden, erscheint die Annahme eines solchen Streitwertes vertretbar (E. IV. 1.1, 1.3).

Sachverhalt:

Angefochten war ein Entscheid der Schlichtungsbehörde Z. betreffend Abänderung eines Arbeitszeugnisses. Die Schlichtungsbehörde hatte den Antrag auf Streichung einer Passage im Arbeitszeugnis betreffend Krankheit der Arbeitnehmerin gutgeheissen. Im Beschwerdeverfahren waren unter anderem die Höhe des Streitwerts und damit die Berechtigung der Schlichtungsbehörde, in Anwendung von Art. 212 ZPO einen Entscheid zu fällen, strittig.

Aus den Erwägungen:

IV.

1. Streitwert

1.1 Streitigkeiten betreffend die Ausstellung oder Formulierung von Arbeitszeugnissen sind nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts und der Lehre vermögensrechtlicher Natur, wobei bezüglich der Streitwerthöhe in erster Linie auf die übereinstimmenden Angaben der Parteien abgestellt wird (vgl. BGE 116 II 379, E. 2 b, u.a. bestätigt in BGer 4C.337/2004, E. 6). Sofern sich die Parteien über den Streitwert nicht einigen oder ihre Angaben offensichtlich unrichtig sind, setzt das Gericht den Streitwert fest (Art. 91 Abs. 2 ZPO). Dabei hat es den Streitwert nach objektiven Kriterien zu schätzen (vgl. STERCHI, in: Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band I, Bern 2012, N 15 zu Art. 91 ZPO; STEINWIGGER, in: Suttersomm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2013, N 25 zu Art. 91 ZPO). Der Streitwert von Arbeitszeugnissen wird in der Lehre kontrovers diskutiert und auch die kantonale Praxis ist in diesem Bereich sehr heterogen (vgl. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsver-

trag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2012 N 6 zu Art. 330a OR).

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts kann der Wert eines Arbeitszeugnisses nicht losgelöst vom konkreten Fall auf einen Bruchteil oder ein Mehrfaches des Monatslohns festgesetzt werden (BGER 8C_151/2010, E. 2.8, teilw. publ. in: ARV 2010 S. 267). Wie wichtig das Zeugnis objektiv ist, hängt von der Situation auf dem Arbeitsmarkt ab sowie von der Funktion und der Qualifikation des Arbeitnehmers (vgl. BGER 8C_151/2010, E. 2.7, mit Hinweisen). Der Streitwert ist nicht schematisch danach zu bemessen, ob das Zeugnis ganz oder teilweise umstritten ist. Massgebend ist vielmehr, ob es beim Streit um wesentliche Punkte des Zeugnisses geht (vgl. BGER 4A_45/2013, E. 4.3).

1.2 Die Schätzung des Streitwerts eines Arbeitszeugnisses nach objektiven Kriterien ist vergleichbar mit der ermessensweisen Schadensschätzung nach Art. 42 Abs. 2 OR (vgl. BGER 4A_45/2013, E. 4.2). Diese beruht – von der ausnahmsweisen Berücksichtigung abstrakter Erfahrungssätze abgesehen – auf Tatbestandsermessen und gehört mithin zur Feststellung des Sachverhalts (vgl. BGE 131 III 360, E. 5.1; BGE 122 III 61 E. 2c/bb). Im Beschwerdeverfahren kann daher nur die offensichtlich unrichtige Feststellung des Streitwerts geltend gemacht werden (Art. 320 lit. b ZPO).

1.3 Bei der Bestimmung des Streitwerts ist vom Sachverhalt auszugehen, wie er sich zum Zeitpunkt der Verhandlung präsentiert. Der Beschwerdeführer liess sich im Verfahren vor der Schlichtungsbehörde nicht vernehmen und wurde an der Schlichtungsverhandlung säumig erklärt, weshalb die Vorinstanz gestützt auf die Angaben der Beschwerdegegnerin zu entscheiden hatte. Indem die Vorinstanz annahm, der Streitwert betrage einen Viertel des Bruttomonatslohns, ausmachend Fr. 1200.–, hat sie ihr Ermessen nach Ansicht der Kammer korrekt ausgeübt. Die Annahme eines Streitwerts von Fr. 1200.– erscheint vertretbar, da wesentliche Teile des Arbeitszeugnisses, namentlich betreffend Dauer, Funktion, Leistung und Verhalten der Beschwerdegegnerin, nicht angefochten wurden. Der Beschwerdeführer vermag nicht darzulegen, inwiefern die Vorinstanz den Sachverhalt offensichtlich unrichtig festgestellt haben soll. Soweit die Ausführungen des Beschwerdeführers neue Tatsachenbehauptungen enthalten, etwa das Vorbringen, wonach die Beschwerdegegnerin eine Stellung in einer Führungsposition annehmen könne und wonach ihr Anforderungsprofil auf dem Arbeitsmarkt ausserordentlich gesucht sei, sind diese aufgrund des im Beschwerdeverfahren geltenden Novenverbots nicht zu beachten. Der Beschwerdeführer unterlässt es zu erläutern, wie sich der von ihm geltend gemachte Streitwert von mindestens Fr. 3000.– zusammensetzt und weshalb dieser Betrag dem objektiven Wert der Abänderung des Zeugnisses entsprechen soll. Die vorinstanzliche Festsetzung des Streitwerts auf Fr. 1200.– ist demnach zu bestätigen.

1.4 Nach dem Gesagten war die Vorinstanz berechtigt, in Anwendung von Art. 212 ZPO einen Entscheid zu fällen, ohne dass sie dabei ihre Kompetenz überschritten hätte.

Obergericht des Kantons Bern, Urteil vom 19. Mai 2014 (Bestätigung des Urteils des Regionalgerichts Bern-Mittelland vom 14. März 2013)

Nachwirkendes Konkurrenzverbot, Art. 340 OR. Bei einer schriftlichen Konkurrenzverbotsabrede darf der Arbeitnehmer keine Tätigkeit aufnehmen, die mit derjenigen des Arbeitgebers im wirtschaftlichen Wettbewerb steht. Entscheidend ist, ob die zwei Unternehmen gleichartige Leistungen anbieten, die unmittelbar gleiche oder ähnliche Bedürfnisse befriedigen und einem sich mindestens teilweise überschneidenden Zielpublikum angeboten werden (E. III.A.3).

Von einem Kundenkreis im Sinne von Art. 340 Abs. 2 OR kann nur dann gesprochen werden, wenn es sich um Geschäftspartner handelt, die in mehr oder weniger regelmässigen Abständen Geschäfte mit dem Arbeitgeber tätigen, und zwar über längere Zeit. Einblick in den Kundenkreis hat der Arbeitnehmer erst dann, wenn er die wesentlichen Voraussetzungen, die den Kunden an den Arbeitgeber binden, kennt. Da Schädigungsmöglichkeit ausreicht, ist ein tatsächlicher Schadenseintritt nicht erforderlich, sondern es genügt, dass auch nur ein Kunde mit gutem Umsatz hätte wechseln können (E. III.B.4 und 7).

Sachverhalt:

Der Beklagte hat bei der Klägerin am 1. Mai 2001 eine Arbeitsstelle angetreten. Er ist mehrere Jahre als Lagermitarbeiter tätig gewesen und hat per 1. Januar 2005 in den Aussendienst gewechselt. Im Hinblick auf die veränderte Ausgangslage ist am 17. Mai 2006 ein neuer Arbeitsvertrag und ein Konkurrenzverbot unterzeichnet worden. Darin wurde vereinbart, dass der Beklagte nach Auflösung des Arbeitsverhältnisses mit der Klägerin weder eine Tätigkeit als Verkaufsmitarbeiter ausüben, noch diese in anderer Weise auf eigene Rechnung oder auf Rechnung eines Dritten konkurrenzieren darf. Es wurde u.a. präzisiert, dass sich das Konkurrenzverbot auf den Handel mit Holzprodukten in einem Umkreis von 50 km vom Arbeitsort Bern bezieht, dass es nach Auflösung des Arbeitsvertrages ein Jahr gültig sein soll und dass der Arbeitnehmer bei Verletzung des Konkurrenzverbotes eine Konventionalstrafe von Fr. 50 000.– schuldet. Nachdem der Beklagte seine Arbeitsstelle gewechselt hatte, verlangte die Klägerin mit Schreiben vom 10. Oktober 2010 die Bezahlung einer Konventionalstrafe von Fr. 50 000.– und forderte ihn zur Einstellung der konkurrenzierenden Tätigkeit auf, was dieser nicht befolgte.

Mit Klage vom 29. August 2011 belangte die Klägerin ihren ehemaligen Angestellten beim Regionalgericht Bern-Mittelland auf Zahlung von Fr. 50 000.– zuzüglich Zinsen. Der Beklagte beantragte die Abweisung der Klage, eventuell eine angemessene Herabsetzung der Konventionalstrafe. Mit Entscheid vom 14. März 2013 (schriftlich begründet am 25. Oktober 2013) verurteilte die zuständige Gerichtspräsidentin des Regionalgerichts Bern-Mittelland den Beklagten, der Klägerin Fr. 50 000.– zu bezahlen. Der Beklagte erhob Berufung und verlangte die Aufhebung des angefochtenen Entscheides. Eventuell ersuchte er um angemessene Herabsetzung der Konventionalstrafe.

Aus den Erwägungen:

II.

1.

Umstritten ist, ob der Beklagte das am 17. Mai 2006 vereinbarte Konkurrenzverbot verletzt hat. Oberinstanzlich wurden keine Beweisergänzungen verlangt. Die tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz sind ferner von keiner Seite in Frage gestellt worden. Der Beklagte macht keine falsche Sachverhaltswürdigung sondern fehlerhafte Rechtsanwendung geltend. Auszugehen ist daher primär von den Sachverhaltsfeststellungen der Vorinstanz. Diese sind in Ziffer B des vorinstanzlichen Motives dargestellt und lassen sich mit der gebotenen Kürze wie folgt zusammenfassen:

2.

Die Klägerin ist eine Aktiengesellschaft und handelt schweizweit mit Holzwerkstoffen resp. Bauelementen. Sie ist gemäss übereinstimmender Darstellung der Parteien die umsatzstärkste Holzhändlerin der Schweiz. Der Beklagte verkaufte für die Klägerin ausschliesslich Holzprodukte an Schreinereien und Holzbauer. Als Aussendienstmitarbeiter betreute er rund 200 Kunden im Raum Emmental / Berner Seeland, die er regelmässig persönlich besuchte. Aufgrund der Kundenbesuche kannte er deren Bedürfnisse, wusste welche Produkte sie zu welchem Preis von der Klägerin bezogen und welchen Umsatz die Klägerin mit jedem einzelnen Kunden erzielte. Der Beklagte hat des Weiteren eingeräumt, dass er Zugriff auf das CRM-(Customer Relationship Management)System sowie auf das Movex-System (Auftragssystem) hatte. Dass im CRM-System alle kundenrelevanten Daten enthalten sind, hat der Beklagte nicht bestritten, ebenso wenig, dass er das CRM-System auch benutzt, d.h. Einsicht in die dort gespeicherten Kundendaten wie Umsatz etc. genommen hat. Zudem war er über einzelne Einkaufspreise der Klägerin informiert und kannte die – auf dem von seinen Kunden generierten Umsatz – anfallende Marge. Der Beklagte kündigte das Arbeitsverhältnis mit der Klägerin am 25. Mai 2010 mit Wirkung per Ende August 2010. Nach seiner Kündigung trat er am 1. September 2010 eine Stelle bei der X. an.

3.

Die X. ist eine Genossenschaft, welche Handel mit Baumaterialien im Interesse ihrer Mitglieder betreibt. Sie verkauft u.a. Baustoffe verschiedenster Art wie Zement, Gips, Eternit, Dachziegel, Gartenplatten, Mauersteine, Werkzeuge etc. Ihr jährlicher Umsatz liegt bei einer Milliarde Franken. Sie handelt auch mit Bauholz für den Aussenbereich sowie Parkett bzw. Laminat für den Innenbereich. Beim Bauholz sowie beim Holz für den Innenbereich bestehen zwischen den Produktpaletten der Klägerin und der X. Überschneidungen. Gemäss Angaben des Beklagten – welche die Vorinstanz als glaubwürdig erachtete – beläuft sich der Umsatz der X. im Holzbereich jedoch nur auf einen kleinen Bruchteil des Gesamtumsatzes.

4.

Mit Arbeitsvertrag vom 21. Juni 2010 wurde der Beklagte bei der X. als Aussendienstmitarbeiter im Bereich Holz, Dach und Wand angestellt. Als Arbeitsort ist Biel vereinbart worden. Unbestritten blieb, dass der Beklagte in den Regionen Berner Seeland, Solothurn und Berner Oberland Kunden betreute und somit bei seinem neuen Arbeitgeber mindestens teilweise innerhalb eines Radius von 50 km um Bern tätig war. Im (gerichtliche) Funktionsbeschreibung wurde als Stellenziel festgehalten, dass der Beklagte verantwortlich ist für den professionellen und budgetorientierten Verkauf in seinem Gebiet, dass er die bestehenden Beziehungen zu den potentiellen Absatzpartnern pflegt und versucht, die Geschäftsbeziehungen durch eine X.-Mitgliedschaft zu vertiefen und dass er Informationen über alle wichtigen Bauvorhaben beschafft. Unter dem Stichwort «Hauptaufgaben» ist im Funktionsbeschreibung ferner festgehalten: «Zuverlässige, freundliche Kundenbeziehungen gemäss X. Leitbild. Plant Besuche der bestehenden Kunden effizient und wirtschaftlich.»

Soweit der Sachverhalt weitergehend von Bedeutung ist, wird er in den nachfolgenden Erwägungen näher erläutert.

5.

Gestützt auf das Dargelegte behauptete die Klägerin, der Beklagte habe mit seiner Tätigkeit im Bereich «Verkauf Holz» bei der X. gegen das vereinbarte Konkurrenzverbot verstossen. Der Beklagte bestreitet nicht, dass er ein Konkurrenzverbot unterschrieben hat. Hingegen will er das Konkurrenzverbot nicht verletzt haben und wendet sich gegen die Erfüllung der Tatbestandsmerkmale von Art. 340 OR. Er trägt in seiner Berufung vor, zwischen der Klägerin und der neuen Arbeitgeberin X. bestehe kein «Konkurrenzverhältnis». Es gebe keinen relevanten gemeinsamen Kundenkreis, an den beide Unternehmen ihre Angebote richten würden. Sodann streitet der Beklagte ab, dass er «Einblick in den Kundenkreis» der Klägerin gehabt habe. Zur Verbindlichkeit eines Konkurrenzverbotes bedürfte es ausserdem einer «erheblichen Schädigungsmöglichkeit». Eine solche Schädigungsmöglichkeit sei ebenfalls nicht gegeben, und wenn doch, wäre sie jedenfalls nicht erheblich. Weiter wird geltend gemacht, das kon-

krete Konkurrenzverbot sei örtlich und zeitlich unangemessen weit gefasst und erschwere sein wirtschaftliches Fortkommen unverhältnismässig. Und schliesslich wird im Sinne eines Eventualstandpunktes die Ansicht vertreten, die Höhe der vereinbarten Strafzahlung sei völlig überrissen. Gestützt auf Art. 163 Abs. 3 OR wird deren angemessene Herabsetzung verlangt.

III.

Der Übersichtlichkeit halber werden im Folgenden die einzelnen strittigen Voraussetzungen getrennt erörtert:

A.

Konkurrenzierung (Wettbewerbsverhältnis)

1.

Die Vorinstanz ging von einem Wettbewerbsverhältnis zwischen der Klägerin und der X. aus. Das Beweisverfahren habe ergeben, dass die Klägerin und die neue Arbeitgeberin des Beklagten die gleichen Kunden bedienen und zum Teil die gleichen Produkte verkaufen würden. Eine tatsächliche Überschneidung des Kundenkreises lasse sich zwar nur für eine geringe Anzahl Firmen feststellen. Die Überschneidung bei den Produkten betreffe ebenfalls nur ein sehr kleines Segment der Angebotspalette der neuen Arbeitgeberin des Beklagten. Die X. biete nämlich, anders als die Klägerin, nebst Holz sämtliche weiteren Baustoffe an und erziele mit dem Verkauf von Holz nur einen kleinen Anteil ihres Gesamtumsatzes. Trotz der Unterschiede der beiden Firmen in Bezug auf ihr Gesamtangebot und trotz unterschiedlich grosser Umsätze bei den gleichartigen Leistungen, würden dennoch sowohl im Angebot als auch im Kundenkreis Überschneidungen vorliegen. Beide Firmen würden mit Baustoffen handeln und jede Firma, die bestimmte Baustoffe benötige, habe die Wahl, diese entweder bei der Klägerin oder aber bei der X. zu beziehen. Folglich sei von einem gemeinsamen Kundenkreis, der gleichen Branchenzugehörigkeit und der Gleichartigkeit oder Substituierbarkeit der angebotenen Leistungen auszugehen. Damit liege ein Wettbewerbsverhältnis vor.

2.

Dem hält der Beklagte entgegen, die Vorinstanz liege falsch, wenn sie bereits kleinste Überschneidungen für ein Wettbewerbsverhältnis genügen lasse. Mit CHRISTOPH NEERACHER (Das Arbeitsrechtliche Konkurrenzverbot, Bern 2001) sei von einem gemeinsamen Kundenkreis vielmehr erst dann auszugehen, wenn die fraglichen Unternehmen ihre Angebote zumindest mehrheitlich an dieselben Abnehmer richten. Das sei hier nicht der Fall, wie selbst die Vorinstanz festhalte. Die beiden Unternehmen seien auf andere Zielgruppen ausgerichtet. Die X. beliefere überwiegend ihre eigenen Mitglieder und es bedürfe eines Kontos, damit Bestellungen überhaupt aufgegeben werden könnten. Nicht erfüllt sei ferner das Erfordernis der Befriedigung der gleichen Bedürfnisse. Das kleine Segment der gemeinsamen Angebotspalette könne keine Konkurrenzsituation begründen. Der Beklagte habe folglich das Konkurrenzverbot gar nicht verletzen können.

3.

Nach Absatz 1 von Art. 340 OR hat sich der Arbeitnehmer «jeder konkurrenzierenden Tätigkeit» zu enthalten. Er darf keine Tätigkeit aufnehmen, die mit derjenigen des Arbeitgebers im wirtschaftlichen Wettbewerb steht. Nach landläufiger Auffassung konkurrenzieren sich zwei Geschäfte dann, wenn sie dem gleichen Kundenkreis gleichartige Leistungen anbieten. Entscheidend ist nach Ansicht der Lehre, ob die zwei Unternehmen gleichartige Leistungen anbieten, die unmittelbar gleiche oder ähnliche Bedürfnisse befriedigen und einem sich mindestens teilweise überschneidenden Zielpublikum angeboten werden (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, N 7 zu Art. 340 OR m.w.H.; PORTMANN, BSK-OR I, N 2b zu Art. 340 OR).

4.

Die Vorinstanz hat in tatsächlicher Hinsicht unwidersprochen festgestellt, dass die Klägerin und die neue Arbeitgeberin des Beklagten teilweise die gleichen Kunden bedienen und zumindest zum Teil die gleichen (Holz-)Produkte verkaufen. Nach herrschender Lehre und Praxis – welche ein teilweise überschneidendes Zielpublikum genügen lässt – liegt damit ein Konkurrenzverhältnis vor.

5.

Der Beklagte beruft sich zur Begründung seiner abweichenden Auffassung auf NEERACHER, der – unter Hinweis auf BGE 92 II 26 – ein Wettbewerbsverhältnis nur anzunehmen scheint, wenn die Unternehmen ihre Angebote mehrheitlich an die dieselben Abnehmer richten. Dagegen ist zunächst einzuwenden, dass in den einschlägigen aktuellen Kommentaren die angeblich abweichende Meinung von NEERACHER weder erwähnt noch diskutiert wird. Es wird vielmehr unter Verweis auf Rechtsprechung und Lehre übereinstimmend von einem sich «mindestens teilweise überschneidenden Zielpublikum» ausgegangen. Soweit NEERACHER seine Ansicht sodann auf BGE 92 II 26 stützt, kann ihm nicht gefolgt werden. Das Bundesgericht hatte im besagten Entscheid über die Gleichartigkeit der Leistungen zu befinden. Es hat entschieden, dass nicht dasselbe Kundenbedürfnis befriedigt wird, wenn Aerosol-Abfüllmaschinen statt fertige Aerosolsprays angeboten werden. Zur Frage, ob sich das Angebot mehrheitlich oder bloss teilweise an dieselben Abnehmer richten muss, äussert sich der Entscheid hingegen nicht. Die abweichende Auffassung von NEERACHER bleibt somit ohne stichhaltige Begründung.

6.

Für die Kammer besteht folglich keine Veranlassung, von der herrschenden Lehre und Praxis abzuweichen und sich der Meinung von NEERACHER anzuschliessen. Auch wenn sich hier Zielpublikum der vormaligen und der neuen Arbeitgeberin nur teilweise überschneiden (Zielpublikum Klägerin: vorwiegend Schreiner und Zimmermänner; Zielpublikum X.: vorwiegend Dachdecker und Fassadenbauer), ist nach dem Gesagten von einem Wettbewerbsverhältnis auszugehen.

B.

Verbindlichkeit des Konkurrenzverbotes (Einblick in den Kundenkreis und erhebliche Schädigungsmöglichkeit)

1.

Die Vorinstanz untersuchte, ob der Beklagte Einblick in den Kundenkreis der Klägerin hatte und ob die Verwendung dieser Kenntnisse geeignet war, den Arbeitgeber erheblich zu schädigen (vgl. Art. 340 Abs. 2 OR). Der Beklagte – so die Vorrichterin – habe während rund fünf Jahren als Aussendienstmitarbeiter für die Klägerin gearbeitet. Als solcher habe er Zugriff auf die Kundendatenbank der Klägerin gehabt und habe die Wünsche und Anliegen der von ihm betreuten Kunden gekannt. Das genüge nach herrschender Lehre und Praxis, damit die Voraussetzung der Einsicht in den Kundenkreis im Sinne von Art. 340 Abs. 2 OR erfüllt sei. Der Verkauf von Baumaterial setze keine von besonderen persönlichen Eigenschaften getragenen Kundenbeziehungen voraus. Es handle sich vielmehr um eine Dienstleistung, die anstelle des Beklagten auch eine andere Person erbringen könne, falls sie Zugang zu den gleichen Informationen wie der Beklagte habe. Der Faktor Bindung aufgrund besonderer Fähigkeiten sei hier nicht ausschlaggebend, weshalb ein Ausschlussgrund für das Konkurrenzverbot fehle.

2.

Weiter hat die Vorinstanz auch die Möglichkeit einer erheblichen Schädigung der Klägerin als Folge der Verletzung des Konkurrenzverbotes bejaht. Die Klägerin habe einen acht Kunden umfassenden Auszug aus der Kundenliste des Beklagten vorgelegt. Daraus gehe hervor, dass diese Kunden Umsätze zwischen Fr. 343 848.– und Fr. 26 742.– generierten. Die Verwendung der Kenntnisse des Beklagten könne dementsprechend zu einer Schädigung der Klägerin führen, denn der Beklagte habe die bisherigen Bedürfnisse seiner Kunden gleichermassen wie die Konditionen der Klägerin gekannt. Diese Kenntnisse hätten es ihm ermöglicht, allfällige Angebote erfolversprechend zu gestalten und frühzeitig auf die konkreten Bedürfnisse der Kunden auszurichten. Da die Beurteilung des Schädigungspotentials abstrakt erfolge, spiele es keine Rolle, ob die Kenntnisse tatsächlich schädigend eingesetzt worden sind. Es genüge, dass deren Verwendung die Klägerin hätte schädigen können. Die Erheblichkeit der (abstrakten) Schädigung begründete die Vorinstanz mit dem möglichen Verlust einzelner umsatzstarker oder aber einer Vielzahl weniger bedeutender Kunden der Klägerin für den Fall, dass der Beklagte seine Kenntnisse verwendet hätte. Im Übrigen würden Lehre und Praxis keine strengen Anforderungen an die Erheblichkeit stellen. Das Bundesgericht habe in einem Fall (BGE 4C.43/2007) einen Provisionsverlust von Fr. 16 000.– bis Fr. 19 000.– pro Jahr genügen lassen, und zwar ohne Bezugnahme auf den Unternehmensgewinn oder Umsatz.

3.

Der Beklagte bestreitet, dass er den gesetzlich geforderten Einblick in den Kundenkreis der Klägerin gehabt habe. Wenn die Vorinstanz davon ausgehe, er – der Beklagte – habe die Wünsche und Anliegen seiner Kunden gekannt, verkenne sie die massgebenden Kriterien: Entscheidend sei, ob er sämtliche Faktoren gekannt habe, die im Kampf um die Kundschaft für den Verbleib bei der Klägerin bzw. für einen Wechsel zu einem anderen Anbieter von Bedeutung gewesen seien. Solche Kenntnisse habe er nicht gehabt. Offerten und Umsatzzahlen hätten auch anderweitig in Erfahrung gebracht werden können und alle Mitarbeiter der Klägerin hätten diese Daten gekannt. Somit habe er weder besondere Kenntnisse gehabt noch Einblick in Geheimes oder Schutzwürdiges. Das Abwerben von Kunden sei auf dieser Basis nicht möglich gewesen. Weiter bestreitet der Beklagte die erhebliche Schädigungsmöglichkeit. Er begründet dies damit, dass er zu Beginn seines Arbeitsverhältnisses mit der X. Umschulungen absolvieren müssen, was schon per se belege, dass die Kenntnisse aus der früheren Anstellung für die neue Arbeitgeberin nicht von Nutzen gewesen seien. Sodann vertritt er die These, eine Schädigungsmöglichkeit fehle auch deshalb, weil zwischen den beiden Unternehmen kein Konkurrenzverhältnis bestehe. Ihre Umsatzstärke ermögliche der Klägerin eine ganz andere Preisgestaltung und andere Margen. Der umsatzschwächeren X. sei es demgegenüber unmöglich, sich an den Konditionen der Klägerin zu orientieren. Die Kenntnisse des Beklagten könnten vor diesem Hintergrund gar nicht zu einer Schädigung der Klägerin führen. Im Zusammenhang mit der Erheblichkeit der Schädigung wirft der Beklagte der Vorinstanz ausserdem vor, sie habe sich dazu nur marginal geäussert. Zudem habe sie übersehen, dass der Verlust einzelner oder mehrerer Kunden in Relation zur Gesamtsituation, d.h. zum Gesamtumsatz, gesetzt werden müsse.

4.

Gemäss Art. 340 Abs. 2 OR ist die Verpflichtung, sich jeder den Arbeitgeber konkurrenzierenden Tätigkeit zu enthalten, nur verbindlich, wenn das Arbeitsverhältnis dem Arbeitnehmer Einblick in den Kundenkreis oder in Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse gewährt und die Verwendung dieser Kenntnisse den Arbeitgeber erheblich schädigen könnte. Der Einblick in einen der beiden Bereiche (Kundenstamm/Geschäftsgeheimnis) genügt, es handelt sich um alternative, nicht um kumulative Voraussetzungen. In jedem Fall ist aber zusätzlich die erhebliche Schädigungsmöglichkeit vorausgesetzt (JAR 1990, S. 330). Damit ein genügender Einblick in den Kundenkreis angenommen werden kann, müssen ausreichend intensive Kundenkontakte vorhanden sein. Nach der bundesgerichtlichen Praxis ist eine Beziehung notwendig, die es erlaubt, die Anschauungen, Gepflogenheiten, Wünsche und Eigenheiten der Kunden kennenzulernen, und die es ermöglicht, sich selber bei diesen «einen Namen zu machen». Der Einblick besteht folglich aus zwei Elementen, der persönlichen Beziehung und der Kenntnis der Wünsche und Bedürfnisse des Kunden. Nicht ausreichend ist

demnach der blosse Einblick in Kundenlisten. Von einem Kundenkreis kann vielmehr nur dann gesprochen werden, wenn es sich um Geschäftspartner handelt, die in mehr oder weniger regelmässigen Abständen Geschäfte mit dem Arbeitgeber tätigen, und zwar über längere Zeit. Geschützt ist mit anderen Worten der Kundenstamm, für den man beim Verkauf des Geschäftes Goodwill bezahlen würde. Dabei ist nicht die Kundenliste, sondern die Geschäftsbeziehung Schutzobjekt. Deshalb ist es unerheblich, ob die blossen Kundenadressen vom Arbeitnehmer auch auf andere Weise, z.B. über ein Branchenverzeichnis, hätten gesammelt werden können. «Einblick in den Kundenkreis» im Sinne des Gesetzes hat der Arbeitnehmer erst dann, wenn er die wesentlichen Voraussetzungen, die den Kunden an den Arbeitgeber binden, kennt. Das Bundesgericht verlangt daher, dass der Arbeitnehmer persönlichen Kontakt zu den Kunden hatte, so dass er den Kunden leicht gleiche Leistungen anbieten und sie so für sich gewinnen kann. Das kann schon bei einer relativ kurzen Anstellungsdauer der Fall sein. Betroffen sind in erster Linie Aussendienstmitarbeiter (Reisende und Servicemonteur), Kundenberater, Marketing und Verkaufsverantwortliche (zum Ganzen STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., N 9 zu Art. 340 OR mit Hinweisen auf die Rechtsprechung).

5.

Nach den unangefochten gebliebenen Feststellungen der Vorinstanz betreute der Beklagte als Aussendienstmitarbeiter der Klägerin während fünf Jahren rund 200 Kunden. Diese besuchte und beriet er persönlich. Als Aussendienstmitarbeiter hatte der Beklagte zudem Zugriff auf die einschlägigen Kundendatenbanken der Klägerin. Er kannte die Offerten, die die Klägerin ihren Kunden unterbreitete, wusste aufgrund der Kundenbesuche, welche Bedürfnisse diese hatten und welche Bestellungen sie tätigten. Zudem war ihm bekannt, wieviel Umsatz die Klägerin mit jedem einzelnen der von ihm betreuten Kunden erzielte. Damit hatte der Beklagte detaillierte Einsicht in die Wünsche, Anliegen, Bedürfnisse und Gewohnheiten der von ihm betreuten Kunden, so dass er seine Angebote darauf ausrichten konnte. Er kannte aufgrund persönlicher Kontakte die wesentlichen Tatsachen, die den Kunden an die Klägerin banden und befand sich deshalb in bester Ausgangsposition für eine Kundenabwerbung. Dass andere Mitarbeiter der Klägerin dieselben Kenntnisse hatten, ändert daran nichts. Auch sie unterlagen einem Konkurrenzverbot und durften ihre Informationen nicht zum Nachteil der Klägerin ausnutzen. Nichts zu Gunsten des Beklagten folgt ferner aus den diversen Umschulungen. Diese betrafen – wie der Beklagte selbst einräumte – in erster Linie neue Produkte (Eternitschulung) und nicht die Holzproduktepalette der X. Insgesamt ist bei dieser Ausgangslage nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz angenommen hat, der Beklagte habe Einblick in den Kundenkreis der Klägerin im Sinne von Art. 340 Abs. 2 OR gehabt. Es kann ergänzend auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden.

6.

Die Verbindlichkeit des Konkurrenzverbotes setzt ferner eine erhebliche Schädigungsmöglichkeit voraus. Das Schädigungspotential für den alten Arbeitgeber besteht im Umstand, dass die entsprechenden Informationen vom neuen Arbeitgeber bzw. Unternehmen konkurrenzierend ausgenutzt werden können. Das Schadenspotential muss im erforderlichen Ausmass auf die besonderen Kenntnisse und deren Verwertung zurückgehen, und nicht auf andere Ursachen, wie die persönliche Tüchtigkeit des Arbeitnehmers. Nicht erforderlich ist ferner, dass der Schaden tatsächlich eingetreten ist. Das Gesetz lässt die Schädigungsmöglichkeit genügen (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., N 15 zu Art. 340 OR). Das Wort «erheblich» sorgt dafür, dass nicht jede geringfügige Schädigungsmöglichkeit als genügend eingestuft werden darf. Es muss ein ins Gewicht fallendes Schädigungspotenzial vorhanden sein, was indes schon beim drohenden Verlust eines einzigen, jedoch bedeutenden Kunden der Fall sein kann. Nicht verlangt wird, dass der Schaden einen bedeutenden Teil des Umsatzes erreichen muss. Für das Bundesgericht genügte ein Provisionsverlust von über Fr. 10 000.– bei einer grösseren Transportunternehmung, ohne dass dieser zum Gesamtumsatz in Beziehung gesetzt worden wäre. Generell lässt sich sagen, dass die Praxis keine strengen Anforderungen an die Erheblichkeit der Schädigungsmöglichkeit stellt (BGE 4C.360/2004 E 3.3; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., N 15 zu Art. 340 OR).

7.

Wie bereits erörtert (oben Ziff. III. A.), überschneidet sich das Wirkungsfeld des Beklagten am alten und neuen Arbeitsort, wenn auch nur teilweise. Ferner stellte die Kammer oben in Ziff. 5 fest, dass der Beklagte die Bedürfnisse seiner bisherigen Kunden kannte, gleichermassen wie die Konditionen, zu welchen die Klägerin ihre Waren anbot. Das Beweisverfahren hat sodann ergeben, dass der Beklagte bei der Klägerin 200 Kunden betreute, wovon er mit acht dieser Kunden im Dezember 2009 Umsätze von rund Fr. 27 000.– bis Fr. 340 000.– erzielte. Bei den gegebenen tatsächlichen Voraussetzungen geht auch die Kammer von einem Schädigungspotential aus. Da die Schädigungsmöglichkeit ausreicht, genügt es, dass nur ein Kunde mit gutem Umsatz hätte wechseln können. Unerheblich ist dabei, dass der mögliche Verlust eines oder einzelner Kunden in Relation zum Gesamtumsatz der Klägerin nicht allzu stark ins Gewicht fällt. Die Erheblichkeit der Schädigungsmöglichkeit bemisst sich nicht nach den Umsatzzahlen sondern nach einer summenmässig bestimmten Grösse. Es ist mit anderen Worten nicht relevant, ob ein Kleinunternehmen ein Grossunternehmen konkurrenziert oder umgekehrt; bzw. es entspricht nicht der gesetzlichen Konzeption, dass die Verletzung eines Konkurrenzverbotes umso schwieriger wird, je grösser die Unternehmung ist. Entscheidend ist einzig, dass die vom Beklagten bei der Klägerin betreuten Kunden je Jahresumsätze zwischen Fr. 27 000.– und Fr. 340 000.– generiert haben. Der mögliche Verlust nur schon eines dieser Kunden erreicht damit die Grös-

senordnung von Fr. 10 000.– und kann deshalb als erheblich im Sinne des Gesetzes bezeichnet werden.

C.

Angemessenheit

1.

Die Vorinstanz sah keine Veranlassung, das Verbot richterlich einzuschränken. Weder die einjährige Schutzdauer noch die örtliche Ausdehnung des Verbots auf einen Umkreis von 50 km seien übermässig. Sie verzichtete ferner darauf den sachlichen Geltungsbereich des vereinbarten Konkurrenzverbotes einer weiteren Überprüfung zu unterziehen. Die Kombination von Aussendienstmitarbeiter und Handel mit Holz treffe den eigentlichen Kern des Konkurrenzverbotes. Eine weitere Einschränkung des Konkurrenzverbotes hätte vielmehr zur Folge, dass der Klägerin jeder Schutz verwehrt und der Zweck der gesetzlichen Regelung missachtet würde. Die Tatsache, dass der Beklagte nur wenig Holz verkaufe, ändere daran nichts.

2.

Der Beklagte vertritt die Ansicht, durch das Verbot werde sein berufliches Fortkommen zu stark eingeschränkt bzw. unbillig erschwert. Die (zu) allgemein gehaltene Umschreibung des Konkurrenzverbotes komme einem eigentlichen Berufsverbot gleich. Alternative Erwerbsmöglichkeiten gebe es kaum und es sei auch keine Karenzentschädigung für die Nichtausübung einer konkurrenzierenden Tätigkeit vereinbart worden. Zudem bestreitet er die Angemessenheit in zeitlicher Hinsicht. Er führt aus, der Richtwert für die Schutzdauer eines Kundenkreises sei ca. ein halbes Jahr, womit die vorliegend vereinbarte einjährige Dauer herabzusetzen sei.

(...)

D.

Herabsetzung

(...)

5.

Nach Ansicht der Kammer liegen nach dem Gesagten durchaus Anhaltspunkte vor, um sich über eine Reduktion der Strafzahlung Gedanken zu machen. Entgegen den Vorbringen des Beklagten ist in diesem Zusammenhang aber nicht nur die Höhe des Verschuldens massgebend. Ob der vereinbarte Betrag gemessen an den dargelegten Interessen unverhältnismässig ist, hängt im Wesentlichen auch von der Würdigung der wirtschaftlichen Verhältnisse des Beklagten ab. Je angespannter die finanzielle Lage des Pflichtigen ist, umso eher muss die Konventionalstrafe als überhöht angesehen werden. Der Beklagte hat es aber unterlassen, seine persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse transparent darzulegen. In den Akten finden sich zu dieser Frage keine substantiellen Ausführungen oder Belege, wie etwa eine Steuererklärung. So ist beispielsweise nicht bekannt, welches aktuelle Einkommen der Beklagte erzielt, wie sich seine Vermö-

gensverhältnisse präsentieren, noch welche finanziellen Verpflichtungen er hat.

6.

Mangels Dokumentation der wirtschaftlichen Verhältnisse ist es der Kammer nach dem Gesagten nicht möglich, die Unverhältnismässigkeit der Konventionalstrafe zu beurteilen. Allein die Tatsache, dass sie plus minus einen halben Jahreslohn ausmacht, genügt nicht, um darzutun, dass sie den Beklagten übermässig hart trifft. Im Ergebnis erweist sich deshalb die Berufung auch in diesem Punkt als unbegründet. Zusammenfassend kommt die Kammer zum Schluss, dass der angefochtene Entscheid nicht zu beanstanden ist. Die Berufung muss abgewiesen werden, soweit darauf eingetreten werden kann.

Eingereicht von A. Günther, lic. iur. RA, Leitender Gerichtsschreiber

Obergericht des Kantons Bern, Urteil vom 13. Oktober 2014 (teilweise Aufhebung des Urteils des Regionalgerichts Bern Mittelland vom 15. Mai 2014)

Fristlose Entlassung, Art. 337 OR. Die Auflistung diverser nicht tolerierter Verhaltensweisen im Arbeitsvertrag ersetzt nicht die Verwarnung, da diese auf ein konkretes Fehlverhalten des Arbeitnehmers Bezug nehmen muss, verbunden mit klaren Anordnungen und der Androhung von Konsequenzen (E. 11).

Gemäss der früher vorherrschenden «Muss-Lösung» bei Art. 337c Abs. 3 OR, wonach eine ungerechtfertigte fristlose Entlassung regelmässig eine Privatbusse zur Folge haben müsse und der Richter grundsätzlich verpflichtet sei, eine Entschädigung auszusprechen, wird in der jüngeren Rechtsprechung in Abkehr von dieser «Zwangsentschädigung» auch akzeptiert, dass keine Entschädigung zugesprochen wird, dies mit der Begründung, es bestehe im Verhältnis zu den Verfehlungen des Arbeitgebers auch ein erhebliches eigenes Fehlverhalten des Arbeitnehmers, das zwar für eine fristlose Entlassung gerade noch nicht ausreiche, indes das Zusprechen einer Privatbusse als stossend erscheinen liesse (E. 12).

Sachverhalt:

Die Parteien schlossen am 2. April 2013 einen Arbeitsvertrag. Der Kläger wurde als Praktikant Fitness angestellt. Im Vertrag wurde herausgehoben bzw. explizit vereinbart, dass die nicht vollständige Durchführung von Routineaufgaben und das unbefugte «Surfen» im Internet eine Kündigung nach sich ziehen können. Am 5. August 2013, d.h. einen Monat nach Ablauf der Probezeit, kündigte die Beklagte dem Kläger fristlos. Zur Be-

gründung wurde ausgeführt, der Kläger habe sich nicht an die mündlichen und schriftlichen Anweisungen gehalten.

Der Kläger hielt die fristlose Kündigung für ungerechtfertigt und verlangte mit seiner Klage den Lohn bis zum Ablauf der Kündigungsfrist sowie eine Entschädigung von zwei Monatslöhnen, insgesamt Fr. 6000.–. Mit Entscheid vom 15. Mai 2014 verurteilte das Regionalgericht Bern-Mittelland die Beklagte, dem Kläger einen Betrag von Fr. 6000.– zu bezahlen. Der Vorrichter sprach dem Kläger zwei Monatslöhne à Fr. 2000.– zu. Die Entschädigung i.S.v. Art. 337c Abs. 3 OR setzte er auf einen Monatslohn (Fr. 2000.–) fest. Dagegen führte die Beklagte Beschwerde und verlangte die Aufhebung des angefochtenen Entscheides bzw. die Abweisung der Klage.

Aus den Erwägungen:

6.

Ebenfalls korrekt festgehalten hat die Vorinstanz, dass keine schriftlichen Verwarnungen und keine schriftlichen Notizen zu Abmahnungsgesprächen bestehen. Das räumt die Beklagte selbst ein. Die mündliche Androhung der Kündigung wird in der Klageschrift zwar behauptet. Weder im Parteiverhör noch in der Beschwerdeschrift werden dazu aber nähere Ausführungen gemacht. Vielmehr wird pauschal vorgetragen, man habe mit dem Kläger drei Gespräche geführt, da man gesehen habe, dass sich die Kritikpunkte einfach nicht gebessert hätten. Eine authentische Schilderung der Begleitumstände dieses Gesprächs sowie des Zeitpunktes, an dem es stattgefunden haben soll, findet sich im Parteiverhör aber nicht und wird auch sonst nicht ausgeführt. Es ist bei dieser Ausgangslage deshalb nicht offensichtlich falsch, wenn die Vorinstanz folgert, die Beklagte sei den Beweis schuldig geblieben, den Kläger abgemahnt und ihm die fristlose Kündigung angedroht zu haben. Dass der Kläger am 5. August 2013 trotz Weisung nicht alle Routinearbeiten erledigt und im Internet gesurft hat, ist unbestritten und wurde von der Vorinstanz so festgestellt. Insoweit sind Beanstandungen fehl am Platz.

7.

Hingegen mag – entgegen den vorrichterlichen Feststellungen – zutreffen, dass die Beklagte den Detaillierungsgrad der unausgeführt gebliebenen Routinearbeiten genügend spezifiziert hat. X. führte dazu im Parteiverhör aus, der Kläger habe nur zwei statt fünf Mal den Trainingsplan ausgeführt. Ferner nannte er in der Tat sechs Punkte (Lüftung lief noch, Licht brannte, Papier nicht entsorgt, Wasserhähne nicht geputzt, Getränke nicht aufgefüllt), die im Gefolge eines Gesprächs an einem Freitag am darauffolgenden Montag unerledigt geblieben sind. Allerdings wäre mit Blick auf die fristlose Kündigung wichtig zu wissen, wann genau der Kläger diese Verfehlungen begangen haben soll; oder anders gesagt, ob die fristlose Kündigung kurz nach erfolgter Feststellung dieser Verfehlungen ausge-

sprochen wurde. Gemäss Klageantwort ist dem Kläger bekanntlich wegen der unbefugten Benutzung des Internets fristlos gekündigt worden. Die Beklagte hat den Kläger dabei am 5. August 2013 ertappt und postwendend die Kündigung ausgesprochen, welche der Kläger am 6. August 2013 erhalten hat. Der 5. August 2013 war tatsächlich ein Montag, so dass die Kündigung durchaus als Folge eines Gesprächs vom Freitag, 2. August 2013, ausgesprochen worden sein könnte. Ob ein solches Gespräch mit den behaupteten Inhalten aber wirklich am 2. August 2013 stattgefunden hat, ist nicht erstellt und wird von X. auch nicht ausdrücklich geltend gemacht. Seine Angaben in Bezug auf den Zeitpunkt eines entsprechenden Gespräches lassen vielmehr die nötige Klarheit vermissen. Angesichts dieser Unklarheiten kann der Vorinstanz jedenfalls nicht vorgeworfen werden, sie hätte den Sachverhalt krass falsch gewürdigt. Zudem wird es entscheidend darauf ankommen, ob diese sechs Punkte zur fristlosen Kündigung berechtigen. Das wiederum ist eine Rechtsfrage und hat nichts mit der unrichtigen Feststellung des Sachverhalts zu tun.

8.

Schliesslich behauptet die Beklagte, die Vorinstanz habe die E-Mail vom 6. August 2013 falsch gewürdigt. Es treffe nicht zu, dass die Beklagte mit der Art des Klägers nicht klargeworden sei. Der Kläger sei einzig wegen der Nichtbefolgung von Weisungen entlassen worden. Die E-Mail vom 6. August 2013 verweist ausdrücklich auf die Unvereinbarkeit der Charaktere. Auf der anderen Seite enthält sie keinerlei Hinweise auf die Nichtbefolgung von Weisungen oder eine Arbeitsverweigerung. Angesichts der dokumentierten, klaren Worte ist nicht ersichtlich, inwiefern die vorinstanzliche Würdigung aktenwidrig sein soll. Umgekehrt kann auch nicht gesagt werden, die Vorinstanz hätte eine aktenkundige Tatsache übersehen. Was zwischen den Zeilen geschrieben steht bzw. «diplomatisch» mitgeteilt wird, kann nicht als aktenkundig gelten. Insgesamt ist deshalb die vorinstanzliche Feststellung des Sachverhaltes nicht zu bemängeln.

9.

Nach Art. 337 OR kann der Arbeitgeber wie der Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis aus wichtigen Gründen jederzeit fristlos auflösen (Abs. 1). Als wichtiger Grund gilt jeder Umstand, bei dessen Vorhandensein dem Kündigenden nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden darf (Abs. 2). Eine fristlose Entlassung ist nur bei besonders schweren Verfehlungen des Arbeitnehmers gerechtfertigt. Sind die Verfehlungen weniger schwerwiegend, so müssen sie trotz Verwarnung wiederholt vorgekommen sein (BGE 130 III 31, 129 III 382). Ob der Arbeitnehmer nach Treu und Glauben als ausreichend gewarnt zu gelten hat und ob die vorgeworfene Pflichtverletzung die erforderliche Schwere erreicht, lässt sich nicht allgemein sagen, sondern hängt von den konkreten Umständen des Einzelfalles ab. Abzustellen ist auf die Natur, Schwere und Häufigkeit der Verfehlungen sowie die Reaktionen des Arbeitnehmers auf die erfolgte Rüge und Ermahnung (Urteil des

Bundesgerichtes 4C.370/2004 vom 23. Dezember 2004). Die Abmahnung hat zugleich Rüge- und Warnfunktion (STAEHELIN, Zürcher Kommentar zum OR, N 10 zu Art. 337 OR). Damit die fristlose Entlassung wegen leichter Verstösse gültig ist, muss der Arbeitgeber deutlich zum Ausdruck bringen, dass er gewisse Vorkommnisse nicht für belanglos hält und nicht mehr zu dulden gewillt ist (STAEHELIN, a.a.O., N 9 zu Art. 337 OR). Der Arbeitnehmer muss aus der Verwarnung klar ersehen, welche Verhaltensweisen nicht mehr toleriert werden und wie er sich in Zukunft zu verhalten hat, d.h. es muss für ihn erkennbar sein, dass er im Wiederholungsfall die ausserordentliche Kündigung riskiert. Das Gericht beurteilt nach freiem Ermessen, ob wichtige Gründe vorliegen (Art. 337 Abs. 3 OR), wobei alle Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen sind, insbesondere die Stellung und Verantwortung des Arbeitnehmers, die Art und Dauer des Vertragsverhältnisses sowie die Natur und Schwere der Verfehlungen. Bei einer kurzen Kündigungsfrist ist die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses eher zumutbar als bei einer längeren (PORTMANN, BSK-OR I, N 3 und 4 zu Art. 337 OR).

10.

Vorweg sei hier klargestellt, dass es nicht um die Frage geht, ob die diversen Verfehlungen des Klägers einen Kündigungsgrund darstellen. Zu entscheiden ist vielmehr, ob sie für eine fristlose Kündigung ausreichen. Die Beklagte behauptet, die Kumulation von Nichterfüllung der zugeteilten Arbeiten und Vertrauensmissbrauch durch Verletzung des «Surfverbotes» erfülle die Voraussetzungen für eine fristlose Entlassung, ansonsten wäre das Institut der fristlosen Kündigung in Frage gestellt und das Weisungsrecht nutzlos. Auf welche Rechtsprechung oder Lehrmeinung sie sich abstützt, ist allerdings unklar. Bezüglich Schlechterfüllung der Arbeitspflicht beruft sich die Beklagte auf BGE 108 II 144. Dieser Entscheid ist aber schon deshalb nicht einschlägig, weil dort vor der fristlosen Kündigung mehrere Verwarnungen ausgesprochen worden waren.

11.

Weder das gelegentliche Surfen im Internet noch die Nichterfüllung der behaupteten Routinearbeiten können objektiv als gravierende Verfehlungen angesehen werden. Eine Auflösung des Arbeitsverhältnisses ohne Abmahnung vermögen diese Vorfälle – auch in ihrer Kombination – deshalb nicht zu rechtfertigen. Es kann in diesem Zusammenhang auf die sorgfältigen und in allen Teilen zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz zur fristlosen Kündigung bzw. zur notwendigen Schwere der begangenen Fehler verwiesen werden. Folgerichtig hat die Vorinstanz sodann festgehalten, dass der Arbeitnehmer bei weniger schwerwiegenden Widerhandlungen zuerst abgemahnt werden muss. Eine Abmahnung, der die verlangte Rüge- und Warnfunktion im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zugesprochen werden könnte, ist mit dem unter Ziff. 6 Gesagten aber nicht erstellt. Daran ändert nichts, dass der Arbeitsvertrag diverse Verhaltensweisen auflistet, die der Arbeitgeber nicht zu tolerieren gewillt

ist. Eine derartige arbeitsvertragliche Bestimmung gibt zwar bekannt, worauf Seitens des Arbeitgebers Wert gelegt wird. Sie ersetzt aber eine Verwarnung nicht, da diese auf ein konkretes Fehlverhalten des Arbeitnehmers Bezug nehmen muss, verbunden mit klaren Anordnungen und der Androhung von Konsequenzen (BGer, JAR 2002, 262). Zusammenfassend kommt nach dem Gesagten auch die Kammer zum Schluss, dass die fristlose Kündigung ungerechtfertigt war.

12.

Im Falle einer ungerechtfertigten Entlassung kann der Richter den Arbeitgeber verpflichten, dem Arbeitnehmer eine – sechs Monatslöhne nicht übersteigende – Entschädigung zu bezahlen, die er nach freiem Ermessen und unter Würdigung aller Umstände festlegt (Art. 337c Abs. 3 OR). In der Lehre ist eine Kontroverse darüber entbrannt, ob die «Kann-Formulierung» dieser Bestimmung nicht eben doch ein faktisches «Muss» bedeute und der Richter damit nur in äussersten Ausnahmefällen berechtigt sei, von einer Entschädigung abzusehen (einen Überblick zum Meinungsstand bietet BRÜHWILER, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, zweite Auflage, Bern 1996, N 10b zu Art. 337c OR; vgl. ferner PORTMANN, BSK-OR I, N 5 ff zu Art. 337c OR). Auch das Bundesgericht zählte früher zu den Befürwortern einer «Muss-Lösung». So erwog es etwa in BGE 116 II 301, dass eine ungerechtfertigte fristlose Entlassung «regelmässig» eine Privatbusse zur Folge habe und der Richter grundsätzlich verpflichtet sei, eine Entschädigung auszusprechen. In späteren Entscheiden (BGer JAR 1995, 220; BGer JAR 2002, 265 ff) stellte das Bundesgericht diese Rechtsprechung jedoch in Frage und akzeptiert nunmehr – unter bestimmten Voraussetzungen – auch eine Verweigerung der Entschädigung. Die kantonale Rechtsprechung ist diesem Beispiel gefolgt (so etwa JAR 1995, 222 und JAR 2002, 287) und zeigt ebenfalls eine Tendenz zur Abkehr vom starren Regime einer «Zwangsentuschädigung». Als Grund für die Verweigerung einer Entschädigung nennen sämtliche zitierten Entscheide im Wesentlichen ein im Vergleich zu den Verfehlungen des Arbeitgebers erhebliches eigenes Fehlverhalten des Arbeitnehmers, das zwar für eine fristlose Entlassung gerade noch nicht ausreicht, indes das Zusprechen einer Privatbusse als stossend erscheinen liesse.

13.

In Übereinstimmung mit dieser Rechtsprechung gelangt auch die Kammer zur Auffassung, dass es sich bei Art. 337c Abs. 3 OR um eine echte «Kann»-Vorschrift handelt und es somit im Ermessen des Richters liegt, ob dem Arbeitnehmer eine Entschädigung zu entrichten ist. Demzufolge kann auf den Zuspruch einer Entschädigung auch verzichtet werden, wenn besondere Umstände zur fristlosen Entlassung geführt haben, die dem Arbeitgeber angesichts der Gesamtheit der Vorkommnisse nicht anzulasten sind. Dazu zählt – wie oben bereits erörtert – ein erhebliches eigenes Fehlverhalten des Arbeitnehmers. Im Übrigen verweist eine «Kann»-Vorschrift auf ZGB 4 und damit auf einen Entscheid nach Recht und Bil-

ligkeit. Dies erfordert eine objektivierbare Wertung, die sich an folgenden Massstäben orientiert: Strafwürdigkeit des Arbeitgeberverhaltens, Schwere der Persönlichkeitsverletzung (z.B. Alter und Lebenssituation des Arbeitnehmers, Dauer der Anstellung etc.), Mass der Widerrechtlichkeit der fristlosen Entlassung, finanzielle Situation der Parteien und Schwere des Mitverschuldens des Arbeitnehmers.

14.

Wie der Kläger selbst einräumt, bot sein Verhalten mehrmals Anlass für Kritik. Er bestreitet nicht, dass er trotz Weisungen der Beklagten Routinearbeiten nicht erledigte und das Internetverbot für private Zwecke verletzte. Damit trägt er ein erhebliches Mitverschulden an der Eskalation. Sodann hat das Arbeitsverhältnis nur gerade vier Monate gedauert. Intensität und Dauer der vertraglichen Beziehung waren daher gering. Zwar geriet der Kläger nach der Kündigung mangels Rücklagen kurzzeitig in finanzielle Bedrängnis. Er hat sich allerdings bewusst für die neue Ausbildung entschlossen, ohne dafür ein finanzielles Polster angelegt zu haben. Dieser Umstand kann nicht der Beklagten angelastet werden. Im Übrigen gelang es dem Kläger rasch wieder, eine neue Ausbildungsstelle zu finden. Die von der Vorinstanz erwähnten «nicht unerheblichen Schwierigkeiten bei der Ausbildung» sind deshalb nicht ersichtlich. Alles in Allem zeugt das Vorgehen der Beklagten nicht von einer verwerflichen, arbeitnehmerfeindlichen Haltung, weshalb von der Zahlung einer Privatbusse unter Berücksichtigung des erheblichen Fehlverhaltens des Klägers abzusehen ist. In soweit ist die Beschwerde gutzuheissen.

(...)

Die Kammer entscheidet:

Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen. Die Beklagte wird verurteilt, dem Kläger einen Betrag von Fr. 4000.– zu bezahlen. Soweit weitergehend wird die Beschwerde abgewiesen.

Eingereicht von A. Günther, lic. iur. RA, Leitender Gerichtsschreiber

Kanton Genf

Cour de justice du canton de Genève, Chambre des prud'hommes, Arrêt du 24 février 2014 (Admission partielle de l'appel interjeté contre le jugement du Tribunal des prud'hommes du 23 juillet 2013)

Art. 337d CO. La preuve de l'abandon d'emploi incombe à l'employeur (c. 3.1.5). Il n'y a pas d'abandon d'emploi du fait que le travailleur ait quitté son travail suite à une altercation et sous le coup de l'émotion. Le travailleur se met tout au plus en demeure fautive de fournir sa prestation, sans être animé d'une volonté de rompre (c. 3.1.2). Lorsque les intentions ou réponses du travailleur interpellé paraissent peu claires, il incombe à l'employeur de tenter de clarifier la situation, en mettant son employé en demeure de fournir sa prestation, respectivement de justifier un empêchement de le faire (c. 3.1.4).

Art. 337 CO. Le fait pour un travailleur, qui n'est pas cadre et qui n'assume pas de responsabilités particulières dans l'entreprise, de quitter momentanément son travail suite à un différend avec l'employeur ou un collègue de travail, même en dépit d'une menace claire de renvoi immédiat, ne justifie en principe pas son licenciement immédiat (c. 3.3.3).

Art. 324a CO. En cas d'accident ou de maladie, il incombe au travailleur d'apporter la preuve de l'incapacité de travail en découlant. Un certificat médical ne constitue pas une preuve absolue. Le juge reste libre dans son appréciation. Toutefois, il ne s'écartera de ce qui est attesté dans le certificat qu'en présence de doutes fondés, mettant en cause la crédibilité du document, le médecin étant réputé mieux cerner une pathologie qu'un juge (c. 4.1.3). Il incombe à l'employeur qui conteste le certificat médical du travailleur d'apporter la preuve des éléments mettant en doute l'attestation. Généralement, il fera subir à l'intéressé, à ses frais, une consultation auprès de son médecin-conseil (c. 4.1.6).

Art. 324a al. 4 CO. Lorsque l'employeur, en violation de ses obligations contractuelles ou imposées par une convention collective de travail a omis de conclure une assurance perte de gain collective en cas de maladie, ou en a conclu une qui ne garantit pas les prestations prescrites, que ce soit dans leur montant ou dans leur durée, il est tenu, en vertu de l'art. 97 CO, de fournir ces prestations à la place de l'assureur (c. 6.3.1). Par ailleurs, si l'employeur a conclu une assurance perte de gain prévoyant la fin des prestations avec la fin des rapports de travail, il est tenu, sous peine d'engager sa responsabilité contractuelle envers son employé, de l'en avertir à temps. On peut même se demander si une police ou des conditions générales y adossées qui comporteraient une telle clause insolite seraient licites, vu l'exigence de l'équivalence prévue dans la loi (c. 6.3.3).

Extraits des faits:

E. SA, dont le siège social se trouve à Genève, a pour but «le développement et l'exploitation d'établissements publics, notamment dans le domaine de la restauration et du divertissement». La société exploite un restaurant sis à Genève. Par contrat écrit du 3 novembre 2010, E. SA a engagé T. en qualité de barman, et ce pour une durée indéterminée. A teneur de ce contrat, rédigé sur la base du contrat-type de l'association patronale «Gastrosuisse», les parties sont convenues d'un salaire mensuel brut de 4000 fr., d'un horaire hebdomadaire de 42 heures, d'un délai de congé d'un mois pour la fin d'un mois, respectivement de deux mois pour la fin d'un mois à compter de la 5^{ème} année de service. La convention renvoie, pour le surplus, à la Convention collective de travail pour l'hôtellerie-restauration (CCNT 98), dans sa version du 1^{er} janvier 2010, laquelle définit, entre autres, le principe et l'étendue du droit aux vacances et à un 13^{ème} salaire mensuel. E. SA a conclu, en faveur de son personnel, une assurance perte de gain en cas de maladie, et ce à primes partagées. Les rapports de travail ont commencé le 4 novembre 2010.

Le vendredi 9 septembre 2011, T. a quitté son poste de travail suite à une altercation survenue avec un collègue. On l'a alors sommé par téléphone de reprendre son poste avant 22h00, faute de quoi on retiendrait un abandon de poste et il serait licencié avec effet immédiat. T. n'a pas déféré à la sommation de réintégrer l'établissement le soir même.

Par acte du 28 juin 2012, T. a actionné E. SA devant le Tribunal des prud'hommes en paiement de 25 615 fr. 35 bruts plus intérêts. Le demandeur y a exposé en substance avoir dû, le soir du vendredi 9 septembre 2011, quitter son poste parce qu'il «ne se sentait pas bien»; par ailleurs, il venait d'avoir une «discussion» avec son chef barman; il s'est référé aux certificats médicaux délivrés les 10 et 14 septembre 2011, immédiatement communiqués à l'employeur, qui attestent de son incapacité de travail dès le 9 septembre 2011. Le licenciement immédiat était donc injustifié. Il avait ainsi droit, entre autres, à son salaire-maladie ainsi qu'au salaire préavis. Par jugement du 23 juillet 2013, le Tribunal des prud'hommes a condamné E. SA à payer à T. la somme brute de 13 410 fr. 60, plus intérêts, sous déduction des charges sociales, et condamné E. SA à payer à T. la somme nette de 4438 fr. 70. Contre ce jugement, E. SA a formé appel par mémoire du 16 septembre 2013. Reprenant les moyens de droit et de faits exposés en première instance, l'appelante a fait grief au Tribunal, à titre principal, d'avoir écarté un abandon de poste injustifié, et, partant, le fait que le licenciement immédiat reposait sur de justes motifs. En effet, ce départ abrupt, le soir du vendredi 9 septembre 2011, n'était, pour elle, nullement fondé sur une incapacité de travail, et celle-ci, si tant est qu'elle fût réelle, ne serait survenue qu'à partir du 10 septembre 2011. A titre éventuel, l'appelante a également fait grief au Tribunal d'avoir retenu qu'en cas de congé ordinaire, les rapports de travail auraient été prolongés jusqu'au

30 novembre 2011 et qu'en application de l'art. 23 CCNT, elle serait tenue de se substituer à son assurance indemnités journalières en versant à l'intimé les prestations prévues à ce titre entre le 1^{er} décembre 2011 et le 12 janvier 2012, date de la fin de la période de maladie alléguée.

Extraits des considérants:

2.

2.1 Dans la branche économique de l'hôtellerie et de la restauration, les rapports de travail sont régis par la *Convention collective nationale de travail pour les hôtels, restaurations et cafés* du 6 juillet 1998 (ci-après CCNT 98), entrée en vigueur le 1^{er} octobre 1998. Par arrêtés successifs, le Conseil fédéral, fort des pouvoirs que lui a accordés la Loi fédérale permettant d'étendre le champ d'application d'une convention collective nationale de travail (LECCT, RS 221.215.311), a étendu la CCNT 98, y compris les modifications survenues dans ce texte (la dernière fois le 23. 11. 2013, cf. FF 2013 8693).

2.2 L'arrêté d'extension d'une convention collective de travail a pour effet que ses clauses normatives ne concernent pas seulement les parties membres d'une association signataire ou ayant émis d'une déclaration de soumission individuelle (art. 356 b CO), mais également des tiers, auquel cas ses clauses normatives s'appliquent, de façon *impérative*, à tous les employeurs et salariés de la branche concernée (art. 4 al. 1 LECCT cum art. 357 CO; ATF 123 III 129 cons. 3; ATF 102 Ia 16 = JdT 1977 I 256). Il ne leur est pas possible d'y déroger par contrat, à tout le moins pas en défaveur du travailleur (art. 357 al. 2 CO).

2.3 Dans le cas d'espèce, c'est la version de la CCNT 98 en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2010 qui trouve application (Office de contrôle de la CCNT pour les hôtels, restaurants et cafés, (éd), Commentaire (paritaire) de la CCNT, Bâle, état au 1. 1. 2010, avec, à la page 111, un index des articles qui ont été déclarés d'application générale; cf. aussi Gastrosuisse, Guide du droit du travail pour l'hôtellerie et la restauration, 7^e éd., Zürich, 2010).

3.

3.1 L'appelante fait grief au Tribunal d'avoir écarté sa thèse d'un *abandon injustifié d'emploi*, justifiant la sanction du *licenciement immédiat*.

3.1.1 L'abandon d'emploi au sens de l'art. 337d CO présuppose un *refus conscient, intentionnel et définitif* du travailleur de poursuivre les obligations découlant du contrat de travail, de telle sorte qu'il puisse être indubitablement interprété comme une résiliation immédiate (ATF 121 V 277 cons. 3a; TFA 4C.269/1999 du 7. 12. 1999 cons 1b in: SARB 2000 p. 227; TF du 21. 10. 1996 cons. 2b in: SJ 1997 149; ATF 112 II 41 cons. 2 = JdT 1986 I 253 = SJ 1986 388).

3.1.2 Il n'y a pas d'abandon d'emploi du simple fait que le travailleur ait quitté son travail suite à une altercation et sous le coup de l'émotion (STAEHELIN, Zürcher Kommentar, 2^e éd., 2014, N. 3 ad art. 337d CO), le geste fût-il incompréhensible, voire injustifiée (TF B 56/05 du 7. 3. 2006 cons. 2.2.2). Le travailleur se met tout au plus, cas échéant, en demeure fautive de fournir sa prestation, sans être animé d'une volonté de rompre (GLOOR, «Der Vertragsbruch des Arbeitnehmers» in: ARV/DTA 2013 p. 204–205).

3.1.3 En particulier, une telle conclusion est exclue lorsque le travailleur parti sous le coup de l'émotion, appelle de suite son employeur, ou réagit de suite à un appel de l'employeur, lui fait état de l'incident, s'en va consulter son médecin et fait parvenir sans tarder un certificat médical à l'employeur (TF du 7. 12. 1999 in JAR 2000 p. 227; TC GR JAR 2011 p. 495 cons. 4; TC FR JAR 2008 p. 364 cons. 3; STAEHELIN, op. cit., N. 3 ad art. 337d CO; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Zürich, 2012, N. 2 ad art. 337d CO p. 1117).

3.1.4 Lorsque les intentions ou réponses du travailleur interpellé, interprétées de bonne foi, paraissent *peu claires*, il incombe à l'employeur de tenter de clarifier la situation, en mettant ce dernier en demeure (art. 107 al. 1 CO) de fournir sa prestation, respectivement de justifier d'un empêchement de le faire, p. ex. par la présentation d'un certificat médical; l'employeur fixera au travailleur un délai approprié pour déférer à ses obligations, couplé à l'avertissement clair qu'à défaut d'y donner suite dans le délai imparti, il serait réputé avoir abandonné son emploi à partir de la date fixée (TF 4C.339/2006 du 21. 12. 2006 cons. 2.1; TF B 102/05 du 25. 8. 2006 cons. 4.2; ATF 108 II 301; TF du 3. 1. 1995 = JAR 1996 233 cons. 2b/bb; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH op. cit., N. 2 ad art. 337d CO p. 1117; GLOOR, op. cit., p. 202).

3.1.5 La preuve de l'abandon d'emploi incombe à l'employeur (TPH GE du 18. 4. 1990 in JAR 1991 p. 402; STAEHELIN, op. cit., N. 16 ad art. 337d CO).

3.1.6 L'abandon d'emploi au sens de l'art. 337d CO constitue une rupture immédiate injustifiée du contrat par le travailleur; mettant une fin immédiate aux rapports de travail, et ce non seulement *de facto*, mais aussi *de iure*. Ce contrat, une fois rompu de la sorte, ne saurait dès lors et en bonne logique, encore faire l'objet d'une résiliation immédiate par l'employeur (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, op. cit., N. 2 ad art. 337d CO p. 1178 *infra*; CAPH GE JAR 2011 p. 483 cons. 2.1.3).

3.2 En l'espèce, la Chambre de céans a retenu, à l'instar du Tribunal, que l'intimé n'était pas animé d'une volonté de rompre, et encore moins, d'une volonté de rompre avec effet immédiat au sens de l'art. 337d CO. Les faits, tels qu'ils ont été constatés, à l'issue d'une instruction que le Tribunal a menée avec soin, ne permettent pas d'autre conclusion.

3.2.1 C'est sans doute sous le coup de *l'émotion liée à l'altercation*, la toute première, qu'il a eue avec le barman – émotion renforcée par *l'état*

dépressif dont il souffrait – que l'intimé a quitté sa place de travail, le soir du vendredi 9 septembre 2011. A peine arrivé à son domicile, il a immédiatement appelé D., le directeur de la société, lui exposant ce qui s'était passé et lui précisant qu'il n'était plus en état de travailler: il n'a, à aucun moment, fait part d'une *intention de rompre le contrat*, ni lors de ce téléphone, ni lors des deux appels qu'il a reçus le même soir de E., chef du restaurant, le sommant de réintégrer sa place de travail. L'absence d'une intention d'abandonner l'emploi est corroborée par le fait que, le lendemain, ne se sentant toujours pas bien, l'intimé s'était rendu aux Urgences des HUG où il s'était vu attester une incapacité de travail à partir du 10 septembre 2010 et qu'il avait immédiatement transmis le certificat médical à l'employeur.

3.2.2 Avant de conclure à un cas d'abandon injustifié d'emploi, l'appelante aurait dû clarifier la situation, à supposer qu'elle ait pu nourrir des doutes quant aux intentions de l'intimé. Une simple mise en demeure téléphonique de réintégrer immédiatement la place de travail, faite quelques minutes après le départ du travailleur, fût-elle assortie d'un avertissement d'un licenciement immédiat, non suivie d'effets immédiats, ne saurait valoir démarche de clarification.

3.2.3 Par ailleurs, si l'appelante avait sérieusement cru être confrontée à un cas d'abandon injustifié d'emploi, elle n'aurait très certainement pas manqué de sanctionner l'intimé en lui retenant, en application de l'art. 337d al. 1 et 3 CO, le quart d'un salaire mensuel sur sa dernière paie. Or, bien au contraire, le 4 octobre 2011, l'appelante lui a versé son salaire jusqu'au 9 septembre 2011, date de son prétendu abandon d'emploi.

3.2.4 Force est de donc de constater qu'il n'y a pas eu, en l'espèce, abandon injustifié d'emploi au sens de l'art. 337d CO.

3.3 Il reste à déterminer si le départ abrupt de l'intimé de la place du travail, dans la mesure où, objectivement, il constituait une violation de ses obligations contractuelles, pouvait justifier un licenciement immédiat au sens de l'art. 337 CO.

3.3.1 A teneur de l'art. 337 CO, «l'employeur et le travailleur peuvent résilier 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 congé la continuation des rapports de travail. 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».

3.3.2 La résiliation immédiate des rapports de travail pour de justes motifs est une mesure exceptionnelle – *l'ultima ratio*; elle ne doit être admise que de manière *restrictive* (ATF 130 III 28 cons. 4.1. = JdT 2004 I 63; 127 III 351 cons. 4a = JdT 2001 I 369). Seul un manquement *particulièrement grave* l'autorise; si ce manquement est moins grave, il ne peut entraîner un licenciement immédiat que s'il a été répété malgré un avertissement (ATF 130 III 213 cons. 3.1 = JdT 2004 I 223; 129 III 380

cons. 2.1). Pour déterminer s'il y a un juste motif, il y a lieu de prendre en considération tous les éléments du cas particulier, p. ex. la nature et l'importance des manquements constatés, le préjudice causé, la formation, la position et la responsabilité du travailleur, la nature et la durée des rapports contractuels, les états de service, l'existence d'avertissements antérieurs et l'éventuelle réitération du manquement, la branche économique concernée, ainsi que l'horizon culturel des parties.

3.3.3 Le fait, pour un travailleur, qui n'est pas cadre et qui n'assume pas de responsabilités particulières dans l'entreprise, de quitter momentanément son travail suite à un différend avec l'employeur ou un collègue de travail, fût-ce en dépit d'une menace claire de renvoi immédiat, ne justifie pas son licenciement immédiat (TF du 5. 12. 1995 in: JAR 1996 231; cf. en outre; AUBERT; 400 arrêts sur le contrat de travail, Lausanne, 1984, Nos. 203–205). Pour qu'une telle incartade au contrat justifiait la sanction suprême, il faudrait qu'elle fût objectivement de nature à ruiner la confiance mutuelle des parties; elle le serait, lorsque qu'elle constitue une *récidive*, dénotant ainsi une attitude fautive *persistante* (cf. TF 4C.222/2003 du 2. 9. 2003 cons. 2. 2. = JAR 2004 p. 295; TF du 5. 12. 1995 in JAR 1996 231; ATF 108 II 301 cons. 3 b; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, op. cit. N. 5 let. d art. 337 CO, p. 1105).

3.3.4 L'exercice du droit formateur de résilier les rapports de travail avec effet immédiat doit être *clair* et *inconditionnel*; la pratique admet cependant l'imposition d'une condition *potestative*: le destinataire de la déclaration est informé que la mesure communiquée déploie ses effets s'il choisit de ne pas déférer à un ordre précis (ATF 128 III 129 cons. 2a = JdT 2003 I 10 = SJ 2002 I 389; GLOOR in: Dunand/Mahon, Commentaire du contrat de travail, Berne, 2013, N. 9 ad art. 337 CO). La partie qui se prévaut de justes motifs doit, sous peine de forclusion, agir sans tarder; enfin, c'est elle qui assume le fardeau de la preuve de l'existence de ces justes motifs (art. 8 CC).

3.4 En l'espèce, le licenciement immédiat de l'intimé s'avère injustifié.

3.4.1 En effet, suite à l'altercation avec son supérieur direct, l'intimé s'est senti hors d'état de continuer son service. Vu son historique dépressif, attesté par le Dr. G., psychiatre, une telle survenance subite d'une *impossibilité subjective* momentanée de poursuivre le travail paraît plausible. Ce qui explique également son refus de déférer à l'ordre de réintégrer sans délai sa place de travail. Il importe peu que l'employeur n'ait pas eu connaissance de ce problème de santé psychique latent. L'intimé n'avait pas à le lui révéler, dans la mesure où, *ex ante*, sa dépression n'était pas censée l'empêcher de travailler (cf. TF 1C_296/2008 du 5. 3. 2009 cons. 2.1 = JAR 2010 219; PÄRLI/HAUG, «Arbeitsrechtliche Fragen bei Präsentismus (Arbeit trotz Krankheit)» in: ARV/DTA 2012 p. 11). Son départ abrupt – et son refus de réintégrer de suite son poste – étaient donc, *ex post*, compréhensibles.

3.4.2 Mais même à supposer que l'intimé n'ait pas eu un motif compréhensible et objectivement défendable pour quitter abruptement la place de travail, et que, comme l'affirme et a pu croire l'appelante, son geste n'avait *aucun lien avec un problème de santé*, force serait de retenir que la sanction, par le *licenciement immédiat*, du comportement incriminé, s'avérerait, vu la jurisprudence et la doctrine, *excessive*.

3.4.3 Contrairement à ce que l'appelante avait soutenu, l'intimé n'a jamais eu un problème de collaboration avec le barman; les deux protagonistes de l'incident, *ponctuel* et *anecdotique*, du soir du vendredi 9 septembre 2011, s'entendaient bien. Son départ inopiné de la place de travail n'a pu perturber le fonctionnement du restaurant à un point tel qu'il ait dû appeler ce type de sanction extrême, fût-elle précédée d'une mise en demeure non suivie d'effet immédiat. A l'évidence, l'appelante, respectivement les dirigeants de son restaurant, ont cédé à l'énervement ce qui lui a enlevé la possibilité d'opter pour un licenciement ordinaire.

3.4.4 Un dernier point: l'intimé est probablement conscient, lui-aussi, que l'affaire aurait pu prendre un tour différent, eût-il su communiquer à temps son problème de santé psychique; pour cette raison, sans doute, s'est-il abstenu de réclamer une indemnité pour licenciement immédiat injustifié (art. 337c al. 3 CO).

4.

4.1 Se plaçant, à *titre éventuel*, sur le terrain des possibles conséquences d'un licenciement immédiat injustifié (art. 337c CO), l'appelante fait longuement grief au Tribunal d'avoir admis comme probants les certificats et l'attestation médicale produits par l'intimé.

4.1.1 En cas d'accident ou maladie, il incombe au travailleur d'apporter la preuve de l'incapacité de travail en découlant (art. 8 CC; TF 4C.346/2004 du 15. 2. 2005), c'est en effet lui qui entend faire valoir le droit au salaire durant cette période d'empêchement (art. 324a/b CO).

4.1.2 Cette preuve, le travailleur l'apporte en règle générale par la production *sans tarder*, d'un *certificat médical*. Dans la branche de l'hôtellerie et de la restauration, ce document doit être fourni à partir du 4^{ème} jour de l'incapacité de travail (art. 26 al. 1 CCNT).

4.1.3 Un certificat médical n'est pas une preuve absolue. Le juge reste libre dans son appréciation. (TF JAR 1997 p. 137; CAPH GE du 21. 2. 2007 in JAR 2008 p. 370). Toutefois, il ne s'écartera de ce qui est attesté dans le certificat qu'en présence de doutes fondés, mettant en cause la crédibilité du document, le médecin étant réputé mieux cerner une pathologie qu'un juge (TF 1C_64/2008 du 14. 4. 2008 cons. 3.4 = JAR 2009 228 et TC FR JAR 2008 p. 365 cons. 5; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, op. cit. N. 12 ad art. 324a/b CO p. 420–421; REHBINDER, «Die ärztliche Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung» in: FS Vogel, Fribourg, 1991, p. 193–194).

4.1.4 Ces doutes peuvent se fonder, entre autres sur le comportement du travailleur durant la prétendue incapacité de travail, sur les circonstances de l'obtention du document, sur la réputation du médecin consulté,

il est par exemple connu pour établir des «certificats de complaisance». Les doutes peuvent se fonder aussi sur le contenu du certificat – il comporte une rétro-dation clairement excessive quant à la survenance de l'incapacité – et, cas échéant, sur les éléments (objectifs/déclarations du patient) qui ont conduit le praticien (entendu en qualité de témoin délié de son secret médical) à son diagnostic (TF 1C_64/2008 du 14. 4. 2008 cons. 3.4; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, op. cit. N. 12 ad art. 324a/b CO, p. 420).

4.1.5 Il est notoire qu'une affection *psychique* est plus difficile à «établir» qu'un autre type de pathologie, et partant, son réel et sérieux se trouve plus fréquemment remis en question (LONGCHAMP, in: Du-nand/Mahon, op. cit. N. 49 ad art. 324a CO).

4.1.6 Il incombe à l'employeur qui conteste le certificat médical du travailleur d'apporter la preuve des éléments mettant en doute l'attestation y contenue (art. 8 CC). Généralement, il le fera en faisant subir à l'intéressé, à ses frais, une consultation auprès de son médecin-conseil (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, op. cit., N. 12 ad art. 324a/b CO, p. 424).

4.2 *En l'espèce*, l'appelante n'apporte aucun élément qui serait de nature à mettre sérieusement en doute les certificats médicaux produits par l'intimé.

4.2.1 L'intimé a démontré avoir consulté les urgences des HUG le samedi 10 septembre 2011 et s'être vu délivré, par le Dr. H., un arrêt maladie en rapport avec son affection psychique. Son dossier a été ensuite transmis au Dr. G., qui, le 14 septembre 2011, après avoir vu le patient à son tour, a confirmé le diagnostic de son confrère. Il a confirmé la situation dans son attestation médicale du 31 octobre 2011 – le fait qu'il y ait écrit avoir eu le patient en consultation le «10 septembre 2011», est due à une erreur de plume. Ce que ce praticien, entendu en qualité de témoin délié par son secret médical, a confirmé, lors de son audition par le Tribunal.

4.2.2 L'allégué selon lequel l'intimé aurait travaillé, fin septembre/début octobre 2011, auprès d'un autre établissement, n'a pas été confirmé; mieux, le responsable de l'établissement en question; entendu comme témoin, l'a explicitement infirmé. L'intimé s'était présenté pour postuler. Or, une incapacité de travail n'interdit pas au travailleur de postuler.

4.2.3 Par ailleurs, il eût été loisible à l'appelante de faire subir à l'intimé un contre-examen médical – ce d'autant plus que ce dernier n'a eu de cesse de le tenir informé de l'évolution de sa santé, par la production régulière de certificats et attestations médicaux.

4.2.4 Enfin, l'intimé n'a pas «organisé» un certificat médical «*dans le but de faire échec au congé*», dès lors qu'il savait qu'un licenciement immédiat déployait ses effets nonobstant une incapacité de travail.

4.2.5 Sur le vu de ces éléments, la Chambre de céans, à l'instar du Tribunal, est *convaincue* du réel et sérieux de l'incapacité de travail de l'intimé du 10 septembre 2011 au 12 janvier 2012.

5.

5.1 L'art. 337c al. 1 CO dispose que «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».

5.1.1 Le congé immédiat, fût-il injustifié, met une fin immédiate, *de facto* et de *iure* aux rapports de travail – et ce dès réception, par le destinataire, de cette manifestation de volonté unilatérale (ATF 117 II 270 cons. 3 b = JdT 1992 I 398).

5.1.2 Il est constant que l'échéance du délai de congé visé par l'art. 337c al. 1 CO peut avoir été différée, par suite d'une incapacité de travail en application de l'art. 336c CO (STAEHELIN, op. cit. 7 ad art. 337c CO).

5.1.3 La créance basée sur l'art. 337c al. 1 CO est une créance en dommage-intérêts, constituée, en premier lieu, par le salaire afférent au préavis non respecté, et, cas échéant, par le salaire-maladie (art. 324a CO) dû pendant cette période, respectivement, les prestations qu'une assurance perte de gain aurait versées.

5.1.4 D'une façon générale, la résiliation immédiate rend immédiatement exigibles toutes les créances découlant des rapports de travail, prévues par le contrat, la loi ou une CCT, dont l'indemnité-vacances afférente aux jours non encore pris et au préavis non respecté, et, cas échéant, le 13^{ème} salaire au prorata (STAEHELIN, op. cit. N° 2; 3 ad; art 337c CO).

5.1.5 Restent réservés les dommages-intérêts que le travailleur peut faire valoir, en sus et qui ne sont pas liés au licenciement immédiat injustifié, mais découlent de la violation, par l'employeur, d'autres obligations contractuelles, conventionnelles (CCT) ou légales. L'obligation de réparer se fonde alors sur l'art. 97 CO.

5.2 *En l'espèce*, l'appelante aurait dû respecter, en application de l'art. 6 al. 1 CCNT 98, version 2010, un délai de congé *d'un mois pour la fin d'un mois*.

5.2.1 A supposer que le congé ordinaire ait été donné le soir du 9 septembre 2011 respectivement durant les jours qui ont suivi, ce congé aurait été nul, et ce en vertu des dispositions relatives à la résiliation en temps inopportun (art. 336c CO).

5.2.2 En effet, à teneur de l'art. 336c al. 1 let. b CO, «l'employeur ne peut pas résilier le contrat», entre autres, «pendant une incapacité de travail totale ou partielle, résultant d'une maladie ou d'un accident non imputables à la faute du travailleur, et cela, notamment, durant 30 jours au cours de la première année de service». – L'art. 336c al. 2 précise par ailleurs que «le congé donné pendant une de ces périodes prévues à l'alinéa précédent est nul; si le congé a été donné avant l'une de ces périodes et si le délai de congé n'a pas expiré avant cette période, ce délai est suspendu et ne continue à courir qu'après la fin de la période».

5.2.3 L'intimé se trouvant en incapacité de travail du 10 septembre 2011 jusqu'au 12 janvier 2011, l'appelant aurait donc pu résilier le contrat au plus tôt à l'échéance du délai de protection des 30 jours, soit, à partir du 10 octobre 2011, et ce pour le 30 novembre 2011. Les rapports de travail auraient donc pris fin le 30 novembre 2011.

6.

6.1 Il convient d'examiner les dommages-intérêts.

6.2 A teneur de l'art. 23 CCNT 98 (version du 1. 1. 2010), «l'employeur est tenu de souscrire une assurance journalière en cas de maladie au bénéfice du travailleur pour la couverture de 80% du salaire brut pendant 720 jours dans un intervalle de 900 jours consécutifs. Pendant un délai d'attente de 60 jours au maximum par année de travail, l'employeur doit verser 88% du salaire brut. Ces prestations sont à fournir, même si les rapports de travail sont résiliés avant la fin de la maladie».

6.3 Dans ce contexte, l'appelante fait grief au Tribunal d'avoir retenu que son obligation de continuer à payer les prestations assurées, et ce au-delà du 30 novembre 2011, date de la fin théorique du contrat de travail, et ce donc jusqu'au rétablissement de l'intimé, le 12 janvier 2012.

6.3.1 Lorsque l'employeur, en violation de ses obligations contractuelles ou imposées par une convention collective de travail a omis de conclure une assurance perte de gain, ou en a conclu une qui ne garantit pas les prestations prescrites, que ce soit dans leur montant ou dans leur durée, il est tenu, en vertu de l'art. 97 CO, de fournir ces prestations à la place de l'assureur (cf. ATF 127 III 318 cons. 5; = JdT 2001 I 381; TF 4A_446/2008 du 3. 12. 2008 = ARV/DTA 2009 p. 51 cons. 4; TF du 11. 9. 1995 in: SJ 1996 372 cons. 2; et, concernant la CCNT: TF 4C.189/2002 du 27. 9. 2002; cf. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, op. cit. N. 14 ad art. 324 a/b CO p. 434-435; REHBINDER/STÖCKLI, Berner Kommentar, 2010, N. 35 ad art. 324a CO; DUC, Droit du travail, Lausanne, 2010, p. 252 ss; Office de contrôle CCNT, Commentaire de la CCNT, 1. 1. 2010, op. cit., p. 61).

6.3.2 De même, l'employeur engage sa responsabilité contractuelle s'il omet d'annoncer, ou d'annoncer sans délai, à l'assurance collective perte de gain en cas de maladie un sinistre, survenu durant les rapports de travail, respectivement durant le préavis qui aurait dû être respecté, et dont le travailleur l'aura informé en temps utile (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, op. cit. N. 14 ad art. 324a/b CO p. 434).

6.3.3 Lorsque l'employeur a conclu, suite à engagement contractuel, ou en exécution d'une obligation imposée par une CCT, une assurance perte de gain collective en cas de maladie, à primes partagées, couvrant le 80% du salaire et prévoyant que celles-ci lui seraient versées sur 720 jours consécutifs, ce dernier peut de bonne foi partir de l'idée qu'une incapacité de travail due à la maladie survenue avant la fin des rapports de travail continueraient à être prises en charge par l'assurance, et ce au-delà de la fin des rapports de travail, jusqu'au rétablissement, mais au maximum jusqu'à l'épuisement du droit. Si l'employeur a conclu une police collective pré-

voyant *la fin des prestations avec la fin des rapports de travail*, il est tenu de l'en avvertir à temps (TF 4C.9/2006 du 1. 3 2006; DUC, op. cit. p. 253). Par ailleurs, l'on peut se demander si une police ou des conditions générales y adossées qui comporteraient une telle clause insolite seraient licites, vu l'exigence de l'équivalence de l'art. 324a al. 4 CO (cf. NORDMANN/THONNEY, «Les effets de la fin des rapports de travail sur les indemnités journalières en cas de maladie dans l'assurance collective LCA» in: IRAL, Colloques et journées d'étude 1999–2001, Lausanne, 2002, p. 843; 844).

6.3.4 Dans le contexte d'un licenciement immédiat, la prudence est de mise: partir de l'idée que le congé immédiat serait justifié, et que partant, la maladie survenue ultérieurement, ne concernerait ni l'employeur, ni l'assureur perte de gain, peut, comme le montre le cas d'espèce, s'avérer erroné.

6.3.5 En l'espèce, et conformément à l'art. 23 *in fine* CCNT 98 (version du 1. 1. 2010), l'appelante était tenue de conclure une assurance perte de gain qui continue à prendre en charge un sinistre en cours *au-delà de la fin des rapports de travail*, et ce, au maximum, jusqu'à épuisement du droit (cf. Office de contrôle CCNT, Commentaire de la CCNT, op. cit. p. 61; Gastrosuisse, Guide pratique/ Guide du droit du travail pour l'hôtellerie et la restauration, op. cit., p. 89).

6.3.6 Compte tenu du paiement des charges sociales dues par l'employeur jusqu'à la fin ordinaire du contrat de travail, l'appelante doit ainsi payer à l'intimé l'équivalent de 88% de son salaire jusqu'au 30 novembre 2011, puis uniquement 80% du salaire, pourcentage correspondant aux prestations d'assurance qui auraient été versées en *net*, du 1^{er} décembre 2011 au 12 janvier 2012.

6.3.7 Le 88% du salaire mensuel de 4000 fr. bruts de l'intimé équivaut à 3520 fr. (88% de 4000 fr.) et le 80% de son salaire à Fr. 3200 fr. (80% de 4000 fr.).

6.3.8 En vertu de l'art. 8 ch. 2 CCNT, le salaire brut pour un jour civil est toujours calculé sur la base de 1/30 du salaire mensuel, indépendamment du nombre de jours effectifs dans le mois (Office de contrôle CCNT, Commentaire de la CCNT, op. cit. p. 61).

6.3.9 L'intimé a ainsi droit, à ce titre, au paiement de 2464 fr. bruts pour la période du 10 au 30 septembre 2011 (3520 fr. /30 jours X 21 jours). Pour le salaire du mois d'octobre 2011, l'intimé a droit à un montant de 3520 fr. (88% de 4000 fr.) ainsi que pour le mois de novembre 2011.

6.3.10 S'agissant du mois de décembre 2011, il a droit au paiement de 3200 fr. nets (80% de 4000 fr.), et pour la période du 1^{er} au 12 janvier 2012, à la somme de 3200 fr. nets (80% de 4000 fr.).

6.3.11 Les postes relatifs au 13^{ème} et aux vacances, et les calculs du Tribunal y afférents, n'ont pas été remis en question par l'appelante. La Chambre de céans l'y renvoie (jugement, p. 18–22) et les confirme. L'appelante doit donc à l'intimé la somme brute de 1079 fr. à titre de 13^{ème}

salaire, et la somme de 1627 fr. 60 bruts à titre de solde de vacances non prises en nature.

7.

7.1 L'appelante fait grief au Tribunal de ne pas avoir instruit la question de savoir ce qu'il en était du salaire du 1^{er} au 9 septembre 2011.

7.2 Ce grief tombe à faux; il lui eût été loisible de préciser spontanément, pièce à l'appui, qu'elle avait fait parvenir à l'intimé, par virement du 4 octobre 2011, le montant de 2388 fr. 67 bruts, soit, après déduction des charges sociales et légales et d'une avance de 1000 fr., un montant de 1069 fr. 40 nets.

7.3 Ce n'est qu'en appel que l'appelante fait valoir pour la première fois ce fait et la pièce y afférente – qu'elle détenait depuis le 4 octobre 2011. En principe (cf. *supra*), cet élément de fait, qui aurait pu être plaidé en première instance déjà, n'a pas à être pris en compte en appel.

7.4 Toutefois, le bon sens commande d'en tenir compte. D'abord, si une dette a été éteinte, le demandeur à l'action est malvenu de réclamer ce montant une seconde fois, motif pris dans le droit procédural. Ensuite, le demandeur – à présent intimé – a omis, à «*l'insu du plein gré*», de tenir compte de ce paiement, et ce tant dans sa *Requête de conciliation* du 22 mars 2012, que dans sa *Demande simplifiée* du 28 juin 2012, alors qu'il ne pouvait ignorer avoir reçu le paiement du 4 octobre 2011. C'est lui aussi, qui, se comportant de bonne foi, aurait pu préciser ce point aux premiers juges. Enfin, en appel, l'intimé a admis explicitement ce versement, et la cause indiquée.

7.5 Dès lors, et pour faire simple, il convient de réformer le jugement entrepris, en ce sens qu'il convient de déduire, du montant de 13 410 fr. 60 bruts, la somme de 2388 fr. 67 bruts, par conséquent de condamner l'appelante à un montant de 11 022 fr. 60 bruts, avec intérêts moratoires 5% l'an dès le 1^{er} mars 2012.

7.6 La Chambre de céans confirmera le jugement entrepris pour le surplus.

Arrêt communiqué par Me W. Gloor, avocat, Genève

Cour de justice du canton de Genève, Chambre des prud'hommes, Arrêt du 15 avril 2014 (Rejet de l'appel interjeté contre le jugement du Tribunal des prud'hommes du 19 septembre 2013)

Art. 336b CO. La règle prévoyant l'opposition au congé abusif a pour but de favoriser la négociation entre les parties et, au-delà, la continuation du rapport de travail plutôt que le paiement d'une indemnité (c. 4.1). En l'espèce, l'employé s'est limité à contester les accusations formées contre lui et a demandé à l'employeur de préciser s'il s'agissait d'un congé ou s'il lui était possible d'espérer encore. Dans le contexte d'un congé-modification et d'une attitude contradictoire de

l'employeur, il y a lieu de retenir que l'opposition a été valablement formée par le travailleur qui a manifesté son souhait de maintenir le contrat et, partant, son désaccord avec le congé qui lui a été notifié (c. 4.2).

Extraits des faits:

L'école E. est inscrite comme école dans le système éducatif du canton de Genève et dispense, en plus de l'instruction scolaire, une formation religieuse et culturelle. Par contrat de travail du 18 juillet 1996, E. a engagé T. en qualité d'enseignant du 1^{er} septembre 1996 au 31 août 1997, sauf renouvellement par les deux parties avant le 31 mars 1997. Ce contrat a été renouvelé jusqu'au 24 avril 2004, date à laquelle les parties ont signé un nouveau contrat de durée indéterminée, entré en vigueur le 1^{er} septembre 2004. Le contrat pouvait être résilié conformément au préavis légal défini par le Code des obligations. Il prévoyait que toute modification devait intervenir avant le 15 mai de chaque année et faire l'objet d'un avenant agréé par les deux parties. A teneur de ce contrat, l'horaire comptait vingt-sept à trente heures d'enseignement, réparties sur cinq jours, à un taux horaire de 51 fr. brut. Le salaire était versé douze fois l'an.

Par courrier du 25 juin 2012, l'école E. a résilié le contrat de travail de T. pour le 31 août 2012 et proposé de conclure un nouveau contrat devant entrer en vigueur, s'il était accepté par ce dernier, le 27 août 2012. Il était précisé qu'à défaut d'acceptation écrite expresse du nouveau contrat – joint audit courrier – dans les trois jours, les rapports de travail existants prendraient fin à l'échéance du délai de congé, soit le 31 août 2012. Le 19 juillet 2012, E. a adressé à T. un courrier, intitulé «*Fin des rapports de travail*», ainsi libellé: «*Notre entretien du 25 juin 2012 avait pour objet de vous remettre en mains propres notre proposition de nouveau contrat pour la rentrée scolaire de septembre 2012. Comme vous en aviez convenu lors de la rencontre du mardi 3 juillet, la régularisation de la situation était attendue et consistait principalement à corriger le nombre d'heures de travail que vous effectuez réellement dans notre établissement. Lors de cette rencontre du 25 juin, vous vous êtes emporté [suit une description du comportement de l'enseignant]. Cet épisode s'est déroulé en présence de Monsieur X. président d'E. Suite à cela et immédiatement, vous avez entamé auprès des parents d'élèves, une campagne de dénigrement et de falsifications de la vérité contre l'établissement E. Les réactions de quelques parents d'élèves que j'ai dû affronter dès le soir du 25 juin à 18h, montrent bien votre activisme néfaste, qui avait pour objet de causer le maximum de tort à notre école et par là, faire pression sur la direction de l'école, afin qu'elle revienne sur sa décision. [Suit une description de la réaction de certains parents et la réaction des professeurs]. Par conséquent, par votre attitude et vos actes, je considère que vous avez enfreint les règles élémentaires de la déontologie et de la considération qu'un salarié doit à sa hié-*

rarchie, au respect et à la préservation de son lieu de travail. Les faits décrits ci-dessus sont une violation grossière de vos obligations contractuelles. Dans ces conditions, il nous est difficile d'envisager la conclusion d'un nouveau contrat et je vous suggère de contacter à ce sujet Monsieur X. qui est disposé à vous recevoir à son bureau lundi 23 juillet à 10h».

Par pli du 25 juillet 2012, T. a réagi en ces termes: «J'ai reçu lundi 23 juillet 2012 à 11h45 votre courrier, je conteste toute vos accusations. Votre courrier débute par: «Fin des rapports de travail» et termine par: «Dans ces conditions il nous est difficile d'envisager là (sic) conclusion d'un nouveau contrat et je vous suggère de contacter à ce sujet Monsieur X...». J'ai contacté Mr X. qui selon sa secrétaire me recontactera. Veuillez être précis est ce (sic) un renvoi ou une nouvelle porte laissant espérer!!! J'attends votre réponse». Aucune réponse n'a été donnée à ce courrier. T. a été en incapacité de travail pour cause de maladie du 9 juillet au 27 août 2012. Il a trouvé un emploi à temps complet dès le 1^{er} octobre 2012 pour un salaire de 5000 fr.

Agissant en personne, T. a assigné par devant le Tribunal des Prud'hommes, le 18 janvier 2013, l'école E. en paiement de 7000 fr. à titre d'indemnité pour résiliation abusive et 15 000 fr. à titre d'indemnité pour tort moral, soit 22 000 fr. au total. E. a admis que le délai de congé venait à échéance le 30 septembre (et non le 31 août) 2012, a soulevé le fait qu'aucune opposition n'avait été formée dans ce délai contrairement à ce que prévoyait l'art. 336b al. 1 CO et exposé que la résiliation du contrat de travail était justifiée. Par jugement JTPH/305/2013 du 19 septembre 2013, le Tribunal, statuant par voie de procédure simplifiée, a condamné E. à payer à T. 8000 fr. net et débouté les parties de toute autre conclusion. Par acte du 21 avril 2013, l'école E. appelle de ce jugement dont elle sollicite l'annulation.

Extraits des considérants:

4.

L'appelante fait grief aux premiers juges d'avoir retenu que l'intimé avait formé opposition, conformément à l'art. 336b al. 1 CO, contre la résiliation du contrat de travail.

4.1 La partie qui entend demander l'indemnité fondée sur les art. 336 et 336a CO doit faire opposition au congé par écrit auprès de l'autre partie au plus tard jusqu'à la fin du délai de congé (art. 336b al. 1 CO). Si l'opposition est valable et que les parties ne s'entendent pas pour maintenir le contrat 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 180 jours à compter de la fin du contrat, sous peine de péremption (art. 336b al. 2 CO).

Par opposition, il faut entendre toute manifestation de volonté par laquelle une partie fait, par écrit, connaître son désaccord avec le congé qui

lui a été notifié (ATF 136 III 96 consid. 2). Il n'y a pas lieu de lier la recevabilité de l'opposition à des exigences de forme excessives. Il suffit que la partie concernée informe la partie résiliente par écrit de son désaccord quant au congé. L'opposition n'a pas besoin d'être motivée (ATF 123 III 124 consid. 4c, JdT 1998 pp. 296, 306). Le principe de la confiance s'applique. En cas de doute, le juge doit rechercher le sens que l'employeur pouvait et devait raisonnablement prêter à la manifestation de volonté de la personne licenciée, en tenant compte des termes utilisés dans l'opposition, ainsi que du contexte et de l'ensemble des circonstances (arrêt du Tribunal fédéral 4C.39/2004 du 8 avril 2004 consid. 2.1; DUNAND, Commentaire du contrat de travail, Dunand/Mahon [éd.], 2013, n° 10 ad art. 336b CO).

Cette manifestation de volonté doit survenir avant l'échéance du délai de congé, c'est-à-dire la fin du contrat (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7^{ème} éd. 2012, n° 3 ad art. 336b CO).

La règle prévoyant l'opposition au congé a pour but de favoriser la négociation entre les parties et, au-delà, la continuation du rapport de travail plutôt que le paiement d'une indemnité (arrêt du Tribunal fédéral 4A_346/2007 du 16 novembre 2007 consid. 5 et référence citée).

4.2 En l'espèce, le congé signifié à l'employé le 25 juin 2012 a finalement pris effet le 30 septembre 2012. Cette lettre de résiliation contenait en outre la proposition – jointe au courrier – de conclure un nouveau contrat.

Le 3 juillet 2012, les parties se sont rencontrées. On comprend du courrier ultérieur de l'appelante que cette réunion avait notamment pour but de discuter des termes du nouveau contrat devant être conclu entre les parties, en particulier de l'horaire de travail.

Le 19 juillet 2012, l'appelante a adressé un courrier qu'elle a intitulé «fins des rapports de travail», dans lequel elle a reproché à l'intimé son comportement après la résiliation du 25 juin 2012 et lui a indiqué que, pour ces motifs, il lui semblait difficile d'envisager de conclure un nouveau contrat. Elle lui proposait toutefois de contacter «à ce sujet» son Président, disposé à rencontrer l'intimé le 23 juillet 2012 à 10 heures.

Le contenu de ce courrier, flou voire contradictoire compte tenu des circonstances dans lesquelles il est intervenu (congé-modification), était de nature à créer un doute dans l'esprit de l'intimé, alors qu'il appartient à l'employeur d'être clair dans les termes utilisés, afin, précisément, de ne pas créer de situation incertaine, l'employé ayant le droit, durant l'entier du délai de congé, de savoir sans restriction que les rapports de travail vont se terminer (ATF 129 III 335 consid. 2b, JdT 2003 II p. 75).

En effet, l'appelante avait résilié, le 25 juin 2012, le contrat de travail tout en proposant immédiatement un nouvel contrat. Après que les parties s'étaient rencontrées le 3 juillet 2012 et devaient régulariser la situation s'agissant du nombre d'heures de travail, l'appelante a écrit pour indiquer qu'il lui était «difficile d'envisager la conclusion d'un nouveau contrat» et

suggérait à l'employé de contacter le directeur «à ce sujet». En utilisant les termes «difficile d'envisager» l'appelante n'a pas clairement affirmé qu'elle ne voulait plus d'un nouveau contrat de travail avec l'intimé. En outre, il était possible de comprendre qu'en invitant ce dernier à prendre contact avec le directeur «au sujet» du fait qu'il était difficile d'envisager la conclusion d'un nouveau contrat, cette question n'était pas définitivement tranchée. Or l'intitulé faisait référence à la fin des rapports de travail, et pas seulement à la conclusion d'un nouveau contrat.

Dans ce contexte, l'intimé a d'ailleurs, par sa lettre du 25 juillet 2012, relevé la contradiction contenue dans le courrier précité de son employeur et lui a demandé de préciser s'il s'agissait d'un renvoi ou d'une «nouvelle porte laissant espérer».

Certes, ce courrier ne contient pas les termes «opposition», «n'accepte pas» ou «pas d'accord» retenus comme suffisants par la doctrine pour justifier une opposition au sens de l'art. 336b al. 1 CO (DUNAND, op. cit., n° 11 ad art. 336b CO). Il contient une contestation relative aux accusations portées par l'appelante contre l'intimé, mais cette réaction vise les motifs pour lesquels l'employeur ne souhaitait pas conclure un nouveau contrat et non la résiliation elle-même.

En revanche, par cette lettre, l'intimé a demandé à l'appelante de préciser s'il s'agissait d'un congé ou s'il lui était permis d'espérer encore. Compte tenu du doute créé par le courrier du 19 juillet 2012 de l'appelante – doute qui lui est opposable –, il y a lieu de retenir que l'intimé, par cette question, a manifesté son souhait de maintenir le contrat et, partant, son désaccord avec le congé qui lui avait été notifié. En outre, en prenant contact (en vain) avec le président de l'école, l'intimé a montré vouloir continuer les négociations, ce qui correspond précisément au but de la disposition légale précitée.

Au vu des circonstances particulières sus-évoquées, du fait que l'on se trouve en présence d'un congé-modification, et des termes utilisés par l'intimé dans sa lettre du 23 juillet 2012, il y a lieu d'admettre, selon le principe de la confiance, que l'appelante pouvait et devait raisonnablement comprendre le courrier de son employeur comme une opposition au congé.

Peu importe que l'intimé ait ensuite allégué, devant la Cour de céans et en réponse au grief de l'appelante, que s'il n'y avait pas eu d'opposition écrite au congé ce n'était pas par oubli mais parce qu'il cherchait un point de réconciliation, l'intimé ne disant par là rien d'autre que ce qui a été retenu ci-dessus, à savoir qu'il souhaitait maintenir le contrat.

Pour le surplus, il n'est pas contesté que la lettre du 25 juillet 2012 a été envoyée à l'employeur dans le délai de l'art. 336b al. 1 CO.

Il s'ensuit que, conformément à ce qu'a retenu le Tribunal, l'intimé a respecté les conditions posées par l'art. 336b CO.

4.3 Ce principe étant posé, il y aurait en principe lieu d'examiner si la résiliation était – ou non – abusive, l'appelante ayant conclu à l'annulation du jugement entrepris.

L'appelante a cependant expressément renoncé à remettre en cause l'appréciation des premiers juges sur cet aspect du litige et n'a donc, par conséquent, pas formulé de critique à cet égard. Partant, en l'absence de grief motivé (art. 311 al. 1 CPC; ATF 138 III 374 consid. 4.3.1), il ne peut être entré en matière sur cet aspect du litige.

Le jugement attaqué sera donc intégralement confirmé.

Arrêt communiqué par Me W. Gloor, avocat, Genève

Cour de justice du canton de Genève, Chambre des prud'hommes, Arrêt du 23 mai 2014 (Admission partielle de l'appel interjeté contre le jugement du Tribunal des prud'hommes du 7 novembre 2013)

Art. 334 al. 1 CO. Le contrat de durée déterminée se définit comme celui qui prend fin sans qu'il soit nécessaire de donner congé. La durée déterminée du contrat résulte de la loi, de la nature du contrat ou de la convention des parties. Celles-ci peuvent fixer soit un terme, soit une durée, soit un laps de temps objectivement déterminable; la durée peut également résulter du but des rapports de travail (c. 3.1).

Art. 337c al. 2 CO. En cas de résiliation immédiate injustifiée, on impute sur les dommages-intérêts dus au travailleur ce que celui-ci a épargné par la suite de la cessation du contrat de travail ainsi que le revenu qu'il a tiré d'un autre travail ou le revenu auquel il a intentionnellement renoncé. Le fardeau de la preuve des gains économiques que le travailleur a réalisés ou qu'il aurait pu réaliser incombe à l'employeur. Les indemnités journalières que l'assurance-chômage a versées durant le préavis non respecté ne sauraient profiter à l'employeur; il incombe à la caisse de chômage d'intervenir au procès et de faire valoir la subrogation (c. 3.3).

Art. 337c al. 3 CO. Compte tenu des circonstances du cas d'espèce, soit le caractère de durée déterminée du contrat, la brièveté des rapports de travail, le relatif jeune âge de l'employée (31 ans), le peu de clarté des courriers de résiliation de l'employeur et le fait qu'il n'a pas été établi que l'employée aurait commis une faute concomitante, il se justifie d'arrêter à 2000 fr. nets l'indemnité due – montant correspondant à moins d'un mois de salaire (c. 3.8).

Extraits des faits:

Par contrat du 29 juin 2010, T., née le 1^{er} novembre 1980 et domiciliée en France, s'est engagée au service de l'E. SARL, en qualité de professeur de sciences, pour une année, soit «du 30 août 2010 au 30 août 2011 (périodes de cours, selon le calendrier académique)». Il était notamment convenu que l'employée fournirait la prestation de «15 à 20 heures académiques (45 min.) par semaine, plus 2 heures administratives (60 min.) de

gestion de filières, selon le calendrier académique et l'horaire officiel en vigueur», que le salaire, indemnité de vacances comprises, serait de 45 fr. par heure académique et de 60 fr. par «heure réelle 60'». Des indemnités vacances de 8,33% faisaient parties intégrantes du salaire.

Par lettre du 17 janvier 2011, remise en mains propres à T. le 21 janvier 2011, l'E. SARL a relevé divers points dénotant selon elle un comportement inacceptable préjudiciable au bon fonctionnement de l'établissement, et a précisé que «la présente constitue un premier avertissement écrit; un second avertissement donnerait lieu à un licenciement avec effet immédiat pour faute professionnelle et entraînerait des sanctions sous forme de rétention de salaire». Par courrier du 28 janvier 2011, l'E. SARL a licencié T. aux motifs suivants: «inaptitude à délivrer un enseignement de qualité au niveau demandé; attitude inappropriée face aux demandes et consignes de la direction». Il était précisé: «La date de présentation de la présente fixe le point de départ de votre préavis de 1 mois pour la fin d'un mois, soit au 28 février 2011. Pendant toute la durée du préavis vous restez tenue à l'ensemble de vos obligations contractuelles». Par lettre du 2 février 2011, T. a contesté les motifs de son licenciement, fait valoir qu'elle était engagée jusqu'à la fin août 2011, et a déclaré qu'elle se tenait à disposition de son employeur. Par courrier du 7 février 2011, l'E. SARL a confirmé le congé, avec délai d'un mois pour la fin d'un mois. Par lettre du 17 février 2011, elle a licencié T. avec effet immédiat «pour motif d'incompétence mettant en péril l'activité de l'entreprise». Elle lui reprochait les points suivants: «A. Ethique professionnelle: dénigrement du travail, notamment brochures de cours, effectué par vos prédécesseurs, critique ouverte devant clients des méthodes pédagogiques de l'École, conversations inappropriées avec vos collègues, mettant en péril l'intégrité du corps enseignant et influant de manière néfaste sur l'ambiance au sein de l'équipe. B. Inaptitude au poste: multiples erreurs relevées dans vos photocopiés, plaintes systématiques des élèves par rapport à votre enseignement, lacunes inacceptables dans la matière enseignée constatées auprès des élèves, remédiées in extremis par nos soins peu avant leurs examens, aucune amélioration notable de vos compétences à enseigner, malgré divers mécanismes d'apprentissage mis en place pour vous par le conseil pédagogique. C. Non-respect de l'employeur: comportement systématiquement désobligeant vis-à-vis de la direction, attitude inappropriée face aux demandes et consignes du conseil pédagogique, manquement à fournir les documents et prestations exigés, et ce dans les délais, malgré de multiples avertissements oraux et écrits, notamment: corrigés propres des contrôles continus, sources éditables de vos documents pédagogiques». T. a perçu, à titre de salaire brut, indemnités vacances comprises, 14 225 fr. de septembre 2010 à janvier 2011.

Le 27 septembre 2011, T. a saisi le Tribunal des prud'hommes d'une demande dirigée contre E. SARL, portant sur les montants suivants: 18 360 fr. à titre de salaire pour les mois de mars à août 2011, 1890 fr. à

titre de paiement des heures administratives, 9450 fr. à titre de rémunération de travail pour la rédaction d'une brochure, et 17 764 fr. à titre d'indemnité pour congé immédiat non justifié. Par jugement du 22 décembre 2011, le Tribunal des prud'hommes a condamné E. SARL à verser divers montants à T. Statuant sur appel d'E. SARL, la Cour a, par arrêt du 7 mai 2012, annulé ce jugement, et renvoyé la cause au Tribunal pour instruction et nouvelle décision. Dans cet arrêt, la Cour a notamment retenu que l'intimée avait fait l'objet d'un licenciement ordinaire le 28 janvier 2011, suivi le 17 février 2011 d'un licenciement avec effet immédiat, que l'instruction n'avait pas suffisamment porté sur les circonstances de ce congé, ni sur les conséquences de celui-ci. Par jugement du 7 novembre 2013, le Tribunal a condamné E. SARL à verser à T. le montant brut de 15 745 fr. 80 et le montant net de 2624 fr. 30. Par acte du 9 décembre 2013, E. SARL a formé appel contre le jugement précité.

Extraits des considérants:

3.

L'appelante reproche aux premiers juges d'avoir retenu que le licenciement immédiat n'était pas justifié.

3.1 En vertu de l'art. 334 al. 1 CO, le contrat de durée déterminée se définit comme celui qui prend fin sans qu'il soit nécessaire de donner congé. La durée déterminée du contrat résulte de la loi, de la nature du contrat ou de la convention des parties. Celles-ci peuvent fixer soit un terme, soit une durée, soit un laps de temps objectivement déterminable; la durée peut également résulter du but des rapports de travail (arrêt du Tribunal fédéral B 54/04 du 30 septembre 2005, consid. 3.1, résumé in RSAS 2006 p. 354). La caractéristique première d'un contrat de ce type est que les parties contractantes ne peuvent y mettre fin avant le terme convenu, à moins que celle qui en veut l'extinction prématurée puisse invoquer un juste motif de résiliation immédiate (arrêt du Tribunal fédéral 4A_89/2007 du 29 juin 2007, consid. 3.2).

3.2 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. Par manquement du travailleur, on entend en règle générale la violation d'une obligation découlant du contrat de travail, mais d'autres incidents peuvent aussi justifier une résiliation immédiate. Une infraction pénale commise au détriment de l'employeur constitue, en principe, un motif justifiant le licenciement immédiat du travailleur. Le juge apprécie librement s'il existe de justes motifs (art. 337 al. 3 CO). 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. 31 s.).

3.3 Selon l'art. 337c al. 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.

On impute sur ce montant ce que le travailleur a épargné par la suite de la cessation du contrat de travail ainsi que le revenu qu'il a tiré d'un autre travail ou le revenu auquel il a intentionnellement renoncé (art. 337c al. 2 CO).

Le fardeau de la preuve des gains ou économiques que le travailleur a réalisés ou qu'il aurait pu réaliser incombe à l'employeur (GLOOR, Commentaire du contrat de travail, 2013 n. 21 ad art. 337c).

Les indemnités journalières que l'assurance-chômage a versées durant le préavis non respecté ne sauraient profiter à l'employeur; il incombe à la caisse de chômage d'intervenir au procès et de faire valoir la subrogation (GLOOR, op. cit., n. 20 ad art. 337c).

3.4 L'art. 337c al. 3 CO prévoit qu'en cas de résiliation immédiate injustifiée, le juge peut allouer au travailleur une indemnité dont il fixera librement le montant, en tenant compte de toutes les circonstances, mais sans dépasser l'équivalent de six mois de salaire.

Cette indemnité, qui s'ajoute aux droits découlant de l'art. 337c al. 1 CO, revêt une double finalité, à la fois réparatrice et punitive, quand bien même elle ne consiste pas en des dommages-intérêts au sens classique, car elle est due même si la victime ne subit ou ne prouve aucun dommage; revêtant un caractère sui generis, elle s'apparente à la peine conventionnelle (ATF 135 III 405 consid. 3.1 p. 407; 120 II 209 consid. 9b p. 214; cf. arrêt du Tribunal fédéral 4C.86/2001 du 28 mars 2002 consid. 1a).

L'indemnité est fixée d'après la gravité de la faute de l'employeur, la mesure de l'atteinte portée aux droits de la personnalité du travailleur et la manière dont la résiliation a été annoncée; d'autres critères tels que la durée des rapports de travail, l'âge du lésé, sa situation sociale, une éventuelle faute concomitante et les effets économiques du licenciement entrent aussi en considération (arrêt du Tribunal fédéral 4A_660/2010 du 11 mars 2011 consid. 3.2 et les références citées).

3.5 L'interrogatoire et la déposition des parties constituent des moyens de preuve (art. 168 al. 1 let. f CPC).

Ces deux modes d'interrogation sont de même rang et de même force probante, laquelle est équivalente au témoignage. Ils s'inscrivent dans le système de la libre appréciation des preuves institué par l'art. 157 CPC, selon lequel le juge décide selon sa conviction subjective si des faits sont prouvés ou non par l'interrogatoire (BÜHLER, Commentaire bernois, 2012, ad art. 191–192 CPC, n. 14ss).

3.6 En l'occurrence, les parties ont été liées par un contrat de durée déterminée.

L'appelante a invoqué à l'appui du licenciement des motifs «mettant en péril l'activité de l'entreprise», qui consistaient en substance dans du dénigrement du travail, des erreurs dans les cours, et un comportement désobligeant envers la direction et les collègues.

Comme le Tribunal l'a justement retenu, les témoignages recueillis ont mis en évidence des plaintes d'élèves au sujet de corrigés, ainsi que des critiques, dans des termes non établis, relatives à du matériel d'enseignement. Ces griefs, qui apparaissent moins précis que ceux résultant du courrier de licenciement, ne sont pas d'une gravité suffisante pour constituer des motifs justifiant une résiliation abrupte des rapports de travail. A supposer que les courriers des 27 et 28 janvier 2011 puissent être considérés comme des avertissements, l'appelante n'allègue pas, et prouve encore moins, de graves manquements postérieurs à ceux-ci qui auraient entraîné une rupture de confiance irrémédiable.

Dès lors le congé signifié à l'intimée n'était pas fondé sur de justes motifs, comme l'ont à raison retenu les premiers juges.

3.7 L'intimée a, en conséquence, droit au salaire qu'elle aurait touché jusqu'à la fin des rapports de travail, soit en l'occurrence, à la fin du contrat de travail de durée déterminée (30 août 2011).

Les premiers juges ont arrêté ce montant, correspondant à six mois de salaire (mars à août 2011), en prenant en considération une rémunération mensuelle moyenne de 2624 fr. 30, calculée sur la base de ce que l'intimée avait perçu de septembre à janvier 2011 (13 121 fr. 50), hors indemnités vacances.

L'appelante critique, dans son argumentation subsidiaire, ce calcul, au motif que ce dernier montant a correspondu à dix-huit semaines de cours pendant le semestre d'hiver (septembre à janvier 2011), et que, par conséquent, le même montant devrait prévaloir pour le semestre d'été (mars à août 2011 [sans juillet correspondant à la période de vacances]). Elle requiert également que soient imputées les prestations reçues par l'intimée durant cette période, qu'ils s'agissent des allocations dont la perception a été établie, que d'hypothétiques autres gains intermédiaires et gain auquel il aurait été volontairement renoncé pour cause de non recherches d'emploi. Elle n'allègue, ni a fortiori ne démontre – alors qu'elle en supportait la charge – aucun élément concret dont il ressortirait que l'intimée aurait travaillé au service d'un tiers ou n'aurait pas recherché un emploi, durant la période en cause.

Pour sa part, l'intimée a déclaré, lorsqu'elle a été entendue par le Tribunal, qu'elle n'avait pas perçu d'autres revenus que les allocations précitées, lesquelles n'auraient pu lui être servies si elle avait eu un emploi, et qu'elle n'avait pas pu retrouver de travail avant le 1^{er} janvier 2012, en dépit de ses efforts. Ces déclarations, appréciées à l'aune de celles de

l'appelante, sont de nature à emporter la conviction du juge, et dès lors à constituer une preuve, selon l'art. 168 al. 1 let. f CPC.

Par conséquent, il n'y a pas lieu de donner suite à la requête de l'appelante en production de pièces supplémentaires.

Le calcul du montant dû par l'appelante, sur la base des art. 337c al. 1 et 2 CO, devra tenir compte de ce que le contrat se terminait au mois d'août 2011 (période comprenant les vacances scolaires dont la rémunération était contractuellement comprise dans le salaire de base). C'est ainsi un montant brut de 14 225 fr., dont l'appelante demeure redevable envers l'intimée.

3.8 L'indemnité due sur la base de l'art. 337c al. 3 CO a été arrêtée à un montant de 2624 fr. 60 par le Tribunal, montant correspondant selon sa motivation, à un mois de salaire, en fonction de divers critères, notamment ceux de la situation financière précaire de l'intimée domiciliée en France et ne pouvant toucher d'indemnité de chômage en Suisse, ainsi que la situation déstabilisante et difficile psychologiquement de la précitée.

Compte tenu du caractère de durée déterminée du contrat, de la brièveté des rapports de travail, du relatif jeune âge de l'intimée, du peu de clarté des courriers de résiliation de l'employeur, du fait qu'il n'a pas été établi, contrairement à ce que soutient celui-ci que l'intimée aurait commis une faute concomitante, et de ce que les critères retenus par le Tribunal et mentionnés ci-dessus ne sont pas pertinents, il se justifie d'arrêter à 2000 fr. nets l'indemnité due.

Arrêt communiqué par Me W. Gloor, avocat, Genève

Cour de justice du canton de Genève, Chambre des prud'hommes, Arrêt du 11 juin 2014 (Rejet de l'appel interjeté contre le jugement du Tribunal des prud'hommes du 5 août 2013)

Art. 321c CO et 9 LTr. Les cadres exerçant une fonction dirigeante élevée ne sont pas susceptibles, stricto sensu, d'effectuer des heures supplémentaires ou du travail supplémentaire; il n'y a dès lors pas lieu d'indemniser une mise à contribution supplémentaire. S'agissant des autres cadres supérieurs, ils peuvent, à l'instar des autres salariés, prétendre à l'indemnisation de leurs heures supplémentaires, pour autant que les parties aient fixé un horaire (hebdomadaire) de base ou que l'on ait affaire à un dépassement de l'horaire hebdomadaire maximum prévu par la LTr (c. 2.3).

Art. 46 LTr. Lorsque l'employeur n'a mis sur pied aucun système de contrôle des horaires et qu'il laisse aux travailleurs le soin d'enregistrer eux-mêmes leurs heures supplémentaires et d'établir des décomptes, le juge peut retenir l'existence et le nombre d'heures supplémentaires, pour autant qu'elles apparaissent comme hautement

vraisemblables et qu'elles se trouvent corroborées par des moyens de preuve produits par le travailleur, tels que ses propres agendas (c. 2.5). Art. 321c CO. Lorsque l'employeur ignore la nécessité ou l'exécution effective d'heures supplémentaires et qu'il ne pouvait pas les connaître au vu des circonstances, l'employé dispose, selon la doctrine, d'un délai de trente jours pour annoncer ses heures supplémentaires dans leur quotité ou leur principe, sous peine de péremption (c. 2.10). La signature, par l'employeur ou son représentant, d'un décompte d'heures supplémentaires présenté par le travailleur vaut déclaration de volonté. Elle signifie que l'employeur s'engage à rétribuer au travailleur les heures supplémentaires y exposées, sous forme de congé compensatoire ou en argent (c. 2.15).

Extraits des faits:

Par contrat écrit du 23 novembre 2009, E. – représenté par son fils D. – a engagé T., en qualité d'employé dans un garage, et ce pour une durée indéterminée. Les parties sont convenues d'un salaire mensuel brut de 5500 fr. x 13. Les rapports de travail ont commencé le 1^{er} mars 2010. A cette occasion, les parties sont convenues d'un horaire hebdomadaire de 40 heures, réparties sur cinq jours (lundi – vendredi). L'employé était censé effectuer, à l'instar du personnel du secrétariat, 4 heures le matin (08H00 – 12H00), et 4 heures l'après-midi (13H00 – 17H00). Le 1^{er} mai 2010, le salaire de T. a été porté à 6500 fr. brut par mois. Dans la période du 1^{er} mars 2010 au 5 avril 2011, T. a effectué de nombreuses heures supplémentaires. Les matins, il commençait régulièrement son travail dès 07H30, voire des fois plus tôt, quand il s'agissait de terminer dans les délais un travail entamé la veille; notamment en hiver et le soir, il travaillait souvent jusqu'à 17H30, voire plus longtemps, parfois jusqu'à la fermeture du garage à 20H00, notamment pour seconder le *dispatcher*, lorsque ce dernier était débordé par la quantité des appels d'aide et leur traitement, ou lorsqu'un des *dispatcher* était empêché ou en vacances. D. ne tenait pas de registre – prévu à l'art. 73 al. 1 OLT 1 – indiquant l'horaire et la durée (quotidienne et hebdomadaire) du travail effectivement fourni par les travailleurs. Toutefois, les collaborateurs, et en particulier les dépanneurs et *dispatcheurs*, étaient invités à contrôler eux-mêmes le nombre d'heures effectuées et de noter régulièrement les heures supplémentaires (par rapport à l'horaire hebdomadaire contractuel) sur un formulaire disponible au secrétariat, et de les lui signaler en rendant ce formulaire au secrétariat, dûment rempli, vers la fin de chaque mois, pour contrôle et approbation par l'employeur. Ces heures étaient ensuite reportées sur le bulletin de paie du mois subséquent, et, selon le cas, rétribuées en temps de congé équivalent ou en argent. T. avait connaissance de l'existence de ces formulaires. Dès sa prise d'emploi, T. notait ses heures de travail, jour par jour, dans un agenda, d'abord, du 1^{er} mars 2010 au 25 juin 2010, dans un carnet «ho-

raires de travail» orange, mis à disposition par son syndicat SIT, puis, à compter du lundi 28 juin 2010, dans des grands agendas, fourni à l'employeur, en plusieurs exemplaires, par un client de l'entreprise, comportant deux lignes disponibles par heure de 06H00 – 20H00 et par jour calendrier, (06H00 – 20H00), et partant, permettant de préciser les tâches à effectuer ou effectuées. Les inscriptions ont été faites, au gré des jours, au moyen de stylos bille à couleur et de feutres différents. T. ne remplissait pas la formule utilisée par les dépanneurs et *dispatcheurs* pour noter et faire valider, vers la fin de chaque mois, les heures supplémentaires effectuées.

Le soir du mercredi 6 avril 2011, T. a présenté à D., sur 18 feuilles Excel, un relevé des heures supplémentaires effectuées durant la période du 1^{er} mars 2010 au 5 avril 2011, totalisant, pour la période du 1^{er} mars 2010 au 30 avril 2010, 27,88 heures supplémentaires, et à la dernière page, pour la période d'ensemble du 1^{er} mars 2010 au 5 avril 2011, un nombre de 363,35 heures supplémentaires; il lui a demandé de les contrôler et de les valider. D. était surpris et fort étonné du grand nombre d'heures supplémentaires exposé. Il a toutefois fini par signer ce relevé à la dernière page, en dessous du nombre de 363,35 heures supplémentaires. Le lundi 11 avril 2011, T. a informé D. qu'il résiliait les rapports de travail, moyennant préavis de deux mois nets pour le 11 juin 2011, affirmant avoir trouvé un nouvel emploi. Il a confirmé sa décision par un courrier recommandé du même jour.

Par demande du 6 décembre 2011, T. a assigné E. devant le Tribunal des prud'hommes en paiement de 17 030 fr. 25 à titre d'heures supplémentaires, de 1812 fr. 05 à titre de «vacances sur heures supplémentaires», et de 6500 fr. à titre d'un solde de 20 jours de vacances non prises, le tout avec intérêts. Par mémoire-réponse et demande reconventionnelle du 25 mai 2012, E. a conclu au déboutement du demandeur de toutes ses conclusions, ainsi qu'à la condamnation de celui-ci au paiement de 781 fr. 13 avec intérêts. Par jugement du 5 août 2013, le Tribunal a condamné E. à payer à T. la somme brute de 15 313 fr. 90, avec intérêts et débouté les parties de toute autre conclusion. Le Tribunal a considéré, en substance, qu'il ressortait des enquêtes que le demandeur avait effectué des heures supplémentaires. Il a retenu comme «preuve déterminante» la signature, par D., du décompte d'heures supplémentaires présenté par le demandeur. Par mémoire du 13 septembre 2013, E. a formé appel contre ce jugement.

Extraits des considérants:

2.

2.1 Les parties sont en désaccord pour ce qui est du principe et du nombre des heures supplémentaires effectuées par l'intimé dans la période du 1^{er} mars 2010 au 5 avril 2011. Et, de l'avis de l'appelant, dussent-elles

avoir été effectuées, le droit à en obtenir indemnisation était périmé, faute pour l'intimé de les avoir annoncées à temps.

a.

2.2 Constituent des heures supplémentaires les heures de travail effectuées par le travailleur qui excèdent la durée du travail convenue, ou, selon le texte légal, les «heures de travail plus nombreuses que ne le prévoit le contrat ou l'usage, un contrat-type de travail ou une convention collective» (art. 321c al. 1 CO; DUNAND, in: Dunand/Mahon, Commentaire du contrat de travail, Berne, 2013, N. 7 ad art. 321 c CO). En règle générale, et si rien d'autre n'a été convenu, la période d'observation est la semaine.

2.3 Les cadres exerçant une fonction dirigeante élevée («oberste Führungskräfte») car souverains dans l'emploi de leur temps, et influant, de façon décisive, sur la volonté sociale de l'entreprise, ne sont pas susceptibles, stricto sensu, d'effectuer des heures supplémentaires ou du travail supplémentaire; il n'y a dès lors pas lieu à indemniser une mise à contribution supplémentaire (art. 3 let. d LTr; art. 9 OLT 1; ATF 129 III 171; 126 III 337). S'agissant des autres cadres supérieurs («leitende Angestellte»), ils peuvent, à l'instar des autres salariés, prétendre à l'indemnisation de leurs heures supplémentaires, pour autant que les parties aient fixé un horaire (hebdomadaire) de base ou que l'on ait affaire à un dépassement de l'horaire hebdomadaire maximum prévu par la loi (art. 9 LTr, 45 H), (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Zürich, 2012, N. 6 ad art. 321 c CO p. 218).

2.3.1 Le fait qu'un travailleur bénéficie d'une position de confiance au sein de l'entreprise ne permet pas à lui seul d'admettre que cette personne exerce une fonction dirigeante. Ce n'est pas le titre conféré, mais les fonctions effectivement exercées qui sont déterminantes (ATF 126 III 337; TF JAR 2006 p. 347).

2.3.2 Les parties sont libres de convenir *par écrit* que les heures supplémentaires ne sont ni compensées en temps, ni rétribuées en argent (cf. art. 321c al. 3 CO).

2.3.3 *En l'espèce*, le demandeur a certes été nommé «chef d'exploitation» et bénéficiait de la confiance de M. D., mais il n'assumait pas, pour autant, une fonction dirigeante élevée, ni simplement celle de cadre supérieur. De fait, il n'assumait pas un pouvoir de direction quelconque, mais celle d'un *secrétaire-manager* ou *trouble-shooter*, chargé des problèmes administratifs et techniques. Par ailleurs, les parties ne sont pas convenues d'exclure la rétribution d'éventuelles heures supplémentaires.

b.

2.4 Il incombe *au travailleur* de prouver qu'il a effectué les heures supplémentaires dont il demande la rétribution (art. 8 CC; ATF 129 III 171 cons. 2.4 p. 176). S'il n'est pas possible d'établir le nombre exact d'heures supplémentaires, le juge peut, par appréciation analogique de l'art. 42 al. 2 CO, en estimer la quotité. L'évaluation se fonde sur le pouvoir d'appréciation des preuves et relève donc de la constatation des faits (ATF

131 II 360 cons. 5. 1; Arrêts du Tribunal fédéral 4A_611/2012 du 19. 2. 2013 cons. 2.2; 4A_338/2011 du 14. 12. 2011 cons. 2.2 p. 364). Si l'art. 42 al. 2 allège le fardeau de la preuve, il ne dispense pas le travailleur de fournir au juge, dans la mesure raisonnablement exigible, tous les éléments constituant des indices du nombre d'heures accomplies (cf. ATF 133 III 462 cons. 4. 4. 2 p. 471; 122 II 219 cons. 3a p. 221). La conclusion selon laquelle les heures supplémentaires ont réellement été effectuées dans la mesure alléguée doit s'imposer au juge avec une certaine force (cf. ATF 132 III 379 cons. 3.1; 122 III 219 cons. 3a p. 222).

2.5 Lorsque, comme en l'espèce, l'employeur n'a mis sur pied aucun système de contrôle des horaires, c'est-à-dire n'a pas déféré aux exigences légales de tenue d'un registre des heures effectuées (art. 46 LTr., art. 73 al. 1 let. c OLT 1, MÜLLER/OECHSLE, «Die Pflicht zur Arbeitszeiterfassung» in: AJP/PJA 2007 p. 847 ss) et laisse aux travailleurs le soin d'enregistrer eux-mêmes leurs heures supplémentaires et d'établir des décomptes, il n'y a certes pas un renversement du fardeau de la preuve (arrêt du Tribunal fédéral 4C.307/2006 du 26. 3. 2007 cons.3.1), mais le juge pourra retenir l'existence et le nombre d'heures supplémentaires, pour autant qu'elles apparaissent comme hautement vraisemblables (DUNAND, in: Dunand/Mahon, op. cit. N.49 ad at. 321 c CO; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, op. cit. N. 10 ad art. 321 c CO p. 226, cf. arrêts du Tribunal fédéral 4A_86/2008 du 23.9. 2008 cons. 4.2; 4A_501/2013 du 31.03.2014 cons. 6.2; RUDOLPH, in: Geiser/von Kaenel/Wyler, Loi sur le travail, Berne, 2005, N. 18 ad art. 46 LTr), et se trouvent corroborées par des moyens de preuve produits par le travailleur, tels que ses propres agendas (cf. arrêt du Tribunal fédéral 4A_611/2012 du 19. 2. 2013 cons. 2.3 *par analogie*).

2.6 Il incombe au travailleur, en outre, de prouver que les heures supplémentaires étaient *nécessaires*, c'est-à-dire effectuées dans l'intérêt de l'entreprise et requises par les tâches confiées (ATF 129 III 171 cons. 2.4 = JdT 2003 I 241; arrêt du Tribunal fédéral 4C.141/2006 du 24. 8. 2006; SENTI/VON KAENEL, «Aktuelle Fragen zur Arbeitszeit» in: AJP/PJA 2012 p. 205); Toutefois, la preuve de la nécessité ne doit pas être rapportée lorsqu'il est établi que l'employeur avait *connaissance* de l'exécution des heures supplémentaires (arrêt du Tribunal fédéral 4A_338/2011 du 14. 2. 2011 cons. 2.2; ATF 86 II 155 cons. 2 p. 157; 116 II 69 cons. 4 p. 71; WYLER, Droit du travail, Berne, 3^{ème} édition, 2014, p. 102).

2.7 Dès lors, il n'est en soi – et sous réserve d'une convention contraire – pas nécessaire que les heures supplémentaires aient été *ordonnées* par l'employeur; elles peuvent donc avoir été fournies à *l'initiative* du travailleur lorsque les circonstances l'y obligent (WYLER, op.cit. p. 93 et p. 99; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, op. cit. N.2 ad art. 321 c CO p. 209).

2.8 Ne sont pas des heures supplémentaires celles que le travailleur a effectuées dans son propre intérêt – sans tenir compte des intérêts de

l'entreprise – simplement pour, par exemple, passer du temps dans l'entreprise, fuir la solitude à la maison, ou pour accumuler des heures afférentes à des tâches qui pouvaient être différées (Appellationsgericht BS, 27. 12. 2001 in: BJM 2003 p. 300; BREGNARD-LUSTENBERGER, *Überstunden- und Überzeitarbeit*, Berne, 2005, p. 67).

2.9 L'obligation de diligence et de loyauté impose au travailleur d'annoncer dans un délai bref à son employeur les heures supplémentaires effectuées (arrêt du Tribunal fédéral 4A_40/2008 du 19. 9. 2008 cons. 4.3.1 = JAR 2009 330; cf. aussi – bien que convention collective de travail non applicable en l'espèce – l'art. 8 al. 3 de la CCT pour les travailleurs de l'industrie des Garages du canton de Genève). Le but étant de permettre à ce dernier d'organiser l'entreprise de sorte à éviter la nécessité de recourir à des heures supplémentaires (WYLER, op. cit. p. 100; STAEHELIN, *Zürcher Kommentar*, 2006 N. 11 ad art. 321 c CO).

2.10 Dès lors, lorsque l'employeur ignorait la nécessité ou l'exécution effective d'heures supplémentaires et qu'il ne pouvait pas les connaître au vu des circonstances, l'employé dispose, selon la doctrine, d'un délai de trente jours pour annoncer ses heures supplémentaires dans leur quotité, ou à tout le moins, dans leur principe, sous peine de déchéance (WYLER, op. cit. p. 100; dans ce sens apparemment ATF 129 III 171 c. 2. 2. = JdT 2003 I 241). Autrement dit, l'employé qui omet d'informer l'employeur, qui ignore tout, de ses heures supplémentaires, et qui accepte sans réserve sa paie mensuelle y subséquente, risque la *péremption* de sa créance en indemnisation (cf. arrêt du Tribunal fédéral 4A_40/2008 du 19. 8. 2008 = JAR 2009 p. 330; avis jugé trop sévère par STREIF/VON KAENEL/ RUDOLPH, op. cit., N. 10 ad art. 321 c CO, p. 230). Quoi qu'il en soit, de l'avis du Tribunal fédéral lui-même, la péremption, prônée par une partie de la doctrine, ne doit pas être retenue à la légère (ATF 129 II 171 c. 2.3).

2.11 *A contrario*, si l'employeur a connaissance (ou ne peut / ne pouvait pas ignorer) le fait que le travailleur ait effectué voire continue d'effectuer des heures supplémentaires, *il doit s'y opposer*, à défaut, *il doit les rétribuer* (arrêt du Tribunal fédéral 4C.337/2001 du 1. 3. 2002; WYLER, op. cit. p. 100; SENTI, «Überstunden», in: AJP/PJA 2003 p. 378). Lorsque l'employeur ne saurait, de bonne foi, avoir ignoré que le travailleur a effectué (ou continue d'effectuer) des heures supplémentaires, ce dernier n'a pas à les annoncer de suite (arrêts du Tribunal fédéral 4A_464/2007 du 8. 1. 2008 c. 3, 4A_42/2011 du 05.07.2011 cons. 5.2; DUNAND, in: Dunand/Mahon, op. cit., N. 58 ad art. 321c CO).

c.

2.12 Lorsque l'employeur ratifie («*genehmigt*») les heures supplémentaires exposées par le travailleur, il est forclois de remettre en question, ultérieurement, leur principe et/ou leur quotité ou encore, leur nécessité (KG SG JAR 2009 p. 609; TF 15. 9. 1992 in: JAR 1993 120), ou encore, le fait qu'elles n'aient pas été annoncées «à temps» selon les formes prescrites par l'employeur.

2.13 Si le décompte présenté par le travailleur est sujet à questions, l'employeur doit le vérifier; s'il le signe sans le vérifier, il est censé l'avoir accepté (GSG BS JAR 2012 p. 442. Le décompte présenté est également tenu pour accepté si l'employeur garde le silence (arrêt du Tribunal fédéral 4C.110/2000 du 9. 10. 2000 cons. 3 d in: SARB 2001 p. 1139).

2.14 Sont également tenues pour acceptées les heures supplémentaires effectuées par le travailleur dont l'employeur ne pouvait, de bonne foi, ignorer l'existence, et qu'il a laissé s'effectuer (arrêt du Tribunal fédéral 4A_42/2011 du 15. 7. 2011 cons.5.2 4A_464/2007 du 8. 1 2008 cons. 3; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, op. cit. N. 10 ad art. 321c CO p. 224).

2.15 En droit du travail, la signature, par l'employeur ou de son représentant, d'un décompte d'heures supplémentaires présenté par le travailleur vaut, interprétée selon le principe de la confiance (art. 18 CO), déclaration de volonté («*Willenserklärung*»); elle signifie que l'employeur s'engage à rétribuer au travailleur les heures supplémentaires y exposées, soit sous forme de congé compensatoire ou en argent.

d.

2.16 A supposer que, comme semble le soutenir l'appelant, la signature de l'employeur sur un tel décompte ne vaille que quittance pour une prestation reçue (cf. PV 28. 11. 2012 p. 10 *en bas de page*), soit donc comme simple *Wissenserklärung*, force serait d'examiner la situation à la lumière de l'art. 88 CO.

2.17 L'art. 88 al. 1 CO prévoit que «le débiteur qui paie a le droit d'exiger une quittance (...)». Selon la doctrine et la jurisprudence, cette règle s'applique à toutes les dettes, qu'elles soient dues en argent, en fourniture de biens ou de services (i. e. prestations de travail) (cf. WEBER, Berner Kommentar, N. 12 ad art. 88 CO; SCHRANER, Zürcher Kommentar, 2000, N. 13 ad art. 88 CO; VON TUHR/ESCHER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Zurich, 1974, p. 34). Or, la quittance, envisagée par l'art. 88 CO, n'est qu'une *Wissenserklärung* (ATF 109 II 329; 45 II 212); elle atteste de la réception d'une prestation déterminée et constitue un moyen de preuve, *qui n'exclut cependant pas la preuve contraire* (TF 4A_637/2012 du 3. 4. 2013 = RSPC 2013 p. 314). Autrement dit, elle opère un renversement du fardeau de la preuve quant à la réalité de la prestation fournie (arrêt du Tribunal fédéral 5A_316/2009 du 2. 7. 2009 = RSPC 2009 p. 376).

a.

3. 3.1 *En l'espèce*, la Cour, à l'instar du Tribunal, est amenée à conférer à la signature de l'appelant – respectivement de son représentant, D – au bas du décompte d'heures supplémentaires à lui présenté par l'intimé, le 5 avril 2011, la force d'une *déclaration de volonté*, c'est-à-dire *l'engagement* de les accepter et de les rétribuer. L'intimé l'a comprise de cette façon, et, interprétée selon le principe de la confiance (art. 18 CO), il était fondé à la comprendre de cette façon.

3.2 Qui plus est, l'appelant n'a jamais invoqué, par rapport à la déclaration de volonté exprimée par sa signature, un vice de volonté. Par exemple une erreur de base au sens de l'art. 24 al. 1 ch. 4 CO; en tout cas, il n'a pas établi avoir émis une déclaration d'invalidation de l'acte dans le délai annal prévu par l'art. 30 CO.

3.3 A l'époque de la signature du décompte, l'appelant n'a pas contesté le réel et le sérieux des heures supplémentaires exposées; il s'apprêtait à les faire régler à l'intimé – nonobstant la surprise de sa secrétaire-comptable – lui confirmant de les inscrire sur le bulletin de salaire de mars 2011 (voire encore sur celui d'avril 2011), mais après déduction des trois jours de congé compensatoire accordés en mars 2011. Il a donc *ratifié* les heures supplémentaires, tant dans leur *principe*, que dans leur *nécessité* et leur *quotité*, et il n'était pas victime d'un vice de volonté. Il est *forclos* d'y revenir. La décision de les accepter est tombée à l'issue d'une discussion assez longue entre les parties, ce qui donne à penser que l'appelant s'est fait expliquer ce décompte; dès lors, lunettes ou pas lunettes, l'appelant savait ou était censé savoir ce qu'il signait.

3.4 Ce n'est qu'une fois la lettre de congé de l'intimé reçue, que l'appelant a décidé de ne plus rétribuer ces heures supplémentaires, ce qui montre que leur règlement ne lui posait aucun problème particulier, à tout le moins dans l'optique d'un maintien de l'intimé dans l'entreprise. Si, au moment de la signature du décompte, erreur il y avait eue, celle-ci serait intervenue au stade de la formation de la volonté, autrement dit, n'aurait porté que *sur les motifs*; or, l'erreur sur les motifs n'est pas prise en considération par la loi (art. 24 al. 2 CO; ATF 118 II 58 cons. 3 c; ENGEL, Traité des obligations en droit suisse, Berne, 2^e éd., 1997, p. 319).

b.

3.5 Dût-on, à *titre subsidiaire*, ne conférer à la signature de l'appelant en bas du décompte d'heures supplémentaires présenté par l'intimé que la force d'une simple *quittance*, au sens de l'art. 88 CO, pour prestations reçues, force serait de retenir ce qui suit:

3.6 L'art. 88 al. 1 CO opérant un renversement du fardeau de la preuve, il incomberait à *l'appelant* d'apporter les éléments infirmant le réel et sérieux des heures supplémentaires fournies par l'intimé, et contresignées par l'employeur.

3.7 A cet égard, la tenue régulière d'un registre d'heures fournies par le personnel – tel que prévue par la loi (art. 46 LTr., art. 73 OLT 1) – aurait pu apporter de tels éléments. Or, l'appelant, de son propre aveu, n'a pas tenu un tel registre, laissant le soin aux employés de noter leurs heures supplémentaires.

3.8 L'appelant a fait auditionner plusieurs témoins – tous, à une exception près, salariés de l'entreprise au moment de leur audition. Leurs déclarations n'ont pas convaincu la Cour quant à l'inexistence – alléguée par l'appelant – d'heures supplémentaires fournies par l'intimée. Bien au contraire: ces témoins, bien que tenus, *ex lege*, par les liens du devoir de fidéli-

té (art. 321a CO), ont laissé apparaître que l'intimé avait bel et bien été souvent «présent» bien avant leur prise de service, le matin, ou «présent», encore après leur départ de l'entreprise, le soir.

3.9 La *réalité* est que l'intimé a bel et bien fourni, du 1^{er} mars 2010 au 5 avril 2011, un nombre substantiel d'heures supplémentaires paraît, aux yeux de la Cour, et à l'issue des enquêtes et sur le vu des constatations faites, *incontestable*. En effet, il assumait des fonctions *polyvalentes* et avait été engagé pour précisément, cette polyvalence dans sa mise à contribution, que ce soit dans l'administration, au desk du *dispatching*, dans l'atelier ou en bureautique; il est notoire que dans un garage spécialisé dans le dépannage de véhicules, et d'enlèvement, dans une agglomération urbaine telle que Genève, de voitures mal stationnées (avec atelier mécanique), le travail ne manque pas, et qu'une personne polyvalente, par définition, est censée remplacer, au pied levé des collaborateurs empêchés ou en vacances.

3.10 S'agissant de la *quotité* des heures supplémentaires exposées par l'intimé dans son décompte du 5 avril 2011 – à savoir 363,35 H – elle ne paraît pas «fantaisiste» du tout. En effet, étalé sur la période du 1^{er} mars 2010 au 5 avril 2011, soit sur 56 semaines de travail (59 semaines – 2 semaines de vacances + 9 jours de congé compensatoire)], ce nombre équivaut à une moyenne journalière de 1,28 heures supplémentaires (363,35 : 56,66 = 6,41 HS/sem; 6,41 : 5 = 1,28.HS), soit, *grosso modo*, 1 heure et 20 minutes. Ce qui paraît concevable dans une entreprise où les dépanneurs et *dispatcheurs*, aux dires des témoins, effectuaient un horaire de base de 45 heures par semaine. Par ailleurs, l'intimé, non confiné aux simples tâches de bureau, venait régulièrement une demi-heure plus tôt le matin, soit à 07H30 et, régulièrement, il quittait l'entreprise un peu plus tard le soir. Les agendas produits par l'intimé, et dont l'authenticité n'a pas été mise en question (et qui ont servi à l'établissement de son décompte du 5 avril 2011), l'attestent, et, les témoins, dans leur majorité, le confirment. Les inscriptions faites indiquent, de surcroît, très souvent *la raison* du dépassement de «l'horaire normal».

3.11 Enfin, s'agissant de la *nécessité* des heures supplémentaires alléguées, l'employeur, à qui, *in casu*, et pour les raisons sus-exposées, il incomberait de l'infirmer, n'a pas réussi à convaincre la Cour que celles-ci aient été *superflues*, ou *effectuées dans l'intérêt exclusif* de l'intimé. Certes, plusieurs des témoins de l'appelant, entendus par la Cour, sont venus faire part de leur sentiment qu'il n'y avait aucune nécessité que l'intimée effectuât des heures supplémentaires. D'abord, il s'agit d'*opinions*, et pas de «faits», et d'*opinions* de personnes n'ayant pas eu à assumer les fonctions de l'intimé.

3.12 Il est certes constant que l'intimé a failli à son devoir d'annoncer formellement et à intervalles réguliers, ses heures supplémentaires. Toutefois, ce devoir ne saurait, en l'espèce, emporter la préemption du droit de l'intimé de les faire valoir. En effet, il est constant que l'appelant avait

connaissance positive du fait que l'intimé fournissait régulièrement des heures supplémentaires, étant lui-même fréquemment présent au garage. A un moment donné, en 2010, les parties se sont entretenues par rapport au traitement de ces heures; l'employeur a commencé par accorder à l'intimé quelques jours de congé compensatoire (1 semaine = 5 jours ouvrables). Pour le surplus, l'appelant ne s'y était pas opposé et a préféré laisser faire, ce qui donne à penser que ces heures étaient objectivement nécessaires, ou, à tout le moins, utiles à l'entreprise.

3.13 Dans cette optique, l'argument supplémentaire, tiré cette fois-ci du fait que l'intimé n'avait pas utilisé le formulaire prescrit pour noter ses heures supplémentaires, manque de sérieux. L'appelant est mal venu de faire grief à l'intimé de ne pas avoir utilisé ce formulaire, ayant lui-même omis de tenir un registre d'heures de travail fournies par le personnel, alors que la loi le lui prescrivait.

Arrêt communiqué par Me W. Gloor, avocat, Genève

Cour de justice du canton de Genève, Chambre des prud'hommes, Arrêt du 31 octobre 2014 (Rejet de l'appel interjeté contre le jugement du Tribunal des prud'hommes du 7 mars 2014)

Art. 337 CO. En règle générale, seul un manquement particulièrement grave du travailleur justifie son licenciement immédiat sans avertissement préalable. La gravité est notamment appréciée au regard du fait que l'acte est intentionnel ou non; même s'il l'est, il convient de tenir compte du fait que l'acte est dirigé contre une chose ou une personne, de l'ampleur des dommages qu'il est de nature à créer, des antécédents de l'auteur, du risque de récurrence, ainsi que de l'éventuelle faute concomitante de l'employeur (c. 2.3.1). Le comportement des cadres doit être apprécié avec une rigueur accrue en raison du crédit particulier et de la responsabilité que leur confère leur fonction dans l'entreprise. Le contenu de l'activité confiée, en particulier dans le domaine bancaire, peut aussi impliquer un rapport de confiance particulièrement solide entre l'employeur et le travailleur (c. 2.3.2).

Dans le milieu bancaire, la découverte de plus de deux mille courriels professionnels ayant transité sur la messagerie privée d'un collaborateur, dont, sur un échantillon de six cent d'entre eux, 31% se sont révélés être hautement confidentiels, ne pouvait que conduire à son licenciement avec effet immédiat. L'ampleur des données hautement confidentielles stockées par le collaborateur, qui avait une position hiérarchique élevée, durant trois ans sur son ordinateur portable, en violation des directives et des procédures de sécurité interne de la banque, ont entraîné la rupture du lien de confiance qui constitue le fondement du contrat de travail (c. 2.4.1).

Extraits des faits:

T. a été engagé par X., devenue par la suite E., par contrat de travail du (...) 1997, en qualité de responsable de la clientèle. Nommé fondé de pouvoir au terme de sa période d'essai, il est devenu adjoint à la direction le 1^{er} janvier 2001, puis membre de la direction deux ans plus tard et directeur général dès le 1^{er} avril 2007. A la suite de cette nomination, son préavis de licenciement a été porté à six mois. Le 1^{er} avril 2011, il a accédé au rang de chef de marché, ayant pour supérieur hiérarchique D. Le 1^{er} mars 2012, T. a été nommé «*Directeur Commercial et Coordinateur de Marché*». Dans l'exécution de son travail, T. utilisait son *lap-top* privé et son adresse privée de courriel, afin d'être accessible pour sa clientèle, pratique qui s'était accrue dès 2008 à la suite de l'acquisition d'un «*iPad*» (tablette), qui lui permettait de fournir à ses clients des relevés de comptes sous forme électronique au lieu du support papier, et d'un «*iPhone*» (téléphone portable multifonctions). Par courrier du 30 mars 2012, E. a résilié le contrat de travail de T. avec effet immédiat «*pour violation répétée et continue des procédures de sécurité interne de la banque, en particulier pour le transfert d'un volume important de documents classés «hautement confidentiels» vers (son) compte de messagerie électronique personnelle*».

Le 28 septembre 2012 T. a assigné E. devant le Tribunal des prud'hommes en constatation de l'absence de justes motifs lors de la résiliation de son contrat de travail le 30 mars 2012 et à la condamnation de la banque à lui payer divers montants à titre de «*préavis de congé*», d'indemnité équivalant à six mois de salaire et d'indemnité pour tort moral. Il a sollicité la réserve de ses prétentions à l'encontre de la banque en relation avec sa rémunération variable. Par jugement du 7 mars 2014, le Tribunal a déclaré la demande de T. recevable, à l'exception de ses conclusions préalables en constatation de l'inexistence de justes motifs de résiliation et de celles tendant à la réserve de ses prétentions. Sur le fond, il a été débouté de toutes ses conclusions. Le Tribunal a considéré que le licenciement avec effet immédiat de T. était justifié, faute d'avoir acquis la conviction que les supérieurs hiérarchiques de ce dernier connaissaient et toléraient l'utilisation de sa messagerie privée à des fins professionnelles. Par acte déposé au greffé de la Cour de justice le 9 avril 2014, T. appelle de ce jugement, dont il sollicite l'annulation, avec suite de frais et dépens.

Extraits des considérants:

2.

2.1 L'appelant, qui indique ne pas remettre en cause les faits retenus par le Tribunal, conteste l'existence de justes motifs de résiliation, car l'utilisation de son adresse de courriel privé à des fins professionnelles était connue et tolérée par ses supérieurs hiérarchiques, se fondant sur les

témoignages et le chargé de pièces complémentaires de première instance. L'incident d'octobre 2011 n'avait pas provoqué son licenciement immédiat, il n'avait reçu aucun avertissement dans ce sens, mais avait été promu le 1^{er} mars 2012. Enfin, il soutient que la résiliation du contrat avec effet immédiat du 30 mars 2012 est tardive, puisque l'intimée disposait de toutes les informations utiles à l'issue de la séance du 29 mars 2012.

2.2 L'intimée invoque ses directives, les multiples rappels de celles-ci adressés à ses collaborateurs et à l'appelant en particulier, le durcissement de sa politique en la matière et l'absence de tolérance ou d'exceptions à ces règles. Elle soutient qu'aucun avertissement n'était nécessaire au vu de la gravité du manquement et conteste avoir tardé à licencier l'appelant avec effet immédiat.

2.3.1 Selon l'art. 337 al. 1 1^{ère} phrase CO, l'employeur et le travailleur peuvent résilier immédiatement le contrat en tout temps pour de justes motifs. Sont notamment considérées comme de justes motifs toutes les circonstances qui, selon les règles de la bonne foi, ne permettent pas d'exiger de celui qui a donné le congé la continuation des rapports de travail (art. 337 al. 2 CO).

En règle générale, seul un manquement particulièrement grave du travailleur justifie son licenciement immédiat sans avertissement préalable (cf. ATF 130 III 213 consid. 3.1). Un tel manquement suppose que le travailleur ait violé soit l'une de ses obligations au travail, soit son devoir de fidélité. Pour en apprécier la gravité, il faut se référer à des critères objectifs permettant de déterminer si le rapport essentiel de confiance est détruit ou si profondément atteint qu'il ne permet plus d'exiger une poursuite des rapports de travail. La gravité est notamment appréciée au regard du fait que l'acte est intentionnel ou non; même s'il l'est, il convient de tenir compte du fait que l'acte est dirigé contre une chose ou une personne (collaborateur ou client), de l'ampleur des dommages qu'il est de nature à créer, des antécédents de l'auteur, du risque de récurrence, ainsi que de l'éventuelle faute concomitante de l'employeur (WYLER/HEINZER, Droit du travail, 3^{ème} éd., 2014, pp. 571–572).

Selon la jurisprudence, la résiliation immédiate pour justes motifs, qui constitue une mesure exceptionnelle, doit être admise de manière restrictive (ATF 130 III 28 consid. 4.1). Elle n'est pas destinée à sanctionner un comportement isolé et à procurer à l'employeur une satisfaction (ATF 129 III 380 consid. 3.1 p. 383; arrêts du Tribunal fédéral 4A_60/2014 du 22 juillet 2014 consid. 3.1 et 4A_507/2010 du 2 décembre 2010 consid. 3.2).

La gravité de l'infraction ne saurait ainsi entraîner à elle seule l'application de l'art. 337 al. 1 CO. Ce qui est déterminant, c'est que les faits invoqués à l'appui d'une résiliation immédiate aient entraîné la perte

du rapport de confiance qui constitue le fondement du contrat de travail (ATF 130 III 213 consid. 3.1, 127 III 153 consid. 1c; arrêts du Tribunal fédéral 4A_60/2014 du 22 juillet 2014 consid. 3.1 et 4A_507/2010 du 2 décembre 2010 consid. 3.2).

2.3.2 Le comportement des cadres doit être apprécié avec une rigueur accrue en raison du crédit particulier et de la responsabilité que leur confère leur fonction dans l'entreprise (ATF 130 III 28 consid. 4.1). Le contenu de l'activité confiée, en particulier dans le domaine bancaire, peut aussi impliquer un rapport de confiance particulièrement solide entre l'employeur et le travailleur (cf. arrêts du Tribunal fédéral 4A_569/2010 du 14 février 2011 consid. 2.1, in JdT 2012 II 211 et 4A_236/2012 du 2 août 2012 consid. 2.2).

En vertu de l'art. 321d al. 2 CO, le travailleur a l'obligation de suivre les instructions particulières qui lui ont été données par son employeur. La désobéissance à un ordre – pour autant que celui-ci reste dans les limites du contrat – peut constituer un juste motif de résiliation immédiate lorsque l'injonction ou la prescription concerne des intérêts importants de l'employeur; dans un tel cas, suivant les intérêts en jeu, la résiliation immédiate est justifiée, même sans avertissement préalable (arrêts du Tribunal fédéral 4A_152/2011 du 6 juin 2011 consid. 2.3.1, in JdT 2012 II 212 et 4A_236/2012 du 2 août 2012 consid. 2.2).

Le juge apprécie librement s'il existe de justes motifs (art. 337 al. 3 *in initio* CO) et il applique les règles du droit et de l'équité (art. 4 CC); à cet effet, il prendra en considération tous les éléments du cas particulier, notamment la position et la responsabilité du travailleur, le type et la durée des rapports contractuels, ainsi que la nature et l'importance des incidents invoqués (ATF 137 III 303 consid. 2.1.1; arrêt du Tribunal fédéral 4A_60/2014 du 22 juillet 2014 consid. 3.2).

2.3.3 L'art. 337 CO ne fixe aucun délai pour communiquer une résiliation immédiate. Toutefois, pour que l'on puisse admettre que la continuation du rapport de travail était devenue insupportable, il faut non seulement que l'analyse objective des circonstances aboutisse à cette conclusion, mais encore que l'on puisse constater, d'un point de vue subjectif, que la situation était effectivement devenue insupportable. Or, si l'employeur tolère en connaissance de cause la présence de l'employé dans l'entreprise pendant un certain temps encore, on doit en déduire que la continuation du rapport de travail ne lui est pas devenue à ce point insupportable qu'il ne puisse pas attendre l'expiration ordinaire du contrat (arrêt du Tribunal fédéral 4A_236/2012 du 2 août 2012 consid. 2.4 et la référence citée).

Ainsi, la jurisprudence considère que la partie qui résilie un contrat de travail en invoquant de justes motifs ne dispose que d'un court délai de réflexion pour signifier la rupture immédiate des relations; un délai 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; arrêt du Tribunal fédéral 4A_236/2012 du 2 août 2012 consid. 2.4).

Il faut cependant aussi tenir compte du temps nécessaire pour élucider les faits, étant toutefois précisé que l'employeur doit prendre immédiatement et sans discontinuer toutes les mesures nécessaires pour clarifier la situation. Suivant les circonstances, il peut être d'ailleurs justifié de mener les investigations en secret. Le délai de réflexion de trois jours ouvrables est considéré comme sévère et il peut être étendu en fonction d'une appréciation des circonstances concrètes; ainsi, il a été jugé qu'un délai d'une semaine était approprié s'il était nécessaire de recueillir l'approbation des organes d'une personne morale (arrêt du Tribunal fédéral 4A_236/2012 du 2 août 2012 consid. 2.4 et les références citées).

2.4.1 En l'espèce, il est établi que l'appelant avait connaissance des directives de la BANQUE relatives à l'interdiction d'utiliser une messagerie privée à des fins professionnelles, sur un ordinateur privé, sans moyen sécurisé (cryptage) et de conserver ces données confidentielles, ce qui résulte des directives de la BANQUE et de son Code de Déontologie, que l'appelant ne pouvait ignorer en raison de sa position hiérarchique élevée au sein de la BANQUE et des quinze années passées à son service, ainsi que du témoignage de son assistante de gestion P.

Il ressort également de la procédure que l'intimée avait connaissance et a toléré l'utilisation d'un ordinateur personnel privé par l'appelant, d'une part parce qu'il était un professionnel respecté, «éthique», doté de connaissances fiables en technologie, et d'autre part parce que les moyens technologiques qu'elle mettait à sa disposition (*BlackBerry*, *lap-top* de la BANQUE) ne lui permettait pas de consulter les portefeuilles de clients rencontrés à l'étranger. Il exerçait dans le domaine très actif du marché des changes pour une clientèle (...), ce qui nécessitait un contact régulier et très proche avec celle-ci, raison pour laquelle les gestionnaires ne travaillaient pas toujours dans les règles du groupe. Cette tolérance n'était toutefois pas un blanc-seing et n'était destinée qu'à faciliter les rendez-vous de l'appelant auprès de la clientèle située à l'étranger, lui-même ayant affirmé effacer les messages et documents professionnels qu'il s'adressait au retour de ses voyages.

La politique de la BANQUE en matière de sécurité est ensuite devenue de plus en plus stricte jusqu'à atteindre une «tolérance zéro» à partir du 1^{er} janvier 2011, ce qui n'a pas pu échapper à l'appelant au vu de sa position hiérarchique et qu'il a concrètement dû réaliser en apprenant à mi-septembre 2011 le licenciement avec effet immédiat d'un collaborateur pour avoir téléchargé des coordonnées et comptes de clients sur un disque dur externe privé.

En tout état de cause, la tolérance à l'endroit de la pratique de l'appelant a cessé à la suite de l'incident d'octobre 2011, au cours duquel le courriel expédié à son attention par Q. et intercepté par O. a valu à l'appelant d'être convoqué par son supérieur hiérarchique D. pour se voir rappeler personnellement l'interdiction de s'adresser des documents professionnels sur sa messagerie privée.

Dans ces conditions, la découverte, le 29 mars 2012, de plus de deux mille courriels professionnels datant de 2009 à 2012, ayant transité sur la messagerie privée de l'appelant, dont, sur un échantillon de six cents d'entre eux, 31% se sont révélés être hautement confidentiels, 33% confidentiels et 20% internes, ne pouvait que conduire à son licenciement avec effet immédiat. Ce dernier ne pouvait minimiser ni leur ampleur ni leur teneur, ne les ayant pas effacés au retour de ses voyages professionnels à l'étranger, contrairement à ses affirmations. Cette découverte démontre son refus d'obtempérer aux instructions spécifiques de l'intimée, en dépit de l'entretien d'octobre 2011 avec D., exposant ainsi celle-là à une grave atteinte à ses intérêts, résultant par exemple d'un vol ou de la perte de l'ordinateur portable qui pouvait conduire à la divulgation des données qu'il contient. Ce risque que des données bancaires se retrouvent hors de la maîtrise de l'intimée a été démontré avec le dépôt du chargé de pièces complémentaires du 18 octobre 2013 issues des données de l'ancien *iPhone* de l'appelant, dont certaines sont hautement confidentielles ou confidentielles, et qui ont été ainsi soustraites à la maîtrise de la BANQUE.

L'ampleur des données hautement confidentielles et confidentielles stockées par l'appelant durant trois ans sur son ordinateur portable ont entraîné la rupture du lien de confiance qui constitue le fondement du contrat de travail. Aucun avertissement écrit n'était nécessaire préalablement à la résiliation avec effet immédiat du contrat de travail. L'appelant savait qu'il était susceptible d'encourir cette sanction, spécifiée par les directives, et au vu du licenciement avec effet immédiat d'un autre collaborateur.

2.4.2 Le licenciement avec effet immédiat est intervenu le lendemain de la découverte de l'ampleur des données professionnelles et confidentielles contenues dans l'ordinateur personnel de l'appelant, de sorte que l'intimée n'a pas tardé à agir (arrêt du Tribunal fédéral 4A_236/2012 du 2 août 2012 consid. 2.4 et les références citées).

L'appel n'est pas fondé, de sorte que le jugement entrepris sera confirmé.

Arrêt communiqué par Me W. Gloor, avocat, Genève

Cour de justice du canton de Genève, Chambre administrative, Arrêt du 9 décembre 2014 (Admission partielle du recours interjeté contre la décision de l'Office cantonal de l'inspection et des relations de travail du 24 septembre 2013)

Note: par arrêt du 6 février 2015, doss.-No 2C_115/2015, le Tribunal fédéral a déclaré irrecevable le recours en matière de droit public interjeté par le Département de la sécurité et de l'économie (DES) de la République et canton de Genève.

Art. 58 al. 1 LTr. Ont qualité pour recourir contre les décisions fondées sur la loi sur le travail les employeurs et travailleurs intéressés ainsi que leur association et toute personne qui justifie d'un intérêt direct. Ont ainsi qualité pour recourir non seulement les associations professionnelles qui comptent parmi leurs membres des travailleurs directement touchés par la décision attaquée, mais également chaque association de travailleurs de la branche concernée qui a pour but de défendre les intérêts professionnels de ses membres, sans qu'il soit nécessaire d'examiner si les travailleurs concernés sont membres de l'association (c. 2).

Art. 6 LTr, 2, 15 et 24 OLT 3. Dans les locaux sans éclairage naturel et sans vue sur l'extérieur, l'aménagement de postes de travail permanents n'est autorisé que si des mesures particulières de construction ou d'organisation garantissent que les exigences en matière d'hygiène sont globalement respectées. Lorsque des postes de travail permanents sans éclairage naturel sont inévitables, des mesures compensatoires particulières sont à prendre (c. 11).

Les directives du SECO, qui constituent des ordonnances administratives interprétatives, contiennent des précisions utiles. Parmi les mesures de compensation figure la rotation des postes de travail sans lumière avec ceux disposant d'un grand apport d'éclairage naturel. Si l'objectif de protection de la santé ne peut être atteint par une telle mesure, il faut envisager d'accorder des pauses spéciales le matin et l'après-midi, en supplément aux pauses obligatoires prescrites par la LTr. Pour des raisons physiologiques, ces pauses devront durer chacune vingt minutes. Elles seront considérées comme du temps de travail. Elles devront pouvoir être prises dans un endroit disposant d'une grande part d'éclairage naturel (c. 13).

Dans le cas d'espèce qui concerne un magasin, la Chambre administrative décide qu'il faut contraindre l'employeur à «planifier et organiser les pauses compensatoires lumières en les intégrant de manière systématique dans le planning des employés dont les postes sont privés de lumière naturelle et de vue sur l'extérieur. Ces pauses s'ajouteront aux pauses ordinaires. Elles seront à la charge de l'employeur. Elles seront d'une durée de vingt minutes par demi-journée et par employé (temps de déplacement non inclus). Elles doivent

pouvoir se dérouler, au choix de l'employé, à l'extérieur ou dans un local de pause pourvu de lumière naturelle et d'une vue sur l'extérieur» (c. 13).

Extraits des faits:

Début 2009, suite à des plaintes formées auprès du syndicat A. par des employées de la société B. occupées à des postes de travail ne disposant pas de lumière naturelle et de vue sur l'extérieur, l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail (ci-après: OCIRT) a ouvert une procédure à l'encontre de cet employeur aux fins d'examiner si des mesures compensatoires devaient être mises en place pour protéger la santé de ces employées. Après une visite des lieux, l'OCIRT a prié B. de prendre diverses mesures dans l'ensemble du magasin. Le 27 novembre 2009, A. s'est plaint auprès de l'OCIRT en signalant que les instructions précitées n'avaient jamais été suivies d'effet. Dans une lettre conjointe adressée à l'OCIRT et datée du 30 avril 2010, plusieurs des employées concernées ont déploré l'absence de mesures concrètes prises suite à leur dénonciation. Par courrier du 17 mai 2010, A. a saisi une nouvelle fois l'OCIRT en le priant d'intervenir rapidement auprès de B. et de l'informer des mesures et décisions qui seraient prises à cet égard. Le 9 juin 2010, une rencontre a eu lieu entre l'OCIRT et B. Constatant l'insuffisance des mesures prises, l'OCIRT a enjoint une nouvelle fois B. à exécuter ses précédentes instructions. Le 26 juillet 2010, A. a écrit au secrétariat d'État à l'économie (ci-après: SECO). Le SECO a répondu à ce courrier le 3 novembre 2010. L'OCIRT avait ouvert une procédure et prendrait une décision à son terme. Le droit de recours d'A. ne lui conférait pas la qualité de partie dans la procédure. L'OCIRT n'était dès lors pas tenu de lui communiquer personnellement ses décisions. La publication de celles-ci sur le site de cet office suffirait pour garantir l'exercice de son droit de recours. Par lettre du 13 mars 2012, A. a dénoncé une nouvelle fois les faits à l'OCIRT. Le 28 mars 2012, l'OCIRT a effectué un contrôle auprès de B., interrogé vingt et une employées occupées dans les sous-sols du magasin en leur soumettant un questionnaire, dans le but d'évaluer les mesures mises en place par B. Toutes étaient occupées à des postes dépourvus de lumière naturelle et de vue sur l'extérieur. Près de 70% d'entre elles travaillaient plus de trente heures par semaines (neuf d'entre elles, quarante heures ou plus). Des pauses-lumière de cinq minutes par jour leur étaient accordées mais il fallait à chaque fois demander l'autorisation au supérieur hiérarchique pour les prendre et le temps de monter au local de pause situé plusieurs étages au-dessus était compté dans ces cinq minutes, de sorte qu'elles ne les prenaient quasiment jamais.

Le 8 mai 2012, l'OCIRT a adressé à B. un «avertissement» fondé sur l'art. 51 al. 1 LTr. L'entreprise devait, dans les trente jours, appliquer ses

précédentes instructions, inscrire les pauses compensatoires dans les plannings individuels des membres du personnel, permettre que ces pauses soient prises dans un local bénéficiant de la vue sur l'extérieur, ne pas déduire du temps de pause le temps requis pour rejoindre ledit local et informer le personnel des mesures en question. Si cet avertissement n'était pas suivi d'effet, l'OCIRT prendrait une décision formelle, sujette à recours, fondée sur l'art. 51 al. 2 LTr, sous menace des peines prévues par le code pénal. Par décision du 24 septembre 2013, l'OCIRT a imposé à B. plusieurs mesures relatives à la prise des pauses compensatoires par le personnel privé de lumière naturelle, en se fondant sur l'art. 51 al. 2 LTr. Ces mesures ont été adoptées aux côtés d'autres mesures, qui ne font pas l'objet du recours (protection des données, des risques professionnels, interventions sur des vitrages obstrués au D.), de sorte que seul le point litigieux relatif à cette question sera exposé et traité ci-après (point 1, chiffre 1 de la décision précitée; ci-après: la décision). Les enquêtes avaient démontré que les mesures mises en place par B. depuis 2010 étaient inefficaces. Il convenait à présent de: «1. Mettre en place un système d'organisation permettant d'assurer aux employés de prendre leur pause de manière effective. Ce système peut revêtir une forme alternative, soit: a) Mettre en place des professions tournantes. Il faut entendre par professions tournantes le déploiement d'employés susceptibles de remplacer un employé à un poste de travail pendant le temps de la pause «lumière» compensatoire. b) Planifier et organiser les pauses compensatoires «lumière» en les intégrant de façon systématique dans les plannings horaires des employés.» Il appartenait à l'entreprise d'informer l'OCIRT de l'alternative qu'elle aurait choisie et de la mettre en œuvre. Ces mesures devaient être mises en œuvre sans délai par l'entreprise, sans toutefois que leur caractère exécutoire nonobstant recours n'ait été prononcé. Elles faisaient suite à l'avertissement qui avait été signifié à cette dernière le 8 mai 2012. À cette occasion, l'OCIRT l'avait enjointe de mettre en œuvre diverses mesures pour assurer la santé de ses employés en relation avec l'objet litigieux. Entre juillet 2012 et juin 2013, plusieurs discussions et échanges de courriers avaient eu lieu. En juin 2013, le questionnaire soumis aux employés avait révélé l'ineffectivité des mesures compensatoires mises en œuvre. La présente décision avait pour but d'y remédier.

Par acte du 2 décembre 2013, A. a recouru auprès de la chambre administrative de la Cour de justice contre cette décision (ci-après: la chambre administrative) en concluant principalement à son annulation, à ce qu'il soit ordonné à B. de prévoir les pauses-lumière de façon systématique, dans le planning horaire des employés, de préciser leur durée (vingt minutes, temps de déplacement non inclus), leur fréquence (une pause par demi-journée), le lieu où elles pouvaient être prises (extérieur ou local pourvu de lumière naturelle et de vue sur l'extérieur), à la charge de qui elles étaient (l'employeur). La chambre administrative devait également dire qu'A. devait être associé à la mise en œuvre de la décision.

Extraits des considérants:

2.

Selon l'art. 58 al. 1 LTr, ont qualité pour recourir les employeurs et travailleurs intéressés ainsi que leur association et toute personne qui justifie d'un intérêt direct. Ont ainsi qualité pour recourir non seulement les associations professionnelles qui comptent parmi leurs membres des travailleurs directement touchés par la décision attaquée, mais également chaque association de travailleurs de la branche concernée qui a pour but de défendre les intérêts professionnels de ses membres, sans qu'il soit nécessaire d'examiner si les travailleurs concernés sont membres de l'association (ATF 116 1b 270 consid. 1a; ATA/52/2010 du 26 janvier 2010).

Il n'est pas contesté qu'A. dispose de la qualité pour recourir en application de cette disposition.

Le recours est ainsi recevable sur ce point.

(...)

6.

(...), le litige est limité au chiffre 1 du point 1 de la décision entreprise, soit aux pauses compensatoires qu'il convient d'accorder au personnel de B. dont les postes de travail sont privés de lumière naturelle. Les autres mesures adoptées ne sont pas attaquées par le recours.

(...)

9.

Selon l'art. 6 LTr, pour protéger la santé des travailleurs, l'employeur est tenu de prendre toutes les mesures dont l'expérience a démontré la nécessité, que l'état de la technique permet d'appliquer et qui sont adaptées aux conditions d'exploitation de l'entreprise. Il doit en outre prendre toutes les mesures nécessaires pour protéger l'intégrité personnelle des travailleurs, et notamment aménager ses installations et régler la marche du travail de manière à préserver autant que possible les travailleurs des dangers menaçant leur santé et du surmenage. Le Conseil fédéral règle les dérogations. Les mesures de protection de la santé qui doivent être prises dans les entreprises sont déterminées par voie d'ordonnance.

10.

L'art. 2 OLT 3 précise à cet égard que l'employeur est tenu de prendre toutes les mesures nécessaires afin d'assurer et d'améliorer la protection de la santé et de garantir la santé physique et psychique des travailleurs.

11.

L'art. 15 OLT 3 prescrit pour sa part que tous les locaux, postes de travail et passages à l'intérieur et à l'extérieur des bâtiments doivent avoir un éclairage naturel ou artificiel suffisant, adapté à leur utilisation. Les locaux de travail doivent être éclairés naturellement et être dotés d'un éclairage artificiel garantissant des conditions de visibilité (uniformité, éblouissement, couleur de la lumière, spectre de couleurs) adaptées à la nature et

aux exigences du travail. Les locaux sans éclairage naturel ne peuvent être utilisés comme locaux de travail que si des mesures de construction ou d'organisation particulières assurent, dans l'ensemble, le respect des exigences en matière d'hygiène.

Par ailleurs, aux termes de l'art. 24 OLT 3, les travailleurs doivent pouvoir bénéficier de la vue sur l'extérieur depuis leur poste de travail permanent. Dans les locaux sans fenêtres en façade, l'aménagement de postes de travail permanents n'est autorisé que si des mesures particulières de construction ou d'organisation garantissent que les exigences en matière d'hygiène sont globalement respectées.

12.

D'après la jurisprudence, afin d'assurer l'application uniforme de certaines dispositions légales, l'administration peut expliciter l'interprétation qu'elle leur donne dans des directives. Celles-ci n'ont pas force de loi et ne lient ni les administrés, ni les tribunaux, ni même l'administration. Elles ne dispensent pas cette dernière de se prononcer à la lumière des circonstances du cas d'espèce. Par ailleurs, elles ne peuvent sortir du cadre fixé par la norme supérieure qu'elles sont censées concrétiser. En d'autres termes, à défaut de lacune, elles ne peuvent prévoir autre chose que ce qui découle de la législation ou de la jurisprudence (ATF 133 II 305 consid. 8.1 et références citées; arrêts du Tribunal fédéral 2C_176/2012 du 18 octobre 2012 consid. 5.4.3; 2C_132/2010 du 17 août 2010; ATA/625/2011 du 4 octobre 2011; ATA/611/2010 du 1^{er} septembre 2010 consid. 4; ATA/617/2008 du 9 décembre 2008 consid. 6c).

13.

Les directives du SECO sont des ordonnances administratives interprétatives. Elles font état des éléments suivants (commentaire de l'art. 15 OLT 3, publié sur le site de l'OCIRT à l'adresse: <http://www.seco.admin.ch/dokumentation/publikation/00009/00027/01625/index.html?lang=fr>, consulté le 28 novembre 2014).

La lumière influence non seulement la vue, mais aussi l'activité (stimulation de l'activité, animation, envie d'entreprendre), les processus physiologiques (métabolisme, circulation, équilibre hormonal, système immunitaire) et le psychisme. Les variations journalières et saisonnières de la lumière naturelle sont des facteurs essentiels pour la synchronisation du rythme circadien des fonctions physiologiques et psychologiques avec l'heure du jour. Pour activer ces fonctions, il faut durant la journée une certaine quantité de lumière qui touche la rétine avec une intensité suffisante.

Une quantité quotidienne insuffisante de lumière du jour provoque la sécrétion de mélatonine et une baisse des taux de sérotonine et de glucocorticoïdes. La sérotonine est l'hormone de l'éveil; elle facilite les transmissions nerveuses. La mélatonine est l'hormone responsable du maintien des rythmes biologiques et du cycle veille/sommeil. Les glucocorticoïdes ont une influence sur le métabolisme, sur l'équilibre hydrique et électrolytique, sur le système cardio-vasculaire et sur le système nerveux. D'autre

part, ils ont des effets anti-inflammatoires et immunosuppresseurs. Ils régulent ainsi le rythme journalier de nombreux organes. Le manque de lumière altère aussi la qualité et la durée du sommeil. La diminution de la luminosité ambiante en général, et de l'éclairage naturel en particulier, a donc un impact direct sur la santé (système immunitaire affaibli), sur les performances (taux d'erreurs) et sur le bien-être (troubles de la concentration, nervosité, dépression, etc.). On a observé que les cas d'angoisse et d'inconfort psychologique étaient plus nombreux chez les salariés exerçant leur activité dans des locaux aveugles, surtout lorsqu'il s'agissait d'un travail à poste fixe. Les troubles vont de simples symptômes comme la fatigue ou la nervosité à des maladies graves comme la claustrophobie, la dépression ou les troubles du comportement. Dans des cas particuliers, il est inévitable d'aménager des postes de travail dans des locaux sans fenêtres, c'est-à-dire sans éclairage naturel ni vue sur l'extérieur (voir art. 24 al. 5 OLT 3). Les parties de bâtiments aveugles utilisées pour des postes de travail permanents seront donc toujours limitées à des secteurs précis et l'effectif affecté dans ces locaux devra être réduit au nombre minimum. Dans le cas de telles conditions de travail, l'entreprise doit prendre des mesures compensatoires pour satisfaire globalement aux exigences en matière de protection de la santé.

Les postes de travail permanents sans apport d'éclairage naturel sont tolérés lorsque les exigences techniques ou de sécurité priment sur celles d'un apport d'éclairage naturel et qu'aucune autre solution n'est envisageable, et si l'exigence d'un éclairage naturel est disproportionnée. Si des postes de travail permanents sans éclairage naturel sont inévitables, des mesures compensatoires particulières sont à prendre, comme dans le cas d'absence de vue sur l'extérieur (voir art. 24 al. 5 OLT3), afin de respecter dans l'ensemble les exigences de la protection de la santé et de compenser une défaillance des locaux de l'employeur. Dans ce but, les exigences premièrement en matière de construction et deuxièmement en matière d'organisation qui sont normalement applicables aux locaux de travail devront être particulièrement bien observées à ces postes de travail.

Parmi les mesures de compensation organisationnelle figure la rotation des postes de travail sans lumière avec ceux disposant d'un grand apport d'éclairage naturel. Il est recommandé que par le biais d'une rotation, les travailleurs occupés dans des locaux aveugles puissent exercer au moins la moitié de leur temps de travail à des postes de travail disposant d'une grande part d'éclairage naturel.

Pour de nombreuses activités, il est possible d'améliorer la situation en proposant deux postes de travail à des endroits différents: le premier dans un local aveugle (à cause d'exigences techniques ou de sécurité), le second dans un local vitré pour toutes les autres tâches (p. ex. bibliothécaire disposant d'un bureau avec fenêtre pour le travail administratif et autres tâches ne nécessitant pas sa présence dans la bibliothèque). Si l'une des variantes de combinaison est réalisée, on pourra partir du principe

qu'en cas d'absence d'éclairage naturel au poste de travail, les exigences en matière de protection de la santé ont été globalement satisfaites. Ce n'est que si cet objectif ne peut être atteint par de telles mesures que la compensation par des pauses considérées comme temps de travail entre en ligne de compte (subsidiarité).

Il convient alors d'accorder des pauses spéciales le matin et l'après-midi, en supplément aux pauses obligatoires prescrites par la LTr. Pour des raisons physiologiques, ces pauses devront durer chacune vingt minutes. Elles seront considérées comme du temps de travail. Ces pauses devront pouvoir être prises dans un endroit disposant d'une grande part d'éclairage naturel.

En l'espèce, les personnes concernées par les pauses compensatoires litigieuses travaillent dans des postes entièrement privés de lumière naturelle. Il découle de la procédure que les diverses mesures proposées et mises en place par B. n'ont jamais permis d'atteindre le but de protection visé par la loi. En effet, dans un premier temps, B. a informé le personnel concerné sur l'importance des pauses-lumières pour la santé, lui a octroyé cinq minutes de pause-lumière et a aménagé un local de pause bénéficiant de lumière naturelle. L'enquête effectuée le 28 mars 2012 par l'OCIRT a démontré l'ineffectivité de ces mesures. Ne souhaitant pas systématiser les vingt minutes de pause préconisées par l'OCIRT, B. a alors proposé de laisser au personnel l'initiative de prendre les pauses qu'il voulait, «dans une mesure raisonnable» et selon ses besoins. L'enquête du 13 juin 2013 a révélé que la grande majorité du personnel, craignant d'être stigmatisée et faute de mesures organisationnelles rendant l'exercice de ce droit effectif, ne les prenait pas.

La décision entreprise impose à B. de choisir entre deux solutions. La première est de prévoir qu'un employé prenant sa pause soit remplacé. Cette décision ne prescrit ni la durée desdites pauses, ni leur fréquence, ni quelle procédure doit suivre l'employé pour les prendre, ni non plus à la charge de qui ces pauses doivent être prises.

La seconde option offerte à B. est de planifier les pauses lumière en les intégrant de façon systématique dans le planning des employés. Là encore, rien ne figure sur la durée, la fréquence ou la prise en charge desdites pauses.

Selon le principe de la proportionnalité, les mesures adoptées par l'autorité doivent, notamment, être aptes à atteindre le but d'intérêt public prévu par la loi (en l'espèce la protection de la santé des travailleurs) (art. 36 al. 3 Cst.). Or, la décision de l'OCIRT n'apporte aucune solution concrète au problème posé. En effet, si B. se bornait à prévoir un système de rotation (soit en réalité un simple système de remplacement de l'employé en cas de prise de pause compensatoire) et que le personnel ne demandait pas à prendre de pause – comme cela est actuellement le cas – on se retrouverait exactement dans la même situation que précédemment, sans aucun moyen d'exiger, par une mesure d'exécution, la prise effective

de ces pauses, faute pour la décision de préciser les modalités de l'exercice de ce droit.

Pour les raisons exposées, la première option est dépourvue de toute efficacité et doit être annulée.

La seconde (intégration des pauses dans le planning des employés) est apte à atteindre le but visé, mais doit être précisée. Le point 1 de la décision attaquée sera ainsi réformé dans le sens suivant:

«planifier et organiser les pauses compensatoires lumières en les intégrant de manière systématique dans le planning des employés dont les postes sont privés de lumière naturelle et de vue sur l'extérieur. Ces pauses s'ajouteront aux pauses ordinaires. Elles seront à la charge de l'employeur. Elles seront d'une durée de vingt minutes par demi-journée et par employé (temps de déplacement non inclus). Elles devront pouvoir se dérouler, au choix de l'employé, à l'extérieur ou dans un local de pause pourvu de lumière naturelle et d'une vue sur l'extérieur».

Cette solution, préconisée par A., respecte le principe de la proportionnalité. Elle apparaît comme la seule qui permette d'assurer le respect de la loi. B. n'allègue pas dans ses écritures qu'elle lui imposerait des contraintes démesurées eu égard aux moyens dont elle dispose. Une telle mesure respecte ainsi le principe de la proportionnalité à l'égard de l'employeur.

Le recours sera ainsi admis sur ce point.

14.

A. demande encore que le droit de participer à l'exécution de la décision lui soit reconnu.

En sa qualité d'autorité d'exécution, l'OCIRT est seul disposé à exécuter les décisions prises (art. 44 al. 3 de la loi sur l'inspection et les relations du travail du 12 mars 2004 – LIRT – J 1 05; art. 7 a contrario et 43 let. b LPA). La loi ne laisse pas de place aux personnes extérieures à l'administration pour participer à la procédure de mise en œuvre des décisions définitives et exécutoires.

15.

Au vu de ce qui précède, le recours sera admis, sous réserve de cette conclusion.

Arrêt communiqué par Me Ch. Bruchez, avocat, Genève

Kanton Graubünden

Kantonsgericht von Graubünden, Urteil vom 2. September 2014 (Bestätigung des Urteils des Bezirksgerichts Plessur vom 27. Juni 2012)

Personalverleih; missbräuchliche Kündigung; Passivlegitimation. Hat der Einsatzbetrieb den Auftrag erteilt, das Arbeitsverhältnis mit dem Arbeitnehmer aufzulösen, rechtfertigt es sich, der Verleihfirma als Arbeitgeberin das Verhalten des Einsatzbetriebes bzw. allfällige missbräuchliche Motive, die den Anlass zur Kündigung gaben, anzurechnen. Bei einer Klage des Arbeitnehmers wegen missbräuchlicher Kündigung ist die Passivlegitimation der Verleihfirma jedenfalls zu bejahen. Was die Passivlegitimation des Einsatzbetriebes anbelangt, ist diese (gemäss herrschender Lehre und Rechtsprechung) wohl eher zu verneinen. Soweit (quasi-)arbeitsvertragliche Rechte und Pflichten des Einsatzbetriebes – z.B. die Verletzung der Fürsorgepflicht (Art. 328 OR) – betroffen wären, könnte (gemäss einem Teil der Lehre) dem Arbeitnehmer ein direkter vertraglicher Ersatzanspruch gegenüber dem Einsatzbetrieb eingeräumt werden. Es stellt sich aber die Frage, ob die Fürsorgepflicht bei extensiver Auslegung auch den Schutz vor einer missbräuchlichen Kündigung umfasst, so dass unter diesem Titel eine vertragliche Haftungsgrundlage des Einsatzbetriebs konstruiert werden könnte. Frage vorliegend nicht beantwortet, da die Temporärstelle zwecks Reintegration eines internen Mitarbeiters abgebaut werden musste, somit betriebliche Gründe für den Kündigungsentscheid kausal waren, nicht jedoch etwa die Zugehörigkeit zu einer Gewerkschaft (Art. 336 Abs. 2 lit. a OR) (E. 7.c und d, 10.c).

Sachverhalt:

X. schloss am 28. April 2008 mit der Y. SA (nachfolgend Y.) einen Rahmenarbeitsvertrag sowie einen Einsatzvertrag betreffend einen dreimonatigen Einsatz als Hilfsarbeiter bei der A. AG (nachfolgend A.). Den Arbeitsbeginn legten die Parteien auf den 29. April 2008 fest und als Arbeitsort wurde O.1 bestimmt. Der Arbeitseinsatz bei der A. wurde mit Bestätigungsschreiben der Y. vom 28. September 2009 auf unbestimmte Zeit verlängert. Mit Schreiben vom 17. Juni 2010 kündigte die Y. im Auftrag der A. das Arbeitsverhältnis mit X. auf den 31. Juli 2010. Hiergegen liess Letzterer am 16. Juli 2010 bei der Y. sowie bei der A. Einsprache erheben, wobei er geltend machte, die Kündigung sei missbräuchlich erfolgt.

Nachdem X. seine Klage auf Leistung einer Entschädigungszahlung am 27. August 2010 beim Kreisamt Chur zur Vermittlung anmelden liess, gelang es den Parteien anlässlich der Sühneverhandlung vom 30. Septem-

ber 2010 nicht, eine Einigung zu treffen. Infolgedessen wurde am 2. November 2010 der Leitschein mit folgendem Rechtsbegehren ausgestellt: Klägerische Rechtsbegehren: (1.) Es sei entweder die Y. S.A. oder die A. zu verpflichten, dem Kläger eine Entschädigung von Fr. 16 000.– zu bezahlen. (2.) Eventualiter seien die Beklagten solidarisch zu verpflichten, dem Kläger eine Entschädigung von Fr. 16 000.– zu bezahlen. Mit Eingabe vom 19. November 2010 erhob X. mit unverändertem Rechtsbegehren Klage beim Bezirksgericht Plessur. Mit Entscheid des Bezirksgerichts Plessur vom 27. Juni 2012 erkannte dieses auf Nichteintreten auf die Klage. Die Vorinstanz erwog im Wesentlichen, auf das Hauptbegehren des Klägers könne infolge mangelnder Bestimmtheit nicht eingetreten werden. Gleiches gelte für das Eventualbegehren, welches mit Blick auf die Vollstreckbarkeit des Urteils ungenügend sei. Ferner führte das Bezirksgericht aus, die Klage gegen die A. hätte – auch im Falle des Eintretens – wegen fehlender Passivlegitimation abgewiesen werden müssen. Zudem erachtete es die vom Kläger geltend gemachten missbräuchlichen Kündigungsgründe als wenig überzeugend; vielmehr würden der Kündigung angesichts der klaren Zeugenaussagen sowie der Aktenlage sachliche Motive zugrunde liegen. Gegen diesen Entscheid erhob X. (nachfolgend Berufungskläger) Berufung beim Kantonsgericht von Graubünden.

Aus den Erwägungen:

6.

(...) Bevor auf die vom Berufungskläger geltend gemachte missbräuchliche Kündigung einzugehen ist, gilt es die Frage der Passivlegitimation der Berufungsbeklagten 1 (Verleihfirma) sowie der Berufungsbeklagten 2 (Einsatzbetrieb) zu prüfen.

7.

a) Die Vorinstanz erwog im angefochtenen Entscheid, da einzig zwischen der Berufungsbeklagten 1 als Personalverleiherin bzw. Arbeitgeberin und dem Berufungskläger als Arbeitnehmer ein Arbeitsvertrag bestanden habe, sei entsprechend auch nur der Berufungsbeklagten 1 ein Kündigungsrecht zugekommen, nicht aber der Berufungsbeklagten 2 als Entleiherin bzw. als Einsatzbetrieb. Daher habe auch nicht die Berufungsbeklagte 2 die Folgen einer allenfalls missbräuchlichen Kündigung zu tragen, sondern die Berufungsbeklagte 1. Die Klage gegen die Berufungsbeklagte 2 wäre somit im Falle des Eintretens wegen fehlender Passivlegitimation abzuweisen gewesen.

b) Wie eingangs dargelegt, schloss der Berufungskläger als Temporärmitarbeiter mit der Berufungsbeklagten 1 am 28. April 2008 einen Rahmenarbeitsvertrag. Dieser Vertrag enthielt unter Ziffer 7 auch entsprechende Kündigungsbestimmungen. Im Einsatzvertrag zwischen der Berufungsbeklagten 1 und dem Berufungskläger betreffend seinen Einsatz als Hilfsmitarbeiter bei der Berufungsbeklagten 2 wurden alsdann die weiteren

Details (Arbeitsort, Einsatzbeginn und -dauer, Entlohnung etc.) näher geregelt. Ein Arbeitsverhältnis unter den vereinbarten Rahmenbedingungen kommt erst mit dem Abschluss des individuellen Einsatzvertrags zustande bzw. bis dahin ist der Rahmenvertrag als bedingter Arbeitsvertrag anzusehen (BGE 117 V 248 E. 3b; 114 V 336 E. 5b; WOLFGANG PORTMANN, in: Honsell/Vogt/Wiegand [Hrsg.], Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 5. Auflage, Basel 2011, N 27 zu Art. 319 OR; MANFRED REHBINDER/JEAN-FRITZ STÖCKLI, in: Hausheer/Walter [Hrsg.], Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI 2. Abteilung 2. Teilband, Bern 2010, N 16 und N 37 zu Art. 319 OR; FRANK VISCHER, in: Wiegand [Hrsg.], Schweizerisches Privatrecht, Band VII/4, Der Arbeitsvertrag, 3. Auflage, Basel 2005, § 8 S. 54 f.).

c) Die Temporärarbeit bildet eine Form des Personalverleihs, dessen gesetzliche Grundlagen im Bundesgesetz über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih (AVG; SR 823.11) sowie der dazugehörigen Verordnung (AVV; SR 823.111) zu finden sind. Beim Personalverleih werden Arbeitskräfte durch den Arbeitgeber (Verleiher) einem Dritten (Einsatzbetrieb) überlassen (vgl. Art. 12 Abs. 1 AVG). Der Arbeitnehmer schliesst mit der Verleihfirma als Arbeitgeberin einen Arbeitsvertrag ab, wonach er bereit ist, von dieser bei einer Drittfirma eingesetzt zu werden (ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL/ROGER RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxis-kommentar, 7. Auflage, Zürich 2012, N 20 zu Art. 319 OR). Als Verleiherin ist die Arbeitgeberin (vorliegend die Berufungsbeklagte 1) durch einen Einzelarbeitsvertrag mit dem Arbeitnehmer (vorliegend dem Berufungskläger) verbunden. Durch einen zweiten, den sogenannten Verleihvertrag, überlässt sie diesen einem Dritten, nämlich dem Einsatzbetrieb (vorliegend der Berufungsbeklagten 2). Der Arbeitnehmer ist damit den Weisungen des Einsatzbetriebs unterstellt, was die Erbringung seiner Leistung, die Festlegung der Modalitäten seiner Arbeit und die Wahl der anzuwendenden Mittel und Verfahren betrifft. Arbeitsvertraglich ist und bleibt er jedoch nur mit der Verleihfirma verbunden, von der er auch seinen Lohn erhält (vgl. Entscheid der III. Zivilkammer des Kantonsgerichts St. Gallen BZ.2009.20 vom 20. Juli 2009 E. 3c; vgl. auch ADRIAN STAEHELIN, in: Schmid [Hrsg.], Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Obligationenrecht, Teilband V 2c, Der Arbeitsvertrag, Zürich 2014, N 17 zu Art. 333 OR). Beim Rechtsverhältnis zwischen dem Arbeitnehmer und dem Einsatzbetrieb handelt es sich dagegen nicht um ein eigentliches arbeitsvertragliches Verhältnis, sondern bloss um eine quasi-vertragliche bzw. faktische Beziehung (BGE 119 V 357 E. 2a; vgl. auch STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 20 zu Art. 319 OR; PORTMANN, a.a.O., N 23 zu Art. 319 OR). Der Umstand, dass die Arbeitsleistung nicht gegenüber dem eigentlichen Arbeitgeber, sondern gegenüber dem Einsatzbetrieb erbracht wird, führt zu einer Aufspaltung der Arbeitgeberfunktionen. So ist etwa das bereits angesprochene Weisungsrecht zwischen dem Verleiher als rechtlichem Arbeitgeber und dem Entleiher als faktischem Arbeitgeber, welchem Ersterer die we-

sentliche Weisungsbefugnis abtritt (vgl. Art. 26 Abs. 1 AVV; vgl. auch STAEHELIN, a.a.O., N 17 zu Art. 333 OR), aufgeteilt. Das Kündigungsrecht hingegen steht auf Arbeitgeberseite allein der Verleihfirma zu, wobei sie sich auf die vom Einsatzbetrieb geltend gemachten Kündigungsgründe berufen kann (VISCHER, a.a.O., § 8 S. 54 f.; ähnlich auch PORTMANN, a.a.O., N 23 zu Art. 319 OR; vgl. auch HUBERT STÖCKLI, «Ménage à trois» bei der Temporärarbeit, in: Zeitschrift recht 2010 Heft 5, S. 142, welcher unter dem Titel Kündigung und Kündigungsschutz lediglich auf das Verhältnis zwischen Verleiher und Arbeitnehmer eingeht). Die Verleihfirma kann den Einsatzbetrieb auch zur Ausübung des Kündigungsrechts bevollmächtigen (PORTMANN, a.a.O., N 23 zu Art. 319 OR mit weiteren Hinweisen). Im vorliegend zu beurteilenden Fall hat die Berufungsbeklagte 1 als Arbeitgeberin das Kündigungsrecht mit Schreiben vom 17. Juni 2010 indessen unter Einhaltung der im Rahmenarbeitsvertrag festgesetzten Kündigungsfrist selbst ausgeübt.

d) Das Bundesgericht hielt zur Kündigungs- bzw. Haftungsfrage im Personalverleihverhältnis fest, dass die kompetenzwidrige Kündigung eines Arbeitnehmers durch den Einsatzbetrieb von der Verleihfirma durch unterlassenen Widerspruch stillschweigend genehmigt werden könne. Dies führe bei ungerechtfertigter fristloser Entlassung entsprechend zu einer Haftung des Verleihers nach Art. 337c OR (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4C.245/2006 vom 12. Dezember 2006 E. 3 und 4). Bereits in einem früheren Urteil wurde die Auflösung eines Temporärarbeitsverhältnisses mit einer schwangeren Arbeitnehmerin dem Verantwortungsbereich der Verleihfirma zugewiesen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4C.356/2004 vom 7. Dezember 2004 E. 2; vgl. auch STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., N 2 zu Art. 336c OR). Übertragen auf den vorliegenden Fall bedeutet dies, dass die Berufungsbeklagte 1 als Arbeitgeberin wegen der geltend gemachten missbräuchlichen Kündigung nach Art. 336 OR belangt und gestützt auf Art. 336a OR zu einer Entschädigung verpflichtet werden kann. Dies muss, bezogen auf das erstere vorzitierte Urteil, erst recht gelten, wenn sie als Verleiherin die Entlassung selbst vorgenommen hat. Wie dargelegt ist es zulässig, dass sie sich hierbei auf den von der Berufungsbeklagten 2 vorgebrachten Kündigungsgrund der betrieblichen Notwendigkeit beruft. Da Letztere den Auftrag erteilt hat, das Arbeitsverhältnis mit dem Berufungskläger aufzulösen, rechtfertigt es sich, der Berufungsbeklagten 1 als Arbeitgeberin das Verhalten der Berufungsbeklagten 2 bzw. allfällige missbräuchlichen Motive, welche den Anlass zur Kündigung gegeben haben, anzurechnen. Im Ergebnis ist die Passivlegitimation der Berufungsbeklagten 1 jedenfalls zu bejahen. Was die Passivlegitimation der Berufungsbeklagten 2 anbelangt, so wäre diese im Lichte der vorzitierten Lehre und Rechtsprechung wohl eher zu verneinen. Diese Frage braucht vorliegend indessen – mangels Missbräuchlichkeit der Kündigung (vgl. nachfolgend E. 10) – nicht abschliessend beantwortet zu werden. Angemerkt sei aber noch Folgendes: Soweit (quasi-)arbeitsvertragliche Rechte und Pflichten

des Einsatzbetriebs betroffen wären, wie beispielsweise bei Verletzung der Fürsorgepflicht (vgl. Art. 328 OR), sprechen sich gewisse Autoren dafür aus, dem Arbeitnehmer einen direkten vertraglichen Ersatzanspruch gegenüber dem Einsatzbetrieb einzuräumen (vgl. VISCHER, a.a.O., § 8 S. 57, sowie STÖCKLI, a.a.O., S. 140). Gedacht wird dabei vornehmlich an die Pflicht, die körperliche Integrität und die Persönlichkeit des Arbeitnehmers zu schützen sowie die Ruhezeiten zu respektieren (VISCHER, a.a.O., § 8 S. 57). Der Berufungskläger hält dafür, dass der Schutz vor einer missbräuchlichen Kündigung auch zur Fürsorgepflicht gehöre. Werde eine solche Kündigung mithin als Verletzung der Fürsorgepflicht qualifiziert, spreche dies für eine Haftung des Einsatzbetriebs. Der Arbeitgeber ist gemäss Art. 328 OR verpflichtet, 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 Vorgesetzter, Mitarbeiter oder Dritter zu schützen. Ob die Fürsorgepflicht nun bei extensiver Auslegung auch den Schutz vor einer missbräuchlichen Kündigung umfasst, so dass unter diesem Titel eine vertragliche Haftungsgrundlage des Einsatzbetriebs konstruiert werden könnte, kann wie erwähnt offen bleiben.

(...)

10.

a) Der Berufungskläger bringt vor, die Kündigung sei unter Missachtung von Art. 336 Abs. 2 lit. a OR erfolgt, weil er als einziger Temporärmitarbeiter Mitglied bei einer Gewerkschaft gewesen sei. Der der Klage zugrundeliegende Sachverhalt fällt jedoch nicht in den Schutzbereich der erwähnten Norm (vgl. hierzu insbesondere STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., N 11 zu Art. 336 OR), geht es vorliegend doch nicht um eine allfällige Sanktionierung der Gewerkschaftszugehörigkeit per se, sondern um die Geltendmachung allfälliger Ansprüche über die Gewerkschaft als Kündigungsgrund. So nimmt denn auch der Berufungskläger an keiner Stelle seiner Berufung Bezug darauf, inwiefern die Zugehörigkeit zu der Gewerkschaft an sich zur Kündigung hätte führen sollen. Die Argumentation zielt vielmehr darauf ab, aufzuzeigen, dass die über die Gewerkschaft geltend gemachten Forderungen zur Kündigung geführt hätten, weshalb es im Folgenden bloss das Vorliegen einer allfälligen Rache Kündigung zu prüfen gilt.

b) Nicht von der Hand zu weisen ist die zeitliche Nähe zwischen der anfangs Juni 2010 erfolgten Weitergabe des Namens des Berufungsklägers durch G. gegenüber F. und der Kündigung, wobei anzumerken ist, dass G. wohl auch die Namen der beiden übrigen Temporärangestellten bekannt gab, was in der Klage ursprünglich auch so dargelegt wurde. Den vorangehenden Ausführungen lässt sich allerdings entnehmen, dass Reintegrationsmassnahmen eine personelle Umstrukturierung am Standort O.1 erforderten, infolgedessen eine Temporärstelle abgebaut werden musste. Ausserdem erscheinen die Aussagen von C. und D., wonach sie keine Kenntnis

über die Zugehörigkeit des Berufungsklägers zu einer Gewerkschaft gehabt hätten, glaubhaft, zumal insbesondere D. überzeugend erklärte, nur anhand des Abzugs auf den Lohnabrechnungen – welche er nur auf begründetes Gesuch hin erhalten würde – auf eine entsprechende Zugehörigkeit schliessen zu können. Bei Temporärarbeitern würde keine Kenntnis darüber bestehen, was angesichts der Tatsache, dass der Berufungskläger den Lohn von seiner Arbeitgeberin und damit von der Berufungsbeklagten 1 erhielt, einleuchtet. Es war den beiden Zeugen bzw. Vorgesetzten des Berufungsklägers somit nicht möglich, aufgrund der Intervention der Gewerkschaft bei der Zentrale in O.3 betreffend unzulässige xxx-arbeiten irgendwelche Rückschlüsse auf den Berufungskläger zu ziehen, da diese keine Kenntnis über dessen Zugehörigkeit zur Gewerkschaft hatten. Im Übrigen waren alle drei Temporärangestellten von dieser Weisung gleichermassen betroffen. Bezüglich der geltend gemachten Forderungen aus Nachtdienstzuschlägen war D. zwar bekannt, dass sich der Berufungskläger neben anderen Temporärmitarbeitern bei C. bzw. K. wegen der Änderung der Zuschläge erkundigte. Im Weiteren erklärte er aber, nicht zu wissen, was für Ansprüche der Kläger gegen die Berufungsbeklagte 2 geltend machen könne, abgesehen davon, dass er weiterbeschäftigt werden wolle. Daraus kann – wie die Vorinstanz richtigerweise festhält – gefolgert werden, dass D. keine konkrete Kenntnis über die seitens des Berufungsklägers erhobene Forderung hatte. In Würdigung der erwähnten Zeugenaussagen ist davon auszugehen, dass D., welcher den Entlassungsentscheid fällte bzw. K. den Kündigungsauftrag erteilte, zu diesem Zeitpunkt weder Kenntnis über eine allfällige Gewerkschaftszugehörigkeit hatte, noch darüber, dass der Berufungskläger Ansprüche über den B. bei der Berufungsbeklagten 2 geltend gemacht hatte. Mithin können diese Sachverhalte nicht kausal für den Kündigungsentscheid gewesen sein. Der Berufungskläger unterliess es vor der Vorinstanz, entsprechende Ausführungen betreffend die Kausalität zu machen, obschon ihm die betreffenden Zeugenaussagen bekannt waren. Soweit er sich nun auf die allgemeine Lebenserfahrung stützt, um dieses Versäumnis nachzuholen, ist er nicht zu hören.

c) Somit gilt als erstellt, dass weder die Zugehörigkeit zur Gewerkschaft noch die Geltendmachung von Ansprüchen aus dem Arbeitsverhältnis über dieselbe kausal für den Kündigungsentscheid gewesen sind. Der Kündigung lagen mithin andere Motive zugrunde. In diesem Zusammenhang führt die Berufungsbeklagte 2 an, der Berufungskläger habe gemäss Mitarbeiterjournal 2009/10 einmal zu früh Pause gemacht, ein anderes Mal den Arbeitsplatz verlassen und seiner Gruppe nicht bei der Reinigung eines xxx. geholfen sowie mehrere Male den von der Berufungsbeklagten 2 finanzierten Deutschkurs nicht besucht. Ferner habe er der Berufungsbeklagten 1 bei krankheitsbedingten Abwesenheiten die entsprechenden Arztzeugnisse nicht überbracht. Es trifft zu, dass es sich bei den ersten beiden Rügen um denselben Vorfall gehandelt haben dürfte, da die beiden Einträge im Arbeitsjournal, welche die Verfehlungen festhalten, vom selben Tag

datieren. Des Weiteren befinden sich ebenfalls zwei Arztzeugnisse bei den von der Berufungsbeklagten 1 ins Recht gelegten Akten. Vom Berufungskläger grundsätzlich nicht bestritten werden die Absenzen bei besagtem Deutschkurs, wobei er allerdings vorbringt, der Kurs sei freiwillig gewesen und die Absenzen damit rechtfertigt, dass er an einem Abend habe arbeiten müssen, zweimal in den Ferien gewesen sei und die restlichen drei Male nach einer langen Arbeitswoche einen freien Tag bezogen habe. Gemäss der Berufungsbeklagten 2 reichten diese Verfehlungen jedoch aus, um den Kündigungsentscheid zu treffen bzw. den Berufungskläger unter den übrigen Temporärmitarbeitern negativ auffallen zu lassen. Es dürfte richtig sein, dass die angeführten Gründe unter anderen Umständen für eine Kündigung nicht hinreichend gewesen wären, zumal sich die Berufungsbeklagte 2 positiv über den Berufungskläger und dessen Leistungen äusserte, was sich insbesondere dem von der Berufungsbeklagten 1 ausgestellten Arbeitszeugnis entnehmen lässt. Wie indessen aus den vorangehenden Ausführungen hervorgeht, musste eine Temporärstelle zwecks Reintegration eines internen Mitarbeiters abgebaut werden. Damit standen beim Kündigungsentscheid nicht die geltend gemachten Verfehlungen, sondern betriebliche Gründe im Vordergrund. Angesichts der Umstände, dass eine Temporärstelle abgebaut werden musste und es dem Berufungskläger nicht gelungen ist, ein missbräuchliches (Teil-)Motiv für die ausgesprochene Kündigung im Sinne einer hoher Wahrscheinlichkeit nachzuweisen, ist nicht weiter auf die Frage einzugehen, weshalb nun er und nicht einer der beiden anderen Temporärmitarbeiter von der Entlassung betroffen war.

d) Zusammenfassend vermochten somit keine missbräuchlichen Kündigungsmotive nachgewiesen werden, so dass die Kündigung keinen Entschädigungsanspruch nach sich zieht. Es kann daher wie erwähnt offengelassen werden, ob die Berufungsbeklagte 2 passivlegitimiert wäre (vgl. vorangehend E. 7d). Zulässig ist indessen, dass der (Berufungs-) Kläger seine Klage gegen die (Berufungs-)Beklagte 1 und 2 als alternative Streitgenossen gerichtet hat, womit sein Rechtsbegehren entgegen der Auffassung der Vorinstanz dem Bestimmtheitsgebot genügt. Die Berufung erweist sich insofern als begründet, als die Vorinstanz zu Unrecht nicht auf die Klage eingetreten ist. Wie sich den weiteren Ausführungen im angefochtenen Entscheid entnehmen lässt, wurde die Klage dennoch materiell beurteilt, weshalb von einer Rückweisung abgesehen werden kann. Dabei kam die Vorinstanz zum Schluss, dass die Klage im Falle des Eintretens vollumfänglich abzuweisen wäre. Dies ist im Ergebnis zu bestätigen und die Berufung daher abzuweisen.

(...)

III.

Demnach wird erkannt:

Die Berufung wird abgewiesen.

Kantonsgericht von Graubünden, Urteil vom 12. September 2014 (Aufhebung des Urteils des Bezirksgerichts Inn vom 7. Februar 2013)

Sperrfrist, Art. 336c OR; Fehlgeburt vor der 23. Schwangerschaftswoche. Im Sinne einer harmonisierenden Auslegung des «Mutterschaftsrechts» spricht sich die Lehre dafür aus, die für die Mutterschaftsversicherung getroffene Lösung auch im Zivilrecht zu übernehmen, wonach als Niederkunft jede Geburt und jeder Abort gilt, die nach Ende der 23. Schwangerschaftswoche eintreten (Art. 23 EOV). War die Arbeitnehmerin (wie vorliegend) zum Zeitpunkt der Fehlgeburt in der 9. Schwangerschaftswoche, kann nicht von einer Niederkunft im Sinne von Art. 336c Abs. 1 lit. c OR ausgegangen werden. Entgegen den Ausführungen der Vorinstanz hat dies jedoch keinen Einfluss auf die Sperrfrist der Schwangerschaft selbst. Diese kommt trotzdem zum Tragen, ungeachtet dessen, ob es zu einer Niederkunft im Sinne des Gesetzes kommt. Nicht zur Anwendung kommt lediglich die Sperrfrist der 16 Wochen nach der Niederkunft. Fehlgeburten, Totgeburten oder ärztlich indizierte Abtreibungen stellen Fälle der Krankheit oder des Unfalls dar, wenn sie zur Arbeitsunfähigkeit der Arbeitnehmerin führen und damit eine entsprechende Sperrfrist auslösen. Entsprechend greift in dieser Zeit die Sperrfrist nach Art. 336c Abs. 1 lit. b OR (E. 4).

Sachverhalt:

Mit Arbeitsvertrag vom September 2011 wurde X. von Dr. Y. per 1. November 2011 als zahnmedizinische Assistentin angestellt. Am 7. Februar 2012 kündigte Dr. Y. das Arbeitsverhältnis mit X. per 30. April 2012. Während der laufenden Kündigungsfrist wurde X. schwanger. Gemäss ärztlicher Bestätigung fand die Nidation im Zeitraum 25./26. März 2012 statt. Vom 17. April bis 22. April 2012 war X. wegen Blutungen krankgeschrieben. Am 18. Mai 2012 erlitt X. eine Fehlgeburt und ihr behandelnder Arzt attestierte ihr in der Folge eine Arbeitsunfähigkeit von 100% bis zum 3. Juni 2012. Kurze Zeit später wurde X. erneut schwanger. Gemäss ärztlicher Bestätigung vom 6. August 2012 befand sich X. zu diesem Zeitpunkt (6. August 2012) in der 6. Schwangerschaftswoche.

Mit Schlichtungsgesuch vom 29. Mai 2012 instanziierte X. bei der Schlichtungsbehörde des Bezirks Inn gegen Y. eine Forderungsklage aus Arbeitsvertrag. Nach erfolglos verlaufener Vermittlungsverhandlung vom 4. Juli 2012 stellte der Vermittler am 11. Juli 2012 die folgende Klagebewilligung aus: Rechtsbegehren der Klägerin vom 4. Juli 2012: (1.) Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin den Betrag von Fr. 10 227.20.– zu bezahlen. (2.) Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin ein korrektes Arbeitszeugnis auszustellen. Am 23. Juli 2012 ging beim Bezirksgericht Inn ein undatiertes Schreiben von X. ein, in welchem sie dem Gericht den

Sachverhalt schilderte. Mit Schreiben vom 6. August 2012 forderte das Bezirksgericht Inn X. auf, ihre Eingabe bis zum 17. August 2012 zu verbessern. Am 7. August 2012 reichte X. sodann die verbesserte Klage ein, welche am 8. August 2012 beim Bezirksgericht Inn einging. X. begründete ihre Klage damit, dass ihr Arbeitsverhältnis mit Y. nicht wie im Kündigungsschreiben vorgesehen am 30. April 2012 geendet habe, sondern aufgrund ihrer während der Kündigungsfrist eingetretenen Schwangerschaft, der erlittenen Fehlgeburt und der daraus resultierenden Arbeitsunfähigkeit sowie der erneuten Schwangerschaft erst Ende Juli 2012. Seit April 2012 zahle ihr Y. zudem kein vollständiges Gehalt mehr, obwohl diese sie am 23. April 2012 schriftlich von der Arbeit befreit habe. Die von Y. getätigten Zahlungen von Fr. 2200.– für April 2012, Fr. 434.90 für Mai 2012, Fr. 703.70 für Juni 2012 und Fr. 1835.10 für Juli 2012 würden nicht der im Arbeitszeugnis vom 30. März 2012 festgehaltenen Anstellung von 65% zum Lohn von monatlich Fr. 3320.69 entsprechen. Somit stünden ihr noch Lohnzahlungen von insgesamt Fr. 8109.06 (brutto) zu. Mit Schreiben vom 5. September 2012 wurden die Parteien zu einer Instruktionsverhandlung am Bezirksgericht Inn eingeladen. An der Instruktionsverhandlung vom 25. Oktober 2012, an welcher zwischen den Parteien keine Einigung zustande kam, stellte X. folgendes, abweichendes Rechtsbegehren: (1.) Es sei festzustellen, dass ein Arbeitsverhältnis besteht und die ordentliche Kündigungsfrist bis 16 Wochen nach der Geburt dauert. (2.) Es sei der Lohn für die Monate April bis Juli 2012 in der Höhe von Fr. 8109.05 zu bezahlen. Mit Entscheid vom 7. Februar 2013 erkannte das Bezirksgericht Inn u.a. wie folgt: Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin für die Monate April und Mai 2012 jeweils Fr. 2979.60 brutto (total Fr. 5959.20 brutto), unter Abrechnung der seitens Arbeitgeberin und Arbeitnehmerin geschuldeten gesetzlichen Sozialleistungen zu bezahlen. Die Beklagte wird berechtigt, die bereits an die Klägerin erfolgten Zahlungen für April 2012 bis Juli 2012 in der Höhe von total Fr. 5173.70 netto mit den Lohnansprüchen der Klägerin zu verrechnen. Zur Begründung führte das Bezirksgericht Inn aus, dass X. zum Zeitpunkt der Kündigung, am 7. Februar 2012, noch nicht schwanger gewesen sei, womit die Kündigung rechtsgültig sei. Wenn die Arbeitnehmerin wie im vorliegenden Fall vor Ende der 23. Schwangerschaftswoche eine Fehlgeburt erleide, komme die Sperrfrist von Art. 336c OR (recte Art. 336c Abs. 1 lit. c OR) nicht mehr zum Tragen. Vielmehr sei in diesem Fall die normale Kündigungssperrfrist im Sinne von Art. 336c Abs. 1 lit. b OR anwendbar. X. sei vom 17. April bis 22. April 2012 wegen Blutungen krankgeschrieben gewesen, weshalb die Kündigungsfrist gemäss Art. 336c Abs. 1 lit. b OR für sechs Tage unterbrochen worden sei. Die um sechs Tage, also bis zum 6. Mai 2012, verlängerte Kündigungsfrist bewirke eine Verschiebung des Kündigungstermins auf den 31. Mai 2012 (Art. 336c Abs. 3 OR). Gemäss Bundesgericht werde keine neue oder fortzusetzende Sperrfrist ausgelöst, wenn die Arbeitnehmerin in der zusätzlich mit Art. 336c Abs. 3 OR gewährten Frist erneut an der Arbeit verhindert

werde, sei dieser Grund neu oder nicht. Die am 18. Mai 2012 erlittene Fehlgeburt und die damit zusammenhängende Operation und Krankschreibung vom 19. Mai bis 3. Juni 2012 sei nach der bis zum 6. Mai 2012 verlängerten Kündigungsfrist erfolgt, womit es beim rechtsgültigen Kündigungstermin vom 31. Mai 2012 bleibe. Da Y. selber angegeben habe, dass X. vom 1. November 2011 bis 30. April 2012 zu einem Arbeitspensum von 65% tätig gewesen sei und sich dies auch aus dem Arbeitszeugnis ergeben würde, habe X. Anspruch auf einen monatlichen Bruttolohn von Fr. 2979.60 (65%). Am 16. März 2013 reichte X. eine verbesserte Version der bereits am 11. März 2013 eingereichten «Berufung» ein. Darin stellte sie das Rechtsbegehren, die Berufungsklagte zu verpflichten, der Berufungsklägerin den Betrag von Fr. 11 918,40 zu bezahlen. Sie begründete ihre Berufung damit, dass die Vorinstanz verkenne, dass Art. 336c Abs. 1 lit. c OR zwischen «Schwangerschaft» und «den 16 Wochen nach der Niederkunft» unterscheide. Bei einer Niederkunft vor der 23. Schwangerschaftswoche sei nicht von einer Niederkunft im Sinne des Gesetzes auszugehen, was aber nicht bedeute, dass die Sperrfrist im Sinne von Art. 336c Abs. 1 lit. c OR überhaupt nicht zum Tragen komme. Der Kündigungsschutz in den 16 Wochen nach der Niederkunft entfalle zwar, nicht jedoch derjenige während der Schwangerschaft. Dies bedeute, dass die Kündigungsfrist ab Beginn der Schwangerschaft vom 25./26. März 2012 bis zum Ende der Kündigungsfrist am 30. April 2012 um insgesamt 36 bzw. 37 Tage unterbrochen worden sei. Dieser Rest der Kündigungsfrist sei nach der Fehlgeburt am 18. Mai 2012 bzw. nach der anschliessenden Arbeitsunfähigkeit bis zum 3. Juni 2012 weitergelaufen und habe am 09./10. Juli 2012 geendet. Nach Art. 336c Abs. 3 OR verlängere sich die Kündigungsfrist zudem auf das Monatsende, womit diese im vorliegenden Fall am 31. Juli 2012 geendet habe. Somit habe sie bis zum 31. Juli 2012 einen Lohnanspruch, welcher 65% einer Vollzeitstelle betrage.

Aus den Erwägungen:

4.

Gegenstand des vorliegenden Verfahrens bildet zunächst die Frage, wann das Arbeitsverhältnis zwischen den beiden Parteien aufgelöst wurde. Unbestritten ist, dass die Beschwerdegegnerin das Arbeitsverhältnis mit der Beschwerdeführerin am 7. Februar 2012 per 30. April 2012 gekündigt hat. Die zweimonatige Kündigungsfrist wurde im Arbeitsvertrag zwischen den Parteien festgehalten. Wie bereits die Vorinstanz richtigerweise festhielt, ist der Beginn der Kündigungsfrist vom nächstzulässigen Kündigungstermin aus rückwärts zu berechnen, wodurch erstellt ist, dass vorliegend die Kündigungsfrist ab dem 1. März 2012 zu laufen begann. Nach Art. 336c Abs. 1 lit. c OR darf der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis während der Schwangerschaft und in den 16 Wochen nach der Niederkunft einer Arbeitnehmerin nicht kündigen. Ist jedoch die Kündigung vor Beginn

einer solchen Sperrfrist erfolgt, aber die Kündigungsfrist bis dahin noch nicht abgelaufen, so wird deren Ablauf unterbrochen und erst nach Beendigung der Sperrfrist fortgesetzt (Art. 336c Abs. 2 Halbs. 2 OR). Gemäss ärztlicher Bestätigung erfolgte die Nidation am 25./26. März 2012. Ab diesem Zeitpunkt begann die Sperrfrist im Sinne von Art. 336c Abs. 1 lit. c OR. Da die Kündigung vorliegend am 7. Februar 2012 und damit vor Beginn der Sperrfrist erfolgte, ist sie wirksam. Die Sperrfrist begann also am 25./26. März 2012 und die Kündigungsfrist war zu diesem Zeitpunkt noch nicht abgelaufen. Gemäss Art. 336c Abs. 2 Halbs. 2 OR wird in einem solchen Fall der Ablauf der Kündigungsfrist unterbrochen und erst nach Beendigung der Sperrfrist fortgesetzt. Die gesamte Schwangerschaft ist Sperrfrist. Die Sperrfrist besteht unabhängig von der Arbeitsfähigkeit allein aufgrund der Tatsache, dass eine Schwangerschaft vorliegt. Die Sperrfrist gilt auch, wenn die Arbeitnehmerin oder der Arbeitgeber von der Schwangerschaft nichts wissen oder wenn die Arbeitnehmerin diese dem Arbeitgeber verschwiegen hat (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 336c N 9). Wie die Beschwerdeführerin richtigerweise ausführt, wurde die Kündigungsfrist ab Beginn der Schwangerschaft, also ab dem 25./26. März 2012 unterbrochen. Wie aus den Akten hervorgeht, erlitt die Beschwerdeführerin am 18. Mai 2012 eine Fehlgeburt. Ihre Schwangerschaft endete also am 18. Mai 2012. Gemäss Art. 336c Abs. 1 lit. c OR gilt die Sperrfrist auch in den 16 Wochen nach der Niederkunft. Umstritten ist der Begriff der Niederkunft, namentlich ob auch Schwangerschaftsabbrüche, Fehl- und Totgeburten darunter fallen. Die Lehre spricht sich dafür aus, dass im Sinne einer harmonisierenden Auslegung des «Mutterschaftsrechts» die für die Mutterschaftsversicherung getroffene Lösung auch im Zivilrecht übernommen werden soll. Demnach gilt als Niederkunft jede Geburt und jeder Abort, die nach Ende der 23. Schwangerschaftswoche eintreten (Art. 23 EOV; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 336c N 9; WYLER, Droit du travail; 2. Auflage, Bern 2008, S. 572 ff.). Die Beschwerdeführerin war zum Zeitpunkt der Fehlgeburt in der 9. Schwangerschaftswoche. Entsprechend kann vorliegend – wie dies auch die Vorinstanz zu Recht ausführte – nicht von einer Niederkunft im Sinne von Art. 336c Abs. 1 lit. c OR ausgegangen werden. Entgegen den Ausführungen der Vorinstanz hat dies jedoch keinen Einfluss auf die Sperrfrist der Schwangerschaft selber, diese kommt trotzdem zum Tragen, unbeachtet dessen, ob es zu einer Niederkunft im Sinne des Gesetzes kommt. Nicht zur Anwendung kommt lediglich die Sperrfrist der 16 Wochen nach der Niederkunft, was von der Beschwerdeführerin aber auch nicht behauptet wurde. Die Lehre geht davon aus, dass Fehlgeburten, Totgeburten oder ärztlich indizierte Abtreibungen Fälle der Krankheit oder des Unfalls darstellen, wenn sie zur Arbeitsunfähigkeit der Arbeitnehmerin führen und damit eine entsprechende Sperrfrist auslösen (STAEHELIN, Das Obligationenrecht, Teilband V 2c, Der Einzelarbeitsvertrag, Besondere Einzelarbeitsverträge, Zweite bis vierte Lieferung Art. 331–355, 3. Auflage, Zürich 1996, Art. 336c. N 12; REH-

BINDER, Berner Kommentar, Band VI Obligationenrecht, 2. Abteilung Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 2. Teilband Der Arbeitsvertrag Art. 319–362 OR, 2. Abschnitt Kommentar zu Art. 331–355 OR, Bern 1992, Art. 336c N 4). Nach der erlittenen Fehlgeburt am 18. Mai 2012 wurde der Beschwerdeführerin von ihrem Arzt eine Arbeitsunfähigkeit von 100% vom 18. Mai bis 3. Juni 2012 attestiert. Entsprechend greift in dieser Zeit die Sperrfrist nach Art. 336c Abs. 1 lit. b OR. Die Beschwerdeführerin befand sich zum Zeitpunkt ihrer Arbeitsunfähigkeit aufgrund der Fehlgeburt im ersten Dienstjahr, womit grundsätzlich ein zeitlicher Kündigungsschutz von 30 Tagen zur Anwendung kommt. Zu prüfen bleibt jedoch, wie es sich verhält, wenn wie im vorliegenden Fall eine Mehrheit von Sperrfristen eintreten. Gemäss Lehre und bundesgerichtlicher Rechtsprechung löst jeder auf einem neuen Grund beruhende Verhinderungsfall nach Art. 336c Abs. 1 OR eine neue, eigene Sperrfrist aus. Diese Kumulation gilt nicht nur bei deren Erfassung durch verschiedene Buchstaben, sondern auch dann, wenn sie unter denselben Buchstaben fallen. Vorausgesetzt ist allerdings, dass die Arbeitsverhinderung nicht auf demselben Grund beruht wie eine frühere. Ein Rückfall oder eine klare Folgeerscheinung lösen also keine neue Sperrfrist aus (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 336c N 4; REHBINDER, a.a.O., Art. 336c N 8 f.; STAEHELIN, a.a.O., Art. 336c N 24; Urteil des Bundesgerichts 1C_296/2008 vom 5. März 2009 mit weiteren Hinweisen). Keine neue oder fortzusetzende Sperrfrist wird hingegen ausgelöst, wenn der Arbeitnehmer in der zusätzlich durch Art. 336c Abs. 3 OR gewährten Frist erneut an der Arbeit verhindert wird, sei dieser Grund nun neu oder nicht. In diesem Falle hat der Arbeitnehmer die ihm zustehende Kündigungsfrist ungeschmälert bezogen und die Verlängerung nach Absatz 3 dient nur noch dazu, den Anschluss an die üblichen Stellenwechseltermine sicherzustellen (BGE 124 III 474, Urteil des Kantonsgerichts von Graubünden ZK2 10 3 vom 31. August 2010).

Für den vorliegenden Fall bedeutet dies, dass vom 25. März 2012 bis zum 18. Mai 2012 die Sperrfrist nach Art. 336c Abs. 1 lit. c OR zur Anwendung kam und vom 19. Mai 2012 bis zum 3. Juni 2012 die Sperrfrist nach Art. 336c Abs. 1 lit. b OR. Die Kündigungsfrist begann am 1. März 2012 zu laufen. Ab dem Zeitpunkt der Nidation, also ab dem 25./26. März 2012 wurde die Kündigungsfrist für die gesamte Dauer der Schwangerschaft der Beschwerdeführerin, also bis zum 18. Mai 2012 unterbrochen. Da die Beschwerdeführerin anschliessend aufgrund der Fehlgeburt arbeitsunfähig war, wurde die Kündigungsfrist nochmals bis zum 3. Juni 2012 unterbrochen. Der Rest der Kündigungsfrist (25./26. März bis 30. April 2012, also 36/37 Tage) lief ab dem 4. Juni 2012 weiter und endete folglich am 9./10. Juli 2012.

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 (Art. 336c Abs. 3 OR). Wie die

Beschwerdeführerin zu Recht ausführte, verlängerte sich die Kündigungsfrist in ihrem Fall somit auf den 31. Juli 2012.

III.

Demnach wird erkannt:

1.

Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen und die Ziffer 1 des angefochtenen Entscheides wird aufgehoben.

2.

a) Y. wird verpflichtet, X. für die Monate April bis Juli 2012 Fr. 10 159.20 brutto, zu bezahlen. Y. wird zudem verpflichtet, auf dem genannten Betrag Sozialversicherungsabgaben, Beiträge an die Berufliche Vorsorge und Quellensteuer abzurechnen.

b) Y. ist berechtigt, die bereits an die Klägerin erbrachten Zahlungen für die Monate April bis Juli 2012 in der Höhe von total Fr. 5173.70 netto an die Lohnansprüche gemäss Ziff. 2.a zuvor anzurechnen.

Kantonsgericht von Graubünden, Urteil vom 16. September 2014 (Bestätigung des Urteils des Bezirksgerichts Plessur vom 28. Januar 2014)

Gleichstellung von Frau und Mann; Diskriminierung in der Ablehnung einer Anstellung; Entschädigung, Art. 5 Abs. 4 GIG. Kann dem Arbeitgeber einzig vorgeworfen werden, dass er die Ablehnung der Stellenbewerberin – im Widerspruch zum geschlechtsneutralen Stelleninserat – damit begründet hat, er habe bereits genügend Frauen an der Rezeption angestellt und suche daher einen Mann, obwohl die Stelle objektiv betrachtet auch mit einer Frau hätte besetzt werden können, ist die erfolgte Diskriminierung als nicht schwerwiegend einzustufen. Da der Gesetzgeber in Art. 5 Abs. 4 GIG darauf verzichtet, eine Untergrenze bei der Entschädigung festzulegen, steht es dem Gericht frei, auch eine Entschädigung von weniger als einen Monatslohn zuzusprechen, solange die Bemessung nach pflichtgemäßem Ermessen erfolgt (E. 3.h, 4).

Sachverhalt:

Die Y. AG schrieb für die Wintersaison 2012/2013 eine Stelle als «Réceptionist (m/w)» aus. Mit E-Mail vom 4. Oktober 2012 bewarb sich X. für diese Stelle. Am 5. Oktober 2012 teilte A., Direktor des Hotels Y., X. per E-Mail mit, sie hätten «in der Zwischenzeit schon genügend Damen an der Rezeption eingestellt» und suchten «nun noch einen Herrn». Sowohl im November 2012 als auch im Dezember 2012 bewarb sich X. je ein weiteres Mal für eine Mitarbeit bei der Y. AG. Auch diese beiden Bewerbungen blieben ohne Erfolg.

Am 31. Dezember 2012 stellte X. bei der Schlichtungsbehörde für Gleichstellungssachen ein Schlichtungsgesuch. Anlässlich der Schlichtungsverhandlung vom 19. März 2013 konnten sich die Parteien nicht einig. Am 2. April 2013 stellte die Schlichtungsbehörde für Gleichstellungssachen die Klagebewilligung aus, welche folgende Rechtsbegehren enthält: Rechtsbegehren der klagenden Partei: Die Beklagte sei zu verpflichten der Klägerin drei Monatslöhne à Fr. 4100.–, insgesamt Fr. 12 300.–, zu zahlen.

Das Bezirksgericht Plessur erkannte mit Entscheid vom 28. Januar 2014 wie folgt: Die Klage wird teilweise gutgeheissen und die Y. AG verpflichtet, X. mit einem Betrag von Fr. 1000.– zu entschädigen. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen. Gegen diesen Entscheid führt X. Berufung beim Kantonsgericht von Graubünden.

Aus den Erwägungen:

3.

Die Vorinstanz hat zu Recht darauf hingewiesen, dass verschiedene Faktoren bei der Bestimmung der Höhe der Entschädigung Beachtung finden müssen. Die Berufungsklägerin macht geltend, die Vorinstanz habe bei der Würdigung der massgebenden Umstände ihr Ermessen missbraucht und diese willkürlich und zu ihren Ungunsten gewichtet.

a) Die Berufungsklägerin hält dafür, es sei nicht ersichtlich, wie der von der Vorinstanz im Zusammenhang mit der Festlegung der Entschädigung aufgeführte Umstand, dass es an der Rezeption offensichtlich auch weibliches Personal gehabt habe, bezüglich der Anstellungsdiskriminierung einer weiteren Frau relevant sein sollte. Gerade weil es schon Frauen an der Rezeption gehabt habe, sei es ja zu der Diskriminierung gekommen. Dies nun zu Gunsten der Berufungsbeklagten auszulegen, widerspreche dem Grundgedanken einer Genugtuung für eine begangene Diskriminierung und sei unhaltbar. – Entgegen den Ausführungen der Berufungsklägerin handelt es sich bei der Entschädigung gemäss Art. 5 Abs. 4 GIG nicht um eine Genugtuung, sondern um einen Anspruch sui generis, der zwar eine Genugtuungsfunktion erfüllt, daneben aber auch Strafcharakter hat (MILANI, Die Geltendmachung von Entschädigungsansprüchen infolge Anstellungsdiskriminierung bei privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen im erstinstanzlichen gerichtlichen Entscheidverfahren, ArbR 2011, S. 57 Ziff. 8.1; vgl. zur Frage der Genugtuungsfunktion und des Strafcharakters auch BGE 131 II 361 E 4.4 in fine, mit zahlreichen Hinweisen). Ansprüche auf Genugtuung werden in Art. 5 Abs. 5 GIG im Übrigen ausdrücklich vorbehalten, was deutlich aufzeigt, dass es sich bei der Entschädigung gemäss Art. 5 Abs. 4 GIG nicht um eine Genugtuung handelt. Gerade der Strafcharakter der Entschädigung gemäss Art. 5 Abs. 4 GIG macht im Weiteren deutlich, dass die Tatsache, dass die Berufungsbeklagte auch Frauen an der Rezeption beschäftigt hat, durchaus in die Betrachtung miteinbezogen werden darf. Diese Tatsache zeigt nämlich auf, dass es der Berufungsbe-

klagten keineswegs darum gegangen ist, Frauen im Anstellungsprozess systematisch zu benachteiligen. Das darf zweifellos in der Beurteilung des Verhaltens und insbesondere des Verschuldens der Berufungsbeklagten Beachtung finden.

b) Die Berufungsklägerin macht geltend, Diskriminierung bestehe grundsätzlich in einer Ungleichbehandlung aufgrund des Geschlechts und brauche nicht im Speziellen herabwürdigend beziehungsweise demütigend zu sein. Dass sie jedoch nicht einmal die Chance erhalten habe, sich vorzustellen respektive sich zu den nun im Nachhinein vorgebrachten Beweggründen der Berufungsbeklagten für die Bevorzugung eines Mannes zu äussern, sei herabwürdigend und dementsprechend zu würdigen. Es könne nicht allein massgebend sein, dass der Wortlaut an sich nicht demütigend gewesen sei und keine weiteren diskriminierenden Spezifizierungen aufgewiesen habe. Die diesbezügliche Würdigung der Vorinstanz sei willkürlich. – Die von der Berufungsklägerin verwendete Formulierung legt den Schluss nahe, dass die Berufungsklägerin davon ausgeht, die Vorinstanz habe eine Herabwürdigung beziehungsweise Demütigung durch die diskriminierende Ablehnung der Bewerbung verneint. Die Vorinstanz hat im angefochtenen Urteil ausgeführt, die Anknüpfung an die Geschlechterzugehörigkeit erweise sich im vorliegenden Fall nicht als besonders herabwürdigend beziehungsweise demütigend, zumal die Berufungsbeklagte in der Absage als Begründung lediglich – ohne weitere diskriminierende Spezifizierung – vorbringe, bereits genügend Damen an der Rezeption eingestellt zu haben. Die Vorinstanz hat damit anerkannt, dass die Ablehnung der Bewerbung aufgrund des Geschlechts vorliegend angesichts der gesamten Umstände als herabwürdigend beziehungsweise demütigend zu qualifizieren ist. Sie hat die Herabwürdigung beziehungsweise Demütigung jedoch als nicht sehr schwerwiegend eingestuft. Zu Unrecht geht die Berufungsklägerin somit davon aus, die Vorinstanz habe einzig auf den nicht demütigenden Wortlaut abgestellt und eine Herabwürdigung verneint. Dass nun aber die Herabwürdigung als schwerwiegender gewichtet werden müsste, als es die Vorinstanz getan hat, weil sich die Berufungsklägerin nicht vorstellen und auch nicht vor der Ablehnung ihrer Bewerbung zu den Beweggründen der Berufungsbeklagten Stellung nehmen konnte, ist nicht ersichtlich. Die Berufungsklägerin hat denn auch nur ausgeführt, dass diese Umstände als herabwürdigend zu würdigen seien. Dass es sich um eine schwerwiegende Herabwürdigung handle, macht sie nicht geltend. Dafür spricht denn auch nichts. Die vorinstanzliche Annahme, dass die gesamten Umstände auf eine nicht besonders herabwürdigende beziehungsweise demütigende Diskriminierung hinweisen würden, ist daher zu schützen.

c) Weiter beanstandet die Berufungsklägerin, dass die Vorinstanz davon ausgegangen sei, es lägen keine Anhaltspunkte für die Annahme eines Vorsatzes vor. Sie hält dafür, dass durch die direkte Ablehnung aufgrund des Geschlechts zweifellos eine direkte Ungleichbehandlung bezweckt und

eventualvorsätzlich die Diskriminierung einer Frau in Kauf genommen worden sei, so dass mindestens Eventualvorsatz vorliege. Dem ist nicht zuzustimmen. Allein aus dem Umstand, dass eine direkte Ungleichbehandlung erfolgt ist, kann nicht zwingend auf Vorsatz beziehungsweise Eventualvorsatz geschlossen werden. Dies lässt sich allein schon daraus herleiten, dass eine Person eine direkte Ungleichbehandlung durchaus auch in der irrigen Überzeugung begehen kann, aufgrund der gegebenen Situation liege gar keine Diskriminierung vor, was wiederum auf Fahrlässigkeit hindeuten würde. Die Berufungsbeklagte hat im Rahmen des vorinstanzlichen Verfahrens ausgeführt, dass sie einen Mann habe einstellen wollen, weil zu dieser Stelle auch die Vertretung des Nachtportiers gehört habe, was bedeutet hätte, dass zum einen im Winter der Schnee vor dem Eingang hätte weggeschaufelt werden müssen und zum andern die Person während der Nacht alleine gewesen wäre. Beides habe man einer Frau nicht zumuten wollen. Die Zeugin B. hat bestätigt, dass im Bedarfsfall auch eine Vertretung des Nachtportiers vorgesehen gewesen sei. Sie hat weiter festgestellt, von der Sicherheit und vom Aufgabenbereich her, Schneeschaukeln etc., komme eigentlich nur ein Mann in Frage. B. war in der Wintersaison 2012/2013 Chefin an der Rezeption der Berufungsbeklagten, weshalb sie zweifellos über die Vorgänge im Zusammenhang mit und den Anforderungen der zu besetzenden Stelle informiert war. Gemäss Aktenlage war sie jedoch nicht für den Entscheid über die Einstellung beziehungsweise Nichteinstellung der Berufungsklägerin zuständig, nachdem die Bewerbung an den Direktor der Berufungsbeklagten zu richten war und auch die Absage sowie weitere Korrespondenz bezüglich einer Anstellung bei der Berufungsbeklagten vom Direktor kam. Im Zeitpunkt der Einvernahme arbeitete B. nicht mehr bei der Berufungsbeklagten. Es sind keine Anzeichen vorhanden, dass B. nicht wahrheitsgemäss ausgesagt hätte, und die Berufungsklägerin macht denn auch nichts dergleichen geltend. Die Argumentation der Berufungsbeklagten und die Aussagen der Zeugin lassen darauf schliessen, dass die Berufungsbeklagte der Meinung war, es gäbe gute Gründe dafür, die Stelle einem Mann zu geben. Mit der nötigen Sorgfalt hätte sie jedoch erkennen können, dass ihre Beweggründe objektiv betrachtet nicht stichhaltig genug waren, um die Stelle einem Mann vorzubehalten. Dies spricht sehr deutlich dafür, dass die Berufungsbeklagte unbewusst fahrlässig gehandelt hat. Die Feststellung der Vorinstanz, es würden sich keine Hinweise für eine vorsätzliche Geschlechterdiskriminierung durch die Berufungsbeklagte finden, ist daher zutreffend.

d) In einem nächsten Punkt beanstandet die Berufungsklägerin, dass ihre Chancen in einem diskriminierungsfreien Bewerbungsprozess von der Vorinstanz als gering eingestuft worden sind. Die Berufungsklägerin macht geltend, die Vorinstanz stütze sich dabei auf die Aussagen der Zeugin B., die ausgeführt habe, dass die Referenzen, die bei der dritten Bewerbung eingeholt worden seien, nicht günstig gelautet hätten, was aus Sicht der Zeugin der einzige Grund für die Absage gewesen sei. Eine tatsächliche

Bestätigung, dass allein die Referenzen zu der Absage geführt hätten, liege indessen nicht vor. Dagegen spreche die bestätigte Überqualifikation der Berufungsklägerin für gute Chancen. – Betrachtet man den Lebenslauf der Berufungsklägerin, so ist leicht festzustellen, dass sie insgesamt über eine breitgefächerte Ausbildung verfügt. Der weitaus überwiegende Teil ihrer Ausbildung hat jedoch offensichtlich nicht direkt mit der Arbeit einer Rezeptionistin zu tun. Die Berufungsbeklagte hat im vorinstanzlichen Verfahren offenbar geltend gemacht, die Berufungsklägerin sei überqualifiziert gewesen. Die Berufungsklägerin wiederum spricht in der Berufung von einer bestätigten Überqualifikation. Damit ist unter den Parteien nicht mehr strittig, dass die Berufungsklägerin überqualifiziert war. Die Berufungsklägerin wirft der Vorinstanz vor, sie habe zwar auf die Überqualifikation hingewiesen und bestätigt, dass eine bessere Qualifikation die Chancen auf dem Arbeitsmarkt mutmasslich erhöhe, jedoch habe sie dies nicht zu Gunsten der Berufungsklägerin gewürdigt. Die Vorinstanz hat im angefochtenen Urteil keineswegs auf eine bestehende Überqualifikation der Berufungsklägerin hingewiesen. Sie hat vielmehr festgestellt, dass das Vorbringen der Berufungsbeklagten bezüglich angeblicher Überqualifikation als allfälliger alleiniger oder hinzutretender Ablehnungsgrund bei der Bemessung nicht zu berücksichtigen sei. Die Vorinstanz hat es damit offen gelassen, ob eine Überqualifikation bestanden hat. Des Weiteren hat sie lediglich festgehalten, dass eine bessere Qualifikation die Chancen auf dem Arbeitsmarkt mutmasslich erhöhe. Eine bessere Qualifikation ist nicht zwingend mit einer Überqualifikation gleichzusetzen und bessere Chancen auf dem Arbeitsmarkt sind nicht gleichbedeutend mit besseren Chancen bei der Bewerbung um diese konkrete Stelle als Rezeptionistin. Es ist denn auch nicht zu bestreiten, dass ein Arbeitnehmer, der über höhere Qualifikationen verfügt, auf dem Arbeitsmarkt allgemein grössere Chancen hat, eine Stelle zu finden. Dass aber eine Überqualifikation Vorteile im Bewerbungsprozess mit sich bringt, muss durchaus nicht zutreffen. Eine Überqualifikation kann vielmehr auch hinderlich sein und den potenziellen Arbeitgeber abschrecken. So könnte denn auch der Umstand, dass die Berufungsklägerin gemäss Lebenslauf selbst schon ein Restaurant geleitet hat, Direktorin und Mitinhaberin eines Reisebüros gewesen ist, in einer Geschäftsleitung mitgewirkt und auch als Leiterin der Reservierungsabteilung gearbeitet hat, ohne Weiteres dagegen sprechen, sie in einer nichtleitenden Position zu beschäftigen. Aus einer Überqualifikation der Berufungsklägerin kann daher nicht zwangsläufig auf gute Chancen im Bewerbungsprozess um die Stelle als Rezeptionistin bei der Berufungsbeklagten geschlossen werden. Entgegen der Auffassung der Berufungsklägerin ist die Vorinstanz daher nicht in Willkür verfallen, als sie darauf verzichtet hat, eine Überqualifikation beziehungsweise bessere Chancen auf dem (allgemeinen) Arbeitsmarkt aufgrund einer besseren Qualifikation zu Gunsten der Berufungsklägerin in die Bemessung einfließen zu lassen.

Was nun die nicht günstigen Referenzen betrifft, so kommt es für den vorliegenden Entscheid nicht darauf an, ob diese nach der zweiten oder der dritten Bewerbung der Berufungsklägerin eingeholt worden sind, denn sie wären kaum anders ausgefallen, wenn sie bei einem diskriminierungsfreien Selektionsverfahren bereits bei der ersten Bewerbung eingeholt worden wären. Die Berufungsklägerin bestreitet nicht, dass die Referenzen nicht günstig gelautet haben. Sie macht einzig geltend, es sei nicht bestätigt, dass allein die Referenzen zu einer Absage geführt hätten. Dem ist die Aussage der Zeugin B. entgegenzuhalten. Die Zeugin hat wörtlich ausgeführt: «Die Referenzen lauteten nicht günstig, sodass die Bewerbung von Frau X. für uns nicht in Frage kam. ... Aus meiner Sicht waren die ungünstigen Referenzen der einzige Grund für die Absage.» Auch wenn der zweite Teil der Aussage allenfalls Raum dafür lässt, dass aus Sicht der schlussendlich entscheidenden Person noch weitere Gründe beim negativen Entscheid mit hineingespielt haben können, so ist der erste Teil der Aussage doch klar: Die ungünstigen Referenzen wurden als so negativ gewichtet, dass sie schon eine Anstellung verunmöglichten, und zwar unbesehen der Frage, ob noch weitere Gründe gegen eine Anstellung sprachen. Es sind keine Hinweise dafür ersichtlich, dass B. nicht wahrheitsgetreu ausgesagt haben könnte. Unter diesen Umständen aber ist davon auszugehen, dass die ungenügenden Referenzen bereits ausreichten, um eine Anstellung zu verhindern. Kommt hinzu, dass die Bewerbungen der Berufungsklägerin, die sie im November und Dezember 2012 der Berufungsbeklagten eingereicht hat, in offenbar diskriminierungsfreien Verfahren abgelehnt worden sind. Das spricht ebenso deutlich dagegen, dass die Berufungsklägerin bei der ersten Bewerbung vom Oktober 2012 gute Chancen gehabt hätte. Daran vermag auch nichts zu ändern, dass der von der Berufungsbeklagten schliesslich eingestellte Mann die Stelle an der Rezeption «nicht <gut> besetzt» haben soll. Zum einen ergibt sich aus den Akten nicht, dass sich bereits zum Vorhinein abgezeichnet hätte, dass diese Besetzung nicht passend sein könnte, und zum andern war dieser Mann gemäss Aussage von B. der Berufungsbeklagten von einem anderen Hotel empfohlen worden. Dass sich die Berufungsklägerin in einem diskriminierungsfreien Verfahren gegen diesen Mann oder andere Bewerber und Bewerberinnen mit einiger Wahrscheinlichkeit durchgesetzt hätte, obwohl ihre Referenzen nicht günstig waren, ist gerade auch auf dem Hintergrund der weiteren zwei abgelehnten Bewerbungen nicht zu vermuten. Die Vorinstanz hat folglich zu Recht festgestellt, dass die mutmasslichen Chancen der Berufungsklägerin auf eine Anstellung im diskriminierungsfreien Selektionsverfahren als eher gering zu beurteilen sind.

e) Weiter macht die Berufungsklägerin geltend, die Vorinstanz habe völlig ausser Acht gelassen, dass sie mit grösster Wahrscheinlichkeit die Stelle als Rezeptionistin auch während der nachfolgenden Saisons ausgeübt hätte und es sich damit nicht nur um eine einzige Saisonstelle gehandelt habe. Denn es sei durchaus üblich, dass solche Stellen während Jahren

durch dieselben Personen besetzt würden. Bei diesem Argument handelt es sich um reine Spekulation. Es mag durchaus sein, dass es immer wieder vorkommt, dass dieselbe Person eine Stelle über mehrere Saisons besetzen kann. Ob dies jedoch auch bei der Berufungsklägerin der Fall gewesen wäre, ist offen. Nachdem die Referenzen nicht günstig gelautet haben, spricht allerdings Einiges dagegen. Zudem weist die Berufungsbeklagte in ihrer Berufungsantwort zu Recht darauf hin, dass die zwei späteren Bewerbungen der Berufungsklägerin vom November und Dezember 2012 in diskriminierungsfreien Selektionsverfahren nicht berücksichtigt worden sind. Dies spricht ebenso deutlich dagegen, dass die Berufungsklägerin dieselbe Stelle während mehreren Saisons behalten hätte. Für die Bestimmung der Höhe der Entschädigung kann daher nicht davon ausgegangen werden, die Berufungsklägerin hätte die Stelle über mehrere Saisons innegehabt.

(...)

g) Die Berufungsklägerin macht im Weiteren geltend, es sei nicht nachvollziehbar, weshalb die direkte und offensichtliche Diskriminierung, die sie erfahren habe, lediglich ein leichter Fall sein sollte. Die Berufungsbeklagte habe sie bereits aufgrund ihres Geschlechts bei der Bewerbung abgewiesen, ohne überhaupt die Bewerbungsunterlagen zu prüfen. Damit habe sie in derart klarer Weise gegen die Bestimmungen des Gleichstellungsgesetzes verstossen, dass eine augenfälligere Ungleichbehandlung aufgrund des Geschlechts kaum möglich sei. Es sei nicht vorstellbar, wie eine schwerwiegendere Diskriminierung aufgrund des Geschlechts bei einer Anstellung vorliegen könnte. – Würde man der Argumentation der Berufungsklägerin folgen, so wäre jeder klare Verstoss gegen Art. 3 GIG als schwerer Fall einer Diskriminierung zu qualifizieren, unbesehen der weiteren Umstände. Das kann nicht sein und würde im Übrigen auch Art. 5 Abs. 2 GIG widersprechen, der ausdrücklich festhält, dass die Entschädigung unter Würdigung aller Umstände festzusetzen ist. Die Schwere des Verstosses gegen das Diskriminierungsverbot hängt daher nicht eigentlich davon ab, wie offensichtlich beziehungsweise deutlich die Diskriminierung zu Tage tritt. Auch eine Diskriminierung, die nicht auf den ersten Blick erkennbar ist, kann sehr schwer wiegen. Zudem sind durchaus Fälle vorstellbar, die eine schwerwiegendere Diskriminierung aufgrund des Geschlechts bei einer Anstellung implizieren als den vorliegend zu beurteilenden, wenn nämlich neben die eigentliche Ablehnung zum Beispiel weitergehend herabwürdigende, demütigende und verletzende Umstände treten oder eine Diskriminierung bewusst und gewollt herbeigeführt worden ist. Auch dies zeigt, dass es für die Beurteilung der Schwere einer Diskriminierung wesentlich auf die gesamten Umstände ankommt. Dass vorliegend die Diskriminierung leicht erkennbar ist, spricht daher nicht grundsätzlich für einen schweren Verstoss gegen das Diskriminierungsverbot. Zudem ist schon festgestellt worden, dass der Umstand, dass die Bewerbung der Berufungsklägerin ohne weitere Abklärungen seitens der Berufungsbeklagten

abgelehnt worden ist, die begangene Verletzung des Diskriminierungsverbots nicht schwerer erscheinen lässt.

h) Aus dem Dargelegten erhellt, dass den Argumenten der Berufungsklägerin nicht gefolgt werden kann. Mit der Vorinstanz ist vielmehr davon auszugehen, dass die erfolgte Diskriminierung entgegen der Auffassung der Berufungsklägerin als nicht schwerwiegend beziehungsweise als leicht einzustufen ist. Dies folgt daraus, dass der Berufungsklägerin einzig vorgeworfen werden kann, sie habe die Absage im Widerspruch zum geschlechtsneutralen Stelleninserat damit begründet, dass sie bereits genügend Frauen angestellt habe und daher einen Mann suche, obwohl die Stelle objektiv betrachtet auch mit einer Frau hätte besetzt werden können. Diese Verfehlung ist als objektiv nicht schwerwiegend zu beurteilen. Dass sie «kein Einzelfall» gewesen wäre, wie es die Berufungsklägerin im vorinstanzlichen Verfahren behauptet hat, ist weder nachgewiesen noch ergeben sich Anzeichen dafür. Es ist daher von einem einmaligen, singulären Vorfall auszugehen. Daneben sprechen auch das geringe Verschulden, das in unbewusster Fahrlässigkeit besteht, und die mutmasslich tiefen Chancen der Berufungsklägerin im diskriminierungsfreien Bewerbungsprozess für eine leichte Verletzung des Diskriminierungsverbots.

4.

Die Berufungsklägerin bringt für den Fall, dass das Gericht von einem leichten Fall der Diskriminierung ausgeht, vor, dass die Entschädigung bei einer Anstellungsdiskriminierung gemäss Gesetz drei Monatslöhne nicht übersteigen dürfe (Art. 5 Abs. 4 GIG). Damit habe der Gesetzgeber ausdrücklich einen Zusammenhang zwischen der Höhe der Entschädigung und dem voraussichtlichen respektive tatsächlichen Lohn festgehalten. Das Gesetz sehe einen Maximalanspruch von drei Monatslöhnen vor. Lehre und Rechtsprechung klassifizierten die Diskriminierungen in drei mögliche Schweregrade, so dass zu Recht davon ausgegangen werde, dass eine schwerwiegende Diskriminierung einen Anspruch auf drei Monatslöhne Genugtuung zur Folge habe. Dementsprechend müsse eine leichte Form der Diskriminierung mindestens eine Genugtuung von einem Monatslohn nach sich ziehen. Es ist offensichtlich, dass dem nicht zugestimmt werden kann. Zum einen hat der Gesetzgeber in Art. 5 Abs. 4 GIG mit dem Hinweis auf drei Monatslöhne lediglich die Obergrenze der Entschädigung festgesetzt, ohne jedoch eine weitergehende Beziehung zwischen Entschädigung und Monatslohn zu begründen. Zum andern hat der Gesetzgeber darauf verzichtet, auch eine Untergrenze festzulegen. Daraus ist ohne weiteres zu schliessen, dass es dem Gericht frei steht, auch eine Entschädigung zuzusprechen, die weniger als einen Monatslohn beträgt, solange die Bemessung nach pflichtgemäsem Ermessen erfolgt. Eine schematische Anwendung, wie sie der Berufungsklägerin vorschwebt, ist abzulehnen. Zuzustimmen ist der Berufungsklägerin nur insoweit, als ein schwerwiegender beziehungsweise sogar sehr schwerwiegender Verstoss gegen das Diskriminierungsverbot allenfalls eine Entschädigung von drei Monatslöhnen

rechtfertigen kann. Dass ein leichter Verstoss jedoch mindestens eine Entschädigung in Höhe von einem Monatslohn zur Folge haben müsste, davon kann nicht gesprochen werden. Dass dem nicht so sein kann, zeigt sich geradezu exemplarisch an vorliegendem Fall. Unbestreitbar ist nämlich auch die Dauer der möglichen Anstellung bei der Bemessung der Entschädigung zu berücksichtigen. Davon geht im Übrigen auch die Berufungsklägerin aus, wenn sie geltend macht, es sei zu berücksichtigen, dass sie die Stelle als Rezeptionistin mit grösster Wahrscheinlichkeit auch während den nachfolgenden Saisons innegehabt hätte. Das Argument der Berufungsklägerin vermag zwar nicht zu überzeugen, soweit von mehreren aufeinanderfolgenden Saisonstellen als Rezeptionistin bei der Berufungsbeklagten ausgegangen wird. Es trifft jedoch insoweit zu, als die Dauer der möglichen Anstellung als Bemessungsfaktor genannt wird. Die Berufungsklägerin hat sich nun für eine Saisonstelle beworben, die gemäss Stelleninserat etwa vier Monate gedauert hätte (anfangs Dezember 2012 bis Ende März 2013). Dass die Berufungsklägerin kaum für weitere Saisons berücksichtigt worden wäre, ist bereits festgestellt worden. Würde nun der Berufungsklägerin ein Monatslohn als Entschädigung zugesprochen, so erhielte sie einen Viertel dessen, was sie insgesamt verdient hätte, wenn sie die Stelle erhalten hätte. Dies ist für die leichte Diskriminierung, die vorliegend zu entschädigen ist, nicht angemessen. Der Argumentation der Berufungsklägerin kann dementsprechend auch in diesem Punkt nicht gefolgt werden. In Anbetracht der gesamten Umstände, der Schwere der Verletzung und des Verschuldens der Berufungsbeklagten erscheint der II. Zivilkammer des Kantonsgerichts die von der Vorinstanz zugesprochene Entschädigung in Höhe von Fr. 1000.– als angemessen. Das vorinstanzliche Urteil ist daher zu bestätigen und die Berufung ist sowohl im Haupt- als auch im Eventualantrag abzuweisen.

Kanton Luzern

Kantonsgericht Luzern, Urteil vom 30. April 2014

Ferienabgeltungsverbot, Art. 329d Abs. 2 OR. Die Abgeltung des Ferienlohns durch Lohnpauschalen oder Lohnzuschläge (sog. Ferienprozent; bei vier Wochen Ferien mindestens 8,33% des Bruttolohns) ist grundsätzlich unzulässig. Ausnahmen vom Abgeltungsverbot durch laufende Ferienlohnauszahlung sind nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung zulässig, wo die Durchsetzung des Verbots mit Schwierigkeiten verbunden wäre, etwa bei unregelmässigem oder sehr kurzem Arbeitseinsatz oder bei gleichzeitiger Tätigkeit für mehrere Arbeitgeber. Bei Stundenlohnarbeit ist ein variabler Lohn normal und die divergierenden monatlichen Stundenzahlen bedingen noch keine unregelmässige Teilzeitarbeit (E. 2.2, 2.5, 2.6).

Aus den Erwägungen:

2.1 In sämtlichen fünf Arbeitsverträgen (die zwar jeweils auf unbestimmte Zeit, aber nacheinander in kurzer Folge abgeschlossen wurden; die Verträge Nrn. 1 und 4 regeln die Anstellung der Klägerin als Callcenter-Agentin, die Verträge Nrn. 2, 3 und 5 diejenige als Teamleiterin) finden sich folgende Bestimmungen: § 5 Arbeitszeit: (1.) Die regelmässige Arbeitszeit beträgt bei 100% 8.5 Stunden/pro Arbeitstag. Dies entspricht einer wöchentlichen Arbeitszeit von 42.5 Stunden/Woche. In Teilzeit wird die Arbeitszeit pro Rata auf die 100% ausgerechnet. (2.) Die Arbeitszeiten richten sich nach dem Schichtplan auf Seite 3 dieses Vertrages. Der Arbeitgeber behält sich vor, andere Einsatzzeiten anzuordnen. § 8 Ferien: (1.) Der Ferienanspruch von 4 Wochen/Kalenderjahr wird mit dem Lohn ausbezahlt (8.33%) und ist inklusive. Unter «§ 7 Vergütung» wurde ein Stundenlohn vereinbart. Er betrug zunächst Fr. 20.–, dann Fr. 25.– und schliesslich Fr. 30.– pro Stunde (bzw. ab Vertrag Nr. 4 pro «Telefongesprächsstunde»; vgl. dazu Urteil Arbeitsgericht Basel-Stadt vom 25.1.2012, in: JAR 2013 S. 432 f.). Zuzüglich zum Bruttolohn erhielt die Klägerin zunächst 5%, dann 6%, später wieder 5% und schliesslich wieder 6% Nettoumsatzbeteiligung auf den Eigenverkauf. Im Vertrag Nr. 5 wurde zusätzlich auch unter «§ 7 Vergütung» festgehalten, dass sich der Bruttostundenlohn und die Nettoumsatzbeteiligung «inkl. 8.33% Ferien und Feiertagsentschädigung» verstehen. In den monatlichen Lohnabrechnungen sind die auf die Ferien entfallenden Lohnanteile jeweils separat ausgewiesen.

2.2 Für die Ferien hat der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer den gesamten darauf fallenden Lohn zu entrichten (Art. 329d Abs. 1 OR). Diese Bestimmung ist relativ zwingend (Art. 362 Abs. 1 OR), d.h. Vereinbarungen,

die den Arbeitnehmer schlechter stellen, sind nichtig (Art. 362 Abs. 2 OR). Allgemein ist der Ferienlohn so zu bestimmen, dass der Arbeitnehmer gleich viel erhält, wie wenn er während der Ferienzeit gearbeitet hätte. Der Ferienlohn ist wie der sonstige Lohn zum Zeitpunkt der normalen Fälligkeit zu entrichten (Art. 323 OR). Ferien dürfen während der Dauer des Arbeitsverhältnisses zudem gemäss absolut zwingender Norm nicht durch Geldleistungen oder andere Vergünstigungen abgegolten werden (Art. 329d Abs. 2 OR). Die Abgeltung des Ferienlohns durch Lohnpauschalen oder Lohnzuschläge (sog. Ferienprocente, bei vier Wochen Ferien mindestens 8,33% des Bruttolohns) ist daher gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung grundsätzlich unzulässig (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxiskomm. zu Art. 319–362 OR, 7. Aufl. 2012, Art. 329d OR N 9 S. 689, mit Hinweisen). Dies anerkennt auch die Beklagte. Sie beruft sich auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts und der kantonalen Gerichte, wonach derartige Lohnprocente bei unregelmässigen Beschäftigungen ausnahmsweise zugelassen würden, wenn sich deswegen diese Art der Ferienlohnabgeltung als notwendig erweise und sowohl aus dem Arbeitsvertrag als auch aus den periodischen Lohnabrechnungen klar ersichtlich sei, welcher Teil des Arbeitslohns den Ferienanspruch abgelten solle. Die Beklagte weist vorab zutreffend darauf hin, dass sowohl die Klägerin als auch die Vorinstanz zu Recht nicht in Abrede stellten, dass die formellen Voraussetzungen, unter denen das Bundesgericht eine Abgeltung des Ferienlohns zulässt, vorliegend erfüllt sind: Sowohl in den Arbeitsverträgen wie auch in den einzelnen Lohnabrechnungen sind die auf die Ferien entfallenden Lohnanteile separat ausgewiesen (oben E. 2.1; ausführlich STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 329d OR N 9 S. 689 f., mit zahlreichen Verweisen auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung). Weiter war vor der Vorinstanz und blieb im Berufungsverfahren unbestritten, dass der Klägerin der ausgewiesene Ferienlohn ausbezahlt wurde und sie die Ferien auch bezogen hatte.

2.3 Ausschlaggebend war für die Vorinstanz vor diesem Hintergrund – sowie entsprechend den Vorbringen der Parteien – die Frage nach der Regelmässigkeit der Beschäftigung der Klägerin. Die Vorinstanz hat – gestützt auf die von der Klägerin aufgelegten Arbeitsverträge, Lohnabrechnungen und Stundenübersichten – die nach Massgabe der jeweiligen Arbeitsverträge bzw. der dort angekreuzten Schichten in den einzelnen Monaten geleisteten Arbeitsstunden sowie die bezogenen Ferientage aufgelistet. Sie kam zum Schluss, dass die Klägerin unter Berücksichtigung der bezogenen Ferien sehr regelmässig gearbeitet habe. Sie habe täglich und gemäss dem jeweiligen Schichtplan gearbeitet. Die abweichenden Stundenzahlen seien damit erklärbar, dass einerseits die Monate nicht gleich viele Arbeitstage hätten und andererseits die Beklagte ab Ende 2010 nur noch die tatsächliche Gesprächszeit am Telefon als Arbeitszeit berechnet habe. Unter Berücksichtigung aller Umstände habe die Klägerin über die gesamte Dauer des Arbeitsverhältnisses innerhalb der fünf verschiedenen Arbeits-

verträge jeweils regelmässig gearbeitet. Den Akten lasse sich nichts entnehmen, was die Darstellung der Beklagten, die Klägerin sei in der Wahl und Gestaltung ihrer Arbeitszeit frei gewesen, stütze. Eine solche Abmachung wäre vorliegend auch irrelevant, da die Klägerin sehr regelmässig gearbeitet habe.

2.4 Die Beklagte macht in ihrer Berufung geltend, die Vorinstanz habe ausser Acht gelassen, dass ihr Lohnsystem im vorliegenden Fall wesentlich sei für die Beurteilung der Regelmässigkeit der Arbeitstätigkeit. Um den Bedürfnissen der Mitarbeitenden Rechnung zu tragen, stelle sie grundsätzlich zwei Lohnsysteme zur Verfügung: Tätigkeit im Monatslohn oder Tätigkeit im Stundenlohn. Die Klägerin habe beide Systeme in Anspruch genommen, indem sie zwischenzeitlich (Februar bis April 2011) im Monatslohn gearbeitet habe. Wie schon an der Hauptverhandlung vor der Vorinstanz vorgetragen, seien die Mitarbeitenden frei, an welchen Schichten sie arbeiten wollten; eine bestimmte Anzahl Schichten sei nicht vorgeschrieben. Wenn sich ein Mitarbeiter allerdings für eine Schicht entscheide, d.h. zu einer Schicht erscheine, so habe er die volle Schichtzeit von drei bzw. dreieinhalb Stunden einzuhalten. Diese Regelung habe die Vorinstanz völlig verkannt und übersehen, dass die Mitarbeitenden gerade keine zum Voraus bestimmten Arbeitszeiten einzuhalten hätten. Eine Tabelle, bei der nur die einzelnen Arbeitszeitperioden (pro Arbeitsvertrag) miteinander verglichen würden, zeige mit aller Deutlichkeit, dass die Klägerin tatsächlich unregelmässig gearbeitet habe. So habe sie etwa im Januar 2009 101 Stunden und im Februar 2009 194 Stunden gearbeitet, obwohl beide Monate 24 Arbeitstage aufgewiesen hätten; im September 2009 habe sie bei 26 Arbeitstagen 162 Stunden gearbeitet und im Oktober 2009 bei 27 Arbeitstagen 211 Stunden. Die Liste lasse sich beliebig fortführen. Es habe erhebliche Abweichungen in den monatlichen Stundenzahlen gegeben. Der Grund liege darin, dass die Klägerin ihr Pensum frei gestalten können. Die Annahme der Vorinstanz, die Klägerin habe «sehr regelmässig» gearbeitet, sei bei dieser Sachlage nicht haltbar. Insgesamt sei somit festzustellen, dass das Lohnsystem auf eine unregelmässige Tätigkeit ausgerichtet sei und dass die Klägerin auch entsprechend unregelmässig gearbeitet habe. Damit sei die materielle Voraussetzung des Bundesgerichts der Unregelmässigkeit erfüllt und die Ferienlohnabgeltung mit einem monatlichen Lohnzuschlag zulässig. Falls man wider Erwarten in der Tätigkeit der Klägerin eine gewisse Regelmässigkeit erkennen würde, so würde man dem Lohnsystem der Beklagten nicht gerecht. Wenn die Vorinstanz eine solche Abmachung oder auch betriebliche Usanz als irrelevant bezeichne, so verkenne sie, dass es bei der Beurteilung der Regelmässigkeit der Erwerbstätigkeit nicht nur darum gehe, ob eine Mitarbeiterin in tatsächlicher Hinsicht regelmässig gearbeitet habe, sondern auch darum, ob das Lohnsystem eine unregelmässige Arbeitszeit zur Verfügung stelle bzw. vorsehe. Darauf komme es primär an, denn vielfach lasse sich erst im

Nachhinein feststellen, ob ein Mitarbeiter vorwiegend regelmässig oder unregelmässig gearbeitet habe.

2.5 Ausnahmen vom Abgeltungsverbot durch laufende Ferienlohn- auszahlung sind nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung zulässig, wo die Durchsetzung des Verbots mit Schwierigkeiten verbunden wäre, etwa bei unregelmässigem oder sehr kurzem Arbeitseinsatz oder bei gleichzeitiger Tätigkeit für mehrere Arbeitgeber (vgl. BGE 129 III 493 E. 3.2). Das Bestehen solcher Schwierigkeiten bzw. die objektive Notwendigkeit einer laufenden Ferienlohnzahlung ist vorliegend von der Beklagten weder behauptet noch dargetan, auch nicht hinsichtlich der geltend gemachten Unregelmässigkeit der Beschäftigung bzw. der geltend gemachten Möglichkeiten, die ihr Lohnsystem gemäss ihrer Darstellung grundsätzlich bietet. Die Gruppe, der die Beklagte angehört, verfügt denn auch offensichtlich über ein zentrales, effizientes EDV-Lohnabrechnungsprogramm.

2.6 Das Bundesgericht bejahte in neueren Entscheiden die Möglichkeit der laufenden Ferienlohnbezahlung bei «sehr unregelmässiger Beschäftigung». Es hat dabei klargestellt, dass der Umstand, dass der Lohn variabel ist, bei Stunden- und Akkordlohnarbeit oft vorkomme und für sich allein noch nicht genüge (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 329d OR N 9 S. 693, mit Verweis u.a. auf BGer-Urteile 4A_478/2009 vom 16.12.2009 E. 4, 4C.219/2006 vom 24.1.2007 E. 2.1 und 4C.64/2006 vom 28.6.2006 E. 4.1). Die Klägerin arbeitete – mit Ausnahme von drei Monaten im Monatslohn (vgl. oben E. 2.4) – im Stundenlohn (oben E. 2.1). Aus den von ihr aufgelegten Stundenübersichten sowie den auf ihnen basierenden Zusammenstellungen der Vorinstanz und der Tabelle der Beklagten ist ersichtlich, dass die Klägerin während der gesamten Dauer ihrer Anstellung mit Ausnahme von Ferien und Feiertagen sowie von krankheitsbedingten Abwesenheiten täglich gearbeitet hat. Es mag zutreffen, dass – entsprechend der Darstellung der Beklagten – das Lohnsystem grundsätzlich unregelmässige Arbeitszeiten zulässt bzw. ermöglicht und dass die Mitarbeitenden selber entscheiden können, welche und wie viele der im Arbeitsvertrag definierten möglichen Schichten sie absolvieren wollen. Dies ändert aber nichts daran, dass die Klägerin nicht etwa auf Abruf oder als Aushilfe tätig war, sondern in regelmässiger Teilzeitarbeit. Ihre Tätigkeit war unbestrittenermassen auch nicht nur sehr kurz. Wie dargelegt, ist ein variabler Lohn bei Stundenlohnarbeit normal und genügt nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung für die Qualifikation als «sehr unregelmässige Beschäftigung» für sich allein nicht. Die von der Beklagten aufgelisteten Differenzen der monatlichen Stundenzahlen machen die Teilzeitarbeit der Klägerin nicht zu einer (sehr) unregelmässigen. Unregelmässige Teilzeitarbeit ist nur in einem engen Rahmen anzunehmen, etwa bei regelmässigen Arbeitsunterbrüchen, regelmässigem Wechsel von Arbeitstagen oder dergleichen, nicht aber bei täglicher Arbeit im Rahmen von wählbaren Schichten in einem vordefinierten Rahmen. Die Arbeitszeiten und die daraus resultierenden Löhne der Klägerin waren jedenfalls nicht so

unregelmässig, dass die Berechnung des Ferienlohns nennenswerte Schwierigkeiten verursacht hätte (vgl. oben E. 2.5).

Wenn die Beklagte geltend macht, vielfach lasse sich erst im Nachhinein feststellen, ob ein Mitarbeitender vorwiegend regelmässig oder unregelmässig gearbeitet habe, so ist dazu was folgt festzuhalten: Zum einen besteht die von einem Teil der Lehre vorgeschlagene Möglichkeit, den Ferienzuschlag zwar auf jeder Lohnabrechnung zu berechnen und auszuweisen, ihn jedoch erst beim Ferienbezug auszuzahlen (vgl. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 329d OR N 9 S. 693, mit Hinweisen; PORTMANN, Basler Komm., 5. Aufl. 2011, Art. 329d OR N 5). Zum anderen ist es angesichts der sehr restriktiven Rechtsprechung des Bundesgerichts empfehlenswert, zur Vermeidung von Nachzahlungen auf eine Abgeltung des Ferienlohns im Stundenlohn zu verzichten, sobald eine gewisse Regelmässigkeit im Arbeitspensum erkennbar wird. Letzteres war bei der Klägerin schon bald der Fall. Zu einer entsprechenden Anpassung hätte auch hinreichend Gelegenheit bestanden, da mit ihr ohnehin regelmässig neue Arbeitsverträge abgeschlossen wurden (vgl. oben E. 2.1).

2.7 Wenn die Vorinstanz vor diesem Hintergrund die Beschäftigung der Klägerin – unter Verneinung der objektiven Notwendigkeit einer laufenden Ferienlohnzahlung sowie primär nach Massgabe der tatsächlich geleisteten Arbeit und nicht nach Massgabe der Möglichkeiten, die ihr aufgrund des Lohnsystems der Beklagten gemäss deren Darstellung theoretisch zur Verfügung gestanden hätten – als regelmässig bzw. im Ergebnis als nicht «sehr unregelmässig» im Sinne der zitierten bundesgerichtlichen Rechtsprechung qualifizierte, ist ihr weder eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts noch eine unrichtige Anwendung von Art. 329d OR noch Unangemessenheit vorzuwerfen. Die Einvernahme der von der Beklagten zur Erläuterung ihres Lohnsystems angerufenen Zeugen war und ist nicht erforderlich. Das Urteil der Vorinstanz entspricht der sehr restriktiven Behandlung der Abgeltung des Ferienlohns durch Lohnzuschläge durch das Bundesgericht und die überwiegende Lehre (vgl. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 329d OR S. 693, mit Hinweisen).

2.8 Nach Massgabe von Treu und Glauben diskutabel erscheint die Verpflichtung zur Nachzahlung in Fällen wie dem vorliegenden, in denen jeden Monat 8,33% Ferienlohn ausbezahlt und die Ferien voll bezogen wurden (vgl. oben E. 2.2, wobei mangels Relevanz für den Ausgang des Verfahrens die Umstände und Einzelheiten des Ferienbezugs der Klägerin im Juli 2011 offen bleiben können). An sich gibt es keinen Grund, eine nochmalige Zahlung zu verfügen, wenn Gewährung und Zahlung der Ferien erfolgt sind (vgl. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 329d OR N 9 S. 691, mit Hinweis auf kantonale Urteile). Auch diesbezüglich ist die bundesgerichtliche Rechtsprechung indes restriktiv. Ihr zufolge kann ein Rechtsmissbrauch nur angenommen werden, wenn zusätzliche Umstände hinzutreten wie etwa, dass die Abgeltungslösung auf Vorschlag des Arbeitnehmers und im Bewusstsein ihrer Nichtigkeit getroffen wurde (vgl.

BGE 129 III 493 E. 5.1 f. sowie BGer-Urteile 4C.64/2006 vom 28.6.2006 E. 4.1.2 f. und 4C.147/2005 vom 26.9.2005 E. 4) oder wenn der Arbeitnehmer nicht nur Lohnzahlungen bei tatsächlicher Arbeit, sondern auch während den Ferien Akontozahlungen erhielt (vgl. BGer-Urteil 4A_66/2009 vom 8.4.2009 E. 4). Solche Umstände machte und macht die Beklagte nicht geltend.

Kantonsgericht Luzern, Urteil vom 6. Mai 2014

Assistenzarztstelle; Rechtsschutz bei öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnissen, Art. 13 GIG; Diskriminierungsverbot, Art. 3 GIG. Wird eine Person durch die Abweisung ihrer Bewerbung für die erstmalige Begründung eines öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnisses diskriminiert, hat sie gemäss Art. 5 Abs. 2 GIG Anspruch auf Entschädigung, wobei diese direkt mit Beschwerde gegen die abweisende Verfügung verlangt werden kann (Art. 13 Abs. 2 GIG). Der Ablehnung einer Bewerbung um eine öffentlich-rechtliche Stelle oder (wie vorliegend) der Rückzug der Zusage einer Assistenzarztstelle wegen eingetretener Schwangerschaft kommt jedenfalls dann Verfügungscharakter zu, wenn sie eine Diskriminierung im Sinne des GIG darstellt (vorliegend Diskriminierung aufgrund des Geschlechts unter Berufung auf eine Schwangerschaft, Art. 3 Abs. 1 GIG). Die wegen der Diskriminierung verlangte Entschädigung gemäss Art. 5 Abs. 2 GIG ist somit nicht mit verwaltungsgerichtlicher Klage, sondern entweder mit einem Begehren direkt bei der Behörde, welche die Anstellung abgelehnt hat, oder aber mittels Beschwerde gegen die ablehnende Verfügung – und mit-hin im Rechtsmittelverfahren – geltend zu machen. Vorliegend Nicht-eintreten auf die Beschwerde wegen Fristversäumnis (E. 3.2).

Sachverhalt:

A. bewarb sich für eine Assistenzarztstelle im Luzerner Kantonsspital. Am 5. Februar 2013 teilte das Luzerner Kantonsspital A. mit, dass sie definitiv auf dem Stellenplan für eine Weiterbildungsstelle in der Klinik B. eingetragen worden sei. Am 10. Februar 2013 bestätigte A., ihre Tätigkeit am Luzerner Kantonsspital am 1. Januar 2014 aufzunehmen. Gleichzeitig zog sie ihr Interesse für die Forschungsstelle mit Start per Juli 2013 infolge ihrer Schwangerschaft zurück, hielt aber fest, dass sie per 1. Januar 2014 aus dem Mutterschaftsurlaub zurück sein werde. Am 10. Juni 2013 zog das Luzerner Kantonsspital seine Zusage für die Assistenzarztstelle zurück, worauf A. am 6. September 2013 Verwaltungsgerichtsbeschwerde einreichen und eine Entschädigung in der Höhe von Fr. 20 000.– wegen Diskriminierung durch Ablehnung einer Anstellung beantragen liess. Zudem sei ihr Schadenersatz in gerichtlich zu bestimmender Höhe zu leisten. Gleich-

zeitig liess sie ein Gesuch um Wiederherstellung der Beschwerdefrist einreichen.

Aus den Erwägungen:

1.

Die Beschwerdeführerin verlangt eine finanzielle Entschädigung von Fr. 20 000.– sowie Schadenersatz in einer vom Gericht zu bestimmenden Höhe. Sie begründet dies damit, dass der Rückzug einer Stellenzusage wegen Schwangerschaft eine direkte Benachteiligung aufgrund des Geschlechts im Sinn von Art. 3 Abs. 1 GIG darstelle. Gestützt auf diesen Erlass würden ihr eine Entschädigung sowie Schadenersatz zustehen.

2.

2.1 Das Gleichstellungsgesetz bezweckt die Förderung der tatsächlichen Gleichstellung von Frau und Mann (Art. 1 GIG). Der zweite Abschnitt des Gesetzes – er umfasst die Art. 2–7 GIG – trägt die Überschrift «Gleichstellung im Erwerbsleben» und gilt laut Art. 2 GIG für Arbeitsverhältnisse nach Obligationenrecht sowie für alle öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnisse in Bund, Kantonen und Gemeinden. Art. 3 GIG umschreibt das Diskriminierungsverbot und Art. 13 GIG regelt den Rechtsschutz bei öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnissen (vgl. BGE 133 II 257 übersetzt in Pra 2008 Nr. 13 E. 4.1; Urteil des Verwaltungsgerichts Luzern V 98 245 vom 13.3.2001 E. 2, auch zum Folgenden).

2.2 Gemäss Art. 5 Abs. 1 GIG kann, wer von einer Diskriminierung im Sinn der Artikel 3 und – hier nicht relevant – 4 betroffen ist, dem Gericht oder der Verwaltungsbehörde verschiedene Massnahmen (Verbieten oder Unterlassen einer drohenden Diskriminierung; Beseitigung einer bestehenden Diskriminierung; Feststellung einer Diskriminierung; Zahlung des geschuldeten Lohns) beantragen. Diese Rechtsansprüche sind der betroffenen Person aber verwehrt, wenn die Diskriminierung in der Ablehnung einer Anstellung oder in der Kündigung eines obligationenrechtlichen Arbeitsverhältnisses besteht. In diesen Fällen hat sie laut Art. 5 Abs. 2 Satz 1 GIG lediglich Anspruch auf eine Entschädigung. Art. 13 Abs. 2 Satz 1 GIG erklärt Art. 5 Abs. 2 GIG auch dann für anwendbar, wenn eine Person durch die Abweisung ihrer Bewerbung für die erstmalige Begründung eines öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnisses diskriminiert wird.

2.3 Der Rechtsschutz bei öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnissen richtet sich laut Art. 13 Abs. 1 GIG nach den allgemeinen Bestimmungen über die Bundesrechtspflege. Das bedeutet, dass auf Bundesebene das Bundespersonalgesetz (BPG) sowie das Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG) anwendbar sind; für den Rechtsschutz in Gemeinden und Kantonen gelten die dort gesetzlich vorgesehenen Verwaltungs- und Verwaltungsgerichtswege (ARIOLI, in: Komm. zum Gleichstellungsgesetz [Hrsg. Kaufmann/Steiger-Sackmann], 2. Aufl. 2009, Art. 13 GIG N 21 ff.). Festzuhalten ist im Weiteren, dass die in Art. 6 GIG vorgesehene

Beweislastleichterung nicht zur Anwendung kommt, wenn – wie hier der Fall – ein Entschädigungsanspruch infolge Ablehnung einer Anstellung streitig ist.

3.

3.1 Bei der Assistenzarztstelle am Luzerner Kantonsspital handelt es sich um ein öffentlich-rechtliches Anstellungsverhältnis. Ein Entschädigungsanspruch nach dem Gleichstellungsgesetz aufgrund einer Diskriminierung, welche im Rückzug der Stellenzusage wegen Schwangerschaft der Beschwerdeführerin vorliegen könnte, ist mithin im Kanton Luzern nicht bei einem – nur für Streitigkeiten aus obligationenrechtlichen Arbeitsverhältnissen zuständigen – Zivilgericht, sondern bei einer Verwaltungsbehörde respektive einer Instanz der Verwaltungsrechtspflege geltend zu machen (vgl. dazu ARIOLI, a.a.O., Art. 13 GIG N 25 ff.).

3.2 In einem Leitentscheid hat das damalige Verwaltungsgericht die Frage beantwortet, ob der Entschädigungsanspruch auf dem Beschwerde- oder dem Klageweg geltend zu machen ist. Es hat erwogen, dass sich die von der damaligen Beschwerdeführerin geltend gemachte Entschädigung grundsätzlich als vermögensrechtlicher Anspruch im Sinn von § 162 Abs. 1 lit. d des Verwaltungsrechtspflegegesetzes (VRG; SRL Nr. 40) qualifizieren liesse, womit die verlangte Entschädigung mittels der verwaltungsgerichtlichen Klage geltend zu machen wäre. Mit Verweis auf die derogatorische Kraft des Bundesrechts hielt es jedoch Folgendes fest: Gemäss Art. 13 Abs. 2 Satz 2 GIG kann die Entschädigung bei diskriminierender Ablehnung einer Bewerbung für eine öffentlich-rechtliche Anstellung direkt mit Beschwerde gegen die abweisende Verfügung verlangt werden. Daraus ergibt sich zum einen, dass der Ablehnung einer Bewerbung um eine öffentlich-rechtliche Stelle oder – wie hier – der Rückzug einer Stellenzusage jedenfalls dann Verfügungscharakter zukommt, wenn sie eine Diskriminierung im Sinn des eidgenössischen Gleichstellungsgesetzes darstellt (vgl. auch ARIOLI/FURRER ISELI, Die Anwendung des Gleichstellungsgesetzes auf öffentlich-rechtliche Anstellungsverhältnisse, Basel 1999, S. 62 f.). Zum anderen muss aus dem Wortlaut der genannten Bestimmung abgeleitet werden, dass der Bundesgesetzgeber für eine solche Entschädigung – anders als bei einer Entschädigung wegen diskriminierender Ablehnung eines obligationenrechtlichen Arbeitsverhältnisses (vgl. Art. 8 Abs. 2 GIG) – nicht das Klageverfahren im Sinn der ursprünglichen Gerichtsbarkeit vorsieht. Zwar spricht das Gesetz davon, dass die Entschädigung mit Beschwerde geltend gemacht werden kann. Dies lässt sich aber schon aus Gründen der Rechtssicherheit nicht so auslegen, dass der betroffenen Person alternativ der Beschwerde- oder der Klageweg offensteht. Vielmehr ist der zitierte Gesetzeswortlaut so zu verstehen, dass die betroffene Person die Entschädigung zuerst bei der Behörde, welche die Bewerbung abgelehnt hat, verlangen (vgl. Botschaft zum Gleichstellungsgesetz, BBl 1993 I 1313, wonach jede Person, die ein schutzwürdiges Interesse nachweist, eine Verfügung verlangen kann, die sich über ihre An-

sprüche nach Art. 4 [respektive Art. 5 in der endgültigen Fassung des Gleichstellungsgesetzes] ausspricht) oder aber gleich mittels Beschwerde gegen die ablehnende Verfügung, und mithin im Rechtsmittelverfahren, geltend machen kann. Aufgrund des Gesagten bleibt grundsätzlich kein Raum, den Anspruch auf Entschädigung nach Art. 5 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 13 Abs. 2 GIG mittels verwaltungsgerichtlicher Klage nach luzernischem Recht geltend zu machen. Daran ändert nichts, dass die bundesgesetzliche Regelung insofern nicht ganz durchdacht erscheinen mag, als damit Elemente einerseits der ursprünglichen Gerichtsbarkeit – nämlich die Möglichkeit, die Entschädigung mit dem vorgesehenen Rechtsbehelf erstmalig geltend zu machen – und andererseits des Rechtsmittelverfahrens – Verbindung der Entschädigungsforderung mit der Beschwerde gegen die als Verfügung und damit als Anfechtungsobjekt qualifizierte Ablehnung der Anstellung – vermischt werden. Nach dem Gesagten ist die Entschädigung nach Art. 13 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 5 Abs. 2 GIG nicht mit Klage, sondern entweder mit einem Begehren direkt bei der Behörde, welche die Anstellung abgelehnt hat, oder aber mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Kantonsgericht geltend zu machen (vgl. dazu im Detail: LGVE 2001 II Nr. 2 E. 3c und 3d). Die Zuständigkeit des Kantonsgerichts für die Beurteilung des Entschädigungsanspruchs ist damit erstellt.

4.

4.1 Darüber hinaus verlangt die Beschwerdeführerin Schadenersatz in vom Gericht zu bestimmender Höhe. Die Vorinstanz bestreitet die Zuständigkeit des Kantonsgerichts und macht geltend, die Beschwerdeführerin sei diesbezüglich auf den zivilrechtlichen Klageweg zu verweisen, da der Schadenersatzanspruch auf dem kantonalen Haftungsgesetz (HG; SRL Nr. 23) basiere. Gemäss § 7 HG gelten für die Zuständigkeit und das Verfahren die Vorschriften der Zivilprozessordnung.

4.2 Das Bundesgericht hat in einem Leitentscheid festgehalten, dass die von Diskriminierung betroffene Person ihre spezifischen Rechtsansprüche nach Art. 5 Abs. 1–4 GIG und, zusätzlich, die in Art. 5 Abs. 5 GIG vorbehaltenen Ansprüche auf Schadenersatz und Genugtuung geltend machen kann. Der Vorbehalt dieser zusätzlichen Ansprüche unterwerfe diese nicht einem anderen Verfahren. Sie haben dieselbe Grundlage wie die in Abs. 1–4 genannten Ansprüche, so dass das Opfer einer Diskriminierung alle daraus folgenden Rechtsansprüche im Verfahren gegen die diskriminierende Entscheidung vorbringen dürfe. Diese Lösung entspreche dem Sinn des Gesetzes und dränge sich auch aus prozessökonomischen Gründen auf. Die Verfolgung der Schadenersatzansprüche in ein Verfahren vor einer anderen Behörde zu verweisen, verstiesse gegen Art. 5 GIG (BGE 133 II 257, übersetzt in Pra 2008 Nr. 13 E. 5). Entgegen der Ansicht der Vorinstanz ist damit das Kantonsgericht auch für die Beurteilung des Schadenersatzes gestützt auf Art. 5 Abs. 5 GIG zuständig.

5.

5.1 Gemäss § 107 Abs. 1 in Verbindung mit § 6 Abs. 1 lit. e VRG prüft die Gerichtsbehörde von Amts wegen, ob die Voraussetzungen für einen Sachentscheid erfüllt sind. Fehlt eine der (formellen) Sachurteilsvoraussetzungen, tritt die Behörde auf die Sache der betroffenen Partei nicht ein (§ 107 Abs. 3 VRG). Ein Sachentscheid setzt u.a. voraus, dass die Rechtsvorkehr frist- und formgerecht erfolgte (§ 107 Abs. 2 lit. e VRG). Die dem Verfahren zugrundeliegende Verfügung – der Rückzug der Stelvenzusage des Luzerner Kantonsspitals vom 10. Juni 2013 – traf bei der Beschwerdeführerin am 11. Juni 2013 ein, womit die Rechtsmittelfrist am Folgetag zu laufen begonnen hat. Die 30-tägige Rechtsmittelfrist ist damit am 11. Juli 2013 verstrichen. Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wurde der Post am 6. September 2013 und damit zu spät übergeben. Entsprechend liess die Beschwerdeführerin gleichzeitig mit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde ein Gesuch um Wiederherstellung der Beschwerdefrist einreichen.

5.2 Gemäss § 36 Abs. 1 VRG können versäumte Fristen wiederhergestellt werden, wenn die Partei oder ihr Vertreter unverschuldet abgehalten worden ist, rechtzeitig zu handeln (lit. a) und innert zehn Tagen seit Wegfall des Hindernisses ein begründetes Gesuch einreicht und gleichzeitig das Versäumnis nachholt (lit. b). Ein unverschuldetes Hindernis liegt nur vor, wenn es der Partei oder ihrem Vertreter infolge eines von ihrem Willen unabhängigen Umstands objektiv unmöglich war, die Frist zu wahren. Dabei sind lediglich solche Hindernisse als erheblich zu betrachten, die nur kraft übermässiger oder unzumutbarer Anstrengung hätten überwunden werden können. Ein unverschuldetes Hindernis liegt in aller Regel deshalb nur bei objektiver Unmöglichkeit, die Frist zu wahren, vor; so allenfalls wegen Militärdienstes, plötzlicher schwerer Erkrankung, Inhaftierung, Naturkatastrophen u.a. (vgl. dazu Urteil V 11 178 vom 7.2.2012 E. 2a mit Hinweisen; AMSTUTZ/ARNOLD, Basler Komm. zum Bundesgerichtsgesetz, Basel 2011, Art. 50 BGG N 5 und 16). Die Rechtsmittelfristen haben zum Zweck, den geordneten Gang der Rechtspflege sicherzustellen, weshalb auch gemäss der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichts bei der Prüfung des Verschuldens ein strenger Massstab anzusetzen ist (vgl. BGE 112 V 255 E. 2a; AMSTUTZ/ARNOLD, a.a.O., Art. 50 BGG N 7). Es muss der Gesuchstellerin objektiv und subjektiv nicht zumutbar gewesen sein, entweder selbst tätig zu werden oder die Interessenwahrung an einen Dritten zu übertragen (BGE 119 II 87 E. 2a). War die gesuchstellende Person respektive ihre Vertretung wegen eines von ihrem Willen unabhängigen Umstands verhindert, zeitgerecht zu handeln, liegt objektive Unmöglichkeit vor. Subjektive Unmöglichkeit wird angenommen, wenn zwar die Vornahme einer Handlung objektiv betrachtet möglich gewesen wäre, die betroffene Person aber durch besondere Umstände, die sie nicht zu verantworten hat, am Handeln gehindert worden ist. Die Wiederherstellung ist nach der bundesgerichtlichen Praxis nur bei klarer Schuldlosigkeit zu ge-

währen (BGer-Urteil 1C_294/2010 vom 28.10.2010 E. 3 mit Hinweisen; vgl. zum Ganzen auch Urteil des Verwaltungsgerichts Luzern V 12 61 vom 14.6.2012, bestätigt mit BGer-Urteil 1C_396/2012 vom 18.2.2013).

5.3 Die Beschwerdeführerin macht geltend, sie habe am 25. Juni 2013 aufgrund vorzeitiger Wehen notfallmässig für zwei Wochen hospitalisiert werden müssen. Die darauf folgende Zeit bis zur Geburt habe sie liegend verbringen müssen. Zur Vermeidung einer Frühgeburt sei zudem jegliche psychische Belastung zu verhindern gewesen. Aus diesem Grund habe die Verwaltungsgerichtsbeschwerde bis zum Zeitpunkt der Geburt am 13. August 2013 nicht erarbeitet werden können. Die Zeit nach dem Spitalaustritt am 19. August 2013 sei sodann von medizinischen Folgeproblemen und einem Wohnungswechsel geprägt gewesen. Sie sei damit vom rechtzeitigen Handeln abgehalten worden. Die Hindernisse seien frühestens am 5. September 2013 weggefallen. Mit dem am 6. September 2013 eingereichten Wiederherstellungsgesuch sei die zehntägige Frist gemäss § 36 Abs. 1 lit. b VRG eingehalten worden.

5.4.

5.4.1 Im Interesse der Rechtssicherheit darf ein Hinderungsgrund nicht leichthin angenommen werden. Es ist im Folgenden zu prüfen, wie es sich mit der Erheblichkeit der von der Beschwerdeführerin vorgebrachten Gründe verhält. Aus dem (von der Beschwerdeführerin anonymisierten) Arztzeugnis vom 8. Juli 2013 geht hervor, dass sie vom 25. Juni 2013 bis 8. Juli 2013 wegen vorzeitigen Wehen hospitalisiert war. Das vom 24. September 2013 datierende zweite Arztzeugnis bestätigt, dass sie die verbleibenden Wochen nach dem Spitalaufenthalt bis zur Geburt «liegend und möglichst stressfrei» verbringen musste. Wie bereits erwähnt, traf der Rückzug der Stellenzusage am 11. Juni 2013 bei der Beschwerdeführerin ein. Das Gericht verkennt nicht, dass sich die Beschwerdeführerin in einer schwierigen Situation befand und ihre Aufmerksamkeit in erster Linie dem ungeborenen Kind galt. Selbst wenn sie nicht in der Lage gewesen wäre, eine Eingabe an das Gericht zu verfassen – was offen gelassen werden kann –, hätte sie doch einen Rechtsanwalt mit dem Verfassen der Verwaltungsgerichtsbeschwerde betrauen können. Dies wäre selbst unter Berücksichtigung dessen möglich gewesen, dass sie gemäss dem aufgelegten Arztzeugnis jegliche Aufregung auf ein Minimum reduzieren musste. Daran ändert auch nichts, dass die Hospitalisation in die letzte Zeit der Rechtsmittelfrist gefallen ist. Selbst wenn die Beschwerdeführerin liegen und jeden Stress vermeiden musste, hätte es ihr möglich und zumutbar sein müssen, zumindest ihren letztlich auch als Rechtsvertreter eingesetzten Ehemann bezüglich der Sachumstände für ihre ins Auge gefasste Beschwerde bzw. für das Abwägen für oder gegen eine Beschwerdeerhebung zu instruieren. Abgesehen davon ist anzunehmen, dass ihrem Ehemann diese Umstände mindestens in den Grundzügen schon bekannt gewesen sein dürften, was die Sache ohnehin erleichtert haben dürfte. Dass es ihrem

Ehemann in dieser Zeit objektiv unmöglich gewesen wäre, die Frist zu wahren, ist – wie nachfolgend dargelegt wird (E. 5.4.2.) – nicht erstellt.

5.4.2 Der Ehemann der Beschwerdeführerin ist zudem selbst Rechtsanwalt und an der Universität B. wissenschaftlich tätig, womit dessen Beauftragung aus Sicht der Beschwerdeführerin nahe liegt. Er hat die vorliegende Beschwerde schliesslich als Vertreter seiner Ehefrau beim Kantonsgericht eingereicht. Dass auch ihm eine rechtzeitige Beschwerdeeinreichung nicht möglich gewesen sein soll, begründet er mit dem Umstand, dass er sich nebst seiner Ehefrau während ihren medizinischen Folgeproblemen nach der Geburt auch um das neugeborene Kind gekümmert habe. Zudem hätten sie in dieser Zeit auch noch einen Wohnungswechsel zu bewältigen gehabt.

Ob er deshalb an der Beschwerdeeinreichung verhindert war, ist für die Frage der Fristwiederherstellung nicht entscheidend. Denn das Kind ist erst am 13. August 2013 und damit nach Ablauf der Beschwerdefrist zur Welt gekommen. Hingegen wäre es ihm während der vorgeburtlichen Hospitalisation seiner Ehefrau oder schon vorher (Zugang Rückzug Stelvenzusage: 11.6.13, Hospitalisation: 25.6.13) subjektiv und objektiv möglich gewesen, die Verwaltungsgerichtsbeschwerde innert regulärer Frist beim Kantonsgericht einzureichen. Zwar wird nicht in Abrede gestellt, dass sich ein Spitalaufenthalt eines Ehepartners belastend auf den anderen Ehegatten auswirkt. Jedoch macht er nicht geltend, sich während dieser Zeit ausschliesslich um seine Frau gekümmert zu haben und auch seiner Arbeit nicht nachgegangen zu sein (vgl. auch Urteil des Verwaltungsgerichts Luzern V 12 61 vom 14.6.2012, bestätigt mit BGer-Urteil 1C_396/2012 vom 18.2.2013). War er aber in der Lage, seine Arbeit als Jurist zu erfüllen, muss dies auch für das Verfassen der Verwaltungsgerichtsbeschwerde gelten. Selbst wenn dies nicht der Fall gewesen sein sollte, wäre es ihm letztlich als Kenner der Branche ein Leichtes gewesen, einen anderen Rechtsanwalt mit der Sache zu betrauen. Denn die Folgen einer verspäteten Beschwerdeeinreichung mussten ihm bekannt sein. Inwiefern eine solche Mandatierung nicht zur rechtzeitigen Beschwerdeeinreichung geführt hätte, ist nicht nachvollziehbar. Der Ehemann der Beschwerdeführerin hätte den Rechtsvertreter ohne unzumutbare oder übermässige Anstrengung über den Sachverhalt in Kenntnis setzen und damit die Rechtzeitigkeit der Beschwerdeeinreichung sicherstellen können.

5.5 Nach dem Gesagten werden keine Hinderungsgründe in der erforderlichen Schwere vorgebracht, die eine Wiederherstellung der Rechtsmittelfrist gestützt auf § 36 Abs. 1 VRG rechtfertigen würden. Das Gesuch um Wiederherstellung der Beschwerdefrist ist folglich mangels eines unverschuldeten Hindernisses abzulehnen, weshalb auf die zu spät eingereichte Beschwerde vom 6. September 2013 nicht einzutreten ist.

Nebenbeschäftigung; Arbeitspensum von über 120%; Vertrauensbruch. Gemäss § 47 Abs. 1 lit. d der Verordnung zum Luzerner Personalgesetz (PVO-LU) sind Nebenbeschäftigungen untersagt, die zusammen mit der Anstellung beim Gemeinwesen ein Ausmass erreichen, das ein Vollamt wesentlich überschreitet. Vorliegend bewältigte der Arbeitnehmer ohne Wissen der Arbeitgeberin in den letzten fünf Jahren zusätzlich zu seiner 100%-Anstellung ein Pensum von mindestens 40% und erzielte dabei jeweils einen zusätzlichen Jahreslohn von mindestens Fr. 65 000.–. Insgesamt ergab sich damit ein Arbeitspensum von über 120%, was die Dienststelle Personal als nicht mehr zulässig erachtete. Aufgrund der unwiederbringlichen Zerrüttung des Vertrauensverhältnisses wurde ohne vorherige schriftliche Mahnung die Kündigung mit sofortiger Freistellung des Arbeitnehmers verfügt (E. 5, 7.3, 8.1).

Aus den Erwägungen:

5.

Gemäss § 53 des Gesetzes über das öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnis (PG; SRL Nr. 51) sind Nebenbeschäftigungen, welche die Erfüllung der Dienstpflichten beeinträchtigen können, untersagt. Die zuständige Behörde kann aus wichtigen Gründen Ausnahmen bewilligen (Abs. 1). Der Regierungsrat regelt das Nähere (Abs. 2). In der Personalverordnung bezeichnet der Regierungsrat die untersagten Nebenbeschäftigungen in nicht abschliessender Form. Dazu gehören nach § 47 Abs. 1 lit. d der Verordnung zum Personalgesetz (PVO; SRL Nr. 52) unter anderem diejenigen Tätigkeiten, die zusammen mit der Anstellung beim Gemeinwesen ein Ausmass erreichen, das ein Vollamt wesentlich überschreitet. Die Nebenbeschäftigung ist eine Tätigkeit, die nicht in der Stellenbeschreibung enthalten ist bzw. grundsätzlich nicht zum Pflichtenheft einer Mitarbeiterin oder eines Mitarbeiters gehört. Die Nebenbeschäftigung kann besoldet oder unbesoldet, sie kann politischer, wirtschaftlicher oder ideeller Natur sein. Wenn eine Nebenbeschäftigung weder Arbeitszeit beansprucht noch anderweitig die Erfüllung der Dienstpflichten beeinträchtigt, darf die zuständige Behörde diese weder verbieten noch einer Bewilligungspflicht unterstellen. Allerdings wird eine Nebenbeschäftigung, die zusammen mit der Anstellung beim Gemeinwesen ein Pensum von mehr als 120% eines Vollzeitpensums ergibt – von einer hier nicht relevanten Ausnahme abgesehen –, als unzulässig bezeichnet (vgl. Dienststelle Personal des Kantons Luzern, Personalhandbuch, Kapitel 9).

(...)

7.

Weiter bringt der Beschwerdeführer vor, die Vorinstanz habe entgegen den Vorschriften von § 18 PG keine Mahnung ausgesprochen. Es fehle damit an einer formellen Voraussetzung zur Aussprache der Kündigung, was sie rechtswidrig werden lasse. Die Vorinstanz beruft sich auf das zerstörte Vertrauensverhältnis. Der Beschwerdeführer habe sie über Jahre wissentlich hintergangen, indem er in einem Pensum für einen anderen Arbeitgeber tätig gewesen sei, das im Rahmen der Bewilligung einer Nebenbeschäftigung niemals gebilligt worden wäre. Der Vertrauensbruch sei unüberbrückbar. Dies insbesondere deshalb, weil der Beschwerdeführer als Kadermitglied mit Führungsverantwortung der Anstalt A. gehandelt habe. Auch nachdem er am 10. Juli 2013 zur Rede gestellt worden sei, habe er weiter beteuert, sein Engagement für die Institution B. beschränke sich auf wenige Sitzungen pro Jahr. Unter diesen Umständen habe sie auf die Mahnung verzichten dürfen.

7.1 Stützt die Arbeitgeberin ihre Kündigung auf § 18 lit. b PG, hat sie den Arbeitnehmer nach konstanter Rechtsprechung des Gerichts vorgängig schriftlich zu mahnen (vgl. LGVE 2004 II Nr. 4 E. 3 mit weiteren Ausführungen, auch zum Folgenden). Zwar sind Durchbrechungen dieses Grundsatzes nicht ausgeschlossen, sie müssen aber auf Einzelfälle beschränkt sein. Ein – rechtmässiger – Verzicht auf eine schriftliche Mahnung kann dann gerechtfertigt sein, wenn bereits ein einmaliges Vorkommnis zur unwiederbringlichen Zerrüttung des Vertrauensverhältnisses geführt hat. Dies trifft insbesondere dort zu, wo ein wichtiger Grund im Sinn des § 19 PG vorliegt, sich also die fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses erwägen liesse. Wenn in solchen Fällen der Arbeitgeber dennoch den Weg der ordentlichen Kündigung beschreitet, soll er nicht zur vorgängigen schriftlichen Mahnung gehalten sein. Im gleichen Zug wird hier indes im Regelfall die sofortige Freistellung des Arbeitnehmers zu erfolgen haben, da bei unveränderter Weiterbeschäftigung im bisherigen Rahmen die nachträgliche Berufung auf Unzumutbarkeit (vgl. § 19 Abs. 2 PG) nicht ohne weiteres gehört werden dürfte.

7.2 Der Beschwerdeführer hat im Jahr 2000 weitreichende Aufgaben innerhalb der Institution B. übernommen und diese seither weitergeführt und ausgebaut. Erst auf konkrete Nachfrage des damaligen Anstaltsdirektors C. im Januar 2011 informierte er seine Arbeitgeberin über sein ausserbetriebliches Engagement. Er umriss seinen jährlichen Aufwand mit insgesamt 40 bis 50 Stunden. Auch anlässlich des mit dem ehemaligen Direktor geführten Gesprächs präzierte der Beschwerdeführer seinen Aufwand nicht. In der Folge befürwortete C. die Gutheissung des Gesuchs um Erlaubnis der Nebenbeschäftigung gegenüber der Dienststellenleiterin, handle es sich beim Einsatz des Beschwerdeführers «wohl eher um eine ehrenamtliche Tätigkeit». Die Rückfrage beim Präsidenten des Instituts B. ergab jedoch, dass der Arbeitseinsatz des Beschwerdeführers in den Jahren 2008 bis 2013 zwischen 40% und 50% schwankte und Lohnrelevanz aufwies.

(...). Erst nachdem der Präsident Auskunft über den Arbeitsumfang des Beschwerdeführers gegeben hatte, rückte Letzterer von seiner bis anhin vertretenen Meinung ab, es handle sich um eine untergeordnete Beschäftigung. Er anbot, sein Engagement in der Institution B. zurückzunehmen oder sein Pensum bei der Vorinstanz zu reduzieren. Dazu zeigte sich die Vorinstanz nicht bereit und stellte dem Beschwerdeführer die Kündigung in Aussicht, ohne ihn vorab zu mahnen.

7.3 Wie aufgezeigt, darf nur in Ausnahmefällen vom Erfordernis der schriftlichen Mahnung abgesehen werden. Der Beschwerdeführer bestreitet denn auch, dass hier ein solcher Ausnahmefall vorliegen soll. Das Gesetz regelt die Nebenbeschäftigung in § 53 PG und verweist in Bezug auf die detaillierten Ausführungen auf die Verordnung. Letztere hält in § 47 lit. d PVO fest, dass insbesondere Nebenbeschäftigungen untersagt sind, die zusammen mit der Anstellung beim Gemeinwesen ein Ausmass erreichen, das ein Vollamt wesentlich überschreitet. Der Beschwerdeführer war in einem 100%-Pensum bei der Vorinstanz tätig und übte zugleich eine weitere Tätigkeit aus, deren Aufwand mit 40–50 Stellenprozent umschrieben wird. Insgesamt ergibt sich damit ein Arbeitspensum von über 120%, was die Dienststelle Personal als nicht mehr zulässig erachtet (vgl. vorstehende E. 5). Gemäss deren Ansicht wäre eine Tätigkeit in einem solchen Ausmass nur dann erlaubt, wenn es sich dabei um ein «Amt» handelt (vgl. Dienststelle Personal, Personalhandbuch, Kapitel 9.3 i.V.m. 9.8). Der Beschwerdeführer macht in seiner Replik geltend, er sei in seine Funktion «gewählt» worden, also übe er ein «Amt» aus, womit seine Nebenbeschäftigung zulässig sei. Ob die Auffassung des Beschwerdeführers zutrifft, kann hier mit Verweis auf die nachfolgenden Ausführungen offen bleiben, da die prozentuale Höhe der Nebenbeschäftigung im vorliegenden Fall nicht das entscheidende Kriterium ist. Das Gericht forderte beim Beschwerdeführer Bescheinigungen über den Grad (Std./Monat) und die Art der Beschäftigung seiner Nebentätigkeit in den Jahren 2008 bis August 2013 sowie über die erhaltenen Entschädigungen in den Jahren 2008 bis August 2013 mittels Lohnausweisen ein. Dabei bestätigte der Präsident der Institution B., dass zwischen der Institution und dem Beschwerdeführer in den Jahren 2008 bis 2013 ein Arbeitsverhältnis bestand und dass dieses je nach Arbeitsanfall zwischen 40% und 50% betrug. Aus den eingereichten Lohnausweisen geht hervor, dass der Beschwerdeführer in diesen Jahren Bruttolöhne in der Höhe von Fr. 65 455.– (2008), Fr. 72 020.– (2009), Fr. 86 485.– (2010), Fr. 79 200.– (2011) und Fr. 80 990.– (2012) bezogen hatte. Für die Monate Januar bis August 2013 wies er einen monatlichen Bruttolohn von Fr. 6360.– auf. Der Beschwerdeführer hatte seine Arbeitgeberin nicht aus eigenem Antrieb über seine Nebentätigkeit bzw. deren beträchtlichen Umfang in Kenntnis gesetzt. Selbst auf entsprechende Anfrage des Anstaltsdirektors im Januar 2011 behauptete er, es handle sich um eine wenig zeitintensive und mehrheitlich ehrenamtliche Tätigkeit. Das Gleiche brachte er am Gespräch vom 10. Juli 2013 und in seinem Schrei-

ben vom 7. August 2013 an die Vorsteherin der Dienststelle vor. Dies trifft keineswegs zu. Der Beschwerdeführer bewältigte in den letzten fünf Jahren zusätzlich zu seiner 100%-Anstellung bei der Vorinstanz ein Pensum von mindestens 40% und erzielte dabei jeweils einen zusätzlichen Jahreslohn von mindestens Fr. 65 000.– (brutto). Dieses Verhalten des Beschwerdeführers ist mit Blick auf die ihm in dieser Hinsicht obliegenden Offenlegungs- und Treuepflicht gegenüber seiner Arbeitgeberin nicht tolerierbar. Wenn die Vorinstanz unter diesen Umständen von einem nicht mehr heilbaren Vertrauensbruch ausgeht, ist dies nicht zu beanstanden. Das Verhalten des Beschwerdeführers wiegt insbesondere auch mit Blick auf seine Führungsfunktion in einem sensiblen Anstaltsbetrieb schwer, so dass in diesem Fall das Vorliegen eines erheblichen Vertrauensverlusts bejaht werden kann und damit ausnahmsweise auf das Aussprechen einer Mahnung verzichtet werden durfte (LGVE 2004 II Nr. 4 E. 2c und 3c). Dass der Vertrauensverlust seiner Vorgesetzten tatsächlich die entsprechende Schwere erreichte, zeigt sich auch daran, dass der Beschwerdeführer bis zum Ende seiner Anstellung von seiner Arbeit freigestellt wurde.

8.

Weiter macht der Beschwerdeführer geltend, ein sachlicher Grund für die Auflösung des Arbeitsverhältnisses liege nicht vor. Ein Vertrauensbruch könne nicht ausgemacht werden, da die Vorinstanz von seinem ausserbetrieblichen Engagement gewusst habe. Ein Interessenkonflikt zwischen seiner Anstellung bei der Vorinstanz und dem Engagement bei der Institution B. bestehe nicht. Sodann genüge der Entscheid auch dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz nicht. Er habe der Vorinstanz wiederholt angeboten, eine einvernehmliche Lösung zu finden (Reduktion der neben- oder der hauptberuflichen Tätigkeit). Damit hätte die von der Vorinstanz «behauptete unbewilligte Nebenbeschäftigungsfrage» gelöst werden können. Auch hinsichtlich des sehr lang dauernden Arbeitsverhältnisses zwischen den Beteiligten sowie seines Alters müsse die Kündigung als unverhältnismässig eingestuft werden.

8.1 Der Beschwerdeführer hat über Jahre hinweg nebst seinem 100%-Pensum bei der Vorinstanz eine ausserberufliche Tätigkeit ausgeübt, die aufgrund ihres Umfangs von mindestens 40% untersagt gewesen und daher auch zum aktuellen Zeitpunkt entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers nicht bewilligungsfähig wäre (vgl. dazu vorstehende E. 5). Er hat die Vorinstanz im Glauben gelassen, es handle sich um eine untergeordnete Tätigkeit, die darüber hinaus hauptsächlich ehrenamtlichen Charakter aufweise. Weder das eine noch das andere hat sich in der Folge als zutreffend erwiesen. Dass die Sitzungen mehrheitlich am Abend und den Wochenenden stattgefunden hätten, wie der Beschwerdeführer vorbringt, ergibt sich allein schon daraus, dass er zu 100% bei der Vorinstanz angestellt war und unter der Woche keine Besprechungen für die Institution B. abhalten konnte. Insbesondere ändert dieses Vorbringen nichts daran, dass er seine Arbeitgeberin nicht wahrheitsgetreu über die Intensität seiner Nebenbeschäftigung

tigung und den dabei erzielten Verdienst orientierte, sondern seine Vorgesetzten über Jahre hinweg absichtlich täuschte. Selbst als ihm vorgehalten wurde, seine Nebenbeschäftigung sei um einiges höher als angegeben, hielt er an seiner Version fest. Der Beschwerdeführer hat sich mit der Ausübung einer offensichtlich nicht bewilligungsfähigen Nebenbeschäftigung bzw. insbesondere mit seinem wahrheitswidrigen Verhalten eine Verletzung seiner Dienstpflichten vorwerfen zu lassen, die einen sachlichen Kündigungsgrund im Sinn von § 18 lit. b PG darstellt. Inwiefern dieser Kündigungsgrund allein auf der «subjektiven Wahrnehmung» des gegenwärtigen Anstaltsdirektors beruhen soll, ist nicht ersichtlich und wird vom Beschwerdeführer auch nicht hinreichend geltend gemacht. Ebenfalls nicht von Belang ist die Tatsache, dass sein Vorgesetzter das Angebot des Beschwerdeführers, sich vor Ort einen Eindruck über dessen Tätigkeit bei der Institution B. ein Bild zu machen, nicht nutzte. Denn der Beschwerdeführer wäre auch so verpflichtet gewesen, seine Arbeitgeberin über seine weitere Tätigkeit aufzuklären. Aufgrund der geschilderten Umstände ist nachvollziehbar, aus welchen Gründen die Vorinstanz einen Vertrauensbruch als gegeben ansieht. Diese erreichen eine Schwere, die sogar das Annehmen eines wichtigen Grunds und damit einer fristlosen Kündigung gerechtfertigt erscheinen liessen, was mit der von der Vorinstanz verfügten gleichzeitigen Freistellung des Beschwerdeführers untermauert wurde. Nicht entscheidend ist im vorliegenden Zusammenhang die Arbeitsleistung des Beschwerdeführers. Die Vorinstanz begründete die Kündigung ausschliesslich mit der Verletzung von gesetzlichen Pflichten und gerade nicht mit Mängeln in der Arbeitsleistung. Auf die diesbezüglichen Vorbringen – stets zuverlässige Verrichtung seiner Arbeit, Leisten von Pikettdienst – ist entsprechend nicht einzugehen.

8.2 Unter diesen Umständen entfällt die Prüfung der Verhältnismässigkeit der Kündigung.

(...)

9.

Zusammenfassend ergibt sich, dass die von der Vorinstanz gegenüber dem Beschwerdeführer ausgesprochene Kündigung rechtmässig ergangen ist. Entsprechend ist die Verwaltungsgerichtsbeschwerde abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann.

Kantonsgericht Luzern, Urteil vom 25. September 2014

Nachvertragliches Konkurrenzverbot, Art. 340 OR. Ein gültig vereinbartes Konkurrenzverbot fällt dahin, wenn die Arbeitgeberin dem Arbeitnehmer kündigt, ohne dass dieser dazu einen begründeten Anlass gab (Art. 340c Abs. 2 OR). Kündigt die Arbeitgeberin dem Arbeitnehmer aus einem begründeten Anlass und stellt diesen ab sofort

frei, bietet ihm aber kurz darauf wiederum eine mindestens gleichwertige Anstellung an – die der Arbeitnehmer allerdings nicht annimmt –, rechtfertigt sich ein Dahinfallen des nachvertraglichen Konkurrenzverbots, da die Arbeitgeberin trotz eines unkorrekten Verhaltens des Arbeitnehmers bereit war, ein anderes, mindestens gleichwertiges Arbeitsverhältnis anzubieten (E. 4.7.5).

Sachverhalt:

Die Arbeitgeberin (Beklagte) kündigte das Arbeitsverhältnis mit dem Arbeitnehmer (Kläger) und stellte diesen ab sofort frei. Kurz darauf hat sie dem Kläger wiederum eine Anstellung angeboten, welche dieser nicht annahm. Die Beklagte forderte vom Kläger (widerklageweise) den Betrag von Fr. 30 000.– wegen Verletzung des vereinbarten Konkurrenzverbots.

Aus den Erwägungen:

4.7.

4.7.1 Der Kläger vertritt die Ansicht, das Konkurrenzverbot sei aufgrund der gegen ihn grundlos resp. ohne begründeten Anlass ausgesprochenen Kündigung dahingefallen.

4.7.2 Ein gültig vereinbartes Konkurrenzverbot fällt dahin, wenn die Arbeitgeberin dem Arbeitnehmer kündigt, ohne dass dieser dazu einen begründeten Anlass gegeben hat (Art. 340c Abs. 2 OR). Dabei ist der begründete Anlass nicht mit dem wichtigen Grund für eine fristlose Entlassung zu verwechseln (vgl. BGE 92 II 31 E. 3). Als begründeter Anlass im Sinn von Art. 340c Abs. 2 OR fallen nur Gründe in Betracht, die jeweils von der Gegenpartei gesetzt bzw. zu verantworten sind. Als begründeter Anlass im Sinn von Art. 340c Abs. 2 OR ist jedes der anderen Partei zuzurechnende Ereignis anzusehen, das bei einer vernünftigen kaufmännischen Erwägung einen erheblichen Anlass zur Kündigung geben kann. Es ist nicht notwendig, dass es sich um eine eigentliche Vertragsverletzung handelt. Gleichgültig ist, ob es sich um eine ordentliche oder eine fristlose Kündigung handelt (BGE 130 III 353 E. 2.2 mit Hinweisen). Bejaht hat das Bundesgericht den begründeten Anlass kürzlich, als ein Business Development Director in Verletzung seiner Treuepflicht eine konkurrenzierende Tätigkeit plante (BGer-Urteil 4A_33/2011 vom 21.3.2011 E. 4.2). Bei der Frage, ob ein begründeter Anlass vorliegt oder nicht, zieht der Richter alle wesentlichen Umstände in Betracht, so Dauer und bisheriger Verlauf des Arbeitsverhältnisses, Stellung und Charakter des Arbeitnehmers (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7. Aufl. 2012, Art. 340c OR N 3). Wichtig ist, dass zwischen dem begründeten Anlass und der Kündigung ein Kausalzusammenhang gegeben ist, der vom Arbeitgeber zu beweisen ist. Bei nahem zeitlichem Zusammenhang ist die Kausalität sehr rasch anzunehmen, wäh-

rend sich der Arbeitgeber Beweisprobleme schafft, wenn er mit seiner Reaktion zuwartet. Betrachtet der Arbeitgeber einen Vorfall zunächst nicht als begründeten Anlass, kann er sich später nicht mehr darauf berufen. Mit Fragen des Kausalzusammenhangs verwandt ist der Verzicht des Arbeitgebers, trotz begründetem Anlass die Kündigung auszusprechen. Dieser kann auch stillschweigend erfolgen, wobei dies nicht leichtthin anzunehmen ist. Es kann auf den einmal ausgesprochenen Verzicht nicht zurückgekommen werden (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 340c OR N 3). Wie die Vorinstanz bereits zutreffend festgehalten hat, fällt auf, dass es nur wenige publizierte Entscheide gibt, bei denen – wie vorliegend – der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis aufgelöst hat und dabei trotzdem den Weiterbestand des Konkurrenzverbots geltend macht (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 340c OR N 4 mit Hinweisen).

4.7.3 Eine Besonderheit des vorliegenden Falls liegt darin, dass die Beklagte dem Kläger unbestritten im Nachgang zur Kündigung wiederum einen Arbeitsvertrag als Filialleiter angeboten hat. Es stellt sich daher die entscheidende Frage, wie dieses Angebot im Zusammenhang mit der ausgesprochenen Kündigung zu würdigen ist.

4.7.4 Die Beklagte hat dem Kläger wegen seines Verhaltens im Zusammenhang mit den Herren A. und B. eine massive Pflicht- und Treueverletzung (u.a. Aufbau einer Konkurrenzfirma mit Abwerben der Mitarbeiter der Beklagten) vorgeworfen und damit die Kündigung vom 10. Juni 2010 begründet. Kurz darauf hat sie jedoch diesem – nach der schriftlichen Intervention des Klägers vom 21. Juni 2010 – wiederum eine Anstellung als Filialleiter in Zürich angeboten und zwar mit einem Monatssalär von Fr. 10 000.– sowie einem Geschäftsauto und einer Tankkarte. Demgegenüber waren im Arbeitsvertrag vom 19. November 2009 nur ein monatlicher Bruttolohn von Fr. 5850.– zuzüglich einer pauschalen Spesenentschädigung von monatlich Fr. 650.– sowie Repräsentationsspesen vorgesehen. Die Beklagte hat somit dem Kläger nicht nur wieder eine Stelle angeboten, sondern hätte den Lohn sogar – selbst in Berücksichtigung höherer Zürcher Löhne – noch erheblich erhöht. Auch im neuen Anstellungsverhältnis wäre der Kläger als Filialleiter angestellt worden. Somit brachte ihm die Beklagte ein hohes Vertrauen entgegen und dies, obwohl er nach ihrer Ansicht massive Pflicht- und Treueverletzungen begangen hatte. Die Beklagte führt in diesem Zusammenhang zwar aus, mit der angebotenen Arbeitsstelle in Zürich wäre «vorderhand eine Wiederholung der Luzerner Vorgänge nicht zu befürchten gewesen, schliesslich hätte aus dem Nichts eine neue Filiale samt Kundenstamm aufgebaut werden müssen und dabei verlorenes Vertrauen wieder gewonnen werden können». Dieses Argument vermag indes nicht zu überzeugen. Gerade als Kadermitarbeiter, der zudem mit dem Aufbau einer Filiale betraut war, war eine enge und vertrauensvolle Zusammenarbeit zwingende Voraussetzung für ein gutes Gelingen des Geplanten. Im Gegensatz zu ihren prozesstaktischen Beteuerungen ist somit

davon auszugehen, dass die Beklagte dem Kläger Ende Juni / anfangs Juli 2010 wiederum voll vertraut hat.

4.7.5 Wenn die Vorinstanz bei dieser Sachlage den Schluss gezogen hat, dass die Kündigung vom 10. Juni 2010 grundlos erfolgt sei, kann dies durchaus nachvollzogen werden. Für das angerufene Gericht ist aber letztlich nicht entscheidend, ob die Kündigung vom 10. Juni 2010 effektiv grundlos oder mit begründetem Anlass erfolgte, sondern vielmehr der nachträgliche, durch das neue Jobangebot stillschweigend geäusserte Verzicht der Beklagten, allenfalls bestehende Kündigungsgründe anzurufen. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass Art. 340c Abs. 2 OR den Arbeitnehmer und nicht den Arbeitgeber schützen soll (BGer-Urteil 4A_209/2008 vom 31.7.2008 E. 3.1). Das nachvertragliche Konkurrenzverbot rechtfertigt sich daher nicht, wenn die Arbeitgeberin trotz eines unkorrekten Verhaltens des Arbeitnehmers bereit war, ein anderes mindestens gleichwertiges Arbeitsverhältnis anzubieten. Oder anders ausgedrückt kann das Konkurrenzverbot nachträglich dahinfallen, wenn die Arbeitgeberin zwar ursprünglich mit begründetem Anlass gekündigt hat, in der Folge aber durch ihr Verhalten zum Ausdruck bringt, dass sie ein gleichwertiges Arbeitsverhältnis begründen will.

4.7.6 Somit ist im Ergebnis davon auszugehen, dass das vereinbarte Konkurrenzverbot im Sinn von Art. 340c Abs. 2 OR dahingefallen ist, ohne dass abzuklären wäre, ob die Kündigung vom 10. Juni 2010 mit «begründetem Anlass» erfolgte oder nicht.

Kanton St. Gallen

Kantonsgericht St. Gallen, Urteil vom 13. Oktober 2014

Lohnbuchkontrolle bei einem Aussenseiter; besonderes Kontrollorgan, Art. 6 AVEG; Rechtsschutz in klaren Fällen, Art. 257 ZPO. Die Allgemeinverbindlicherklärung der Kontrollrechte eines GAV bedeutet die Ausdehnung der Verbandsmacht auf Aussenseiter. Zur Kompensation dieses Effekts steht einem betroffenen Arbeitgeber die Möglichkeit offen, die behördliche Einsetzung eines besonderen Kontrollorgans zu verlangen (Art. 6 Abs. 1 Satz 1 AVEG). Verweigert sich der Arbeitgeber der Lohnbuchkontrolle, obliegt es den Vertragsparteien des GAV, die Einsetzung dieses Kontrollorgans zu beantragen (Art. 6 Abs. 1 Satz 2 AVEG). Voraussetzung hierfür ist, dass der grundsätzliche Kontrollanspruch nicht bestritten ist. Ist er bestritten, sind die Vertragsparteien bzw. die vollziehende paritätische Berufskommission an den Zivilrichter zu verweisen. Der Entscheid der Vorinstanz, mit dem sie den Aussenseiter zur Duldung einer Lohnbuchkontrolle durch die paritätische Berufungskommission verpflichtete, ist zu beanstanden (E. 2.a, 2.b.bb).

Sachverhalt:

Auf Begehren der Klägerin, der mit dem Vollzug eines allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrags (GAV) betrauten paritätischen Berufskommission (PBK), verpflichtete die Vorinstanz die Beklagte, eine dem Berufsverband nicht angehörende branchennahe Arbeitgeberin (Aussenseiterin), zur Duldung einer Betriebskontrolle. Streitig ist, ob der Geltungsbereich des GAV im Sinne von Art. 6 Abs. 1 AVEG auf die Beklagte ausgedehnt und diese damit dem GAV unterstellt werden kann, und streitig sind ferner die Voraussetzungen für eine Gutheissung der Klage im summarischen Rechtsschutzverfahren nach Art. 257 ZPO.

Aus den Erwägungen:

1.

Die Beklagte macht geltend, der Vorrichter hätte auf das Gesuch auf Rechtsschutz in klaren Fällen i.S.v. Art. 257 ZPO nicht eintreten dürfen, da weder ein liquider Sachverhalt vorliege, noch die Rechtslage klar sei.

a) Der Rechtsschutz in klaren Fällen ist ein besonderes Summarverfahren, welches der klagenden Partei ermöglicht, bei klarer Rechts- und Sachlage möglichst rasch zu einem rechtskräftigen und vollstreckbaren Entscheid zu kommen. Es handelt sich formal um ein summarisches Ver-

fahren (Art. 257 Abs. 1 Einleitung ZPO), in der Sache aber um eine durch die klagende Partei selbst gewählte Alternative zum gewöhnlichen Prozessweg; der das Gesuch gutheissende Entscheid ist endgültig (STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht, § 21 N 51; SUTTER-SOMM/LÖTSCHER, ZPO Komm., N 1 f. zu Art. 257 ZPO; GÜNGERICH, Berner Kommentar, N 1 f. zu Art. 257 ZPO).

b) Voraussetzung ist erstens, dass der Sachverhalt unbestritten oder sofort beweisbar ist (Art. 257 Abs. 1 lit. a ZPO; «Liquidität des Sachverhalts»). Der Sachverhalt ist liquide, wenn keine erheblichen Einreden oder Einwendungen, die umfangreichere Abklärungen erfordern, geltend gemacht werden. Der klare Fall ist zu verneinen, wenn die beklagte Partei substantiiert und schlüssig Einwendungen vorträgt, die in tatsächlicher Hinsicht nicht sofort widerlegt werden können und die geeignet sind, die bereits gebildete richterliche Überzeugung zu erschüttern. Demgegenüber ist ein klarer Fall zu bejahen, wenn das Gericht aufgrund der Aktenlage zur Überzeugung gelangt, der Anspruch des Klägers sei ausgewiesen und eine eingehende Abklärung der beklagtschaftlichen Einwände könne daran nichts ändern (BGE 138 III 620 E. 5.1.1; SUTTER-SOMM/LÖTSCHER, ZPO Komm., N 5 u. 7 zu Art. 257 ZPO; BK-GÜNGERICH, N 6–9 zu Art. 257 ZPO). Die klagende Partei hat mit den im summarischen Verfahren zulässigen Beweismitteln (Art. 254 ZPO) den vollen Beweis zu erbringen, blosser Glaubhaftmachung reicht nicht aus (STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht, § 21 N 54; SUTTER-SOMM/LÖTSCHER, ZPO Komm., N 6 f. zu Art. 257 ZPO; BK-GÜNGERICH, N 9 zu Art. 257 ZPO).

Zum Zweiten muss die Rechtslage klar sein (Art. 257 Abs. 1 lit. b ZPO). Dies ist der Fall, wenn die Anwendung und Auslegung einer Norm, namentlich auf Grund ihres Wortlauts, der Rechtsprechung und der bewährten Lehre, zu keinem Zweifel Anlass gibt; die Rechtsfolge muss sich bei Anwendung des Gesetzes unter Berücksichtigung von Lehre und Rechtsprechung ohne weiteres ergeben und die Rechtsanwendung damit zu einem eindeutigen Ergebnis führen. Nicht klar ist die Rechtslage, wenn die Anwendung einer Norm einen Ermessens- oder Billigkeitsentscheid des Gerichts mit wertender Berücksichtigung der gesamten Umstände erfordert, wie dies beispielsweise bei der Beurteilung von Treu und Glauben zutrifft (BGE 138 III 123, E. 2.1.2; BGer 4A_273/2012 [in BGE 138 III 620 nicht publizierte] E. 5.1.2; SUTTER-SOMM/LÖTSCHER, ZPO Komm., N 9–11 zu Art. 257 ZPO; BK-GÜNGERICH, N 10 zu Art. 257 ZPO; STAEHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht, § 21 N 54).

c) Das Gesuch ist gutzuheissen, wenn diese Voraussetzungen erfüllt sind, die klagende Partei also nachweisen kann, einen Anspruch gegen den Prozessgegner zu haben, dieser keine Einwände gegen den Anspruch geltend machen kann und klares Recht vorliegt (SUTTER-SOMM/LÖTSCHER, ZPO Komm., N 24 zu Art. 257 ZPO; BK-GÜNGERICH, N 19 zu Art. 257 ZPO). Ist die Rechtslage nicht klar oder der Sachverhalt nicht liquide – gelingt es der Gegenpartei also, glaubhafte Einwände vorzubringen –, so ist

auf das Gesuch nicht einzutreten; es erfolgt diesfalls kein materieller Entscheid in der Sache, der Rechtskraftwirkung über ein allfälliges neues Verfahren bezüglich klaren Rechts hinaus entfalten würde (SUTTER-SOMM/LÖTSCHER, ZPO Komm., N 31 zu Art. 257 ZPO; BK-GÜNGERICH, N 20 zu Art. 257 ZPO).

2.

a) Hinsichtlich der Klarheit der Rechtslage berief sich die Klägerin auf das Bundesgerichtsurteil BGer 4A_67/2013, welches auch im Falle der bestrittenen Unterstellung des Aussenseiters eine Duldungspflicht statuiere sowie auf einen Entscheid des Kreisgerichts Altoggenburg-Wil aus dem Jahr 2005 (...), aus welchem erhelle, dass Gesuche dieser Art unter früherem Prozessrecht im sogenannten Befehlsverfahren ergangen seien, dem heute das Verfahren gemäss Art. 257 ZPO entspreche (...). Die Beklagte konzentrierte sich in der Stellungnahme auf die Frage des liquiden Sachverhaltes, bestritt aber insbesondere die Einschlägigkeit des vorgelegten Musterentscheides (...).

Der Vorrichter führte im angefochtenen Entscheid aus, mit der Allgemeinverbindlicherklärung unterstehe auch der Aussenseiter der vertraglichen Duldungspflicht hinsichtlich von Lohnkontrollen (unter Verweis auf ZR 1982 N 53, insb. S. 133) und zwar auch dann, wenn die Unterstellung unter den Vertrag bestritten sei (unter Verweis auf BGer 4A_67/2013).

Die Beklagte bezeichnet diese Auffassung als falsch, da es eben nicht Sache der Paritätischen Berufskommission sei, die Unterstellung unter den GAV autoritativ zu entscheiden; insbesondere seien die diversen im Raume stehenden Gerichtsentscheide nicht einschlägig (...). Nach Auffassung der Klägerin folgt die Möglichkeit zur Anordnung einer Lohnbuchkontrolle aus dem Wortlaut (der Kompetenzbestimmung des GAV); die Behauptung des Betriebes, er unterstehe dem (GAV) nicht, könne den Kontrollanspruch nicht hindern, es sei denn, der betriebliche Geltungsbereich sei klar nicht erfüllt. Die Unterstellungsfrage könne ohne Kontrolle nicht geklärt werden, weshalb klarerweise vorgängig der Klärung dieser Unterstellungsfrage eine Kontrolle angeordnet werden können müsse. Schliesslich sei langjährige Praxis, Lohnbuchkontrollen im Befehlsverfahren, nun im Verfahren nach Art. 257 ZPO, anzuordnen (...).

b.aa) Es mag sein, dass Lohnbuchkontrollen in der Vergangenheit im sogenannten Befehlsverfahren entschieden wurden. Daraus alleine folgt für einen späteren ähnlich gelagerten Fall nichts, denn im Grundsatz kann für jeden beliebigen zivilrechtlichen Anspruch ein Verfahren i.S.v. Art. 257 ZPO eingeleitet werden, sofern im Einzelfall die Eintretensvoraussetzungen erfüllt sind. Folglich sind in jedem Einzelfall die Eintretensvoraussetzungen zu prüfen. Die Klägerin scheint aus dem von ihr konkret eingereichten Entscheid des Kreisgerichts Altoggenburg-Wil im Besonderen keine Schlussfolgerungen für den vorliegenden Fall abzuleiten; nur der Vollständigkeit halber sei deshalb angeführt, dass die Sachverhalte nicht

vergleichbar sind, war damals doch nicht die Durchführung einer Lohnbuchkontrolle überhaupt, sondern deren wiederholte Vornahme, strittig.

bb) Die Allgemeinverbindlicherklärung der Kontrollrechte eines GAV bedeutet die Ausdehnung der Verbandsmacht auf Aussenseiter. Zur Kompensation dieses Effekts steht einem betroffenen Arbeitgeber die Möglichkeit offen, die behördliche Einsetzung eines besonderen Kontrollorgans zu verlangen (Art. 6 Abs. 1 Satz 1 des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen vom 28. September 1956, SR 221.215.311, AVEG; BK-STÖCKLI, N 93 zu Art. 356b OR); verweigert sich der Arbeitgeber der Lohnbuchkontrolle überhaupt, so obliegt es den Vertragsparteien des GAV, die Einsetzung dieses Kontrollorgans anzubegehren (Art. 6 Abs. 1 Satz 2 AVEG; SENTI, Lohnbuchkontrollen bei allgemeinverbindlichen GAV und NAV: praktische Probleme und Abgrenzungsfragen, AJP 2010, 14 ff., insb. 19; zum Ganzen auch VISCHER/ALBRECHT, Zürcher Kommentar, N 165 zu Art. 356b OR; BK-STÖCKLI, N 97 zu Art. 356b [noch de lege ferenda]). Voraussetzung hierfür ist indessen, dass der grundsätzliche Kontrollanspruch nicht bestritten ist – ist er dies, so ist laut bundesgerichtlicher Rechtsprechung zulässig, die Vertragsparteien resp. die vollziehende paritätische Berufskommission an den Zivilrichter zu verweisen (BGE 118 II 528 E. 3). Der Kontrollanspruch an sich wird durch den Zivilrichter entschieden (BK-STÖCKLI, N 93 zu Art. 356b OR; RONCORONI, Handbuch des kollektiven Arbeitsrechts, Q/213 und folgende Zitate); zumindest die Kommentatoren des Zürcher Kommentars (ZK-VISCHER/ALBRECHT, N 167 zu Art. 356b OR) und ihnen folgend SENTI (a.a.O. S. 19) folgern daraus, dass vorgängig ein Feststellungsurteil zu erwirken sei, in welchem die Kontrollkompetenz bestätigt wird. Der von der Klägerin und der Vorinstanz beigezogene BGer 4A_67/2013 bildet keine Grundlage einer gänzlich anders gelagerten Haltung des Bundesgerichts bzw. für die Annahme einer Praxisänderung; die in jenem Fall betroffene Unternehmung bestritt zwar, den Kontrollrechten gemäss (Landesmantelvertrag für das Bauhauptgewerbe, LMV) zu unterstehen, stellte sich aber als dem GAV des Ausbaugewerbes der Westschweiz (CCT romande du second œuvre) unterstehend dar. Eine gegen das Unternehmen ausgefallte Konventionalstrafe wurde vor dem lokalen Schiedsgericht angefochten. Daraus folgt nicht nur eine erheblich eingeschränkte Kognition des Bundesgerichts (Art. 393 ZPO), auch bleibt – da die Bestimmungen (des LMV) zu den Schiedsgerichten nicht allgemeinverbindlich erklärt sind und damit primär auf Verbandsmitglieder Anwendung finden – fraglich, inwieweit der Aussenseiterstatus der in jenem und der in diesem Fall betroffenen Unternehmung vergleichbar sind.

cc) In der Darstellung der Klägerin (...) folgt aus ihrem eigenen Entscheid, eine Unternehmung zu kontrollieren, ihr unabdingbarer Anspruch, deren Bücher umfassend einer Kontrolle zu unterziehen. Der Entscheid, eine Kontrolle durchzuführen, wird nicht vorgelegt; unbekannt ist somit auch, ob die Gesuchsgegnerin vorgängig dieses Entscheides zur Stellung-

nahme begrüsst wurde. In der Berufungsantwort (...) scheint die Gesuchstellerin die These zu vertreten, dass sie, die Klägerin, es sei, welche über die Unterstellung zu entscheiden habe und erst, wenn der Beklagte damit nicht einverstanden sei, obliege die Klärung dieser Frage dem Zivilrichter. Diese Rangordnung widerspricht dem klaren Wortlaut von Art. 6 Abs. 1 AVEG (gemäss diesem hätten die Vertragsparteien des GAV bei Weigerung des zu Kontrollierenden ein besonderes Kontrollorgan zu beantragen; dazu SENTI, a.a.O., S. 19), den Erwägungen des Bundesgerichts in BGE 118 II 528 E. 3 (gemäss welchem der Verweis an den Zivilrichter bei Bestreitung der grundsätzlichen Kontrollunterworfenheit zulässig sei) und den Schlussfolgerungen gewichtiger Lehrmeinungen (die die Klärung des Kontrollanspruchs ausschliesslich dem Zivilrichter zuweisen und teils ausdrücklich ein vorgängiges Feststellungsverfahren fordern). Dabei erscheint es als sachlogisch, dass die Einschränkung der Kognition des besonderen Kontrollorgans in der Unterstellungsfrage auch für die Paritätischen Berufskommissionen gelten muss; nachdem das Institut des Besonderen Kontrollorganes als Kompensation derer Verbandsmacht geschaffen worden ist, kann die PBK sich nicht gestützt auf ihren eigenen (möglichweise ohne die Einräumung von Parteirechten erlassenen) Entscheid weitergehende Einsichtsrechte und Entscheidkompetenzen zuweisen, als sie das behördlich eingesetzte Besondere Kontrollorgan hätte.

Die von der Klägerin vertretene Rechtsauffassung ist somit keine klare Rechtslage im Sinne der gesetzlichen Eintretensbestimmung.

dd) Nicht auszuschliessen ist, dass die Feststellung der Unterstellung unter den GAV und die Anordnung der Duldung einer Kontrolle im Rahmen desselben Verfahrens (analog einer Stufenklage) vorgebracht und unterschieden werden könnten. Die Gutheissung einer solchen Klagekombination im Rahmen des Verfahrens gemäss Art. 257 ZPO bedingte indessen die entsprechende Liquidität des Sachverhaltes, aus dem sich die Unterstellung unter den fraglichen GAV ergibt, was hier nicht der Fall ist.

3. Der Klägerin gelingt der Nachweis, dass die Beklagte entgegen (oder neben) ihrem statutarischen Zweck eine Tätigkeit verfolgt, die im betrieblichen Geltungsbereich des GAV läge, nicht in rechtsgenügender Art (es wäre der volle Beweis zu erbringen). Eine Tätigkeit im Geltungsbereich des GAV ist damit nicht sofort beweisbar. Gleichzeitig ist eine solche bestritten. Damit liegt kein liquider Sachverhalt vor.

4.

Der angefochtene Entscheid (...) ist daher in Gutheissung der Berufung aufzuheben, und auf das klägerische Gesuch um Rechtsschutz im Verfahren nach Art. 257 ZPO ist mangels klarer Rechtslage sowie mangels Vorliegens eine sofort beweisbaren Sachverhalts nicht einzutreten.

Kanton Tessin

Tribunal d'appel du canton du Tessin, II^e Chambre civile, Arrêt du 12 février 2014 (Admission partielle de l'appel et de l'appel incident interjetés contre la décision du Prêteur adjoint du district de Lugano du 20 juin 2013)

Contrairement à l'action en vue d'ordonner l'accès au dossier du travailleur (art. 8 LPD), l'action en délivrance ou en rectification d'un certificat de travail (art. 330a CO) est de nature pécuniaire. En l'espèce, compte-tenu du statut de cadre intermédiaire de l'employée et de l'écho médiatique donné à l'affaire, avec la mention du nom de l'employée dans la presse, il faut retenir que l'action en délivrance du certificat de travail, fondamentale pour l'avenir professionnel de l'intéressée, a une valeur litigieuse d'au moins deux mois de salaire de l'employée, soit environ 14 000 fr. (c. 2).

Art. 8 LPD et 328b CO. Le droit d'accès à son dossier personnel comprend le droit d'obtenir des copies des données personnelles qui concernent le travailleur à l'exclusion des données concernant d'autres personnes, d'autant plus lorsqu'elles non pas été interpellées et n'ont en conséquence pas donné leur consentement. En l'espèce, l'employée n'est pas légitimée à requérir copie des comptes rendus et des plans de travail de dix collègues ou subordonnés, même si elle a elle-même préparé ces documents dans le cadre de son travail, puisqu'il s'agit de données personnelles de tiers qui appartiennent à l'employeur (c. 4.2).

Art. 330a CO. Pour illustrer la nature des rapports de travail et des tâches accomplies, il est préférable d'énoncer concrètement les activités déployées par le travailleur plutôt que de se limiter à reprendre les éléments du cahier des charges (c. 5.1). Le certificat de travail ne doit pas faire inutilement obstacle à la future carrière de l'employé. Il faut donc éviter d'utiliser des termes trop négatifs. Ainsi, dans le cas d'espèce, il faut préférer la formulation «divergences sur les directives de la Direction» à celle de «non-respect des directives formulées par la Direction» (c. 5.4).

Ritenuto in fatto (estratti):

AO 1 è stata assunta dall'associazione AP 1 (in seguito: S), a partire dal 1° gennaio 2000 in qualità di capo-équipe con grado d'impiego del 100%. Il rapporto di lavoro è stato disdetto dalla datrice di lavoro il 16 settembre 2010 per il 31 dicembre 2010, termine che si è poi protratto fino al 31 gennaio 2011, causa malattia della lavoratrice.

Dopo un infruttuoso tentativo di conciliazione, AO 1, con petizione 11 maggio 2011, ha chiesto la condanna di AP 1 a consegnarle una copia completa del suo dossier personale, in particolare tutte le segnalazioni, scritte e orali (appunti e verbalizzazioni) e le verifiche effettuate sul suo operato, compresa la documentazione su cui si basavano, tra cui i tabulati giornalieri, i resoconti e i piani di lavoro mensili relativi all'anno 2009 degli infermieri di cui era capo-équipe, ossia [...]. Ciò in quanto alla base del suo licenziamento vi era tra l'altro l'accusa di avere pianificato il lavoro di tali infermieri in modo discriminatorio, segnatamente a danno di M. L'attrice ha inoltre sostenuto che l'ultimo certificato di lavoro completo allestito dalla convenuta non era soddisfacente e ha preteso che fosse ordinato a quest'ultima, con la comminatoria di cui all'art. 292 CP, di rilasciarle uno conforme all'ultima valutazione del 2007 e meglio come indicato al doc. X. Con risposta 10 giugno 2011 la convenuta si è opposta alle domande dell'attrice.

Con sentenza 20 giugno 2013 il Pretore aggiunto ha parzialmente accolto la petizione, condannando la convenuta a consegnare all'attrice una copia completa del suo dossier personale, nonché una copia dei resoconti e dei piani di lavoro mensili relativi all'anno 2009 di X. Ha inoltre condannato la convenuta a rilasciare all'attrice un attestato di lavoro completo, avente un prescritto tenore. Con atto di appello 20 agosto 2013 la convenuta chiede la riforma del giudizio impugnato, nel senso di respingere integralmente la petizione, con protesta di spese e ripetibili. Con risposta e appello incidentale 16 settembre 2013 l'attrice chiede di respingere l'appello e di condannare la convenuta a rilasciarle un attestato di lavoro completo ex art. 330a cpv. 1 CO come da lei proposto.

Considerato in diritto (estratti):

2.

Il diritto di accesso agli atti del dipendente (accesso al proprio fascicolo personale) non ha natura pecuniaria. L'appello della convenuta sul tema dell'accesso al fascicolo personale dell'attrice è dunque ricevibile per la parte relativa all'accesso al fascicolo personale della lavoratrice. Diverso è invece il caso per la parte dell'appello relativa al certificato di lavoro e per l'appello incidentale, in quanto una vertenza sul certificato di lavoro è di natura pecuniaria (DTF 116 II 379). Né le parti né il Pretore aggiunto hanno stabilito il valore della domanda di giudizio presentata dall'attrice per ottenere il certificato di lavoro completo. In sede di appello, nondimeno, il giudice esamina d'ufficio se sono dati i requisiti di ricevibilità dell'appello e bisogna quindi determinare quale è il valore della controversia oggetto dell'appello incidentale. La petizione 11 maggio 2011 conteneva due distinte domande: la consegna di una copia del suo fascicolo personale e il rilascio di un certificato di lavoro completo, diverso da quello già inviato dalla datrice di lavoro. Le due domande, una di natura pecuniaria e

una di natura non pecuniaria, non sono interdipendenti tra di loro. Né può essere condivisa l'opinione del Pretore aggiunto, il quale ha ritenuto essere preponderante la parte relativa all'accesso al fascicolo personale dell'attrice. Dall'istruttoria, infatti, emerge con chiarezza che le parti si sono essenzialmente battute sulle questioni relative all'allestimento del certificato di lavoro, segnatamente i motivi per i quali l'attrice è stata licenziata dalla convenuta. Anche la richiesta di ottenere i resoconti mensili e la pianificazione 2009 degli infermieri componenti la squadra all'epoca diretta dall'attrice sembra rientrare nella vertenza relativa ai motivi del licenziamento, sui quali l'attrice vuole fare luce, ritenendo un pretesto quelli indicati dalla convenuta. Sul valore da attribuire a una vertenza sul rilascio di un certificato di lavoro non vi è dottrina o giurisprudenza unanime. Il fascicolo processuale è del tutto silente sullo stipendio dell'attrice quando era alle dipendenze della convenuta, salvo indicare in quale classe di salario si trovava. La scala degli stipendi nell'Amministrazione cantonale ticinese è da considerare un fatto notorio per questa Camera, e uno stipendio della classe 29 ammontava nel 2011 ad almeno fr. 7000.– mensili. Tenuto conto della posizione di quadro intermedio dell'attrice e della rilevanza pubblica data alla vicenda, con menzione del nome dell'attrice sulla stampa, si può ritenere che la vertenza sul rilascio del certificato di lavoro, fondamentale per il futuro professionale dell'attrice, abbia un valore di almeno due mesi di stipendio, pari a circa fr. 14 000.–. Ne deriva che l'appello incidentale dell'attrice è da considerare ricevibile.

3.

Nella fattispecie il Pretore aggiunto, dopo aver ricordato le norme legali relative all'accesso del lavoratore al proprio incarto personale, anche dopo la fine del contratto di lavoro, ha ritenuto che l'attrice aveva diritto a ricevere una copia completa del proprio incarto, a esclusione della lettera di lamentele distrutta dal presidente della convenuta e compresi i resoconti mensili e i piani di lavoro mensili 2009 degli infermieri di cui ella era capo-équique. Il primo giudice è giunto alla conclusione che tali resoconti e piani di lavoro mensili rientrassero nel concetto di dossier personale della persona che dirigeva la squadra e che la loro consegna non fosse lesiva di interessi preponderanti degli infermieri in questione. Per quel che concerne l'allestimento del certificato di lavoro completo, con la modifica di quello già inviato il 22 febbraio 2011 nel senso desiderato dall'attrice, il Pretore aggiunto ha ripreso la versione proposta dalla attrice di lavoro sulla durata del rapporto di lavoro. Ha invece ritenuto troppo succinta la descrizione della natura del rapporto di lavoro e l'ha completata nel senso proposto dall'attrice. In merito alle valutazioni delle prestazioni e alla condotta della dipendente, il primo giudice ha tolto dal certificato allestito dalla convenuta alcuni apprezzamenti negativi, ripresi testualmente nella decisione, e li ha sostituiti con frasi meno incisive. Infine il Pretore aggiunto ha modificato le proposte delle parti sul tema dei motivi e della forma giuridica del licenziamento, ritenendo improponibile la pretesa dell'attrice di vedere figu-

rare nel certificato gli auguri per il suo futuro professionale. In merito al valore della controversia, il primo giudice non l'ha indicato, ritenendola di carattere non patrimoniale, visto che il diritto di accesso ai dati personali prevaleva sulla componente economica del rilascio del certificato di lavoro

4.

Il Pretore aggiunto ha accertato che giusta gli art. 8 LPD e 328b CO il lavoratore ha un diritto di accesso ai dati che lo concernono e che sono trattati dal datore di lavoro, in particolare per ciò che concerne il proprio dossier personale, che include tutti i dati concernenti il rapporto di lavoro, che documentano la nascita, lo svolgimento e la fine del rapporto di lavoro. Il primo giudice ne ha dedotto che i resoconti e i piani di lavoro mensili dei 10 infermieri di cui l'attrice era capo-équipe, quand'anche non rientrassero nel concetto di dossier personale della lavoratrice, contenevano comunque dati che avevano una chiara connessione con la persona dell'attrice.

4.1 La convenuta ritiene che la richiesta dell'attrice di ottenere copia del proprio fascicolo personale in realtà consisterebbe o si confonderebbe nella richiesta di ottenere copia di una lettera di lamentele inviata da una ex dipendente alla convenuta. L'appellante afferma di aver già consegnato copia del suo fascicolo all'attrice e ribadisce che la lettera in questione è stata distrutta dal suo presidente. Il Pretore aggiunto ha invero accertato che tale lettera è stata «cestinata» dall'allora presidente della convenuta e per il resto ha considerato che solo la produzione della documentazione richiesta permetterà di verificare la completezza dei documenti contenuti nel fascicolo personale già in possesso dell'attrice. Dagli atti non risulta se e quali documenti siano stati trasmessi all'attrice dalla convenuta, né quest'ultima lo ha precisato. Non vi sono quindi motivi per rifiutare all'attrice la consegna di copie dei dati e documenti contenuti nel suo fascicolo personale, beninteso nella misura in cui si tratta di dati a lei relativi.

4.2 Secondo la convenuta il Pretore aggiunto avrebbe accolto a torto la richiesta di consegna dei piani e tabulati mensili 2009 dei 10 infermieri che lavoravano nella squadra diretta dall'attrice. Essa ritiene che tali documenti non rientrano nel fascicolo personale dell'attrice ma in quello degli altri dipendenti, la cui personalità deve essere tutelata dalla datrice di lavoro. La convenuta ribadisce che i motivi del licenziamento dell'attrice non avevano nulla a che vedere con il trattamento discriminatorio a svantaggio di una delle dipendenti, ma erano dovuti alla perdita del rapporto di fiducia tra l'attrice e la direzione. L'attrice aveva fondato la propria richiesta con la difesa della propria personalità e nella risposta all'appello rileva di essere stata oggetto di una campagna denigratoria da parte della convenuta, ribadendo di avere diritto di accedere agli atti «che hanno portato al suo licenziamento e che sono stati usati per motivarlo nei confronti sia del comitato che della stampa che del Cantone». Ancora in questa sede le parti si oppongono tenacemente sui motivi che hanno portato al licenziamento ordinario dell'attrice. Il Pretore aggiunto ha ritenuto che le differenze di trattamento nella pianificazione dei turni predisposta dall'attrice, in parti-

colare a svantaggio di una delle dipendenti, erano uno dei motivi che avevano condotto al suo licenziamento. Su tale tema in prima sede vi è stata un'ampia istruttoria. Se non che, vi è un evidente equivoco sul concetto di fascicolo personale. L'attrice chiede, in particolare, la consegna di copia dei resoconti e dei piani di lavoro mensili 2009 di dieci suoi colleghi dell'epoca, ciò che il Pretore aggiunto ha ammesso ritenendo che tali documenti riguardassero l'attività lavorativa dell'interessata e rientrassero quindi nel suo fascicolo personale. Non è contestato che nell'ambito delle proprie mansioni lavorative l'attrice stabiliva la pianificazione dei turni di lavoro degli infermieri del suo gruppo e che in tale contesto le è stato rimproverato di aver discriminato una delle infermiere del gruppo. I tabulati e i piani mensili 2009 oggetto della richiesta qui in esame sono stati allestiti dall'attrice nell'ambito delle sue attività alle dipendenze della convenuta. Si tratta di documenti che appartengono alla datrice di lavoro (art. 321b CO) e che non riguardano la persona dell'attrice ma altri dipendenti. L'art. 328b CO, di carattere relativamente imperativo, definisce a quali condizioni il datore di lavoro è autorizzato a comunicare a terzi dati relativi al dipendente (GABRIEL AUBERT, *La communication aux autorités américaines, par des banques, de données personnelles sur leurs employés: aspects de droit du travail*, in SZW/RSDA 2013 pag. 46). Nella fattispecie non sono date le condizioni per la comunicazione a terzi di dati relativi ai 10 infermieri che hanno lavorato nella squadra diretta dall'attrice. Queste persone non sono state interpellate e non risulta che abbiano dato il proprio consenso alla divulgazione di dati che li riguardano (DUNAND, *Commentaire du contrat de travail*, Berne 2013, n. 32 ad art. 328b). I dati relativi alla pianificazione del lavoro dei 10 infermieri non possono di conseguenza essere comunicati all'attrice (WYLER, *Droit du travail*, 2^a ed., pag. 334 in alto, Guida al trattamento dei dati personali nell'ambito del lavoro, edito dall'incaricato federale della protezione dei dati, pag. 13). La discussione sulla LPD e sugli interessi preponderanti all'ottenimento di dati personali è dunque superflua, posto che non è in discussione l'accesso ai dati personali dell'attrice, ma ai dati personali di terzi. A torto dunque il Pretore aggiunto ha fatto obbligo alla convenuta di consegnare all'attrice copia di tali documenti. La convenuta deve quindi trasmettere all'attrice solo copia dei dati personali che la riguardano figuranti nel suo fascicolo, a esclusione di quelli di altre persone. Qualora l'attrice voglia prevalersi di documenti estranei al suo fascicolo personale per ottenere prove in vista di una futura vertenza con la convenuta, dovrà farlo servendosi degli appositi strumenti previsti nel CPC. L'appello della convenuta è di conseguenza fondato nella misura in cui essa si oppone alla consegna dei dati relativi agli altri dipendenti e di documentazione che non rientra nei dati personali dell'attrice.

5.

Per quel che concerne il certificato di lavoro il Pretore aggiunto ha parzialmente accolto la versione sottoposta dall'attrice, modificandola e completandola laddove, a suo parere, non fosse completa e veritiera. La

convenuta rimprovera al giudice di prime cure di non aver tenuto conto della sua versione che, a suo parere, corrisponderebbe ai requisiti legali e giurisprudenziali in materia e ritiene che il testo proposto dal Pretore aggiunto non adempirebbe i requisiti di veridicità e correttezza e sarebbe «eccessivamente compiacente ed elogiativo». L'attrice rimprovera invece al giudice di prime cure, nel proprio appello incidentale, di aver aggiunto alla sua versione, per ben tre volte, il fatto che essa non avrebbe osservato prescrizioni e direttive rispettivamente che avrebbe denotato difficoltà a sopportare l'autorità.

5.1 In merito alla natura del rapporto di lavoro, la convenuta sostiene che non sarebbe necessario indicare le funzioni effettivamente svolte dall'attrice, ma sarebbe sufficiente rinviare al mansionario del capo-équipe di S., come proposto nella sua versione, rinviando a un autore (CARRUZZO, *Le contrat individuel de travail: commentaire des articles 319 a 341 du Code des Obligations*, Zürich 2009, pag. 402). Ora, il documento proposto dalla convenuta si limita a rinviare al mansionario, lista di 3 pagine risalente al 2005, e che non permette di sapere se l'attrice abbia svolto effettivamente tutte queste mansioni. Per illustrare la natura del rapporto di lavoro e i compiti svolti dall'attrice, dunque, il testo proposto da quest'ultima, che enuncia in modo concreto quali erano i compiti svolti, rinviando per maggiori dettagli al mansionario, si rivela più consona allo scopo, come rilevato con pertinenza dal Pretore aggiunto.

5.2 Sulla valutazione delle prestazioni il Pretore aggiunto ha accertato che la versione del certificato di lavoro proposta dalla convenuta esprimeva apprezzamenti negativi, rimproverando in particolare all'attrice *«di avere avuto difficoltà nell'inserirsi quale quadro intermedio in una gerarchia aziendale, ostacolato l'applicazione delle disposizioni della Direzione, voluto gestire secondo la propria visione il personale affidatole creando fra lo stesso dissapori, mancato di flessibilità e di capacità relazionale, generando così regolarmente conflitti con altre istituzioni sul territorio e con la Direzione»*. Il Pretore aggiunto ha ritenuto che queste critiche non hanno trovato riscontro probatorio e che sono anzi state smentite dalle valutazioni effettuate dai dirigenti della convenuta nel 2001, 2005 e 2007, mentre il testo proposto dall'attrice è invece sostanzialmente veritiero e deve quindi essere accettato, con l'aggiunta però del fatto che la dipendente non aveva sufficientemente osservato le prescrizioni e direttive. La convenuta sostiene che la versione adottata dal Pretore aggiunto non sarebbe veritiera, in quanto l'attrice non avrebbe dimostrato professionalità e le capacità dirigenziali e organizzative della stessa non potevano essere valutate come ottime. Essa afferma che le enormi difficoltà dell'attrice nella relazione con i superiori e a inserirsi come quadro intermedio in una gerarchia aziendale non denotavano professionalità, avendo compromesso anche il clima di lavoro e che le sue capacità, di conseguenza, non potevano essere definite come ottime. La tesi non può essere seguita. Le capacità organizzative e dirigenziali dell'attrice risultavano dalla valutazione del 2007, dove si atte-

stava che essa era una *«buonissima pianificatrice ed organizzatrice»*. Le «enormi difficoltà» invocate dalla convenuta in questa sede non risultano dall'istruttoria, dalla quale sono invero emerse divergenze con la direzione sulle strategie aziendali dopo la modifica legislativa nel settore delle cure, ma che non raggiungono la gravità pretesa dalla convenuta. Né sono state assunte prove sulle relazioni e i rapporti intrattenuti dall'attrice con i dipendenti a lei sottoposti. Le due lettere di dipendenti che la convenuta ha prodotto con la risposta all'appello incidentale non sono del resto ricevibili in questa sede (art. 317 CPC), trattandosi di fatti precedenti il licenziamento e che potevano già essere adottati in prima sede, per esempio chiedendo l'assunzione testimoniale delle dipendenti in questione. Ciò a maggior ragione se si considera che la vertenza ha avuto all'epoca del licenziamento ampia eco mediatica sulla stampa regionale, dove gli organi della convenuta hanno esposto con dovizia di particolari i rimproveri che muovevano all'attrice, fortemente ridimensionati poi dall'istruttoria di prima sede. Ne deriva che a ragione il Pretore aggiunto si è scostato dal certificato di lavoro proposto dalla convenuta, molto negativo e improntato a una visione soggettiva dei fatti. L'appello della convenuta deve di conseguenza essere respinto sulla formulazione del certificato di lavoro.

5.3 A sua volta, l'attrice nel suo appello incidentale rimprovera al Pretore aggiunto di aver introdotto nel certificato di lavoro le frasi *«dal 2006 ha però manifestato un'insufficiente osservanza di prescrizioni e direttive»* e *«dal 2006 ha tuttavia denotato difficoltà a sopportare l'autorità»*. A suo dire, il problema non sarebbe una scarsa osservazione di direttive e prescrizioni, che in ogni caso sarebbero di ordine organizzativo, ma la loro accettazione. In sostanza, essa afferma di non aver mai violato direttive, ma di averle messe in discussione. L'attrice perde tuttavia di vista che essa era un quadro intermedio della convenuta e che in tale ruolo aveva un accresciuto obbligo di fedeltà e di diligenza. Di conseguenza essa aveva il dovere di applicare e di far applicare le direttive e le istruzioni del datore di lavoro, senza metterle pubblicamente in discussione e senza indurre altri dipendenti a scostarsene, come invece ha fatto per le indicazioni date al centralino di indirizzare a lei le segnalazioni degli utenti invece che al gruppo di valutazione, contrariamente a quanto stabilito dalla direzione. Tale comportamento è attestato già nella valutazione del 2007, dove l'attrice è indicata come una persona che *«fa molta fatica ad accettare le direttive (...), trasmette solo quello che le conviene e non sempre quello che è necessario (...), talvolta tende a «dimenticare» gli ordini (...), conosce bene le disposizioni del servizio ma non sempre le applica (se non condivide) (...)*». Se ne deve concludere che il comportamento dell'attrice come quadro intermedio non può definirsi esemplare per quel che concerne l'osservanza di direttive e istruzioni.

5.4 In seguito l'attrice rimprovera il Pretore aggiunto per aver ripreso la frase da lei proposta nel documento X (*«In seguito anche ai cambiamenti legislativi nel settore delle cure e i nuovi sistemi di finanziamento che*

hanno fatto emergere visioni divergenti sulla strategia aziendale è venuto meno il rapporto di fiducia con la direzione (...))», tralasciando l'aspetto dei nuovi sistemi di finanziamento e l'emergere di visioni divergenti sulla strategia aziendale, e inserendo nuovamente l'accenno all'asserita mancata osservanza di direttive impartite dalla Direzione. Essa ribadisce la sua visione dei fatti e sostiene che il certificato di lavoro non può essere «peggiolato ulteriormente». A torto. Dall'istruttoria è emerso chiaramente che l'attrice non accettava senza discutere le direttive impartite dalla direzione, faticava ad accettare l'autorità gerarchica e che tale suo atteggiamento era noto agli altri dipendenti. In questa costellazione lavorativa, la versione del Pretore aggiunto risulta essere nondimeno troppo negativa nella scelta dei termini. Nella fattispecie appare più aderente alla realtà emersa dall'istruttoria sostituire «mancata osservanza delle direttive impartite dalla Direzione» con «alle divergenze sulle direttive della Direzione». Tale formulazione appare più in linea con i principi generali in materia di redazione del certificato di lavoro (AUBERT, Commentaire du contrat de travail, Berne 2013, n. 16 e segg. ad art. 330a), in particolare nell'ottica di non ostacolare oltremodo la futura carriera della lavoratrice. Per quel che concerne invece lo stralcio della menzione sulle visioni divergenti derivanti dai nuovi sistemi di finanziamento, l'appellante incidentale non spiega per quale motivo sarebbe errata la decisione del Pretore aggiunto, di cui ha contestato solo l'aspetto relativo all'inosservanza delle direttive. In definitiva, dunque, l'appello incidentale va accolto solo nella limitata misura in cui viene modificata la menzione «mancata osservanza delle direttive impartite dalla Direzione» nell'ultima parte del certificato di lavoro.

6.

In conclusione, l'appello della convenuta va accolto nella misura in cui si oppone alla consegna dei dati personali di terzi e l'appello incidentale è accolto nella limitata misura in cui viene modificata una frase nel certificato di lavoro. L'esito dei due appelli comporta la corrispondente modifica degli oneri processuali e delle ripetibili di prima sede. [...].

Arrêt communiqué par Mme E. Epiney-Colombo, Présidente de la seconde Chambre civile du Tribunal d'appel du canton du Tessin

Tribunal d'appel du canton du Tessin, I^{re} Chambre civile, Arrêt du 10 juin 2014 (Admission partielle de l'appel interjeté par AP 1 contre la décision du Préteur adjoint de la juridiction de Mendrisio-Sud du 6 mai 2013).

Note: par arrêt du 26 janvier 2015, Doss.-No 4A_445/2014, le Tribunal fédéral a rejeté le recours en matière civile interjeté par l'employeur.

Art. 336 CO. Congé-modification. Est abusive la résiliation du contrat de travail notifiée au travailleur parce qu'il refuse de nouvelles conditions de travail qui ne respectent par une CCT en vigueur (c. 3). Le re-

trait de l'employeur de son association patronale ne lui permet pas de se soustraire aux obligations de la CCT en question (c. 4.3). Est également abusive la résiliation qui intervient après que le travailleur ait fait valoir de bonne foi des prétentions résultant du contrat de travail (versement du 13^e salaire) et sollicité à plusieurs reprises des précisions sur les nouvelles conditions de travail que l'employeur souhaitait imposer (c. 4.1).

Art. 336a CO et art. 4 CC. Pour fixer le montant de l'indemnité pour licenciement abusif, il faut tenir compte en l'espèce de la longue durée des rapports de travail (35 ans), du fait que le licenciement est intervenu durant une phase délicate de la vie professionnelle de l'employée (problèmes de santé), de l'attitude cavalière de l'employeur, mais aussi du contexte particulier qui a conduit l'employeur à adapter ou résilier les contrats de tous ses collaborateurs et qui exclut l'existence d'une animosité particulière contre l'employée. En l'occurrence, une indemnité de 14 000 fr., correspondant à environ trois mois et demi du salaire de l'employée, est appropriée (c. 5).

Ritenuto in fatto (estratti):

Nel 1975 AP 1 è stata assunta alle dipendenze di AO 1 in qualità di impiegata d'ufficio. La società, attiva nel settore dei trasporti e delle spedizioni, ha aderito all'Associazione ticinese imprese di spedizione e logistica (ATIS) firmataria del contratto collettivo di lavoro (CCL) del 1° dicembre 2008, valido dal 1° gennaio 2009 al 31 dicembre 2012.

Con lettera 21 gennaio 2010 i collaboratori di AO 1 hanno ricevuto una comunicazione scritta con la quale la datrice di lavoro li informava di non essere più membro della summenzionata associazione professionale e che *«di conseguenza, per la regolamentazione dei contratti di lavoro, verranno applicate le disposizioni del Codice delle obbligazioni e della Legge federale sul Lavoro nell'industria e l'artigianato»*, preannunciando nel contempo come ad ogni dipendente sarebbe stato consegnato *«un nuovo contratto di lavoro, con le nuove disposizioni che entreranno in vigore nel rispetto dei termini di disdetta previsti dal vecchio CCL ed in caso di firma del nuovo contratto di lavoro»*. Con scritto di medesima data indirizzato alla dipendente AP 1 e denominato *«Modifica contrattuale assortita di disdetta in caso di mancata accettazione»* la datrice di lavoro elencava le condizioni contrattuali così come riviste, ne preannunciava l'entrata in vigore per il 1° aprile 2010, rilevando come, *«in caso di mancato accordo, il contratto di lavoro sarà automaticamente disdetto per il 31 marzo 2010»*. La comunicazione in questione, sebbene dal tenore interlocutorio, predisponesse uno spazio per l'apposizione in calce della firma della dipendente (a lato di quella già apposta dalla rappresentante della società) a valere quindi quale formalizzazione del contratto, il contenuto dello scritto essendo ritenuto appunto tale dalla proponente, come precisato con la frase con-

clusiva del seguente tenore: *«il presente contratto e ogni contenzioso a esso relativo è retto dal diritto svizzero»*.

Il 23 gennaio 2010 AP 1 inviava una richiesta scritta di chiarimenti alla quale la datrice di lavoro ha risposto con scritto 27 gennaio 2010 consegnato *brevi manu*, in merito al quale la dipendente ha preso posizione il giorno stesso con scritto raccomandato. Il 28 gennaio 2010 la datrice di lavoro ha redatto una lettera di licenziamento e un separato scritto che comunicava come la proposta di nuovo contratto 21 gennaio 2010 fosse da ritenere come *«mai avvenuta e comunque rescissa»*. Entrambe le missive, indirizzate a AP 1 e indicanti l'intenzione della mittente di recapitarle nella forma di *«raccomandata a mano»*, non sono state ritirate dalla destinataria in occasione di un colloquio tenutosi il 29 gennaio 2010. Queste sono quindi state spedite il giorno stesso con invio postale raccomandato accompagnate da uno scritto che, riferendosi a tale colloquio avvenuto alla presenza di altri dipendenti, ricordava tale circostanza (*«come da lei richiesto, e visto il suo rifiuto a ritirare la disdetta e a rilasciare la ricevuta per notificare la consegna della stessa, Le trasmettiamo anche per posta la lettera «Raccomandata a mano» del cui contenuto è già stata informata verbalmente»*). L'invio postale in questione è stato ritirato dalla destinataria il 3 febbraio 2010. In precedenza, ovvero il 1° febbraio 2010, la dipendente si era rivolta al medico curante che ne aveva certificato l'inabilità lavorativa a partire da tale data. Il certificato medico attestava altresì trattarsi di una ricaduta della malattia pregressa ovvero di una sindrome ansioso depressiva in relazione alla quale la dipendente era stata assente dal lavoro per malattia dal 30 settembre 2009 al 4 gennaio 2010. Con scritto 4 febbraio 2010 l'organizzazione sindacale rappresentante AP 1 ha contestato la disdetta, ritenuta nulla siccome recapitata il 3 febbraio 2010 ovvero durante il periodo di malattia della dipendente, rilevando altresì come la disdetta fosse un atto di rappresaglia siccome notificata in relazione al disaccordo sorto tra le parti dopo il tentativo di imporre un nuovo contratto di lavoro gravemente lesivo degli interessi della lavoratrice e a seguito dei chiarimenti da questa richiesti in merito.

La successiva corrispondenza intercorsa tra le parti non ha permesso di appianare le divergenze e con istanza 15 settembre 2010 AP 1 ha quindi convenuto in giudizio AO 1. Con sentenza del 6 maggio 2013, la Pretora aggiunta ha parzialmente accolto l'istanza. Con i rispettivi atti di appello le parti postulano entrambe la riforma del giudizio pretorile.

Considerato in diritto (estratti):

Appello di AP 1

3.

Alla Pretora aggiunta viene poi rimproverato di non avere riconosciuto l'abusività della disdetta ai sensi dell'art. 336 CO, non avendo tratto le debite conclusioni dopo aver correttamente accertato come la datrice di la-

voro rimanesse comunque sottoposta al CCL fino alla sua scadenza di validità (a fine 2012), a prescindere dal fatto di aver nel frattempo lasciato l'organizzazione padronale firmataria. A mente dell'appellante il carattere abusivo del licenziamento sarebbe già dato dal solo fatto che la disdetta sia stata la conseguenza diretta della mancata accettazione di un contratto di lavoro a condizioni meno favorevoli rispetto a quelle del CCL applicabile, già la semplice imposizione ad un dipendente di condizioni di lavoro meno favorevoli essendo in tale circostanza un atto abusivo della datrice di lavoro.

La censura è fondata. Infatti, che la nuova proposta di contratto comportasse un peggioramento delle condizioni contrattuali per tutti i dipendenti dell'azienda e dunque anche per l'appellante è circostanza riconosciuta dalla Pretora aggiunta (sentenza pag. 15: «Era infatti già chiaro che le nuove condizioni salariali erano meno vantaggiose rispetto alle precedenti ed era altresì manifesta l'entità del peggioramento») e peraltro rimasta incontestata. La datrice di lavoro ha indicato in modo esplicito che la continuazione del rapporto di lavoro risultava possibile solo in caso di adesione alla nuova proposta contrattuale e quindi di accordo sulle nuove condizioni (lettere 21 gennaio 2010). Con tale imposizione unilaterale di una modifica dei termini contrattuali la datrice di lavoro ha però commesso una violazione delle condizioni contrattuali alle quali aveva deciso di sottoporre il rapporto d'impiego con i suoi dipendenti in qualità di membro dell'organizzazione padronale firmataria di un CCL, applicabile fino alla sua scadenza di validità, ovvero fino alla fine del 2012. La Pretora aggiunta ha quindi tratto una conclusione errata e contraddittoria, avendo dapprima correttamente accertato come la scelta dell'azienda convenuta di lasciare anzitempo l'organizzazione padronale firmataria del CCL non poteva avere effetto in merito agli obblighi derivanti da tale impegno, ma considerando poi però come legittima l'imposizione unilaterale di un contratto di lavoro non rispettoso di quel CCL ancora in vigore. Già per questo motivo, tenuto conto delle circostanze concrete, la disdetta del contratto di lavoro conseguente alla mancata adesione alle nuove condizioni contrattuali proposte ai dipendenti, e quindi all'istante, deve essere qualificata come abusiva ai sensi dell'art. 336 CO. La dipendente si è infatti concretamente rifiutata di concludere un nuovo contratto in contrasto con le disposizioni del contratto collettivo ancora in vigore (WYLER, *Droit du travail*, 2^a ed., p. 537). Su questo punto l'appello merita pertanto accoglimento.

4.

L'appellante rimprovera inoltre alla prima giudice di non aver rilevato l'atteggiamento nuovamente abusivo tenuto dalla datrice di lavoro nei suoi confronti a seguito delle richieste di spiegazioni formulate. Oltre ad aver cercato di far credere alla dipendente che non vi fossero cambiamenti rilevanti la convenuta non avrebbe fornito i necessari chiarimenti e, a torto, la Pretora aggiunta ha quindi qualificato l'insistenza della dipendente come superflua, rimproverandole così un atteggiamento scorretto e riconducendo

di conseguenza la decisione di interrompere il rapporto d'impiego al «rapporto professionale e di lavoro non più soddisfacente» (sentenza pag. 15).

4.1 Anche questa censura risulta fondata. La Pretora aggiunta ha infatti erroneamente ritenuto che le ripetute richieste di chiarimento configurassero un comportamento inadeguato della dipendente e tale da giustificare un licenziamento, essendo di conseguenza venuto meno il necessario rapporto di fiducia. Sennonché le richieste in questione sono state rivolte dalla dipendente in tempi e modi adeguati, ovvero con una prima lettera del 23 gennaio 2010 con una serie di quesiti e il riferimento alle informazioni fornite nella riunione del 21 gennaio 2010 e in seguito con lettera 27 gennaio 2010 con la quale esponeva le perplessità presenti anche dopo le spiegazioni scritte ricevute il giorno stesso. A tale lamentata mancanza di informazioni facevano pure riferimento gli scritti 29 gennaio 2010 e 4 febbraio 2010 dell'organizzazione sindacale che ha assunto la rappresentanza della dipendente.

Dagli atti emerge come le nuove condizioni contrattuali fossero tutt'altro che evidenti, contrariamente a quanto a torto preteso dalla convenuta. Per nulla chiarita nei citati scambi di corrispondenza risulta anzitutto la questione del valore vincolante tra le parti del CCL in vigore, circostanza questa del tutto ignorata dalla datrice di lavoro, addirittura ancora nelle tesi esposte con gli allegati di causa, malgrado la patrocinatrice della dipendente abbia chiaramente rivendicato l'applicazione del CCL a prescindere dall'appartenenza all'associazione di categoria già con lo scritto 29 gennaio 2010. Evidente e facilmente comprensibile per la lavoratrice risultava certo il mancato versamento di una tredicesima mensilità, già lo scritto 21 gennaio 2010 risultando esplicito al riguardo. Non si può dire altrettanto per le informazioni disponibili in merito alla questione assicurativa. Nessuna indicazione è stata spontaneamente fornita dalla convenuta a proposito delle modifiche assicurative temute dalla dipendente e, pur dopo le richieste di quest'ultima (lettera 23 gennaio 2010) la risposta scritta 27 gennaio 2010 si è limitata ad indicare come «per quanto riguarda il pagamento dello stipendio in caso di impedimento ad eseguire il lavoro per malattia o infortunio, la società ha stipulato delle assicurazioni collettive secondo le disposizioni legali che garantiscono il versamento dell'80% dello stipendio durante il periodo di inabilità lavorativa, compreso il periodo di attesa». L'informazione così fornita risulta tutt'altro che completa, non potendo essere sciolto il dubbio a sapere se la copertura assicurativa fosse da intendere quale soluzione equivalente ai sensi dell'art. 324a cpv. 4 CO, per semplicemente rispettare i minimi legali imposti dalle norme imperative del CO, oppure continuasse ad essere garantita una prestazione di livello superiore a tali requisiti minimi di legge, analoga appunto a quella prevista dall'art. 27 CCL ispirata alle più ampie prestazioni garantite da contratti collettivi di assicurazione per la perdita di guadagno ai sensi della LAMal, di cui meglio si dirà in seguito (considerando n. 10).

La questione delle coperture assicurative, quindi delle tutele in caso di impedimento al lavoro, è oggettivamente rilevante per qualsiasi dipendente, al pari della più evidente questione della remunerazione mensile. Tale interesse risultava a maggior ragione nel caso specifico dell'istante che aveva da poco ripreso il lavoro dopo un'assenza per malattia di alcuni mesi conseguente ad una sindrome ansioso depressiva.

In tali circostanze, le reiterate richieste di chiarimenti da parte della dipendente risultano pertanto oggettivamente appropriate e finanche necessarie e l'atteggiamento della datrice di lavoro che, come peraltro ribadisce in questa sede, pretendeva invece che l'unica modifica contrattuale di rilievo consistesse nel mancato versamento della tredicesima mensilità, risulta invece contrario agli obblighi di informazione che le incombevano nei confronti della controparte contrattuale e una sua reazione infastidita risulta pertanto ingiustificata. La conclusione della prima giudice è quindi contraddetta da quanto emerge dagli atti, non potendosi giustificare un licenziamento della dipendente in relazione alle sue giustificate richieste di informazioni su aspetti del rapporto contrattuale rimasti, allora come in parte tutt'ora, non meglio chiariti.

La Pretora aggiunta non poteva fare astrazione dalle circostanze concrete e dalle giustificate motivazioni alla base delle richieste di chiarimento della dipendente. Sulla base di questi elementi era pertanto tenuta per le stesse considerazioni esposte nella sentenza (pag. da 10 a 13, con ampie citazioni di dottrina e giurisprudenza alle quali si rimanda e che non occorre in questa sede riproporre), a constatare il carattere abusivo del licenziamento ai sensi dell'art. 336 CO, segnatamente in applicazione del cpv. 1 lett. d di tale norma che qualifica come abusiva la disdetta data perché il destinatario fa valere in buona fede pretese derivanti dal rapporto di lavoro e tenuto conto altresì delle modifiche contrattuali proposte risultanti fortemente penalizzanti e come tali inique e irragionevoli.

4.2 La convenuta ha peraltro cercato di accreditare la tesi che il rapporto professionale e di collaborazione tra le parti non fosse più soddisfacente. A torto la Pretora aggiunta ha ritenuto tale circostanza provata. Infatti la stessa proposta di continuare il rapporto d'impiego sulla base del nuovo contratto lascia piuttosto dedurre il contrario e non appare neppure verosimile che i rimproveri mossi alla dipendente fossero fondati, se solo si considera come questa sia stata assente dal lavoro, poiché impedita per malattia fino al 4 gennaio 2010 e come nei pochi giorni effettivi di lavoro trascorsi (da quella data sino al momento delle contestate vicende connesse con il licenziamento) non risultano sue manchevolezze rilevanti o altre inadempienze contrattuali.

Per nulla concludenti al riguardo risultano inoltre le dichiarazioni rese dai testi, riportate a pagina 13 del giudizio impugnato, che attestano, in modo peraltro assai generico, cambiamenti intervenuti a proposito dell'ambiente lavorativo, ma senza permettere di identificare una causa imputabile prevalentemente all'istante. Anzi, a ben vedere le dichiarazioni rese dal te-

ste X. permettono piuttosto di concludere in senso contrario, indicando come più di un dipendente, istante compresa, si siano trovate a disagio a seguito di cambiamenti sopraggiunti a livello di conduzione amministrativa della ditta. Anche su questo punto il giudizio impugnato non può pertanto trovare conferma.

4.3 Abbondanzialmente va inoltre rilevato come, a prescindere dall'abusività della disdetta in oggetto per i motivi summenzionati, già in termini più generali dottrina e giurisprudenza qualificano come abusiva ai sensi dell'art. 336 CO la disdetta data al dipendente a seguito del rifiuto di sottoscrivere un contratto non rispettoso delle condizioni fissate in un CCL non ancora giunto a scadenza e come tale esplicante i suoi effetti, l'uscita anzitempo dall'organizzazione padronale non potendo in alcun modo permettere al datore di lavoro di sottrarsi agli effetti della convenzione collettiva, pena un indebito vantaggio verso le altre imprese firmatarie vincolate fino alla prevista scadenza (WYLER, op. cit., p. 537 n. 1.3.3 e giurisprudenza ivi menzionata).

4.4 In conclusione, ritenuto il carattere abusivo della disdetta del contratto di lavoro ai sensi dell'art. 336 CO, l'appello va accolto anche su questo aspetto e la decisione impugnata di conseguenza riformata.

5.

L'appellante ribadisce la richiesta di condanna della convenuta al risarcimento di una somma pari a sei mensilità, per complessivi fr. 24 000.–. Ammessa la ricevibilità della pretesa, occorre ora quantificare l'indennità dovuta ai sensi dell'art. 336a cpv. 1 CO, ritenuto che l'autorità d'appello, anziché rinviare la causa alla giurisdizione inferiore ex art. 318 cpv. 1 lett. c. n. 1 CPC, può eccezionalmente statuire anche nel caso in cui – come qui – il giudice di prime cure non abbia giudicato una parte essenziale dell'azione (MATHYS, in: Baker & McKenzie, Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), n. 9 ad art. 318 CPC).

La parte che disdice in maniera abusiva il rapporto di lavoro deve all'altra un'indennità il cui ammontare viene stabilito dal giudice, tenuto conto di tutte le circostanze (art. 336a cpv. 1 CO), che non può superare l'equivalente di sei mesi di salario del lavoratore (art. 336a cpv. 2 CO). L'indennità ha duplice natura, punitiva dell'autore e riparatrice del torto inflitto al dipendente (DTF 123 III 391; JAR 1999, pag. 232; STAEHELIN, Zürcher Kommentar, Zurigo 1996, n. 3 ad art. 336a CO; AUBERT, Commentaire romand CO, n. 2 ad art. 336a). Il giudice fissa l'indennità in base all'equità (art. 4 CC) e alla luce di tutte le circostanze concrete e gode pertanto di un ampio margine di apprezzamento sulla determinazione dell'indennità, il cui unico limite è rappresentato dall'importo equivalente a sei mensilità di salario del lavoratore. Per quantificare l'indennità da corrispondere al lavoratore, il giudice valuta liberamente tutte le circostanze del caso, in particolare la gravità del pregiudizio alla personalità del lavoratore, le conseguenze per il dipendente, l'intensità e la durata delle relazioni contrattuali tra le parti, il modo in cui è avvenuta la disdetta del rapporto di

lavoro, la solvibilità e la posizione sociale del datore di lavoro e una eventuale concolpa della parte licenziata (DTF 123 III 391; JAR 2004 pag. 540; JAR 1999, pag. 232; SJ 1995, pag. 805).

L'istante non ha indicato in modo preciso e compiuto quali sarebbero gli elementi puntuali invocati a giustificazione di una pretesa pari al massimo legale di sei mensilità previsto dall'art. 336a cpv. 2 CO, limitandosi sostanzialmente a invocare le circostanze del licenziamento e la grave malattia che l'avrebbe colpita a seguito dell'accaduto. Va rilevato come neppure la convenuta abbia profuso particolari sforzi per allegare circostanze utili ai fini della commisurazione dell'indennizzo, limitandosi sostanzialmente a contestare la pretesa, rivendicando la legittimità della disdetta e le circostanze in cui si è vista costretta ad adottare tale decisione.

L'appellante non è stata comunque in grado di dimostrare di aver subito un «forte trauma» a seguito alle modalità del licenziamento. Sulla base delle allegazioni delle parti e delle risultanze istruttorie emergono comunque quali circostanze rilevanti a favore della richiesta dell'istante la lunga durata del rapporto di impiego (dal lontano 1975 al 2010), il licenziamento abusivo giunto in una fase delicata della vita professionale della dipendente (caratterizzata da problemi di salute che ne hanno pregiudicato l'abilità lavorative per alcuni mesi, dal 30 settembre 2009 al 4 gennaio 2010, e in seguito a partire dal 1° febbraio 2010 e le modalità sbrigative con le quali è stato negato il diritto a informazioni rilevanti.

D'altro canto va però tenuto conto delle circostanze in cui ha agito la convenuta, ovvero nell'ambito di scelte aziendali di carattere generale che la prima giudice ha ritenuto essere un «processo di riassetto contrattuale dei rapporti di lavoro in essere con i propri dipendenti» (sentenza pag. 5). Per quanto rivela abusiva, la disdetta notificata alla dipendente appellante non può pertanto essere considerata come frutto di cattiva volontà nei suoi confronti, ma risulta piuttosto conseguenza di una decisione aziendale di ordine più generale che ha portato a disdire i contratti di tutti i dipendenti, con precedente abbandono dell'associazione di categoria firmataria del CCL in vigore per quel settore. Appare pertanto adeguato, tenuto conto delle circostanze concrete e facendo uso dell'ampio margine di apprezzamento conferito a questa Camera nel decidere in base all'equità (art. 4 CC), riconoscere un'indennità per disdetta abusiva pari a fr. 14 000.–, in luogo dei 24 000.– richiesti dall'istante.

Per i motivi già evocati nel giudizio impugnato, non vi è per contro spazio alcuno per il riconoscimento di una pretesa dell'istante a titolo di torto morale, non essendo ravvisabile una lesione della personalità distinta rispetto a quella risultante dalla disdetta abusiva imputata alla convenuta. L'appellante, venendo meno al suo obbligo di motivazione, omette peraltro di indicare le ragioni di una simile richiesta aggiuntiva (DTF 135 III 405).

Arrêt communiqué par Mme E. Epiney-Colombo, Présidente de la seconde Chambre civile du Tribunal d'appel du canton du Tessin

Kanton Waadt

Tribunal cantonal du canton de Vaud, Cour civile, Jugement du 16 janvier 2014

Contrat de travail ou contrat de mandat? Lorsque le contrat consiste en une prestation de service, la loi ne prévoit pas de présomption générale en faveur du contrat de travail. Il faut ainsi apprécier la situation de manière globale, en recherchant des indices en faveur de l'une ou l'autre forme juridique (c. IV.b).

Art. 319 CO. L'employeur décide comment, quand et où la prestation doit être exécutée et dispose, dans le cadre des rapports contractuels, de la capacité de travail de l'employé pour ses buts et besoins. En principe, des instructions qui ne se limitent pas à de simples directives générales sur la manière d'exécuter la tâche, mais influent sur l'objet et l'organisation du travail et instaurent un droit de contrôle de l'ayant droit, manifestent l'existence d'un contrat de travail. Les éléments suivants plaident en faveur de l'existence d'un contrat de travail: une rémunération fixe ou périodique, la mise à disposition d'une place de travail et d'outils, la prise en charge par l'employeur du risque de l'entreprise, l'intensité et la durée des rapports contractuels, l'obligation de rendre compte de son activité et le caractère exclusif ou majoritaire de celle-ci, le prélèvement de cotisations sociales sur la rémunération due ou encore la qualification d'activité lucrative dépendante par les autorités fiscales ou les assurances sociales (c. IV.c).

Extraits des faits:

La Commune de X., défenderesse à la présente procédure, est sise dans le canton de Vaud. Le demandeur Y., né le 20 février 1941, était domicilié à Phuket (Thaïlande) au moment de l'introduction de l'instance. Le 28 août 2000, la Municipalité de la défenderesse a décidé de s'assurer le concours d'un urbaniste-conseil. Le poste a été proposé au demandeur. La défenderesse et le demandeur, qui était au chômage et souhaitait retrouver rapidement une activité, ont conclu le 11 septembre 2000 un contrat intitulé «contrat de mandat», qui prévoit notamment ce qui suit:

«(...) 1. Nature du contrat Le présent contrat est régi par les dispositions des articles 394 et suivants du Code des obligations.

2. Objet du mandat Y. agira en qualité d'urbaniste-conseil de la Ville de X. selon le cahier des charges annexé. (...)

5. Locaux Pour l'exécution de son mandat, la Commune de X. mettra gratuitement à disposition d'Y. un bureau équipé ainsi que les services du secrétariat et de la Direction UC.

6. Présence, volume Le mandataire sera présent à l'Hôtel de Ville de X. les lundis, mercredis et vendredis entre 8h et 12h pour participer aux séances prévues par le cahier des charges et celles demandées par le municipal, responsable du dicastère de l'Urbanisme et des nouvelles constructions. Le présent mandat représente un minimum de 1000 h / année facturables. (...)

10. Reconnaissance d'indépendant A la signature du présent contrat, le mandataire reconnaît avoir entrepris toutes les démarches nécessaires pour être inscrit en qualité d'indépendant auprès de la Caisse de compensation AVS. Il est reconnu comme tel.

11. Assurances Le mandataire reconnaît avoir conclu pour lui-même, les couvertures d'assurances nécessaires contre le risque maladie, accident ainsi que responsabilité civile. (...)

Il n'est pas établi que le demandeur ait cherché à discuter de son statut, qu'il n'a jamais contesté. Il n'a pas entrepris de démarche dans ce sens pendant la durée de son contrat et a pu largement profiter des avantages de l'indépendance aux plans personnel, organisationnel et temporel, pouvant par exemple rentrer chez lui parce qu'il faisait trop chaud. Le demandeur était très libre dans la gestion de son temps et n'était pas soumis à l'horaire de travail réglementaire des employés de la défenderesse. Il était également libre dans l'exécution de ses prestations. Le demandeur a travaillé sur de multiples projets. Il a notamment collaboré à l'élaboration de plans directeurs de même qu'à la réalisation de plans d'affectation. Il a mis au point des études d'urbanisme ainsi que, dans ce même domaine, des projets à développer et des prévisions pour les besoins futurs. Il assumait le travail administratif lié à ses projets et estimait le budget pour les études qu'il proposait, sans toutefois s'occuper des questions d'amortissements ou d'autres éléments de ce genre. Le demandeur devait assister à des séances fixées en dehors des horaires de l'administration communale à raison d'environ une fois par semaine, y compris le soir, entre 18h30 et 20 heures. Le demandeur a également participé à quelques séances tenues le soir, mais peu nombreuses, pour un projet nommé «Agenda 21», visant à reprendre les grandes lignes du développement durable notamment dans le cadre de l'urbanisme de la défenderesse. Lorsqu'une personne se présentait au guichet avec une question en matière d'urbanisme, une secrétaire venait le chercher pour y répondre. Les appels téléphoniques qu'il recevait lui étaient transférés par le secrétariat. Pendant la durée du contrat, le demandeur a payé ses cotisations d'assurance sociale comme un indépendant et rempli ses déclarations d'impôts en se désignant comme tel.

Le 15 avril 2002, le demandeur et l'Association des communes de [...] ont signé un contrat intitulé «contrat de mandat», dont la teneur est notamment la suivante:

«(...) 1. Nature du contrat Le présent contrat est régi par les dispositions des articles 394 et suivants du Code des obligations.

2. Objet du mandat Y. agira en tant que Conseiller général. Il devra notamment, sur demande: 1. Conseiller le comité de [...]. 2. Rédiger les préavis et les communications de [...]. 3. Seconder le Président et le Comité. 4. Représenter [...] auprès d'associations ou de services cantonaux et de porter à la connaissance du Comité tout élément pouvant intéresser la région dans le cadre de ses objectifs généraux. (...)

6. Présence, volume Le mandataire sera présent à l'Hôtel de Ville de X. à un taux mensuel de 14 à 18 heures. Le présent mandat représente un maximum de 200 heures par an. Y. peut être spécialement mandaté à la tâche et ceci en dehors des heures prévues dans ce contrat. (...)

10. Reconnaissance d'indépendant A la signature du présent contrat, le mandataire reconnaît avoir entrepris toutes les démarches nécessaires pour être inscrit en qualité d'indépendant auprès de la Caisse de compensation AVS. Il est reconnu comme tel.

11. Assurances Le mandataire reconnaît avoir conclu pour lui-même, les couvertures d'assurances nécessaires contre le risque maladie, accident ainsi que responsabilité civile. (...)

Par courrier du 21 août 2006, la défenderesse a dénoncé le contrat du 11 septembre 2000 conclu avec le demandeur, avec effet au 28 février 2007. Le 4 septembre 2006, la défenderesse a fait paraître une offre d'emploi pour un poste de chef du service [...]. Par déclaration écrite du 19 mars 2007, la défenderesse a renoncé à se prévaloir de la prescription à l'encontre des prétentions du demandeur fondées sur le contrat du 11 septembre 2000 et ce, jusqu'au 31 décembre 2007.

Par demande du 29 octobre 2008, Y., qui plaide au bénéfice de l'assistance judiciaire, a sollicité la condamnation de la Commune de X. à lui verser la somme de fr. 300 000.– avec intérêts. En cours d'instruction, un expert-comptable a été mandaté en la personne de [...], de la société [...], à [...], en vue notamment d'examiner les aspects fiscaux des activités du demandeur. L'expert a déposé son rapport principal le 25 août 2010 et un rapport complémentaire le 20 avril 2011.

Extraits des considérants:

II.

Le demandeur étant domicilié en Thaïlande au jour de l'introduction d'instance, la cause revêt un caractère international et il faut ainsi déterminer le droit applicable.

L'activité du demandeur consistant à préparer des projets d'urbanisme mais sans participer à leur mise en œuvre, elle ne relève pas de l'activité régaliennne de la défenderesse. Nonobstant le fait que la défenderesse soit une collectivité publique, les prétentions du demandeur sont ainsi fondées sur le droit civil fédéral (TF 4A_319/2011 du 16 juillet 2012 c. 1.2 in fine) et la cause est soumise aux dispositions du droit privé, en particu-

lier celles de la LDIP (loi fédérale sur le droit international privé du 18 décembre 1987; RS 291).

Selon l'art. 117 LDIP, le contrat est régi par le droit de l'Etat avec lequel il présente les liens les plus étroits (al. 1); ces liens sont réputés exister avec l'Etat de résidence habituelle de la partie fournissant la prestation caractéristique (al. 2) soit, pour le mandat, la prestation de service (al. 3 litt. c). Les droits et devoirs des parties étant fixés lors de la conclusion du contrat, c'est ce moment qui est pertinent pour l'application de la présomption de l'art. 117 al. 2 LDIP (ATF 133 III 90 c. 2.5 et réf. cit., JT 2007 I 302, rés. in SJ 2007 I p. 197). Le contrat de travail est pour sa part soumis au droit de l'Etat dans lequel le travailleur accomplit habituellement son travail (art. 121 al. 1 LDIP).

En l'espèce, le contrat a été conclu et exécuté en Suisse, et rien dans l'état de fait ne permet de renverser la présomption de l'art. 117 al. 2 LDIP selon laquelle le droit suisse est applicable. Dès lors, quelle que soit la qualification donnée au contrat, ce dernier est soumis au droit suisse.

III.

Le demandeur est d'avis qu'il était lié à la demanderesse par un contrat de travail et prétend, en vertu de cette qualification, au paiement de 300 000 francs. Ce montant englobe divers montants qu'il prétend avoir indûment payés, savoir le remboursement de ses charges d'exploitation, la TVA et la part patronale de l'AVS. Il invoque en outre un manque à gagner de plusieurs dizaines de milliers de francs, soutenant qu'il aurait dû percevoir, en tant qu'employé, le salaire mensuel d'un chef de service, soit au moins 12 000 francs. Ces prétentions sont chiffrées après déduction des économies d'impôts réalisées pendant la période concernée en raison des revenus inférieurs que le demandeur a réalisés.

La défenderesse soutient pour sa part que le demandeur a conclu, en toute connaissance de cause, un contrat de mandat et que ses prétentions sont dès lors mal fondées. Selon elle, il fait preuve de mauvaise foi en se prévalant d'un contrat de travail après avoir bénéficié des avantages du statut d'indépendant pendant l'entier des rapports contractuels.

IV.

a) En présence d'un litige concernant 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, soit par erreur, soit pour déguiser la nature véritable de leur convention (art. 18 al. 1 CO [loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le code civil suisse, livre cinquième: code des obligations; RS 220]; ATF 128 III 419 c. 2.2, SJ 2003 I p. 33; ATF 127 III 444 c. 1b, rés. in JT 2002 I 213). Cette recherche est qualifiée d'interprétation subjective (ATF 125 III 305 c. 2b, JT 2000 I 635). Le juge détermine librement la nature de la convention d'après l'aménagement objectif de la relation contractuelle (objektive Vertragsgestaltung), sans être lié par la qualification même concordante donnée par les parties (ATF 84 II 493 c. 2, JT 1959 I

156; TF 4A_194/2011 du 5 juillet 2011 c. 5.3, rés. in JT 2012 II 198). La dénomination d'un contrat n'est pas déterminante pour évaluer sa nature juridique (ATF 131 III 217 c. 3, SJ 2005 I p. 437; ATF 129 III 664 c. 3.1, rés. in JT 2004 I 60; TF 4A_602/2013 du 27 mars 2014 c. 3.1). La qualification juridique d'un contrat est une question de droit (ATF 131 III 217 c. 3), mais déterminer ce que les parties savent ou veulent au moment de conclure relève des constatations de fait (ATF 118 II 58 c. 3a et les arrêts cités, rés. in JT 1993 I 54; TF 3C.384/2004 du 6 janvier 2005 c. 3.1).

Le juge se fondera en premier lieu sur les termes utilisés par les parties. A titre complémentaire, il prendra en compte les circonstances (ATF 132 III 268 c. 2.3.2, JT 2006 I 564, rés. in SJ 2006 I 359). La doctrine mentionne à cet égard le contexte de la conclusion du contrat, le comportement des parties avant et après la conclusion, leurs intérêts respectifs et le but du contrat, ces éléments pouvant fournir des informations sur la volonté des parties et sur leurs intentions (WINIGER, Commentaire romand CO I, 2^e éd., Bâle 2012, nn. 25, 32 ss. et 37 ad art. 18 CO).

Si la volonté réelle des parties ne peut pas être établie ou si les volontés intimes divergent, le juge doit interpréter les déclarations et les comportements selon la théorie de la confiance (ATF 133 III 61 c. 2.2.1, rés. in JT 2008 I 74, SJ 2007 I p. 21), en recherchant comment une déclaration ou une attitude pouvait être comprise de bonne foi en fonction de l'ensemble des circonstances (interprétation dite objective; ATF 135 III 295 c. 5.2). Le principe de la confiance permet d'imputer à une partie le sens objectif de sa déclaration ou de son comportement, même s'il ne correspond pas à sa volonté intime. Pour trancher cette question de droit, il faut cependant se fonder sur le contenu de la manifestation de volonté et sur les circonstances, qui relèvent du fait (ATF 132 III 268 c. 2.3.2 précité; ATF 131 III 606 c. 4.1, rés. in JT 2006 I 126; ATF 130 III 417 c. 3.2, rés. in JT 2004 I 268, SJ 2004 I 533). 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 cependant pas lieu de s'écarter du sens littéral du texte adopté par les intéressés lorsqu'il n'existe aucune raison sérieuse de penser qu'il ne correspond pas à leur volonté (ATF 136 III 186 c. 3.2.1, SJ 2010 I 317).

b) Lorsque le contrat consiste en une prestation de service, la loi ne prévoit pas de présomption générale en faveur du contrat de travail (AUBERT, Commentaire romand CO I, n. 21 ad art. 319 CO; DUNAND, n. 38 ad art. 319 CO in Dunand/Mahon (éd.), Commentaire du contrat de travail, Berne 2013). Il faut ainsi apprécier la situation de manière globale, en recherchant des indices en faveur de l'une ou l'autre forme juridique (PORTMANN, Basler Kommentar OR I, 2011, n. 15 ad art. 139 CO).

Selon l'art. 319 al. 1 CO, le contrat individuel de travail est celui par lequel le travailleur s'engage, pour une durée déterminée ou indéterminée, à travailler au service de l'employeur et celui-ci à payer un salaire fixé d'après le temps ou le travail fourni (salaire aux pièces ou à la tâche). Les éléments caractéristiques de ce contrat sont donc une prestation de travail, un rapport de subordination, une rémunération et un élément de durée (TF 2C_714/2010 du 14 décembre 2010 c. 3.4.1 et réf. cit.).

L'art. 394 al. 1 CO prévoit pour sa part que le mandat est un contrat par lequel le mandataire s'oblige, dans les termes de la convention, à gérer l'affaire dont il s'est chargé ou à rendre les services qu'il a promis. Le contrat de mandat comprend deux éléments constitutifs soit, d'une part, que le mandataire rende certains services et, d'autre part, que ces services soient rendus en vue d'un certain résultat (TERCIER/FAVRE/CONUS, les contrats spéciaux, Genève-Zurich-Bâle 2009, nn. 4980 ss pp. 744 s.). Les services peuvent consister en toute activité. Le contenu exact des services à rendre se détermine d'après la volonté des parties, notamment en fonction du but qu'elles poursuivent par le mandat (MÜLLER, Contrats de droit suisse, Berne 2012, n. 1902 p. 389).

c) Le lien de subordination constitue le critère distinctif essentiel entre les deux contrats (ATF 125 III 78 c. 4, SJ 1999 I p. 385; TF 4A_602/2013 du 27 mars 2014 c. 3.2; STAEHELIN, Kommentar, 4^e éd. 2006, n. 26 ad art. 319 CO). Ce lien se déduit de l'ensemble des circonstances concrètes, sur la base de critères fondés sur le droit privé, et non sur le droit de la poursuite et de la faillite, des assurances sociales ou du droit fiscal (ATF 128 III 129, JT 2003 I 10, SJ 2002 I 389, cité in TERCIER/FAVRE/CONUS, op. cit., n. 5002 p. 748).

Contrairement au mandataire qui, dans les limites des instructions du mandant, agit de manière indépendante et sous sa propre responsabilité, le travailleur se trouve au service de l'employeur, en ce sens qu'il lui est subordonné et accepte de se soumettre à son contrôle (TF 2C_714/2010 du 14 décembre 2010 c. 3.4.2 et réf. cit.). Le travailleur est placé dans la dépendance de l'employeur sous l'angle temporel, spatial et hiérarchique (ATF 130 III 213 c. 2.1, JT 2004 I 223; TF 4A_454/2007 du 5 février 2008 c. 2.3; DUNAND, op. cit., n. 16 ad art. 319 CO; AUBERT, op. cit. n. 7 ad art. 319 CO), ainsi que sous l'aspect organisationnel (DUNAND, op. cit., n. 17 ad art. 319 CO; FAVRE/MUNOZ/TOBLER, Le contrat de travail, Code annoté, 2^e éd., Lausanne 2010, n. 1.5 ad art. 329a CO et réf. cit.). L'employeur décide comment, quand et où la prestation doit être exécutée et dispose, dans le cadre des rapports contractuels, de la capacité de travail de l'employé pour ses buts et besoins (VISCHER, Der Arbeitsvertrag in Schweizerisches Privatrecht, vol. VII/4, 3^e éd., Bâle-Genève-Munich 2005, p. 5). En principe, des instructions qui ne se limitent pas à de simples directives générales sur la manière d'exécuter la tâche, mais influent sur l'objet et l'organisation du travail et instaurent un droit de contrôle de l'ayant droit, manifestent l'existence d'un contrat de travail (TF

2C_714/2010 du 14 décembre 2010 c. 3.4.2 et réf. cit.; DUNAND, op. cit., n. 16 ad art. 319 CO).

Le critère de la subordination doit être relativisé en ce qui concerne les personnes exerçant des professions typiquement libérales ou ayant des fonctions dirigeantes. L'indépendance de l'employé est alors beaucoup plus grande et la subordination est alors essentiellement organisationnelle (WYLER/HEINZER, op. cit. p. 21; PORTMANN, op. cit., n. 11 ad art. 319 CO). La subordination organisationnelle suppose l'intégration du travailleur dans la structure de l'entreprise (TF 4C.66/2006 du 28 juin 2006 c. 2.1.2). Il est alors intégré dans l'organisation hiérarchique d'autrui et reçoit des instructions par ses supérieurs (ATF 136 III 518 c. 4.4, JT 2011 II 189, SJ 2011 I p. 89). Les éléments suivants plaident en faveur de l'existence d'un contrat de travail: une rémunération fixe ou périodique, la mise à disposition d'une place de travail et d'outils, la prise en charge par l'employeur du risque de l'entreprise (STAEHELIN, op. cit., n. 33 ad art. 319 CO; REHBINDER/STÖCKLI in Berner Kommentar, 3^e éd. 2010, n. 44 ad art. 319 CO), l'intensité et la durée des rapports contractuels (FAVRE/MUNOZ/TOBLER, op. cit., n. 1.4 ad art. 319 CO; plus nuancé quant au critère de durée: MÜLLER, op. cit., n. 1900 p. 389), l'obligation de rendre compte de son activité et le caractère exclusif ou majoritaire de celle-ci (PORTMANN, op. cit., n. 16 ad art. 319 CO; DUNAND, op. cit. n. 17 ad art. 319 CO), le prélèvement de cotisations sociales sur la rémunération due ou encore la qualification d'activité lucrative dépendante par les autorités fiscales ou les assurances sociales (TF 4A_602/2013 du 27 mars 2014 c. 3.2). La tenue d'une comptabilité pour l'activité concernée parle en revanche en faveur d'un contrat de mandat (PORTMANN, op. cit., n. 16 ad art. 319 CO).

Ainsi, le travailleur renonce à participer au marché comme entrepreneur assumant le risque économique et abandonne à un tiers l'exploitation de sa prestation, en contrepartie d'un revenu assuré (TF 4A_602/2013 du 27 mars 2014 c. 3.2; REHBINDER/STÖCKLI, op. cit., n. 64 ad art. 319 CO).

V.

a) Il est établi que la défenderesse voulait conclure un contrat de mandat. Il faut ainsi déterminer, dans un premier temps, si le demandeur partageait cette volonté.

Ce dernier prétend qu'étant chômeur et âgé de 59 ans, il se trouvait en position de faiblesse économique et n'a eu d'autre choix que de signer le contrat qui lui était présenté. Il en déduit l'existence d'un rapport de subordination.

aa) On relèvera en premier lieu que le demandeur confond la subordination dans le cadre des rapports de travail et la position de faiblesse d'une partie lors de la conclusion du contrat. Ce dernier cas de figure ne relève pas de la qualification du contrat, mais du vice de consentement, qui revêt la forme de l'erreur (art. 23 ss. CO), du dol (art. 28 CO) ou de la crainte fondée (art. 29 CO). Le demandeur ne se prévaut toutefois d'aucun de ces

vices, soutenant au contraire avoir valablement conclu un contrat, mais dont il conteste le contenu. Il est au demeurant établi que le demandeur n'a subi aucune contrainte lors de la conclusion du contrat et sa prétendue faiblesse économique est contredite par l'état de fait, puisqu'il a reçu une prestation de sortie le 24 juin 1999, moins de trois mois avant la conclusion du contrat, de sorte qu'il se trouvait alors à l'abri du besoin.

bb) A la lecture du contrat, sans s'arrêter à la désignation donnée par les parties, la Cour retient les éléments suivants.

Le contrat prévoit un horaire hebdomadaire obligatoire de trois matinées de quatre heures, soit douze heures, mais une charge de travail annuelle de mille heures. L'horaire de travail du demandeur n'était ainsi régulé que de manière très partielle, les heures concernées étant réservées pour la tenue de séances. Le demandeur était pour le surplus libre d'organiser son travail comme il l'entendait. Il s'est vu mettre à disposition un bureau et des services de secrétariat, mais sans obligation d'y exercer ses activités. Le contrat comprend en outre une clause lui reconnaissant un statut d'indépendant et une autre par laquelle il déclare avoir pris les dispositions découlant de ce statut s'agissant des assurances sociales et privées.

Ces éléments ne mettent en lumière aucun lien de subordination temporelle ou spatiale, la mise à disposition d'une place de travail ne fondant pas encore une position de dépendance du demandeur à l'égard de la défenderesse. Le contrat ne prévoit pas non plus sa subordination hiérarchique. Ainsi, l'interprétation littérale du contrat conduit à le qualifier de mandat au sens des art. 394 ss. CO.

Avant la conclusion du contrat, R. a par ailleurs expressément rappelé les conséquences du statut d'indépendant au demandeur. Il découle de la réponse de ce dernier, qui a mentionné ses projets en Thaïlande, qu'il a compris qu'il ne serait pas engagé comme employé et encore moins à temps plein. Le demandeur a en outre pris les dispositions requises par un statut d'indépendant à l'égard de l'autorité fiscale ainsi que des assurances sociales et privées. Pendant les rapports contractuels, il a profité de la liberté que lui conférait le contrat, pouvant décider de travailler depuis son domicile où il disposait d'un équipement informatique et bureautique. Ses périodes de facturation ont par ailleurs varié de quatre à cinquante-six jours (mois d'août et septembre 2005; mois d'octobre et novembre 2004) et certaines se chevauchent (période d'octobre à décembre 2004). Sa rémunération n'était donc ni fixe, ni périodique et régulière. Il n'est en outre pas établi que la défenderesse ait exercé le moindre contrôle sur le demandeur et encore moins de manière à influencer sur la manière dont il exécutait ses prestations. Le demandeur lui a certes consacré, pendant plus de six ans, une part très importante de son temps, mais il a également eu d'autres activités professionnelles, notamment auprès de l'Association des communes [...], lors de divers concours d'architecture et d'urbanisme ou pour ses projets précités en Thaïlande. On relèvera encore que, quoi qu'en pense le demandeur, le fait qu'A. ait auparavant bénéficié d'un contrat de travail est

sans pertinence, puisque les fonctions laissées vacantes par ce dernier ne lui ont pas été confiées, mais à C.

Il en découle que le contrat conclu et exécuté par les parties, conformément à la dénomination qu'elles lui ont donnée, est un contrat de mandat.

b) Vu cette qualification, le demandeur ne peut prétendre à aucune autre rémunération que les honoraires prévus contractuellement, qu'il ne conteste pas avoir perçus. Il n'a dès lors subi aucun manque à gagner et le chef de conclusion qu'il soulève à ce titre doit être rejeté.

En cas de mandat professionnel rémunéré, les honoraires sont censés couvrir les frais généraux découlant en particulier de l'installation professionnelle du mandant, notamment l'amortissement des installations et les frais de secrétariat (TERCIER/FAVRE/CONUS, op. cit., n. 5229 p. 784). Il n'est en l'espèce pas établi que les parties seraient convenues d'un autre régime et le demandeur, qui prétend au remboursement de ses charges d'exploitation, doit être débouté sur ce point.

Le demandeur étant indépendant, c'est en outre à lui qu'il revenait de prendre en charge l'entier de ses cotisations AVS (art. 8 ss et 14 al. 2 LAVS – loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants du 20 décembre 1946; RS 831.10). Il ne peut dès lors prétendre au remboursement de ces montants. On relèvera au demeurant qu'il aurait dû agir contre la Caisse AVS, et non contre la demanderesse, afin de récupérer un éventuel trop perçu.

Le même raisonnement s'applique en matière de TVA, l'imposition du demandeur étant la conséquence de son statut d'indépendant et la débitrice d'un éventuel montant indûment payé étant l'autorité taxatrice.

En définitive, les conclusions du demandeur doivent être intégralement rejetées.

Jugement communiqué par M.-A. Borel, premier greffier adjoint auprès du Tribunal cantonal du canton de Vaud

Tribunal cantonal du canton de Vaud, Cour civile, Jugement du 10 avril 2014

Art. 336 CO. 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. Des motifs prétextes ou non pertinents, une connexion chronologique étroite entre le moment où la prétention contractuelle est élevée et le moment où la résiliation intervient constituent souvent des indices d'un licenciement abusif (c. VI.c/cc).

Art. 336 al. 1 let. a CO. Si le licenciement d'un employé en raison de son âge est en principe abusif, il faut nuancer cette affirmation

(c. VI.c/cb). Il n'y a pas d'abus lorsque la raison justifiant le congé présente un lien avec le rapport de travail, en particulier avec le devoir de fidélité du travailleur (c. VI.c/cd). N'est ainsi pas abusif le licenciement d'un travailleur qui convient d'un rendez-vous avec un partenaire commercial important à l'insu de son employeur, lors duquel il critique les décisions de ce dernier. La conduite du travailleur doit être appréciée avec une rigueur accrue dès lors qu'il occupe un poste de cadre, à savoir de directeur général, et que, de par sa fonction, il est chargé de représenter son employeur vis-à-vis de ses partenaires commerciaux (c. VI.c/ce).

Art. 322 CO. Le salaire peut comprendre des prestations en nature telle que la jouissance d'un appartement, l'usage d'un véhicule, le logement et l'entretien dans le ménage de l'employeur ou des prix réduits sur certaines marchandises. Il appartient au travailleur de prouver que les prestations en nature dont il se prévaut font partie intégrante du salaire (c. VIII.a). En l'espèce, la mise à disposition d'un véhicule de démonstration constituait un avantage en nature dont la valeur annuelle a été estimée par l'expert à 14 400fr., soit 1200 fr. par mois, montant qui inclut l'essence, les assurances et les prestations en nature y afférentes (c. VIII.d).

Art. 339 CO. L'intérêt moratoire ne court en principe que dès la mise en demeure du débiteur par l'interpellation. Toutefois, en matière de contrat de travail, la loi prescrit l'exigibilité de toutes les créances découlant du contrat de travail à la fin de celui-ci. L'intérêt moratoire est dû dès que la prétention est exigible, sans interpellation préalable (c. X.b).

Extraits des faits:

La défenderesse E. SA a but est l'«exploitation de garages, ateliers de réparations et opérations relevant de la branche automobile». Son administrateur président est X. Le demandeur T., né le 2 avril 1946, a débuté sa carrière chez la défenderesse en 1967. Par courrier du 11 novembre 2002, signé pour accord le lendemain par le demandeur, celui-ci a été confirmé dans sa fonction de directeur général pour l'ensemble des garages de la défenderesse comme suit:

«Monsieur,

La présente lettre vaut comme contrat de travail et a pour but de vous confirmer dans votre fonction, à savoir que depuis 1983, vous occupez l'important poste de Directeur Général pour l'ensemble de nos garages, cités ci-dessous à ce jour, et selon les conditions suivante:

[...].

SALAIRE ANNUEL BRUT Y COMPRIS FRAIS DE REPRESENTATION ET DIVERS

Fr. 246 350.– versé en 13 mensualités (situation au 01.01.2002)

PRIME SPECIALE

Une prime de Fr. 6500.– net est versée avec le salaire du mois de juin de chaque année.

VOITURE DE SERVICE

Un véhicule de démonstration est mis à votre disposition selon les conditions usuelles de l'entreprise.

FIN DES RAPPORTS DE TRAVAIL

Le congé peut être donné réciproquement avec un délai de six mois pour la fin d'un mois.

HORAIRE ET VACANCES

Les parties sont d'accord pour reconnaître que l'horaire de travail au vu de la fonction spéciale du poste et des avantages accordés n'est pas soumis à la loi sur le travail. Ainsi aucune heure supplémentaire ou compensatoire ne pourra être réclamée. Toutefois le collaborateur veillera à accomplir son activité durant les heures d'ouverture de E. SA ou de ses succursales et même parfois pendant des expositions ou autres foires commerciales si nécessaire. Le droit aux vacances est identique à celui fixé dans la convention collective de travail UVG.

ASSURANCES

Prière de consulter la feuille annexée

DIVERS

En sa qualité de Directeur Général, celui-ci doit se conformer strictement aux ordres fixés par le ou les Administrateurs des différents garages. Toute autre disposition non stipulée dans la présente est soumise à la législation en vigueur prévue par le Code des Obligations.

[...].

Annexes: complément aux conditions d'engagement + cahier des charges»

Par la suite, les conditions usuelles de l'entreprise relatives au véhicule de démonstration mis à la disposition du demandeur ont fait l'objet de divers avenants. Le salaire mensuel brut du demandeur s'est élevé à 20 250 fr. du mois d'août 2009 au mois de novembre 2009. Durant sa longue carrière au sein de la défenderesse, le demandeur a toujours servi au mieux les intérêts de celle-ci. Excellent et âpre négociateur, il lui a fait faire de très importantes économies. Le demandeur entretenait également d'excellents rapports avec l'ensemble des partenaires commerciaux et sociaux de la défenderesse, qui lui vouaient un respect certain en raison de ses qualités humaines et de son professionnalisme.

Courant 2009, le Conseil d'administration de la défenderesse a décidé de supprimer le poste de directeur général occupé par le demandeur. Dans ce contexte, ce dernier a annoncé qu'il prendrait sa retraite au 31 décembre 2011. Le 4 décembre 2009, à l'insu de la défenderesse, le demandeur a rencontré Y., de la société W., dans un café. Il a demandé à sa secrétaire, qu'il avait chargée de réserver une salle pour cette rencontre, de ne pas en parler, et a indiqué, lorsqu'il s'est rendu à ce rendez-vous, qu'il se rendait

au Centre Patronal. Durant cette entrevue, le demandeur a dit à Y. qu'il avait «l'impression que les gens, sachant qu'il va partir en 2011, veulent prendre des responsabilités pour lesquelles ils ne sont pas préparés». En outre, il a déclaré au sujet des enfants X. qu'ils étaient «peut-être capables mais [n'avaient] peut-être pas forcément envie [réd: de siéger à la direction de la défenderesse]». Il a aussi affirmé que «certains voulaient la casquette du capitaine mais que personne ne voulait conduire le bateau». Le demandeur a ajouté que les enfants X., qu'il aimait bien, «avaient une réputation de gens qui ne travaillaient pas tellement, ce qui déstabiliserait certains directeurs».

Dans le courant de la matinée du 15 décembre 2009, le demandeur, qui était sur son lieu de travail, a été convoqué par l'administrateur président de la défenderesse, X. Par courrier recommandé daté du même jour, se référant expressément à l'entretien susmentionné, la défenderesse a signifié au demandeur la résiliation de son contrat de travail avec effet au 30 juin 2010.

Par courrier recommandé du 7 janvier 2010, le demandeur, par son conseil, s'est opposé à son licenciement. Par demande du 13 septembre 2010, le demandeur T. a ouvert action contre la défenderesse E. SA, demandant la condamnation de celle-ci à lui payer la somme de CHF 485 000.–, avec intérêts. Libéré de son obligation de travailler depuis le 15 décembre 2009, le demandeur a continué de percevoir son salaire mensuel jusqu'au 31 décembre 2010 directement de la défenderesse, puis dès lors, directement de l'assurance perte de gain maladie de la défenderesse. Le demandeur a atteint l'âge légal de la retraite le 2 avril 2011. Depuis le mois de mai 2011, il perçoit une rente AVS. En cours d'instance, une expertise a été confiée à [...] qui a déposé son rapport le 29 juin 2012. L'expert s'est employé à déterminer la valeur théorique de la mise à disposition en faveur du demandeur d'une voiture de fonction, en l'occurrence une Mercedes très haut de gamme AMG, l'essence, les assurances et les prestations en nature y relatives incluses.

Extraits des considérants:

III.

Le demandeur réclame le paiement de son salaire brut pour la période du 1^{er} janvier 2011 au 31 décembre 2011, une indemnité pour licenciement abusif correspondant à six mois de salaire, une indemnité pour tort moral, la contre-valeur en argent d'une prestation due contractuellement en nature, savoir la mise à disposition d'un véhicule, ainsi que le remboursement du montant de 871 fr. 65 prélevé par la défenderesse sur le montant des cotisations LPP du demandeur pour l'année 2010.

La défenderesse conteste l'ensemble de ces prétentions.

(...)

VI.

a) Le demandeur invoque le caractère abusif de son licenciement et réclame, à ce titre, une indemnité équivalente à six mois de salaire.

Le demandeur a fait opposition au congé par écrit en temps utile au sens de l'art. 336b al. 1 CO et a ouvert action dans le délai de péremption de l'art. 336b al. 2 CO. Les conditions de l'art. 336b CO étant ainsi remplies, sa prétention fondée sur l'art. 336a CO est recevable.

b) A l'appui de sa prétention, le demandeur fait valoir que son congé lui aurait été signifié pour des raisons inhérentes à sa personnalité. Du fait de son ancienneté, de ses compétences et de son implication totale dans ses fonctions au sein de la défenderesse, l'actuel administrateur président de la défenderesse, X. lui aurait donné son congé car il craignait qu'il ne lui fasse de l'ombre, à lui ainsi qu'à ses enfants.

La défenderesse soutient pour sa part que le licenciement du demandeur n'est en aucun cas abusif et qu'il lui a été signifié à la suite de la violation par le demandeur de son devoir de fidélité. Selon elle, le demandeur n'aurait pas dû remettre en cause les décisions de la direction. En outre, il aurait rompu le lien de confiance le liant à la défenderesse de manière définitive en organisant une réunion à l'insu de cette dernière avec son plus grand partenaire et en y tenant des propos contraires à son intérêt.

c) En vertu de l'art. 335 al. 1 CO, le contrat de travail conclu pour une durée indéterminée peut être résilié par chacune des parties. Le droit suisse du travail admettant le principe de la liberté de la résiliation, il n'y a en principe pas besoin de motifs particuliers pour justifier un licenciement (ATF 132 III 115 c. 2.1, JT 2006 I 152; ATF 131 III 535 c. 4.1, JT 2006 I 194). Le droit fondamental de chaque cocontractant de mettre unilatéralement fin au contrat est cependant limité par les dispositions sur le congé abusif (art. 336 ss CO). Un licenciement est abusif s'il est prononcé pour des motifs injustifiés qui sont énumérés à l'art. 336 CO.

L'art. 336 al. 1 let. a CO qualifie en particulier 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 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 (TF du 3 avril 2009, 4A_60/2009 c. 3.1; TF 4A_419/2007 du 29 janvier 2008 c. 2.2).

cb) Quand bien même aux cours des débats parlementaires l'adverbe «notamment» qui figurait dans le projet du conseil fédéral a été supprimé, les Chambres fédérales n'ayant pas voulu laisser une trop grande liberté à la jurisprudence d'introduire d'autres cas par voie prétorienne (DUNAND, Liberté de licenciement en droit suisse: la règle devient-elle l'exception?, in Revue de l'avocat 2006, pp. 319 ss et les réf. citées aux notes infrapaginales nn. 5, 10, 11 et 12), le Tribunal fédéral admet que l'énumération à l'article 336 al. 1 CO n'est pas exhaustive (ATF 132 III 115 2.1, JT 2006 I

152; ATF 131 III 535 4.2, JT 2006 I 194; WYLER/HEINZER, op. cit., p. 644). Elle concrétise avant tout la règle générale de la prohibition de l'abus de droit et l'assortit de conséquences adéquates dans le cadre du contrat de travail (ATF 132 III 115 2.1, JT 2006 I 152; ZOISS, La résiliation abusive du contrat de travail. Etude des articles 336 à 336b CO, thèse Lausanne 1997, p. 52). D'autres situations constitutives de congé abusif sont donc également admises par la pratique. Elles doivent toutefois comporter une gravité comparable aux cas expressément mentionnés à l'art. 336 CO (ATF 132 III 115 2.1, JT 2006 I 152; ATF 131 III 535 4.2, JT 2006 I 194 et la réf. citée; SATTIVA SPRING, le licenciement abusif pour des motifs non énumérés à l'art. 336 CO, in Panorama en droit du travail, IDAT, 2009, p. 283).

Le caractère abusif d'un licenciement 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 (ATF 132 II 115 c. 2.2, JT 2006 I 152; ATF 131 III 535 c. 4.2). Ainsi, une violation grossière du contrat, notamment une atteinte grave de la personnalité dans le cadre d'une résiliation, peut rendre celle-ci abusive. Il faut considérer en particulier qu'en vertu de l'art. 328 CO, l'employeur a l'obligation de respecter et de protéger les droits de la personnalité de son employé. Il doit s'abstenir de toute atteinte aux droits de la personnalité qui n'est pas justifiée par le contrat et doit également les protéger contre des atteintes de la part de supérieurs, de collègues ou de tiers. Cette obligation est le corollaire du devoir de fidélité de l'employé (TF 4A_419/2007 du 29 janvier 2008 c. 2.3; ATF 132 II 115 c. 2.2, JT 2006 I 152).

Dans l'arrêt précité 132 III 115, le Tribunal fédéral a considéré que l'employeur, après 40 ans de loyaux services, devait faire preuve de davantage de retenue que dans un cas courant, le devoir de protection de l'art. 328 CO s'en trouvant accru. Dans cet arrêt, l'intéressé avait, de même que d'autres collaborateurs, émis des critiques au sein de l'entreprise à l'encontre de certaines innovations concernant la comptabilité des heures de travail. Le Tribunal fédéral a considéré que dans un tel cas, il appartenait à l'employeur de chercher d'autres solutions avant que de procéder à un licenciement. En licenciant l'intéressé et vu la manière dont il l'avait fait, la Haute Cour a retenu que l'employeur avait gravement failli à son devoir d'assistance et de fidélité.

Dans un arrêt ultérieur, le Tribunal fédéral a qualifié d'«exceptionnel, voire [d']extrême» l'état de fait sur lequel repose l'arrêt 132 III 115 et a indiqué que l'âge du travailleur ne constituait pas à lui seul un motif de congé abusif, mais était pris en compte avec d'autres facteurs (TF du 4A_419/2007 c. 2.5). Ainsi, si le licenciement d'un employé en raison de son âge est en principe abusif, il faut nuancer cette affirmation (DUNAND,

in Dunand et Mahon, Commentaire du contrat de travail, Berne 2013, n. 27 ad art. 336 CO, p. 664). En effet, l'appréciation du caractère abusif d'un licenciement suppose l'examen de toutes les circonstances de l'espèce (TF 4A_419/2007 du 29 janvier 2008 c. 2.3; ATF 132 III 115 c. 2.1 à 2.5, JT 2006 I 152).

cc) En application de l'art. 8 CC, c'est à la partie qui prétend que la résiliation est abusive de l'établir (TF 4A_158/2010 du 22 juin 2010 c. 3.2; TF 4C.262/2003 du 4 novembre 2003 c. 3.2; ATF 130 III 699 c. 4.1; BARBEY, Les congés abusifs selon l'art. 336 al. 1^{er} CO, Journée 1993 du droit du travail et de la sécurité sociale, p. 95). Le caractère abusif d'un licenciement ne se présume pas, pas même en cas de motivation manquante, ou lorsque ledit licenciement est motivé, spontanément ou à la suite d'une demande selon l'art. 335 al. 2 CO, et que la motivation initialement indiquée s'avère inexacte ou incomplète (ATF 121 III 60 c. 3c, JT 1996 I 48; TF 4A_408/2011 du 15 novembre 2011 c. 5.2). 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. Elle admet par conséquent qu'un faisceau d'indices ou une très grande vraisemblance résultant de l'ensemble des circonstances suffisent à faire admettre l'existence d'un congé abusif (ATF 130 III 699 c. 4.1 (f), non rés. sur ce point in JT 2006 I 193; TF 4C.262/2003 du 4 novembre 2003 c. 3.2). Ainsi, 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. Des motifs prétextes ou non pertinents, une connexion chronologique étroite entre le moment où la prétention contractuelle est élevée et le moment où la résiliation intervient constituent souvent des indices d'un licenciement abusif (RJJ [Revue Jurassienne de Jurisprudence] 1996, p. 253; JAR [Jahrbuch des Schweizerischen Arbeitsrechts] 1994, p. 200). Si elle facilite la preuve, cette présomption de fait n'a pas pour corollaire d'en renverser le fardeau. Elle constitue, en définitive, une forme de «preuve par indice» (ATF 130 III 699 c. 4.1, JT 2006 I 193; JAR 1996, p. 201; SJ 1993, p. 360 c. 3a; WYLER/HEINZER, op. cit., p. 643). De son côté, l'employeur ne peut rester inactif; il doit collaborer à la procédure probatoire et est le cas échéant tenu de fournir des preuves à l'appui de ses propres allégations quant au motif du congé (ATF 130 III 699 c. 4.1, JT 2006 I 193; TF 4C.262/2003 du 4 novembre 2003 c. 3.2; WYLER/HEINZER, op.cit., p. 644).

cd) Aux termes de l'art. 336 al. 1 let. a CO, il ne saurait y avoir de licenciement abusif lorsque la raison justifiant le congé présente un lien avec le rapport de travail, en particulier avec le devoir de fidélité du travailleur. En raison de son obligation de fidélité prévu à l'art. 321a CO, le travailleur est tenu de sauvegarder les intérêts légitimes de son employeur (ATF 127 III 86 c. 2c) et, par conséquent, de s'abstenir de tout ce qui peut lui nuire (ATF 117 II 72 c. 4a; WYLER/HEINZER, op. cit. p. 77). A cet égard, le comportement de cadres doit être apprécié avec une rigueur accrue, compte

tenu du crédit particulier et de la responsabilité que leur confère leur fonction dans l'entreprise (ATF 127 III 86 c. 2c; WYLER/HEINZER, op. cit., p. 76). L'atteinte à la réputation de l'employeur par un employé constitue une violation du devoir de fidélité de ce dernier au sens de l'art. 321a CO (WYLER/HEINZER, op. cit., p. 89). Il en va de même si un cadre fait état des dissensions avec la direction auprès de ses subordonnés ou auprès de clients ou de relations d'affaires, alors que, de par sa fonction, il est chargé de représenter son employeur vis-à-vis de ceux-ci (ATF 127 III 86 c. 2c; WYLER/HEINZER, op. cit., p. 89). Il ne faut pas perdre de vue que les rapports de confiance sont à la base du contrat de travail (ATF 124 III 25 c. 3a) et si, ceux-ci sont ébranlés ou détruits, notamment en raison de la violation du devoir de fidélité du travailleur, ils peuvent même aller jusqu'à légitimer la cessation immédiate des rapports de travail (ATF 127 III 86 c. 2c; ATF 116 II 145 c. 6a).

ce) En l'espèce, il est établi que le demandeur, après quarante-deux ans de bons et loyaux services, au sein de la défenderesse, a émis des craintes en relation avec l'avenir de l'entreprise après son départ à la retraite. Il a déploré la décision de modifier l'organigramme du groupe E. en supprimant le poste de directeur général après son départ à la retraite, ainsi que l'implication dans cette nouvelle organisation des enfants X. dont il doutait des compétences et de la motivation. Dans la mesure où le demandeur a exprimé ces craintes uniquement au sein de l'entreprise, ce seul comportement ne justifierait pas un licenciement au vu de la jurisprudence (ATF 132 III 115). Il aurait appartenu à la défenderesse de tenter d'abord de résoudre le conflit.

A la différence de la situation décrite dans l'arrêt précité, le demandeur ne s'en est toutefois pas tenu à émettre des critiques à l'interne. Il a organisé une réunion avec un représentant de W., soit l'un des importants partenaires commerciaux de la défenderesse, à l'insu de cette dernière; le demandeur a pris des mesures pour que la défenderesse n'apprenne pas l'existence de ce rendez-vous. Durant cette entrevue, il a ouvertement mis en cause les décisions stratégiques de la défenderesse quant à son organisation future, en critiquant notamment ses choix en relation avec les nouvelles fonctions des enfants X. à des postes de direction.

En sus d'être déloyal, cet acte du demandeur était préjudiciable aux intérêts de la défenderesse, ce d'autant plus que le partenaire commercial était déjà inquiet en raison de la nouvelle organisation liée à l'arrivée des enfants X. et au départ à la retraite du demandeur. En effet, ledit partenaire a tenu deux réunions entre les responsables de sa société et ceux de la défenderesse au sujet de la nouvelle organisation de cette dernière. Dans ce contexte, ces réunions avaient notamment pour but de rassurer W., qui avait été jusqu'à rédiger un plan des mesures pour l'avenir.

Le comportement du demandeur, savoir convenir d'un rendez-vous avec un partenaire commercial important à l'insu de son employeur, lors duquel il a critiqué les décisions de ce dernier, a été propre à détruire le

lien de confiance l'unissant à la défenderesse. La conduite du demandeur doit être appréciée avec une rigueur accrue dès lors qu'il occupait un poste de cadre, savoir le poste de directeur général pour l'ensemble des garages de la défenderesse, et que, de par sa fonction, il était chargé de représenter son employeur vis-à-vis de ses partenaires commerciaux.

Au vu de ces éléments, le licenciement du demandeur par la défenderesse n'est pas abusif. Les prétentions du demandeur tendant à une indemnité pour licenciement abusif doivent être rejetées.

(...)

VIII.

Le demandeur réclame la contre-valeur en argent résultant de la mise à disposition d'un véhicule de démonstration, à laquelle il convient d'ajouter l'essence, les assurances et les prestations en nature y afférentes. Il soutient qu'il avait droit à ce véhicule en vertu de son contrat de travail pour la période de décembre 2009 à décembre 2011, soit vingt-cinq mois. Il réclame à ce titre un montant de 30 000 francs.

La défenderesse considère pour sa part que le véhicule mis à la disposition du demandeur lorsque ce dernier travaillait pour son compte ne faisait pas partie de sa rémunération. Selon elle, aucun montant n'est dû au demandeur à ce titre.

a) Le salaire régi par l'art. 322 al. 1 CO est une prestation en argent versée en contrepartie du travail (ATF 131 III 615 c. 5.1; WYLER/HEINZER, op. cit., p. 135). Le salaire comprend éventuellement, outre ce qui est dû en argent, des prestations en nature telles que la jouissance d'un appartement, l'usage d'un véhicule, le logement et l'entretien dans le ménage de l'employeur (TF 4A_631/2009 du 17 février 2010 c. 2; ATF 131 III 615 c. 5.1; WYLER/HEINZER, op. cit., p. 171) ou des prix réduits sur certaines marchandises (BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, Commentaire du contrat de travail, 3^e éd., ch. 8 ad art. 322 CO, p. 83).

Il appartient au travailleur de prouver que les prestations en nature dont il se prévaut font partie intégrante du salaire (WYLER/HEINZER, op. cit., p. 171).

b) En l'espèce, le contrat de travail ayant lié les parties prévoyait la mise à disposition du demandeur d'un véhicule de démonstration. Il est établi que ce véhicule pouvait être utilisé à des fins privées, nonobstant le contenu des trois avenants aux conditions usuelles de l'entreprise relatives au véhicule de démonstration, signés par le demandeur en date des 9 février 2007, 25 mars 2008 et 1^{er} avril 2009. En outre, la défenderesse a elle-même implicitement admis ce fait lorsqu'elle a exigé du demandeur, dans son courrier du 9 novembre 2009, qu'il lui remette son véhicule de fonction et, qu'en contrepartie, elle lui mettrait à disposition un véhicule d'occasion jusqu'à l'échéance du contrat.

Par conséquent, la mise à disposition d'un véhicule de démonstration constituait un avantage en nature qui faisait partie de la rémunération du demandeur.

c) Il est établi que le véhicule de démonstration a été récupéré par la défenderesse le 24 mars 2010, alors que le contrat de travail du demandeur prenait fin le 31 décembre 2010.

Puisqu'il s'agissait d'une prestation en nature comprise dans le salaire du demandeur, ce dernier a, par conséquent, droit à une compensation financière calculée à partir du jour où la voiture lui a été enlevée jusqu'à l'échéance de son contrat de travail.

d) En l'espèce, l'expert arrête la valeur annuelle de la mise à disposition de ce véhicule à 14 400 fr., soit 1200 fr. par mois. Cette valeur inclut l'ensemble des frais relatifs au véhicule mis à disposition du demandeur, savoir l'essence, les assurances et les prestations en nature y afférentes. Il n'existe aucun motif de s'écarter de l'avis de l'expert. Par conséquent, le demandeur a droit à une compensation financière établie sur la base de l'expertise pro rata temporis. Le véhicule de démonstration lui ayant été retiré neuf mois avant l'échéance de son contrat de travail, il a droit à une somme de 10 800 fr. à ce titre.

IX.

Le demandeur réclame encore le remboursement par la défenderesse du montant de 871 fr. 65 que cette dernière a retenu sur le montant de ses cotisations LPP pour l'année 2010 au titre de «retenue factures» correspondant au rabais de 30% qui avait été initialement accordé au demandeur dans la facture globale n°87208.10 du 14 juin 2010.

La défenderesse conclut au rejet de cette prétention du demandeur.

Il y a lieu d'analyser, dans un premier temps, si le rabais était dû de la part de la défenderesse en faveur du demandeur et, en cas de réponse positive, à quel titre. Il s'agit, dans un deuxième temps, d'examiner pour quel motif la défenderesse a retenu le montant de 871 fr. 65 et si elle était en droit de le faire.

a) Comme on l'a vu plus haut, le salaire, régi par l'art. 322 al. 1 CO, est une prestation en argent versée en contrepartie du travail et il comprend éventuellement, outre ce qui est dû en argent, des prestations en nature telles que des prix réduits sur certaines marchandises.

En l'espèce, la défenderesse a admis que la facture globale du 14 juin 2010 comprenait le rabais de l'employé de 30% et ce faisant, que les employés bénéficiaient d'une remise de 30% sur les travaux de réparation effectués sur leur véhicule au sein d'un des garages détenus par la défenderesse. Cette dernière s'était, ainsi, engagée à offrir cette remise à l'ensemble de ses employés en contrepartie de leur travail.

Le demandeur était employé par la défenderesse le jour où il a fait réparer le véhicule mis à disposition par cette dernière au garage de celle-ci.

Cette remise lui était, par conséquent, due, ce d'autant plus qu'elle lui avait été initialement accordée dans la facture globale n° 87208.10.

Au vu de ce qui précède, le demandeur avait droit à cette remise de 30% sur la facture globale n° 87208.10.

b) Au sens de l'art. 323a CO, la retenue sur le salaire sert à garantir les créances de l'employeur envers le travailleur qui résultent du contrat de travail (WYLER/HEINZER, op. cit., p. 282).

Il résulte de l'état de fait que la défenderesse a prélevé un montant de 871 fr. 65 à titre de «retenue factures» sur le montant des cotisations LPP du demandeur pour l'année 2010. Au vu de la teneur du courriel du directeur d'exploitation de la défenderesse du 29 septembre 2010 informant le demandeur que le rabais de 30% ne lui était finalement pas accordé, il s'impose de retenir que le montant de 871 fr. 65 a été retenu dans le but de récupérer le rabais octroyé au demandeur dans la facture globale n°87208.10.

Il est établi que le demandeur a payé le montant de 906 fr. 80 qui a fait l'objet d'une facture séparée n° 87208.12 datée du 8 juillet 2010. En outre, il résulte d'un premier courriel du demandeur daté du 27 septembre 2010 que ce dernier s'est acquitté du solde de la facture globale n°87208.10 d'un montant de 1851 fr. 90. Ce paiement a été confirmé dans le courriel du demandeur du 29 septembre 2010. Enfin, la défenderesse ne s'est pas plainte du fait que le demandeur ne se serait pas acquitté de ladite facture. On doit dès lors admettre que le demandeur s'est acquitté de l'entier de la facture globale n°87208.10 et que la défenderesse n'a aucune créance à l'encontre du demandeur.

Faute de créance à l'encontre du demandeur, la défenderesse n'était, par conséquent, pas autorisée à effectuer cette retenue. Cette dernière doit donc restituer le montant de 871 fr. 65 en faveur du demandeur.

X.

a) En définitive, la défenderesse doit au demandeur le montant total de 11 671 fr. 65 (10 800 fr. + 871 fr. 65). Compte tenu de sa nature salariale, ce montant est soumis aux cotisations sociales AVS/AI/APG/AC; la somme allouée au demandeur représente donc un montant brut (SUBILIA/DUC, Droit du travail, éléments de droit suisse, Lausanne 2010, n. 10 ad art. 322, p. 163; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, Commentaire du contrat de travail, 3e éd., ch. 11 ad art. 337c CO, p. 290).

Le demandeur conclut à l'allocation d'un intérêt moratoire de 5% l'an sur ses conclusions, à partir du 1^{er} juillet 2010.

b) L'intérêt moratoire ne court en principe que dès la mise en demeure du débiteur par l'interpellation (art. 102 al. 1 et 104 al. 1 CO), laquelle doit traduire la volonté du créancier, dûment manifestée au débiteur, de recevoir la prestation affectée d'un retard (SPAHR, L'intérêt moratoire, conséquence de la demeure, in RVJ 1990 pp. 351-ss, spéc. p. 356).

En matière de contrat du travail, l'art. 339 al. 1 CO prescrit l'exigibilité de toutes les créances découlant du contrat de travail à la fin de celui-ci. Selon la doctrine, l'intérêt moratoire est dû dès que la prétention est exigible, sans interpellation préalable (AUBERT, Commentaire romand, n. 4 ad art. 339 CO et les réf. citées à la note infrapaginale n. 2).

c) En l'espèce, le contrat liant les parties a pris fin le 31 décembre 2010. Les intérêts relatifs à la somme de 11 671 fr. 65 courent, par conséquent, dès le 1^{er} janvier 2011.

Jugement communiqué par M.-A. Borel, premier greffier adjoint auprès du Tribunal cantonal du canton de Vaud

Tribunal cantonal du canton de Vaud, Cour d'appel civile, Arrêt du 13 mai 2014 (Rejet de l'appel interjeté contre le jugement rendu le 31 janvier 2014 par le Tribunal de prud'hommes de l'arrondissement de Lausanne)

Art. 15 al. 1 LTr. Cette disposition règle la durée minimale des pauses en fonction de la longueur du temps de travail. Il est unanimement admis que la loi est mal formulée: il ne s'agit pas du temps de travail journalier mais de chaque période de travail. Ainsi, même lorsque la pause principale dure plus longtemps que le minimum légal prescrit, si la portion du temps de travail, respectivement la période de travail, avant ou après cette pause dure plus de cinq heures trente, une pause supplémentaire doit être accordée. S'il est prévisible que des heures de travail supplémentaires doivent être effectuées à la suite du temps de travail ordinaire, cela doit être inclus dans le calcul de la longueur du temps de travail et peut ainsi prolonger le temps minimum de pause (c. 3.b/bb).

Art. 15 al. 2 LTr. De manière générale, les pauses doivent être fixées au milieu du temps de travail car elles servent au repos et à l'alimentation. Dans la plupart des cas, le travailleur peut disposer librement de son temps de pause et peut donc quitter son poste de travail. Dans certaines entreprises ou parties d'entreprise, ceci n'est néanmoins pas possible car il faut être en mesure d'intervenir à tout moment dans le processus de travail. Si le travailleur peut malgré tout se reposer et se restaurer dans des conditions d'hygiène acceptables, la pause est considérée comme accordée même si le travailleur doit rester à son poste de travail. La pause en question doit alors néanmoins être comptée dans le temps de travail (c. 3.b/bb).

Art. 6 LTr. La protection de la santé des travailleurs suppose des mesures prises en amont, c'est-à-dire lors de l'aménagement des installations et du choix des procédés de travail. La meilleure protection passe en effet par la prévention des risques d'atteinte. Cela implique que l'employeur devra faire les bons choix lorsqu'il définira les processus de travail et que les instruments et produits utilisés devront être adaptés. Par installation, on entend non seulement les postes de travail à proprement parler mais également les autres locaux auxquels le tra-

vailleux a accès, dans le cadre de l'exécution du travail ou pendant la pause (c. 4b).

Art. 49 et 328 CO. La jurisprudence se montre large en droit du travail pour admettre l'existence d'un tort moral en cas d'atteinte à la personnalité et il n'exige pas la preuve stricte d'une souffrance psychologique de très forte intensité, celle-ci étant généralement présumée en cas de gravité objective aux droits du travailleur. Ces conditions sont réalisées en l'espèce puisque l'employeur s'est totalement désintéressé de l'hygiène du refuge et des conditions de travail de ses employés, allant même jusqu'à laisser entreposer pendant plusieurs mois des cadavres de chat dans le compartiment congélateur du frigo utilisé par le personnel. Ce faisant, l'employeur a bien soumis son employée de manière illicite à un environnement de travail ayant non seulement porté atteinte à sa personnalité (art. 328 al. 2 CO) mais ayant en outre exposé sa santé, ou fortement risqué de l'exposer, à un danger concret au sens de l'art. 6 LTr (c. 4c).

Extraits des faits:

L'appelante E. est une association de droit privé possédant un refuge pour chats abandonnés à [...]. Après avoir engagé l'intimée T. sur appel pour une activité d'auxiliaire gardienne d'animaux au sein du refuge susmentionné, l'appelante et l'intimée sont convenues de l'engagement de celle-ci dès le mois de novembre 2006 pour une durée indéterminée en qualité de gardienne d'animaux pour un salaire mensuel brut de 3600 fr., montant porté à 3700 fr. dès le 1^{er} janvier 2009. Aucun contrat écrit n'a été passé. L'horaire hebdomadaire de l'intimée était de quarante-cinq heures, réparties sur les cinq jours de la semaine et parfois le dimanche. L'intimée débutait ses journées à 8 heures pour les finir à 19 heures. Outre la pause de midi entre 12 heures et 14 heures, elle avait pris l'habitude d'effectuer une pause le matin d'une durée située entre une demi-heure et trois quarts d'heure. L'appelante a produit un projet de contrat, non signé par les parties, prévoyant une durée hebdomadaire de travail de cinquante heures pour un salaire mensuel brut de 3600 francs. En principe, l'appelante n'exige pas de ses employés qu'ils effectuent des heures supplémentaires. Toutefois, l'intimée a été retenue régulièrement le soir au-delà de 19 heures, en particulier pour distribuer des médicaments aux chats, distribution qui, pour les antibiotiques, devait respecter un intervalle de douze heures. Elle s'en est plainte à X., son chef d'équipe durant la période de juillet 2009 à mars 2010, qui n'a pas transmis ces doléances à sa hiérarchie et qui a confirmé en audience l'existence de ces heures supplémentaires, précisant que la direction de l'appelante en était consciente, car les heures supplémentaires lui paraissaient inhérentes au fonctionnement du refuge. Le 30 avril 2007, l'intimée a établi un décompte sommaire de ces heures supplémentaire entre décembre 2006 et avril 2007. Elle prétend avoir commu-

niqué ce décompte à la secrétaire de l'appelante, qui lui aurait répondu que ces heures supplémentaires ne seraient pas rémunérées. Dès lors, l'intimée a cessé de tenir un décompte régulier de ses heures supplémentaires.

Les conditions d'hygiène au refuge, dont l'intérieur était vétuste, n'étaient pas bonnes et celui-ci était très difficile à entretenir. Le sol, en bois, était jonché de traces d'urine et de vomissures de chats. L'agencement du refuge provenait de dons faits à l'appelante et consistait souvent en des appareils anciens ou réparés. Ainsi, le congélateur dans lequel les cadavres de chats étaient entreposés a cessé de fonctionner. Y., secrétaire de l'appelante a alors déposé les cadavres dans le compartiment congélation du réfrigérateur dans lequel le personnel avait l'habitude de garder ses aliments au froid. L'instruction a établi que cet état de fait a duré plusieurs mois. Les locaux ont été rénovés entre fin 2007 et fin 2009 et une nouvelle cuisine a été agencée. Les conditions de travail se sont dès lors quelque peu améliorées.

Le 30 avril 2010, l'appelante a mis fin aux rapports de travail la liant à l'intimée avec effet au 30 juin 2010. Ce congé n'a pas été motivé et n'a pas fait l'objet d'opposition. Le 16 août 2010, l'intimée a réclamé à l'appelante un certificat de travail, ainsi que le paiement de ses heures supplémentaires, des jours fériés et des vacances.

Le 20 décembre 2011, l'intimée a saisi le Tribunal de prud'hommes de l'arrondissement de Lausanne d'une demande concluant au paiement par l'appelante des sommes de 11 982 fr. 35 bruts, avec intérêt, à titre d'indemnité pour les vacances, les jours fériés non compensés et les heures supplémentaires (I) et de 11 602 fr. net, avec intérêt, à titre d'indemnité pour atteinte à la personnalité et réparation du préjudice résultant de la non délivrance d'un certificat de travail (II). Postérieurement à l'échange d'écritures, l'appelante a versé à l'intimée la somme de 3352 fr. 30 net à titre d'indemnité pour les vacances et les jours fériés non compensés. L'intimée a en conséquence réduit sa conclusion I à 8343 fr. 50 bruts.

Par jugement du 31 janvier 2014, le Tribunal de prud'hommes de l'arrondissement de Lausanne a admis partiellement la demande de T. (I), dit que E. doit payer à T. la somme brute de 8343 fr. 50, avec intérêts, ainsi que la somme nette de 3314 fr. 95, avec intérêt (II). En droit, les premiers juges ont considéré, d'une part, que T. avait établi qu'elle avait effectué une demi-heure de travail supplémentaire par jour et, d'autre part, qu'en entreposant des cadavres de chats dans le compartiment congélation du réfrigérateur dans lequel le personnel avait l'habitude de garder ses aliments, E. avait violé les droits de la personnalité de son employée, ce qui justifiait une indemnité pour tort moral équivalente à un mois de salaire. E. a interjeté appel le 12 mars 2014 contre ce jugement.

Extraits des considérants:

3.

a) L'appelante soutient que l'intimée n'a pas accompli des heures supplémentaires car il n'existe aucune différence positive entre la durée prévue et la durée effective de travail qu'elle a exécuté. Elle s'appuie à cet égard sur l'art. 15 al. 1 LTr (loi fédérale du 13 mars 1964 sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce; RS 822.11) et expose que, comme l'intimée travaillait de 8 h à 12 h, puis de 14 h à 19 h, bénéficiait d'une pause de midi de deux heures et prenait en plus une pause supplémentaire d'au moins quarante-cinq minutes par jour, celle-ci a donc simplement équilibré le temps de travail prévu par son contrat en rattrapant après 19h son temps de pause pris indûment durant la journée.

b/aa) Aux termes de l'art. 321c al. 1 CO (Code des obligations du 30 mars 1911; RS 220), si les circonstances exigent des heures de travail plus nombreuses que ne le prévoit le contrat ou l'usage, un contrat-type de travail ou une convention collective, le travailleur est tenu d'exécuter ce travail supplémentaire dans la mesure où il peut s'en charger et où les règles de la bonne foi permettent de le lui demander; selon l'al. 2 de cette disposition, l'employeur peut, avec l'accord du travailleur, compenser les heures de travail supplémentaires par un congé d'une durée au moins égale, qui doit être accordé au cours d'une période appropriée. Selon l'al. 3, l'employeur est tenu de rétribuer les heures de travail supplémentaires qui ne sont pas compensées par un congé en versant le salaire normal majoré d'un quart au moins, sauf clause contraire d'un accord écrit, d'un contrat-type de travail ou d'une convention collective.

Le nombre d'heures de travail à fournir constitue un élément essentiel du contrat. Il doit faire l'objet d'un accord entre les parties, exprès ou tacite, à moins qu'il ne résulte d'une convention collective ou d'un contrat-type. C'est en effet du nombre d'heures et du travail à fournir que dépend la rémunération du travailleur, sauf lorsque le travail est rémunéré aux pièces ou à la tâche. Les heures supplémentaires représentent la différence positive entre le temps de travail convenu ou habituel et le temps de travail effectif (ATF 116 II 69 c. 4a, rés. in JT 1990 I 384; MÜLLER, *Die rechtliche Behandlung der Überstundenarbeit*, thèse, Zurich 1986, p. 4; REHBINDER/STÖCKLI, *Commentaire bernois*, 2010, n. 1 ad art. 321c CO, pp. 147–148).

Il appartient au travailleur de prouver qu'il a effectué des heures supplémentaires et qu'elles ont été annoncées à l'employeur ou que celui-ci avait connaissance ou devait avoir connaissance de leur existence. Les circonstances qui permettent de qualifier d'heures supplémentaires imposent au travailleur de prouver que lesdites heures ont été réellement effectuées et qu'elles étaient nécessaires, dans l'intérêt de l'employeur, pour accomplir le travail demandé (WYLER/HEINZER, *Droit du travail*, 3^e éd., 2014, p. 102). Lorsqu'il est établi que le travailleur a accompli des heures sup-

plémentaires mais que l'ampleur de celles-ci ne peut pas être déterminée sur la base des preuves à disposition, le tribunal doit se fonder sur l'ensemble des circonstances (TF 4C.76/2007 du 3 mai 2007 c. 4.1; ATF 130 III 19 c. 2.4 non publié, qui se réfère à l'ATF 128 III 271 c. 2b/aa, JT 2003 I 606). Si une preuve stricte est à cet égard impossible, ou peut difficilement être exigée du travailleur, le fardeau de la preuve peut être allégé, par application analogique de l'art. 42 al. 2 CO; dans un tel cas, le travailleur doit rendre vraisemblable le nombre d'heures accomplies (TF 4C.142/2005 du 15 juin 2006 c. 5, publié in Jahrbuch des schweizerischen Arbeitsrechts [JAR] 2007 pp. 281 ss). Afin toutefois de ne pas détourner la règle de la preuve résultant de l'art. 321c CO, le travailleur est tenu, en tant que cela peut être raisonnablement exigé de lui, d'alléguer et de prouver toutes les circonstances propres à évaluer le nombre desdites heures supplémentaires. La conclusion que les heures supplémentaires ont été effectuées dans la mesure alléguée doit s'imposer au juge avec une certaine force (TF 4A_431/2008 du 12 janvier 2009 c. 5.2.1; TF 4A_86/2008 du 23 septembre 2008 c. 4.2; TF 4C.141/2006 du 24 août 2006 c. 4.2.2 et les réf. citées).

bb) En vertu de l'article 15 alinéa 1 LTr, le travail sera interrompu par des pauses d'au moins un quart d'heure si la journée de travail dure plus de cinq heures trente (let. a), une demi-heure si la journée de travail dure plus de sept heures (let. b) et une heure si la journée de travail dure plus de neuf heures. Cette disposition légale règle la durée minimale des pauses en fonction de la longueur du temps de travail. Il est unanimement admis que la loi est mal formulée: il ne s'agit pas du temps de travail journalier mais de chaque période de travail. Si le temps de travail journalier est interrompu, par exemple par la pause de midi, et qu'une partie du temps de travail ainsi divisée dépasse cinq heures trente, de nouvelles pauses doivent être aménagées en vertu de l'article 15 alinéa 1 LTr. Les durées de pause prévues par la loi constituent des minimas; une durée de pause plus longue peut être convenue en tout temps. Mais même lorsque la pause principale dure plus longtemps que le minimum légal prescrit (par exemple pause de midi d'une heure entre 12 h et 13 h), si la portion du temps de travail, respectivement la période de travail, avant ou après cette pause principale dure plus de cinq heures trente, une pause supplémentaire doit être accordée en vertu de l'article 15 al. 1 LTr. S'il est prévisible que du travail supplémentaire doive être effectué à la suite du temps de travail ordinaire, cela doit être inclus dans le calcul de la longueur du temps de travail et peut ainsi prolonger le temps minimum de pause. De manière générale, les pauses doivent être fixées au milieu du temps de travail (article 18 alinéa 2 OLT 1 [ordonnance 1 du 10 mai 200 relative à la loi sur le travail; RS 822.111]) car elles servent au repos et à l'alimentation (MÜLLER, Commentaire LTr, GEISER/VON KAENEL/WYLER éd, 2005, nn. 9 à 14 ad art 15 LTr, pp. 246–247). Dans la plupart des cas, le travailleur peut disposer librement de son temps de pause et peut donc quitter son poste de tra-

vail. Dans certaines entreprises ou parties d'une entreprise, ceci n'est néanmoins pas possible car il faut être en mesure d'intervenir à tout moment dans le processus de travail, par exemple en cas de panne. Si le travailleur peut malgré tout se reposer et se restaurer dans des conditions d'hygiène acceptables, la pause est considérée comme accordée même si le travailleur doit rester à son poste de travail. La pause en question doit alors néanmoins être comptée dans le temps de travail (Commentaire de la loi sur le travail et des ordonnances 1 et 2, SECO (édit.), mise à jour 2011, 015-2).

c) En l'espèce, il n'est pas contesté que l'horaire de travail contractuel de l'intimée était de neuf heures par jour, soit de 8 h à 12 h et de 14 h à 19 h, pour un total de quarante-cinq heures par semaine. Les premiers juges ont également admis, ce qui n'est pas contesté par l'appelante, que l'intimée travaillait en moyenne chaque jour une demi-heure de plus que les neuf heures contractuellement prévues et qu'elle prenait une pause le matin dont la durée oscillait entre une demi-heure et trois quarts d'heure. Cela étant, comme le soutient l'appelante, l'intimée ne pouvait pas imposer à son employeur la prise d'une pause durant la matinée, vu que cette période de travail était inférieure à cinq heures trente. Il n'en demeure cependant pas moins que les parties pouvaient déroger au cadre légal minimal imposé par la LTr, ce qu'elles ont précisément fait. En effet, la pause matinale de 30–45 minutes était parfaitement connue de l'appelante (Y., secrétaire du comité de l'appelante, a concédé lors de l'audience du 27 janvier 2014 qu'elle avait connaissance de la pause prise le matin par l'intimée) et celle-ci ne s'est pas opposée, sur une longue période, à ce que son employée bénéficie de cet élargissement par rapport aux minimas prévus par la LTr. En outre, vu la nature du travail de l'intimée, consistant en une activité de surveillance et de soins, il ne s'agissait pas d'un temps libre durant lequel la travailleuse pouvait quitter son poste de travail, de sorte que cette pause doit être comptée dans le temps de travail et qu'elle ne saurait être compensée avec les heures supplémentaires effectuées en fin de journée. Ainsi, contrairement à ce qu'avance l'appelante, il n'y avait aucune nécessité pour l'intimée de rattraper le temps de pause pris durant la matinée et c'est donc à bon droit que les premiers juges ont alloué à cette dernière sa conclusion tendant au paiement de ces heures supplémentaires.

4.

a) L'appelante conteste les constatations de fait des premiers juges à propos de l'entreposage des cadavres de chats. Elle expose à cet égard que ces cadavres étaient placés dans des sacs en plastique hermétiques noirs dans le compartiment de congélation séparé du compartiment de réfrigération, alors que les cadavres n'étaient aucunement au stade de putréfaction, le processus post mortem ayant été interrompu par la congélation, que les éventuels germes n'avaient pas résisté à la congélation et que le réfrigérateur était mis à disposition des employés à bien plaisir, sans leur être réservé.

vé. Dans ce contexte, elle soutient n'avoir aucunement violé son obligation de protéger la vie et la santé de ses employés au sens de l'art. 328 CO.

b) Selon l'art. 328 al. 1 CO, l'employeur protège et respecte, dans les rapports de travail, la personnalité du travailleur. Les valeurs protégées par les droits de la personnalité sont notamment l'intégrité physique, qui concerne la vie et le corps humain, les libertés individuelles et la sphère privée, qui englobe la vie intime ainsi que la vie privée (BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, Commentaire du contrat de travail, 3^e éd. 2004, n^o 2 ad art. 328 CO, p. 141).

L'art. 328 CO est une disposition générale qui est complétée par la LTr et ses ordonnances d'application. L'art. 6 LTr stipule notamment que, pour protéger la santé des travailleurs, l'employeur est tenu de prendre toutes les mesures dont l'expérience a démontré la nécessité, que l'état de la technique permet d'appliquer et qui sont adaptées aux conditions d'exploitation de l'entreprise; il doit en outre prendre toutes les mesures nécessaires pour protéger l'intégrité personnelle des travailleurs (al. 1); l'employeur doit notamment aménager ses installations et régler la marche du travail de manière à préserver autant que possible les travailleurs des dangers menaçant leur santé et du surmenage (al. 2); l'employeur fait collaborer les travailleurs aux mesures de protection de la santé; ceux-ci sont tenus de seconder l'employeur dans l'application des prescriptions sur la protection de la santé (al. 3). Le but premier de la LTr étant la protection des travailleurs, son article 6 est une de ses normes fondamentales. Cette protection passe par des mesures prises en amont, c'est-à-dire lors de l'aménagement des installations et du choix des procédés de travail. La meilleure protection passe en effet par la prévention des risques d'atteinte. Cela implique que l'employeur devra faire les bons choix lorsqu'il définira les processus de travail et que les instruments et produits utilisés devront être adaptés. Par installation, on entend non seulement les postes de travail à proprement parler mais également les autres locaux auxquels le travailleur a accès, dans le cadre de l'exécution de son travail ou pendant la pause (SCHEIDEGGER, Commentaire LTr, GEISER/VON KAENEL/WYLER éd., 2005, n. 7 et 20 ad art 6 LTr, pp. 115–116 et 120–121).

Toutefois, l'article 328 CO ne précise pas les effets juridiques d'une infraction aux droits de la personnalité, motif pris qu'ils peuvent être dérivés des principes généraux du droit (voir à cet égard SONNENBERG, La protection de la personnalité du travailleur: sauvegarde de sa santé et sécurité au travail, thèse Lausanne, 2010, p. 65). La violation des obligations que lui impose l'art. 328 CO engage la responsabilité contractuelle de l'employeur (art. 97 ss CO) pour le tort moral causé au travailleur, aux conditions fixées par l'art. 49 al. 1 CO (cf. art. 99 al. 3 CO) (ATF 130 III 699 c. 5.1; cf. également ATF 125 III 70 c. 3a). Pour justifier l'allocation d'une indemnité pour tort moral fondée sur l'art. 49 al. 1 CO, il ne suffit pas que le tribunal constate une violation de l'art. 328 CO; encore faut-il 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 afin d'obtenir réparation (TF 4A_123/2007 du 31 août 2007 c. 7.1 et la jurisprudence citée).

La preuve de la souffrance morale étant difficile à apporter, il suffit au travailleur d'établir la réalité et la gravité de l'atteinte objective qui lui a été portée. Pour ce qui est de l'aspect subjectif, le juge doit tenir compte du cours ordinaire des choses, comme l'y autorise l'art. 42 al. 2 CO, le tort moral étant censé correspondre à celui qu'aurait ressenti une personne normale placée dans la même situation. La conséquence d'une telle présomption de fait est qu'il appartient au travailleur d'établir qu'il a subi un tort moral plus grave que celui qu'aurait éprouvé une personne placée dans la même situation, tandis que c'est à l'employeur de prouver que la victime n'a, en réalité, pas ressenti de souffrance (TF 4C.246/1991 du 14 janvier 1992 c. 1b, in SJ 1993 p. 351).

c) En l'espèce, il est indéniable que l'appelante s'est totalement désintéressée de l'hygiène du refuge et des conditions de travail de ses employés, au point de faire courir à ces derniers un risque sérieux pour leur santé. Comme les premiers juges l'ont relevé, ce refuge était équipé d'appareils ménagers d'occasion, reçus en donation par l'appelante, et le congélateur prévu pour l'entreposage des cadavres de chat n'a pas été immédiatement remplacé lorsqu'il est tombé en panne. Mises à part ses considérations toutes personnelles de médecine légale et celles portant sur la mise à disposition à bien plaisir du congélateur «privé», l'appelante n'a pas remis en cause les constatations des premiers juges sur l'état de délabrement de ces appareils et ses carences quant à l'entretien général du refuge et, en particulier, à celui des appareils utilisés par le personnel; on pourra donc sans autre s'en tenir aux faits retenus par les premiers juges à cet égard.

Il est donc manifeste que l'appelante a violé son devoir de protection imposé par les articles 328 CO et 6 LTr. Par sa négligence, elle a exposé son employée, de manière illicite, à des conditions de travail ayant porté atteinte à sa personnalité et ayant exposé sa santé à un danger concret. Même si l'entreposage des cadavres de chats dans le congélateur utilisé par le personnel n'avait été que de courte durée – ce qui n'est pas le cas d'une période de plusieurs mois – il est absolument inadmissible qu'aucune directive interne n'ait pu empêcher un tel procédé. Quant à la gravité de l'atteinte subie par l'intimée, elle est importante sur le plan objectif mais incertaine sur le plan subjectif car on ignore si l'intimée a réellement été très affectée sur le plan psychologique par ses conditions de travail indignes et les risques que celle-ci étaient susceptibles de faire courir à sa santé. Cependant, comme vu plus haut, le TF se montre large en droit du travail pour admettre l'existence d'un tort moral en cas d'atteinte à la personnalité et il n'exige pas la preuve stricte d'une souffrance psychologique de très forte intensité, celle-ci étant généralement présumée en cas de gra-

vité objective de l'atteinte aux droits du travailleur (sur les conditions de l'allocation d'une indemnité pour tort moral en cas d'atteinte à la personnalité du travailleur et les critères de fixation de celle-ci, voir ATF 130 III 699). Dans la présente affaire, l'appelante a uniquement contesté avoir mis en danger la santé de ses employés mais elle n'a pas remis en cause, à titre subsidiaire, l'existence d'un tort moral enduré par l'intimée justifiant l'allocation d'une indemnité. De toute manière, sur le plan objectif, l'appréciation des premiers juges sur ce point doit être confirmée car on peut admettre que l'appelante a bien exposé son employée de manière illícite à un environnement de travail ayant non seulement porté atteinte à sa personnalité au sens de l'art. 328 al. 2 CO mais ayant en outre exposé sa santé, ou fortement risqué de l'exposer, à un danger concret au sens de l'art. 6 LTr. Cela étant, une indemnité pour réparation du tort moral subi correspondant à un mois de salaire net apparaît justifiée dans son principe et proportionnée dans sa quotité. L'appréciation des premiers juges échappe ainsi également à la critique sur ce deuxième point.

Arrêt communiqué par M.-A. Borel, premier greffier adjoint auprès du Tribunal cantonal du canton de Vaud

Tribunal cantonal du canton de Vaud, Cour d'appel civile, Arrêt du 6 août 2014 (Rejet des appels interjetés contre le jugement rendu le 16 décembre 2013 par le Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne)
Note: par arrêt du 13 avril 2015, doss.-No 4D_4/2015, le Tribunal fédéral a rejeté le recours constitutionnel interjeté par X.

Art. 4 LEg. Il est possible de prouver l'existence d'un harcèlement sexuel par le recours à des indices concordants, comme les déclarations constantes et crédibles de la victime, les témoignages indirects, notamment des personnes auxquelles la victime s'est confiée, ainsi que les certificats médicaux et notes établis par un médecin. S'agissant de l'aspect médical, il est parfaitement possible qu'un harcèlement sexuel induise un burn-out (c. 3d).

Art. 328 CO. Preuve d'un harcèlement psychologique. Le témoignage d'un employé travaillant dans un café dans lequel les collaborateurs de l'entreprise se rendaient régulièrement, le matin et à midi, s'avère décisif en l'espèce, puisqu'il reflète un regard externe, porté de manière suivie par une personne qui n'a d'aucune manière été impliquée dans le conflit. En revanche, dans la mesure où le mobbing se distingue notamment par la tentative d'isolement de la victime, les déclarations des collaborateurs de l'entreprise, impliqués dans le conflit par la force des choses, doivent être appréciées en tenant compte de cette implication (c. 4c).

Art. 5 al. 3 LEg. La loi sur l'égalité ne traite que de la responsabilité de l'employeur et non de celle de l'auteur du harcèlement sexuel (c. 3b).

En vertu des art. 41 ss CO, la victime peut toutefois agir directement contre l'auteur du harcèlement, son supérieur hiérarchique en l'espèce, pour réclamer le versement d'une réparation morale, ainsi que le remboursement des frais d'avocat avant procès (c. 5).

Extraits des faits:

Par contrat de travail de durée indéterminée du 7 janvier 2009, T. (intimée) a été engagée, avec effet au 1^{er} janvier 2009, en qualité de collaboratrice à 80% pour un salaire mensuel brut de 4320 francs. Selon contrat du 12 août 2009, son taux d'activité a été porté à 90% dès le 1^{er} septembre 2009, T. exerçant dès lors l'activité de responsable du service interne pour un salaire mensuel brut de 5000 francs. Employée de E. SA (appelante), T. travaillait sous les ordres de X. (appelant), chef d'agence.

T. a ouvert action le 7 juillet 2010 contre X. et E. SA. Une expertise a été confiée à Me R. au sujet des honoraires de conseil avant procès de T. Il a déposé son rapport le 29 novembre 2012. Par jugement du 16 décembre 2013, le Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne a dit que E. SA et X. devaient payer divers montants à T. En droit, les premiers juges ont considéré que X. était un employé d' E. SA et que T. avait été engagée par celle-ci. Ils ont admis que T. avait à plusieurs reprises offert ses services après son incapacité de travail, de sorte qu'elle avait droit à son salaire pour les mois de février à juin 2010, par 25 000 fr., et de juillet à septembre 2010, par 15 000 fr., de même qu'un solde de vacances, par 2433 fr. 35, et une gratification de 3749 francs. Les premiers juges ont considéré que le congé du 9 juillet 2010 n'était pas abusif et que X. s'était rendu coupable de harcèlement sexuel et de mobbing à l'égard de T., ce qui justifiait qu'il lui verse une indemnité de tort moral de 8000 fr., ainsi que le remboursement de ses frais d'avocat avant procès, par 5649 francs.

X. a interjeté appel le 10 avril 2014 contre ce jugement. Le même jour, E. SA a également interjeté appel.

Extraits des considérants:

3.

a) L'appelant X. s'en prend au jugement en tant qu'il retient qu'il se serait rendu coupable notamment de harcèlement sexuel.

b) Le devoir de protection de la personnalité du travailleur par l'employeur, prévu à l'art. 328 CO (Code des obligations du 30 mars 1911; RS 220), a été complété lors de l'introduction de la Leg (loi fédérale du 24 mars 1995 sur l'égalité entre femmes et hommes; RS 151.1) par la mention expresse de la protection contre le harcèlement sexuel (ATF126 III 395 c. 7b). Le harcèlement sexuel est une forme grave de discrimination fondée sur le sexe dans les rapports de travail, qui est contraire à l'interdiction de discriminer ancrée à l'art. 3 LEg (cf. LEMPEN, in Com-

mentaire de la loi fédérale sur l'égalité, 2011, n° 1 ad art. 4 Leg, p. 100; KAUFMANN, in *Kommentar zum Gleichstellungsgesetz*, 2^e éd. 2009, n° 39 ad art. 4 Leg, p. 130). L'art. 4 LEg définit le harcèlement sexuel comme un «comportement importun de caractère sexuel ou tout autre comportement fondé sur l'appartenance sexuelle, qui porte atteinte à la dignité de la personne sur son lieu de travail, en particulier le fait de proférer des menaces, de promettre des avantages, d'imposer des contraintes ou d'exercer des pressions de toute nature sur une personne en vue d'obtenir d'elle des faveurs de nature sexuelle».

Selon l'art. 5 al. 3 LEg, lorsque la discrimination porte sur un cas de harcèlement sexuel, le tribunal peut condamner l'employeur à verser au travailleur une indemnité, à moins que l'employeur ne prouve 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 ces actes ou y mettre fin. L'indemnité due sera fixée compte tenu de toutes les circonstances et sera calculée sur la base du salaire moyen suisse. Aux termes de l'art. 5 al. 4 in fine LEg, ladite indemnité n'excédera pas le montant correspondant à six mois de salaire. Si l'employeur prouve qu'il a rempli son devoir de diligence, il ne peut être condamné au versement de ladite indemnité (ATF 126 III 395 c. 7b).

La LEg ne traite que de la responsabilité de l'employeur et non de celle de l'auteur du harcèlement sexuel qui peut être tenu notamment de réparer le tort moral de la victime en vertu des art. 41 ss CO.

L'art. 6 LEg est une règle spéciale par rapport au principe général de l'art. 8 CC, lequel prescrit à celui qui allègue un fait pour en déduire un avantage d'en apporter la preuve. L'art. 6 LEg instaure un assouplissement du fardeau de la preuve d'une discrimination à raison du sexe, en ce sens qu'il suffit à la partie demanderesse de rendre vraisemblable l'existence d'une telle discrimination par l'apport d'indices objectifs pour engendrer un renversement du fardeau de la preuve. Autrement dit, si la vraisemblance de la discrimination est démontrée, il appartient à l'employeur d'apporter la preuve stricte qu'elle n'existe pas (ATF 131 II 393 c. 7.1; ATF 130 III 145 c. 4.2 et 5.2 et les références).

A teneur de l'art. 6, 2^e phrase, LEg, l'allègement du fardeau de la preuve s'applique à l'attribution des tâches, à l'aménagement des conditions de travail, à la rémunération, à la formation et au perfectionnement professionnels, à la promotion et à la résiliation des rapports de travail. Cette énumération est exhaustive, de sorte que l'hypothèse du harcèlement sexuel en est exclue (STEIGER-SACKMANN, in *Kommentar zum Gleichstellungsgesetz*, op. cit., n° 13 ad art. 6 Leg, p. 206; WYLER, in *Commentaire de la loi fédérale sur l'égalité*, op. cit., n° 3 ad art. 6 Leg, p. 148; TF 4A_473/2013 du 2 décembre 2013 c. 3.1).

c) L'appelant ne conteste pas les éléments objectifs retenus par le Tribunal de première instance, tels les envois de fleurs et les déclarations d'amour envoyées sur le téléphone de l'intimée, mais considère que ces

éléments ne suffisent pas à retenir un comportement caractérisant le harcèlement sexuel. Il en veut pour preuve que l'intimée a déclaré qu'elle ignorait qui était l'expéditeur des fleurs et que, si elle s'était sentie harcelée par les messages d'amour qu'elle recevait à la même période, elle n'avait eu aucune difficulté à faire le lien entre les messages et les envois de fleurs. En outre, l'appelant reproche au jugement attaqué de s'être fondé sur le seul témoignage de la mère de l'intimée, sur le fait que S. n'aurait pas douté de la véracité des propos de l'intimée et sur le certificat médical établi par le Dr D. De l'avis de l'appelant, l'intimée n'a pas été en mesure de produire une pièce établissant le harcèlement et le mobbing allégués, tels un courriel ou un message téléphonique exprimant sa gêne, ou un rapport médical plus explicite faisant notamment référence à un mobbing ou un harcèlement sexuel. L'appelant relève l'absence de témoins en mesure de confirmer, même indirectement, les accusations d'attouchements, la mère de l'intimée et le certificat médical produits n'attestant pas de ces faits. L'appelant reproche à l'intimée ses contradictions, celle-ci ayant situé l'agression d'ordre sexuel à des dates différentes. Il relève enfin que le jugement attaqué ne fait aucune mention de la pièce 107.

d) Au vu des principes énoncés en matière du fardeau de la preuve, l'intimée, qui s'était notamment plainte de harcèlement sexuel, ne pouvait bénéficier sur cette question du mécanisme allégeant le fardeau de la preuve de l'art. 6 LEg. Il lui incombait en conséquence d'établir, en application de la règle générale de l'art. 8 CC (Code civil du 10 décembre 1907; RS 210), le harcèlement sexuel sur le lieu de travail. Il y a lieu d'examiner si tel a été le cas en l'espèce.

Il n'est pas contesté que l'appelant a cherché à établir une relation extraprofessionnelle avec l'intimée dès le mois de janvier 2009, par l'envoi de très nombreux messages sur son téléphone portable privé, puis, de février à juin 2009, par l'envoi de fleurs à son domicile privé. Contrairement à ce que soutient l'appelant, le fait que l'intimée n'aurait pas d'emblée fait le rapprochement avec la personne qui lui envoyait des messages sur son téléphone privé n'est pas décisif; ce qui est déterminant, c'est qu'elle s'est rapidement sentie mal à l'aise, comme attesté par sa mère, et qu'elle a fini par refuser ces envois de fleurs dès qu'elle a su qui en était l'expéditeur. Par ailleurs, l'appelant ne conteste pas avoir offert à l'intimée en février 2009 un smartphone d'une valeur de 769 fr. puis un stylo de marque Mont-Blanc, ce qui ressort du reste de la note rédigée le 8 décembre 2009 dans le cadre de la deuxième entrevue du 7 décembre 2009 que l'intimée a eu avec respectivement W., responsable Vente et Marketing et membre de la direction de la défenderesse, et M., responsable des ressources humaines de S. Certes, ces seuls faits ne suffisent pas à retenir un harcèlement sexuel. L'intimée a cependant allégué que l'appelant l'a, au moins à une reprise, coïncée pour l'embrasser. Les avances qui lui étaient faites se passaient la plupart du temps durant la pause de midi lorsque les autres collaborateurs de l'agence étaient absents. Elle se dégageait

alors le plus rapidement possible et demandait à l'appelant d'arrêter ces agissements. Elle a également allégué qu'à chaque fois qu'il en avait l'occasion, l'appelant en profitait pour lui mettre « la main aux fesses ». Il ressort de la demande qu'en août 2009, alors qu'elle était en train de faire la vaisselle vers 13h20, le défendeur l'a ceinturée par derrière pour lui enlever son soutien-gorge et lui toucher la poitrine; elle s'est alors sentie atteinte dans son intimité. Il est vrai qu'à la lecture de la note précitée, établie le 8 décembre 2009 par M., la date de cet événement est situé à la mi-octobre 2009, vers 13h30. La divergence pourrait être due à une erreur de retranscription des faits relatés par l'intimée dans la note précitée, dès lors qu'aucun élément ne permet de retenir que celle-ci aurait relu cette note pour la corriger, le cas échéant, voire qu'elle l'aurait signée comme c'est le cas pour un procès-verbal dans le cadre d'une procédure. Quoi qu'il en soit, cela ne suffit pas à considérer que l'évènement n'a pas eu lieu, en raison de la description qui en a été faite avec constance par l'intimée, rendant ainsi ses déclarations crédibles. Ces faits ne se sont pas déroulés devant des témoins directs, de sorte que le recours à d'autres indices est justifié en l'espèce (cf. TF 4P.214/2006 du 19 décembre 2006 c. 2.2, La Pratique du droit de la famille [FamPra.ch] 2007, p. 456). Les témoignages indirects, notamment des personnes auxquelles la victime s'est confiée, ne représentent cependant qu'une possibilité parmi d'autres pour corroborer les déclarations de celle-ci. L'intimée a fait part des événements vécus à sa mère dont le témoignage indirect, à défaut de témoins directs, ne saurait être remis en question simplement parce qu'il se serait limité, comme le soutient l'appelant, à reproduire la déclaration de l'intimée selon laquelle l'appelant «lui aurait sauté dessus dans la cuisine». D'une part, la mère de l'intimée a déclaré qu'elle n'avait pas posé de questions, ce qui dénote une certaine retenue qui n'a rien d'anormal au vu des circonstances; d'autre part, l'intimée a été décrite par le témoin L. comme très réservée et ne parlant jamais de sa vie privée, ce qui peut expliquer qu'elle n'ait pas développé plus avant ces événements embarrassants. En outre, l'appelant perd de vue que l'intimée s'est confiée à un membre de la direction et à un membre des ressources humaines de S., dont elle a recherché l'aide et lesquels ont considéré ses déclarations crédibles au point d'entraîner la résiliation des rapports contractuels avec l'appelant. S'agissant du certificat médical établi le 15 janvier 2011 par le Dr D., on peut considérer qu'il constitue également un indice supplémentaire propre à étayer le harcèlement subi par l'intimée, dès lors que celle-ci a commencé ses consultations auprès de ce spécialiste à l'époque même où elle a dénoncé sa situation professionnelle à W. et M. Ainsi, il ressort notamment de la note établie par celle-ci le 8 décembre 2009 que l'intimée était suivie par son médecin-traitant et par un psychiatre, à raison de deux fois par semaine, qu'elle était angoissée, sous médicaments et qu'elle ne dormait plus, l'appelant lui «hantant la tête», qu'elle ne voulait plus jamais le revoir et qu'elle craignait pour sa sécurité à partir du moment où il serait convoqué à la direction de

S., le 14 décembre 2009. Au demeurant, contrairement à ce que laisse entendre l'appelant, un harcèlement peut induire un burn-out, ce d'autant que l'intimée a explicitement déclaré que, suite au refus des avances de son supérieur, celui-ci avait commencé à lui faire la «guerre des nerfs» en l'excluant totalement du groupe, notamment lors de la pause, alors qu'elle se trouvait avec de plus en plus de travail. S'agissant de la pièce 107, alléguée en première instance, elle l'a été à titre de preuve que l'intimée aurait joué des sentiments de l'appelant, ce qui a été contesté par celle-ci dans ses déterminations à cet égard et par le témoin C. On ne voit pas qu'elle puisse attester, au stade de l'appel, des éléments qui y sont nouvellement relevés par l'appelant. Quoi qu'il en soit, l'intimée a indiqué que, bien qu'elle repoussât systématiquement toutes les avances de l'appelant, elle craignait de perdre son emploi si elle se montrait trop ferme ou trop menaçante avec celui-ci; ne sachant pas comment réagir pour ne pas provoquer de réactions préjudiciables. Or, la position délicate de l'intimée, dont elle a fait état, ressort justement de la pièce 107 puisque l'intimée y remercie l'appelant de l'augmentation de pourcentage de travail (AP) obtenue grâce à lui.

En résumé, l'ensemble des indices, y compris ceux résultant du jugement attaqué et non remis en cause par l'appelant, permettent de retenir que l'intimée a établi l'existence d'un harcèlement sexuel au degré requis de la preuve stricte, les éléments relevés par l'appelant ne parvenant pas à ébranler la conviction de la Cour de céans sur cette question.

4.

a) L'appelant conteste en outre le mobbing retenu par les premiers juges qui se seraient fondés sur l'unique témoignage de L. qui ne faisait pas partie de l'agence et à laquelle l'intimée ne se serait pas confiée. Selon l'appelant, il y aurait eu tout au plus un seul indice et non pas un faisceau d'indices convergents pour établir le prétendu mobbing qui lui est reproché.

b) 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. 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. 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. En droit privé, les actes de mobbing sont prohibés par l'art. 328 al. 1 CO. L'employeur qui n'empêche pas que son employé subisse un mobbing contrevient à l'art. 328 CO (ATF 125 III 70 c. 2a). Selon cette disposition, l'employeur doit non seulement respecter la personnalité du travailleur, mais aussi la protéger; il doit donc non seulement s'abstenir lui-même d'actes de mobbing, mais aussi prendre des mesures adéquates si la personnalité du travailleur fait l'objet d'atteintes notamment de la part d'autres membres du personnel (ATF 127 III 351 c. 4b/dd; TF 4D_22/2013 du 19 septembre 2013 c. 3.1).

c) Le tribunal a retenu que l'intimée n'avait pas répondu aux avances de l'appelant, raison pour laquelle celui-ci avait radicalement changé d'attitude vis-à-vis d'elle. Selon le tribunal, il a exercé des pressions sur l'intimée, cherchant à l'isoler de ses collègues et à monter ces derniers contre elle. Le témoin L., qui travaillait dans un café dans lequel les collaborateurs de l'agence de J. se rendaient quotidiennement, a confirmé que l'intimée avait été complètement mise à l'écart du groupe et que, lorsqu'elle avait demandé de ses nouvelles à un de ses collègues, ce dernier s'était montré très remonté contre l'intimée, tout comme d'autres collaborateurs. De plus, les anciens collègues de l'intimée ont tous admis que celle-ci ne mangeait plus avec eux à midi, certains niant toutefois que c'était là le fait de l'appelant; le témoin L. a toutefois précisé qu'il lui avait semblé que les collègues de l'intimée avaient été manipulés par l'appelant. Pour le tribunal, ces indices concordants suffisent pour établir le mobbing en question.

Contrairement à l'avis de l'appelant, le témoignage L. est décisif, puisqu'il reflète un regard externe, porté de manière suivie sur les collaborateurs de l'agence par une personne travaillant dans l'établissement dans lequel ceux-ci se rendaient le matin et à midi et qui n'a d'une aucune manière été impliquée dans le conflit opposant l'appelant à l'intimée. En outre, le témoin C. a déclaré que l'intimée avait, à un moment donné, cessé d'aller manger avec les autres collaborateurs et le témoin V. que l'intimée était moins présente. Il ressort de la note du 8 décembre 2009 des ressources humaines de S. que l'intimée avait déclaré être exclue du groupe par l'appelant. Celui-ci a allégué dans la réponse que l'intimée avait «joué de ses sentiments», qu'il s'est «dès lors montré plus ferme au travail», ce que l'intimée n'avait pas accepté selon lui. Cela démontre qu'il y a eu une réaction, à tout le moins de vexation de la part de l'appelant à l'endroit de l'intimée, dès le moment où il a interprété l'attitude de celle-ci à son endroit dans le sens mentionné. Enfin, les déclarations favorables à l'appelant

des collaborateurs de l'agence contrastent avec l'impression des membres respectivement de la direction et des ressources humaines de S. qui ont considéré que les déclarations de l'intimée étaient crédibles. Il y a ainsi lieu d'admettre le mobbing allégué par l'intimée sur la base d'un faisceau d'indices convergents et au degré de la preuve allégée requise à cet égard, en insistant sur le fait que le mobbing se distingue notamment par la tentative d'isolement de la victime, de sorte que les déclarations des collaborateurs de l'agence, impliqués dans le conflit par la force des choses, doivent être appréciées en tenant compte de cette implication.

5.

a) A l'instar de ce qu'ont retenu les premiers juges, l'appelant ne conteste pas qu'il n'était pas l'employeur de l'intimée. Il invoque cependant la violation de l'art. 49 CO sur la base duquel le tribunal l'a condamné à verser à l'intimée une indemnité pour tort moral.

Se référant à l'arrêt CACI du 13 septembre 2012 (HC/2012/674, c. 3), l'appelant soutient que l'indemnité pour tort moral ne serait pas due, dès lors que la preuve du lien de causalité entre l'atteinte et le tort moral ferait défaut. Selon l'appelant, il serait impossible de déterminer la cause de «l'état anxieux important avec troubles du sommeil et baisse de l'humeur en lien avec des problèmes professionnels». En outre, l'appelant renvoie à l'allégué 43 de la demande, selon lequel «l'état de santé général de la demanderesse s'est dégradé peu à peu», ainsi qu'à la détermination de la mère de l'intimée sur cet allégué qui a la teneur suivante «c'est exact, c'était d'abord des soucis physiques puis elle a craqué et a fait une dépression. Elle nous a avoué un soir que M. X. lui avait sauté dessus dans la cuisine».

b) Le fait que l'intimée ait connu des problèmes physiques avant de connaître des problèmes psychiques, voire parallèlement à ceux-ci, n'exclut pas que l'origine de ses problèmes professionnels, dont fait état le certificat établi par le psychiatre, était due au harcèlement (sexuel et psychologique) subi sur le lieu de travail, dont elle avait du reste fait part aux membres respectivement de la direction et des ressources humaines. Quant à la surcharge de travail alléguée par l'appelant, l'intimée a précisé lors de son entrevue du 7 décembre 2009 qu'elle résultait de la «guerre des nerfs» que lui faisait subir l'appelant suite au refus de ses avances, ce qui avait pour effet notamment qu'elle avait «de plus en plus de travail»; la surcharge professionnelle de l'intimée était donc liée au harcèlement qu'elle subissait à la suite du refus opposé à l'appelant, qui s'était dès lors, selon ses propres allégations, montré plus ferme au travail. Il y a lieu de renvoyer au surplus sur ce qui a été exposé à ce sujet au considérant 4c ci-avant.

Il faut ainsi reconnaître à l'atteinte subie par l'intimée une certaine gravité objective, attestée par les certificats médicaux produits, l'appelant ne pouvant en outre rien déduire de l'arrêt CACI cité, dont les circonstances ne sont pas comparables au cas présent. Par ailleurs, cette atteinte, telle que ressentie par l'intimée subjectivement, se présentait comme une

souffrance morale suffisamment forte, de sorte qu'il apparaissait légitime que dans ces circonstances elle s'adresse au juge pour obtenir réparation.

c) Pour le surplus, l'appelant se limite à conclure à la réforme du ch. V du dispositif du jugement entrepris concernant le montant de 5649 fr. plus intérêts, alloué à l'intimée à titre de remboursement des honoraires de son avocat avant procès, en application des art. 41 ss CO. On comprend que ce n'est pas le montant en lui-même, qui avait au demeurant fait l'objet d'une expertise judiciaire, qui est contesté, mais bien le principe de la responsabilité de l'appelant. Dès lors que celui-ci a été reconnu, les premiers juges étaient fondés à allouer à l'intimée ce montant, à titre de dommage incombant à l'auteur même du harcèlement.

Arrêt communiqué par M.-A. Borel, premier greffier adjoint auprès du Tribunal cantonal du canton de Vaud

Kanton Zürich

Obergericht des Kantons Zürich, Urteil vom 9. Januar 2014 (teilweise Aufhebung des Urteils des Arbeitsgerichts Zürich vom 15. November 2012)

Missbräuchliche Änderungskündigung wegen Lohnkürzung, Art. 336 OR. Wenn eine Kündigung ohne betriebliche Notwendigkeit gegenüber einem Arbeitnehmer für den Fall ausgesprochen wird, dass er eine unbillige Verschlechterung seiner Arbeitsbedingungen nicht annimmt, wird das jederzeitige und freie Kündigungsrecht ebenso missbraucht wie in den vom Gesetz ausdrücklich vorgesehenen Fällen missbräuchlicher Kündigung. Vorliegend vermochte die Arbeitgeberin weder betriebliche noch marktbedingte Umstände darzutun, welche die unbillige Lohnreduktion beim Arbeitnehmer um knapp 29% in einem existenziell relevanten Einkommensbereich (Lohnreduktion von Fr. 7566.– auf Fr. 5400.–) zu rechtfertigen vermögen, dies vor dem Hintergrund, dass der Arbeitnehmer im Zeitpunkt der Änderungskündigung immerhin mehr als dreizehn Jahre insgesamt und mehr als elf Jahre mit der – aus Sicht der Arbeitgeberin – zu hohen Entlöhnung für die Arbeitgeberin tätig war, auch wenn es sich dabei ursprünglich um ein Versehen der Arbeitgeberin gehandelt haben sollte (E. 3.4, 4.11).

Sachverhalt:

Der Kläger und Berufungskläger (nachfolgend Kläger) war vom 1. Mai 1998 bis Ende Februar 2012 bei der Beklagten – eine Stiftung, welche die C. Klinik betreibt – als Arbeitnehmer angestellt. Bis zum 31. Januar 2000 war er als Operationspfleger und hernach bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses als Lagerungspfleger tätig. Zu Beginn des Arbeitsverhältnisses wurde ein Monatslohn von Fr. 5406.– brutto vereinbart. Dieser wurde im Laufe der Zeit mehrmals erhöht und betrug im Jahr 2011 Fr. 7566.–. Im Jahr 2011 führte die Beklagte eine strukturelle Lohnrevision durch, um ihre Löhne dem Punktereglement des Verbands Zürcher Krankenhäuser (VZK) anzupassen. Der Lohn des Klägers sollte gestützt darauf von Fr. 7566.– auf Fr. 5400.– reduziert werden. Gemäss Schreiben der Beklagten an den Kläger vom Juli 2011 war beabsichtigt, den reduzierten Lohn ab Januar 2012 zur Auszahlung gelangen zu lassen. Vom Kläger mit Schreiben vom 2. November 2011 darauf hingewiesen, eine Vertragsänderung könne nur mittels Änderungskündigung durchgesetzt werden, sprach die Beklagte noch am gleichen Tag eine solche auf Ende Februar 2012 aus. Am 28. November 2011 erhob der Kläger Einsprache gegen die

Kündigung im Sinne von Art. 336 Abs. 1 OR. Mit Schreiben vom 5. Dezember 2011 rechtfertigte die Beklagte ihr Vorgehen und nahm die Kündigung nicht zurück. Die geänderten Lohnbedingungen akzeptierte der Kläger schliesslich nicht, weshalb das Arbeitsverhältnis am 29. Februar 2012 endete.

Der Kläger machte seine Klage am 27. August 2012 beim Arbeitsgericht Zürich anhängig. Am 15. November 2012 fällte dieses ihr Urteil, mittels welchem sie die Klage vollumfänglich abwies. Mit Eingabe vom 4. Januar 2013 erhob der Kläger Berufung mit dem Antrag, die Beklagte sei zu verpflichten, ihm Fr. 24 466.– bezahlen.

Aus den Erwägungen:

2.

2.1.

2.1.1 Vor Berufungsinstanz machte der Kläger im Wesentlichen geltend, der ihm jahrzehntelang gewährte Lohn sei nicht Folge eines Versehens oder eines erst im Jahre 2011 entdeckten Irrtums. Die Annahme der Vorinstanz, dass der Kläger nicht in Abrede gestellt habe, der tatsächlich ausbezahlte Lohn sei die Folge eines Versehens gewesen, sei aktenwidrig. Über die Frage, ob ein Irrtum vorgelegen habe, hätte ausserdem ein Beweisverfahren durchgeführt werden müssen. Die von der Vorinstanz vorgenommene, stillschweigende antizipierte Beweiswürdigung, welche zu einem Verzicht auf ein Beweisverfahren geführt habe, verletze Art. 8 ZGB.

2.1.2 Die Lohnentwicklung des Klägers lasse sich auf drei substantielle Lohnerhöhungen in den Jahren 2001, 2008 und 2009 zurückführen, anlässlich welcher sich die Beklagte zwingend und 2001 auch sehr detailliert mit dem zu erhöhenden Lohn zu befassen gehabt habe. 2001 sei der Kläger nach Einreichung aller Unterlagen sowie des massgebenden Fragebogens der Beklagten um zwei Lohnklassen in die Klasse 15 angehoben worden. Ebenfalls sei ihm eine rückwirkende Lohnnachzahlung von Fr. 26 000.– gewährt worden. Dies untermauere, dass der Personaldienst der Beklagten sich damals intensiv mit dem Lohn des Klägers auseinandergesetzt habe und jenem ganz bewusst in Anbetracht der ausgeübten Tätigkeit als Lagerungspfleger und seiner Qualifikation eine substantielle Lohnerhöhung für die fortdauernde Tätigkeit als Lagerungspfleger habe angedeihen lassen wollen. Gegen ein Versehen spreche auch die Geltendmachung erst nach rund 12 Jahren und das erstmalige Vorbringen seitens der Beklagten, als sich der Kläger gegen die missbräuchliche Änderungskündigung zu wehren begonnen habe. Der dem Kläger bisher ausbezahlte Lohn sei angesichts seiner Qualifikationen und Berufserfahrung auch angemessen gewesen, was sich daran zeige, dass sein Anfangslohn beim neuen Arbeitgeber Fr. 7000.– betrage.

2.1.3 Die massive Lohnkürzung stelle gemäss dem Kläger zudem eine unbillige Schlechterstellung dar, die nicht unter dem Druck einer Ände-

rungskündigung aufgezwungen werden dürfe, und sei – auch bei Vorliegen eines Versehens bei der Festsetzung seines Lohnes seitens der Beklagten – bereits aufgrund ihres Umfangs missbräuchlich. Die plötzliche Lohnreduktion um 30% sei für einen Arbeitnehmer im Einkommensbereich des Klägers stark einschneidend und führe unter Berücksichtigung der Steuerlast gar zu Liquiditätsengpässen.

2.1.4 Schliesslich bringt der Kläger vor, dass seitens der Beklagten für die Lohnkürzung um 30% keine betrieblichen oder marktbedingten Gründe geltend gemacht worden seien. Die seitens der Beklagten vorgenommene Neubeurteilung bzw. Lohnumstrukturierung per se vermöge zudem keinen ausreichenden wirtschaftlich-betrieblichen Grund darzustellen, welche die massive Lohnkürzung rechtfertigen könne. Die Beklagte sei wirtschaftlich erfolgreich. Die erforderliche wirtschaftlich motivierte Rechtfertigung für die massive Lohnkürzung bestehe deshalb nicht.

2.2.

2.2.1 Seitens der Beklagten wird im Wesentlichen geltend gemacht, der Kläger sei vorliegend aus einem Irrtum heraus zu hoch entlohnt worden. Allerdings sei kein Beweisverfahren zur Irrtumsthematik erforderlich, da die klägerische Lohnentwicklung und der Umstand, dass er jahrelang zu viel Lohn, als seiner Funktion entsprochen hätte, bezogen habe, irrelevant seien. Vielmehr würde gemäss der Beklagten die künftige Sicherstellung der innerbetrieblichen Lohngerechtigkeit im Zentrum stehen.

2.2.2 Weiter wird seitens der Beklagten – unter Verweis auf die Erwägungen der Vorinstanz – vorgebracht, dass das Instrument der Änderungskündigung für Arbeitgeber erforderlich sei, um eine falsche Lohneinreihung zu korrigieren

2.2.3 Ausserdem macht die Beklagte geltend, dass vorliegend kein missbräuchliches Motiv erkennbar sei. So habe sie keinerlei eigene Interessen, sondern ausschliesslich solche betrieblicher Art im Interesse ihrer Arbeitnehmerschaft (Lohngerechtigkeit, Gleichbehandlung) wahrgenommen. Ihre betriebsweite Lohnstrukturevision ziele auf Verbesserung, Gerechtigkeit, Akzeptanz wie auch Praktikabilität. Die Lohnstrukturevision habe für drei Viertel der Beschäftigten zu einer Besserstellung geführt, weshalb mit ihr offensichtlich keine missbräuchlichen Arbeitgebermotive verfolgt worden seien.

2.2.4 Schliesslich macht die Beklagte vor Berufungsinstanz neu geltend, dass sie mit Gleichstellungsklagen hätte rechnen müssen, wenn sie den Kläger weiterhin zu einem deutlich höheren Lohn beschäftigt hätte.

3.

3.1 Das Schweizerische Arbeitsrecht geht vom Grundsatz der Kündigungsfreiheit aus. Ein unbefristetes Arbeitsverhältnis kann von jeder Partei gekündigt werden (Art. 335 Abs. 1 OR). Für die Rechtmässigkeit einer Kündigung bedarf es grundsätzlich keiner besonderen Gründe.

3.2 Eine Kündigung kann sich indes als missbräuchlich erweisen. In Bezug auf die allgemeinen rechtlichen Grundlagen einer missbräuchlichen

Kündigung kann auf die zutreffenden diesbezüglichen Erwägungen der Vorinstanz zu Art. 336 OR verwiesen werden. Wesentlich ist, dass der Vorwurf der Missbräuchlichkeit voraussetzt, dass die geltend gemachten Gründe eine Schwere aufweisen, die mit jenen der in Art. 336 OR ausdrücklich aufgeführten vergleichbar sind (BGE 136 III 513 E. 2.3 S. 514 f.; 132 III 115 E. 2.1 S. 217). 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 eine Kündigung rechtmässig erklärt, muss sie das Gebot der schonenden Rechtsausübung beachten. Demgegenüber genügt ein bloss unanständiges, einem geordneten Geschäftsverkehr unwürdiges Verhalten nicht, denn es ist nicht Aufgabe der Rechtsordnung, bloss unanständiges Verhalten zu sanktionieren (BGE 131 III 535 E. 4.2 S. 539; BGE 125 III 70 E. 2.b S. 73; Urteil 4C.174/2004, Entscheid vom 5. August 2004, E. 2.1).

3.3 Die rechtsmissbräuchliche Kündigung nach Art. 336 OR beinhaltet eine gesetzliche Beschränkung der Vertragsfreiheit, um das Interesse der Gegenpartei an der Aufrechterhaltung des Arbeitsvertrages zu wahren. Die Ausübung des an und für sich bestehenden Rechts zur Kündigung wird eingeschränkt, wenn diese zu einem sozial stossenden Missverhältnis der Interessen führen würde. Die Beantwortung der Frage, ob eine Kündigung missbräuchlich ist, setzt eine Gesamtwürdigung aller Umstände des Einzelfalles voraus (BGE 132 III 115 E. 2.4. und 2.5.).

3.4 Auch den seitens der Vorinstanz spezifisch zu den rechtlichen Grundlagen einer missbräuchlichen Änderungskündigung gemachten Erwägungen kann vollumfänglich beigespflichtet werden, weshalb auf diese verwiesen werden kann. Wie zutreffend festgehalten wurde, ist es gemäss höchstrichterlicher Rechtsprechung grundsätzlich zulässig, den mit der Kündigung erzeugten Druck zu verwenden, um eine Vertragsänderung zu erwirken. Zu betonen ist indessen Folgendes: Wenn eine Kündigung ohne betriebliche Notwendigkeit gegenüber einem Arbeitnehmer für den Fall ausgesprochen wird, dass er eine unbillige Verschlechterung der Arbeitsbedingungen nicht annimmt, so wird das jederzeitige und freie Kündigungsrecht ebenso missbraucht wie in den vom Gesetz ausdrücklich vorgesehenen Fällen missbräuchlicher Kündigung (BGE 123 III 246 E. 3.b S. 250 f.). Im gleichen Entscheid verweist das Bundesgericht darauf, dass der Missbrauch in der Kündigung darin liege, dass ohne sachlich schutzwürdigen Grund die Kündigung ausgesprochen werde, somit für die Änderung der Lohn- und Arbeitsbedingungen keine betrieblichen oder marktbedingten Gründe bestehen (BGE 123 III 246 E. 3.b S. 251). Was mit «betrieblicher Notwendigkeit» bzw. «betrieblichen Gründen» genau gemeint ist, liess das Bundesgericht offen. In einem späteren Entscheid stellte das Bundesgericht fest, dass eine Kündigung missbräuchlich sei, wenn die Änderung der Arbeitsbedingungen jeglicher wirtschaftlicher Rechtfertigung («une modification des conditions de travail dépourvues de toute justifica-

tion économique») ermangle (4C.282/2006, Entscheid vom 1. März 2007 E. 4.4.). In demselben Entscheid weist das Bundesgericht des Weiteren darauf hin, dass es beim Zulassen eines wirtschaftlich motivierten Grundes für die Änderungskündigung nicht um das wirtschaftliche Überleben des Betriebes gehen müsse. Ausreichend sei der Bestand wirtschaftlicher Gründe, welche mit dem Betrieb der Unternehmung oder mit Marktbedingungen zusammenhängen würden (4C.282/2006, Entscheid vom 1. März 2007 E. 4.4.). Im entsprechenden Fall hatte die damalige Vorinstanz eine Herabsetzung des Lohnes eines Arbeitnehmers im Bereich von 50% auf einen Jahreslohn zwischen Fr. 180 000.– bis 200 000.– zu beurteilen gehabt und erachtete die Lohnkürzung mangels offenkundiger wirtschaftlicher Gründe («nécessité économique apparente») als nicht erforderlich. Das Bundesgericht entschied im entsprechenden Fall nicht endgültig, sondern sandte den Fall zur Sachverhaltsergänzung zurück an die Vorinstanz (4C.282/2006, Entscheid vom 1. März 2007 E. 4.4.).

3.5 Einem allfälligen Gleichbehandlungsgrundsatz unter den Arbeitnehmern geht die Vertragsfreiheit vor, womit der Anwendungsbereich der Gleichbehandlung beschränkt bleibt (s. KURT PÄRLI, Vertragsfreiheit, Gleichbehandlung und Diskriminierung im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis, Habil. Bern 2009, Rz. 1444 m.w.H.). Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung sind mit Bezug auf den vereinbarten Vertragsinhalt beliebige Differenzierungen zwischen den einzelnen Arbeitnehmern erlaubt. Verhandelt ein Arbeitnehmer schlechter als seine Kollegen, so hat er die sich daraus ergebenden schlechteren Arbeitsbedingungen grundsätzlich hinzunehmen. Soweit eine vertragliche Regelung vorliegt, ist vom Grundsatz der Vertragsfreiheit als einem der tragenden Pfeiler der privatrechtlichen Grundfreiheiten auszugehen (BGE 129 III 276 E. 3.1 S. 281 m.w.H.). In der Lehre wird aus der Pflicht des Arbeitgebers, die Persönlichkeit des Arbeitnehmers zu schützen (Art. 328 OR), und aus dem Persönlichkeitsschutz (Art. 28 ff. ZGB) auf einen allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz geschlossen. Zu beachten ist allerdings, dass auch eine unsachliche und willkürliche Entscheidung des Arbeitgebers nur dann eine Persönlichkeitsverletzung und damit einen Verstoss gegen das individuelle Diskriminierungsverbot darstellen kann, wenn darin eine den Arbeitnehmer verletzende Geringschätzung seiner Persönlichkeit zum Ausdruck kommt. Eine solche kann gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung von vornherein nur gegeben sein, wenn ein Arbeitnehmer gegenüber einer Vielzahl von anderen Arbeitnehmern deutlich ungünstiger gestellt wird, nicht jedoch, wenn der Arbeitgeber bloss einzelne Arbeitnehmer besser stellt (BGE 129 III 276 E. 3.1 S. 282 m.w.H.). Bei Kündigungen sieht die Lehre – im Gegensatz zum Bereich des Weisungsrecht des Arbeitgebers und bei freiwilligen Leistungen – keinen Raum für die Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes (PÄRLI, a.a.O., Rz. 1444 ff. m.w.H.).

3.6 Richtigerweise hat die Bewertung der betrieblichen Interessen im Rahmen einer Güterabwägung im Einzelfall mit den Interessen des Arbeitnehmers zu erfolgen. Im Bereich des Kündigungsrechts allgemein und auch bei einer missbräuchlichen Kündigung ist denn auch ein Ermessensentscheid zu fällen. Wenn eine Kündigung missbräuchlich ist, wird vom Richter denn auch «unter Würdigung aller Umstände» eine Entschädigung festgesetzt (Art. 336a Abs. 2 OR).

3.7 Es muss deshalb vorerst geprüft werden, ob die Verschlechterung für die gekündigte Partei unbillig gewesen wäre, wobei geringe Verschlechterungen diese Voraussetzung kaum erfüllen. Als Massstab dafür, was noch als gering gewertet werden kann, hat die Differenz zum bisherigen Vertragsinhalt einerseits und andererseits die Bedeutung zu gelten, welche die Änderung für die gekündigte Partei hat. Liegt eine unbillige Verschlechterung vor, ist weiter abzuklären, ob sich diese durch betriebliche oder marktbedingte Gründe rechtfertigen lässt. Das Gericht hat die betrieblichen Verhältnisse bzw. den Markt zu analysieren und den unternehmerischen Entscheid wenigstens auf seine Plausibilität hin zu prüfen (so THOMAS GEISER, Die Änderungskündigung im schweizerischen Arbeitsrecht, in: AJP/PJA 1999, S. 60 ff., 64).

3.8 Die Rechtsfolgen einer missbräuchlichen Kündigung sind in Art. 336a OR geregelt. Art. 336a Abs. 1 OR sieht ohne Einschränkung vor, dass der Tatbestand der missbräuchlichen Kündigung eine Strafzahlung nach sich zieht; hingegen führt eine missbräuchliche Kündigung nicht zur Nichtigkeit der Kündigung, d.h. das Arbeitsverhältnis wird auch durch eine missbräuchliche Kündigung beendet. In Bezug auf die Höhe der Strafzahlung sieht Art. 336a Abs. 2 OR vor, dass die Entschädigung auf maximal sechs Monatslöhne des betroffenen Arbeitnehmers beschränkt ist. Der Richter hat bei der Bemessung der Höhe der Strafzahlung grosses Ermessen, wobei er alle Umstände zu würdigen hat (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Praxiskommentar zum Arbeitsvertrag, 7. A., Zürich 2012, Art. 336a OR N 3).

4.

4.1 Die Vorinstanz erachtet eine Änderungskündigung, welche ausgesprochen werde, um einen fast 30 Prozent tieferen Lohn beim Arbeitnehmer durchzusetzen, ohne dass dafür ein plausibler Grund bestehe, ohne Zweifel als missbräuchlich (auch unter Verweis auf ROGER RUDOLPH, Aktuelle Fragen im Arbeitsrecht, Neuere Entwicklungen zum sachlichen Kündigungsschutz, TREX 3/2009, S. 154).

4.2 Diesen Erwägungen der Vorinstanz ist beizupflichten, wobei in casu zusätzlich wesentlich ist, dass sich der Kläger in einem Einkommensbereich bewegt, in welchem auch kleinere Schwankungen als die in Frage stehende deutliche Reduktion von Fr. 7566.– auf Fr. 5400.– unmittelbare und erhebliche Folgen auf den Lebensstandard in einem existenziellen Bereich zeitigen können. Die bundesgerichtlichen Erwägungen, welche dahin zielen, dass eine Lohnreduktion um 50% auf Fr. 180 000.– bis 200 000.–

eine Änderungskündigung für sich allein noch nicht missbräuchlich macht (s. 4C.282/2006, Entscheid vom 1. März 2007 E. 4.4.), vermögen daran auch deshalb nichts zu ändern, da es im damals zu beurteilenden Fall um eine ganz andere Einkommensklasse ging. Die dem Kläger seitens der Beklagten angezeigte Lohnkürzung ist nach dem Ausgeführten als unbillig einzustufen.

4.3 Des Weiteren hält die Vorinstanz zutreffend fest, dass seitens der Beklagten vor erster Instanz nicht einmal behauptet wurde, dass betriebliche oder marktbedingte Gründe bestanden hätten, welche sie gezwungen hätten, dem Kläger den Lohn derart drastisch zu kürzen.

4.4 Wie es die Vorinstanz ebenfalls zutreffend festgestellt hat, stellt die im Jahr 2011 nach einheitlichen Kriterien aufgrund einer anerkannten Richtlinie vorgenommene Lohnumstrukturierung bei der Beklagten einen betrieblich motivierten, zulässigen unternehmerischen Vorgang dar. Allein damit lässt sich die vorgenommene Lohnkürzung allerdings nicht rechtfertigen. Nicht zwingend zutreffend ist der in diesem Zusammenhang vorgebrachte Einwand der Beklagten, dass der Arbeitgeber, der in einer Situation gleichzeitig die Weiterführung des Arbeitsverhältnisses mit geänderten Konditionen anbietet, freiwillig dem Verhältnismässigkeitsprinzip Rechnung trägt. Massgeblich ist vielmehr, ob dem Verhältnismässigkeitsprinzip genügend Rechnung getragen wird. Diesbezüglich ist zu berücksichtigen, dass seitens der Beklagten vor erster Instanz nicht einmal im Ansatz vorgebracht wurde, dass ökonomische Gründe im Rahmen der Lohnumstrukturierungen eine einigermaßen wesentliche Rolle spielten. So steht fest, dass die Beklagte bei der strukturellen Lohnerhöhung im Jahr 2011 die Löhne ihrer Mitarbeiter generell leicht angehoben und nur in einer Minderheit von Fällen leicht gesenkt hat. Ebenfalls ist unbestritten, dass die Beklagte im Jahr 2011 einen Gewinn von Fr. 202 536.– erzielte und der CEO der Beklagten im Jahresbericht 2011 von einem «Jahr im Zeichen des Wachstums» sprach. Deshalb ist vorliegend nicht davon auszugehen – und wird seitens der Beklagten in erster Linie auch gar nicht behauptet – dass sich die erhebliche Lohnkürzung beim Kläger auf ökonomische Gründe stützt, welche mit dem wirtschaftlichen Zustand oder dem konjunkturellen Ausblick der Beklagten korrelieren.

4.5 Die Beklagte verweist indes auf Interessen betrieblicher Art, bestehend in der künftigen Sicherstellung der innerbetrieblichen Lohngerechtigkeit, und im Berufungsverfahren auch auf die andernfalls in Frage gestellte Geschlechtergleichstellung, welche vorliegend dem Interesse des Klägers vorgehen würden. Sie trägt in diesem Zusammenhang vor, die klägerische Lohnentwicklung und der Umstand, dass der Kläger für die von ihm tatsächlich vorgesehene Funktion jahrelang zu viel Lohn bezogen habe, seien irrelevant. Damit geht sie indessen fehl. Auch ihre Darstellung, insofern jene darauf zielen sollte, dass es vorliegend ausschliesslich um die künftige Sicherstellung der innerbetrieblichen Lohngerechtigkeit gehe, vermag nicht zu überzeugen. Vorliegend sind vielmehr alle relevanten

Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen, wozu auch die klägerische Lohnentwicklung gehört.

4.6 Seitens der Vorinstanz wurde festgestellt, dass der Kläger bei seinem Eintritt in den Betrieb der Beklagten als Operationspfleger am 1. Mai 1998 in die Lohnklasse 13 eingeteilt wurde, wobei sein Bruttolohn Fr. 5406.– betrug. Auch auf die weiteren Feststellungen der Vorinstanz, insoweit überhaupt relevant, ist im Übrigen abzustellen: So arbeitete der Kläger ab 1. Februar 2000 nicht mehr in seiner ursprünglichen Tätigkeit, sondern war als Lagerungspfleger tätig. Gemäss Schreiben der Beklagten betreffend Lohnerhöhung vom 24. Januar 2008 war der Kläger im Jahr 2007 in der Lohnklasse 15 eingeteilt und bezog einen Lohn von Fr. 7344.–. Auf den 1. Januar 2008 wurde sein Lohn auf Fr. 7417.– erhöht; die Lohnklasse blieb die gleiche. 2009 wurde der Lohn des Klägers bei gleichbleibender Lohnklasse auf Fr. 7528.– erhöht und belief sich im Januar 2011 auf Fr. 7566.–. Auf diese Feststellungen wird auch vorliegend abgestellt.

4.7 Auch von der Beklagten wurde geltend gemacht, der dem Kläger vor der eingehenden Arbeitsplatzbewertung im Jahr 2011 bezahlte Lohn sei Vertragsbestandteil geworden, wobei sie den Zeitpunkt, ab welchem dem Kläger zu viel Lohn bezahlt worden sei, auf den 1. Februar 2000 datierte. Auch gemäss eigener Darstellung wurde es der Beklagten erst im Rahmen ihrer Lohnumstrukturierungen Mitte 2011 bewusst, dass dem Kläger über elf Jahre lang ein aus ihrer Sicht zu hoher Lohn entrichtet worden sei. Ungeachtet der Tatsache, dass die in der Zwischenzeit erfolgten Lohnerhöhungsschritte des Klägers im Einzelnen nicht erstellt wurden, ist es erwiesen, dass einzelne Lohnerhöhungen stattfanden. Die Beklagte hat sich entgegenhalten zu lassen, dass sie ihre Lohnadministration in Bezug auf den Lohn des Klägers über diese lange Zeitdauer hinweg offensichtlich nicht im Griff hatte, ansonsten sie ihn bereits früher nach unten korrigiert hätte. Ihr Einwand, dass sich solche «Dinge» in einem grösseren Betrieb, wie die Beklagte einer sei, einschleichen könnten, vermag sie nicht von ihren Pflichten zu entlasten. Demgegenüber besteht seitens des Klägers kein Verhalten, welches ihm vorgeworfen werden könnte.

4.8 Insofern sich die Beklagte auf die mit der Lohnstrukturrevision beabsichtigte künftige Sicherstellung der innerbetrieblichen Lohngerechtigkeit sowie Akzeptanz und Praktikabilitätsabwägungen beruft, ohne dass hierbei ökonomische Gründe gleichzeitig eine zumindest nicht unwesentliche Rolle einnehmen, ist ihr entgegenzuhalten, dass diese Motive die Interessen des Klägers vor dem Hintergrund seiner langjährigen Anstellung zu deutlich besseren Bedingungen und insbesondere der massiven Lohnkürzung nicht zu überwiegen vermögen. Die vorliegend vorgenommene deutliche Schlechterstellung seiner Arbeitsbedingungen vermag denn auch bei den übrigen Angestellten der Beklagten keinen schützenswerten Mehrwert zu bewirken.

4.9 Die Beklagte macht im Berufungsverfahren neu geltend, dass sie mit Gleichstellungsklagen hätte rechnen müssen, wenn sie den Kläger weiterhin zu einem deutlich höheren Lohn beschäftigt hätte. Zu beachten ist,

dass – wie bereits erwähnt – ein Verstoss gegen das individuelle Diskriminierungsverbot gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung nur besteht, wenn ein Arbeitnehmer gegenüber einer Vielzahl von anderen Arbeitnehmern deutlich ungünstiger gestellt wird, nicht jedoch, wenn der Arbeitgeber bloss einzelne Arbeitnehmer besser stellt (BGE 129 III 276 E. 3.1 S. 282 f. m.w.H.). Daraus folgt, dass die Beklagte als Arbeitgeberin nicht zu befürchten hätte, dass die schlechter bezahlten Arbeitnehmer einen Anspruch auf eine allfällige Gleichbehandlung mit dem Kläger hätten. Insofern findet der Gleichbehandlungsgrundsatz in casu keine Anwendung. Deshalb kommt dem Verhältnis zu den Löhnen bzw. allfälligen Lohnerhöhungen der anderen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer der Beklagten vorliegend keine Bedeutung zu.

4.10 Das Argument, der Beklagten würde bei Beibehaltung des Lohnes eine Gleichstellungsklage drohen, wenn sie den Kläger weiterhin zu einem deutlich höheren Lohn beschäftigen würde, kann entgegen der Auffassung der Beklagten nicht als Vorbringen rein rechtlicher Art verstanden werden, sondern beschlägt auch den Sachverhalt. Das Argument ist damit neu und unzulässig (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Abgesehen davon ist die Befürchtung der Beklagten wenig begründet. Zwar kann nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung die Glaubhaftmachung einer Lohndiskriminierung auch schon dann gelingen, wenn der Lohnvergleich anhand eines einzigen Arbeitskollegen vorgenommen wird (BGer 4A_261/2011 E. 3.2 und 4A_449/2008 E. 3.1). Doch muss bei der abschliessenden Prüfung der Frage, ob eine Lohndiskriminierung vorliegt, auch der Vertragsfreiheit und individuellen Lohnvereinbarungen Rechnung getragen werden, weshalb eine kollektive Betrachtung bzw. ein Gruppenvergleich stattzufinden hat. Mit anderen Worten kann für den Lohnvergleich nicht ein einzelner Arbeitnehmer mit einem Ausnahmesalar herausgepickt werden (WYLER, in: Aubert/Lempen, Commentaire de la loi fédérale sur l'égalité, Genève 2011, N 16 f. zu Art. 6 LEg). Im Übrigen wurde seitens der Beklagten nicht genügend substantiiert dargetan, inwiefern in ihrem Betrieb eine geschlechterdiskriminierende Bezahlung besteht oder eine solche im Rahmen ihrer Lohnstrukturierungsreform festgestellt wurde.

4.11 Vorliegend vermochte die Beklagte demzufolge weder betriebliche noch marktbedingte Umstände darzutun, welche die vorliegende unbillige Lohnreduktion beim Kläger um knapp 29% in einem existenziell relevanten Einkommensbereich und vor dem Hintergrund, dass der Kläger im Zeitpunkt der Änderungskündigung immerhin mehr als dreizehn Jahre insgesamt und mehr als elf Jahre mit der – aus Sicht der Beklagten – zu hohen Entlohnung für die Beklagte tätig war, zu rechtfertigen vermögen, auch wenn es sich dabei ursprünglich um ein Versehen seitens der Beklagten gehandelt haben sollte.

(...)

6.

In Bezug auf die Höhe der dem Kläger gestützt auf dieses Ergebnis zu leistenden Entschädigungszahlung ist festzuhalten, dass der Kläger, welcher mehr als 13 Jahre für die Beklagte tätig war, keinerlei Grund für die Kündigung gesetzt hat. Er hat sich im Gegenteil immer loyal und vorbildlich verhalten, weshalb ihm keine besonders schwerwiegenden oder rücksichtslosen Verfehlungen anzulasten sind. Weiter ist zu berücksichtigen, dass der Kläger vor Vorinstanz vorbrachte, die geplante Lohnreduktion beruhe auf einer grob falschen Beurteilung des klägerischen Profils. Die Vorinstanz gelangte zum Ergebnis, dass von einer qualifiziert falschen und damit missbräuchlichen Lohneinreihung nicht die Rede sein könne. Dies wurde vom Kläger im Berufungsverfahren nicht gerügt. Auch bringt der Kläger im Berufungsverfahren das genannte Vorbringen nicht als Bemessungsgrund für die Höhe der Entschädigung vor. In Würdigung dieser Umstände erscheint die Ausrichtung einer Entschädigung im Betrag von zwei Monatslöhnen als angemessen, wobei hierfür der Bruttolohn (einschliesslich 13. Monatslohn) massgebend ist (s. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 336a OR N 3). Demzufolge hat die Beklagte dem Kläger den Betrag von Fr. 16 393.– zuzüglich Zins zu 5% ab 1. März 2012 zu bezahlen.

(...)

Es wird erkannt:

In teilweiser Gutheissung der Berufung des Klägers wird die Beklagte verpflichtet, dem Kläger Fr. 16 393.– zuzüglich Zins zu 5% seit 1. März 2012 zu bezahlen.

Obergericht des Kantons Zürich, Urteil vom 3. April 2014 (Bestätigung des Urteils des Bezirksgerichts Meilen vom 4. Februar 2014)

Tod des Arbeitnehmers; Lohnnachgenuss, Art. 338 Abs. 2 OR. Beim Tod des Arbeitnehmers hat der Arbeitgeber nach fünfjähriger Dienstdauer zwei weitere Monatslöhne zu bezahlen (Art. 338 Abs. 2 OR). Dem Gesetz lässt sich nicht direkt entnehmen, wem dieser Anspruch zusteht – dem Nachlass des verstorbenen Arbeitnehmers bzw. dessen Erben oder direkt den im Gesetz genannten Personen? Gemäss herrschender Lehre steht der Anspruch auf Lohnnachgenuss dem Berechtigten direkt, aus eigenem Recht und unabhängig von einer allfälligen Erbenstellung zu. Vorliegend lebte die Klägerin im Zeitpunkt des Todes ihres Ehemannes zwar von diesem aussergerichtlich getrennt, war jedoch noch verheiratet, womit sie einen direkten Anspruch auf Lohnnachgenuss gegenüber dem Arbeitgeber des Verstorbenen, der sich im 9. Dienstjahr befand, hat (E. 2.a–b, 4.d).

Sachverhalt:

Der Ehemann der Klägerin war seit Oktober 2004 beim Beklagten als Arbeitnehmer (Taxichauffeur) angestellt gewesen; er war seit 12. September 2012 aufgrund eines fortgeschrittenen Krebsleidens nicht mehr arbeitsfähig und verstarb schliesslich am tt.mm.2013. Die Klägerin und deren Ehemann hatten seit April 2011 getrennt gelebt. Die Klägerin verlangt vom Beklagten gestützt auf Art. 338 OR (Lohnnachgenuss) die Ausrichtung von zwei Monatslöhnen an sich selbst und hat am 19. Juni 2013 beim Friedensrichteramt Zollikon und am 1. Oktober 2013 beim Bezirksgericht Meilen (Vorinstanz) eine entsprechende Klage auf Zahlung von Fr. 9792.60 nebst 5% Zins seit 1. März 2013 eingereicht. Mit Urteil vom 4. Februar 2014 hiess die Vorinstanz die Klage vollumfänglich gut. Hiergegen hat der Beklagte am 24. März 2014 Beschwerde erhoben.

Aus den Erwägungen:

2.

a) Die Vorinstanz erwog zusammengefasst, auf das Arbeitsverhältnis des verstorbenen Ehemannes der Klägerin seien Art. 319–355 OR anwendbar; die vom Beklagten angeführte ARV 2 regle keine zivilrechtlichen Aspekte. Gemäss Art. 338 Abs. 2 OR habe der Arbeitgeber beim Tod des Arbeitnehmers nach fünfjähriger Dienstdauer zwei weitere Monatslöhne zu bezahlen, sofern der Arbeitnehmer den Ehegatten oder sonstige in Art. 338 Abs. 2 OR bezeichnete Personen hinterlasse. Ein solcher Anspruch bestehe unabhängig davon, ob der Verstorbene zu einer finanziellen Leistung verpflichtet gewesen sei. Die berechtigte Person habe einen direkten Anspruch gegenüber dem Arbeitgeber des Verstorbenen.

b) Die Klägerin habe im Zeitpunkt des Todes ihres Ehemannes zwar von diesem aussergerichtlich getrennt gelebt, sei jedoch noch verheiratet gewesen. Damit stehe ihr der Lohnnachgenuss zu. Dieser umfasse zwei Monatslöhne, da sich der Verstorbene bereits im 9. Dienstjahr befunden habe.

c) Für die Höhe des Lohnnachgenusses seien auch Provisionen zu berücksichtigen. Ausgehend von den gemeldeten Jahreslöhnen der Jahre 2008 bis 2011 ergebe sich ein Durchschnittseinkommen von Fr. 4896.30 brutto, was für zwei Monate Fr. 9792.60 ergebe. Von diesem Betrag seien keine Sozialabzüge zu machen.

d) Der Beklagte habe Gegenforderungen von Fr. 1650.– geltend gemacht, dazu Verfehlungen des Verstorbenen. Weil jedoch der Lohnnachgenuss seinen direkten Anspruch darstelle, könne der Arbeitgeber allfällige Forderungen gegenüber dem Arbeitnehmer nicht mit dem Anspruch der Angehörigen verrechnen. Der Beklagte könne daher allfällige Forderungen gegenüber dem Verstorbenen nicht mit dem Anspruch der Klägerin verrechnen.

(...)

4.

a) Der Beklagte macht in seiner Beschwerde sinngemäss geltend, die Vorinstanz habe sehr alte Kommentare zitiert, die nicht der Branche, sondern allgemeinem Charakter entsprechen würden. Solche Kommentare seien subjektive Stellungnahmen eines Kommentators, die weder der Branche noch der Sache dienen würden. Der Vorinstanz sei entgangen, dass im Arbeitsrecht zwingende Artikel ausgewiesen seien, die nicht einfach willkürlich ausgesetzt werden könnten. Vorliegend sei der Fall eindeutig, wie weit die Anstellung dem Art. 349 OR entsprochen habe; eine Weiterführung des zusätzlichen Anspruchs sei eindeutig hinfällig. Es sei unter Art. 362 OR geregelt und somit massgebend. Im angefochtenen Urteil sei der Umstand der zwingenden Artikel einfach ausser Kraft gesetzt worden. Die Zahlung von zwei Monatslöhnen von jeweils Fr. 3600.– sei zu keinem Zeitpunkt in Frage gestellt worden, doch sei die Klägerin durch ihre Kinder manipuliert worden. Das ganze Verfahren sei mehr als fragwürdig; es sei die Frage zu stellen, wie weit in diesem Verfahren das UWG noch zusätzlich zum Tragen kommen sollte.

b) Zivilrechtliche Ansprüche aus einem Arbeitsvertrag sind im Obligationenrecht in den Artikeln 319 bis 362 geregelt. Das Gesetz über den unlauteren Wettbewerb (UWG) kommt vorliegend für zivilrechtliche Ansprüche nicht zur Anwendung. Es ist dem Kläger [recte: Beklagten und Beschwerdeführer] ohne weiteres darin zuzustimmen, dass Art. 361 und 362 OR zur Anwendung kommen. Die Vorinstanz hat aber genau dies getan. Gemäss Art. 362 ist die Vorschrift von Art. 338 betreffend den Lohnnachgenuss einseitig zwingend, d.h. es darf nicht zuungunsten des Arbeitnehmers davon abgewichen werden; wenn in einem Vertrag davon abgewichen würde, wäre dies nichtig. Daher musste nicht geprüft werden, ob im individuellen Arbeitsvertrag des verstorbenen Ehemannes der Klägerin allenfalls eine ungünstigere oder gar keine Regelung des Lohnnachgenusses enthalten war. Der vom Beklagten in der Berufung angeführte Art. 349 OR betrifft den Tätigkeitskreis des Handelsreisenden; eine Relevanz für den vorliegenden Fall des Lohnnachgenusses nach Tod eines Arbeitnehmers ist nicht ersichtlich.

c) Das Gericht wendet das Gesetz an. Bei der Auslegung des Gesetzes und ebenso, wenn das Gesetz keine Vorschrift enthält und auch kein Gewohnheitsrecht existiert, folgt das Gericht «bewährter Lehre und Überlieferung» (Art. 1 Abs. 3 ZGB). Unter «bewährter Lehre» sind Lehrbücher und Kommentare zu verstehen. Indem die Vorinstanz auf Kommentare zum Arbeitsrecht abgestellt hat, ist dies daher nicht zu beanstanden.

d) Vorliegend ist Art. 338 Abs. 2 OR klar, was den Anspruch auf Lohnnachgenuss als solchen betrifft. Nicht direkt dem Gesetz entnehmen lässt sich jedoch, wem dieser Anspruch zusteht (dem Nachlass des verstorbenen Arbeitnehmers bzw. dessen Erben oder direkt den im Gesetz genannten Personen). Hierfür können und dürfen Kommentare berücksichtigt

werden. Diese kommen einhellig zum Schluss, dass der Anspruch auf Lohnnachgenuss dem Berechtigten direkt, aus eigenem Recht und unabhängig von einer allfälligen Erbenstellung zusteht (zuletzt: STAEHELIN, ZH-Kommentar 2014, N 5 zu Art. 338 OR, mit weiteren Hinweisen). Daher konnte – wie dies schon die Vorinstanz dargelegt hatte – der Beklagte allfällige Forderungen gegen den verstorbenen Arbeitnehmer nicht mit dem Anspruch der Klägerin auf den Lohnnachgenuss verrechnen.

e) Zur Höhe des Lohnnachgenusses macht der Beklagte einzig geltend, die Höhe der zwei Monatslöhne von je Fr. 3600.– sei nicht in Frage gestellt worden. Dies stellt keine konkrete Beanstandung der entsprechenden vorinstanzlichen Erwägungen – neben dem Grundlohn seien auch die Provisionen geschuldet; gegen deren Höhe habe der Beklagte nichts eingewendet – dar. Damit bleibt es bei diesen.

f) Nach dem Gesagten ist die Beschwerde des Beklagten als unbegründet abzuweisen.

Obergericht des Kantons Zürich, Urteil vom 14. Mai 2014 (Bestätigung des Urteils des Arbeitsgerichts Zürich vom 9. Januar 2013)

Freistellung; Erlassvertrag, Art. 115 OR; Annahmeverzug, Art. 324 Abs. 1 OR; Ersatzverdienst. Die juristische Einordnung der Freistellung ist umstritten. Stimmt der Arbeitnehmer der Freistellung zu, dürfte von einem Erlassvertrag im Sinne von Art. 115 OR auszugehen sein, wobei sich in diesem Fall der Arbeitnehmer einen Ersatzverdienst während der Freistellungszeit nur anrechnen lassen muss, wenn dies vereinbart ist. Stimmt der Arbeitnehmer der Freistellung nicht zu, dürfte ein Annahmeverzug des Arbeitgebers im Sinne von Art. 324 Abs. 1 OR vorliegen, wobei in diesem Fall ein Ersatzverdienst während der Freistellungszeit gemäss Art. 324 Abs. 2 OR anzurechnen ist, sofern der Arbeitgeber nicht darauf verzichtet hat (E. 4.1.a).

Sachverhalt:

Am 27. Dezember 1995 schlossen die Parteien einen Arbeitsvertrag ab, der am 1. Januar 1996 in Kraft trat. Gemäss diesem Vertrag wurde der Kläger Geschäftsleiter der Beklagten und der C. AG in Zürich, einer Schwestergesellschaft der Beklagten. Mit Schreiben vom 27. November 2008 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis per 31. Mai 2009. Der Kläger wurde unter Lohnfortzahlung bis zum Ende der Kündigungsfrist freigestellt. In der Folge wurden die Löhne für die Monate Dezember 2008 bis Februar 2009 in vollem Umfang und für den Monat März 2009 nur noch im Umfang von 80% bezahlt. In den Monaten April und Mai 2009 bezahlte die Beklagte keinen Lohn mehr, und auch den Anteil des 13. Monatslohnes überwies sie nicht. Der Kläger forderte von der Beklagten ins-

besondere folgende Zahlungen: Fr. 2135.– (20% des Bruttolohnes für März 2009), Fr. 10 637.– (Bruttolohn April 2009), Fr. 10 637.– (Bruttolohn Mai 2009) und Fr. 4447.– (Anteil 13. Monatslohnes für Januar bis Mai 2009), je abzüglich der Sozialleistungen. Dagegen wandte die Beklagte insbesondere ein, dass sich der Kläger seine Einkünfte während der Freistellungszeit bei der I. AG (Lohn von Fr. 18 790.–) und der J. AG (Verwaltungsratshonorare von schätzungsweise Fr. 12 000.–) an die an sich ausgewiesenen Lohnansprüche anrechnen lassen müsse. Dagegen machte der Kläger namentlich geltend, er habe keinen Lohn und keine Verwaltungsratshonorare, sondern Erträge aus Beteiligungen an den Unternehmen bezogen.

Am 14. April 2009 reichte der Kläger beim Arbeitsgericht Zürich Klage ein. Mit Urteil vom 9. Januar 2013 verpflichtete das Arbeitsgericht Zürich die Beklagte, dem Kläger Fr. 1946.– netto, zuzüglich 5% Zins seit 1. April 2009, Fr. 9732.70 netto, zuzüglich 5% Zins seit 1. Mai 2009, Fr. 9732.70 netto, zuzüglich 5% Zins seit 1. Juni 2009, Fr. 4086.80 netto, zuzüglich 5% Zins seit 1. Juni 2009, zu bezahlen. Der Beklagte erhob gegen das Urteil Berufung.

Aus den Erwägungen:

4.

4.1 Die Vorinstanz ging davon aus, dass dem Kläger Nettolohnansprüche für die Monate März 2009 (Fr. 1946.– [20% des Monatslohns]), April 2009 (Fr. 9732.70) und Mai 2009 (Fr. 9732.70) sowie ein Anteil am 13. Monatslohn für die Zeit von Januar bis Mai 2009 (Fr. 4086.80) zustehe, je zuzüglich Zins. Diese Ansprüche werden von der Beklagten ausdrücklich anerkannt. Die Beklagte macht jedoch geltend, dass die Einkünfte des Klägers während der Freistellungszeit bei der I. AG (Lohn von Fr. 18 790.–) und der J. AG (Verwaltungsratshonorare von schätzungsweise Fr. 12 000.–) an die an sich ausgewiesenen Lohnansprüche hätten angerechnet werden müssen.

a. Als Freistellung wird die freiwillige Entbindung des Arbeitnehmers von seiner Arbeitspflicht bezeichnet, ohne dass sein Lohnanspruch dahinfällt. Die juristische Einordnung der Freistellung ist umstritten (vgl. dazu ausführlich STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2012, Art. 324 N 13 S. 396). Wenn der Arbeitnehmer der Freistellung zustimmt, dürfte von einem Erlassvertrag im Sinn von Art. 115 OR auszugehen sein; in diesem Fall muss sich der Arbeitnehmer einen Ersatzverdienst während der Freistellungszeit nur anrechnen lassen, wenn dies vereinbart ist. Stimmt der Arbeitnehmer der Freistellung nicht zu, dürfte ein Annahmeverzug des Arbeitgebers im Sinn von Art. 324 Abs. 1 OR vorliegen; in diesem Fall ist ein Ersatzverdienst während der Freistellungszeit gemäss Art. 324 Abs. 2 OR anzurechnen, sofern der Arbeitgeber nicht darauf verzichtet hat. (STREIFF/

VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 324 N 13 S. 396 mit zahlreichen Hinweisen auf verschiedene Lehrmeinungen und die Rechtsprechung). Entscheidend für den vorliegenden Fall ist, dass nach einhelliger Auffassung ein Nebenverdienst, der schon vor der Freistellung neben der nunmehr ausgefallenen Arbeitstätigkeit erzielt wurde, nicht anzurechnen ist; ein solcher Nebenverdienst wäre auch ohne Freistellung erzielt worden und darf daher nicht als anrechenbares Ersatzeinkommen zufolge Freistellung berücksichtigt werden (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 324 N 12 S. 394; ZK-STAEHELIN, 4. Aufl., Zürich 2006, Art. 324 N 33; REHBINDER/STÖCKLI, Bern 2010, Art. 324 N 22; BLESIG ALFRED, Die Freistellung des Arbeitnehmers, 2. Auflage, Zürich 2010, Rz. 385).

b. Im vorliegenden Fall wurde der Kläger ohne seine Zustimmung freigestellt, und die Beklagte hat nicht auf die Anrechnung eines Ersatzverdienstes verzichtet. Bei dieser Ausgangslage müsste sich der Kläger einen Ersatzverdienst anrechnen lassen, den er während der Freistellungszeit anstelle der ausgefallenen Arbeit erzielte. Hingegen besteht aus den erwähnten Gründen keine Anrechnungspflicht für Nebeneinkünfte, die der Kläger schon vor der Freistellung hatte und von denen die Beklagte wusste.

c. Schon vor der Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit der Beklagten ging der Kläger einer Nebenbeschäftigung für die I. AG nach, die er während der Freistellungszeit fortsetzte. Die Beklagte räumt denn auch mehrfach und ausdrücklich ein, dass sie Kenntnis davon gehabt habe. Wörtlich führt sie aus: «Die Berufungsklägerin bestreitet nicht, dass man von den Nebenbeschäftigungen des Berufungsbeklagten wusste».

Sie macht jedoch geltend, dass sie bis im Februar 2009 keine Kenntnisse davon gehabt habe, dass der Kläger für diese Nebenbeschäftigung entlohnt worden sei, geschweige denn in welchem Umfang. Dieser Einwand ist unbegründet. Entscheidend ist, dass der Zeuge K., der dem Verwaltungsrat der F. Holding AG (Muttergesellschaft der Beklagten) angehörte, von den Bezügen des Klägers wusste. Auf die Frage, ob der Kläger Einkünfte im Gastrobereich erzielt habe – und wenn ja in welcher Höhe –, führte der Zeuge wörtlich aus: «Die Frage kann ich nur bis Ende 2008 beantworten. Bis dann hat er regelmässig Einkünfte erzielt bei der I. AG», nämlich «jährlich zwischen 35 bis 40 000 Franken. Das kann auch höher gewesen sein. Im Jahr 2008 war es ziemlich hoch». Dieses Wissen des Verwaltungsrates der F. Holding AG muss der Tochtergesellschaft – der Beklagten – angerechnet werden. Die Vorinstanz hielt daher zutreffend und unangefochten fest, dass die Beklagte nicht nur von der Nebenbeschäftigung an sich, sondern auch von den Bezügen Kenntnis hatte. Irrelevant ist, wenn sich die Beklagte an der Formulierung im angefochtenen Urteil stört, es sei «gerichtsnotorisch», dass solche Nebenbeschäftigungen vergütet würden. Entscheidend ist, dass die Beklagte wie erläutert aufgrund des Wissens eines Verwaltungsrates ihrer Muttergesellschaft von den ausbezahlten Vergütungen Kenntnis hatte.

Nicht überzeugend ist auch der Hinweis der Beklagten, gemäss Arbeitsvertrag sei eine Nebenbeschäftigung untersagt worden. Die Beklagte räumt selbst ein, dass sie die Nebenbeschäftigung geduldet und damit stillschweigend genehmigt habe, so dass sie sich nicht auf eine Vertragsbestimmung berufen kann, auf deren Einhaltung sie nach eigenen Angaben verzichtete.

Unbegründet ist die Berufung auch insoweit, als die Beklagte geltend macht, entgegen der Auffassung der Vorinstanz sei es nicht ihre Sache gewesen, sich bezüglich einer allfälligen Vergütung der Nebenbeschäftigung des Klägers zu erkundigen. Wie bereits erwähnt, hatte K. als Verwaltungsrat der F. Holding AG – der Muttergesellschaft der Beklagten – Kenntnis von der Entgeltlichkeit der Nebenbeschäftigung des Klägers; die Vorinstanz hielt zutreffend und unbestritten fest, dass K. «von den Bezügen des Klägers wusste». Selbst wenn aber keine Kenntnis der Beklagten in Bezug auf die Entgeltlichkeit der Nebenbeschäftigung des Klägers unterstellt werden könnte, ist mit der Vorinstanz davon auszugehen, dass es Sache der Beklagten gewesen wäre, sich zu erkundigen, ob der Kläger für die bekannte und auch akzeptierte Nebenbeschäftigung ein Entgelt bezog; falls sich die Beklagte nicht erkundigt haben sollte, brachte sie damit ihr Desinteresse zum Ausdruck.

Ob es sich bei den Zahlungen an den Kläger um Lohn für geleistete Arbeit (so die Beklagte) oder um Erträge aus einer Beteiligung handelte (so der Kläger), kann dahin gestellt bleiben. Wenn es sich entsprechend der Darstellung der Beklagten um Lohn für eine Nebenbeschäftigung handelte, wäre wie erläutert eine Anrechnungspflicht zu verneinen, weil die Beklagte von der Nebenbeschäftigung Kenntnis hatte und weil die Einkünfte auch ohne Freistellung erzielt worden wären.

d. Weiter rügt die Beklagte, die Vorinstanz habe ihren Entscheid nicht begründet, weshalb die bei der J. AG erzielten Nebeneinkünfte (Verwaltungsrats honorare von schätzungsweise Fr. 12 000.–) nicht anzurechnen seien. Auch diesbezüglich erweist sich die Berufung als unbegründet. Die Beklagte räumt im Berufungsverfahren wie erläutert ausdrücklich ein, dass sie Kenntnis von den Nebenbeschäftigungen des Klägers gehabt habe. Die Beklagte wusste also nach ihrer eigenen Darstellung nicht nur um die Nebenbeschäftigung des Klägers bei der I. AG, sondern auch um die Verwaltungsrats Tätigkeit bei der J. AG. Wenn eine allfällige Vergütung für die Verwaltungsrats Tätigkeit für die Beklagte von Bedeutung gewesen sein sollte, wäre es ihre Sache gewesen, sich entsprechend zu erkundigen. In dem sie dies unterliess, brachte sie ihr Desinteresse zum Ausdruck. Damit besteht auch für das angeblich von der J. AG ausgerichtete Verwaltungsrats honorar, das sich für die Freistellungszeit auf rund Fr. 12 000.– belaufen haben soll, keine Anrechnungspflicht. Ob effektiv Verwaltungsrats honorare ausbezahlt wurden (so die Beklagte) oder nicht (so der Kläger), kann somit dahingestellt bleiben.

e. Aus diesen Gründen ist eine Anrechnungspflicht für die während der Freistellungszeit bei der I. AG und der J. AG erzielten Einkünfte aus Nebenbeschäftigung zu verneinen.

4.2 Weitere an die ausgewiesenen Lohnansprüche anrechenbare Forderungen, die im erstinstanzlichen Verfahren geltend gemacht wurden (Konventionalstrafe wegen angeblicher Verletzung des Konkurrenzverbotes [vgl. dazu Urk. 110 S. 15 f. E. 4] und Schadenersatz wegen angeblicher Verletzung der Treuepflicht [vgl. dazu Urk. 110 S. 16 f. E. 5]), werden im Berufungsverfahren nicht mehr thematisiert. Die Berufung erweist sich daher als unbegründet. Das angefochtene Urteil ist nicht zu beanstanden.

Obergericht des Kantons Zürich, Urteil vom 15. Juli 2014 (Bestätigung des Urteils des Arbeitsgerichts Zürich vom 4. Juni 2013)

Arbeit im Stundenlohn; Ferienlohn. Erhält der Arbeitnehmer bei einem Stundenlohn inklusive Ferienprocente nur Lohnzahlungen, wenn er auch tatsächlich gearbeitet hat, dies, obwohl er über zwei Jahre und regelmässig, d.h. einer Festanstellung vergleichbar, beschäftigt war, liegt einer jener typischen Sachverhalte vor, bei dem der Arbeitgeber bei Missachtung der entsprechenden Regelungen das Risiko der Doppelzahlung trägt, wird doch die Abgeltung des Ferienlohns durch Lohnpauschalen namentlich nur bei sehr kurzen oder sehr unregelmässigen Arbeitseinsätzen für zulässig erachtet. Die Folgerung der Vorinstanz, wonach für die Zeit der bezogenen Ferien das Feriengeld zusätzlich ausbezahlt werden muss, ist damit nicht zu beanstanden (E. 2.7).

Sachverhalt:

Die Berufungsklägerin und Beklagte (nachfolgend Beklagte) ist im Bereich der Personalvermittlung und des Personalverleihs tätig. Der Berufungsbeklagte und Kläger (nachfolgend Kläger) trat am 1. September 2008 bei der Beklagten, welche damals noch als C. AG firmierte, eine Stelle als Kranführer an. Die Parteien vereinbarten mit schriftlichem Einsatzarbeitsvertrag einen Stundenlohn von Fr. 38.– brutto, welcher eine Ferienvergütung von Fr. 4.03, eine Feiertagsentschädigung von Fr. 0.95 sowie einen Anteil am 13. Monatslohn von Fr. 2.92 beinhaltete. Dieser unbefristete Vertrag verwies auf den Rahmenarbeitsvertrag als integrierenden Vertragsbestandteil und sah als Einsatzbetrieb die D. vor. Im Januar 2010 wurde der Stundenlohn auf Fr. 39.28 brutto erhöht. Der Kläger arbeitete bis zum 24. November 2010 für den genannten Einsatzbetrieb. Der Ferienlohnanteil wurde dem Kläger auf jeder Abrechnung separat ausgewiesen. Effektiv aber bezog er im Jahr 2008 acht Ferientage, im Jahr 2009 fünf- undzwanzig Ferientage und im Jahr 2010 siebzehn Ferientage. Während

diesen Ferientagen erhielt der Kläger keinen Lohn ausbezahlt. Vor Fertigstellung des Tunnels kündigte die Beklagte dem Kläger im Herbst 2010.

Der Kläger macht u.a. geltend, die Beklagte habe ihm für die gesamte Zeit des Anstellungsverhältnisses noch den Ferienlohn in der Höhe von Fr. 19 325.85 zuzüglich Zins zu bezahlen. Dies begründet der Kläger damit, dass die Beklagte entgegen der gesetzlichen und vertraglichen Regelung den Ferienlohn in den Stundenlohn eingeschlossen habe, anstatt ihm diesen während der effektiv bezogenen Ferien auszubezahlen. Dem hält die Beklagte entgegen, dass dies vertraglich so abgemacht gewesen sei und er regelmässig und im vereinbarten Umfang die Ferien auch tatsächlich bezogen habe. In teilweiser Gutheissung der Klage verpflichtete das Arbeitsgericht Zürich mit Urteil vom 4. Juni 2013 die Beklagte, dem Kläger einen Ferienlohn von Fr. 18 522.60 brutto zu bezahlen.

Aus den Erwägungen:

2.

2.1 Im Verfahren vor Vorinstanz war schliesslich auch umstritten, ob der Kläger Anspruch auf Ferienlohn hatte. Die Beklagte stellt sich auf den Standpunkt, der Ferienanspruch des Klägers sei mit 13% Lohnzuschlag bereits vergütet worden. Darüber hinaus habe er die Ferien in natura bezogen, weshalb eine nochmalige Forderung des Ferienlohns rechtsmissbräuchlich sei. Eventualiter sei die Ferienlohnforderung mit einer Gegenforderung aus ungerechtfertigter Bereicherung zu verrechnen. Letztere würde aus den bereits geleisteten Ferienzuschlägen resultieren, falls ihm zusätzlich eine weitere Ferienentschädigung bezahlt werden müsste.

2.2 Dem liess der Kläger entgegenhalten, dass es unzulässig sei, dass ihm der Ferienlohn nicht während des effektiven Ferienbezugs bezahlt worden sei, handle es sich doch beim vorliegend zu beurteilenden Vertragsverhältnis um ein langandauerndes, auf unbestimmte Zeit geschlossenes. Im von ihr stipulierten Rahmenarbeitsvertrag sei zudem festgehalten worden, dass eine Ferienlohnentschädigung im Stundenlohn nur bei unregelmässigen Arbeitseinsätzen und bei verhältnismässig kurzer Arbeitsdauer zulässig sei.

2.3 Die Vorinstanz folgte in ihrem Entscheid dem Kläger. Mit Verweis auf Lehre und herrschende Rechtsprechung hielt sie im Wesentlichen fest, dass es nicht statthaft sei, den Lohn für die Ferienzeit in die regulären Lohnzahlungen einzurechnen bzw. dazuzuschlagen. Lediglich bei sehr kurzen oder sehr unregelmässigen Arbeitseinsätzen sei eine Abgeltung des Ferienlohns in Abweichung vom Gesetzestext zuzulassen und dies auch nur dann, wenn der Ferienlohn sowohl im Arbeitsvertrag als auch in den Lohnabrechnungen klar ausgeschieden werde.

2.4 In ihrer Berufungsbegründung hält die Beklagte an ihrer Auffassung fest, dass der Ferienanspruch des Klägers mit der Entrichtung des Zuschlags von 13% abgegolten worden sei. So habe der Kläger während der

Anstellungsdauer 50 Ferientage in natura bezogen, welchem ein Ferienanspruch von maximal 69.5 Tagen gegenüberstehe. Zudem seien ihm insgesamt Fr. 19 325.25 als Feriengeld ausbezahlt worden, welcher Betrag seinem gesamten Ferienanspruch entspreche. Per 24. November 2010 habe somit nur noch ein Ferienanspruch von 19.5 Tagen bestanden, welchen er in der Kündigungsfrist bis zum 22. Dezember 2010 hätte beziehen können. Indem ihm das Feriengeld ausbezahlt worden sei, sei er durch die getroffene Regelung in keiner Art und Weise schlechter gestellt worden, wie wenn ihm die Ferientage einzeln vergütet worden wären. Da ihm die Ferien bereits entschädigt worden seien, sei es rechtsmissbräuchlich, wenn er die nochmalige Auszahlung des Ferienlohnes verlange. Dies stehe im Einklang mit dem Urteil des Bundesgerichtes 4A_66/2009, wo eine ähnliche Fallkonstellation vorgelegen habe.

2.5 Die Beklagte sei nicht faktischer und rechtlicher, sondern nur rechtlicher Arbeitgeber des Klägers gewesen, was bedeute, dass die Dauer des Arbeitsverhältnisses nicht von der Beklagten, sondern vom faktischen Arbeitgeber bestimmt worden sei. Somit trage der rechtliche Arbeitgeber das volle Risiko der Doppelzahlung, wenn der faktische Arbeitgeber dem Kläger länger dauernde zusammenhängende Ferien gewähre. Zudem seien über die bezogenen Ferien Aufzeichnungen geführt worden, und es seien die Einsätze so geplant worden, dass der Kläger nicht mehr als 7.83 Stunden arbeiten müssen. Schliesslich sei ihm bewusst gewesen, dass seine Beschäftigung nach Juni 2010 absehbar gewesen sei. Da er maximal von seiner Beschäftigung habe profitieren wollen, habe er von Juni 2010 bis zur Kündigung keine Ferien mehr bezogen, was ihm wie in den Vorjahren erlaubt habe, im Nachgang Ferien in natura zu beziehen.

2.6 Schliesslich liess die Beklagte für den Fall der Bejahung des Ferienlohnanspruchs vorbringen, dass der Abzug vom Bruttolohn nicht bloss 6.06% betrage, sondern die bereits oben unter E. 1.7 [nicht publiziert] geltend gemachten Abzüge zu berücksichtigen seien. Dazu kann unter Verweis auf die dortigen Ausführungen vorweg genommen werden, dass die Beklagte weder behauptet noch belegt hat, dass sie die entsprechenden Abzüge auch weitergeleitet hat, weshalb diese Abzüge nicht zu berücksichtigen sind.

2.7 Abgesehen davon sind jedoch der vorliegende Sachverhalt und derjenige im Urteil des Bundesgerichtes 4A_66/2009 nicht zu vergleichen und ist das in der Berufungsschrift aufgeführte Zitat aus dem Entscheid aus dem Zusammenhang gerissen. Denn dort erhielt der Arbeitnehmer jeden Monat eine Akontozahlung, und zwar auch dann, wenn er infolge Ferienabwesenheit seine Arbeitsleistung nicht oder nur teilweise erbracht hatte. Zwar ist diese Art der Lohnabgeltung mit erheblicher Unsicherheit behaftet, wenn sie durch Abschlagszahlungen unterschiedlicher Höhe erfolgt. Sie kann für den Arbeitnehmer problematisch sein, namentlich wenn eine Akontozahlung nicht ausreicht, um die monatlichen Ausgaben zu decken. Mit Blick auf die Höhe der Akontozahlungen und die Ersparnisse, die er

bilden konnte, war dies dort aber offensichtlich nicht der Fall. Da der Beschwerdeführer die Akontozahlungen auch erhielt, wenn er Ferien bezog, war er in diesen Zeiten nicht schlechter gestellt als wenn er gearbeitet hätte. Er musste aus seinen Einkünften keine Rückstellungen für die Ferien bilden, sondern konnte die Akontozahlung dafür verwenden, im Wissen, dass er im nächsten Monat mit einer neuen Zahlung rechnen konnte, die für die Bestreitung des Unterhaltes ausreichen würde. Die Gefahr, dass das für die Ferien notwendige Geld vorzeitig verbraucht und dadurch der Ferienzweck vereitelt würde, bestand dort somit nicht (BGE 129 III 493 E. 3.2 S. 496 mit Hinweisen). Darin unterscheidet sich die Situation des Beschwerdeführers im zitierten Urteil des Bundesgerichtes wesentlich von derjenigen des Klägers, welcher nur Lohnzahlungen erhalten hat, wenn er tatsächlich gearbeitet hat. Die Ausführungen der Beklagten in der Berufungsschrift sind daher nicht überzeugend, da die zugrunde liegenden Sachverhalte in den wesentlichen Punkten voneinander abweichen. Es bleibt somit mit der Vorinstanz festzuhalten, dass vorliegend einer jener typischen Sachverhalte zu beurteilen ist, bei dem der Arbeitgeber bei Missachtung der entsprechenden Regelungen das Risiko der Doppelzahlung trägt. Insbesondere ist vorliegend kein Fall zu beurteilen, in welchem das Bundesgericht ein Abweichen von der Regel für zulässig erachtet, etwa bei sehr kurzen oder sehr unregelmässigen Arbeitseinsätzen. So hat der Kläger vorliegend über zwei Jahre und regelmässig, das heisst einer Festanstellung vergleichbar, gearbeitet. Die Folgerung, wonach das Feriengeld somit zusätzlich auszubezahlen ist, ist damit ebenso wenig zu beanstanden wie die Berechnung desselben durch die Vorinstanz. Die Beklagte ist somit zu verpflichten, dem Kläger einen Ferienlohn von Fr. 18 522.60 brutto bzw. Fr. 17 402 netto zu bezahlen.

Obergericht des Kantons Zürich, Urteil vom 29. Juli 2014 (Bestätigung des Urteils des Arbeitsgerichts Zürich vom 15. Oktober 2013)

Entgangener Bonus infolge Stellenwechsel. Stand für die Arbeitgeberin bei Abschluss des Arbeitsvertrags keineswegs fest, ob und in welcher Höhe ein Anspruch auf Umsatzbonus des Arbeitnehmers bei seiner bisherigen Arbeitgeberin bestehe, der ihm allenfalls durch den Stellenwechsel entgehe und den die neue Arbeitgeberin gewillt war auszugleichen, kann sie sich auch nicht über diesen Punkt geirrt haben, als sie den Arbeitsvertrag abschloss. Tatsachen, von denen jedermann weiss oder wissen müsste, dass sie von Natur aus risikobehaftet, spekulativ und daher letztlich ungewiss sind, entziehen sich grundsätzlich der Täuschung. Der Arbeitnehmer braucht daher der neuen Arbeitgeberin die von ihr geleistete Kompensationszahlung nicht zufolge absichtlicher Täuschung (Art. 28 OR) zurückerstatten, selbst

wenn seine Bonuserwartung bei der bisherigen Arbeitgeberin nicht als objektive Tatsache, sondern lediglich als risikobehaftete subjektive Wunschvorstellung zu qualifizieren war (E. 3.1, 4.3).

Sachverhalt:

Der Kläger, Widerbeklagte und Berufungsbeklagte (fortan Kläger) war vom 1. Oktober 2009 bis 31. Januar 2010 als Broker für die C. AG tätig. Obwohl dieser Arbeitsvertrag für eine Dauer von zwei Jahren abgeschlossen worden war, wechselte der Kläger zusammen mit seinem Vorgesetzten D. per 1. Februar 2010 zur Beklagten, um für diese das Devisengeschäft in Schweizer Franken aufzubauen. Im Dezember 2009 schlossen die Parteien einen Arbeitsvertrag mit einer Mindestdauer von zwei Jahren. Laut einem undatierten Zusatz zur «offer of employment dated December 7th 2009» wurde der Kläger mit einer Provision von fünfzig Prozent auf den von ihm erzielten Netto-Brokergebühren, minimal jedoch mit Fr. 35 000.– brutto pro Monat, entlohnt. Hinzu kam ein – während des ersten halben Jahres garantierter und während des zweiten halben Jahres von einer befriedigenden Arbeitsleistung abhängig gemachter – Bonus von Fr. 50 000.– netto pro Quartal. Im Frühjahr 2010 wurde die Höhe des Bonus einvernehmlich auf Fr. 67 500.– brutto bzw. Fr. 47 276.95 netto festgelegt; ob sich die Beklagte im Gegenzug verpflichtete, den Bonus auch für das zweite halbe Jahr voraussetzungslos zu bezahlen, war im vorinstanzliche Verfahren umstritten. Laut Ziffer 2 des Arbeitsvertrags vergütete die Beklagte dem Kläger die «signing on fee», die der Kläger seiner früheren Arbeitgeberin infolge seines vorzeitigen Weggangs zurückzubezahlen hatte. Schliesslich verpflichtete sich die Beklagte, dem Kläger eine allfällige – ebenfalls durch seinen vorzeitigen Weggang verursachte – Lohnneinbusse (Beteiligungsverlust) auszugleichen. Ziffer 4 des Arbeitsvertrags lautet wie folgt: «4. Compensation: We understand that you may be due some remuneration, called ‘participation’, from your current employer for the six month period ending January 2010. We will compensate you for the remuneration you may forego as a result of you taking up employment with us. Any payment under this part will be made as a loan which will be written down on a monthly basis pro rata over twelve months. 4.b. Once again, the payment of such monies is outlined in the separate letter received from Mr E. dated 15th December 2009.» Bei der C. AG war der Kläger mit einer halbjährlich (Juli/Januar) zu berechnenden und in Anrechnung von monatlichen Vorbezügen von Fr. 35 000.– zahlbaren Beteiligung («participation») von 50% an den von ihm mit seinen Kunden generierten Umsätzen entlohnt worden. Die Beklagte überwies dem Kläger total Fr. 270 000.– brutto als «compensation for loss of participation». Der in Ziffer 4.b. des Arbeitsvertrags erwähnte Brief von E., Verwaltungsratspräsident der Beklagten, wurde von den Parteien nicht thematisiert. Hingegen reichte die Beklagte mit dem Wiedererwägungs- und Beweisergänzungsgesuch «zur

Klärung der Frage der Bonusregelung» einen Arbeitsvertragsentwurf vom 7. Dezember 2009 und den in Ziffer 1 des Arbeitsvertrags erwähnten «Reference letter» vom 15. Dezember 2009 ein. Vom 28. März 2011 bis zum 19. Juni 2011 war der Kläger zufolge Krankheit zu 100% arbeitsunfähig. Mit Schreiben vom 10. Juni 2011 forderte der Kläger die Beklagte auf, ihm ausstehenden Lohn, fällige Boni sowie Spesen in der Höhe von Fr. 243 141.– zuzüglich Zins bis spätestens 17. Juni 2011 zu bezahlen; gleichzeitig teilte er der Beklagten mit, dass er ab 20. Juni 2011 wieder arbeitsfähig sei. Mit Schreiben vom 16. Juni 2011 annullierte die Beklagte den Arbeitsvertrag mit dem Kläger («to cancel the contract as from its origin»). Zur Begründung machte sie geltend, der Kläger habe sie durch falsche Angaben über einen angeblichen Beteiligungsverlust von rund Fr. 200 000.– zum Vertragsschluss verleitet. Mit E-Mail vom 17. Juni 2011 forderte die Beklagte den Kläger auf, die Büroschlüssel zu retournieren. Nachdem der Kläger der Beklagten mit Schreiben vom 20. Juni 2011 mitgeteilt hatte, er fasse ihr Verhalten als fristlose Kündigung auf, hielt die Beklagte im Schreiben vom 22. Juni 2011 fest, sie habe den Arbeitsvertrag nicht gekündigt, sondern annulliert. Am 24. Juni 2011 erhob der Kläger Einsprache wegen ungerechtfertigter fristloser und missbräuchlicher Auflösung des Arbeitsvertrags. Gleichentags reichte er beim Friedensrichteramt der Stadt Zürich ein Schlichtungsgesuch ein.

Mit Klageschrift vom 10. August 2011 und Einreichung der Klagebewilligung leitete der Kläger das Verfahren bei der Vorinstanz ein. Der Kläger forderte von der Beklagten Fr. 667 230.– (abzüglich Sozialversicherungsbeiträge und Quellensteuern) zuzüglich Zins. Der Forderungsbetrag setzt sich wie folgt zusammen: Basislohn (1. Mai 2011 bis 31. Januar 2012) Fr. 315 000.–; Fixbonus (1. September 2010 bis 31. Januar 2011) Fr. 112 500.–; Krankenkassenprämien Fr. 12 971.–; Entschädigung nach Art. 337c Abs. 3 OR Fr. 221 118.–; Spesenguthaben Fr. 5641.–; total brutto Fr. 667 230.–. Am 14. November 2011 erstattete die Beklagte die Klageantwort; gleichzeitig erhob sie Widerklage, mit welcher sie die Rückerstattung der an den Kläger geleisteten «Kompensationszahlung» von Fr. 270 000.– fordert. An der Instruktionsverhandlung vom 24. April 2012 hielten die Parteien die weiteren Parteivorträge. Der von den Parteien abgeschlossene Vergleich wurde seitens der Beklagten mit Schreiben vom 15. Mai 2012 innert Frist widerrufen. Das Arbeitsgericht Zürich fällte am 15. Oktober 2013 das Urteil, worin sie in teilweiser Gutheissung der Hauptklage die Beklagte verpflichtete, dem Kläger Fr. 177 598.40 netto nebst Zins zu 5% seit dem 31. Januar 2012 zu bezahlen. Im Mehrbetrag wies es die Hauptklage ab. Die Beklagte legte gegen das Urteil Berufung ein.

Aus den Erwägungen:

1.3 Strittig ist im Berufungsverfahren nur noch, ob der Kläger der Beklagten zufolge absichtlicher Täuschung (Art. 28 OR) die geleistete Kompensationszahlung von Fr. 270 000.– zurückzuerstatten hat. Die Vorinstanz verneinte dies. Die Beklagte beanstandet das vorinstanzliche Urteil in mehrerer Hinsicht. Sie wirft der Vorinstanz vor, sie habe eine Teilanfechtung von Ziffer 4 des Arbeitsvertrags betreffend Entschädigung für entgangene Bonuszahlungen nicht geprüft. Im vorliegenden Fall stünden weder die fristlose Auflösung noch die Unverbindlichkeit des gesamten Arbeitsverhältnisses zur Debatte. Sie berufe sich auch auf die Ungültigkeit einer einzelnen Klausel des Arbeitsvertrags. Zudem rügt die Beklagte die unrichtige Anwendung von Art. 2 Abs. 1 ZGB (vorvertragliche Treuepflicht) in Verbindung mit Art. 328b OR (Grundsätze zur Bearbeitung von Personendaten). Sie vertritt die Meinung, dass der Kläger verpflichtet gewesen wäre, in Bezug auf allfällige Bonusansprüche gegenüber der C. AG die Wahrheit zu sagen, da er es gewesen sei, der diese Umsatzbeteiligung überhaupt zur Sprache gebracht habe. Die Beklagte konstatiert weiter eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts mit Bezug auf die Anfechtung der Entschädigungszahlung. Sie hält aufgrund der Akten eine absichtliche Täuschung jedenfalls mit Bezug auf die Vereinbarung und Zahlung der Fr. 270 000.– für den angeblich entgangenen Bonus bei der C. AG für rechtsgenügend erstellt und macht geltend, Täuschungserfolg und Kausalität zwischen Willensmangel und Vertragsschluss würden jedenfalls mit Bezug auf Ziffer 4 des Arbeitsvertrags vorliegen. Die (rechtzeitige) Teilanfechtung habe zur Folge, dass die Zahlung von Fr. 270 000.– rechtsgrundlos erfolgt und vom Kläger zurückzuerstatten sei. Schliesslich ist die Beklagte im Eventualstandpunkt – für den Fall mangelnder Spruchreife – der Auffassung, die Vorinstanz habe das Recht auf Beweis (Art. 152 ZPO) verletzt, indem sie die offerierten Beweise (Parteibefragungen und Zeugen) zur erfolgten Arbeitsvertrags(teil)anfechtung nicht abgenommen habe.

2.1 Ist ein Vertragsschliessender durch absichtliche Täuschung seitens des andern zu dem Vertragsschlusse verleitet worden, so ist der Vertrag für ihn auch dann nicht verbindlich, wenn der erregte Irrtum kein wesentlicher ist (Art. 28 Abs. 1 OR). In seiner aktiven Form besteht das täuschende Verhalten in der Vorspiegelung falscher Tatsachen, z.B. durch Behauptungen in mündlichen oder schriftlichen Mitteilungen wie auch konkludent. Erforderlich ist weiter eine doppelte Kausalität: Durch das täuschende Verhalten muss auf Seiten des Getäuschten ein Irrtum hervorgerufen werden und dieser Irrtum muss insofern kausal für die Abgabe der Willenserklärung sein, als der Getäuschte in Kenntnis des wahren Sachverhalts die Willenserklärung gar nicht oder jedenfalls nicht in dieser Weise abgegeben hätte (BSK OR I-SCHWENZER, N 3 ff. zu Art. 28 OR). Tatsachen sind objektiv feststellbare Zustände oder Ereignisse tatsächlicher oder rechtlicher Natur. Tatsachen, von denen jedermann weiss oder wissen

müsste, dass sie von Natur aus risikobehaftet, spekulativ und daher ungewiss sind, entziehen sich grundsätzlich der Täuschung (BK-SCHMIDLIN, N 64 zu Art. 28 OR). Das gleiche gilt für subjektive Werturteile, Vermutungen, Erwartungen und Angaben, die ihrem Inhalt nach unbestimmt sind (BSK OR I-SCHWENZER, N 4 zu Art. 28 OR; BK-SCHMIDLIN, N 64 zu Art. 28 OR; STAUDINGER/SINGER/VON FINCKENSTEIN, 2004, N 7 zu § 123 BGB). Zudem gilt auch bei der Täuschung wie beim Motivirrtum im Allgemeinen: Hat der angeblich Getäuschte Zweifel, liegt keine Täuschung vor. Zweifel schliessen einen Irrtum aus (KOLLER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bern 2009, S. 285 N 156). Demgegenüber ist die Täuschungsanfechtung im Falle eines Vergleichs selbst dann zulässig, wenn sich der Irrtum auf die Vertragsgrundlage (sog. caput controversum) bezieht (KOLLER, a.a.O., S. 293 N 198 f.; HÜNERWADEL, Der aussergerichtliche Vergleich, Diss. St. Gallen 1989, S. 102; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, OR/AT, 9. Aufl., Zürich 2008, N 939). Dies ist deshalb bedeutsam, weil die Parteien – wie sich aus der E-Mail-Korrespondenz zwischen März und Mai 2010 ergibt und noch im Einzelnen zu zeigen wird – über die Höhe der Kompensationszahlung unterschiedliche Standpunkte vertraten und sich zuletzt auf einen Betrag von Fr. 270 000.– brutto einigten, weshalb in dieser Hinsicht von einem aussergerichtlichen Vergleich gesprochen werden kann.

2.2 Gleichsam stillschweigend wird vom Gesetz vorausgesetzt, dass eine absichtliche Täuschung widerrechtlich ist. Wird jedoch eine unzulässige, das Persönlichkeitsrecht verletzende Frage gestellt, insbesondere bei Abschluss eines Arbeitsvertrags, und darauf eine wahrheitswidrige Antwort erteilt, muss die Widerrechtlichkeit im Einzelfall verneint werden, so dass eine Anfechtung nicht in Betracht kommt (BSK OR I-SCHWENZER, N 12 zu Art. 28 OR). Die Vorinstanz scheint davon auszugehen, dass der Kläger aufgrund der Schranken von Art. 328b OR von vornherein zu keinen wahrheitsgemässen Angaben über seinen Verdienst verpflichtet war. Zu Recht weist die Beklagte in diesem Zusammenhang darauf hin, dass aufgrund der in Ziffer 4 des Arbeitsvertrags vorgesehenen Entschädigung (Compensation), die in einem direkten Zusammenhang zu der bei der C. AG verlustig gegangenen Entlohnung (remuneration) stand, nicht von einem «Notwehrrecht auf Lüge» ausgegangen werden kann (BSK OR I-PORTMANN, N 9 zu Art. 320 OR). Allein aus arbeitsschutzrechtlichen Gründen kann eine absichtliche Täuschung vorliegend nicht verneint werden.

2.3 Der Beklagten ist auch insoweit zu folgen, als sie einwendet, der hier allein relevante «Entschädigungsbonus» habe nicht im Ermessen der C. AG gelegen, weshalb die Vorinstanz den Sachverhalt falsch festgestellt habe. Diese hatte allgemein festgehalten, es habe auch der Beklagten bewusst sein müssen, dass Boni ganz oder teilweise im Ermessen des Arbeitgebers stünden. Richtig besehen hat die im Arbeitsvertrag mit der C. AG enthaltene «participation» mit einem Bonus im herkömmlichen Sinn nichts

zu tun. Vielmehr handelt es sich dabei um den Lohn des Klägers in Form einer (bedingt geschuldeten) Gewinnbeteiligung (50% der Maklergebühren abzüglich Vorschuss). Insofern kann nicht gesagt werden, sie wäre ermessensweise festgesetzt worden. Zutreffend ist indes der Hinweis der Vorinstanz, im Dezember 2009 seien die definitiven Umsatzzahlen des Geschäftsjahres 2009 bzw. per Ende Januar 2010 noch nicht bekannt gewesen, so dass der Kläger anlässlich der Vertragsverhandlungen im Dezember 2009 über eine Bonuszahlung per Ende Januar 2010 lediglich habe mutmassen können. Die Beklagte hielt denn auch fest, sie sei bezüglich der generierten Umsätze und der zu kompensierenden Bonuszahlungen per Ende Januar 2010 auf wahrheitsgetreue Angaben des Klägers und D.s angewiesen gewesen. Darauf wird zurückzukommen sein.

2.4 Die Vorinstanz hat einen Willensmangel hinsichtlich eines Vertragsteils nicht geprüft. Indes hat die Beklagte vor Vorinstanz auch keine Teilanfechtung geltend gemacht. Sie hat stets behauptet, das gesamte Arbeitsverhältnis einschliesslich der in die arbeitsvertragliche Vereinbarung aufgenommenen Kompensationsabrede sei angefochten und – in Bezug auf die Kompensationsabrede rückwirkend – aufgehoben worden, weshalb die Kompensationszahlung ohne Rechtsgrund erfolgt sei. Mit der Berufung macht die Beklagte geltend, in ihrer Anfechtungserklärung vom 16. Juni 2011 habe sie den gesamten Arbeitsvertrag und in maiore minus auch Ziffer 4 des Arbeitsvertrags und die darauf gestützte Zahlung von Fr. 270 000.– für unverbindlich erklärt. In der Tat hat die Beklagte im genannten Schreiben die Rückerstattung aller unter dem Arbeitsvertrag gemachten Leistungen (mit Ausnahme des Betrages, der dem vom Kläger erzielten Umsatz entspricht) verlangt. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist die Teilanfechtung eines Vertrags möglich, wenn sein Inhalt subjektiv und objektiv teilbar ist, so dass der verbleibende Teil noch ein sinnvolles Vertragsganzes bildet (BGE 130 III 49; für den Arbeitsvertrag: BK-REHBINDER/STÖCKLI, N 43 zu Art. 320 OR). Von Teilbarkeit muss hier ohne weiteres ausgegangen werden, da der Arbeitsvertrag auch ohne die umstrittene Ziffer 4 aufrecht erhalten werden kann, was auch vom Kläger nicht in Frage gestellt wird. Im genannten Entscheid hat das Bundesgericht – soweit ersichtlich – die Frage der Teilanfechtung von sich aus aufgeworfen, nachdem die Klägerin die Feststellung der Ungültigkeit der (gesamten) Entschädigungsvereinbarung infolge Grundlagenirrtums verlangt hatte (BGE 130 III 51, 56 E. 3.1; vgl. bereits BGE 81 II 213 S. 219, 99 II 308 S. 309). Damit kann mit Bezug auf die Teilanfechtung entgegen der Auffassung des Klägers nicht von einer neuen und unzulässigen Behauptung ausgegangen werden. Vielmehr ist von Amtes wegen zu prüfen, ob der Arbeitsvertrag einer Teilanfechtung unterzogen werden kann.

3.1 Der Arbeitsvertrag wurde im Dezember 2009 abgeschlossen. Die Beklagte hat vor Vorinstanz stets behauptet, sie sei «im Rahmen der Anstellungsgespräche» bzw. «im Rahmen der Vertragsverhandlungen» «im November und Dezember 2009» getäuscht worden. Eine solche Täuschung

bewirkte bei der Beklagten aber keinen Irrtum; jedenfalls fand ein solcher im Arbeitsvertrag keinen Niederschlag. Aufgrund des Wortlauts von Ziffer 4 kann vielmehr ausgeschlossen werden, dass die Beklagte einem relevanten Willensmangel unterlegen ist. In der genannten Vertragsbestimmung brachte die Beklagte zum Ausdruck, sie sei sich bewusst, dass dem Kläger allenfalls eine Entschädigung seines jetzigen Arbeitgebers in Form einer «Beteiligung» für die sechsmonatige Periode, die im Januar 2010 zu Ende gehe, zustehe. Sie würden die Entschädigung, die ihm allenfalls durch den Stellenwechsel entgehe, ausgleichen. Demzufolge stand für die Beklagte bei Abschluss des Arbeitsvertrags keineswegs fest, ob und in welcher Höhe ein Anspruch des Klägers auf Entschädigung besteht. Sie kann sich daher auch nicht über diese Punkte geirrt haben, als sie den Arbeitsvertrag abschloss. Entgegen der in der Berufung geäusserten Ansicht war «die Höhe des (Anspruchs auf) Umsatzbonus» nicht Regelungsgegenstand von Ziffer 4 des Arbeitsvertrags. Vielmehr kann aus dieser Bestimmung lediglich abgeleitet werden, dass die Beklagte nur die «bei der C. effektiv entgangene Umsatzbeteiligung» kompensieren würde. Wie bereits erwähnt wurde, sind sich die Parteien aber darüber einig, dass der Kläger infolge seines Wechsels zur Beklagten theoretisch finanzielle Ansprüche verlieren konnte. Ein Anspruchsverlust gegenüber seinem bisherigen Arbeitgeber wurde von der Beklagten im Arbeitsvertrag aber weder im Grundsatz noch in einer bestimmten Höhe als feststehende Tatsache begriffen. Für die Möglichkeit des Eintritts eines Verlusts versprach sie Ausgleich. In die gleiche Richtung weist die E-Mail von E. vom 15. März 2010, worin er dem Kläger schrieb, D. habe ihn anfangs darüber informiert, dass er und der Kläger Ende Januar 2010 allenfalls Anspruch auf eine Beteiligungszahlung hätten. Die Vorspiegelung einer falschen Tatsache durch den Kläger und ein Irrtum der Beklagten sind insofern nicht dargetan.

3.2 Im Berufungsverfahren ergänzte die Beklagte, die Parteien hätten gestützt auf Ziffer 4 des Arbeitsvertrags («gestützt auf diese Basisvereinbarung») eine spezifizierte Kompensationszahlung von Fr. 270 000.– vereinbart, um den angeblichen klägerischen Bonusanspruch abzugelten. In welchem (späteren) Zeitpunkt diese zusätzliche Vereinbarung getroffen wurde und wer in diesem Zusammenhang für die Beklagte handelte, wurde nicht dargelegt. Dem Sachvortrag der Beklagten lässt sich nur noch entnehmen, dass sie dem Kläger die vereinbarten Fr. 270 000.– Ende Februar 2010 ausbezahlt haben will und dass der Kläger im März und April 2010 seinen Bonusanspruch gestützt auf einen angeblichen Umsatz von Fr. 1 650 000.– sogar mit Fr. 300 000.– bis 400 000.– angegeben habe. Auch diese Darstellung ist nur teilweise richtig. Aus der Lohnübersicht geht vielmehr hervor, dass die Kompensationszahlung teilweise im Februar und teilweise im Mai 2010 überwiesen wurde.

3.3 Ende Februar/anfangs März 2010 entstanden zwischen den Parteien Differenzen darüber, ob die diskutierten Beträge für Boni und Kompensation als Brutto- oder Nettozahlen zu verstehen sind («confusion over

gross or nett»): In einer E-Mail vom 26. Februar 2010 teilte E. dem Kläger mit, dass die Zahlen in dem von ihm gemachten und diskutierten Vorschlag immer brutto gewesen seien. Es wäre seltsam, wenn die Beklagte die Steuern des Klägers (mit einer B-Bewilligung) übernehme, während D. (mit einer C-Bewilligung) ohne Steuerabzug entschädigt würde. Sinn der Bestimmung sei gewesen, sie beide für alle Einbussen zu entschädigen, die sie als Folge der Beendigung des Arbeitsvertrags mit der C. AG allenfalls erleiden würden, und er wolle dies überhaupt nicht verhindern. Wenn er (der Kläger) ihm auf dieser Basis versichern könne, dass sie beide in der Periode zwischen Oktober 2009 bis Mitte Januar 2010 Kommissionen in der Höhe von rund Fr. 1 650 000.– generiert hätten, werde er dies berücksichtigen. Wenn die Kommissionen aber nicht dieses Ausmass erreicht hätten, werde die Entschädigung durch die bereits geleistete Kompensationszahlung abgedeckt.

In einer E-Mail vom 12. März 2010 orientierte der Kläger E. unter anderem dahingehend, dass sein Bonus bei der C. AG ab 1. Juni 2009 berechnet werden müsse, auch wenn die C. AG von 1. Juni bis 1. Oktober 2009 nur den Lohn von D. bezahlt habe, da sie ein «50% bonus scheme» gehabt hätten. Ausserdem sei ihm ein ermessensweise festzusetzender Betrag versprochen worden, weil er einverstanden gewesen sei, gewisse seiner Kundenkontakte gegen einen «25% cut» für andere Händler der C. AG zu gewinnen («Furthermore I agreed to try to get some of my contacts to trade with other desks in C. against a 25% cut [...] I was promised a discretionary amount for getting the lines in as well.»). Bei Beginn der Gespräche zwischen D. und E. habe er gedacht, der Bonus für die Periode würde Fr. 300 000.– netto pro Person betragen, weshalb er um eine Kompensation von Fr. 75 000.– netto pro Quartal gebeten habe. Er sei dann mit Fr. 200 000.– netto [Kompensation] und Fr. 50 000.– netto [Fixbonus] einverstanden gewesen, weil ihn die Geschäftsidee der Beklagten überzeugt habe. Die Bedingungen für sein Kommen seien Fr. 200 000.– netto, Fr. 35 000.– brutto pro Monat und Fr. 50 000.– netto pro Quartal gewesen. Er meine, dies sei fair; er habe Kompensation (bonus) und Fixbonus (guarantee) um je Fr. 100 000.– reduziert; so weit habe er gehen wollen. Falls er (E.) nicht so viel habe bezahlen wollen, müsse alles auf einem Missverständnis beruhen.

Laut einer E-Mail von E. vom 15. März 2010 verliefen die Verhandlungen über die Kompensationszahlung wie folgt: «To summarise the sequence of events, D. initially advised me that you both may have been due a participation payment at the end of January. At that time he stated that it would amount to about 100k for you both. Once that was accepted he changed the amount to 100k each. Once that was accepted he increased the amount to 200k each. After that change was accepted he said he felt that you both needed compensating for loss of access to non-core income. In his case basis swaps and in your case the USD/SEK/ as well. He felt that you both would forego about 30k per month in brokerage. This would re-

sult in a loss of commission of 45k each quarter. As any good broker would do, D. upped the amount to 50k each quarter. This change was also accepted. As I am sure you can see, there is a pattern emerging here. However, there is one overriding requirement as far as these payments are concerned, and that they must be justifiable. Are you telling me that C. would have paid D. and yourself CHF 340 000.– each as a bonus at the end of January? Bear in mind that our agreement is solely to compensate you for loss, and that so far I have simply accepted the numbers you have provided to me. Similarly, am I to understand that you were generating 340k each qtr, that is over 100k each month, out of basis swaps and the 25% pay back from ...? As a company we always stand by our agreements. Accordingly, we will be very happy to compensate you entirely for your foregone bonus and lost non-core brokerage income as described in the offer letter. However the numbers we are now talking about are so much greater than the amounts discussed and agreed by the board, that I am going to need to verify the figures. Once the exact figures are known I can assure you that the compensation paid to you will be exactly the actual amount due. Let me know how you wish to proceed.”

In seiner E-Mail an E. vom 20. März 2010 wies der Kläger darauf hin, dass D. sowohl für die Zahlen bei der C. AG verantwortlich gewesen sei als auch die Bonus-Gespräche mit H. geführt habe. Auch habe D. die Verhandlungen über ihren Übertritt zur Beklagten geführt. Er überlasse es deshalb D., die Zahlen zu erklären. Er selbst habe mehr als Fr. 100 000.– pro Monat mit seinem Kerngeschäft gemacht. Daneben sei er noch mit 25% an weiteren Umsätzen beteiligt gewesen. Er sei während vier Monaten bei der C. AG gewesen, habe aber für acht Monate Geld verdient. Er wäre daher sehr erstaunt gewesen, wenn sie ihm nicht einen Bonus zwischen Fr. 300 000.– bis Fr. 400 000.– ausbezahlt hätten. Er hoffe, D. könne ihn mit den benötigten Beweisen versorgen.

Am 22. April 2010 kam es zu einer Sitzung mit dem Kläger, D., E. und weiteren Verwaltungsratsmitgliedern der Beklagten, an der die offenen finanziellen Fragen weiter diskutiert wurden. In einer E-Mail vom 30. April 2010 teilte der Kläger I., HR-Managerin der Beklagten, mit, er freue sich, sie darüber zu informieren, dass sie die noch anstehende Geldfrage gelöst hätten. Er und E. hätten sich auf Fr. 270 000.– brutto und Fr. 67 500.– brutto pro Quartal, zahlbar alle drei Monate ab Vertragschluss, geeinigt. Im Mai seien daher Fr. 67 500.– und Fr. 70 000.– (Fr. 270 000.– abzüglich Fr. 200 000.–), total Fr. 137 500.– brutto, zu bezahlen. In ihrer E-Mail vom 4. Mai 2010 antwortete I., E. habe ihr gegenüber die erwähnten Beträge bestätigt. Sie werde die Entlohnung (remuneration) des Klägers neu berechnen und ihm sein Guthaben überweisen. Am 20. Mai 2010 wurde dem Kläger der verbleibende Anteil der Kompensationszahlung gutgeschrieben. Vorschüsse (Advances) waren dem Kläger bereits im Februar und im April 2010 ausgerichtet worden.

3.4 Diese Vorgänge lassen sich folgendermassen zusammenfassen: In einer ersten Phase verhandelte D. mit der Beklagten über die Höhe der Kompensation gemäss Ziffer 4 des Arbeitsvertrags. Dabei wurde die Entschädigung von anfänglich Fr. 50 000.– sukzessive auf Fr. 200 000.– erhöht, was von der Beklagten akzeptiert und Ende Februar 2010 bezahlt wurde, wobei die Lohnabrechnung von einem «Vorschuss» spricht. In einer zweiten Phase (ab Ende Februar 2010) verhandelte auch der Kläger mit der Beklagten über die Höhe der Kompensation gemäss Ziffer 4 des Arbeitsvertrags. Diese Verhandlungen mündeten in eine im April 2010 getroffene definitive Vereinbarung, worin die Entschädigung auf Fr. 270 000.– brutto festgelegt wurde. Der Differenzbetrag dürfte dem Kläger am 20. Mai 2010 ausbezahlt worden sein. Diese gesamte Entwicklung wurde von der Beklagten in ihrem ersten Schriftsatz übergangen bzw. lapidar in der folgenden Behauptung zusammengefasst: «Anlässlich der Vertragsverhandlungen mit der Beklagten Ende 2009 machte der Kläger geltend, dass er infolge seines vorzeitigen Ausscheidens bei der C. AG im Hinblick auf eine Anstellung bei der Beklagten Ende Januar 2010 eine Bonuszahlung in Höhe von Fr. 270 000.– verlieren würde». Im zweiten Schriftsatz stellte die Beklagte die Entwicklung etwas genauer dar, verwies die Täuschungshandlung aber immer noch integral in die Vertragsverhandlungen im Dezember 2009. Insofern erstaunt nicht, dass die Beklagte den im Dezember 2009 abgeschlossenen Arbeitsvertrag angefochten hat. Wie oben dargelegt wurde, basiert die Kompensationszahlung aber auf einer zwischen den Parteien im April 2010 geschlossenen Vereinbarung. Nachdem einerseits der Kläger in seiner E-Mail vom 12. März 2010 festhielt, er habe seine Zustimmung zu Fr. 200 000.– netto erteilt, seine Bedingung für sein Kommen seien Fr. 200 000.– netto gewesen, und andererseits E. immer von Bruttozahlen sprach, muss sogar gefolgert werden, dass vor der Einigung im April 2010 keine Übereinstimmung über die Höhe der Kompensationszahlung erzielt worden ist. Die Beklagte stellt sich im Berufungsverfahren denn auch auf den Standpunkt, die Parteien hätten gestützt auf die Basisvereinbarung (Ziff. 4 des Arbeitsvertrags) eine Kompensationszahlung von Fr. 270 000.– vereinbart.

3.5 Mit Schreiben vom 16. Juni 2011 hob die Beklagte den Arbeitsvertrag auf. In ihrer Widerklagebegründung und -replik ist stets von der Aufhebung des Arbeitsvertrags bzw. des Arbeitsverhältnisses die Rede. Substantiierte Vorbringen zu einer nebst der «Basisvereinbarung» (getroffenen Vereinbarung über die Kompensationszahlung fehlen. Die vorinstanzlich aufgestellte Behauptung, die Beklagte habe dem Kläger Ende Februar 2010 vereinbarungsgemäss eine Kompensationszahlung von Fr. 270 000.– ausgerichtet, genügt in dieser Hinsicht nicht. Im Wiedererwägungs- und Beweisergänzungsgesuch vom 12. Juli 2012 ist beiläufig davon die Rede, dass die Täuschung über den angeblich verlustig gehenden Bonus direkt kausal zur Vereinbarung und Auszahlung einer Kompensationszahlung von Fr. 270 000.– geführt habe: «Die Parteien einigten sich

schliesslich auf eine Participation-Entschädigung von Fr. 200 000 netto, was ca. Fr. 270 000 brutto entspricht.»). Auch diese Ausführungen sind äusserst rudimentär, wobei die in dieser Eingabe enthaltenen Noven mit Rücksicht auf Art. 229 ZPO ohnehin nicht mehr berücksichtigt werden konnten. In der Berufungsschrift rügt die Beklagte, die Vorinstanz habe ignoriert, dass sie mit der Widerklage Ziffer 4 des Arbeitsvertrags angefochten habe; es sei eine Rückabwicklung von Ziffer 4 des Arbeitsvertrags geboten. Eine Anfechtung und Rückabwicklung der Vereinbarung vom April 2010 ist für die Beklagte nach wie vor kein Thema. In der Berufungsschrift werden die näheren Umstände der gestützt auf die «Basisvereinbarung» (Arbeitsvertrag) getroffenen Vereinbarung über eine spezifizierte Kompensationszahlung denn auch nicht näher beleuchtet. Es ist auch nach wie vor von der «Auszahlung der vereinbarten Fr. 270 000.– Ende Februar 2010» die Rede. Es wurde bereits erwogen, dass die Anfechtung des Arbeitsvertrags bzw. von dessen Ziffer 4 die Beklagte nicht zum Ziele führen kann. Die Kompensationszahlung selbst unterliegt als Realakt wiederum nicht der Anfechtung (BK-SCHMIDLIN, N 279 zu Art. 23/24 OR). Einzig eine Anfechtung der Vereinbarung vom April 2010 könnte den Rechtsgrund für die Kompensationszahlung von Fr. 270 000.– entfallen lassen. Auf diese Vereinbarung bzw. auf eine Anfechtung derselben fehlt im vorinstanzlichen Sachvortrag der Beklagten aber jeglicher Hinweis. Wenn die Beklagte in der Berufungsschrift ausführt, die Teilanfechtung mit Bezug auf die ertrogene und auf Ziffer 4 des Arbeitsvertrags gestützte Bonuszahlung von Fr. 270 000.– habe zur Konsequenz, dass diese Vertragsklausel, d.h. die Vereinbarung der Fr. 270 000.– wegfallt, stellt dies eine unzulässige Vermischung bzw. Vereinfachung der Geschehensabläufe dar.

3.6 Dieser Argumentation könnte seitens der Beklagten entgegengehalten werden, die Anfechtung des Arbeitsvertrags schliesse nicht nur die Anfechtung von dessen Ziffer 4 sondern auch die Anfechtung der Vereinbarung vom April 2010 mit ein, habe die Beklagte doch mit der Anfechtungserklärung vom 16. Juni 2011 die Rückerstattung sämtlicher an den Kläger geleisteten Zahlungen gefordert. Diese Ansicht kann aus zwei Gründen nicht zu einer Gutheissung der Widerklage führen:

– Die Beklagte selbst unterstellt die Kompensationszahlung einem anderen rechtlichen Schicksal als die weiteren aus dem Arbeitsvertrag resultierenden Rechte und Pflichten. Während die Beklagte auf die Arbeitsleistung und die Entlohnung des Klägers Art. 320 Abs. 3 OR angewandt wissen will, will sie mit Bezug auf die Kompensationszahlung infolge Unwirksamkeit ex tunc eine Rückabwicklung nach Bereicherungsrecht vornehmen. Dies spricht für eine getrennte Behandlung bzw. Betrachtung von Arbeitsvertrag und Vereinbarung über die Kompensationszahlung bei Willensmängeln, zumal diese auch zeitlich auseinanderfallen.

– Selbst wenn das Schreiben vom 16. Juni 2011 eine Anfechtung der Vereinbarung vom April 2010 mitumfassen würde, kann die Anfechtung eines Vertrags, auf den der Anfechtende in seinem Sachvortrag nicht näher

Bezug genommen hat, nicht zugelassen werden. Eine Aufhebung der im April 2010 getroffenen Vereinbarung liefe dem Grundsatz, wonach die Beklagte dem Gericht das sog. Klagefundament, d.h. die tatsächlichen Grundlagen für die Gutheissung der Widerklage zu liefern hat (Art. 221 Abs. 1 lit. d ZPO), zuwider.

Eine Aufhebung der Vereinbarung vom April 2010 ist daher als nicht erfolgt zu betrachten. Daran können auch die von der Beklagten beantragten Beweiserergänzungen nichts mehr ändern. Die Widerklage ist bereits aus diesem Grunde abzuweisen.

4.1 Die Beklagte rügte in der Klageantwort und Widerklagebegründung pauschal, der Kläger habe sie während der Vertragsverhandlungen mit dem Verlust einer Bonuszahlung von Fr. 270 000.– getäuscht. In seiner Replik und Widerklageantwort machte der Kläger die Beklagte zu Recht und wiederholt darauf aufmerksam, die Beklagte schweige sich darüber aus, «wann» und «wo» der Kläger gegenüber «wem» seitens der Beklagten angeblich «welche» konkreten falschen Angaben über seine Leistungsfähigkeit als Devisenhändler, über seine erzielten Umsätze und über die ihm entgangene mutmassliche Bonuszahlung gemacht habe. In ihrer Duplik und Widerklagereplik ergänzte die Beklagte, bei den Vertragsverhandlungen, die sich über die Monate November und Dezember erstreckt hätten, seien als ihre Vertreter jeweils E., G. sowie verschiedentlich auch J. und F. anwesend gewesen. Zu Beginn der Vertragsverhandlungen hätten der Kläger und D. den Bonusanspruch wahrheitswidrig auf je Fr. 50 000.– beziffert; im weiteren Verlauf hätten der Kläger und D. den Bonusanspruch auf je Fr. 100 000.– verdoppelt; gegen Ende der Vertragsverhandlungen im Dezember 2009 habe der Kläger eine Kompensationszahlung für angeblich entgangene Bonuszahlungen von Fr. 200 000.– netto (rund Fr. 270 000.– brutto) und einen quartalsweisen Bonus von Fr. 50 000.– netto gefordert. Zum Nachweis für das täuschende Verhalten verwies die Beklagte auf die E-Mail von E. vom 15. März 2010 sowie auf die Befragung von E. und G. Der Kläger sei bei sämtlichen Verhandlungen mit der Beklagten anwesend gewesen; nie habe die Beklagte alleine mit D. verhandelt. Selbst wenn die Verhandlungen mit D. alleine geführt worden wären, hätte sich der Kläger dessen Handlungen nach den allgemeinen Regeln des Stellvertretungsrechts anrechnen zu lassen. Die Vorinstanz verneinte eine Täuschung des Klägers anlässlich der Vertragsverhandlungen, ohne diesbezüglich eine Beweisverfügung erlassen oder Parteien bzw. Zeugen befragt zu haben. In der Berufungsschrift verweist die Beklagte zum Nachweis der Täuschungshandlung (Vorspiegelung falscher Tatsachen) auf die Urk. 4/3, Urk. 4/7, Urk. 4/19, Urk. 4/25 und Urk. 37/2-6 und beantragt eventualiter die (ergänzende) Befragung von E., F. und G. In der Berufungsantwort hielt der Kläger am Vorwurf des ungenügenden Sachvortrags fest und brachte vor, die Beklagte schweige sich auch im Berufungsverfahren darüber aus, «wann» und «wo» der Kläger gegenüber «wem» seitens der Beklagten während den Vertragsverhandlungen oder beim Abschluss des Ar-

beitsvertrags angeblich «welche» konkreten falschen Angaben über seine Leistungsfähigkeiten und seinen mutmasslichen Bonusverlust bei der C. AG gemacht habe.

4.2 Der Täuschungsvorwurf scheidet entgegen der Auffassung des Klägers nicht bereits an der mangelnden Substantiierung. In der Widerklagereplik hat die Beklagte den Gegenstand der Täuschung, die beteiligten Personen und den ihrer Auffassung nach relevanten Zeitrahmen so klar und detailliert umschrieben, dass darüber Beweis abgenommen werden könnte. Indes verlegte die Beklagte das relevante Geschehen ausschliesslich in den November und Dezember 2009. Nach dem in Erw. III/3 Ausgeführten einigten sich die Parteien aber erst im April 2010 über die Höhe der Kompensationszahlung, weshalb der ab Ende Februar 2010 einsetzenden Entwicklung entscheidende Bedeutung beigemessen werden muss. Die Vorgänge ab Februar 2010, die zu dieser Vereinbarung führten, deutete die Beklagte lediglich an. So führte sie in der Widerklagereplik dazu aus, der Kläger habe in den Monaten März und April die Legende, er und D. hätten bei der C. AG enorme Umsätze erzielt, weiter hoch gehalten. Er habe sogar versucht, geltend zu machen, seine angeblichen Bonusansprüche gegenüber der C. AG seien noch höher als die bereits vorgegaukelten Fr. 200 000.– netto (nämlich zwischen Fr. 300 000.– und Fr. 400 000.– netto), was durch die E-Mail von E. vom 26. Februar 2010 und die E-Mail des Klägers vom 20. März 2010 belegt sei. Auch nicht weiter ins Detail gehend führte E. in der Parteibefragung aus, der Kläger und D. hätten behauptet, in der Periode zwischen Juni und Dezember 2009 Einkommen von Fr. 1.2 und 1.3 Mio. zuzüglich Fr. 100 000.– (für schwedische Kronen, Basis Swaps und USD) generiert zu haben; sie seien gewillt gewesen, diese Fr. 300 000.– auszugleichen, abgesehen von der Leistungserbringung für die ersten beiden Quartale.

4.3 Haben sich die Parteien erst im April 2010 über die Höhe der Kompensationszahlung geeinigt, kann der Erwägung der Vorinstanz, der Kläger habe anlässlich der Vertragsverhandlungen Ende 2009 über die definitiven Umsatzzahlen per 31. Januar 2010 und über eine Bonuszahlung bei der C. AG lediglich (im Sinne zukünftiger Tatsachen) mutmassen können, zwar nicht mehr uneingeschränkt gefolgt werden. Trotzdem bleibt es dabei, dass die Angaben des Klägers im Gesamtzusammenhang nicht als objektive Tatsachen, sondern lediglich als risikobehaftete subjektive Wunschvorstellungen qualifiziert werden können. In seiner E-Mail vom 12. März 2010 erklärte der Kläger, als die Beklagte die Gespräche mit D. aufgenommen habe, habe er gedacht, der Bonus für die Periode von Juni 2009 bis Januar 2010 würde – nachdem ihm auch ein «discretionary amount for getting the lines in» versprochen worden sei – Fr. 300 000.– netto pro Person betragen, weshalb er um eine Kompensation von Fr. 75 000.– pro Quartal ersucht habe. Zugestimmt habe er schliesslich Fr. 200 000.– netto und Fr. 50 000.– netto. Die Bedingung für sein Kommen seien Fr. 200 000.– netto, Fr. 35 000 pro Monat brutto und

Fr. 50 000.– netto pro Quartal gewesen. In seiner E-Mail vom 15. März 2010 zeichnete E. den bisherigen Verlauf der Gespräche nach und wies darauf hin, dass die Umsatzbeteiligung von Fr. 50 000.– etappenweise auf Fr. 200 000.– pro Person erhöht worden sei und der Kläger ihm nun erzählen wolle, dass die C. AG ihm und D. Ende Januar 2010 je Fr. 340 000.– Bonus bezahlt hätten. In seiner E-Mail vom 20. März 2010 gab der Kläger zur Antwort, er sei zu 100% ehrlich, wenn er sage, dass er sehr erstaunt gewesen wäre, wenn die C. AG ihm nicht einen Bonus von Fr. 300 000.– bis 400 000.– ausbezahlt hätte; er hoffe, D. könne ihn mit den Nachweisen bedienen, die er brauche.

Schwankte der erwartete Bonus gemäss Angaben des Klägers bzw. D.s zwischen Beträgen von Fr. 50 000.– und Fr. 400 000.–, hätte die Beklagte durchaus erkennen müssen, dass hier nicht feststehende, sichere Tatsachen zum Ausdruck gebracht, sondern subjektive, im ureigenen wirtschaftlichen Interesse aufgestellte Mutmassungen angestellt wurden, zumal der Kläger ausdrücklich anfügte, er gehe auch von einem Ermessensbetrag (discretionary amount) aus. Wie bereits ausgeführt, entziehen sich Tatsachen von denen jedermann weiss oder wissen müsste, dass sie von Natur aus risikobehaftet, spekulativ und daher letztlich ungewiss sind, grundsätzlich der Täuschung. Die Beklagte sprach denn auch selbst von einer Bonuserwartung in der Höhe von Fr. 270 000.–, die der Kläger gehegt habe.

4.4 Die Beklagte liess sich denn auch nicht so einfach über den Tisch ziehen. Die mehrmalige Erhöhung der verlangten Kompensation erregte bei E. sowohl Zweifel als auch Fragen. In seiner E-Mail vom 15. März 2010 sprach er davon, die Zahlen seien dermassen höher als die Beträge, die im Verwaltungsrat diskutiert und gebilligt worden seien, dass er die Zahlen überprüfen müsse. Er könne dem Kläger versichern, dass – wenn die genauen Zahlen einmal bekannt seien – die ausbezahlte Kompensation genau den geschuldeten Betrag ausmache. In dem (von E. und F. unterzeichneten) Schreiben vom 16. Juni 2011, das ebenfalls zum Nachweis für die absichtliche Täuschung angerufen wurde, führte die Beklagte einleitend aus, sie nehme Bezug auf die Gespräche, die mit dem Kläger im Zusammenhang mit «compensation and discretionary bonus payments» geführt worden seien. Wörtlich fuhr die Beklagte fort: «As you will no doubt understand, by the time of those discussions, we had become somewhat sceptical about your statements regarding the revenue you had generated during the short time you were working at C. and started to question the information that you provided to us when entering the employment contract with you.»

Demzufolge räumte die Beklagte selber ein, dass sie noch in der Verhandlungsphase an den vom Kläger gemachten Angaben zu seinem Einkommen bei der C. AG zu zweifeln begonnen hatte. Wie bereits erwogen wurde, steht dem zweifelnden Vertragspartner die Anfechtung wegen Willensmängeln nicht zur Verfügung. Dabei ist nicht von Belang, ob die Be-

klagte letztlich auf eine Nachprüfung der Angaben des Klägers verzichtete, weil sie ihn «um jeden Preis» zu sich holen wollte, nachdem dieser in seiner E-Mail vom 12. März 2010 davon sprach, dass sie getrennte Wege gehen müssten, wenn der Betrag von Fr. 200 000.– netto seitens der Beklagten nicht als fair empfunden werde.

(...)

5.

Nach den vorstehenden Erwägungen erweist sich die Berufung als unbegründet. (...)

Obergericht des Kantons Zürich, Urteil vom 6. August 2014 (Bestätigung des Urteils des Arbeitsgerichts Zürich vom 2. Juni 2014)

Hat der Arbeitgeber die Leistungsverweigerung aus der vertraglich vereinbarten und tatsächlich auch abgeschlossenen Krankentaggeldversicherung (Art. 324a Abs. 4 OR) zufolge nicht bezahlter Prämien zu vertreten, muss er selber der Arbeitnehmerin die entsprechenden Leistungen erbringen (E. 4).

Sachverhalt:

Die Klägerin trat am 1. September 2007 bei der Beklagten eine Arbeitsstelle als Verkaufsberaterin an. Der schriftliche Arbeitsvertrag von 8. August 2007 enthielt u.a. folgende Klausel: «Krankentaggeld: Die Lohnfortzahlung im Krankheitsfall ist im Personalreglement geregelt. Die Mitarbeiterin hat ½ der Beiträge zu bezahlen.» Das entsprechende Personalreglement der A.-Gruppe regelte in Ziffer 7.5. und 8.2. Folgendes: «7.5. Krankentaggeldversicherung: Bei Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit bezahlt die Firma resp. die Krankentaggeldversicherung den Lohnersatz gemäss Abschnitt 8.2. In der Krankentaggeldversicherung sind sämtliche Mitarbeiter eingeschlossen, welche mindestens 8 Stunden pro Woche arbeiten. Der Mitarbeiter hat maximal die Hälfte der Prämie der Krankentaggeldversicherung zu tragen. 8.2. Lohnfortzahlung bei Unfall und Krankheit: Bei Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit oder Unfall (Betriebs- oder Nichtbetriebsunfall) wird die Lohn- und Taggeldzahlung entsprechend der Dauer des Arbeitsverhältnisses, jedoch längstens bis zu dessen Beendigung, wie folgt vergütet: im 1. Dienstjahr «3 Wochen» volle Lohnzahlung bei Unfall/Krankheit, anschliessend während «699 Tagen» 80% Versicherungstaggeld bei Unfall; im 2.–9. Dienstjahr «3 Monate» respektive «630 Tage»; 10.–14. Dienstjahr «4 Monate» respektive «600 Tage»; im 15.–19. Dienstjahr «5 Monate» respektive «570 Tage» und ab 20. Dienstjahr «6 Monate» respektive «540 Tage». Diese Regelung gilt jeweils innerhalb von 12 aufeinanderfolgenden Monaten und bedingt volle Arbeitsfähigkeit zwischen zwei Unfällen und Krankheiten.» Der Klägerin wurden jeweils

monatlich 0,785% von ihrem Arbeitslohn unter dem Titel «KTG-Beitrag», mithin für eine Krankentaggeldversicherung, abgezogen. Dies entspricht der Hälfte der Versicherungsprämie für die Kranken-Lohnausfallversicherung, welche die Beklagte bei der «Zürich»-Versicherung tatsächlich abgeschlossen gehabt hatte. Die Klägerin war ab dem 17. August 2011 krankheitsbedingt zu 100% arbeitsunfähig. Die Beklagte kündigte das Arbeitsverhältnis gesetzeskonform am 29. Juni 2012 auf den 31. August 2012. Bis zum Ablauf der Kündigungsfrist entrichtete die Beklagte der Klägerin den vollen Lohn. Die Klägerin gelangte in der Folge an die Krankentaggeldversicherung der Beklagten bezüglich allfälliger über den 31. August 2012 hinausgehender Versicherungsleistungen. Dabei ergab sich, dass die Krankentaggeldversicherung solche grundsätzlich versicherten Leistungen verweigerte, weil die Beklagte die Prämien nicht bezahlt hatte. Mit der vorliegenden Klage fordert die Klägerin schadenersatzweise von der Beklagten diejenigen Leistungen, welche die Krankentaggeldversicherung zusätzlich noch hätte erbringen müssen.

Das Arbeitsgericht Zürich schützte mit Urteil vom 2. Juni 2014 den Standpunkt der Klägerin, wonach die Klägerin Anspruch auf Leistungen einer Krankentaggeldversicherung habe und die Beklagte die Klägerin so zu stellen habe, wie wenn die arbeitsvertraglich vereinbarte Krankentaggeldversicherung ihre Leistungen vollumfänglich erbracht hätte. Unter Berücksichtigung der vollen Lohnzahlungen der Beklagten bis zum 31. August 2012, der Befreiung der Klägerin von den BVG-Abzügen ab dem dritten Monat der Arbeitsunfähigkeit sowie der ab 1. August bzw. 1. September 2012 einsetzenden IV-Renten der Klägerin aus der 1. und 2. Säule errechnete die Vorinstanz einen Anspruch der Klägerin gegen die Beklagte von grundsätzlich Fr. 42 036.85 netto. Nachdem die Klägerin lediglich einen reduzierten Betrag von Fr. 30 000.– zuzüglich 5% Verzugszins seit 1. September 2012 eingeklagt hatte, hiess die Vorinstanz deren Klage vollumfänglich gut. Die Beklagte stellt sich in ihrer Berufungsbeurteilung – wie bereits im erstinstanzlichen Verfahren – einerseits auf den Standpunkt, im Arbeitsvertrag habe sich die Beklagte nicht zum Abschluss einer Krankentaggeldversicherung für die Lohnfortzahlung bei Krankheit verpflichtet, auch nicht konkludent. Andererseits sehe die vertragliche Regelung über die Lohnfortzahlung im Krankheitsfall eine klar bessere Leistung als vom Gesetz verlangt vor. Deshalb sei eine Beteiligung der Klägerin an den Kosten der von der Beklagten lediglich intern als «Rückversicherung» für diese Leistungen abgeschlossenen Taggeldversicherung zulässig, ohne dass ihr eine Forderung aus dieser Versicherung zustehe.

Aus den Erwägungen:

1.

Ist eine Arbeitnehmerin aus Krankheitsgründen an der Erbringung ihrer Arbeitsleistung verhindert, so hat ihr die Arbeitgeberin noch während einer beschränkten Zeit den Lohn weiter zu entrichten. Die Dauer der Lohnzahlung richtet sich dabei nach der Dauer des Dienstverhältnisses. Durch schriftliche Abrede kann eine andere Lohnfortzahlungsvereinbarung getroffen werden, sofern sie der gesetzlichen Regelung mindestens gleichwertig ist (Art. 324a OR). Die Klägerin ist vorliegend in ihrem 4. Dienstjahr erkrankt. Nach den in der Praxis gebräuchlichen Skalen hätte sie von Gesetzes wegen ohne weitere Bedingungen oder Gegenleistungen Anspruch auf eine Lohnfortzahlung von 2 Monaten (Berner Skala) bzw. 10 Wochen (Zürcher Skala) bzw. 3 Monaten (Basler Skala) bzw. 10 Wochen (Zürcher Skala) bzw. 3 Monaten (Basler Skala) gehabt (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar, 7.A., Art. 324a/b N 7 S. 409f).

Die Parteien können im Arbeitsvertrag vereinbaren, dass eine Versicherung anstelle der Arbeitgeberin die Lohnfortzahlungsleistungen erbringt. Eine Prämienbeteiligung der Arbeitnehmerin an einer solchen Versicherung ist statthaft, wenn damit eine mit der einseitigen gesetzlichen Lohnfortzahlungspflicht der Arbeitgeberin insgesamt gleichwertige Lösung besteht, d.h. die Arbeitnehmerin mittels Prämien nicht einen Teil der gesetzlichen Lohnfortzahlungspflicht der Arbeitgeberin während den ersten Wochen oder Monaten finanzieren muss, ohne dass dies durch eine längere Lohnfortzahlungspflicht kompensiert würde. So werden in der Praxis z.B. Lohnfortzahlungen von 80% während 720 Tagen und 2–3 Karenztagen bei hälftiger Prämienbeteiligung der Arbeitnehmerin als gleichwertig betrachtet (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 324a/b N 23f, S. 451ff, insbes. S. 455). Von der gesetzlichen Lohnfortzahlungspflicht der Arbeitgeberin abweichende Vereinbarungen wie z.B. Versicherungslösungen müssen grundsätzlich schriftlich vereinbart werden; stellen sie die Arbeitnehmerin bloss besser, sind sie auch formfrei oder stillschweigend möglich, z.B. durch den Abzug von Krankentaggeldprämien vom Lohn nach vorgängiger mündlicher Thematisierung einer Versicherungslösung (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O. Art. 324a/b N 28 S. 459f mit weiteren Hinweisen; BGE 131 III 623 E. 2.5.2.; ebenso BGer 4A_517/2010, 11. November 2010, Erw. 4.3). Ist der Abschluss einer Krankenlohnversicherung vertraglich vereinbart und erfüllt die Arbeitgeberin diese Verpflichtung nicht oder nicht vollständig, so hat sie selber die Arbeitnehmerin so zu stellen bzw. entschädigen, wie wenn die Versicherung vertragskonform abgeschlossen worden wäre und ihre Leistungen erbracht hätte (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O. Art. 324a/b N 14 S. 434).

2.

Arbeitsvertrag wie Personal-Reglement der Beklagten, wie eingangs zitiert, formulieren zwar nicht wörtlich eine aktive Verpflichtung der Beklagten zum Abschluss einer Krankentaggeldversicherung, gehen indessen aber klar vom Bestehen einer solchen Versicherung aus. (Eine ähnliche Formulierung hat die Beklagte im Arbeitsvertrag auch hinsichtlich der Pensionskasse gewählt, über deren Obligatorium keine Diskussion bestehen kann.) Im Sinne einer vorbehaltlosen und aktiven Verpflichtung ist die Prämienbeteiligung der Klägerin an einer solchen Versicherung sowohl im Arbeitsvertrag als auch in Ziffer 7.5. Absatz 2 des Personal-Reglementes geregelt. Diese Zahlungspflicht der Klägerin ergäbe nun aber ohne den tatsächlichen Abschluss einer Krankentaggeldversicherung keinen Sinn. Diese Ziffer des Personal-Reglementes wie auch der entsprechende Passus im Arbeitsvertrag tragen sodann den ausdrücklichen Titel «Krankentaggeldversicherung», und das Personal-Reglement stellt fest, dass alle Mitarbeiter mit einem Wochenpensum von mindestens 8 Stunden in eine solche eingeschlossen sind. Weiter sieht auch Ziffer 7.6. Absatz 2 des Reglementes die Möglichkeit vor, dass die Mitarbeiter bei Auflösung des Arbeitsverhältnisses die Krankentaggeld-Kollektivversicherung als private Versicherung weiterführen können. Dieses von der Beklagten formulierte Vertragswerk kann nicht anders verstanden werden denn als Verpflichtung der Beklagten zum Abschluss einer Krankentaggeldversicherung bzw. zum Miteinschluss der Klägerin in eine solche bestehende Versicherung. Auch die Beklagte selber hat die vertraglichen Vereinbarungen offensichtlich im vorerwähnten Sinne verstanden. So hat sie bei der «Zürich»-Versicherung tatsächlich eine «Kranken-Lohnausfallversicherung» für ihre Mitarbeiter abgeschlossen, welche ausschliesslich Taggelder für den Krankheitsfall erbringt, nicht aber z.B. bei Unfällen. Sie hat der Klägerin so wie vertraglich vorgesehen auch die Hälfte der für diese Versicherung anfallenden Prämien belastet und monatlich von ihrem Lohn abgezogen. Damit ist von einer ausdrücklichen vertraglichen Vereinbarung der Parteien zum Abschluss einer Krankentaggeldversicherung auszugehen.

Selbst wenn man nicht von einer ausdrücklichen vertraglichen Abrede ausgehen würde, so müsste zumindest eine konkludente Vereinbarung einer Krankentaggeldversicherung im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und der Vorinstanz angenommen werden: In den schriftlichen Grundlagen des Arbeitsvertrages wird mehrfach auf eine solche Versicherung und deren Leistungen hingewiesen; der Klägerin wurden in der Folge regelmässig Versicherungsprämien für eine solche Versicherung belastet. Da die Krankentaggeldversicherungen – wie auch vorliegend – regelmässig für eine die Lohnfortzahlungspflicht der Arbeitgeberin und das Arbeitsverhältnis allenfalls auch überdauernde Zeit Leistungen erbringen, ist insofern von einer Besserstellung der Arbeitnehmerin auszugehen und wäre eine solche Vereinbarung formlos gültig. Damit wurde der Abschluss einer Krankentaggeldversicherung bzw. der Einschluss der

Klägerin in eine solche aber auch nach Treu und Glauben zum Vertragsinhalt.

3.

Hätte die vorliegend in Frage stehende Krankentaggeldversicherung nur den Charakter einer einseitigen Rückversicherung der Beklagten für das Lohnfortzahlungsrisiko bei Krankheit ihrer Mitarbeiter gehabt, wie die Beklagte geltend macht, so hätte diese weder im Arbeitsvertrag noch im Personal-Reglement erwähnt werden müssen. Dies spricht bereits gegen eine bloss interne Rückversicherung. Entgegen der Beklagten entspricht die im Personal-Reglement Ziffer 8.2., zweite Kolonne, aufgelistete Lohnfortzahlung im Krankheitsfall durch die Arbeitgeberin je nach anwendbarer Skala sodann nur etwa ihrer gesetzlichen Lohnfortzahlungspflicht. Diese allenfalls durch eine interne Versicherung gedeckten eigenen Kosten darf sie nicht in Form einer Prämienbeteiligung auf die Arbeitnehmerin überwälzen, es sei denn, sie oder eine Versicherung verpflichtete sich noch zu zusätzlichen, die gesetzliche Pflicht übersteigenden Leistungen, die insgesamt ein gleichwertiges Leistungspaket zur einseitigen gesetzlichen Lohnfortzahlungspflicht gemäss Art. 324a Abs. 1 OR ergeben. Bezahlt aber die Arbeitnehmerin Versicherungsbeiträge, die nur für ein Mehrleistungen umfassendes Gesamtpaket zulässig sind, so steht ihr auch ein Anspruch auf diese Mehrleistungen zu und die Versicherung ist nicht mehr eine bloss finanzierungstechnische interne Angelegenheit der Arbeitgeberin. Dass die Beklagte vorliegend der Klägerin den vollen Krankenlohn wesentlich länger als für die vertraglich geschuldeten 3 Monate gezahlt hat, geschah freiwillig. Die Klägerin hatte darauf keinen vertraglichen Anspruch und die freiwillige Zahlung war insofern auch keine vertragliche Gegenleistung für die Beiträge der Klägerin an die Versicherung. Im Übrigen wurde die freiwillige Lohnzahlung von der Vorinstanz vollumfänglich an die Forderung der Klägerin angerechnet.

4.

Hat die Beklagte die Leistungsverweigerung aus der vertraglich vereinbarten und tatsächlich auch abgeschlossenen Krankentaggeldversicherung zufolge nicht bezahlter Prämien zu vertreten, hat sie selber der Klägerin die entsprechenden Leistungen zu erbringen. Die Klageforderung von Fr. 30 000.– zuzüglich Zins ist daher auch aus der Sicht der Berufungsinstanz ausgewiesen.

Obergericht des Kantons Zürich, Urteil vom 7. Oktober 2014 (Bestätigung des Urteils des Arbeitsgerichts Zürich vom 2. Dezember 2013)

Hängt die variable Vergütung der Teammitglieder des Portfolio Managements direkt von einem messbaren Erfolg ab (Prozentsatz der erwirtschafteten «Performance Fees»), stellt die variable Vergütung

ein ermessensfeindliches zusätzliches Entgelt des gesamten Teams in Form eines Anteils am Geschäftsergebnis (Art. 322a OR) dar. Wird erst in zweiter Linie der gemeinsam erarbeitete «Team-Bonus» gemäss Vorschlag des Teamleiters auf die einzelnen Mitarbeiter aufgeteilt, ändert diese ermessensweise Aufteilung auf die einzelnen Mitarbeiter nichts daran, dass die Zusatzvergütung die nunmehr individuelle Leistung der Arbeitnehmer abgelden soll. Infolge der Qualifikation der Teamvergütung als variablen Lohnbestandteil darf der Fortbestand des Arbeitsverhältnisses bei der ermessensweisen Festsetzung der einzelnen Anteile der Arbeitnehmer keine Rolle spielen, wodurch sich eine Kürzung der Zusatzvergütung infolge gekündigten Arbeitsverhältnisses als unstatthaft erweist (E. III.5.3).

Sachverhalt:

Der Kläger und Berufungsbeklagte (fortan Kläger) war ab 1. Januar 2004 bei der A. AG und ab 1. Januar 2006 bei der Beklagten und Berufungsklägerin (fortan Beklagte), die den Arbeitsvertrag vom 12./17. Juni 2003 übernommen hatte, als Portfolio Manager im Range eines stellvertretenden Direktors angestellt. Gemäss Arbeitsvertrag wurde der Kläger mit einem fixen Lohnanteil und einem variablen Lohnanteil (variable salary) entschädigt. Das variable Salär bestand darin, dass 20% von den mit institutionellen Kunden erwirtschafteten Erträge auf alle Teammitglieder aufzuteilen waren. In einem Zusatz zum Arbeitsvertrag vom 14./26. Mai 2009 definierten die Parteien rückwirkend per 1. Januar 2009 die jährliche variable Entlohnung (remuneration) des Klägers als Teil der jährlichen variablen Gesamtvergütung (compensation) des Teams der institutionellen Vermögensverwalter in Zürich. Die jährliche variable Gesamtvergütung wurde als Prozentsatz (7.5% bzw. 20%) der in einem Jahr erzielten Erträge (revenues) bzw. Performance Fees auf den vom Team in Zürich verwalteten «accounts» festgelegt. Hinsichtlich der Verteilung unter die einzelnen Teammitglieder hielten die Parteien Folgendes fest: «The annual total variable revenue part of the institutional team in Zurich will be split equally between the team members being the institutional asset managers (3 persons as of today), according to a decision reviewed each year by A., based on a proposition made by the Zurich institutional team leader. The payment will occur at the latest in February of each year, based on calculations made on December 31st of the previous year.» Mit Schreiben vom 30. Juni 2011 kündigte der Kläger das Arbeitsverhältnis. In ihrem Schreiben vom 14. Juli 2011 bestätigte die Beklagte dem Kläger die Auflösung des Arbeitsvertrags per 31. Dezember 2011, gab ihrem Erstaunen und Bedauern über sein Ausscheiden Ausdruck und ersuchte ihn, seine vertraglichen Pflichten bis zum 31. Dezember 2011 zu erfüllen. Der Jahresfixlohn des Klägers betrug in den Jahren 2010 und 2011 Fr. 203 500.– (14 x Fr. 13 635.70 brutto pro Monat zuzüglich Pauschalspesen von 12 x

Fr. 1050.–). Die variable Gesamtentschädigung des Teams wurde von 2005 bis 2010 nach Köpfen auf vier bzw. drei Teammitglieder aufgeteilt. Per 31. März 2011 verliess C. das Dreier-Team, wobei ihm für 2011 ein Anteil an der variablen Gesamtentschädigung von Fr. 25 000.– ausbezahlt wurde. Die variable Gesamtentschädigung des Teams belief sich im Jahre 2011 auf Fr. 274 277.–. Im Januar 2012 wurde dem Kläger gemäss Lohnabrechnung per 25. Januar 2012 eine «Gratification 2011» von Fr. 65 000.– gutgeschrieben. Mit Schreiben vom 16. Mai und 23. August 2012 erläuterte die Beklagte dem Kläger die Bemessung seiner variablen Vergütung.

Mit Klage vom 22. Februar 2013 machte der Kläger das vorliegende Verfahren mit dem Rechtsbegehren, es sei die Beklagte zu verpflichten, ihm, dem Kläger, den ausstehenden Teilbetrag des Bonus für das Jahr 2011 in der Höhe von brutto Fr. 59 638.50 zu bezahlen, bei der Vorinstanz anhängig. Mit Urteil vom 2. Dezember 2013 verpflichtete das Arbeitsgericht Zürich in vollständiger Gutheissung der Klage die Beklagte zur Zahlung von Fr. 59 638.50.– an den Kläger.

Aus den Erwägungen:

II.

1.

Es ist unbestritten, dass sich die variable Gesamtentschädigung für das Team im Jahre 2011 auf Fr. 274 277.– belief und C. davon Fr. 25 000.– ausgerichtet wurden. Mit seiner Klage verlangt der Kläger die Differenz zwischen der Hälfte der verbleibenden variablen Gesamtentschädigung (1/2 von Fr. 249 277.–) abzüglich der ihm für das Jahr 2011 ausbezahlten «Gratification» von Fr. 65 000.–. Er ist der Auffassung, es handle sich dabei um den Rest des ihm geschuldeten variablen Lohnanteils im Sinne von Art. 322a Abs. 1 OR. Die Beklagte wies die Forderung zurück mit der Begründung, bei der streitigen Zusatzvergütung handle es sich um eine Gratifikation im Sinne von Art. 322d OR, deren Festsetzung im billigen Ermessen der Arbeitgeberin liege. Die Bemessung sei infolge des illoyalen Verhaltens des Klägers und seines stark verringerten Engagements während der Kündigungsfrist von sechs Monaten nicht zu beanstanden, zumal nach der Auflösung des Arbeitsverhältnisses kein Anlass mehr bestanden habe, für eine zukünftige Tätigkeit des Klägers bei der Beklagten einen Ansporn zu schaffen. Die Parteien sind sich einig, dass der Kläger nach dem Ausscheiden von C. nicht Teamleiter wurde. Strittig blieb zwischen den Parteien, ob D. die Teamleitung übernahm und den Vorschlag gemacht hat, die restliche Gesamtentschädigung hälftig auf die zwei verbleibenden Teammitglieder aufzuteilen. Nach Auffassung der Beklagten hat es nach dem Ausscheiden von C. keinen Teamleiter mehr gegeben.

2.1 Die Vorinstanz erwog, gemäss der Zusatzvereinbarung vom 14./26. Mai 2009 erhalte das «Zurich Institutional Team» 7,5% der Erträge der von ihnen verwalteten Vermögenswerte. Diese Zusatzvergütung für das

gesamte Team entspreche aufgrund ihrer objektiven Bestimmbarkeit und der vertraglich festgelegten Berechnungsgrundlage einem Bonus im Sinne eines variablen Lohnbestandteils. Die Beklagte sei also in jedem Fall dazu verpflichtet, dem Team die gesamte Bonussumme für das Jahr 2011 auszubezahlen. Ob sie dieser Pflicht nachgekommen sei, sei indes nicht belegt worden. Ursprünglich sei der variable Lohnanteil jeweils zu gleichen Teilen unter den Teammitgliedern aufgeteilt worden. Seit Abschluss der Zusatzvereinbarung stehe der Beklagten allerdings ein Ermessen zu, womit die Bonuszahlung an das einzelne Teammitglied Gratifikationscharakter aufweise. Allerdings unterliege ein solches Ermessen gewissen Schranken, wie beispielsweise der Übung aus früheren Verteilrunden oder dem Gleichbehandlungsgebot. Der Kläger habe somit im Sinne einer unechten Gratifikation grundsätzlich Anspruch auf eine Bonuszahlung.

2.2 Die Vorinstanz wies weiter darauf hin, dass auch in den Jahren 2009 und 2010 eine Aufteilung nach Köpfen vorgenommen worden sei, obwohl in der Zusatzvereinbarung das Wort «equally» aus dem Text gestrichen und die Beklagte aufgrund des individuellen Leistungsvorbehalts die Möglichkeit gehabt hätte, auf Vorschlag des Teamleaders den Verteilungsschlüssel zu ändern. Die Beklagte habe nicht erläutert, weshalb sie trotz ihres Bedürfnisses, die individuelle Leistung der Teammitglieder zu berücksichtigen, die Bonussumme 2009 und 2010 zu gleichen Teilen ausbezahlt habe. Die C. per Ende März 2011 ausbezahlte Summe von Fr. 25 000.– spreche nicht dafür, dass eine Differenzierung nach Leistung vorgenommen worden sei oder die Zusatzvergütung die Funktion eines monetären Anreizes erfüllt habe. Vielmehr lasse sie darauf schliessen, dass damit eine Anerkennung für erbrachte Leistungen verbunden gewesen sei.

2.3 Die Vorinstanz hob weiter hervor, dass der Arbeitgeber eine unechte Gratifikation nach billigem Ermessen festzusetzen habe, widrigenfalls die Höhe aufgrund einer allfälligen betrieblichen Übung, subsidiär nach den Gepflogenheiten der Branche und notfalls nach Ermessen des Gerichts zu bestimmen sei. Die Parteien seien sich – so die Vorinstanz weiter – einig, dass die individuelle Leistung und der Arbeitseinsatz des einzelnen Teammitglieds der Massstab für die Höhe der Gratifikation gewesen sei. Ein anderer Vorbehalt (wie z.B. der Fortbestand des Arbeitsverhältnisses) sei von der Beklagten nicht angebracht worden. Der Beklagten sei es nicht gelungen, glaubwürdig darzulegen, dass die Arbeitsleistung des Klägers nach seiner Kündigung nachgelassen habe. Den Arbeitszeugnissen lasse sich nichts entnehmen, was auf eine schlechte Leistung hinweise; die Behauptung, der Kläger sei nach der Kündigung nur noch zehn Mal im Büro gewesen, sei widerlegt worden; Anzeichen einer Unzufriedenheit der Beklagten mit der Arbeitsleistung des Klägers für die Kündigungszeit seien nicht dokumentiert. Keine Partei habe den Vorschlag des damaligen Teamleaders mit dem Verteilschlüssel für das Jahr 2011 eingereicht. Daraus könne die Beklagte aber nichts zu ihren Gunsten ableiten. Sofern alle Teammitglieder gleichermaßen den Anforderungen der Beklagten gerecht

würden, werde die Gesamtbonussumme durch die Anzahl der Teammitglieder geteilt, so wie es in den Jahren 2009 und 2010 noch der Fall gewesen sei. Nach dem Austritt von C. seien zwei Teammitglieder und eine Bonussumme von Fr. 249 277.– im Topf verblieben, so dass auf den Kläger ein Anteil von Fr. 124 638.50 entfalle. Mangels sachlicher Gründe, insbesondere mangels Nachweises einer ungenügenden Arbeitsleistung des Klägers oder einer Verletzung seiner Treuepflicht, sei die Herabsetzung der Vergütungssumme nicht nachvollziehbar. Die Beklagte sei daher zu verpflichten, dem Kläger den ausstehenden Anteil der ihm zustehenden Gratifikation in der Höhe von Fr. 59 638.50 brutto zu bezahlen.

III.

(...)

4.3 Liegt die Bemessung der Gratifikationshöhe im Ermessen des Arbeitgebers, kann nebst unterdurchschnittlicher oder ungenügender Leistung auch treuepflichtwidriges Verhalten im Betrieb zur Verkürzung des Anspruchs führen (BK-REHBINDER/STÖCKLI, N 16 zu Art. 322d OR). Indes sind die Vorbringen der Beklagten allesamt unsubstantiiert und nicht geeignet, ein illoyales oder treuwidriges Verhalten des Klägers zu belegen. Gemäss Art. 321a Abs. 1 OR hat der Arbeitnehmer die berechtigten Interessen des Arbeitgebers in guten Treuen zu wahren. Der Arbeitnehmer muss insbesondere alles unterlassen, was den Arbeitgeber wirtschaftlich schädigen könnte (vgl. die Beispiele in BSK OR I-PORTMANN, N 3 ff. zu Art. 321a OR). Die Treuepflicht findet ihre Grenze in den eigenen überwiegenden Interessen des Arbeitnehmers. Die Beklagte schweigt sich darüber aus, welche genauen mündlichen Erklärungen der Kläger abgegeben hat, die sie als (verbindliche) Zusicherung werten durfte. In der Duplik war denn auch von einer Zusicherung keine Rede mehr. Vielmehr gab die Beklagte zu Protokoll, der Kläger habe immer signalisiert, dass er sich vorstellen könne, länger bei der Beklagten zu arbeiten. Mehr als eine (unverbindliche) Absichtserklärung kann darin nicht gesehen werden. Eine Beschränkung oder Modifikation des Kündigungsrechts war damit nicht verbunden. Die Ausübung des Kündigungsrechts durch den Arbeitnehmer kann per se nicht pflichtwidrig sein. Die Beklagte legte auch nicht dar, welche Investitionen und Umstellungen sie genau vorgenommen hat, inwiefern diese durch das Ausscheiden des Klägers nutzlos geworden sind und welche finanziellen Konsequenzen damit verbunden waren. In der Duplik räumte die Beklagte zudem ein, dass der Kläger nicht Teamchef war. Bei dieser Sach- und Rechtslage kann eine Beweisabnahme (Befragung von E.) unterbleiben. Die Vorinstanz hat zu Recht davon abgesehen, in die Ermessungsüberprüfung und Leistungsbestimmung illoyales Verhalten des Klägers einfließen zu lassen.

5.1 Die Beklagte moniert weiter, die Vorinstanz habe zu Unrecht ausser Acht gelassen, dass der Kläger die Beklagte im Zeitpunkt der Zusprechung des Bonus bereits verlassen gehabt habe. Der Bonus stelle stets auch einen Ansporn für die zukünftige Tätigkeit eines Mitarbeiters dar. Entspre-

chend werde in der Praxis eine Kürzung unechter Gratifikationen um 30 bis 50 Prozent als angemessen erachtet, wenn sich der Arbeitnehmer bei Zusprechung der Leistung in gekündigter Stellung befunden habe. Ein vertraglicher Vorbehalt sei nach der Rechtsprechung für eine solche Kürzung nicht erforderlich. Der dem Kläger zugesprochene Bonus bewege sich demnach innerhalb des Rahmens, den die Rechtsprechung schon nur aufgrund eines Austritts des Mitarbeiters als gerechtfertigt erachte. Die Feststellung der Vorinstanz, die C. zugesprochene Zusatzvergütung entspreche ungefähr der Summe, die pro rata temporis bei einer Aufteilung nach Köpfen resultiere, weshalb sie weder für eine Differenzierung nach Leistung noch für einen «Anspornanteil» spreche, gehe über die aufgestellten Parteibehauptungen hinaus. Es sei nicht ernsthaft bestritten worden, dass der Bonus auch die Funktion eines Ansporns für die zukünftige Tätigkeit eines Mitarbeiters habe. Die Vorinstanz ziehe ihre Schlüsse, ohne irgendwelche Feststellungen darüber getroffen zu haben, ob die Ausrichtung eines Bonus bei bevorstehendem Austritt eines Mitarbeiters bei der Beklagten üblich sei. Auch habe die Vorinstanz über keinerlei Anhaltspunkte zu den Umständen verfügt, die für die Festsetzung des Bonus von C. relevant gewesen seien. Dieser habe sich bis zuletzt einwandfrei und loyal verhalten und jederzeit offen kommuniziert. Eine Ermessensüberschreitung könne im Übrigen nicht bereits dann angenommen werden, wenn ein Arbeitgeber lediglich einzelne Mitarbeiter besser stelle als andere.

5.2 Es kann nicht gesagt werden, der Kläger habe anerkannt, dass «der Bonus» auch im Hinblick auf den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses ausgerichtet wird. Der Kläger hat bekanntlich durchwegs den Standpunkt vertreten, bei der strittigen Zahlung handle es sich um einen variablen Lohnbestandteil. Ein variabler Lohnbestandteil bzw. eine Sondervergütung mit Lohncharakter wird als Abgeltung für die geleistete Arbeit ausgerichtet. Zudem hat der Kläger die Behauptung der Beklagten, «solche Zusatzvergütungen» würden naturgemäss stets auch als Ansporn für die zukünftige Mitarbeit dienen, bestritten. Der Beklagten kann auch insoweit nicht gefolgt werden, als sie der Vorinstanz – im Zusammenhang mit der C. ausgerichteten Vergütung von Fr. 25 000.– eine Verletzung der Verhandlungsmaxime vorwirft. Die Beklagte selbst räumte ein, dass C. infolge seines Ausscheidens per 31. März 2011 einen gekürzten Bonusanteil von Fr. 25 000.– erhielt. Wenn die Vorinstanz daraus ableitete, die Höhe dieser (gekürzten) Zusatzvergütung entspreche zeitanteilig etwa einer Aufteilung der Gesamtbonussumme nach Köpfen, was wiederum gegen die Verfolgung eines monetären Anreizes für die Zukunft spreche, verfällt sie weder in Willkür, noch verletzt sie Prozessrecht. Eine Partei ist nämlich auch an ihre Vorbringen gebunden, soweit sie sich in einem anderen Zusammenhang ungünstig auf sie auswirken.

Auch die Rüge, die Vorinstanz habe ihre Annahme ohne entsprechende Feststellungen und Anhaltspunkte getroffen, schiesst letztlich am Ziel vorbei. Zwar verbietet es das Gleichbehandlungsgebot nicht, einzelne

Arbeitnehmer oder gar einen einzigen Mitarbeiter gratifikationsmässig wesentlich besser zu stellen (BGE 129 III 276 E. 3.1 S. 282 f.). Die Beklagte selbst führte in der Klageantwort aber aus, das Ausscheiden C.s per Ende März 2011 habe zu einer Kürzung des individuellen Bonusanteils dieses Mitarbeiters auf Fr. 25 000.– geführt. Weitere Kriterien, die in ihren Bonusentscheid einfließen, erwähnte sie damals nicht. Sie behauptete auch nicht, sie habe C. gegenüber anderen Mitarbeitern bewusst besser stellen wollen. Wenn sie schliesslich mit der Berufung vorträgt, der Bonus von Fr. 25 000.– habe trotz gekündigtem Arbeitsverhältnis dem einwandfreien, loyalen und transparenten Verhalten C.s Rechnung getragen, anerkennt sie gleichsam, dass der Fortbestand des Arbeitsverhältnisses bei der Bemessung keine Rolle spielte und die variable Vergütung insofern kein «Anspornanteil» enthielt.

5.3 Es trifft zu, dass eine unechte Gratifikation nach billigem Ermessen festzusetzen ist und eine Kürzung aufgrund gekündigter Stellung des Arbeitnehmers auch ohne vertraglichen Vorbehalt zulässig ist (BSK OR I-PORTMANN, N 14 zu Art. 322d OR; BK-REHBINDER/STÖCKLI, N 14 zu Art. 322d OR; CRAMER, *Der Bonus im Arbeitsvertrag*, Bern 2007, Rz 595 ff.). Es ist auch richtig, dass die Aufteilung der variablen Entlohnung des Teams von einem jährlich zu treffenden Entscheid der Beklagten abhängig gemacht wurde, was die Vorinstanz veranlasste, von einem Bonus mit Gratifikationscharakter bzw. von einer unechten Gratifikation zu sprechen. Es darf aber nicht übergangen werden, dass die variable Vergütung der Teammitglieder zunächst einmal eine Gewinnbeteiligung darstellt, die direkt von einem messbaren Erfolg abhängt und sich auf 7.5% der erwirtschafteten Erträge bzw. auf 20% der erwirtschafteten Performance Fees beläuft (vgl. zu solchen Mischformen: CRAMER, a.a.O., Rz 33 und Rz 169 ff.). Dies ist auch der Vorinstanz nicht entgangen, qualifizierte sie die Zusatzvergütung für das gesamte Team doch als variablen Lohnbestandteil. Primär stellt die variable Vergütung daher ein ermessensfeindliches zusätzliches Entgelt (des gesamten Teams) in Form eines Anteils am Geschäftsergebnis (Art. 322a OR) dar. Erst in zweiter Linie ist der (gemeinsam erarbeitete) Teambonus gemäss Vorschlag des Teamleaders auf die einzelnen Mitarbeiter aufzuteilen. Die ermessensweise Aufteilung auf die einzelnen Mitarbeiter ändert aber nichts daran, dass die Zusatzvergütung die (nunmehr individuelle) Leistung der Arbeitnehmer abgelten soll. Demzufolge kann der Fortbestand des Arbeitsverhältnisses kein taugliches Kriterium für die Aufteilung des Teambonus auf die einzelnen Mitglieder des Teams sein. Dass der Entscheid der Beklagten aufgrund der Empfehlung des Teamleaders getroffen wird, deutet ebenfalls darauf hin, dass die Leistung des Arbeitnehmers und nicht der Fortbestand des Arbeitsverhältnisses in den Entscheid einfließen soll. Der Beklagten kann daher nicht gefolgt werden, wenn sie ausführt, die Qualifikation der Gesamtbonussumme als variabler Lohnbestandteil sei ohne Relevanz. Die Qualifikation der Teamvergütung als variabler Lohnbestandteil führt direkt dazu,

dass der Fortbestand des Arbeitsverhältnisses bei der ermessensweisen Festsetzung der einzelnen Anteile der Arbeitnehmer keine Rolle spielen darf. Dem Arbeitnehmer dürfen ohne Vereinbarung Leistungs- oder Erfolgsboni nicht entzogen werden, die in keinem Zusammenhang mit der Betriebstreue und der Fortdauer des Arbeitsverhältnisses stehen. Hat der Bonus nach den dem Arbeitnehmer bekannten Bemessungsgrundlagen der Arbeitgeberin nur eine Abgeltungsfunktion, so ist eine Kürzung infolge gekündigten Arbeitsverhältnisses nicht statthaft (CRAMER, a.a.O., Rz 600; BSK OR I-PORTMANN, N 8 zu Art. 322d OR S. 1871). Die Bezeichnung als «Gratificaton» in den Lohnabrechnungen ändert daran nichts.

(...)

7.2 Die Dreijahresregel besagt, ab wann ein Gratifikationsanspruch durch betriebliche Übung bzw. durch die Ausrichtung echter Gratifikationen ohne Freiwilligkeitsvorbehalt stillschweigend entstehen kann (BGE 131 III 616 E. 5.2 S. 620 f.; 129 III 276 E. 2 S. 278). Vorliegend ist unbestritten, dass dem Kläger im Grundsatz eine variable Zusatzvergütung zusteht. Ist die Höhe der Gratifikation strittig, muss mit Hilfe des Vertrauensprinzips ermittelt werden, was die Parteien unter Berücksichtigung aller Umstände objektiv annehmen durften und mussten, wobei auf eine bestehende Betriebs-, Branchen- und Ortsübung abgestellt werden kann (ZK-STAEHELIN, N 14 zu Art. 322d OR). Es gibt keine generelle Regel, dass im Rahmen der Vertragsauslegung frühere Verteilrunden erst ab drei Jahren zu beachten sind. Das Verhalten der Parteien vor und nach Vertragsschluss ist ein generell zulässiges Auslegungsmittel (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, a.a.O., N 1214 f.). Die Vorinstanz hat auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung verwiesen, wonach die unechte Gratifikation vom Arbeitgeber nach billigem Ermessen festzusetzen ist (BGE 136 III 313 E. 2.3 S. 319), wobei der Richter für die Festsetzung u.a. auch auf eine allfällige betriebliche Übung abstellen kann (ZK-STAEHELIN, N 14 zu Art. 322d OR). Die Vorinstanz hat aber nicht explizit der in den Jahren 2009 und 2010 praktizierten Aufteilung nach Köpfen den Status einer betrieblichen Übung zuerkannt und dem Kläger allein gestützt auf eine betriebliche Übung den von ihm eingeklagten Rechtsanspruch zuerkannt (vgl. BK-REHBINDER/STÖCKLI, N 9 der Einleitung zu den Art. 319–330b OR, S. 12 Ziff. 6). Sie hat vielmehr konstatiert, dass vor 2009 der variable Lohnanteil jeweils zu gleichen Teilen unter den Teammitgliedern aufgeteilt wurde, was sich auch in den Jahren 2009 und 2010 nicht geändert habe, obwohl in der Zusatzvereinbarung dem Wunsch der Beklagten, die individuelle Leistung der Teammitglieder zu berücksichtigen, mit einem Leistungsvorbehalt Rechnung getragen worden sei. Diese Umstände durfte die Vorinstanz bei der Auslegung und Entscheidungsfindung berücksichtigen. Eine unkorrekte Feststellung des Sachverhalts oder eine unrichtige Rechtsanwendung ist nicht ersichtlich. Die Billigkeit erfordert eine auf die Einzelfallgerechtigkeit ausgerichtete Entscheidung, welche alle sachlich wesentlichen Umstände des Einzelfalles angemessen berücksichtigt. Dies wiederum bedingt eine individuelle

Interessenabwägung, was bedeutet, dass der Arbeitgeber bei der Festsetzung einer «unechten» Gratifikation nicht nur die eigenen Interessen, sondern auch diejenigen des Arbeitnehmers zu berücksichtigen hat (BK-HRUBESCH-MILLAUER, N 71 und N 301 ff. zu Art. 4 ZGB; BSK ZGB I-HONSELL, N 12 f. zu Art. 4 ZGB; CRAMER, a.a.O., Rz 412 mit Verweis auf § 315 BGB; STAUDINGER/RIEBLE, BGB, 2009, Rz 305 zu § 315).

(...)

12.

Nach dem Gesagten vermag sich die Beklagte nicht mit Erfolg auf sachliche Gründe, die zu einer Kürzung der variablen Vergütung auf Fr. 65 000.– berechtigen, zu berufen. Sie macht entweder sachwidrige Gründe geltend oder vermag sachliche Gründe nicht zu substantiieren bzw. nachzuweisen. Mit anderen Worten erscheint die vorgenommene Herabsetzung als unbillig und damit korrekturbedürftig. Eine richtige Abwägung der beiderseitigen Interessen muss zum Ergebnis führen, dass – wie bisher – die verbleibenden Fr. 249 277.– nach Köpfen aufzuteilen sind. Dies ergibt eine «variable remuneration» für das Jahr 2011 von Fr. 124 638.50, wovon Fr. 65 000.– bereits bezahlt wurden. Die Berufung ist somit abzuweisen und der angefochtene Entscheid zu bestätigen.

Obergericht des Kantons Zürich, Urteil vom 13. Oktober 2014 (Aufhebung des Urteils Arbeitsgerichts Zürich vom 25. Juni 2013)

Fristversäumnis zur Erklärung der fristlosen Kündigung. Indem die Arbeitgeberin am 4. Februar 2011 feststellte, dass der freigestellte Arbeitnehmer an seinem letzten Arbeitstag eine enorme Anzahl offenbar höchst sensibler Daten kopiert hatte, begann für sie mit diesem Datum die Reaktionsfrist zu laufen. Die Entscheidungsträger der Arbeitgeberin einigten sich am 8. Februar 2011 oder innert zwei bis drei Arbeitstagen nach einer Konsultation mit Rechtsanwältinnen darauf, den Arbeitnehmer aufzufordern, die kopierten Daten freiwillig herauszugeben und zu bestätigen, dass er dies vollständig tue und davon absehen werde, die Daten weiter zu verwenden. Damit ging die Arbeitgeberin bereits am 8. Februar 2011 von der gleichen, schweren Vertragsverletzung aus, die sie der fristlosen Kündigung zugrunde legte. Sie kann sich daher nicht unter Hinweis darauf, dass sie eine juristische Person sei, auf eine Verlängerung der Frist zur Erklärung der fristlosen Kündigung bis am 11. Februar 2011 berufen. Die am 11. Februar 2011 erklärte fristlose Entlassung des Arbeitnehmers erfolgte folglich zu spät (E. III.3.2, 3.3).

Sachverhalt:

Die Beklagte und Berufungsbeklagte (Beklagte) ist eine im Bereich Direkt- und Rückversicherung tätige Versicherungsgesellschaft. Sie ist in Sektoren gegliedert. Jeder Sektor untersteht einem Bereichsleiter. Der Kläger und Appellant (Kläger) war seit dem 1. Januar 2006 bei der Beklagten angestellt, ab dem 1. September 2008 in der Stellung als Sector Head «...», in welcher Funktion ihm 16 Angestellte unterstellt waren. Am 31. Januar 2011 kamen die Parteien auf Anstoss der Beklagten überein, das Arbeitsverhältnis einvernehmlich aufzulösen und schlossen eine Aufhebungsvereinbarung. Letztere sah eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses per 31. Juli 2011 vor. Den Arbeitsplatz sollte der Kläger bis spätestens am 4. Februar 2011 räumen. Für die darauf folgende Zeit wurde der Kläger freigestellt. Während der Dauer der Freistellung sollte sich der Kläger für allfällige Nachfragen zur Verfügung halten, wobei die Ansichten der Parteien über den denkbaren Inhalt der Nachfragen auseinander gehen. Während es aus Sicht des Klägers um Auskünfte über von ihm zuvor betreute Projekte und Planungen ging, spricht die Beklagte von gewissen Nachfragen organisatorischer Natur. Sicher ist, dass die Weisung, sich für Rückfragen zur Verfügung zu halten, «generell formuliert» bzw. «ganz breit gefasst» war. Am 1. und 2. Februar 2011 räumte der Kläger seinen Arbeitsplatz. Dabei speicherte er private und geschäftliche Daten auf einen eigenen Datenträger. Am 4. Februar 2011 wurden von der IT-Abteilung der Beklagten im Rahmen der wöchentlichen Backup-Sicherung erhöhte Server-Aktivitäten am Arbeitsplatz des Klägers festgestellt, worauf die Geschäftsleitung informiert wurde. In der Folge hielt diese diverse Sitzungen ab, anlässlich welcher verschiedene Vorgehensweisen besprochen und evaluiert wurden. Am 9. Februar 2011 wurde der Kläger anlässlich eines tags zuvor telefonisch anberaumten Gesprächs von C. und D. mit dem Vorwurf konfrontiert, am 1. und 2. Februar 2011 in unzulässiger und vertragswidriger Weise zahlreiche Daten kopiert zu haben, und es wurde ihm ein «Settlement Agreement» und eine «Declaration of misconduct» zur Unterschrift vorgelegt. Damit sollte der Kläger ein Fehlverhalten anerkennen und bestätigen, dass er alle Daten gelöscht und an die Beklagte zurückgegeben habe und die Daten weder in irgendeiner Weise zu verwenden noch Dritten zugänglich zu machen und sich mit einer im Licht der Aufhebungsvereinbarung vom 31. Januar 2011 vorzeitigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses per Ende April 2011 einverstanden erklären. Der Kläger gab zu, am 1. und 2. Februar Daten kopiert zu haben, wies aber jede böse Absicht von sich und weigerte sich, das «Settlement Agreement» und die «Declaration of misconduct» sofort und ohne Absprache mit einem Anwalt zu unterzeichnen. Stattdessen bot er den Verantwortlichen der Beklagten an, zu ihm nach Hause zu gehen, damit die Beklagte dort ihre Daten sicherstellen könne. Auf diesen Vorschlag ging die Beklagte ein. In der Folge wurde am Wohnort des Klägers der Computer vom IT Spezialisten der Beklagten

durchsucht, die vorgefundenen Daten gelöscht, ein USB-Stick mit weiteren Daten sichergestellt und der Kläger gab unbestrittenermassen mündlich die Erklärung ab, alle Daten zurückgegeben zu haben und diese nicht unrechtmässig zu verwenden. Mit Einschreiben vom 11. Februar 2011 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger fristlos. Im Kündigungsschreiben anerkannte die Beklagte, dass der Kläger ihr nach Entdeckung der Datenspeicherung erlaubt habe, die Daten bei ihm zuhause zu sichten und zu behändigen, hielt jedoch dafür, dass das Herunterladen der Daten eine so schwere Vertragsverletzung darstelle, dass man das Arbeitsverhältnis fristlos kündigen müsse.

Der Kläger hält die fristlose Entlassung für ungerechtfertigt. Er erhob daher beim Arbeitsgericht Zürich mit Eingabe vom 14. September 2011 Klage, wobei dieses jedoch sein Rechtsbegehren mit Urteil vom 25. Juni 2013 abwies.

Aus den Erwägungen:

II.

1.

Die Vorinstanz hält im angefochtenen Urteil dafür, dass die Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch die Beklagte rechtzeitig erfolgt und gerechtfertigt gewesen sei. In zeitlicher Hinsicht sei bei der fristlosen Entlassung eine umgehende Reaktion auf die kündigungsauslösende Handlung unerlässlich, wobei juristischen Personen aufgrund des verlängerten Willensbildungsprozesses bis zu einer Woche Reaktionszeit zugestanden werde. Erfolge keine solche Reaktion in angemessener Frist, werde davon ausgegangen, dass keine wirkliche Unzumutbarkeit vorliege und auf eine Kündigung verzichtet werde. Im vorliegenden Fall sei die Beklagte am Freitag, 4. Februar 2011, über die erhöhte Server-Aktivität auf dem Computer informiert worden. In der Folge hätten diverse Sitzungen der Geschäftsleitung und auch mit den Rechtsvertretern der Beklagten stattgefunden, wobei man das weitere Vorgehen diskutiert habe. Als der Kläger am 9. Februar 2011 zur Beklagten bestellt worden sei, seine Sicht des Vorfalls geschildert und anschliessend die Daten bei ihm zu Hause sichergestellt worden seien, habe die Beklagte Kenntnis über den Inhalt der Daten erhalten und hätte umgehend reagieren können. Die fristlose Entlassung zwei Tage später, am 11. Februar 2011, sei aber dennoch rechtzeitig erfolgt, da der Beklagten als juristischer Person eine verlängerte Reaktionszeit eingeräumt werden müsse. Zudem seien nur sieben Tage seit der Feststellung des Downloads von Daten der Beklagten durch den Kläger bzw. zwei Tage seit der genauen Kenntnis, um was für Daten es sich handle und der fristlosen Entlassung des Klägers vergangen. Sie sei somit umgehend und nicht verspätet erfolgt. An diesem Ergebnis könnte auch das Vorbringen des Klägers nichts ändern, die Beklagte habe widersprüchliche Angaben bezüglich der Daten gemacht, indem sie angebe, nicht gewusst zu haben, um

was für Daten es sich bei den heruntergeladenen Daten gehandelt habe, in der «Declaration of misconduct» aber von einer «large Quantity of Data» spreche. Es sei klar ersichtlich, so die Vorinstanz, dass die Beklagte vor der Sicherstellung der Daten wohl über den Umfang der heruntergeladenen Daten Bescheid gewusst habe, nicht jedoch über deren Inhalt. Erst als sie gewusst habe, um was für Daten es sich gehandelt habe, sei der Beklagten das Ausmass des Vertrauensbruchs und die Schwere des Vergehens des Klägers bewusst geworden und habe sie reagieren können. Zusammenfassend könne gesagt werden, dass sich das Aussprechen der fristlosen Kündigung zwar an der Grenze des zeitlich Zulässigen befinde, sieben Tage Zuwarten aber unter den konkreten Umständen gerade noch als umgehende Reaktion gewertet werden könne und die fristlose Kündigung daher rechtzeitig ausgesprochen worden sei. Zum Kündigungsgrund erwog die Vorinstanz sodann, dass aufgrund des Umstandes, dass das Arbeitsverhältnis bereits ordentlich gekündigt gewesen sei, erhöhte Anforderungen an die fristlose Entlassung zu stellen seien. Unbestritten sei, dass der Kläger Daten der Beklagten heruntergeladen habe. Der Kläger habe sodann ausführen lassen, dass sich auf dem USB-Stick verschiedene Fotos und Videos befunden hätten, darunter auch Aufnahmen von Schadensfällen wie Brände/Explosionen und Risikobesuche. Zudem habe er Salärlisten nicht nur von seinen Teammitgliedern sondern auch von sämtlichen «Underwritern» und «Regional Heads» aller Industriesektoren kopiert. Ausserdem habe er zugegeben, dass er Daten aus den anderen Bereichen kopiert habe. Auch habe er eingeräumt, sich gut vorstellen zu können, dass er auch Dateien aus dem Jahr 2005 heruntergeladen habe. Es müsse somit als erstellt gelten, dass es sich bei den heruntergeladenen Dateien zumindest zum Teil um sensible Daten der Beklagten gehandelt habe. Weshalb der Kläger diese Daten auch noch nach Verlassen der Beklagten benötigt habe, sei nicht ersichtlich. Selbst wenn er für allfällige Auskünfte die Daten seines Sektors gebraucht hätte, so hätte er die Daten der anderen beiden Bereiche nicht benötigt, um diese Auskünfte zu geben. Das Herunterladen von sensiblen Daten stelle sodann eine Pflichtverletzung dar und zwar selbst dann, wenn davon ausgegangen werde, dass der Kläger angenommen habe, dass er die Daten bis zum Ende der Freistellungszeit für allfällige Rückfragen benötige. Jede Vertragspartei habe auf den Zeitpunkt der Beendigung des Arbeitsverhältnisses alles herauszugeben, was sie von der anderen Partei für dessen Dauer erhalten habe. Die Rückgabepflicht wirke bei der Freistellung in der Regel auf den Zeitpunkt der Freistellungserklärung vor, vorliegend also auf den 4. Februar 2011. Selbst wenn der Kläger also die Daten während seiner Anstellung und auf seinen Dienstreisen bei sich gehabt habe, so hätte er diese im Zeitpunkt der Kündigung und anschliessenden Freistellung, also während gekündigtem Arbeitsverhältnis, nicht mehr herunterladen dürfen. Sollten seitens des Klägers Unsicherheiten darüber bestanden haben, wie sich seine Auskünfte der Beklagten gegenüber gestalten würden bzw. welche Daten er für die Rückfragen benötige und welche

nicht, habe die Beklagte nach Treu und Glauben vom Kläger, welcher als Bereichsleiter des Sektors «...» eine Stellung mit hoher Verantwortung inne gehabt habe, erwarten können, dass letzterer nachfragen würde. Eine einfache Auskunft hätte genügt, um die Unklarheiten aus der Welt zu schaffen. Zudem habe die Beklagte darauf vertrauen dürfen, dass keine Daten mitgenommen würden. Die Behauptung des Klägers, er sei beim Herunterladen der Daten unter Zeitdruck gestanden, verfange nicht. Der Beklagte habe vier Tage Zeit gehabt, um sein Büro zu räumen. Innert dieser vier Tage hätte er genügend Zeit gehabt, die Daten genau zu sichten und nur das herunterzuladen, was ihn tatsächlich persönlich betroffen habe. Statt die vier Tage auszunützen, habe er das Büro spätestens am dritten Tag endgültig verlassen. Seine Behauptung, er habe so gehandelt, weil er unter Druck gesetzt worden sei und eine unangenehme Atmosphäre geherrscht habe, überzeuge nicht. Sowohl die Veranlassung zur Räumung des Büros innert vier Tagen als auch die Mitteilung seitens der Beklagten, sich für allfällige Fragen zur Verfügung zu stellen, seien am 31. Januar 2011 besprochen worden. Es sei nicht nachvollziehbar, dass der Kläger einen so unangenehmen Druck seitens der Beklagten verspürt habe, dass er die Daten nicht die vollen vier Tage habe sichten können, gleichzeitig aber – wie er ebenfalls ausgeführt habe – ein gutes, vertrauensvolles Verhältnis zwischen ihm und der Beklagten wahrgenommen habe, so dass er bezüglich der Datenmitnahme nicht nachgefragt habe. Die Rückgabe der Daten habe sodann das Herunterladen derselben nicht ungeschehen gemacht und führe nicht dazu, dass eine Pflichtverletzung seitens des Klägers weniger schwer wiege. Vielmehr sei davon auszugehen, dass der Umstand, dass er teils sehr sensible Daten kopiert und zu sich nach Hause genommen habe, es der Beklagten nach Treu und Glauben nicht mehr möglich gemacht habe, das Arbeitsverhältnis weiter aufrecht zu erhalten, weshalb die fristlose Kündigung gerechtfertigt gewesen sei.

2.1 Der Kläger hält zur Begründung seiner Berufung kurz zusammengefasst fest, dass das Urteil der Vorinstanz auf einem unter Verletzung von Verfahrensgrundsätzen falsch festgestellten Sachverhalt und einer unrichtigen Anwendung des Rechts betreffend die Anforderungen an eine fristlose Kündigung eines Arbeitsverhältnisses beruhe. Die Beklagte habe die Kündigung nicht rechtzeitig ausgesprochen bzw. müsse sich auf ihrer ersten Reaktion behaften lassen und eine Pflichtverletzung, die so schwer sei, dass sie eine fristlose Kündigung jedenfalls bei bereits ordentlich gekündigtem Arbeitsverhältnis rechtfertigen könne, liege nicht vor bzw. sei nicht erstellt, weshalb die Klage gutzuheissen sei. Er hält damit an seinem bereits vor Vorinstanz eingenommenen Standpunkt fest.

III.

(...)

2.3.3 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Kläger mit dem Kopieren der Daten eine Vertragsverletzung beging. Ob diese objektiv so schwer wiegt, dass sei eine fristlose Entlassung rechtfertigen könnte, ist

dagegen offen und kann – wie im Folgenden zu zeigen ist – auch offen bleiben, da sie jedenfalls subjektiv für die Beklagte nicht das Gewicht eines wichtigen Grundes hatte.

3.1 Der von der Beklagten angerufene wichtige Grund für die fristlose Entlassung wurde vom Kläger am 1. und 2. Februar 2011 gesetzt. Die IT-Abteilung der Beklagten bemerkte anlässlich der wöchentlichen Backup-Sicherung am Freitag, 4. Februar 2011, eine erhöhte Server-Aktivität am Arbeitsplatz des Klägers. Sie informierte die Geschäftsleitung umgehend darüber. Die Geschäftsleitung entschied sich dann am 7./8. Februar 2011, dem Kläger als Reaktion auf den festgestellten Datendownload mit dem «Settlement Agreement» eine Vereinbarung zur Unterzeichnung zu unterbreiten, welche eine gegenüber der Aufhebungsvereinbarung vom 31. Januar 2011 abgekürzte Kündigungsfrist vorsah. Daraus ist mit dem Kläger zu schliessen, dass die Beklagte die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses am 7./8. Februar 2011 immer noch für zumutbar hielt. Dem widerspricht auch die Beklagte nicht. Vielmehr hält sie ausdrücklich fest, dass sie zunächst bereit gewesen sei, den Kläger trotz seines groben Fehlverhaltens als Arbeitnehmer weiterhin zu tolerieren, weshalb sie diesem das «Settlement Agreement» und die «Declaration of misconduct» zur Unterzeichnung unterbreite habe. Ihre Entscheid für eine fristlose Entlassung des Klägers begründet sie mit den Vorkommnissen vom 9. Februar 2011 bzw. den daraus gewonnenen Erkenntnissen. Namentlich verweist sie darauf, dass sie erst mit der Untersuchung beim Kläger zuhause genaue Kenntnis über Umfang und Inhalt der kopierten Daten erhalten und von den Plänen des Klägers erfahren habe, sich selbständig zu machen und hält dem Kläger im Sinne eines erschwerenden Umstands seine Weigerung vor, die «Declaration of misconduct» zu unterzeichnen. Falls davon ausgegangen würde, dass sie bereits am 4. Februar 2011 vollständige und sichere Kenntnis des wichtigen Grundes für eine gerechtfertigte fristlose Kündigung gehabt habe, sei ihr als juristischer Person eine verlängerte Reaktionsfrist zuzubilligen, die mit der am 11. Februar 2011 beschlossenen und dem Kläger kommunizierten fristlosen Entlassung eingehalten worden sei.

3.2 Die Vorinstanz folgte der Argumentation der Beklagten teilweise. Zwar hielt sie fest, dass die Beklagte bereits vor der Sicherstellung der Daten über den Umfang der heruntergeladenen Daten Bescheid gewusst habe. Über den Inhalt der Daten habe sie aber erst durch die Sicherstellung der Daten beim Kläger am 9. Februar 2011 Kenntnis erhalten. Erst zu diesem Zeitpunkt sei ihr das Ausmass des Vertrauensbruchs und die Schwere des Vergehens des Klägers bewusst geworden und habe sie reagieren können. Das überzeugt – wie der Kläger zu Recht geltend macht – nicht. Die Beklagte stellte nach eigener Darstellung am 4. Februar 2011 fest, dass der Kläger eine bereits nach ihrer damaligen Bewertung enorme Anzahl offenbar höchst sensibler Daten kopiert hatte. Die entsprechende Mitteilung der IT-Abteilung versetzte die Geschäftsleitung der Beklagten in Alarmstimmung. Die Besorgnis, der Kläger könnte die nicht für die Öffentlichkeit

und die Konkurrenz bestimmten Daten missbrauchen, war immens. Die Beklagte befürchtete durch die Entwendung der Daten mit vertraulichen Informationen Schaden. Daraus ergibt sich unzweifelhaft, dass die Geschäftsleitung der Beklagten ihrer Entscheidung vom 7. Februar 2011 die Vorstellung zugrunde legte, dass im schlimmsten Fall ein gezielter, umfangreicher Datenmissbrauch mit hohem Schädigungspotential vorliege. Eine genauere Abklärung des Sachverhaltes (Datenmenge, Dateninhalt, Absicht des Klägers) als ersten Schritt sah das damals definierte Vorgehen nicht vor. Vielmehr sollte dem Kläger nach der Eröffnung des Vorwurfs, in unzulässiger und vertragswidriger Weise zahlreiche Daten kopiert zu haben, die «Declaration of misconduct» und das «Settlement Agreement» zur Unterschrift vorgelegt werden. Ob die Beklagte auf eine genauere Abklärung des Sachverhaltes verzichtete, weil sie den Inhalt der vom Kläger kopierten Daten im Einzelnen aufgrund interner Auswertungen bereits kannte oder ob sie die Entscheidung über das Vorgehen gegen den Kläger in bewusster Unkenntnis desselben traf, ist dabei unerheblich. Entscheidend ist, dass sie bereits am 7. Februar 2011 von der gleichen, schweren Vertragsverletzung ausging, die sie der fristlosen Kündigung zugrunde legte und die sie dem Kläger bis heute vorwirft. Vor diesem Hintergrund können die im Rahmen der Sichtung der Daten beim Kläger am 9. Februar 2011 gewonnenen Erkenntnisse die Beklagte bestenfalls in ihrem Verdacht bestärkt haben. Grundlage für einen weitergehenden Vorwurf gegen den Beklagten bildeten sie dagegen nicht. Die Weigerung des Klägers, die «Declaration of misconduct» sofort zu unterzeichnen, stellt sodann keine zusätzliche Illoyalität bzw. Vertragsverletzung dar, zumal der Kläger mit seiner Unterschrift unter das vorbereitete Dokument – entgegen dem von der Beklagten teilweise erweckten Eindruck – nicht nur seine Bindung an die Geheimhaltungspflicht bestätigt, sondern auch ein von ihm bestrittenes Fehlverhalten anerkannt hätte, wozu er nicht verpflichtet war. Die Nichtunterzeichnung der «Declaration of misconduct» änderte also objektiv nichts am Mass der Treulosigkeit, die die Beklagte dem Kläger seit dem 7./8. Februar 2011 bis heute im Zusammenhang mit dem Datendownload vom 1./2. Februar 2011 vorwirft. Am 9. Februar 2011 passierte mithin nichts, was eine Neu Beurteilung des am 4. Februar 2011 entdeckten Verhaltens des Klägers durch die Beklagte rechtfertigte.

3.3 Daraus folgt, dass die Reaktionsfrist für die Beklagte am 4. Februar 2011 zu laufen begann. Die Entscheidungsträger der Beklagten einigten sich in der Folge bis spätestens am 8. Februar 2011 oder innert zwei bis drei Arbeitstagen nach einer Konsultation mit Rechtsanwälten auf ein Vorgehen im Fall des Klägers. Die Willensbildung war bei der Beklagten ungeachtet ihrer Organisationsform als juristische Gesellschaft mithin auf kurzem Weg und rasch möglich. Der Kläger stellt sich deshalb zu Recht auf den Standpunkt, dass die Beklagte sich nicht unter Hinweis darauf, dass sie eine juristische Person sei, auf eine Verlängerung der Frist zur Erklärung der fristlosen Kündigung bis am 11. Februar 2011 berufen

könne. Die am 11. Februar 2011 erklärte fristlose Entlassung des Klägers erfolgte folglich zu spät. Die Beklagte setzte sich mit ihr aber auch in Widerspruch zu ihrer ersten Reaktion auf das Verhalten des Klägers. Am 9. Februar 2011 legte sie dem Kläger nämlich das «Settlement Agreement» und die «Declaration of misconduct» zur Unterzeichnung vor. Damit sollte der Kläger ein Fehlverhalten anerkennen und bestätigen, dass er alle Daten gelöscht und an die Beklagte zurückgegeben habe und die Daten weder in irgendeiner Weise zu verwenden noch Dritten zugänglich zu machen und sich mit einer im Licht der Aufhebungsvereinbarung vom 31. Januar 2011 vorzeitigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses per Ende April 2011 einverstanden erklären. Das von der Beklagten nach der Entdeckung des Datendownloads festgelegte Vorgehen umfasste damit sehr wohl und gleichwertig auch die Reaktion gegenüber dem Kläger. Dass die erste Priorität der Beklagten darin bestanden habe, wieder in den Besitz der Daten zu kommen und die Reaktion dem Kläger gegenüber lediglich zweite Priorität gewesen wäre, trifft daher jedenfalls in dem Sinn nicht zu, dass die Beklagte sich nicht auch auf die Reaktion dem Kläger gegenüber festgelegt hätte. Die Beklagte hatte sich mit dem «Settlement Agreement» und der «Declaration of misconduct» vielmehr dafür entschieden, den Kläger weiterhin als Arbeitnehmer zu dulden, sofern die Angelegenheit mit den Daten sich für sie befriedigend würde lösen lassen. In dieser Hinsicht war für sie gemäss ihrer Darstellung zentral, dass der Schaden, welcher durch die Entwendung der Daten mit vertraulichen Informationen zu befürchten gewesen sei, verhindert werden könne, wobei auch eine allfällige weitere Verwendung bzw. ein Missbrauch der Daten durch den Kläger habe ausgeschlossen werden müssen, weil sie nicht habe sicher sein können, dass ihre geplante Rücknahmeaktion alle Daten erfassen würde. Die Geschäftsleitung der Beklagten entschied sich daher dafür, den Kläger aufzufordern, die kopierten Daten freiwillig herauszugeben und zu bestätigen, dass er dies vollständig tue und davon absehen werde, die Daten weiter zu verwenden. Beiden Ansinnen kam der Kläger nach, dem zweiten allerdings nur mündlich. Welchen Mehrwert der Beklagten eine schriftliche Bestätigung der vollständigen Herausgabe der Daten und des Willens des Klägers, sich an die gesetzlich und arbeitsvertraglich statuierte Geheimhaltungspflicht zu halten, gebracht hätte, ist allerdings nicht ersichtlich und erklärt auch die Beklagte nicht. Sie führt einzig aus, sie hätte eine solche benötigt. Die Beklagte hatte also das von ihr selbst definierte Ziel, den Missbrauch der kopierten Daten durch eine freiwillige Rückgabe der Daten und eine Selbstdeklaration des Klägers zu verhindern, am 9. Februar 2011 erreicht. Dass die Unterzeichnung der «Declaration of misconduct» gemäss dem Entscheid der Geschäftsleitung der Beklagten vom 7./8. Februar 2011 eine zwingende Voraussetzung für den Verzicht auf eine fristlose Entlassung des Klägers gewesen wäre, behauptet die Beklagte nicht. Hätte die Geschäftsleitung der Beklagten diese am 7./8. Februar 2011 als *conditio sine qua non* für den Verzicht auf eine fristlose Entlassung definiert, hätte die fristlose Kündi-

gung denn auch am 9. Februar 2011 als Reaktion auf die Weigerung des Klägers, das vorbereitete Dokument zu unterzeichnen, sofort ausgesprochen werden müssen.

4.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Kläger mit dem Kopieren der Daten am 1./2. Februar 2011 eine Vertragsverletzung beging. Dass die Beklagte nach dem Entdecken des Downloads besorgt war, es könnte sich dabei um einen gezielten, umfangreichen Datenmissbrauch mit hohem Schädigungspotential handeln, ist sodann ohne weiteres nachvollziehbar. Die (verspätete) fristlose Entlassung des Klägers am 11. Februar 2011 war nach dem Erwogenen aber keine Reaktion auf diese durch das vertragswidrige Verhalten des Klägers hervorgerufene Besorgnis. Vielmehr war es die Reaktion auf das in den Augen der Beklagten uneinsichtige Verhalten des Klägers, der sich nach Eröffnung der Vorwürfe geweigert hatte, die «Declaration of misconduct» zu unterzeichnen. Die fristlose Entlassung des Klägers durch die Beklagte war damit letztlich eine unzulässige Strafaktion. Ein wichtiger Grund für diese lag nicht vor. (...)

(...)

Das Gericht erkennt:

In teilweiser Gutheissung der Berufung des Klägers wird Dispositiv-Ziffer 1 («Die Klage wird abgewiesen») des Urteils des Arbeitsgerichts Zürich vom 25. Juni 2013 aufgehoben und die Beklagte verpflichtet, dem Kläger Fr. 162 670.30 zuzüglich Zins zu 5% seit 14. September 2011 zu bezahlen.

Obergericht des Kantons Zürich, Urteil vom 5. Dezember 2014 (teilweise Bestätigung des Urteils des Arbeitsgerichts Zürich vom 10. Dezember 2013)

Die Formulierung: «Bei der nächsten vereinschädigenden Aussage behält sich die ... [Arbeitgeberin] ausdrücklich vor, rechtliche Massnahmen zu ergreifen» ist nicht als Verwarnung zu qualifizieren, die es ermöglichen würde, eine fristlose Entlassung auch bei geringfügigeren Verfehlungen auszusprechen (E. IV. 4-5).

Lässt sich nicht eruieren, wie viele Punkte der Fussballverein bis zum Ablauf des befristeten Arbeitsvertrags des entlassenen Fussballtrainers erzielt hätte, wenn dieser normal weitergearbeitet hätte, ist gemäss Art. 42 Abs. 2 OR ein nicht ziffernmässig nachweisbarer Schaden nach Ermessen des Richters mit Rücksicht auf den gewöhnlichen Lauf der Dinge abzuschätzen. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung und überwiegender Lehre kann der Schadenersatzanspruch nach Art. 337c Abs. 2 OR nicht wegen eines Mitverschuldens des Arbeitnehmers herabgesetzt werden. Der Prämienanspruch ist daher

nicht wegen eines allfälligen Verschuldens des Fussballtrainers zu reduzieren (E. V. 2.c und d).

In Bezug auf Art. 337c Abs. 2 OR obliegt es in erster Linie dem Arbeitgeber, eine allgemein grosse Arbeitskräftenachfrage für den betreffenden Beruf oder mehrere freie, zumutbare Stellen nachzuweisen, auf die sich der Arbeitnehmer nicht beworben hat. Erweist es sich auf Grund der konkreten Umstände des Arbeitsmarktes oder der persönlichen Verhältnisse als wenig wahrscheinlich, dass der Arbeitnehmer eine angemessene Stelle hätte finden können, darf aus dem Umstand allein, dass er keine Stelle gesucht hat, nicht geschlossen werden, er habe auf ein mögliches Arbeitseinkommen absichtlich verzichtet (E. V. 4.a und c).

Sachverhalt:

Der Kläger ist Fussballtrainer. Die Beklagte ist verantwortlich für den Spielbetrieb der ersten Mannschaft des Fussballvereins B. Am 29. Oktober 2012 schlossen die Parteien einen Arbeitsvertrag, mit dem der Kläger als vollamtlicher Cheftrainer des B. für ein jährliches Bruttogehalt von Fr. 288 000.-, Spesen von Fr. 12 000.- und erfolgsabhängige Prämien angestellt wurde. Die Vertragsdauer war vom 1. Juni 2012 bis zum 30. Juni 2014 befristet. Am 26. November 2012 wurde der Kläger mündlich und mit Schreiben vom 27. November 2012 fristlos entlassen. In diesem Schreiben heisst es: «Der Grund der fristlosen Kündigung liegt insbesondere darin, dass Sie im Anschluss an das Spiel gegen C. vom vergangenen Samstag, trotz bereits erfolgter schriftlicher Abmahnung, wiederholt und erneut schwerwiegend gegen Ihre arbeitsvertraglichen Pflichten verstossen haben.» Vorausgegangen war am tt. November 2012 eine Heimmiederlage des B. gegen C. und im Anschluss daran ein Interview des Klägers am Schweizer Fernsehen, wo dieser auf die Frage, ob er bei solchen Leistungen seinen Job in Gefahr sehe, antwortete: «Sii, ich han anderi Sache zum Überlegge; es isch mer eigentlich gliich!» Der Kläger ist der Auffassung, er sei ungerechtfertigt fristlos entlassen worden, und macht mit der vorliegenden Klage Lohn inklusive Spesen und Prämien bis zum Ablauf des Arbeitsvertrages sowie eine Strafzahlung geltend. Die Beklagte hält die Kündigung für gerechtfertigt, weil der Kläger seine Pflichten verletzt und den Weisungen über die Kommunikation nach aussen zuwidergehandelt habe.

Die Klage wurde am 13. Juni 2013 bei der Vorinstanz anhängig gemacht. Mit Urteil des Arbeitsgerichts Zürich vom 10. Dezember 2013 wurde in teilweiser Gutheissung der Klage die Beklagte verpflichtet, dem Kläger Fr. 579 003.85 netto (Fr. 539 600.- brutto abzgl. 6.25% AHV-/ALVBeiträge und Fr. 72 000.- und Fr. 1128.85) nebst Zins zu 5% seit 26. November 2012 zu bezahlen.

Aus den Erwägungen:

IV.

1.

a) Die Vorinstanz geht davon aus, dass die Beklagte dem Kläger als Grund für die fristlose Entlassung ein treuwidriges, illoyales und vereinschädigendes Verhalten vorwirft. Diesen Vorwurf untersucht die Vorinstanz anhand des klägerischen Verhaltens am tt. November 2012, als der B. gegen C. 0:2 verlor, und anhand der Verlautbarungen des Klägers während seiner Anstellung bis zum tt. November 2012 gegenüber den Medien. In beiden Bereichen kommt die Vorinstanz zum Schluss, dass dem Kläger keine Treuepflichtverletzung vorgeworfen werden kann. Nach Auffassung der Vorinstanz stellt zudem das Schreiben der Beklagten an den Kläger vom 21. November 2012 keine Verwarnung dar, welche es ermöglichen würde, eine fristlose Entlassung auch bei geringfügigeren Verfehlungen auszusprechen. Die Beklagte hält im Berufungsverfahren daran fest, dass der Kläger ihren Weisungen zuwidergehandelt habe. Die Vorinstanz habe die Tatsache nicht gewürdigt, dass eine Weiterführung des Arbeitsverhältnisses absolut unzumutbar gewesen sei. Zudem kritisiert die Beklagte die Beurteilung des vorgenannten Schreibens und des vom Kläger am tt. November 2012 abgegebenen Interviews durch die Vorinstanz.

b) Die rechtlichen Grundlagen für eine fristlose Entlassung hat die Vorinstanz zutreffend dargelegt, so dass auf diese Erwägungen verwiesen werden kann. Sie werden auch von keiner Partei beanstandet.

2.

a) Die Vorinstanz hat unter «Vorgeschichte» die vom Kläger gegenüber der Presse gemachten Verlautbarungen wiedergegeben; auf diese Ausführungen kann vorab verwiesen werden.

Die Vorinstanz fasste die «Vorgeschichte» wie folgt zusammen: «Der Kläger betonte immer wieder, ja fast gebetsmühlenhaft, der B. habe zu viele Spieler verkauft, er habe sparen müssen, die Mannschaft nicht adäquat verstärkt und somit eigentlich seine Arbeit erschwert. Ferner kritisierte der Kläger mehr als einmal das Engagement der Spieler; er bemängelte ihre Einstellung und ihren Einsatz, zum Teil unter Namensnennung.» Der Kläger habe aber, so die Vorinstanz weiter, nie Interna aus dem Klub verbreitet, sondern nur über Dinge gesprochen, die einer breiten, am Fussball interessierten Öffentlichkeit längst bekannt gewesen seien. Selbst die finanzielle Situation der Beklagten sei auch ohne Verlautbarungen des Klägers ein ständiges Thema in den Medien gewesen. Der Weisung von D., Verwaltungsratspräsident der Beklagten, vom 2. Oktober 2012 sei zu entnehmen, dass der Kläger sich nicht über «Themen wie Finanzen, Kosten, Budgets, Vereinsführung, Qualität des Kaderns, Transfers etc.» äussern dürfe. Über die ersten vier Punkte habe sich der Kläger nie geäußert, mit Ausnahme der Aussage, der Klub müsse sparen, eine Tatsache, die ja bereits die Spatzen von den Dächern gepfiffen hätten. Sich über die sportlichen Belange

der Mannschaft zu äussern und dabei die Qualität des Kaders, über die er auch nicht hätte sprechen dürfen, aussen vor zu lassen, sei ein schwieriges, ja unmögliches Unterfangen. Die Güte des Spiels einer Fussballmannschaft hänge neben anderem wesentlich von der Qualität des Kaders ab, so dass man die sportlichen Belange von der Qualität des Kaders nicht trennen könne. Die Vorwürfe an den Kläger, sich über die Spieler E. und F. geäussert zu haben, seien deshalb nicht berechtigt. Der Kläger habe bestimmt, wer spielen würde, und es habe zu seinen Kompetenzen gehört, den Spieler E. auf die Tribüne zu verbannen und «das ewige Talent F.» einmal pausieren zu lassen. Dass die Medien davon erfahren hätten, verstehe sich ebenso wie der Umstand, dass sie darüber einen Kommentar des Klägers verlangten. Man könne sich allerdings fragen, ob die fast an «Demontage» grenzende Kritik an den Spielern F. und G. in den Medien und damit in der Öffentlichkeit nicht überrissen gewesen sei. Die Verantwortung eines Kaderangestellten eines Unternehmens gebiete eine gewisse Zurückhaltung in der Beurteilung seiner Mitarbeiter gegenüber Dritten. Allerdings könne die Situation bei einem «Unternehmen Fussballklub» nicht unbeschadet einem normalen, in der Wirtschaft tätigen Betrieb gleichgesetzt werden. Fussballer stünden permanent im Scheinwerferlicht der Öffentlichkeit. Das Bild im «...» [Tageszeitung], das den Spieler H. mit Kopfhörern beim Training zeige, habe nicht der Kläger aufgenommen. Blossgestellt worden, wie die Beklagte es dem Kläger vorwerfe, sei H. mehr durch den Fotojournalisten, der das Training besucht habe, als durch des Klägers kommentierende Bemerkung.

(...)

4.

a) Nachdem D. am 20. November 2012 eine Aussprache mit der ersten Mannschaft und am Folgetag ein Gespräch mit dem Kläger gehabt hatte, übergab er diesem ein Schreiben folgenden Inhalts: «Lieber A.! Wir haben Dich bereits wiederholt mündlich darauf aufmerksam gemacht, dass Du Dich bei Deinen öffentlichen Stellungnahmen ausschliesslich auf Themen zu beschränken hast, die in Deinem engeren Verantwortungsbereich liegen und dass Du den B. kompromittierende Aussagen, insbesondere zur Finanzlage, zu unterlassen hast. Am Samstag, tt. November 2012, ist im ... [Tageszeitung] ein ausführliches Interview mit Dir erschienen. Darin hast Du Dich einmal mehr sehr kritisch über verschiedene Themen geäussert, auch zur Finanzlage. Diese Äusserungen waren vereinschädigend. Der Verwaltungsrat der B. AG weist Dich deshalb ausdrücklich darauf hin, dass auch Du als Cheftrainer jederzeit die berechtigten Interessen des B. zu wahren hast. Dies betrifft insbesondere die Aussendarstellung in den Medien. Bei der nächsten vereinschädigenden Aussage behält sich die B. AG ausdrücklich vor, rechtliche Massnahmen zu ergreifen.»

Die Vorinstanz qualifizierte dieses Schreiben nicht als Verwarnung, welche es ermöglichen würde, eine fristlose Entlassung auch bei geringfügigeren Verfehlungen auszusprechen. Eine Verwarnung erfülle ihren

Zweck nur dann, wenn eine fristlose Entlassung im Wiederholungsfall angedroht werde. Ob für die Gültigkeit der fristlosen Entlassung wegen weniger schwerwiegender Verstösse gegen die Arbeits- oder Treuepflicht unter allen Umständen die fristlose Entlassung ausdrücklich angedroht werden müsse, sei nicht unbestritten. Klar sei indessen, dass die Abmahnung ihren Warnzweck nur dann erfüllen könne, wenn sie als solche erkennbar sei. Der Arbeitgeber müsse deutlich zum Ausdruck bringen, dass er derartige Vorkommnisse nicht für belanglos halte und nicht mehr zu dulden gewillt sei, so dass der Arbeitnehmer aus der Verwarnung klar ersehen könne, welche Verhaltensweisen nicht mehr toleriert würden und wie er sich in Zukunft zu verhalten habe. Falls eine fristlose Kündigung nicht ausdrücklich erwähnt sei, müsse aus dem Wortlaut gleichwohl für den Arbeitnehmer erkennbar sein, dass er im Wiederholungsfall eine solche riskiere. Am Schreiben vom 21. November 2012 falle zunächst auf, dass Begriffe wie «Kündigung», «Beendigung des Arbeitsverhältnisses», «Freistellung», «Auflösung» etc. überhaupt nicht vorkämen. «Rechtliche Massnahmen» umfassten ein breites Spektrum möglicher Sanktionen. Darunter könnten Ermahnungen, Verweise, Bussen etc. subsumiert werden. Verglichen mit andern privaten Wirtschaftszweigen kämen besonders im Fussballgeschäft interne Sanktionen relativ häufig vor. Spieler würden intern gebüsst oder sogar intern gesperrt. So habe der Kläger ohne weiteres davon ausgehen dürfen, für den Fall, er verbreite weitere den B. kompromittierende Aussagen, müsse er mit einer empfindlichen internen Busse oder schlimmstenfalls mit einer Freistellung rechnen. Dass mit «rechtlichen Massnahmen» eine fristlose Kündigung gemeint sein könnte, habe der Kläger nicht annehmen müssen. Selbst eine korrekte Verwarnung mit einer Androhung der fristlosen Entlassung würde indessen an der Situation nichts ändern, weil das Interview des Klägers vom 11. November 2012 keine Treuwidrigkeit darstelle.

b) Die Beklagte beharrt darauf, der Wortlaut des Schreibens wie auch das dem Schreiben vorangegangene Gespräch liessen unzweifelhaft darauf schliessen, dass man dem Kläger bei weiterem Fehlverhalten die fristlose Kündigung in Aussicht gestellt habe. Dies sei auch dem Kläger vollauf bewusst gewesen. Der Verweis auf die bereits erfolgten zahlreichen Ermahnungen anlässlich der TK-Sitzungen sowie die Androhung von rechtlichen Konsequenzen eines erneuten Fehlverhaltens machten klar, dass dem Kläger weder eine weitere Verwarnung noch irgendwelche disziplinarische Bussen gedroht hätten. Solche hätten gegenüber dem Kläger mangels Bestehen einer Rechtsgrundlage schon gar nicht ausgesprochen werden können. Auch eine Freistellung mit Weiterbezahlung des vollen Lohnes sei offensichtlich nicht als Sanktion in Aussicht gestellt worden, da eine solche keine Strafe gewesen wäre, die das Fehlverhalten des Klägers sanktioniert hätte. Im Übrigen werde eine Freistellung in der Regel nicht angedroht, sondern ohne Vorwarnung ad hoc angeordnet. Mit dem Gespräch vom 21. November 2012 und der nachfolgenden schriftlichen Verwarnung sei

dem Kläger noch eine letzte Chance erteilt worden, sich an die internen Weisungen der Beklagten zu halten.

c) Die Beklagte hat weder in der Berufungsschrift noch im vorinstanzlichen Verfahren behauptet, D. habe dem Kläger anlässlich des Gesprächs die fristlose Kündigung angedroht; die Rede ist nur davon, eine Wiederholung des beanstandeten Verhaltens würde nicht sanktionslos hingenommen. Damit ist für die Würdigung des Schreibens vom 21. November 2012 nichts gewonnen. Richtig ist, dass Disziplinarmassnahmen (Bussen, Lohnkürzungen, Suspendierung etc.) einer rechtlichen Grundlage bedürfen (BSK OR I-PORTMANN, Art. 321d N 12). Eine Freistellung wäre dagegen sehr wohl eine Reaktion bzw. rechtliche Massnahme gewesen, mit welcher der Kläger bei erneuten Verstössen gegen Weisungen seines Arbeitgebers hätte rechnen müssen. Eine Freistellung wäre in diesem Zusammenhang durchaus eine Sanktion gewesen, die gezeigt hätte, dass das Verhalten des Klägers nicht mehr tolerabel sei. In Frage wäre aber auch die konkrete Androhung der fristlosen Kündigung gekommen. Offenbar wollte die Beklagte im Schreiben vom 21. November 2012 nicht so weit gehen; dieses enthält Interpretationsspielraum, so dass der Kläger nicht davon ausgehen musste, er riskiere auch bei einem «noch so kleinen» Verstoss gegen die Weisung die fristlose Kündigung. Einen solchen Verstoss stellen die Äusserungen des Klägers im Interview aber mit der Vorinstanz ohnehin nicht dar.

5.

Zusammengefasst hat die Beklagte keine wichtigen Gründe darlegen können, welche eine fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses gerechtfertigt hätten. Daran vermag auch nichts zu ändern, dass der Kläger am tt. bzw. tt. Oktober 2012 den Spieler G. weisungswidrig in der Öffentlichkeit kritisiert und am tt. November 2012 ebenfalls weisungswidrig sich zur finanziellen Situation der Beklagten geäussert hat. Die Kritik an G. lag im Zeitpunkt der Kündigung schon weit zurück, und zur finanziellen Situation hatte der Kläger nichts Neues oder Vereinsschädigendes vorgebracht, sodass von einer geringfügigen Verfehlung gesprochen werden muss.

V.

(...)

2.

a) Gemäss Arbeitsvertrag hatte der Kläger Anspruch auf erfolgsabhängige Prämien, nämlich pro erzielten Punkt in der Meisterschaft Fr. 1000.–, für den Schweizer Meister-Titel Fr. 150 000.–, für den Schweizer Cup-Sieg Fr. 50 000.– und weitere Prämien für Erfolge in den europäischen Klub-Wettbewerben. Die Vorinstanz erwog, die Beklagte habe dem Kläger für die Dauer vom 1. Dezember 2012 bis zum 30. Juni 2014 die Prämien zu bezahlen, welche er erzielt hätte, wenn er nicht fristlos entlassen worden wäre, sondern seinen Vertrag hätte erfüllen können. Es sei eine Beteiligung am Geschäftsergebnis gemäss Art. 322a OR vereinbart worden. Wie hoch der Anteil am Geschäftsergebnis sei, ergebe sich aufgrund

der vertraglich vereinbarten Berechnungsgrundlage. Allerdings müsste bei Vorliegen objektiver Bemessungskriterien (Prämie pro erzieltm Punkt) miteinbezogen werden, was der fristlos gekündigte Arbeitnehmer selber zum Gewinn bzw. Umsatz beigetragen hätte. Gehe man nämlich vom gewöhnlich anzuwendenden Lohnausfallprinzip aus, wonach zu ermitteln sei, was der Arbeitnehmer tatsächlich verdient hätte, wenn er nicht fristlos entlassen worden wäre, müsste an sich dessen Beitrag zum Gewinn bzw. Umsatz hypothetisch ermittelt werden. Das sei nicht möglich. Es lasse sich nicht eruieren, wie viele Punkte der B. bis zum 30. Juni 2014 erzielt hätte (oder noch erzielen würde), wenn der Kläger normal weitergearbeitet hätte. Stattdessen wandte die Vorinstanz das Referenzperiodenprinzip an. Sie ging von den unter dem Kläger als Trainer erzielten 17 Punkten in fünf Monaten aus, was Fr. 17 000.– Prämien oder pro Monat Fr. 3400.– und für 19 Monate Fr. 64 600.– ergebe.

b) Der Kläger ist der Auffassung, die Vorinstanz habe zu Unrecht eine im Vertrag nicht genannte Bedingung für die Prämienberechtigung des Trainers eingeführt, nämlich den Miteinbezug von dem, was der fristlos gekündigte Arbeitnehmer selber zum Gewinn bzw. Umsatz beigetragen hätte. Ein Trainer verdiene die Prämien unabhängig davon, ob er am Spiel teilnehme. Das Lohnausfallprinzip sei daher sehr wohl anwendbar. Der Kläger habe mindestens Anspruch auf die Prämien gemäss effektivem Erfolg des B. in den Saisons 2012/13 und 2013/14. Die von der Vorinstanz angewandte Referenzperiode von effektiv vier Monaten sei nicht aussagekräftig. Zudem seien die Cup-Erfolge nicht berücksichtigt worden. Das Lohnausfallprinzip als konkrete Schadensberechnung sei der abstrakten Berechnung aufgrund einer Referenzperiode vorzuziehen. Für den Schweizer Cup-Sieg und die Qualifikation für die Europa League stehe dem Kläger zudem je eine Prämie von Fr. 50 000.– zu.

Die Beklagte hält demgegenüber fest, dass der Trainer nur einen Prämienanspruch habe, wenn er tatsächlich zum Erfolg beigetragen habe. Weil der Cheftrainer aus praktischen Gründen – es gebe ja nur einen Cheftrainer – bei jedem Spiel «zum Einsatz komme», habe man nicht daran gedacht, dies im Vertrag explizit zu erwähnen. Der Bestand dieser Bedingung sei vom Kläger vor Vorinstanz nicht bestritten worden. Es sei richtigerweise vom Referenzperiodensystem auszugehen, weil nicht abgeschätzt werden könne, wie sich der Beitrag des Klägers auf den tatsächlichen Gewinn von Punkteprämien ausgewirkt hätte. Allerdings sei von sechs Monaten auszugehen, in denen der B. 17 Punkte erzielt habe, weil im Juni und im Januar keine Spiele ausgetragen würden. Für die Berechnung des Schadenersatzanspruchs sei unbeachtlich, was der Kläger nach Vorliegen der effektiven Resultate zugute hätte. Allein schon die Tatsache, dass der Anspruch am Kündigungstag entstehe, schliesse diese vom Kläger angerufene Berechnungsmethode aus. Daher habe er keinen Anspruch auf Prämien für den Cup-Sieg und die Qualifikation für die Europa League.

c) Bei ungerechtfertigter fristloser Entlassung des Arbeitnehmers hat dieser Anspruch auf Ersatz dessen, was er bei ordentlicher Kündigung oder Ablauf des befristeten Vertrags erhalten hätte (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 337c N 2). Hängt der Lohn von den erzielten Resultaten ab, kann nicht auf die vom Unternehmen in der fraglichen Periode tatsächlich erzielten Resultate abgestellt werden, weil ja darin die hypothetische Leistung des Anspruchsberechtigten gerade nicht enthalten ist (vgl. BGE 125 III 14 E. 2b für den umsatzabhängigen Lohn). Der Einwand des Klägers, er hätte einen Prämienanspruch auch ohne Teilnahme an einem Spiel gehabt, geht an der Sache vorbei. Die Vorinstanz hat zutreffend ausgeführt, es lasse sich nicht eruieren, wie viele Punkte der B. bis zum 30. Juni 2014 erzielt hätte, wenn der Kläger normal weitergearbeitet hätte. Gemäss Art. 42 Abs. 2 OR ist ein nicht ziffernmässig nachweisbarer Schaden nach Ermessen des Richters mit Rücksicht auf den gewöhnlichen Lauf der Dinge abzuschätzen (BGer 4C.321/2005, E. 8.3). Unter dem Kläger absolvierte der B. 17 Meisterschaftsspiele und erzielte dabei 17 Punkte. In den Saisons 2012/13 und 2013/2014 waren je 36 Spiele zu absolvieren. Der B. hätte daher bei gleichbleibendem Erfolg in den beiden Saisons insgesamt 72 Punkte erzielt, was dem Kläger einen Prämienanspruch von Fr. 72 000.– verschafft hätte. Es ist nun allerdings nicht zu verkennen, dass damit dem Prämienanspruch zwei mit Abstand schwächste Saisons der letzten Jahre zugrunde gelegt würden. (...) In der Saison 2012/13 kam der B. auf Rang 4 mit 55 Punkten. Angesichts dieser Resultate besteht durchaus Grund zur Annahme, dass sich der Club nach unterdurchschnittlichem Start in die Saison 2012/13 auch unter dem Kläger noch gesteigert und wenigstens im Mittelfeld mit geschätzten 45 Punkten etabliert hätte. Dies ergibt einen Prämienanspruch von Fr. 90 000.– und abzüglich die dem Kläger bereits ausbezahlten Prämien von Fr. 16 000.– einen Restanspruch von Fr. 74 000.–. Selbst unter Annahme dieser Leistungssteigerung ist aber nicht davon auszugehen, dass der Club unter der Ägide des Klägers sich für die Europa League qualifiziert oder Cupsieger geworden wäre. Für die Qualifikation zur Europa League benötigte der K. als Mannschaft mit der geringsten Punktezahl in der Saison 2012/2013 48 Punkte und der L. in der Saison 2013/14 50 Punkte. In der Saison 2012/13 unterlag der B. im Cup im Halbfinal dem R., dem nachmaligen Cupsieger, gegen den er schon in der Meisterschaft unter dem Kläger verloren hatte. In der Saison 2013/14 besiegte der B. auf dem Weg zum Cupsieg zuletzt den J., K. und S., wobei der B. unter dem Kläger zweimal gegen den J., einmal gegen den K. und einmal gegen den S. verloren und nur einmal gegen den K. gewinnen konnte; gegen den S. resultierte noch ein Unentschieden.

Der Kläger hat geltend gemacht, im Zeitpunkt seiner Entlassung sei der B. noch im Cup-Wettbewerb vertreten gewesen und hätte auch noch einen Platz erreichen können, welcher zur Qualifikation für die europäischen Klub-Wettbewerbe berechtigt hätte. Die Entlassung sei treuwidrig im Sinne von Art. 156 OR gewesen, wonach eine Bedingung als erfüllt

gelte, wenn ihr Eintritt von dem einen Teil wider Treu und Glauben verhindert worden sei. Mit der Entlassung sei verhindert worden, dass der Kläger aktiv an später erfolgten Punktgewinnen und der Qualifikation für den Europa-Cup-Wettbewerb habe teilnehmen können, weswegen die Bedingung als erfüllt gelte. Tatbestandselemente von Art. 156 OR sind der Kausalzusammenhang zwischen dem Verhalten des bedingt Verpflichteten und dem Eintritt bzw. Ausbleiben der Bedingung und ein Verstoss gegen Treu und Glauben (BSK OR I-EHRAT, Art. 156 N 5, m.w.H.). Kein Verstoss gegen Treu und Glauben liegt vor, wenn der bedingt Verpflichtete zum Schutz eigener überwiegender Interessen eine Bedingung ausfallen bzw. eintreten lässt. Vorliegend wurde dargelegt, dass nicht anzunehmen ist, der Kläger hätte bei Fortführung des Arbeitsverhältnisses mit dem B. den Cupwettbewerb gewonnen oder sich für die Europa League qualifiziert. Dass die fristlose Kündigung ohne wichtigen Grund im Sinne von Art. 337 OR erfolgte, bedeutet nicht, dass die Beklagte wider Treu und Glauben das Erreichen dieser Ziele unter dem Kläger als Trainer verhindern wollte. Dieser hat selber hervorgehoben, Grund für seine fristlose Entlassung sei das Ausbleiben der sportlichen Erfolge gewesen. Der sportliche Erfolg ist aber das primäre Ziel einer Spitzenmannschaft im Fussball. Dazu kommt, dass der Kläger durch seine Äusserungen gegenüber den Medien, welche nicht immer weisungskonform, «zuweilen ungeschickt und unangebracht» waren, das Verhältnis zur Beklagten und zu den Spielern belastete. Der Beklagten kann daher nicht vorgeworfen werden, mit der fristlosen Kündigung wider Treu und Glauben verhindert zu haben, dass der Kläger mit dem B. den Cup-Wettbewerb gewonnen und die Europa League erreicht hätte (vgl. Urteil des Zivilgerichts Basel-Stadt, BJM 2002 S. 95 ff.).

d) Die Beklagte ist der Auffassung, es bestehe in Anbetracht des beträchtlichen Verschuldens des Klägers gestützt auf Art. 44 Abs. 1 OR keine Ersatzpflicht für die Erfolgsprämien; zumindest hätte eine beträchtliche Reduktion vorgenommen werden müssen.

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung und überwiegender Lehre kann der Schadenersatzanspruch nach Art. 337c Abs. 2 OR nicht wegen eines Mitverschuldens des Arbeitnehmers herabgesetzt werden (BGE 120 II 243; ebenso BSK OR I-PORTMANN, Art. 337c N 4, m.w.H.; STAEHELIN, Zürcher Kommentar, 2014, N 8 zu Art. 337c OR; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., N 3 zu Art. 337c S. 1150, m.w.H.; a.M. GUHL/KOLLER, 9. A., Zürich 2000, § 46 N 89; BRÜHWILER, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 2. A., Bern 1996, Art. 337c N 3b). Der Prämienanspruch ist daher nicht wegen eines allfälligen Verschuldens des Klägers zu reduzieren.

3.

a) Der Kläger macht geltend, er habe vor Vorinstanz als weiteren Schaden unter dem Titel «Pensionskassenbeitrag» die Zusprechung von Fr. 10 673.25 gefordert. Die Beklagte hätte pro Monat Fr. 561.75 als Ar-

beitgeberbeitrag an die berufliche Vorsorgeversicherung bezahlen müssen. Die Vorinstanz habe es unterlassen, über diesen Anspruch zu befinden. Stattdessen habe sie in unzutreffender Weise angenommen, der Kläger verlange, dass die Beklagte verpflichtet werde, die Pensionskassenbeiträge an die entsprechenden Institutionen abzuliefern.

Die Beklagte ist der Auffassung, für Ansprüche im Zusammenhang mit Arbeitgeberprämien, welche nicht im Bruttolohn enthalten seien, sei das Sozialversicherungsgericht zuständig, wie die Vorinstanz zutreffend festgestellt habe. Der Anspruch sei aber auch materiellrechtlich unbegründet. Mit der fristlosen Kündigung ende das Vorsorgeverhältnis, weshalb ab diesem Zeitpunkt eine Vorsorgeeinrichtung fehle, an welche die Beiträge überwiesen werden könnten. Der Arbeitnehmer selber habe mangels Rechtsgrundlage keinen Anspruch auf direkte Auszahlung dieser Beiträge, wie dies der Kläger verlangt habe. In BVG-rechtlicher Hinsicht habe die Vorinstanz unter der Prämisse, dass die fristlose Kündigung ungerechtfertigt war, alles richtig gemacht. Einerseits habe sie die Arbeitnehmerbeiträge nicht vom Schadenersatzanspruch in Abzug gebracht, andererseits habe sie sich im Zusammenhang mit dem eingeklagten Anspruch auf die Arbeitgeberbeiträge für unzuständig erklärt.

b) Der Kläger hatte vor Vorinstanz beantragt, die Beklagte sei zu verpflichten, den ihm zustehenden Pensionskassenbeitrag für die feste Vertragsdauer, nämlich neunzehnmal Fr. 561.75, zu bezahlen. Die Vorinstanz ist in der Tat davon ausgegangen, der Kläger verlange die Ausrichtung an die Vorsorgeeinrichtung, und hat sich für die Beurteilung als unzuständig erklärt. Wie die Beklagte zutreffend dargelegt hat, hält die Vorinstanz den Anspruch aber in materiellrechtlicher Hinsicht ohnehin für unbegründet (unter Hinweis auf BRECHBÜHL, Stämpflis Handkommentar, BVG und FZG, N 16 zu Art. 19, recte wohl N 16 zu Art. 10 BVG).

Im Zeitpunkt der fristlosen Kündigung wird nicht nur das Arbeitsverhältnis faktisch und rechtlich aufgelöst, sondern der Versicherte tritt auch aus der Vorsorgeeinrichtung aus. Das Eidgenössische Versicherungsgericht hält dafür, diesfalls fehle es an einer Vorsorgeeinrichtung, an welche Beiträge auf Lohnbestandteilen, die nach der ungerechtfertigten fristlosen Entlassung angefallen wären, zu entrichten wären. Daher habe die bisherige Versicherungskasse auch keine Freizügigkeitsleistungen auf Lohnbestandteilen aus Zeiten nach der fristlosen Entlassung zu entrichten (EVG B 55/99 vom 8.11.2001). BRECHBÜHL stellt zutreffend fest, dass als Folge dieser Rechtsprechung die fristlos entlassene Person über eine tiefere Freizügigkeitsleistung verfügt als im Falle einer ordentlichen Kündigung (a.a.O., N 18 zu Art. 10 BVG). Dieses Defizit hat der Arbeitgeber richtigerweise auszugleichen. Das Eidgenössische Versicherungsgericht hatte im zitierten Entscheid nicht darüber zu befinden, ob dem Gekündigten dafür ein Schadenersatzanspruch gegen seinen ehemaligen Arbeitgeber zustehe. Die Frage ist zu bejahen (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., N 2 und 15 zu Art. 337c; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, Kommentar zum

Arbeitsvertragsrecht, Art. 337c N 2 S. 270; BSK OR I-PORTMANN, Art. 337c N 2a; anders noch REHBINDER, Berner Kommentar, 1992, N 6 zu Art. 337c OR). Zwar ist nicht zu verkennen, dass damit der Vorsorgeschutz nicht erhalten bleibt. Dasselbe gilt aber auch für die Arbeitnehmerbeiträge, welche vom zugesprochenen Bruttolohn nicht abzuziehen sind und damit dem Gekündigten zur freien Verfügung verbleiben. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH weisen darauf hin, dass in der Praxis die Beiträge oft an die Vorsorgeeinrichtung abgeführt werden, welche sie trotz fehlendem Vorsorgeverhältnis gerne akzeptiere (a.a.O., N 15; vgl. auch Verwaltungsgericht Luzern, Urteil vom 8. November 2006, V 05 237, in ZBl 108/2007 S. 564). Eine solche Lösung ist aber nach der zitierten Rechtsprechung nicht durchsetzbar.

Das Quantitativ ist nicht bestritten. Die Beklagte ist daher zu verpflichten, dem Kläger für entgangene BVG-Arbeitgeberbeiträge Fr. 10 673.25 zu bezahlen.

4.

a) Gemäss Art. 337c Abs. 2 OR muss sich der Arbeitnehmer an den Schadenersatzanspruch anrechnen lassen, was er infolge der Beendigung des Arbeitsverhältnisses erspart hat und was er durch anderweitige Arbeit verdient oder zu verdienen absichtlich unterlassen hat. Die massgebliche Zeit dauerte vom tt. November 2012 (Datum der fristlosen Entlassung) bis zum 30. Juni 2014 (Ende des befristeten Arbeitsvertrags).

(...)

c) In erster Linie obliegt es dem Arbeitgeber, eine allgemein grosse Arbeitskräftenachfrage für den betreffenden Beruf oder mehrere freie, zumutbare Stellen nachzuweisen, auf die sich der Arbeitnehmer nicht beworben hat (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., N 7 zu Art. 337c OR, mit Hinweisen auf die Rechtsprechung). Erweist sich auf Grund der konkreten Umstände des Arbeitsmarktes oder der persönlichen Verhältnisse als wenig wahrscheinlich, dass der Arbeitnehmer eine angemessene Stelle hätte finden können, darf aus dem Umstand allein, dass keine Stelle gesucht worden ist, nicht geschlossen werden, es sei auf ein mögliches Arbeitseinkommen absichtlich verzichtet worden (BGer 4C.158/2002, E. 4.2).

Der Kläger hat in seiner Befragung vor Vorinstanz ausgeführt, er habe immer wieder (eine Anstellung) gesucht, aber nicht gefunden. Er hätte am liebsten eine in der Schweiz gefunden, aber auch im Ausland. Aber er habe gespürt, dass seine Karten sehr schlecht seien. Er sei fristlos entlassen worden, was es im Fussball noch nie gegeben habe. Es sei zu Gesprächen seiner Berater mit den Vereinsvorständen gekommen, aber nicht mehr weiter gegangen. Es seien verschiedene Gespräche mit verschiedenen Ländern, Nationalmannschaften oder Vereinen und Clubs geführt worden. Es seien fünf oder sechs Clubs gewesen, die Nationalmannschaften von U. und T., die Vereine V. und W. und auch der Verein AE. in U. Es sei klar, dass er gerne in der Schweiz oder im näheren Umfeld, wie Deutschland, arbeiten würde, aber das sei im Moment einfach nicht möglich gewesen.

Bei R. habe ein Freund von ihm, AF., der dort Teamchef sei, alles in Bewegung gesetzt, aber das Interesse sei nicht da gewesen.

Die Beklagte hat fünf Schweizer Fussball-Clubs genannt, bei welchen die Trainerstelle nach der Entlassung des Klägers vakant wurde. Unbestritten und zutreffend ist, dass er nicht gehalten war, sich um die Trainerstelle beim AB. zu bewerben. Der L. war die letzte Station des Klägers als Trainer vor der Anstellung bei der Beklagten, wobei er entlassen worden war. Bei den AC. wären gemäss Sportchef I. (der nach der Entlassung des Klägers bei der Beklagten von dieser zu den AC. gewechselt hatte) der Kläger und drei andere Trainer die «naheliegendsten Lösungen» gewesen – angestellt wurde AG. Beim R. hatte sich der Kläger um den Trainerposten bemüht. Es bleibt die Trainerstelle bei Q. Andere offene Trainerstellen hat die Beklagte nicht aufgeführt. Dass sie damit nicht mehrere freie, zumutbare Arbeitsstellen oder eine allgemein grosse Nachfrage nach Trainer vom Format des Klägers dargelegt hat, versteht sich von selbst. Im Übrigen haben beide Parteien nur sehr rudimentäre Behauptungen zu dieser Thematik aufgestellt. Der Kläger hat seine Stellensuche im Ausland nicht weiter substantiiert und die Beklagte hat die Umstände des Trainerwechsels bei Q. nicht näher dargelegt. Letztlich fällt das aber auf die Beklagte zurück, welche eine Verletzung der Schadenminderungspflicht durch den Kläger hätte dartun müssen. Zudem ist nachvollziehbar, dass sich für diesen angesichts der Umstände seiner Entlassung bei der Beklagten die Stellensuche schwierig gestalten würde, und notorisch ist, dass Trainer auf dieser Stufe nicht einfach per Inserat gesucht werden, auf das hin sich der Kläger bewerben könnte. Eine – von der Beklagten in keiner Art und Weise quantifizierte – Anrechnung im Sinne von Art. 337c Abs. 2 OR kann daher nicht erfolgen. Da die feste Anstellungsdauer am 30. Juni 2014 abgelaufen ist, stellt sich auch nicht die Frage, ob dem Kläger ein künftiges Ersatz Einkommen anzurechnen ist.

(...)

Es wird erkannt:

1. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger Fr. 580 677.10 netto (Fr. 530 000.– brutto abzgl. 6.25% AHV-/ALV-Beiträge und Fr. 83 802.10) nebst 5% Zins seit 26. November 2012 zu bezahlen.
2. Im Mehrbetrag wird die Klage abgewiesen.

Obergericht des Kantons Zürich, Urteil vom 16. Dezember 2014 (Bestätigung des Urteils des Einzelgerichts am Arbeitsgericht Uster vom 22. Juli 2014)

Weil die Durchsetzung des Verbots der Abgeltung der Ferien mit dem laufenden Lohn (Art. 329d Abs. 2 OR) bei unregelmässigen Beschäftigungen, namentlich bei Teilzeitstellen, Schwierigkeiten bereiten kann,

hat das Bundesgericht eine Abgeltung des Ferienlohnes in solchen Fällen in Abweichung vom Gesetzestext ausnahmsweise zugelassen (E. 1). Der unechte Abrufvertrag (Arbeit auf Abruf ohne Befolgungspflicht) vor der Einsatzvereinbarung stellt noch keinen Arbeitsvertrag dar, da sich der Arbeitnehmer nicht zur Leistung von Arbeit verpflichtet hat. Es liegt vielmehr erst ein Rahmenvertrag über die Arbeitsbedingungen vor. Ob ein andauerndes Arbeitsverhältnis oder eine Mehrzahl von einzelnen kurzfristigen Arbeitsverhältnissen vorliegt, bestimmt sich nach den getroffenen Abmachungen. Bezwecken diese eine über die einzelnen Arbeitseinsätze hinausgehende vertragliche Bindung, liegt ein andauerndes Arbeitsverhältnis vor (E. 3.b).

Zu den formellen Voraussetzungen für eine rechtswirksame Abgeltung des Ferienlohnanspruchs gehört, dass der Ferienlohn nicht nur im Arbeitsvertrag, sondern auch auf jeder periodischen Lohnabrechnung oder Lohnquittung betragsmässig ausgewiesen wird, denn nur so besteht für den Arbeitnehmer die notwendige Klarheit und kann er den genauen Betrag auch noch in einem späteren Zeitpunkt feststellen. Kam die Arbeitgeberin trotz mehrmaliger Aufforderung des Arbeitnehmers ihrer Obliegenheit zur Ausweisung der ziffernmässigen Höhe des Zuschlags in den einzelnen Lohnabrechnungen nicht nach, nahm sie bewusst das Risiko einer Doppelzahlung in Kauf (E. 5.b, 7.b).

Sachverhalt:

Die Beklagte und Berufungsklägerin (nachfolgend: Beklagte) ist die ...gesellschaft. Sie befindet sich praktisch vollständig in Bundesbesitz. Der Kläger und Berufungsbeklagte (nachfolgend: Kläger) ist Jurist und Rechtsanwalt. Er arbeitete ab September 2008 als ... im Stundenlohn für die Beklagte. Zunächst beruhte das Arbeitsverhältnis auf einem mündlichen Vertrag. Am 2. bzw. 10. Oktober 2008 schlossen die Parteien einen schriftlichen Vertrag ab. Sie vereinbarten dabei einen Basisstundenlohn von Fr. 40.80 brutto zuzüglich eines Anteils für Ferien von 8.33% bzw. Fr. 3.40 und eines Anteils 13. Monatslohn von 8.33% bzw. Fr. 3.70. Die einzelnen Arbeitseinsätze sollten auf Veranlassung der Beklagten, unter Berücksichtigung von deren betrieblichen Bedürfnissen sowie der Verfügbarkeit des Klägers, erfolgen. Dem Kläger stand das Recht zu, einen vorgeschlagenen Einsatz abzulehnen. In verschiedenen schriftlichen Nachträgen wurde der Basisstundenlohn schrittweise auf Fr. 53.45 brutto erhöht, wobei jeweils ein Anteil 13. Monatslohn von 8.33%, ein Anteil Feiertage von 4% sowie ein Anteil Ferien von 8.33% ausgewiesen wurden. Der Kläger kündigte den Vertrag mit Schreiben vom 14. Juni 2013 auf den 31. Juli 2013.

Mit Eingabe vom 11. Oktober 2013 sowie unter Beilage der Klagebewilligung des Friedensrichteramtes D. vom 23. September 2013 machte der Kläger beim Einzelgericht am Arbeitsgericht Uster eine Klage über Fr. 16 463.35 brutto anhängig. Er fordert damit die Ferienlohnentschädi-

gung zum bereits bezahlten Stundenlohn für den Zeitraum von September 2008 bis März 2013. Mit Urteil vom 22. Juli 2014 hiess das Gericht in Uster die Klage im Umfang von Fr. 16 300.– brutto nebst Zins gut. Gegen den Entscheid der Vorinstanz erhob die Beklagte am 15. September 2014 rechtzeitig Berufung.

Aus den Erwägungen:

1.

Umstritten ist die Abgeltung des Ferienlohnanspruchs. Nach Art. 329d Abs. 1 OR hat der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer für die Ferien den gesamten darauf entfallenden Lohn zu entrichten. Nach einhelliger Lehre und Rechtsprechung bedeutet diese Bestimmung, dass der Arbeitnehmer während der Ferien lohnmässig nicht schlechter gestellt werden darf, als wenn er in dieser Zeit gearbeitet hätte. Die Bestimmung ist relativ zwingend (Art. 362 Abs. 1 OR). Vereinbarungen, die den Arbeitnehmer schlechter stellen, sind nichtig (Art. 362 Abs. 2 OR). Die absolut zwingende Norm von Art. 329d Abs. 2 OR (Art. 361 OR) bestimmt zudem, dass die Ferien während der Dauer des Arbeitsverhältnisses nicht durch Geldleistungen oder andere Vergünstigungen abgegolten werden dürfen. Die Durchsetzung des Verbots der Abgeltung mit dem laufenden Lohn kann bei unregelmässigen Beschäftigungen, namentlich bei Teilzeitstellen, Schwierigkeiten bereiten. Das Bundesgericht hat deshalb eine Abgeltung des Ferienlohnes in solchen Fällen in Abweichung vom Gesetzestext ausnahmsweise zugelassen. Voraussetzung ist allerdings neben der objektiven Notwendigkeit aufgrund der unregelmässigen Beschäftigung, dass sowohl aus dem Arbeitsvertrag wie auch aus den periodischen Lohnabrechnungen klar ersichtlich ist, welcher Teil des Arbeitslohnes den Ferienlohnanspruch abgelden soll (BGE 129 III 495 E. 3.1 und 3.2 mit Hinweisen).

2.

Die Vorinstanz hielt zunächst fest, dass es im zu beurteilenden Arbeitsverhältnis – entgegen der Ansicht des Klägers – ausnahmsweise zulässig gewesen sei, den Ferienanspruch monetär abzugelten. Die Arbeitsleistungen des Klägers seien zweifellos unregelmässig erfolgt und für die Arbeitgeberin nicht langfristig plan- oder steuerbar gewesen. Weiter verwies die Vorinstanz darauf, dass unstrittig sei, dass die Beklagte in den einzelnen Lohnabrechnungen die Ferienlohnschädigung nicht separat ausgewiesen habe. Da die bundesgerichtlichen Vorgaben bezüglich Hervorhebung des Betrages oder Prozentsatzes der Ferienabgeltung in der Lohnabrechnung nicht erfüllt seien, resümierte die Vorinstanz, dass die Beklagte grundsätzlich verpflichtet sei, die Ferienabgeltung (nochmals) zu bezahlen, sofern nicht – wie von dieser geltend gemacht – besondere Umstände und/oder ein rechtsmissbräuchliches Verhalten des Klägers vorliegen würde. Die Vorinstanz prüfte dies und kam zum Schluss, dass weder das eine noch das andere der Fall sei.

3.

a) Die Beklagte ist zunächst der Ansicht, dass sich die im vorinstanzlichen Urteil angeführte Rechtsprechung – und damit auch die darin verlangten Formalien – einzig auf fortdauernde Arbeitsverhältnisse, die sich über mehrere Lohnabrechnungsperioden erstrecken würden, beziehe. Das sei aus den entsprechenden Entscheiden ohne weiteres ersichtlich. Ein in diesem Sinne fortdauerndes Arbeitsverhältnis läge vorliegend eben gerade nicht vor. Vielmehr seien im Verlauf der Zeit eine Mehrzahl einzelner, auf den jeweiligen Einsatz beschränkte Arbeitsverhältnisse vereinbart worden. In der gegenständlichen auf unechte Arbeit auf Abruf gerichteten Vertragsbeziehung habe sich die Frage nach dem Zeitpunkt der Ausrichtung der entsprechenden Anteile für Ferien gar nicht stellen können. Sie seien notwendigerweise mit der Lohnzahlung zu entrichten gewesen, die auf den Ablauf der fraglichen Abrechnungsperiode und damit auf die Beendigung der darin enthaltenen einzelnen Arbeitsverhältnisse gefolgt seien. Ebenso wenig habe vor diesem Hintergrund ein vorzeitiger unbewusster Verbrauch der Anteile in Frage kommen können.

b) Die Vorinstanz hatte das Vertragsverhältnis der Parteien als unechte Arbeit auf Abruf – auch Arbeit auf Abruf ohne Befolgungspflicht genannt – qualifiziert, was die Beklagte nicht beanstandet. Richtig ist sodann, dass angenommen wird, dass der unechte Abrufvertrag vor der Einsatzvereinbarung noch keinen Arbeitsvertrag darstelle, da sich der Arbeitnehmer nicht zur Leistung von Arbeit verpflichtet habe. Es liege vielmehr erst ein Rahmenvertrag über die Arbeitsbedingungen vor (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, 7. Aufl., Art. 319 OR N 18). Im Unterschied zur Aushilfs- und Gelegenheitsarbeit erfolgen die Einsätze jedoch in der Regel im Rahmen eines einheitlichen Arbeitsverhältnisses. Ob ein andauerndes Arbeitsverhältnis oder eine Mehrzahl von einzelnen kurzfristigen Arbeitsverhältnissen vorliegt, bestimmt sich nach den getroffenen Abmachungen. Bezwecken diese eine über die einzelnen Arbeitseinsätze hinausgehende vertragliche Bindung, so liegt ein andauerndes Arbeitsverhältnis vor. Regelmässig wiederkehrende Beschäftigung bildet ein gewichtiges Indiz für das Vorliegen eines andauernden Arbeitsverhältnisses (ZK-STAEHELIN, Art. 319 OR N 55; BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 319 OR N 28; anders: Tribunal administratif de Neuchâtel, JAR 1997 S. 95 ff., wonach es sich stets um Gelegenheitsarbeit und nicht um eigentliche Arbeit auf Abruf handle, soweit dem Arbeitnehmer ein Ablehnungsrecht betreffend einzelner Einsätze zukomme).

c) Vorliegend ergibt sich bereits aus dem Arbeitsvertrag vom 2. bzw. 10. Oktober 2008, dass die Parteien ein unbefristetes und damit andauerndes Arbeitsverhältnis eingehen wollten. Dieses dauerte denn auch beinahe fünf Jahre, wobei es regelmässig zu Arbeitseinsätzen des Klägers kam, durchschnittlich während rund 66 Stunden pro Monat. Die beidseitige Abschlussfreiheit bezüglich der einzelnen Arbeitseinsätze ändert unter diesen

Umständen nichts an der Dauerhaftigkeit der vertraglichen Bindung. Die Argumentation der Beklagten verfängt nicht.

4.

a) Die Beklagte macht weiter geltend, dem Kläger sei stets bewusst gewesen, dass die Lohnzahlungen die vereinbarten Anteile für Ferien enthalten hätten. Die Klage sei auch aus diesem Grund abzuweisen. Sie verweist dazu auf BGE 116 II 517 f. E. 4b. Das Bundesgericht hielt in dieser Entscheidung fest, dass sowohl in der Literatur wie auch in der kantonalen Rechtsprechung vertreten werde, die Klage auf Ferienlohn könne abgewiesen werden, falls der Arbeitgeber beweise, dass der Arbeitnehmer die Berechnungsweise der Lohnzahlung, d.h. den ziffernmässigen oder prozentualen Anteil des Feriengeldes, gekannt habe. Dieser Auffassung habe das Bundesgericht sich in unveröffentlichten Urteilen angeschlossen, wobei festgehalten worden sei, der Vertrauensgrundsatz gebiete, dass der Arbeitnehmer bei gehöriger Aufmerksamkeit sowohl im Zeitpunkt des Vertragschlusses wie aufgrund der einzelnen Gehaltsabrechnungen klar erkennen könne, dass und in welcher Höhe ein Zuschlag als Feriengeld entrichtet werde; das dürfe grundsätzlich nur dann angenommen werden, wenn der Zuschlag zum Arbeitslohn durch Angabe eines bestimmten Betrags oder Prozentsatzes als solcher erscheine. Dem sei indessen beizufügen, dass das Vertrauensprinzip als massgebender Grundsatz auch eine weniger strenge Beurteilung nahelegen könne, falls es die besonderen Umstände des Einzelfalles – wie zum Beispiel ein mündlicher Vertragsschluss – gebieten würden. Das Bundesgericht ist damit nicht vom Grundsatz abgewichen, dass sowohl aus dem Arbeitsvertrag wie auch aus den periodischen Lohnabrechnungen klar ersichtlich sein muss, welcher Teil des Arbeitslohnes den Ferienlohnanspruch abgelden soll. Es hat lediglich an das Vertrauensprinzip als weiteren Grundsatz erinnert, welches im Einzelfall eine weniger strenge Beurteilung nahelegen könne.

b) In BGE 129 III 493 liess das Bundesgericht gar offen, ob mit Blick auf den an sich klaren Wortlaut des Gesetzes und die in der Tat kaum jemals unüberwindbaren Schwierigkeiten bei der Berechnung des auf die Ferien entfallenden Lohnes an der Möglichkeit einer Abgeltung des Feriengeldes im laufenden Lohn überhaupt festgehalten werden könne (E. 3.3). Es setzte sich zudem mit der Frage auseinander, unter welchen Umständen sich die Geltendmachung von Ferienlohnansprüchen nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses als rechtsmissbräuchlich erweisen könne. Im zu beurteilenden Fall hatte die Arbeitgeberin eingewendet, der Arbeitnehmer habe während des gesamten Arbeitsverhältnisses gewusst, dass die Ferienlohnentschädigung nach ihrer Auffassung im Leistungslohn inbegriffen gewesen sei. Das Bundesgericht verneinte einen Rechtsmissbrauch (E. 5).

5.

a) Die Beklagte hält dies nicht für massgebend. Im fraglichen Fall sei erstens eben gerade nicht nachgewiesen worden, dass der Arbeitnehmer den ziffernmässigen oder prozentualen Anteil des Ferienlohns gekannt ha-

be. Es habe bloss eine entsprechende Behauptung des Arbeitgebers vorgelegen, die sich zudem nur auf das Verständnis des Arbeitgebers selbst bezogen habe. Zweitens habe sich in jenem Fall auch der schriftliche Arbeitsvertrag darüber ausgesprochen, ob der vereinbarte Stundenlohn auch einen Ferienzuschlag enthalte. Dass der Kläger im vorliegenden Fall stets gewusst habe, dass die Anteile für Ferien in den Lohnzahlungen enthalten gewesen seien, will die Beklagte daraus ableiten, dass der Anteil für Ferien bzw. der entsprechende Zuschlag zum vereinbarten Grundansatz des Stundenlohns im Rahmenvertrag und in den schriftlichen Nachtragsvereinbarungen stets ausdrücklich und gesondert festgehalten worden seien, und zwar sowohl in Prozentangaben als auch betragsmässig in Franken und Rappen.

b) Dazu ist zu sagen, dass zu den formellen Voraussetzungen für eine rechtswirksame Abgeltung des Ferienlohnanspruchs gehört, dass der Ferienlohn nicht nur im Arbeitsvertrag, sondern auch auf jeder periodischen Lohnabrechnung oder Lohnquittung betragsmässig ausgewiesen wird, denn nur so besteht für den Arbeitnehmer die notwendige Klarheit und kann er den genauen Betrag auch noch in einem späteren Zeitpunkt feststellen (BGE 129 III 495 E. 3.2 mit Hinweisen; BGer 4C.219/2006 vom 24. Januar 2007 E. 2.1). Dieses sog. Spezifikationsprinzip würde ausgehebelt, wenn allein aus der gesonderten Ausweisung des Ferienlohnes im Arbeitsvertrag und allfälligen Nachträgen dazu darauf geschlossen würde, dass der Arbeitnehmer die ziffernmässige Höhe des Zuschlags genau kannte.

6.

a) Das jederzeitige Vorhandensein des betreffenden Wissens sieht die Beklagte auch dadurch bestätigt, dass der Kläger Jurist und Rechtsanwalt sei und überdies einen absolut herausragenden Intelligenzquotienten aufweise. Diese Umstände mögen ein Indiz sein. Sie genügen jedoch nicht zum Nachweis, dass dem Kläger von Beginn weg stets klar war, welcher Teil des Arbeitslohnes den Ferienlohnanspruch abgeltend soll. Mit den entsprechenden Sachverhaltsfeststellungen der Vorinstanz setzte sich die Beklagte im Übrigen nicht in genügendem Masse auseinander.

b) Unbestritten ist, dass dem Kläger im Dezember 2009 durch die Lektüre eines Beobachterratgebers bewusst wurde, dass die Lohnabrechnungen der Beklagten hinsichtlich separater Darstellung der Ferienlohnabgeltung mangelhaft waren. Unbestritten ist auch, dass er diese Erkenntnis nicht für sich behielt, sondern E. von der Beklagten darauf ansprach. Die Beklagte unternahm in der Folge nichts. Mit E-Mail vom 16. Januar 2012 gelangte der Kläger erneut an die Beklagte und wies darauf hin, dass der Ferienlohnanteil in den Lohnabrechnungen nicht ausgewiesen werde. Angepasst wurden die Lohnabrechnungen erst im Mai 2013. Es bleibt zu prüfen, ob sich die Geltendmachung des Ferienlohnes nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses unter diesen Umständen als rechtsmissbräuchlich erweist.

7.

a) Der offenbare Missbrauch eines Rechtes findet keinen Rechtsschutz (Art. 2 Abs. 2 ZGB). Wann ein solcher Missbrauch vorliegt, ist stets anhand der konkreten Umstände des Einzelfalles zu bestimmen (BGE 135 III 169 E. 3.3.1). Dabei sind die von der Lehre und Rechtsprechung gebildeten Fallgruppen zu beachten. Zu diesen Fallgruppen ist die Rechtsausübung zu zählen, die ohne schützenswertes Interesse erfolgt oder zu einem krassen Missverhältnis berechtigter Interessen führen würde. Ebenso kann allgemein gesagt werden, dass die Geltendmachung eines Rechts missbräuchlich ist, wenn sie im Widerspruch zu einem früheren Verhalten steht und dadurch erweckte berechnete Erwartungen enttäuscht. Indessen ist im Widerspruch zwischen der Zustimmung zu einer Vereinbarung und der nachträglichen Geltendmachung ihrer Ungültigkeit unter Berufung auf zwingendes Recht nur dann ein Rechtsmissbrauch zu erblicken, wenn zusätzliche besondere Umstände gegeben sind; ansonsten würde dem Arbeitnehmer der mit der zwingenden Gesetzesbestimmung gewährte Schutz auf dem Weg über Art. 2 ZGB wieder entzogen. Ebenso hat die Partei, die das Recht der Gegenpartei zur Anrufung der Nichtigkeit aufgrund eines Formmangels bestreitet, besondere den konkreten Fall kennzeichnende Umstände nachzuweisen, die offensichtlich machen, dass die Berufung auf den Formmangel treuwidrig ist. Solche Umstände können vorliegen, wenn die Partei sich auf zwingendes Recht beruft, welche die dagegen verstossende Vereinbarung in eigenem Interesse und in Kenntnis ihrer Unzulässigkeit selber vorgeschlagen und damit beim Rechtserwerb unredlich gehandelt hat. Besondere Umstände, welche die Berufung auf zwingendes Recht als missbräuchlich erscheinen lassen, sind auch zu bejahen, wenn die von der angerufenen Norm zu schützenden Interessen entfallen oder sonst wie gewahrt wurden oder wenn die Partei mit der Geltendmachung der Nichtigkeit der Vereinbarung derart lange zuwartet, dass der anderen Partei dadurch verunmöglicht wurde, ihre eigenen Interessen zu wahren (BGE 129 III 497 f. E. 5.1 mit Hinweisen).

b) Vorliegend hat der Kläger nicht unredlich gehandelt. Er wies die Beklagte mehrmals auf die formellen Mängel der Lohnabrechnungen hin. Er hat sich mit dem Vorgehen der Beklagten nicht einverstanden erklärt, sondern forderte diese im Gegenteil dazu auf, ihre Praxis zu ändern. Bestand nun aber der Kläger auf einer separaten Darstellung der Ferienlohnabgeltung in den einzelnen Gehaltsabrechnungen, durfte die Beklagte nicht darauf vertrauen, dass dieser aus der gesonderten Ausweisung des Ferienlohnes im Arbeitsvertrag und den Nachträgen dazu die ziffernmässige Höhe des Zuschlags genau kannte. Es lässt sich ausserdem nicht sagen, dass die von der angerufenen Norm zu schützenden Interessen entfallen oder sonst wie gewahrt wurden. Auch wenn dem Kläger ab einem bestimmten Zeitpunkt bewusst sein musste, dass die Ferienentschädigung nach Auffassung der Beklagten im Lohn inbegriffen war, und ihm die Berechnungsweise grundsätzlich bekannt war, bestand seinerseits ein berechtigtes Interesse an der

Ausweisung der ziffernmässigen Höhe des Zuschlags in den einzelnen Lohnabrechnungen. Dies nur schon deshalb, weil die Lohnhöhe stets variierte. Kam die Beklagte, welche rund 1400 Arbeitnehmende beschäftigt, ihrer entsprechenden Obliegenheit trotz mehrmaliger Aufforderung des Klägers nicht nach, nahm sie das Risiko einer Doppelzahlung bewusst in Kauf. Sie kann sich davon nicht unter Berufung auf Art. 2 ZGB befreien. Anders mag es sich verhalten, wenn ein Arbeitnehmer die Berechnungsweise der Lohnzahlung kennt und den Arbeitgeber trotz Kenntnis der Rechtslage nicht auf die Missachtung der entsprechenden Regelungen hinweist. Im vorliegenden Einzelfall sind hingegen keine besonderen Umstände ersichtlich, welche die Einforderung des Ferienlohnes mangels Einhaltung der formellen Voraussetzungen zu seiner Abgeltung als rechtsmissbräuchlich erscheinen liessen. Dies insbesondere auch nicht, weil der Kläger tatsächlich Ferien bezogen habe und in jeder Hinsicht über mehr als genügend einsatzfreie Zeit verfügt habe, wie die Beklagte geltend machte. Der Arbeitgeber bleibt auch dann verpflichtet, dem früheren Arbeitnehmer die gesetzlich vorgeschriebenen Ferienlöhne nach Vertragsauflösung als Entschädigung nachzuzahlen, wenn der Arbeitnehmer die ihm zustehenden Ferien tatsächlich bezogen hat (BGE 129 III 98 f. E. 5.2 mit Hinweisen).

8.

Gegen die vorinstanzliche Berechnung des Ferienlohns brachte die Beklagte nichts vor. Die Berufung ist abzuweisen und der angefochtene Entscheid zu bestätigen.

Arbeitsgericht Zürich, Urteil vom 11. April 2014, in: Entscheide des Arbeitsgerichts Zürich 2014 Nr. 13

Art. 334 OR. Liegen unzulässige Kettenarbeitsverträge vor, werden diese als ein einheitliches unbefristetes Arbeitsverhältnis angesehen, mit der Folge, dass die gesetzlichen Kündigungsfristen und der übrige Kündigungsschutz zu beachten sind. Befand sich der Arbeitnehmer im zweiten Anstellungsjahr, würde gemäss Art. 335c Abs. 1 OR eine Kündigungsfrist von zwei Monaten gelten, die der Arbeitgeber i.c. nicht eingehalten hat. Somit hat der Arbeitnehmer Anspruch auf zwei Monatslöhne.

Sachverhalt:

Der Kläger war mit einem befristeten Vertrag als Fachspezialist angestellt worden. Noch während der Dauer dieses Vertrages wurde er nochmals befristet angestellt. Dieser Vertrag wurde in der Folge zuerst am 28. Februar 2008 bis 30. September 2008 und hernach mit Schreiben vom 8. September 2008 bis 23. Dezember 2008 verlängert. Der Kläger sieht darin einen unzulässigen Kettenarbeitsvertrag.

Aus den Erwägungen:

Die Aneinanderreihung mehrerer befristeter Arbeitsverhältnisse kann zu einer Benachteiligung des Arbeitnehmers führen, weshalb diese auf einem sachlichen Grund beruhen muss, welcher sie rechtfertigt (vgl. PORTMANN/STÖCKLI, a.a.O., Rz 801). Es ist zwar richtig, was die Beklagte ausführt, dass ein Teil der Lehre und Rechtsprechung eine Gesetzesumgehung bei bloss zwei aufeinanderfolgenden Arbeitsverträgen generell ausschliesst. Dies überzeugt hingegen in dieser Absolutheit nicht (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 334 N 7). Zudem vermögen die Ausführungen der Beklagten, wonach es sich nicht um vier verschiedene Arbeitsverträge handle, sondern um zwei Arbeitsverträge und zwei Verlängerungen des Arbeitsvertrages, nicht zu überzeugen. Auch bei den beiden Verlängerungen des zweiten Arbeitsvertrages handelt es sich um befristete Arbeitsverhältnisse, welche zu einer Benachteiligung des Klägers führen könnten.

Zu den sachlichen Gründen für die vier befristeten Arbeitsverträge führte die Beklagte aus, es sei von vornherein ein befristeter Arbeitseinsatz vereinbart worden, weil sie davon ausgegangen sei, dass die Arbeit im Rahmen des Projekts bis Ende 2007 abgeschlossen sein werde. Der zweite Arbeitsvertrag vom 27. November 2007 sei nur deshalb vereinbart worden, weil es Verzögerungen im Projekt gegeben habe und auch nach März 2008 noch Arbeit angefallen sei. Aus demselben Grund sei auch der zweite Arbeitsvertrag verlängert worden. Die letzte Verlängerung des Vertrages sei rein aus Goodwill der Beklagten und auf Drängen des Klägers hin gemacht worden. In der Folge bestritt die Beklagte in der Duplik die Vorbringen des Klägers, wonach er im Rahmen seiner Anstellung für drei verschiedene Projekte gearbeitet habe, nicht. Es treffe zu, dass der Kläger für das Projekt «XY» gearbeitet habe und zwischenzeitlich an «A» und für «B» eingesetzt worden sei. Das Projekt «XY» war somit nachgewiesenermassen nicht die einzige Arbeit, welche der Kläger während der Zeit bei der Beklagten ausführte. Ein sachlicher Grund, die Arbeit für das Projekt «XY» zu befristen, bestand somit nicht. Es besteht auch keine Rechtfertigung für die Aneinanderreihung mehrerer befristeter Arbeitsverhältnisse, welche zu einer Benachteiligung des Arbeitnehmers führen könnte.

Liegen wie vorliegendenfalls unzulässige Kettenarbeitsverträge vor, so werden diese als ein einheitliches unbefristetes Arbeitsverhältnis angesehen (PORTMANN/STÖCKLI, a.a.O., Rz 801). Die gesetzlichen Kündigungsfristen und der übrige Kündigungsschutz sind somit zu beachten (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 334 N 7, BGE 119 V 46). Der Kläger befand sich im zweiten Anstellungsjahr, weshalb gemäss Art. 335c Abs. 1 OR eine Kündigungsfrist von zwei Monaten gelten würde. Eine solche Kündigungsfrist hat die Beklagte nicht eingehalten.

Der Kläger hat somit noch Anspruch auf zwei Monatslöhne (abzüglich der Zahlungen der Arbeitslosenkasse).

Arbeitsgericht Zürich, Urteil vom 11. April 2014, in: Entscheide des Arbeitsgerichts Zürich 2014 Nr. 21

Art. 357 OR; Anwendbarkeit eines GAV. Die vertragliche Übernahme eines GAV in einen Einzelarbeitsvertrag kann auch stillschweigend erfolgen, etwa indem der Arbeitgeber Solidaritäts- und Weiterbildungsbeiträge vom Lohn des Arbeitnehmers, der nicht Mitglied eines Arbeitnehmerverbandes ist, abzieht.

Sachverhalt:

Ein Fachspezialist war für die Beklagte tätig, ohne aber Mitglied eines Arbeitnehmerverbandes zu sein. Zu prüfen war, ob der GAV trotzdem zur Anwendung kommt und sich die Arbeitszeit (bzw. der Anspruch auf Überstundenentschädigung) daher nach diesem richtet.

Aus den Erwägungen:

Gemäss Art. 357 Abs. 1 OR gelten die Bestimmungen des Gesamtarbeitsvertrages über Abschluss, Inhalt und Beendigung der einzelnen Arbeitsverhältnisse während der Dauer des Vertrages unmittelbar für die beteiligten Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Beteiligt in diesem Sinne sind Mitglieder der vertragsschliessenden Verbände, die Angeschlossenen sowie Arbeitgeber und Arbeitnehmer, welche kraft Allgemeinverbindlicherklärung oder Gesetz in die Wirkung des Gesamtarbeitsvertrages mit einbezogen werden.

Wie die Beklagte in der Klageantwort zutreffend ausführte, bestand keine Vertragsbindung des Klägers aufgrund der alleinigen Mitgliedschaft der Beklagten in einem vertragsschliessenden Arbeitgeberverband. Hierzu wäre die Mitgliedschaft des Klägers in einem solchen Verband zusätzliche Voraussetzung gewesen. Ebenfalls richtig sind die Ausführungen der Beklagten in Bezug auf Art. 1 Abs. 1 des Gesamtarbeitsvertrages in der Maschinen-, Elektro- und Metallindustrie. Die darin festgehaltene Klausel verleiht dem Kläger noch keine zivilrechtlichen Ansprüche gegenüber dem Arbeitgeber.

Unzutreffend sind hingegen die Vorbringen der Beklagten, der Gesamtarbeitsvertrag sei nicht vertraglich in die Einzelarbeitsverträge übernommen worden. Dies wurde zwar nicht schriftlich vereinbart, eine solche Übernahme kann jedoch auch stillschweigend erfolgen (vgl. PORTMANN/STÖCKLI, a.a.O., Rz 1110).

Dem Kläger wurden während des gesamten Jahres 2008 Solidaritäts- und Weiterbildungsbeiträge vom Lohn abgezogen. Dies ergibt sich aus den von ihm eingereichten Lohnabrechnungen. Diese Solidaritäts- und Weiterbildungsbeiträge sind gemäss Art. 4 bzw. 5 des Gesamtarbeitsvertrages in der Maschinen-, Elektro- und Metallindustrie geschuldet, wenn ein Arbeit-

nehmer mit wenigstens 12 Wochenstunden dem Gesamtarbeitsvertrag unterstellt ist und keinem Arbeitnehmerverband angehört. Nachgewiesenermassen wurden dem Kläger jeden Monat im Jahre 2008 Fr. 5.– an Solidaritätsbeiträgen und Fr. 1.– an Weiterbildungsbeiträgen abgezogen. Diese entsprechen den im Gesamtarbeitsvertrag festgehaltenen Beiträgen. Hinzu kommt, dass die Beklagte in der Arbeitgeberbescheinigung selbst festhielt, dass das Arbeitsverhältnis zwischen ihr und dem Kläger dem Gesamtarbeitsvertrag der Maschinenindustrie unterstehe. Entgegen der Auffassung der Beklagten ist irrelevant, ob die Beklagte diese Erklärung gegenüber der Arbeitslosenkasse oder dem Kläger abgegeben hat, denn es bestätigt, dass auch die Beklagte davon ausging, dass der Gesamtarbeitsvertrag in der Maschinen-, Elektro- und Metallindustrie auf das Arbeitsverhältnis zwischen ihr und dem Kläger anwendbar sei.

Der Gesamtarbeitsvertrag in der Maschinen-, Elektro- und Metallindustrie ist somit auf das Arbeitsverhältnis zwischen der Beklagten und dem Kläger anzuwenden.

Arbeitsgericht Zürich, Urteil vom 23. April 2014, in: Entscheide des Arbeitsgerichts Zürich 2014 Nr. 10

Art. 324a OR; befristete Anstellung; anwendbarer Gesamtarbeitsvertrag. Der GAV-Personalverleih gilt auch dort, wo für einen Einsatzbetrieb ein anderer Gesamtarbeitsvertrag gilt (Art. 3 Abs. 1 GAV-Personalverleih). Bezüglich Krankentaggeldversicherung gilt für das Vertragsverhältnis der Parteien grundsätzlich der GAV-Personalverleih, es sei denn, der für die Branche gültige ave GAV wäre für den Temporärarbeitnehmer günstiger (Günstigkeitsprinzip nach Art. 3 Abs. 2 GAV-Personalverleih). Vorliegend kommt wegen dessen günstigerer Regelung der ave GAV für das Maler- und Gipsergewerbe zum Zuge.

Sachverhalt:

Der Kläger war für maximal drei Monate bei einer Temporärfirma angestellt und wurde bei einem Malergeschäft eingesetzt. Als er für längere Zeit krank wurde, stellte sich bezüglich der Lohnfortzahlung die Frage, welcher Gesamtarbeitsvertrag zur Anwendung kommt.

Aus den Erwägungen:

In der durch die Beklagte erstellten Lohnabrechnung Juni 2013 wurden Lohnabzüge für KTG GAV Personalverleih sowie für einen Berufsbeitrag GAV Personalverleih vorgenommen. Die Beklagte hat demnach für diesen auf maximal drei Monate befristeten Einsatz am Versicherungs-

schutz festgehalten und auch die entsprechenden Lohnabzüge vorgenommen. Der Kläger durfte somit nach Treu und Glauben davon ausgehen, er sei zu den vertraglich festgehaltenen Eckwerten gegen Lohnausfall zufolge Krankheit versichert. Die Beklagte war daher verpflichtet, für den Versicherungsschutz des Klägers zufolge Krankheit ab dem ersten Tag besorgt zu sein.

Gemäss Gesamtarbeitsvertrag für den Personalverleih gilt dieser auch dort, wo für einen Einsatzbetrieb ein anderer Gesamtarbeitsvertrag gilt (Art. 3 Abs. 1 GAV-Personalverleih). Auch nicht übernommen werden daher die Bestimmungen bezüglich Krankentaggeldversicherung des für den Einsatzbetrieb geltenden Gesamtarbeitsvertrags, sofern die im Gesamtarbeitsvertrag für den Personalverleih vorgesehene Lösung mindestens gleichwertig ist (Art. 3 Abs. 2 GAV-Personalverleih). Für das Vertragsverhältnis der Parteien gilt daher bezüglich der Krankentaggeldversicherung grundsätzlich der GAV für den Personalverleih, es sei denn, die im GAV für das Maler- und Gipsergewerbe (CH) vorgesehene Lösung sei für den Kläger günstiger.

Vom Geltungsbereich des vom Bund allgemeinverbindlich erklärten GAV für das Maler- und Gipsergewerbe werden lediglich Gipser der Stadt Zürich ausgenommen. Im Übrigen wurde im Einsatzvertrag explizit festgehalten, dass das Einsatzverhältnis den allgemein verbindlichen Gesamtarbeitsverträgen «Personalverleih» und «Maler- und Gipsergewerbe (CH)» unterstehe, was unmissverständlich darauf hindeutet, dass der gesamtschweizerische GAV für das Maler- und Gipsergewerbe gemeint war.

Sowohl der GAV für das Maler- und Gipsergewerbe (Art. 13.1 und 13.3) als auch der GAV für den Personalverleih (Art. 28 und 29) treffen eine eigene, von der gesetzlichen Lösung abweichende, Regelung (Art. 324a Abs. 4 OR). Sie schreiben für den Fall der Verhinderung des Arbeitnehmers durch Krankheit den Abschluss einer Krankentaggeldversicherung im Umfang von 80% des Lohnes vor. Beide Gesamtarbeitsverträge sehen die Möglichkeit eines Leistungsaufschubes vor; während der Aufschubszeit muss indessen der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer 80% des Lohnes entrichten.

In Art. 29 Abs. 3 GAV-Personalverleih ist überdies ausdrücklich festgehalten, dass der Versicherungsschutz am Tag der Arbeitsaufnahme beginnt, bei einer Karenzfrist von höchstens zwei Tagen. Gemäss der günstigeren Regelung in Art. 13.3 GAV für das Maler- und Gipsergewerbe hat der Arbeitgeber während einer allfälligen Wartefrist 80% des versicherten Lohnes gemäss Art. 13.1 lit. b zu bezahlen, wobei der erste Krankheitstag davon ausgenommen ist. Dieser Versicherungsanspruch endet bei befristeten Arbeitsverhältnissen bis zu drei Monaten mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses.

Der Kläger war für maximal drei Monate angestellt und das Arbeitsverhältnis wurde nicht vor Ablauf dieser drei Monate beendet. Der Kläger war vom 10. Juli 2013 bis zum 15. September 2013 100% arbeitsunfähig.

Die Beklagte schuldet dem Kläger somit für 60 Kalendertage Lohn mit einem Karenztag. Die Parteien haben einen Brutto-Stundenlohn von Fr. 27.80 vereinbart. Das versicherte Taggeld beträgt Fr. 141.80, wobei dies bei einem Krankengeldansatz von 80% Fr. 113.44 ergibt. Auf Krankentaggelder sind keine Sozialversicherungsbeiträge zu bezahlen, dem Kläger ist jedoch die Quellensteuer abzuziehen.

Die Beklagte hat bisher Krankentaggelder von (brutto) Fr. 6466.10, also für 57 Kalendertage ausbezahlt. Sie hätte dem Kläger aber nach dem Gesagten Krankentaggelder für 59 Tage (60 Tage minus 1 Karenztag) ausbezahlen müssen. Zusammengefasst hat die Beklagte dem Kläger demzufolge zwei Tage zu wenig ausbezahlt (60 Tage – 57 Tage + 1 Karenztag) und ist daher zu verpflichten, dem Kläger Fr. 225.90 (Fr. 226.90 – Quellensteuer 0.441%) zuzüglich Zins zu 5% seit 30. November 2013 zu bezahlen.

Schadenersatz:

Der Kläger macht zusätzlich geltend, ihm sei ein Schaden aufgrund der zu spät ausgeführten Zahlungen erfolgt. Es genügt jedoch nicht, wenn man das Vorhandensein einer Tatsache lediglich global behauptet. Damit die gegnerische Partei substantiiert bestreiten kann, ist eine konkrete Formulierung des Schadens notwendig (BSK ZPO-GEHRI, Art. 55 N 4). Den Schaden aufgrund der zu spät ausgeführten Zahlungen hat der Kläger nicht ansatzweise substantiiert. Die Klage ist daher in diesem Punkt abzuweisen.

Arbeitsgericht Zürich, Urteil vom 28. Mai 2014, in: Entscheide des Arbeitsgerichts Zürich 2014 Nr. 25

Art. 204 ZPO; ungenügende Vertretung vor der Schlichtungsbehörde. Wer ausserkantonalen oder ausländischen Wohnsitz hat, muss nicht persönlich zur Schlichtungsverhandlung erscheinen und kann sich vertreten lassen (Art. 204 Abs. 3 lit. a ZPO). Bestehen neben der Hauptniederlassung Zweigniederlassungen, erfolgt die Befreiung von der Erscheinungspflicht nur, wenn keiner dieser Geschäftssitze im Kanton, wo das Schlichtungsverfahren stattfindet, liegt. Vorliegend erschien die Klägerin nicht persönlich an der Schlichtungsverhandlung und es lag kein Ausnahmetatbestand nach Art. 204 Abs. 3 lit. a ZPO vor. Die Klägerin war demzufolge an der Schlichtungsverhandlung säumig. Die erteilte Klagebewilligung erweist sich als ungültig, womit es an einer Prozessvoraussetzung fehlt. Auf die Klage ist daher nicht einzutreten.

Sachverhalt:

Die Arbeitgeberin (Aktiengesellschaft, Klägerin) sandte an die Schlichtungsverhandlung eine Juristin, war selber aber nicht anwesend. Es stellte sich daher die Frage, ob sie sich auf diese Weise vertreten lassen durfte.

Aus den Erwägungen:

Das Bundesgericht hat in BGE 140 III 70 erwogen, die Pflicht zum persönlichen Erscheinen nach Art. 204 Abs. 1 ZPO gelte auch für juristische Personen. Hintergrund der gesetzlichen Regelung sei die Überlegung, dass eine Schlichtungsverhandlung meist dann am aussichtsreichsten sei, wenn die Parteien persönlich erscheinen, da nur so «eine wirkliche Aussprache» stattfinden könne. Auch wenn sich die Parteien begleiten lassen dürfen, sollen sie sich gemäss der Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung an der Verhandlung doch primär «selber äussern» (Botschaft, BBl 2006, S. 7331 f.). Von einer juristischen Person als Partei müsse verlangt werden, dass sie an der Schlichtungsverhandlung durch ein Organ oder zumindest durch eine mit einer (kaufmännischen) Handlungsvollmacht ausgestatteten und zur Prozessführung befugte Person, die überdies mit dem Streitgegenstand vertraut sei, erscheine. Damit falle die Vertretung der juristischen Person durch einen Rechtsanwalt als Form des persönlichen Erscheinens ausser Betracht (BGE 140 III 70 E. 4.3 m.w.H.).

Die Klägerin ist eine Schweizerische Aktiengesellschaft mit Sitz in Aarau. Sie hat eine Zweigniederlassung in Zürich, wo der Beklagte gewöhnlich arbeitete. An der Schlichtungsverhandlung liess sich die Klägerin durch eine Juristin vertreten. Da die Klägerin an der Schlichtungsverhandlung nicht persönlich erschienen ist, ist zu prüfen, ob ein Ausnahmetatbestand nach Art. 204 Abs. 3 ZPO und damit eine Ausnahme von der Anwesenheitspflicht gemäss Abs. 1 vorliegt. Die Klägerin beruft sich unter Hinweis auf Art. 204 Abs. 3 lit. a ZPO auf ihren ausserkantonalen Geschäftssitz. Art. 204 Abs. 3 lit. a ZPO erwähnt bloss den ausserkantonalen oder ausländischen «Wohnsitz» als Dispensationsgrund, und lit. b nennt mit Krankheit und Alter ausdrücklich zwei wichtige Gründe, die auf juristische Personen als solche sinnvollerweise keine Anwendung finden können. Die Kommentatoren gehen aber einhellig davon aus, dass sich lit. a bei juristischen Personen auf den Geschäftssitz der Gesellschaft beziehe (ALVAREZ/PETER, in: Berner Kommentar, ZPO, a.a.O., N 7 zu Art. 204 ZPO; HOFMANN/LÜSCHER, Le Code de procédure civile, Bern 2009, S. 129; INFANGER, in: Basler Kommentar, ZPO, a.a.O., N 2 zu Art. 204 ZPO; vgl. auch BGE 140 III 70 E. 4.3). In der Rechtsprechung des Bundesgerichts wurde bisher noch nicht entschieden, ob die Ausnahme von der persönlichen Erscheinungspflicht gemäss Art. 204 Abs. 3 lit. a ZPO auch dann gilt, wenn eine juristische Person eine Zweigniederlassung im Kanton hat. So-

weit ersichtlich äussern sich ALVAREZ/PETER als einzige Autoren dazu. Bestehen neben der Hauptniederlassung Zweigniederlassungen, so erfolgt nach ALVAREZ/PETER die Befreiung von der Erscheinungspflicht nur dann, wenn keiner dieser Geschäftssitze in demjenigen Kanton liegt, in dem das Schlichtungsverfahren stattfindet. Dieser Auffassung ist zu folgen. Die Ausnahmen von der Erscheinungspflicht sind mit Blick auf den Zweck, eine wirkliche Aussprache zwischen den Parteien zu fördern und somit eine Einigung zwischen den Parteien zu erzielen, restriktiv auszulegen. Für die Pflicht der Klägerin zum persönlichen Erscheinen nach Art. 204 Abs. 1 ZPO spricht im Übrigen auch, dass der Beklagte, wohnhaft in Schaffhausen, seine Arbeit in den Büroräumlichkeiten der Zweigniederlassung der Klägerin an X.-Strasse in Zürich verrichtete, und die Zuständigkeit des Arbeitsgerichts Zürich allein darauf gründet (Art. 34 Abs. 1 ZPO).

Der Einwand der Klägerin, das Verhalten des Beklagten sei rechtsmissbräuchlich, ist abzuweisen. Der Rechtsvertreter des Beklagten rügte bereits vier Tage nach Durchführung der Schlichtungsverhandlung, dass diese mangelhaft durchgeführt worden sei. Zu diesem Zeitpunkt war die Klagebewilligung bereits ausgestellt. Da die Klagebewilligung eine Prozessvoraussetzung ist, kann der Beklagte die Gültigkeit im erstinstanzlichen Verfahren bestreiten. Der Beklagte verhält sich nicht rechtsmissbräuchlich.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Klägerin an der Schlichtungsverhandlung nicht persönlich erschienen ist und kein Ausnahmetatbestand nach Art. 204 Abs. 3 ZPO vorliegt. Die Klägerin war demzufolge an der Schlichtungsverhandlung säumig und es hätte keine Klagebewilligung ausgestellt werden dürfen (Art. 206 Abs. 1 ZPO). Die erteilte Klagebewilligung erweist sich als ungültig, womit es an einer Prozessvoraussetzung fehlt. Auf die Klage ist daher nicht einzutreten.

Arbeitsgericht Zürich, Urteil vom 12. Juni 2014, in: Entscheide des Arbeitsgerichts Zürich 2014 Nr. 24

Art. 152 ZPO; Art. 328b OR. Verwertung von privaten E-Mails im Prozess? Rechtswidrig beschaffte Beweismittel werden nur berücksichtigt, wenn das Interesse an der Wahrheitsfindung überwiegt (Art. 152 Abs. 2 ZPO). Bei nicht geregelter Internet- (und E-Mail-) Nutzung sind nur Nutzungen ausgeschlossen, welche die Interessen des Arbeitgebers gefährden oder dessen Vermögensrechte oder die Arbeitspflicht des Arbeitnehmers verletzen. Der Arbeitnehmer darf diesfalls auf Respektierung seiner Privatsphäre vertrauen. Kontrollen sind in dieser Konstellation nur zulässig, wenn konkrete Anhaltspunkte für eine Verletzung der erwähnten Pflichten durch den Arbeitnehmer bestehen oder ein notwendiger Zugriff auf geschäftliche Daten das Ein-

dringen in die Datensätze des Arbeitnehmers erfordert (vorliegend nicht gegeben). Ob die prozessuale Verwertung der in Verletzung der Kontrollrechte erlangten E-Mails der Arbeitnehmerinnen zulässig ist, hängt von der Schwere der diesen zur Last gelegten Verfehlungen ab (vorliegend zu bejahen). Trotz der Verwertung wurde ein wichtiger Grund für eine fristlose Entlassung verneint.

Sachverhalt:

Die Beklagte stützte sich zur Begründung der fristlosen Entlassung unter anderem auf die Auswertung des E-Mail-Verkehrs der Klägerinnen.

Aus den Erwägungen:

Die Klägerinnen monieren, die Beklagte habe die mit ihrer Klageantwort eingereichten E-Mails der Klägerinnen rechtswidrig beschafft, zumal es sich dabei entweder um privaten Meinungsaustausch zwischen den Klägerinnen untereinander bzw. mit Drittpersonen (u.a. die Lebenspartner der Klägerinnen) oder um Angelegenheiten im Zusammenhang mit dem beabsichtigten Kauf von Aktien der Beklagten handle. Diese E-Mails hätten keinen Bezug zum Arbeitsverhältnis der Klägerinnen. Eine Einwilligung ihrerseits liege nicht vor; sie seien über den Zugriff der Beklagten auf ihren E-Mail-Verkehr in keiner Weise informiert gewesen. Auch ein überwiegendes privates Interesse der Beklagten sei nicht ersichtlich. Die von der Beklagten aus dem E-Mail-Verkehr abgeleiteten Vorwürfe strafbaren Handels seien konstruiert. An einem Rechtfertigungsgrund für die Überwachung habe es daher gefehlt. Die Beklagte habe auch kein entsprechendes Überwachungsreglement gehabt. Die eingereichten Urkunden seien daher in Anwendung von Art. 152 Abs. 2 ZPO aus dem Recht zu weisen, zumal die Interessenabwägung klar zu Gunsten der Klägerinnen ausfalle.

Die Beklagte stellt sich auf den Standpunkt, die fraglichen E-Mails der Klägerinnen seien nicht rechtswidrig beschafft worden. Sie würden sehr wohl einen Bezug zum Arbeitsverhältnis der Klägerinnen aufweisen. Der zitierte Leitfaden des eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten lasse eine solche Durchsuchung auch ohne Überwachungsreglement zu, wenn strafrechtlich vorwerfbares Verhalten im Raum stehe, oder wenn es um zivilrechtlich sehr gravierende Verletzungen gehe. Die privaten Interessen der Beklagten würden eindeutig überwiegen.

Eine Einwilligung der Klägerinnen oder ein Überwachungsreglement, welches die Beklagte zur Verwendung der genannten E-Mail-Korrespondenz berechtigen würde, besteht nach den übereinstimmenden Parteivorbringen nicht. Ebenso wurde nicht geltend gemacht, die Klägerinnen seien betreffend Überwachung ihres E-Mail-Verkehrs vorgängig informiert worden.

Der Beizug des gesamten E-Mail-Verkehrs bzw. die fraglichen E-Mails der Klägerinnen sind zur Durchführung des Arbeitsvertrags im engeren Sinne nicht erforderlich (Art. 328b OR; vgl. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 328b OR N 6 und N 18).

Kontrollerhebungen in den Browser-Protokollen und den E-Mail-Ordern von Arbeitnehmern sind als Datenbearbeitung einzustufen. Aus dem Erkennbarkeitsgebot von Art. 4 Abs. 4 DSGVO folgt sodann, dass Arbeitnehmer mindestens in allgemeiner Form über solche Kontrollen vorgängig informiert werden müssen. Ist die private Internet- (und E-Mail-) Nutzung am Arbeitsplatz grundsätzlich verboten, steht es dem Arbeitgeber zu, die Einhaltung dieses Verbots zu kontrollieren. Bei nicht geregelter Internet-Benutzung sind nur Nutzungen ausgeschlossen, welche die Interessen des Arbeitgebers gefährden oder dessen Vermögensrechte oder die Arbeitspflicht des Arbeitnehmers verletzen. Der Arbeitnehmer darf diesfalls auf Respektierung seiner Privatsphäre vertrauen. Kontrollen sind in dieser Konstellation nur zulässig, wenn konkrete Anhaltspunkte für eine Verletzung der erwähnten Pflichten durch den Arbeitnehmer bestehen oder ein notwendiger Zugriff auf geschäftliche Daten das Eindringen in die Datensätze des Arbeitnehmers erfordert (zum Ganzen: STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 328b OR N 18).

Bei der prozessualen Verwertung von in Verletzung der Kontrollrechte beschafften Beweismitteln ist eine Einzelfalloptik anhand einer Interessenabwägung im konkreten Fall massgeblich, wobei das Rechtsschutzinteresse des Beweisführers gegenüber der Schwere der Datenschutzverletzung abzuwägen ist (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 328b OR N 18).

Zu allgemeinen Kontrollerhebungen war die Beklagte nach dem Gesagten nicht berechtigt. Ob die prozessuale Verwertung der in Verletzung der Kontrollrechte erlangten E-Mails der Klägerinnen nach den genannten Grundsätzen (vgl. Art. 152 Abs. 2 ZPO) zulässig ist, hängt damit klar von der Schwere der von der Beklagten vermuteten Verfehlungen zusammen. In weiten Teilen kann diese Frage nicht unabhängig von der Frage nach dem Bestehen eines wichtigen Grundes zur fristlosen Entlassung der Klägerinnen beantwortet werden. Die behauptete Schwere der Verfehlungen (insb. der Vorwurf der Verletzung des Geschäftsgeheimnisses, der versuchten Nötigung und des versuchten Betrugs) würde eine Verwertung rechtfertigen. Der prozessuale Antrag der Klägerinnen auf Nichtberücksichtigung ist daher abzuweisen.

Im Urteil kam das Arbeitsgericht zum Schluss, die Prüfung der beklaglichen Vorbringen würde zum Ergebnis führen, dass die Verhaltensweisen der Klägerinnen insgesamt keinen wichtigen Grund bieten würden, welcher eine fristlose Kündigung rechtfertigen würde.

Arbeitsgericht Zürich, Urteil vom 28. Juli 2014, in: Entscheide des Arbeitsgerichts Zürich 2014 Nr. 22

Art. 3 GIG; Art. 322d OR. Wöchnerinnen dürfen während acht Wochen nach der Niederkunft nicht und danach bis zur 16. Woche nur mit ihrem Einverständnis beschäftigt werden (Art. 35a Abs. 3 ArG). Im Gegensatz zu den anderen in der Person des Arbeitnehmenden liegenden unverschuldeten Abwesenheiten besteht nur bei der Mutterschaft ein solches Beschäftigungsverbot, von dem selbst mit Einverständnis der Betroffenen nicht abgewichen werden kann. Würde man die Zeit des Beschäftigungsverbots für die Zwecke der Gewährung einer Gratifikation, mit der geleistete Arbeit «belohnt» werden soll, nicht als Beschäftigungszeiten berücksichtigen, hätte dies zur Folge, dass die Arbeitnehmerin allein aufgrund ihres Geschlechts diskriminiert würde, da nur Frauen davon betroffen sein können. In der 9. bis 16. Woche des Mutterschaftsurlaubs ist eine Kürzung der Gratifikation mit dem GIG vereinbar, da die Arbeitnehmerin dann hätte arbeiten können, wenn sie das gewollt hätte.

Sachverhalt:

Bei der Beklagten sind alle Mitarbeitenden Bonusberechtig, wobei dieser vom Gesamtergebnis und der Leistung des einzelnen Mitarbeiters abhängt. Zudem wird ein bezahlter Mutterschaftsurlaub von 16 Wochen gewährt. Im Weiteren gibt es eine interne Regelung, wonach eine Bonuskürzung pro rata erfolgt bei unverschuldeten in der Person des Arbeitnehmenden liegenden Abwesenheiten von mehr als 30 Tagen pro Jahr. Bei der Klägerin führte das dazu, dass ihr wegen der zwei Mutterschaftsurlaube der Bonus jeweils pro rata auf 8,3 Monate gekürzt wurde. Zu prüfen war, ob diese interne Regelung mit dem Vertrag und dem GIG vereinbar ist.

Aus den Erwägungen:

Der Klägerin ist der Beweis nicht gelungen, dass sie jeweils zwölf Wochen nach den Geburten wieder arbeiten wollte, die Beklagte dies aber nicht zulies.

Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass die Beklagte weder nach den allgemeinen obligationenrechtlichen Grundsätzen noch aufgrund ihrer allgemeinen Fürsorgepflicht oder aufgrund der ausdrücklich verankerten Informationspflicht gemäss Art. 330b OR verpflichtet war, die Klägerin auf die Bonusreduktion aufgrund der Abwesenheit infolge Mutterschaftsurlaub hinzuweisen. Eine Gratifikation im Sinne von Art. 322d OR ist als grundsätzlich freiwillige Leistung nicht unter die Begriffe Lohn und allfällige Lohnzuschläge i.S.v. Art. 330b Abs. 1 lit. d OR zu subsumieren.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Kürzung des Bonus der Klägerin durch die Beklagte während der 9. bis zur 16. Woche des Mutterschaftsurlaubes mit dem Gleichstellungsgesetz vereinbar ist. Es ist davon auszugehen, die Klägerin hätte dann arbeiten können, wenn sie das gewollt hätte.

Ist einem Arbeitgeber untersagt, die acht Wochen, während denen für Mütter ein Beschäftigungsverbot besteht, bei der Bemessung der Gratifikation, mit der geleisteter Einsatz «belohnt» werden soll, leistungsmindernd zu berücksichtigen, bedeutet dies, dass letztlich die Zeit des Beschäftigungsverbots bei Müttern der Zeit der Arbeit anderer Mitarbeitenden gleichgesetzt wird. Mit andern Worten heisst das, dass den einen Mitarbeitenden die Gratifikation nur dann nicht gekürzt wird, wenn sie arbeiten, den Müttern aber auch dann nicht, wenn sie die ersten acht Wochen im Mutterschaftsurlaub sind. Das ist gewissermassen eine Ungleichbehandlung. Die Frage stellt sich, ob diese im Hinblick auf eine weniger unterschiedliche Behandlung der Geschlechter gerechtfertigt ist. Und sie ist zu bejahen.

Im Gegensatz zu den anderen in der Person des Arbeitnehmenden liegenden unverschuldeten Abwesenheiten besteht nur bei der Mutterschaft ein solches Beschäftigungsverbot, von welchem selbst mit dem Einverständnis der Betroffenen nicht abgewichen werden kann. Würde man die Zeit des Beschäftigungsverbots für die Zwecke der Gewährung einer Gratifikation, mit der geleistete Arbeit «belohnt» werden soll, nicht als Beschäftigungszeiten berücksichtigen, hätte dies zur Folge, dass die Arbeitnehmerin allein aufgrund ihres Geschlechts diskriminiert würde, da nur Frauen davon betroffen sein können.

Es trifft zwar zu, dass die anderen unverschuldeten, in der Person der Arbeitnehmenden liegenden Abwesenheiten faktisch ebenfalls einem Beschäftigungsverbot gleichkommen. Es erscheint jedoch für die Beklagte deshalb als zumutbar, die Abwesenheit infolge Mutterschaftsurlaub anders zu behandeln, weil die anderen unverschuldeten Abwesenheiten, insbesondere die jährlich wiederkehrenden obligatorischen Militär-, Schutz- oder Zivildienstabwesenheiten, im Regelfall nicht zu einer Bonuskürzung führen, obwohl sie jährlich erfolgen und nach den Statistiken der Beklagten insgesamt zu mehr Abwesenheitstagen führen als der Mutterschaftsurlaub.

Nach dem Gesagten wurde die Klägerin durch die Kürzung des Bonus während der Zeit des Beschäftigungsverbotes, den ersten acht Wochen des Mutterschaftsurlaubes, im Vergleich zu ihren männlichen Kollegen diskriminiert. Der Grundsatz der Gleichstellung von Frau und Mann verlangt somit, dass der Klägerin, deren berufliche Kapazität keinesfalls in Frage gestellt wurde, dieser Teil der Bonuszahlung (vorliegend die Hälfte) rückwirkend bezahlt wird (vgl. zum Ganzen auch EuGH Urteil vom 21.10.1999, Rs. C-333/97 «Lewen»).

Vertragliche Vereinbarkeit der internen Regelung:

Da die Kürzung des Bonus für die Zeit des Beschäftigungsverbotes für Mütter das Gleichbehandlungsgebot verletzt, bleibt an dieser Stelle lediglich noch zu prüfen, ob die Beklagte vertraglich berechtigt war, der Klägerin den Bonus während der neunten bis zur 16. Woche des Mutterschaftsurlaubs zu kürzen.

In Ziff. 25 des Gehaltsreglements wurde der Klägerin von der Beklagten in Abs. 1 ein bezahlter Mutterschaftsurlaub von 16 Wochen zugesichert. Nach deren Abs. 3 fielen die Entschädigungen der Erwerbsersatzordnung der Beklagten zu, soweit sie das Grundsalär nach Ziff. 15 und die Zulagen nach Ziff. 16 während des Mutterschaftsurlaubes nicht überstiegen. Somit wurde der Klägerin der variable Teil gemäss Ziff. 17 gerade nicht zugesichert. Bei diesem handelt es sich um eine Gratifikation im Sinne von Art. 322d OR, weil dessen Höhe nicht nur vom Resultat des Gesamtbetriebs abhängig gemacht worden ist, sondern zudem auch von der subjektiven Einschätzung der persönlichen Arbeitsleistung der Klägerin durch die Beklagte (vgl. BGE 4A_115/2007 vom 13. Juli 2007 E. 4.3.3). Es war damit vertraglich zulässig und lag im Ermessen der Beklagten, die Abwesenheit der Klägerin während der 9. bis zur 16. Woche des Mutterschaftsurlaubes anteilig bei der Bonuskürzung zu berücksichtigen. Aus der Regelung in Ziff. 26 des Reglements kann die Klägerin nichts für ihren Standpunkt ableiten.

Arbeitsgericht Zürich, Urteil vom 19. September 2014, in: Entscheide des Arbeitsgerichts Zürich 2014 Nr. 18

Art. 336c OR. Von arbeitsplatzbezogener Arbeitsunfähigkeit spricht man, wenn der Arbeitnehmer nur in Bezug auf seine konkrete Stelle an der Arbeit verhindert ist, im Übrigen aber ganz normal einsatzfähig und auch in seiner privaten Lebensgestaltung kaum eingeschränkt ist. Sperrfristschutz nach dem Zweckgedanken von Art. 336c OR besteht nur dann, wenn aufgrund der gesundheitlichen Einschränkung die Chancen des Arbeitnehmers gering sind, während der Kündigungsfrist eine neue Stelle zu finden. Da dies bei der typischen arbeitsplatzbezogenen Arbeitsunfähigkeit nicht der Fall ist, besteht auch kein Sperrfristschutz.

Sachverhalt:

Ein zu 80% tätiger Arzt assistierte nebenbei noch seiner Lebenspartnerin bei Operationen an einem Belegspital, was zu Terminkollisionen und Konflikten führte, die nicht ausgeräumt werden konnten. Am 17. Februar 2011 stellte die Beklagte eine Änderungskündigung per 30. April 2011 aus. Am 29. März 2011 verunfallte der Kläger am Arbeitsplatz. Ihm wurde vom

Arzt Dr. C. bis zum 2. Mai 2011 eine Arbeitsunfähigkeit zu 100% aus Unfall bescheinigt, welche vom 13. bis zum 17. Mai 2011 auf 50% bzw. vom 19. Mai bis zum 24. Mai 2011 auf 25% und anschliessend auf 0% reduziert wurde. Am 23. Mai 2011 wurde dem Kläger sodann von Dr. F. auf dem Unfallschein ab sofort bis auf weiteres eine Arbeitsunfähigkeit von 100% aus psychischen Gründen attestiert.

Die Beklagte stellte sich hingegen auf den Standpunkt, der Kläger habe während der Kündigungsfrist nicht mehr arbeiten wollen und sich zu diesem Zweck krankschreiben lassen. Als seine Arbeitsunfähigkeit wegen Unfalls reduziert worden sei und der Kläger dadurch seine restliche Soll-Arbeitszeit nicht mehr mit Ferien- und Gleitzeitsaldo habe kompensieren können, habe er sich kurzerhand eine Arbeitsunfähigkeit zu 100% wegen psychischer Probleme attestieren lassen. Diese sei bloss simuliert worden, weshalb sich die Kündigungsfrist nicht bis Ende August sondern nur bis Ende Juni 2011 verlängert habe.

Aus den Erwägungen:

Selbst wenn aber von einem psychischen Leiden des Klägers auszugehen wäre, könnte dieses mit der Beklagten nur als arbeitsplatzbezogen qualifiziert werden und würde damit keine neue Sperrfrist im Sinne von Art. 336c OR auslösen. Von arbeitsplatzbezogener Arbeitsunfähigkeit spricht man, wenn der Arbeitnehmer nur in Bezug auf seine konkrete Stelle an der Arbeit verhindert ist, im Übrigen aber ganz normal einsatzfähig und auch in seiner privaten Lebensgestaltung kaum eingeschränkt ist. Solche Konstellationen treten in der Praxis fast immer bei psychischen Belastungen am Arbeitsplatz auf (z.B. Konflikte, Mobbing). Sperrfristschutz nach dem Zweckgedanken von Art. 336c OR besteht nur dann, wenn aufgrund der gesundheitlichen Einschränkung die Chancen des Arbeitnehmers gering sind, während der Kündigungsfrist eine neue Stelle zu finden. Da dies bei der typischen arbeitsplatzbezogenen Arbeitsunfähigkeit nicht der Fall ist, besteht auch kein Sperrfristenschutz (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., N 8 zu Art. 336c OR).

Zwar knüpfen sowohl der Kläger als auch Dr. A. und F. (Ärzte) die psychische Erkrankung des Klägers unmittelbar an das Unfallereignis. Sie vermögen sich dabei allerdings nur auf die Aussagen des Klägers zu stützen, wonach die Erschöpfung nach dem Unfall ausgebrochen bzw. nach dem Sturz alles zusammengebrochen sei.

Der Kläger selbst holte allerdings einerseits weiter aus, zurück bis hin zu den erfolglosen Bemühungen des Ombudsmannes bzw. dem Ausbruch des Konfliktes zwischen den Parteien im Zusammenhang mit seiner Nebentätigkeit. Andererseits ist dem den Kläger wegen den Unfallfolgen behandelnde Arzt, Dr. C., bis zum 13./15. Mai 2011 keinerlei psychische Beeinträchtigungen des Klägers aufgefallen und der – immerhin selber fachkundige Kläger – sah bis dahin auch keinen Anlass, sich wegen irgendwel-

chen psychischen Leiden von kompetenter Seite her betreuen zu lassen. Gleichzeitig erst mit der Reduktion seiner Arbeitsfähigkeit zunächst auf 50% und dann auf 25% zeigte der Kläger gemäss den Notizen von Dr. C. erstmals psychische Auffälligkeiten und nachdem er am 16./17. Mai 2011 ein übermässiges Arbeitspensum geleistet hat, sich sein damit verbundenes Austrittsszenario in der Folge zerschlagen hat und er an sich nochmals für eine (ziemlich beschränkte Zeit) an seinen Arbeitsplatz bei der Beklagten hätte zurück kehren müssen, wandte er sich an Dr. F., der – vom Kläger nicht vollständig orientiert – ihn dann für arbeitsunfähig erklärte. Entgegen dem Sinn dieser Arbeitsdispens sah sich der Kläger bereits am 8. Juni 2011 in der Lage, andernorts einen Arbeitseinsatz zu leisten (Operations-Assistenz). Unmittelbar nach Ablauf der von ihm ermittelten maximalen Sperrfrist (zufolge der Unfallfolgen), d.h. nach Wegfall seiner Arbeitspflicht für die Beklagte, qualifizierte sich der Kläger selbst wieder als arbeitsfähig. Das alles indiziert, dass keineswegs der vor rund zwei Monaten erlittene Unfall sondern erst die Rückkehr an den Arbeitsplatz und sodann vor allem (nach gescheitertem Austrittsszenario) das Arbeitsaufgebot seitens der Beklagten und damit die im Raume stehende erneute Rückkehr an den Arbeitsplatz die psychischen Beschwerden des Klägers auslösten.

Soweit denn überhaupt ein psychisches Leiden des Klägers mit Krankheitswert bestanden hat, erscheint dieses deshalb als arbeitsplatzbezogen.

In der Folge wurde die Forderungsklage des Klägers abgewiesen.

Bezirksgericht Horgen, Urteil vom 24. Juli 2014, in: ZR 113 (2014) Nr. 65

Art. 261 ff. ZPO, Art. 15 Abs. 1, Art. 13. Abs. 1 sowie Art. 6 Abs. 2 DSGVO. Auslieferung von Bankmitarbeiterdaten an US-Behörden; vorsorgliches Massnahmebegehren. Eine grenzüberschreitende Datenbekanntgabe im Sinne des DSGVO darf nicht durch ein überwiegendes privates Interesse des Datenbearbeiters gerechtfertigt werden (E. 3.2.13). Bei der Interessenabwägung überwiegt das Interesse einer ehemaligen Bankmitarbeiterin am Schutz vor allfälliger Strafverfolgung gegenüber dem öffentlichen Interesse einer möglichen Gefährdung des Finanzplatzes Schweiz (E. 3.2.18).

Sachverhalt:

Im Rahmen des Programms zur Beilegung des Steuerstreits der Schweizer Banken mit den Vereinigten Staaten von Amerika kündigte eine Bank einer ehemaligen Bankmitarbeiterin (Gesuchstellerin) brieflich an, dass sie beabsichtigt, deren Personendaten an das US Department of Justice auszuliefern. Dagegen stellte die Gesuchstellerin ein Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen i.S.v. Art. 261 ff. ZPO und beehrte u.a., dass

der Gesuchsgegnerin gestützt auf Art. 15 DSGVO zu verbieten sei, ihre persönlichen Informationen dem US Department of Justice bekannt zu geben.

Aus den Erwägungen:

3.1.1 Gemäss Art. 261 Abs. 1 ZPO trifft das Gericht die notwendigen vorsorglichen Massnahmen, wenn die Gesuchstellerin glaubhaft macht, dass ein ihr zustehender Anspruch verletzt oder eine Verletzung zu befürchten ist (Hauptsachenprognose) und ihr aus der Verletzung ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht (Nachteilsprognose). Weiter wird verlangt, dass die Massnahme zeitlich dringend ist (ZÜRCHER, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Kommentar, 2011, Art. 261 N. 8). Zudem muss die vorsorgliche Massnahme, obwohl nicht ausdrücklich in Art. 261 ZPO genannt, dem Prinzip der Verhältnismässigkeit standhalten. (...)

3.2 Hauptsachenprognose

3.2.1 Mit Bezug auf die Hauptsachenprognose muss die Gesuchstellerin, damit die beantragten Massnahmen bewilligt werden können, glaubhaft machen, dass ihr der einzuklagende Anspruch gegenüber der Gesuchsgegnerin zusteht, d.h. ihre Klage Aussicht auf Erfolg hat. Der Anspruch kann auf positive oder negative Leistung gerichtet sein (STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht, 2. Aufl., 2013, S. 425). Glaubhaft zu machen sind weiter die Tatsachen, aus denen die Gesuchstellerin ihren Anspruch ableitet. Ferner muss der Anspruch unter den behaupteten tatsächlichen Voraussetzungen aufgrund einer summarischen Prüfung rechtlich begründet sein (HUBER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Kommentar, 2013, Art. 261 N. 25 m.w.H.).

3.2.2 Die Gesuchstellerin stützt ihren Anspruch auf Nichtauslieferung der sie betreffenden Personendaten auf Art. 15 DSGVO. Gemäss diesem Artikel kann die klagende Partei bei einer drohenden widerrechtlichen Persönlichkeitsverletzung u.a. verlangen, dass keine Daten an Dritte bekannt gegeben werden (Art. 15 Abs. 1 DSGVO).

3.2.3 Personendaten dürfen nur rechtmässig bearbeitet werden (Art. 4 Abs. 1 DSGVO); die Persönlichkeit der betroffenen Personen darf dabei nicht widerrechtlich verletzt werden (Art. 12 Abs. 1 DSGVO). Eine Verletzung ist per Legaldefinition von Art. 13 Abs. 1 DSGVO nicht widerrechtlich, wenn sie durch Einwilligung des Verletzten, durch ein überwiegendes privates oder öffentliches Interesse oder durch Gesetz gerechtfertigt ist (vgl. auch Art. 15 Abs. 1 DSGVO i.V.m. Art. 28 Abs. 2 ZGB).

3.2.4 Art. 6 Abs. 1 DSGVO bestimmt sodann, dass Personendaten nicht ins Ausland bekannt gegeben werden dürfen, wenn dadurch die Persönlichkeit der betroffenen Person schwerwiegend gefährdet würde, namentlich weil eine Gesetzgebung fehlt, die einen angemessenen Schutz gewährleistet. Fehlt eine solche Gesetzgebung, so können Personendaten ins Ausland u.a. nur dann bekannt gegeben werden, wenn die betroffene Person im

Einzelfall eingewilligt hat (Art. 6 Abs. 1 lit. a DSGVO) oder die Bekanntgabe im Einzelfall für die Wahrung eines überwiegenden öffentlichen Interesses unerlässlich ist (Art. 6 Abs. 2 lit. d DSGVO).

3.2.5 Die Parteien sind sich einig, dass die allfällige Bekanntgabe der persönlichen Daten der Gesuchstellerin an das US Department of Justice eine Bearbeitung von Personendaten im Sinne des DSGVO darstellt. Auch klar ist, dass die Daten ins Ausland bekannt gegeben werden sollen. Strittig ist jedoch, ob die Bekanntgabe der in Frage stehenden Personendaten durch ein überwiegendes öffentliches bzw. privates Interesse der Gesuchsgegnerin gerechtfertigt werden kann.

(...)

3.2.7 Es ist offensichtlich, dass die Bekanntgabe der fraglichen Personendaten nicht durch die – vorliegend fehlende – Einwilligung oder – nach dem Scheitern der sog. «Lex USA» (Amtliches Bulletin 2013 N. 1108 a.E., Geschäfts-Nr. 13.046) – durch Gesetz gerechtfertigt werden kann (Art. 13 DSGVO). Es kommen vorliegend als allfällige Rechtfertigungsgründe somit nur überwiegende private oder öffentliche Interessen in Frage.

3.2.8 Zunächst ist festzuhalten, dass es sich bei den Rechtfertigungsgründen des «überwiegenden privaten bzw. öffentlichen Interesses» rechtlich gesehen um unbestimmte Rechtsbegriffe handelt, bei denen der rechtsanwendenden Behörde ein weiter Interpretationsspielraum zukommt (ROSENTHAL, in: Rosenthal/Jöhri, Handkommentar zum Datenschutzgesetz, 2008, Art. 13 Abs. 1 N. 6 sowie N. 21 sowie BGE 132 III 6 E. 3.2 m.w.H.). Die diesbezügliche Rechtsanwendung verlangt regelmässig eine wertende Abwägung der Interessen im Einzelfall. Systematisch sind die betroffenen Interessen zunächst zu ermitteln, einander gegenüber zu stellen und im Anschluss unter Berücksichtigung aller massgebenden Umstände zu beurteilen und gegeneinander abzuwägen (ähnlich: ROSENTHAL, a.a.O., Art. 13 N. 9 ff.).

3.2.9 Die Gesuchstellerin macht geltend, dass sich die Gesuchsgegnerin nicht auf ein überwiegendes privates Interesse i.S. Art. 13 Abs. 1 DSGVO berufen dürfe. Dies namentlich, weil bei einer Datenbekanntgabe ins Ausland die Rechtfertigungsgründe auf die Gründe in Art. 6 Abs. 2 DSGVO beschränkt seien, welche den Rechtfertigungsgründen des Art. 13 Abs. 1 DSGVO vorgehen würden. Dies stellt die Gesuchsgegnerin unter Berufung auf das Merkblatt für Banken zur Übermittlung von Personendaten an US-Behörden des Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten vom 20. Juli 2013 (Merkblatt) in Abrede. Nach Ziffer 4 des Merkblatts würden nämlich auch bei einer Übermittlung von Personendaten an US-Behörden die Rechtfertigungsgründe des Art. 13 DSGVO zur Anwendung kommen.

(...)

3.2.11 (...) Soweit ersichtlich, liegt (...) noch keine höchstrichterliche Rechtsprechung bezüglich der zulässigen Rechtfertigungsgründe bei einer

Datenbekanntgabe in Ausland gemäss DSG vor. Jedoch ist die Systematik und die ratio legis des Gesetzestextes eindeutig. Der Gesetzgeber will Personen vor einer grenzüberschreitenden Bekanntgabe in seines Erachtens datenschutzrechtlich unsichere Länder wie die USA (vgl. die «Liste der Staaten, deren Gesetzgebung einen angemessenen Datenschutz gewährleistet [Art. 6 Abs. 1 DSG]» des EDÖB, Stand 2. Juni 2014, S. 11) schützen und erliess dazu als lex specialis Art. 6 DSG, der höhere Hürden enthält als eine rein schweizerische «Binnenbearbeitung» (vgl. BBl 2003 2101 ff., S. 2129). Insbesondere ist die Aufzählung in Art. 6 Abs. 2 lit. a-g DSG nach dem klaren Willen des Gesetzgebers abschliessend (BBl 2003 2101 ff., S. 2129).

3.2.12 Auch die Lehre erachtet Art. 6 Abs. 2 DSG als lex specialis zu den übrigen Datenbearbeitungsgrundsätzen des DSG (ROSENTHAL, a.a.O., Art. 6 N. 2 f. sowie N. 37; vgl. ferner auch ROHNER/FURRER, Knacknüsse bei der Lieferung von Daten durch Schweizer Banken an die USA, ST 8/2013, 515 ff., S. 520 f.).

3.2.13 Es kann somit festgehalten werden, dass die eingeschränkten Rechtfertigungsgründe von Art. 6 Abs. 2 DSG denjenigen von Art. 13 DSG vorgehen. Da Art. 6 Abs. 2 DSG keinen Rechtfertigungsgrund des überwiegenden privaten Interesses vorsieht, kann sich die Gesuchsgegnerin – entgegen ihrer Ansicht – auch nicht darauf berufen (gl. M. ROSENTHAL, a.a.O., Art. 6 N. 37; ROHNER/FURRER, a.a.O., S. 520 f.).

3.2.14 Daran ändert im Übrigen auch das Merkblatt nichts. Zunächst ist festzuhalten, dass das Merkblatt für die Gerichte nicht verbindlich ist (ROSENTHAL, a.a.O., Art. 13 N. 6). Weiter kommt dem Merkblatt keine eigene rechtliche Bedeutung zu, da es sogar nach eigenen Angaben lediglich «die Prinzipien des DSG, die bei Übermittlungen von Personendaten von Mitarbeitenden sowie Dritten zwingend beachtet werden müssen, nochmals auf[listet].» (vgl. den Ingress des Merkblattes). Darüber hinaus hält das Merkblatt fest, dass «die Bank sowohl einen Rechtfertigungsgrund für die Übermittlung nach Art. 13 DSG geltend machen als auch die [einschränkenden] Voraussetzungen von Art. 6 DSG erfüllen [muss], [...]» In diesem Merkblatt findet sich somit keineswegs die Meinung, dass für die Rechtfertigungsgründe ausschliesslich Art. 13 DSG anzuwenden sei. Vielmehr scheint auch der EDÖB der Ansicht zu sein, dass bei einer grenzüberschreitenden Datenbekanntgabe die eng gefassten Rechtfertigungsgründe von Art. 6 Abs. 2 DSG zur Anwendung kommen.

3.2.15 Für die notwendige Interessenabwägung sind somit lediglich die betroffenen Interessen der Gesuchstellerin sowie ein allfälliges rechtfertigendes öffentliches Interesse zu ermitteln, einander gegenüber zu stellen und gegenseitig abzuwägen.

3.2.16 Die Gesuchstellerin macht bezüglich ihrem Interesse geltend, dass eine Bekanntgabe ihrer Daten schwere Auswirkungen auf ihr geschäftliches sowie privates Leben hätte. Es sei nicht auszuschliessen, dass sie im Falle einer Bekanntgabe durch die US-Behörden strafrechtlich ver-

folgt werden würde. Weiter seien (strafrechtliche) Zwangsmassnahmen gegen die Gesuchstellerin innerhalb und ausserhalb der USA denkbar, was ihre künftige private und berufliche Reisetätigkeit auf die Schweiz beschränken würde. Dadurch wäre ihre Lebensqualität gravierend eingeschränkt.

3.2.17 Demgegenüber macht die Gesuchsgegnerin geltend, dass aufgrund der enormen Tragweite des US-Steuerstreits überwiegende öffentliche Interessen der Eidgenossenschaft bestünden. So sei offensichtlich, dass bei Strafverfahren infolge mangelnder Kooperation gegen mehrere Finanzinstitute nicht mehr allein private, sondern auch öffentliche Interessen tangiert wären. Generell seien die Folgen mangelnder Kooperation nur schwer einzuschätzen und bergen für den Finanzplatz und damit die Schweiz insgesamt unabsehbare Folgen. Weiter verlöre die Schweiz ihre Glaubwürdigkeit, wenn die Finanzinstitute an der vollen Kooperation mit den US-Behörden gehindert würden.

3.2.18 Es besteht kein Zweifel, dass sowohl die geltend gemachten Interessen der Gesuchstellerin als auch die öffentlichen Interessen real und konkret sind. Das Interesse der Gesuchstellerin, nicht einer einschneidenden Strafverfolgung ausgesetzt sein zu müssen, ist als sehr gewichtig einzustufen (gl. M. ROHNER/FURRER, a.a.O., S. 521). Demgegenüber steht das öffentliche Interesse einer möglichen Gefährdung des Finanzplatzes Schweiz bei mangelnder Kooperation durch die Gesuchsgegnerin. Auch dieses Interesse wiegt schwer. Aufgrund des seit 2008 stark veränderten Umfelds, dem Fall UBS, dem Fall CS (vgl. NZZ vom 20. Mai 2014, S. 1) [und] dem Fall Wegelin (ROHNER/FURRER, a.a.O., S. 516) (...) ist es jedoch kaum denkbar, dass das hier in Frage stehende und ohnehin schon stark angeschlagene Ansehen des Finanzplatzes Schweiz durch einen erneuten Fall noch weiteren substantiellen Schaden nehmen würde. Die (...) Unsicherheit auf dem Finanzplatz kann durch einen weiteren Fall nicht grösser werden, als sie ohnehin schon ist. Nach wertender Betrachtungsweise überwiegen somit die Interessen der Gesuchstellerin. Die angedrohte Datenbearbeitung kann nicht durch ein überwiegendes öffentliches Interesse gerechtfertigt werden.

3.2.19 Im Übrigen sei darauf hingewiesen, dass man bei der Interessenabwägung zu keinem anderen Ergebnis kommt, auch wenn ein überwiegendes privates Interesse der Gesuchsgegnerin als Rechtfertigungsgrund zugelassen würde. Ein solches ist vorliegend nämlich nicht gegeben. Zwar trifft es zu, dass – sollte die Gesuchsgegnerin nicht genügend kooperieren – existenzgefährdende operationelle Risiken im Falle einer anschliessenden Strafverfolgung durch die US-Behörden zu gewärtigen sind. Auch das private Interesse der Gesuchsgegnerin, nicht angeklagt zu werden, ist deshalb nicht zu vernachlässigen.

3.2.20 Jedoch macht die Gesuchsgegnerin selbst geltend, dass die Gesuchstellerin, da sie nur *eine* relevante «US Person» mit einem Maximalguthaben von USD 3.02 Mio. in einer noch unkritischen Phase betreut ha-

be, als «kleiner Fisch» gelte. Die zu übermittelnden Daten seien harmlos und würden aller Wahrscheinlichkeit nach in der Rasteruntersuchung durch die US-Behörden sogleich wieder aussortiert werden. Weiter räumt die Gesuchsgegnerin ein, dass die relevanten Daten geschwärzt und ohne Bekanntgabe der Identität der Gesuchstellerin übermittelt werden könnten.

3.2.21 Aufgrund dieser Umstände ist denn auch nicht einzusehen, weshalb die US-Behörden nicht bereits nach Sichtung der geschwärzten Daten von einer weiteren Verfolgung ablassen würden. Dass die Daten – wie die Gesuchsgegnerin sogar selbst einräumt – harmlos sind, ergibt sich auch, wenn die Daten geschwärzt übermittelt werden, ohne dass die Identität der Gesuchstellerin preisgegeben werden müsste. Zudem ist es (...) auch schwer vorstellbar, dass die Gesuchsgegnerin wegen diesem Einzelfall gleich einer existenzgefährdenden Anklage ausgesetzt sein wird, wenn sie – wie sie auch selbst geltend macht – gewillt ist, im Übrigen vollumfänglich zu kooperieren. Aufgrund dieser Umstände kann die Preisgabe der Identität der Gesuchstellerin auch nicht aufgrund eines überwiegenden privaten Interesses der Gesuchsgegnerin gerechtfertigt werden.

3.2.22 Mit Brief vom (...) hat die Gesuchsgegnerin angekündigt, dass sie gedenke, die Personendaten der Gesuchstellerin an die US-Behörden auszuliefern. Es ist offensichtlich, dass die Gesuchstellerin damit die drohende Verletzung ihres Anspruchs i.S.v. Art. 261 Abs. lit. a ZPO glaubhaft gemacht hat.

3.2.24 Zusammengefasst kann für die Hauptsachenprognose somit festgehalten werden, dass die Gesuchstellerin die drohende Verletzung eines ihr zustehenden Anspruchs (Nichtauslieferung von Personendaten ins Ausland) ausreichend glaubhaft gemacht hat und den Anforderungen von Art. 261 Abs. 1 lit. a ZPO damit genügt.

3.3 Nachteilsprognose

3.3.1 Gemäss Art. 261 Abs. 1 lit. b ZPO hat die Gesuchstellerin weiter einen nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil glaubhaft zu machen, der ihr aus der befürchteten Verletzung droht. Unter «Nachteil» ist jede Beeinträchtigung zu verstehen, welche durch das inkriminierte Verhalten verursacht werden kann, egal ob diese rechtlicher oder tatsächlicher Natur ist (ZÜRCHER, a.a.O., Art. 261 N. 20 m.w.H.). In der Botschaft zur Schweizerischen ZPO wird der relevante Nachteil im Falle der Verletzung absoluter Rechte, wie der vorliegend einschlägigen Persönlichkeitsrechte, als Fiktion allgemein bejaht (BBl 2006 7221 ff., S. 7354).

3.3.2 Ferner sind in die Nachteilsprognose beide Parteien einzubeziehen. Es ist abzuwägen, welcher Nachteil einer Partei überwiegt: der Nachteil des Klägers, welcher dann droht, wenn er den Hauptprozess gewinnt, diesen Prozessgewinn aber wegen der Ablehnung der vorsorglichen Massnahme nicht (mehr) durchsetzen kann, oder der Nachteil des Beklagten, welchen dieser für den Fall seines Obsiegens im Hauptprozess dadurch erleidet, dass er während der Prozessdauer wegen der vorsorglichen Mass-

nahmen in der Ausübung seiner Rechte eingeschränkt war (*Sprecher*, in: Basler Kommentar zur ZPO, 2. Aufl. 2013, Art. 261 N. 15 ff.).

3.3.3 Der die Gesuchstellerin treffende nicht leicht wieder gutzumachende Nachteil der drohenden Strafverfolgung und damit einhergehender persönlicher Einschränkung ist im Falle einer tatsächlichen Auslieferung der Personendaten real und würde sie empfindlich treffen. Bezüglich der Interessensabwägung kann auf die obenstehenden Ausführungen unter Ziffer 3.2.15 ff. verwiesen werden. Die Interessen der Gesuchstellerin haben deshalb nach wertender Betrachtungsweise den Interessen der Gesuchsgegnerin bzw. der Öffentlichkeit vorzugehen.

3.3.4 Es ist denn auch klar, dass der Auslieferung der fraglichen Daten zum jetzigen Zeitpunkt definitiver Charakter zukäme und sich ein nachträgliches Verfahren wegen Verletzung des DSGVO als sinnlos erweise. Auch die Zusage, dass die Gesuchsgegnerin allfällige Kosten einer amerikanischen Rechtsvertretung der Gesuchstellerin übernehmen würde, ändert daran nichts, da dies die entstandene Schädigung nicht wieder gutmachen würde. Es kann somit festgehalten werden, dass die Gesuchstellerin auch die Nachteilsprognose im Sinne des Gesetzes ausreichend glaubhaft gemacht hat (Art. 261 Abs. 1 lit. b ZPO).

3.4 Dringlichkeit

3.4.1 Die erforderliche Dringlichkeit einer Massnahme wird in Art. 261 ff. ZPO zwar nicht ausdrücklich erwähnt, stellt aber eine selbstverständliche Voraussetzung der Anordnung von vorsorglichen Massnahmen dar (SPRECHER, Art. 261 N. 39 m.w.H.; ZÜRCHER, a.a.O., Art. 261 N. 8).

3.4.2 Dringlichkeit liegt vor, wenn ein Zuwarten bis zum rechtskräftigen Sachentscheid nicht zumutbar erscheint (BBl 2006 7221 S. 7353 ff.; STAEHELIN/GROLIMUND, a.a.O., S. 426 m.w.H.; ZÜRCHER, a.a.O., Art. 261 N. 8 m.w.H.). Dies ist vorliegend gegeben, da ein ordentliches Verfahren über die nachträgliche Feststellung einer DSGVO-Verletzung sinnlos wäre und der vorgeschalteten Bekanntgabe der Personendaten definitiver Charakter zukäme. (...)

3.5 Verhältnismässigkeit

3.5.1 Vorsorgliche Massnahmen müssen zudem dem Prinzip der Verhältnismässigkeit genügen. Die Massnahme soll zwischen den Interessen der Gesuchstellerin und denjenigen der Gesuchsgegnerin nicht weiter gehen, als es zum vorläufigen Schutz des durch die Gesuchsgegnerin glaubhaft gemachten Anspruchs notwendig ist (HUBER, a.a.O., Art. 261 N.23).

3.5.2 Sollte die Auslieferung der Personendaten durch die Gesuchsgegnerin an die US-Behörden erfolgen, erweise sich – wie schon erwähnt – ein nachträgliches Verfahren wegen Verletzung des DSGVO als sinnlos. Das beantragte Verbot der Bekanntgabe auf dem Wege der (vorerst) provisorischen Massnahme i.S.v. Art. 261 ff. ZPO ist damit sicherlich geeignet und erforderlich, da zum jetzigen Zeitpunkt kein milderer Mittel mehr in Frage kommt.

3.5.3 Zur Frage der Zumutbarkeit sei auf die obenstehenden Ausführungen unter Ziffer 3.2.15 ff. sowie Ziff. 3.3.3 verwiesen. Da insbesondere keine überwiegenden privaten oder öffentlichen Interessen der Gesuchsgegnerin vorliegen, ist das beantragte Verbot verhältnismässig im Sinne des Gesetzes.

3.5.4. Zusammengefasst kann somit festgehalten werden, dass die Gesuchstellerin sämtliche Voraussetzungen zur Anordnung von vorsorglichen Massnahmen i.S.v. Art. 261 ff. ZPO glaubhaft gemacht hat, weshalb ihrem Antrag zu entsprechen ist.

D. Bibliografie

Zusammengestellt von
RA lic. iur. THOMAS PIETRUSZAK

Bibliografie des schweizerischen Arbeitsrechts im Jahr 2014

Siehe die Rezensionen zu Publikationen dieser Bibliografie in ArbR 2014/2015

I. Kommentare

BRÜHWILER, JÜRIG: Einzelarbeitsvertrag – Kommentar zu den Art. 319–343 OR, 3. Aufl., Basel 2014, 637 S.

HONSELL, HEINRICH (Hrsg.): Kurzkomentar OR (Art. 319–333b und 344–362 kommentiert von Thomas Pietruszak; 334–343 von Matthias Schwaibold), Basel 2014, 3425 S.

KULL, MICHAEL (Hrsg.): Arbeitsvermittlungsgesetz, Bern 2014, 358 S.

REHBINDER, MANFRED/STÖCKLI, JEAN-FRITZ: Berner Kommentar: Der Arbeitsvertrag, Art. 331–355 und Art. 361–362 OR, 2. Aufl., Bern 2014, 821 S.

RUBIN, BORIS: Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, Zurich 2014, 730 S.

II. Lehrbücher und übergreifende Darstellungen

DUNAND, JEAN-PHILIPPE/MAHON, PASCAL (éd.): Internet au travail, Genève/Zurich/Bâle 2014, 298 S.

FRIEDRICH, ALAIN/TOBLER, MERET: Arbeitsrecht im Unternehmen, Bern 2014, 208 S.

PORTMANN, WOLFGANG/STÖCKLI, JEAN-FRITZ/DUNAND, JEAN-PHILIPPE (Hrsg.): JAR 2014, Bern 2014, 617 S.

RIEMER-KAFKA, GABRIELA (Hrsg.): Psyche und Sozialversicherung, Zürich 2014, 224 S.

SCHÜRER, HANSUELI/SCHÜRER, CHRISTOPH: Handbuch Arbeitsrecht im Betrieb, Männedorf 2014, 582 S.

STEIGER-SACKMANN, SABINE/MOSIMANN, HANS-JAKOB (Hrsg.): Handbücher für die Anwaltspraxis Bd. XI: Recht der Sozialen Sicherheit, Basel 2014, 1568 S.

VISCHER, FRANK/MÜLLER, ROLAND: Der Arbeitsvertrag, 4. Aufl. Basel 2014, 613 S.

WYLER, RÉMY/HEINZER, BORIS: Droit du travail, 3^e éd., Berne 2014, 1144 S.

III. Monografien

BRUNOLD, FADRI: Die Arbeitsauslagen im schweizerischen Individualarbeitsrecht, Bern 2014, 266 S.

FRÖHLICH, STEPHAN: Individuelle Arbeitsstreitigkeiten in der neuen schweizerischen Zivilprozessordnung, Bern 2014, 276 S.

KAMBER, MARCO: Die Änderungskündigung im Arbeitsvertragsrecht, Bern 2014, 432 S.

MEIER, ANNE: The New Employment Relationship, Zürich/St. Gallen 2014, 149 S.

MÜLLER, ROLAND/THALMANN, PHILIPP/FAVRE, CHRISTIAN: Le certificat de travail en question, Bâle 2014. 100 S.

SCHEFER, MARKUS/HESS-KLEIN, CAROLINE: Behindertengleichstellungsrecht, Bern 2014, 606 S.

STENGEL, MANUEL: Der Vertrauensarzt im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis, Zürich/St. Gallen 2014, 348 S.

WITZIG, AURÉLIEN: La modification du rapport de travail, Zurich 2014, 214 S.

IV. Aufsätze

BACHMANN, ROLAND: Arbeitsrechtliche Paradigmenwechsel des neuen Sanierungsrechts – Ausgewählte Fragen zum Arbeitsverhältnis im Nachlassverfahren und im Konkurs, FS Jean-Fritz Stöckli, Zürich/St. Gallen 2014, 1 ff.

BEHNISCH, URS R.: Zur steuerlichen Behandlung von Weiterbildungskosten, FS Jean-Fritz Stöckli, Zürich/St. Gallen 2014, 25 ff.

BLESI, ALFRED/PIETRUSZAK, THOMAS: Sozialplanpflicht bei Massenentlassungen – Verhandlungspflicht trotz bestehendem Sozialplan?, FS Jean-Fritz Stöckli, Zürich/St. Gallen 2014, 47 ff.

BREITENMOSER, STEPHAN/WEYENETH, ROBERT: Europarechtliche Mindeststandards im Schweizer Arbeitsrecht, FS Jean-Fritz Stöckli, Zürich/St. Gallen 2014, 61 ff.

BRÜGGER, EVELINE/PETER, MARTIN O.: Sozialversicherungsrechtliche Fallstricke bei der Auflösung eines Arbeitsverhältnisses, ius.full 2014, 68 ff.

CHRISTEN, SEVERIN: Persönliche Eigenschaften und Fähigkeiten von Arbeitnehmern und arbeitsvertragliches Konkurrenzverbot – unter besonderer Berücksichtigung aktueller Rechtsprechung, AJP 2014, 1501 ff.

CRAMER, CONRADIN: Die Anpassung von Arbeitsverträgen mit und ohne Änderungskündigungen – Möglichkeiten für die Implementierung geänderter Arbeitsbedingungen, FS Jean-Fritz Stöckli, Zürich/St. Gallen 2014, 129 ff.

DUNAND, JEAN-PHILIPPE/TORNARE, SANDRINE: «Personne de confiance» et prévention des conflits au travail – Perspectives ouvertes par l'arrêt du TF 2C_462/2011, FS Jean-Fritz Stöckli, Zürich/St. Gallen 2014, 151 ff.

EQUEY, DAVID: La responsabilité solidaire des entrepreneurs de la construction dans le cadre des détachements de travailleurs étrangers, Jusletter vom 15. Juli 2014

FACINCANI, NICOLAS/SUTTER, RETO: Gleitende Arbeitszeit oder Überstunden?, Jusletter vom 5. Mai 2014

FANKHAUSER, ROLAND/GUILLOD, SARAH: Arbeitsbeziehungen zwischen Ehegatten – Risiken und Nebenwirkungen, FS Jean-Fritz Stöckli, Zürich/St. Gallen 2014, 177 ff.

FARNER, MARTIN: Der arbeitsrechtliche Kündigungsschutz – Plädoyer für eine Reform, FS Jean-Fritz Stöckli, Zürich/St. Gallen 2014, 193 ff.

FISCHER, ALEXANDER/TROST, ANDREA: Auswirkungen des neuen Sanierungsrechts auf das Arbeitsrecht, Jusletter vom 19. Mai 2014

FRIDLAND, SVENSSON GILI/MEYER, BARBARA: Spitzenboni – Im Lichte der neuesten bundesgerichtlichen Rechtsprechung, ST 2014, 214 ff.

GÄCHTER, THOMAS: Keine Insolvenzenschädigung für nicht bezogene Ferien und geleistete Überstunden? – Gedanken an einer Schnittstelle von Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, FS Jean-Fritz Stöckli, Zürich/St. Gallen 2014, 211 ff.

GEISER, THOMAS: Flexibilisierung der Arbeitszeiten – Möglichkeiten und Schranken, FS Jean-Fritz Stöckli, Zürich/St. Gallen 2014, 233 ff.

GLOOR, WERNER: Licenciement immédiat et incapacité de travail due à la maladie, ARV 2014, 153 ff.

HAFNER, FELIX: Das öffentliche Personalrecht im Visier des privatrechtlichen Arbeitsrechts, FS Jean-Fritz Stöckli, Zürich/St. Gallen 2014, 297 ff.

HANDSCHIN, LUKAS/JUCKER, BEAT: Sorgfalt, Pflichtwidrigkeit und Verschulden im auftrags-, arbeits- und aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht, FS Jean-Fritz Stöckli, Zürich/St. Gallen 2014, 317 ff.

HEINE, ALEXIA/POLLA, BEATRICE: Erneute Beanspruchung von Arbeitslosenentschädigung nach abgelaufener Rahmenfrist für den Leistungsbezug: Folgerahmenfristen und ihre Besonderheiten, ARV 2014, 77 ff.

HELLER, HEINZ: Contract Engineering: Legal Engineering am Beispiel arbeitsrechtlicher Vertragswelten: Aufbruch in unbekanntes Territorium, AJP 2014, 1476 ff.

IANNI, SARA/MEIER-DIETERLE, FELIX C.: Lohnarbeiten – Eine «tour d’horizon», ST 2014, 209 ff.

JUNG, PETER: Der leitende Angestellte als arbeitsrechtlicher Typus, FS Jean-Fritz Stöckli, Zürich/St. Gallen 2014, 335 ff.

KIENER, REGINA/MEDICI, GABRIELA: Die Arbeitssituation von Sans-Papiers in der Schweiz – grundrechtliche und menschenrechtliche Aspekte, ZSR 2014, 133 ff.

KULL, MICHAEL: Die Verbindlichkeit des nachvertraglichen Konkurrenzverbots und des Anspruchs auf Karenzentschädigung nach Art. 418d Abs. 2 OR, FS Jean-Fritz Stöckli, Zürich/St. Gallen 2014, 369 ff.

LYON-CAEN, ANTOINE: Sur les droits d’accès et d’information des syndicats, AJP 2014, 1448 ff.

MOSIMANN, PETER: Goethes Intendanz, die Bühnenbräuche und das heutige Theaterrecht, FS Jean-Fritz Stöckli, Zürich/St. Gallen 2014, 389 ff.

MÜLLER, MARTIN L.: Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften (VegüV) – Lösungsansätze für die arbeitsrechtliche Umsetzung, AJP 2014, 477 ff.

MÜLLER, ROLAND A./FRITSCH, DANIELA: Die soziale Verantwortung (multi-)nationaler Unternehmen im Rahmen der internationalen Instrumente – eine Gegenüberstellung, FS Jean-Fritz Stöckli, Zürich/St. Gallen 2014, 407 ff.

NIGGLI, MARCEL ALEXANDER/MAEDER, STEFAN: Hausverbote und gewerkschaftliche Tätigkeit, AJP 2014, 1463 ff.

OERTLE, MATTHIAS: Arbeitsrecht im Konflikt mit der Verordnung gegen übermässige Vergütungen, GesKR 2014, 44 ff.

PÄRLI, KURT: Betriebliche Zutrittsrechte der Gewerkschaften aus Arbeitsrecht und Gesamtarbeitsvertrag, AJP 2014, 1454 ff.

PÄRLI, KURT: Die Bedeutung von Art. 11 EMRK für die Gewerkschaftsrechte – Zu den weitreichenden Folgen der jüngeren Praxis des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, FS Jean-Fritz Stöckli, Zürich/St. Gallen 2014, 435 ff.

PETERS, ANNE: Internationale Arbeiterrechte als subjektive internationale Rechte, FS Jean-Fritz Stöckli, Zürich/St. Gallen 2014, 465 ff.

PORTMANN, WOLFGANG: Das kollektive Arbeitsrecht im neuen ungarischen Arbeitsgesetzbuch – Eine Betrachtung aus schweizerischer Perspektive, FS Jean-Fritz Stöckli, Zürich/St. Gallen 2014, 493 ff.

RUDOLPH, ROGER: Allgemeine Anstellungsbedingungen – Ausgewählte Rechtsfragen, FS Jean-Fritz Stöckli, Zürich/St. Gallen 2014, 547 ff.

RUDOLPH, ROGER: Tücken bei der Ausübung des arbeitsrechtlichen Kündigungsrechts, Jusletter vom 3. März 2014

- RUDOLPH, ROGER/VON KAENEL, ADRIAN: Fokus Arbeitsrecht – aktuelle Fragen zur Arbeitszeit, TREX 2014, 166 ff.
- SENTI, CHRISTOPH: Rückforderung oder Verrechnung zu viel bezahlter Leistungen durch den Arbeitgeber, AJP 2014, 40 ff.
- STAEHELIN, ADRIAN: Betriebsübergang bei Insolvenz des Arbeitgebers nach neuem Recht – Auswirkungen auf Arbeitsverhältnisse, FS Jean-Fritz Stöckli, Zürich/St. Gallen 2014, 567 ff.
- STAUFFER, HANS-ULRICH: Schnittstellenprobleme Arbeitsvertragsrecht Berufliche Vorsorge – Anforderungen an die Koordination, FS Jean-Fritz Stöckli, Zürich/St. Gallen 2014, 583 ff.
- SUBILIA, OLIVIER: Quelques cas atypiques de transferts d'entreprises – Le transfert d'activités de ou vers une collectivité publique à l'épreuve des art. 333s. CO et de la LFus, FS Jean-Fritz Stöckli, Zürich/St. Gallen 2014, 595 ff.
- SUTTER-SOMM, THOMAS/FUCHS, NICOLAS: Ausgewählte Fragen des arbeitsrechtlichen Prozesses nach der ZPO, FS Jean-Fritz Stöckli, Zürich/St. Gallen 2014, 621 ff.
- THALMANN, CHRISTOPH: Der Bestand von parallelen Regelungssystemen zur Überentschädigung im Bereich der Kurzarbeitsentschädigung – Die Frage der Anwendbarkeit, ARV 2014, 1 ff.
- VACOTTO, BEATRIZ: Droit d'accès des représentants syndicaux aux lieux de travail: un élément fondamental de la liberté syndicale, AJP 2014, 1433 ff.
- VISCHER, FRANK: Anmerkungen zum sozialen Vertragsrecht, FS Jean-Fritz Stöckli, Zürich/St. Gallen 2014, 677 ff.
- VON DER CRONE, HANS CASPAR/BRUGGER, DANIEL: Salärgovernance, SZW 2014, 241 ff.
- VON KAENEL, ADRIAN: Gleichwertigkeitsvergleich zwischen zwei Gesamtarbeitsverträgen, FS Jean-Fritz Stöckli, Zürich/St. Gallen 2014, 697 ff.
- WENGER, SARAH/KAISER, MARTIN: (Arbeits-)rechtliche Aspekte des Berufssports – Unter besonderer Berücksichtigung des Fussballsports, FS Jean-Fritz Stöckli, Zürich/St. Gallen 2014, 751 ff.
- WILDHABER, ISABELLE: Möglichkeiten und Grenzen der Mindestlohnregulierung in der Schweiz, ARV Online 2014 Nr. 1
- ZIHLER, FLORIAN: Verordnung gegen übermässige Vergütungen, ST 2014, 46 ff.

V. Urteilsbesprechungen und Rechtsprechungsübersichten

GEISER, THOMAS: Übersicht über die arbeitsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts 2013, AJP 2014, 111 ff.

GEISER, THOMAS/HÄFLIGER, BENEDIKT: Entwicklungen im Arbeitsrecht, SJZ 2014, 378 ff.

PORTMANN, WOLFGANG: Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2012, ZBJV 2014, 975 ff.

RUDOLPH, ROGER: Besprechung eines Beschwerdeentscheids des Staatsrats des Kantons Wallis vom 27. November 2013 (Öffentliches Dienstrecht/Persönlichkeitsschutz), ARV 4/2013, 302 ff.

RUDOLPH, ROGER: Konkurrenzverbot: begründeter Anlass zur Kündigung bei «überholender» Kündigung, Vorbereitungshandlungen (Art. 340c Abs. 2 OR): Besprechung des Bundesgerichtsurteils 4A_22/2014 vom 23. April 2014, I. zivilrechtliche Abteilung, ARV 2014, 96 ff.

TOBLER, CHRISTA: Indirekte Diskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit durch Lohnsenkungen bei schwachem Euro-Kurs – Zum Entscheid des Kantonsgerichts Basel-Landschaft vom 17. Dezember 2012 und insbesondere zur Frage der Vergleichbarkeit, FS Jean-Fritz Stöckli, Zürich/St. Gallen 2014, 649 ff.

E. Verzeichnisse

Gesetzesregister

Artikel	Seite	Artikel	Seite
<i>1. ArG (Arbeitsgesetz, BG über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel, SR 822.11)</i>		<i>7. AVV (Arbeitsvermittlungsverordnung, VO über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih, SR 823.111)</i>	
6	483–484, 571–572	26	375
9	468–469	<i>8. AZG (Arbeitszeitgesetz, BG über die Arbeit in Unternehmen des öffentlichen Verkehrs, SR 822.21)</i>	
15	571–572	7	391
17b	137–138	<i>9. BGG (Bundesgerichtsgesetz, BG über das Bundesgericht, SR 173.110)</i>	
18	121–122	48	395–396
20a	121–122	74	247–248
27	121–122	89	115
35a	669	115	115
46	468–469	<i>10. BG über die Förderung der Beherbergungswirtschaft (SR 935.12)</i>	
58	483–484	5	121–122
71	121–122	<i>11. Bildungsgesetz des Kantons Obwalden (Nr. 410.1)</i>	
<i>2. ArGV 2 (VO 2 zum Arbeitsgesetz, Sonderbestimmungen für bestimmte Gruppen von Betrieben oder Arbeitnehmern und Arbeitnehmerinnen, SR 822.112)</i>		34	352
4	153–154	<i>12. BV (Bundesverfassung, SR 101)</i>	
25	121–122, 142, 153–154	8	314–315
41 (aArGV 2)	121–122	9	215, 352
<i>3. ArGV 3 (VO 3 zum Arbeitsgesetz, Gesundheitsschutz, SR 822.113)</i>		27	265
2	483–484	29	395–396
15	483–484	49	270–271
24	483–484	<i>13. DSG (Bundesgesetz über den Datenschutz, SR 235.1)</i>	
<i>4. AuG (Ausländergesetz, BG über die Ausländerinnen und Ausländer, SR 142.20)</i>		6	673
117	183–184	8	537
<i>5. AVEG (Bundesgesetz über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen, SR 221.215.311)</i>		13	673
6	532	15	673
<i>6. AVG (Arbeitsvermittlungsgesetz, BG über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih, SR 823.11)</i>		<i>14. EG GIG (Baselbieter Einführungsgesetz zum Gleichstellungsgesetz, Nr. 108)</i>	
12	375	3	178
		<i>15. EMRK (Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, SR 0.101)</i>	
		8	314–315
		14	314–315

Artikel	Seite	Artikel	Seite
16. EOG (Erwerbsersatzgesetz, BG über den Erwerbsersatz für Dienstleistende und bei Mutterschaft, SR 834.1)		322c	364–365
16b	314–315	322d	669
17. EOv (VO zum Erwerbsersatzgesetz, SR 834.11)		324	600
23	498	324a	346, 447, 621, 662
18. FamZG (Familienzulagengesetz, BG über die Familienzulagen, SR 836.2)		328	169, 198, 276–277, 357, 491, 571–572, 579–580
3	298–299	328b	537, 666–667
19. GAV SBB (Gesamtarbeitsvertrag 2011 der SBB)		329d	285, 512, 652–653
103	298–299	330a	244, 326, 429, 537
20. GAV für den Personalverleih		333	165, 339
3	662	334	326, 463, 659
21. GGG/BS (basel-städtisches Gesetz über das Gastgewerbe, SG 563.100)		335c	659
34	135	336	165, 169, 265, 357, 491, 544–545, 560–561, 588
22. GlG (Gleichstellungsgesetz, BG über die Gleichstellung von Frau und Mann, SR 151.1)		336a	265, 544–545
3	517, 673	336b	265, 305, 458–459
4	115, 579–580	336c	215, 517, 671
5	503, 517, 579–580	337	244, 333, 441, 447, 477
13	517	337c	190–191, 276–277, 441, 463, 641–642
23. Lehrpersonenverordnung (VO des Kantons Obwalden über das Anstellungsverhältnis der Lehrpersonen, Nr. 410.12)		337d	447
2	352	338	597
24. OR (Obligationenrecht, SR 220)		339	560–561
28	607–608	340	431, 528–529
41	579–580	340c	208–209, 528–529
42	194, 364–365, 641–642	341	198
49	571–572	344	333
97	346, 386, 447	346	333
115	600	356	247–248
156	364–365	357	661
319	185, 236, 552	357b	247–248
321c	468–469	362	118, 198
322	137–138, 174, 423–424, 560–561	25. PaRG (Bundesgesetz zum Schutz vor Passivrauchen, SR 818.31)	
322a	625–626	2	135
322b	118, 364–365	3	135
		26. PVO/LU (Personalverordnung, VO zum Personalgesetz, Nr. 52)	
		47	524
		27. SchKG (Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, SR 281.1)	
		13	270–271
		14	270–271

Artikel	Seite	Artikel	Seite
<hr/>		<hr/>	
28. <i>Staatspersonalgesetz/SO (Gesetz über das Staatspersonal, Nr. 126.1)</i>		31. <i>ZPO (Schweizerische Zivilprozessordnung, SR 272)</i>	
27	215	4	236
29. <i>VRG/ZH (Verwaltungsrechtspflege-gesetz des Kantons Zürich, SR 175.2)</i>		143	395–396
71	227	152	666–667
30. <i>ZGB (Schweizerisches Zivilgesetz-buch, SR 210)</i>		199	178
1	232	204	664
4	544–545	257	532
		261	673
		404	227
		32. <i>Übereinkommen Nr. 183 der IAO über den Mutterschutz</i>	
		4	314–315

Stichwortverzeichnis

1. Stichwörter in deutsch (in Klammern in französisch)

A

- Abgeltung des Ferienlohnanspruchs 652–653
- Ablehnung einer Anstellung 503, 517
- Abort 498
- Abrechnungspflicht 364–365
- Abrufvertrag, unechter 652–653
- absichtliche Täuschung 607–608
- Abtreibung 498
- Aktivlegitimation einer paritätischen Berufskommission (légitimation active d'une commission professionnelle paritaire) 247–248
- Allgemeinbildung in der beruflichen Grundbildung 4
- allgemeinverbindlich erklärte GAV 37 f., 309, 662
 - Weisungen über Beiträge 80 ff.
- Allgemeinverbindlicherklärung der Kontrollrechte eines GAV 532
- Alltagsbewältigung 375
- ältere Arbeitnehmer 31, 357
- Alterskündigung 165
- Amtliche Sammlung des Bundesrechts 3 ff.
- andere(r)
 - Tätigkeit 364–365
 - Arbeitsort 364–365
- Änderungskündigung, missbräuchliche 588
- Androhung von Konsequenzen 441
- angepasste Tätigkeit 417–418
- Anlass, begründeter 208–209, 528–529
- Annahmeverzug 600
- Anspruch auf Kinderzulagen (droit aux allocations familiales) 298–299
- Anspruch aus zwingendem Recht 198
- Anstellung, Ablehnung einer 503
- Anteil am Geschäftsergebnis 625–626
- Anwendbarkeit eines GAV 661, 662
- Arbeit
 - auf Abruf ohne Befolgungspflicht 652–653
 - im Stundenlohn 512, 604
- Arbeitgeber(s)
 - -begriff 183–184
 - Fürsorgepflicht des 223
 - kantonaler öffentlich-rechtlicher (employeur public cantonal) 352
 - Verzicht des 600
 - Zugriffsrecht des A. auf private Datenträger des Arbeitnehmers 109 ff.
- Arbeitnehmer(s)
 - ältere 31, 357
 - berufsfremder 309
 - der Kirchgemeinde 232
 - Mitverschulden des 641–642
 - Pflichtverletzung des 190–191
 - Staatsangestellter 402
 - Tod des 597
 - wissenschaftlicher Mitarbeiter 402
- Arbeitsbedingungen
 - Rahmenvertrag über die 652–653
 - Verschlechterung der 588
- Arbeitsersatz, unregelmässiger 512, 604, 652–653
- Arbeitskämpfe 34 ff.
- Arbeitskräftenachfrage 641–642
- Arbeitslosengeld 190–191
- Arbeitsort 364–365
- Arbeitspensum 285
 - von über 120% 524
- Arbeitsplatz, Spionagesoftware am 108
- Arbeitsunfähigkeit 417–418, 498
 - arbeitsplatzbezogene 671
- Arbeitsunterbrechung 391
- Arbeitsverbot an Sonn- und Feiertagen (interdiction de travailler le dimanche et les jours fériés) 121–122
- Arbeitsverhältnis(es)
 - Aufrechterhaltung des 357
 - Mehrzahl kurzfristiger 652–653
 - öffentlichrechtliches 178, 215, 223, 232, 257, 285, 352, 402, 517
 - Übergangs des 339
 - Weiterführung des 215, 411
- Arbeitsvertrag(s)
 - befristeter 641–642, 659, 662
 - mündlich abgeschlossener 205
- Arbeitszeit, ununterbrochene 391
- Arbeitszeiterfassung 107

- Arbeitszeitgesetz, Verordnung zum (Änderung) 7
- Arbeitszeugnis(es), Bestimmung des Streitwerts des 429
- ArGV1, Änderung 4
- ArGV2, Änderung 6
- ArGV5
- Änderung 6
 - Wegleitung zur 47 ff.
- Art und Weise der Rechtsausübung 357
- Arzt 417–418
- Asbest 32
- Assistenzarztstelle 517
- Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses 357
- Aufsicht nach SchKG (surveillance selon le droit de la LP) 270–271
- Aufzeichnungspflichten 194
- Aus- und Weiterbildungskosten 3
- Ausbildungszulagen (allocation de formation professionnelle) 298–299
- Ausländerin, Beschäftigung ohne Bewilligung 183–184
- ausländischer Wohnsitz 664
- Auslandsschweizergesetz, Entwurf Bundesgesetz 11
- Auslegung nach dem Vertrauensprinzip 292
- Auslieferung von Bankmitarbeiterdaten an US-Behörden 673
- Ausnahmen vom Verbot von Nacht- und Sonntagsarbeit 73 ff.
- Ausrichtung, des Lohns 183–184
- Aussenseiter, Lohnbuchkontrolle bei einem 532
- ausserkantonaler Wohnsitz 664
- Aussteuerung 190–191
- AVG, Bewilligungspflicht des 375
- B**
- Bankmitarbeiterdaten, Auslieferung von 673
- Barbetrieb 184
- Befangenheit des Schlichtungsorgans 232
- Befolgungspflicht, Arbeit auf Abruf ohne 652–653
- Befreiung von der Erscheinungspflicht 664
- befristeter Arbeitsvertrag 641–642, 659, 662
- begrenzte Effektivklausel (clause d'effectivité limitée) 247–248
- begründeter Anlass 208–209, 528–529
- behördliche
- Bewilligung (zur Sonntagsarbeit) 153–154
 - Einsetzung eines besonderen Kontrollorganes 532
- berufliche Grundbildung, Verordnungen des SBFI über die 9
- berufliche Leistungen 411
- Berufsbildungsverordnung, Änderung 5
- berufsfremder Arbeitnehmer 309
- Berufskommission, paritätische 309, 532
- Beschäftigung von Ausländerinnen ohne Bewilligung 183–184
- Beschäftigungsverbot 669
- Beschwerde 517
- Betreuungs- und Hausdienste 375
- Betriebe in Fremdenverkehrsgebieten (entreprises situées en région touristique) 121–122
- betriebliche
- Gründe 491
 - Notwendigkeit 588
- Betriebsordnung 357
- Betriebsübergang 165, 339
- Beweislast, Umkehr der 364–365
- Beweismass 364–365
- Beweismittel 364–365, 666–667
- Beweisschwierigkeiten 194
- Bewerbung 190–191, 641–642
- Bewerbungsverfahren, Gesundheitsfragebogen bei 100
- Bewilligung(s)
- der Prostitution 183–184
 - -pflicht des AVG 375
 - -pflichtiger Personalverleih 375, 491
 - zur Beschäftigung von Ausländerinnen 183–184
- biometrischen Daten, Zutrittskontrollen mit 107
- Bonus 292, 364–365
- entgangener infolge Stellenwechsel 607–608
 - -erwartung 607–608
 - Team- 625–626
- Bundesblatt 10 ff.
- Burnout 43 ff.

Busse für vorschriftswidriges Parkieren 257
Bussenerhöhung im Entsendegesetz 33
Bundespersonalverordnung, Änderung 5, 8, 9

D

Daten, sensible 633
Datenbearbeiter 673
Datenbekanntgabe, grenzüberschreitende 673
Datenübermittlung im Bereich der flankierenden Massnahmen 103
derogatorische Kraft des Bundesrechts (force dérogatoire du droit fédéral) 270–271
Designer Outlet Landquart 153–154
Detailhandelsgeschäft 121–122, 142
Dienstschicht 391
Diskriminierung(s)
– aufgrund des Geschlechts 517, 669
– in der Ablehnung einer Anstellung 513
– -streitigkeiten 178
– -verbot 517
Disziplinarmaßnahmen (mesures disciplinaires) 270–271
Doppelzahlung, Risiko der 604, 652–653

E

Effektivklausel
– begrenzte (clause d'effectivité limitée) 247–248
– in GAV (clause d'effectivité dans une CCT) 247–248
Effektivgarantieklausel (clause de garantie d'effectivité) 247–248
EGMR, Rechtsprechung des (jurisprudence de la CourEDH) 314–315
Ehegattin, des verstorbenen Arbeitnehmers 597
Einblick in den Kundenkreis 431
Einkaufszentren, Sonntagsarbeit in 38
Einsatzbetrieb 375, 491, 662
Einsatzvereinbarung 652–653
Einschränkung, gesundheitliche 671
Einzel-Taggeldversicherung 386, 417–418
Elternurlaub (congé parental) 314–315
E-Mail-Nutzung, private 666–667

Entschädigung 503, 517
– Untergrenze bei der 503
Entschädigungsvereinbarung 198
Entsendegesetz, Bussenerhöhung im 33
Entsendeverordnung, Änderung 7
Erbe 597
Erholungsbedürfnis 285
Erlassvertrag 600
Ermahnung 411
Ersatzverdienst(s) 600
– Anrechnung des 600
Erscheinungspflicht, Befreiung von der 664
erweiterte Fürsorgepflicht 357
Erwerber, des Betriebes 165, 339
Erwerbersersatzentschädigung (indemnité pour perte de gain) 314–315

F

Familiengemeinschaft (communauté familiale) 298–299
Familienzulagen (allocations familiales) 298–299
Fehlgeburt 498
Feiertagsarbeit, Verbot der 121–122
Ferienabgeltung(-sverbot) 512, 652–653
Ferienentschädigungsanspruch 285
Ferienprocente 512, 604
Finanzplatz(es) Schweiz, Gefährdung des 673
flankierende(n) Massnahmen zur Personenfreizügigkeit 14
– Datenübermittlung im Bereich der 103
Formalismus, überspitzter (formalisme excessif) 395–396
Frankenstärke 30, 34
freier Personenverkehr, Bulgarien und Rumänien 5
Freistellung 524, 528–529, 600, 633
Freiwilligkeitsvorbehalt 339
Fremdenverkehr 142
Fremdenverkehrsgebieten, Betriebe in (entreprises situées en région touristique) 121–122, 142, 153–154
Fristversäumnis zur Erklärung der fristlosen Kündigung 633
Fumoir 135

Fürsorgepflicht 223, 491
– erweiterte 357
Fussballtrainer 641–642
Fussballverein 641–642

G

GAV 247–248, 357, 386, 532
– allgemeinverbindlich erklärter 309, 662
– Allgemeinverbindlicherklärung der Kontrollrechte eines 532
– Anwendbarkeit eines 661, 662
– des Ausbaugewerbes 309
– für das Maler- und Gipsergewerbe 662
– -Personalverleih 662
– -SBB 298–299
– stillschweigende vertragliche Übernahme eines 661
Gefährdung des Finanzplatzes Schweiz 673
gefährliche Arbeiten für Jugendliche, Verordnung des WBF über 72 f.
Gegenkündigung, überholende 208–209
gemeinsame Durchführung (exécution commune) 247–248
Gesamtarbeitsvertrag, siehe auch «GAV»
Gesamtarbeitsverträge, allgemeinverbindlich erklärte 37 f.
– Grundsätze für die Führung von gemeinsamen Einrichtungen und Kassen 97 ff.
– Weisungen über Beiträge 80 ff.
gesamtarbeitsvertragliche Lohnabschlüsse 2014 36 f.
Gesamtarbeitsvertragsrecht 36 ff.
Geschäftsergebnis, Anteil am 625–626
gesundheitliche
– Einschränkung 671
– Gründe 215
Gesundheitsfragebogen bei Bewerbungsverfahren 100
Gewerkschaft, Zugehörigkeit zu einer 491
Gleichstellung von Frau und Mann 503, 669
Gratifikation 292, 339, 669
– Kürzung der 669
grenzüberschreitende Datenbekanntgabe 673
Grundsatz der Tarifeinheit 309

Gründung von Vereinen (création d'associations) 247–248
Günstigkeitsprinzip 357, 662
Gutachten 364–365, 417–418

H

Hauptniederlassung 664
Haus- und Betreuungsdienste 375
Hausangestellte, menschenwürdige Arbeit für 14
Hausgemeinschaft (ménage) 298–299

I

IAO, Übereinkommen Nr. 183 über den Mutterschutz (Convention n° 183 de l'OIT sur la protection de la maternité) 314–315
Interessenabwägung 673
Internet-Nutzung, private 666–667
Irrtum 607–608

J

Jugendarbeitsschutzverordnung (ArGV 5), Wegleitung zur 47 ff.
Jugendliche, gefährliche Arbeiten für 72 f.
juristische Person, fristlose Entlassung durch eine 633

K

kantonaler öffentlich-rechtlicher Arbeitgeber (employeur public cantonal) 352
Kettenarbeitsverträge 659
Kinderzulagen (allocation pour enfant) 298–299
Kirchgemeinde, Arbeitnehmer der 232
Klagebewilligung 664
Kleinstarbeitspensen 285
Kollektiv-Krankentaggeldversicherung 386
Kompensationszahlung 607–608
Konkurrenzunternehmen 208–209
Konkurrenzverbot 208–209
– nachvertragliches 431, 528–529
Konkurrenzverbotsabrede 431
Kontrollen, zulässige 666–667
Kontrollorgan, besonderes 532
Kontrollpflichten 194
Korruptionsstrafrecht 12
Krankentaggeldversicherung 662
– nicht bezahlte Prämien der 621

- kollektive 386
- Leistungsverweigerung der 621
- Krankheit 498
- Kundenkreis, Einblick in den 431
- Kündigung
 - Alters- 165
 - begründeter Anlass zur 528–529
 - eines älteren Arbeitnehmers 357
 - fristlose (résiliation avec effet immédiat) 257, 352, 633, 641–642, 666–667
 - Fristversäumnis zur Erklärung der fristlosen 633
 - gerechtfertigte fristlose 402
 - missbräuchliche 165, 357, 491, 588
 - missbräuchliche Änderungs- 588
 - ordentliche 165, 205, 411, 528–529, 625–626
 - überholende Gegen- 208–209
 - ungerechtfertigte fristlose 190–191, 441
 - wirtschaftliche Gründe der 339
 - zur Unzeit 215
- Kündigungsfrist 659, 671
 - überlange 208–209
- Kündigungsrecht, freies 588
- Kündigungsschutz 659
- Kündigungssperre 339
- kurzfristige Arbeitsverhältnisse 652–653
- Kürzung der Gratifikation 669

L

- Ladenöffnungszeiten, Bundesgesetz über die 11
- Landesmantelvertrag für das Bauhauptgewerbe 35
- Lohn(s)
 - Ausrichtung des 183–184
 - -bestandteil, variabler 625–626
 - -kürzung 588
 - -pauschale 512
 - Stunden- 512
 - variabler 512
 - -zuschlag 512
- Lohnbuchkontrolle bei einem Aussenseiter 532
- Lohndumping 35
- Lohngleichheit 33
- Lohnnachgenuss 597
- Lohnpauschale 604
- Lohnquittung 652–653

M

- Mahnung 524
- Massnahmebegehren, vorsorgliches 673
- menschenwürdige Arbeit für Hausangestellte 14
- Migros
 - Murten 121–122
 - Rapperswil 142
- mildere Massnahme 357
- Minimalgarantien des OR 285
- Mischbetrieb, unechter 309
- Mitverschulden des Arbeitnehmers 641–642
- Mitwirkung, aktive 205
- Mobbing 223, 411
- Motionen 17 ff.
- mündlich abgeschlossener Arbeitsvertrag 205
- Muss-Lösung bei Art. 337c Abs. 3 OR 441
- Mutterschaftsurlaub (congé maternité) 314–315, 669
- Mutterschaftsversicherung 498

N

- Nachlass des verstorbenen Arbeitnehmers 297
- Nachprüfung der Berufsqualifikationen 7
- Nacharbeit 73 ff.
- nachvertragliches Konkurrenzverbot 431, 528–529
- Nebenbeschäftigung 524
- neue Stelle 671
- Neurasthenie 417–418
- Niederkunft 498, 669
- Normalarbeitsverträge 22 ff.

O

- öffentliches Interesse 215, 673
- öffentliches Personalrecht (droit de la fonction publique) 178, 215, 223, 227, 232, 257, 285, 352, 402, 517
- öffentlich-rechtliche(r/s)
 - kantonaler Arbeitgeber (employeur public cantonal) 352
 - Arbeitsverhältnis 178, 215, 223, 227, 232, 257, 285, 352, 402, 517
- Öffnungszeiten von Detailhandelsbetrieben (heures d'ouverture des entreprises de vente au détail) 121–122

ordentliche Kündigung, siehe «Kündigung»

Outlet-Center 153–154

P

paritätische Berufskommission 309, 532
– Aktivlegitimation einer (légitimation active d'une commission professionnelle paritaire) 247–248
Parkplatzwächter 257
Parlamentarische Initiativen 17
Passivlegitimation
– des Einsatzbetriebes 491
– der Verleihfirma 491
Passivrauchen, Schutz vor 135
Pausenregelung 391
Pausenzeit 194
Pensionsalter 165
Performance Fee 625–626
Personalrecht, öffentliches 178, 215, 223, 227, 232, 257, 285, 352, 402, 517
Personalverleih
– GAV- 662
– bewilligungspflichtiger 375, 491
Personenfreizügigkeit, flankierende Massnahmen zur 14
Personenfreizügigkeitsabkommen 14
Personensicherheitsprüfung 104 ff.
Pflichtverletzung des Arbeitnehmers 190–191
Polizeibeamter 257
Portfolio Managements, Teammitglieder des 625–626
posttraumatische Belastungsstörung 198
Postulate 20 ff.
Prämien, nicht bezahlte der Krankentaggeldversicherung 621
Prämienanspruch 641–642
Präsident des Kirchenrates, als Schlichtungsorgan 232
Privatbusse 441
private Internet- (und E-Mail-)Nutzung 666–667
Privathaushalt 375
Privatsphäre
– des Mitarbeiters 104 ff.
– Respektierung der 666–667
Prostitution, Bewilligung der 183–184
Provision 364–365

Q

Qualifikationsrahmen für Abschlüsse der Berufsbildung 6

Qualitätsstandards 411

R

Rahmenvertrag über die Arbeitsbedingungen 652–653
Raucherbetrieb 135
Rauchverbot 135
Rechtsausübung, Art und Weise der 357
Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung (question juridique de principe) 247–248
Rechtshängigkeit eines Verwaltungsverfahrens (litispendance d'une procédure administrative) 227
Rechtsmittelfrist, Wahrung einer zivilprozessualen (respect d'un délai de recours en matière de procédure civile) 395–396
Rechtsprechung des EGMR (jurisprudence de la CourEDH) 314–315
Rechtsschutz
– bei öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnissen 517
– in klaren Fällen 532
Referenzauskunft 102
Respektierung der Privatsphäre 666–667
Revision des Verjährungsrechts 10
Risiko der Doppelzahlung 604, 652–653
Rückzug der Zusage einer Anstellung 517
Ruhezeit 194

S

saisonmässige Schwankungen 142, 153–154
Säumnis an der Schlichtungsverhandlung 664
SBB 298–299
Schadenersatz
– -anspruch 198, 641–642
– -pflicht 386
Schädigungsmöglichkeit 431
Schätzung 364–365
– der Überstunden 194
– des Streitwerts des Arbeitszeugnisses 429
schlechter Geschäftsgang 339

Schlichtungsbehörde 664
Schlichtungsorgan, Befangenheit 232
Schlichtungsverfahren 178, 232
Schutz vor Strafverfolgung 673
Schwangerschaft 498, 517
Schwankungen, saisonmässige 142
sensible Daten 633
Solidaritätsbeitrag 661
Sonn- und Feiertagsarbeit, Verbot der 121–122
Sonntagsarbeit 38, 73 ff., 142, 153–154
sozialer Untersuchungsgrundsatz 205
Sozialfrist (délai social) 352
Sozialpartnerschaft 30 ff.
Sozialplan 35
Sperrfrist
– der Schwangerschaft 498
– -schutz 671
– von 180 Tagen 215
– zwölfmonatige 215
Spionagesoftware am Arbeitsplatz 108
Standesinitiativen 17
Stellenbewerber 503
Stelleninserat 503
Stellenwechsel, entgangener Bonus infolge 607–608
stillschweigende vertragliche Übernahme eines GAV 661
Strafverfolgung, Schutz vor 673
Streitwert des Arbeitszeugnisses 429
Stundenlohnarbeit 512, 604
subsidiäres kommunales Recht 215
Substantiierung(-spflicht) 205, 364–365

T

Taggeldversicherung (Einzel-) 386, 417–418
Tarifeinheit, Grundsatz der 309
tatsächliche Vermutung (présomption de fait) 423–424
Täuschung, absichtliche 607–608
Team-Bonus 625–626
Teammitglieder des Portfolio Managements 625–626
Teilzeitarbeit 190–191
Temporärstelle 491, 662
Tod
– des Arbeitnehmers 597
– -geburt 498

Tourismus (tourisme) 121–122, 142, 153–154
Treu und Glauben 292
Treuepflicht 402

U

Übereinkommen Nr. 183 der IAO über den Mutterschutz (Convention n° 183 de l'OIT sur la protection de la maternité) 314–315
Übergang des Arbeitsverhältnisses 339
überholende Gegenkündigung 208–209
überschneidendes Zielpublikum 431
überspitzter Formalismus (formalisme excessif) 395–396
Überstunden, Schätzung der 194
Überwindbarkeitspraxis 417–418
Umkehr der Beweislast 364–365
unechter
– Abrufvertrag 652–653
– Mischbetrieb 309
Unfall 498
unregelmässiger Arbeitseinsatz 512, 604, 652–653
Untergrenze bei der Entschädigung 503
Untersuchung, vertrauensärztliche 417–418
Untersuchungsgrundsatz, sozialer 205
ununterbrochene Arbeitszeit 391
Unzeit, Kündigung zur 215
US-Behörden, Auslieferung von Bankmitarbeiterdaten an 673

V

variable(r)
– Vergütung 625–626
– Lohnbestandteil 625–626
Vaterschaftsentschädigung (indemnité en cas de paternité) 314–315
Veräusserer, des Betriebes 339
Verbot der Sonn- und Feiertagsarbeit 121–122, 142
Verein(en) 135
– Gründung von (création d'associations) 247–248
Verfehlungen, geringfügigere 641–642
Vergleichs
– -verhandlung 178
– -vertrag 198

Verhältnismässigkeit, Verfassungsgrundsatz der 215
 Verhandlungsgrundsatz 205
 Verjährungsrechts, Revision des 10
 Verleihfirma 375, 491
 Vermutung, tatsächliche (présomption de fait) 423–424
 Verordnungslücke 232
 Verschlechterung der Arbeitsbedingungen 588
 Verschweigen von Tatsachen während der Bewerbung 190–191
 vertrauensärztliche Untersuchung 417–418
 Vertrauensbruch 524
 Vertrauensgrundlage, Zerstörung der 257
 Vertrauensprinzip, Auslegung nach dem 292
 Vertrauensverhältnis 402
 Vertretung, ungenügende vor der Schlichtungsbehörde 664
 verwaltungsgerichtliche Klage 517
 Verwaltungssanktionen (sanctions administratives) 270–271
 Verwaltungsverfahren, Rechtshängigkeit eines (litispendance d'une procédure administrative) 227
 Verwarnung 190–191, 357, 441, 641–642
 Verzicht(s)
 – des Arbeitgebers 600
 – einseitiger 198
 – -verbot 198
 Videoüberwachung in Restaurants und Take-aways 99
 Volksinitiative «AHVplus: für eine starke AHV» 16
 Volksinitiative «Gegen Masseneinwanderung» 3
 Volksinitiative «Stopp der Überbevölkerung» 13
 Volksinitiativen 16 f.
 Vorbereitung einer späteren Tätigkeit 208–209
 vorgängige Verwarnung 190–191
 vorsorgliches Massnahmebegehren 673

W

Wahrung einer zivilprozessualen Rechtsmittelfrist (respect d'un délai de recours en matière de procédure civile) 395–396
 Weisungsrecht 375
 Weiterbeschäftigung 215, 411
 Weiterbildung, Bundesgesetz über die 13
 Weiterbildungsbeitrag 661
 Whistleblowing-Stelle der Eidg. Finanzkontrolle 101
 Wiederaufnahme einer Erwerbstätigkeit 417–418
 Willkürverbot 215, 285
 wirtschaftliche(r)
 – Gründe der Kündigung 339
 – Bedeutung des Tourismus (impact économique du tourisme) 121–122
 – Wettbewerb 431
 wissenschaftlicher Mitarbeiter 402
 Wohnsitz, ausserkantonaler oder ausländischer 664
 Wöchnerin 669

Z

Zerstörung der Vertrauensgrundlage 257, 524
 Zeugnis (Arbeits-) 429
 Zielpublikum, überschneidendes 431
 Zimmervermietung 183–184
 Zugehörigkeit zu einer Gewerkschaft 491
 Zugriffsrecht des Arbeitgebers auf private Datenträger des Arbeitnehmers 109 ff.
 Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit, Verordnung über (Änderung) 8, 9
 Zürichsee-Fähre Horgen-Meilen AG 391
 Zusatzvergütung 625–626
 Zutrittskontrollen mit biometrischen Daten 107
 Zwangsentschädigung 441
 Zweigniederlassung 664
 – Murten der Migros (succursale de Morat de la société coopérative Migros) 121–122
 zwingendem Recht, Ansprüche aus 198
 Zwischenverpflegung 391

2. Stichwörter in französisch (der französisch- und italienisch- sprachigen Urteile)

A

abandon d'emploi 447
acceptation tacite 137–138, 423–424
accès au dossier personnel 537
accident 447
accord tacite 174
âge de l'employé(e) 463, 560–561
agression physique 276–277
allocation(s)
– de formation professionnelle 298–299
– familiales 298–299
– pour enfant 298–299
apprenti 333
argent 468–469
association(s)
– de travailleurs 483–484
– création d' 247–248
assurance
– chômage 463
– collective 346
– perte de gain 447
– sociale 174, 185
atteinte à la personnalité 571–572
auteur du harcèlement sexuel 115, 579–580
avertissement 276–277, 333, 477

B

banque 477
bonne foi 174, 423–424, 544–545
but des rapports de travail 463

C

cadres 468–469
– comportement des 477
caisse de chômage 463
cantonal, employeur public 352
CCT 544–545
– -CFF 298–299
– clause d'effectivité dans une 247–248
– -santé21 (Neuchâtel) 137–138
certificat
– de travail (mots «à notre entière satisfaction») 244
– de travail (mots «à notre satisfaction») 244

– de travail 244, 326, 537
– délivrance du 326, 537
– médical 447, 579–580
– rectification du 326, 537
CFF 298–299
clause
– d'effectivité dans une CCT 247–248
– d'effectivité limitée 247–248
– de garantie d'effectivité 247–248
collectivité publique 115
commission professionnelle paritaire,
légitimation active d'une 247–248
communauté familiale 298–299
compétence
– internationale 236
– ratione materiae 236
conditions d'hygiène acceptables 571–572
conducteur d'un car 244
confiance 477
conflit, situation de 276–277
congé, voir aussi «licenciement»
– compensatoire 468–469
– maternité 314–315
– -modification 458–459, 544–545
– parental 314–315
contrat
– d'apprentissage 333
– de mandat 552
– de travail 552
– de travail de durée déterminée 326, 333, 463
contrôle des horaires 468–469
convention collective de travail, voir
«CCT»
convention des parties 463
Convention n° 183 de l'OIT sur la protection de la maternité 314–315
cotisations sociales 552
CourEDH 314–315
création d'associations 247–248

D

danger concret 571–572
décompte d'heures supplémentaires 468–469
délai
– respect d'un 395–396
– social 352

délivrance d'un certificat de travail 326, 537
devoir de fidélité 276–277, 560–561
dimanche, interdiction de travailler le 121–122
directives du SECO 483–484
domestiques privés 236
dommage
– causé au travailleur 346
– -intérêts 463
dossier personnel, accès au 537
droit
– au salaire 346
– aux allocations familiales 298–299
– de la fonction publique 352
– public étranger 236
– relativement impératif 118
durée des rapports de travail 544–545

E

éclairage naturel 483–484
empêchement du travailleur 346
employé
– âge de l' 463
– personnalité de l' 276–277
employeur public cantonal 352
entrepreneur 185
entreprises situées en région touristique 121–122
équité 174
Etats étrangers 236
exécution commune 247–248
expiration du terme convenu 333

F

fardeau de la preuve 265, 463
fidélité, devoir de 276–277, 560–561
fonction
– dirigeante 185
– dirigeante élevée 468–469
– publique, droit de la 352
force dérogatoire du droit fédéral 270–271
formalisme excessif 395–396
frais d'avocat, remboursement des 579–580

G

gains économiques 463

H

habituel, travail 137–138
harcèlement 276–277
– psychologique 579–580
– sexuel 115, 579–580
heures
– d'ouverture des entreprises de vente au détail 121–122
– supplémentaires 468–469
horaire(s)
– contrôle des 468–469
– hebdomadaire maximum 468–469
hygiène acceptable 571–572

I

immunité de juridiction 236
impact économique du tourisme 121–122
incapacité de travail 447
indemnisation des heures supplémentaires 468–469
indemnité(s)
– en cas de licenciement 265, 305, 458–459, 463, 544–545
– en cas de paternité 314–315
– journalières 463
– pour perte de gain 314–315
interdiction de travailler le dimanche et les jours fériés 121–122
intérêt moratoire 560–561

J

jouissance d'un appartement 560–561
jours fériés, interdiction de travailler les 121–122
juge saisi 236
jurisprudence de la CourEDH 314–315
juste motif 276–277, 333

L

législateur cantonal 236
légitimation active d'une commission professionnelle paritaire 247–248
licenciement
– abusif 169, 265, 305, 458–459, 544–545, 560–561
– immédiat 244, 352, 447, 477
– immédiat injustifié 276–277, 463
– ordinaire 544–545
– retrait du 305

lien de subordination 185
litispendance d'une procédure administrative 227

M

magasin 169
maintien des rapports de travail 305
maladie 447
manquement grave 477
membres de l'association de travailleurs 483–484
ménage 298–299
mesures disciplinaires 270–271
Migros 121–122
mission diplomatique 236
mobbing 579–580
montant du salaire 137–138

N

nuit, travail de 137–138

O

OIT, Convention n° 183 sur la protection de la maternité 314–315
opposition au congé abusif 458–459
outils de travail 185, 552

P

pause(s)
– compensatoires (lumières) 483–484
– ordinaires 183–484
– principale 571–572
– spéciales 483–484
– supplémentaire 571–572
– temps minimum de 571–572
personnalité
– atteinte à la 571–572
– d'un employé 076–277
personnel
– de l'Etat 236
– de service 236
– local 236
– représentant élu du 265
place de travail 185, 552
postes de travail 571–572
– rotation des 483–484
présomption de fait (tatsächliche Vermutung) 423–424
prestations en nature 560–561

preuve

– d'un harcèlement psychologique 579–580
– de l'incapacité de travail 447
– fardeau de la 265, 463
procédure administrative, litispendance d'une 227
protection de la santé 483–484, 571–572
provision 118
psychiques, troubles 169
psychologique, souffrance 571–572

Q

question juridique de principe 247–248

R

rapports de travail
– but des 463
– durée des 544–545
– maintien des 305
rectification d'un certificat de travail 326, 537
réduction du salaire 174, 423–424
rémunération fixe 552
réparation morale 579–580
repos 571–572
représentant élu du personnel 265
respect d'un délai de recours en matière de procédure civile 395–396
responsabilité du travailleur 477
risque de l'entreprise 185
rotation des postes de travail 483–484

S

salaire
– 13^e s. 544–545
– droit au 346
– minimum 137–138
– montant du 137–138
– pendant le «temps limité» 346
– réduction du 174, 423–424
sanctions administratives 270–271
sans avertissement préalable 477
santé 169, 483–484, 544–545, 571–572
SECO, directives du 483–484
sexuel, harcèlement 115, 579–580
situation de conflit 276–277
souffrance psychologique 571–572
subordination, lien de 185

succursale de Morat de la société coopéra-
tive Migros 121–122
supérieur hiérarchique 579–580
supplémentaires, heures 468–469
surveillance selon la LP 270–271

T

témoignage indirect 579–580

temps

– de travail 571–572

– minimum de pause 571–572

tort moral 571–572

tourisme 121–122

travail

– de nuit 137–138

– habituel 137–138

troubles psychiques 169

U

usage d'un véhicule 560–561

V

valeur litigieuse 537

véhicule, usage d'un 560–561

victime 579–580

vue sur l'extérieur 483–484