A. Gesetzgebung

Zusammengestellt
von ANGELA OBRIST, MLaw

I. Allgemeines

1. Reformprojekte

a. Zuwanderungsbeschränkungen

Die vom Bundesrat und vom Parlament zur Ablehnung empfohlene *Masseneinwanderungsinitiative* wurde am 9. Februar 2014 knapp angenommen. Die Reaktionen auf die Annahmen waren vielfältig. So befürchtet der Arbeitgeberverband eine Abwanderung der Grossfirmen und gravierende Folgen im Falle der Kündigung der bilateralen Verträge.[1] Triumphiert hat die Schweizerische Volkspartei, die mit dem Anliegen und der entsprechenden Kampagne offensichtlich den Nerv der Bevölkerung getroffen hat.[2] Es ist nicht von der Hand zu weisen, dass die Zuwanderung im letzten Jahrzehnt die Schweiz vor einige Herausforderungen gestellt hat.

Ende Juni 2014 hat der Bundesrat nun die konkrete *Umsetzungsstrategie* präsentiert. Nachdem viele Spekulationen um die eingesetzte Arbeitsgruppe und die Umsetzung selbst kursierten, zeigt sich nun, dass der Bundesrat nah am Wortlaut bleiben will. Die Umsetzung der Initiative soll sich nicht nur mit den ausländerrechtlichen Regelungen befassen, sondern soll auch die weiteren innen- und aussenpolitischen Probleme ansprechen. In diesem Sinn soll auch das bereits vorhandene nationale Potenzial an Arbeitskraft gefördert werden, indem beispielsweise die Vereinbarkeit von Beruf und Familie weiter verbessert wird und nachträgliche Lehrabschlüsse ermöglicht werden. Ein weiteres Ziel ist es, die aussenpolitischen Beziehungen mit der EU zu erhalten.[3] Ebenfalls müssen die völkerrechtlichen Verpflichtungen im Asylbereich weiterhin erfüllt werden. Die Festlegung der Höchstzahlen wird vom Bundesrat vorgenommen, wobei er sich auf die Bedarfsmeldungen der Kantone stützen wird. Dabei werden verschiedene Indikatoren berücksichtigt, beispielsweise die Anzahl der offenen Stellen und die Arbeitslosenquote. Ebenfalls wird ein beratendes Gremium eingesetzt. Dort sind die Migrations- und Arbeitsmarktbehörden vertreten und die Sozialpartner werden miteinbezogen.

Konkret bestehen Kontingente für Aufenthalte ab vier Monaten Dauer. Das bedeutet, dass auch Kurzaufenthaltsbewilligungen, die einen Aufenthalt von vier bis zwölf Monaten ermöglichen, von den Einschränkungen betroffen sind. Gleiches gilt für Grenzgänger. Ebenfalls wird bei allen Kontingentierungen der Inländervorrang berücksichtigt. Um die Wirtschafts- und Arbeitsmarktlage zu berücksichtigen, wird kein starres Reduktionsziel der Zuwanderung verankert. Gegenüber der EU wird die Beurtei-

---

1 Medienmitteilung des Arbeitgeberverbandes vom 12. Februar 2014.

2 NZZ online «Ja zur ‹Masseneinwanderungsinitiative› Blochers erneuter Triumph» vom 10. Februar 2014.

3 Dazu unten S. ■■.

lung weniger restriktiv erfolgen, so können Unionsbürger auch dann zugelassen werden, wenn es sich nicht um Spezialistinnen und Spezialisten handelt. Nicht eingeschränkt wird der Familiennachzug, ebenfalls wird auf die Wiedereinführung des Saisonnierstatuts verzichtet. In einem nächsten Schritt wird das EJPD bis Ende 2014 einen Gesetzesentwurf für die Vernehmlassung erarbeiten. Dabei werden ebenfalls die Auswirkungen auf die flankierenden Massnahmen analysiert.[4]

b. Geschlechterquoten

Mit der Abstimmung im Kanton Basel-Stadt vom 9. Februar 2014 wurde zum ersten Mal in der Schweiz eine *Quotenregelung* für staatsnahe Aufsichtsgremien und Delegationen angenommen. Neu müssen je ein Drittel Frauen und Männer in den kantonalen Aufsichtsgremien Einsitz nehmen. Dabei handelt es sich etwa um den Bankrat der Basler Kantonalbank, die Verwaltungsräte der öffentlichen Spitäler sowie die Industriellen Werke Basel. Stellt der Kanton eine Delegation und bestimmt er damit die Zusammensetzung des Gremiums zumindest teilweise, so muss die Quote ebenfalls innerhalb der Delegation erfüllt werden.[5] Auch die weiteren Mitglieder sollen zur Erfüllung der Quote angehalten werden. Aktuell liegt der Frauenanteil bei 17% in den Verwaltungsräten von öffentlichen Unternehmen. Mit der Änderung des Einführungsgesetzes ist Basel-Stadt der erste Kanton, der über eine derartige Geschlechterquote verfügt.[6]

Von verschiedenen Seiten wurde angeregt, dieses Vorgehen auch auf nationaler Ebene weiterzuverfolgen. Die Forderung der Eidgenössischen Kommission für Frauenfragen will mit einer Geschlechterquote den Frauenanteil auf 40% in Verwaltungsräten und 33% in den Geschäftsleitungen anheben. Diese Quote soll für börsenkotierte Unternehmen sowie Betriebe mit mehr als 250 Mitarbeitenden gelten. Um dieses ambitionierte Ziel in den nächsten zehn Jahren zu erreichen, wird ein neues griffiges Gesetz gefordert. Seit der deutlichen Ablehnung der Abstimmung über Quoten in der Bundesverwaltung im Jahre 2000,[7] wurde dieses Thema allerdings kaum mehr diskutiert. Der Gleichstellungsauftrag ist zwar seit 1981 verfassungsrechtlich verankert, konnte allerdings noch nicht zufriedenstellend umgesetzt werden. Da die in den letzten Jahren diskutierten Zielvorgaben nicht zu handfesten Resultaten bzw. zu einer Verbesserung der Situation führten,

---

4 Medienmitteilung des Bundesrates vom 20. Juni 2014.

5 Dabei handelt es sich beispielsweise um den Universitätsrat, den Verwaltungsrat der BVB sowie den Verwaltungsrat des Euro Airport Basel-Mulhouse-Freiburg, Erläuterungen zu den Abstimmungen vom 9. Februar 2014, Kanton Basel-Stadt, S. 11.

6 Erläuterungen zu den Abstimmungen vom 9. Februar 2014, Kanton Basel-Stadt, S. 9 ff.; BAZ online «Basel führt Frauenquote ein» vom 9. Februar 2014.

7 Abstimmungsergebnis Eidgenössische Volksinitiative «für eine gerechte Vertretung der Frauen in den Bundesbehörden», BBl 2000 2990.

wurde dieses umstrittene Thema wieder vermehrt diskutiert.[8] Auch in der gesamteuropäischen Diskussion wurde die Geschlechterquote auf die politische Agenda gesetzt. Das Europäische Parlament hat dem Entwurf der Richtlinie zu Verbesserung der ausgewogenen Besetzung von Führungspersonen durch Frauen und Männer im November 2013 zugestimmt. Diese Richtlinie sieht vor, dass börsenkotierte Gesellschaften mindestens 40% Frauen und Männer in Aufsichts- und Verwaltungsräten beschäftigen müssen.[9] Diese Vorgaben wären bei Inkrafttreten spätestens im Jahr 2020 zu erfüllen, andernfalls drohen im Ermessen der Mitgliedstaaten stehende Sanktionen.[10]

Die Kritiker der Geschlechterquote sind so zahlreich wie deren Befürworter. Beanstandet wird insbesondere, dass die Entscheidungsfreiheit von Unternehmen empfindlich gestört würde. Die Quote wird damit oft als «extreme» Massnahme gesehen.[11] Ebenfalls wird kritisiert, dass eine Geschlechterquote nur symptombekämpfend sei, das wahre Problem liege bei der Vereinbarkeit von Beruf und Familie. Schliesslich wird die negative Konnotation des Begriffes «Quote» kritisiert und gleichzeitig auf den lediglich symbolischen Charakter hingewiesen. Ob die gesetzgeberischen Bestrebungen der EU von der Schweiz nachvollzogen werden, wird sich zeigen.[12]

c. Gesundheitsberufegesetz

Um die medizinische Versorgung der wachsenden Zahl von alten und chronisch kranken Menschen auch in Zukunft sicherstellen zu können, schafft der Bundesrat das *Gesundheitsberufegesetz* (GesBG). Dieses legt einheitliche Anforderungen an die entsprechenden Ausbildungen des Gesundheitspersonals fest und regelt zudem die selbständige Berufsausübung.[13] Der Geltungsbereich des Gesetzes umfasst die Regelung der Ausbildung von Pflegefachfrauen und -männern, Physiotherapeutinnen und -therapeuten, Ergotherapeutinnen und -therapeuten, Hebammen sowie der Fachleute für Ernährungsberatung. Zur Konkretisierung der erworbenen Kenntnisse in der Ausbildung werden im zweiten Kapitel Kompetenzen von Absolventinnen und Absolventen festgelegt. Diese werden in allgemeine, soziale und persönliche sowie berufsspezifische Kompetenzen eingeteilt. Zur Qualitätssicherung soll an den Hochschulen ein formales,

---

8 Siehe zu den Daten und Fakten REGULA KÄGI-DIENER, Frauenquoten in den Führungsetagen der Wirtschaft, Arbeitspapier im Auftrag der Eidgenössischen Kommission für Frauenfragen EKF, März 2014, S. 8.

9 Ebd., S. 16.

10 Ebd., S. 16 ff. zu den weiteren Bestrebungen der EU sowie der Mitgliedstaaten.

11 Ebd., S. 14 f.

12 Siehe die Übersicht der Vorstösse auf Bundesebene, ebd. S. 26.

13 Medienmitteilung des Bundesrates vom 13. Dezember 2013.

transparentes und regelmässig durchgeführtes Akkreditierungsverfahren zur Überprüfung von Mindestanforderungen eingeführt werden. Weiter soll die Anerkennung von ausländischen Bildungsabschlüssen geregelt werden. Ebenfalls Gegenstand des Gesetzes ist zudem die privatwirtschaftliche Berufsausübung.[14] Das Gesundheitspersonal wird heute mehrheitlich an höheren Fachschulen ausgebildet, allerdings bestehen auf der Bachelorstufe kantonale Unterschiede, die mit diesem Gesetz vereinheitlicht werden sollen. Damit soll die Sicherheit der Patienten sowie auch die Qualität der Gesundheitsversorgung sichergestellt werden.[15] Die Vernehmlassung endete am 18. April 2014, es gingen 179 Antworten ein. Diese werden bis Ende Jahr analysiert und dem Bundesrat vorgelegt.[16]

2. Initiativen

a. Volksinitiativen (Zustandekommen)

Volksinitiative «Schutz vor Sexualisierung in Kindergärten und Primarschule» (BBl 2014 1503)
Volksinitiative «AHVplus: für eine starke AHV» (BBl 2014 961)
Volksinitiative «Für ein bedingungsloses Grundeinkommen» (BBl 2013 8661)
Volksinitiative «Pro Service public» (BBl 2013 4841)

b. Standesinitiativen

Kanton Neuenburg: Mutterschaftsurlaub bei Adoption (14.309)
Kanton Solothurn: Verlängerung der Anstossfinanzierung von familienergänzenden Kinderbetreuungsplätzen durch den Bund (14.306)
Kanton Tessin: Sonderstatus für das Tessin und andere von den negativen Auswirkungen der Freizügigkeit besonders stark betroffenen Randregionen (14.303)
Kanton Tessin: Änderung des KVG (13.315)
Kanton Freiburg: Unverzüglicher Abbruch der Verhandlungen mit der Europäischen Union über ein Freihandelsabkommen im Agrar- und Lebensmittelbereich (13.310)
Kanton Waadt: Freiwilliger Zivildienst für Frauen (13.308)

---

[14] Vorentwurf zu einem Bundesgesetz über die gesundheitsberufe (GesBG), Erläuternder Bericht vom 13. Dezember 2013, S. 16 ff.
[15] Ebd., S. 11.
[16] Faktenblatt «Gesundheitsberufegesetz» des Bundesamts für Gesundheit (BAG).

c. Parlamentarische Initiativen

Fraktion der Schweizerischen Volkspartei: Voraussetzungen für IV-Rentenbezug für Ausländer (14.426)
Fraktion der Schweizerischen Volkspartei: Karenzfrist für EL (14.427)
Fraktion der Schweizerischen Volkspartei: Dem Missbrauch bei der Arbeitslosenversicherung vorbeugen (14.428)
Fraktion der Schweizerischen Volkspartei: Voraussetzungen für den AHV-Rentenbezug erhöhen (14.429)
Sommaruga: Beseitigung unlauteren Wettbewerbs und Förderung menschenwürdiger Arbeitsbedingungen in der Textilindustrie (14.423)
Candinas: Zwei Wochen über die EO bezahlten Vaterschaftsurlaub (14.415)
Ingold: Immer mehr IV-Neurenten für junge Erwachsene? (14.416)
Egerszegi-Obrist: Nachbesserung der Pflegefinanzierung (14.417)
Kessler: Mehr Ausbildungsplätze in der Humanmedizin. Stopp dem drohenden Ärztemangel (14.407)
Carobbio Guscetti: Regulierung der kapazitätsorientierten variablen Arbeitszeit (14.411)
Carobbio Guscetti: Öffentliches Beschaffungswesen. Verzicht auf kapazitätsorientierte variable Arbeitszeit als Zuschlagskriterium (14.410)
Kiener Nellen: Angemessene Vertretung von Frauen und Männern an den eidgenössischen Gerichten (13.482)
Rossini: KVG. Änderung der Prämienkategorien für Kinder, Jugendliche und junge Erwachsene (13.477)
Pieren: Babysitting bis zu einem Jahreslohn von 3000 Franken wird von der Hausdienstarbeit ausgeschlossen (13.475)
Fehr: Anerkennung der politischen Arbeit als berufliche Weiterbildung (13.474)
Fraktion der Bürgerlich-Demokratischen Partei (BD): Automatische Verknüpfung von Rentenalter und Lebenserwartung (13.473)
Sommaruga: Schutz von Whistleblowern bei Verletzungen der Rechtsstaatlichkeit, der demokratischen Rechte und der Volksrechte (13.465)
Stamm: Regelung des Verhältnisses zwischen Bundesgesetzen und Staatsverträgen (13.458)
Brand: Verfassungsrecht vor Völkerrecht (13.452)
Quadranti: Weiterführung und Weiterentwicklung der Finanzhilfen für familienergänzende Kinderbetreuung (13.451)
Rossini: KVG. Rechtsgrundlage für den Krankenkassen-Vergleichsdienst des BAG (13.448)
Heer: Parlament soll Schweizer Richter und Richterinnen am EGMR in Strassburg nominieren (13.447)
Carobbio Guscetti: Die tripartite Arbeitsmarktaufsicht auf Sozialfirmen ausdehnen (13.434)

Feller: Keine Benachteiligung von Fachärztinnen und Fachärzten für allgemeine innere Medizin mit einem zweiten Facharzttitel (13.433)

3. Motionen und Postulate (Übersicht)

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

a. Arbeit und Bildung

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: 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)
Schilliger: Übernahme EU-Recht. Kein Swiss Finish und kein vorauseilender Gehorsam (14.3557 Po)
Rechsteiner: Nationale Konferenz Ältere Arbeitnehmende (14.3569 Po)
Trede: Transparenz bei Drittmitteln für Forschung und Lehre an ETH, Unis und Fachhochschulen (14.3620 Po)
Sozialdemokratische Fraktion: Rahmenabkommen Schweiz–EU. Schaffung eines parlamentarischen Verbindungsbüros in Brüssel (14.3646 Mo)
Kommission für Wissenschaft, Bildung und Kultur NR: Erasmus plus und Horizon 2020. Klarheit für Studierende, Forscher, Hochschulen und Unternehmen schaffen (14.3291 Mo)
Kommission für Wissenschaft, Bildung und Kultur StR: Erasmus plus und Horizon 2020. Klarheit für Studierende, Forscher, Hochschulen und Unternehmen schaffen (14.3294 Mo)
FDP-Liberale Fraktion: Vereinfachung der Bewilligungsverfahren für Berufschauffeure (14.3301 Po)
Heim: Ältere Arbeitnehmende auf dem Arbeitsmarkt. Chancen und Perspektiven (14.3235 Po)
Golay: Schweizer Arbeitskräfte und Arbeitskräfte mit C-Bewilligung unterstützen. Bezugsprovision für Quellensteuererhebung abschaffen (14.3268 Mo)
Grüne Fraktion: Nicht diskriminierende Umsetzung der Masseneinwanderungsinitiative (14.3230 Po)
Reimann: EU-Beitrittsgesuch. Klarheit schaffen (14.3219 Mo)

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)

Reimann: Sicherung des Lebensunterhalts als Voraussetzung für die Erteilung und Verlängerung von Aufenthaltstiteln (14.3218 Mo)

Schenker: Ausländisches Personal im Gesundheitswesen. Situationsanalyse und Massnahmen (14.3228 Po)

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

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

Tornare: Neuer Verfassungsartikel 121a. Beurteilung seiner Vereinbarkeit mit den internationalen Verpflichtungen der Schweiz (14.3200 Po)

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

Sozialdemokratische Fraktion: Die Europa-Diskussion neu eröffnen (14.3121 Po)

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

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

Recordon: Europäische Unternehmen, die Personal in die Schweiz entsenden. Eröffnung von Entscheiden (14.3106 Po)

Sozialdemokratische Fraktion: Bildungs- und Forschungsplatz Schweiz gegen Ligaabstieg sichern (14.3103 Mo)

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

Brand: Teilzeitbeschäftigte ohne Anspruch auf Unterstützungsleistungen (14.3090 Mo)

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

Keller: Bundesbeiträge an die Stiftung éducation21 (14.3081 Mo)

Fraktion der SVP: Scheinanstellung mittels Mindeststrafen härter sanktionieren (14.3075 Mo)

Häberli-Koller: Lohngleichheit. Faire Chance für freiwillige Massnahmen (14.3079 Po)

Fraktion der SVP: Einschränkungen des Familiennachzuges für Personen aus der EU (14.3071 Mo)

Fraktion der SVP: Zuwanderung in die Sozialwerke verhindern (14.3070 Po)

Fraktion der SVP: Grenzgängerzustrom einschränken (14.3076 Mo)

Fraktion der SVP: Aufenthaltsbewilligung für EU-Bürger infolge von Arbeitsverträgen (14.3074 Mo)
Fraktion der SVP: Keine Praktika mit über einem Jahr Dauer (14.3077 Mo)
Kommission für Wissenschaft, Bildung und Kultur SR: Massnahmen zur Linderung des Fachkräftemangels aufgrund der neuen Ausgangslage (14.3009 Mo)
Kommission für Wissenschaft, Bildung und Kultur NR: Stärkere Beteiligung des Bundes an den Ausbildungsbeiträgen (14.3006 Mo)
Kommission für Wirtschaft und Abgaben SR: Intensivierung der Wirtschafts- und Währungsbeziehungen mit China (14.3003 Mo)
Kommission für Wirtschaft und Abgaben SR: Evaluation der «Too big to fail»-Vorlage (14.3002 Po)
Carobbio: Lohndumping in den Grenzregionen infolge der Verdrängung einheimischer Arbeitskräfte. Vertiefte Untersuchung (13.4270 Po)
Müller: Arbeitsvisum für zirkuläre Migration (13.4299)
Nussbaumer: Sektorielles Kooperationsabkommen mit der EU im Bereich Beschäftigung, Soziales und Integration (13.4289 Mo)
Grünliberale Fraktion: Ansatz «comply or explain» gegen Geschlechterdiskriminierung auf dem Arbeitsmarkt (13.4285 Mo)
Bertschy: Massnahmen zur besseren Nutzung der Humanressourcen und zur langfristigen Sicherung des Wohlstandes (13.4283 Mo)
Stöckli: 40 Jahre EMRK-Beitritt der Schweiz. Erfahrungen und Perspektiven (13.4187 Po)
Gschwind: Kriterien für die Anerkennung ausländischer Diplome verschärfen (13.4194 Po)
Romano: Besteuerung von Grenzgängern (13.4169 Po)
Derder: Für eine bessere Entwicklung innovativer Jungunternehmen (13.4237 Po)
Regazzi: Personenfreizügigkeit und Arbeitsmarktkontrollen in Grenzregionen. Angemessene Kostenübernahme durch den Bund (13.4149 Mo)
Jositsch: Fachkräftemangel und Weiterbildung. Ausarbeitung eines Modells zur Einführung von Bildungszeitkonti (13.4133 Po)
Fraktion der Schweizerischen Volkspartei: Kosten der Vereinbarkeit von Familie und Beruf (13.4154)
Buttet: Der duale Bildungsweg in Gefahr. Wie reagieren? (13.4123 Po)
Fraktion der Schweizerischen Volkspartei: Strategische Positionen zum Verhältnis der Schweiz zur Europäischen Union (13.4117 Mo)
Niederberger: Pflicht zur Arbeitszeiterfassung. Möglichkeit der Verzichterklärung in gewissen Branchen (13.4104 Mo)
Fehr: Prostitution und Sexarbeit. Länderstudie (13.4045 Po)
Gill: Gleichbehandlung aller Organe bei der Publikation der Interessenbindung (13.4040 Mo)
Feri: Bericht über die Situation der Sexarbeiterinnen und -arbeiter in der Schweiz (13.4033 Po)

Keller-Sutter: Freihandelsabkommen mit der EU statt bilaterale Abkommen (13.4022 Po)

Kommission für Wissenschaft, Bildung und Kultur NR: ETH. Gerechte Studiengebühren (13.4008 Mo)

Barthassat: Darlehen. Für einen angemessenen rechtlichen Schutz der Studierenden (13.3964 Mo)

Regazzi: Negative Auswirkungen der Personenfreizügigkeit in den Grenzkantonen mit Massnahmenpaket abmildern (13.3945 Po)

Quadranti: Abbau von bürokratischen Hürden und Vorschriften bei der Kinderbetreuung im ausserfamiliären Bereich (13.3980 Po)

Müller-Altermatt: Status «auf Stellensuche» im Rahmen des Freizügigkeitsabkommens für maximal sechs Monate (13.3816 Mo)

Fetz: Finanzierungsschlüssel für die universitäre Ausbildung zusätzlicher Ärztinnen und Ärzte (13.3831 Po)

Carobbio Guscetti: Nächtlicher Pikettdienst im Betrieb. Anrechnung als Arbeitszeit auch für Erzieherinnen, Erzieher, Aufseherinnen und Aufseher (13.3810 Mo)

Feller: Aufnahme von Statistiken zu flexiblen Arbeitsformen in die jährliche Berichterstattung über das Personalmanagement der Bundesverwaltung (13.3712 Po)

Aeschi: Pflicht zur Arbeitszeiterfassung. Möglichkeit der Verzichtserklärung in gewissen Branchen (13.3708 Mo)

Kommission für Wirtschaft und Abgaben SR: Verbesserung des Vollzuges der flankierenden Massnahmen und Stärkung der sozialpartnerschaftlichen Instrumente (13.3668 Mo)

b. Soziale Sicherheit

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

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

Grossen: Berufliche Vorsorge für Arbeitnehmende mit mehreren (Teilzeit)stellen verbessern (14.3624 Mo)

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

Joder: Verbesserung der Organisation der Krankenpflege und Hilfe zu Hause (14.3639 Mo)

Bertschy: Einheitssatz der Altersgutschriften im BVG (14.3644 Mo)

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

Kommission für Wirtschaft und Abgaben NR: Finanzielle Entlastung von Familien und Kindern (14.3292 Po)
Pezzatti: EL und Datenübermittlung (14.3307 Mo)
Barazzone: Erwerb von Wohneigentum für junge Erwachsene begünstigen? (14.3326 Mo)
Humbel: Ergänzungsleistungen und Prämienverbilligungen entkoppeln (14.3366 Mo)
Herzog: Fragwürdige Reformen im Ehe- und Familienrecht stoppen (14.3371 Mo)
Ingold: Erwerbsintegration von psychisch Kranken (14.3191 Po)
Fehr: Freigrenze für die AHV-Abrechnung von Beschäftigten in privaten Haushalten (14.3156 Mo)
Schneider-Schneiter: Babysitting und Co. Befreiung von AHV-Beiträgen (14.3126 Mo)
Caroni: Elternurlaub. Mehr Wahlfreiheit bei gleichen Kosten (14.3109 Mo)
Fraktion der SVP: Keine Sozial- und Nothilfe für stellensuchende Einwanderer (14.3072 Mo)
Grünliberale Fraktion: Elternurlaub statt Mutterschaftsentschädigung (14.3068 Mo)
Steiert: Schluss mit der politischen Desinformation durch die Krankenversicherer (13.4300 Mo)
Kessler: Patientensicherheit nach Einführung der Fallpauschalen (13.4264 Po)
Humbel: Stärkung des Vertragsprimats im KVG (13.4215 Mo)
Stahl: KVG-Versicherte, die nicht mehr kontaktiert werden können (13.4093 Mo)
Estermann: Für eine steuerfreie AHV (13.4074 Mo)
Lehmann: Weiterbeschäftigung nach Erreichen des Rentenalters (13.4081 Po)
Kuprecht: Unnötige IV-Renten vermeiden (13.4060 Mo)
Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit NR: Rahmengesetz für die Sozialhilfe (13.4010 Po)
Derder: Die Pensionskasse des Bundes Publica soll in die lokale Wirtschaft investieren (13.3950 Mo)
Fridez: Eine Zulage für jedes Kind (13.3947 Po)
Schwaller: Eine nachhaltige Sanierung der Invalidenversicherung ist dringend notwendig (13.3990 Mo)
Grüne Fraktion: Einführung eines freiwilligen Zivildienstes für Frauen, Ausländerinnen und Untaugliche (13.3865 Mo*)*
Tschümperlin: AHV-Beitragspflicht auf Dividenden (13.3853 Po)
Weibel: Überträge von Geldern der Säule 3a auch nach dem Alter 59/69 ermöglichen (13.3813 Po)
Carobbio Guscetti: Zugang zu anonymisierten AHV-Einzeldaten für wissenschaftliche Studien gewährleisten (13.3893 Mo)

Egerszegi-Obrist: Berufliche Vorsorge. Auswirkungen des Umwandlungssatzes (13.3834 Po)

Egerszegi-Obrist: Faire Risikoprämien in der beruflichen Vorsorge (13.3894 Mo)

Schmid-Federer: Nationales Forschungsprogramm «Langzeitverordnung» (13.3745 Mo)

Rossini: BVG und Rentnerkassen. Unerwünschten Folgen vorbeugen (13.3753 Mo)

Humbel: AHV. Sicherung des Beitragssubstrates (13.3748 Mo)

Poggia: Jährliche Kosten der Pflegeleistungen im Krankheitsfall für Personen, die Schwarz- oder Grauarbeit nachgehen und über keine Versicherung im Sinne des KVG verfügen (13.3700 Po)

Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit NR: AHV-Beitragspflicht für Personalfürsorgestiftungen (13.3664 Mo)

4. Konjunkturdaten und Arbeitsmarkt

a. Konjunkturlage

Die Konjunkturlage hat sich in der laufenden Berichtsperiode verbessert und ist weiterhin robust. Die Schweizer Wirtschaft ist seit dem vergangenen Herbst erfreulich widerstandsfähig. Dabei hat die stabile Inlandkonjunktur eine Schlüsselrolle inne und wird unterstützt durch die stetige Zuwanderung, tiefe Zinsen sowie eine nahezu fehlende Inflation.[17] Im Winter 2013/14 hat die positive Exportwende ebenfalls zu einer Aufhellung des Konjunkturbildes geführt. Auch der *OECD-Länderbericht* zur Schweizer Wirtschaftspolitik attestiert der Schweiz eine stabile Wirtschaftslage im Jahr 2013. Auch hier wird das positive Ergebnis der starken Inlandnachfrage zugeschrieben. Die Wachstums- und Produktivitätsgewinne sind allerdings eher bescheiden. Begünstigt wurde das Wachstum des BIP in den letzten 15 Jahren insbesondere durch die Zuwanderung von qualifizierten Arbeitskräften aus dem EU-Raum. Der Anstieg der Produktivität verlief deutlich langsamer und ist im Vergleich mit den leistungsfähigsten Ländern unterdurchschnittlich.[18] Um das Pro-Kopf-Einkommen langfristig zu sichern, ist gemäss dem Bericht eine Steigerung der Arbeitsproduktivität erforderlich. Auffällig ist, dass die Produktivität des Agrarsektors sehr niedrig ist. Dieser stütze sich auf Direktzahlungen, die zu wenig an die Produktivitätssteigerung gekoppelt sind. Eine weitere Ursache für die schwache Produktivitätsentwicklung wird in den hohen administrativen

---

17 SECO, Direktion für Wirtschaftspolitik – Konjunkturtendenzen Herbst 2013, S. 2.

18 Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO), Presserohstoff, Auszüge aus dem OECD-Bericht, November 2013, http://www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/32798.pdf (zuletzt besucht am 23. September 2014).

Hürden für die Neugründung von Unternehmen gesehen. Ebenfalls würde das wirtschaftliche Potenzial der Frauen nicht genügend ausgenutzt. Obwohl die Erwerbsbeteiligung der Frauen hoch ist, entfällt ein sehr grosser Anteil der Teilzeitarbeit auf sie. Ebenfalls untervertreten sind sie in Führungspositionen. Zur weiteren Identifikation dieser Probleme schlägt der Bericht eine Produktivitätskommission vor.[19] Auch das BIP ist im Jahr 2013 kontinuierlich gestiegen, es ist im Vorjahresvergleich um 1,9% gewachsen. Im Jahr 2014 wird gar ein Wachstum von 2,3% prognostiziert. Im europäischen Vergleich bedeutet dies ein überdurchschnittliches Wachstum.[20]

Auch im *internationalen Umfeld* zeichnet sich eine graduelle Erholung ab, dabei sind insbesondere Aufhellungstendenzen im Euroraum auszumachen.[21] Im zweiten Quartal von 2013 fiel das BIP des gesamten Euroraumes zum ersten Mal seit sechs Quartalen wieder positiv (+0,3%) aus.[22] Die Europäische Union hat sich trotz der teilweise erheblichen Probleme insbesondere in Portugal und Griechenland von der Krise erholt und eine Eskalation scheint in weiter Ferne. Auch diese beiden Staaten konnten wieder Tritt fassen und bereits die hohe Arbeitslosigkeit etwas senken. Die *Konjunktur der USA* wurde insbesondere im Herbst 2013 durch den Budgetstreit weiter auf die Probe gestellt. Die andauernde Uneinigkeit zwischen den beiden Parteien führte im Oktober zu einem «Government Shutdown». Dies bedeutete einen partiellen Ausgabenstopp, die vorübergehende Schliessung von gewissen Verwaltungsdienstleistungen, beispielsweise Museen und Nationalparks. Trotz dieser Dämpfung erscheint die Konjunktur dank solider und expandierender Konsum- und Investitionsausgaben gefestigt und vergleichsweise unbeeindruckt.[23] Durch die fiskalpolitische Belastung zeichnete sich ein BIP-Wachstum von 1,7% ab, dies ist im Vorjahresvergleich zwar bescheiden, kann aber durch die fiskalpolitische Belastung erklärt werden. Durch die Sanierungsmassnahmen konnte die Defizitquote ebenfalls von 9,2% auf 6,7% gesenkt werden. Ebenfalls für die robuste Wirtschaftslage spricht die feststellbare Verbesserung des Arbeitsmarkes.[24]

b. Arbeitslosigkeit

Nicht nur im Hinblick auf die allgemeine Konjunkturlage, sondern auch in Bezug auf die *Arbeitslosigkeit* konnte eine allgemeine Verbesse-

[19] Medienmitteilung des SECO vom 21. November 2013.
[20] Medienmitteilung des SECO vom 19. Dezember 2013.
[21] Medienmitteilung des SECO vom 19. September 2013.
[22] SECO, Direktion für Wirtschaftspolitik – Konjunkturtendenzen Herbst 2013, S. 3.
[23] NZZ online «Kräftiges US-Wachstum im zweiten Semester» vom 31. Januar 2014.
[24] SECO, Direktion für Wirtschaftspolitik – Konjunkturtendenzen Winter 2013/2014, S. 3 f.

rung der Lage beobachtet werden. Insbesondere im Industriesektor wird die Beschäftigung wieder zunehmen, gemäss der Expertengruppe des Bundes hatte dieser Sektor aufgrund des schwierigen Exportumfelds zu leiden. In den letzten beiden Jahren fand ein anhaltender leichter Anstieg der Arbeitslosigkeit statt. Ab 2014 wird mit einem Rückgang gerechnet, der sich im Laufe des Jahres noch beschleunigen dürfte.[25]

Seit 2009 ist im Zusammenhang mit der *Kurzarbeit* eine erfreuliche Verringerung der Gesamtanzahl festzustellen. Die Werte sind unter den bereits guten Vorjahreswert von 2012 gesunken. Im Juni 2013 bezogen 5300 Arbeitnehmende in 540 Betrieben eine Kurzarbeitsentschädigung. Dies entspricht 300 000 Ausfallstunden von rund 1700 Vollzeitarbeitskräften.[26] Im Laufe des Jahres sank dieser Wert kontinuierlich: Im Dezember 2013 haben lediglich noch 3585 Arbeitnehmende in 312 Betrieben Kurzarbeit verrichtet. Diese 200 000 Arbeitsstunden entsprechen noch rund 1000 Vollzeitarbeitskräften[27]

c. Lohnentwicklung

Gemäss der *schweizerischen Lohnstrukturerhebung* für das Jahr 2012 wurde ein Medianlohn von 6118 Franken errechnet. Dies bedeutet innerhalb der letzten zehn Jahre einen nominalen Lohnanstieg von 13,4%. Leider verdienen 10% der Arbeitnehmenden immer noch weniger als 3886 Franken im Monat, der Anteil der Tieflohnstellen ist in den letzten Jahren um 0,5% gesunken.[28] Der Lohnunterschied zwischen Frauen und Männern vergrösserte sich zwischen 2010 und 2012 um 0,5% von 18,4 auf 18,9%. Dieser Unterschied lässt sich teilweise mit der Altersstruktur, dem Ausbildungsgrad bzw. dem Verantwortungsniveau am Arbeitsplatz erklären. Gleichwohl fällt gemäss der Erhebung der Lohnunterschied bei gleichwertiger Qualifikation fast immer zuungunsten der weiblichen Arbeitnehmenden aus. Diese Unterschiede sind besonders akzentuiert im Segment der Arbeitsstellen mit hohem Verantwortungsniveau (40–49 Jährige), dort verdienen die Frauen rund 25% weniger als gleichaltrige Männer. Im Zusammenhang mit der Lohnstruktur ist ebenfalls interessant, dass im Jahre 2012 mehr als ein Drittel aller Arbeitnehmenden einen Bonus erhielt. Dieser Anteil ist in den letzten Jahren von 25,5% auf 36,1% gestiegen. Dabei ist auch der durchschnittliche Betrag von 8337 auf 11 143 Franken angestiegen.

---

25 Medienmitteilung des SECO vom 19. Dezember 2013.

26 SECO, Direktion für Wirtschaftspolitik – Konjunkturtendenzen Herbst 2013, S. 24 f.

27 SECO, Direktion für Wirtschaftspolitik – Konjunkturtendenzen Frühjahr 2014, S. 31.

28 NZZ online «weniger Tieflohnstellen in der Schweiz» vom 28. April 2014.

Die Bedeutung der Boni im Zusammenhang mit der Lohnstruktur hat in den letzten zehn Jahren erheblich zugenommen.[29]

d. Arbeitszeit

Im Jahr 2013 wurden in der Schweiz insgesamt 7,665 Milliarden Arbeitsstunden geleistet. Gegenüber dem Vorjahr bedeutet dies einen leichten Anstieg, der insbesondere auf eine Zunahme des Arbeitsvolumens im Teilzeitbereich zurückzuführen ist (+2,6%). In den letzten fünf Jahren ist die tatsächliche wöchentliche Arbeitszeit der Vollzeitarbeitnehmenden zurückgegangen (–19 Minuten auf 41 Stunden und 41 Minuten). Die vertraglich festgelegte wöchentliche Arbeitszeit hat sich in dieser Periode allerdings kaum verändert. 76% des jährlichen Absenzvolumens der Arbeitnehmenden sind durch gesundheitsbedingte Absenzen (Krankheit oder Unfall) verursacht. Auf den Militär- bzw. Zivildienst sowie den Mutterschaftsurlaub entfallen je 9% der Absenzen.[30]

5. Internationale Beziehungen

a. Bilaterale Verhandlungen

aa. Die bilateralen Abkommen

In diesem Jahr standen zunächst die *Neuverhandlungen der bilateralen Abkommen* mit der Europäischen Union im Zentrum. Nach intensiven diplomatischen Kontakten in den letzten Jahren konnten mehrere Optionen zur Lösung bzw. Weiterentwicklung der «institutionellen Fragen» skizziert werden. Die Schweiz und die EU haben sich diesbezüglich auf eine Variante geeinigt, die zwar keine neuen Institutionen (weder eine Aufsichtsbehörde noch ein Gericht), aber eine justizielle Zusammenarbeit mit dem Gerichtshof der Europäischen Union vorsieht. Dabei könnten insbesondere Auslegungsfragen im Zusammenhang mit dem EU-Recht vorgelegt werden. Dies bedeutet allerdings keine gerichtliche Unterwerfung, die Streitschlichtung wird weiterhin politisch sein und vom Gemischten Ausschuss wahrgenommen werden.[31] Mit diesem Vorgehen war die Schweiz damit auf Kurs die Neuverhandlung der Bilateralen zügig und erfolgreich voranzutreiben. Die Annahme der *Masseneinwanderungsinitiative* führt allerdings zu einer Neuausrichtung in der Migrationspolitik und stellt die Per-

---

[29] Medienmitteilung des Eidg. Departements des Innern (EDI) zur Lohnstrukturerhebung 2012 vom 28. April 2014.

[30] Medienmitteilung des Bundesamts für Statistik (BFS) vom 20. Mai 2014.

[31] Aussenpolitischer Bericht 2013 vom 15. Januar 2014, S. 1066.

sonenfreizügigkeit, das bewährte System der bilateralen Verträge sowie die eben erwähnte Neuverhandlung infrage. Die Personenfreizügigkeit ist nicht nur eine Grundfreiheit des Binnenmarkts, sondern auch eine tragende Säule der bilateralen Verträge. Wesentlicher Inhalt der Initiative ist eine umfassende Kontingentierung sämtlicher ausländerrechtlichen Bewilligungen unter Einbezug von Grenzgängern und dem Asylbereich.[32] Zudem müssen bei der Einstellung von ausländischen Arbeitskräften Schweizer bevorzugt werden. Im Initiativtext nicht weiter konkretisiert wurde die Höhe der Kontingente; bzw. wie diese festgelegt und vergeben werden sollen. Der Bundesrat und das Parlament haben für die Umsetzung drei Jahre Zeit. Nach Ansicht des Bundesrates drückt die – wenn auch knappe – Annahme der Initiative ein Unbehagen gegenüber dem Bevölkerungswachstum der letzten Jahre aus. Dies gelte es zu respektieren und umzusetzen.[33]

Der Text der Initiative steht im Widerspruch zur Personenfreizügigkeit. Um die neue Verfassungsbestimmung zu konkretisieren, gilt es, innenpolitisch ein entsprechendes Gesetz auszuarbeiten. Unklar ist dabei die Grösse der Kontingente, deren Verteilung auf die Branchen und die Abwicklung. Geplant ist, noch während dieses Jahres einen Gesetzesentwurf auszuarbeiten. Aussenpolitisch muss die Schweiz mit der EU über den Verbleib der Personenfreizügigkeit und damit auch der Bilateralen verhandeln. Diese Neuverhandlung wird sich nicht einfach gestalten, da die Personenfreizügigkeit einen der Grundpfeiler der EU darstellt.[34] Die Dachverbände der Schweizer Wirtschaft haben sich gegen die Annahme engagiert und sind enttäuscht über das Abstimmungsergebnis.[35] Die Europäische Union hat gleichentags verhalten mit einer kurzen Medienmitteilung reagiert und geäussert, dass das Prinzip des freien Personenverkehrs durch die Annahme der Initiative verletzt wird. Auch die EU wird nun die Auswirkungen der Initiative für die Gesamtbeziehungen analysieren.[36] Nicht nur müssen mit der Annahme der Masseneinwanderungsinitiative nun auch das institutionelle Rahmenabkommen mit der EU neu verhandelt werden. Ein derartiges Rahmenabkommen zu schliessen, ohne die Frage der Kontingente zu klären, ist schwer denkbar.[37]

Die Schweiz konnte ihr Netz von bilateralen Verträgen auch ausserhalb von Europa ausdehnen. Das bedeutendste Abkommen ist dasjenige mit der Volkrepublik China. Im April dieses Jahres konnten die internen Genehmigungsverfahren für das *Freihandelsabkommen der Schweiz mit der Volksrepublik China* abgeschlossen werden. Das Abkommen ist am

---

32 Medienmitteilung des Bundesrates vom 9. Februar 2014.

33 Ebd.

34 Ebd.

35 Medienmitteilung des Schweizerischen Arbeitgeberverbandes vom 9. Februar 2014.

36 Erklärung der Europäischen Kommission nach der Volksabstimmung in der Schweiz über die Masseneinwanderungsinitiative vom 9. Februar 2014.

37 NZZ online «Die Schweiz als Bittstellerin» vom 9. Februar 2014.

1. Juli 2014 in Kraft getreten. Das FHA erleichtert den gegenseitigen Marktzugang für Waren und Dienstleistungen, fördert den allgemeinen wirtschaftlichen Austausch und bietet Rechtssicherheit für den Schutz des geistigen Eigentums. Bereits etwas früher wird das zweite Abkommen zu Arbeits- und Beschäftigungsfragen in Kraft gesetzt.[38]

bb. Die Personenfreizügigkeit

Mit Kroatiens Beitritt zur Europäischen Union Mitte 2013 wurde ebenfalls die schrittweise und kontrollierte Erweiterung der Personenfreizügigkeit zwischen der Schweiz und der EU nötig, da die Ausdehnung der Personenfreizügigkeit nicht automatisch erfolgt. Die erfolgreiche Aushandlung der Modalitäten des neuen Protokolls hat sich an den beiden bereits bestehenden Erweiterungsprotokollen (Erweiterung osteuropäische Staaten, EU-8 sowie Rumänien und Bulgarien, EU-2) orientiert. Das Zusatzprotokoll III sieht eine siebenjährige Übergangsfrist vor. Diese beinhaltet eine arbeitsmarktliche Kontingentierung mit jährlicher Erhöhung der Bewilligungszahl. Im ersten Jahr werden 54 Aufenthalts- sowie 543 Kurzaufenthaltsbewilligungen erteilt. Ebenfalls gilt während der Übergangszeit ein Inländervorrang. Dies bedeutet, das kroatische Arbeitnehmende nur eingestellt werden, sofern nachweislich keine Schweizer Arbeitnehmenden für die Besetzung der Stelle gefunden werden können. Eine weitere Massnahme ist die Offenlegung der Lohn- und Arbeitsbedingungen.[39] Nach fünfjähriger Regulierungsdauer entscheidet der Gemischte Ausschuss über die weitere Notwendigkeit der Beschränkungen. Bestehen ernsthafte oder drohende Störungen im Bereich des Arbeitsmarktes oder der Wirtschaft, stimmt er der Weitergeltung für weitere zwei Jahre zu. Danach kann die Schweiz weiterhin die Ventilklausel während dreier Jahre anrufen. Erfolgt die Zustimmung nicht, kann die Schweiz während fünf Jahren die Ventilklausel in Kraft setzen. Damit dauert die Übergangsfrist jedenfalls insgesamt zehn Jahre.[40] Verbessert wurde im Zusammenhang mit der Ausgestaltung der Ventilklausel insbesondere, dass diese neu bei Erreichung des Kontingents auf eine andere Bewilligungskategorie ausgeweitet werden kann (B oder L). So kann der bereits bekannte «Umgehungseffekt» auf L-Bewilligungen vermieden werden, falls das Kontingent für B-Bewilligun-

---

38 Medienmitteilung des SECO vom 30. April 2014.

39 Medienmitteilung des Eidg. Justiz- und Polizeidepartements (EJPD) vom 28. August 2013.

40 Vgl. zum Ganzen: Bundesamt für Migration, Erläuternder Bericht, Protokoll III zum Abkommen über den freien Personenverkehr: Ausdehnung des Abkommens vom 21. Juni 1999 über den freien Personenverkehr (FZA) auf Kroatien, Bern 2013; Statement von Bundesrätin SIMONETTA SOMMARUGA: Personenfreizügigkeit mit Kroatien, Medienkonferenz vom 28. August 2013.

gen bereits aufgebraucht wurde.[41] Ebenfalls koordiniert wurden die Systeme der sozialen Sicherheit. Seit zehn Jahren verfügt die Schweiz mit der EU bereits über ein koordiniertes System, welches einerseits Grundsätze verankert und andererseits den Mitgliedstaaten einen Regelungsspielraum offenlässt, um die Bestimmungen an die nationalen Gegebenheiten und Bedürfnisse anzupassen.[42] Das mit Kroatien abgeschlossene bilaterale Sozialversicherungsabkommen wird im Prinzip suspendiert und dort, wo sich der Regelungsgegenstand deckt, durch das FZA ersetzt. Auf die Fälle, die vom FZA nicht erfasst werden, bleibt das bilaterale Abkommen anwendbar.[43] Die Vernehmlassungsfrist ist bereits im November 2013 abgelaufen. Nach der Annahme der Masseneinwanderungsinitiative kann das oben dargestellte Abkommen allerdings in dieser Form nicht unterzeichnet werden, da das Abkommen der neuen, direkt anwendbaren Verfassungsbestimmung Art. 121a Abs. 4 BV widerspricht.[44] Im April hat der Bundesrat allerdings eine Erklärung verabschiedet betreffend die Nichtdiskriminierung von kroatischen Bürgern und Bürgerinnen. Darin gewährt der Bundesrat den kroatischen Staatsangehörigen die gleichen Kontingente wie diejenigen, die im Protokoll zur Personenfreizügigkeit ursprünglich vereinbart worden sind. Der Bundesrat wird die Kontingentierung eigenständig in der Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit[45] verankern. Die Inkraftsetzung ist auf den 1. Juli 2014 geplant.[46]

Ende Mai 2014 ist wie vorgesehen die *Ventilklausel* für Erwerbstätige aus den 25 EU-Staaten ausgelaufen. Im Vorjahr hat der Bundesrat die Ventilklausel noch angerufen.[47] Für die Staatsangehörigen dieser EU Staaten gilt nun die volle Personenfreizügigkeit, sofern diese in der Schweiz eine Arbeitsstelle antreten bzw. über genügend finanzielle Mittel für ihren Unterhalt verfügen. Zur Umsetzung hat der Bundesrat die Revision der Verordnung über die Einführung des freien Personenverkehrs[48] beschlossen.[49]

---

41 Erläuternder Bericht Protokoll III zum FZA, S. 2.

42 Ebd., S. 6.

43 Ebd.

44 NZZ «Kroatien-Protokoll auf Eis», vom 17. Februar 2014, S. 7.

45 SR 142.201.

46 Medienmitteilung des Eidg. Departements für auswärtige Angelegenheiten (EDA) vom 30. April 2014.

47 Vgl. die Einzelheiten in der Vorauflage JAR 2013, S. 22.

48 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.

49 Medienmitteilung des Bundesrates vom 30. April 2014.

cc. Die flankierenden Massnahmen

Das Entsendegesetz – als Teil der flankierenden Massnahmen – wurde in den letzten Jahren mehrmals revidiert und verbessert. Dabei sind per 1. Januar 2013 verschärfende Bestimmungen im Zusammenhang mit der Bekämpfung der Scheinselbständigkeit in Kraft getreten. Weiter ist seit dem 15. Juli 2013 die verstärkte Solidarhaftung in Kraft.[50] Am 26. März 2014 hat der Bundesrat zudem weitere Verbesserungen der flankierenden Massnahmen beschlossen. Die im letzten Jahr dazu eingesetzte Arbeitsgruppe kam zum Ergebnis, dass eine Erhöhung der Obergrenze der Sanktionen im EntsG bei Lohnverstössen von 5000 auf 30 000 Franken besser wäre. Ebenso soll auf Verlangen die Erhöhung der Anzahl Kontrollen in Grenzregionen und besonders gefährdeten Branchen ermöglicht werden.[51] Weiter sollen in Zukunft auch Bestimmungen zur Arbeitszeit, zu Spesen, Ferien oder zu Kautionen erleichtert allgemeinverbindlich erklärt werden

Die *Kontrolltätigkeit der tripartiten Kommissionen* lag wie bereits in den Vorjahren über den erwähnten gesetzlichen Vorgaben und hat im Jahr 2013 erneut Höchstwerte erreicht.[52] Sie wird in der Entsendeverordnung[53] festgelegt, gemäss Art. 16e EntsV müssen jährlich 27 000 Kontrollen durchgeführt werden. Wer kontrolliert wird, entscheidet sich nicht nach dem Zufallsprinzip, sondern nach Risikofaktoren. So werden 50% der Entsandten, 50% der meldepflichtigen Selbständigerwerbenden, 3% Schweizer Arbeitgeber in sensiblen Branchen[54] sowie 2% in anderen Branchen kontrolliert. Werden die schweizerischen Unternehmen überprüft, findet auch eine rückwirkende Untersuchung statt, welche die Buchhaltung und die Löhne über mehrere Jahre umfasst. Deshalb rechtfertigt sich auch der vergleichsweise kleine Prozentsatz. Die entsandten Arbeitnehmenden werden am häufigsten kontrolliert, dort ist das Risiko von Lohnunterbietungen aufgrund der Lohnunterschiede zu den jeweiligen Herkunftsländern am grössten.[55]

---

50 Vorauflage JAR 2013, S. 24 ff.

51 SECO, FlaM-Bericht vom 5. Mai 2014, Umsetzung der flankierenden Massnahmen zum freien Personenverkehr der Schweiz–Europäische Union, 1. Januar 2013–31. Dezember 2013, S. 16.

52 Ebd., S. 17.

53 Verordnung über die in die Schweiz entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer vom 21. Mai 2003 (Stand am 15. Juli 2013), SR 823.201.

54 Die Kantone können abweichende Fokusbranchen vorsehen. Die TPK Bund hat das Baunebengewerbe, das Gastgewerbe, den Personalverleih, das Überwachungs- und Sicherungsgewerbe, den Gartenbau sowie den Detailhandel mit Schuhen und Bekleidung als Fokusbranchen bezeichnet; SECO, FlaM-Bericht vom 5. Mai 2014, S. 14.

55 Ebd., S. 14 und 17 ff. zu den Ergebnissen der verschiedenen Kontrollen von PK und TPK; vgl. zum Ganzen zusammenfassend Medienmitteilung des SECO vom 5. Mai 2014.

Mit der deutlichen Zunahme des Kontrollaufwands beider Kommissionen, wurde gleichzeitig ein Vollzugsdefizit bei den Paritätischen Kommissionen festgestellt: Teilweise bestehen qualitative Unterschiede bei den Kontrollen, insbesondere wenn diese von Kontrollvereinen vorgenommen werden.[56] Die regionalen PK scheinen bei der Nachverfolgung der Resultate der Lohnkontrollen an organisatorische Grenzen zu stossen. Deshalb sind vermehrt Resultate nicht an die kantonalen Behörden weitergeleitet worden. Um Abhilfe zu schaffen, strebt das SECO insgesamt eine Professionalisierung der Kontrollen und der Tätigkeit der PK an. Deshalb hat das SECO ein Projekt lanciert, welches *Massnahmen zur Verbesserung des Vollzuges der flankierenden Massnahmen* vorsieht. Dabei soll auch die Zusammenarbeit unter den PK weiter ausgebaut werden. In der vom SECO in Auftrag gegebenen Standortbestimmung GAV wurden die folgenden Massnahmen identifiziert:

- *«Mit dem Ziel, einen qualitativ hochstehenden GAV-Vollzug zu gewährleisten, wird im Rahmen der Kontakte des SECO mit den Sozialpartnern und den PK auf eine Professionalisierung der Vollzugspraxis der PK hingearbeitet.*
- *Zwecks Verbesserung der AVE-Verfahren in qualitativer und quantitativer Hinsicht ist das seit kurzem bestehende Aufsichts- und Controlling-Konzept umzusetzen.*
- *Speditivere Abwicklung der AVE-Verfahren durch eine optimale Nutzung von Informationstechnologien und Einführung von Ordnungsfristen für die Behörde und die Gesuchsteller.*
- *Durchführen einer umfassenden Analyse der Geschäftsführung der Kassen von AVE GAV und der diesbezüglichen Aufsicht des SECO.*
- *Änderung des AVEG zwecks Verstärkung der Bekämpfung von missbräuchlichen Lohn- und Arbeitsbedingungen.»*[57]

Vor diesem Hintergrund wurde das Projekt «Professionalisierung der PK» ein Musterprozess erarbeitet. Dieser soll in den Branchen mit allgemeinverbindlich erklärten GAV auf Bundesebene das Verfahren für die Kontrolle der Lohn- und Arbeitsbedingungen dokumentieren und die Rollen der verschiedenen Akteure aufzeigen.[58] Dieser bildet zudem die Basis für verschiede Schulungsveranstaltungen.[59]

Neben diesen Vollzugsverbesserungen fordern die Sozialpartner gleichzeitig weitere Verschärfungen des Entsendegesetzes[60] um den Kampf

---

56 SECO, Bericht GAV-Standortbestimmung, Mai 2014, S. 71.

57 SECO, Bericht GAV-Standortbestimmung, Mai 2014, S. 114.

58 SECO, Musterprozess zum Vollzug der flankierenden Massnahmen durch die paritätischen Kommissionen, S. 3 ff.

59 Medienmitteilung des SECO vom 3. Juli 2013.

60 Bundesgesetz über die flankierenden Massnahmen bei entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern und über die Kontrolle der in Normalarbeitsverträgen vor-

gegen Lohndumping weiter voranzutreiben. Vor diesem Hintergrund hat die *Unia in Zürich eine kantonale Initiative* lanciert und möchte erreichen, dass die Behörden eine sofortige Betriebseinstellung und Arbeitsunterbrüche anordnen können, sofern ein begründeter Verdacht auf eine Verletzung der Lohn- und Arbeitsschutzmassnahmen gemäss Entsendegesetz besteht.[61] Eine weitere Voraussetzung ist die Mitwirkung des verdächtigen Arbeitgebers an der Feststellung des Sachverhaltes. Aktuell finden Betriebsschliessungen erst bei nachweislichen und wiederholten Verstössen statt.[62] Mit diesen neuen Zwangsmassnahmen will die Gewerkschaft sicherstellen, dass insbesondere auf Grossbaustellen zu fairen Bedingungen gearbeitet wird. Tatsächlich stellte zuletzt die Grossbaustelle in der Zürcher Innenstadt bzw. der Umbau einer Filiale des spanischen Modehauses ZARA ein Problem dar. Gemäss Aussagen der Gewerkschaft sind rund 100 Arbeitnehmer betroffen und erhalten nach der Einigung 450 000 Franken Lohn von ihrem Arbeitgeber nachgezahlt. Dieses Ergebnis wurde allerdings erst nach zähen Verhandlungen realisiert.[63] Um den Kampf gegen derartige Fälle und gegen das Lohndumping weiterhin voranzutreiben, sieht die Initiative die Möglichkeit vor, dass die kantonale Behörde die Baustelle oder Arbeitsstätte bei dringendem Verdacht auf Lohndumping schliessen kann, bis der Arbeitgeber die Einhaltung der Arbeitsbedingungen nachweisen kann bzw. allfällige Nachzahlungen vorgenommen hat.[64] Damit wird nach Ansicht der federführenden Gewerkschaft der kantonalen Behörde ein griffiges Mittel gegeben. Allerdings ist in diesem Zusammenhang fraglich, ob diese Initiative nicht die Gesetzgebungskompetenz des Bundes im Rahmen der flankierenden Massnahmen verletzt. Die flankierenden Massnahmen zur Personenfreizügigkeit und damit das Entsendegesetz sind Bundesrecht, den Kantonen obliegt lediglich der Vollzug. Ob eine Verletzung der derogatorischen Kraft des Bundesrechts vorliegt, muss indessen noch geprüft werden. Ebenfalls problematisch ist die präjudizierende Wirkung einer vorläufigen Schliessung auf Verdacht. Weiter bedienen sich die Initianten mit der Wendung «dringender Verdacht» eines strafrechtlich geprägten Begriffs, dessen Auslegung in diesem Zusammenhang ungeklärt erscheint und zu erheblicher Rechtsunsicherheit sowie potenziell erheblichen Schädigungen führen kann, wenn sich die Schliessung im Nachhinein als unnötig erweist.

---

gesehenen Mindestlöhne (Entsendegesetz) vom 8. Oktober 1999 (Stand am 15. Juli 2013), SR 823.20.

61 Art. 1 EntsG.

62 NZZ «Druck aus den Kantonen auf flankierende Massnahmen» vom 1. April 2104, S. 13.

63 NZZ «Die Unia drückt aufs Gaspedal» vom 12. März 2014, S. 19.

64 Medienmitteilung der Unia «Unia Zürich lanciert kantonale Lohndumping-Initiative» vom 11. März 2014.

Ebenfalls mit keinem Wort erwähnt wird die Schwierigkeit und Ungenauigkeit des Lohnvergleiches an sich.[65]

Der Kanton Basel-Land hat mit dem Arbeitsmarktaufsichtgesetz[66] seit dem Dezember 2013 eine Konkretisierung der bundesrechtlichen Regelung mit einem ähnlichen Inhalt. § 15 AMAG sieht entsprechend der Forderung der Unia Zwangsmassnahmen vor beim Verdacht auf Verstösse gegen allgemeinverbindlich erklärte Arbeits- und Lohnbedingungen. Gemäss § 15 Abs. 4 AMAG kann die Einstellung des Betriebes verfügt werden. Verweigern die Arbeitgeber ihre Mitwirkung, indem sie den Kontrollorganen keinen Zugang verschaffen oder sich weigern die Identität der Arbeitnehmenden preiszugeben, kann dies ebenfalls zu einer Zwangsmassnahme führen. Gemäss § 15 Abs. 4 AMAG wird diese wieder aufgehoben sobald die Gründe entfallen.

b. Internationale Arbeitsorganisation (IAO/ILO)

Das *ILO Übereinkommen Nr. 189* wurde an der 100. Konferenz der ILO im Jahr 2011 angenommen. Es legt fest, dass die Hausangestellten nicht benachteiligt werden dürfen und ein Recht auf Wahrung ihrer grundlegenden Rechte und Sozialschutz haben.[67] Das Übereinkommen enthält Bestimmungen zu den Lebens- und Arbeitsbedingungen, der Arbeitszeit, über die Vergütungen sowie zur Sicherheit am Arbeitsplatz. Dabei sind bestimmte Personengruppen, wie Jugendliche und Migrant/innen besonders schutzbedürftig. Die ILO-Übereinkommen bedürfen der Ratifikation und der Umsetzung. In der Schweiz gelten bereits die arbeitsrechtlichen Schutzbestimmungen für Hausangestellte. Ebenfalls wurde der erste gesamtschweizerische Normalarbeitsvertrag mit einem Mindestlohn für die Hausangestellten im Januar 2011 in Kraft gesetzt und am 1. Januar 2014 mit einer Lohnanpassung bis Ende 2016 verlängert.[68] Da der Schutz der Hausangestellten in der Schweiz damit bereits auf hohem Niveau vorhanden ist, kann das Übereinkommen ratifiziert werden, ohne dass weitere Re-

---

[65] Vgl. zu dieser Problematik weiterführend JEAN-FRITZ STÖCKLI, Die Kontrolle der Einhaltung allgemeinverbindlicher Gesamtarbeitsverträge bei Entsendung, in: ArbR 2012, S. 95 ff., 101 ff.

[66] Gesetz über die Arbeitsmarktaufsicht und über Entsendungen von Arbeitnehmenden und Dienstleistungserbringenden in die Schweiz des Kantons Basel-Land (Arbeitsmarktaufsichtsgesetz) vom 12. Dezember 2013.

[67] Botschaft zum Übereinkommen (Nr. 189) der Internationalen Arbeitsorganisation über menschenwürdige Arbeit für Hausangestellte, 2011, und Berichte über die Empfehlung (Nr. 201) betreffend menschenwürdige Arbeit für Hausangestellte, 2011, sowie über die Empfehlung (Nr. 202) betreffend den sozialen Basisschutz, 2012, BBl 2013 6927.

[68] Siehe unten S. ■■.

formen nötig sind.[69] Im Nationalrat wurde die Ratifikation allerdings als «reine Symbolhandlung» kritisiert, ebenfalls wurde befürchtet, dass sich zu einem späteren Zeitpunkt doch noch gesetzgeberischer Handlungsbedarf ergeben würde. In der Sommersession stimmte das Parlament der Ratifikation trotzdem zu.[70]

Das *Seearbeitsübereinkommen der ILO* ist am 20. August 2013 in Kraft getreten. Die Schweiz hatte dieses Übereinkommen bereits vor zwei Jahren ratifiziert. Für das Inkrafttreten waren allerdings Ratifikationen von 30 Mitgliedstaaten erforderlich, die über einen Drittel der Welthandelstonnage verfügen mussten.[71] Somit werden 68 internationale Arbeitsstandards für Seeleute vereinheitlicht. Dabei werden die ratifizierenden Staaten dazu verpflichtet, eine menschenwürdige Beschäftigung, grundlegende Arbeitsplatzsicherheit sowie Sozialschutz und medizinische Betreuung sicherzustellen. Zudem soll die Gesetzgebung des Mitgliedstaates das Recht auf Vereinigungsfreiheit garantieren. Jegliche Form von Zwangs- oder Pflichtarbeit, Kinderarbeit und Diskriminierung am Arbeitsplatz soll unterbunden werden. Ein gewisser Umsetzungsspielraum bestand für die Mitgliedstaaten im Bereich der sozialen Sicherheit. Dort mussten die Staaten mindestens drei von maximal neun Bereichen wählen, die erfüllt werden müssen. Die Schweiz hat sich dabei in den Bereichen der medizinischen Betreuung, des Krankentaggeldes und zur Sicherstellung von Leistungen bei Arbeitsunfällen verpflichtet.[72]

6. Stagiaires

Im Zusammenhang mit den Stagiaires-Programmen des Bundes haben sich in der laufenden Berichtsperiode soweit ersichtlich keine Neuerungen ergeben.

---

69 Botschaft zum Übereinkommen Nr. 189, S. 6957.

70 Allerdings mit einer relativ knappen Mehrheit von 106 zu 73 Stimmen, vgl. Jurius, Besserer Schutz für Hausangestellte: Parlament stimmt Abkommen zu, in: Jusletter vom 16. Juni 2014.

71 VIOLA HEUTGER, Zum Inkrafttreten des Seearbeitsübereinkommens der Internationalen Arbeitskonferenz (ILO) am 20. August 2013, in: Jusletter vom 16. September 2013, S. 1 ff., 2.

72 Ebd.

II. Individualarbeitsrecht

1. Teilzeitarbeit

Gemäss der aktuellen Arbeitskräfteerhebung hat die erwerbstätige Bevölkerung in der Schweiz seit 2003 um 12,6% zugenommen. Dabei ist die Anzahl der Teilzeit Erwerbstätigen dreimal mehr angestiegen als jene der Vollzeiterwerbstätigen (24,5% im Vergleich zu 7,1%). Die Teilzeitarbeit gewinnt dabei erneut an Bedeutung. Insbesondere der Anteil der Männer hat sich in den letzten Jahren um 43% erhöht (bei den Frauen 19,9%). Gleichzeitig ist eine Verschiebung zu einem höheren Beschäftigungsgrad zu beobachten, die Zahl der Teilzeiterwerbstätigen mit einem Beschäftigungsgrad zwischen 50 und 89% hat um 41,5% zugenommen. Als Begründung für die Teilzeitarbeit wurden in rund der Hälfte aller Fälle familiäre Gründe angegeben. Betrachtet man die Teilzeit Erwerbstätigen nach der beruflichen Stellung, fällt auf, dass nur 19,6% der Arbeitnehmenden in der Unternehmensleitung Teilzeit arbeiten.[73]

2. Gleichbehandlung der Geschlechter, Chancengleichheit

a. Allgemeines

Nach zehn Jahren Gültigkeit hat der Bundesrat seine *Weisungen zur Verwirklichung der Chancengleichheit* überprüft. Weiterhin zweckmässig sind die Ziele und die Ausgestaltung der Weisungen. Aus diesem Grund werden sie auch nicht angepasst. Verbessert werden sollen allerdings die Begleitung und das Monitoring. Der Bundesrat wird nämlich den Geschäftsprüfungs- und Finanzkommissionen der beiden Räte im Zusammenhang mit dem Reporting Personalmanagement Bundesverwaltung neu jährlich Bericht erstatten. So können die strategischen Sollwerte und Indikatoren für das Personalmanagement besser beurteilt werden.[74]

b. Lohngleichheit

Der 2009 lancierte *Lohngleichheitsdialog* ging Ende Februar 2014 nach fünf Jahren zu Ende. Die Resonanz in der Privatwirtschaft war leider nicht wie erwartet, immerhin haben insgesamt 23 Unternehmen den Lohn-

[73] Medienmitteilung des BFS vom 25. April 2013.

[74] Medienmitteilung des Bundesrates vom 9. Oktober 2013.

gleichheitsdialog abgeschlossen.[75] Das neue, nachfolgende Instrument ist das *«Engagement Lohngleichheit»,* welches den Unternehmen ebenfalls ermöglicht die Lohngleichheit in den Unternehmen zu analysieren und bei allfälligem Handlungsbedarf entsprechende Massnahmen vorzunehmen. Dabei kann die Lohnanalyse durch eine Arbeitnehmerorganisation unterstützt oder mithilfe einer internen Arbeitnehmervertretung durchgeführt werden.[76]

Auch der Bund versucht die Lohngleichheit weiter durchzusetzen. Öffentliche Aufträge vergibt er nur, wenn das Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen[77] eingehalten wird. Dazu gehören neben den arbeitsgesetzlichen Schutzmassnahmen auch die Einhaltung der Lohngleichheit zwischen Frau und Mann. Um diese weiterhin sicherzustellen, hat der Bund Leitlinien verabschiedet.[78] Gemäss diesen werden Kontrollen durchgeführt, die mittels Regressionsanalyse den Einfluss von einzelnen Faktoren auf den Lohn überprüfen. Sind trotz einer Toleranzschwelle von 5% statistische Lohnunterschiede vorhanden, kann gemäss Art. 6 Abs. 5 VöB[79] eine Konventionalstrafe verhängt werden. Ebenfalls kann der Anbieter aus dem Beschaffungsverfahren ausgeschlossen werden, der Zuschlag widerrufen oder der Vertrag gekündigt werden.[80]

c. Vereinbarkeit von Beruf und Familie

Die Chancengleichheit der Frauen und Männer im Erwerbsleben wird vom Bund mit *Finanzhilfen* gefördert. Dazu stehen dem Bund insgesamt rund vier Millionen Franken zur Verfügung.[81] Diese werden vom Eidgenössischen Büro für die Gleichstellung von Frau und Mann vergeben. Dabei werden insbesondere praxisnahe Projekte mit langfristiger Wirkung unterstützt, beispielsweise in den Bereichen Lohngleichheit, Vereinbarkeit von Beruf und Familie, Prävention von sexueller Belästigung am Arbeits-

---

75 Medienmitteilung der Trägerschaft des Lohngleichheitsdialogs vom 30. Juni 2014; NZZ online «Grosse Hemmung in den Schweizer Firmen» vom 11. Oktober 2013.

76 http://www.ebg.admin.ch/themen/00008/00072/00 596/index.html?lang=de (zuletzt besucht am 23. September 2014).

77 SR 172.056.1.

78 Eidg. Departement des Innern (EDI) und die Beschaffungskonferenz des Bundes (BKB), Kontrolle der Einhaltung der Lohngleichheit zwischen Frau und Mann im Beschaffungswesen des Bundes, Leitlinien, 2014.

79 Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen, SR 172.056.11.

80 Ebd. S. 3.

81 Medienmitteilung des Eidg. Büros für Gleichstellung von Frau und Mann vom 4. November 2013.

platz.[82] In diesem Rahmen wurde beispielsweise das innovative und preisgekrönte Projekt «Fachausweis Unternehmensführung KMU» unterstützt.[83] In diesem Programm konnten Führungspersonen, die in Familienunternehmen tätig sind, über eine Validierung von praktischer Berufserfahrung einen Bildungsabschluss erhalten. Konkret handelt es sich dabei oftmals um Partnerinnen von KMU-Inhabern, die sich ihr Managementwissen oftmals ohne formelle Ausbildung angeeignet haben.[84] Neu können nun auch Vorprojekte beantragt werden. Während dieser Dauer wird dann ein Konzept für das Hauptprojekt erarbeitet sowie dessen Machbarkeit und Bedarf abgeklärt. Dabei werden maximal 15 000 Franken ausgeschüttet.[85]

Ebenfalls finanziell unterstützt wird seit dem Februar 2003 die *Schaffung von zusätzlichen Kinderbetreuungsplätzen*. Die dabei neu geschaffenen Betreuungseinrichtungen leisten einen erheblichen Beitrag zur Verbesserung der Vereinbarkeit von Beruf und Familie. Ende 2015 läuft dieses Impulsprogramm nach zwölf Jahren aus. Die dritte durchgeführte Evaluationsstudie kommt zum Ergebnis, dass ohne einen familienexternen Betreuungsplatz rund die Hälfte der befragten Eltern die Erwerbstätigkeit entweder aufgeben oder deutlich reduzieren müsste. Die gewonnene Zeit wird hauptsächlich zur Erwerbstätigkeit eingesetzt. So geben 45% der Eltern der Kinder in einem schulergänzenden Programm an, dass sie die Erwerbstätigkeit ohne den Platz reduzieren oder aufgeben müssten. Ohne Betreuungsplatz in einer Kindertagesstätte müssten gemäss der Evaluation sogar 65% der Eltern die Erwerbstätigkeit reduzieren bzw. aufgeben. Ebenfalls zeigt die Evaluation des Impulsprogrammes, dass die Finanzierungsprojekte einen nachhaltigen Charakter haben. So sind 95% der Einrichtungen für schulergänzende Kinderbetreuungen noch in Betrieb. Ebenfalls hat die Auslastung der Plätze in den letzten Jahren zugenommen, deshalb konnten die nun weggefallenen Finanzhilfen ebenfalls kompensiert werden. Dieses Programm kann somit als Erfolg gewertet werden. Insgesamt wurde die Schaffung von 45 000 neuen Betreuungsplätzen unterstützt. Dies entspricht einer Erhöhung von mehr als 80% des Platzangebots.[86]

Bereits im Jahr 2011 hat die Basler Ständerätin ANITA FETZ das Postulat «Freiwillige Elternzeit und Familienvorsorge» eingereicht.[87] In Erfül-

---

[82] Vgl. Bericht 2013 zu den Finanzhilfen nach dem Gleichstellungsgesetz zur Förderung der Chancengleichheit im Erwerbsleben des Eidg. Gleichstellungsbüros von Frau und Mann, insb. S. 6 zu einzelnen Projekten.

[83] Das vom schweizerischen Gewerbeverband und der Organisation KMU Frauen Schweiz wurde am 15. Oktober in Brüssel ausgezeichnet im Zusammenhang mit dem Programm «Lebenslanges Lernen»; ebd. S. 6.

[84] Ebd.

[85] Medienmitteilung des EDI vom 13. Mai 2014.

[86] Medienmitteilung des Bundesamts für Sozialversicherungen (BSV) vom 19. Dezember 2013.

[87] Insgesamt wurden in den letzten zehn Jahren 26 Vorstösse auf Bundesebene eingereicht, welche die Prüfung eines Vaterschafts- bzw. Elternurlaubs verlangten; Be-

lung dieses Postulats hat der Bundesrat einen Bericht über *Vaterschaftsurlaub und Elternurlaub* verfasst. Darin wird die aktuelle Situation in der Schweiz und auf internationaler Ebene erläutert. Im Bericht werden acht Modelle aufgezeigt, welche einen Vaterschafts- oder Elternurlaub vorsehen und möglicherweise auf die Schweiz übertragbar wären:

- Modell 1, Urlaubsregelung im OR: Den Vätern bzw. den Eltern würde eine obligationenrechtliche und grundsätzlich unbezahlte Urlaubsmöglichkeit eingeräumt. Dieses Modell verursacht keine zusätzlichen Kosten, allerdings kann es zu einer indirekten Diskriminierung kommen, wenn vor allem die Frauen den Urlaub beziehen. Zudem sind nur die Arbeitnehmenden Eltern und nicht die Selbständigerwerbenden anspruchsberechtigt.
- Modell 2, Erweiterung Auszahlungszweck Säule 3a: Das angesparte Vorsorgeguthaben der Säule 3a könnte um den Auszahlungszweck «Finanzierung des Elternurlaubs» erweitert werden. Nachteilig an diesem Modell wäre ähnlich dem Modell 1, dass nur besserverdienende Eltern davon zu profitieren. Zudem haben junge Paare ausbildungsbedingt bei der Familiengründung oft noch nicht ein ausreichendes Kapital aufgebaut.
- Modell 3, freiwillige Elternurlaubsvorsorge: Bei diesem Modell soll eine neuartige Vorsorgeform geschaffen werden mit dem Zweck, das Urlaubsguthaben aufzubauen. Ähnlich der dritten Säule werden diese Guthaben auch steuerlich privilegiert, und bei der Geburt des Kindes wird das Guthaben dann ausbezahlt. Nachteilig wäre hier, dass bedeutende Steuerausfälle des Bundes drohen. Zudem kommen auch hier die bereits beim Modell 2 erwähnten Bedenken der einseitigen Privilegierung der Besserverdienenden zum Tragen. Der Eintritt des Vorsorgefalls in diesem Sinne ist im Gegensatz zum Alter oder Krankheit ungewiss und hängt zusätzlich vom Willen des Paares ab. Kommt also trotz angespartem Vermögen kein Kind auf die Welt, dient das Instrument nicht der Finanzierung des Elternurlabs, sondern einer zusätzlichen Steuereinsparung.
- Modell 4, eine Woche Vaterschaftsurlaub mit Lohnfortzahlung: Dieses Modell sieht eine einwöchige Lohnfortzahlung für arbeitnehmende Väter vor. Dies würde vom Arbeitgeber finanziert, und die geschätzten Lohnkosten würden sich auf 110 Millionen Franken belaufen. Auch hier sind wiederum nur die Arbeitnehmer begünstigt und die selbständig Erwerbstätigen ausgeklammert.
- Modell 5, Vaterschaftsurlaub EO – 4 Wochen: Alle Arbeitnehmenden und selbständig Erwerbstätigen könnten einen Vaterschaftsurlaub von vier Wochen beziehen. Die Entschädigung würde dabei von der Erwerbsersatzordnung getragen. Die Einkommensersatzrate würde eben-

---

richt des Bundesrates, Vaterschaftsurlaub und Elternurlaub, Auslegeordnung und Präsentation unterschiedlicher Modelle vom 30. Oktober 2013, S. 6.

falls bei 80% festgesetzt. Die zusätzlichen Kosten würden 385 Millionen Franken pro Jahr betragen. Dieses Modell bewirkt ausser einer Erhöhung der Lohnkosten und den bei allen Modellen bestehenden indirekten Kosten aufgrund der Absenzen keine besonderen Nachteile.

- Modell 6, Elternurlaub EO – 16 Wochen: Den Arbeitnehmenden und selbständig Erwerbstätigen werden insgesamt 16 Wochen Elternurlaub gewährt. Dabei verfügt jeder Elternteil über einen individuellen und nicht übertragbaren Anspruch von vier Wochen. Sofern alle anspruchsberechtigten Eltern die gesamte Dauer des Urlaubs beziehen, entstehen Kosten von bis 1180 Mio. Franken. Vorteilhaft ist wie bei allen durch die EO finanzierten Vorschläge, dass die Finanzierung paritätisch ist und die Kosten auf die Unternehmen, die Arbeitnehmenden und die selbständig Erwerbstätigen verteilt werden können. Nachteilig könnte sich hier auch wieder die möglicherweise längere Abwesenheit der Frau auswirken. Zudem bestehen Bedenken bei der Durchführung, die insbesondere mit einem erhöhten Kontrollaufwand verbunden sein könnte.
- Modell 7, Elternurlaub EO – 24 Wochen: Dieses Modell wurde bereits von der Eidgenössischen Koordinationskommission im Jahr 2010 vorgestellt und sieht unter den gleichen Bedingungen wie Modell 6 insgesamt 24 Wochen vor. Gegen dieses Modell sprechen insbesondere die hohen Kosten. Entweder steigen die Lohnkosten um ca. 0,5%, oder die Mehrwertsteuer muss erhöht werden. Auch hier kommen die soeben geäusserten Bedenken betreffend die Durchführung zum Tragen.
- Kombimodell 8: Dieses Modell kombiniert verschiedene Massnahmen. Dabei könnte beispielsweise das individuelle Recht auf einen 16-wöchigen Elternurlaub ohne Anspruch auf Lohnzahlung mit einem individuellen Vaterschaftsanspruch von vier Wochen verbunden werden. Zudem könnten die Arbeitnehmenden das in der Säule 3a gebundene Vermögen für die Finanzierung des Elternurlaubs verwenden. Die Kombination verschiedener Ansätze führt zu den geringsten Steuerausfällen und ist mit knapp 400 Mio. Franken vergleichsweise Kostengünstig.

Positiv bewertet wird die grösstmögliche Freiheit, die Nachteile finden sich in den ■■■ bei den dargestellten Modellen 1, 2 und 5.[88] Der Bundesrat kommt zum Ergebnis, dass die Einführung eines Vaterschafts- oder Elternurlaubes nicht die erste Priorität hat, da nur die unmittelbare Zeit nach der Geburt betroffen ist. Gleichwohl ist unbestritten, dass ein Vaterschaftsurlaub die gemeinsame Kinderbetreuung von der Geburt an ermög-

[88] Vgl. zum Ganzen: Bericht des Bundesrates, Vaterschaftsurlaub und Elternurlaub, Auslegeordnung und Präsentation unterschiedlicher Modelle vom 30. Oktober 2013, S. 44 ff.

licht und dabei auch die Väter am Familiengeschehen intensiv teilhaben können. Um die Vereinbarkeit von Familie und Beruf weiterhin zu verbessern hat der Bundesrat zudem in Auftrag gegeben, zu prüfen, ob eine Regelung geschaffen werden sollte, die es den Arbeitnehmenden ermöglicht, nach der Geburt eines Kindes das Pensum um 80% zu reduzieren. Dies wäre eine Lösung in Anlehnung an die bereits bestehende Regelung für das Bundespersonal.[89]

3. Lohn

a. Mindestlohninitiative

Überraschend deutlich wurde die vom Schweizerischen Gewerkschaftsbund lancierte «Mindestlohninitiative» abgelehnt. Nur 23,7% des Volkes befürworteten die Vorlage. Sogar in den traditionell eher linksorientierten westschweizer Kantonen war die Zustimmung sehr gering. Gleichwohl spricht die SP von einem Erfolg, da der Mindestlohn von 4000 Franken zu einer Art Referenzwert geworden sei und dass viele Unternehmen die Löhne von sich aus angehoben haben.[90] Die Ablehnung der Initiative wurde vom Arbeitgeberverband begrüsst und wird als Signal für einen liberalen Arbeitsmarkt gedeutet. Auswirken dürfte sich das nationale «Nein» zum Mindestlohn auch auf die kantonalen Bestrebungen, einen Mindestlohn einzuführen. So ist die Abstimmung im Kanton Wallis für einen Mindestlohn ebenfalls deutlich abgelehnt worden. Dies trotz einer gemässigteren Vorlage, die lediglich einen Mindestlohn von 20 Franken vorgesehen hätte.[91]

b. Arbeitsrechtliche Konsequenzen der «Abzockerinitiative»

Die Abzockerinitiative konnte zwei Monate vor Fristablauf umgesetzt werden. Die Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften (VegüV)[92] trat am 1. Januar 2014 in Kraft.[93] In der Vernehmlassung wurde der ursprüngliche Titel «Verordnung gegen die Abzockerei» wegen fehlender Sachlichkeit und Neutralität

---

89 Medienmitteilung des Bundesrates vom 30 Oktober 2013.

90 NZZ «Mindestlohn selbst am Jurabogen chancenlos» vom 19. Mai 2014, S. 9.

91 NZZ «Kein kantonaler Mindestlohn» vom 19. Mai 2014, S. 9.

92 SR 221.331; vgl. MEIER-GUBSER, STEFANIE: Arbeitsrechtliche Aspekte der Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsekotierten Aktiengesellschaften, in: AJP 2013, S. 1567 ff.

93 Medienmitteilug des Bundesrates vom 20. November 2013.

kritisiert.[94] Begrüsst wurde hingegen die schnelle und wortgetreue Umsetzung. Art. 1 VegüV definiert zunächst den Geltungsbereich, die neuen Regelungen finden Anwendung auf börsenkotierte Aktiengesellschaften nach den Art. 620 ff. des Obligationenrechts.

Art. 20 VegüV zählt die unzulässigen Entschädigungen auf. Dazu gehört insbesondere die Abgangsentschädigung, die vertraglich vereinbart oder statutarisch vorgesehen wurde. Eine derartige Vergütung muss im Vergütungsbericht offengelegt werden und unterliegt der Zustimmung der Generalversammlung.[95] Keine Abgangsentschädigung in diesem Sinne ist eine Vergütung, die bis zur Beendigungen des Vertragsverhältnisses geschuldet ist (Art. 12 Abs. 2 Ziff. 2 VegüV, z.B. die Lohnfortzahlung beim Arbeitsvertrag).[96] Von Art. 20 Ziff. 2 VegüV ausgenommen sind Antrittsprämien. Diese stellen keine unzulässige Vergütung dar, da es sich dabei um eine Entschädigung handelt, die dem Mitglied des Verwaltungsrates oder der Geschäftsleitung zugestanden wäre, wenn es nicht die Unternehmung gewechselt hätte.[97] Eingeschränkt wurde ebenfalls Art. 20 Ziff. 3 VegüV, Provisionen für Umstrukturierungen sind nur unzulässig, wenn sie konzerninterne Abläufe betreffen. Dort besteht die besondere Gefahr, dass diese wirtschaftlich nicht gerechtfertigt sind.[98]

Art. 24 VegüV regelt die Strafbarkeit der Mitglieder des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung und des Beirates neu detaillierter. Die Bestimmung verlangt als subjektives Tatbestandselement direkten Vorsatz und schliesst mit der Wendung «wider besseres Wissen» den Eventualvorsatz aus.[99] Die Bemessung der Geldstrafe wird über das Tagessatzsystem erfolgen. Die entsprechende, kapitalisierte Höchstsumme könnte sich im Zusammenhang mit der verfassungsrechtlich geforderten Maximalsumme als zu niedrig erweisen. Aus diesem Grund ist das Gericht gemäss Art. 24 Abs. 3 VegüV nicht an den täglichen Höchstbetrag von 3000 Franken gebunden.[100] Höchstgrenze ist jedenfalls die sechsfache Jahresvergütung, die im Zeitpunkt der Straftat mit dem Unternehmen vereinbart war.

Die Verordnung ist mit dem Jahresbeginn 2014 in Kraft getreten. Damit ist sie verbindlich für alle börsenkotierten Aktiengesellschaften. Al-

---

94 Zusammenfassung der Stellungnahmen zum Vorentwurf der Verordnung gegen die Abzockerei vom 4. September 2013, S. 3. Zudem kommt das Wort Abzockerei nicht im französischen Wortschatz vor, vgl. Zusatzbericht zum Entwurf zur Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsekotierten Aktiengesellschaften (VegüV) vom 8. Oktober 20013, S. 3.

95 Ebd.

96 Zusatzbericht zum Entwurf zur Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsekotierten Aktiengesellschaften (VegüV) vom 8. Oktober 20013, S. 3.

97 Ebd., S. 12.

98 Ebd.

99 Zusatzbericht zum Entwurf zur Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsekotierten Aktiengesellschaften (VegüV) vom 8. Oktober 20013, S. 15.

100 Ebd., S. 17.

lerdings wird in mehreren Bereichen eine Übergangsfrist gewährt um die die Statuten, die Abläufe, Reglemente und Verträge an die zwingenden Vorgaben anzupassen (vgl. Art. 26 ff. VegüV). Die Anpassung von altrechtlichen Arbeitsverträgen muss beispielsweise innerhalb von zwei Jahren erfolgen.

4. Whistleblowing

Weiterhin aktuell ist die Regelung der Voraussetzungen einer rechtmässigen Meldung eines Arbeitnehmers, die auf Unregelmässigkeiten am Arbeitsplatz hinweist. In der laufenden Berichtsperiode konnte im Gesetzgebungsprozess die nächste Hürde genommen werden. Zu der bereits in der Vorauflage[101] diskutierten Teilrevision hat der Bundesrat nun die Botschaft veröffentlicht. Der Kündigungsschutz nach einer rechtmässigen Meldung wird dabei vorerst nicht ausgebaut.[102]

Gemäss der Botschaft sollen die neuen Regelungen Art. 321a^{bis} bis 321a^{quinquies} E-OR die Voraussetzungen regeln, unter denen eine Meldung von Unregelmässigkeiten zulässig ist. Systematisch konkretisieren sie die Treuepflicht des Arbeitnehmers und sind deshalb nach Art. 321a OR eingeordnet.[103] Die bereits von der Rechtsprechung entwickelte Kaskadenstruktur wurde beibehalten, allerdings wurde der Wortlaut beträchtlich verändert, um der Kritik in der Vernehmlassung Rechnung zu tragen.[104] Zunächst wurde der Begriff «Missstände» durch den Begriff «Unregelmässigkeiten» ersetzt. Dieser wird auch in Art. 22a Abs. 4 BPG[105] verwendet und schafft somit Klarheit. Ebenfalls geändert wurde die Terminologie im Zusammenhang mit dem Grad der Gewissheit für die Zulassung einer Meldung. Neu wird damit ein «hinreichender Verdacht» verlangt. Weiter ist eine direkte Meldung an die Behörde zwar möglich, allerdings werden die Voraussetzungen dazu gesetzlich geregelt und konkretisiert. Grundsätzlich unzulässig ist diese allerdings, wenn bereits ein internes Meldesystem vorhanden ist. Konkret werden drei Fälle aufgezeigt in denen gleichwohl eine direkte Meldung an die Behörde möglich ist: erstens wenn die Personen, welche die Meldung intern bearbeiten sollen nicht unabhängig vom Urheber der Straftat sind; zweitens wenn der Arbeitgeber nicht oder unge-

---

101 Vorauflage JAR 2013, S. 6 f.

102 Medienmitteilung des Bundesrates vom 20. November 2013.

103 Botschaft über die Teilrevision des Obligationenrechts (Schutz bei Meldung von Unregelmässigkeiten am Arbeitsplatz) vom 20. November 2013, S. 9513 ff., 9545.

104 Ebd., S. 9545 f.

105 Bundespersonalgesetz, SR 172.220.

nügend auf eine frühere Meldung reagiert hat oder drittens wenn Vergeltungsmassnahmen ergriffen wurden.[106]

Im Vorentwurf wurde noch vorgesehen, dass eine Meldung an die Öffentlichkeit unter Umständen zulässig sei, wenn die Behörde nicht in nützlicher Frist angemessene Schritte unternimmt. Dieser Punkt war einer der umstrittensten im Vernehmlassungsverfahren und wird in Art. 321a^{quinquies} geregelt.[107] Mit einer Veröffentlichung einer (vermeintlichen) Unregelmässigkeit werden die Arbeitgeberinteressen stark tangiert. Zudem ist dem Arbeitnehmer gar nicht zwingend bekannt, was die Behörde unternimmt. Dabei besteht die Gefahr, der subjektiven Beurteilung des Whistleblowers zu viel Raum zu lassen. Aus diesem Grund wurde die *ultima ratio* enger formuliert. In diesem Sinne wird in der Botschaft vorgeschlagen die Rolle des Arbeitnehmenden auf diejenige des Informanten der Behörde zu beschränken und eine vorgängige Inkenntnissetzung der Behörde verlangt. Der Arbeitnehmer, der Meldung erstattet hat, muss in Erfahrung bringen können, wie mit seiner Meldung weiterverfahren wird. Dies ist dem Informationsrecht der strafanzeigenden Person gem. Art. 301 StPO[108] nachempfunden. Erteilt die Behörde dem Arbeitnehmer die erfragten Auskünfte, ist es ihm verwehrt sich an die Öffentlichkeit zu wenden, da es Sache der Behörden ist, die Sanktionierung der Unregelmässigkeiten sowie die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes sicherzustellen.[109]

Art. 321a^{sexies} E-OR legt fest, dass ein Arbeitnehmer nicht gegen die Treuepflicht verstösst, wenn er sich im Zusammenhang mit einer Meldung von einer Person beraten lässt, die einer gesetzlichen Geheimhaltungspflicht untersteht.[110] Art. 321a^{septies} E-OR macht in Bezug auf Personen, die dem Berufsgeheimnis unterstehen, einen Vorbehalt und unterstellt diese nicht den Regelungen.[111] Alle diese neuen Bestimmungen werden in Art. 362 Abs. 1 E-OR aufgelistet und sind damit relativ zwingend.[112] In Art. 328 Abs. 1 E-OR wird die Problematik der Vergeltungsmassnahmen aufgegriffen. Darunter können alle anderen Massnahmen als eine Kündigung subsumiert werden. Macht der Arbeitnehmer eine rechtmässige Mitteilung, ist eine ordentliche Kündigung nach Art. 336 Abs. 2 lit. d E-OR missbräuchlich. Gleiches gilt auch für die fristlose Kündigung sofern die Treuepflicht eingehalten worden ist.

---

106 Ebd., S. 9546.
107 Ebd., S. 9580.
108 Schweizerische Strafprozessordnung, SR 312.0.
109 Ebd., S. 9554 f. und 9580 f.
110 Ebd., S. 9581.
111 Ebd., S. 9581 f.
112 Ebd., S. 9582 f.

III. Öffentliches Arbeitsrecht

1. Änderungen der Verordnungen zum Arbeitsgesetz

a. Änderung der Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz (ARGV 1)

Am 30. April 2014 hat der Bundesrat die Revision zur Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz[113] verabschiedet. Neu sollen *Stillzeiten* bzw. die aufgewendete Zeit für das Abpumpen gemäss Art. 60 Abs. 2 ArGV 1 teilweise entlöhnt werden. Neu wird nicht mehr unterschieden zwischen Stillen in bzw. ausserhalb des Betriebs. Diese Änderung entspricht den geltenden Regelungen der Nachbarländer und ist mit dem internationalen Recht vereinbar. Aus diesem Grund konnte gleichzeitig das IAO-Übereinkommen Nr. 183 vom 15. Juni 2000 über den Mutterschutz ratifiziert werden und die in diesem Zusammenhang bestehenden Rechtsunsicherheiten beseitigt werden.[114]

b. Änderung der Verordnung 2 zum Arbeitsgesetz (ARGV 2)

Die öffentlich-rechtliche Anstalt Post wurde umstrukturiert und in eine spezialgesetzliche Aktiengesellschaft umgewandelt. Die Angestellten der Post unterstehen aus diesem Grund nicht mehr dem Arbeitszeitgesetz, sondern dem Arbeitsgesetz. Die Verordnung 2 zum Arbeitsgesetz sieht für Nacht-, Sonntags- und Feiertagsarbeit eine Bewilligungspflicht vor.[115] Die Arbeit der Post wird zur Erbringung der Grundversorgung regelmässig zu diesen Zeiten verrichtet. Deshalb haben bereits einige Poststellen das SECO um entsprechende Bewilligungen ersucht. Da mit einer starken Zunahme der Bewilligungsgesuche gerechnet werden muss, stellt sich die Frage, ob es nicht einer neuen Bestimmung bedarf. Die mit den Sozialpartnern geführten Verhandlungen waren zielführend. Die neue Bestimmung Art. 30a ArGV 2 stützt sich auf Art. 27 ArG und würde die Post und andere Anbieter von Postdiensten von der Bewilligungspflicht für Nacht- und Sonntagsarbeit befreien.[116] Sachlich begrenzt ist die Anwendung der Bestimmung auf Sendungen der Grundversorgung. Davon erfasst sind Briefe

---

[113] Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz vom 10. Mai 2000 (Stand am 1. Januar 2013), SR 822.111.

[114] Medienmitteilung des Bundesrates vom 30. April 2014.

[115] Verordnung 2 zum Arbeitsgesetz (Sonderbestimmungen für bestimmte Gruppen von Betrieben oder Arbeitnehmern und Arbeitnehmerinnen) vom 10. Mai 2000 (Stand am 1. Dezember 2013), SR 822.112.

[116] SECO, Erläuternder Bericht zur Änderung der Verordnung 2 zum Arbeitsgesetz (ArGV 2) – neue Sonderbestimmung für Anbieter von Postdiensten (Art. 30a ArGV 2), April 2014.

und Pakete im inländischen Postverkehr sowie abonnierte Zeitungen und Zeitschriften in der Tageszustellung.[117] Ausgenommen vom Geltungsbereich sind Arbeitnehmende die Dienstleistungen am Schalter erbringen und Kundenauskünfte erteilen. Damit soll gegenüber anderen Branchen die Gleichstellung sichergestellt werden.[118]

c. Arbeitszeiterfassung

Wie es sich bereits in den zähen Verhandlungen im letzten Jahr abgezeichnet hatte, konnte die Vorlage zur *Arbeitszeiterfassung* nicht wie geplant dem Bundesrat unterbreitet werden.[119] Die Vernehmlassung hat ergeben, dass die Positionen der einzelnen Akteure noch immer weit auseinanderliegen. Nun wird das SECO eine neue Revisionsvorlage ausarbeiten müssen.[120] Die Sozialpartner sind sich weiterhin uneinig über die Modalitäten der gelockerten Arbeitszeiterfassung. Einerseits besteht nach wie vor das Bedürfnis einer Flexibilisierung, andererseits wird befürchtet, dass der Arbeitnehmerschutz geschwächt werden könnte. Hauptkritikpunkt war der pauschale Charakter der vorgeschlagenen Lohngrenze. Eine starre Grenze hätte zwar den Vollzug vereinfacht, allerdings wären die unterschiedlichen Lohnstrukturen in den verschiedenen Branchen zu wenig berücksichtigt worden. Trotzdem wird die Lösung einer Lohngrenze weiterverfolgt, da die höhere Entlöhnung meist mit einer erhöhten Autonomie und benötigter Flexibilität bezüglich der Arbeitszeitgestaltung einhergeht. Allerdings soll in der neuen Vorlage besser differenziert werden und eine variable Lohngrenze eingeführt werden. Bis zum Inkrafttreten der neuen Regelung bleibt die Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz im aktuellen Wortlaut anwendbar, allerdings genügt für Arbeitnehmende mit den höchsten Löhnen eine vereinfachte Dokumentierung.[121] In diesem Sinn hat das SECO ab Januar 2014 die kantonalen Arbeitsinspektorate aufgefordert, ihre Praxis der Arbeitszeitkontrollen in den Betrieben anzupassen. So soll die Diskrepanz zwischen den gesetzlichen Anforderungen an die Kontrollen und den tatsächlichen Gegebenheiten gemildert werden. Die Kontrollen sollen sich bei gewissen Arbeitnehmenden auf die tägliche Arbeitszeit beschränken. Die Funktion der Arbeitnehmenden muss gewissen Kriterien entsprechen und sie dürfen nicht regelmässig Nachtarbeit leisten. Zudem bedarf es einer schriftlichen Vereinbarung. Die für den Schutz der Arbeitnehmenden enorm wichtigen Regelungen der Arbeits- und Ruhezeiten bleiben allerdings für die meisten Arbeitnehmenden unverändert anwendbar. Die Mög-

---

117 Ebd., S. 2.
118 Ebd., S. 3.
119 Siehe dazu Vorauflage JAR 2013, S. 40 f.
120 Medienmitteilung des WBF vom 5. Juli 2013.
121 Ebd.

lichkeiten für die Überarbeitung der Vorlage werden momentan geprüft, bis Ende Jahr soll ein Bericht über den Stand der Arbeiten ausgearbeitet werden.[122]

2. Entwurf Ladenöffnungsgesetz

In Erfüllung der angenommenen *Motion Lombardi* «Frankenstärke. Teilharmonisierung der Ladenöffnungszeiten» hat der Bund einen Entwurf für das Ladenöffnungsgesetz ausgearbeitet.[123] Dieses lediglich drei Artikel umfassende Gesetz sieht vor, dass alle Detailhandelsunternehmen die Möglichkeit haben sollen, ihre Geschäfte unter der Woche zwischen 6 und 20 Uhr und am Samstag von 6 bis 19 Uhr offen zu halten. Ausgenommen von der Regelung sind Sonn- und kantonale Feiertage. Der festgelegte Zeitrahmen bewegt sich in der Tagesarbeit gemäss dem ArG und stellt einen Mindeststandard für kantonale Bestimmungen dar.[124] Die Kantone behalten allerdings den Entscheidungsspielraum, solange die kantonale Gesetzgebung nicht der bundesrechtlichen widerspricht.[125] Die unterschiedlichen kantonalen Regelungen führten zuweilen zu Verzerrungen der Wettbewerbssituation. Zudem entspricht die moderate Erweiterung dem gesellschaftlichen Wandel. Gleichzeitig wird nur eine teilweise Harmonisierung vorgenommen, so kann den unterschiedlichen wirtschaftlichen, kulturellen und geografischen Verhältnissen weiterhin Rechnung getragen werden.[126] Die Vernehmlassungsfrist ist am 30. April 2014 abgelaufen.

3. Änderung der Arbeitsvermittlungsverordnung

Ende November 2013 hat der Bundesrat eine Reform der Arbeitsvermittlungsverordnung (AVV)[127] sowie der Gebührenverordnung beschlossen. Ziel der Revision ist es insbesondere, die gefestigte Vollzugspraxis auf Verordnungsstufe zu verankern. In Art. 26 Abs. 3 AVV wird neu explizit geregelt, dass ein Unter- oder Zwischenverleih nicht zulässig ist. Ein zwischengeschalteter Betrieb kann grundsätzlich nicht im Sinne des Gesetzes

---

122 Medienmitteilung des SECO vom 19. Dezember 2013; Medienmitteilung der WAK-S vom 29. April 2014.

123 Siehe Vorauflage JAR, S. 39 f.; Medienmitteilung des Bundesrates vom 19. Februar 2014.

124 SECO, Erläuternder Bericht über das Bundesgesetz über die Ladenöffnungszeiten (LadÖG) – Umsetzung der Motion Lombardi (12.3637): Frankenstärke. Teilharmonisierung der Ladenöffnungszeiten, Februar 2014, S. 5.

125 Ebd., S. 9.

126 Ebd., S. 3.

127 SR 823.111.

Verleiher sein.[128] So wird der Schutz des verliehenen Arbeitnehmers verbessert. In der Vergangenheit sind zahlreiche Arbeitnehmende zu Schaden gekommen, die aufgrund der Distanz zum eigentlichen Arbeitnehmer nicht merkten, dass dieser zahlungsunfähig geworden ist. Dieses bereits in der Praxis verfestigte Verbot wurde nun explizit in der genannten Bestimmung verankert.[129] Art. 19 und Art. 22 AVG bestimmen den zwingenden Inhalt des Arbeits- bzw. des Verleihvertrages. Seit 1995 werden die Musterverträge vor Bewilligungserteilung auf Verstösse gegen geltendes Recht geprüft. Diese Prüfung wird mehrheitlich als Hilfestellung anerkannt und nach Aussage des SECO ohne Weiteres anerkannt. Aus diesem Grund ist die behördliche Genehmigung der Musterverträge neu auch als Bewilligungsvoraussetzung zu verstehen.[130] Dies entspricht nach Angaben des SECO der bereits gelebten und etablierten Praxis.[131] Ebenfalls mussten die Gebühren der Teuerung angepasst werden, diese beträgt seit der letzten Anpassung im Oktober 1999 fast 10%. Die Änderungen sind auf den 1. Januar 2014 in Kraft gesetzt worden.[132]

4. Schutzmassnahmen für Frauen im Erotikgewerbe

Bereits im Jahr 2012 wurde eine Vernehmlassung durchgeführt, die Handlungsbedarf im gesamten *Erotikbereich* aufzeigte. Um die nötigen Schutzmassnahmen für die im Erotikbereich tätigen Frauen zu eruieren, wurde eine Expertengruppe eingesetzt, die in zehn Gebieten (Ausländerrecht, Arbeitsrecht, Arbeitsmarktkontrollen, Polizei- und Strafverfolgung, kant. Prostitutionsgesetze und Präventionsmassnahmen etc.) Massnahmen erarbeitet hat.[133] Hintergrund dieser neuen gesetzlichen Regelungen ist das *Cabaret-Tänzerinnen-Statut*, so wie es heute noch in 15 Kantonen existiert. In der periodischen Überprüfung ist der Bundesrat zum Ergebnis gekommen, dass dadurch der Schutz der betroffenen Frauen vor sexueller Ausbeutung nicht hinreichend gewährleistet werden könne.[134]

---

128 Vgl. in Art. 26 Abs. 3 AVV für die beiden Ausnahmetatbestände.

129 SECO, Änderungen der Arbeitsvermittlungsverordnung (AVV) und der Gebührenverordnung AVG (GebV-AVG), Erläuterungen zu den einzelnen Bestimmungen, S. 4.

130 Art. 34a AVV.

131 Ebd., S. 6.

132 Medienmitteilung des Bundesrates vom 29. November 2013. Vgl. ausführlich zu den gesetzlichen Neuerungen MICHAEL KULL, MICHAEL (Hrsg.) Arbeitsvermittlungsgesetz (AVG) Bundesgesetz vom 6. Oktober 1989 über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih, Bern 2014, S. ■■.

133 Bundesamt für Migration (BFM), Bericht der nationalen Expertengruppe «Schutzmassnahmen für Frauen im Erotikgewerbe», S. 6.

134 Medienmitteilung des Bundesrates vom 3. Juli 2013.

Auch ausländerrechtliche Aspekte werden durch die Sexarbeiterinnen tangiert. Gemäss dem Expertenbericht sind etwa 1000 ausländische Tänzerinnen in der Schweiz tätig. Der Bericht identifiziert neben vielen unterschiedlichen Problembereichen drei Grundsatzfragen. Erstens soll geklärt werden, ob ein liberaler oder prohibitiver Ansatz am besten dazu geeignet ist, Ausbeutungssituationen und Menschenhandel zu unterbinden. Diesbezüglich besteht bei den verschiedenen Mitgliedern der Expertengruppe Einigkeit, darüber, dass Verbote zur Verlagerung der Prostitution in die Illegalität führen würden und dass dies dem Schutz der Betroffenen nicht zuträglich sei.[135] Eine weitere essenzielle Frage ist diejenige nach der Sittenwidrigkeit der Verträge zur Erbringung von sexuellen Dienstleistungen. Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung von 1985 ist ein Vertrag in der Sexarbeit sittenwidrig. Diese Rechtsprechung wurde zunehmend kritisiert, der Kanton Bern hat eine Standesinitiative eingereicht mit dem Titel «Prostitution ist nicht sittenwidrig». Ebenfalls hat ein erstinstanzliches Gericht letztes Jahr in Zürich einen gegenteiligen Entscheid gefällt.[136] Die dritte und letzte Grundsatzfrage ist die Frage der Qualifikation der Verträge. Es stellt sich insbesondere die Frage, ob die Sexarbeiterinnen einen Arbeitsvertrag im Sinne von Art. 319 ff. OR eingehen. Die Experten kommen zum Ergebnis, dass dies nicht der Fall sei. Einerseits würde ein derartiger Arbeitsvertrag dem Schutz der Persönlichkeit widersprechen. Andererseits stünde die sexuelle Selbstbestimmung im Konflikt mit dem arbeitsrechtlichen Weisungsrecht. Wie dieses primär juristische Problem gelöst werden kann, geht aus dem Bericht nicht direkt hervor. In der Vernehmlassung wurde die Ausarbeitung eines Mustervertrages angeregt. Ebenfalls ist die Expertengruppe der Ansicht, dass sozialversicherungsrechtliche Aspekte geregelt werden sollten, dabei wurde ein vereinfachtes Abrechnungsverfahren vorgeschlagen.[137] Die im Anhang 26 formulierten Massnahmen sehen aber unter anderem die Aufhebung der Sittenwidrigkeit auf Bundesebene sowie die Ausgestaltung von Musterverträgen vor.[138] Dieser Bericht ist die Grundlage für den Entscheid über das weitere Vorgehen.[139]

5. Berufsverbot für Pädophile

Die bereits im Vorjahr geführte Diskussion zu den *Berufsverboten für verurteilte Sexualstraftäter* ist mit der Abstimmung vom 18. Mai 2014 zu

[135] BFM, Bericht der nationalen Expertengruppe «Schutzmassnahmen für Frauen im Erotikgewerbe», S. 42.
[136] Ebd., S. 43.
[137] Ebd., S. 18 f.
[138] Vgl. Anhang, S. 51 ff.
[139] Medienmitteilung des BFM vom 24. März 2014.

Ende gegangen.[140] Die eidgenössische Initiative «Pädophile sollen nicht mehr mit Kindern arbeiten dürfen» ist mit 63,5% deutlich angenommen worden. Obwohl die Vorlage vom Bundesrat zur Ablehnung empfohlen wurde, stiess die Thematik auf offene Ohren. Neu gesetzlich verankert wird nun ein lebenslanges Tätigkeitsverbot, welches ausnahmslos und unabhängig der Umstände wirkt. Bezüglich der Umsetzung hat Bundesrätin Simonetta Sommaruga bereits Bedenken geäussert, da ein derartiger Automatismus dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz widerspricht.

Der Bundesrat hat den Handlungsbedarf zu dieser brisanten Thematik ebenfalls erkannt und hat das Strafgesetzbuch revidiert. Mit der Gesetzesänderung soll das Berufsverbot zu einem umfassenden Tätigkeitsverbot ausgeweitet werden. Dies bedeutet, dass in Zukunft einschlägig vorbestraften Tätern auch ausserberufliche Tätigkeiten in Vereinen oder Organisationen verboten werden. Dieses Tätigkeitsverbot wird jeweils auf zehn Jahre verhängt und – sofern nötig – lebenslang ausgesprochen. Ergänzt wird das Tätigkeitsverbot auch durch ein Kontakt- und Rayonverbot. Diese Massnahme bringt einen verbesserten Schutz vor häuslicher Gewalt und Nachstellungen. Die Gesetzesänderung im Strafgesetzbuch[141] wird auf den 15. Januar 2015 in Kraft gesetzt.[142]

6. Schwarzarbeit

Für die Bekämpfung von Schwarzarbeit wurden dieses Jahr erneut mehr Ressourcen eingesetzt. Im Jahr 2013 wurden insgesamt 34 701 Kontrollen durchgeführt und in rund 14 000 Fällen wurde Schwarzarbeit vermutet. Schliesslich sanktioniert wurden 3800 Personen. Die meistens Verdachtsfälle ergaben sich im Bereich des Sozialversicherungen (5368) und im Ausländerrecht (5440). Die bereits in der Vorauflage angesprochene Evaluation des BGSA[143] gelangte zum Ergebnis, dass sich die zur Verfügung stehenden Elemente grundsätzlich bewährt haben.[144] Gleichwohl besteht teilweise Verbesserungsbedarf. Der Bundesrat hat das WBF diesbezüglich beauftragt bis Ende 2014 Verbesserungsvorschläge und Massnahmen für eine allfällige Gesetzesrevision auszuarbeiten.[145]

---

140 Vorauflage JAR 2013, S. 42.

141 SR 311.

142 Medienmitteilung des Bundesrates vom 9. April 2014.

143 Bundesgesetz über Massnahmen zur Bekämpfung der Schwarzarbeit vom 17. Juni 2005, SR 822.41.

144 Vorauflage JAR 2013, S. 43.

145 Medienmitteilung des SECO vom 25. Juni 2014.

7. Berufs- und Weiterbildung

a. Hochschulbildung

Im Zusammenhang mit den Abstimmungsergebnissen zur Masseneinwanderungsinitiative hat die EU die Verhandlungen zur Assoziierung der Schweiz an Erasmus+ sistiert. Die EU befürchtet insbesondere eine Diskriminierung des neuen Mitgliedstaates Kroatien. Das bereits ausgehandelte und zur Unterzeichnung bereite Abkommen bezüglich der Personenfreizügigkeit konnte aufgrund der direkten Anwendung der neuen Verfassungsbestimmungen der Masseneinwanderungsinitiative so nicht unterzeichnet werden, da die vorgesehene und bis anhin übliche Kontingentierung nur von vorübergehendem Charakter war. Mit dem Ausschluss aus diesem Programm verliert die Schweiz den Status eines Programmlands für die Projektausschreibungen 2014, eine Teilnahme von Schweizer Institutionen ist nur noch im Status eines Drittlands möglich.[146] Die Spitzenposition in der Forschung wird dadurch empfindlich gefährdet. Um diesen gravierenden Konsequenzen entgegenzuwirken, hat der Bundesrat das WBF mit der Ausarbeitung einer Übergangslösung beauftragt. Trotz dem Ausschluss der EU von der Teilnahme am Programm, wird weiterhin eine Assoziierung mit Erasmus+ angestrebt. Um Übergangsprobleme zu überbrücken, werden die bereits budgetierten Mittel (22,7 Mio.) für Mobilitätsprojekte verwendet und dementsprechend priorisiert behandelt. Der Bund muss in diesem Zusammenhang allerdings eine Auswahl treffen und kann nur exzellente Bildungsprojekte fördern, die den kantonalen Bildungszielen entsprechen. Bedauerlicherweise ist die dargestellte Übergangslösung für das Jahr 2014 mit Einschränkungen verbunden und bietet nicht die gleiche Vielfalt an Beteiligungsmöglichkeiten wie Erasmus+. Gleichwohl wird die Durchführung der bereits geplanten und beantragten Mobilitätsprojekte sichergestellt. Die weiter gehende Ausrichtung auf eine Assoziierung soll in diesem Zusammenhang eine grösstmögliche Kontinuität ermöglichen.[147]

Auch im Zusammenhang mit dem Ausschluss aus dem Rahmenprogramm der EU für Forschung und Innovation «Horizon 2020» wurden Übergangsmassnahmen beschlossen. Forschende können sich dort weiterhin beteiligen, erhalten allerdings keine Forschungsgelder mehr, da die Schweiz seit dem Abstimmungsresultat als Drittstaat betrachtet wird. Der Bund hat für den Fall einer verspäteten Assoziierung bereits vorgesehen, dass der Bund Projektteilnehmende direkt finanzieren kann. Dabei sind einerseits Forschungskonsortien wie ERA-NET-Projekte des «European In-

[146] Eidgenössisches Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung (WBF), die Annahme der Masseneinwanderungsinitiative und ihre Auswirkungen auf die Beteiligung der Schweiz und Erasmus+, Information vom 16. April 2014.

[147] Medienmitteilung des Bundesrates vom 16. April 2014.

stitute of Innovation and Technology»[148] und das zwischenstaatliche Förderprogramm COST finanzierungsberechtigt. Andererseits können auch Einzelprojekte des European Research Counsel unterstützt werden. Um eine spätere Assoziierung möglichst einfach zu gestalten, orientieren sich die Vergabekriterien an denjenigen der EU.[149]

b. Berufsbildung

Jugendliche beginnen aufgrund des HarmoS-Konkordats ihre berufliche Grundbildung heute vermehrt mit 15 Jahren. Um einen nahtlosen Übergang vom Schul- ins Berufsleben sicherzustellen, hat der Bundesrat die *Senkung der Altersgrenze für gefährliche Arbeiten* in der Grundbildung beschlossen. Ebenfalls sollen die Organisationen der Arbeitswelt in den Bildungsplänen begleitende Massnahmen für die Arbeitssicherheit und den Gesundheitsschutz vorsehen. Diese Massnahmen müssen innerhalb der nächsten drei Jahre umgesetzt und durch das Staatssekretariat für Bildung Forschung und Innovation genehmigt werden. Grundsätzlich ist die Verrichtung gefährlicher Arbeiten nach ArGV 5[150] für Jugendliche unter 18 Jahren verboten. Mit einer entsprechenden Bewilligung des SECO können allerdings bereits heute Ausnahmen vorgesehen werden, sofern die Ausbildungsziele einer Berufslehre solche Ausnahmen verlangen.[151]

Der Bundesrat möchte vermehrt *leistungsstarke Jugendliche in der Berufsbildung fördern.* Dabei sollen insbesondere die Berufsmaturität und die Angebote der höheren Berufsbildung gefördert werden. Gleichzeitig soll auch die Unterstützung von Jugendlichen mit schulischen, sozialen oder sprachlichen Problemen gezielt unterstützt werden. Dort soll insbesondere die Bekanntheit der zweijährigen Berufslehre verbessert werden.[152]

Die seit 2004 andauernde *Reform der Berufsbildung* dauert weiter an. Bis im nächsten Jahr sollen alle 200 Berufe eine Verordnung über die berufliche Grundbildung sowie über einen entsprechenden Bildungsplan verfügen. In der laufenden Berichtsperiode sind für die folgenden Berufe die nachstehenden *Verordnungen über die berufliche Grundbildung* in Kraft getreten:[153]

---

148 Dieses Programm koordiniert internationale Forschungsprojekt innerhalb der EU und assoziierter Staaten, m.w.H. http://cordis.europa.eu/fp7/coordination/about-era_en.html (zuletzt besucht am 23. September 2014).

149 Medienmitteilung des Bundesrates vom 25. Juni 2014.

150 Verordnung 5 zum Arbeitsgesetz vom 28. September 2007 (Stand am 1. Januar 2013), SR 822.115.

151 Medienmitteilung des Bundesrates vom 25. Juni 2014.

152 Medienmitteilung des Bundesrates vom 29. November 2013.

153 Vgl. in Kraft getretene Verordnungen über die berufliche Grundbildung, BBT, Stand am 25. Juni 2014 http://www.sbfi.admin.ch/bvz/berufe/index.html?jahr=2013&suche=Suche+starten&lang=de.

- Bekleidungsgestalter/-in EFZ
- Bekleidungsnäher/-in EBA
- Berater/-in im psychosozialen Bereich mit eidg. Diplom
- Betriebsleiter/-in Fleischwirtschaft mit eidg. Fachausweis
- Betriebsleiter/-in Geflügelwirtschaft mit eidg. Fachausweis
- Betriebsleiter/-in Gemüsebau mit eidg. Fachausweis
- Betriebsleiter/-in Landwirtschaft mit eidg. Fachausweis
- Betriebsleiter/-in Obstbau mit eidg. Fachausweis
- Betriebsleiter/-in Weinbau mit eidg. Fachausweis
- Betriebsleiter/-in Weintechnologe mit eidg. Fachausweis
- Betriebswirt/-in im Automobilgewerbe, diplomiert
- Coiffeur EFZ/Coiffeuse EFZ (ab Lehrbeginn 2014)
- Entwässerungspraktiker/-in EBA
- Entwässerungstechnologe/Entwässerungstechnologin EFZ
- Experte/Expertin in biomedizinischer Analytik und Labormanagement mit eidg. Diplom
- Experte/Expertin in Zytodiagnostik mit eidgenössischem Diplom
- Fachmann/Fachfrau für Entsorgungsanlagen mit eidgenössischem Fachausweis
- Fachmann/Fachfrau für Rehatechnik mit eidg. Fachausweis
- Finanz- und Anlageexperte, diplomierter/Finanz- und Anlageexpertin, diplomierte
- Finanzanalytiker und Vermögensverwalter, diplomierter/Finanzanalytikerin und Vermögensverwalterin, diplomierte
- Führungsfachmann/Führungsfachfrau mit eidg. Fachausweis
- Gleisbauer/-in EFZ (Berufsfeld Verkehrswegbau) ab Lehrbeginn 2014
- Gleisbaupraktiker/-in EBA (Berufsfeld Verkehrswegbau) ab Lehrbeginn 2014
- Grenzwächter/-in mit eidg. Diplom
- Grundbauer/-in EFZ (Berufsfeld Verkehrswegbau) ab Lehrbeginn 2014
- Grundbaupraktiker/-in EBA (Berufsfeld Verkehrswegbau) ab Lehrbeginn 2014
- ICT-Manager/-in, diplomiert
- Industrie- und Unterlagsbodenbauer/-in EFZ (Berufsfeld Verkehrswegbau) ab Lehrbeginn 2014
- Industrie- und Unterlagsbodenbaupraktiker/-in EBA (Berufsfeld Verkehrswegbau) ab Lehrbeginn 2014
- Informatiker/-in EFZ (ab Lehrbeginn 2014)
- Interactive Media Designer EFZ
- Isolierspengler/-in EFZ

- Lichtplaner/-in mit eidg.Fachausweis
- Multimediaelektroniker/-in EFZ
- Naturwissenschaftlicher Labortechniker mit eidg. Diplom/Naturwissenschaftliche Labortechnikerin mit eidg. Diplom
- Netzelektriker/-in EFZ
- Ofenbauer-Meister/-in
- Pferdefachmann/Pferdefachfrau EFZ ab Lehrbeginn 2014
- Pferdewart/-in EBA ab Lehrbeginn 2014
- Pflästerer/Pflästerin EFZ (Berufsfeld Verkehrswegbau) ab Lehrbeginn 2014
- Polygraf/-in EFZ ab Lehrbeginn 2014
- Projektleiter/-in Solarmontage mit eidg. Fachausweis
- Rohstoffaufbereiter/-in mit eidg. Fachausweis
- Schreiner/-in EFZ
- Seilbahnmanager/-in mit eidg. Diplom
- Spezialist/-in der Pferdebranche mit eidg. Fachausweis
- Spitalfachmann/Spitalfachfrau mit eidg. Fachausweis
- Steinsetzer/-in EBA (Berufsfeld Verkehrswegbau) ab Lehrbeginn 2014
- Strassenbauer/-in EFZ (Berufsfeld Verkehrswegbau) ab Lehrbeginn 2014
- Strassenbaupraktiker/-in EBA (Berufsfeld Verkehrswegbau) ab Lehrbeginn 2014
- Strassenhelfer/-in mit eidg. Fachausweis
- Treuhänder/-in mit eidg. Fachausweis
- Zimmermann/Zimmerin EFZ
- Zollfachmann/Zollfachfrau mit eidg. Fachausweis
- Zollfahnder/-in mit eidg. Diplom

c. Weiterbildung

Die *Ausgestaltung des Weiterbildungsgesetzes* war Gegenstand der parlamentarischen Beratungen in der Sommerssession. Erst im Differenzbereinigungsverfahren konnten sich die beiden Räte auf ein schlankes Rahmengesetz einigen.[154] Strittig war insbesondere die Frage, in welchem Ausmass die Arbeitgeber die Weiterbildung ihrer Arbeitnehmenden unterstützen müssen. Eingang in den Gesetzestext hat nun die folgende Formulierung gefunden: *«die Arbeitgeber sollen die Weiterbildung begünstigen»*.[155] Dies bedeutet, dass Arbeitnehmende auch in Zukunft selbst für die Weiterbildung zuständig sind, aus der Pflicht, die Weiterbildung zu begüns-

[154] AmtlBull 2014 NR, S. 1001 ff.
[155] Art. 5 Abs. 2 WeBiG.

tigen, entstehen keine Rechtspflichten für Arbeitgeber.[156] Das Weiterbildungsgesetz richtet sich dahin gehend auch an den Spezialgesetzgeber und nicht an die Arbeitgeber, Letztere sind lediglich (aber immerhin) dazu gehalten, zu einem günstigen Weiterbildungsumfeld beizutragen. Nach Ansicht des Bundesrates ist dieser Artikel ohnehin programmatischer Natur. Ebenfalls zu Diskussionen führte das Verhältnis zwischen den privaten und den staatlichen Anbietern der Weiterbildung. Gemäss dem Nationalrat dürfen staatliche bzw. subventionierte Weiterbildungsangebote in Konkurrenz zu privaten Angeboten stehen, sofern diese zu Marktpreisen angeboten werden. Gestrichen wurden die bei der ersten Beratung eingefügten Beratungs- und Informationsangebote. Begründet wurde dies mit dem ohnehin sehr breiten Angebot, welches kaum zu überblicken sei. Die Referendumsfrist läuft bis zum 9. Oktober 2014.[157]

8. Soziale Sicherheit

a. Allgemeines

Der Bundesrat ist weiterhin der Ansicht, dass eine gesamtheitliche Revision der ersten beiden Säulen Erfolg versprechend sein wird. Er hat das EDI beauftragt, bis Ende 2014 die entsprechende Botschaft auszuarbeiten. Weitgehend Konsens herrscht darüber, dass das Niveau der Altersrenten erhalten und dass die Finanzierung der Altersvorsorge gesichert werden soll.

Trotz kritischer Vernehmlassungsantworten wird das *Referenzalter von 65 Jahren* und die damit verbundene Erhöhung des (flexiblen) Rentenalters für Frauen beibehalten. Wie vorgeschlagen wird der *Mindestumwandlungssatz* in der beruflichen Vorsorge angepasst.[158] Die AHV wird durch die Mehrwertsteuer zusatzfinanziert, und es wird eine Schuldenbremse eingebaut. Geändert wird die *maximale Erhöhung der Mehrwertsteuer*. Sie beträgt nicht wie ursprünglich vorgesehen zwei Prozentpunkte, sondern lediglich 1,5%. Weiter wird gemäss der Medienmitteilung auf den Koordinationsabzug der beruflichen Vorsorge verzichtet. Gleichzeitig werden die Altersgutschriftensätze gesenkt. Das bereits bestehende Mehrwertsteuerprozent (auch bekannt als Demografieprozent) wird in Zukunft voll der AHV zukommen, der Bund erhält dabei keinen Anteil mehr.[159] Diese im Verhältnis zur gesamten Reform relativ geringen Korrekturen wurden verschiedentlich kritisiert. Beispielsweise sprach sich die SP gegen die

---

156 Medienmitteilung des Arbeitgeberverbandes vom 12. Juni 2104.

157 http://www.sbfi.admin.ch/themen/01366/01382/01388/ index.html?lang=de (zuletzt besucht am 23. September 2014).

158 Vorauflage JAR 2013, S. 54 und unten S. ■■.

159 Medienmitteilung des Bundesamts für Sozialversicherungen vom 25. Juni 2014.

Vereinheitlichung des Rentenalters aus, solange die Lohngleichheit nicht verwirklicht sei. Gegen die Erhöhung der Mehrwertsteuer äussert sich der Arbeitgeberverband, es handle sich um ein einseitiges, auf Mehraufwand ausgerichtetes Paket.[160]

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

aa. AHV

Die Reform der Altersvorsorge 2020 wird besonders erhebliche Auswirkungen auf die AHV haben. Das Referenzalter soll für Männer und Frauen auf 65 Jahre erhöht werden, gleichzeitig soll der Altersrücktritt flexibilisiert werden. Ebenfalls sollen die Selbständigerwerbenden und die Angestellten in der AHV gleich behandelt werden. Schliesslich soll um die Liquidität der Versicherung zu schützen ein Interventionsmechanismus eingeführt werden.[161] Im Laufe des Jahres 2014 wird für die Reform der Altersvorsorge eine Botschaft verfasst.[162] Ob diese in der vom Bundesrat beschlossenen Form mehrheitsfähig ist, wird sich in den eidgenössischen Räten und gegebenenfalls in der Volksabstimmung zeigen.

Die Initianten der Volksinitiative *«AHVplus: für eine starke AHV»* fordern die Erhöhung der AHV-Renten um 10%. Begründet wird dies damit, dass auch im Rentenalter der gewohnte Lebensstandard weitergeführt werden soll. Das Initiativkomitee des Schweizerischen Gewerkschaftsbundes argumentiert, dass die betragsmässige Altersvorsorge der Lohnentwicklung hinterherhinke und dass beispielsweise ein Elektriker, der zuletzt 5500 Franken verdient hatte, kaum mit den 3500 Franken Rente aus Pensionskasse und AHV zurechtkomme.[163] Der Bundesrat lehnt die Initiative aus volkswirtschaftlichen und sozialpolitischen Gründen ab. Insbesondere verschärft würden allerdings auch die finanziellen Herausforderungen der AHV. Der Bundesrat spricht sich zudem für eine umfassende Reform mit abgestimmten Massnahmen aus.[164]

---

160 NZZ online «Altersvorsorge 2020. Eine kleine Schraubendrehung» vom 25. Juni 2014.

161 BSV, Sozialversicherungen 2013, Jahresbericht gemäss Artikel 76 ATSG, S. 26; siehe auch Vorauflage JAR 2013, S. 52 ff.

162 Medienmitteilung des Bundesamts für Sozialversicherungen vom 25. Juni 2014.

163 http://ahvplus-initiative.ch/argumente/ (zuletzt besucht am 23. September 2014).

164 Medienmitteilung des Bundesrates vom 14. Mai 2014.

bb. IV

Die finanzielle Lage der IV hat sich durch verschiedene bereits abgeschlossene Reformen verbessert. Ebenfalls bedeutend war der Kulturwandel zu einer Eingliederungsversicherung. So konnte die Anzahl der neu auszurichtenden Renten ebenfalls verringert werden. Deshalb hat sich der Nationalrat im Juni des letzten Jahres dazu entschieden, die Revisionsvorlage 6b abzuschreiben.[165]

Gleichwohl besteht weiterhin Verbesserungsbedarf bei der Invalidenversicherung. Dabei soll auch dem medizinischen und technologischen Fortschritt und den gesellschaftlichen Entwicklungen Rechnung getragen werden. Dazu ist neben einigen neuen Verordnungsanpassungen auch zu prüfen, ob eine Botschaft für eine Gesetzesrevision ausgearbeitet werden soll. Diese Gesamtstrategie zur Weiterentwicklung der IV befindet sich gemäss dem Bericht momentan im Bearbeitungsprozess.[166]

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

Die Ergänzungsleistungen dienen der Existenzsicherung von Personen, die eine AHV/IV-Rente beziehen und die ihren Lebensunterhalt nicht aus eigenen Mitteln bestreiten können. Seit dem Jahr 1998 hat die Anzahl der Personen, die EL beziehen, stetig zugenommen, von 186 900 auf 295 000 Personen. Gleichzeitig haben sich die Ausgaben auf 4,4 Milliarden Franken verdoppelt.[167] In den nächsten Jahren werden diese Kosten zudem weiter anwachsen, dies ist hauptsächlich auf die demografische Entwicklung sowie die Auswirkungen von anderen Gesetzesrevisionen zurückzuführen. Insbesondere bei einem Heimeintritt sind viele betagte Personen auf EL angewiesen. Um den gesetzgeberischen Handlungsbedarf zu analysieren hat der Bundesrat im November 2013 einen Bericht[168] in Beantwortung verschiedener Postulate[169] verabschiedet. In diesem Bericht hat der Bundesrat in umfassender Weise die Kostenstruktur analysiert und folgende Bereiche mit Handlungsbedarf analysiert: Zunächst soll das Niveau der EL auf dem heutigen Stand erhalten bleiben. Eine Verschiebung auf die Sozialhilfe und damit eine Mehrbelastung der Kantone soll vermieden werden. Verbessert werden soll die Möglichkeit der Verwendung von Ei-

---

165 Vorauflage JAR 2013, S. 54 f.

166 BSV, Sozialversicherungen 2013, Jahresbericht gemäss Artikel 76 ATSG, S. 34.

167 Ebd., S. 15.

168 Bericht des Bundesrates, Ergänzungsleistungen zu AHV/IV: Kostenentwicklung und Reformbedarf vom 20. November 2013 (zit. Bericht EL).

169 Postulate Humbel (12.3602) vom 15. Juni 2012, Kuprecht (12.3673) vom 11. September 2012 und der FDP-Liberalen Fraktion (12.3677) vom 11. September 2012.

genmitteln im Alter. Wird die zweite Säule nicht in Rentenform ausgerichtet, sondern schon früher zweckgebunden als Kapitalbezug ausbezahlt, steigt unter Umständen die Wahrscheinlichkeit im Alter auf EL angewiesen zu sein, da in der Regel $^1/_{10}$ des noch vorhandenen Kapitals als Einkommen angerechnet wird. Wie diese Problematik konkret angegangen wird, ist derzeit noch offen.[170] Weiter sollen Schwelleneffekte reduziert werden. Dabei werden die Vorschriften zur Anrechnung von effektiven und von hypothetischen Erwerbseinkommen geändert. Ziel ist es, im nächsten Jahr eine Vernehmlassung durchzuführen, um die EL in der notwenigen Ausgestaltung langfristig zu garantieren.[171]

Im Zusammenhang mit der Erwerbsersatzordnung und dem Familienzulagengesetz haben sich in der laufenden Berichtsperiode keine gesetzlichen Neuerungen ergeben.

d. Berufliche Vorsorge (BVG)

Vom ganzheitlichen Reformansatz der «Altersvorsorge 2020» ist ebenfalls die zweite Säule betroffen. Neben der bereits erwähnten Anpassung und gleichzeitigen Flexibilisierung des Referenzalters wird insbesondere die Senkung des BVG-Mindestumwandlungssatzes eine gewisse Brisanz mit sich bringen, da sich die Senkung direkt auf die Höhe der Renten auswirkt. Der Gesetzgeber möchte während eines Zeitraums von vier Jahren den Satz von 6,8% auf 6,0% gestaffelt senken.[172] Weiter soll der BVG-Sparprozess erweitert werden. Neu sollen Beiträge bis zum 62. Altersjahr einbezahlt werden und nicht wie gemäss vorgängigen Revisionsvorhaben nur bis zum 58. Ebenfalls wird diskutiert, den Sparprozess früher zu beginnen, also vor Vollendung des 25. Altersjahres. Nicht aufrechterhalten wird der Koordinationsabzug.[173]

Aufgrund der positiven Entwicklung der Aktienanlagen wurde bereits per 1. Januar 2014 der *Mindestzinssatz* von 1,5% auf 1,75% angehoben. Dabei werden insbesondere die Erträge der Bundesobligationen sowie die Renditen der Aktien und Anleihen analysiert. Das BSV geht davon aus, dass im Jahr 2012 eine durchschnittliche Performance von 6,7% erwirtschaftet wurde. Die Pensionskassen haben damit eine zufriedenstellende Rendite erreicht. Gleichwohl muss berücksichtigt werden, dass die PK auch Wertschwankungsreserven bilden müssen und dass nicht die gesamte Rendite für die Verzinsung der Altersguthaben verwendet werden kann.

---

170 Bericht EL, S. 83 ff.

171 Medienmitteilung des BSV vom 25. Juni 2014.

172 NZZ online «Die «Altersvorsorge 2020» auf Abwegen – gegen noch mehr Umverteilung im BVG-System» vom 10. Juni 2014.

173 Siehe die mit wenigen Informationen versehene Medienmitteilung des Bundesrates vom 25. Juni 2014 zu den Vernehmlassungsergebnissen.

Die Anhebung des Zinses trug damit der Erholung der Finanzmärkte Rechnung.[174]

e. Arbeitslosenversicherung (AVIG)

Die Deplafonierung des Solidaritätsprozents wurde auf den 1. Januar 2014 in Kraft gesetzt. Dies bedeutet, dass die Obergrenze aufgehoben und neu auch für Jahreslöhne über 315 000 Franken ein Beitrag im Umfang von 1% erhoben wird. Das Solidaritätsprozent wird wieder entfallen, sobald die Arbeitslosenversicherung ein Eigenkapital von 500 Millionen aufgebaut hat.[175]

f. Unfallversicherung (UVG) und Krankenversicherung (KVG)

Die Renten der Unfallversicherung (und der AHV/IV) wurden für das Jahr 2014 nicht an die Teuerung angepasst, da der Landesindex der Konsumentenpreise ohnehin um 0,63 Punkte gefallen ist.[176]

Über die im Jahr 2012 eingereichte Initiative *«Für eine öffentliche Krankenkasse»* wird am 28. September 2014 abgestimmt. Das Initiativkomitee möchte eine Einheitskasse einführen, welche die 61 im Konkurrenzverhältnis stehenden Krankenkassen zu einem Monopol zusammenfasst. Nach Ansicht des Bundesrates bringt die Abkehr vom bewährten System erhebliche Risiken mit sich. Ebenfalls sei die dreijährige Umsetzungsfrist zu kurz angesetzt, der Systemwechsel sei nicht in einer so kurzen Zeit zu bewältigen. Ohne einen Gegenentwurf einzureichen, spricht sich der Bundesrat für eine Ablehnung aus.[177] Gegen die Initiative spricht, nach Ansicht des Bundesrates, dass die Versicherten – sofern sie mit den Leistungen des Versicherers nicht zufrieden sind – die Krankenkasse nicht mehr wechseln können. Ebenfalls ist die Einheitskasse aufgrund des gerade fehlenden Konkurrenzdruckes weniger zur Kosteneffizienz angehalten. Das Initiativkomitee argumentiert, dass Verwaltungs- und Werbeaufwand eingespart werden könne. Fraglich ist allerdings, ob diese Einsparungen nicht durch Umstrukturierungskosten kompensiert werden.[178] Die Idee einer Einheits-

---

174 Medienmitteilung des BSV vom 30. Oktober 2013.

175 Medienmitteilung des SECO vom 9. Oktober 2013.

176 Informationsschreiben des BAG vom Dezember 2013 http://www.bag.admin.ch/themen/versicherung/00321/14876/index.html?lang=de (zuletzt besucht am 23. September 2014).

177 Botschaft zur Volksinitiative «Für eine öffentliche Krankenkasse» vom 20 September 2013, S. 7929 ff.

178 Ebd., S. 7940. Die Einsparungen sind mit 80 Mio. und einem Anteil von 0,3% an den Gesamtkosten vergleichsweise gering, vgl. NZZ online «Mit dem geltenden System auf dem richtigen Weg» vom 16 Juni 2014.

kasse wurde bereits mehrmals im Parlament diskutiert. Ebenfalls war die Einheitskasse Gegenstand von zwei Volksinitiativen, die sowohl im Jahr 2003 als auch 2007 vorgeschlagenen Reformprojekte wurden vom Volk abgelehnt.[179]

Das im Rahmen eines allfälligen Gegenvorschlages durchgeführte Vernehmlassungsverfahren identifizierte allerdings Verbesserungspotenzial im Bereich der *Risikoselektion*. Im Parlament wurden im Juni 2013 fünf Vorstösse eingereicht, welche verlangten, dass die Initiative schnell und ohne Gegenentwurf zur Abstimmung kommen solle.[180] Dieses Vorgehen wurde damit begründet, dass die Verbesserung des Risikoausgleichs einfacher auf dem normalen gesetzgeberischen Weg zu lösen sei und dass deshalb mit der Abstimmung nicht zugewartet werden solle bis ein entsprechender Gegenvorschlag ausgearbeitet wurde.[181] In der aktuellen Vorlage soll der Risikoausgleich unbefristet verankert und verfeinert werden. Mit der Verfeinerung wird dem Bundesrat die Kompetenz erteilt, nebst Alter, Geschlecht und Anzahl Nächte (die im Vorjahr in einem Spital verbracht wurden) weitere Morbiditätskriterien, beispielsweise die Medikamentenkosten festzulegen. Durch diese Verfeinerung soll der Anreiz zur Risikoselektion gesenkt werden.[182] Ebenfalls soll die Grund- und die Zusatzversicherung in zwei unterschiedliche juristische Einheiten organisiert werden.[183] Gleichzeitig werden so Informationsbarrieren geschaffen, damit ein Datenaustausch einer Versicherungsgruppe verhindert werden kann.[184]

Weiterverfolgt wird auch die Steuerung des ambulanten Bereichs, sprich der bedarfsabhängigen Zulassung der Leistungserbringer. Seit dem 1. Juli 2013 können die Kantone vorübergehende Steuerungsmassnahmen treffen. Langfristig soll aber eine bundesrechtliche Lösung erarbeitet werden. Dazu soll im Sommer dieses Jahres eine Vernehmlassung durchgeführt werden.[185]

g. Sozialversicherungsabkommen

Für die soziale Sicherheit spielen auch die entsprechenden internationalen Abkommen eine grosse Rolle. So werden im Anhang II zum FZA mit der EU respektive im Anhang K des EFTA-Übereinkommens die Sozialversicherungen miteinander koordiniert. Im Zusammenhang mit der Annahme der Masseneinwanderungsinitiative stellen sich auch Fragen be-

---

179 Ebd., S. 7935.

180 Obwohl ein Gegenentwurf zunächst geplant war, vgl. Vorauflage JAR 2013, S. 61.

181 Ebd., S. 7935 ff.

182 BSV, Sozialversicherungen 2013, Jahresbericht gemäss Artikel 76 ATSG, S. 58.

183 Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung (Risikoausgleich. Trennung von Grund- und Zusatzversicherung), S. 7953 ff.

184 BSV, Sozialversicherungen 2013, Jahresbericht gemäss Artikel 76 ATSG, S. 58 f.

185 BSV, Sozialversicherungen 2013, Jahresbericht gemäss Artikel 76 ATSG, S. 52.

züglich der Koordination der Sozialversicherungssysteme. Werden die bilateralen Abkommen mit der EU gekündigt, müssen im Bereich der Sozialversicherungen etliche neue Koordinationsabkommen ausgehandelt werden.[186]

Im Januar 2014 konnte das Abkommen über soziale Sicherheit mit *Südkorea* unterzeichnet werden. Beide Staaten werden in diesem Jahr das Genehmigungsverfahren durchführen. Das Abkommen sieht insbesondere eine Koordination der AHV und der IV vor. Beseitigt wird die doppelte Beitragspflicht von Erwerbstätigen, die temporär im anderen Vertragsstaat tätig sind. Die Erwerbstätigen verbleiben in ihrem jeweiligen Rentensystem. Beim definitiven Verlassen des einen Landes erhalten die Beitragspflichtigen zudem die bereits entrichteten Beträge zurück.[187]

9. Personalrecht des Bundes

Auf den 3. Juli 2013 ist das neue Bundespersonalgesetz in Kraft getreten. Die umfassende Neugestaltung des Bundespersonalrechts ist damit abgeschlossen.[188] Ausführende Bestimmungen zu diesem Gesetz werden in der Bundespersonalverordnung geregelt.[189] Art. 64a Abs. 4 BPV enthält zunächst eine Konkretisierung des Anwendungsbereichs der Vertrauensarbeitszeit. Weiter wurde die Berechnung der Dienstjahre angepasst; die Lehrzeit bzw. entsprechende Praktika der Berufsbildung werden nicht angerechnet. Geändert wurden zudem die Bestimmungen über eine mögliche Umstrukturierung und Reorganisation von Verwaltungseinheiten. Nach Art. 104 BPV sollen derartige Projekte sozialverträglich und ökonomisch umgesetzt werden. Ebenfalls soll eine Weiterbeschäftigung an einer anderen Stelle der Bundesverwaltung ermöglicht werden, sofern diese zumutbar ist. Ebenfalls wird für diese Fälle eine allfällige Kündigungsmöglichkeit (Art. 104e BPV) und die Ausgestaltung eines Sozialplanes definiert (Art. 105 ff. BPV). Schliesslich werden Leistungen des Arbeitgebers zur sozialen Sicherheit geregelt (Art. 106 ff. BPV). Die Bestimmungen sind am 1. August in Kraft getreten.

---

186 BSV, Sozialversicherungen 2013, Jahresbericht gemäss Artikel 76 ATSG, S. 20.

187 Medienmitteilung des Bundesrates vom 21. Mai 2014

188 Vgl. Vorauflage JAR 2013, vgl. m.w.H. FELIX HAFNER, Das öffentliche Personalrecht im Visier des privatrechtlichen Arbeitsrechts, in: Eva-Maria Bäni/Angela Obrist (Hrsg.), Festschrift für Prof. Jean-Fritz Stöckli, Zürich/St. Gallen 2014, S. 297 ff., 304.

189 SR 172.220.111.3; AS 2014 2171.

Am 30. Oktober 2013 wurde zudem die *Richtlinie zu Nebenbeschäftigungen und öffentlichen Ämtern* des Bundespersonals erlassen.[190] Unter dem Oberbergriff Nebentätigkeit sind damit unentgeltliche sowie entgeltliche Nebenbeschäftigungen erfasst. Dabei geht es insbesondere um öffentliche Ämter, die in Miliztätigkeit ausgeübt werden, oder Nebentätigkeiten im Sinne einer Beraterfunktion, Expertentätigkeit oder Ähnlichem. Ebenfalls erfasst ist die Lehrtätigkeit. In Art. 91 Abs. 1 BPV wurde eine Meldepflicht für derartige Tätigkeiten eingeführt. Hintergrund dieser Änderung war der Länderbericht der GRECO, der im Bereich der Korruptionsbekämpfung verschiedene Empfehlungen abgegeben hat. So sollen allfällige Interessenskonflikte sowie Leistungsbeeinträchtigungen früh erkannt und entsprechend angegangen werden.[191] Wirkt sich die Nebentätigkeit unter Umständen auf die Leistungsfähigkeit aus bzw. besteht die Gefahr eines Konfliktes mit den dienstlichen Interessen, so kann die Beschäftigung von einer Bewilligung abhängig gemacht werden. In Bezug auf unentgeltliche Tätigkeiten besteht diese nur, wenn ein Interessenskonflikt nicht ausgeschlossen werden kann.[192]

10. Öffentliches Dienstrecht der Kantone

Der *Kanton Basel-Stadt* hat den Vaterschaftsurlaub seiner Kantonsangestellten verdoppelt. Die Väter von Neugeborenen können nun während zehn Tagen zu Hause bleiben. Bereits erfüllt ist die Forderung nach einem unbezahlten Elternurlaub von maximal acht Monaten. Nicht weiterverfolgt wird die Forderung nach einem Rechtsanspruch auf eine Pensenreduktion. Bereits 60% aller Angestellten des Kantons arbeiten Teilzeit. Die entsprechende Änderung der Urlaubsverordnung erfolgte auf den Januar 2014.[193]

Auswirkungen auf den Arbeitsalltag der Universitätsangestellten des Kantons Basel-Stadt hat zunehmend das *New public Management*. An der Universität Basel wurde beispielsweise erkannt, dass die Schnittstelle zwischen Wissenschaft und Dienstleistung fliessender wird und dass Institute zunehmend unternehmerisch geführt werden. Dies bringt für Verwaltungsangestellte sowie für die entsprechenden Wissenschaftler gewisse Herausforderungen mit sich und erfordert eine Professionalisierung der entspre-

---

[190] Eidgenössisches Personalamt EPA, Richtlinie zu Nebenbeschäftigungen und öffentlichen Ämtern, http://www.epa. admin.ch/dokumentation/gesetz/00373/?lang=de (zuletzt besucht am 23. September 2014).

[191] Ebd., S. 4.

[192] Ebd., S. 5.

[193] Medienmitteilung des Regierungsrats des Kantons Basel-Stadt vom 29. Oktober 2013.

chenden Tätigkeiten.[194] Aus diesem Grund hat die Universität Basel einen MBA in Academic Management ins Leben gerufen.[195]

Im *Kanton Bern* wurden die Anstellungsbedingungen des Lehrpersonals revidiert. Neu werden die Kindergärtnerinnen und Kindergärtner in der Gehaltsklasse 6 (statt vorher 5) eingereiht und damit den Primarlehrkräften gleichgestellt. Diese höhere Einstufung wird mit dem vergleichbaren Anforderungsprofil der beiden Berufe begründet und beendet die entsprechende Ungleichbehandlung. Ebenfalls neu vorgesehen wird die Möglichkeit, bezahlte Urlaube für Ausbildungen zu finanzieren, sofern diese im Interesse des Kantons sind.[196] Die beiden *kantonalen Pensionskassen* von Bern müssen saniert werden, das Stimmvolk hat dieser Vorlage in der Volksabstimmung vom Mai 2014 zugestimmt. Obwohl die Kantonsfinanzen weiterhin angespannt sind, besteht diesbezüglich dringender Handlungsbedarf. Da beide Kassen (die Bernische Pensionskasse sowie die Bernische Lehrerversicherungskasse) eine Unterdeckung aufweisen, müssen sie in den nächsten 20 Jahren saniert werden. Das Gesetz bringt einen Wechsel vom Leistungs- zum Beitragsprimat. Zudem wird die Mehrbelastung zwischen dem Kanton, den Arbeitgebern und den Arbeitnehmern aufgeteilt. Ebenfalls wird das Rentenalter für die Kantonsangestellten von 63 Jahre auf 65 angehoben, die Pensionierung der Kantonspolizisten erfolgt mit 62, statt zuvor mit 60 Jahren.[197]

Eine Gesetzesänderung wurde in der laufenden Berichtsperiode im *Kanton Zürich* bezüglich Administrativuntersuchungen initiiert. Der Regierungsrat kann heute im Rahmen seiner Aufsichtsfunktion über die Verwaltung eine derartige Untersuchung anordnen. Um diesbezügliche Verfahrensfragen und insbesondere die allfällige Koordination zum Strafprozess zu regeln, sollen die gesetzlichen Grundlagen in fünf Gesetzen angepasst werden. Weitere Einzelheiten sollen in einer Verordnung über Administrativuntersuchungen festgehalten werden. Diesbezüglich wird derzeit eine Vernehmlassung durchgeführt.[198]

Auch im *Kanton Zürich* wurden, um die Vereinbarkeit von Familie und Beruf zu fördern, entsprechende Massnahmen initiiert. Leider konnte das Projekt, welches eine Unterstützung für die Kinderbetreuung vorsah, nicht weiterverfolgt werden, da es nicht mehrheitsfähig war. Die Evaluation des Projekts hat ergeben, dass die dezentralen Arbeitsstellen sowie das grosse Einzugsgebiet der Kantonsangestellten schwer lösbare Probleme mit sich bringen. Als realisierbar stellte sich aber zumindest ein finanzieller Beitrag an die Kinderbetreuung dar, dieser soll einkommensunabhängig an

---

194 NZZ «Professionalisierung braucht echte Profis» vom 7. Juli 2014, S. 39.

195 http://www.unibas.ch/index.cfm?uuid=DC78B242AA6EE BCBF0D2143B1ECEBB18&type=search&show_long=1 (zuletzt besucht am 23. September 2014).

196 Medienmitteilung des Regierungsrates des Kantons Bern vom 24. April 2014.

197 Ebd.

198 Medienmitteilung des Regierungsrates des Kantons Zürich vom 7. November 2014.

Eltern mit Kindern unter zwölf Jahren ausgerichtet werden. In der Vernehmlassung wurden unter anderem der grosse administrative Aufwand (mindestens sechs Vollzeitstellen für die Prüfung der Gesuche) sowie die Kosten (10 Mio. Franken pro Jahr) kritisiert. Im Dezember 2013 wurden zudem die Kosten für das Projekt aus dem Budget für das Jahr 2014 gestrichen. Aus diesen Gründen wurde das Projekt abgebrochen; vorläufig wird es keine entsprechenden kantonalen Massnahmen geben.[199]

11. Ausländische Arbeitnehmer

a. Ausländerstatistik

Gemäss der *Ausländerstatistik* lebten per Ende Dezember 2013 1 886 630 Ausländer und Ausländerinnen in der Schweiz. Dies entspricht einer Zunahme von 3,4% gegenüber dem Vorjahr. Zwei Drittel der Personen kommen aus den EU-27/EFTA-Staaten, die meisten Personen aus Italien (301 254), gefolgt von deutschen (293 256) und portugiesischen (253 156) Staatsangehörigen. Seit 2013 wurde die höchste Zunahme beim Bestand von Einwanderern aus dem Kosovo festgestellt (+15 703). Dies wird damit begründet, dass ehemals serbische Staatsangehörige, welche bereits in der Schweiz ansässig sind, seit der Unabhängigkeit des Kosovo im Jahr 2008 die kosovarische Staatsangehörigkeit angenommen haben.[200] Ebenfalls festgestellt wurde vom Bundesamt für Statistik, dass nicht nur die Einwanderungen zugenommen haben, sondern auch die Auswanderungen. Im Jahr 2012 hat der *Auswanderungssaldo* der Ausländerinnen und Ausländer um 10,7% zugenommen. Gleichwohl kompensiert der Einwanderungsüberschuss die Auswanderungen, es sind mehr Ausländer in die Schweiz gekommen, als diese sie verlassen haben.[201]

Auch im Jahr 2013 hat die Anzahl der in der Schweiz tätigen Grenzgänger/-innen erneut zugenommen (+3,8%). Die meisten Grenzgänger/-innen haben ihren Wohnsitz in Frankreich (52,4%), rund ein Viertel (23,7%) kommt aus Italien und ein Fünftel wohnt in Deutschland (20,5%). In der Schweiz sind insgesamt 278 500 Grenzgänger/-innen tätig, 62 000 sind in den letzten fünf Jahren dazugekommen, was einem Wachstum von 28,7% entspricht. Werden die vertretenen Berufsgruppen betrachtet, fällt auf, dass Grenzgänger/-innen häufig in weniger gut qualifizierten Berufen tätig sind. Gleichwohl verzeichnete die Kategorie «Führungskräfte» eine überdurchschnittliche Steigerung von 40,1% im letzten Jahr.[202]

---

[199] Medienmitteilung des Regierungsrates des Kantons Zürich vom 13. Februar 2014.
[200] Medienmitteilung des BFM vom 20. Februar 2014.
[201] Medienmitteilung des BFM vom 11. Oktober 2013.
[202] Medienmitteilung des BFS vom 3. März 2014.

b. Fremdarbeiterregelung

Nach der Annahme der Masseneinwanderungsinitiative muss sich das Parlament mit einer weiteren Initiative beschäftigen, welche die Einwanderungspolitik beeinflussen könnte. Die Initiative «Stopp der Überbevölkerung – zur Sicherung der natürlichen Lebensgrundlagen» oder auch Ecopop-Initiative bezweckt die dauerhafte Sicherstellung der natürlichen Lebensgrundlagen in der Schweiz sowie im Ausland und sieht eine grundsätzliche Neuausrichtung der Zuwanderungspolitik vor. Die Initianten sind der Ansicht, dass das starke Bevölkerungswachstum der Umwelt schadet und die Lebensqualität negativ beeinflusst. Die hohe Bevölkerungszahl stellt danach einen der Hauptgründe für die Umweltverschmutzung im In- und Ausland dar. Um diese zu bekämpfen, darf gemäss der neuen Verfassungsbestimmung die Zunahme der Bevölkerung im dreijährigen Jahresdurchschnitt nicht mehr als 0,2% pro Jahr betragen. Ebenfalls wird der Bund verpflichtet, mindestens 10% des Budgets der internationalen Entwicklungszusammenarbeit in Massnahmen zur Förderung der freiwilligen Familienplanung zu investieren.[203] Damit soll der Migrationsdruck gemindert und die Erreichung des erwähnten Ziels im Ausland vorangetrieben werden.[204] Die Annahme der Initiative hätte empfindliche Auswirkungen auf die Fremdarbeiterregelung, da das bisherige duale System kaum mit einer derartig starren Kontingentierung vereinbar wäre. Ebenfalls führte es zu einem erheblichen Mehraufwand, da die Verteilung der Kontingente auf die verschiedenen Aufenthaltskategorien, für die keine völker- oder vertragsrechtlichen Verpflichtungen bestehen, mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden sein wird. Obwohl die Initiative nicht das geeignete Mittel darstellt, ist sich der Bundesrat bewusst, dass die Zuwanderung im letzten Jahrzehnt zu einer erheblichen Herausforderung geführt hat.[205] Mit der Annahme der Masseneinwanderungsinitiative hat auch das Stimmvolk diese Bedenken deutlich zum Ausdruck gebracht.[206] Auch die von der Ecopop-Initiative verlangte Investition von 10% des Budgets der schweizerischen Entwicklungszusammenarbeit für die Familienplanung wird vom Bundesrat kritisch aufgenommen. Nach Ansicht des Bundesrates wird diese enge Fokussierung den weiteren komplexen Herausforderungen der Entwicklungszusammenarbeit nicht gerecht. In diesem Sinne muss deren Mehrdimensionalität beibehalten werden. Aus diesen Gründen lehnt der Bundesrat die Initiative ab.[207] Auch nach

---

[203] Botschaft zur Volksinitiative «Stopp der Überbevölkerung – zur Sicherung der natürlichen Lebensgrundlage» vom 23. Oktober 2013, BBl 2013 8693 ff., 8699 und 8711 ff., (zit. Botschaft Ecopop).

[204] Botschaft Ecopop, S. 8714.

[205] Botschaft Ecopop, S. 8723.

[206] Siehe dazu oben S. ■■.

[207] Botschaft Ecopop, S. 8724.

den Beratungen im Parlament kamen beide Kammern zum Ergebnis, dass die Initiative abgelehnt werden solle.[208]

Sans-Papiers können ohne Bewilligung das Gymnasium besuchen und danach allenfalls studieren. Der Zugang zu einer Berufslehre ist allerdings mit einer Arbeitsbewilligung verbunden. Um diese zu erhalten und damit den Lehrvertrag unterzeichnen zu können, muss der oder die Lernende über eine Aufenthaltsbewilligung verfügen. Seit Februar 2013 besteht die Möglichkeit, für die Absolvierung einer Berufslehre ein befristetes Aufenthaltsrecht zu beantragen. Allerdings sind seit dem Inkrafttreten der entsprechenden Verordnungsbestimmungen nur zwei Gesuche eingegangen. Nach den Schätzungen des Bundesamts für Migration könnten von dieser Neuregelung allerdings 200 bis 400 *Sans-Papiers* profitieren. Gemäss der Eidgenössischen Kommission für Migrationsfragen (EKM) ist der Grund für die spärliche Inanspruchnahme die Angst vor der Wegeweisung der Familie, da im Verfahren die Identität offengelegt werden muss. Diese Befürchtung ist wohl berechtigt, da bereits die Informationswebseite für die Jugendlichen auf eine mögliche Wegweisung im Falle einer ablehnenden Beurteilung des Gesuches hinweist.[209] Langfristig müsste gemäss der EKM eine neue Lösung gefunden werden, da die Hürden in der Verordnung zu hoch angesetzt sind (vgl. Art. 30a VZAE). Kurzfristig hat die EKM die Kantone ersucht die Gesuche grosszügig zu beurteilen.[210]

12. Normalarbeitsverträge

a. Normalarbeitsverträge (NAV)

Stand: 10. Juli 2014[211]

Kanton	**NAV für die Berufe**	**Fundstelle in den Gesetzessammlungen**
Bund	NAV mit zwingenden Mindestlöhnen für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in der Hauswirtschaft (NAV Hauswirtschaft) vom 20. Oktober 2010/1. Januar 2014	SR 221.215.329.4

[208] NZZ «Breite Front gegen Ecopop im Nationalrat», vom 11. Juni 2014, S. 9.

[209] https://www.ekm.admin.ch/ekm/de/home/zuwanderung---aufenthalt/sanspapiers/aktuell.html (zuletzt besucht am 23. September 2014).

[210] Ebd.

[211] Die NAV des Bundes sowie der Kanton GE, JU, TI und VS finden sich auf http://www.seco.admin.ch/themen/00385/00420/04526/index.html?lang=de (zuletzt besucht am 23. September 2014).

Kanton	NAV für die Berufe	Fundstelle in den Gesetzessammlungen
Bund	NAV für die Erzieher in Heimen und Internaten vom 16. Januar 1985/1. Februar 1985	SR 221.215.324.1
	NAV für milchwirtschaftliche Arbeitnehmer vom 11. Januar 1984/1. Februar 1984	SR 221.215.329.2
	NAV für Privatgärtner vom 3. Dezember 1979/ 1. Januar 1980	SR 221.215.329.3
	NAV für Assistenzärzte vom 5. Mai 1971/ 24. Januar 1973	SR 221.215.328.1
	NAV über die Versicherungsleistungen für das beruflich strahlenexponierte Personal vom 22. April 1966/24. Januar 1973	SR 221.215.328.6
	NAV für das Pflegepersonal vom 23. Dezember 1971/1. Januar 1972	SR 221.215.328.4
AG	NAV für Hauspersonal vom 19. November 2008/1. Januar 2009	SAR 963.374
	NAV über das Arbeitsverhältnis in der Landwirtschaft vom 24. November 2004/1. Januar 2007	SAR 963.372
AI	NAV für landwirtschaftliche Arbeitsverhältnisse vom 25. September 2000/16. August 2004	SGS 821.001
AR	NAV für hauswirtschaftliche Arbeitnehmer vom 8. Dezember 1986/1. Januar 2013	SGS 222.217
	NAV für Betriebs- und Hausangestellte in der Landwirtschaft vom 16. Dezember 2008/ 1. Januar 2009	SGS 222.16
BE	NAV für die Landwirtschaft vom 24. Oktober 2007/1. Januar 2012	BSG 222.153.21
	NAV für den Hausdienst (NAV Hausdienst) vom 25. April 2007/1. Januar 2012	BSG 222.153.22
	NAV für den Detailhandel (NAV Detailhandel) vom 15. November 2006/1. Januar 2012	BSG 222.153.23

Kanton	NAV für die Berufe	Fundstelle in den Gesetzessammlungen
BL	NAV für Hauspersonal vom 15. Dezember 1998/ 1. Januar 2013	SGS 212.34
	NAV für landwirtschaftliche Arbeitnehmer vom 16. Dezember 1986/1. September 2013	SGS 212.31
BS	NAV für Hauspersonal im Kanton Basel-Stadt vom 20. November 1990/1. Januar 2009	SG 215.700
	NAV für landwirtschaftliche Arbeitsverhältnisse im Kanton Basel-Stadt vom 15. Juni 1993/ 1. Januar 1998	SG 215.600
FR	NAV für die Mitarbeiter im Hausdienst vom 7. März 1989/20. Mai 2014	SGS 222.5.91
	NAV für die Landwirtschaft vom 26. September 1988/1. Januar 2011	SGS 222.5.92
GE	CTT de travail des monteurs de stands (CTT-MStands) du 14 mars 2014/1er avril 2014	J 1 50.19
	CTT pour le transport de choses pour compte de tiers (CTT-TCCT) du 26 novembre 2013/ 1er janvier 2014	J 1 50.18
	CTT du commerce de détail (CTT-CD) du 22 janvier 2013/1er janvier 2014	J 1 50.17
	CTT des esthéticiennes (CTT-Esthé) du 18 décembre 2012/1er janvier 2014	J 1 50.16
	CTT des jeunes gens au pair mineurs (CTT-TPM) du 13 décembre 2011/1er janvier 2014	J 1 50.15
	CTT pour les travailleurs au pair (CTT-TP) du 13 décembre 2011/1er janvier 2014	J 1 50.12
	CTT de la floriculture (CTT-Flor) du 13 décembre 2011/1er janvier 2014	J 1 50.10
	CTT de l'agriculture (CTT-Agri) du 13 décembre 2011/1er janvier 2014	J 1 50.09
	CTT de l'économie domestique (CTT-EDom) du 13 décembre 2011/1er janvier 2014	J 1 50.03

Kanton	NAV für die Berufe	Fundstelle in den Gesetzessammlungen
GL	NAV für hauswirtschaftliche Arbeitnehmer vom 26. April 1988/1. Januar 2011	SGS VIII C/12/3
	NAV für männliche und weibliche Arbeitnehmer in der Landwirtschaft vom 4. Dezember 1972/ 1. Januar 2011	SGS IX D/7/1
GR	NAV für das hauswirtschaftliche Arbeitsverhältnis vom 7. September 1987/1. Januar 2011	SGS 535.200
	NAV für das landwirtschaftliche Arbeitsverhältnis vom 27. Oktober 1998/1. Juli 2009	SGS 535.230
	NAV für das Alp- und Hirtschaftspersonal vom 27. Oktober 1998/1. Dezember 1998	SGS 535.250
JU	CTT prévoyant des salaires minimaux pour le personnel au service de la vente dans le commerce de détail du 26 novembre 2013/26 novembre 2013	SGS 222.153.231
	CTT pour le personnel d'exploitation et de maison dans l'agriculture 20 décembre 1995/1er avril 2014	SGS 222.153.21
	CTT pour travailleurs de l'économie domestique du 6 décembre 1978/1er janvier 2013	SGS 222.153.22
	CTT pour le personnel au service de la vente dans le commerce de détail du 20 juin 2006/ 1er juillet 2006	SGS 222.153.23
LU	NAV für das hauswirtschaftliche Arbeitsverhältnis vom 26. Januar 1990/1. Januar 2013	SRL Nr. 854
	NAV für das landwirtschaftliche Arbeitsverhältnis vom 5. Mai 2000/1. Januar 2007	SRL Nr. 854a
NE	CTT pour l'agriculture (CTT-Agri) du 27 novembre 2002/1er janvier 2011	RSN 225.43
	CTT pour le personnel forestier du 14 octobre 2009/1er janvier 2010	RSN 225.46
	CTT du personnel de vente dans le commerce de détail du 13 mars 1991/1er septembre 2009	RSN 225.44

Kanton	NAV für die Berufe	Fundstelle in den Gesetzessammlungen
NE	CTT pour des jeunes travailleurs au pair du 13 mars 1991/1er janvier 1992	RSN 225.45
	CTT pour le service de maison du 5 mai 1988/ 5 mai 1988	RSN 225.42
NW	NAV für hauswirtschaftliche Arbeitnehmer vom 1. Juli 1985/1. Juli 1985	LGS 223.1
	NAV für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in der Landwirtschaft (NAV Landwirtschaft) vom 14. April 1997/1. Juli 1997	LGS 223.2
OW	NAV für hauswirtschaftliche Arbeitnehmer vom 18. Dezember 1973/1. Januar 2011	GDB 844.1
	NAV für Arbeitnehmer in der Landwirtschaft vom 13. Mai 2008/1. Januar 2011	GDB 844.2
SG	NAV für hauswirtschaftliche Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer vom 25. Februar 1986/1. Mai 1986	SGS 513.1
	NAV für landwirtschaftliche Arbeitnehmer vom 9. Dezember 2003/1. März 2004	SGS 513.2
SH	NAV für hauswirtschaftliche Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer vom 16. März 1993/1. Januar 2012	SHR 221.216
	NAV für Arbeitnehmende in der Landwirtschaft (NAV LW) vom 7. Januar 1986/1. Januar 2012	SHR 221.217
SO	NAV für Arbeitnehmer im Hausdienst vom 11. März 1986/1. Februar 2011	BGS 821.321
	NAV für Arbeitnehmer in der Landwirtschaft vom 10. November 1972/1. Februar 2011	BGS 821.322
SZ	NAV für hauswirtschaftliche Arbeitnehmer vom 5. August 1997/1. Januar 1998	SRSZ 217.111
	NAV für Arbeitnehmer in der Landwirtschaft vom 26. Juni 2001/1. Januar 2011	SRSZ 217.112

Kanton	NAV für die Berufe	Fundstelle in den Gesetzessammlungen
TG	NAV für hauswirtschaftliche Arbeitsverhältnisse im Kanton Thurgau vom 6. Juli 1999/28. August 2010	RB 221.252
	NAV für landwirtschaftliche Arbeitsverhältnisse im Kanton Thurgau vom 28. März 2006/1. April 2006	RB 221.253
TI	CNL per gli impiegati di commercio nel settore della consulenza aziendale del 13 novembre 2013/1° gennaio 2014	Bollettino ufficiale delle leggi e degli atti esecutivi, 15 novembre 2013
	CNL per il settore della fabbricazione di apparecchiature elettriche (BU 2013, 9–10 e BU 2013, 222) del 17 dicembre 2013/1° gennaio 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 (BU 2013, 10–12 e BU 2013, 222) del 17 dicembre 2013/ 1° gennaio 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 CHF 1 200 000.–) dell'11 settembre 2013/1° ottobre 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 16 gennaio 2013/1° aprile 2013	Bollettino ufficiale delle leggi e degli atti esecutivi, 18 gennaio 2013
	Concernente il contratto normale di lavoro per i centri fitness del 14 novembre 2012/1° gennaio 2013	Bollettino ufficiale delle leggi e degli atti esecutivi 20 novembre 2012
	CNL per le aziende di riparazione e/o sostituzione gomme «gommisti» (CNLRSG) del 21 dicembre 2011/1° gennaio 2012	
	CNL per i saloni di bellezza (CNLE) del 24 marzo 2010/1° gennaio 2011	
	CNL per i Call Centers (CNLCC) del 15 gennaio 2010/1° gennaio 2012	

Kanton	NAV für die Berufe	Fundstelle in den Gesetzessammlungen
UR	NAV für hauswirtschaftliche Arbeitnehmer vom 5. September 1988/1. Februar 2007	RB 20.1311
	NAV für landwirtschaftliche Arbeitnehmer vom 1. Oktober 1973/1. Mai 1998	RB 20.1321
VD	CTT pour chefs-vignerons (ACTT-cv) du 30 mai 1986/1er avril 2004	RSV 222.53.1
	CTT de vignolage pour les districts d'Aigle, de Vevey et de Lavaux (ACTT-vavl) du 27 juillet 1994/1er avril 2004	RSV 222.53.2
	CTT de vignolage pour les districts d'Aubonne, Morges, Nyon et Rolle (ACTT-vamnr) du 27 juillet 1994/1er avril 2004	RSV 222.53.3
	CTT pour l'agriculture (ACTT-agr) du 3 avril 2000/1er avril 2004	RSV 222.55.1
	CTT pour le personnel des ménages privés (ACTT-mpr) du 18 janvier 2006/1er mars 2006	RSV 222.105.1
VS	NAV für die Landwirtschaft vom 16. Juni 1989/14. Mai 2014	Amtsblatt vom 23. Mai 2014
	NAV für das Personal der Ingenieur-, Architektur- und anderen Planungsbüros vom 15. September 1982/5. März 2014	Amtsblatt vom 14. März 2014
	NAV für die Kellerarbeiter vom 11. April 1972/5. März 2014	Amtsblatt vom 14. März 2014
	NAV für hauswirtschaftliche Arbeitnehmer vom 1. Januar 1992/5. März 2014	Amtsblatt vom 14. März 2014
	NAV für das Personal der Käsereien vom 10. Februar 1993/5. März 2014	Amtsblatt vom 14. März 2014
	NAV für das Personal der Autotransportunternehmungen (Sachentransporte und Erdbewegungsarbeiten) vom 1. Januar 1993/5. März 2014	Amtsblatt vom 14. März 2014
	NAV für das im Verkauf beschäftigte Personal des Detailhandels vom 10. Juli 1985/5. März 2014	Amtsblatt vom 14. März 2014

Kanton	NAV für die Berufe	Fundstelle in den Gesetzessammlungen
VS	NAV für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer des Sektors der industriellen Wartung und Reinigung vom 21. Januar 2009/16. August 2013	Amtsblatt vom 30. März 2012
	NAV für das Personal der Luftseilbahnen, Sesselbahnen, Skilifte und ähnlicher Betriebe vom 18. November 1987/8. Februar 2012	Amtsblatt vom 17. Februar 2012
ZG	NAV für das landwirtschaftliche Arbeitsverhältnis vom 11. Juni 2002/1. Januar 2008	BGS 831.511
	NAV Privathaushalt vom 18. Dezember 1984/1. Januar 2011	BGS 831.521
ZH	NAV für hauswirtschaftliche Arbeitnehmer vom 29. Mai 1991/1. Januar 2013	LS 821.12
	NAV für das landwirtschaftliche Arbeitsverhältnis vom 2. März 2005/1. Januar 2011	LS 821.13

b. Normalarbeitsverträge mit zwingenden Mindestlöhnen gemäss Art. 360a ff. OR

Besonderer Handlungsbedarf bezüglich Mindestlohnregelungen wurde im Jahr 2010 in der Branche der Hauswirtschaft festgestellt. Aus diesem Grund hat der Bundesrat einen schweizweit gültigen NAV verabschiedet.[212] Dieser NAV war für drei Jahre befristet, im November 2013 wurde er vom Bundesrat für weitere drei Jahre verlängert. Der neue NAV Hauswirtschaft ist am 1. Januar 2014 in Kraft getreten.[213]

Der *NAV Hauswirtschaft* regelt allerdings nur die Mindestlöhne, die weiteren Bestimmungen der kantonalen NAV bezüglich Arbeits- und Ruhezeiten, Ferienanspruch, Lohnfortzahlungspflichten, Überzeit und dergleichen sind weiterhin anwendbar.[214] Der NAV sieht dabei drei Lohnkategorien vor: ungelernt, ungelernt mit vier Jahren Berufserfahrung und gelernt. Letztere verfügen über ein eidg. Fähigkeitszeugnis, ein eidg. Berufsattest oder über eine andere zwei- oder dreijährige berufliche Grundbil-

[212] Mit Ausnahme des Kantons Genf, dort gilt ein separater NAV mit Mindestlohnbestimmungen.

[213] Siehe oben S. ■■; http://www.seco.admin.ch/themen/00385/00420/04526/index.html?lang=de#sprungmarke0_19 (zuletzt besucht am 10. Juli 2014).

[214] SECO, Informationen zum NAV Hauswirtschaft (Stand: 1. Januar 2014), S. 2.

dung, welche für die Verrichtung der Tätigkeit geeignet ist.[215] Die Mindestlöhne variieren zwischen 18.55 und 22.40 Franken pro Stunde.

IV. Kollektives Arbeitsrecht

1. Sozialpartnerschaft

Die Sozialpartner sind sich einig: Eine der grössten Herausforderungen der nächsten Jahre wird die *Reform der Sozialwerke* sein. Die angestrebte gesamtheitliche Reform des Bundesrates «Altersvorsorge 2020» wurde von den Sozialpartnern kritisch aufgenommen. Der Schweizerische Gewerkschaftsbund befürchtet einen zusätzlichen Leistungsabbau, da unter anderem der Teuerungsausgleich infrage gestellt wird. Um dieser Entwicklung gegenzusteuern sollen mit der Initiative *«AHVplus: für eine starke AHV»* die Renten gar um 10% erhöht werden. Der SGB argumentiert, dass die AHV-Renten letztmals 1992 substanziell an die Lohnentwicklung angepasst wurden, die Löhne seien aber gestiegen.[216] Der Gewerkschaftsbund befürchtet insbesondere, dass die Renteneinkommen zu gering sind und der Lebensstandard nicht wie während der Erwerbstätigkeit weitergeführt werden kann. Bezüglich der Finanzierung dieser Mehrkosten schielt der SGB auf die Einführung der Erbschaftssteuer, ebenfalls soll die Tabaksteuer direkt dem Bund zugutekommen.[217] Der Arbeitgeberverband kritisiert die Vorlage ebenfalls und zweifelt an der Mehrheitsfähigkeit, da sehr viele unterschiedliche Aspekte betroffen sind. Nach Ansicht des Arbeitgeberverbandes soll die Vorlage in verschiedene zu priorisierende Pakete aufgeteilt werden.[218]

Der SGB hat in der laufenden Berichtsperiode eine Tagung zum Thema *Zugangsrecht auf Baustellen und Betrieben* durchgeführt. Um nach Ansicht des SGB die gewerkschaftlichen Aufgaben wahrzunehmen, muss es den Mitgliedern möglich sein, Arbeitnehmende direkt im Betrieb zu besuchen, sie dort zu informieren und sie auf ihre Rechte aufmerksam machen. Sehr zum Missfallen des SGB haben Arbeitgeber bzw. Bauherren den Gewerkschaftern teilweise den Zugang verweigert und immer wieder mit Strafanzeigen wegen Hausfriedensbruchs gemäss Art. 186 StGB gedroht bzw. gar entsprechende Strafanträge gestellt.[219] An der Tagung beurteilte MARCEL NIGGLI diese Frage aus strafrechtlicher Sicht, er hatte in diesem Zusammenhang bereits ein Gutachten für den SGB verfasst. Prob-

---

215 Ebd.

216 Siehe dazu auch oben S. ■■.

217 Medienmitteilung des SGB vom 14 Mai 2014.

218 Medienmitteilung des Arbeitgeberverbandes vom 25. Juni 2014.

219 Vgl. Medienmitteilung des SGB vom 27. Juni 2014. Im Durchgangsbahnhof Löwenstrasse in Zürich wurde durch die Gewerkschaft Unia

lematisch am Tatbestand des Hausfriedensbruches ist insbesondere, dass die Erfüllung der Tatbestandsmerkmale prohibitiv auf die gewerkschaftliche Tätigkeit wirkt.[220] Ebenfalls eingeladen war MARKUS SCHEFER, der aus öffentlich-rechtlicher Sicht die Koalitionsfreiheit darlegte und durch eine mittelbare Drittwirkung ein Zutrittsrecht ableitet. Aus arbeitsrechtlicher Sicht wurde von KURT PÄRLI argumentiert, dass ein Zutrittsrecht bereits aus dem Verbandsklagerecht gemäss Art. 15 MitwG[221] bzw. Art. 58 ArG (Beschwerderecht der Verbände gegen Verfügungen von kantonalen Behörden) resultiere. Es ist tatsächlich nicht in Abrede zu stellen, dass vor einer derartigen Klage ein gewisser Austausch bzw. Informationen zwischen den Arbeitnehmenden und den Gewerkschaften möglich sein müssen. Aus dieser praktischen Konsequenz gerade ein Zugangs*recht* abzuleiten, scheint vom Gewerkschaftsbund etwas verkürzt dargestellt.[222]

2. Arbeitskämpfe

In der privaten Spitex Firma Primula AG wurde im Juni während zweier Wochen gestreikt. Die Arbeitnehmenden haben die Arbeit niedergelegt, nachdem ihr Arbeitgeber die Verhandlungen für einen GAV abgebrochen hatte. Nach Angaben der Unia herrschten im Unternehmen prekäre Arbeitsbedingungen, die Arbeitnehmenden waren zu Tieflöhnen angestellt, und Überstunden wurden nicht ausbezahlt.[223] Mithilfe des kantonalen Einigungsamts konnte nach zwei Wochen Streik eine Lösung gefunden werden. Betriebsintern wurden nun Mindestlöhne von mindesten 22 Franken für Ungelernte und maximal 27.50 Franken für Arbeitnehmende mit einer entsprechenden Ausbildung vorgesehen. Ebenfalls wurde ein 13. Monatslohn eingeführt und die wöchentliche Arbeitszeit auf 42 Stunden reduziert. Kritisiert wurde dieses Vorgehen vom Verband Spitex privée Suisse, da derartige bilaterale Abkommen mit der Unia unnötig seien, solange die Schutzbestimmungen des Arbeitsrechts eingehalten würden. Ebenfalls sei die Unia sehr aggressiv aufgetreten.[224]

Im Juni streikte die *Tessiner Granitindustrie* mit der Forderung, den seit zwei Jahren ausgelaufenen kantonalen GAV zu erneuern oder dem Bau- Landesmantelvertrag unterstellt zu werden. Der Tessiner GAV dieser Branche lief bereits auf den Jahresbeginn 2012 aus, und die Situation ge-

---

220 MARCEL ALEXANDER NIGGLI, Gutachten betreffend Hausverbote und gewerkschaftliche Tätigkeit, erstellt im Auftrag des SGB vom 15. April 2014.

221 Bundesgesetz über die Information und Mitsprache der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in den Betrieben (Mitwirkungsgesetz) vom 17. Dezember 1993, SR 822.14.

222 Medienmitteilung des SGB vom 3. Juli 2014.

223 Medienmitteilung der Unia vom 13. Juni 2014.

224 NZZ online «Einigung im Spitex-Streit» vom 11. Juli 2014.

staltete sich in den letzten zwei Jahren schwierig. Nach Ansicht der Unia unterstehen die Arbeitnehmenden ebenfalls dem Bau-LMV. Dieser sähe beispielsweise einen flexiblen Altersrücktritt von 60 Jahren vor. Der Arbeitgeberverband ist allerdings anderer Meinung. Bis im Juli 2014 konnte noch keine Einigung erzielt werden.

3. Gesamtarbeitsvertragsrecht

a. Gesamtarbeitsvertragliche Lohnabschlüsse 2013

Die Sozialpartner haben für das Jahr 2013 eine nominale Effektivlohnerhöhung vom 0,7% beschlossen, 0,4% sind dabei individuelle und 0,3% generelle Lohnerhöhungen. Zusammen mit der negativen Teuerung (–0,1%) resultierte daraus eine reale Lohnerhöhung von 0,8%. Davon sind insgesamt 480 000 Personen betroffen. Im Vorjahresvergleich wurden die Reallöhne um einen Prozentpunkt mehr angehoben. Die in den wichtigsten GAV[225] festgelegten Mindestlöhne wurden 2013 um 0,6% angehoben. Fast eine Million der Arbeitnehmenden waren von einem Mindestlohnabkommen betroffen, welches in der ersten Jahreshälfte in Kraft getreten ist.[226]

b. Gesamtarbeitsverträge

In der laufenden Berichtsperiode wurden die Verhandlungen aufgenommen für einen gesamtschweizerischen *GAV für Tankstellenshops*. Bis heute gibt es in den Kantonen Freiburg, St. Gallen und Luzern bereits allgemeinverbindliche GAV. Gesamtschweizerisch gibt es allerdings 1328 Tankstellenshops, die ungefähr 14 000 Mitarbeitende beschäftigen. Angestrebt wird zudem eine Allgemeinverbindlicherklärung. Ziel ist es den neuen GAV auf den 1. Januar 2016 in Kraft zu setzen.[227]

Im November 2013 wurde in Genf der erste *kantonale GAV für den Detailhandel* unterzeichnet. Dieser GAV legt Mindestlöhne fest für das gesamte Genfer Detailhandelspersonal. Gleichzeitig wurde auch eine schrittweise Erhöhung der Löhne von 3740 auf mindestens 4000 Franken vereinbart. Damit ist Genf der bisher einzige Kanton in dieser Branche mit einem GAV mit Mindestlohnbestimmungen.[228]

---

225 Ein GAV der mehr als 1500 Arbeitnehmende erfasst.
226 Medienmitteilung des BFS vom 12. Juli 2014.
227 Medienmitteilung der Unia vom 2. Juni 2014.
228 Medienmitteilung der Unia vom 15. November 2013.

Der *GAV für das Plattenlegergewerbe* wurde auf die gesamte Ostschweiz und den Kanton Graubünden ausgeweitet. Der neue räumliche Geltungsbereich gilt rückwirkend ab Januar 2014.[229] Damit konnte ein weiterer Meilenstein gesetzt werden für die Bekämpfung der Tieflöhne. Dieser GAV enthält eine detaillierte Mindestlohnregelung sowie eine festgelegte wöchentliche Arbeitszeit von 41,5 Stunden.

c. Vom Bundesrat allgemeinverbindlich erklärte Gesamtarbeitsverträge

Der ave *GAV Personalverleih* ist mit ca. 300 000 Arbeitnehmenden der GAV mit dem grössten persönlichen Geltungsbereich.[230] Dieser GAV ist seit 2011 allgemein verbindlich erklärt. Im Juni 2013 wurde er durch einen entsprechenden Bundesratsbeschluss erstmals geändert.[231] Die Änderung umfasst eine Konkretisierung der Begriffe «gelernt» und «un- bzw. angelernt». Ende 2014 läuft der GAV Personalverleih aus, seit Anfang 2013 haben die Verhandlungen begonnen. Diese werden voraussichtlich Ende dieses Jahres abgeschlossen sein.[232]

Der *GAV der Sicherheitsbranche* ist am 1. Juli 2014 in Kraft getreten und vom Bundesrat für Betriebe ab zehn Mitarbeitenden allgemeinverbindlich erklärt worden. Die Verhandlungen haben drei Jahre gedauert. Erhöht wurden die Monats- sowie die Stundenlöhne, neu werden auch die Berufskosten (Reisespesen und -zeit) obligatorisch und einheitlich entschädigt.

d. Vom WBF genehmigte kantonale Allgemeinverbindlicherklärungen

In der laufenden Berichtsperiode wurden in den Kantonen Basel-Stadt, Genf, Luzern, St. Gallen, Tessin Waadt und Wallis Allgemeinverbindlicherklärungen vorgenommen bzw. bestehende ave GAV verlängert.[233]

---

229 Medienmitteilung der Unia vom 6. Juni 2014.

230 ARIE JOEHRO, Der Gesamtarbeitsvertrag Personalverleih, in: ArbR 2013, S. 105 ff.

231 Bundesratsbeschluss über die Allgemeinverbindlicherklärung des Gesamtarbeitsvertrages für den Personalverleih, Änderung vom 20. Juni 2013.

232 http://swissstaffing.ch/verband/gav-personalverleih/ (zuletzt besucht am 23. September 2014).

233 Vgl. die vom SECO geführte Liste der kantonale Beschlüsse betr. ave GAV, die vom WBF genehmigt wurden: http://www. seco.admin.ch/themen/00385/00420/02500/?lang=de (zuletzt besucht am 23. September 2014).

B. Mitteilungen des Staatssekretariats für Wirtschaft (SECO) und des Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (EDÖB)

Zusammengestellt von
Dr. iur. HUBERT FRITSCH

Merk- und Informationsblätter des SECO

I. Psychosoziale Risiken am Arbeitsplatz[1]

(letzte Änderung: 26. August 2014)

Veränderungen in der Wirtschafts- und Arbeitswelt haben direkte Auswirkungen auf den Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz. Engagement in diesem Bereich zahlt sich aus. Technische Risiken sind heute besser unter Kontrolle. Was nach wie vor und immer häufiger zu Problemen in Unternehmen führt, sind sogenannte psychosoziale Risiken wie arbeitsbedingter Stress, Burn-out, Überwachung, Mobbing und Belästigung am Arbeitsplatz. Deutlich zeigt sich diese Tendenz in folgenden Zahlen:

- jährlich ereignen sich in der Schweiz 250 000 Berufsunfälle (–12% in zehn Jahren),
- 670 000 Beschäftigte sind von muskuloskelettalen Belastungen betroffen,
- 1 300 000 Arbeitnehmende sind nach eigenen Aussagen am Arbeitsplatz häufig oder sehr häufig gestresst (+30% in zehn Jahren).

1. Psychosoziale Risiken und ihre Folgen

Psychosoziale Risikofaktoren am Arbeitsplatz sind gesundheitsschädliche Aspekte der Arbeitsaufgaben, Arbeitsorganisation und sozialen Verhältnisse. Die häufigsten organisatorischen Belastungen in der Schweiz sind hohes Arbeitstempo, Termindruck und Arbeitsunterbrechungen.

Lang andauernde psychische Fehlbelastungen können zu gesundheitlichen Problemen wie Muskel-Skelett-Erkrankungen, Herz-Kreislauf-Störungen oder auch psychischen Erkrankungen führen. Verbreitete Folgen sind ausserdem Motivationsverlust, Arbeitsunzufriedenheit oder Leistungsabfall.

Plötzliche Ausfälle durch Erkrankung und eine reduzierte Leistungsfähigkeit in der Zeit davor verursachen nicht nur den Betroffenen Leid, sondern auch dem Betrieb Kosten und Umtriebe. So belaufen sich z.B. die volkswirtschaftlich relevanten Kosten von Stress auf jährlich mehrere Milliarden Franken.

2. Anspruchsvoller Umgang mit psychosozialen Risiken

Psychosoziale Belastungsfaktoren sind eine besondere Herausforderung. Sie lassen sich selten mit Geräten messen oder beziffern. Zudem

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

gilt es nach wie vor als Tabu, psychische Belastungen anzusprechen. Die Betroffenen befürchten negative Folgen, zum Beispiel Arbeitsplatzverlust.

Der Umgang mit psychosozialen Risiken erfordert eine enge Kooperation der Linie mit allen Präventionsfachleuten im Betrieb, namentlich dem Sicherheitsbeauftragten, dem HR-Management sowie weiteren Fachspezialisten.

Das Vorurteil, dass psychosoziale Risiken weder kontrollier- noch steuerbar sind, ist weit verbreitet. Tatsache ist: Psychosoziale Risiken lassen sich ebenso systematisch managen wie andere Risiken im Bereich Arbeitssicherheit und Gesundheitsschutz.

Kernfragen in jedem Betrieb sind:

- Bestehen klare Stellenbeschriebe und Aufgabenstellungen?
- Erfolgen durchgehende Arbeitszeitaufzeichnungen?
- Finden regelmässige Mitarbeitergespräche statt, bei denen auch psychosoziale Themen der Arbeit angesprochen werden?
- Bestehen Regelungen und Weisungen zum Schutz der persönlichen Integrität (wie Bestimmungen über den Umgang mit Mobbing)?
- Gibt es Ansprechpersonen, an die sich Betroffene im Problemfall wenden können?
- Sind Massnahmen zum frühzeitigen Erkennen von psychischen Fehlbelastungen definiert (z.B. Mitarbeiterbefragung, Thematisieren an Sitzungen, Beobachten von Kennzahlen zu An- und Abwesenheiten, Unfallgeschehen usw.)?
- Werden Schutzmassnahmen konsequent umgesetzt, und wird deren Wirksamkeit periodisch überprüft?

Zentral ist in jedem Fall, dass die Mitarbeitenden so früh wie möglich einbezogen werden. Dies gilt insbesondere für die Evaluierung der Arbeitsbelastungen und Erarbeitung erforderlicher Schutzmassnahmen.

3. Verantwortung des Arbeitgebers

Im Arbeitsgesetz (ArG) und seiner Verordnung 3 (ArGV 3) sowie im Obligationenrecht (OR) ist gesetzlich verankert, dass der Arbeitgeber alle Massnahmen treffen muss, die nötig sind, um die physische und psychische Gesundheit der Mitarbeitenden zu schützen. Er hat dafür zu sorgen, dass eine übermässig starke oder allzu einseitige Beanspruchung nach Möglichkeit vermieden wird. Zudem muss er im Betrieb die persönliche Integrität seiner Arbeitnehmenden sicherstellen.

Erfüllt der Arbeitgeber seine gesetzliche Pflicht und stellt sicher, dass gute Arbeitsbedingungen im Betrieb vorherrschen, so trägt er bei zu:

- Zufriedenheit und Leistungsbereitschaft der Mitarbeitenden;
- weniger Fehlern und somit besserer Qualität;
- optimierter Kommunikation und gutem Betriebsklima;
- weniger Ausfallzeiten und Reduktion der Kosten.

4. Vollzugsschwerpunkt

Mit dem Ziel, die Prävention psychosozialer Risiken zu verstärken, verfolgt das Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO) mit Unterstützung von Arbeitgeber- sowie Arbeitnehmervertretungen und dem interkantonalen Verband für Arbeitnehmerschutz ab 2014 einen neuen Vollzugsschwerpunkt. In Abstimmung mit den kantonalen Arbeitsinspektoraten, die schweizweit mit dem Vollzug des Arbeitsgesetzes betraut sind, wird das Augenmerk bei den geplanten Kontrollaktivitäten auf psychosoziale Risiken gerichtet. Im Fokus stehen insbesondere der Schutz der persönlichen Integrität sowie der Schutz vor Überbeanspruchung. Die Arbeitsinspektion in Ihrem Kanton zeigt Ihnen dabei gerne auf, wie Sie erste Massnahmen zur Prävention psychosozialer Risiken angehen können.

5. Weitere Informationen

- Internetadresse für psychosoziale Risiken am Arbeitsplatz, www.psyatwork.ch (verfügbar ab 2015)
- SECO-Broschüre «Mobbing und andere Belästigungen – Schutz der persönlichen Integrität am Arbeitsplatz». Download unter www.seco.admin.ch, Dokumentation, Publikationen und Formulare, Broschüren [Diese Broschüre wird nachstehend abgedruckt.]
- SECO-Broschüre «Schutz vor psychosozialen Risiken am Arbeitsplatz». Download unter www.seco.admin.ch, Dokumentation, Publikationen und Formulare, Broschüren (verfügbar ab November 2014)
- SECO-Flyer «Erschöpfung frühzeitig erkennen – Burnout vorbeugen». Download unter www.seco.admin.ch, Dokumentation, Publikationen und Formulare, Merk- und Informationsblätter, Checklisten (verfügbar ab November 2014)
- Anhang zu Artikel 2 der Wegleitung zur Verordnung 3 zum Arbeitsgesetz. Download unter www.seco.admin.ch, Dokumentation, Publikationen und Formulare, Merk- und Informationsblätter, Checklisten, Wegleitung zu den Verordnungen 3 und 4
- Internetadresse für Stressabbau und Stressprävention am Arbeitsplatz, www.stressnostress.ch

II. Mobbing und andere Belästigungen – Schutz der persönlichen Integrität am Arbeitsplatz[2]

(letzte Änderung: 18. Februar 2014)

1. Einführung

1.1 Verletzungen der persönlichen Integrität

Mit Verletzungen der persönlichen Integrität sind Angriffe von aussen auf die Person als Ganzes gemeint. Es geht um Verhaltensweisen, die Grenzen verletzen und den Selbstwert schädigen. Solche Verletzungen durch Grenzüberschreitung oder soziale Ausgrenzung können bewusst aber auch unbeabsichtigt erfolgen, denn im Alltag ist es nicht immer eindeutig und erkennbar, ob man jemandem zu nahe getreten ist.

Mobbing, Diskriminierung und sexuelle Belästigung sind drei Beispiele für problematische Verhaltensweisen, die zu Verletzungen der persönlichen Integrität führen können. Sie werden gemeinsam in dieser Broschüre erörtert, weil sie die gleichen Präventionsmassnahmen erfordern. Auf weitere Formen der Verletzung der persönliche Integrität (z.B. Nötigung zur Konsumation von alkoholischen Getränken im Rahmen der beruflichen Tätigkeit, unzulässige Überwachung des Verhaltens der Arbeitnehmenden, physische oder verbale Gewalt von aussen durch Klient/innen, Kund/innen oder Patient/innen), wurde hier aus Platzgründen verzichtet.

Im Arbeitsgesetz, Art. 6 Abs. 1, wird der Arbeitgeber oder die Arbeitgeberin verpflichtet, «… die erforderlichen Massnahmen zum Schutze der persönlichen Integrität der Arbeitnehmer vorzusehen…» Für den Schutz der Persönlichkeit sind Respekt und Achtsamkeit im Umgang miteinander erforderlich. Zu diesem Zweck sind Arbeitsstrukturen und betriebliche Spielregeln, die für ein faires Miteinander sorgen, von grosser Bedeutung.

1.2 Zielpublikum und Zweck dieser Broschüre

Die Broschüre soll in erster Linie Verantwortlichen in Unternehmen, aber auch interessierten Arbeitnehmenden aufzeigen, was mit Verletzung der persönlichen Integrität gemeint ist, welche Verletzungsformen bestehen und was dagegen getan werden kann und muss. (…)

---

[2] www.seco.admin.ch > Dokumentation > Publikationen und Formulare > Broschüren > Arbeit.

2. Formen der Verletzung der persönlichen Integrität

2.1 Häufigkeit von konflikthaften Verhaltensweisen am Arbeitsplatz

Anteil der Personen in Prozent, welche die Frage, ob man in den letzten zwölf Monaten bei der Arbeit folgende Situationen erlebt hat, mit «Ja» beantwortet haben.

- 36% Spannungen am Arbeitsplatz;
- 15% unfaire Behandlung;
- 12% Beleidigungen am Arbeitsplatz;
- 8% Mobbing/Schikanierung;
- 8% Drohungen und erniedrigendes Verhalten (Frauen sind diesen Verhaltensweisen knapp doppelt so häufig ausgesetzt wie Männer: 11,5% versus 6%);
- 1% körperliche Gewalt.

Die Angaben stammen aus repräsentativen Befragungen von Erwerbstätigen in der Schweiz. Die unterschiedlichen Zahlen bei verwandten Themen sind ein Indiz dafür, dass Befragte zwischen verschiedenen Formen sozialer Diskriminierung differenzieren. Auch wenn die Häufigkeiten von Verhaltensweisen, die die persönliche Integrität verletzen, oft im einstelligen Prozentbereich liegen, soll das Thema nicht bagatellisiert werden, da vielfältige gravierende Beeinträchtigungen die Folge sein können.

2.2 Unterscheidung

Die Bezeichnungen Mobbing, Belästigung und psychische Gewalt werden manchmal synonym verwendet. Bei allen Begriffen steht im Vordergrund die Verletzung der persönlichen Integrität. Um die verschiedenen Begriffe richtig unterscheiden zu können, werden sie im Folgenden kurz erklärt:

2.3 Belästigung

Die Europäische Agentur für Sicherheit und Gesundheit definiert den Begriff folgendermassen: «Belästigung bedeutet wiederholtes, unangemessenes Verhalten gegenüber einem Arbeitnehmer oder einer Gruppe von Arbeitnehmern mit dem Ziel, die belästigte Person zu schikanieren, zu demütigen, zu bedrohen oder ihre Würde zu unterminieren. Belästigung kann sowohl verbale als auch körperliche Angriffe beinhalten, aber auch subtilere Formen wie soziale Ausgrenzung haben. Belästigungen können sich auf die Würde, die beruflichen Fähigkeiten, das Privatleben, körperliche Eigenschaften, die Rasse, das Geschlecht oder die sexuelle Ausrichtung einer Person richten.»

Die Europäische Agentur weist explizit darauf hin, dass «jede Person in jedem Unternehmen Opfer von Belästigungen werden kann». Damit wird zum Ausdruck gebracht, dass es nicht eine Frage von Persönlich-

keitsmerkmalen ist, ob man von Belästigungen betroffen ist, sondern dies meist situationsbedingt ist.

Nicht jeder Konflikt ist eine Belästigung und eine Verletzung der persönlichen Integrität. Konflikte gehören zum Leben und treten auch am Arbeitsplatz auf. Entscheidend ist aber, wie damit umgegangen wird. Es geht somit beim Schutz der persönlichen Integrität nicht um das Negieren oder «unter den Teppich wischen» von Konflikten. Ungelöste Probleme können sogar die Ursache von Mobbing sein und die zwischenmenschlichen Beziehungen andauernd beeinträchtigen. Erstrebenswert ist daher eine Betriebskultur, in der konstruktiv mit auftretenden Differenzen umgegangen wird. Denn nicht selten sind Missverständnisse und falsch interpretierte Aussagen die Ursache von massiven Spannungen, die mit einer rechtzeitigen Klärung vermieden werden könnten.

2.4 Mobbing

Eine einheitliche international durchgängig anerkannte Definition von Mobbing gibt es nicht. Heinz Leymann, ein deutsch-schwedischer Arbeitspsychologe, führte diesen Begriff in der Wissenschaft für Vorgänge in der Arbeitswelt ein, bei denen Mitarbeitende systematisch schikaniert werden mit dem Ziel, diese fertig zu machen und mit der Zeit aus dem Job zu drängen. In der Mobbingforschung hat sich basierend auf den Arbeiten von Leymann die Unterscheidung von 45 Mobbinghandlungen durchgesetzt, die fünf Bereichen zugeteilt werden können:

2.4.1 Fünf Formen von Mobbinghandlungen

- Angriff auf die Möglichkeit, sich mitzuteilen: nicht ausreden lassen, unterbrechen, anschreien, Informationen vorenthalten;
- Angriff auf die sozialen Beziehungen: allgemein Kontaktverweigerung, ignorieren, ausgrenzen, isolieren;
- Angriff auf das soziale Ansehen: lächerlich machen, Gerüchte streuen, Sticheleien, Beleidigungen, abschätzige Bemerkungen;
- Angriffe auf die Qualität der Berufs- und Lebenssituation: schikanöse und erniedrigende Arbeiten zuweisen, ungerechtfertigte Kritik, Entziehen von wichtigen Aufgaben;
- Angriffe auf die Gesundheit: Androhung von körperlicher Gewalt, Tätlichkeiten, sexuelle Belästigung.

Um zu entscheiden, ob es sich gemäss der wissenschaftlichen Definition und aus rechtlicher Sicht um Mobbing handelt, ist eine gesamthafte Betrachtung der Situation im zeitlichen Verlauf erforderlich. Es genügt nicht, einzelne Ereignisse isoliert zu betrachten, weil es sich oft bei den einzelnen Vorfällen um scheinbare Bagatellen handelt. Das macht es zu Beginn mitunter schwierig, zu entscheiden, ob es sich um ein Versehen oder um eine gezielte Attacke handelt. Wiederholen sich die Vorkommnisse jedoch oft und dauern sie über einen längeren Zeitraum an (mehr als

6 Monate), sodass einzelne Personen systematisch feindseligen Handlungen ausgesetzt sind, spricht man von Mobbing. Dies heisst aber keineswegs, dass man, wenn man von solchen Vorkommnissen Kenntnis bekommt, ein halbes Jahr abwarten soll, bis man interveniert. Gesundheitsstörungen können viel früher auftreten.

2.4.2 Merkmale für Mobbing aus wissenschaftlicher und rechtlicher Sicht

- Systematische, konfliktbelastete Kommunikation bzw. Kommunikationsverweigerung oder schikanöse Handlungen, mit der eine oder mehrere Personen direkt oder indirekt angegriffen werden;
- Übergriff über einen längeren Zeitraum andauernd (ca. 6 Monate, was nicht heisst, dass nicht bereits früher eingeschritten werden soll).
- Die Handlung wird durch Kollegen und/oder Vorgesetzte ausgeübt.
- Die Handlung wird von der betroffenen Person subjektiv als feindselig interpretiert. Es ist möglich, dass dies anfangs noch nicht der Fall ist, sondern erst mit der Zeit und rückblickend die negative Absicht gesehen wird.
- Die Handlung hat zum Ziel, die angegriffene Person auszustossen.
- Die angegriffene Person gerät dadurch in eine unterlegene Position.

2.4.3 Häufigkeit von Mobbing am Arbeitsplatz

Eine ausführliche Studie zur Verbreitung von Mobbing des Staatssekretariats für Wirtschaft aus dem Jahr 2002 hat gezeigt, dass das Verständnis der Befragten von dem, was Mobbing ist, sehr unterschiedlich zu sein scheint. Folgende Unterscheidungen können gemacht werden:

- 5,2%: Personen, die sich selber nicht als Gemobbte bezeichnen, jedoch Mobbinghandlungen gemäss der wissenschaftlichen Definition erlebt haben;
- 2,4%: selbstdeklarierte Gemobbte, die auch aufgrund der erlebten Mobbinghandlungen gemäss der wissenschaftlichen Definition als solche bezeichnet werden;
- 2%: selbstdeklarierte Gemobbte, die aber die Kriterien der wissenschaftlichen Definition aufgrund der erlebten Handlungen nicht (vollständig) erfüllen.

Ein wichtiges Ergebnis der Studie 2002 ist, dass alle drei Gruppen von Betroffenen vermehrt gesundheitliche Beeinträchtigungen hatten im Vergleich zu nicht betroffenen Personen. Für die Praxis kann das heissen, dass, auch wenn es keine Klagen wegen Mobbing gibt, aber soziale Spannungen oder ein wenig wertschätzender Umgang miteinander im Betrieb herrscht, dies zu vermehrten Gesundheitsbeeinträchtigungen führen kann.

In einer weiteren Studie aus dem Jahr 2010 bejahten 8% die Frage, ob sie in den letzten zwölf Monaten persönlich mit Mobbing konfrontiert worden seien. Die scheinbare Zunahme von Mobbing zwischen 2002

(4,4%) und 2010 (8%) könnte verschiedene Gründe haben: eine Veränderung des Informationsstands darüber, was Mobbing ist bzw. nicht ist, die unterschiedliche Formulierung der Frage in den beiden Studien oder eine tatsächliche Zunahme der Häufigkeit von Mobbing.

2.5 Sexuelle Belästigung

Unter den Begriff Sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz fällt jedes Verhalten mit sexuellem Bezug oder aufgrund der Geschlechtszugehörigkeit, das von einer Seite unerwünscht ist und das eine Person in ihrer Würde verletzt (Gleichstellungsgesetz Art. 4). Das Gleichstellungsgesetz (Art. 5) sieht besondere Haftungsvorschriften des Arbeitgebers bei sexueller Belästigung vor.

Sexuelle Belästigung kann verschiedene Formen annehmen:

- Es werden sexuelle Anspielungen oder abwertende Bemerkungen über das Äussere von Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern gemacht.
- Es fallen sexistische Bemerkungen und Witze über sexuelle Merkmale, sexuelles Verhalten und die sexuelle Orientierung von einzelnen Frauen und Männern.
- Am Arbeitsplatz wird pornografisches Material gezeigt, aufgehängt oder aufgelegt.
- Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter erhalten unerwünschte Einladungen mit sexueller Absicht.
- Es kommt zu unerwünschten Körperkontakten.
- Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter werden innerhalb oder ausserhalb des Betriebs verfolgt.
- Es werden Annäherungsversuche gemacht, die mit Versprechen von Vorteilen oder Androhen von Nachteilen einhergehen.
- Es kommt zu sexuellen Übergriffen, Nötigung oder Vergewaltigung.

2.5.1 Harmloser Flirt oder sexuelle Belästigung?

Für die Beurteilung, ob es sich bei einem beobachteten Verhalten um einen harmlosen Flirt, eine sich anbahnende Beziehung unter Arbeitskolleginnen und -kollegen oder um einen Vorfall von sexueller Belästigung handelt, gibt es eine einfache Regel: Ausschlaggebend ist nicht die Absicht der belästigenden Person, sondern wie ihr Verhalten bei der betroffenen Person ankommt, ob diese es als unerwünscht empfindet. Die Belästigung kann sich während der Arbeit oder bei Betriebsanlässen ereignen. Sie kann von Mitarbeitern und Mitarbeiterinnen ausgehen, aber auch von Angehörigen von Partnerbetrieben oder von der Kundschaft des Unternehmens.

2.5.2 Risiko und Verbreitung sexueller Belästigung am Arbeitsplatz

Wenn man Männer und Frauen darüber befragt, wie häufig Verhaltensweisen am Arbeitsplatz, die als belästigend empfunden werden können, vorkommen, gibt es interessanterweise keine bedeutsamen Geschlechtsunterschiede.

30% der Schweizer Erwerbstätigen erlebten in den letzten zwölf Monaten potenziell sexuell belästigendes Verhalten am Arbeitsplatz.

Frauen und Männer empfinden dieses Verhalten aber unterschiedlich und werden mit unterschiedlichen Verhaltensweisen konfrontiert:

- 10,3% der Frauen fühlten sich dadurch belästigt oder gestört.
- 3,5% der Männer fühlten sich dadurch belästigt oder gestört.
- 2,4% der Frauen fühlten sich explizit sexuell belästigt.
- 0,2% der Männer fühlten sich explizit sexuell belästigt.

2.6 Was fällt unter den Begriff Diskriminierung?

Das Gleichbehandlungsgebot wird in der Bundesverfassung (Art. 8) festgelegt. Es bestimmt, dass jeder Mensch in seiner unantastbaren Würde gleich geschützt ist und deshalb gleich behandelt und respektiert werden soll. Das allgemeine Diskriminierungsverbot besagt, dass niemand diskriminiert werden darf wegen der Herkunft, der Ethnie, des Geschlechts, des Alters, der Sprache, der sozialen Stellung, der Lebensform, der religiösen, weltanschaulichen oder politischen Überzeugung oder wegen einer körperlichen, geistigen oder psychischen Behinderung.

Das Gleichbehandlungsgebot wird verletzt, wenn eine Person wegen eines der oben genannten Merkmale im Vergleich zu einer anderen Person in einer vergleichbaren Situation ungleich behandelt wird und dies zu Herabwürdigung und Ausgrenzung führt. Insbesondere wird im Gleichstellungsgesetz (Art. 3) die Geschlechterdiskriminierung im Bereich Arbeit explizit verboten und sieht besondere Verfahrensvorschriften und Forderungen vor.

Häufigkeit verschiedener Formen der Diskriminierung im Kontext der Arbeit:

- aufgrund des Alters: 6% der Erwerbstätigen fühlen sich benachteiligt. Überdurchschnittlich häufig sind es Jüngere bis Mitte 20;
- aufgrund des Geschlechts: 6% der Frauen und 2% der Männer fühlen sich aufgrund ihres Geschlechts benachteiligt.

3. Verhaltenssignale und längerfristige Folgen

3.1 Verhaltenssignale

Fühlt sich eine Person in ihrer persönlichen Integrität verletzt, macht sich dies für die Mitmenschen (Umgebung) oft im Verhalten bemerkbar.

Hinweise oder Signale können sein:

- Motivationsverlust/Passivität von Mitarbeitenden (einzelner oder mehrerer Personen);
- Rückzugsverhalten einzelner oder mehrerer Personen;
- gereizte Stimmung, Abwehrverhalten;
- Konzentrationsdefizite, Gedächtnisstörungen;
- Häufung von Beschwerden von Mitarbeitenden oder der Kundschaft;
- abnehmende Beteiligung an sozialen betrieblichen Aktivitäten;
- Zunahme von Fehlzeiten, gehäufte Kündigungen.

«Opfer» von belästigendem Verhalten fallen manchmal durch ihr Verhalten negativ («nervend») auf, indem sie z.B. das «Problem» nicht loslassen können und immer wieder darauf zu sprechen kommen. Es ist wichtig, dass solch spezifisch negatives Verhalten vom Umfeld als mögliches Symptom rechtzeitig erkannt wird und die zugrunde liegenden Ursachen des Verhaltens erkundet werden. Den Betroffenen soll nicht doppeltes Unrecht widerfahren.

3.2 Längerfristige Folgen

Die Folgen von persönlichkeitsverletzendem Verhalten sind einerseits Beeinträchtigungen des individuellen Befindens und der Gesundheit der Mitarbeitenden. So haben von Belästigungen wie Mobbing betroffene Personen deutlich häufiger gesundheitliche Beschwerden als nicht Gemobbte. Sie können unter Kopfweh, Angespanntheit und Nervosität, Schlafschwierigkeiten, Depressionen leiden. Zudem können auch psychische Symptome auftreten, wie Störungen des Gedächtnisses, eine Einbusse des Selbstvertrauens, Rückzugstendenzen und eine gewisse Feindseligkeit (Hostility). Einige Studien haben gezeigt, dass Mobbingopfer Symptome aufweisen, die vergleichbar sind mit denjenigen einer posttraumatischen Belastungsstörung. Typische Merkmale sind ein beharrliches Wiedererleben des Ereignisses, anhaltendes Vermeidungsverhalten in Bezug auf alles, was mit dem belastenden Ereignis in Verbindung gebracht wird, sowie anhaltende Symptome erhöhter Erregung wie Schlafstörungen, Wutausbrüche, Reizbarkeit, Konzentrationsschwierigkeiten, extreme Wachsamkeit, übertriebene Schreckreaktionen. Es können aber auch Symptome einer verminderten Aktivität auftreten wie sozialer Rückzug, Gleichgültigkeit gegenüber anderen Menschen, eine beeinträchtigte Stimmung sowie eine eingeschränkte Perspektive.

Andererseits können sich die negativen Auswirkungen auf die Gesundheit in häufigeren und/oder längeren Fehlzeiten spiegeln. Das Arbeitsklima wird beeinträchtigt. Weitere negative betriebswirtschaftliche Auswirkungen sind Qualitätseinbussen, Minderleistungen und eine erhöhte Fluktuation. Die erhöhte Tendenz zum Stellenwechsel aufgrund von Mobbing zeigten die Ergebnisse der Mobbingstudie des SECO: Befragte, die

weniger als sechs Monate am neuen Arbeitsort waren, berichteten doppelt so häufig über Mobbingerfahrungen am alten Arbeitsort als die übrigen Beschäftigten. Als weitere Folge leidet das Unternehmen an einem erheblichen Imageschaden, wenn Fälle in der Öffentlichkeit (z.B. Gerichtsprozesse) diskutiert werden.

Erwerbstätige, die in der Arbeit sexistische oder sexuell belästigende Verhaltensweisen erlebten, nannten als häufigste Reaktionen, den Wunsch zu kündigen, gefolgt von einer Verschlechterung der Beziehung zu Arbeitskolleg/innen, einer Verringerung der Arbeitsleistung, Scham- und Schuldgefühle, Schlafprobleme, Angstgefühle oder Depressionen.

4. Risikofaktoren

4.1 Ursachen

Die Ursachen für Belästigungen sind vielfältig und vielschichtig. Untersuchungen haben gezeigt, dass die Persönlichkeit und andere individuelle Merkmale der Personen, die in Belästigungssituationen involviert sind bzw. diskriminiert werden, eine untergeordnete Rolle spielen.

4.2 Merkmale

Merkmale des Managements, der Arbeitsorganisation und des Umgangs miteinander haben sich als wesentliche Risikofaktoren gezeigt. Eine stressreiche Arbeitsumgebung, Mängel in der Arbeitsorganisation und im Führungsverhalten, können Mobbing direkt fördern. Eine stressvolle oder spannungsreiche Arbeitsatmosphäre kreiert aber auch den Nährboden für destruktive, d.h. respekt- und würdelose Verhaltensweisen im Umgang miteinander.

5. Managementkultur und Arbeitsorganisation

Der Führungs- oder Managementstil sowie die Gestaltung der Arbeitsorganisation sind wesentliche Ansatzpunkte für die Förderung eines respektvollen und konstruktiven Umgangs miteinander im Betrieb. Im Wesentlichen ist die Führung eines Unternehmens für die Gestaltung der Arbeitsorganisation verantwortlich. Ihre Vorgaben bestimmen letztlich, wie gross der Gestaltungsspielraum der Mitarbeitenden ist.

Als zentrale Massnahme zur Prävention von Verletzungen der persönlichen Integrität gilt der Aufbau einer Organisations- und Führungskultur, die eine konstruktive Zusammenarbeit garantiert, in der jeder Einzelne von allen wertgeschätzt wird. Die nachfolgende Beschreibung von Faktoren zeigt, was durch das Management zu vermeiden oder mindestens zu reduzieren ist, um Verletzungen der persönlichen Integrität zu verhindern. Sie liefert auch Hinweise dazu, was getan werden kann.

Untersuchungen zeigen, dass folgende Merkmale des Managements und der Arbeitsorganisation bedeutsame Risikofaktoren für Belästigungen sind.

5.1 Managementstil

5.1.1 Negative Einflussfaktoren

5.1.1.1 Kultur des Managements und des oberen Kaders

Wenn die herrschende Kultur einen disziplinierenden, intoleranten und diskriminierenden Führungsstil bevorzugt, wird ein Klima von Furcht, Misstrauen, extremem Wettbewerb und Einschüchterung geschaffen. Das Fehlen von Normen für das soziale Verhalten kann zu negativen Verhaltensweisen ermutigen.

5.1.1.2 Extreme Managementstile

Starre Hierarchien, starke Machtgefälle, extrem auf wettbewerbsorientiertes Handeln ausgerichtete Betriebskulturen sowie grosse und bürokratische Organisationen sind anfälliger für das Auftreten von aggressivem Verhalten. Ein sehr autoritärer Führungsstil beeinträchtigt die Kommunikation, weil wichtige Fragen dann mitunter nicht gestellt werden.

Aber auch das Gegenteil, eine allzu unverbindliche Kultur des Umgangs miteinander (laissez faire), unklare Strukturen und Zuständigkeiten, kann zu vermehrten Frustrationen, sozialen Spannungen und zum Auftreten von Mobbing führen. Eine falsch verstandene Toleranz gegenüber Respektlosigkeiten kann zur Verrohung des Umgangs beitragen.

5.1.1.3 Wettbewerb ohne Spielregeln

Moderne Managementmethoden führen häufig ein Konzept des verstärkten Wettbewerbs ein. Im Zuge dieser Veränderungen kann es passieren, dass Mitarbeitende nicht nur aufgefordert werden, bessere Leistungen als ihre Kollegen und Kolleginnen zu erbringen, sondern auch weniger ethische Skrupel zu haben, alles zu tun, um ihre Ziele zu erreichen. Flachere Hierarchien werden eingeführt, ohne die Regeln für die Zusammenarbeit klar zu definieren. Diese Freiräume bieten ein weites Spielfeld für den Missbrauch von Macht. Managementinstrumente wie die individuelle Leistungsbeurteilung und -löhne können dies noch verstärken. Die Belegschaft kann durch einseitige Massnahmen zur Förderung des Wettbewerbs gespalten werden, wenn diese nicht mit sozialen Normen für die Zusammenarbeit einhergehen.

5.1.2 Positive Einflussfaktoren

5.1.2.1 Unterstützender Führungsstil

Die gute Zusammenarbeit wird durch einen unterstützenden Führungsstil gefördert, welcher sowohl die Bedürfnisse des Betriebs als auch diejenigen der Mitarbeitenden berücksichtigt. Wertschätzung zeigt sich nicht nur in der Anerkennung von guten Leistungen. Das alltägliche konkrete Führungsverhalten ist ebenso bedeutsam.

Für die Vermittlung von Wertschätzung sind z.B. wichtig:

- Qualität der Planung und Einbezug der davon betroffenen Personen;
- Interesse an den Mitarbeitenden, ihren Kompetenzen und Erfahrungen;
- Bereitschaft zur Klärung von Unklarheiten und auftretenden Problemen;
- Transparenz der Art und Weise der Aufgabengestaltung und -verteilung;
- Qualität der Kommunikation und der verfügbaren Arbeitsmittel usw.

5.1.2.2 Klare Spielregeln

Die Spielregeln der Zusammenarbeit sollen klar sein. Die Mitarbeitenden sollen sich darauf verlassen können, dass soziale Normen eingehalten werden. Sie wissen klar, was im Betrieb toleriert und was abgelehnt wird.

5.2 Arbeitsorganisation

5.2.1 Negative Einflussfaktoren

5.2.1.1 Grosser Arbeitsdruck und wenig Einflussmöglichkeit

Ein chronisch zu niedriger Personalbestand, ein grosser Arbeitsdruck, der mit wenig Einflussmöglichkeit der Mitarbeitenden auf ihre Arbeit einhergeht, führen zu Unzufriedenheit, Ermüdung und dem Gefühl, dass Veränderungen der Arbeitsbedingungen unmöglich sind.

So entstandene Anspannungen und Frustrationen begünstigen aggressives und verletzendes Verhalten gegenüber anderen sowohl am Arbeitsplatz als auch im privaten Bereich. Zeitdruck kann auch Mobbing begünstigen, weil die Gelegenheit zum konstruktiven Lösen von Konflikten fehlt.

5.2.1.2 Unklare Aufgabengestaltung und Verteilung

Schlecht definierte, unklare Aufgaben, unfaire Aufgabenverteilung können zu Frustrationen, sozialen Spannungen und destruktivem Verhalten führen.

5.2.1.3 Kommunikationsmängel

Ein schlechter Informationsfluss, ein autoritärer Umgang mit unterschiedlichen Meinungen durch die Linie, das Fehlen von Gelegenheiten zum wechselseitigen Austausch über Aufgaben und Ziele können Mobbing und damit ganz allgemein Verletzungen der persönlichen Integrität begünstigen. Eine «Gerüchteküche» oder eine «Jammer- und Klagekultur» haben sich in Untersuchungen als förderlich für Mobbing gezeigt. In einer ausgeprägten Machokultur ist die Schwelle für sexuell belästigendes Verhalten niedriger.

5.2.2 Positive Einflussfaktoren

5.2.2.1 Bewältigbare Arbeitsaufgaben und Einflussmöglichkeit

Eher konstruktive Formen der Konfliktbewältigung werden begünstigt durch eine ausgewogene Arbeitsbelastung und Autonomie. Die Arbeitsmenge muss bewältigbar sein (keine Unter- und keine Überforderung). Einige wichtige Faktoren, die dazu beitragen sind: klar definierte Aufgaben, ein funktionierender Informationsfluss, ein Minimum von Störungen durch z.B. fehlende oder schlecht funktionierende Arbeitsmittel und/oder durch Unterbrechungen, ein ausreichender Personalbestand, ein gewisser Handlungsspielraum bei der Gestaltung der Arbeit (Vorgehen, Pausen usw.).

Sinnvolle Aufgaben, bei denen der eigene Beitrag zum Ganzen gesehen werden kann und die der inneren Motivation der Beschäftigten entsprechen. Dies alles, fördert das Wohlbefinden und damit auch das Arbeitsklima.

5.2.2.2 Klare Arbeitsstrukturen bei gleichzeitiger Autonomie und Partizipation

Eine wesentliche Basis für eine gute Zusammenarbeit ist eine transparente Festlegung von Aufgaben und von Verantwortung bei gleichzeitigem Spielraum für Selbst- und Mitbestimmung. Besondere Beachtung soll dabei dem Umgang mit Schnittstellen geschenkt werden.

Unklare Zuständigkeiten begünstigen im Allgemeinen das Überschreiten von Kompetenzen und können so zu psychosozialen Spannungen führen. Es muss darauf geachtet werden, dass die Abmachungen eingehalten und periodisch auf ihre Aktualität überprüft werden (z.B. Stellenbeschreibung).

Weitere wichtige Faktoren für eine gute Zusammenarbeit sind eine ausreichende Information und Partizipation der Mitarbeitenden bei Planungs- und Entscheidungsprozessen sowie ein transparentes und faires System bei Beförderungen.

5.2.2.3 Funktionierende Kommunikation

Wesentlich für ein gutes Betriebsklima sind ausreichende Gelegenheiten, miteinander von Angesicht zu Angesicht zu reden, und transparente Informationswege. Die Kommunikation soll von beiden Seiten gepflegt werden und nicht nur eine Pro-forma-Angelegenheit sein. Es soll möglich sein, ohne einen drohenden Gesichtsverlust oder sonstige Nachteile befürchten zu müssen, Fragen zu stellen, zu Unsicherheiten zu stehen und Probleme anzusprechen. Dies gilt sowohl für Sachfragen als auch für das Klären von Kompetenzen, Erwartungen oder Bedürfnissen.

Denn es zeigt sich häufig, dass Probleme und Konflikte darauf zurückzuführen sind, dass man aneinander vorbeigeredet, dem anderen etwas unterstellt hat, Mitteilungen lückenhaft oder verzerrt angekommen sind oder falsch interpretiert wurden. Mit bester Absicht wird oft von falschen Annahmen ausgegangen, statt mit einer Frage die Sache zu klären. Es lohnt sich, in eine funktionierende Kommunikation zu investieren, damit all dies weniger oder überhaupt nicht passiert.

Kommunikative und soziale Fertigkeiten gewinnen in der heutigen Arbeitswelt zunehmend an Bedeutung. Sie sind das Schmiermittel für den reibungslosen Umgang im Betrieb, aber auch mit betrieblichen Partnern (Kund/innen, Patient/innen).

Fortbildungen in professioneller Gesprächsführung, Konfliktmanagement sowie Führungstrainings, die soziale Kompetenzen fördern, können weitere bedeutende Beiträge zur Prävention auf allen Hierarchiestufen sein, wenn die Rahmenbedingungen stimmen.

5.3 Umstrukturierungen/Reorganisationen

5.3.1 Negative Einflussfaktoren

5.3.1.1 Betriebliche Veränderungen

Betriebliche Veränderungen sind ein Risikofaktor, weil daraus Stress und Überbelastung, Verunsicherung, Ängste und Frustrationen resultieren können, die sich negativ auf den zwischenmenschlichen Umgang auswirken.

Untersuchungen zeigen, dass Veränderungen des Managements, Lohnkürzungen und die Reduktion von Arbeitspensen am häufigsten zu negativen Auswirkungen führen. Negative Verhaltensweisen treten vor allem dann auf, wenn die Veränderungen einhergehen mit:

- einer höheren Arbeitsbelastung;
- unklaren, neu zu klärenden Zuständigkeiten;

- nicht nachvollziehbaren Entscheidungen;
- einer ungenügenden Kommunikation;
- vermehrtem Konkurrenzdruck;
- unrealistischen Erwartungen;
- drohendem Arbeitsplatzverlust.

5.3.1.2 Arbeitsplatzunsicherheit

Ein drohender Arbeitsplatzabbau erzeugt Konkurrenzdruck und kann, vor allem wenn der Führungsstil dies begünstigt, zu unschönen Formen des Rivalisierens führen.

5.3.2 Positive Einflussfaktoren

5.3.2.1 Vertrauensbildende Massnahmen bei betrieblichen Umbruchsituationen

Veränderungen verunsichern und die folgenden vertrauensbildenden Massnahmen sind daher von grosser Bedeutung:

- klare und verständliche Information;
- Nachvollziehbarkeit von Entscheidungen;
- Informationsfluss in beiden Richtungen, damit Fragen gestellt und geklärt werden können;
- Erleben von Fairness;
- Einhalten von Spielregeln;
- Unterstützungsangebote wie Beratung oder Weiterbildung.

6. Schutz der persönlichen Integrität

Die folgenden hier empfohlenen Massnahmen haben sich in der Praxis bewährt. Das Grundprinzip ist, dass sich die Führung für ein respektvolles und somit belästigungs- und diskriminierungsfreies Klima im Betrieb einsetzt und dafür sorgt, dass Mitarbeitende bei auftretenden Problemen Unterstützung erhalten. In diesem Kapitel werden die verschiedenen, einander ergänzenden Massnahmen beschrieben. (…)

6.1 Sensibilisierung der Beschäftigten für den Schutz der persönlichen Integrität: Grenzen respektieren – Grenzen setzen

Das Ziel einer umfassenden Sensibilisierung für verschiedene Erscheinungsformen (Mobbing, Ausgrenzung, sexuelle Belästigung) von Persönlichkeitsverletzungen und deren ernsthaften Folgen ist es, das Bewusstsein der Mitarbeitenden aller Hierarchiestufen zu fördern. Es ist wichtig, dass alle im Betrieb tätigen Personen das Problem angemessen erkennen und verstehen, was sie tun können bzw. unterlassen müssen, um

eine Unternehmenskultur des gegenseitigen Respekts auf allen Ebenen zu etablieren.

Was für den einen ein lockerer Spruch ist, empfindet der andere als verletzend. Das Erkennen von Grenzen ist nicht immer so einfach und erfordert deshalb eine gewisse Achtsamkeit. Umgekehrt sollten Betroffene aber auch ermutigt werden, mitzuteilen, wenn ihnen eine Person zu nahe tritt und sie sich in ihrer Würde verletzt fühlen.

Mögliche Massnahmen zur Sensibilisierung aller Beschäftigten sind:

- Informationsveranstaltungen zum Thema durchführen;
- Informationsmaterialien zum Thema verteilen;
- Fortbildungen in Konfliktmanagement und wertschätzender Kommunikation durchführen.

6.2 Ausbildung der Vorgesetzten

Führungspersonen haben aufgrund ihrer Fürsorgepflicht und Vorbildfunktion eine besondere Rolle. Sie benötigen daher auch Kompetenzen und Fertigkeiten zur Bekämpfung von Verletzungen der persönlichen Integrität. Sie müssen wissen,

- wie man Mobbing oder sexuelle Belästigung frühzeitig erkennt,
- wie man sie verhindern kann und
- wie sie derartige Fälle gesamthaft «managen» können.

Das Verhalten der Vorgesetzten hat für die Beschäftigten immer auch Modellcharakter. Das heisst, welches Verhalten im Betrieb erwünscht oder unerwünscht ist, zeigt sich daran, wie Vorgesetzte mit Andersdenkenden umgehen, wie sie Entscheidungen treffen, wie sie kritisieren, wie sie informieren und ob sie intervenieren, wenn jemand ausgegrenzt oder Zielscheibe von anzüglichen oder abwertenden Sprüchen wird.

6.3 Schriftliche Weisung zum Schutz der persönlichen Integrität

Sorgen Sie für Klarheit und Verbindlichkeit, indem Sie Ihr Engagement für den Schutz der persönlichen Integrität schriftlich in einer Weisung festhalten. Diese soll beschreiben, was Verletzungen der persönlichen Integrität sind und wie der Schutz im Unternehmen konkret umgesetzt wird. Die Mitarbeitenden sollen in die Erarbeitung dieser Weisung einbezogen werden. Dies ist gemäss Mitwirkungsgesetz (SR 822.14) vorgesehen und erhöht die Akzeptanz der Weisung.

Massgebliche Elemente einer solchen Weisung sind:

- eine Grundsatzerklärung zur Nulltoleranz gegenüber Persönlichkeitsverletzungen

  Die Kernbotschaft soll sein, dass sich die Führung eines Unternehmens für den Schutz der persönlichen Integrität der Mitarbeitenden engagiert und einen gewalt- und belästigungsfreien Umgang auf allen Hierarchieebenen wünscht. Dies kann unterstrichen werden, in-

dem man auf die Verantwortung der Führungskräfte verweist, selbstwertschädigenden oder persönlichkeitsverletzenden Verhaltensweisen konsequent entgegenzutreten. Ein solch klar festgehaltenes Bekenntnis der Unternehmensleitung zum Schutz der persönlichen Integrität zeigt allen Beschäftigten die Bedeutsamkeit eines achtsamen Umgangs miteinander auf.

- Beschreibung inakzeptabler Verhaltensweisen
  Damit für alle klar ist, was erwünscht und unerwünscht ist, soll erläutert werden, welche Verhaltensweisen darunter fallen und was unter «Mobbing», «Diskriminierung» und «sexueller Belästigung» zu verstehen ist.
- Beschreibung des Vorgehens bei auftretenden Problemen
  Ein sehr wichtiger Bestandteil der Weisung ist eine Beschreibung des Vorgehens bei auftretenden Problemen. Diese soll alle Beschäftigten über ihre Handlungsmöglichkeiten, Unterstützungsangebote bzw. Pflichten bei Verletzungen der persönlichen Integrität informieren. Es soll sowohl die Möglichkeit einer vertraulichen Behandlung eines Problems als auch einen formellen Weg der Beschwerdeführung geben. Weitere Informationen finden Sie unter «6.4 Regelung zum Vorgehen bei auftretenden Problemen» weiter unten.

Sorgen Sie dafür, dass alle Mitarbeitenden diese Regeln kennen. Die Information über die Weisung kann mündlich oder schriftlich erfolgen. Wählen Sie die Form, die Ihnen für Ihr Unternehmen am besten geeignet erscheint. Eine persönliche Präsentation der Weisung durch die Führung an einem Betriebsanlass unterstreicht das Engagement des Unternehmens für den Schutz der persönlichen Integrität. Schriftliche Unterlagen haben den Vorteil, dass sie an alle Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter sowie an die Neueintretenden abgegeben werden können. Am wirkungsvollsten ist eine Kombination von mündlicher und schriftlicher Information. Hängen Sie diese Weisungen am besten in einem öffentlichen Raum auf, so wird gewährleistet, dass das Schriftstück für alle leicht zugänglich ist. Achten Sie darauf, dass die Weisung periodisch auf Ihre Aktualität überprüft wird.

6.4 Regelung zum Vorgehen bei auftretenden Problemen

Wenn ein Fall von Verletzung der persönlichen Integrität, wie Mobbing oder sexuelle Belästigung auftritt, muss unverzüglich reagiert werden. Unklarheiten bezüglich Zuständigkeit und Handlungsmöglichkeiten können davon abhalten. Sorgen Sie als Arbeitgeber dafür, dass klar ist, wie mit auftretenden Problemen umgegangen werden soll, und halten Sie das schriftlich fest. Es geht darum, dass:

- Mitarbeitende wissen, an wen sie sich bei Ereignissen wenden können, um Unterstützung zu erhalten, und wo Vorfälle von Übergriffen zu melden sind;

– Vorgesetzte, Personalfachleute und Vertrauenspersonen Klarheit über ihre Rolle, Aufgaben und Funktionen erhalten.

Die folgenden Informationen dienen Ihnen bei der Erstellung dieser Regelung.

6.4.1 Vertrauliche oder formelle Behandlung eines Problems

Grundsätzlich kann zwischen einer informellen und vertraulichen Behandlung eines Problems und der formellen Behandlung einer Beschwerde durch den Arbeitgeber unterschieden werden.

Führungspersonen müssen aufgrund ihrer Fürsorgepflicht in solchen problematischen Situationen und Fällen der Sache auf den Grund gehen bzw. dafür sorgen, dass diese geklärt werden. Diese Verpflichtung setzt der Möglichkeit von Vorgesetzten, die Meldung eines Problems vertraulich zu behandeln, enge Grenzen (weitere Informationen dazu unten unter «6.4.5 Beschwerde beim Arbeitgeber und formelles Verfahren»). Auch Mitarbeitende aus der Personalabteilung können nur begrenzt Vertraulichkeit zusichern, da sie die erhaltene Information in einen Interessenkonflikt mit ihrer Unterstützungsfunktion gegenüber der Linie bringen kann. In vielen Fällen ist es für betroffene Mitarbeitende hilfreich, zunächst vertraulich mit einer Person über das Erlebte zu sprechen, um zu klären, wie sie weiter vorgehen wollen. Deshalb ist es sinnvoll, für eine solche diskrete Unterstützung eine sogenannte Vertrauensstelle innerhalb oder ausserhalb des Betriebs einzurichten. Mitarbeitende können sich bei auftretenden Problemen an diese wenden.

Die Notwendigkeit der Einrichtung einer vertraulichen Ansprechstelle für Vorfälle der Verletzung der persönlichen Integrität wird durch ein Bundesgerichtsurteil unterstrichen.

Informieren Sie die Mitarbeitenden über die begrenzten Möglichkeiten einer vertraulichen Bearbeitung von Ereignismeldungen durch Vorgesetzte, um falsche Erwartungen an eine diskrete Behandlung des Problems rechtzeitig auszuräumen.

6.4.2 Vertrauensperson und ihre Aufgaben

Die Aufgabe der Vertrauensperson ist es, Rat suchende Personen bei einer diskreten Problemlösung und – auf Wunsch –bei weiteren Schritten zu unterstützen. Sie steht daher unter Schweigepflicht. Die Vertrauensperson soll nicht die Funktion eines Therapeuten übernehmen.

Die Vertrauensperson unterstützt die Rat suchende Person indem sie:

- zuerst, und das ist fast das Wichtigste, gut zuhört;
- Handlungsmöglichkeiten mit möglichen Konsequenzen aufzeigt;
- die betroffene Person ermuntert, sich aktiv zu wehren und der belästigenden Person klare Grenzen zu setzen;

- ihr empfiehlt, den weiteren Verlauf schriftlich aufzuzeichnen, falls die Übergriffe nicht aufhören;
- über ein formelles Verfahren sowie die straf- resp. zivilrechtlichen Möglichkeiten informiert und die Voraussetzungen sowie die möglichen Konsequenzen aufzeigt;
- mit ihr zusammen abklärt, welche Vorgehensweise in ihrem Fall angezeigt ist.

Wenn die belästigte Person dies wünscht und sich nicht selbst in der Lage fühlt, die Belästigung zu stoppen, kann die Ansprechperson das Gespräch mit der belästigenden Person oder dem Vorgesetzten suchen (Klärungs- und Vermittlungsversuch).

Alles, was die Vertrauensperson tut, erfolgt nur in Absprache und mit dem Einverständnis der Rat suchenden Person. Die Vertrauensperson geht von der Wahrnehmung, den Gefühlen und Gedanken der geschädigten Person aus. Sie hält die ihr geschilderten Probleme und Vorfälle kurz schriftlich fest.

Die Vertrauensperson ist in dem Sinne parteiisch, als es ihre Aufgabe ist, die Rat suchende Person zu unterstützen. Aufgrund dieser Funktion ist sie nicht die geeignet, eine allfällige Abklärung durchzuführen (siehe unten «6.4.5.2 Interne Abklärung», und «6.5 Beziehen externer Fachpersonen für interne Abklärungen oder für das Konfliktmanagement»).

Die Aufgaben und Kompetenzen sowie die Schweigepflicht der Vertrauensstelle müssen klar geregelt und die Vertrauensperson muss für diese Tätigkeit ausgebildet sein.

6.4.3 Interne oder externe Vertrauensperson/en?

Als Vertrauenspersonen können betriebsinterne oder -externe Personen bezeichnet werden.

6.4.3.1 Interne Vertrauensstelle

Wenn man sich für eine interne Ansprechperson entscheidet, muss es sich um eine Person handeln, die von den Mitarbeitenden geschätzt wird, als vertrauenswürdig und unparteiisch gilt sowie verschwiegen und glaubwürdig ist. Ihre Funktion und organisatorische Einbindung soll es der Ansprechperson erlauben, eine eigenständige Position einzunehmen und diese gegenüber belästigenden und belästigten Personen sowie deren Vorgesetzten zu vertreten. Deshalb ist es wichtig, dass sie eine Position ausserhalb der Linie innehat. Auch Mitarbeitende aus Personalabteilungen sind für diese Funktion meist ungeeignet, da Wissen und Aufgaben aus der einen Tätigkeit in Konflikt mit der anderen Funktion geraten können. In kleinen und mittleren Betrieben ist es aufgrund der Grösse wahrscheinlich nur beschränkt möglich, eine geeignete Person für diese Funktion zu finden.

6.4.3.2 Externe Vertrauensstelle

Es gibt externe Fachleute, welche die Aufgabe der vertraulichen Ansprechstelle übernehmen können. Sie haben Erfahrung und Wissen im Umgang mit Mobbing und/oder sexueller Belästigung oder sonstigen Problemen am Arbeitsplatz. Sie können über einen unterschiedlichen Hintergrund (Sozialarbeit, Psychologie, Medizin, Jurisprudenz) verfügen. Als Aussenstehende haben sie eine grössere Distanz, was das Einnehmen einer neutralen Position erleichtert. Der Beizug von externen Fachpersonen ist jedoch mit Kosten verbunden. Adressen von externen Fachpersonen finden Sie unter www.sexuellebelästigung.ch.

Erkundigen Sie sich bei den Sozialpartnern und dem Verantwortlichen Ihrer Branchenlösung für die Arbeitssicherheit darüber, ob sie eine solche Dienstleistung anbieten.

Hier zwei Tipps, die Ihnen weiterhelfen könnten:

- Klären Sie ab, ob die Person, die für die Arbeitssicherheit und den Gesundheitsschutz in Ihrem Betrieb zuständig ist, auch diese Funktion übernehmen könnte.
- Sie tun sich mit einem oder mehreren Betrieben in der Region zusammen und bezeichnen je eine oder mehrere Personen, die diese Funktion übernehmen. Die Betroffenen haben so die Möglichkeit, sich bei der Ansprechperson ihres eigenen oder des Partnerbetriebes zu melden.

6.4.4 Ausbildung von internen Vertrauenspersonen

Die ausgewählten Ansprechpersonen benötigen zur Vorbereitung auf ihre Tätigkeit eine Ausbildung. In grösseren Betrieben kann oft der Personaldienst die Ausbildung der Ansprechpersonen übernehmen.

Weitere Möglichkeiten sind:

- öffentliche Ausbildungsangebote für betriebliche Ansprechpersonen. Erkundigen Sie sich bei Institutionen der Erwachsenenbildung wie Fachhochschulen oder kantonalen Gleichstellungsbüros.
- Versuchen Sie in der näheren Umgebung Betriebe zu finden, mit denen ein gemeinsames Ausbildungsangebot organisiert und finanziert werden kann (siehe auch: www.sexuellebelaestigung.ch).
- Suchen Sie eine Lösung im Rahmen von Arbeitgeberorganisationen. Regen Sie an, dass Ansprechpersonen auf Ebene von Berufs- oder Branchenorganisation ausgebildet werden.

6.4.5 Beschwerde beim Arbeitgeber und formelles Verfahren

Wenn eine belästigte Person sich dazu entschliesst, den Vorfall nach aussen zu tragen und somit auf eine vertrauliche Behandlung verzichtet, kann sie mündlich, vorzugsweise aber schriftlich, eine Beschwerde beim Arbeitgeber einreichen. Damit wird ein formelles Verfahren eröffnet,

bei welchem dem Arbeitgeber eine Führungsrolle zukommt, weil die Verantwortung bezüglich Gesundheitsschutz bei ihm liegt. Das heisst, der Arbeitgeber oder die Arbeitgeberin muss bei Kenntnis von Problemen der Sache nachgehen bzw. dafür sorgen, dass die Situation geklärt wird. Je nach Situation ist eine sofortige Klärung oder eine interne Untersuchung erforderlich.

6.4.5.1 Sofortige Klärung

Liegt ein offensichtlicher Fall von Persönlichkeitsverletzung vor (Beispiel: Aushang eines sexistischen Plakats), sollte die belästigende Person sofort gestoppt und verwarnt oder je nach Schwere des Falls durch die Betriebsleitung sanktioniert werden.

6.4.5.2 Interne Abklärung

Wenn die Faktenlage nicht eindeutig ist und eine weitere Klärung erforderlich ist, wird eine Untersuchung des Vorfalls notwendig. Diese soll rasch eingeleitet und durchgeführt werden.

Mit der Untersuchung kann eine geeignete Person aus dem Betrieb beauftragt werden. Für alle Beteiligten ist es jedoch sinnvoller – das gilt insbesondere für kleinere Betriebe – wenn die Untersuchung von einer externen Fachperson vorgenommen wird.

Dazu noch ein Hinweis: Bei der Untersuchung von Mobbingfällen hat sich gezeigt, dass man darauf achten muss, nicht vorschnell Schuldige zu identifizieren, weil die Kette der Geschehnisse lang und komplex ist. Mitunter kann die anscheinend mobbende Person selber das Opfer von Angriffen sein und ihr Verhalten eine Reaktion auf das Vergangene.

Vier Schritte gehören zu einer internen Abklärung:

- die Anhörung der Beschwerde führenden Person;
- die Anhörung der beschuldigten Person;
- die Suche und Befragung von allfälligen (möglichst unabhängigen) Zeuginnen und Zeugen;
- die Verfassung eines Untersuchungsberichts.

Alle Vorgehensschritte müssen schriftlich festgehalten, werden und beide Parteien haben ein Recht auf Akteneinsicht.

6.4.5.3 Kommunikation – Vorverurteilungen und Gerüchte vermeiden

Sobald eine Abklärung läuft, sind in der Regel mehrere Personen involviert, und der Vorfall wird unter den Mitarbeitenden zum Gesprächsthema. Es empfiehlt sich deshalb, kurz und sachlich über das Vorgehen zu informieren, um Vorverurteilungen und Gerüchten vorzubeugen. Sprechen Sie als Vorgesetzte/r dies zuvor mit der betroffenen Person ab.

6.4.5.4 Nach der Untersuchung

Ist die Untersuchung abgeschlossen und geklärt, ob es sich um einen Fall von Belästigung handelt, hat dies Konsequenzen, nämlich:

- Entschuldigung bei der belästigten Person, evtl. hat sie Anspruch auf eine Wiedergutmachung;
- Sanktionen für die belästigende Person (Verweis, interne Versetzung, Kündigung). Das gilt auch für Personen, die jemanden zu Unrecht beschuldigt haben;
- verstärkte Präventionsmassnahmen im Betrieb;
- Information der Mitarbeitenden über die Massnahmen in geeigneter Form.

6.5 Beiziehen externer Fachpersonen für interne Abklärungen oder für das Konfliktmanagement

Oft lohnt es sich für die Erarbeitung der betrieblichen Massnahmen zum Schutz der persönlichen Integrität, eine externe Fachperson beizuziehen.

Vor allem kann es dann sinnvoll sein (neben der Vertrauensperson) eine solche aussenstehende Fachperson um Hilfe anzufragen, wenn es um die Untersuchung (interne Abklärung) von auftretenden Problemen und/ oder um die Vermittlung zwischen den Konfliktparteien und/oder zur Aufarbeitung des Geschehens geht.

Diese externe Person soll über eine fachliche Qualifikation verfügen und eine neutrale und unparteiische Rolle einnehmen. Die Vertrauensperson ist aufgrund ihrer Funktion zur Unterstützung der betroffenen Person «Partei» und deshalb dafür nicht geeignet.

7. Verhaltenstipps für betroffene Mitarbeitende

7.1 Situation klären

Konflikte beruhen häufig auf Missverständnissen. Es empfiehlt sich daher, irritierende Situationen und Aussagen möglichst zu klären. Sprechen Sie eine Sache an, indem Sie zuerst den Sachverhalt beschreiben und danach mitteilen, was für Sie unklar ist oder was Sie irritiert oder verletzt hat. Verwenden Sie dabei sogenannte «Ich-Botschaften» (Ich-Botschaften sind Äusserungen, die die eigenen Gefühle und Meinungen mitteilen. Beispiel: «Mir war nicht klar, dass diese Arbeit so dringend ist.») und stellen Sie offene Fragen. Sie signalisieren damit Ihr Interesse an einer guten Verständigung. Bei Rückfragen stellt sich häufig heraus, dass man einander falsch verstanden hat oder der/die andere es anders gemeint hat, als es angekommen ist. Fragen Sie, bevor Sie echauffiert sind, denn langes Zuwarten bewirkt, dass sich Ärger aufstaut und dieser dann mitschwingt und die Verständigung erschwert. Vermeiden Sie Unterstellungen und Angriffe.

7.2 Vorfälle festhalten

Wenn sich Irritationen häufen, machen Sie sich Notizen, und schreiben Sie auf, was wann, wo, in welchem Kontext vorgefallen ist und wer ausser Ihnen sonst noch anwesend war. Notieren Sie sich auch, was der Anlass war, ob es erkennbare tiefere Ursachen gab, wie Sie auf den Vorfall reagiert haben und was die Folgen waren. Damit gewinnen Sie selbst mehr Klarheit und Überblick. Die Notizen helfen Ihnen, sich im Verlauf der Konfliktbearbeitung auf konkrete Ereignisse zu beziehen sowie Zeugen des Geschehens zu benennen.

7.3 Hilfe suchen

Tauschen Sie sich mit Vertrauten aus (Freund/in, Familie), oder nehmen Sie professionelle Beratung/Coaching in Anspruch. Das Reden darüber entlastet und hilft die Situation klarer zu sehen. Oft werden allein dadurch, dass man das Erlebte in Worte fasst und jemand zuhört und nachfragt, Handlungsmöglichkeiten sichtbar. Sie können so Ihr persönliches Verhalten und Ihre Ressourcen reflektieren. Eventuell erkennen Sie auch eigene Anteile am konflikthaften Geschehen und können Ihr Verhalten entsprechend ändern. Informieren Sie sich über Verletzungen der persönlichen Integrität wie sexuelle Belästigung, Mobbing (Definition) oder Diskriminierung. Klären Sie rechtliche Schritte und persönliche Handlungsmöglichkeiten ab.

7.4 Setzen Sie klare Grenzen

Belästigungen hören kaum von selber auf. Nichts tun und ignorieren kann sinnvoll sein, wenn es sich um seltene einzelne «Ausrutscher» handelt, aber nicht, wenn sich Vorkommnisse häufen und klärende Gespräche wirkungslos bleiben. Wenn Sie weiter warten, bleibt alles wie es ist. Nur wenn Sie handeln, werden Sie aus dieser Situation herauskommen. Setzen Sie klare Grenzen, das kann heissen, dass Sie:

- sich an eine Vertrauensperson wenden, um die Sache zu besprechen;
- sich beim Vorgesetzten der Person, die Sie mobbt oder belästigt, beschweren;
- rechtliche Schritte einleiten oder
- prüfen, ob Sie weiter in dem Betrieb arbeiten wollen;
- Kurzschlusshandlungen (unüberlegte Kündigung) vermeiden.

7.5 Tun Sie sich Gutes

Pflegen Sie die Freizeitaktivitäten, die Ihnen gut tun und Sie stärken – insbesondere auch das Zusammensein mit vertrauten Menschen.

8. Betriebsexterne Unterstützungs- und Beschwerdemöglichkeiten für Arbeitnehmende

Neben den betriebsinternen Möglichkeiten zur Unterstützung und Lösung von Verletzungen der persönlichen Integrität gibt es für Beschäftigte auch die Möglichkeit, sich ausserbetrieblich eine meist mit Kosten verbundene Hilfe zu holen.

8.1 Beratungs- und Coachingangebote

Es gibt einerseits spezialisierte Beratungsstellen bei Gewerkschaften, Personalverbänden, Gleichstellungsbüros. Andererseits Beratungs- und Coachingangebote von juristisch oder psychologisch ausgebildeten Fachpersonen. Informationen über Beratungsangebote finden Sie z.B. unter www.sexuellebelästigung.ch, www.mobbing-info.ch und www.psychologie.ch (Psycholog/innen mit einer anerkannten Ausbildung gemäss Psychologieberufegesetz).

8.2 Kantonale Arbeitsinspektion

Arbeitnehmende können sich auch an die Kantonale Arbeitsinspektion als Vollzugsbehörde des Arbeitsgesetzes wenden (www.iva-ch.ch) und diese über die Vorkommnisse informieren. Wenn diese Meldung aber vertraulich behandelt werden soll, so sind die Handlungsmöglichkeiten des Arbeitsinspektors oder der Arbeitsinspektorin sehr gering, weil er/sie das Unternehmen nicht mit den Aussagen konfrontieren und eine Untersuchung vornehmen kann.

Die Vollzugsorgane des Arbeitsgesetzes können in diesem Fall einen Betriebsbesuch machen, um sich ein allgemeines Bild der Arbeitsbedingungen zu machen und den Betrieb für die erforderlichen Präventionsmassnahmen zu sensibilisieren.

Wenn der Arbeitsinspektor oder die Arbeitsinspektorin bei einem Betriebsbesuch den Eindruck gewinnt, dass schwerwiegende Probleme in Bezug auf den Schutz der persönlichen Integrität oder die Gesundheit vorliegen, wird er das Unternehmen auffordern, Massnahmen zur Verbesserung der Situation zu treffen.

Wenn Arbeitnehmende auf eine vertrauliche Behandlung ihrer Meldung verzichten, sollten sie dies schriftlich bestätigen. Der Arbeitsinspektor oder die Arbeitsinspektorin kann in diesem Fall einen Betriebsbesuch vornehmen, den Arbeitgeber über die Meldung informieren und dessen Sicht dazu einholen. Dieser Weg ist heikel und risikoreich, weil es der Arbeitgeber den Mitarbeitenden verübeln kann, wenn sie sich an das Arbeitsinspektorat wenden und dort Unterstützung suchen. Der Arbeitsinspektor oder die Arbeitsinspektorin kann weder die Rolle eines Schiedsrichters noch eines Mediators übernehmen. Seine bzw. ihre Aufgabe beschränkt sich darauf, zu erkunden, ob Handlungsbedarf besteht und zu veranlassen, dass sich der Betrieb einer Lösung des Problems annimmt, um künftige Vorfälle zu verhindern.

8.3 Rechtliche Schritte

Mitarbeitende können auch rechtliche Schritte unternehmen und bei der Schlichtungsstelle, dem Gericht oder der Verwaltungsbehörde gegen den Betrieb klagen bzw. Strafanzeige gegen den Täter erstatten.

Eidgenössischer Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragter (EDÖB)

I. 21. Tätigkeitsbericht 2013/2014 des EDÖB, Arbeitsbereich, S. 52 ff.[3]

1. Übermittlung von Mitarbeiterdaten durch Banken – neue Entwicklungen

Nach den Empfehlungen an fünf Banken im Jahr 2012 haben wir dieses Jahr im Rahmen der Diskussion um eine Globallösung im Steuerstreit ein Merkblatt erstellt, das das Vorgehen für alle Banken, die in diesem Zusammenhang Personendaten übermitteln wollen, regelt. Weiter haben wir betroffenen Personen ihre Rechte erläutert und sie beraten.

Im Herbst 2012 haben wir im Zusammenhang mit der Übermittlung von Mitarbeiterdaten an US-Behörden bei fünf Banken Sachverhaltsabklärungen durchgeführt. Diese haben wir im Oktober 2012 mit fünf Empfehlungen abgeschlossen. Während der Debatte um eine Globallösung des Steuerstreits mit den USA im Frühling 2013 wurde über Datenübermittlungen von weiteren Banken diskutiert. Wir wurden erneut kontaktiert und nahmen an verschiedenen verwaltungsinternen Sitzungen teil. Dabei haben wir unsere Position und das in den Empfehlungen skizzierte Verfahren erläutert.

Wir haben immer betont, dass auch jene Banken, die nicht zu den Adressaten unserer Empfehlungen gehörten, bei der Übermittlung von Personendaten an US-Behörden immer die datenschutzrechtlichen Prinzipien anwenden und sich in diesem Sinne auch an unsere Empfehlungen halten müssen. Nachdem das Parlament keine gesetzliche Grundlage geschaffen hat, haben wir ein Merkblatt publiziert. Dieses beschreibt das von uns geforderte Vorgehen vor einer Übermittlung von Personendaten und richtet sich an alle davon betroffenen Banken. Gleichzeitig haben wir verschiedene Banken direkt angeschrieben und über das Merkblatt informiert. Auch haben wir betroffene Personen über ihre Rechte aufgeklärt und beraten.

2. Sachverhaltsabklärung in Sachen Whistleblowing

Im Rahmen einer Sachverhaltsabklärung haben wir die Datenbearbeitung von Meldungen, die an die Meldestelle der Eidgenössischen Finanzkontrolle erfolgen, auf ihre Datenschutzkonformität untersucht. In den Bereichen Registrierungspflicht und Bearbeitungsreglement haben wir entsprechende Empfehlungen erlassen.

---

[3] www.edoeb.admin.ch > Dokumentation > Tätigkeitsberichte > Publikationen.

Seit dem Jahr 2003 gibt es bei der Eidgenössischen Finanzkontrolle (EFK) eine Meldestelle, an welche sich Mitarbeitende der Bundesverwaltung bei der Feststellung von Unregelmässigkeiten oder Korruptionsverdacht wenden können. Auf den 1. Januar 2011 ist zusätzlich ein Artikel im Bundepersonalgesetz in Kraft getreten, der besagt, dass die Mitarbeitenden unter gewissen Voraussetzungen sogar verpflichtet sind, Unregelmässigkeiten zu melden. Mit der eingerichteten Meldestelle sollen somit einerseits strafbare Handlungen geahndet werden können (Meldepflicht), andererseits soll auch weiterhin die Korruption bekämpft (Melderecht) und schliesslich verhindert werden, dass Mitarbeiter solche Meldungen als Erstes der Presse weiterleiten.

Im Rahmen unserer Aufsichtstätigkeit haben wir im Jahr 2013 die Einhaltung der datenschutzrechtlichen Bestimmungen bei der Whistleblowing-Meldestelle für Bundesangestellte überprüft. Dazu haben wir der EFK in einem ersten Schritt einen Fragekatalog zugestellt. Aufgrund der erhaltenen Antworten haben wir einen Augenschein vor Ort durchgeführt und gestützt auf diese Informationen einen Schlussbericht erstellt.

Die EFK bearbeitet Personendaten im Sinne des DSG, auch wenn gewisse Meldungen in anonymer Form erfolgen. Die Daten werden intern bei der EFK gespeichert und nur durch die zuständigen Personen bearbeitet. Wir kamen bei unseren Abklärungen zum Schluss, dass die EFK eine Datensammlung betreibt. Gemäss DSG müssen Bundesorgane sämtliche Datensammlungen beim EDÖB zur Registrierung anmelden und im Falle der Bearbeitung besonders schützenswerter Personendaten ein Bearbeitungsreglement erstellen. Wir haben der EFK empfohlen, ihre Datenbearbeitung entsprechend unserer Ausführungen anzupassen. Da unsere Empfehlungen nicht angenommen wurden, ist das Verfahren noch hängig.

3. Aufzeichnung von Telefongesprächen beim Kundendienst der Post

Im Anschluss an die Klage einer Gewerkschaft über die Aufzeichnung von Telefongesprächen der Mitarbeiter des Kundendiensts haben wir eine Sachverhaltsabklärung bei der Schweizerischen Post eingeleitet. Die Abklärung ergab, dass die Datenschutzvorschriften, namentlich die Information der Mitarbeiter und die Verhältnismässigkeit der Kontrollprozesse, im betreffenden Fall eingehalten wurden.

Eine Gewerkschaft hat uns ihre Besorgnis angesichts der Aufzeichnung von Telefongesprächen der Beschäftigten in den Callcenters der Schweizerischen Post mitgeteilt. Wir eröffneten daraufhin eine Sachverhaltsabklärung. Dabei wurde der von der Gewerkschaft beanstandete Sachverhalt einer datenschutzrechtlichen Prüfung unterzogen. Bei diesem Verfahren ging es ausdrücklich nicht um die Überprüfung von Einzelfällen. Solche Untersuchungen liegen nämlich in der Zuständigkeit der Zivilgerichte, die in einem spezifischen Fall, das heisst auf Ersuchen eines be-

troffenen Mitarbeitenden, abklären können, ob Bestimmungen über den Persönlichkeitsschutz verletzt wurden.

Das Kontrollergebnis erlaubte uns den Schluss, dass die Datenschutzvorschriften, namentlich die Information der Mitarbeitenden und die Verhältnismässigkeit der Kontrollprozesse im konkreten Fall eingehalten werden. Unsere Analyse zeigte nämlich auf, dass nur von einem Teil der Anrufe Aufzeichnungen gemacht werden. Auch werden einzig die während eines bestimmten Zeitraums aufgezeichneten Anrufe für die Beurteilung der Leistungen der Beschäftigten verwendet. Die fragliche Zeitspanne wird den Mitarbeitern im Voraus angekündigt.

Die Aufzeichnung der übrigen Gespräche erfolgt ausschliesslich zum Zweck der Evaluation der Branchenprozesse und nicht für die Kontrolle der Leistungen der Mitarbeitenden. Die Aufzeichnungen werden einzig aufgrund von allgemeinen und bereichsübergreifenden Kriterien verlangt. Jeder Beschäftigte wird über die Überwachung der Gespräche informiert, und dies nicht mittels eines akustischen oder optischen Signals, sondern durch eine klare und transparente Vorankündigung der Aufzeichnungsperioden, auf die er namentlich über das Intranet des Unternehmens Zugriff hat.

Wir sind der Ansicht, dass die Dauer der Aufzeichnungsperioden insofern den Datenschutzanforderungen entspricht, als die Häufigkeit dieser Perioden und die Dauer der aufgezeichneten Gespräche dem Verhältnismässigkeitsprinzip gerecht werden. Es wird weder ständig noch systematisch aufgezeichnet. Darüber hinaus ist die Abhörfunktion der laufenden Gespräche in Echtzeit durch den unmittelbaren Vorgesetzten endgültig deaktiviert. Der Zugriff auf die Aufzeichnungen ist einer begrenzten Anzahl Personen vorbehalten, die diese Möglichkeit zur Ausführung ihrer Aufgabe benötigen. Die Dauer der Datenaufbewahrung ist ebenfalls in angemessenem Verhältnis begrenzt.

Die Post hat indessen, um die Information ihrer Angestellten zu verbessern, auf unseren Vorschlag ihre internen Strukturen geändert. Diese treffen eine klarere Unterscheidung zwischen dem Prozess zur Qualitätsverbesserung bei den Leistungen der Mitarbeitenden einerseits und den Massnahmen zur Verbesserung der Branchenprozesse andererseits. Zu den beiden Zweckbestimmungen eines solchen Systems, dem Kreis der zum Abhören der Gespräche berechtigten Personen sowie der Datenaufbewahrungsdauer, wurden ebenfalls weitere Klärungen vorgenommen, die zu einem besseren Verständnis der internen Weisungen beitragen.

Die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter des Kundendienstes verfügen schon heute über klare Weisungen, die sie darüber aufklären, unter welchen Voraussetzungen ihre Daten rechtmässig bearbeitet werden können und wie sie andernfalls die ihnen zur Wahrung ihrer Rechte notwendig erscheinenden Schritte unternehmen können. Falls also ein Mitarbeitender der Ansicht ist, dass die Bedingungen für ihn betreffende Aufzeichnungen nicht korrekt sind, und insbesondere wenn sie nicht den Weisungen oder

der Datenschutzgesetzgebung entsprechen, hat er die Möglichkeit, individuell dagegen vorzugehen.

Dazu ist anzumerken, dass die oben erwähnte Kontrolle die Datenschutzaspekte, nicht aber den arbeitsrechtlichen Bereich betraf. Das Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO) hat seinerseits Kommentare zur Umsetzung von Artikel 26 der Verordnung 3 zum Arbeitsgesetz (ArGV 3) herausgegeben. Die Kontrolle der Ausführung dieser Verordnung und damit der Art und Weise, in der die Beaufsichtigung der Beschäftigten zum Zwecke der Ausbildung, der Qualitätskontrollen oder der Leistungskontrolle erfolgt, obliegt den kantonalen Arbeitsinspektoraten.

4. Versand von Pensionskassenausweisen – Schwierigkeiten in der Praxis

Anlässlich unserer Kontrolle bei der vom Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts vom 10. April 2012 betroffenen Pensionskasse AXA Winterthur konnten wir feststellen, dass sie ihre Praxis entsprechend dem Urteil geändert hat. Andere Akteure der beruflichen Vorsorge haben jedoch ihre Praxis offenbar noch nicht angepasst.

In seinem Entscheid vom 10. April 2012 hat das Bundesverwaltungsgericht (BVGer) für die Weitergabe der Daten durch die schweizerischen Vorsorgeeinrichtungen willkommene Grundsätze aufgestellt. So hat es namentlich der Praxis ein Ende gesetzt, die darin bestand, den Arbeitgebenden die Pensionskassenausweise in einem unverschlossenen Couvert zuzustellen. Dabei wurden die Persönlichkeitsrechte der Arbeitnehmenden verletzt. Gemäss der nunmehr gefestigten Rechtsprechung müssen die Ausweise so zugestellt werden, dass einzig die versicherte Person – unter Ausschluss von Dritten, namentlich des Arbeitgebenden – von ihrem Inhalt Kenntnis nehmen können (vgl. unseren 20. Tätigkeitsbericht 2012/2013, Ziff. 1.7.2).

Der Begriff des Dritten spielte für die Lösung des Problems eine zentrale Rolle. Obwohl er im Datenschutzgesetz häufig verwendet wird, ist er nicht definiert. Das BVGer hat daher die Frage im Lichte der funktionsbezogenen Umschreibung geklärt. Nach dieser Theorie sind Dritte alle Personen, welche aufgrund der Art ihres Tätigkeitsbereichs in einem Unternehmen die betreffenden Personendaten für die Erfüllung ihrer jeweiligen Aufgaben nicht benötigen.

Als Beispiel zur Veranschaulichung dieses Falls erwähnt das BVGer die Situation eines Abteilungsleiters, der willentlich oder aus Nachlässigkeit Einsicht in die Personalakte eines Arbeitnehmenden nimmt, der einer anderen Abteilung angehört. Nach Auffassung des Gerichts stellt dieser Sachverhalt eine Bekanntgabe an Dritte dar, auch wenn sie innerhalb derselben Organisation erfolgt. Eine solche Verbreitung der Information ist aus Sicht des Datenschutzes nur zulässig, wenn ein Rechtfertigungsgrund vorliegt (also ein Gesetz, die Einwilligung des Betroffenen, ein überwie-

gendes privates oder öffentliches Interesse). Andernfalls bedeutet die Bekanntgabe der Daten eine widerrechtliche Verletzung der Persönlichkeit des betroffenen Arbeitnehmenden.

Vorliegend wurde festgehalten, dass die beruflichen Vorsorgeeinrichtungen, unabhängig von ihrer Rechtsform, öffentliche Aufgaben erfüllen. Sie gelten dann als Bundesorgane, wenn sie Verpflichtungen wahrnehmen, die ihnen vom Bundesgesetz über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVG) übertragen werden. Diese Feststellung ist wichtig, denn die geltenden Bestimmungen sind unterschiedlich, je nachdem ob eine Bearbeitung von einem Privatunternehmen oder von einer öffentlichen Verwaltung vorgenommen wird. Der Gesetzgeber hat nämlich für die Datenbearbeitung durch Organe des Bundes restriktivere Bedingungen vorgesehen. In einem solchen Fall kann nur eine gesetzliche Grundlage eine Bearbeitung rechtfertigen, im Gegensatz zu Privaten, die sich auf mehrere Rechtfertigungsgründe berufen können.

Im vorliegenden Fall kam das BVGer zum Schluss, dass es keine gesetzliche Grundlage gibt, die eine Ausnahme von der im Vorsorgebereich geltenden Schweigepflicht rechtfertigen würde, und dass somit keinerlei Rechtfertigung für die Übermittlung der Ausweise an die Arbeitgebenden oder jeden anderen Dritten geltend gemacht werden kann.

Überdies ist daran zu erinnern, dass die Pensionskassenausweise Informationen enthalten, die im Arbeitsverhältnis eine strategische Bedeutung haben können. Man kann ihnen namentlich folgende Angaben entnehmen: die Freizügigkeitsleistungen, die neu eintretende Mitarbeiter einbringen, die Einkäufe von Versicherungsjahren, den Vorbezug eines Teils der Pensionskassenguthaben für den Erwerb von Wohneigentum, ob und wann sich das Guthaben infolge Ehescheidung verändert hat oder Hinweise betreffend eine temporäre Erwerbsunfähigkeit. All diese Elemente können zu anderen Zwecken als der beruflichen Vorsorge genutzt werden.

Die Vorsorgeeinrichtung muss daher sämtliche notwendigen Massnahmen treffen, um sicherzustellen, dass die bisweilen besonders schützenswerten Daten der Versicherten nicht beim Versand offengelegt werden. Die Datensicherheit muss gewahrt bleiben; sie ist eng mit der Sorgfaltspflicht der Vorsorgeeinrichtung verbunden. Diese muss folglich die Ausweise entweder direkt in einem geschlossenen Umschlag an die Privatadresse der Versicherten oder an den Arbeitgeber in einem verschlossenen Couvert zur Verteilung senden. In diesem Fall muss auf dem Umschlag der Name des Empfängers und der Vermerk «Persönlich» angebracht sein.

Trotz einer klaren Stellungnahme des BVGer in dieser Sache erhalten wir immer noch Hinweise auf Versäumnisse. Es ist daher daran zu erinnern, dass der Entscheid, wenngleich er zunächst nur die Prozessparteien betrifft, eine Präzisierung des Datenschutzrechts darstellt, die allgemeine und abstrakte Geltung hat. Die so entwickelte Rechtsprechung gilt für alle betroffenen Akteure und fördert gleichzeitig die Rechtssicherheit.

In Anbetracht der obigen Ausführungen werden wir die künftigen Entwicklungen auf diesem Gebiet weiterhin aufmerksam verfolgen.

5. Personalinformationssystem des Bundes

Im Personalinformationssystem des Bundes, BV PLUS, werden grosse Mengen an Personendaten bearbeitet. Infolge verschiedener Anfragen sowie aufgrund der verarbeiteten Datenmenge haben wir uns dieses System erläutern lassen. Dies half uns gleichzeitig, diejenigen Projekte zu verstehen, die wir im Rahmen von Ämterkonsultationen begleitet haben.

Wir sind im letzten Jahr sowohl im Rahmen unserer Beratungstätigkeit als auch im Rahmen der Begleitung von Rechtsetzungsprojekten und Ämterkonsultationen vermehrt mit Fragen über das Personalinformationssystem des Bundes, BV PLUS, konfrontiert worden. Aus diesem Grund war es für uns wichtig, dieses System näher kennenzulernen. Der Betreiber des Systems, das Eidgenössische Personalamt (EPA) hat uns in Form einer Präsentation die verschiedenen Funktionsweisen von BV PLUS erläutert. In einer gemeinsamen Sitzung wurden zudem verschiedene kommende Projekte besprochen und Detailfragen diskutiert.

Wir haben im Jahr 2013 auch weitere Gesetzgebungsprojekte begleitet, die Daten aus BV PLUS betrafen: Das Bundesamt für Informatik und Telekommunikation etwa betreibt verschiedene Informationssysteme, die auch Daten aus BV PLUS enthalten, die seit diesem Jahr eine genügende gesetzliche Grundlage haben. Weiter haben wir ein Projekt des EPA begleitet, welches sicherstellen soll, dass bei einem verwaltungsinternen Übertritt von Mitarbeitenden, nur diejenigen Daten an die neue Verwaltungsstelle übermittelt werden, die für diese notwendig sind. Bisher konnte dafür jedoch keine technische Lösung gefunden werden. Wir werden die weiteren Entwicklungen mitverfolgen.

II. Merkblatt für Banken zur Übermittlung von Personendaten an US-Behörden[4]

(gültig ab 19. Juni 2013)

[Im Rahmen der Bereinigung des Steuerstreits der Schweizer Banken mit den Vereinigten Staaten müssen sich sämtliche Banken für zukünftige Übermittlungen von Personendaten an das gemäss Datenschutzgesetz geltende Vorgehen halten, das in diesem Merkblatt näher erläutert wird.[5]]

---

4 www.edoeb.admin.ch > Datenschutz > Handel und Wirtschaft > Finanzwesen.

5 Vorwort zu «Merkblatt für Banken zur Übermittlung von Personendaten an US-Behörden», unter: www.edoeb.admin.ch > Datenschutz > Handel und Wirtschaft > Finanzwesen.

Im Rahmen der Bereinigung des Steuerstreits der Schweizer Banken mit den Vereinigten Staaten haben wir am 15. Oktober 2012 Empfehlungen für ein datenschutzkonformes Vorgehen bei der Übermittlung von Personendaten erarbeitet.

Für zukünftige Übermittlungen müssen sämtliche Banken das gemäss Datenschutzgesetz (DSG) geltende und in den Empfehlungen ausgeführte Vorgehen einhalten. Nachfolgend listen wir die Prinzipien des DSG, die bei Mitarbeitenden sowie Dritten zwingend beachtet werden müssen, nochmals auf:

1. Verhältnismässigkeitsprinzip:

Dieses Prinzip besagt, dass nur Daten bearbeitet (darunter fällt auch die Übermittlung) werden dürfen, die zur Erfüllung eines bestimmten Zwecks notwendig sind (Art. 4 Abs. 2 DSG). Das schliesst unserer Ansicht nach Personen, die entsprechende Geschäftsbeziehungen mit Bezug zu einer US-Person organisiert, betreut oder überwacht haben, ein.

2. Transparenzprinzip:

Die Bank informiert gemäss Art. 4 Abs. 2 und 4 DSG im Voraus die betroffenen Personen über Umfang und Art der Dokumente, die übermittelt werden sollen, sowie über den Zeitraum, aus dem sie stammen. Diese Information muss sowohl an aktuelle und ehemalige Mitarbeitende als auch an externe Dritte erfolgen. Unter Dritte fallen auch juristische Personen, beispielsweise andere Banken.

3. Auskunftsrecht:

Die Bank gewährt den betroffenen Personen eine angemessene Frist, um gemäss Art. 8 DSG Auskunft über sämtliche sie betreffende Dokumente zu erhalten.

4. Rechtfertigungsgrund:

Spricht sich eine betroffene Person gegenüber der Bank gegen die Übermittlung von Dokumenten aus, die ihren Namen enthalten, so nimmt die Bank eine Interessenabwägung für den konkreten Einzelfall vor. Dabei muss die Bank sowohl einen Rechtfertigungsgrund für die Übermittlung nach Art. 13 DSG geltend machen, als auch die Voraussetzungen gemäss Art. 6 DSG erfüllen, damit die Übermittlung in ein Land ohne angemessenen Datenschutz erfolgen darf.

5. Rechtsansprüche:

Will die Bank aufgrund ihrer Interessenabwägung die Daten entgegen dem Willen der betroffenen Person übermitteln, kann diese nach Art. 15 DSG Klage bei einem Zivilgericht einreichen.

Der EDÖB fordert sämtliche Banken, die Personendaten übermitteln wollen, auf, sich ihm gegenüber zu verpflichten, das in seinen Empfehlungen und den oben stehenden Punkten festgehaltene Vorgehen einzu-

halten. Ausserdem verlangen wir, dass die Banken uns über bevorstehende Übermittlungen informieren.

Anpassung Mai 2014[6]

In unserem Merkblatt [gültig ab 19. Juni 2013] haben wir eine Information über die Übermittlung von Personendaten im Zusammenhang mit der Teilnahme am US-Programm verlangt, unter anderem auch, um einen Überblick über diese Übermittlungen zu erhalten. Da inzwischen bekannt ist, dass die meisten Bankinstitute daran teilnehmen, und da in der Einzelverfügung des Bundesrates auch Datenschutzprinzipien festgehalten werden, ist eine Information an den EDÖB über die Übermittlung von Personendaten in diesem Zusammenhang nicht mehr notwendig.

III. Die Datenübermittlung ins Ausland[7]

(letzte Änderung: 22. September 2014)

1. Was bezweckt die Revision des DSG bezüglich Datenübermittlung ins Ausland?

Mit dieser Revision wird das schweizerische Datenschutzrecht an das Zusatzprotokoll zum Übereinkommen des Europarates zum Schutz des Menschen bei der automatischen Verarbeitung personenbezogener Daten (Übereinkommen STE 108) angepasst.

Dadurch soll:

- ein vergleichbares, möglichst hohes Datenschutzniveau und der freie grenzüberschreitende Datenverkehr unter den Vertragsstaaten gewährleistet werden;
- garantiert werden, dass der Transfer von personenbezogenen Daten an einen Datenempfänger, der vom Übereinkommen nicht erfasst ist, nur erfolgen kann, wenn der Empfängerstaat oder die Empfängerorganisation ein angemessenes Schutzniveau gewährleistet.

2. Wo und wie wird die Datenübermittlung ins Ausland im DSG geregelt?

Die Kernbestimmung zur Datenübermittlung ins Ausland ist Art. 6 DSG. Weitere Bestimmungen des DSG und der Datenschutzverordnung (VDSG) ergänzen den Artikel bzw. führen ihn aus. Er lautet wie folgt:

---

6 Vorwort zu «Merkblatt für Banken zur Übermittlung von Personendaten an US-Behörden», unter: www.edoeb.admin.ch > Datenschutz > Handel und Wirtschaft > Finanzwesen.

7 www.edoeb.admin.ch > Datenschutz > Arbeitsbereich > Übermittlung ins Ausland.

[1] Personendaten dürfen nicht ins Ausland bekannt gegeben werden, wenn dadurch die Persönlichkeit der betroffenen Personen schwerwiegend gefährdet würde, namentlich weil eine Gesetzgebung fehlt, die einen angemessenen Schutz gewährleistet.
[2] Fehlt eine Gesetzgebung, die einen angemessenen Schutz gewährleistet, so können Personendaten ins Ausland nur bekannt gegeben werden, wenn:
a. hinreichende Garantien, insbesondere durch Vertrag, einen angemessenen Schutz im Ausland gewährleisten;
b. die betroffene Person im Einzelfall eingewilligt hat;
c. die Bearbeitung in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Abschluss oder der Abwicklung eines Vertrags steht und es sich um Personendaten des Vertragspartners handelt;
d. die Bekanntgabe im Einzelfall entweder für die Wahrung eines überwiegenden öffentlichen Interesses oder für die Feststellung, Ausübung oder Durchsetzung von Rechtsansprüchen vor Gericht unerlässlich ist;
e. die Bekanntgabe im Einzelfall erforderlich ist, um das Leben oder die körperliche Integrität der betroffenen Person zu schützen;
f. die betroffene Person die Daten allgemein zugänglich gemacht und eine Bearbeitung nicht ausdrücklich untersagt hat;
g. die Bekanntgabe innerhalb derselben juristischen Person oder Gesellschaft oder zwischen juristischen Personen oder Gesellschaften, die einer einheitlichen Leitung unterstehen, stattfindet, sofern die Beteiligten Datenschutzregeln unterstehen, welche einen angemessenen Schutz gewährleisten.
[3] Der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte (Beauftragte, Art. 26) muss über die Garantien nach Absatz 2 Buchstabe a und die Datenschutzregeln nach Absatz 2 Buchstabe g informiert werden. Der Bundesrat regelt die Einzelheiten dieser Informationspflicht.

3. Was ändert sich mit der neuen Regelung terminologisch?

Terminologisch ist das DSG an das Zusatzprotokoll angepasst und die Anforderung der Gleichwertigkeit durch diejenige der Angemessenheit des Schutzes ersetzt worden. Materiell bedeutet dies aber nicht, dass gegenüber der bisherigen Regelung eine Verschärfung oder Abschwächung der Anforderungen für eine grenzüberschreitende Bekanntgabe stattgefunden hat.

4. Gilt eine Veröffentlichung von Personendaten im Internet als Datenübermittlung ins Ausland?

Das allgemeine Zugänglichmachen von Personendaten mittels automatisierter Informations- und Kommunikationsdienste wie Internet zwecks Information der Öffentlichkeit gilt nicht als Datenübermittlung ins Ausland (Art. 5 VDSG). Die übrigen datenschutzrechtlichen Anforderungen bleiben vorbehalten. Bundesorgane sind insbesondere an die Notwen-

digkeit gesetzlicher Grundlagen für Datenbekanntgaben (Art. 19 DSG) gebunden.

5. Gründe für eine Datenübermittlung ins Ausland:

Mögliche Auslöser einer Übermittlung von Personendaten ins Ausland können sein:

- die Zentralisierung einer bestimmten Datenbearbeitung;
- das Outsourcing von Datenbearbeitungen; oder
- die Firmenübernahme durch eine ausländische Firma.

6. Was versteht man unter der Sorgfaltspflicht des Inhabers der Datensammlung bei der Datenübermittlung ins Ausland, und welche Arten der Sorgfaltspflicht gibt es?

Sorgfaltspflicht bedeutet:

- die allgemeinen Datenschutzgrundsätze des DSG einzuhalten (allgemeine Sorgfaltspflicht);
- die Angemessenheit des Datenschutzes im Zielland für jede einzelne Bekanntgabe zu gewährleisten (spezielle Sorgfaltspflicht);
- den EDÖB gemäss Art. 6 Abs. 3 DSG zu informieren (spezielle Sorgfaltspflicht).

7. Welche Datenschutzgrundsätze sind gemäss allgemeiner Sorgfaltspflicht einzuhalten?

Private Personen, welche Personendaten ins Ausland übermitteln, müssen:

a. die Datenbekanntgabe rechtfertigen (Art. 13 Abs. 1 DSG). Als Rechtfertigungsgründe gelten:
   aa. die Einwilligung der betroffenen Person(en),
   bb. ein überwiegendes privates oder öffentliches Interesse, z.B. die Zentralisierung der Kundendaten oder der Lohnbewirtschaftung der Angestellten, oder
   cc. eine gesetzliche Grundlage;
b. die Rechtmässigkeit der Datenübermittlung überprüfen (Art. 4 Abs. 1 DSG). Als unrechtmässig gilt eine Datenbekanntgabe, wenn sie insbesondere gegen schweizerische Rechtsnormen verstösst;
c. die geplante Datenübermittlung gegenüber den betroffenen Personen vorgängig erkennbar machen (Treu und Glauben, Art. 4 Abs. 2 und Abs. 4 DSG);
d. die Verhältnismässigkeit und Zweckmässigkeit der Datenübermittlung gewährleisten (Art. 4 Abs. 2 und 3 DSG);
   Beispiel: Will eine Firma die Lohnverwaltung im Ausland zentralisieren, so dürfen dafür nur lohnrelevante Daten übermittelt werden,

welche wiederum nur zum angegebenen Zweck bearbeitet werden dürfen;

e. die Datenrichtigkeit gewährleisten (Art. 5 DSG);
f. technische und organisatorische Massnahmen treffen, die geeignet sind, die Integrität, Vertraulichkeit und Verfügbarkeit der Daten bei der Übermittlung zu sichern (Art. 7 DSG).

8. Welche Datenschutzgrundsätze sind gemäss spezieller Sorgfaltspflicht einzuhalten?

Dem Inhaber einer Datensammlung obliegt:

- die Abklärung der Angemessenheit des Schutzes im Zielland (Art. 6 Abs. 1 DSG);
- die Einhaltung der alternativen Bedingungen, falls im Zielland kein angemessener Datenschutz vorhanden ist (Art. 6 Abs. 2 DSG);
- die Informationspflicht gegenüber dem EDÖB gemäss Art. 6 Abs. 3 DSG.

9. Was ist bei der Beurteilung der Angemessenheit des Schutzes im Zielland gemäss Art. 6 Abs. 1 DSG zu berücksichtigen?

Der Inhaber einer Datensammlung hat zu prüfen, ob die im Übereinkommen STE 108 und im Zusatzprotokoll aufgestellten Grundsätze in den Rechtsvorschriften allgemeiner und sektorieller Art und in der Rechtspraxis des Empfängerstaats berücksichtigt werden.

Speziell ist zu berücksichtigen, ob:

- die Grundsätze des DSG eingehalten werden,
- die betroffene Person bei Nichteinhaltung dieser Grundsätze ihre Interessen wahren kann,
- das Auskunftsrecht gewährleistet wird und ob
- ein unabhängiges Aufsichtsorgan besteht.

Zu jenen Staaten, die unter gewissen Voraussetzungen ein angemessenes Datenschutzniveau i.S.v. Art. 6 Abs. 1 DSG gewährleisten, zählen seit der Unterzeichnung des «U.S.-Swiss Safe Harbor Framework» (http://www.export.gov/safeharbor/) auch die USA. US-Firmen können sich beim Handelsministerium der USA zur Einhaltung der im «U.S.-Swiss Safe Harbor Framework» festgehaltenen Datenschutzgrundsätze verpflichten und sich zertifizieren lassen. Vor der Übermittlung von Personendaten an ein US-Unternehmen sollte die von der International Trade Administration (ITA) geführte Liste der zertifizierten Firmen (https://safeharbor.export.gov/swisslist.aspx) konsultiert und allenfalls zusätzlich notwendige Datenschutzklauseln vereinbart werden.

10. Welche Rolle spielt die «Liste der Staaten, die über eine angemessene Datenschutzgesetzgebung verfügen» des EDÖB bei dieser Frage?

Der Inhaber der Datensammlung kann sich für die Prüfung der Angemessenheit auf die Liste der Staaten stützen, welche vom EDÖB publiziert wird (Art. 31 Abs. 1 lit. d DSG und Art. 7 VDSG).

Die Liste bezeichnet, welche Staaten:

- Vertragspartei des Übereinkommens STE 108 und des Zusatzprotokolls sind oder
- nach Ansicht des EDÖB einen angemessenen Datenschutz gewährleisten.

Die Liste wird laufend aktualisiert und ist nicht abschliessend. Figuriert ein Land nicht darauf, bedeutet dies nicht automatisch, dass es keinen angemessenen Schutz gewährleistet.

Übrigens: Privatpersonen oder Bundesorgane, die Daten in einen unter «Angemessener Schutz» aufgeführten Staat übermitteln, können sich darauf berufen, gutgläubig zu handeln. Wissen sie aber, z. B. aufgrund von Erfahrungen in der Praxis, dass in einem solchen Empfängerstaat Datenschutzvorschriften – generell oder in bestimmten Bereichen – nicht beachtet werden, so sind sie nicht mehr gutgläubig. Die Bekanntgabe darf in einem solchen Fall nur unter den Bedingungen von Art. 6 Abs. 2 DSG erfolgen.

11. Was bezweckt Art. 6 Abs. 2 DSG?

Wenn der gesetzliche Schutz im Zielland nicht angemessen ist, so dürfen die Daten nur unter Einhaltung der Bedingungen von Art. 6 Abs. 2 DSG übermittelt werden.

Beispiel: Besteht im Zielland nur ein angemessener normativer Schutz für Daten natürlicher Personen, so müssen bei der Übermittlung von Daten juristischer Personen Garantien gemäss Art. 6 Abs. 2 lit. a und g DSG gewährleistet sein. Fehlen diese, so kann die Datenübermittlung ins betreffende Ausland dennoch durch die Rechtfertigungsgründe gemäss Art. 6 Abs. 2 lit. b–f DSG ermöglicht werden.

12. Welche Verträge kommen als Rechtfertigung der Datenübermittlung gemäss Art. 6 Abs. 2 lit. a DSG infrage?

Vom EDÖB erstellte oder anerkannte Musterverträge oder Standardvertragsklauseln (Art. 6 Abs. 3 VDSG) sind:

- die Standardvertragsklauseln der Europäischen Union: http://ec.europa.eu/justice/data-protection/document/international-transfers/transfer/index_en.htm
- der Mustervertrag des Europarats für die Sicherstellung eines angemessenen Datenschutzes im Rahmen des grenzüberschreitenden Da-

tenverkehrs: http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/dataprotection/Reports/ContratType_1992.pdf

- der Mustervertrag des EDÖB für das Outsourcing von Datenbearbeitungen ins Ausland: http://www.edoeb.admin.ch/datenschutz/00626/00743/00858/00859/index.html?lang=de

  Beim Outsourcing bleibt der Zweck der Bearbeitung sowohl beim Auftraggeber als auch beim Auftragnehmer gleich. Der Auftraggeber bleibt überdies immer einziger Inhaber der Datensammlung, denn er entscheidet ausschliesslich über deren Zweck und Inhalt (vgl. Art. 3 lit. i DSG).

  Beispiel: Die Lohnbewirtschaftung wird einem Auftragnehmer ins Ausland übertragen.

  Geht es jedoch nicht um Outsourcing, ersetzt der Empfänger einer Datenübermittlung oft den ursprünglichen mit einem neuen Datenbearbeitungszweck. Er wird somit auch zum Dateninhaber gemäss DSG.

  Beispiel: Kundendaten, welche ursprünglich ausschliesslich zur Bewirtschaftung der Kundenbeziehungen bearbeitet wurden, werden neu auch für Marketingzwecke übermittelt und verwendet.

Die Personen oder Bundesstellen, die Daten übermitteln wollen, können auch andere Vertrags- oder Garantieformen anwenden, so z.B. einen spezifischen Datenschutzvertrag oder Datenschutzklauseln in anderen Verträgen. Diese Klauseln müssen ein angemessenes, d.h. DSG-konformes Datenschutzniveau garantieren. Sie müssen die Gesamtheit der relevanten Elemente einer Datenübermittlung abdecken, d.h. insbesondere:

- die Identität des Datenübermittlers und des Datenempfängers,
- die Kategorien der zu übermittelnden Daten,
- die Zwecke der Übermittlung,
- die Kategorien der betroffenen Personen,
- die endgültigen Datenempfänger und die Aufbewahrungsdauer.

Die Datenschutzklauseln müssen überdies auch:

- die Einhaltung der Grundsätze des Datenschutzes ermöglichen;
- die Rechte der betroffenen Personen, d.h. das Auskunfts- und Berichtigungsrecht sowie die Klagerechte, gewährleisten;
- einen Kontrollmechanismus vorsehen;
- Massnahmen zur Gewährleistung der Sicherheit und Vertraulichkeit bei der Übermittlung besonders schützenswerter Personendaten oder Persönlichkeitsprofile vorsehen.

13. Voraussetzungen und Merkmale der Einwilligung zur Datenübermittlung ins Ausland gemäss Art. 6 Abs. 2 lit. b DSG:

Die Einwilligung muss:

- sich auf einen Einzelfall, d.h. eine konkrete Situation, beschränken. Eine pauschale Einwilligung in regelmässige und systematische

Bekanntgaben von Daten ins Ausland zu verschiedenen Zwecken und in verschiedenen Situationen ist nicht zulässig. Ausnahmsweise kann unter dem Begriff «im Einzelfall» nicht nur eine einzelne grenzüberschreitende Datenübermittlung, sondern auch eine Gesamtheit von Übermittlungen erfasst werden, wenn die Voraussetzungen (insb. Zweck und Empfänger) gleich bleiben.
Beispiel: Übermittlungen von Protokollen einer Arbeitsgruppe, der Personen aus verschiedenen Ländern angehören, ohne dass deren Zustimmung für jede einzelne Übermittlung eingeholt werden muss;

- freiwillig sein;
- nach angemessener Information erfolgen (Art. 4 Abs. 5 DSG);
- ausdrücklich erfolgen, wenn die Bekanntgabe besonders schützenswerte Personendaten betrifft;
- für zukünftige Datenbearbeitungen und Datenübermittlungen jederzeit zurückgezogen werden können.

Die Einwilligung befreit den Inhaber der Datensammlung nicht von seiner Sorgfaltspflicht, bspw. bezüglich Datensicherheitsmassnahmen oder Vergewisserung der Zweckeinhaltung durch den Datenempfänger.

14. Was versteht man unter Datenübermittlung im Zusammenhang mit dem Abschluss oder der Abwicklung eines Vertrages gemäss Art. 6 Abs. 2 lit. c DSG?

Ein Vertragspartner übermittelt Personendaten des anderen Vertragspartners an einen Dritten im Ausland, im Hinblick auf den Abschluss oder Vollzug eines Vertrages.

Beispiele:

- Bekanntgabe von Kundendaten an ein Hotel im Ausland durch die Reiseagentur;
- Datenbekanntgabe an Kreditauskunfteien zur Bonitätsprüfung im Rahmen von Kaufverträgen;
- Datenbekanntgabe durch Spediteure an Transportfirmen im Zusammenhang mit Lieferungsverträgen;
- Datenbekanntgabe durch Reisegesellschaften an Transportunternehmen im Rahmen internationaler Beförderungsleistungen (Bahn-, Schiffs-, Flugreisen);
- Datenbekanntgabe im Rahmen von Banktransaktionen oder Aufträgen im internationalen Zahlungsverkehr.

15. Wann und unter welchen Voraussetzungen kommt die Datenübermittlung gemäss Art. 6 Abs. 2 lit. d DSG infrage?

Hier muss die Datenübermittlung:

- durch ein überwiegendes öffentliches Interesse oder Erfordernisse im Rahmen von Gerichtsverfahren gerechtfertigt sein;

- unerlässlich sein für die Erfüllung dieses Interesses;
- nur im konkreten Einzelfall, d. h. in einer bestimmten Situation, erfolgen.

Beispiel: Fussballclub übermittelt aus Sicherheitsgründen Personendaten von Hooligans ins Gastgeberland.

Übrigens: Ein überwiegendes Interesse ist nicht automatisch gegeben, wenn ein Staat die Terrorismusbekämpfung als Begründung für das Datengesuch angibt, die Daten aber zu unrechtmässigen Zwecken missbrauchen könnte (z.B. zur Missachtung der Menschenrechte).

16. Unter welchen Voraussetzungen ist eine Datenübermittlung gemäss Art. 6 Abs. 2 lit. e DSG zulässig?

Nach diesem Artikel dürfen Daten übermittelt werden, wenn:

- lebenswichtige Interessen der betroffenen Person tangiert sind;
- die betroffene Person nicht in der Lage ist, ihre eigenen Interessen geltend zu machen (bspw. infolge eines Unfalles im Ausland);
- die Zustimmung der betroffenen Person zur Datenübermittlung vorausgesetzt werden kann.

Es dürfen auch Daten von Personen übermittelt werden, die nicht einwilligen können, wenn sie dem Betroffenen nahestehen und dessen Leben sonst in Gefahr wäre.

17. Wie kann die Übermittlung allgemein zugänglich gemachter Daten gemäss Art. 6 Abs. 2 lit. f DSG eingeschränkt werden?

Hat jemand seine Daten selber zugänglich gemacht, wünscht aber nicht, dass diese unbeschränkt verwendet werden, so muss er ausdrücklich mitteilen, für welche Zwecke seine Daten bearbeitet werden dürfen. Zudem ist denkbar, dass die betroffene Person einem bestimmten Datenbearbeiter die Mitteilung macht, dass sie eine Bearbeitung ihrer veröffentlichten Daten nicht wünscht (vgl. Art. 12 Abs. 2 lit. b DSG).

18. Welche Voraussetzungen müssen konzerninterne Datenschutzregeln gemäss Art. 6 Abs. 2 lit. g DSG erfüllen?

Damit konzernweite Datenschutzregeln das Fehlen eines angemessenen Datenschutzes im Empfangsland kompensieren können, müssen sie folgende Anforderungen erfüllen:

- Materiell müssen sie mindestens die für private Datenbearbeiter relevanten Anforderungen des Europäischen Datenschutzübereinkommens STE 108 und des Zusatzprotokolls erfüllen (vgl. dazu die Ausführungen zu Art. 6 Abs. 2 lit. a DSG).
- Die Verbindlichkeit der Regeln für die einzelnen Konzerngesellschaften muss formell und bei der Anwendung in der Praxis sichergestellt sein. Die formelle Verbindlichkeit kann beispielsweise

durch einen Beschluss des Verwaltungsrates erreicht werden. Die Anwendung in der Praxis kann etwa durch Audits sichergestellt werden.

Weitere Regeln zur Datenübermittlung gemäss Art. 6 Abs. 2 lit. g DSG:

- Der Inhaber der Datensammlung wird für die in der Schweiz durchgeführten Datenbearbeitungen nicht von der Pflicht befreit, die übrigen Bestimmungen des DSG einzuhalten.
- Die einzelnen Gesellschaften müssen die Regeln übernehmen und implementieren.

19. Wann muss der EDÖB über eine Datenübermittlung informiert werden?

Die Informationspflicht (Art. 6 Abs. 3 DSG und Art. 6 Abs. 1 VDSG) besteht bei:

- Datenübermittlungen gemäss Art. 6 Abs. 2 lit. a DSG (Gewährleistung des Datenschutzes durch Vertrag);
- Datenübermittlungen gemäss Art. 6 Abs. 2 lit. g DSG (Gewährleistung des Datenschutzes durch konzerninterne Datenschutzregeln).

20. Wie muss der EDÖB informiert werden?

- Die Information besteht in einer Kopie der mit dem Empfänger vereinbarten Garantien oder Datenschutzregeln.
- Wenn Modellverträge oder Standardvertragsklauseln verwendet werden, muss der Inhaber der Datensammlung den EDÖB lediglich in allgemeiner Art und Weise über deren Verwendung informieren. Sollte der Inhaber in einzelnen Fällen oder für bestimmte Teile der Datenübermittlung andere Garantien anwenden, so muss er den EDÖB darüber mit einer Kopie informieren.
- Die Informationspflicht gilt nach einer erstmaligen Information für alle weiteren Bekanntgaben als erfüllt, die unter denselben Garantien oder Datenschutzregeln erfolgen, soweit die Kategorien der Empfänger, der Zweck der Bearbeitung und die Datenkategorien im Wesentlichen unverändert bleiben.
- Der EDÖB muss nicht über jeden einzelnen E-Mail- oder Briefversand ins Ausland informiert werden. Die Informationspflicht entfällt insbesondere bei persönlichen oder privaten Sendungen.
- Der Inhaber der Datensammlung informiert den EDÖB vor der Bekanntgabe ins Ausland. Falls er dies nicht kann, holt er es möglichst bald nach.
- Die Information über Internet ist möglich.
- Die Anmeldeformulare nach altem DSG wurden abgeschafft.
- Die Verletzung der Informationspflicht hat strafrechtliche Konsequenzen (Art. 34 Abs. 2 lit. a DSG).

21. Worin besteht die Prüfung des EDÖB?

- Falls anerkannte Musterverträge für die Datenübermittlung ins Ausland angewendet werden, nimmt der EDÖB keine Prüfung des Regelwerks vor, sondern beschränkt sich darauf, davon Kenntnis zu nehmen.
- Falls keine Musterverträge angewendet werden oder diese in wesentlichen Punkten abgeändert wurden, kann der EDÖB das Regelwerk prüfen. Der EDÖB hat die Prüfung innert 30 Tagen vorzunehmen (Art. 6 Abs. 5 VDSG).
- Gewährleisten die Garantien und Regeln keinen angemessenen Datenschutz, so kann der EDÖB mit dem Inhaber der Datensammlung Kontakt aufnehmen und, falls erforderlich, eine Empfehlung gemäss Art. 29 DSG erlassen.
- Erfolgt innert der gesetzten Frist keine Reaktion des EDÖB, kann der Inhaber der Datensammlung davon ausgehen, dass der EDÖB keine Einwände gegen die vorgelegten Garantien und Datenschutzregeln hat.

22. Welche Konsequenzen hat eine Verletzung der Sorgfaltspflicht?

Der Inhaber von Datensammlungen haftet für Nachteile, die aus einer Verletzung seiner Sorgfaltspflicht entstehen. Er hat insbesondere nachzuweisen, dass er alle erforderlichen Massnahmen getroffen hat, um ein angemessenes Schutzniveau zu gewährleisten. Die Verordnung konkretisiert diesen Aspekt der Sorgfaltspflicht, indem sie vom Inhaber der Datensammlung verlangt, angemessene Massnahmen zu treffen, um sicherzustellen, dass der Empfänger die Datenschutzgarantien oder -regeln beachtet (Art. 6 Abs. 4 VDSG).

23. Kann die betroffene Person die Verletzung der Sorgfaltspflicht anfechten?

Die betroffene Person kann eine pflichtwidrige Bekanntgabe ins Ausland gemäss Art. 15 Abs. 1 DSG gerichtlich anfechten.

24. Muss eine Datensammlung gemäss Art. 11a DSG angemeldet werden, wenn Personendaten regelmässig an Dritte im Ausland bekannt gegeben werden?

Ja, eine solche Datensammlung muss gemäss Art. 11a Abs. 3 lit. b DSG beim EDÖB angemeldet werden. Die Anmeldung bezweckt die Transparenz über Datensammlungen, deren Daten regelmässig an Dritte bekannt gegeben werden.

Vorbehalten bleibt gegebenenfalls auch eine Information des EDÖB über die Datenübermittlung ins Ausland gemäss Art. 6 Abs. 3 DSG.

C. Rechtsprechung

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

Bundesgericht

Bundesgericht, Urteil vom 14. Januar 2013, Doss.-Nr. 2C_936/2012 (Bestätigung des Entscheids des Bundesverwaltungsgerichts vom 10. August 2012)

Öffentliches Personalrecht; Art. 330a OR, Schadenersatz und Genugtuung wegen codiertem Zeugnis? Vorliegend wurde dem Arbeitnehmer wegen Verletzung gesetzlicher und vertraglicher Pflichten auf den 30. April 2004 ordentlich gekündigt. Mit Entscheid vom 13. Juli 2004 bestätigte die Arbeitgeberin die Gültigkeit der Kündigung. Am 30. August 2004 stellte sie ein auf den 13. Juli 2004 datiertes Arbeitszeugnis aus, worin u.a. angegeben war, das Arbeitsverhältnis ende «per heutigem Datum». Nach Auffassung des Bundesgerichts ist die vorinstanzliche Sachverhaltsfeststellung, der natürliche Kausalzusammenhang zwischen dem Zeugnis und der Arbeitslosigkeit bzw. dem Scheitern der Stellenbewerbungen sei nicht bewiesen, nicht offensichtlich unrichtig (E. 3.1, 4.1.2, 4.5).

Sachverhalt:

Der 1956 geborene X. war seit 1981 in der Abteilung Sicherheit der Eidgenössischen Technischen Hochschule Zürich (ETHZ) angestellt, seit 1991 als Leiter des Nachtdienstes und der Erstintervention. Am 9. September 2003 erstattete die ETHZ Strafanzeige gegen X. und stellte ihn per sofort frei. Mit Verfügung vom 27. Oktober 2003 kündigte der Präsident der ETHZ das Arbeitsverhältnis auf den 30. April 2004 wegen Verletzung gesetzlicher und vertraglicher Pflichten. Mit Entscheid vom 13. Juli 2004 bestätigte die ETH-Beschwerdekommission die Gültigkeit der Kündigung. Dieser Entscheid erwuchs unangefochten in Rechtskraft. Am 30. August 2004 stellte die ETHZ X. ein auf den 13. Juli 2004 datiertes Arbeitszeugnis aus, worin u.a. angegeben war, das Arbeitsverhältnis ende «per heutigem Datum». Am 2. Januar 2007 erhob X. beim ETH-Rat Aufsichtsbeschwerde wegen Falschbeurkundung und Ausstellens eines codierten Arbeitszeugnisses. Mit Entscheid vom 23./24. Mai 2007 wies der ETH-Rat die Aufsichtsbeschwerde ab, soweit er darauf eintrat, nahm aber Vormerk, dass die ETHZ bereit sei, das Datum der Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu korrigieren und als Enddatum der Anstellung den 30. April 2004 aufzuführen. Am 14. Juni 2007 erhielt X. eine neue Version des ansonsten unveränderten Arbeitszeugnisses, das weiterhin das Datum des 13. Juli 2004 trug, worin aber als Datum der Beendigung des Arbeitsverhältnisses neu der 30. April 2004 angegeben wurde. Mit zwei Einstel-

lungsverfügungen vom 22. August 2006 stellte die Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich das gegen X. eingeleitete Strafverfahren ein, auferlegte ihm aber die Kosten von je Fr. 410.–, da er die Untersuchung zumindest teilweise durch leichtfertiges Benehmen verursacht habe. Mit Gesuch vom 2. November 2006 beantragte X. die Revision des Entscheids der ETH-Beschwerdekommission vom 13. Juli 2004 betreffend die Gültigkeit der Kündigung. Nachdem die Beschwerdekommission zunächst das Revisionsgesuch abgewiesen hatte, hiess das Bundesgericht dieses letztinstanzlich mit Urteil vom 3. April 2009 (1C_513/2008) gut, soweit es darauf eintrat, und wies die Sache zur materiellen Beurteilung an die ETH-Beschwerdekommission zurück. Mit Entscheid vom 3. November 2009 stellte diese wiederum die Gültigkeit der Kündigung vom 27. Oktober 2003 fest und wies die Anträge auf Weiterbeschäftigung und Ausrichtung einer Abgangsentschädigung ab. Dagegen erhob X. Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Dieses hiess mit Entscheid vom 9. Juli 2010 (A-7764/2009) die Beschwerde im Sinne der Erwägungen teilweise gut, soweit es darauf eintrat; es hob den Entscheid der ETH-Beschwerdekommission vom 3. November 2009 auf und bestätigte die Beendigung des Arbeitsverhältnisses auf den 30. April 2004 (Dispositiv-Ziffer 1). Überdies verpflichtete es die ETHZ, X. infolge unverschuldeter Auflösung des Arbeitsverhältnisses eine Entschädigung in Höhe eines Bruttojahreslohnes zuzüglich 5% Zins seit dem 1. Mai 2004 auszurichten (Dispositiv-Ziffer 2). Eine dagegen erhobene Beschwerde hiess das Bundesgericht mit Urteil vom 25. Mai 2011 (8C_722/2010) insofern teilweise gut, als die Entschädigung auf 1½ Bruttojahreslöhne festgesetzt wurde; im Übrigen wies es die Beschwerde ab. Am 21. Juni 2007 stellte X. bei der ETHZ einen «Antrag auf Schadenersatz und Genugtuung wegen Urkundenfälschung und Ausstellung eines codierten Arbeitszeugnisses sowie falscher Aussage in einem Verwaltungsverfahren». Er begründete diesen Antrag damit, das am 30. August 2004 ausgestellte Zeugnis sei falsch und widerrechtlich und habe dazu geführt, dass etwa 250 Bewerbungen, bei denen er das Arbeitszeugnis verwendet habe, erfolglos verlaufen seien. Mit Verfügung vom 18. Juli 2007 trat die ETHZ auf die Schadenersatz- und Genugtuungsforderung nicht ein. Dagegen erhob X. mit Eingabe vom 20. August 2007 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Er beantragte, die Verfügung sei aufzuheben und die ETHZ anzuweisen, dem Beschwerdeführer den geforderten Schadenersatz und die Genugtuung zu leisten sowie ein Arbeitszeugnis auszustellen, das ihm die Stellensuche nicht verunmögliche. Eventuell sei die Sache an die ETHZ zurückzuweisen mit der Auflage, auf die Schadenersatz- und Genugtuungsforderung materiell einzutreten. Auf Aufforderung des Bundesverwaltungsgerichts hin quantifizierte X. mit nachgebesserter Beschwerdeschrift vom 29. August 2007 seine Forderungen wie folgt: «(1.) Alle seit dem 1. August 2004 bis zur Rechtskraft des Urteils entgangenen Monatslöhne und Arbeitgeberbeiträge an die Sozialversicherungen, monatlich nachschüssig verzinst zum Satz von 5% p.a. (2.) Eine

Entschädigung im Umfang von drei Jahreslöhnen, zuzüglich 5% Zins ab Rechtskraft des Urteils, für den gegenüber 250 potentiellen Arbeitgebern erlittenen Imageschaden und die verursachte Abwesenheit von fast drei Jahren aus dem Arbeitsmarkt, mit der damit verbundenen Schwierigkeit, jetzt eine neue Stelle zu finden. (3.) Eine Genugtuung im Umfange von einem Jahreslohn, zuzüglich 5% Zins ab Rechtskraft des Urteils, für den moralischen Schaden dadurch verursacht, dass der Kläger gezwungen wurde, seit Dezember 2006 von der Grosszügigkeit von Freunden und Bekannten mit dem Existenzminimum zu leben, unter Verzicht auf alles, was für das Überleben absolut erforderlich war. (4.) Der z.Z. nicht bezifferbare Schaden, dadurch entstanden, dass der Kläger wegen der durch das gefälschte Arbeitszeugnis verursachten Arbeitslosigkeit gezwungen war, seine Wohnung in … zu verkaufen, berechnet als Differenz zwischen dem seinerzeit erzielten Kaufpreis und dem Kaufpreis derselben Wohnung oder eines vergleichbaren Objekts im Zeitpunkt der Rechtskraft des Urteils, unter Berücksichtigung aller Kosten, Honorare, Abgaben, Steuern, Gebühren und sonstiger Spesen. (5.) Eine angemessene Parteientschädigung, deren Bezifferung dem Ermessen des Gerichts überlassen wird.» In der Begründung bezifferte X. den Wert der Position 1 mit Fr. 372 917.45, den Wert der Position 2 mit Fr. 310 401.90, den Wert der Position 3 mit Fr. 103 467.30, total mithin Fr. 786 786.65 (bis zum 31. August 2007). Der Wert der Position 4 könne nicht beziffert werden, die Höhe der Position 5 müsse das Gericht festsetzen. Das Bundesverwaltungsgericht sistierte das Verfahren mit Blick auf das Verfahren A-7764/2009. Nach Vorliegen des bundesgerichtlichen Urteils 8C_722/2010 vom 25. Mai 2011 hob das Bundesverwaltungsgericht die Sistierung des Verfahrens auf, da rechtskräftig über die Zulässigkeit der Kündigung und die Höhe der Abgangsentschädigung entschieden worden sei. Mit Blick auf zwei weitere beim EFD und der ETHZ pendente Staatshaftungsverfahren stellte das Bundesverwaltungsgericht mit Verfügung vom 29. März 2012 unter anderem fest, dass es – zumindest im heutigen Zeitpunkt – zwar (noch) nicht für die beiden Verfahren zuständig sei, es jedoch im Interesse aller Beteiligten sei, eine Gesamtlösung für alle Verfahren zu finden. Beide Parteien wurden ersucht, sich innert Frist zu äussern, ob sie zur aktiven Teilnahme an Vergleichsgesprächen oder an einer Mediation über die vergleichsweise Erledigung aller hängigen Verfahren bereit seien. Dieser vom Bundesverwaltungsgericht initiierte Versuch einer gütlichen Einigung scheiterte. Mit Urteil vom 10. August 2012 erkannte das Bundesverwaltungsgericht wie folgt: «(1.) Die Beschwerde wird, soweit darauf eingetreten wird, im Sinne der Erwägungen teilweise gutgeheissen. Die Vorinstanz hat die zweite Version des Arbeitszeugnisses, das dem Beschwerdeführer am 14. Juni 2007 ausgehändigt wurde, auf den 30. April 2004 rückzudatieren. Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen.» Zudem auferlegte das Bundesverwaltungsgericht X. Verfahrenskosten von Fr. 3000.– (Ziff. 2) und sprach ihm zu Lasten der ETHZ eine Parteientschädigung von Fr. 5000.– zu (Ziff. 3). Mit Eingabe vom

17. September 2012 erhebt X. beim Bundesgericht Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten, worin er die Aufhebung des letztgenannten Urteils beantragt und das vorinstanzlich mit Eingabe vom 29. August 2007 gestellte Rechtsbegehre erneuert. Eventuell sei die Sache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Das Bundesverwaltungsgericht verzichtet auf Vernehmlassung. Die ETHZ schliesst auf Abweisung der Beschwerde. X. äussert sich zur Beschwerdeantwort der ETHZ.

Aus den Erwägungen:

2.

2.1 Für den Schaden, den ein Angestellter der ETHZ in Ausübung seiner amtlichen Tätigkeit Dritten widerrechtlich zufügt, haftet die ETHZ ohne Rücksicht auf das Verschulden des Angestellten; wer in seiner Persönlichkeit widerrechtlich verletzt wird, hat zudem bei Verschulden des Angestellten Anspruch auf Leistung einer Geldsumme als Genugtuung, sofern die Schwere der Verletzung es rechtfertigt und diese nicht anders wiedergutgemacht worden ist (Art. 3 Abs. 1 und Art. 6 Abs. 2 i.V.m. Art. 19 Abs. 1 lit. a des Bundesgesetzes vom 14. März 1958 über die Verantwortlichkeit des Bundes sowie seiner Behördemitglieder und Beamten [Verantwortlichkeitsgesetz, VG; SR 170.32]; Art. 5 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 4. Oktober 1991 über die Eidgenössischen Technischen Hochschulen [ETH-Gesetz, SR 414.110]). Für den Schadenersatz vorausgesetzt sind somit nebst der amtlichen Tätigkeit ein Schaden, eine widerrechtliche Verhaltensweise und ein natürlicher und adäquater Kausalzusammenhang zwischen dem Schaden und der widerrechtlichen Verhaltensweise (Urteil 2A.212/2006 vom 9. Oktober 2006 E. 2, Pra 2007 Nr. 54; vgl. zu Art. 41 OR BGE 137 III 539 E. 5.2; 132 III 379 E. 3.1).

2.2 Der Begriff der Widerrechtlichkeit nach Art. 3 Abs. 1 VG deckt sich mit demjenigen von Art. 41 OR (BGE 123 II 577 E. 4 d/bb S. 582). Danach ergibt sich die Widerrechtlichkeit nach der massgebenden objektiven Widerrechtlichkeitstheorie daraus, dass entweder ohne Rechtfertigungsgrund ein absolutes Recht des Geschädigten beeinträchtigt wird (sog. Erfolgsunrecht), oder aber eine blosse Vermögensschädigung durch den Verstoss gegen eine Norm bzw. Amtspflicht bewirkt wird, die nach ihrem Zweck vor derartigen Schäden schützen soll (sog. Handlungsunrecht; BGE 132 II 305 E. 4.1 S. 318; 132 II 449 E. 3.3; 123 II 577 E. 4c S. 481, je mit Hinweisen).

2.3 Die natürliche Kausalität ist gegeben, wenn ein Handeln Ursache im Sinne einer nicht wegzudenkenden Bedingung (conditio sine qua non) für den Eintritt des Schadens ist (BGE 132 III 715 E. 2.2). Ein adäquater Kausalzusammenhang liegt vor, wenn die Ursache nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung geeignet ist, einen Erfolg von der Art des eingetretenen herbeizuführen (BGE 123 III 110 E. 3a; 119 Ib 334 E. 5b S. 345; Urteil 2C_834/2009 vom 19. Oktober 2010

E. 2.3). Der Schaden und der natürliche Kausalzusammenhang betreffen Tatfragen (BGE 132 III 715 E. 2.2; 130 III 591 E. 5.3; 128 III 174 E. 2b; Urteil 2C_834/2009 vom 19. Oktober 2010 E. 2.3), hinsichtlich derer die Beweislast beim Geschädigten liegt (Art. 8 ZGB; BGE 132 II 305 E. 3.1; 132 III 715 E. 3.2; Urteil 2A.212/2006 vom 9. Oktober 2006 E. 2.1, Pra 2007 Nr. 54) und welche vom Bundesgericht nur im Rahmen von Art. 97 Abs. 1 und Art. 105 Abs. 2 BGG überprüft werden können (vorne E. 1.4; vgl. BGE 132 III 715 E. 2.2; 123 III 110 E. 2). Die adäquate Kausalität ist demgegenüber eine Rechtsfrage, die im Rahmen von bundesrechtlichen Haftungsbestimmungen vom Bundesgericht frei zu prüfen ist (Art. 95 lit. a BGG; BGE 134 V 109 E. 6.2.1; 132 III 715 E. 2.2; 123 III 110 E. 2 und 3a; Urteil 2C_834/2009 vom 19. Oktober 2010 E. 2.3).

2.4 Die Haftung erlischt, wenn der Geschädigte sein Begehren auf Schadenersatz oder Genugtuung nicht innert eines Jahres seit Kenntnis des Schadens einreicht, auf alle Fälle nach zehn Jahren seit dem Tage der schädigenden Handlung des Beamten (Art. 20 Abs. 1 VG). Es handelt sich dabei um eine Verwirkungsfrist, die nicht unterbrochen, sondern nur durch rechtzeitige Einreichung eines Schadenersatz- oder Genugtuungsbegehrens gewahrt werden kann (BGE 136 II 187 E. 6; 126 II 63 E. 2a, 145 E. 2a).

3.

Der Beschwerdeführer leitet seinen Schadenersatz- und Genugtuungsanspruch daraus ab, dass das am 30. August 2004 ausgestellte Zeugnis codierte Aussagen enthalten und auf eine fristlose Entlassung hingedeutet habe. Aufgrund dieses Zeugnisses sei es ihm verunmöglicht gewesen, eine neue Arbeitsstelle zu finden.

3.1 Die Vorinstanz hat erwogen, entgegen der Auffassung der Beschwerdegegnerin sei der Anspruch nicht verwirkt, da der Beschwerdeführer erst am 22. Juni 2006, nach Konsultation eines Experten, die schädlichen Auswirkungen des Arbeitszeugnisses erkannt habe. Sodann habe die Formulierung, das Arbeitsverhältnis ende «per heutigem Datum», zusammen mit dem angegebenen Datum des 13. Juli 2004 (einem Mittwoch), gegenüber potentiellen Arbeitgebern einzig den unzutreffenden Schluss zugelassen, der Beschwerdeführer sei fristlos entlassen worden. Dies verstosse gegen den im Bundespersonalrecht analog anwendbaren Art. 330a OR. Auch in der Mitte Juni 2007 geänderten Version des Zeugnisses bleibe als Ausstellungsdatum der 13. Juli 2004 genannt, was ebenfalls problematisch erscheine. Das Zeugnis sei damit widerrechtlich auch im Sinne von Art. 3 Abs. 1 VG.

Indessen werde – entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers – der adäquate Kausalzusammenhang nicht bereits mit dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-7764/2009 vom 9. Juli 2010 festgestellt. Dem Arbeitszeugnis komme vor allem in der Phase der ersten Vorselektion ein hoher Stellenwert zu, in welcher entschieden werde, ob ein Stellenbewerber zu einem Bewerbungsgespräch eingeladen werde; sei diese erste Hürde genommen, könne ein persönlicher, meist entscheidender Eindruck vom

Kandidaten gewonnen werden. Vorliegend sei der Beschwerdeführer trotz dem strittigen Arbeitszeugnis zu verschiedensten Bewerbungsgesprächen eingeladen worden; das zeige, dass das Zeugnis nicht bewirkt habe, die jeweiligen Arbeitgeber davon abzuhalten, den Beschwerdeführer zu einem Bewerbungsgespräch einzuladen. Im Rahmen dieser Gespräche habe er die Möglichkeit gehabt, einen überzeugenden Eindruck zu hinterlassen. Es misslinge ihm daher der Beweis, dass das strittige Zeugnis mit überwiegender Wahrscheinlichkeit nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung dazu geführt habe, dass seine Stellenbewerbungen erfolglos geblieben seien. Im Übrigen habe der Beschwerdeführer verschiedene, von hochrangigen ETH-Persönlichkeiten verfasste Referenzschreiben ins Recht gelegt, die sich positiv über ihn äusserten und die er im Rahmen von Bewerbungsverfahren hätte einbringen können. Im Ergebnis müsse ein adäquater Kausalzusammenhang zwischen dem Arbeitszeugnis und der Beschäftigungslosigkeit des Beschwerdeführers verneint werden; ebenso sei der geltend gemachte Schaden nicht bewiesen. Überdies habe der Beschwerdeführer in Bezug auf die Genugtuungsforderung nicht substantiiert dargelegt, inwiefern das Arbeitszeugnis seine Persönlichkeit in schwerer Weise beeinträchtigt haben solle, weshalb die weiteren Voraussetzungen für eine Genugtuung nicht mehr geprüft werden müssten.

3.2 Das Bundesverwaltungsgericht begründet die Widerrechtlichkeit des ersten, am 30. August 2004 ausgestellten Zeugnisses damit, dieses habe den Eindruck erweckt, der Beschwerdeführer sei fristlos entlassen worden. Die zweite, am 14. Juni 2007 ausgestellte Fassung des Zeugnisses wird von der Vorinstanz als «problematisch» beurteilt, weil Ausstellungsdatum und Datum der Beendigung des Arbeitsverhältnisses stark differierten, wodurch der Aussagewert des Zeugnisses geringer eingestuft werde. Hingegen stellt die Vorinstanz nicht fest, auch durch dieses zweite Zeugnis werde noch der Eindruck einer fristlosen Kündigung erweckt. Die übrigen Formulierungen des Zeugnisses werden vom Beschwerdeführer zwar – wenn auch eher beiläufig – kritisiert, sind aber klarerweise nicht widerrechtlich, sondern bewegen sich im Ermessensspielraum des Arbeitgebers. Zu prüfen ist somit einzig, ob der mit der ersten Fassung des Zeugnisses erweckte Eindruck der fristlosen Kündigung natürlich und adäquat kausal zum geltend gemachten Schaden ist.

3.3 Die Vorinstanz scheint mit ihren Erwägungen davon auszugehen, dass derjenige, der Schadenersatz geltend macht, auch den adäquaten Kausalzusammenhang zu beweisen habe. Dies ist unzutreffend, da die Adäquanz als Rechtsfrage (E. 2.3) nicht zu beweisen ist und insoweit daher nicht die Beweislastregeln gelten. Ungeachtet dessen geht aus dem angefochtenen Entscheid hervor, dass die Vorinstanz auch die Tatfrage verneint, ob der natürliche Kausalzusammenhang bewiesen sei, und diesbezüglich von einer korrekten Beweislastverteilung zu Lasten des Beschwerdeführers ausgeht (E. 2.3).

4.

4.1 Der Beschwerdeführer rügt eine offensichtlich unrichtige Sachverhaltsfeststellung in viererlei Hinsicht:

4.1.1 Erstens sei die Auffassung der Vorinstanz unzutreffend, im Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 9. Juli 2010 werde nicht festgestellt, dass die Beschäftigungslosigkeit lediglich auf das Arbeitszeugnis zurückgehe.

Diese Rüge geht schon deshalb fehl, weil Streitgegenstand in jenem Urteil nur die Gültigkeit der Kündigung und die Abgangsentschädigung waren, nicht aber ein Schadenersatzbegehren infolge des Arbeitszeugnisses. Ausführungen, die ein Gerichtsurteil ausserhalb des Streitgegenstands macht, können in einem anderen Verfahren, welches einen anderen Streitgegenstand betrifft, von vornherein nicht als verbindliche Sachverhaltsfeststellungen betrachtet werden. Zudem hat die Vorinstanz mit Recht darauf hingewiesen, dass in der vom Beschwerdeführer angerufenen Aussage des Urteils der Zusammenhang zwischen Zeugnis und Stellenlosigkeit relativiert wird.

4.1.2 Zweitens sei die Aussage der Vorinstanz, es hätten verschiedenste Bewerbungsgespräche stattgefunden, wirklichkeitswidrig und widersprüchlich: Es hätten in Wirklichkeit nur drei Gespräche stattgefunden. Widersprüchlich sei die Behauptung sodann, weil die Vorinstanz davon ausgehe, dass die Tücken des Zeugnisses für jedermann erkennbar gewesen seien; indem das Gericht aber die Verwirkung verneinte, habe es zugegeben, dass die Codierungen nicht für jedermann ersichtlich seien, also auch für manchen Arbeitgeber nicht. Diese Rüge dringt nicht durch: Im Gegenteil bestätigt der Beschwerdeführer im Ergebnis die Auffassung der Vorinstanz, wenn er vorbringt, auch für manchen Arbeitgeber sei die Codierung des Arbeitszeugnis nicht ersichtlich gewesen: Denn wenn ein Arbeitgeber die Codierung nicht als solche erkennt, kann diese für die Nichtberücksichtigung des Beschwerdeführers auch nicht kausal gewesen sein.

4.1.3 Drittens habe er die Referenzschreiben der ETH-Persönlichkeiten seinen Bewerbungsschreiben durchaus beigelegt, doch seien diese erst zwischen Januar und April 2007 ausgestellt worden.

Diese Darstellung trifft zu; die Referenzschreiben konnten deshalb erst ab 2007 den Bewerbungsschreiben beigelegt werden. Indessen ist damit die Entscheiderheblichkeit dieser Tatsache (Art. 97 Abs. 1 BGG) nicht dargetan; im Gegenteil: Wenn auch die ab 2007 eingereichten Bewerbungen, denen die positiven Referenzauskünfte beigelegt werden konnten, erfolglos waren, weist dies darauf hin, dass das streitige Zeugnis nicht oder jedenfalls nicht hauptsächlich kausal für die Nichtanstellungen war.

4.1.4 Viertens habe die Vorinstanz die Feststellung im Urteil des Bundesgerichts 8C_722/2010 vom 25. Mai 2011 nicht berücksichtigt, wonach die Professoren … und … über die berufliche Laufbahn des Beschwerdeführers höchstens bis 1997 hätten Aussagen machen können; des-

halb hätten die Referenzschreiben dieser Professoren die nachteiligen Wirkungen des Arbeitszeugnisses nicht neutralisieren können.

Diese Rüge geht fehl: Denn auch die Vorinstanz ist davon ausgegangen, die Referenzschreiben attestierten, dass der Beschwerdeführer «zumindest bis Ende der 1990er-Jahre» der ETH treu und loyal gedient habe.

(…)

4.5 Insgesamt ist somit die vorinstanzliche Sachverhaltsfeststellung, der natürliche Kausalzusammenhang zwischen dem Zeugnis und der Arbeitslosigkeit bzw. dem Scheitern der Stellenbewerbungen sei nicht bewiesen, nicht offensichtlich unrichtig. Bei dieser für das Bundesgericht verbindlichen Sachlage (Art. 105 Abs. 1 BGG) hat die Vorinstanz den Schadenersatzanspruch mit Recht abgewiesen.

Tribunal fédéral, Arrêt du 18 janvier 2013, Doss.-No 8C_358/2012 (Rejet du recours en matière de droit public contre le jugement du Tribunal cantonal de la République et canton de Neuchâtel du 16 mars 2012), in: ATF 139 I 57

Art. 9 BV; Art. 336c Abs. 1 lit. c OR; Art. 12 Abs. 3 des Gesetzes des Kantons Neuenburg vom 28. Juni 1995 über das öffentliche Dienstrecht; Auflösung des Dienstverhältnisses bei Schwangerschaft.
Soweit das öffentliche Dienstrecht des Kantons Neuenburg keinen Kündigungsschutz bei Schwangerschaft einer mit einer Probezeit von zwei Jahren angestellten Inhaberin eines öffentlichen Amtes vorsieht, enthält es keine (echte) Lücke, welche das Bundesgericht in Anwendung von Art. 336c Abs. 1 lit. c OR zu füllen gehalten wäre (E. 6).

Art. 9 Cst.; art. 336c al. 1 let. c CO; art. 12 al. 3 de la loi neuchâteloise du 28 juin 1995 sur le statut de la fonction publique; résiliation des rapports de service en cas de grossesse.
En tant que le droit neuchâtelois de la fonction publique ne prévoit pas de protection contre le congé en cas de grossesse de la titulaire de fonctions publiques engagée pendant une période probatoire de deux ans, il ne contient pas de lacune (proprement dite) qu'il appartiendrait au Tribunal fédéral de combler par l'application de l'art. 336c al. 1 let. c CO (consid. 6).

Extraits des faits:

A.

A.a Depuis le 1er mars 2009, E. a été engagée à titre provisoire en qualité de secrétaire-comptable à temps partiel auprès de X. Informée par le Service des ressources humaines de l'Etat de Neuchâtel qu'une résiliation des rapports de travail pendant la période provisoire était envisagée

(courrier du 18 janvier 2011), elle lui a indiqué être enceinte de quatorze semaines, si bien qu'un éventuel congé serait entaché de nullité (lettre du 1er février 2011). Par décision du 14 février 2011, le Service des ressources humaines de l'Etat de Neuchâtel a résilié l'engagement provisoire de E. au 30 avril 2011, en raison de l'insuffisance de ses prestations; il a considéré que l'intéressée ne bénéficiait d'aucune protection particulière excluant une résiliation durant la grossesse.

A.b Saisi d'un recours de l'intéressée contre cette décision, le Département de la justice, de la sécurité et des finances du canton de Neuchâtel l'a rejeté, le 9 août 2011.

B.

E. a déféré cette décision au Tribunal cantonal de la République et canton de Neuchâtel, Cour de droit public, qui l'a déboutée par jugement du 16 mars 2012.

C.

Agissant par la voie du recours en matière de droit public, E. demande au Tribunal fédéral, sous suite de dépens, d'annuler le jugement cantonal, ainsi que les décisions administratives des 9 août et 14 février 2011.

Le Service des ressources humaines de l'Etat neuchâtelois conclut au rejet du recours.

D.

La Ire Cour de droit social a tenu une délibération publique le 18 janvier 2013.

Le Tribunal fédéral a rejeté le recours.

Extrait des considérants:

4.

4.1 Sous le titre «Engagement provisoire», l'art. 12 de la loi cantonale neuchâteloise du 28 juin 1995 sur le statut de la fonction publique (LSt; RSN 152.510) prévoit ceci:

1 La nomination est précédée d'un engagement provisoire d'une durée de deux ans qui constitue la période probatoire.

2 La période probatoire peut être abrégée ou supprimée lorsque l'autorité de nomination estime qu'elle ne se justifie pas.

3 Durant la période probatoire, chaque partie peut signifier son congé à l'autre moyennant un avertissement donné par écrit au moins deux mois à l'avance pour la fin d'un mois. Le congé ne doit pas être abusif, au sens de l'article 336 du Code des obligations.

4 La durée de l'engagement provisoire peut être prolongée à cinq ans pour le personnel enseignant dont l'activité est partielle; le Conseil d'Etat fixe les modalités.

5 Sont réservées les dispositions spéciales prévues par d'autres lois.

4.2 Aux termes de l'art. 336c al. 1 let. c CO, après le temps d'essai, l'employeur ne peut pas résilier le contrat pendant la grossesse et au cours des seize semaines qui suivent l'accouchement. La protection en cas de maternité assurée par l'interdiction pour l'employeur de licencier une travailleuse enceinte prévue par l'art. 336c al. 1 let. c CO trouve sa justification dans le fait qu'une femme enceinte ne jouit pas, et ce pour une période s'étendant à seize semaines suivant l'accouchement, d'une capacité concurrentielle intacte sur le marché de l'emploi. Un engagement par un nouvel employeur à la fin du délai de congé ordinaire paraît en effet improbable en raison de son état (cf. DENIS WEBER, La protection des travailleurs contre les licenciements en temps inopportun, 1992, p. 121; voir aussi GABRIELA RIEMER-KAFKA, Der neurechtliche Kündigungsschutz bei Schwangerschaft und Niederkunft [Art. 336c Abs. 1 lit. c OR], RSJ 85/1989 p. 57).

Cette protection est limitée à la période postérieure au temps d'essai (art. 336c, première phrase, CO). Le temps d'essai prévu par le CO, qui ne peut pas dépasser trois mois (art. 335b al. 2 CO), est aménagé afin de permettre aux parties de préparer l'établissement de rapports de travail destinés à durer, en leur donnant l'occasion d'éprouver leurs relations de confiance, de déterminer si elles se conviennent mutuellement et de réfléchir avant de s'engager pour une plus longue période. Si les rapports contractuels qu'elles ont noués ne répondent pas à leur attente, les parties doivent pouvoir s'en libérer rapidement (ATF 136 III 562 consid. 3 p. 563).

5.

5.1 Les rapports de travail de droit public ne sont en principe pas soumis aux dispositions du Code des obligations, à l'exception des art. 331 al. 5 et 331a à 331e CO, relatifs aux rapports juridiques avec l'institution de prévoyance (art. 342 al. 1 let. a CO). Aussi bien le statut de la fonction publique peut-il être librement organisé par les cantons (arrêts 2P.219/2006 du 23 novembre 2006 consid. 2.2; 1P.37/2000 du 17 mai 2000 consid. 2b). Ce statut, qui, pour être en général globalement plus favorable, peut comporter par rapport au Code des obligations des contraintes plus sévères sur certains points (arrêts 2P.121/2005 du 19 juillet 2005 consid. 4.2; 2P.82/1994 du 19 août 1994 consid. 3d; 2P.336/1992 du 31 août 1993 consid. 3c). Les règles relatives au contrat de travail sont seulement applicables à titre subsidiaire, en cas de lacunes dans la réglementation ou si celle-ci le prévoit (ATF 138 I 232 consid. 6.1 p. 238 et les références). Le droit fédéral n'oblige donc pas les cantons à régler la résiliation en temps inopportun pendant la grossesse de la même manière que l'art. 336c al. 1 let. c CO. Pour que cette disposition soit applicable, il faudrait que la loi cantonale présente une lacune qu'il conviendrait de combler en l'appliquant à titre de droit cantonal supplétif. Par ailleurs, l'application du droit privé à titre de droit cantonal supplétif n'oblige en principe pas le juge administratif à interpréter les normes concernées comme elles le sont en droit

privé; il peut tenir compte des spécificités du droit public (ATF 138 I 232 consid. 6.1 p. 238 et arrêt 2C_860/2008 du 20 novembre 2009 consid. 3.2).

5.2 L'interprétation de la loi peut conduire à la constatation d'une lacune. Une lacune proprement dite suppose que le législateur s'est abstenu de régler un point qu'il aurait dû régler et qu'aucune solution ne se dégage du texte ou de l'interprétation de la loi. Une telle lacune peut être occulte. Tel est le cas lorsque le législateur a omis d'adjoindre, à une règle conçue de façon générale, la restriction ou la précision que le sens et le but de la règle considérée ou une autre règle légale imposent dans certains cas (ATF 135 IV 113 consid. 2.4 p. 116). En d'autres termes, il y a lacune occulte lorsque le silence de la loi est contraire à son économie (ATF 117 II 494 consid. 6a p. 499 et la référence citée). En revanche, si le législateur a renoncé volontairement à codifier une situation qui n'appelait pas nécessairement une intervention de sa part, son inaction équivaut à un silence qualifié. Quant à la lacune improprement dite, elle se caractérise par le fait que la loi offre certes une réponse, mais que celle-ci est insatisfaisante. D'après la jurisprudence, seule l'existence d'une lacune proprement dite (apparente ou occulte) appelle l'intervention du juge, tandis qu'il lui est en principe interdit, selon la conception traditionnelle qui découle notamment du principe de la séparation des pouvoirs, de corriger les lacunes improprement dites, à moins que le fait d'invoquer le sens réputé déterminé de la norme ne constitue un abus de droit ou ne viole la Constitution (ATF 131 II 562 consid. 3.5 p. 367 et les arrêts cités).

Selon la jurisprudence (arrêt 2C_818/2009 du 9 juillet 2010 consid. 4.6), savoir si l'on est en présence d'une lacune proprement dite occulte, que le juge peut et doit combler en raison de l'économie de la loi, ou d'une lacune improprement dite relevant de considérations de politique législative qui sortent du champ de compétence du pouvoir judiciaire, est une question d'interprétation parfois délicate, car la frontière entre ces deux notions peut se révéler relativement ténue. Lorsqu'il est saisi d'une telle question d'interprétation dans une affaire où, comme en l'espèce, son pouvoir d'examen est limité à l'arbitraire, le Tribunal fédéral ne s'écarte de la solution retenue par l'autorité cantonale de dernière instance, selon la formule consacrée par la jurisprudence, que si la décision attaquée apparaît insoutenable, en contradiction manifeste avec la situation effective, adoptée sans motifs objectifs ou en violation d'un droit certain (ATF 134 I 140 consid. 5.4 p. 148; ATF 133 I 149 consid. 3.1 p. 153; ATF 132 I 13 consid. 5.1 p. 17).

6.

6.1 Les premiers juges ont nié l'existence d'une lacune proprement dite, en retenant que le législateur cantonal avait, le 28 juin 1995, consciemment fait le choix de protéger tant le fonctionnaire engagé provisoirement (art. 12 LSt) que le fonctionnaire nommé (art. 45 LSt) d'une résiliation abusive au sens de l'art. 336 CO, mais pas d'une résiliation en temps inopportun au sens de l'art. 336c CO, dont il ne pouvait ignorer l'existence,

cette disposition ayant été introduite dans le CO en 1971. Se fondant sur la jurisprudence cantonale (Recueil de jurisprudence neuchâteloise [RJN] 1998 p. 204) et fédérale (ATF 124 II 53), ils ont considéré que l'art. 336c al. 1 let. c CO ne s'appliquait qu'au contrat de droit privé et que les rapports de service de droit public pouvaient renoncer à instituer des périodes de protection contre la résiliation en temps inopportun.

6.2 Le jugement entrepris repose en l'occurrence sur une interprétation de la loi cantonale qui ne peut être considérée comme arbitraire. L'absence de référence, dans la LSt, à la protection contre la résiliation en temps inopportun en raison de la grossesse d'une employée de l'Etat engagée à titre provisoire ne relève en effet pas d'une lacune proprement dite, comme il résulte de ce qui suit.

6.2.1 En ce qui concerne le congé donné durant la période probatoire, l'art. 12 al. 3 LSt se réfère aux règles du CO en renvoyant uniquement à l'art. 336 CO sur la protection contre les congés abusifs. Constitue ainsi un congé abusif la résiliation qui serait prononcée à l'égard d'une employée de l'Etat engagée à titre probatoire, parce qu'elle aurait annoncé être enceinte (art. 12 al. 3 LSt en relation avec l'art. 336 let. c CO).

Il ressort des travaux préparatoires que la protection contre les congés abusifs a été mentionnée par le Conseil d'Etat neuchâtelois, sans qu'elle ait prêté à discussion lors des débats parlementaires, tandis que la protection contre la résiliation en temps inopportun n'a pas du tout été évoquée (Rapport du Conseil d'Etat au Grand Conseil du 3 mai 1995 relatif à la politique du personnel de l'Etat et à l'appui d'un projet de loi sur le statut de la fonction publique, BO/NE 1995-1996, tome I, séance du 27 juin 1995, p. 814 s. et séance du 28 juin 1995, p. 894 ss). Malgré l'absence de mention de la protection contre les congés sous l'angle temporel, on peut partir de l'idée, comme l'ont admis les premiers juges, que le législateur neuchâtelois avait également envisagé cette possibilité, mais qu'il a sciemment renoncé à introduire une disposition y relative dans le droit cantonal de la fonction publique. Au regard de la systématique du CO (III. Protection contre les congés, 1. Résiliation abusive [a. Principe: art. 336, b. Sanction: art. 336a, c. Procédure: art. 336b], 2. Résiliation en temps inopportun: art. 336c), selon laquelle la protection contre les congés est accordée dans deux cas de figure (résiliation abusive et en temps inopportun), il n'est en effet guère concevable que le législateur neuchâtelois ait pris en considération et intégré l'une des éventualités, sans avoir envisagé la seconde.

6.2.2 S'ajoute à cela que la LSt comporte plusieurs dispositions par lesquelles le législateur cantonal a tenu compte de la protection particulière dont ont besoin les titulaires de fonction publique (au sens de la LSt, soit toute personne faisant l'objet d'un engagement provisoire ou d'une nomination à temps complet ou à temps partiel; cf. art. 8 LSt) de sexe féminin en cas de maternité (qui comprend la grossesse et l'accouchement, ainsi que la convalescence qui s'ensuit pour la mère; cf. art. 5 LPGA [RS 830.1]). A son art. 74 al. 1, la LSt prévoit qu'en cas de grossesse, un congé

de quatre mois est accordé à la mère avec maintien du traitement. L'art. 75b LSt porte sur le temps consacré par la mère à l'allaitement: le temps consacré à l'allaitement par la mère sur son lieu de travail est réputé temps de travail (al. 1), tandis que si elle quitte son lieu de travail pour allaiter son enfant, la moitié du temps consacré à l'allaitement est réputé temps de travail (al. 2). Les normes d'exécution précisent la durée du congé de maternité (art. 32 du Règlement général du 9 mars 2005 d'application de la loi sur le statut de la fonction publique [RSt; RSN 152.511]) et prévoient la possibilité pour le chef de service de la future mère de lui accorder, durant les derniers mois de la grossesse, un assouplissement de l'horaire ou la possibilité d'effectuer une tâche différente (art. 15 RSt).

Ces différentes règles montrent que le législateur cantonal a accordé une importance particulière à la maternité et à sa protection. On peut aussi en déduire qu'il a examiné de manière complète les différents aspects de cette protection et qu'il s'est consciemment abstenu d'édicter des règles sur la protection sociale de la maternité, singulièrement une norme prévoyant l'impossibilité de résilier les rapports de service pendant la grossesse, pour privilégier les aspects relatifs à la protection de la santé de la mère et de l'enfant (à naître).

6.2.3 On précisera encore qu'il peut apparaître contradictoire, de la part du législateur neuchâtelois, de régler les effets de la maternité en faveur de la titulaire de fonction publique de manière détaillée (droit à un congé de quatre mois et maintien du traitement, temps consacré à l'allaitement, assouplissement de l'horaire ou possibilité d'effectuer une tâche différente), sans lui assurer aussi une protection contre une résiliation pendant la grossesse et une période déterminée suivant l'accouchement. Une protection étendue de la maternité ne semble en effet pouvoir être mise en œuvre de manière complète que si elle comporte également la garantie pour l'intéressée de maintenir son emploi durant une certaine période qualifiée d'inopportune (cf. Message du 17 novembre 1982 sur l'initiative populaire «pour une protection efficace de la maternité», FF 1982 III 805, 826 s. ch. 426).

Une telle contradiction ne suffit cependant pas à retenir que la solution adoptée par l'organe législatif neuchâtelois est insoutenable. Ni le droit fédéral – on peut penser ici aux art. 8 al. 3, 10 al. 2, 41 ou 116 Cst. –, ni le droit cantonal n'imposent en effet à celui-ci de codifier la situation en cause en prévoyant une règle semblable à l'art. 336c al. 1 let. c CO ou en renvoyant à cette disposition, comme le voudrait la recourante. Le seul fait que l'option choisie par le législateur cantonal – absence de règle du droit de la fonction publique sur le licenciement en cas de grossesse – est insatisfaisante au regard de l'importance de la protection de la maternité ne justifie pas une intervention du juge (supra consid. 5.2). Seul le législateur cantonal pourrait remédier à cette situation.

Bundesgericht, Urteil vom 11. Februar 2013, Doss.-Nr. 2C_356/2012 (Bestätigung des Urteils des Verwaltungsgerichts des Kantons Luzern vom 1. März 2012)

Als Formen des Personalverleihs sind die Temporär- und die Leiharbeit der Bewilligungspflicht unterstellt (Art. 12 Abs. 1 AVG i.V.m. Art. 28 AVV). Ob ein Betreuungs- und Hausdienst unter die Bewilligungspflicht des AVG fällt, ist aufgrund der konkret vereinbarten Tätigkeit zwischen der betreffenden Organisation und dem 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 (Art. 321d OR) ausübt. Auch wenn es zwischen den in Art. 27 AVV aufgezählten Arten des Personalverleihs (Temporärarbeit, Leiharbeit, gelegentliches Überlassen von Arbeitnehmern an Einsatzbetriebe) zu Überschneidungen oder Mischformen der Verleiharten kommen kann, liegt in solchen Fällen gleichwohl – wenn es nicht bloss um das gelegentliche Überlassen von Arbeitnehmern geht – ein bewilligungspflichtiger Personalverleih vor (E. 3.4, 3.6, 5.4).

Sachverhalt:

Die A. GmbH mit Sitz in Q./LU wurde im Juli 2010 ins Handelsregister des Kantons Luzern eingetragen. Sie bezweckt die Erbringung von Pflegedienstleistungen und Diensten in der privaten Haushaltsführung an behinderte und ältere Personen mit körperlichen oder geistigen Einschränkungen. Für diese Dienstleistungen sieht die A. GmbH einen 24-Stunden-Service vor, bei dem die betreuende Person rund um die Uhr bei der zu betreuenden Person weilt, ein Zimmer bezieht und vollständig in deren Haushalt eingegliedert wird. Daneben ist die A. GmbH auch anerkannte Spitex-Leistungserbringerin. Als Geschäftsführer und Gesellschafter mit Einzelunterschrift ist B., als Gesellschafter sind C. und D., je mit Kollektivunterschrift zu zweien, im Handelsregister eingetragen. D. ist zugleich Pflegedienstleiterin des Unternehmens. Gestützt auf den Internetauftritt der A. GmbH gelangte die Dienststelle Wirtschaft und Arbeit des Kantons Luzern (nachfolgend: Dienststelle wira) mit Schreiben vom 20. Mai 2011 an B. und D. und wies diese darauf hin, dass die A. GmbH durch ihr Betreuungsangebot möglicherweise im Bereich des bewilligungspflichtigen Personalverleihs tätig sei. Um darüber befinden zu können, ersuchte die Dienststelle wira um Einreichung entsprechender Dokumente. Am 26. Mai 2011 reichte die A. GmbH die geforderten Unterlagen in anonymisierter Form bei der Dienststelle wira ein, bestritt jedoch, Personalverleih zu betreiben. Am 14. Juni 2011 teilte die Dienststelle wira der A. GmbH mit, sie betreibe

nach ihrer Einschätzung einen bewilligungspflichtigen Personalverleih und sei daher verpflichtet, ein entsprechendes Bewilligungsgesuch einzureichen. Da etwas später keine Unterlagen eingegangen waren, mahnte die Dienststelle wira die A. GmbH, die Unterlagen einzureichen; andernfalls erwäge sie, Strafanzeige zu erstatten. Eine Kopie dieses Schreibens ging an das Gesundheits- und Sozialdepartement des Kantons Luzern sowie an das Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO).

Am 22. September 2011 stellte die Dienststelle wira verfügungsweise fest, dass es sich bei der Tätigkeit der A. GmbH um bewilligungspflichtigen Personalverleih im Sinne des AVG sowie der AVV handle. Eine hiergegen eingereichte Beschwerde wies das Verwaltungsgericht des Kantons Luzern mit Urteil vom 1. März 2012 ab. Mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten vom 20. April 2012 beantragt die A. GmbH dem Bundesgericht, das Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Luzern sei aufzuheben und es sei festzustellen, dass es sich bei ihrer Tätigkeit nicht um einen bewilligungspflichtigen Personalverleih handle; eventuell sei die Sache zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen. Die A. GmbH macht geltend, die Vorinstanz habe ausser Acht gelassen, dass sie umfassende Weisungsrechte gegenüber ihren Mitarbeitern innehabe und daher ihre Mitarbeiter lediglich als Erfüllungsgehilfen, nicht als bewilligungspflichtige entliehene Arbeitskräfte, eingesetzt würden. Des Weiteren könnten eine ältere oder behinderte Person nicht als «Einsatzbetrieb» im Sinne des AVG angesehen werden.

Aus den Erwägungen:

3.

3.1 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 in 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 unten E. 3.5).

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 Um-

satz 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).

3.2 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 II 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. 321 d 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 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, wobei Letzterem dadurch 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?, St. Galler Tagung zum Arbeitsrecht vom 30. November 2012, S. 7, abrufbar unter: http://www.
9450.ch/index.php?option=com_docman&task=doc_details&gid=50&
Itemid=54, besucht am 19. Februar 2013).

3.3 Das Gesetz bezweckt mit der Bewilligungspflicht allgemein den Schutz der Arbeitnehmenden durch eine fachlich qualifizierte und rechtlich geregelte (Vermittlungs- und) Verleihtätigkeit (Art. 1 lit. a und c i.V.m. Art. 12 AVG; vgl. Botschaft AVG, a.a.O., Ziff. 232.1). Mit der Bewilligungspflicht verbunden ist die Hinterlegung einer Kaution, welche der Absicherung der Lohnansprüche der verliehenen Arbeitnehmenden dienen soll (Art. 14 AVG; Art. 35 AVV).

Die herangezogenen Bestimmungen bzw. die Bewilligungspflicht gilt auch für einen Arbeitgeber, der Dienstleistungen sowohl in Verleihtätigkeit als auch im Rahmen von anderen rechtlichen Formen, z.B. Auftragsverhältnissen, anbietet; es kommt nicht darauf an, ob diese Tätigkeit zum Haupt- oder Nebenzweck eines Unternehmens gehört (vgl. Art. 12 AVG; Art. 26 AVV; vgl. CHRISTOPH SENTI, Untypischer Personalverleih, St. Galler Tagung zum Arbeitsrecht vom 24. Oktober 2008, S. 5, abrufbar unter: http://www.9450.ch/index.php?option=com__docman&task=doc__details&gid=50&Itemid=54, besucht am 19. Februar 2013).

3.4 Nach Art. 27 Abs. 1 AVV umfasst der Personalverleih die Temporärarbeit, die Leiharbeit und das gelegentliche Überlassen von Arbeitnehmenden an Kunden resp. Einsatzbetriebe. Der Bewilligungspflicht unterstellt sind jedoch nicht alle Formen von Personalverleih, sondern lediglich die Temporär- und die Leiharbeit (Art. 12 Abs. 1 AVG i.V.m. Art. 28 AVV). Bei der Temporärarbeit werden der Zweck und die Dauer des Arbeitsvertrags zwischen dem Arbeitgeber (Verleiher) und dem Arbeitnehmer auf einen einzelnen Einsatz beschränkt (Art. 27 Abs. 2 AVV), wobei typischerweise die Arbeitgeber ihre Arbeitnehmer ausschliesslich zum Zweck des Verleihs anstellen, selbst jedoch über keinen eigenen Produktions- und Dienstleistungsbetrieb führen. Leiharbeit liegt hingegen vor, wenn der Zweck des Arbeitsvertrags zwischen dem Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer hauptsächlich im Überlassen des Arbeitnehmers an Einsatzbetriebe liegt und die Dauer des Arbeitsvertrags von einzelnen Arbeitseinsätzen bei Einsatzbetrieben unabhängig ist (Art. 27 Abs. 3 AVV). Im Gegensatz zur Temporärarbeit haben die Arbeitgeber bei der Leiharbeit meist auch einen eigenen Betrieb, in welchem sie ihre Angestellten einsetzen können. Der Arbeitsvertrag wird auf eine von den einzelnen Einsätzen unabhängige Zeit abgeschlossen (Art. 27 Abs. 3 lit. b AVV). Nicht der Bewilligungspflicht unterliegt hingegen das gelegentliche Überlassen von Arbeitnehmenden an Einsatzbetriebe. Dieses liegt dann vor, wenn der Arbeitnehmer hauptsächlich unter der Weisungsbefugnis des Arbeitgebers tätig ist und nur ausnahmsweise einem Dritten bzw. Einsatzbetrieb überlassen wird; ebenso ist in solchen Fällen die Dauer des Arbeitsvertrags von allfälligen Einsätzen bei Dritten unabhängig (Art. 27 Abs. 4 AVV). Die Abgrenzung der verschiedenen Formen des Personalverleihs bereitet oft Schwierigkeiten; bereits in der Botschaft wird darauf hingewiesen, dass die Abgrenzungsmerkmale nicht immer eine klare Zuordnung zulassen (Botschaft AVG, a.a.O., Ziff. 233.1).

3.5 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 Umschreibung der konkreten 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). 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 Wirtschaft (SECO) orientiert (vgl. Urteil 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 19. Februar 2013). Danach können zur Abgrenzung des Vorliegens eines Personalverleihverhältnisses gegenüber einer anderen Vertragsart als Kriterien herangezogen werden, ob a) der «Dritte» bzw. Einsatzbetrieb über keinerlei (d.h. auch über keine geteilte) Weisungsbefugnisse verfügt; b) sich der Arbeitnehmer keiner Werkzeuge, Utensilien oder weiterer Materialien im Einsatzbetrieb bedient; c) der Arbeitnehmer nicht ausschliesslich am Sitz und im Rahmen der Arbeitszeiten des Einsatzbetriebs arbeitet; d) der primäre Zweck des Vertragsverhältnisses nicht in einer Verrechnung von Einsatzstunden besteht, sondern in einer klar definierten Arbeitsleistung (bzw. eines Arbeitsziels) für eine bestimmte Vergütung; und e) der Unternehmer im Falle einer Nichterfüllung dem Einsatzbetrieb für Nachbesserung oder Preismilderung haftet (vgl. Urteil 2A.425/2006 vom 30. April 2007 E. 3.2; Weisungen SECO, a.a.O., S. 66 ff.).

3.6 Auch Betreuungs- und Hausdienste können grundsätzlich vom Arbeitsvermittlungsgesetz erfasst werden. 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. oben E. 3.2). Ebenso soll Gewerbsmässigkeit vorliegen (Regelmässigkeit und Gewinnabsicht oder ein Jahresumsatz von Fr. 100 000.–; Art. 29 AVV; oben E. 3.1), und der Privathaushalt muss, als Nutzniesser von Dienstleistungen, als Einsatzbetrieb oder «Dritter» bezeichnet werden können (Art. 12 AVG; oben E. 3.1). 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 (vgl. Weisungen SECO, a.a.O., S. 153 f.).

Zum Begriff des Weisungsrechts, dessen teilweiser Übergang auf den Kunden eine entscheidende Voraussetzung für das Vorliegen eines Personalverleihs darstellt, ist für die Betreuungs- und Haushaltsdienste Folgendes spezifisch festzuhalten: Aufgrund ihrer verfassungsmässig garantierten persönlichen Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV) und des zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes (Art. 28 ZGB) steht es einem Kunden und Patienten jederzeit frei, 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 weiteren, 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 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. oben E. 3.2).

4.

Die Beschwerdeführerin macht unter verschiedenen Gesichtspunkten in tatsächlicher (E. 4.1 und 4.2) und rechtlicher Hinsicht (E. 4.3 und 4.4) geltend, die Natur ihrer Tätigkeit schliesse das Vorliegen eines Personalverleihverhältnisses geradezu aus, da ihr die wesentlichen Weisungsrechte im Sinne eines Arbeitgebers gegenüber dem eingesetzten Personal zustünden. Sie rügt eine offensichtlich unrichtige resp. willkürliche Sachverhaltsfeststellung (Art. 105 Abs. 2 BGG) und die Verletzung von Bundesrecht.

4.1 Gemäss den Feststellungen der Vorinstanz, die sich auf die Rahmen- sowie Muster von Einsatzverträgen, den Internetauftritt, den Handelsregistereintrag und die von der Beschwerdeführerin eingereichten Bedarfsanalysen und Verlaufsberichte stützen, besteht der Zweck der Tätigkeit der Beschwerdeführerin in der Erbringung von Pflegedienstleistungen und Diensten in der privaten Haushaltsführung, wie Hauswirtschaft- und Reinigungsdienste; dabei seien die Pflegedienstleistungen untergeordnet und auf Tätigkeiten beschränkt, denen kein spezifisches medizinisches Spezialwissen zugrunde liege. Insgesamt sei zumindest von einer geteilten Weisungsbefugnis auszugehen. Nach dem Vorbringen der Beschwerdeführerin hingegen halte sich ihr Betreuungspersonal an einen detaillierten täglichen Pflegeplan, welcher spezifisches Pflegefachwissen erfordere und «notfalls gegen den Willen des Betroffenen» erfüllt werden müsse. Diese Form der Betreuung widerspreche demnach einer Abtretung des hier massgeblichen Weisungsrechts.

4.2 Das Bundesgericht legt seinem Urteil den von der Vorinstanz festgestellten Sachverhalt zugrunde (Art. 105 Abs. 1 BGG). Die Feststel-

lung des Sachverhalts kann nur beanstandet bzw. vom Bundesgericht von Amtes wegen berichtigt oder ergänzt werden, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinn von Art. 95 BGG beruht (Art. 97 Abs. 1 BGG bzw. Art. 105 Abs. 2 BGG; vgl. oben E. 1.4). Vorliegend sind die tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz zur geteilten Weisungsbefugnis entgegen den Einwänden der Beschwerdeführerin nicht offensichtlich unrichtig oder willkürlich:

4.2.1 Gemäss dem Handelsregistereintrag beinhaltet der Zweck des Unternehmens die «Erbringung von Pflegedienstleistungen und Diensten in der privaten Haushaltsführung an behinderte und ältere Personen mit körperlichen und geistigen Einschränkungen». Auf der firmeneigenen Homepage wird dieser Zweck dahin gehend konkretisiert, dass für entsprechende Kunden eine «Betreuung und Begleitung soweit wie nötig, aber so wenig wie möglich erfolgen» soll, mit dem Ziel, dem Kunden zu erlauben, «autonom im gewohnten Umfeld zu leben»; insgesamt soll «unterstützend Hilfe bei alltäglichen Aufgaben erbracht» werden. Mit ihrem Dienstleistungsangebot strebt die Beschwerdeführerin demnach an, einen Beitrag zur Erhaltung der Lebensqualität von behinderten und älteren Personen zu leisten, indem diese Kunden rund um die Uhr eine Betreuungsperson zur Verfügung haben, um so möglichst lange im gewohnten Umfeld verbleiben und den Alltag mit dieser Hilfe bewältigen zu können.

4.2.2 Eine Konkretisierung dieses Zwecks ergibt sich aus den bei der Vorinstanz eingereichten Verlaufsberichten, auf welche sich diese massgeblich stützt. Gemäss den Berichten, welche die spezifische Tätigkeit der Beschwerdeführerin festhalten, gewähren die vollständig in den Haushalt der Kunden eingegliederten Angestellten Unterstützung bei den täglichen Verrichtungen im Haushalt, erledigen nach Bedarf Botengänge, bereiten das Essen vor oder auch einmal einen Gästekaffee, begleiten Spaziergänge oder leisten Gesellschaft. Dies alles erfolgt nicht schematisch, sondern je nach dem Bedürfnis des Kunden. In den eingereichten Bedarfsanalysen werden zwar zu erbringende Pflegedienstleistungen festgehalten, jedoch sind diese entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin zum einen nicht an ein umfassendes und spezifisches Fachwissen gebunden: Zu ihnen gehört namentlich, Stützstrümpfen anzuziehen, Augentropfen zu verabreichen sowie bei leichten körperlichen Übungen wie Treppengehen oder bei der Körperpflege behilflich zu sein. Auf den Tagesverlauf bezogen sind sie zum anderen von deutlich untergeordneter Bedeutung: Im Vordergrund stehen die Betreuungsleistung («Gesellschaft leisten»), die nicht medizinisch ist und die allgemeinen Haushaltsdienste, die nach den Wünschen der Kunden ausgerichtet werden. Auch bei Kundinnen und Kunden, welche gemäss der Bedarfsanalysen als schwer pflegebedürftig eingeschätzt werden, konzentrieren sich die erbrachten Dienstleistungen gemäss den bei der Vorinstanz eingereichten Unterlagen in der Regel auf Tätigkeiten wie Einkaufen, das Kochen und das Reinigen sowie das Behilflich-Sein beim Duschen und der Körperpflege. Obwohl die Beschwerdeführerin bzw. ihre

Pflegedienstleiterin als einzige Fachkraft an sich auch zur Erbringung von spezialisierten Pflegedienstleistungen befähigt ist, liegt die Haupttätigkeit ihrer Mitarbeiter somit in der Erbringung von Haushalts- und Betreuungsdiensten im Rahmen einer vollständigen Einordnung ihrer Arbeitskräfte in den Kundenbetrieb. Eine offensichtlich unrichtige oder willkürliche Feststellung des Sachverhalts kann der Vorinstanz nicht vorgeworfen werden. An ihre Sachverhaltsfeststellung bleibt das Bundesgericht für die rechtliche Würdigung gebunden (Art. 105 Abs. 2 BGG).

4.3 Die Beschwerdeführerin bringt vor, die Vorinstanz habe Bundesrecht verletzt, indem sie gestützt auf die festgestellten Tätigkeiten davon ausging, es seien wesentliche Weisungsbefugnisse im Sinne von Art. 12 AVG i.V.m. Art. 26 AVV auf die Kunden übergegangen. Ihr Dienstleistungsangebot entspreche insgesamt exakt demjenigen des Spitex Verbands Schweiz. Insofern sei es nicht einsichtig und geradezu willkürlich, wenn die Vorinstanz von einem Subordinationsverhältnis ihrer Arbeitnehmer gegenüber den Kunden ausgehe.

4.3.1 Wie die Vorinstanz richtigerweise festhält, sind die im Einsatzbetrieb geleisteten Tätigkeiten für die rechtliche Qualifikation der Beschwerdeführerin entscheidend. Gemäss ihren für das Bundesgericht verbindlichen Feststellungen (vgl. E. 4.2) besteht ihre Haupttätigkeit in der Erbringung von Haushalts- und Betreuungsdiensten im Rahmen einer vollständigen Einordnung ihrer Arbeitskräfte in den Kundenbetrieb, nach den individuellen Bedürfnissen und Wünschen der Kunden. Die von der Beschwerdeführerin hiergegen vorgetragene allgemein gehaltene Relativierung, das Ziel ihrer Dienstleistungen bestünde gar nicht in der Gewährung einer möglichst umfassenden Autonomie, sondern werde von der Vorinstanz nur «ins Zentrum gerückt» resp. einseitig dargestellt, um die Beschwerdeführerin für bewilligungspflichtig zu erklären, überzeugt ebenso wenig wie ihr Einwand, wonach ihre Homepage lediglich Werbebotschaften an potenzielle Kunden, nicht jedoch den wahren Zweck ihrer Dienstleistungen wiedergebe. Aus den eingereichten Musterverträgen, den Bedarfsanalysen und den Verlaufsberichten, im Übrigen auch aus der im Handelsregister und auf ihrer Homepage publizierten Umschreibung ihrer konkreten Tätigkeit, durfte die Vorinstanz auf wesentliche Weisungsbefugnisse im Sinne von Art. 26 AVV beim Kunden schliessen.

4.3.2 Die Grundstruktur der 24-Stunden-Betreuung und die vollständige Eingliederung in den Haushalt unterscheidet sich entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin von den spezifischen (Pflege-)Dienstleistungen, welche Spitex-Organisationen in Auftragsverhältnissen (Art. 394 ff. OR) typischerweise anbieten: Spitex-Angestellte sind meist alleine unterwegs, arbeiten unbeaufsichtigt und sehr autonom, und zwar für einzelne Stunden in verschiedenen privaten Haushalten von Klienten, um im Rahmen dieser Einsätze – oft in minutengenauer Zeiterfassung – pflegerische Leistungen oder weitere spezifisch vereinbarte Dienstleistungen zu erbringen (vgl. ANGELA HENSCH, Arbeitsrechtliche Fragen der spitalexternen

Krankenpflege, Pflegerecht 1 (2012), S. 1 ff., 16). Spitex-Angestellte bleiben organisatorisch vollständig in die zuständige Spitex-Einheit 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; vgl. dazu STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., N. 5 zu Art. 321d; HENSCH, a.a.O., S. 16).

Anders liegt dies bei den von der Beschwerdeführerin ausgewählten Betreuungspersonen: Diese stehen der zu betreuenden Person grundsätzlich rund um die Uhr primär als Haushalts- und Betreuungshilfen für die Alltagsbewältigung und (nur sehr untergeordnet) für medizinische Hilfeleistungen zur Verfügung. Es ist nicht denkbar, dass solche Hilfeleistungen für die Alltagsbewältigung jeden Tag nach einem durch die Pflegedienstleiterin vorgegebenen fixen Ablauf ausgeführt werden müssten. Vielmehr ist es den Kunden gemäss den Bedarfsanalysen und den Verlaufsberichten offenbar möglich, ihre Bedürfnisse einerseits (in den Grundzügen) zum Vornherein kundzutun, andererseits aber auch während des laufenden Betreuungseinsatzes und diese mittels Weisungen an die mit ihnen zusammenlebenden Betreuungspersonen zu konkretisieren. Der hier zu überprüfende Tätigkeitsbereich reduziert sich daher gerade nicht auf einsatzbezogene und klar definierte Pflegedienstleistungen oder weitere Tätigkeiten, wie sie Spitex-Organisationen gewöhnlicherweise erbringen, sondern auf die dargelegten Hilfestellungen rund um die Uhr an den Kunden im für diesen gewohnten Umfeld.

Im von der Beschwerdeführerin angebotenen umfassenden und privaten Vertrauensverhältnis gehen die Weisungsbefugnisse über die eingesetzten Arbeitskräfte deutlich über das in Auftragsverhältnissen übliche Mass hinaus (vgl. oben E. 3.2) und können – entgegen den Vorbringen der Beschwerdeführerin – nicht allein bei der Pflegedienstleiterin liegen. Wesentliche Weisungsbefugnisse gehen an die Kunden über (Art. 26 AVV).

4.3.3 Die Beschwerdeführerin unterscheidet in ihren Ausführungen nicht zwischen ihren Dienstleistungen als anerkannte Spitex-Leistungserbringerin im Rahmen des Krankenversicherungsgesetzes (Bundesgesetz vom 18. März 1994 über die Krankenversicherung [KVG]; SR 832.10) und ihren Hauswirtschafts- und Betreuungsdienstleistungen, die nicht über das KVG abgerechnet werden. Für die Frage, ob Personalverleih vorliegt, ist jedoch entgegen ihrer Ansicht auf die vertraglichen Vereinbarungen und die tatsächliche Situation im Einsatzbetrieb bzw. beim «Dritten» abzustellen und nicht auf die gesundheitspolizeilichen Bewilligungen: Selbst wenn die Beschwerdeführerin auch Spitexaufgaben erfüllt, kann sie gleichzeitig einen bewilligungspflichtigen Personalverleih betreiben; selbst verleihrelevante Nebentätigkeiten würden der Bewilligungspflicht unterliegen (vgl. E. 3.3). Insgesamt vermögen somit auch einzelne Pflegedienstleistungen aus dem Bereich der von der Beschwerdeführerin grundsätzlich angebotenen Bedarfspflege (Verabreichen von Medikamenten, Krisenbetreuung)

nichts an der Struktur ihres typischen Leistungsangebots zu ändern, welche für die Qualifikation ihrer Tätigkeit massgeblich ist (vgl. oben E. 3.1 und 3.6): Als wesentlicher Unterschied zu den üblichen Spitex-Diensten erweist sich die von der Beschwerdeführerin angebotene (nicht medizinische) Rundumbetreuung durch eine in den Haushalt integrierte Person mit Schwergewicht in der Haushaltsführung (Kochen, Reinigen).

4.4 Die Beschwerdeführerin bringt weiter vor, die Qualifikation des Kundenhaushalts als Einsatzbetrieb resp. «Dritter» im Sinne von Art. 12 AVG sei ausgeschlossen.

Entgegen den Vorbringen der Beschwerdeführerin ist für eine Qualifikation als Einsatzbetrieb bzw. «Dritter» im Sinne des AVG ebenfalls entscheidend, ob dem Privathaushalt wesentliche Weisungsbefugnisse im Sinne eines Arbeitgebers gegenüber den eingesetzten Arbeitnehmenden zustehen, d.h., ob ein Subordinationsverhältnis besteht (vgl. oben E. 3.2). Gemäss den verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz lebt und arbeitet im vorliegenden Arbeitsverhältnis die Betreuungsperson 24 Stunden pro Tag im Haushalt der zu betreuenden Person und ist somit organisatorisch, persönlich und zeitlich vollumfänglich in die Hausgemeinschaft eingegliedert (vgl. oben E. 4.2; SECO, Weisungen und Erläuterungen zu den Bestimmungen über den Personalverleih, a.a.O., S. 66 und 67 f.). Da eine entsprechende Eingliederung in Privathaushalte möglich ist bzw. Privathaushalte Arbeitgeberfunktionen auszuüben vermögen, können auch sie grundsätzlich als «Dritte» oder Einsatzbetriebe im Sinne von Art. 12 Abs. 1 AVG erachtet werden. Im Zusammenhang mit ihren Untersuchungen zur Weisungsbefugnis durfte die Vorinstanz demnach die Kundenhaushalte als Einsatzbetriebe im Sinne von Art. 12 Abs. 1 AVG qualifizieren, ohne Bundesrecht zu verletzen (vgl. ebenso die Weisungen des SECO zum Personalverleih, a.a.O., S. 153 f.; oben E. 3.6).

5.

Die Beschwerdeführerin bringt punktuell weitere Umstände vor, welche aus ihrer Sicht der rechtlichen Qualifikation ihrer Tätigkeit als Personalverleih entgegenstehen:

5.1 So besorge sie selber Verbrauchsmaterial für die Pflege bis zu einem monatlichen Maximalbetrag von Fr. 300.–, wobei Verbrauchsmaterialien in Personalverleihverhältnissen typischerweise durch den Einsatzbetrieb zur Verfügung gestellt würden. Dem ist einerseits zu entgegnen, dass verwendetes Verbrauchsmaterial ohne Weiteres und direkt dem Kunden in Rechnung gestellt wird. Andererseits geht aus den Feststellungen der Vorinstanz zur Tätigkeit der Beschwerdeführerin zudem hervor, dass die Haushalts- und Betreuungsdienste im Vordergrund stehen; die hierfür benötigten Materialien werden auch vom Kunden zur Verfügung gestellt (z.B. für die Zubereitung der Mahlzeiten, die Reinigungen etc.). Es kann demnach entgegen den Vorbringen der Beschwerdeführerin nicht davon ausgegangen werden, dass ihre Arbeitnehmer nicht «mit Material des Einsatzbetriebs arbeiten» würden, was atypisch für ein Personalverleihverhält-

nis wäre (vgl. oben E. 3.5; Weisungen des SECO, Weisungen und Erläuterungen zu den Bestimmungen über den Personalverleih, a.a.O., S. 67).

5.2 Ebenfalls unzutreffend sind die Ausführungen der Beschwerdeführerin, wonach vorliegend keine Einsatzstunden verrechnet würden. Aus den Musterverträgen und der anonymisierten Rechnung wird ersichtlich, dass für die Dienstleistungen jeweils kein konkretes Ziel, sondern die Einsatzwochen bzw. -monate («Betreuung und Begleitung von Herrn X. für den Zeitraum von ... bis ...») in Rechnung gestellt werden. Es wird keinesfalls ein gewisser Erfolg garantiert und bei Nichterreichen dieses Erfolgs auf einen Teil des vereinbarten Entgelts verzichtet oder unentgeltlich Nachbesserung geleistet, was zwar für sich allein keinen Werkvertrag begründete, jedoch gegen das Vorliegen eines Personalverleihverhältnisses sprechen würde (vgl. oben E. 3.5; SECO, Weisungen und Erläuterungen zu den Bestimmungen über den Personalverleih, a.a.O., S. 62, 68).

5.3 Die Beschwerdeführerin macht weiter geltend, gemäss ihrem internen Reglement resp. den AGBs gelangten die Haftungsbestimmungen zum Auftragsrecht und zur Hilfspersonenhaftung zur Anwendung (Art. 394 ff. i.V.m. Art. 101 Abs. 1 und 2 OR), wobei die allgemeinen Haftungsbestimmungen in den AGBs beschränkt werden auf Grobfahrlässigkeit bezüglich Sachschäden und Fahrlässigkeit bezüglich körperlicher Schäden.

Es ist zwar zutreffend, dass sich die Haftung des Personalverleihers gegenüber dem Einsatzbetrieb üblicherweise auf die sorgfältige Auswahl der verliehenen Arbeitnehmer beschränkt; er hat in der Regel auch nicht für allfälligen fahrlässigen Schaden einzustehen, den seine Arbeitnehmer im Einsatzbetrieb verursacht haben (vgl. SECO, Weisungen und Erläuterungen zu den Bestimmungen über den Personalverleih, a.a.O., S. 66). Da die Entliehenen keine Hilfspersonen sind, trifft den Arbeitgeber auch keine Hilfspersonenhaftung (Art. 101 Abs. 1 OR). Eine einseitige Abstützung des Rechtsverhältnisses auf die Haftung des Arbeitnehmers gegenüber dem Entleiher erscheint jedoch bereits insofern nicht sachgerecht, als sich eine Qualifikation gestützt hierauf als besonders schwierig erweist, da über die konkrete Ausgestaltung und die Folgen der Haftung in Personalverleihverhältnissen Uneinigkeit herrscht: Die Botschaft zum AVG (Botschaft AVG, a.a.O., Ziff. 122.3; Ziff. 233.2) sieht, da kein Vertragsverhältnis zwischen dem Arbeitnehmer und dem Einsatzbetrieb vorliege, nur Ansprüche aus unerlaubter Handlung (Art. 41 ff. OR) oder aus ungerechtfertigter Bereicherung (Art. 62 OR) als Anspruchsgrundlage vor; ein Teil der Doktrin möchte hingegen die Drittschadensliquidation heranziehen, ein anderer Teil vertritt die Auffassung, beim Personalverleih lägen echte Verträge zugunsten Dritter vor (Art. 112 Abs. 2 OR), durch die direkte Forderungen geltend gemacht werden könnten (vgl. den Überblick bei BACHMANN, a.a.O., S. 74; STÖCKLI, a.a.O., S. 139 f.). In Anbetracht der umstrittenen Grundlagen und Folgen der Haftung erscheint es unsachlich, ein Personalverleihverhältnis alleine aufgrund von vereinbarten auftragsähnlichen Haf-

tungsbedingungen, die vorliegend zudem erheblich modifiziert wurden, auszuschliessen.

Vor diesem Hintergrund durfte die Vorinstanz, selbst wenn gemäss AGBs untypische Haftungsregeln analog dem Auftragsrecht zum Zuge kommen, mit Blick auf die Kerntätigkeit der Beschwerdeführerin davon ausgehen, dass einzelne atypische Elemente das Vorliegen eines Verleihverhältnisses nicht umzustossen vermögen; die Gesamtbetrachtung der konkreten Leistungen bleibt für die Qualifikation des Rechtsverhältnisses massgeblich (vgl. Urteil 2A.425/2006 vom 30. April 2007 E. 3.2; vgl. oben E. 3.5).

5.4 Hinsichtlich der konkreten Form des Personalverleihverhältnisses bestreitet die Beschwerdeführerin die Ausführungen der Vorinstanz dahin gehend, dass sie ihre Tätigkeit nicht als Temporärarbeit im Sinne von Art. 27 Abs. 2 AVV versteht.

Dem Rahmenvertrag der Beschwerdeführerin ist zu entnehmen, dass dieser auf unbefristete Zeit gilt und dabei die Bestimmungen festlegt, die beim Abschluss eines befristeten Arbeitsvertrags für den konkreten Einsatz gelten sollen, wobei im Letzteren der konkrete Arbeitsort, die Arbeit, Vertragsdauer etc. geregelt wird. Diese Vertragsart (Rahmenvertrag) weist auf das Vorliegen einer Temporärarbeit hin. Die Vorbringen der Beschwerdeführerin können zudem insofern nicht relevant sein, da es zwischen den in Art. 27 AVV aufgezählten Arten des Personalverleihs zu Überschneidungen oder Mischformen der Verleiharten kommen kann; gleichwohl kann in solchen Fällen – wenn es nicht bloss um das gelegentliche Überlassen von Arbeitnehmern geht (Art. 28 AVV) – ein bewilligungspflichtiger Personalverleih vorliegen (vgl. oben E. 3.4).

6.

Schliesslich macht die Beschwerdeführerin geltend, die Vorinstanz habe die Kopie des Schreibens vom 11. August 2011 der Dienststelle mit dem Titel «Bewilligungspflichtiger Personalverleih» zu Unrecht auch ans SECO versendet; dies verstosse gegen Art. 36 Abs. 2 AVG; für die Datenerhebung bestehe jedenfalls keine gesetzliche Grundlage. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin besteht eine gesetzliche Grundlage für die Bearbeitung von Personendaten durch die mit der Durchführung, Kontrolle oder Beaufsichtigung betrauten Organe (Art. 33a Abs. 1 lit. e i.V.m. Art. 33 Abs. 1 AVG und Art. 31 Abs. 2 AVG). Im Übrigen legt sie nicht dar, welche Ansprüche sie im Hinblick auf die Bewilligungspflicht aus ihrer Rüge ableiten möchte, sodass auf ihre diesbezüglichen Ausführungen nicht weiter einzugehen ist.

7.

Die Vorbringen der Beschwerdeführerin, die sich in der Hauptsache darauf stützen, einzig die Pflegedienstleiterin könne dem vor Ort im Einsatz stehenden Betreuungspersonal Anweisungen geben, erscheint nach dem Dargelegten mit dem Zweck ihrer Tätigkeiten und deren konkreten Ausgestaltung unvereinbar; diese bringen es mit sich, dass wesentliche Weisungsbefugnisse zur Gestaltung eines möglichst autonomen Alltags

gegenüber dem – im Kundenhaushalt eingegliederten – Personal beim Kunden liegen (E. 4). Das zur Kundenbetreuung eingesetzte Personal wurde von der Vorinstanz demnach ohne Verletzung von Bundesrecht nicht als «im Auftragsverhältnis stehendes Hilfspersonal» qualifiziert. Es gelingt der Beschwerdeführerin auch mit ihren weiteren, punktuell vorgebrachten Einwendungen nicht, eine offensichtlich unrichtige und willkürliche Sachverhaltsfeststellung bzw. eine unrichtige Anwendung von Art. 12 AVG resp. Art. 26 AVV darzutun. Da die weiteren Voraussetzungen für das Vorliegen eines Personalverleihverhältnisses wie Gewerbsmässigkeit und Regelmässigkeit (Art. 29 AVV; E. 3.1 ff.) – wie auch das Weiterbestehen der Arbeitsverträge zwischen der Beschwerdeführerin und ihren Arbeitnehmenden während der Betreuungsdienstleistungen im Einsatzbetrieb – von der Vorinstanz bejaht und von der Beschwerdeführerin nicht mehr bestritten werden, ist das Bundesgericht diesbezüglich an die Feststellungen der Vorinstanz gebunden. Die Vorinstanz hat somit kein Bundesrecht verletzt, wenn sie für den hier zu beurteilenden Tätigkeitsbereich der Beschwerdeführerin das Vorliegen eines bewilligungspflichtigen Personalverleihverhältnisses bejaht hat.

Tribunal fédéral, Arrêt du 19 février 2013, Doss.-No 4A_611/2012 (Rejet du recours en matière civile contre l'arrêt du Tribunal cantonal du canton de Vaud du 19 juin 2012)

Art. 321c CO. Lorsque l'employeur n'a mis sur pied aucun système de contrôle des horaires et n'exige pas des travailleurs qu'ils établissent des décomptes, il est plus difficile d'apporter la preuve requise; l'employé qui, dans une telle situation, recourt aux témoignages pour établir son horaire effectif utilise un moyen de preuve adéquat (c. 2.2). En pratique, il est parfois difficile de distinguer les heures supplémentaires et le solde bénéficiaire dans le cadre d'un horaire flexible (gleitende Arbeitszeit). Les premières sont imposées par les besoins de l'entreprise ou les directives de l'employeur, tandis que le solde excédentaire est librement accumulé par la volonté du travailleur (c. 3.2).

Extraits des faits:

La société anonyme vaudoise X. SA, a engagé Y. en qualité de contrôleur de gestion dès le 12 février 2007. De durée indéterminée, le contrat de travail comportait notamment les clauses suivantes: l'employé avait droit à un salaire annuel brut de 150 020 fr., plus un treizième salaire au prorata temporis du temps travaillé. L'horaire de travail était fixé en accord avec la direction générale, en fonction des besoins établis par cette dernière. L'horaire cadre était en principe de 9 h.00 à 12 h.00 et de 13 h.00 à 18 h.00. Le salaire alloué couvrait l'ensemble des prestations de l'employé,

ainsi que ses déplacements professionnels en Suisse et à l'étranger; la compensation par un congé et la rétribution spéciale d'heures supplémentaires étaient en principe exclues, sous réserve d'accords particuliers. L'employeuse détenait des sociétés domiciliées au Maroc. L'employé passait beaucoup de temps dans ce pays, où il travaillait sous les ordres de A., directeur de deux sociétés du groupe. Dès le 1er mai 2007, l'employé a bénéficié de l'assistance d'un contrôleur de gestion junior. Le 30 janvier 2008, l'employeuse a résilié le contrat de travail pour le 31 mars 2008. Dès le 25 février 2008, l'employé a fait intervenir son assurance de protection juridique, qui a formulé diverses réquisitions; par courrier du 20 mars 2008, elle a réclamé le paiement de 550 heures supplémentaires. L'employé a produit un décompte établi par ses soins; il n'en avait jusque-là jamais soumis à son employeuse. Ce décompte recense 787,5 heures supplémentaires pour la période s'étendant d'avril 2007 à janvier 2008. Il comprend en tout cas deux erreurs, en ce sens que l'employé prétend avoir travaillé les 20 juillet et 24 août 2007, alors qu'il était en congé ces jours-là.

Le 4 juillet 2008, l'employé a ouvert action contre l'employeuse devant le Tribunal civil de l'arrondissement de La Côte. Selon ses dernières conclusions, il demandait le montant total de 63 358 fr. 90, dont 52 299 fr. 75 à titre d'heures supplémentaires et 11 059 fr. 15 pour un solde de vacances non prises. Une expertise judiciaire a été mise en œuvre. Il s'agissait essentiellement de calculer les montants dus au regard des heures supplémentaires alléguées. Le tribunal a par ailleurs recueilli cinq témoignages. Par jugement du 30 mars 2011, il a condamné l'employeuse à payer 7327 fr. 60 à titre de solde de vacances. L'employé a déféré cette décision à la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal. Par arrêt du 19 juin 2012, le Tribunal cantonal a partiellement admis l'appel et réformé la décision attaquée; il a condamné l'employeuse à payer la somme de 50 942 fr. 30, dont 43 614 fr. 70 à titre d'heures supplémentaires, plus 7327 fr. 60 en compensation de vacances non prises. L'employeuse saisit le Tribunal fédéral d'un recours en matière civile.

Extraits des considérants:

2.

2.1 L'employeuse invoque une violation de l'art. 42 al. 2 CO et de l'art. 9 Cst. Elle reproche à l'autorité précédente d'avoir versé dans l'arbitraire en retenant que l'employé avait effectué 700 heures supplémentaires.

2.2 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 consid. 2.4 p. 176). S'il n'est pas possible d'établir le nombre exact d'heures effectuées, le juge peut, par application 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, que le Tribunal fédéral revoit uniquement sous l'angle de l'arbitraire (arrêt

4A_338/2011 du 14 décembre 2011 consid. 2.2, in PJA 2012 282; cf. aussi ATF 131 III 360 consid. 5.1 p. 364). Si l'art. 42 al. 2 CO 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 consid. 4.4.2 p. 471; 122 III 219 consid. 3a p. 221). La conclusion selon laquelle les heures supplémentaires ont été réellement effectuées dans la mesure alléguée doit s'imposer au juge avec une certaine force (cf. ATF 132 III 379 consid. 3.1; 122 III 219 consid. 3a p. 222).

Lorsque l'employeur n'a mis sur pied aucun système de contrôle des horaires et n'exige pas des travailleurs qu'ils établissent des décomptes, il est plus difficile d'apporter la preuve requise (cf. arrêt 4P.35/2004 du 20 avril 2004 consid. 3.2, in JAR 2005 p. 180); l'employé qui, dans une telle situation, recourt aux témoignages pour établir son horaire effectif utilise un moyen de preuve adéquat (arrêt 4A_543/2011 du 17 octobre 2011 consid. 3.1.3).

2.3 Il est constant que l'employé a attendu 7 semaines à compter de la déclaration de licenciement pour demander le paiement de ses heures supplémentaires; il s'est tout d'abord abstenu d'évoquer cette question dans les discussions qui ont suivi l'annonce du congé. A l'appui de sa prétention, il a produit un décompte personnel recensant 787,5 heures supplémentaires, qu'il n'avait jusque-là jamais présenté à l'employeuse. Le décompte comprend en tout cas deux erreurs.

La cour cantonale a précisé que l'expertise judiciaire n'apportait aucun élément probant supplémentaire par rapport au décompte unilatéral du travailleur. Elle s'est ensuite référée à une pièce et aux témoignages recueillis, dont elle a retiré les éléments suivants:

Dans un rapport de gestion établi à la fin du mois de novembre 2007, A., supérieur hiérarchique de l'employé pour les activités déployées au Maroc, avait précisé avoir régulièrement travaillé 14 à 16 heures par jour avec l'employé. Lors de son audition en qualité de témoin, le supérieur hiérarchique avait confirmé que pour mener à bien ses différentes activités, l'employé avait travaillé plus de 12 heures par jour, ainsi que le samedi matin et parfois le dimanche; sa conscience professionnelle lui avait toujours dicté de répondre aux attentes de ses supérieurs sans comptabiliser le temps nécessaire à leur bonne exécution.

L'assistant de l'employé avait déclaré que celui-ci consacrait tout son temps à travailler, souvent avec A., y compris une bonne partie des soirées et des week-ends. Quant à l'ancien directeur général de l'employeuse, il avait affirmé que l'employé n'avait jamais reçu l'ordre d'effectuer des heures supplémentaires, tout en admettant que les journées étaient longues à l'étranger, le témoin lui-même ayant régulièrement travaillé entre 12 et 14 heures par jour. Un autre supérieur hiérarchique, tout en disant ignorer si le décompte correspondait à la réalité, avait concédé que les subordonnés pouvaient être interpellés le dimanche, le samedi ou tard le soir. Enfin, un

cinquième témoin avait déclaré que l'employé traitait beaucoup de dossiers, et que le fait de devoir y travailler avec un seul assistant pouvait engendrer des heures supplémentaires.

La Cour d'appel a conclu que les témoignages permettaient de conclure, avec une «certaine force» au sens exigé par la jurisprudence, que 700 heures supplémentaires avaient réellement été effectuées, ce qui équivalait à 58 heures par mois tout au long des rapports de travail ayant duré de mi-février 2007 à mi-février 2008.

2.4 Dans un chapitre consacré à «l'arbitraire dans l'appréciation de la quotité des heures supplémentaires», l'employeuse insiste sur les circonstances tardives dans lesquelles le décompte unilatéral a été produit, et sur le fait qu'il contient deux inexactitudes. Elle relève qu'il recense souvent 12 heures de travail le vendredi, jour où l'employé rentrait du Maroc pour passer le week-end en Suisse. Cette durée invraisemblable ne serait étayée par aucun horaire de vol ou autre plan de voyage. Par ailleurs, la cour aurait tiré une déduction erronée du rapport de gestion établi par le supérieur de l'employé; l'affirmation selon laquelle les deux hommes avaient régulièrement «passé» ensemble 14 à 16 heures par jour ne signifiait pas qu'ils avaient «travaillé» tout ce temps, sachant qu'ils partageaient un appartement de fonction au Maroc. Compte tenu de l'ampleur des heures supplémentaires alléguées – plus de 50% de l'horaire de base sur une période de 10 mois –, l'autorité aurait dû faire preuve de la plus grande circonspection; elle ne pouvait se contenter d'une simple vraisemblance quant à la quotité des heures supplémentaires.

2.5 Ce faisant, l'employeuse se place exclusivement sur le terrain de l'appréciation des preuves, bien qu'elle ait aussi invoqué à titre liminaire une violation de l'art. 42 al. 2 CO (sur la distinction entre fait et droit, cf. ATF 131 III 360 consid. 5.1 p. 364). Le seul moyen de droit discernable réside dans la remarque selon laquelle l'on ne saurait se contenter d'une simple vraisemblance; il n'est pas fondé. En effet, il ne ressort pas de l'arrêt attaqué que la cour cantonale aurait appliqué un degré de conviction insuffisant. Elle a au contraire souligné, conformément à la formule consacrée par la jurisprudence, que les indices recueillis imposaient le chiffre de 700 heures «avec une certaine force». Rien n'indique qu'il s'agissait là d'une pure clause de style.

Au niveau des faits, l'employeuse conteste le nombre d'heures supplémentaires retenues par une argumentation de type essentiellement appellatoire, en se fondant partiellement sur des faits qui ne ressortent pas de l'arrêt attaqué; il en est ainsi des explications concernant la journée du vendredi. Quant au grief visant l'interprétation du rapport de gestion, il est infondé. Compte tenu des témoignages recueillis, dont celui de l'auteur du rapport, l'on ne voit pas en quoi il serait arbitraire de considérer que les 14 à 16 heures «passées ensemble» étaient des heures de travail, même si l'employé et son supérieur partageaient l'appartement de fonction de l'employeuse.

Pour le surplus, l'employeuse ne discute pas la crédibilité des témoins. Elle ne reproche pas à la cour vaudoise d'avoir arbitrairement méconnu d'autres aspects des témoignages recueillis, ou d'autres éléments de preuve. Elle n'explique pas davantage pour quels motifs les éléments mis en exergue par la cour excluaient de retenir 700 heures supplémentaires. En bref, elle ne s'attache pas à démontrer en quoi l'estimation des heures supplémentaires serait entachée d'arbitraire. Le contexte dans lequel le décompte a été produit et les deux erreurs relevées ne suffisent pas en soi à démontrer que l'appréciation portée par la cour vaudoise serait insoutenable. Il s'ensuit le rejet du grief, dans la mesure où il est recevable.

3.

3.1 L'employeuse dénonce en outre une violation de l'art. 321c al. 3 CO. En se référant à une jurisprudence sur l'horaire flexible, elle reproche à la cour cantonale d'avoir ignoré le fait que l'employé disposait d'une grande liberté dans l'organisation de son travail et avait tout loisir de compenser les heures supplémentaires effectuées lors de missions particulières ou dans des situations d'urgence caractérisée. S'il n'était pas en mesure de compenser les heures effectuées, l'employé aurait dû le signaler à l'employeuse et la rendre attentive à son surcroît de travail.

3.2 L'art. 321c CO prévoit que les heures supplémentaires sont compensées en nature ou en espèces; plus précisément, l'employeur peut, avec l'accord du travailleur, compenser les heures de travail supplémentaires par un congé d'une durée au moins égale, qui doit être accordé au cours d'une période appropriée (al. 2). L'employeur est tenu de rétribuer les heures de travail supplémentaires qui ne sont pas compensées par un congé (al. 3).

L'employeur ne peut pas imposer unilatéralement la compensation en nature (ATF 123 III 84 consid. 5a p. 84). Un accord du travailleur est nécessaire. Il incombe à l'employeur de prouver l'existence d'une telle convention, qui peut être tacite (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, 7e éd. 2012, n° 11 ad art. 321c CO).

Par ailleurs, il faut opérer une distinction entre les heures supplémentaires et le solde positif accumulé dans le contexte d'un horaire de travail flexible (gleitende Arbeitszeit). Les parties peuvent convenir que le travailleur, dans un cadre prédéfini, détermine librement la durée de son temps de travail journalier, pourvu qu'à l'issue d'une période de référence, il ait accompli le nombre d'heures contractuellement dues. Généralement, des heures de présence obligatoire (plages «bloquées») doivent être respectées, le travailleur pouvant s'organiser librement le reste du temps (SUBILIA/DUC, Droit du travail, 2010, n° 12 ad art. 321 CO; REHBINDER/STÖCKLI, Berner Kommentar, 2010, n° 9 ad art. 321 CO). En contrepartie de cette autonomie, le travailleur a la responsabilité de récupérer à temps le solde de travail excédentaire qu'il a librement accumulé. S'il laisse croître ce solde positif dans une mesure importante, il assume le risque de ne pas pouvoir le compenser en cas de résiliation du contrat, laquelle peut survenir en tout temps. Une indemnisation du travail effectué en plus n'entre en

considération que si les besoins de l'entreprise ou des directives de l'employeur empêchent le travailleur de récupérer ses heures en dehors des plages bloquées. Il ne s'agit alors plus de solde positif dans l'horaire flexible, mais de véritables heures supplémentaires (ATF 123 III 469; cf. aussi ATF 130 V 309 consid. 5.1.3). En pratique, il est souvent délicat de tracer la frontière entre les heures supplémentaires et le solde bénéficiaire dans le cadre d'un horaire flexible (REHBINDER/STÖCKLI, op. cit., n° 7 ad art. 321c CO); il faut garder à l'esprit que les premières sont imposées par les besoins de l'entreprise ou les directives de l'employeur, tandis que le solde excédentaire est librement accumulé par la volonté du travailleur (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, op. cit., p. 215 n° 4 ad art. 321c CO).

3.3 La décision attaquée ne constate pas, expressément ou implicitement, que les parties auraient pratiqué l'horaire de travail flexible, en dérogation à l'horaire cadre prévu dans le contrat; elle n'indique pas non plus que les dépassements d'horaire auraient concerné des missions particulières ou des cas d'urgence générant une surcharge passagère susceptible d'être compensée ultérieurement. L'employeuse ne soulève pas le grief d'arbitraire quant à l'établissement des faits; elle se contente de mettre en exergue des éléments de témoignage qui étayeraient sa propre version des faits. Un tel procédé ne justifie pas de s'écarter de l'état de fait retenu dans l'arrêt cantonal. Au demeurant, la cour d'appel a établi sans arbitraire que l'employé avait accumulé un nombre important d'heures de travail supplémentaires (supra, consid. 2). Il n'a pas été établi que l'employeuse aurait donné des directives à ce sujet; en d'autres termes, ces heures étaient dictées par les besoins de l'entreprise. Il appert en outre que l'employeuse ne pouvait ignorer les heures accomplies, et que la preuve d'une compensation de celles-ci n'a pas été rapportée (cf. arrêt attaqué, p. 25 consid. 3.4.1). Dans ces circonstances, l'employeuse ne saurait se prévaloir de la jurisprudence sur l'horaire flexible. Le grief est mal fondé.

3.4 Pour le surplus, l'employeuse ne conteste pas le tarif horaire de base et les majorations appliquées par la cour cantonale pour indemniser les heures supplémentaires. Elle ne critique pas davantage les calculs effectués. Il n'y a dès lors pas à examiner ces questions.

Bundesgericht, Urteil vom 21. Februar 2013, Doss.-Nr. 4A_633/2012 (Bestätigung des Urteils des Obergerichts des Kantons Schaffhausen vom 21. September 2012)

Fristlose Kündigung durch den Arbeitnehmer, Art. 337 Abs. 1 OR; Teilklage, Art. 86 ZPO; Vollklage mit Forderungsverzicht.
Die Parteien bestimmen gemäss dem Dispositionsgrundsatz (Art. 58 Abs. 1 ZPO) den vom Gericht zu beurteilenden Anspruch. Daraus folgt, dass hinsichtlich eines teilbaren Anspruchs auch nur ein Teil

eingeklagt werden kann (Art. 86 ZPO). Eine solche Teilklage schliesst bezüglich des davon nicht erfassten Teils des Anspruchs eine nachträgliche Klage nicht aus. Verzichtet die klagende Partei jedoch ausdrücklich (wie vorliegend der klagende Arbeitnehmer) oder durch konkludentes Verhalten auf eine Nachklage, liegt keine Teil-, sondern eine Vollklage mit Forderungsverzicht vor (E. 2.4).
Aus wichtigen Gründen kann der Arbeitgeber wie der Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis jederzeit fristlos auflösen (Art. 337 Abs. 1 OR). Gemäss der Lehre ist dem Arbeitnehmer die Fortführung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar, wenn der Arbeitgeber die Lohnzahlung in erheblichem Ausmass über längere Zeit trotz Fristansetzung verweigert, wobei in der Regel eine vorherige Abmahnung (wie i.c. geschehen) erforderlich ist (E. 8.1).

Sachverhalt:

A. (Arbeitnehmer) war ab dem 1. März 2007 für B. (Arbeitgeber) als Maurer tätig. Seit dem 16. März 2009 war der Arbeitnehmer gemäss einem Zeugnis von Dr. med. C. vom 17. März 2006 unfallbedingt zu 100% arbeitsunfähig. In der Folge bestätigten verschiedene Ärzte die weitere Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers, wobei Dr. med. D. sich nicht darauf festlegte, ob diese unfall- oder krankheitsbedingt war. Der Arbeitnehmer meldete sich bei der SUVA, die am 5. Mai 2009 folgende Telefonnotiz erstellte: «Der Versicherte hat wieder Beschwerden bei der Hüfte und war am 01.03.09 bei Dr. C., F. in Behandlung. Er ist seit dem 01.03.09 zu 100% arbeitsunfähig und möchte einen Rückfall anmelden da sein aktueller Arbeitgeber angeblich dies nicht tun will.» Daraufhin liess die SUVA abklären, ob die Beschwerden des Arbeitnehmers auf einen Unfall vom 23. Dezember 2004 zurückgeführt werden können, was sie im Schreiben vom 19. Oktober 2009 verneinte. Die Gewerkschaft UNIA, handelnd durch E., machte gegenüber dem Arbeitgeber verschiedene Forderungen des Arbeitnehmers geltend. Der Arbeitgeber antwortete mit Faxschreiben vom 27. Juni 2009: «Forderung A. Nur soviel zu Punkt 1. und 2. Ihrer Forderung. Die anderen Punkte werde ich Ihnen bei nächster Gelegenheit erläutern. In Zukunft würde ich zuerst nachfragen bevor Sie alles glauben was diese Sozialschmarotzer Ihnen für Lügen auftischen. Ich werde mir die Option offenlassen zu klagen wegen Ruf- und Geschäftsschädigung. Wie bei A. sieht es bei G. aus, bei welchem vielleicht wir sogar Geld zurückfordern müssen. Beilage: Einzahlungen Ferien/13.er 07» Im Antwortschreiben vom 29. Juni 2009 unterbreitete E. dem Arbeitgeber eine Aufstellung von Forderungen des Arbeitnehmers, in der er namentlich ein Unfalltaggeld für die Zeit vom 16. März 2009 bis 30. Juni 2009 von Fr. 12 481.20 verlangte. Im gleichen Schreiben bat E. den Arbeitgeber, den Gesamtbetrag von Fr. 28 137.10 in den nächsten zehn Tagen an den Arbeitnehmer zu überweisen. Mit handschriftlichem Faxschreiben vom 10. Juli 2009 teilte der Arbeitgeber der UNIA zu Handen von Herrn E. mit: «Ich

werde Ihnen von A. und G. bis 20.07.2009 die von uns bezahlten Leistungen auflisten und belegen. Momentan haben wir soviel zu tun, dass wir zuerst die Leute die arbeiten wollen unterstützen müssen. Nur soviel Ihre Abrechnung stimmt in keinem Punkt bei G./A. Im Übrigen hat mir die Suva vor längerer Zeit mitgeteilt das[s] wir auf Kosten der Suva keine Leistungen ausbezahlen dürfen solange nicht geklärt ist ob Unfall oder Kank. Beilag Zahlung Fr. 4000.– an A.» Mit Schreiben vom 23. Juli 2009 forderte der Arbeitnehmer den Arbeitgeber unter Androhung einer fristlosen Kündigung im Säumnisfall auf, den ausstehenden Lohn des Jahres 2009 bis zum 31. Juli 2009 zu zahlen oder eine Sicherheit zu leisten. Mit Schreiben vom 29. Juli 2009 kündigte der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis per 30. September 2009. Zur Begründung führte der Arbeitgeber an: «Wir behalten uns vor, das Arbeitsverhältnis fristlos zu kündigen, da zu viele Unwahrheiten was die bezahlten Ferien 2007/2008 sowie den 13. Monatslohn anbelangt erzählt wurden und über die UNIA noch einmal kassiert werden wollten. Gleichfalls habe ich persönlich Herr A. mit dem Fahrrad in seiner so genannten ‹Unfallzeit› von H. her kommend in Richtung I. fahren sehen. Man darf nach Arzt keine sitzende und keine anstrengende Arbeit ausführen, aber über weite Strecken Fahrrad fahren kann Mann. Das ist jedoch Sache der SUVA diese Abklärungen vorzunehmen. Tatsache ist dass keine Vertrauensbasis mehr besteht und ein weiteres Zusammenarbeiten aus meiner Sicht nicht möglich ist.» Im Schreiben vom gleichen Tag erklärte der Arbeitnehmer gegenüber dem Arbeitgeber: «Fristlose Kündigung. Sehr geehrter Herr B. Mit Schreiben vom 23.07.09 habe ich Sie gebeten, den ausstehenden Lohn zu bezahlen oder eine Sicherheit für den ausstehenden wie auch den zukünftigen Lohn zu leisten. Da weder eine Zahlung noch eine Sicherheitsleistung erfolgte, löse ich hiermit androhungsgemäss das Arbeitsverhältnis fristlos auf. Auch die Arbeitsverhältnisse sind unzumutbar und für mich nicht tolerierbar. Ich bitte Sie, mir sofort den Lohn für dieses Jahr sowie den Lohnersatz bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist, also vom 1.08.09 bis 31.10.09 nebst anderen noch offenen Ansprüchen (13. Monatslohn, Ferien, Spesen) zu überweisen und mir eine korrekte Lohnabrechnung zuzustellen. Sollten Sie nicht in der Lage sein, diese Ansprüche zu erfüllen, bitte ich um eine schriftliche Bestätigung meines Guthabens sowie um Ihre Zahlungsvorschläge. Eine Betreibung oder Klage bleibt vorbehalten. Gleichzeitig bitte ich Sie um die Ausstellung eines Arbeitszeugnisses über Leistungen und Verhalten, damit ich raschestmöglich wieder eine neue Stelle finden kann. [...]» Im Schreiben vom 5. August 2009 führte der Arbeitgeber gegenüber dem Arbeitnehmer aus: «Betrifft: Kündigung. Ihr Schreiben vom 29.07.2009. Geehrter Herr A. Wie wir Ihrem Schreiben vom 29.07.2009 entnehmen, sind [Sie] nach unserem Telefongespräch gleichentags bei welchem ich Ihnen die Kündigung nebst einem Schreiben auch telefonisch mitgeteilt habe, der gleichen Meinung wie ich, dass eine sofortige Beendigung des Arbeitsverhältnisses für beide Seiten das Beste ist. Mit der Forderung der sofortigen Bezahlung Ihrer

Ansprüche inkl. Kündigungsfrist kann ich mich einverstanden erklären wen[n] wir einen Pauschalbetrag vereinbaren. Ich schlage einen Pauschalbetrag per Saldo aller Ansprüche von Fr. 16 000.00 vor, (Aufstellung folgt) ansonsten müssen wir die Angelegenheit vor Gericht klären. Damit wären Sie aus dem Arbeitsverhältnis entbunden und können sich per sofort um eine andere Stelle bemühen. Das mit dem Arbeitszeugnis ist so eine Sache. [...]»

Nachdem das Friedensrichteramt Kreis Schaffhausen im am 24. Februar 2011 eingeleiteten Schlichtungsverfahren die Klagebewilligung erteilte hatte, klagte der Arbeitnehmer (Kläger) mit Eingabe vom 27. Juni 2011 beim Kantonsgericht Schaffhausen gegen den Arbeitgeber (Beklagter) auf Zahlung von Fr. 30 000.– brutto nebst 5% Zins seit 1. August 2009. Zur Begründung dieser Forderung machte der Kläger an der Hauptverhandlung am 10. November 2011 geltend, der Beklagte schulde ihm: Krankentaggelder von Fr. 17 419.95; Mittagessenentschädigungen von Fr. 4980.–; für das Jahr 2008: - Lohn von brutto Fr. 1876.50; – Lohn für Überstunden von brutto Fr. 2431.67; – Lohn für Ferien von brutto Fr. 2611.57; – einen 13. Monatslohn von brutto Fr. 4714.91; für das Jahr 2009: – Lohn von brutto Fr. 1452.02; – einen 13. Monatslohn von brutto Fr. 562.66; – eine Kündigungsentschädigung von brutto Fr. 6687.80. Dem Kläger stehe damit ein Zahlungsanspruch von Fr. 42 737.08 zu, eingeklagt seien jedoch nur Fr. 30 000.–. Bereits in Ziffer 9 seiner Klage vom 27. Juni 2011 hatte der Kläger ausgeführt, eine Nachklage bezüglich des Restbetrages oder eines Arbeitszeugnisses sei nicht vorgesehen. Der Beklagte schloss an der Hauptverhandlung auf Abweisung der Klage. Das Kantonsgericht kam zum Ergebnis, dem Arbeitnehmer stünden für das Jahr 2008 ein Lohnanspruch von Fr. 3907.– brutto (E. 2.1.2), für das Jahr 2009 ein Lohnanspruch von Fr. 1368.90 brutto (E. 2.1.3) und aufgrund der berechtigten fristlosen Kündigung ein Schadenersatzanspruch von Fr. 6687.80 brutto (E. 2.4) zu, was addiert Fr. 11 963.70 brutto ergebe. Zudem habe der Kläger Anspruch auf Krankentaggelder von Fr. 17 419.95 netto (E. 2.5) und auf Mittagessenentschädigungen (E. 2.2) von Fr. 1872.– netto, was zusammen Fr. 19 291.95.– netto ergebe und einem Bruttobetrag von Fr. 23 024.15 entspreche. Dieser Betrag könne aufgrund der Begrenzung des Klagebegehrens auf Fr. 30 000.– brutto nur im Umfang von Fr. 18 036.30 (Fr. 30 000.– minus Fr. 11 963.70) zugesprochen werden, was einem Nettobetrag von Fr. 15 112.60 entspreche. Gemäss diesen Erwägungen verpflichtete das Kantonsgericht den Arbeitgeber mit Urteil vom 26. Januar 2012, dem Arbeitnehmer Fr. 11 963.70 brutto und Fr. 15 112.60 netto nebst Zins von 5% seit August 2009 zuzüglich einer Parteientschädigung von Fr. 7267.35 zu bezahlen. Das Obergericht des Kantons Schaffhausen wies eine dagegen vom Arbeitgeber erhobene Berufung mit Urteil vom 21. September 2012 ab. Der Arbeitgeber (Beschwerdeführer) erhebt Beschwerde in Zivilsachen mit den Anträgen, das Urteil des Obergerichts vom 21. September 2012 aufzuheben und auf die Klage nicht einzutreten oder diese eventuell abzuweisen.

Aus den Erwägungen:

2.

(…)

2.2 Das Obergericht erwog, entgegen der Meinung des Beschwerdeführers habe der Beschwerdegegner nicht gegen das Rechtsmissbrauchsverbot verstossen, indem er vom Forderungsbetrag von Fr. 42 737.08 im Rahmen einer Teilklage lediglich Fr. 30 000.– nebst Zins einklagte, um in den Genuss des vereinfachten kostenlosen Verfahrens zu gelangen.

2.3 Der Beschwerdeführer wendet ein, der Beschwerdegegner habe die Streitwertgrenze des vereinfachten Verfahrens umgangen, indem er mit seiner Teilklage zwar nur Fr. 30 000.– eingeklagt habe, dann aber im Sinne einer «Auswahlsendung» eine Klage über Fr. 42 737.08 begründet habe. Damit habe er eigentlich die ganze Forderung geltend gemacht, ohne substanziiert darzutun, welche Sachverhalte welchem Forderungsbetrag zugrunde lagen und wie sich der eingeklagte Betrag zusammensetze. In Anbetracht der Umgehungsabsicht hinsichtlich der Voraussetzungen des vereinfachten Verfahrens hätte das Kantonsgericht von Amtes wegen auf die Klage nicht eintreten dürfen.

2.4 Gemäss dem Dispositionsgrundsatz darf ein Gericht einer Partei nicht mehr und nichts anderes zusprechen, als sie verlangt, und nicht weniger, als die Gegenpartei anerkannt hat (Art. 58 Abs. 1 ZPO). Damit bestimmen die Parteien – soweit sie über Forderungen frei verfügen bzw. disponieren können – den vom Gericht zu beurteilenden Anspruch. Daraus folgt, dass hinsichtlich eines teilbaren Anspruchs auch nur ein Teil eingeklagt werden kann (Art. 86 ZPO). Eine solche Teilklage schliesst bezüglich des davon nicht erfassten Teils des Anspruchs eine nachträgliche Klage nicht aus. Verzichtet die klagende Partei jedoch ausdrücklich oder durch konkludentes Verhalten auf eine Nachklage, liegt keine Teil-, sondern eine Vollklage mit Forderungsverzicht vor (Urteil 4P.19/2003 vom 25. März 2003 E. 3; vgl. auch ALEXANDER R. MARKUS, in: Berner Kommentar, ZPO, Bd. I, 2012, N. 11 zu Art. 86 ZPO; DENIS TAPPY, Note sur l'action partielle et ses sanctions, JdT 2008 III S. 105 ff., 108).

2.5 In seiner kantonalen Berufung gab der Beschwerdeführer an, der Beschwerdegegner habe in Ziff. 9 der Klageanmeldung vom 27. Juni 2011 erklärt, auf ein Nachklagerecht zu verzichten. Diesen Erklärungswillen bestätigt der Beschwerdegegner in seiner Beschwerdeantwort ausdrücklich. Somit kann die vorinstanzliche Feststellung, der Beschwerdegegner habe ausdrücklich festgehalten, dass eine Nachklage nicht vorgesehen sei dahin gehend ergänzt werden, dass beide Parteien diese Erklärung als Verzicht auf ein Nachklagerecht verstanden (Art. 105 Abs. 2 BGG). Demnach hat der Beschwerdegegner keine Teil-, sondern eine Vollklage erhoben, mit der er den eingeklagten Betrag von Fr. 30 000.– mit diesem Betrag übersteigenden Forderungen begründete. Dieses Vorgehen kann bereits deshalb nicht zur Umgehung der Streitwertbegrenzung für das vereinfachte Verfah-

ren führen, weil der Beschwerdegegner gestützt auf die zur Begründung angeführten Lebenssachverhalte und damit hinreichend individualisierten Forderungen nicht mehr als Fr. 30 000.– verlangte und damit – unabhängig davon, welche Forderung das Gericht in welcher Reihenfolge prüft – der Streitgegenstand von Anfang an feststand.

3.

3.1 Sodann macht der Beschwerdegegner [recte: Beschwerdeführer] geltend, das Obergericht habe nicht beachtet, dass der Beschwerdegegner sich durch seine Vorgehensweise eine volle Prozessentschädigung verschafft habe, obwohl er mit seinen in der Klagebegründung geltend gemachten Forderungen teilweise unterlegen sei.

3.2 Damit beanstandet der Beschwerdeführer die Kostenverteilung im kantonalen Verfahren. Er ficht jedoch den Entscheid darüber nicht selbstständig an und stellt diesbezüglich bloss den Antrag: «Unter Kosten- und Entschädigungsfolge für das erstinstanzliche Verfahren vor Kantonsgericht Schaffhausen wie das Berufungsverfahren vor Obergericht des Kantons Schaffhausen zu Lasten des Beschwerdegegners». Ein solcher nicht bezifferter Antrag genügt jedoch nicht, um eine Abänderung des kantonalen Kostendispositivs unabhängig vom Erfolg der Beschwerde in der Sache zu verlangen (Urteil 4A_360/2012 vom 3. Dezember 2012 E. 5.3.2 mit Hinweis).

(…)

8.

8.1 Aus wichtigen Gründen kann der Arbeitgeber wie der Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis jederzeit fristlos auflösen (Art. 337 Abs. 1 OR). Als wichtiger Grund gilt namentlich jeder Umstand, bei dessen Vorhandensein dem Kündigenden nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden darf (Art. 337 Abs. 2 OR). Gemäss der Lehre ist dem Arbeitnehmer die Fortführung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar, wenn der Arbeitgeber (erhebliche) Lohnzahlung über längere Zeit trotz Fristansetzung verweigert, wobei in der Regel eine vorherige Abmahnung erforderlich ist (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7. Aufl. 2012, N. 3 zu Art. 323 OR; WOLFGANG PORTMANN, in: Basler Kommentar, OR I, 5. Aufl. 2011, N. 33 zu Art. 337 OR; REHBINDER/STÖCKLI, in: Berner Kommentar, Bd. VI,2,2,1, 2010, N. 25 zu Art. 323 OR, die eine Mahnung und eine angemessene Nachfrist verlangen).

8.2 Über das Vorhandensein eines wichtigen Grundes zur fristlosen Kündigung entscheidet das Gericht nach seinem Ermessen (Art. 337 Abs. 3 OR). Ermessensentscheide überprüft das Bundesgericht bei Beschwerden in Zivilsachen grundsätzlich frei. Es übt dabei aber Zurückhaltung und schreitet nur ein, wenn die Vorinstanz grundlos von in Lehre und Rechtsprechung anerkannten Grundsätzen abgewichen ist, wenn sie Tatsachen berücksichtigt hat, die für den Entscheid im Einzelfall keine Rolle hätten spielen dürfen, oder wenn sie umgekehrt Umstände ausser Betracht gelas-

sen hat, die zwingend hätten beachtet werden müssen. Ausserdem greift das Bundesgericht in Ermessensentscheide ein, falls sich diese als offensichtlich unbillig, als in stossender Weise ungerecht erweisen (BGE 129 III 380 E. 2 mit weiteren Hinweisen).

8.3 Das Kantonsgericht kam zum Ergebnis, der Beschwerdegegner habe mit Schreiben vom 29. Juli 2009 das Arbeitsverhältnis aus wichtigen Gründen fristlos gekündigt. Bereits im Juni 2009 hätte die UNIA mit dem Beschwerdeführer bezüglich ausstehender Lohnzahlungen korrespondiert und ihn schliesslich mit Schreiben vom 29. Juni 2009 aufgefordert, den ausstehenden Lohn innert zehn Tagen zu bezahlen. Auch wenn die geforderte Summe nicht exakt gewesen sei, sei gemäss dem Klageverfahren erwiesen, dass der Beschwerdeführer noch nicht allen Zahlungsverpflichtungen nachgekommen sei. Im Zeitpunkt der Kündigung seitens des Beschwerdegegners hätten folglich schon mehrfach erfolglos Zahlungsaufforderungen stattgefunden, ohne dass eine Zahlung des fälligen Lohnes erfolgt sei. Diese beharrliche Weigerung der Lohnzahlung bzw. der Bekanntgabe der (allenfalls) zuständigen Taggeldversicherung stelle einen Grund zur fristlosen Auflösung des Arbeitsverhältnisses dar.

8.4 Das Obergericht ging ebenfalls davon aus, die fristlose Kündigung des Beschwerdegegners sei wegen erheblicher Verletzung der Lohnzahlungspflicht gerechtfertigt gewesen. Zur Begründung führte es namentlich an, in der Regel setze die fristlose Kündigung aufgrund erheblicher Verletzung der Lohnzahlungspflicht eine vorgängige Mahnung voraus. Diese Voraussetzung sei erfüllt, da die UNIA den Beschwerdeführer bereits mit Schreiben vom 29. Juni 2009 aufgefordert habe, offene (korrigierte) Lohnforderungen innert 10 Tagen zu begleichen. Die Behauptung des Beschwerdeführers, dieses Schreiben sei ihm nicht zugegangen, überzeuge nicht, da aus seinem Faxschreiben vom 10. Juli 2009 hervorgehe, dass er davon Kenntnis gehabt habe. Sodann habe der Beschwerdegegner den Beschwerdeführer mit Schreiben vom 23. Juli 2009 mit der Säumnisandrohung einer fristlosen Kündigung aufgefordert, den ausstehenden Lohn des Jahres 2009 bis spätestens 31. Juli 2009 zu bezahlen bzw. eine Sicherheit zu leisten. Daraufhin habe der Beschwerdeführer mit Schreiben vom 29. Juli 2009 die Kündigung des Arbeitsverhältnisses per 30. September 2009 ausgesprochen und mit Schreiben vom 5. August 2009 bestätigt, dass aufgrund des Telefongesprächs vom 29. Juli 2009 eine sofortige Beendigung des Arbeitsverhältnisses für beide Seiten das Beste sei. Dementsprechend seien zu diesem Zeitpunkt beide Parteien davon ausgegangen, dass eine sofortige Auflösung des Arbeitsverhältnisses erfolgen soll.

8.5 Der Beschwerdeführer wendet ein, entgegen der Darstellung des Obergerichts beziehe sich sein Faxschreiben vom 10. Juli 2009 weder nach dem Wortlaut, der Zeitangabe noch dem Inhalt auf das Schreiben der UNIA vom 29. Juni 2009. Selbst wenn dies zutreffen würde, liesse sich daraus nichts ableiten, weil dieses Schreiben keine Abmahnung enthalte, welche für eine fristlose Kündigung im Sinne von Art. 337 OR wegen Zah-

lungsverzugs unabdingbar sei. Falsch und beweisrechtlich nicht erstellt sei, dass er das Schreiben des Beschwerdegegners vom 23. Juli 2009 erhalten habe. Der Beschwerdeführer habe bereits vor Kantonsgericht geltend gemacht, ihm sei dieses Schreiben nicht oder jedenfalls nicht vor dem 31. Juli 2009 zugegangen. Der Beschwerdegegner habe dies weder dargetan noch bewiesen. Damit sei mit Ausnahme des Schreibens vom 29. Juni 2009, das eine Fristansetzung ohne Abmahnung enthalte, keine Zahlungsaufforderungen hinsichtlich offener Forderungen erfolgt. Seine Angabe im Schreiben vom 5. August 2009, dass eine sofortige Beendigung des Arbeitsverhältnisses für beide Seiten «das Beste» sei, könne höchstens eine Offerte darstellen, die der Beschwerdegegner hätte annehmen müssen, damit das Arbeitsverhältnis einvernehmlich per sofort beendigt worden wäre. Auch ergebe sich aus diesem Schreiben kein Akzept der fristlosen Kündigung des Beschwerdegegners, da diese beim Beschwerdegegner erst am Folgetag, nämlich dem 6. August 2009 eingetroffen sei. Demnach sei die Kündigung vom 29. Juli 2009 ohne einen wichtigen Grund im Sinne von Art. 337 OR erfolgt.

8.6 Entgegen der Meinung des Beschwerdeführers ist es durchaus vertretbar und damit nicht willkürlich, aus der zeitlichen und inhaltlichen Verbindung seines Faxschreibens vom 10. Juli 2009 an E. abzuleiten, es beziehe sich auf dessen Mahnschreiben vom 29. Juni 2009. Demnach ist die vorinstanzliche Feststellung, dieses Schreiben sei dem Beschwerdeführer zugegangen, nicht willkürlich. Das Obergericht ist auch nicht in Willkür verfallen, wenn es annahm, die am 29. Juli 2009 ausgesprochene Kündigung des Beschwerdeführers sei als Reaktion auf das zweite Mahnschreiben des Beschwerdegegners vom 23. Juli 2009 erfolgt, zumal der Beschwerdeführer in seinem Schreiben vom 5. August 2009 nicht geltend gemacht hat, dieses Mahnschreiben nicht erhalten zu haben. Daran vermag nichts zu ändern, dass der Beschwerdeführer vor erster Instanz noch einwendete, es sei für ihn nicht mehr eruierbar, wann dieses Schreiben bei ihm eingetroffen sei. Das Kündigungsschreiben des Beschwerdegegners vom 29. Juli 2009 wurde gemäss den Feststellungen des Kantonsgerichts dem Beschwerdeführer unbestrittenermassen am 30. Juli 2009 im Postfach avisiert. Damit ist die Kündigung an diesem Tag in den Machtbereich des Beschwerdeführers gelangt und ihm in rechtlicher Hinsicht zugegangen (BGE 118 II 42 E. 3b S. 44 f. mit Hinweisen). Unabhängig davon musste er beim Verfassen seines Schreibens vom 5. August 2009, das sich sowohl nach dem Betreff als auch inhaltlich auf das Kündigungsschreiben des Beschwerdegegners vom 29. Juli 2009 bezieht, davon Kenntnis gehabt haben.

8.7 Nach dem Gesagten ist in tatsächlicher Hinsicht davon auszugehen, dass zwei Zahlungsaufforderungen der UNIA betreffend den Lohn des Beschwerdegegners für das Jahr 2009 vom Beschwerdeführer in zwei Faxschreiben abgelehnt wurden, in denen dieser implizit zum Ausdruck brachte, der Angabe des Beschwerdegegners bezüglich seiner Arbeitsunfähigkeit nicht zu glauben. Auf dessen Aufforderung mit Kündigungsandrohung

vom 23. Juli 2003, den Lohn für das Jahr 2009 bis zum 31. Juli 2009 zu zahlen, reagierte der Beschwerdeführer mit der am 29. Juli 2009 schriftlich erklärten Kündigung, in der er erneut seine Auffassung bestätigte, der Beschwerdegegner sei entgegen der vorgelegten Arztzeugnisse arbeitsfähig. Daraus, dass der Beschwerdeführer diese Kündigung dem Beschwerdegegner gleichentags telefonisch mitteilte, durfte der Beschwerdegegner nach Treu und Glauben ableiten, der Beschwerdeführer verweigere trotz mehrerer Mahnungen die Lohnfortzahlung bzw. die Veranlassung der Versicherungsleistung während der unfall- bzw. krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit definitiv. Unter diesen Umständen hat das Obergericht das ihm zustehende Ermessen bei der Beurteilung eines wichtigen Grundes nicht überschritten, wenn es davon ausging, der Beschwerdegegner sei berechtigt gewesen, das Arbeitsverhältnis am 29. Juli 2009 aus wichtigem Grund fristlos zu kündigen.

Bundesgericht, Urteil vom 26. Februar 2013, Doss.-Nr. 4A_520/2012 (Bestätigung des Urteils des Obergerichts des Kantons Zürich vom 2. August 2012), in: BGE 139 III 155

Art. 322 und 322d OR; Qualifikation einer Sondervergütung (Bonus) als freiwillige Gratifikation oder Lohnbestandteil?
Erreicht der eigentliche Lohn ein Mass, das die wirtschaftliche Existenz des Arbeitnehmers bei Weitem gewährleistet bzw. seine Lebenshaltungskosten erheblich übersteigt, ist die Höhe der Sondervergütung im Verhältnis zum Lohn kein Kriterium mehr, um über deren Qualifikation zu entscheiden (Präzisierung der Rechtsprechung; E. 5).

Art. 322 et 322d CO; qualification d'une rétribution spéciale (bonus) comme gratification facultative ou élément du salaire?
Lorsque le salaire proprement dit atteint un niveau qui garantit de loin l'existence économique de l'employé, excède notablement ses frais d'entretien, l'importance de la rétribution spéciale par rapport au salaire n'est plus un critère pour décider de sa qualification (précision de la jurisprudence; consid. 5).

Aus den Erwägungen:

2.

2.1 Beim von der Beschwerdegegnerin im Jahre 2005 neu eingeführten Bonusplan – dem Performance Incentive Plan (PIP) – handelt es sich um ein aktienbasiertes Vergütungsprogramm mit einer Laufzeit von 5 Jahren.

Dabei wurde vorgesehen, dass die PIP-Anteile über einen Zeitraum von 5 Jahren (während der sogenannten Vesting-Periode) gesperrt bleiben,

wobei der Arbeitnehmer erst nach Ablauf der Laufzeit über den gesperrten Aktienbonus verfügen kann (Aufschubklausel). Während dieser Dauer können die Anteile linear zu 20% pro Jahr (erstmals im Januar 2007) «gevestet» werden, d.h. der Anteil wird für den Arbeitnehmer damit unentziehbar. Bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses vor Ablauf der Sperrfrist verliert der Arbeitnehmer die nicht «gevesteten» PIP-Anteile (Verfallklausel).

2.2 Die Vorinstanz hat im Wesentlichen erwogen, dass es sich bei den PIP-Anteilen, d.h. beim aufgeschobenen bzw. gesperrten Aktienbonus, um eine freiwillige Gratifikation handle, weshalb der Beschwerdeführer keinen Anspruch auf Auszahlung des Bonus habe.

Der Beschwerdeführer rügt, die Vorinstanz habe die PIP-Anteile zu Unrecht als Gratifikation qualifiziert. Bei den PIP-Anteilen handle es sich vielmehr um einen Anteil am Geschäftsergebnis, somit um einen Lohnbestandteil (s. E. 4). Hinzu komme, dass der Bonus im Verhältnis zum Fixlohn nicht akzessorisch sei, weshalb die PIP-Anteile auch aus diesem Grund im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung als Lohnbestandteil zu qualifizieren seien (s. E. 5). Schliesslich bringt der Beschwerdeführer vor, dass ihm unabhängig von der rechtlichen Qualifikation der PIP-Anteile mit Ziffer 4.7 des Dokuments «Salärrevision und Bonuszuteilung» zugesichert worden sei, dass er auch im Kündigungsfall Anspruch auf Barauszahlung des aufgeschobenen Aktienbonus habe (s. nicht publ. E. 6).

3. Da der Begriff des Bonus im Obligationenrecht nicht definiert wird, ist im Einzelfall zu prüfen, ob ein vereinbarter Bonus als Gratifikation im Sinne von Art. 322d OR oder als Teil des Lohnes im Sinne von Art. 322 OR zu qualifizieren ist.

3.1 Eine Gratifikation ist eine Sondervergütung, welche der Arbeitgeber neben dem Lohn bei bestimmten Anlässen, wie Weihnachten oder Abschluss des Geschäftsjahrs, ausrichtet (Art. 322d Abs. 1 OR). Sie zeichnet sich gegenüber dem Lohn dadurch aus, dass sie zum Lohn hinzutritt und immer in einem gewissen Masse vom Willen des Arbeitgebers abhängt. Die Gratifikation wird damit ganz oder zumindest teilweise freiwillig ausgerichtet (BGE 131 III 615 E. 5.2 S. 620; BGE 129 III 276 E. 2 S. 278). Dies ist anzunehmen, wenn dem Arbeitgeber zumindest bei der Festsetzung der Höhe des Bonus ein Ermessen zusteht. Ein solches Ermessen ist zu bejahen, wenn die Höhe des Bonus nicht nur vom Erreichen eines bestimmten Geschäftsergebnisses, sondern zudem auch von der subjektiven Einschätzung der persönlichen Arbeitsleistung durch den Arbeitgeber abhängig gemacht wird (Urteil 4A_28/2009 vom 26. März 2009 E. 2.3 mit Hinweis). Ein im Voraus festgesetzter und fest vereinbarter Betrag kann daher keine Gratifikation sein (BGE 136 III 313 E. 2 S. 317 mit Hinweisen).

3.2 Überdies darf eine Gratifikation, um den Charakter einer Sondervergütung zu wahren, neben dem Lohn nur eine zweitrangige Bedeutung haben. Die entsprechende Grenze kann nicht einfach in einer festen Verhältniszahl zwischen dem vereinbarten Lohn und der freiwilligen Gratifika-

tion liegen. Vielmehr sind die Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen. So hat bei einem niedrigen Einkommen ein kleiner Einkommensunterschied mehr Bedeutung als bei einem hohen Einkommen. Entsprechend kann bei einem hohen Einkommen der als Gratifikation ausgerichtete Teil der Leistung prozentual zum Lohn grösser sein als bei einem niedrigen Einkommen (BGE 131 III 615 E. 5.2. S. 621). Immerhin erscheint der akzessorische Charakter dann kaum mehr gewahrt, wenn die Gratifikation regelmässig einen höheren Betrag erreicht als der Lohn (BGE 129 III 276 E. 2.1 S. 279 f.).

3.3 Gewährt der Bonus dem Arbeitnehmer hingegen einen vertraglichen Anspruch auf einen Anteil am Gewinn oder am Umsatz oder sonst am Geschäftsergebnis, so ist für die Berechnung dieses Ergebnisses massgebend, wie es nach den gesetzlichen Vorschriften und allgemein anerkannten kaufmännischen Grundsätzen festzustellen ist (Art. 322a Abs. 1 OR). Da bezüglich eines solchen objektiv bestimmbaren Bonus ein Ermessensspielraum des Arbeitgebers fehlt, ist nicht von einer Gratifikation, sondern von einem variablen Lohnbestandteil auszugehen (Urteil 4A_115/2007 vom 13. Juli 2007 E. 4.3.4 mit Hinweisen).

4.

4.1 Der Beschwerdeführer macht geltend, der aufgeschobene Aktienbonus bzw. die PIP's müssten als Gewinnanteil im Sinne von Art. 322a OR qualifiziert werden. Vergleiche man die Höhe des Fixlohns und die Höhe des Bonus der vergangenen Jahre, ergebe sich klar, dass der Bonus stets vom Geschäftsergebnis der Bank abhängig gewesen sei. Der Charakter des Bonus als Anteil am Geschäftsergebnis könne nicht einfach mit dem fehlenden Nachweis einer genauen Berechnungsformel verneint werden, dies umso mehr, als Art. 322a OR eine solche Berechnungsformel nicht verlange.

4.2 Die Vorinstanz hat unter Würdigung der Zeugenaussagen festgestellt, dass es keinen Schlüssel bzw. keine Formel für die Aufteilung oder die Berechnung des Bonus gegeben habe. Es sei ein Bonuspool für die ganze Bank gebildet worden, der auf verschiedene Einheiten verteilt worden sei. Die Bonuszuteilung auf die einzelnen Divisionen und alsdann auf die einzelnen Abteilungen und schliesslich auf die einzelnen Mitarbeiter sei eine reine Ermessenssache gewesen.

4.3 Der Beschwerdeführer bestreitet nicht, dass es für die Berechnung des Bonus bzw. für die PIP's keine Formel gegeben habe. Nach den für das Bundesgericht verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz hat der Bonus denn auch nicht in einem zum Voraus festgesetzten und fest vereinbarten Betrag bestanden. Vielmehr kam die Vorinstanz zum Schluss, dass die Höhe des Bonus eine reine Ermessenssache und demnach vom Willen des Arbeitgebers abhängig gewesen sei. Nach der zitierten Rechtsprechung (vgl. E. 3.1) schliesst eine Qualifikation des Bonus als Gratifikation nicht aus, dass der Bonus in gewissem Masse auch vom Erreichen eines bestimmten Geschäftsergebnisses abhängig gemacht wurde. Dass für die Berechnung

des Bonus bzw. der PIP's jedoch ausschliesslich das Geschäftsergebnis massgebend gewesen wäre resp. dass vertraglich vereinbart worden wäre, dass der Bonus ausschliesslich auf einer klaren Prozentzahl am Gesamtergebnis basiere, findet in den Feststellungen der Vorinstanz keine Stütze. Der Beschwerdeführer vermag denn auch nicht darzutun, dass die Parteien eine Beteiligung des Beschwerdeführers an einem jährlich messbaren Geschäftsergebnis vereinbart hätten. Die Rüge der Verletzung von Art. 322a OR ist unbegründet. Die Vorinstanz hat den Bonus bzw. die PIP-Anteile zu Recht als Gratifikation qualifiziert.

5.

5.1 Der Beschwerdeführer bringt sodann unter Hinweis auf BGE 131 III 615 vor, dass eine Gratifikation, die 80% des anspruchsberechtigten Lohnes ausmache (PIP's und LPA's [Longevity Premium Award] Fr. 1 615 320.– /Lohn [Fixum und Cash-Bonus] Fr. 2 015 294.–), nicht mehr als akzessorisch angesehen werden könne. Mit der Bezeichnung eines Anteils von 80% des Lohnes als zweitrangigen Lohnbestandteil habe die Vorinstanz ihr Ermessen überschritten und Art. 322, 322a und 322d OR verletzt.

5.2 Die Vorinstanz hat erwogen, der aufgeschobene Aktienbonus in Form von PIP-Anteilen in der Höhe von Fr. 1 292 256.– sei zur noch höheren Barvergütung (Fixgehalt und Cash-Anteil des Bonus) in der Höhe von Fr. 2 015 294.– akzessorisch. Selbst unter Berücksichtigung der LPA-Anteile zusammen mit den PIP-Anteilen sei die sofort verfügbare Vergütung deutlich höher, weshalb der aufgeschobene Aktienbonus als Gratifikation zu qualifizieren sei.

5.3 Die zitierte bundesgerichtliche Rechtsprechung (vgl. E. 3.2), wonach eine Gratifikation – um den Charakter einer Sondervergütung zu wahren – im Verhältnis zum Lohn akzessorisch sein muss, basiert auf dem Gedanken, dass es dem Arbeitgeber verwehrt sein soll, die eigentliche Vergütung des Arbeitnehmers in Form einer (freiwilligen) Gratifikation auszurichten. Der Lohn stellt einen notwendigen und wesentlichen Vertragsbestandteil eines arbeitsvertraglichen Verhältnisses dar, womit der Arbeitgeber zur Zahlung eines Lohnes verpflichtet ist. Es ist demnach nicht zulässig und widerspricht dem Sinn der Norm (Art. 322d OR), wenn die Gratifikation – als freiwillige, vom Wohlwollen und Ermessen des Arbeitgebers abhängige Sondervergütung – das ausschliessliche oder hauptsächliche Entgelt des Arbeitnehmers darstellt (vgl. Urteil 4C.364/2004 vom 1. Juli 2005 E. 2.2).

Sobald der eigentliche Lohn jedoch ein Mass erreicht, das die wirtschaftliche Existenz des Arbeitnehmers bei Weitem gewährleistet bzw. seine Lebenshaltungskosten erheblich übersteigt, kann die Höhe der Gratifikation im Verhältnis zum Lohn kein tragbares Kriterium mehr sein, um über den Lohncharakter der Sondervergütung zu entscheiden (sinngemäss WOLFGANG PORTMANN, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht, Bd. I, 5. Aufl. 2011, N. 19 zu Art. 322d OR; so auch REHBINDER/STÖCKLI, in:

Berner Kommentar, 2010, N. 1 zu Art. 322d OR; REMY WYLER, Droit du travail, 2. Aufl. 2008, S. 169; CONRADIN CRAMER, Der Bonus im Arbeitsvertrag, 2007, S. 110 ff.). Bei derartigen Einkommensverhältnissen, die nicht nur bei Weitem die Kosten für einen angemessenen Lebensunterhalt des Arbeitnehmers, sondern auch den Durchschnittslohn um ein Vielfaches übersteigen, lässt sich ein Eingriff in die Privatautonomie der Parteien durch ein entsprechendes Schutzbedürfnis des Arbeitnehmers nicht legitimieren. Es besteht kein Anlass mehr, mit Mitteln des Arbeitsrechts korrigierend zugunsten des Arbeitnehmers in das Verhältnis zwischen geschuldetem Salär und der im Ermessen des Arbeitgebers stehenden zusätzlichen (freiwilligen) Entschädigung einzuschreiten. Unter dieser Voraussetzung ist, in Präzisierung der Rechtsprechung, das Verhältnis der Höhe dieser Sondervergütung zum Fixlohn ohne Bedeutung.

5.4 Der Lohn des Beschwerdeführers für das Jahr 2005, bestehend aus dem Fixgehalt und dem Cash-Anteil des Bonus, betrug unbestrittenermassen Fr. 2 015 294.–. Dabei handelt es sich um ein überdurchschnittlich hohes Einkommen, welches das Existenzminimum des Beschwerdeführers um ein Mehrfaches übersteigt. Nach dem Gesagten kann bei einem Jahreslohn von über 2 Mio. Schweizerfranken als Entgelt für eine vollzeitige Arbeitsleistung der soziale Schutzgedanke für die Qualifikation zusätzlicher Leistungen des Arbeitgebers keine Bedeutung mehr haben.

Das Verhältnis zwischen dem Bonus und dem Lohn ist demnach nicht entscheidrelevant, weshalb auf die diesbezüglichen Argumente des Beschwerdeführers nicht weiter eingegangen werden muss. In diesem Sinne hat die Vorinstanz die PIP-Anteile zu Recht als Gratifikation (Art. 322d OR) qualifiziert. Entsprechend hat der Beschwerdeführer keinen Anspruch auf die Auszahlung des aufgeschobenen Aktienbonus.

Tribunal fédéral, Arrêt du 28 février 2013, Doss.-No 4A_610/2012 (Rejet du recours en matière civile interjeté contre l'arrêt de la Cour de justice du canton de Genève, Chambre des prud'hommes, du 12 septembre 2012)

Nature d'un plan social. Lorsque le plan social est conclu avec un syndicat de travailleurs, il est considéré comme une forme particulière de convention collective de travail au sens de l'art. 356 CO. A côté de cette première catégorie, il est aussi possible que l'employeur propose unilatéralement un plan social à ses travailleurs. Il s'agit alors d'une offre au sens juridique qui, si elle est acceptée par les employés (après négociation ou même tacitement: art. 6 CO), lie les parties et devient un complément au contrat individuel de travail conclu avec chaque travailleur. Un engagement purement unilatéral n'est d'ailleurs pas exclu. On peut aussi imaginer que l'employeur ne fasse qu'une déclaration d'intention sans volonté de s'obliger, ce qui reste sans effet juridique (c. 2.2).

Art. 328 CO. En matière de contrat individuel de travail, la jurisprudence a déjà affirmé que la liberté contractuelle prévalait sur le principe de l'égalité de traitement. On peut toutefois concevoir que certaines formes de discrimination puissent constituer une violation par l'employeur de son obligation de respecter la personnalité du travailleur (art. 328 al. 1 CO). Il n'y a en principe pas d'inégalité de traitement lorsque la différence s'explique par des motifs économiques raisonnables. Il est parfaitement admissible qu'un travailleur qui se trouve à un moment donné dans une position stratégique puisse bénéficier d'une prime, alors même qu'un autre employé, qui n'est pas dans la même situation sans avoir nullement démérité, n'en profitera pas (c. 2.4).

Extraits des faits:

Par contrat du 27 avril 2001, A., société anonyme ayant son siège à Genève, et X., domicilié en France, sont convenus que ce dernier travaillerait pour la société en qualité d'actuaire moyennant le paiement du salaire fixé entre les parties. Par la suite, A. est devenue en mars 2010 Y. Ltd; son siège a été déplacé d'abord à Opfikon, puis à Zurich. Il s'agit d'une société filiale de la société du même nom qui a son siège à Munich (Allemagne). A la fin du mois de septembre 2006, les parties ont signé un contrat prévoyant que X. serait détaché auprès de la maison mère à Munich pour une durée de deux ans, renouvelable pour deux années supplémentaires; il était précisé que son rapport de travail demeurait soumis au droit suisse et qu'il devait être réintégré dans la société fille lorsque la période de détachement prendrait fin. Le détachement de X. a par la suite été renouvelé pour deux ans, soit jusqu'au 30 septembre 2010.

Au cours d'une séance tenue le 22 janvier 2009, A. a annoncé à ses employés à Genève, soit 130 personnes, qu'elle avait décidé de transférer l'ensemble des activités de l'entreprise à Zurich d'ici à la fin du mois de septembre 2010. La société a présenté à ses collaborateurs travaillant à Genève un document intitulé «Retention Plan/Social Plan». X., qui travaillait alors à Munich, n'a pas été convié à cette séance et n'a pas reçu le document. Le 26 janvier 2009, A. a informé l'office cantonal de l'emploi qu'elle prévoyait un licenciement collectif et avait ouvert la procédure de consultation des travailleurs.

Le même jour, ladite société a envoyé un courrier à ses employés travaillant à Genève. X. ne figurait pas parmi les destinataires de ce document. Il y était exposé en substance que chaque collaborateur travaillant à Genève se voyait offrir les mêmes fonctions, aux mêmes conditions, mais à Zurich, à compter du 1er octobre 2010, et qu'il était conçu pour eux un «Moving Plan». Pour ceux qui n'accepteraient pas de déménager à Zurich, ils seraient licenciés avec effet au 30 septembre 2010. Pour eux était conçu le «Retention Plan/Social Plan». Le document précisait encore ce qui suit:

«Si vous décidez de ne pas déménager à Zurich, nous espérons pouvoir compter sur vous jusqu'à la fin du mois de septembre 2010, ainsi que sur la continuation de votre soutien et de votre collaboration aussi dans ces circonstances. A cet effet, nous vous proposons des conditions financières fort attrayantes». Le «Retention Plan/Social Plan» prévoyait une prime de fidélité égale à une année de salaire pour autant que les collaborateurs demeurent employés de la société à Genève jusqu'au 30 septembre 2010 et que les «buts personnels fixés spécifiquement pour le projet de déménagement» soient atteints.

Par courrier électronique du 18 février 2009, X., qui travaillait toujours à Munich et avait été informé par un collègue, s'est plaint auprès de son employeur de n'avoir reçu aucun document en lien avec le déménagement à Zurich. Selon ses dires, X. a reçu, à la suite de cette réclamation, un courrier électronique qui ne lui était à l'origine pas destiné. Comme il insistait pour recevoir les documents, il les a reçus par courrier du 19 février 2009 accompagné d'une lettre d'une juriste de l'entreprise qui lui expliquait que sa situation était particulière dès lors qu'il se trouvait à Munich. Cette lettre indiquait ceci: «C'est pourquoi les packages, tels qu'ils sont exposés dans les différents courriers, ne seront pas applicables pour vous». La juriste précisait néanmoins qu'il pouvait formuler des propositions et qu'une offre de contrat lui serait adressée. Une nouvelle séance avec les collaborateurs a eu lieu le 12 mars 2009, mais sans la présence de X. Diverses modifications ont été apportées au «Retention Plan/Social Plan» sur proposition des travailleurs. Par des courriers du 24 mars 2009, A. a informé les collaborateurs, y compris X., ainsi que l'office cantonal de l'emploi, que 46 employés avaient accepté le déménagement à Zurich, que des solutions individuelles avaient été trouvées pour 9 personnes et que 56 collaborateurs étaient licenciés pour le 30 septembre 2010. Par courrier électronique du 28 avril 2009, la juriste de l'entreprise a écrit à X. pour lui expliquer que, contrairement à ses collègues de Genève, il n'avait pas reçu la résiliation de son contrat de travail et que l'on cherchait une solution appropriée à son cas. Des discussions ont eu lieu entre les parties en vue de l'engagement de X. à Zurich. Il semble que l'on ait également envisagé un engagement par la société mère à Munich. X. n'a pas accepté les propositions faites. Par courrier du 16 juin 2010, Y. Ltd, à Zurich, a résilié les rapports de travail la liant à X. pour le 30 septembre 2010 au motif qu'il avait indiqué, à fin mai 2010, qu'il n'entendait pas suivre la société à Zurich. Les parties sont ensuite entrées en litige au sujet de l'indemnité à laquelle X. soutenait avoir droit sur la base du «Retention Plan/Social Plan».

Par acte déposé au greffe du Tribunal des prud'hommes de Genève le 18 mai 2011, X. a formé une demande en paiement dirigée contre Y. Ltd ayant son siège à Zurich, réclamant à cette dernière une année de salaire, soit 112 020 fr., ainsi qu'une somme de 15 000 fr. pour des mesures «d'outplacement» dont il n'avait pas bénéficié. L'employeur a conclu au rejet de la demande. Par jugement du 6 mars 2012, le Tribunal des

prud'hommes a rejeté la demande formée par X. Par arrêt du 12 septembre 2012, la Chambre des prud'hommes de la Cour de justice a rejeté le recours de l'employé. X. exerce un recours en matière civile au Tribunal fédéral contre l'arrêt cantonal.

Extraits des considérants:

2.2 Le recourant fonde ses prétentions sur le «Retention Plan/Social Plan», qu'il qualifie de plan social.

Le but d'un plan social est d'atténuer les effets pénibles pour les travailleurs licenciés de la décision prise par une entreprise, pour des motifs économiques, de réduire son personnel. Les plans sociaux ne font pas l'objet d'une réglementation expresse en droit suisse (ATF 133 III 213 consid. 4.3 p. 215; 132 III 32 consid. 6.1 p. 43).

Lorsque le plan social est conclu avec un syndicat de travailleurs, il est considéré comme une forme particulière de convention collective de travail au sens de l'art. 356 CO (ATF 133 III 213 consid. 4.3.1 p. 215). Il sied ainsi de distinguer entre les clauses obligationnelles qui lient les parties signataires et les clauses normatives qui s'appliquent à tous les contrats individuels de travail concernés et qui peuvent donc être invoquées par les travailleurs (ATF 133 III 213 consid. 4.3.1 p. 215; arrêt 4A_670/2010 du 4 avril 2011 consid. 3.1). Le plan social conclu avec la représentation des travailleurs appartient à cette catégorie (ATF 133 III 213 consid. 4.3.2 p. 216 et les références citées).

A côté de cette première catégorie, il est aussi possible que l'employeur propose unilatéralement un plan social à ses travailleurs. Il s'agit alors d'une offre au sens juridique qui, si elle est acceptée par les employés (après négociation ou même tacitement: art. 6 CO), lie les parties et devient un complément au contrat individuel de travail conclu avec chaque travailleur (ATF 132 III 32 consid. 6.1 p. 44; de manière plus succincte: ATF 133 III 213 consid. 4.3.3 p. 216). Un engagement purement unilatéral n'est d'ailleurs pas exclu.

On peut aussi imaginer que l'employeur ne fasse qu'une déclaration d'intention sans volonté de s'obliger, ce qui reste sans effet juridique (ATF 132 III 32 consid. 6.1 p. 44 in fine).

En l'espèce, il n'y a pas trace d'un accord passé avec un syndicat ou une délégation des travailleurs. On ne se trouve donc pas en présence d'une convention collective de travail. En revanche, la volonté de s'obliger de l'employeur ressort clairement des constatations cantonales. Il faut donc considérer que le «Retention Plan/Social Plan» qui a été présenté aux employés travaillant à Genève en vue d'être discuté constituait une offre au sens juridique faite par l'employeur.

2.3 La conclusion d'un contrat, respectivement d'un complément à un contrat déjà existant, suppose l'accord des parties (art. 1 al. 1 CO). Il faut en conséquence qu'il y ait une offre et une acceptation concordantes.

L'acceptation par l'une des parties ne saurait suppléer l'absence d'offre par l'autre.

L'offre de conclure un contrat, ou de modifier un contrat en cours, est une manifestation de volonté; l'auteur doit vouloir l'objet de l'offre et il doit vouloir, de plus, émettre l'offre à l'intention du destinataire; ce dernier ne peut pas se prévaloir d'une intention de l'auteur dont il a eu connaissance, mais qui ne lui a pas été volontairement communiquée (arrêt 4A_138/2008 du 30 mai 2008 consid. 2.1 et les auteurs cités). Seul le destinataire de l'offre peut l'accepter. Un tiers ne peut pas se saisir d'une offre qui ne lui est pas adressée pour l'accepter, parce que cela reviendrait à nier le droit de l'offrant de déterminer avec quelle personne il veut s'engager.

En l'espèce, il a été constaté en fait que l'employeur n'a pas envoyé le projet de «Retention Plan/Social Plan» au recourant et qu'il ne l'a pas davantage convoqué aux séances pour discuter ce document. Si un collègue lui a donné connaissance de ces éléments, c'est manifestement à titre amical, et non pas en tant que représentant de l'employeur. Lorsque le recourant a demandé à recevoir ces informations, il a tout d'abord reçu un courrier électronique dont on ne peut déduire aucune volonté de l'employeur de s'engager à son égard; puis il a reçu les documents demandés avec une lettre d'accompagnement indiquant que les prestations offertes ne s'appliquaient pas à son cas. Il n'y a jamais eu de déclaration de l'employeur allant en sens inverse. La cour cantonale a d'ailleurs retenu – sur la base d'une appréciation des preuves dont l'arbitraire n'est nullement démontré – que l'employeur n'avait pas la volonté de s'engager à l'égard du recourant.

Ainsi, celui-ci n'a reçu aucune offre au sens juridique qu'il aurait pu accepter. Il se prévaut en réalité d'un contrat conclu avec d'autres, ce qui n'est pas admissible en raison de la relativité des conventions.

On ne discerne aucune violation du principe de la confiance ou du principe de la bonne foi ni trace d'arbitraire dans l'établissement des faits.

2.4 Le recourant se plaint enfin d'une inégalité de traitement.

En matière de contrat individuel de travail, la jurisprudence a déjà affirmé que la liberté contractuelle prévalait sur le principe de l'égalité de traitement (ATF 129 III 276 consid. 3.1 p. 281 s.). On peut toutefois concevoir que certaines formes de discrimination puissent constituer une violation par l'employeur de son obligation de respecter la personnalité du travailleur (art. 328 al. 1 CO). Il n'est pas nécessaire d'approfondir ici la question d'un point de vue théorique (cf. par ex.: RÉMY WYLER, Droit du travail, 2e éd. 2008, p. 739 ss et 743 ss).

En effet, la cour cantonale a admis – sur la base d'un état de fait qui ne peut être qualifié d'arbitraire – qu'il n'y a pas d'inégalité de traitement, parce que la différence s'explique par des motifs économiques raisonnables. Il est parfaitement admissible qu'un travailleur qui se trouve à un moment donné dans une position stratégique puisse bénéficier d'une prime, alors même qu'un autre employé, qui n'est pas dans la même situation sans avoir nullement démérité, n'en profitera pas.

De manière non arbitraire, la cour cantonale a déduit des pièces produites et des déclarations que les prestations litigieuses avaient été promises par l'employeur – comme le montrent les conditions auxquelles elles étaient assujetties – dans le but d'éviter que les bureaux de Genève ne tombent en déliquescence et pour inciter les employés de ce site à continuer de travailler à plein régime jusqu'à la fermeture. Dès lors que le recourant ne travaillait pas à Genève, il ne pouvait exercer aucune influence, positive ou négative, sur le bon fonctionnement des bureaux de Genève jusqu'à leur clôture. Il était ainsi soutenable de ne pas lui accorder les mêmes avantages. Et il n'y a pas d'atteinte aux droits de la personnalité qui permettrait au recourant de se prévaloir de clauses qui ne figuraient pas dans son contrat.

Le recours doit être rejeté.

Tribunal fédéral, Arrêt du 6 mars 2013, Doss.-No 4A_641/2012 (Rejet du recours en matière civile contre l'arrêt de la Chambre des prud'hommes de la Cour de justice du canton de Genève du 26 septembre 2012)

Activité bénévole. Art. 320 al. 2 CO. L'existence d'un contrat de travail est certes présumée 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; néanmoins, les parties peuvent valablement convenir, de manière expresse ou tacite (art. 1er al. 2 CO), que l'activité est ou sera fournie gratuitement, avec cette conséquence que leur relation n'est pas soumise aux règles du contrat de travail (c. 2). En l'espèce, compte tenu du contexte dans lequel la demanderesse a intégré le service de dermatologie parmi d'autres médecins non rémunérés, et aussi longtemps qu'elle ne mettait pas un terme à sa collaboration, les organes de l'établissement pouvaient admettre de bonne foi que cette personne acceptait de travailler bénévolement en considération des connaissances professionnelles et du savoir-faire qu'elle pouvait développer de cette manière (c. 3).

Extraits des faits:

X., née en 1946, a obtenu en 1977 un diplôme de docteur en médecine d'une université française; elle est spécialisée en gynécologie et urologie. Au sein du service d'urologie des Hôpitaux Universitaires de Genève, établissement de droit public cantonal, X. a travaillé en qualité de médecin interne du 1er mars au 30 septembre 2004, au taux d'activité de trente pour cent. Ses services étaient rémunérés.

Egalement dès le 1er mars 2004, X. a fourni une activité non rémunérée au sein du service de dermatologie alors dirigé par le professeur U. Elle participait sous supervision à des consultations; elle prenait part à des colloques où elle faisait parfois des présentations; elle accomplissait des

gestes techniques tels que biopsies et prélèvements. Elle signait des ordonnances. Le 23 juin 2004, X. a communiqué à l'office cantonal de la population qu'elle avait accepté l'offre du professeur U. d'une formation en dermatologie et vénérologie FMH de quatre années, sans salaire, et qu'elle vivrait à Genève de ses revenus personnels. Le 13 mars 2006, à sa demande, le service des ressources humaines de l'établissement a rédigé un certificat dans les termes suivants: «Par la présente, nous attestons que Madame X. est en formation non rémunérée auprès du service de dermatologie depuis le 1er mars 2004 à ce jour.» Le professeur U. a établi une attestation similaire le 11 juillet 2007, également remise à X. Le professeur U. s'est retiré le 30 septembre 2009. Avec effet au 31 du mois suivant, l'établissement a mis fin à la collaboration de X.

Le service du professeur U. comprenait en permanence une dizaine de médecins invités ou extraordinaires qui n'étaient pas rémunérés. La plupart bénéficiaient de bourses et accomplissaient une formation de cinq ans en vue d'obtenir l'équivalent du diplôme de spécialiste FMH à faire valoir à l'étranger. D'ordinaire, les médecins invités qui n'étaient pas en formation FMH ne restaient pas plus d'une année. Les candidatures étaient nombreuses. Le professeur n'engageait pas de médecins internes – rémunérés – en formation FMH sans les avoir observés quelques mois en qualité de médecins invités. Les postes de médecins internes étaient peu nombreux et le professeur les réservait aux «personnes locales». Des médecins invités étaient présents aussi dans d'autres services de l'établissement hospitalier. Les conditions de leur activité n'étaient pas réglées par un contrat formel mais convenues oralement avec le chef de service. Le professeur U. a considéré que X., médecin expérimenté, pouvait apporter ses compétences au service de dermatologie tout en en acquérant de nouvelles. Notamment en raison de son âge et des contraintes inhérentes à la formation de spécialiste FMH, elle ne pouvait en revanche pas entreprendre cette formation, ce qu'il tentait de lui faire comprendre lors de leurs entretiens annuels. Elle n'a jamais commencé le cursus FMH, lequel inclut obligatoirement des gardes et une activité au service des lits, et le professeur n'a signé aucune attestation de formation correspondante. Le cas de X. a suscité des critiques car elle n'était pas en formation mais restait longtemps dans le service.

Le 27 janvier 2010, X. a fait notifier un commandement de payer aux Hôpitaux Universitaires de Genève. Elle réclamait 398 068 fr. 15 et 97 431 fr. 60 avec intérêts. L'établissement a fait opposition.

Le 27 août suivant, X. a ouvert action contre l'établissement devant le Tribunal des prud'hommes du canton de Genève. Le tribunal s'est prononcé le 19 décembre 2011; il a déclaré la demande irrecevable au motif que les parties ne s'étaient pas liées par un contrat de travail et que la juridiction prud'homale n'était donc pas compétente. La Chambre des prud'hommes de la Cour de justice a statué le 26 septembre 2012 sur l'appel de la demanderesse; elle a confirmé le jugement. La demanderesse interjette un recours en matière civile devant le Tribunal fédéral.

Extraits des considérants:

2.

La demanderesse soutient qu'elle a collaboré au sein du service de dermatologie en exécution d'un contrat de travail et que l'établissement défendeur reste lui devoir la contrepartie de son activité, soit le salaire cumulé sur toute la durée de sa collaboration.

A teneur de l'art. 319 al. 1 CO, par le contrat individuel de travail, le travailleur s'engage à travailler au service de l'employeur et celui-ci s'engage à payer un salaire. L'obligation de payer un salaire est un élément essentiel du contrat de travail, en ce sens que si une personne promet ou accepte de fournir une activité non rémunérée, elle ne conclut pas un contrat de travail. Selon l'art. 320 al. 2 CO, un pareil contrat est certes présumé 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; néanmoins, les parties peuvent valablement convenir, de manière expresse ou tacite (art. 1er al. 2 CO), que l'activité est ou sera fournie gratuitement, avec cette conséquence que leur relation n'est pas soumise aux règles du contrat de travail (ULLIN STREIFF ET AL., Arbeitsvertrag, 7e éd., 2012, p. 73/74; THOMAS GEISER et ROLAND MÜLLER, Arbeitsrecht in der Schweiz, 2e éd., 2012, n° 111 p. 40; RÉMY WYLER, Droit du travail, 2e éd., 2008, p. 58).

Lorsque les parties se sont liées par un contrat de travail mais n'ont pas arrêté le montant du salaire, l'employeur doit payer le salaire usuel ou fixé par un contrat-type ou une convention collective de travail (art. 322 al. 1 CO). Le salaire convenu peut comprendre des prestations en nature (cf. ATF 131 III 615 consid. 5.1 p. 619).

3.

Durant plus de cinq ans, ce qui est un laps très important, la demanderesse a travaillé sans rémunération au sein du service de dermatologie de l'établissement défendeur. Elle n'a jamais élevé de prétentions pécuniaires avant que l'établissement eût mis fin à son activité. De ses propres déclarations à l'office cantonal de la population et des attestations qu'elles a reçues de l'établissement, le 13 mars 2006 puis le 11 juillet 2007, il ressort sans équivoque qu'elle connaissait et acceptait le caractère bénévole de sa prestation.

Elle reconnaît d'ailleurs qu'elle a accepté de travailler sans salaire. Selon ses affirmations, c'est «parce que le professeur U. lui avait offert la possibilité concrète de préparer son FMH en dermatologie»; par la suite, au cours de son activité, «elle ne s'est jamais rendu compte de l'absence de contre-prestation». Constatant que la «rémunération en nature» qui était convenue ne lui a pas été fournie, elle réclame «logiquement» le salaire correspondant à la «fonction exercée durant plus de cinq ans».

D'après les constatations déterminantes selon l'art. 105 al. 1 LTF, il n'est pas établi que le professeur U. ait proposé à la demanderesse une

formation de spécialiste FMH en dermatologie. Il n'est pas non plus constaté que pendant la longue durée de son activité, la demanderesse ait sérieusement cru satisfaire aux exigences de cette formation alors qu'elle n'en suivait pas le cursus. Il n'y a donc pas lieu de discuter plus longuement le raisonnement proposé à l'appui du recours.

Le principe de la confiance régit l'interprétation des manifestations de volonté entre cocontractants; il permet d'imputer à une partie, même lorsqu'il ne correspond pas à sa volonté intime, le sens objectif de sa déclaration ou de son comportement (ATF 135 III 410 consid. 3.2 p. 412; 133 III 675 consid. 3.3 p. 681). En l'espèce, compte tenu du contexte dans lequel la demanderesse a intégré le service de dermatologie parmi d'autres médecins non rémunérés, et aussi longtemps qu'elle ne mettait pas un terme à sa collaboration, les organes de l'établissement pouvaient admettre de bonne foi que cette personne acceptait de travailler bénévolement en considération des connaissances professionnelles et du savoir-faire qu'elle pouvait développer de cette manière. Il est sans importance que l'occupation bénévole de la demanderesse se soit prolongée inhabituellement, voire peut-être inutilement longtemps. Il importe également peu que la demanderesse ait accepté cette occupation bénévole dans l'espoir, selon ses dires, d'entreprendre une formation de spécialiste FMH en dermatologie. Elle n'a de toute manière stipulé aucune rémunération, ni en argent ni en nature, et elle ne peut donc pas se prévaloir d'un contrat de travail.

Il n'est pas nécessaire d'examiner si le contrat de travail allégué par la demanderesse eût été compatible avec le droit public cantonal qui régit en principe les rapports de service au sein de l'établissement hospitalier (cf. art. 1er al. 1 let. e de la loi genevoise relative au personnel de l'administration cantonale, du pouvoir judiciaire et des établissements publics médicaux, du 4 décembre 1997).

Enfin, la demanderesse argue inutilement de l'art. 320 al. 3 CO relatif aux effets d'un contrat de travail qui se révèle nul, car cette disposition suppose que les parties aient conclu un contrat de travail.

Bundesgericht, Urteil vom 13. März 2013, Doss.-Nr. 4A_690/2012 (Bestätigung des Urteils des Kantonsgerichts Schwyz vom 2. Oktober 2012)

Ungerechtfertigte fristlose Entlassung, Art. 337c OR. Ist eine Änderung der Arbeitszeiten nur durch vertragliche Übereinkunft (Absprache) und nicht aufgrund einseitiger Weisung des Arbeitgebers möglich, wurden ferner die mit Weisung festgelegten neuen Arbeitszeiten der Arbeitnehmerin zu spät kommuniziert, rechtfertigt deren Nichterscheinen an zwei Arbeitstagen noch nicht, ihr fristlos zu kündigen (E. 3.2.1, 3.2.2).

Sachverhalt:

A. (Klägerin, Beschwerdegegnerin) war seit dem Februar 2005 bei der X. GmbH (Beklagte, Beschwerdeführerin) als Therapeutin angestellt, zunächst in einem Teilzeit-, ab dem 1. September 2005 in einem Vollzeitpensum. Mit Schreiben vom 28. Oktober 2007 und vom 4. November 2007 verwarnte die Beklagte die Klägerin. Am 10. Januar 2008 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis mit der zum Kündigungszeitpunkt schwangeren Klägerin fristlos. Am 11. und am 16. Januar 2008 teilte die Klägerin der Beklagten mit, dass sie mit der Kündigung nicht einverstanden sei.

Mit Klageschrift vom 10. Juni 2008 machte die Klägerin geltend, die fristlose Kündigung sei ungerechtfertigt gewesen, und forderte von der Beklagten gestützt auf Art. 337c Abs. 1 und 2 OR Fr. 48 177.80 nebst 5% Zins seit dem 11. Januar 2008. Die Beklagte beantragte, die Klage abzuweisen, und verlangte gleichzeitig widerklageweise Fr. 28 821.– Schadenersatz im Sinne von Art. 337b zuzüglich Zins zu 5% seit dem 11. Januar 2008 OR. Der Einzelrichter des Bezirkes March verpflichtete die Beklagte mit Urteil vom 27. April 2011 zur Bezahlung von Fr. 30 162.25 brutto nebst 5% Zins seit dem 24. Januar 2008 und Weiterleitung der entsprechenden Sozialversicherungsbeiträge an die Sozialversicherungsbehörden sowie zur Zahlung von Fr. 2700.– nebst 5% Zins seit dem 10. Juni 2008. Die Widerklage wies er ab. Mit Berufung vom 3. Juni 2011 beim Kantonsgericht Schwyz trug die Beklagte auf Abweisung der Klage an, eventuell auf Rückweisung der Sache an das Bezirksgericht zu weiterer Beweisabnahme. Die Klägerin beantragte mit Berufungsantwort/Anschlussberufung vom 7. Juli 2011, die Berufung abzuweisen und die Beklagte im Rahmen der Entschädigung nach Art. 337c Abs. 3 OR zu verpflichten, ihr Fr. 10 800.– nebst 5% Zins seit 10. Juni 2008 zu bezahlen anstatt des vom Einzelrichter zugesprochenen Betrages von Fr. 2700.–. Das Kantonsgericht Schwyz wies die Berufung mit Urteil vom 2. Oktober 2012 ab und schützte die Anschlussberufung teilweise, indem es die Beklagte verpflichtete, der Klägerin statt Fr. 2700.– eine Pönale von Fr. 5400.– nebst 5% Zins seit dem 10. Juni 2008 zu bezahlen. Die Beklagte gelangte ans Bundesgericht.

Aus den Erwägungen:

3.

Zu prüfen ist, ob die Vorinstanz zu Recht von einer ungerechtfertigten fristlosen Entlassung ausging.

3.1 Vorerst ist umstritten, ob von einem eigenmächtigen Ferienbezug zwischen Weihnachten 2007 und Neujahr 2008 als Grund für die fristlose Entlassung auszugehen ist. Die Vorinstanz nahm an, die Beweislast für das Vorliegen eines wichtigen Grundes gemäss Art. 337 Abs. 1 OR liege bei der Beklagten; diese hätte daher auch die Tatsache des eigenmächtigen Ferienbezugs beweisen müssen. Diesen Beweis habe sie nicht erbracht. Darüberhinaus ging die Vorinstanz davon aus, dass, selbst wenn ein ei-

genmächtiger Ferienbezug erstellt wäre, die am 10. Januar 2008 ausgesprochene fristlose Kündigung verspätet erfolgt wäre.

Die Beschwerdeführerin beanstandet einzig die vorinstanzliche Beweislastverteilung. Die selbstständige Alternativbegründung, dass eine fristlose Kündigung gestützt auf diesen Kündigungsgrund jedenfalls verspätet erfolgt wäre, rügt sie nicht. Allein mit dem behaupteten unberechtigten Ferienbezug kann daher unabhängig von der Beweislastverteilung die fristlose Kündigung nicht gerechtfertigt werden.

3.2 Als weiterer wichtiger Grund für die fristlose Entlassung wird das unberechtigte Nicht-Erscheinen zur Arbeit am 11. und 18. Januar 2008 geltend gemacht.

3.2.1 Diesbezüglich ist von folgendem, für das Bundesgericht verbindlichen Sachverhalt auszugehen: Es bestand eine gut zweijährige Übung, wonach die Arbeitszeiten der Klägerin auf Montag (10.00 Uhr bis 20.00 Uhr), Dienstag bis Donnerstag (7.00 Uhr bis 22.00 Uhr) sowie jeden zweiten Freitag (7.00 Uhr bis 14.00 Uhr) festgelegt waren. Mit Schreiben vom 10. Dezember 2007 teilte die Beschwerdeführerin dieser mit, dass die Arbeitszeiten ab 1. Januar 2008 geändert würden. Neu habe sie von Montag bis Donnerstag jeweils von 7.45 Uhr bis 12.00 Uhr und von 13.00 Uhr bis 17.30 Uhr sowie am Freitag von 7.00 Uhr bis 12.00 Uhr und von 13.00 Uhr bis 15.00 Uhr zu arbeiten. Daraufhin teilte die Klägerin der Beklagten mit Schreiben vom 5. Januar 2008 mit, dass ihr die neuen Arbeitszeiten zu spät kommuniziert worden seien und sie aus diesem Grund schon bestehende Termine am Freitag, 11. Januar 2008, am Montag, 14. Januar 2008, sowie am Freitag, 18. Januar 2008, nicht wahrnehmen könne. Jene Termine würden somit als Arbeitszeit gelten und seien von der Beklagten zu entschädigen. Am 9. Januar 2008 antwortete diese darauf, dass die Termine vom 14. und vom 18. Januar 2008 zu verschieben seien und die Klägerin zur Arbeit zu erscheinen habe. Am 11. Januar 2008 habe sie einen Ferientag zu beziehen.

3.2.2 Die Vorinstanz nahm an, dass eine Änderung der Arbeitszeiten nur durch vertragliche Übereinkunft und nicht aufgrund einer einseitigen Weisung der Arbeitgeberin möglich war. Sie legte das Antwortschreiben der Beschwerdegegnerin vom 5. Januar 2008 sodann nach dem Vertrauensprinzip so aus, dass diese zwar mit den neuen Arbeitszeiten einverstanden war, jedoch unter der Bedingung, dass aufgrund schon bestehender und nicht verschiebbarer Termine am 11., 14. und 18. Januar 2008 die entsprechenden Abwesenheiten als Arbeitszeit gelten müssten. Technisch habe es sich hierbei um ein Gegenangebot gehandelt, das von der Beschwerdeführerin nicht angenommen worden sei. Der Beschwerdegegnerin könne somit ihr Nichterscheinen am 11. und 18. Januar 2008 nicht zum Vorwurf gemacht werden.

3.2.3 Was die Beschwerdeführerin dagegen vorbringt, ist nicht geeignet, diese Beurteilung in Frage zu stellen. Sie stellt vorerst in Abrede, dass eine vertragliche Einigung notwendig gewesen sei; gemäss Arbeitsvertrag

habe vielmehr sie die Arbeitszeiten durch Weisung bestimmen können. Gemäss Ziff. 5 des Arbeitsvertrages waren die Arbeitszeiten nicht festgelegt, sondern nur das Arbeitspensum von 100%, d.h. 42 Stunden pro Woche. «Die Aufteilung der Arbeitszeit auf die einzelnen Wochentage wird von der Arbeitgeberin in Absprache mit der Arbeitnehmerin festgelegt, wobei die Bedürfnisse des Betriebes berücksichtigt werden». Daraus kann kein einseitiges Weisungsrecht der Beschwerdeführerin abgeleitet werden; vielmehr bedurfte es einer Absprache. Eine solche fand mit der zweijährigen Übung statt; deren Änderung musste wiederum im gegenseitigen Einverständnis erfolgen. Unbegründet ist sodann der Einwand, dieses Einverständnis habe vorgelegen, weil die Beschwerdegegnerin selbst den 11. und 18. Januar 2008 als «Arbeitszeit» betrachtet und sich der «Weisung» der Beschwerdeführerin nicht widersetzt habe. Aus dem Schreiben vom 5. Januar 2008 ergibt sich klar, dass die Beschwerdegegnerin nicht vorbehaltlos einverstanden war. Dass sie nicht ausdrücklich das Wort «Bedingung» benutzte, ist nicht entscheidend. Die Vorinstanz ging zu Recht von einem Gegenantrag aus. Irrelevant ist schliesslich der Hinweis, es sei unglaubhaft, dass die Beschwerdegegnerin die Termine nicht mehr habe verschieben können.

3.3 Unbestrittenermassen entfernte sich die Beschwerdegegnerin am 10. Januar 2008 vom Arbeitsplatz, nach Angaben der Beschwerdeführerin für ca. eine Stunde. Auch die Beschwerdeführerin anerkennt, dass dies für sich allein genommen keinen Grund für eine fristlose Entlassung darstellt. Ihr Vorwurf, die Beschwerdegegnerin habe in diesem Zeitpunkt bereits zwei ganztätige Arbeitsverweigerungen in Aussicht gestellt, hat sich indessen als unbegründet erwiesen. Und nachdem die Beschwerdeführerin nach den Feststellungen der Vorinstanz den behaupteten eigenmächtigen Ferienbezug im Schreiben vom 9. Januar 2008 mit dem Betreff «Unbewilligte Absenzen» nicht thematisiert und die Beschwerdegegnerin abgemahnt hat, vermöchte die Absenz vom 10. Januar 2008 auch zusammen mit diesem keine fristlose Kündigung zu rechtfertigen. Damit kann offen bleiben, ob die Beschwerdeführerin die Behauptungen der Beschwerdegegnerin zum Geschehensablauf vom 10. Januar 2008 entgegen der Annahme der Vorinstanz hinreichend bestritten hat und wen bezüglich der Unzulässigkeit des Ferienbezugs die Beweislast trifft. Insgesamt erweist sich die fristlose Entlassung als unberechtigt.

Bundesgericht, Urteil vom 18. März 2013, Doss.-Nr. 4A_559/2012 (Bestätigung des Urteils des Obergerichts des Kantons Zürich vom 15. August 2012)

Ungerechtfertigte Entlassung. Als empfangsbedürftige Willenserklärung entfaltet die Kündigung ihre Wirkung erst mit dem Empfang durch den Adressaten (vorliegend 9. Mai 2011). Davon zu unterschei-

den ist der Zeitpunkt, in welchem die Kündigung ausgesprochen wurde (vorliegend Schreiben vom 21. April 2011). Als wichtiger Grund im Sinne von Art. 337 OR kommt nur ein Ereignis in Frage, welches sich vor dem Aussprechen der fristlosen Entlassung abgespielt hat. Die Arbeitgeberin kann sich demnach nicht darauf berufen, dass der eigenmächtige Ferienbezug des Arbeitnehmers nach dem 21. April 2011 sie zur fristlosen Kündigung berechtigt hätte (E. 5.1.2, 5.1.3).

Sachverhalt:

A. (Arbeitnehmer, Kläger, Beschwerdegegner) war seit dem 1. September 2010 bei der X. GmbH (Arbeitgeberin, Beklagte, Beschwerdeführerin) als Gipser angestellt. Anfang April 2011 ersuchte der Arbeitnehmer bei seinem Vorgesetzten um eine Bewilligung, an bzw. nach Ostern zwei Wochen Ferien beziehen zu dürfen, was ihm verwehrt wurde. Gemäss Darstellung des Arbeitnehmers soll sein Vorgesetzter hernach darauf zurückgekommen sein und ihm den Ferienbezug bewilligt haben, was indessen von der Arbeitgeberin bestritten wird. Am Vormittag des 21. April 2011 verliess der Arbeitnehmer seinen Arbeitsplatz und erschien erst am 9. Mai 2011 wieder zur Arbeit. Bereits am 21. April 2011 hatte die Arbeitgeberin eine fristlose Kündigung ausgesprochen, indem sie dem Arbeitnehmer ein entsprechendes Schreiben nach Hause sandte. Am 9. Mai 2011, nachdem der Arbeitnehmer nach seinen Ferien die Arbeit wieder aufnehmen wollte, wurde ihm eröffnet, er sei fristlos entlassen worden und brauche nicht mehr zur Arbeit zu kommen.

Am 21. September 2011 beantragte der Arbeitnehmer dem Arbeitsgericht Zürich, der Arbeitgeber sei zu verpflichten, ihm die Lohndifferenz in der Höhe von Fr. 1000.– (brutto) nebst Zins, den hypothetischen Lohn von Fr. 11 800.– (brutto) nebst Zins, die Kinder- und Ausbildungszulagen in der Höhe von Fr. 900.– (brutto) nebst Zins, den 13. Monatslohn in der Höhe von Fr. 2800.– (brutto) nebst Zins und Fr. 5600.– nebst Zins als Strafentschädigung wegen ungerechtfertigter fristloser Kündigung zu bezahlen. Mit Urteil vom 28. November 2011 hiess das Arbeitsgericht Zürich die Klage teilweise gut und verpflichtete die Beklagte, dem Kläger Fr. 21 500.– brutto bzw. Fr. 20 562.50 netto nebst Zins zu 5% seit dem 1. Juli 2011 zu bezahlen. Im Übrigen wies es die Klage ab. Gegen dieses Urteil erhob die Beklagte Berufung an das Obergericht des Kantons Zürich. Mit Urteil und Beschluss vom 15. August 2012 hat das Obergericht des Kantons Zürich beschlossen, dass das Urteil des Arbeitsgerichtes Zürich vom 28. November 2011 am 23. Februar 2012 insoweit in Rechtskraft erwachsen ist, als die Beklagte verpflichtet wurde, dem Kläger den Betrag von Fr. 3095.85 brutto bzw. Fr. 2909.40 netto zu bezahlen und die Klage im Fr. 21 500.– brutto bzw. Fr. 20 562.50 netto nebst Zins übersteigenden Betrage abgewiesen wurde. Sodann hat das Obergericht erkannt, dass die Beklagte verpflichtet wird, dem Kläger Fr. 18 404.15 brutto bzw.

Fr. 17 653.10 netto nebst Zins von 5% seit dem 1. Juli 2011 auf Fr. 21 500.– brutto bzw. Fr. 20 562.50 netto zu bezahlen (Ziff. 1). Weiter verpflichtete es die Beklagte, dem Kläger für das erstinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 4320.– (Ziff. 3) und für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 2160.– (Ziff. 4) zu bezahlen. Mit Beschwerde in Zivilsachen beantragt die Beklagte dem Bundesgericht: «(1.) Das Urteil der Vorinstanz vom 15. August 2012 sei aufzuheben, soweit dadurch die Beschwerdeführerin (Beklagte) zu einer Leistung verurteilt wird (vgl. Ziff. 1 Dispositiv Urteil) und damit entsprechende Entschädigungsfolgen verbunden sind (Ziff. 3 und 4 Dispositiv Urteil); (2.) Es sei festzustellen, dass die fristlose Kündigung am 9.5.2011 rechtmässig war; (3.) Eventualiter sei festzustellen, dass die fristlose Kündigung bereits am 21.4.2012 (recte 2011) rechtmässig war; (4.) Es sei die Verletzung des rechtlichen Gehörs zu heilen, indem das Bundesgericht die der Vorinstanz ordentlich offerierten Beweise abnimmt; (5.) Eventualiter sei die Sache an die Vorinstanz zur weiteren Sachverhaltsabklärung zurückzuweisen».

Aus den Erwägungen:

5.

Die Beschwerdeführerin rügt sodann eine Verletzung von Art. 337 OR.

5.1 Sie macht geltend, die fristlose Kündigung sei gültig erfolgt, da diese unmittelbar nach Rückkehr des Beschwerdegegners aus seinen eigenmächtig bezogenen Ferien, am 9. Mai 2011, ausgesprochen worden sei. Die Auffassung der Vorinstanz, wonach die Beschwerdeführerin am 9. Mai 2011 dem Beschwerdegegner lediglich das Schreiben vom 21. April 2011 übergeben habe, ohne eine erneute Willenserklärung abzugeben, sei falsch. Eine Kündigung sei erst mit dem Zugang bei der anderen Partei wirksam. Es sei unbestritten, dass dem Beschwerdegegner die Kündigung vom 21. April 2011 nie zugegangen sei, weshalb auf die Willensbildung der Beschwerdeführerin vom 9. Mai 2011 abzustellen sei; an diesem Tag habe sie dem Beschwerdegegner ihren Willen kundgetan und der Beschwerdegegner diesen in Empfang genommen.

5.1.1 Die Vorinstanz hat erwogen, dass zwischen der Aussprechung der fristlosen Entlassung, d.h. der Abgabe der entsprechenden Willenserklärung durch die Beschwerdeführerin und dem Zugang dieser Willenserklärung beim Beschwerdegegner zu unterscheiden sei.

Die Beschwerdeführerin habe unbestrittenermassen am 21. April 2011 ein Kündigungsschreiben an den Beschwerdegegner verfasst, welches ihm aber nie zugegangen sei. Es ergebe sich jedoch aus den Behauptungen der Beschwerdeführerin, dass sie bis zum 9. Mai 2011 davon ausgegangen sei, dass der Beschwerdegegner ihr Schreiben vom 21. April 2011 erhalten habe. Als der Beschwerdegegner am 9. Mai 2011 verneint habe, das Schreiben vom 21. April 2011 erhalten zu haben, sei ihm eine

Kopie des Kündigungsschreibens vom 21. April 2011 ausgehändigt worden. Das Datum, auf welches dem Kläger gekündigt wurde (22. April 2011), sei dabei unverändert geblieben. Die diesbezüglichen neuen Behauptungen der Beschwerdeführerin, wonach ihr Vertreter die fristlose Kündigung, aufgrund des eigenmächtigen Ferienbezugs gegenüber dem Beschwerdegegner am 9. Mai 2011 erneut ausgesprochen habe, seien verspätet und nicht mehr zu beachten. Die Beschwerdeführerin behaupte denn auch in keiner Art und Weise, dass sie am 9. Mai 2011 nochmals eine Willensbildung bezüglich der fristlosen Entlassung vorgenommen und eine entsprechende Erklärung abgegeben habe. Folglich sei davon auszugehen, dass dem Beschwerdegegner am 9. Mai 2011 lediglich das Kündigungsschreiben vom 21. April 2011 persönlich ausgehändigt wurde und die Beschwerdeführerin keine «neue» Willenserklärung abgegeben habe. Zum Zeitpunkt der ausgesprochenen Kündigung, am 21. April 2011, haben jedoch keine wichtigen Gründe vorgelegen, welche die Entlassung des Beschwerdegegners gerechtfertigt hätten.

5.1.2 Eine Kündigung ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung. Sie entfaltet damit ihre Wirkung erst mit dem Empfang durch den Adressaten (BGE 113 II 259 E. 2a S. 261). Davon zu unterscheiden ist jedoch der Zeitpunkt, in welchem die Kündigung ausgesprochen wurde. Als wichtiger Grund im Sinne von Art. 337 OR kommt nur ein Ereignis in Frage, welches sich vor dem Aussprechen der fristlosen Entlassung abgespielt hat. Nicht erforderlich ist aber, dass dieses Vorkommnis der kündigenden Partei im Zeitpunkt der Kündigungserklärung bekannt war. Insofern ist das Nachschieben von Kündigungsgründen nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zulässig (BGE 127 III 310 E. 4a S. 314; 124 III 25 E. 3c S. 29 f.). Sind das Verhalten oder die Umstände, die eine fristlose Kündigung rechtfertigen würden, hingegen erst nach der Kündigung eingetreten, rechtfertigen sie die – schon vorher ausgesprochene – fristlose Kündigung nicht.

5.1.3 Die Vorinstanz hat festgestellt, dass die Behauptung der Beschwerdeführerin, wonach sie am 9. Mai 2011 dem Beschwerdegegner aufgrund des eigenmächtigen Ferienbezugs eine neue Kündigung ausgesprochen habe, im Berufungsverfahren verspätet vorgebracht wurde und demnach unbeachtlich sei. Die Beschwerdeführerin setzt sich mit dieser Feststellung keineswegs auseinander. Sie tut nicht dar, inwiefern sie diese Behauptung im vorinstanzlichen Verfahren rechtzeitig vorgebracht hätte, weshalb sich die Vorinstanz damit hätte auseinandersetzen müssen. Sie bringt lediglich vor, dass auf die Kündigungsgründe am 9. Mai 2011 abzustellen sei. Damit vermag sie jedoch die vorinstanzliche Feststellung nicht als willkürlich auszuweisen, zumal verbindlich festgestellt wurde, dass die Beschwerdeführerin dem Beschwerdegegner am 9. Mai 2011 (lediglich) das Schreiben vom 21. April 2011 ausgehändigt hat. Aus dem Wortlaut des Schreibens vom 21. April 2011 («Aufgrund der momentanen Wirtschaftslage, muss ich Ihnen mit diesem Schreiben leider mitteilen, dass die Firma

X. GmbH das Arbeitsverhältnis mit Ihnen per 22. April 2011 auflöst») geht denn auch klar hervor, dass die Beschwerdeführerin ihren Willensentschluss bereits am 21. April 2011 gefasst hat. Die Kündigung wurde somit, wie die Vorinstanz willkürfrei festgestellt hat, am 21. April 2011 ausgesprochen.

Nach der zitierten Rechtsprechung kommt als wichtiger Grund im Sinne von Art. 337 OR nur ein Ereignis in Frage, das sich vor dem Aussprechen der fristlosen Kündigung, mithin vor dem 21. April 2011, abgespielt hat. Die Beschwerdeführerin kann sich demnach nicht darauf berufen, dass der eigenmächtige Ferienbezug des Beschwerdegegners nach dem 21. April 2011 sie zur fristlosen Kündigung berechtigt hätte.

5.2 Die Beschwerdeführerin bringt sodann vor, dass entgegen der Auffassung der Vorinstanz bereits am 21. April 2011 genügend Gründe für eine fristlose Kündigung vorgelegen haben. Dabei macht sie geltend, dass das Verhalten des Beschwerdegegners in seiner Gesamtheit zu betrachten sei; er habe am 21. April 2011 unberechtigterweise den Arbeitsplatz verlassen, sei vom Arbeitgeber dringend des Diebstahls verdächtigt gewesen, habe mangelhafte Arbeit abgeliefert und habe sich seit Januar 2011 geweigert, Arbeitsrapporte einzureichen. Aufgrund dieser gesamten Betrachtung des zerrütteten Arbeitsverhältnisses hätten die Voraussetzungen für eine fristlose Kündigung bereits am 21. April 2011 bestanden.

5.2.1 Diese Auffassung der Beschwerdeführerin trifft jedoch nicht zu. Besteht der Kündigungsgrund nicht in einem einzelnen Fehlverhalten des Arbeitnehmers, sondern in der Kumulation von solchen, welche für sich genommen die fristlose Kündigung nicht rechtfertigen können, so ist diese nach der Rechtsprechung nur zulässig, wenn der Arbeitnehmer die Pflichtverletzung trotz einer ausgesprochenen Verwarnung wiederholt (vgl. Urteil 4C.323/1998 vom 30. Juli 1999 E. 2 mit Hinweisen).

5.2.2 Die Vorinstanz hat ohne Bundesrechtsverletzung festgestellt, dass die einzelnen behaupteten Vertragsverletzungen nicht derart gravierend gewesen seien, dass mit Blick darauf, der Beschwerdeführerin die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses nicht mehr hätte zugemutet werden können. Keine der durch den Beschwerdegegner angeblich begangenen Verfehlungen habe die Beschwerdeführerin zur fristlosen Kündigung berechtigt.

Die Beschwerdeführerin habe nie behauptet, dass der Beschwerdegegner für die von ihm übernommene Arbeitsaufgabe total unfähig gewesen sei, womit die mangelnde Arbeitsleistung kein Grund für eine fristlose Kündigung dargestellt habe. Ebenso wenig lasse sich eine fristlose Kündigung durch das fehlende Einreichen der Arbeitsrapporte von Januar bis April 2011 rechtfertigen. So habe auch der angeblich begangene Diebstahl durch den Beschwerdegegner die Beschwerdeführerin nicht zur fristlosen Kündigung berechtigt; die Beschwerdeführerin habe trotz Verdacht des Diebstahls das Arbeitsverhältnis noch rund zwei Monate weitergeführt, ohne dass es ihr unzumutbar gewesen wäre. Deshalb habe sie ihr Recht auf

eine fristlose Kündigung verwirkt. Die Vorinstanz hielt sodann fest, dass auch das ungerechtfertigte Verlassen der Arbeitsstelle durch den Beschwerdegegner am 21. April 2011 nicht zu einer fristlosen Kündigung ausgereicht habe. Schliesslich könne ebenso der eigenmächtige Ferienbezug durch den Beschwerdegegner vom 21. April bis zum 9. Mai 2011 nicht berücksichtigt werden, da dieser im Zeitpunkt der Kündigung (21. April 2011) noch gar nicht bekannt gewesen sei.

5.2.3 Dass die Beschwerdeführerin den Beschwerdegegner jemals für sein Verhalten verwarnt hätte, wurde von der Vorinstanz nicht festgestellt und wird von der Beschwerdeführerin auch nicht vorgebracht. Demzufolge ist die Vorinstanz ohne Verletzung von Bundesrecht davon ausgegangen, dass auch die Gesamtheit der dem Beschwerdegegner vorgeworfenen Verfehlungen, die Beschwerdeführerin am 21. April 2011 nicht zur fristlosen Kündigung berechtigt hat.

5.3 Es ist demnach mit der Vorinstanz davon auszugehen, dass im Moment der Aussprache der Kündigung (21. April 2011) keine wichtigen Gründe vorgelegen haben, die eine fristlose Kündigung gerechtfertigt hätten. Die fristlose Kündigung ist demnach ungerechtfertigterweise erfolgt.

Bundesgericht, Urteil vom 22. März 2013, Doss.-Nr. 4A_665/2012 (teilweise Aufhebung des Entscheids des Obergerichts des Kantons Bern vom 28. September 2012)

Erklärt sich der Arbeitgeber in der Vereinbarung betreffend Beendigung des Arbeitsverhältnisses im gegenseitigen Einvernehmen gemäss Art. 10 Abs. 1 BPG bereit, dem Arbeitnehmer ab Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit Vollendung des 60. Altersjahres bis spätestens zur Vollendung des 65. Altersjahres im Rahmen eines externen Mandatsverhältnisses Arbeit im Umfang von 6 Arbeitstagen pro Monat zu übertragen, kommt dieser Verpflichtung aber in der Folge nicht nach, so hat der ehemalige Arbeitnehmer gemäss Art. 97 Abs. 1 OR Anspruch auf Ersatz der entgangenen Bruttohonorare abzüglich ersparter Aufwendungen. Die Aufwendungen, wie sie angefallen wären, hätte der Arbeitgeber dem ehemaligen Arbeitnehmer Arbeiten übertragen, sind gestützt auf Art. 42 Abs. 2 OR zu schätzen (E. 3.2.2, 3.2.3).

Sachverhalt:

A. (Arbeitnehmer) war ab 2001 bei der Pensionskasse X. (Arbeitgeberin) im Rahmen eines öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnisses als Immobilientreuhänder und facility manager des Immobilienportfolios tätig. Der monatliche Bruttolohn inkl. Anteil 13. Monatslohn betrug im September 2006 rund Fr. 10 700.–. Am 25. April 2006 unterzeichneten die Parteien die «Vereinbarung betreffend Beendigung des Arbeitsverhältnisses

im gegenseitigen Einvernehmen gemäss Artikel 10 Abs. 1 BPG». Ziffer 7 der Vereinbarung lautet: «Die Pensionskasse X. erklärt sich bereit, Herrn A. ab 1. Juli 2008 bis spätestens 30. Juni 2013 (Vollendung des 65. Altersjahres) im Rahmen eines externen Mandatsverhältnisses Arbeit im Umfang von 6 Arbeitstagen pro Monat zu übertragen. Die Honorierung erfolgt zu den im Immobilienbereich der Pensionskasse X. üblichen Tarifen». Die Arbeitgeberin übertrug dem Arbeitnehmer in der Folge keine Arbeiten. Dieser stellte für die Zeit ab Juli 2008 bis Dezember 2010 jeweils monatlich ein Honorar von Fr. 9000.–, total ausmachend Fr. 270 000.–, in Rechnung. Die Arbeitgeberin bezahlte keines dieser Honorare.

Mit Klage vom 25. August 2009 beim Regionalgericht Bern-Mittelland beantragte der Arbeitnehmer (Kläger), es sei gerichtlich festzustellen, dass die Arbeitgeberin (Beklagte) ihm seit 1. Juli 2008 bis 30. Juli 2013 Arbeit im Umfang von sechs Arbeitstagen pro Monat zu übertragen und die Arbeit mit Fr. 1500.– pro Arbeitstag zu entschädigen habe, und es sei die Beklagte zu verurteilen, ihm den Betrag von Fr. 117 000.– zuzüglich Zins zu 5% seit wann rechtens zu bezahlen. Die Beklagte ersuchte vorerst um Beschränkung des Prozesses auf die Frage der Zuständigkeit. Mit prozessleitender Verfügung vom 9. November 2009 wurde das Gesuch um Verfahrensbeschränkung abgewiesen. In der Folge beantragte die Beklagte die Rückweisung bzw. eventualiter die Abweisung der Klage. Der Einzelrichter des Regionalgerichts Bern-Mittelland schützte mit Urteil vom 9. Februar 2011 das Feststellungsbegehren teilweise und verpflichtete die Beklagte, dem Kläger den Betrag von Fr. 270 000.– für die Zeit vom 1. Juli 2008 bis zum 31. Dezember 2010 nebst Zins auf diesem Betrag von total Fr. 11 237.57 zu bezahlen. Gegen dieses Urteil reichte die Beklagte am 25. August 2011 Berufung beim Obergericht des Kantons Bern ein mit dem Begehren auf Rückweisung der Klage, eventuell deren Abweisung. Der Kläger trug auf Abweisung der Berufung an. Mit Entscheid vom 28. September 2012 schützte das Obergericht die Berufung teilweise. Es reduzierte den für den Zeitraum vom 1. Juli 2008 bis 31. Dezember 2010 zugesprochenen Betrag auf Fr. 152 000.– (Ziff. 2) und erhöhte den auf diesem Betrag zugesprochenen Zins auf Fr. 17 197.20 (Ziff. 3). Die Kosten auferlegte es zu 60% der Beklagten und zu 40% dem Kläger. Es legte Ziffer 7 der Auflösungsvereinbarung in dem Sinne aus, dass die Beklagte dadurch ohne weiteren Vorbehalt verpflichtet wurde, dem Kläger bezahlte Arbeit im Rahmen von sechs Arbeitstagen pro Monat zu übertragen. Da sie dieser Verpflichtung nicht nachgekommen sei, habe der Kläger gemäss Art. 97 Abs. 1 OR Anspruch auf Ersatz der entgangenen Bruttohonorare abzüglich ersparter Aufwendungen. Diese schätzte das Obergericht auf einen Drittel des Honorars und kürzte daher für die Monate Juli und August 2008 den Tagesansatz von Fr. 1500.– auf Fr. 1000.–. Ab September 2008 rechnete es statt der Tagespauschale einen Stundenansatz ab, den es von Fr. 180.– auf Fr. 150.– kürzte. Von diesem Betrag zog es einen Drittel für ersparte Aufwendungen ab, und sprach somit einen Schadenersatz von

Fr. 100.– pro Stunde zu. Insgesamt errechnete es so einen Betrag von Fr. 152 000.– (2 Monate à Fr. 6000.– [6 Tage à Fr. 1000.–] + 28 Monate à Fr. 5000.– [50 Stunden pro Monat à Fr. 100.–]). Der Kläger (Beschwerdeführer) erhebt Beschwerde in Zivilsachen mit den Anträgen, die Ziffern 2 bis 7 des Entscheids des Obergerichts vom 28. September 2012 aufzuheben und die Beklagte (Beschwerdegegnerin) zu verpflichten, ihm für die Zeit vom 1. Juli 2008 bis 31. Dezember 2010 einen Betrag von Fr. 270 000.– nebst Zins zu 5% zu bezahlen. Eventualiter sei die Sache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Subeventualiter sei Ziffer 3 des Entscheiddispositivs insoweit abzuändern, dass die Beschwerdegegnerin verpflichtet wird, ihm Zins von total Fr. 20 709.– zu bezahlen.

Aus den Erwägungen:

3.

Zu prüfen ist als erstes die Reduktion der Entschädigung um einen Drittel wegen eingesparter Aufwendungen. Das Obergericht erwog dazu, es sei gerichtsnotorisch, dass im Bereich Due Diligence und Controlling gewinnmindernder Aufwand entstehe. Bei Anwälten entspreche dieser etwa der Hälfte des Umsatzes. Anders als ein Anwalt habe der Beschwerdeführer nicht über eine umfassende Büroinfrastruktur mit Räumlichkeiten wie Büro, Besprechungszimmer und Empfang verfügen müssen. Er hätte auch keine Sekretariats-, Bibliotheks- oder Akquisitionskosten gehabt, aber für ein Arbeitszimmer, den Internetanschluss, den Computer, das Schreibmaterial, das Telefon, das Kopier- und Faxgerät sowie die Versicherungen aufkommen müssen. Die damit verbundenen Kosten schätzte das Obergericht in Anwendung von Art. 99 Abs. 3 OR in Verbindung mit Art. 42 Abs. 2 OR auf einen Drittel des Honorars ein.

3.1 Feststellungen zu Bestand und Umfang eines Schadens sind tatsächlicher Natur und daher grundsätzlich vom kantonalen Gericht abschliessend zu beurteilen (Art. 97 BGG); dagegen sind die Definition des Schadens und die Art der Schadensberechnung als Rechtsfragen vom Bundesgericht frei zu prüfen (BGE 130 III 145 E. 6.2 S. 167; 127 III 73 E. 3c S. 75; je mit Hinweisen). Die ermessensweise Schadenschätzung nach Art. 42 Abs. 2 OR beruht auf Tatbestandsermessen, gehört mithin zur Feststellung des Sachverhalts (BGE 131 III 360 E. 5.1 S. 364; 122 III 61 E. 2 c/bb S. 65). Eine Ausnahme gilt nur für Schlüsse und hypothetische Annahmen, die sich ausschliesslich auf die allgemeine Lebenserfahrung stützen und als abstrakte Erfahrungssätze nicht nur für den konkreten Sachverhalt, sondern allgemein für gleich gelagerte Fälle Geltung beanspruchen (BGE 138 III 411 E. 3.4 und E. 3.5 S. 414 f.; Urteil 5A_728/2010 vom 17. Januar 2011 E. 2.2.4; je mit Hinweisen). Soweit in diesem zweiten Sinn von Rechtsanwendung auszugehen ist, liegt aber ein Ermessensentscheid vor. Solche überprüft das Bundesgericht bei Beschwerden in Zivilsachen zwar grundsätzlich frei. Es übt dabei aber Zurückhaltung und

schreitet nur ein, wenn die Vorinstanz grundlos von in Lehre und Rechtsprechung anerkannten Grundsätzen abgewichen ist, wenn sie Tatsachen berücksichtigt hat, die für den Entscheid im Einzelfall keine Rolle hätten spielen dürfen, oder wenn sie umgekehrt Umstände ausser Betracht gelassen hat, die zwingend hätten beachtet werden müssen. Ausserdem greift das Bundesgericht in Ermessensentscheide ein, falls sich diese als offensichtlich unbillig, als in stossender Weise ungerecht erweisen (BGE 129 III 380 E. 2 mit weiteren Hinweisen).

3.2

3.2.1 Der Beschwerdeführer rügt, Art. 42 Abs. 2 OR sei entgegen der Meinung der Vorinstanz bezüglich der Schätzung des ersparten Aufwands nicht anwendbar, weil diese Bestimmung die Unmöglichkeit oder die Unzumutbarkeit einer zahlenmässigen Berechnung voraussetze und eine Beweisnot in diesem Sinne nicht bestanden habe. Das Obergericht habe völlig unberücksichtigt gelassen, dass er mit der Auflösungsvereinbarung die Sicherung seines Einkommens auf der Basis seines letzten durchschnittlichen Lohnes als Zielsetzung gehabt habe und dies der Beschwerdegegnerin bekannt gewesen sei. Es wäre an der Beschwerdegegnerin gewesen zu beweisen, dass sich sein Schaden um Minderaufwendungen reduziert hätte. Auch deren betragsmässige Höhe wäre von der Beschwerdegegnerin zu beweisen gewesen. Da er in der Vergangenheit kaum nennenswerte Aufwandpositionen gehabt habe, hätte er keinen Anlass gehabt, aus eigener Initiative entsprechenden Beweis zu führen. Das Obergericht habe demnach Bundesrecht verletzt, indem es gestützt auf Art. 42 Abs. 2 OR ein Ermessen ausgeübt habe, welches ihm nicht zugestanden sei. Ausserdem stelle die vorinstanzliche Vorgehensweise eine Verletzung des rechtlichen Gehörs und des Rechts auf Beweis dar, weil er nicht mit der entsprechenden Reduktion rechnen musste, da dieser Punkt von keiner Seite thematisiert worden sei.

3.2.2 Vorerst ist nicht nachvollziehbar, was der Beschwerdeführer im Hinblick auf Art. 42 Abs. 2 OR daraus ableiten will, dass er mit der Auflösungsvereinbarung die Sicherung seines Einkommens auf der Basis seines letzten durchschnittlichen Lohnes bezweckt habe. Dieses Argument könnte zum vorneherein nicht die Zulässigkeit der Schadenschätzung nach Art. 42 Abs. 2 OR betreffen, sondern höchstenfalls die Frage, ob die Aufhebungsvereinbarung so auszulegen wäre, dass unabhängig von den nicht entstanden Aufwendungen die Bruttohonorare geschuldet wären. Auch der Beschwerdeführer behauptet dies aber nicht. Insbesondere bestreitet er zu Recht nicht, dass es um den Schaden aus Nichterfüllung geht. Grundsätzlich umfasst dieser Schaden nur den entgangenen Gewinn abzüglich der nicht gehabten Aufwendungen. Dies ergibt sich aus der allgemeinen Definition des Schadens, der in der Differenz zwischen dem aktuellen Stand des Vermögens und demjenigen besteht, der ohne das schädigende Verhalten vorhanden wäre (Urteil 4A_288/2008 vom 4. September 2008 E. 2.1 mit Hinweisen).

3.2.3 Ein Vorgehen gestützt auf Art. 42 Abs. 2 OR wäre nur dann unzulässig, wenn Aufwendungen des Beschwerdeführers konkret bewiesen werden könnten. Es ist indessen unbestritten, dass dem Beschwerdeführer während des ganzen Zeitraums keine Aufträge erteilt wurden und er somit keine nachweisbaren Gestehungskosten im Hinblick auf die Auftragsausführung hatte. Der Aufwand für den Fall, dass ihm Arbeiten übertragen worden wären, musste daher gestützt auf Art. 42 Abs. 2 OR geschätzt werden.

3.2.4 Auch eine Verletzung des rechtlichen Gehörs liegt nicht vor. Eine allgemeine Pflicht des Gerichtes, die Parteien auf die anwendbaren Normen hinzuweisen, besteht nicht. Das Gericht kann auch Rechtssätze anwenden, welche die Parteien nicht erwähnt haben. Gedenkt das Gericht aber den Entscheid auf rechtliche Begründungen abzustützen, die weder im vorangehenden Verfahren erwähnt, noch von einer der Parteien geltend gemacht wurden und die für die Parteien nicht vorhersehbar waren, sind diese darauf hinzuweisen (BGE 130 III 35 E. 5 S. 39 f.; Urteile 4A_35/2013 vom 15. März 2013 E. 4; 4A_165/2008 vom 11. November 2008, E. 7.1). Es trifft zu, dass die Parteien im kantonalen Verfahren die abzuziehenden Aufwendungen nicht thematisierten. Bereits die Erstinstanz ging aber mit der Beschwerdegegnerin davon aus, dass dem Beschwerdeführer nicht ein Honoraranspruch, sondern eine Schadenersatzforderung aus Nichterfüllung zustehe. Da sich die Berücksichtigung von Gestehungskosten aus dem Schadenbegriff selber ergibt, musste der Beschwerdeführer mit ihrem Abzug rechnen. Demnach kann von einer unvorhersehbaren rechtlichen Begründung nicht gesprochen werden. Sind die Voraussetzungen für eine Schadenschätzung nach Art. 42 Abs. 2 OR gegeben, hat sie das Gericht vorzunehmen, auch wenn sich die Partei nicht auf diese Bestimmung beruft (BGE 136 III 322 E. 3.4.5 S. 329).

3.3

3.3.1 Der Beschwerdeführer ist weiter der Auffassung, selbst wenn ein Vorgehen nach Art. 42 Abs. 2 OR zulässig wäre, sei die konkrete Reduktion um einen Drittel willkürlich und ein Ermessensmissbrauch. Das Obergericht sei wohl aufgrund des möglichen Tätigkeitsbereiches für Due Diligence-Prüfungen und Controlling vom Verhältnis zwischen Gewinn und Aufwand bei Anwälten ausgegangen und habe angenommen, bei diesen sei ein Verhältnis von 1 zu 1 gerichtsnotorisch, was jedoch nicht zutreffe. Zudem habe es zugestanden, dass er abweichend von den Anwälten «keine umfassende Büroinfrastruktur» unterhalten müsse. Die vom Obergericht in Anschlag gebrachten Aufwandpositionen würden von diesem sodann nicht ansatzweise beziffert. Die einzelnen Aufwandpositionen seien Fixkosten – so der Beschwerdeführer weiter –, weshalb sie unabhängig vom Honorarvolumen in immer gleicher Höhe anfallen würden. Dies gälte namentlich für Mietkosten eines Büroanteils, Anschlussgebühren für Telefon, Fax und Internet sowie Investitionskosten für EDV und Kopiergerät. Soweit Aufwandkosten variabel seien, könnten diese – was gerichtsnoto-

risch sei – weiter verrechnet werden. Dass die Feststellungen des Obergerichts qualifiziert falsch seien, zeige auch der Vergleich mit den tatsächlichen Gegebenheiten. Sein Büro befinde sich heute in seinem Schlafzimmer, das Sitzungszimmer im Esszimmer. Seine Aufwände für Fixkosten seien minimal. Aufgrund der baldigen Pensionierung müsse er auch keine Rückstellungen für Neuanschaffungen (d.h. Abschreibungen) mehr machen. Gemäss seinen tatsächlichen Kosten wäre höchstens ein Abzug von 7,5 bis 8,5% gerechtfertigt.

3.3.2 Entgegen der Angabe des Beschwerdeführers ist nicht gerichtsnotorisch, dass die variablen Kosten bei entsprechenden Auftragsabwicklungen hätten separat in Rechnung gestellt werden können. Aus Art. 13 des ab September 2008 unbestritten anwendbaren Mustervertrages für Bautreuhandleistungen ergibt sich vielmehr, dass einzig Fahrkosten und Kosten für auswärtige Verpflegung und Unterkunft bei Reisen über 10 km einfache Wegstrecke sowie ausserordentliche Kosten für Druckerzeugnisse (Pläne, Broschüren etc.) gegen Vorlage entsprechender Drittrechnungen (d.h. bei Ausführung durch Dritte) zusätzlich zu erstatten waren. Es ist somit davon auszugehen, dass sämtliche übrigen variablen Kosten mit dem Honorar abgedeckt werden mussten.

Es trifft zu, dass Fixkosten unabhängig vom Honorarvolumen immer in gleicher Höhe anfallen. Die Vorinstanz hat die von ihr geschätzten Fixkosten insgesamt den von der Beschwerdegegnerin geschuldeten Honoraren angerechnet. Das wäre nur zu beanstanden, wenn der Beschwerdeführer daneben in gewissem Ausmass von Dritten erteilte Aufträge erfüllt hätte, weil er dann die Fixkosten auch auf solche Aufträge hätte verteilen können. Er legt aber selber dar, dass er durch eigene Akquisition nur in minimalem Ausmass Einkommen erzielte. Dieses fällt nicht massgeblich ins Gewicht.

Nicht massgeblich ist sodann die jetzige Kostenstruktur des Beschwerdeführers. Wenn die Beschwerdegegnerin ihm wie einem andern externen Berater Aufträge erteilen musste, hätte sie auch Anspruch darauf gehabt, dass diese Mandate in gleichermassen professionellem Rahmen erbracht worden wären und der Beschwerdeführer beispielsweise über eine Berufshaftpflichtversicherung verfügte. Auch ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz die Kostenstruktur in einem Anwaltsbüro zum Vergleich heranzog, nachdem der Beschwerdeführer unbestrittenermassen im Bereich Due Diligence und Controlling hätte beratend tätig sein sollen. Dass bei Anwälten das Verhältnis zwischen Aufwand und Gewinn etwa 1 zu 1 beträgt, ist sodann in der Tat gerichtsnotorisch; bei in Einzelpraxen tätigen Anwälten ist der Kostenanteil sogar noch etwas höher (vgl. BRUNO PELLEGRINI, Umfrage bei den Schweizer Anwältinnen und Anwälten zu den Praxiskosten, Anwaltsrevue 2005, S. 313 ff.). Die Vorinstanz hat zu Recht festgestellt, dass der Beschwerdeführer keinen Aufwand für eine umfangreiche Büroinfrastruktur gehabt hätte, ihm jedoch Kosten für ein Arbeitszimmer, den Internetanschluss, den Computer, das Schreibmaterial,

das Telefon, das Kopier- und Faxgerät sowie Versicherungen entstanden wären. Auch Abschreibungen wären entgegen der Meinung des Beschwerdeführers nicht entfallen, denn Geräte können auch vor seiner Pensionierung ausfallen. Nachdem bei in Einzelpraxen tätigen Anwälten durchschnittliche Kosten von rund Fr. 180 000.– pro Jahr anfallen (PELLEGRINI, a.a.O., S. 314), hat die Vorinstanz das ihr zustehende Ermessen nicht überschritten, wenn sie die Kosten auf einen Drittel der Honorareinnahmen schätzte, was einem jährlichen Betrag von rund Fr. 20 000.– entspricht.

4.

4.1 Der Beschwerdeführer macht in einer zweiten Rüge geltend, die Reduktion des Stundenansatzes von Fr. 180.– auf Fr. 150.– sei unzulässig. Die Vorinstanz habe den Durchschnittssatz von Fr. 150.– pro Stunde (Kat. D) gemäss Art. 12 des Mustervertrages angewendet mit der Begründung, das Abstellen auf den Durchschnittssatz sei umso mehr gerechtfertigt, als nicht die Ausbildung allein massgebend sei, sondern in qualitativer Hinsicht verschiedene Mandate denkbar gewesen wären. Demgegenüber sei nach Auffassung des erstinstanzlichen Richters aufgrund der Ausbildung und Berufserfahrung eine Einstufung mindestens eine Kategorie über der mittleren von Fr. 180.– pro Stunde angemessen gewesen. Auch betreffend der Höhe des Honoraransatzes habe – wie hinsichtlich der Bestimmung des Aufwands – keine Beweisnot vorgelegen und sei somit die Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR unzulässig. Das Obergericht habe die Reduktion zudem von sich aus vorgenommen, da die Beschwerdegegnerin im kantonalen Verfahren den Satz von Fr. 180.– nicht beanstandet habe. Darin liege wiederum eine Verletzung des rechtlichen Gehörs.

4.2 Die Rüge der Verletzung von Art. 42 Abs. 2 OR stösst ins Leere, weil die Vorinstanz nicht eine Schätzung gemäss dieser Bestimmung, sondern eine von der Erstinstanz abweichende Qualifikation des Arbeitswerts nach den Kriterien Ausbildung und Schwierigkeitsgrad der Mandate vorgenommen hat. Die Mustervereinbarung sieht eine Bandbreite zwischen Fr. 80.– und Fr. 220.– vor. Sie bestimmt nicht, aufgrund welcher Kriterien innerhalb dieser Bandbreite der Tarifansatz im Einzelfall festzusetzen ist. Indem die Vorinstanz Ausbildung und Schwierigkeitsgrad als massgeblich erachtete, stellte sie auf entsprechende Angaben im erstinstanzlichen Beweisverfahren ab. Der Beschwerdeführer legt nicht dar, inwiefern diese Sachverhaltsannahmen willkürlich sein sollen. Wie sich die Aufträge zusammengesetzt hätten, wenn im vertraglich vereinbarten Rahmen solche erteilt worden wären, ist hypothetisch. Dass die Beschwerdegegnerin zur Erteilung von Aufträgen mit bestimmtem Schwierigkeitsgrad verpflichtet gewesen wäre, ist nicht ersichtlich und macht der Beschwerdeführer auch nicht geltend. Es ist daher nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz im Gegensatz zum erstinstanzlichen Richter, der auf den Schwierigkeitsgrad gar nicht einging, den mittleren Ansatz von Fr. 150.– zur Anwendung brachte. Daran ändert nichts, dass die Ausbildung allein allenfalls einen höheren Wert gerechtfertigt hätte.

Auch wenn die Beschwerdegegnerin die Honorarverpflichtung nur grundsätzlich und nicht im Einzelnen quantitativ bestritt, musste der Beschwerdeführer damit rechnen, dass die Vorinstanz den Stundenansatz im Rahmen der Bandbreite des anwendbaren Tarifs anders festlegt als die erste Instanz. Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs liegt daher ebenfalls nicht vor (vgl. E. 3.2.4).

5.

Da es somit beim von der Vorinstanz zugesprochenen Betrag von Fr. 152 000.– bleibt, ist die Zinsberechnung insoweit nicht zu korrigieren. Die vom Beschwerdeführer zudem geltend gemachte Zinsdifferenz von Fr. 3511.80 zufolge falscher Berechnung durch die Vorinstanz wird von der Beschwerdegegnerin nicht bestritten. Das Subeventualbegehren des Beschwerdeführers ist somit zu schützen und Ziffer 3 des angefochtenen Entscheids entsprechend zu ändern.

(…)

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen und die Dispositiv-Ziffer 3 des Entscheids des Obergerichts des Kantons Bern vom 28. September 2012 insoweit abgeändert, als die Beschwerdegegnerin verpflichtet wird, dem Beschwerdeführer Zins von total Fr. 20 709.– zu bezahlen. Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen.

Bundesgericht, Urteil vom 8. April 2013, Doss.-Nr. 4D_8/2013 (Bestätigung des Urteils des Arbeitsgerichts am Bezirksgericht Uster vom 29. Mai 2012)

Überspitzter Formalismus als besondere Form der Rechtsverweigerung (Art. 29 Abs. 1 BV) ist gegeben, wenn für ein Verfahren rigorose Formvorschriften aufgestellt werden, ohne dass die Strenge sachlich gerechtfertigt wäre. Insbesondere steht die Rechtsfolge des Nichteintretens auf unbezifferte Begehren unter dem Vorbehalt des überspitzten Formalismus. Daraus folgt, dass auf eine Berufung mit formell mangelhaften Rechtsbegehren ausnahmsweise einzutreten ist, wenn sich aus der Begründung, allenfalls in Verbindung mit dem angefochtenen Entscheid, ergibt, was der Berufungskläger in der Sache verlangt oder – im Falle zu beziffernder Rechtsbegehren – welcher Geldbetrag zuzusprechen ist. Vorliegend hat die Arbeitgeberin in der Berufung allerdings überhaupt keinen ausdrücklichen Antrag in der Sache gestellt, sondern bloss die Aufhebung und Rückweisung an die Erstinstanz zur Neubeurteilung begehrt. Es konnte im Berufungsverfahren mithin nicht darum gehen, einen ungenügend bestimmten materiellen Antrag im Lichte der Berufungsbegründung auszulegen (E. 2.4, 2.5).

Sachverhalt:

A. (Beschwerdegegnerin) arbeitete im März 2011 im von der X. Gastro GmbH (Beschwerdeführerin) betriebenen Restaurant Z. in I. als Servicemitarbeiterin. Am 24. März 2011 verliess sie nach einer verbalen Auseinandersetzung ihren Arbeitsplatz. In der Folge rief sie das Friedensrichteramt Schwerzenbach an und machte Ansprüche (Lohnforderungen und den Ersatz einer Spitalrechnung) im Umfang von insgesamt Fr. 5864.61 geltend, nämlich Fr. 3074.86 Lohn für die Zeit vom 1. März bis 24. März 2011, Fr. 1195.75 Lohn für die Kündigungszeit von sieben Tagen, Fr. 854.10 für die Arbeitsunfähigkeit infolge Unfalls vom 25. März 2011 bis 3. April 2011 sowie Fr. 740.– für die Spitalrechnung. Die Beschwerdeführerin liess sich an der Schlichtungsverhandlung und an der Hauptverhandlung des Arbeitsgerichts am Bezirksgericht Uster, bei dem die Beschwerdegegnerin die Klage nach der Schlichtungsverhandlung einreichte, unentschuldigt nicht vertreten. Nach Durchführung der Hauptverhandlung und nachdem die Beschwerdegegnerin ihr Rechtsbegehren abgeändert bzw. auf total Fr. 11 840.– erweitert hatte, fällte das Arbeitsgericht am 29. Mai 2012 folgendes Urteil: «1. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin zu bezahlen: Fr. 7400.– brutto, wobei sich dieser Betrag um die von der Beklagten zu leistenden Sozialabzüge reduziert, soweit die Beklagte nachweist, dass sie diese an die zuständigen Instanzen abgeliefert hat, Fr. 3700.– netto, Fr. 740.– netto. 2. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine Lohnabrechnung für die Monate März und April 2011 zu erstellen und auszuhändigen. [3.–4.]» Gegen dieses Urteil erhob die Beschwerdeführerin Berufung an das Obergericht des Kantons Zürich mit dem Antrag, es sei das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Mit Beschluss vom 9. Januar 2013 trat das Obergericht auf die Berufung nicht ein. Die Beschwerdeführerin beantragt dem Bundesgericht mit subsidiärer Verfassungsbeschwerde, «[u]nter Aufhebung des angefochtenen Beschlusses des Obergerichts vom 9. Januar 2013 sowie [...] des Urteils des Bezirksgerichts Uster vom 29. Mai 2012 sei die Klage der Beschwerdegegnerin nur im Umfang der ursprünglichen Klage (Verpflichtung zur Bezahlung von [,] Fr. 3074.86 Lohn vom 1.3.–24.3.2011[,] Fr. 1195.75 Lohn während Kündigungszeit von 7 Tagen[,] Fr. 854.10 Lohn Arbeitsunfähigkeit infolge Unfall 25.3.2011 bis 3.4.2011[,] Fr. 740.– Spitalrechnung[,] Aus- und Zustellung einer Lohnabrechnung über die Lohnzahlung) gutzuheissen. Sämtliche darüber hinausgehenden Begehren seien abzuweisen, soweit auf die erst anlässlich der erstinstanzlichen Hauptverhandlung vom 29. Mai 2012 vorgenommene Klageerweiterung überhaupt einzutreten [sei].» Eventualiter sei die Sache zur Neubeurteilung an das Obergericht zurückzuweisen.

Erwägungen:

1.

1.1 Die erhobene subsidiäre Verfassungsbeschwerde erweist sich als zulässig, nachdem die Beschwerde in Zivilsachen ausscheidet, weil der Streitwert (Fr. 11 840.–) die für arbeitsrechtliche Streitigkeiten geltende Grenze von Fr. 15 000.– (Art. 74 Abs. 1 lit. a BGG) nicht erreicht (Art. 113 BGG).

1.2 Die Beschwerdeführerin stellt in der Beschwerde an das Bundesgericht einen materiellen Antrag. Hat die Vorinstanz einen Nichteintretensentscheid gefällt und demnach die Sache materiell nicht beurteilt, könnte das Bundesgericht im Falle der Gutheissung der Beschwerde regelmässig nicht reformatorisch entscheiden, sondern müsste die Angelegenheit zum Entscheid in der Sache an die Vorinstanz zurückweisen. Ein materieller Antrag ist daher in solchen Fällen nicht erforderlich (Urteile 4D_77/2012 vom 20. November 2012 E. 1.2; 4A_232/2010 vom 19. Juli 2010 E. 2). Nachdem die Vorinstanz nicht auf die Berufung der Beschwerdeführerin eingetreten ist, genügt der blosse Antrag auf Rückweisung an die Vorinstanz zur Neubeurteilung. Es braucht daher nicht beurteilt zu werden, ob der materielle Antrag der Beschwerdeführerin mit Rücksicht auf Art. 99 Abs. 2 BGG zulässig ist.

1.3 Mit subsidiärer Verfassungsbeschwerde kann die Verletzung von verfassungsmässigen Rechten gerügt werden (Art. 116 BGG). Die Verletzung dieser Rechte kann das Bundesgericht nur insofern prüfen, als eine solche Rüge in der Beschwerde präzise vorgebracht und begründet worden ist (Art. 106 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 117 BGG; BGE 136 I 65 E. 1.3.1; 134 II 244 E. 2.2). 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).

2.

2.1 Die Vorinstanz begründete ihren Nichteintretensentscheid damit, die Beschwerdeführerin habe in der Berufung keinen materiellen Antrag gestellt. Sie erwog, es liege kein Fall vor, bei dem die Berufungsinstanz nur kassatorisch entscheiden könne. Die Beschwerdeführerin hätte daher einen Antrag in der Sache stellen müssen. Auch aus der Berufungsbegründung ergebe sich nicht, was die Beschwerdeführerin in der Sache wolle. Offenbar solle die Klage im erweiterten Umfang abgewiesen werden. Wie das Rechtsbegehren im ursprünglichen Umfang beurteilt werden solle, lasse die Beschwerdeführerin offen.

2.2 Das Bundesgericht hat unlängst festgehalten, dass die Berufungseingabe – obwohl in Art. 311 ZPO (SR 272) nicht erwähnt – auch die Rechtsbegehren zu enthalten hat (BGE 137 III 617 E. 4.2.2). Mit Blick auf die reformatorische Natur der Berufung (Art. 318 Abs. 1 lit. b ZPO) muss der Berufungskläger grundsätzlich einen Antrag in der Sache stellen. Ein

Rechtsbegehren hat so bestimmt zu sein, dass es im Falle der Gutheissung der Klage unverändert zum Urteil erhoben werden kann. Die in der Berufung zu stellenden Anträge in der Sache müssen bestimmt und im Falle von Geldforderungen beziffert sein (BGE 137 III 617 E. 4.3 und 6.1 mit Hinweisen).

2.3 Die Beschwerdeführerin rügt zu Recht nicht die unrichtige Anwendung von Art. 311 ZPO (vgl. Erwägung 1.3), sondern erhebt den Vorwurf, der vollumfängliche Nichteintretensentscheid sei überspitzt formalistisch. Aufgrund der Berufungsbegründung sei zumindest hinsichtlich der Klageerweiterung klar erkennbar gewesen, was die Beschwerdeführerin gewollt habe, nämlich die Abweisung der über die ursprüngliche Klage hinausgehenden Begehren, soweit auf die Erweiterung überhaupt einzutreten sei. Die Vorinstanz habe dies denn auch klar erkannt, habe sie doch ausgeführt, offenbar solle die Klage im erweiterten Umfang abgewiesen werden. Es stelle daher eine formelle Rechtsverweigerung (Art. 29 Abs. 1 BV) dar, wenn sich die Vorinstanz geweigert habe, diesen klar erkennbaren Antrag der Beschwerdeführerin materiell zu behandeln. Weiter sei der angefochtene Entscheid in diesem Punkt willkürlich (Art. 9 BV).

2.4 Überspitzter Formalismus als besondere Form der Rechtsverweigerung (Art. 29 Abs. 1 BV) ist gegeben, wenn für ein Verfahren rigorose Formvorschriften aufgestellt werden, ohne dass die Strenge sachlich gerechtfertigt wäre, wenn die Behörde formelle Vorschriften mit übertriebener Schärfe handhabt oder an Rechtsschriften überspannte Anforderungen stellt und damit dem Bürger den Rechtsweg in unzulässiger Weise versperrt (BGE 135 I 6 E. 2.1 mit Hinweisen). Insbesondere steht die Rechtsfolge des Nichteintretens auf unbezifferte Begehren unter dem Vorbehalt des überspitzten Formalismus. Daraus folgt, dass auf eine Berufung mit formell mangelhaften Rechtsbegehren ausnahmsweise einzutreten ist, wenn sich aus der Begründung, allenfalls in Verbindung mit dem angefochtenen Entscheid, ergibt, was der Berufungskläger in der Sache verlangt oder – im Falle zu beziffernder Rechtsbegehren – welcher Geldbetrag zuzusprechen ist. Rechtsbegehren sind im Lichte der Begründung auszulegen (BGE 137 III 617 E. 6.2 mit Hinweisen).

2.5 Vorliegend hat die Beschwerdeführerin in der Berufung überhaupt keinen ausdrücklichen Antrag in der Sache gestellt, sondern bloss die Aufhebung und Rückweisung an die Erstinstanz zur Neubeurteilung begehrt. Es konnte im Berufungsverfahren mithin nicht darum gehen, einen ungenügend bestimmten materiellen Antrag im Lichte der Berufungsbegründung auszulegen (vgl. dazu etwa Urteil 5A_380/2012 vom 27. August 2012 E. 3.2). Die Vorinstanz hat aber zu Recht danach geforscht, ob sich aus der Berufungsbegründung ein hinreichender Antrag ergebe, wie das angefochtene Urteil abgeändert werden solle.

In ihrem Begehren verlangte die Beschwerdeführerin die Aufhebung des Urteils des Arbeitsgerichts, das die Beschwerdeführerin zur Bezahlung von drei bezifferten Geldbeträgen und zur Aus- und Zustellung einer Lohnabrechnung verpflichtete. Nachdem die Beschwerdeführerin die Aufhebung

des ganzen Urteils verlangte, stellte sich bei einer Gutheissung dieses Antrags die Frage, wie dasselbe insgesamt neu zu fassen sei. Darauf müsste ein materieller Antrag, der wenigstens aus der Berufungsbegründung klar ersichtlich zu sein hätte, eine genügend präzise Antwort geben. Nun ergibt sich aus der Berufungsbegründung aber mit hinlänglicher Klarheit nur – darin ist der Beschwerdeführerin beizupflichten –, dass sie die Klage wenigstens im Umfang der Klageerweiterung abgewiesen haben wollte. Dies hat auch die Vorinstanz erkannt. Hingegen geht die Haltung der Beschwerdeführerin hinsichtlich der ursprünglichen Klagebegehren nicht eindeutig aus der Berufungsbegründung hervor. Klar ist insoweit nur, dass sie auch die Beurteilung der ursprünglichen Klage für unrichtig hielt, indessen bleibt offen, in welchem Ausmass. So richtete sich die Beschwerdeführerin in der Berufungsbegründung nicht allein gegen die Gutheissung der Klage im erweiterten Umfang, sondern sie führte auch aus, dass sich hinsichtlich der ursprünglichen Klagebegehren in gewissen Teilen eine andere Beurteilung ergeben hätte. Zusammenfassend schrieb sie: «Nach dem Gesagten ist das angefochtene Urteil vollumfänglich aufzuheben. Ich ersuche das Obergericht, die Sache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen, damit die Klage nicht nur im (unzulässigen) erweiterten Umfang abgewiesen wird, sondern auch die auf offensichtlichen Falschbehauptungen beruhenden ursprünglichen Forderungen anders beurteilt werden.» Mit der Formulierung «anders beurteilen» bleibt aber im Unklaren, in welchem konkreten Geldbetrag die ursprünglichen Begehren nach Auffassung der Beschwerdeführerin abgewiesen werden sollten. Mangels präziser Bezifferung, in welchem Umfang auch die ursprüngliche Klage abzuweisen sei, war es aufgrund dieser Formulierung nicht möglich, das aufzuhebende Urteil neu mit den im Sinne der Beschwerdeführerin zuzusprechenden Forderungsbeträgen zu ersetzen. Bei dieser Sachlage war die Vorinstanz unter dem Aspekt der Rechtsverweigerung nicht verpflichtet, den hinsichtlich des erweiterten Klageumfangs erkennbaren materiellen Antrag auf Klageabweisung genügen zu lassen. Angesichts des weitergehenden Anfechtungswillens der Beschwerdeführerin, der sich auch auf die ursprüngliche Klage erstreckte, aber eben nicht konkretisiert wurde, ist kein überspitzter Formalismus darin zu erkennen, dass die Vorinstanz insgesamt auf die Berufung nicht eintrat. Der angefochtene Entscheid ist unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten (Art. 29 Abs. 1 und Art. 9 BV) nicht zu beanstanden.

Bundesgericht, Urteil vom 10. April 2013, Doss.-Nr. 8C_1006/2012 (Bestätigung des Entscheids des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt als Verwaltungsgericht vom 15. Oktober 2012)

Externer Lehrbeauftragter; Besoldung; indirekte Diskriminierung von Männern, Art. 8 Abs. 3 BV und Art. 3 GlG. Zwischen einem mit wenigen Stunden beschäftigten externen Lehrbeauftragten, der mit einem

Kollegiengeld als einer pauschalen (Spesen-)Entschädigung entlöhnt wird, und den entlöhnten Mitarbeitern, die in einem erheblich grösseren Umfang, mit Voll- oder Teilpensum, bei der Universität beschäftigt sind, besteht ein gewichtiger sachlicher Unterschied. Während die ersteren neben dem Lehrauftrag einer Hauptbeschäftigung mit einem Haupteinkommen nachgehen, beziehen letztere ihr Haupteinkommen bei der Universität. Der Argumentation des externen Lehrbeauftragten, die Art und Weise, wie die entlöhnten und nicht entlöhnten Lehraufträge auf Männer und Frauen verteilt worden seien, benachteilige die männlichen Lehrbeauftragten und erfülle damit den Tatbestand einer indirekten Diskriminierung (Art. 8 Abs. 3 BV und Art. 3 GlG), war nicht zu folgen, da eine Diskriminierung von Männern weder glaubhaft gemacht wurde noch in irgendeiner Weise erkennbar war (E. 5.2.1, 5.2.3, 6.2.3).

Sachverhalt:

X. hat an der Fakultät Y. der Universität Basel habilitiert. Im Jahr 19.. wurde ihm die Titularprofessur verliehen. Ab 1999 erteilte ihm die Fakultät regelmässig einen zwei Wochenstunden umfassenden Lehrauftrag. Dies erfolgte jeweils mit dem Vermerk «ohne Remuneration». X. bezog für die Lehraufträge eine Kollegiengeldentschädigung von Fr. 1000.– pro Semester. Nachdem X. erfolglos eine «Verbesserung des Arbeitslohnes für seine Lehrtätigkeit» geltend gemacht hatte, verzichtete er im Jahr 2003 auf eine weitere Erneuerung des Lehrauftrags. Er machte sodann geltend, ihm sei für die Jahre 1999 bis 2003 Lohn im Gesamtbetrag von Fr. 64 000.– nebst Zins nachzuzahlen. Die Fakultät entschied am 17. März 2010, diese Ansprüche seien unbegründet. Den dagegen erhobenen Rekurs wies die Rekurskommission der Universität Basel mit Entscheid vom 16. November 2010 ab.

X. rekurrierte beim Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt als Verwaltungsgericht mit dem Rechtsbegehren, die Entscheide vom 17. März sowie 16. November 2010 seien aufzuheben und die Universität sei zu verpflichten, ihm als Lohnnachzahlung den Betrag von Fr. 64 000.– zuzüglich Zins zu 5% seit 15. Oktober 2003 zu bezahlen. Das Appellationsgericht wies den Rekurs mit Entscheid vom 15. Oktober 2012 ab. Mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten beantragt X. die Aufhebung der erwähnten Entscheide sowie die Zusprechung des geltend gemachten Lohnes und Zinses.

Aus den Erwägungen:

3.

Streitig ist, ob der Beschwerdeführer aus den in den Jahren 1999 bis 2003 an der Universität Basel ausgeführten Lehraufträgen Anspruch auf Lohn im Gesamtbetrag von Fr. 64 000.– (nebst Zins) hat.

Das kantonale Gericht hat dies gestützt auf die damals gültig gewesenen Rechtsgrundlagen verneint. Es hat im Wesentlichen erwogen, den Einwand des Beschwerdeführers, es habe von Beginn weg an einer gesetzlichen Grundlage für die Erteilung unentgeltlicher Lehraufträge gefehlt, habe bereits die Rekurskommission mit Hinweis auf § 18 des damals in Kraft gestandenen Gesetzes über die Universität Basel vom 8. November 1995 (nachfolgend: Universitätsgesetz) entkräftet. Sodann seien gemäss § 8 der Ordnung über die Pflichten und Rechte der Universitätslehrerinnen und Universitätslehrer vom 26. April 1989, welche bis 30. März 2007 in Kraft gestanden habe und auf den vorliegenden Fall anwendbar sei, ausserordentliche Professoren und Privatdozenten ohne Lehrauftrag verpflichtet, wissenschaftlich tätig zu bleiben und für jedes Semester wenigstens zwei Wochenstunden Vorlesungen in dem Wissenschaftsbereich, für den die venia docendi erteilt worden sei, durchzuführen, sofern wenigstens zwei Studierende daran teilnähmen. Der Beschwerdeführer sei aufgrund seiner damals eingereichten Habilitation von der Universität zum Privatdozenten ernannt worden. Entsprechend habe er jeweils einen Lehrauftrag in seinem Wissenschaftsbereich erhalten und ausgeführt. Dabei habe er, da er nicht zugleich bei der Universität Basel angestellt gewesen sei, als externer Lehrbeauftragter gegolten. Die Entschädigung für diese Lehrtätigkeit sei in der Verordnung betreffend die Kollegiengeldentschädigung für ausserordentliche Professoren, Ehrendozenten, Privatdozenten und emeritierte Dozenten ohne bezahlten Lehrauftrag vom 4. August 1980 (SG 164.620; nachfolgend: Verordnung Kollegiengeld) geregelt. § 1 dieser Verordnung laute: «Für Lehrveranstaltungen an der Universität Basel erhalten, unter Vorbehalt von § 2, die ausserordentlichen Professoren, die Ehrendozenten, die Privatdozenten und die emeritierten Dozenten ohne bezahlten Lehrauftrag eine Kollegiengeldentschädigung von Fr. 500.– für eine im Semester gelesene Wochenstunde, Fr. 40.– pro Einzelstunde bei Mitwirkung an gemeinsamen Lehrveranstaltungen. Die Entschädigung darf jedoch insgesamt Fr. 1000.– pro Semester nicht überschreiten.» Gestützt auf diese Regelung habe der Beschwerdeführer jeweils kein Gehalt, sondern eine pauschale Entschädigung von Fr. 1000.– erhalten. Darüber hinaus bestehe kein Anspruch auf einen Lohn. Damit könne offen bleiben, ob der Beschwerdeführer bereits mit der Abhaltung seiner Vorlesungen resp. mit dem Erhalt der Kollegiengeldentschädigung auf eine Bezahlung nach den von ihm geforderten Ansätzen verzichtet habe.

(…)

5.

Der Beschwerdeführer macht geltend, die Beurteilung, wonach der von ihm ausgeübte Lehrauftrag keinen Lohnanspruch begründe, verletze das Lohngleichheitsgebot gemäss Art. 8 Abs. 3 BV sowie Art. 3 und Art. 5 des Bundesgesetzes vom 24. März 1995 über die Gleichstellung von Frau und Mann (Gleichstellungsgesetz, GlG; SR 151.1). Diese Rügen sind im Rahmen von Art. 95 lit. a BGG zu prüfen.

5.1 Die Vorinstanz hat sich im angefochtenen Entscheid zunächst mit dem – verfassungsrechtlich in Art. 8 Abs. 1 BV geregelten – allgemeinen Gebot der rechtsgleichen Behandlung befasst. Sie ist zum Ergebnis gelangt, die vorgenommene Differenzierung bei der Entlöhnungsstruktur sei sachlich begründet und verstosse daher nicht gegen dieses Gebot.

Der Beschwerdeführer äussert sich zwar zu Aspekten der vorinstanzlichen Erwägungen. Er beruft sich dabei aber nicht auf die Art. 8 Abs. 1 BV, sondern ausdrücklich nur auf Art. 8 Abs. 3 BV sowie Art. 3 und Art. 5 GlG, mithin auf den durch diese Bestimmungen gewährleisteten Schutz vor geschlechtsbezogener Diskriminierung. Darauf beschränkt sich daher auch die bundesgerichtliche Beurteilung.

5.2 Art. 8 Abs. 3 BV und Art. 3 GlG verbieten die direkte und indirekte Diskriminierung von Arbeitnehmenden aufgrund des Geschlechts, insbesondere auch hinsichtlich Entlöhnung. Art. 5 GlG regelt die aus einer solchen Benachteiligung fliessenden Rechtsansprüche. Art. 6 GlG sieht sodann eine Beweislasterleichterung vor, indem u.a. bezüglich der Entlöhnung eine Diskriminierung vermutet wird, wenn diese von der betroffenen Person glaubhaft gemacht wird.

Eine direkte Diskriminierung liegt vor, wenn sich eine Ungleichbehandlung ausdrücklich auf die Geschlechtszugehörigkeit oder auf ein Kriterium stützt, das nur von einem der beiden Geschlechter erfüllt werden kann, und sie sich nicht sachlich rechtfertigen lässt. Von einer indirekten Diskriminierung ist demgegenüber auszugehen, wenn eine formal geschlechtsneutrale Regelung im Ergebnis wesentlich mehr bzw. überwiegend Angehörige des einen Geschlechts ohne sachliche Rechtfertigung gegenüber jenen des anderen benachteiligt (BGE 125 I 71 E. 2a S. 79 mit Hinweisen; vgl. auch BGE 138 I 205 E. 5.5 S. 213 f. mit Hinweisen; MARGRITH BIGLER-EGGENBERGER, in: Die schweizerische Bundesverfassung, 2. Aufl. 2008, N. 92 zu Art. 8 BV; ELISABETH FREIVOGEL, in: Claudia Kaufmann/Sabine Steiger-Sackmann [Hrsg.], Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, 2. Aufl. 2009, N. 5 und 8 zu Art. 3 GlG).

5.2.1 Eine direkte Diskriminierung steht im vorliegenden Fall nicht zur Diskussion. Die Argumentation des Beschwerdeführers geht dahin, die Art und Weise, wie die entlöhnten und nicht entlöhnten Lehraufträge auf Männer und Frauen verteilt worden seien, benachteilige die männlichen Lehrbeauftragten. Geltend gemacht wird mithin eine indirekte Diskriminierung.

5.2.2 Das kantonale Gericht hat hiezu erwogen, die im Entscheid der Rekurskommission vom 16. Oktober 2010 enthaltene Liste zeige auf, wie die unentgeltlichen, halbentgeltlichen und entgeltlichen Lehraufträge in den Jahren 2001 bis 2003 an Männer und Frauen erteilt worden seien. Daraus ergebe sich, dass nicht nur stets mehr Männer als Frauen überhaupt Lehraufträge erhalten hätten, sondern dass auch durchwegs mehr Männern als Frauen halb- oder ganzentgeltliche Lehraufträge erteilt worden seien.

In der Beschwerde wird nichts vorgebracht, was diese Sachverhaltsfestzustellungen als offensichtlich unrichtig oder in anderer Weise rechtswidrig erscheinen liesse. Entsprechendes ergibt sich auch nicht aus den Beispielen von an Frauen erteilten, entlöhnten Lehraufträgen, welche der Beschwerdeführer – im Übrigen ohnehin in novenrechtlich unzulässiger Weise (Art. 99 Abs. 1 BGG) – anführt.

5.2.3 Die Vorinstanz hat sodann erkannt, demnach sei eine Diskriminierung von Männern weder glaubhaft gemacht noch in irgendeiner Weise erkennbar.

Diese Beurteilung ist rechtmässig. In der Beschwerde wird nicht nachvollziehbar dargelegt, inwiefern es sich anders verhalten sollte. Die Ausführungen zur Arbeitsplatzbewertung, zur Gleichwertigkeit der vom Beschwerdeführer sowie von Frauen geleisteten Arbeit und zu den erfolgten Aufgabenzuteilungen vermögen keine Benachteiligung von Männern darzutun. Soweit geltend gemacht wird, gerügt werde nicht eine Diskriminierung der Männer bei der Anstellung, sondern bei der Lohnfindung, ist festzuhalten, dass eine solche Benachteiligung bei der dargelegten Verteilung der entlöhnten und nicht entlöhnten Lehraufträge nicht glaubhaft erscheint.

Art. 8 Abs. 3 BV und Art. 3 GlG sind somit nicht verletzt. Damit kann offen bleiben, wie es sich bezüglich weiterer Begründungselemente im vorinstanzlichen Entscheid und den diesbezüglichen Einwänden in der Beschwerde verhält. Das gilt namentlich auch für das – ohnehin spekulative – Argument des Beschwerdeführers, die von ihm abgehaltenen Lehraufträge wären bei Durchführung durch eine Frau entlöhnt worden.

5.2.4 Der Beschwerdeführer rügt überdies, das kantonale Gericht habe bei der Beurteilung der Gleichstellungsthematik seinen Anspruch auf rechtliches Gehör nach Art. 29 Abs. 2 BV verletzt. Er bezieht sich dabei auf seine Beweisanträge zur Frage der Gleichwertigkeit seiner Arbeit mit derjenigen von Frauen. Von solchen Beweismassnahmen ist indessen mit der Vorinstanz abzusehen, da sie keine entscheidrelevante neue Erkenntnisse erwarten lassen. Entgegen der in der Beschwerde vertretenen Auffassung setzt sich der angefochtene Entscheid auch hinreichend mit diesen Beweisbegehren auseinander. Eine Gehörsverletzung liegt somit nicht vor.

6.

(…)

6.2.3 Vorgebracht wird weiter, für den Zeitraum ab 1. Januar 2002 bestimme § 3 Abs. 4 Gehaltsordnung, für die Lohnansätze der Lehrbeauftragten sei Anhang 4 massgebend. Auch im Anhang 4 werde von den Lohnansätzen der Lehrbeauftragten gesprochen. Damit könnten also nur alle Lehrbeauftragten gemeint sein. Die Lohnsätze der Gehaltsordnung dürften daher nicht selektiv angewendet werden. Aus der Verordnung Kollegiengeld ergebe sich nichts anderes.

Die Vorinstanz hat hiezu erwogen, die Gehaltsordnung und die Verordnung Kollegiengeld regelten zwei unterschiedliche Beschäftigungsfor-

men. Anstellungen mit Beschäftigungsprozenten führten zu einem (Monats-)Gehalt, welches sich nach der Gehaltsordnung bestimme. Die nach wenigen Wochenstunden berechneten unbezahlten Lehraufträge hingegen führten gestützt auf die Verordnung Kollegiengeld zu einer nach Wochenstunden berechneten pauschalen Entschädigung, eigentlich einer Spesenentschädigung, welche am Ende des Semesters aufgrund einer Erklärung über die durchgeführten Lehrveranstaltungen ausbezahlt werde. Es bestehe ein gewichtiger sachlicher Unterschied zwischen mit wenigen Stunden beschäftigten Lehrbeauftragten und den entlöhnten Mitarbeitern, die in einem erheblich grösseren Umfang, mit Voll- oder Teilpensum, bei der Universität beschäftigt seien. Während die ersteren neben dem Lehrauftrag einer Hauptbeschäftigung mit einem Haupteinkommen nachgingen, im Falle des Beschwerdeführers im Rahmen einer Anwaltskanzlei, bezögen letztere ihr Haupteinkommen bei der Universität. Die beiden Ordnungen ergänzten sich insofern.

Dass das kantonale Gericht von einem Nebeneinander zweier Regelungen ausgeht, kann mit Blick auf die einzelnen Erlasse nicht als willkürlich betrachtet werden. Auch die Erwägungen zur sachlich begründeten Unterscheidung zwischen entlöhnten und nicht entlöhnten Lehrauftragen sind jedenfalls im Ergebnis nicht unhaltbar. Daran vermögen die in der Beschwerde postulierten Auslegungsvarianten einzelner Bestimmungen und die semantischen Überlegungen zur Umschreibung von Lehrfunktionen und Entlöhnungsmodi nichts zu ändern.

6.2.4 Die Willkürrügen sind somit ebenfalls unbegründet, was zur Abweisung der Beschwerde führt.

Bundesgericht, Urteil vom 22. April 2013, Doss.-Nr. 8C_827/2012 (Bestätigung des Entscheids des Verwaltungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 29. August 2012), in: BGE 139 I 161

Art. 8 Abs. 1 und 3 BV; juristischer Studienabschluss als sachgerechtes objektives Kriterium für die Lohneinstufung einer Richterin oder eines Richters.
Die lohnmässige Ungleichbehandlung von Kreisrichterinnen und Kreisrichtern im Kanton St. Gallen, welche die Anforderungen einer juristischen Ausbildung nach Art. 26 GerG erfüllen, und denjenigen, welche mangels entsprechender juristischer Ausbildung lediglich noch aufgrund einer Übergangsbestimmung als fest angestelltes Mitglied des Kreisgerichts mit auf das Familienrecht beschränktem Tätigkeitsbereich amten können, verletzt weder das Rechtsgleichheitsgebot noch das Diskriminierungsverbot (E. 5.3 und 5.4).
Art. 8 al. 1 et 3 Cst.; l'achèvement des études de droit considéré comme un critère objectif pertinent pour le classement dans l'échelle des salaires d'une juge ou d'un juge.

L'inégalité salariale entre les juges d'arrondissement dans le canton de Saint-Gall qui satisfont aux exigences d'une formation juridique selon l'art. 26 GerG et ceux qui, à défaut d'une formation juridique correspondante, peuvent, en vertu d'une disposition transitoire, siéger seulement encore en qualité de membres permanents du tribunal d'arrondissement dans le domaine limité du droit de la famille, ne viole ni le principe de l'égalité de traitement ni l'interdiction de discrimination (consid. 5.3 et 5.4).

Sachverhalt:

A.

A.a Seit 1994 ist die 1957 geborene L. als Familienrichterin am Kreisgericht mit einem Pensum von durchschnittlich 55% tätig. L. verfügt über keinen juristischen Studienabschluss, hat aber diverse Ausbildungslehrgänge und Weiterbildungen im Familienrecht absolviert. Nachdem sie anfänglich als Richterin im Stundenlohn gearbeitet hatte, war sie ab 1. Juli 2003 bis 31. Mai 2009 als fest angestellte Familienrichterin in den Lohnklassen A23/3 bis A23/8 mit einem Jahresbruttolohn per Ende Mai 2009 von Fr. 122 027.10 (Vollpensum) eingestuft.

A.b Anlässlich der neuen Besoldungseinreihung aufgrund der Justizreform 2009 stufte das Kantonsgericht St. Gallen L. als übergangsrechtlich fest angestellte Familienrichterin in die Lohnklasse A24/8 mit einem Jahresbruttolohn von Fr. 127 349.30 (Vollpensum) ein. Ihr Ersuchen um eine höhere Einstufung lehnte das Kantonsgericht mit Schreiben vom 10. Dezember 2009 ab. Nach einer weiteren Eingabe an das Kantonsgericht lehnte dieses die geltend gemachten Lohnansprüche mit Schreiben vom 5. April 2011 ab, soweit sie über die bestehende Einstufung hinausgehen.

B.

Mit öffentlich-rechtlicher Klage liess L. beim Verwaltungsgericht des Kantons St. Gallen beantragen, der Kanton St. Gallen sei zu verpflichten, sie per 1. Juni 2009 besoldungsmässig in Besoldungsklasse A28/8 einzustufen mit praxisgemässem Stufenanstieg, ihr für den Zeitraum 1. Juni 2009 bis 31. Mai 2011 den Betrag von brutto Fr. 27 002.– nachzuzahlen, zuzüglich Verzugszinsen von 5% ab mittlerem Verfall, und auf dem Nachzahlungsbetrag Sozialbeiträge zu entrichten. Das Verwaltungsgericht wies die Klage mit Entscheid vom 29. August 2012 ab.

C.

Mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten lässt L. beantragen, der vorinstanzliche Entscheid vom 29. August 2012 sei aufzuheben und die Sache sei zu weiteren Abklärungen und zur Neubeurteilung an das Verwaltungsgericht des Kantons St. Gallen zurückzuweisen, eventualiter seien ihre vorinstanzlich gestellten Anträge gutzuheissen.

Der Kanton St. Gallen lässt auf Abweisung der Beschwerde schliessen, soweit darauf einzutreten sei, während die Vorinstanz deren Abweisung beantragt.

Das Bundesgericht weist die Beschwerde ab.

Aus den Erwägungen:

3.

3. Streitig und zu prüfen ist die im Rahmen der Justizreform 2009 per 1. Juni 2009 erfolgte Neueinstufung der Beschwerdeführerin durch das Kantonsgericht in die Lohnklasse A24/8 mit einem Jahresbruttolohn von Fr. 127 349.30 (Vollpensum). Unbestritten ist dabei, dass die Beschwerdeführerin über keinen juristischen Studienabschluss verfügt, für die Amtsdauer 2009 bis 2015 erneut gewählt wurde und als fest angestellte nebenamtliche Kreisrichterin nach Übergangsrecht die Funktion einer Familienrichterin innehat. Ebenfalls nicht streitig ist, dass durch die Neueinstufung der Besitzstand gewahrt wurde.

4.

In umfangreichen und einlässlichen Erwägungen hielt die Vorinstanz im Wesentlichen fest, für die Besoldungseinreihung der Beschwerdeführerin seien das Gerichtsgesetz des Kantons St. Gallen vom 2. April 1987 (GerG; sGS 941.1) und die Besoldungsverordnung des Kantons St. Gallen vom 27. Februar 1996 (BesV; sGS 143.2) sowie die dazugehörenden Botschaften massgebend. Sie legte dar, im Zuge der Justizreform 2009 seien gestützt auf den IV. Nachtrag zum GerG neue Personalstrukturen an den Kreisgerichten eingeführt worden, welche mit Anpassungen bei der Besoldung verbunden gewesen seien. Dazu sei der IX. Nachtrag zur BesV erlassen worden. Seit der Justizreform kenne das Gerichtsgesetz – so das kantonale Gericht – die Personalkategorien Kreisgerichtspräsidium, hauptamtliche und fest angestellte nebenamtliche Richterinnen und Richter, nebenamtliche Richterinnen und Richter ohne feste Anstellung sowie Kreisgerichtsschreiberinnen und Kreisgerichtsschreiber. Für die fest angestellten richterlichen Mitglieder seien neben den allgemeinen Wahlvoraussetzungen gemäss Art. 26 GerG eine abgeschlossene juristische Ausbildung mit Lizenziat oder Master einer schweizerischen Hochschule oder das schweizerische Anwaltspatent sowie drei Jahre Berufserfahrung in der Rechtspflege oder Advokatur verlangt, wobei das Kreisgericht bisherige Familienrichterinnen und Familienrichter ohne juristischen Studienabschluss oder Anwaltspatent gemäss den Übergangsbestimmungen des IV. Nachtrages zum GerG (III. Ziff. 3) weiterhin als Familienrichterinnen und Familienrichter einsetzen könne. Die individuellen Besoldungseinreihungen der Kreisrichterinnen und Kreisrichter erfolgten im durch Gesetz- und Verordnungsgeber vorgesehenen Rahmen durch das Kantonsgericht. Dabei sei für die Richterinnen und Richter, welche die Anforderungen gemäss Art. 26 GerG erfüllten, in Übereinstimmung mit Anhang A der BesV als unterste Lohnklasse die

Klasse A28/1 vorgesehen worden, während hinsichtlich der aufgrund des Übergangsrechts fest angestellten Familienrichterinnen und Familienrichter ohne juristischen Universitätsabschluss eine Beförderung im Rahmen einer ausserordentlichen Spanne in Aussicht gestellt, jedoch betont worden sei, dass sich eine besoldungsmässige Differenzierung zu den Richterinnen und Richtern mit juristischem Studienabschluss weiterhin rechtfertige. Die Einreihung der Beschwerdeführerin in die Lohnklasse A24/8 hielt die Vorinstanz für sachgerecht und begründete dies im Wesentlichen damit, der Verordnungsgeber habe weiterhin eine besoldungsmässige Differenzierung zwischen den Familienrichterinnen und Familienrichtern, die lediglich aufgrund einer Übergangsbestimmung noch als fest angestelltes richterliches Mitglied des Kreisgerichts amten könnten, und den Kreisrichterinnen und Kreisrichtern, welche den Anforderungen nach Art. 26 GerG genügten, gewollt. Das Besoldungsminimum in der Lohnklasse A28 gelte nur für letztere Kategorie. Darin liege weder ein Verstoss gegen das Rechtsgleichheitsgebot, da die unterschiedliche Ausbildung und Einsetzbarkeit sachlich vernünftige Gründe für eine besoldungsmässige Unterscheidung darstellten, noch gegen das Diskriminierungsverbot, da keine geschlechterspezifische Entlöhnung erkennbar sei. Schliesslich taxierte die Vorinstanz auch die effektive Erhöhung von der Lohnklasse A23/8 zu A24/8 im Betrag von Fr. 7322.20 (Vollpensum) pro Jahr als sachgerecht, zumal im bisherigen Lohn sowohl die Erfahrungen wie auch Vorbildungen berücksichtigt seien.

5.

Die grösstenteils bereits im kantonalen Verfahren vorgebrachten Einwendungen der Beschwerdeführerin vermögen den vorinstanzlichen Entscheid weder als willkürlich noch sonst wie als bundesrechtswidrig erscheinen zu lassen.

5.1 Im Zuge der Justizreform 2009 wurden – wie die Vorinstanz dargelegt hat – gestützt auf den IV. Nachtrag zum GerG neue Personalstrukturen an den Kreisgerichten eingeführt, die mit Anpassungen bei der Besoldung verbunden waren. Dazu wurde der IX. Nachtrag zur BesV erlassen, der vom Kantonsrat am 22. April 2009 genehmigt wurde. Zutreffend ist, dass für die Besoldungseinreihung der Beschwerdeführerin neben dem GerG und der BesV das Rechtsgleichheitsgebot nach Art. 8 Abs. 1 BV sowie das Verbot geschlechtsdiskriminierender Entlöhnung nach Art. 8 Abs. 3 BV massgebend sind.

5.2 Die Beschwerdeführerin macht diesbezüglich im Wesentlichen geltend, für sie gelte als Besoldungsminimum ebenfalls Lohnklasse A28. Als Kreisrichterinnen und Kreisrichter seien nach Art. 26 Abs. 1 lit. a GerG nicht nur Personen mit einem juristischen Studienabschluss wählbar, sondern auch solche, die über einen andern Hochschulabschluss oder Fähigkeitsausweis verfügten, welcher vom Präsidenten des Kreisgerichts als gleichwertig anerkannt sei. Die Frage einer gleichwertigen Ausbildung sei für die Wählbarkeitsvoraussetzungen der Beschwerdeführerin nicht zu prü-

fen, da sie die Anforderungen nach Übergangsrecht erfülle. Zu den fest angestellten Richterinnen und Richtern zählten sowohl jene nach Art. 26 GerG wie auch jene nach Übergangsrecht. Eine besoldungsmässige Differenzierung sei in der BesV und dazugehörenden Botschaft lediglich noch zwischen Kreisgerichtspräsidenten und fest angestellten Richterinnen und Richtern vorgesehen, während die Kategorie der Richterinnen und Richter ohne Studienabschluss in der Botschaft nicht mehr erwähnt werde. Die Gleichsetzung der fest angestellten Richterinnen und Richter mit und ohne juristischen Studienabschluss sei von Wortlaut und Systematik der BesV her eindeutig. Mit der Einstufung der Beschwerdeführerin in die Lohnklasse A24/8 habe das Kantonsgericht somit eine willkürliche Einstufung ohne Rechtsgrundlage bzw. in Verletzung der BesV vorgenommen und die Beschwerdeführerin gegenüber den übrigen fest angestellten Richterinnen und Richtern nach Art. 26 GerG rechtsungleich behandelt, zumal sie die gleiche Arbeitsleistung erbringe und ihre Arbeit vorbehaltlos erfülle.

5.3 Zu prüfen ist vorab eine Verletzung des Rechtsgleichheitsgebots:

5.3.1 Der Grundsatz der Rechtsgleichheit (Art. 8 Abs. 1 BV) ist verletzt, wenn im öffentlichen Dienstrecht gleichwertige Arbeit ungleich entlöhnt wird. Das Bundesgericht hat freilich den Behörden einen grossen Spielraum in der Ausgestaltung von Besoldungsordnungen zugestanden. Ob verschiedene Tätigkeiten als gleichwertig zu betrachten sind, hängt von Beurteilungen ab, die unterschiedlich ausfallen können. Innerhalb der Grenzen des Willkürverbots und des Rechtsgleichheitsgebots sind die Behörden befugt, aus der Vielzahl denkbarer Anknüpfungspunkte die Tatbestandsmerkmale auszuwählen, die für die Besoldungshöhe massgebend sein sollen (BGE 125 I 71 E. 2c/aa S. 79; BGE 124 II 409 E. 9b S. 426 f.; BGE 123 I 1 E. 6b S. 8; BGE 121 I 102 E. 4a/c S. 104 f.). Nach ständiger Rechtsprechung ist Art. 8 BV (bzw. Art. 4 aBV) nicht verletzt, wenn Besoldungsunterschiede auf objektive Motive wie Alter, Dienstalter, Erfahrung, Familienlasten, Qualifikation, Art und Dauer der Ausbildung, Arbeitszeit, Leistung, Aufgabenbereich oder übernommene Verantwortlichkeiten zurückzuführen sind (BGE 131 I 105 E. 3.1 S. 107; BGE 123 I 1 E. 6c S. 8; je mit Hinweisen; vgl. auch Urteile 8C_572/2012 vom 11. Januar 2013 E. 3.4.1 und 1C_295/2008 vom 29. Mai 2009 E. 2.6). Das Bundesgericht übt eine gewisse Zurückhaltung und greift von Verfassungs wegen bloss ein, wenn der Kanton mit den Unterscheidungen, die er trifft, eine Grenze zieht, die sich nicht vernünftig begründen lässt, die unhaltbar und damit in den meisten Fällen auch geradezu willkürlich ist (BGE 129 I 161 E. 3.2 S. 165; BGE 123 I 1 E. 6a S. 7 f.; je mit Hinweisen). Schliesslich hält auch ein gewisser, aus praktischen Gründen bestehender Schematismus innerhalb der Besoldungsordnung vor dem Rechtsgleichheitsgebot stand, selbst wenn er Grenzfällen nicht immer gerecht zu werden vermag (BGE 121 I 102 E. 4d/aa S. 107; Urteile 8C_572/2012 vom 11. Januar 2013 E. 3.4.1 und 1C_295/2008 vom 29. Mai 2009 E. 2.7).

5.3.2 Dass die absolvierte Ausbildung bei der Lohneinstufung einer Richterin oder eines Richters als sachgerechtes objektives Kriterium zulässigerweise mitzuberücksichtigen ist, kann nicht ernsthaft infrage gestellt werden. Fällt praxisgemäss eine bundesgerichtliche Korrektur der hier zur Diskussion stehenden, unterschiedlichen kantonalen Lohneinstufung unter dem Blickwinkel des Rechtsgleichheitsgebotes nur dann in Betracht, wenn sich die gerügte Lohnungleichbehandlung geradezu als willkürlich erweist, so hält jedenfalls die unterschiedliche Einstufung der Beschwerdeführerin im Vergleich zu den fest angestellten Kreisrichterinnen und Kreisrichtern, welche die Voraussetzungen gemäss Art. 26 GerG erfüllen, vor dem Rechtsgleichheitsgebot ohne Weiteres stand. Denn diese Ungleichbehandlung beruht auf der Berücksichtigung der unterschiedlichen Ausbildung, nämlich des Umstandes, dass die Beschwerdeführerin kein juristisches Studium oder eine vergleichbare Ausbildung absolviert hat und nicht im Besitz eines schweizerischen Anwaltspatentes ist, sowie der daraus resultierenden beschränkten Einsetzbarkeit. Bereits unter dem bis 30. Mai 2009 geltenden Recht waren – wie Botschaft und Entwurf des Kantonsratsbeschlusses über die Genehmigung des IX. Nachtrags vom 20. Januar 2009 zur BesV zu entnehmen ist – bei der Besoldungseinreihung primär die Vorbildung und Erfahrung berücksichtigt worden und dementsprechend Familienrichterinnen und Familienrichter ohne juristisches Hochschulstudium in den Lohnklassen A23 bis A26 sowie Richterinnen und Richter mit Hochschulstudium in den Klassen A28 und A29 eingestuft worden. Die in Art. 26 GerG statuierten Wahlvoraussetzungen für hauptamtliche oder fest angestellte nebenamtliche Mitglieder des Kreisgerichts wurden – wie aus der Botschaft der Regierung vom 19. Dezember 2006 zum IV. Nachtrag zum GerG hervorgeht – im Rahmen der Justizreform 2009 zur Qualitätssicherung eingeführt, indem auf diese Weise sichergestellt werden sollte, dass bei den Mitgliedern des Kreisgerichts durchwegs juristische Fachkompetenz vorhanden ist. Mit Ausnahme der bisherigen Laienrichterinnen und Laienrichter, welche gemäss Übergangsbestimmung weiterhin auch ohne juristischen Hochschulabschluss fest angestellt werden können, solle es in Zukunft nicht mehr möglich sei, neu gewählten Laien in der Praxis die für die Tätigkeit als Familienrichterin oder Familienrichter erforderlichen Kenntnisse von Grund auf zu vermitteln. Entsprechend der vorgeschriebenen Ausbildung und Erfahrung sollen fest angestellte Richterinnen und Richter gemäss Art. 33 GerG alle richterlichen Funktionen ausser das Amt des Kreisgerichtspräsidenten ausüben können. Die vom Kantonsrat verabschiedete Voraussetzung eines bestimmten formellen Ausbildungsniveaus mitsamt Berufserfahrung sowie die Durchlässigkeit aller Richterfunktionen wirkt sich gemäss Botschaft und Entwurf des Kantonsratsbeschlusses über die Genehmigung des IX. Nachtrags vom 20. Januar 2009 zur BesV in einer besoldungsmässigen Besserstellung der fest angestellten Richterinnen und Richter durch Einreihung in die Besoldungsklassen A28 bis A33 aus. Dass diese besoldungsmässige Einreihung nur für Kreisrichte-

rinnen und Kreisrichter gilt, welche die Voraussetzungen nach Art. 26 GerG erfüllen, ergibt sich unmissverständlich aus Fussnote 10 zu «Kreisrichter» und «Kreisrichterin» im Text des IX. Nachtrags vom 20. Januar 2009 zur BesV. Entgegen den Ausführungen der Beschwerdeführerin ist diese Fussnote nicht der einzige Hinweis auf die gewollte Ungleichbehandlung der Richterinnen und Richter nach Art. 26 GerG und der übergangsrechtlich angestellten Richterinnen und Richter. Vielmehr lässt sich auch dem Protokoll der Regierung des Kantons St. Gallen zum IX. Nachtrag vom 20. Januar 2009 zur BesV ausdrücklich entnehmen, dass sich die Besoldungseinreihung der Kreisrichterinnen und Kreisrichter nach dem vorausgesetzten formellen Ausbildungsniveau verbunden mit entsprechender Berufserfahrung richte und dass aus der im IV. Nachtrag zum GerG übergangsrechtlich vorgesehenen Möglichkeit der Festanstellung von bisherigen Richterinnen und Richtern, welche die Anstellungsvoraussetzungen gemäss Art. 26 GerG nicht erfüllen, besoldungsmässig nichts abgeleitet werden könne. Im Schreiben des Kantonsgerichts St. Gallen vom 18. November 2009 betreffend Besoldungseinreihung der Kreisrichterinnen und Kreisrichter wurde sodann ausgeführt, die übergangsrechtlich fest angestellten Familienrichter und Familienrichterinnen sollten im Rahmen einer ausserordentlichen Spanne ebenfalls befördert werden. Das Kantonsgericht zusammen mit dem Personalamt sei jedoch nach wie vor der Auffassung, dass sich eine Differenzierung zur Richterschaft, welche die Bedingungen zur Einreihung ab der Besoldungsklasse A28 erfüllen müsse, weiterhin rechtfertigen lasse.

5.3.3 Zusammenfassend ergibt sich die unterschiedliche Einstufung von Familienrichterinnen und Familienrichtern, die lediglich aufgrund einer Übergangsbestimmung noch als fest angestelltes richterliches Mitglied des Kreisgerichts amten können, und Kreisrichterinnen und Kreisrichtern, welche die Anforderungen nach Art. 26 GerG erfüllen, sowohl aus dem Wortlaut der gesetzlichen Bestimmungen als auch aus dem darin vorgesehenen System der Durchlässigkeit. Wenn die Vorinstanz die fehlende juristische Ausbildung der Beschwerdeführerin und somit die Nichterfüllung der Wählbarkeitsvoraussetzungen nach Art. 26 GerG sowie die daraus folgende beschränkte Einsetzbarkeit als Familienrichterin als sachlich haltbare Gründe für eine unterschiedliche Einstufung bejaht, kann darin keine Bundesrechtswidrigkeit erblickt werden. Dass auch fest angestellte Kreisrichterinnen und Kreisrichter, welche die Anforderungen gemäss Art. 26 GerG erfüllen, lediglich als Familienrichterinnen und Familienrichter tätig seien – wie dies die Beschwerdeführerin geltend macht –, vermag daran nichts zu ändern, wären diese doch dank ihrer umfassenden juristischen Ausbildung und Erfahrung auch anderweitig einsetzbar. Nicht geltend gemacht wird sodann, dass ein anderweitiger Einsatz der juristisch ausgebildeten Richterinnen und Richter von vornherein nicht in Betracht gezogen werde. Schliesslich ist als weiteres Kriterium für eine unterschiedliche Einstufung nochmals zu betonen, dass eine juristische Ausbildung von Richte-

rinnen und Richtern einer qualitativ hochstehenden richterlichen Tätigkeit förderlich ist. Die lohnmässige Ungleichbehandlung vermag sich somit auf objektive Gründe abzustützen, liegt im Rahmen des weiten Ermessensspielraums der einreihenden Behörde und verletzt daher das Rechtsgleichheitsgebot nicht.

5.4 Soweit die Beschwerdeführerin erneut eine Verletzung des Diskriminierungsverbotes nach Art. 8 Abs. 3 BV geltend macht, kann auf die einlässliche vorinstanzliche Begründung verwiesen werden, die aufzeigt, dass die Beschwerdeführerin weder direkt noch indirekt als Frau diskriminiert ist. Wie das kantonale Gericht zutreffend dargelegt hat, ist die Beschwerdeführerin von der Übergangsbestimmung und deren besoldungsmässigen Konsequenz nicht betroffen, weil sie eine Frau ist, sondern weil sie die Anforderungen nach Art. 26 GerG nicht erfüllt. Diese Regelung enthält keine Unterscheidung nach dem Geschlecht und zielt auch nicht indirekt auf eine Diskriminierung ab. Immerhin ist an dieser Stelle mit aller Deutlichkeit darauf hinzuweisen, dass die Beschwerdeführerin dank der übergangsrechtlichen Regelung überhaupt noch als Familienrichterin tätig sein kann, obschon sie die gesetzlichen Anforderungen dafür nicht erfüllt.

Bundesgericht, Urteil vom 30. April 2013, Doss.-Nr. 4A_700/2012 (Bestätigung des Entscheids des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt vom 25. September 2012)

Ausstempeln; ungerechtfertigte fristlose Entlassung.
Da für die 15-minütige Pause keine Pflicht zum Ausstempeln bestand, bildete das Stempeln weder einen Beweis für den Zeitpunkt noch für die Dauer der Pause. Die von der Arbeitnehmerin mehrfach zu lange bezogenen Pausen waren nicht schwerwiegend genug, um ihr deswegen fristlos zu kündigen (E. 2.4).

Sachverhalt:

A. (Klägerin; Beschwerdegegnerin 1) war seit dem 1. November 2009 zu 50% bei der X. AG (Beklagte; Beschwerdeführerin) als Vertriebsmitarbeiterin und Assistentin des Verlagsleiters des Bereichs Technik/Logistik/Transport angestellt. Mit Schreiben vom 8. Oktober 2010 wurde ihr fristlos gekündigt, weil sie über einen längeren Zeitraum mehrfach die Regelung bezüglich des Ausstempelns für die Mittagspause nicht eingehalten habe. Bereits am 5. Oktober 2010 hatte eine Besprechung stattgefunden. An dieser Besprechung wurde gemäss den Behauptungen der Beklagten mündlich die fristlose Kündigung bereits ausgesprochen und der Klägerin eine Auflösungsvereinbarung per 31. Oktober 2010 mit Freistellung nach Erledigung von Pendenzen angeboten. Nachdem diese Ver-

einbarung von der Klägerin abgelehnt worden war, erfolgte das Kündigungsschreiben.

Die Klägerin beantragte dem Zivilgericht Basel-Stadt, die Beklagte zu verpflichten, ihr Fr. 26 038.35 zu bezahlen und ihr ein gutes Arbeitszeugnis auszustellen. Am 23. Februar 2011 teilte die Öffentliche Arbeitslosenkasse Y. (Arbeitslosenkasse; Beschwerdegegnerin 2) dem Gericht mit, sie habe der Klägerin Fr. 2933.05 Arbeitslosentaggelder geleistet. Sie verlangte die direkte Zusprechung des subrogierten Betrages. Am 15. Dezember 2011 verpflichtete das Zivilgericht die Beklagte, ein neues Arbeitszeugnis auszustellen, und sprach der Klägerin Fr. 13 412.25 und der Arbeitslosenkasse Fr. 2933.05 zu. Diesen Entscheid bestätigte das Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt am 25. September 2012. Mit Beschwerde in Zivilsachen beantragt die Beklagte dem Bundesgericht, den Entscheid des Appellationsgerichts unter a/o-Kostenfolge zu Lasten der Beschwerdegegnerinnen 1 und 2 aufzuheben. Eventualiter sei die Sache unter Kostenfolge an das Appellationsgericht zurückzuweisen, damit dieses eine von der Beschwerdeführerin angebotene Zeugin einvernehme.

Aus den Erwägungen:

1.

(…)

1.2 Die Beschwerdeführerin wehrt sich im Wesentlichen gegen den Vorwurf, die fristlose Kündigung sei zu Unrecht erfolgt, und die sich daraus ergebenden Zahlungsverpflichtungen. Bezüglich der Ausstellung des Zeugnisses hatten sich die Parteien schon vor dem Zivilgericht weitgehend geeinigt. Die Frage wird weder in der Beschwerde noch im angefochtenen Entscheid thematisiert und scheint im Berufungsverfahren nicht mehr umstritten gewesen zu sein, auch wenn eventuell die Klageabweisung beantragt worden war. Jedoch lässt sich aus der Beschwerdebegründung nicht eindeutig ableiten, wie der angefochtene Entscheid betragsmässig abgeändert werden soll:

1.2.1 Die vor Zivilgericht eingeklagte Summe umfasste Beträge für Lohn und 13. Monatslohn während der ordentlichen Kündigungsfrist (6. Oktober 2010 bis 31. Dezember 2010) sowie eine Entschädigung wegen ungerechtfertigter Entlassung. Bezüglich dieser Forderungen wurde die Klage teilweise gutgeheissen. Die Klägerin hatte aber zudem Fr. 1365.50 für neun nicht bezogene Ferientage verlangt. Das Zivilgericht hielt fest, der Beschwerdegegnerin 1 hätten für das Jahr 2010 28 Tage Ferien zugestanden. Da nicht behauptet worden sei, dass sie mehr als 19 Ferientage bezogen habe, belaufe sich ihr Anspruch für das Jahr 2010 noch auf neun Ferientage. Das Zivilgericht ging indessen davon aus, die Beschwerdegegnerin 1 habe die Ferien während der ihr zuerkannten hypothetischen Kündigungsfrist beziehen können.

1.2.2 Zu diesem Ferienanspruch äussert sich die Beschwerdeführerin in der Beschwerde nicht. Erwiese sich die fristlose Kündigung als zulässig, entfiele die hypothetische Kündigungsfrist und damit der Grund für die Abweisung des Ferienanspruchs. Aus der Beschwerde wird nicht klar, ob die Beschwerdeführerin auch insoweit die Abweisung der Klage beantragt. Denn selbst wenn man den Ferienanspruch mit Blick auf die Kündigung pro rata temporis kürzt, wäre der Ferienanspruch von jährlich 28 Tagen bei einer Kündigung frühestens am 5. Oktober 2010 mit 19 bezogenen Ferientagen nicht voll abgegolten. Bereits für die Zeit bis Ende September ergäben sich 21 Ferientage (¾ von 28). Wie sich die Beschwerdeführerin zu der verbleibenden Differenz stellt, lässt sich auch sinngemäss ihrer Beschwerdebegründung nicht entnehmen. Insoweit erweist sich ihr Rechtsbegehren auch unter Berücksichtigung der Beschwerdebegründung als ungenügend.

2.

Selbst wenn man mit Blick auf die Tatsache, dass der Ferienanspruch maximal Fr. 1365.50 beträgt, zu Gunsten der Beschwerdeführerin annehmen wollte, sie verlange zumindest eine Herabsetzung auf diesen Betrag oder auf den Betrag des bei Gültigkeit der Kündigung verbleibenden Ferienanspruchs, würde dies der Beschwerdeführerin im Ergebnis nichts nützen.

2.1 Die Vorinstanz zitiert die Feststellung des Zivilgerichts, wonach der Beschwerdegegnerin 1 gemäss dem Organisationshandbuch eine Pause von 15 Min. zugestanden habe, die sie nicht habe stempeln müssen. Die Vorinstanz erkannte, die Beschwerdegegnerin 1 habe die Pause an das Ende ihrer Arbeitszeit am Mittag gelegt und dabei etwas gegessen. Im Zeitraum zwischen 4. Mai und dem 24. September 2010 habe dies möglicherweise zwölf Mal länger als eine Viertelstunde gedauert, ohne dass die Beschwerdegegnerin 1 ausgestempelt hätte. Diese Verfehlungen seien nicht schwerwiegend genug, um eine fristlose Kündigung zu rechtfertigen Die Behauptung, die Beschwerdegegnerin 1 habe zusätzlich schon vor der eigentlichen Mittagspause ihren Arbeitsplatz verlassen und eine Pause bezogen, erachtete die Vorinstanz nicht für erwiesen.

2.2 Die Beschwerdeführerin macht geltend, sie habe für diese Behauptung B. als Zeugin benannt, die nicht angehört worden sei. Da Frau B. die ganze Sache ins Rollen gebracht habe, hätte sie die Umstände des Falles näher und deutlicher beleuchten können. Im Übrigen verweist die Beschwerdeführerin im Wesentlichen auf das Urteil des Bundesgerichts 4C.149/2002 vom 12. August 2002, in welchem dieses eine fristlose Kündigung bei Manipulationen an der Zeiterfassung für gerechtfertigt erachtete, sowie auf entsprechende zum deutschen Recht ergangene Urteile. Sie kritisiert die Feststellung der Vorinstanz, der zitierte Bundesgerichtsentscheid habe einen leitenden Angestellten betroffen. Dieser habe mit Fr. 6446.18 brutto fast den gleichen Betrag verdient wie die Beschwerdegegnerin 1. Die Beschwerdeführerin verweist auf ihr Organisationshand-

buch, das ein detailliertes Management der Zeiterfassung vorgesehen habe. Daher bedürfe es keiner zusätzlichen Verwarnung. Die Vorinstanz habe nicht hinreichend berücksichtigt, dass sich der Arbeitnehmer, wenn er seinen Arbeitgeber durch Manipulationen hintergehe, einen Lohnanspruch für nicht geleistete Arbeit erschleiche. Da die Mitarbeiter über das Verhalten der Beschwerdegegnerin 1 Bescheid gewusst hätten, habe die Beschwerdeführerin eine fristlose Kündigung aussprechen müssen, um die innerbetriebliche Gleichbehandlung und den Frieden im Unternehmen zu wahren.

2.3 In ihrer Eingabe vom 28. März 2011 bot die Beschwerdeführerin für den Themenkreis «Erstellung Fehlzeitenliste/extensive Pausen» Herrn C. und Frau B. als Zeugen an. Herr C. könne bezeugen, dass die Beschwerdegegnerin 1 regelmässig vor 11 Uhr Pausen gemacht habe und mehrfach von kurz vor 12 Uhr bis vor 13 Uhr in der Küche gegessen und danach ausgecheckt habe. Frau B. habe die Beschwerdegegnerin 1 ebenfalls mehrfach in der Küche angetroffen, einmal sogar, als sie dort eine Bratwurst angebraten habe. Dies bezieht sich nach dem Zusammenhang auf das Essen in der Küche und nicht auf allfällige Pausen vor 11 Uhr. Auch aus dem nachfolgenden Hinweis, Frau B. sei bei der Beklagten für die Zeiterfassung verantwortlich und könne über die fehlerhaften Auscheckzeiten Auskunft geben, musste das Gericht nicht schliessen, die Zeugin habe zum Pausenverhalten der Beschwerdegegnerin 1 vor der Mittagszeit eigene Wahrnehmungen gemacht, zumal für die Pause von 15 Min. ja gerade keine Pflicht zum Ausstempeln bestand.

2.4 Im zitierten Urteil 4C.149/2002 E. 1.3 spricht das Bundesgericht von einer «position de cadre» also einem leitenden Angestellten. Es erachtete für massgebend, dass dieser darüber informiert worden war, welche Konsequenzen die Nichtberücksichtigung der Vorschriften betreffend das Stempeln nach sich ziehen konnte. Dass in ihrem Handbuch auf die Sanktion für die Nichtbeachtung der Vorschriften hingewiesen würde, macht die Beschwerdeführerin nicht geltend. Die Beschwerdegegnerin 1 hat zwar mehrfach zu lange Pausen bezogen, sie hat aber nicht durch eine Manipulation der Stempelanlage den Eindruck erweckt, sie sei zu einem Zeitpunkt im Betrieb anwesend, in dem sie sich tatsächlich ausserhalb des Betriebes befand. Sie musste für die Pause von 15 Min. nicht ausstempeln. Daher bildete das Stempeln weder Beweis für den Zeitpunkt noch für die Dauer der Pause. Die Vorinstanz hat zu Recht Arglist verneint und erkannt, dass sich das Urteil 4C.149/2002, in dem das Verhalten des Arbeitnehmers als Falschbeurkundung qualifiziert wurde, in wesentlichen Punkten von dem zu beurteilenden Fall unterscheidet. Auf die diesbezüglichen Einwände in der Replik ist nicht einzugehen, da zu diesen bereits der angefochtene Entscheid Anlass gegeben hätte, weshalb die Frist zur Beschwerdebegründung (Art. 100 BGG) nicht eingehalten ist. Mit Blick auf die zentrale Frage der Zumutbarkeit der Weiterbeschäftigung zeigt die Beschwerdeführerin nicht ansatzweise auf, dass die innerbetriebliche Gleichbehandlung und der Frieden im Unternehmen nicht auch mit einer ordentlichen Kündigung hätten

gewahrt werden können. Es besteht insgesamt kein Anlass, in das Ermessen der Vorinstanz einzugreifen (BGE 130 III 28 E. 4.1 S. 32; 213 E. 3.1 S. 220; 129 III 380 E. 2 S. 381 f.; je mit Hinweisen).

Tribunal fédéral, Arrêt du 2 mai 2013, Doss.-No 4A_8/2013 (Rejet du recours en matière civile contre l'arrêt du Tribunal cantonal du canton de Vaud du 6 septembre 2012), in: ATF 139 III 214

Art. 322b Abs. 1 und Art. 349a Abs. 2 OR; Arbeitsvertrag, angemessenes Entgelt des Arbeitnehmers, der mit Provisionen entschädigt wird.
Wenn ein Arbeitnehmer ausschliesslich oder vorwiegend mit Provisionen entschädigt wird, müssen diese ein angemessenes Entgelt bilden, so wie dies Art. 349a Abs. 2 OR für den Handelsreisendenvertrag vorsieht (E. 5.1).
Anwendung auf den konkreten Fall (E. 5.2).

Art. 322b al. 1 et art. 349a al. 2 CO; contrat de travail, rémunération convenable du travailleur payé par l'encaissement de provisions.
Si le travailleur est rémunéré de manière exclusive ou prépondérante par des provisions, celles-ci doivent représenter une rémunération convenable, telle que l'entend l'art. 349a al. 2 CO pour le contrat d'engagement des voyageurs de commerce (consid. 5.1).
Application au cas d'espèce (consid. 5.2).

Extrait des considérants:

5. (...)

5.1 Il résulte de l'état de fait déterminant (art. 105 al. 1 LTF) que l'intimé, à partir du 1er juillet 2007, s'était engagé, pour une durée indéterminée et à plein temps, à fournir, dans une situation de subordination à l'endroit de la recourante, ses services comme «conseiller économique», moyennant le versement d'un salaire. Il n'est pas douteux, et au demeurant incontesté, que les parties ont conclu un contrat individuel de travail (art. 319 al. 1 CO).

Comme on l'a vu, l'autorité cantonale n'a pas tranché le point de savoir si les parties ont été liées par un contrat d'engagement des voyageurs de commerce. Il n'importe. En effet, un tel accord n'est qu'un contrat individuel de travail à caractère spécial (cf. art. 355 CO; WOLFGANG PORTMANN, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht, vol. I, 5e éd. 2011, n° 2 ad art. 347 CO).

Il a été retenu que l'intimé était rétribué par un salaire fixé selon un système de provisions sur les affaires conclues pour le compte de la recou-

rante. Autrement dit, le salaire de l'intimé consistait exclusivement dans l'encaissement de provisions.

La provision est une modalité particulière de rémunération du travailleur.

Aux termes de l'art. 322b al. 1 CO, s'il est convenu que le travailleur a droit à une provision sur certaines affaires, elle lui est acquise dès que l'affaire a été valablement conclue avec le tiers. Il faut donc, sauf convention contraire, que le travailleur, pendant le rapport contractuel, procure une affaire concrète ou trouve un client disposé à conclure; il doit exister un rapport de causalité entre l'activité du travailleur et la conclusion du contrat (ATF 128 III 174 consid. 2b p. 176).

La doctrine moderne est d'avis que si le salarié est rémunéré de manière exclusive ou prépondérante par des provisions, celles-ci doivent alors représenter une rémunération convenable, telle que l'entend l'art. 349a al. 2 CO dans le cadre du contrat d'engagement des voyageurs de commerce (cf. ULLIN STREIFF ET AL., Arbeitsvertrag, 7e éd. 2012, n° 5 ad art. 322b CO; PORTMANN, op. cit., n° 1 ad art. 322b CO; ADRIAN STAEHELIN, Zürcher Kommentar, 4e éd. 2006, n° 1 ad art. 322b CO; RÉMY WYLER, Droit du travail, 2e éd. 2008, p. 161 et la note 453; FRANK VISCHER, Der Arbeitsvertrag, TDPS vol. VII/4, 3e éd. 2005, p. 108). Cette opinion est convaincante. Afin d'éviter que l'employeur n'exploite le travailleur en lui faisant miroiter la perception de provisions irréalistes (cf., à ce propos, ATF 129 III 664 consid. 6.1), l'effet protecteur de l'art. 349a al. 2 CO doit être appliqué par analogie à tous les travailleurs payés principalement par provisions.

Il sied en conséquence de vérifier si la rémunération qu'a touchée l'intimé sous forme de provisions pouvait être qualifiée de «convenable» au sens de la disposition susrappelée, ainsi que l'affirme la recourante.

5.2 Le caractère «convenable» d'une rétribution est une notion juridique imprécise qui laisse au juge du fait un pouvoir d'appréciation. Partant, le Tribunal fédéral n'intervient que si cette autorité a abusé de ce pouvoir, c'est-à-dire si elle a retenu des critères inappropriés ou si la décision aboutit à un résultat manifestement injuste (ATF 135 III 121 consid. 2 in fine et les arrêts cités).

Une provision est convenable si elle assure au voyageur un gain qui lui permette de vivre décemment, compte tenu de son engagement au travail (Arbeitseinsatz), de sa formation, de ses années de service, de son âge et de ses obligations sociales ainsi que de l'usage de la branche (ATF 129 III 664 ibidem).

Lorsque la recourante affirme que l'intimé aurait réalisé «en 2008 et sur une période non négligeable» des revenus dépassant 4000 fr. par mois, elle invoque des faits non constatés, dont il n'y a pas lieu de tenir compte (art. 105 al. 1 LTF). Pour les mêmes raisons, il n'est pas possible de retenir que l'intéressé s'est peu investi dans son travail, car il avait fondé sa propre entreprise, active dans l'import-export.

La cour d'appel a constaté que l'intimé, au cours des relations contractuelles, a réalisé un salaire mensuel net moyen de 2074 fr. pour une activité à plein temps. Il n'a pas été établi que les prestations de service fournies par le travailleur étaient insuffisantes. Dans de telles conditions, il n'est pas besoin de longues explications pour admettre que cette rétribution, qui, selon l'expérience générale, ne permet pas de vivre correctement en Suisse, n'était pas convenable, quelle que soit la situation personnelle de l'intimé.

La cour cantonale a considéré que la somme brute supplémentaire de 42 000 fr. requise par l'intimé représentait 1800 fr. 25 de plus par mois durant les 22 mois et un tiers (recte: 23 mois et un tiers) qu'ont duré les rapports de travail (42 000 fr./23,33). Il appert donc que si l'on ajoute ce surplus au salaire mensuel net moyen réellement encaissé, on obtient un salaire brut de 3874 fr. 25 (2074 fr. + 1800 fr. 25).

En jugeant que ce salaire mensuel brut de 3874 fr. 25 était «convenable» dans le sens de l'art. 349a al. 2 CO, l'autorité cantonale n'a en rien abusé de son pouvoir d'appréciation. De fait, ledit salaire est encore largement inférieur au salaire médian mensuel brut, secteur privé et public confondus, afférent à des activités simples et répétitives dans la région lémanique pour l'année 2010, lequel se montait à 4727 fr. par mois (www.bfs.admin.ch/bfs/portal/fr/index/themen/03/04/blank/key/lohnstruktur/nach_grossregion.html).

Le moyen doit être rejeté.

Bundesgericht, Urteil vom 16. Mai 2013, Doss.-Nr. 4A_721/2012 (Bestätigung des Urteils des Obergerichts des Kantons Zürich, I. Zivilkammer, vom 1. November 2012)

Nur teilweise Qualifizierung des Bonus als Lohnbestandteil. Um den Charakter einer Sondervergütung zu wahren, darf eine Gratifikation neben dem Lohn nur eine zweitrangige Bedeutung haben. Daher wird der akzessorische Charakter dann kaum mehr gewahrt, wenn die Gratifikation regelmässig einen höheren Betrag erreicht als der Lohn. Wird ein kleiner Lohn vereinbart und dafür eine grosse Gratifikation ausgerichtet, erweist sich diese trotz der vereinbarten Freiwilligkeit als das eigentliche Entgelt für die Arbeit. Sie wird dadurch zumindest teilweise zum Lohn im Rechtssinn. Da bei hohen Einkommen ein Eingriff in die Privatautonomie der Parteien entsprechend dem Schutzbedürfnis des Arbeitnehmers eingeschränkt ist, erscheint die Qualifikation der gesamten Sondervergütung als Lohnbestandteil insbesondere dann nicht als geboten, wenn der so berechnete Lohn die Lebenshaltungskosten des Arbeitnehmers erheblich und den Durchschnittslohn um ein Vielfaches übersteigen würde (E. 3, 3.1).

Sachverhalt:

A. (Kläger; Beschwerdeführer) war seit dem 1. Januar 2005 als Direktor bei der X. AG (Beklagte; Beschwerdegegnerin) angestellt. Im Arbeitsvertrag war ein Fixlohn von Fr. 280 000.– vereinbart, und es wurde ein Bonus in Aussicht gestellt. In den Jahren 2005 bis 2007 wurden Boni von Fr. 560 000.–, Fr. 600 000.– und von Fr. 550 000.– teils in bar, teils als aktienbasierte Wertrechte (Incentive Share Units; ISU) ausbezahlt. Am 19. Januar 2009 unterzeichneten die Parteien die Dokumente «Exemption from Duties» sowie «Professional Reorientation-Transfer Agreement». Gemäss diesen war der Kläger ab dem 20. Januar 2009 freigestellt. Am 23. April 2009 hielt die Beklagte fest, sie gehe von einer einvernehmlichen Auflösung des Arbeitsverhältnisses per 31. August 2009 aus. Nachdem der Kläger dagegen protestiert hatte, kündigte sie das Arbeitsverhältnis mit Schreiben vom 9. Juni 2009 auf den 30. September 2009.

Vor dem Arbeitsgericht Zürich verlangte der Kläger von der Beklagten Fr. 140 000.– Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung und unzulässiger Freistellung. Zusätzlich zu dem für das Jahr 2008 ausbezahlten Bonus von Fr. 183 000.– beanspruchte er Fr. 147 000.– nebst Zins in bar sowie 3841 ISUs zum Fair Value von Fr. 23.70 oder deren Gegenwert bei Fälligkeit von Fr. 247 499.10. Für das Jahr 2009 forderte er Fr. 427 500.– nebst Zins. In der Replik beantragte er zudem, die Beklagte zu verpflichten, ihm ein in englischer Sprache vorformuliertes Arbeitszeugnis auszustellen. Auf die Abänderung des Arbeitszeugnisses trat das Arbeitsgericht mit Beschluss vom 13. Januar 2011 nicht ein. Mit Urteil vom selben Tag verpflichtete es die Beklagte, dem Kläger Fr. 97 000.– (zusätzlicher Bonus für das Jahr 2009) und Fr. 210 000.– (zusätzlicher Bonus für die Zeit vom 1. Januar bis 30. September 2009), jeweils brutto nebst Zins zu bezahlen. Die Beklagte erhob Berufung und beantragte im Wesentlichen, die Klage abzuweisen. Der Kläger erneuerte mit Anschlussberufung die Begehren um Ausstellung des Zeugnisses und Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung und verlangte Fr. 147 000.– zuzüglich Fr. 220 857.50 als Gegenwert für 3841 ISUs sowie Fr. 427 500.–, alles nebst Zins. Mit Beschluss und Urteil vom 1. November 2012 trat das Obergericht des Kantons Zürich auf die Anschussberufung nicht ein, soweit diese das Arbeitszeugnis betraf. Die Klage hiess es lediglich im Umfang von Fr. 210 000.– brutto nebst Zins gut. Mit Beschwerde in Zivilsachen beantragt der Kläger dem Bundesgericht, die Beschwerdegegnerin zu verpflichten, ihm Fr. 147 000.– zuzüglich Fr. 220 857.50 als Gegenwert für 3841 ISUs zu bezahlen sowie Fr. 427 500.–, alles nebst Zins.

Aus den Erwägungen:

2.

Vor Bundesgericht streitig ist nur noch der Bonus für die Jahre 2008 und 2009 sowie die Art der Auszahlung. Im Arbeitsvertrag wird auf die

«Regulations for Members of Senior Management» verwiesen, die in Ziff. 4 unter dem Titel «Bonus» festhalten: «The Company at its discretion may pay a bonus in addition to the annual salary. However, there is no entitlement to a bonus, irrespective of whether such payments were made in previous years. Whether a bonus is paid at all, as well as the amount of any bonus depends on the performance of X. AG, the relevant department and the personal performance of the individual and their contribution to the current and future success of the Company. A bonus will only be awarded if neither the Member of Senior Management nor the Company have delivered notice of termination before the time of the written notification of the bonus.»

2.1 Die Vorinstanz erkannte, die Beschwerdegegnerin habe dem Beschwerdeführer in den Jahren 2005 bis 2007 zusätzlich zum Fixgehalt jährlich variable Vergütungen von durchschnittlich Fr. 570 000.– bezahlt, die das Fixgehalt um ein Mehrfaches überstiegen. Trotz des ausdrücklichen Freiwilligkeitsvorbehalts, der in den Gehalts- und Bonusabrechnungen wiederholt worden sei, erachtete sie die Boni zum Teil als Lohnbestandteile. Sie verwarf die Auffassung des Beschwerdeführers, wonach der gesamte Bonus zum unantastbaren Lohnbestandteil werde, wenn die variable Vergütung gemessen am Fixlohn nicht akzessorisch sei. Der aus fixen und variablen Teilen zusammengesetzte Lohn müsse höher sein, als die Gratifikation, da sonst deren akzessorischer Charakter nicht gewahrt wäre.

2.1.1 Für das Jahr 2008 ging die Vorinstanz von einem Lohnbestandteil von insgesamt mindestens Fr. 425 000.– aus, indem sie zum Fixlohn von Fr. 280 000.– den durchschnittlichen Bonus der Jahre 2005 bis 2007 von Fr. 570 000.– addierte und diese Summe (Fr. 850 000.–) halbierte. So wird nach Auffassung der Vorinstanz ein übermässiger Gratifikationsanteil verhindert. Die dem Beschwerdeführer für das Jahr 2008 ausbezahlte Summe von Fr. 463 000.– (Fixlohn von Fr. 280 000.– plus die Bonuszuteilung von Fr. 183 000.–) übersteigt diesen Betrag. Die Vorinstanz erachtete die Bonuszuteilung von Fr. 183 000.– mit Blick auf das verheerende Geschäftsjahr 2008 (Verlust von Fr. 7,687 Milliarden) und die Tatsache, dass die Abteilung des Beschwerdeführers aufgelöst und dieser entlassen werden musste, für ausreichend. Die Auszahlung eines Teils in ISUs könne der Beschwerdeführer nicht beanspruchen, da diese bezwecke, Schlüsselmitarbeiter zu halten oder anzuwerben. Vor Mitteilung des Bonus am 21. Januar 2009 sei der Beschwerdeführer schon von seinem Vorgesetzten auf die Möglichkeit des Abbaus seiner Stelle hingewiesen und am 19. Januar 2009 zur beruflichen Neuorientierung freigestellt worden. Er sei daher weder ein «anzuwerbender» noch ein «zu haltender» Arbeitnehmer gewesen.

2.1.2 Auch für das Jahr 2009 hatte der Beschwerdeführer nach Auffassung der Vorinstanz Anspruch auf die Ausrichtung eines Bonus. Dabei sei zu beachten, dass die Beschwerdegegnerin nach dem Verlust im Jahr 2008 wieder namhafte Gewinne geschrieben habe. Der Bonus müsse daher höher ausfallen, als für das Jahr 2008. Unter Berücksichtigung der gesam-

ten Umstände setzte die Vorinstanz den variablen Lohnanteil für das Jahr 2009 auf Fr. 280 000.– fest, wobei dem Beschwerdeführer nur ¾ (Fr. 210 000.–) zustünden, weil sein Arbeitsverhältnis am 30. September 2009 geendet habe.

2.2 Weder der Beschwerdeführer noch die Beschwerdegegnerin können nachvollziehen, weshalb die Vorinstanz für die Jahre 2008 und 2009 verschiedene Berechnungsmethoden zur Anwendung gebracht hat, wobei sie unterschiedliche Meinungen über die korrekte Berechnung haben. Der Beschwerdeführer leitet aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ab, wenn der Bonus den Fixlohn überschreite, werde zwingend der gesamte Bonus zum Lohnbestandteil.

3.

Bei einer Gratifikation im Sinne von Art. 322d OR handelt es sich um eine ausserordentliche Zulage, die zum Lohn hinzutritt und bei bestimmten Anlässen ausgerichtet wird. Sie hängt immer in einem gewissen Masse vom Willen des Arbeitgebers ab. Um den Charakter einer Sondervergütung zu wahren, darf eine Gratifikation neben dem Lohn nur eine zweitrangige Bedeutung haben (BGE 131 III 615 E. 5.2. S. 621 mit Hinweis). Daher wird der akzessorische Charakter dann kaum mehr gewahrt, wenn die Gratifikation regelmässig einen höheren Betrag erreicht als der Lohn. Wird ein kleiner Lohn vereinbart und dafür eine grosse Gratifikation ausgerichtet, erweist sich diese trotz der vereinbarten Freiwilligkeit als das eigentliche Entgelt für die Arbeit. Sie wird dadurch zumindest teilweise zum Lohn im Rechtssinn (BGE 129 III 276 E. 2.1 S. 279 f.). Sobald der eigentliche Lohn jedoch ein Mass erreicht, das die wirtschaftliche Existenz des Arbeitnehmers bei Weitem gewährleistet bzw. seine Lebenshaltungskosten erheblich übersteigt, bildet die Höhe der Gratifikation im Verhältnis zum Lohn kein taugliches Kriterium mehr, um über den Lohncharakter der Sondervergütung zu entscheiden. Bei derartigen Einkommensverhältnissen, lässt sich ein Eingriff in die Privatautonomie der Parteien durch ein entsprechendes Schutzbedürfnis des Arbeitnehmers nicht legitimieren (zur Publikation bestimmtes Urteil des Bundesgerichts 4A_520/2012 vom 26. Februar 2013 E. 5.3 mit Hinweisen).

3.1 Übersteigt die Gratifikation den Fixlohn, wird sie entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers nicht zwingend integral zum Lohnbestandteil (BGE 129 III 276 E. 2.1 S. 279). Nachdem das Bundesgericht in seiner jüngsten Rechtsprechung bei hohen Einkommen den Eingriff in die Privatautonomie der Parteien entsprechend dem Schutzbedürfnis des Arbeitnehmers eingeschränkt hat, erscheint die Qualifikation der gesamten Sondervergütung als Lohnbestandteil insbesondere dann nicht als geboten, wenn der so berechnete Lohn die Lebenshaltungskosten des Arbeitnehmers erheblich und den Durchschnittslohn um ein Vielfaches übersteigen würde (zit. Urteil 4A_520/2012 E. 5.3 mit Hinweisen). Da das Bundesgericht im zitierten Entscheid seine bisherige Rechtsprechung präzisiert hat, kann der

Beschwerdeführer aus den Verweisen auf die davor ergangenen Entscheide nichts zu seinen Gunsten ableiten.

3.2 Würde der Bonus integral als Lohnbestandteil angesehen, ergäbe dies zusammen mit dem Basissalär nach den Ausführungen des Beschwerdeführers selbst für die Jahre 2005 bis 2007 einen Lohn, der zwischen Fr. 830 000.– und Fr. 880 000.– schwankt. Vor diesem Hintergrund ist nicht zu beanstanden, wenn nur ein Teil der Sondervergütung als Lohnbestandteil betrachtet wird. Dass die Vorinstanz den Lohnbestandteil inklusive Fixlohn auf mindestens Fr. 425 000.– ansetzt, mag für die Jahre 2005 bis 2007 angehen. Für den Bonus des Jahres 2008 kann daraus aber nichts abgeleitet werden, da dieser unabhängig davon, ob er als Lohnbestandteil oder als Gratifikation zu qualifizieren ist, variabel ausgestaltet ist. Für die Frage, in welchem Mass der Lohn variabel beziehungsweise erfolgsbedingt ausgestaltet werden darf (vgl. hierzu das zur Publikation bestimmte Urteil des Bundesgerichts 4A_8/2013 vom 2. Mai 2013 E. 5.1 mit Hinweisen, in dem es um einen Lohn auf Provisionsbasis ging), ist die Rechtsprechung zur Abgrenzung zwischen Lohn und Gratifikation nicht einschlägig. Selbst wenn der Bonus Lohnbestandteil wird, bedeutet dies nicht, dass er dadurch zum Fixlohn würde, sondern nur, dass die Ausrichtung nicht vom Willen des Arbeitgebers abhängt und die Höhe nach den im Vertrag vereinbarten Kriterien objektiv festzusetzen ist.

3.3 Für das Jahr 2008 hat die Beschwerdegegnerin einen Bonus ausgerichtet. Sofern dieser dem entspricht, was der Beschwerdeführer aufgrund der Veränderungen der vereinbarten Parameter objektiv als variable Vergütung beanspruchen kann, kommt der Frage, ob die Vergütung als Gratifikation oder als Lohnbestandteil angesehen wird, keine Bedeutung zu, da dies nur die Frage der Freiwilligkeit der Leistung beziehungsweise das freie Ermessen bei deren Festsetzung beschlägt. Zu prüfen bleibt, ob die Vorinstanz zu Recht davon ausging, der für das Jahr 2008 ausbezahlte Bonus von Fr. 183 000.– in bar ohne aktienbasierte Entschädigung sei korrekt.

3.3.1 Die Vorinstanz prüfte die verschiedenen Kriterien, die gemäss der getroffenen Vereinbarung bei der Bonusfestsetzung zu berücksichtigen waren. Sie zog dabei insbesondere den Verlust von Fr. 7,687 Milliarden heran. Mit Blick darauf falle eine Kürzung um lediglich 25%, die der Beschwerdeführer akzeptieren würde, ausser Betracht. Sie stellte bezüglich der Leistungen des Beschwerdeführers und seiner Abteilung darauf ab, dass diese aufgelöst («performance ... of the relevant department») und er selbst entlassen («personal performance of the individual») werden musste. Vor diesem Hintergrund erachtete sie eine Herabsetzung des Bonus auf Fr. 183 000.– für gerechtfertigt.

3.3.2 Der Beschwerdeführer wiederholt vor Bundesgericht seine Vorbringen, wonach seine Abteilung für das Jahr 2008 trotz der Krise ein dem Vorjahr entsprechendes Ergebnis erreicht habe. Er selbst habe Fr. 4 000 000.– Gewinn erwirtschaftet, und die Year End Evaluation für

das Jahr 2008 sei gleichbleibend gut gewesen. Schliesslich verweist er auch auf die Lohnkürzungen für die Geschäftsleitung, die geringer ausgefallen seien.

3.3.3 Die Performance des Beschwerdeführers und seiner Abteilung sowie die Auswirkungen auf das Geschäftsergebnis bilden zusammen mit diesem selbst die tatsächlichen Grundlagen, nach denen der Bonus festzusetzen ist. In tatsächlicher Hinsicht kann das Bundesgericht indessen nur prüfen, ob der angefochtene Entscheid offensichtlich unrichtig (Art. 97 Abs. 1 und Art. 105 Abs. 2 BGG) und damit willkürlich (BGE 129 I 8 E. 2.1 S. 9 mit Hinweisen) ist. Dass aus dem Arbeitszeugnis des Beschwerdeführers auf eine gute persönliche Leistung geschlossen werden könnte, genügt nicht, um den Schluss von der Kündigung und der Schliessung der Abteilung auf eine Performance, die zusammen mit dem schlechten Geschäftsergebnis die Bonuskürzung im Vergleich zum Vorjahr rechtfertigt, als geradezu willkürlich auszuweisen. Nicht massgebend ist, dass die Kürzung bei der Geschäftsleitung allenfalls weniger hoch ausgefallen ist, da diesbezüglich andere Parameter zur Anwendung kommen können.

3.3.4 Nicht zu beanstanden ist auch, dass keine aktienorientierte Abgeltung erfolgte. Selbst wenn die Beschwerdegegnerin dem Beschwerdeführer versichert haben sollte, sie werde ihm helfen, eine seiner Stellung und Qualifikation entsprechende neue Stelle innerhalb des Senior Managements der Bank zu finden, was nicht festgestellt ist, würde dies nichts daran ändern, dass der Beschwerdeführer nach erfolgter Freistellung nicht mit Sicherheit davon ausgehen konnte, dass eine entsprechende Stelle gefunden würde. Damit ist der Schluss der Vorinstanz, der Beschwerdeführer sei kein «zu haltender» Mitarbeiter gewesen, nicht offensichtlich unhaltbar. Den von der Vorinstanz festgestellten Zweck der ISUs stellt der Beschwerdeführer nicht in Abrede. Diesem Zweck entspricht, dass die Vorinstanz den Bonus in bar zugesprochen hat.

3.4 Für das Jahr 2009 steht dem Beschwerdeführer nur der Anteil am Bonus zu, der als Lohn anzusehen ist, da im gekündigten Arbeitsverhältnis keine Gratifikation geschuldet ist. Vor Bundesgericht prozessrelevant wird die Abgrenzung aber nur, wenn der Bonusanspruch objektiv betrachtet insgesamt die für diese Periode zugesprochenen Fr. 210 000.– übertrifft. Der Beschwerdeführer verlangt einen Bonus wie in den Jahren 2005 bis 2007. Er stützt diese Forderung aber im Wesentlichen auf die Verbesserung des Ergebnisses der Beschwerdegegnerin im Vergleich zum Vorjahr und den der Geschäftsleitung ausbezahlten Bonus. Diese Werte sagen indessen nichts darüber aus, ob ein Bonus wie in den Jahren 2005 bis 2007 geschuldet ist. Die Vorinstanz hat einen höheren Bonus als im Vorjahr zugesprochen, aber nicht in der Höhe der Boomjahre. Sie hat die Argumentation, das Jahr 2009 wäre eines der besten Jahre des Beschwerdeführers geworden, verworfen. Darauf geht der Beschwerdeführer nicht ein (Art. 42 Abs. 2 BGG), sondern wiederholt lediglich die Vorbringen aus dem kantonalen Verfahren. Da es ihm nicht gelingt darzulegen, dass er bei Annahme,

der gesamte Bonus sei Lohnbestandteil, mehr verlangen könnte als ihm die Vorinstanz zugesprochen hat, kann die Frage nach der Höhe des Lohnanteils auch hier offenbleiben.

4.

Die Beschwerde ist insgesamt abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

Tribunal fédéral, Arrêt du 22 mai 2012, Doss.-No 4A_739/2012 (Rejet du recours en matière civile contre l'arrêt du Tribunal d'appel du Canton du Tessin du 14 novembre 2012)

Art. 336c CO. La nullité d'un licenciement notifié durant une période de protection ne dispense pas les parties d'exécuter leurs obligations contractuelles respectives. Si le travailleur ne fournit pas sa prestation de travail, sans motif valable, il n'a pas droit à son salaire (c. 3.1).
Art. 321d al. 1 CO. La libération de l'obligation de travailleur est un acte juridique unilatéral qui dérive du droit de l'employeur de donner des instructions et directives. Elle ne constitue ni un cas de demeure du créancier ni un cas de licenciement immédiat (c. 3.1). La libération de l'obligation de travailler ne produit pas d'effet lorsqu'elle est liée à une résiliation du contrat de travail dont la nullité a été établie judiciairement (c. 3.3).

Extraits des faits:

A. è stato impiegato presso la B. SA quale responsabile amministrativo. Il 30 marzo 2006 egli ha sottoscritto «per ricevuta» un accordo che prevedeva la rescissione consensuale del contratto di lavoro per il 31 maggio 2006. Con lettera dell'11 aprile 2006 il datore di lavoro ha ricordato al dipendente tale accordo e, per il caso che la rescissione consensuale non fosse valida, ha notificato una nuova disdetta per il 30 giugno 2006. Il dipendente è divenuto totalmente inabile al lavoro per malattia a partire dall'11 aprile 2006. Il 24 novembre 2006 la B. SA gli ha comunicato che, tenuto conto della sospensione dei termini durante 180 giorni, il rapporto di lavoro era da ritenersi concluso il 30 novembre 2006.

Il 26 marzo 2007 A. ha chiesto al Pretore di Mendrisio-Nord di dichiarare nulla la disdetta dell'11 aprile 2006, di accertare la continuazione del rapporto di lavoro e di condannare la B. SA a pagargli fr. 28 780.70. Con sentenza del 27 marzo 2008 il Pretore ha accertato la nullità della disdetta e respinto le altre domande. Il 1° dicembre 2008 il Tribunale di appello ticinese ha confermato la nullità della disdetta dell'11 aprile 2006 e condannato la convenuta a pagare fr. 17 800.– quale salario di dicembre 2006 e gennaio 2007. Il 27 gennaio 2009 la B. SA, richiamando la suddetta sentenza cantonale, ha disdetto il contratto di lavoro per il 31 marzo 2009.

Il dipendente l'ha accettata e ha chiesto che fosse allestito il conteggio finale con scritto 2 febbraio 2009. Nel frattempo, con decisione 4 ottobre 2007, l'Ufficio AI aveva accertato un'incapacità lavorativa totale da aprile 2006 a maggio 2007 e del 60% da giugno 2007 in poi e aveva di conseguenza erogato una rendita intera a partire dall'aprile 2007, ridotta a ¾ dal settembre 2007. Il dipendente aveva inoltre percepito, tramite il datore di lavoro, indennità di malattia giornaliere dall'11 aprile 2006 all'8 aprile 2008.

Il 26 novembre 2009 A. ha avviato una seconda azione davanti al Pretore di Mendrisio-Nord chiedendo che B. SA fosse condannata a pagargli fr. 51 586.80 per stipendi dovuti, proporzionalmente alla capacità di lavoro residua del 40% accertata dall'AI, dal 9 aprile 2008 al 31 marzo 2009, ossia per il periodo compreso tra la cessazione delle indennità di malattia e la fine del rapporto di lavoro. Il Pretore ha respinto l'azione il 15 marzo 2011. La Seconda Camera civile del Tribunale di appello ha respinto la successiva appellazione con sentenza del 14 novembre 2012. A. insorge davanti al Tribunale federale con ricorso in materia civile del 17 dicembre 2012.

Extraits des considérants:

2.

Davanti alla prima istanza la controversia verteva principalmente sulla data effettiva della fine del rapporto di lavoro. Il Pretore, per motivi che non occorre riprendere, aveva stabilito che fosse determinante la disdetta del 24 novembre 2006, i cui effetti andavano riportati al 31 gennaio 2007, e aveva di conseguenza respinto le pretese salariali successive a tale data. Egli aveva però aggiunto «in via abbondanziale» che la petizione andava respinta anche perché l'attore, ricevuta la decisione AI del 4 ottobre 2007, non aveva offerto alla convenuta la propria capacità lavorativa residua, ciò che gli precludeva la possibilità di chiedere il pagamento del salario.

La Corte cantonale ha ritenuto determinante quest'ultimo aspetto, lasciando indeciso il momento in cui aveva preso fine il rapporto contrattuale. Respingendo le obiezioni dell'attore, il quale sosteneva che la convenuta lo avesse liberato dall'obbligo di lavorare per tutta la durata residua del rapporto contrattuale, essa ha stabilito che una manifestazione di volontà in tale senso non è riscontrabile nella lettera di disdetta dell'11 aprile 2006: d'un canto perché la nullità di tale scritto è già stata accertata giudizialmente e l'attore non può considerarlo valido «limitatamente agli effetti (parziali) a lui graditi»; dall'altro poiché egli è «rimasto del tutto inattivo», allorquando le circostanze concrete dovevano invece indurlo in buona fede a «immaginare che la datrice di lavoro, a fronte del protrarsi dei propri obblighi ben oltre a quanto inizialmente previsto, avesse il desiderio o la necessità di far capo nuovamente alle prestazioni del lavoratore, che non poteva pertanto omettere di farsi parte diligente e manifestare chiaramente la propria buona disponibilità al lavoro non appena riacquistata la parziale abilità».

3.

L'attore fa valere la violazione dell'art. 324 cpv. 1 CO. Ribadisce che la convenuta lo ha liberato «esplicitamente» dall'obbligo di lavorare dapprima nell'accordo di rescissione consensuale del 30 marzo 2006, poi con lo scritto dell'11 aprile 2006, che rimarrebbe efficace, nonostante la nullità della disdetta, per le altre comunicazioni ch'esso contiene. L'attore spiega che la Corte d'appello non ha considerato che con tale scritto la convenuta gi addebitava «circostanze di rilevanza penale che avrebbero in pratica determinato il suo licenziamento» e che di fronte ad accuse simili è «assurdo» ritenere ch'egli dovesse immaginare che l'azienda desiderasse ancora i suoi servigi. Tanto più, aggiunge l'attore, che la convenuta non aveva contestato le sue allegazioni di causa concernenti la liberazione dall'onere lavorativo.

3.1 La nullità della disdetta notificata durante un periodo di protezione (art. 336c cpv. 2 CO) non dispensa le parti dai rispettivi obblighi contrattuali: il lavoratore deve continuare a lavorare e il datore di lavoro deve pagare il salario (art. 319 CO). Se il lavoratore non fornisce la propria prestazione, senza esserne impedito da un motivo valido, cade in mora (art. 102 segg. CO), con la conseguenza che il datore di lavoro può rifiutare di pagargli il salario per inadempimento (art. 82 CO). Il salario rimane però dovuto qualora sia il datore di lavoro a impedire colpevolmente la prestazione di lavoro o ad essere altrimenti in mora nell'accettarla (art. 324 cpv. 1 CO; DTF 135 III 349 consid. 4.2).

La dichiarazione con la quale il datore di lavoro libera il dipendente dall'obbligo di fornire la prestazione non costituisce né mora nell'accettazione (cfr. il parere contrario di PORTMANN, Basler Kommentar, 5ª ed., 2011, n. 7 ad art. 324 CO), né licenziamento immediato; è un atto giuridico unilaterale che deriva dal diritto del datore di lavoro d'impartire istruzioni e direttive (art. 321d cpv. 1 CO; DTF 128 III 271 consid. 3a/bb pag. 281; 118 II 139 consid. 1a pagg. 140/141). Esso impedisce la mora del lavoratore (DTF 135 III 349 consid. 4.2).

3.2 L'attore si prevale pertanto erroneamente dell'art. 324 cpv. 1 CO, che riguarda la mora del datore di lavoro. La circostanza, tuttavia, non gli nuoce, poiché il Tribunale federale esamina d'ufficio l'applicazione del diritto federale (art. 106 cpv. 1 LTF), sia pure tenendo conto dell'onere di allegazione e motivazione del ricorrente (art. 42 cpv. 1 e 2 LTF).

In sostanza l'esito della causa dipende dall'esistenza o meno della dispensa dall'obbligo di lavorare. La sentenza impugnata non ha preso in considerazione, sotto questo profilo, l'accordo del 30 marzo 2006, benché l'attore se ne fosse prevalso con l'appello; ha menzionato l'atto solo nel riassunto dei fatti, ricordando di avere stabilito nella sentenza del 1° dicembre 2008 che tale atto non costituisse disdetta del contratto. Un fatto addotto ma non esaminato dall'autorità cantonale è nuovo nel senso dell'art. 99 cpv. 1 LTF e l'argomentazione giuridica che si fonda su di esso

è inammissibile; sarebbe tutt'al più censurabile – formalmente – il mancato esame (sentenza 4A_166/2009 del 29 giugno 2009, consid. 5).

Hanno la medesima sorte gli argomenti che l'attore trae dalla gravità delle accuse mossegli dalla convenuta per giustificare il licenziamento, poiché tali fatti non sono stati addotti in appello e sono anch'essi nuovi.

Inammissibile è infine l'accenno all'asserita assenza di contestazioni dei fatti da parte della convenuta, dal momento che l'attore non si confronta per nulla con la motivazione del giudizio impugnato a tale riguardo.

3.3 Rimane lo scritto che la convenuta ha indirizzato all'attore l'11 aprile 2006. Esso terminava così: «Lei è da subito dispensato dal presentarsi in azienda. Durante il periodo fino alla scadenza contrattuale Lei è tuttavia formalmente obbligato a tenersi a disposizione per eventuali necessità della Società». L'avvertimento seguiva immediatamente la frase con la quale la convenuta disdiceva il contratto per il 30 giugno 2006. Posto che la nullità della disdetta sancita giudizialmente è pacifica, dedurne che anche la dispensa dal lavoro fosse legata alla disdetta e ne seguisse quindi le sorti è interpretazione normativa della manifestazione di volontà senz'altro corretta.

Ne viene, in applicazione delle regole enunciate al considerando 3.1, che l'attore, non potendo prevalersi della liberazione dell'obbligo di lavorare per difendersi dall'eccezione d'inadempienza proposta dalla convenuta (art. 82 CO), non ha diritto al pagamento dello stipendio. La sentenza cantonale rispetta perciò il diritto federale.

Bundesgericht, Urteil vom 29. Mai 2013, Doss.-Nr. 8C_913/2012 (Bestätigung des Entscheids des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 3. Oktober 2012)

Bereits der blosse Verdacht, ein dem Behördenmitglied nahestehendes Unternehmen werde begünstigt, genügt, um das Vertrauen der Öffentlichkeit in ein unabhängiges staatliches Vergabewesen nachhaltig zu erschüttern. Vorliegend erteilte ein Mitarbeiter der Vergabestelle in seiner Funktion als Vertreter des Staats an befreundete Unternehmer Aufträge und liess sich im Gegenzug von diesen heimlich für eigene Dienstleistungen entschädigen. Er war damit zugleich als staatlicher Auftraggeber sowie als privater Beauftragter ein und derselben Firma tätig. Die fristlose Entlassung erwies sich daher als verhältnis- und rechtmässig (E. 4.2).

Sachverhalt:

A. arbeitete ab ■■ 1992 mit einem Vollzeitpensum als Projektleiter beim Amt Z. des Kantons Zürich. Am ■■ 2009 reichte seine Ehefrau eine Strafanzeige gegen ihn ein. Sie bezichtigte ihn darin, zum Nachteil des

Kantons Zürich die Bezahlung von massiv überhöhten Rechnungen an einen Lieferanten veranlasst und sich mit diesem einen Teil der unrechtmässigen Bereicherung geteilt zu haben. Eine Kopie der Strafanzeige sandte sie je an das der zuständigen Direktion vorstehende Mitglied des Regierungsrats, an den Vorsteher sowie an den Abteilungsleiter des Amtes Z. Aufgrund der in der Strafanzeige erhobenen Anschuldigungen wurde A. am ■■ 2009 am Arbeitsplatz verhaftet und danach in Untersuchungshaft versetzt. Mit Verfügung vom 10. Juli 2009 stellte ihn das Amt Z. vorsorglich im Amt ein. Am 28. Juli 2009 verfügte es die fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses aus von A. verschuldeten wichtigen Gründen. A. reichte hiergegen Rekurs bei der zuständigen Direktion des Kantons Zürich ein. Der Vorsteher der Direktion trat in den Ausstand, weshalb diese die Sache zur Behandlung an den Gesamtregierungsrat überwies. Mit Entscheid vom 6. März 2012 wies der Regierungsrat den Rekurs ab, soweit er auf diesen eintrat und ihn nicht als gegenstandslos betrachtete.

A. erhob beim Verwaltungsgericht des Kantons Zürich Beschwerde mit dem hauptsächlichen Antrag, in Aufhebung des regierungsrätlichen Entscheides sei festzustellen, dass die fristlose Entlassung zu Unrecht erfolgt sei, und sei er aufgrund der ungerechtfertigten Entlassung mit einem Betrag von mindestens Fr. 182 952.–, eventuell mit einem Betrag von Fr. 230 726.75 zuzüglich Zins zu 5% seit wann rechtens, zu entschädigen. Das Verwaltungsgericht wies die Beschwerde mit Entscheid vom 3. Oktober 2012 ab. Mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten lässt A. beantragen, es sei der Entscheid vom 3. Oktober 2012 aufzuheben und die Sache zur materiellen Neubeurteilung resp. zur allfälligen Durchführung der beantragten Zeugenbefragungen an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Aus den Erwägungen:

4.

Der angefochtene Entscheid stützt sich auf § 22 des kantonalzürcherischen Gesetzes über das Arbeitsverhältnis des Staatspersonals vom 27. September 1998 (LS 177.10; Personalgesetz). Diese Bestimmung lautet, soweit hier von Interesse, wie folgt: Das Arbeitsverhältnis kann 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 nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht zumutbar ist (Abs. 2). Tatbestand und Rechtsfolgen der fristlosen Auflösung richten sich nach den Bestimmungen des Obligationenrechts. Eine Abfindung nach § 26 bleibt vorbehalten (Abs. 4).

4.1 Gemäss dem angefochtenen Entscheid war der Beschwerdeführer während zehn Jahren gleichzeitig als Auftraggeber und als Beauftragter für die X. AG resp. deren Inhaber B. tätig. In seiner Funktion als Projektleiter

des Amtes Z. erteilte er der X. AG selbstständig vier Aufträge im Gesamtbetrag von Fr. 50 000.–. Zugleich liess er sich in derselben Zeitspanne von B. Leistungen mit mindestens Fr. 25 000.– entschädigen.

Der Beschwerdeführer hat diese Verhaltensweisen im vorinstanzlichen Verfahren bestätigt und wiederholt dies auch vor Bundesgericht. Umstritten ist, ob diese Verhaltensweisen die ausgesprochene fristlose Kündigung rechtfertigen.

4.2 Das kantonale Gericht hat dazu als Erstes erkannt, als langjähriger Mitarbeiter des Amtes Z. habe der Beschwerdeführer die im öffentlichen Beschaffungswesen geltende Pflicht, jeglichen – auch bloss virtuellen – Interessenkonflikt zu vermeiden, gekannt. Er habe somit gewusst, dass er nicht zugleich als staatlicher Auftraggeber und privater Beauftragter ein und derselben Firma habe tätig werden dürfen. Trotz dieses Wissens habe er sich während Jahren heimlich in einer solchen verbotenen Doppelrolle betätigt. Unerheblich sei in diesem Zusammenhang, ob dem Staat Zürich durch dieses Verhalten des Beschwerdeführers irgendwelche finanziellen Nachteile entstanden seien. Ebenfalls bedeutungslos sei, dass es sich um eher kleine Aufträge gehandelt habe, welche von ihm freihändig vergeben worden seien, und dass er neben der X. AG auch noch andere Unternehmen bei der Vergabe berücksichtigt habe. Das Gebot, jegliche Interessenkonflikte zu vermeiden, gelte im Submissionswesen absolut. Es bestehe mithin unabhängig von der Höhe, Anzahl oder Dringlichkeit der vergebenen Aufträge. Bereits der blosse Verdacht, ein dem Behördenmitglied nahestehendes Unternehmen werde begünstigt, genüge, um das Vertrauen der Öffentlichkeit in ein unabhängiges staatliches Vergabewesen nachhaltig zu erschüttern. Vorliegend müsse dies umso mehr gelten, als der Beschwerdeführer stellvertretender Abteilungsleiter gewesen sei und als solcher besonders hohen Ansprüchen an die persönliche Unabhängigkeit zu genügen habe. Die von ihm ausgeübte Doppelrolle sei nicht mit seiner dienstlichen Stellung zu vereinbaren und damit von vornherein unzulässig. An dieser Einschätzung vermöge auch die Behauptung des Beschwerdeführers nichts zu ändern, noch weitere Mitarbeiter des Amtes Z. seien in einer vergleichbaren Doppelrolle tätig. Sinngemäss mache der Beschwerdeführer damit geltend, er habe Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht. Ein solcher Anspruch auf gesetzwidrige Gleichbehandlung bestehe nach der Rechtsprechung aber nur unter bestimmten Voraussetzungen, welche hier nicht gegeben seien. Und selbst wenn dies so wäre, hülfe dies dem Beschwerdeführer nicht weiter. Das Interesse der Öffentlichkeit an einem unabhängigen staatlichen Vergabewesen wäre in jedem Fall höher zu gewichten als das private Interesse des Beschwerdeführers, gleich wie allfällige weitere Mitarbeiter des Amtes Z. auf unzulässige Weise einen Nebenverdienst erzielen zu dürfen. Aus demselben Grund könne es auch keine Rolle spielen, ob sein direkter Vorgesetzter Kenntnis von seinem Tun gehabt habe. Entsprechend erübrige es sich, den Vorgesetzten und den Bruder des Beschwerdeführers als Zeugen einzuvernehmen. Auch die in der Beschwerde

unter Verweis auf den Rücktritt des früheren Vorstehers und auf die im «Bericht Y.» aufgezeigten Missstände im Amt seien vorliegend irrelevant. Der Beschwerdeführer könne sein Fehlverhalten nicht mit allfälligen weiteren Unregelmässigkeiten rechtfertigen.

Die Vorinstanz hat weiter erwogen, der Beschwerdeführer sei nicht bloss einmal, sondern wiederholt während mehrerer Jahre in einer unzulässigen Doppelrolle tätig gewesen. Dadurch habe er sich einer schweren Pflichtverletzung im Sinne von § 22 Abs. 1 f. PG schuldig gemacht und das in ihn gesetzte hohe Vertrauen unwiderruflich zerstört. Denn gerade bei einem Gemeinwesen gälten erhöhte Anforderungen hinsichtlich Transparenz. Wolle das Amt Z. seinen Ruf als unabhängige Vergabestelle bewahren, könne es keine Mitarbeiter beschäftigen, die in ihrer Funktion als Vertreter des Staats an befreundete Unternehmer Aufträge erteilten und sich im Gegenzug von diesen heimlich für eigene Dienstleistungen entschädigen liessen. Dies müsse umso mehr gelten, als dem Beschwerdeführer jegliche Einsicht in die Unzulässigkeit seines Tuns fehle. So habe er noch in seinen letzten beiden Rechtsschriften vehement bestritten, mit seinem Tun gegen submissionsrechtliche Vorschriften verstossen zu haben. Unter diesen Umständen wäre ernsthaft zu befürchten gewesen, dass er sich im Falle einer Weiterbeschäftigung erneut über die Pflicht, jegliche Interessenkonflikte zu meiden, hinweggesetzt hätte. Eine Verwarnung als mildere Massnahme wäre daher nicht ausreichend gewesen. Zusammenfassend erweise sich die fristlose Kündigung als verhältnis- und rechtmässig.

4.3 In der Beschwerde wird als Erstes geltend gemacht, der angefochtene Entscheid verletze Bestimmungen des Obligationenrechts zur fristlosen Entlassung sowie zur Zulässigkeit von Nebenbeschäftigungen und damit Bundesrecht.

Gelten indessen durch Verweis im kantonalen öffentlichen Recht ergänzend die Bestimmungen des Obligationenrechts, sind diese nicht als Bundesrecht, sondern als subsidiäres öffentliches Recht des Kantons anwendbar. Entsprechend ist die Bundesrechtsrüge gemäss Art. 95 lit. a BGG auf die Verletzung verfassungsmässiger Rechte beschränkt (vgl. Urteile 8C_871/2011 vom 13. Juni 2012 E. 4.3.3 mit Hinweis; 8C_810/2011 vom 12. März 2012 E. 4.3; 8C_294/2011 vom 29. Dezember 2011 E. 3.4, nicht publ. in: BGE 138 I 13; je mit Hinweisen; E. 2 hievor).

4.4 Als – demnach einzig zulässige – Rügen bringt der Beschwerdeführer vor, der angefochtene Entscheid verletze seinen Anspruch auf Mitwirkung am Beweisverfahren gemäss Art. 29 in Verbindung mit Art. 9 BV sowie seinen Anspruch auf rechtsgleiche Behandlung nach Art. 8 BV.

4.4.1 Die Verletzung beweisrechtlicher Ansprüche sieht der Beschwerdeführer darin, dass die Vorinstanz die von ihm beantragten Zeugeneinvernahmen mit einem Vorgesetzten und Mitarbeitern nicht durchgeführt hat. Nach seiner Auffassung ergäbe sich aus diesen Einvernahmen, dass der Vorgesetzte von der Nebenbeschäftigung des Beschwerdeführers gewusst habe und dass andere Mitarbeiter des Amtes Z. ebenfalls sowohl

in ihrer amtlichen Stellung als auch privat für den gleichen Auftraggeber tätig gewesen seien. Diese Zeugenaussagen seien als Beurteilungsmassstab dafür erforderlich, ob das Verhalten des Beschwerdeführers eine schwerwiegende oder aber nur eine mittlere oder gar nur eine leichte Pflichtverletzung darstelle. Nur eine schwerwiegende Pflichtverletzung vermöchte die ausgesprochene fristlose Kündigung zu rechtfertigen.

Dieser Einwand ist unbegründet. Das Verhalten des Beschwerdeführers war geeignet, das Vertrauen der Öffentlichkeit in ein korrektes staatliches Beschaffungswesen nachhaltig zu erschüttern. Es untergrub damit auch das Vertrauen des Staates in den Beschwerdeführer als mit entsprechenden Aufgaben betrauten Angestellten. Daran kann kein Zweifel bestehen. Ebenso offensichtlich ist dieses Verhalten dem Beschwerdeführer selbst bei Kenntnis des Vorgesetzten oder bei vergleichbaren Verhaltensweisen von Mitarbeitern als grob pflichtwidrig anzulasten. Ob der Vorgesetzte davon wusste und ob Mitarbeiter sich ebenfalls pflichtwidrig verhielten, kann daher offenbleiben. Denn selbst wenn eines oder beides zuträfe, vermöchte dies nichts an der Beurteilung zu ändern, dass der Beschwerdeführer seine amtlichen Pflichten schwer verletzt hat. Dass die Vorinstanz in antizipierter Beweiswürdigung die Zeugeneinvernahmen als nicht entscheidrelevant betrachtet und daher davon abgesehen hat, ist daher nicht verfassungswidrig.

4.4.2 Das Gleichbehandlungsgebot sieht der Beschwerdeführer mit der Begründung als verletzt, es könne nicht sein, dass er als Angestellter des Staates schlechter gestellt werde als ein privatrechtlich Angestellter. Bei Letzterem vermöchte das hier zur Diskussion stehende Verhalten keine fristlose Entlassung zu rechtfertigen.

Wer als Angestellter der öffentlichen Hand Beschaffungsaufträge vergibt, ist besonderen Verhaltensregeln unterworfen. Das soll, wie das kantonale Gericht einlässlich und überzeugend dargelegt hat (vgl. E. 4.2 hiervor), namentlich gewährleisten, dass die Öffentlichkeit das Vertrauen in das staatliche Vergabewesen nicht verliert. Diese Zielsetzung rechtfertigt, andere Anforderungen an solche Angestellte zu stellen als an Arbeitnehmer eines nichtstaatlichen Unternehmens. Die Vorgaben, nach welchen sich der Beschwerdeführer hier zu richten hatte und deren Verletzung ihm angelastet wird, halten vor dem Gleichbehandlungsgebot ohne weiteres stand. Gleiches gilt für die Würdigung des Verhaltens des Beschwerdeführers, welches das kantonale Gericht nach diesen Prämissen vorgenommen hat. Eine Verletzung von Verfassungsrecht liegt somit auch hier nicht vor. Die Beschwerde ist daher diesbezüglich ebenfalls unbegründet, was zu ihrer Abweisung führt.

Offenbleiben kann damit, ob auch – mutatis mutandis – vergleichbare Verhaltensweisen von Angestellten privater Unternehmen eine fristlose Entlassung zu rechtfertigen vermöchten.

Tribunal fédéral, Arrêt du 3 juin 2013, Doss.-No 4A_28/2013 (Rejet du recours en matière civile contre l'arrêt du Tribunal cantonal du canton de Vaud du 7 décembre 2012), in: ATF 139 III 273

Art. 3, 59, 60 und 209 Abs. 1 ZPO.
Eine durch die Schlichtungsbehörde erteilte gültige Klagebewilligung ist eine Prozessvoraussetzung, welche das Gericht von Amtes wegen zu prüfen hat (E. 2.1).
Das Bestimmen der zuständigen Schlichtungsbehörde ist eine Frage der Justizorganisation, die nach Art. 3 ZPO Sache der Kantone ist (E. 2.2).
Die Klagebewilligung nach Art. 209 ZPO kann weder mit Berufung noch mit Beschwerde angefochten werden (E. 2.3).

Art. 3, 59, 60 et 209 al. 1 CPC.
L'existence d'une autorisation de procéder valable, délivrée par l'autorité de conciliation, est une condition de recevabilité de la demande que le tribunal doit examiner d'office (consid. 2.1).
Déterminer l'autorité de conciliation qui est compétente est une question d'organisation judiciaire, qui relève du droit cantonal en vertu de l'art. 3 CPC (consid. 2.2).
L'autorisation de procéder au sens de l'art. 209 CPC ne constitue pas une décision susceptible d'appel ou de recours (consid. 2.3).

Extraits des faits:

A.

Le 9 septembre 2011, Y. (…) a saisi le Tribunal d'arrondissement de La Côte d'une requête de conciliation, exposant qu'il avait été licencié avec effet immédiat le 7 juillet 2011 par son employeur – la société X. SA, à E. (VD) – et qu'il avait des prétentions à formuler à son encontre.

L'audience de conciliation a eu lieu le 20 décembre 2011 en présence de Y.; la société X. SA ne s'est pas présentée.

Le même jour, le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de La Côte a délivré à Y. une autorisation de procéder contre X. SA, déterminant à 190 141 fr. le montant des prétentions avancées par le demandeur.

Par acte déposé au greffe de la Chambre patrimoniale cantonale le 21 mars 2012, Y. a introduit une action contre X. SA, réclamant notamment à cette dernière, en capital, la somme de 127 652 fr. 50, sous déduction des charges sociales.

Dans sa réponse à la demande, X. SA a mis en doute la validité de l'autorisation de procéder.

B.

Par prononcé du 19 septembre 2012, la Juge déléguée de la Chambre patrimoniale cantonale a dit que la demande déposée le 21 mars 2012 par

Y. à l'encontre de X. SA était recevable. En bref, ce magistrat a considéré que l'autorité de conciliation n'était pas compétente ratione valoris pour connaître de la requête, parce que la valeur litigieuse était supérieure à 100 000 fr.; elle a estimé néanmoins que cette compétence n'était pas impérative et que la défenderesse avait accepté la compétence de l'autorité de conciliation en ne se présentant pas à l'audience.

Saisie d'un appel formé par X. SA, la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal vaudois, statuant par arrêt du 7 décembre 2012, l'a rejeté, le prononcé attaqué étant confirmé. En substance, la cour cantonale a considéré que l'autorité de conciliation était manifestement incompétente en vertu du droit cantonal et qu'elle aurait dû écarter la requête qui lui était présentée; elle a retenu que l'existence d'une conciliation valable était une condition de recevabilité de l'action; la défenderesse aurait pu contester l'autorisation de procéder délivrée en faisant valoir, par la voie de l'appel, le moyen tiré de l'incompétence du juge conciliateur saisi; faute d'avoir exercé cette voie de droit, la défenderesse ne saurait plus remettre en question la procédure de conciliation devant le tribunal saisi, qui est compétent au fond, sans commettre un abus de droit.

C.

X. SA exerce un recours en matière civile au Tribunal fédéral. Invoquant une violation des art. 59, 237 et 227 du Code de procédure civile (CPC; RS 272), elle conclut à la réforme de l'arrêt attaqué en ce sens que la demande formée par Y. est déclarée irrecevable.

Extrait des considérants:

2.

2.1 Il n'est pas contesté que la demande formée par l'intimé est soumise à la procédure ordinaire (art. 219 ss CPC).

L'art. 197 CPC prescrit que la procédure au fond est précédée d'une tentative de conciliation devant une autorité de conciliation. Il est fait exception à cette exigence dans les cas mentionnés à l'art. 198 CPC – lesquels n'entrent pas en ligne de compte in casu – ainsi que lorsqu'il y a eu renonciation à la procédure de conciliation (art. 199 CPC), ce qui n'est pas le cas en l'espèce.

Ainsi, la conciliation était un préalable nécessaire à l'introduction de la demande.

D'après l'art. 209 al. 1 CPC, lorsque la tentative de conciliation n'aboutit pas, l'autorité de conciliation consigne l'échec au procès-verbal et délivre l'autorisation de procéder au demandeur (let. b), hormis le cas de contestation d'une augmentation du loyer ou du fermage où elle est délivrée au bailleur (let. a).

L'existence d'une autorisation de procéder valable, délivrée par l'autorité de conciliation, est une condition de recevabilité de la demande (FF 2006 6941 ad art. 206; FRANÇOIS BOHNET, in CPC, Code de procédure

civile commenté, 2011, n° 4 ad art. 209 CPC; URS EGLI, in Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], Brunner/Gasser/Schwander [éd.], 2011, n° 4 ad art. 209 CPC; JÖRG HONEGGER, in Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], Sutter-Somm/ Hasenböhler/Leuenberger [éd.], 2e éd. 2013, n° 1 ad art. 209 CPC).

Bien que l'existence d'une autorisation de procéder valable ne soit pas mentionnée dans les conditions de recevabilité de l'action énumérées à l'art. 59 al. 2 CPC – dont la liste n'est pas exhaustive comme l'indique clairement l'utilisation dans son libellé de l'adverbe «notamment» –, la doctrine admet qu'il s'agit d'une condition de recevabilité de la demande que le tribunal doit examiner d'office en vertu de l'art. 60 CPC (ALEXANDER ZÜRCHER, in Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [éd.], 2e éd. 2013, nos 9 et 57 ad art. 59 CPC; SIMON ZINGG, in Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, vol. I, 2012, nos 25 et 161 ad art. 59 CPC; ADRIAN STAEHELIN ET AL., Zivilprozessrecht, 2e éd. 2013, p. 167 § 11 ch. 5d; BOHNET, op. cit., nos 64 et 65 ad art. 59 CPC; THOMAS SUTTER-SOMM, Das Schlichtungsverfahren der ZPO: ausgewählte Problempunkte, RSPC 2012 p. 77; TANJA DOMEJ, in ZPO, Oberhammer [éd.], 2010, n° 15 ad art. 59 CPC; MATTHIAS COURVOISIER, in Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], Baker & McKenzie [éd.], 2010, n° 12 ad art. 59 CPC).

Une autorisation de procéder délivrée par une autorité de conciliation manifestement incompétente n'est en principe pas valable (BOHNET, op. cit., n° 10 ad art. 209 CPC). Il s'agit d'une application du principe général selon lequel les actes d'une autorité incompétente sont normalement nuls et ne déploient pas d'effet juridique (ATF 137 I 273 consid. 3.1 p. 275 et les arrêts cités; ATF 132 II 21 consid. 3.1 p. 27).

2.2 Déterminer quelle est l'autorité de conciliation compétente est une question d'organisation judiciaire, qui relève donc du droit cantonal (art. 3 CPC).

La cour cantonale a établi que la détermination de l'autorité de conciliation compétente dépendait, en droit vaudois, de la juridiction compétente pour examiner la demande en première instance. Comme la valeur litigieuse dépassait le seuil de 100 000 fr., le Président du tribunal d'arrondissement n'était pas compétent pour connaître de la requête en conciliation. On observera ici qu'il ne s'agit pas – contrairement à ce que suggère la recourante – d'un problème d'amplification de la demande initiale (art. 227 CPC), du moment qu'il a été constaté que la prétention dépassait le seuil de 100 000 fr. déjà au stade de la requête en conciliation. La cour cantonale a déduit de cette situation que le Président du tribunal d'arrondissement était manifestement incompétent pour connaître de la requête en conciliation et qu'il n'aurait pas dû délivrer l'autorisation de procéder.

Il s'agit là d'une question de droit cantonal sur laquelle il n'y a pas lieu de revenir, puisque le recours en matière civile n'est pas ouvert pour contrôler la bonne application du droit cantonal (art. 95 LTF; ATF 138 V 67 con-

sid. 2.2 p. 69; ATF 136 I 241 consid. 2.4 p. 249) et qu'aucune violation du droit fédéral n'a été invoquée ou n'est perceptible dans ce contexte.

Il faut en conclure que l'autorisation de procéder a été délivrée par une autorité manifestement incompétente, de sorte qu'il manque une condition à la recevabilité de l'action intentée par l'intimé (art. 60 CPC; FF 2006 6941 ad art. 206).

2.3 La cour cantonale a estimé que la recourante était forclose à faire valoir la nullité de l'autorisation de procéder, parce qu'elle aurait dû interjeter un appel contre ladite autorisation de procéder.

L'autorité cantonale ne peut pas être suivie. La doctrine a en effet nié – à bon droit – l'existence d'une voie de recours à l'encontre de l'autorisation de procéder, au motif que tant l'art. 308 CPC (pour l'appel) que l'art. 319 let. a CPC (pour le recours) précisent que ne sont attaquables que les décisions (Entscheide, decisioni) et que l'autorisation de procéder au sens de l'art. 209 CPC ne constitue pas une décision (cf. ZÜRCHER, op. cit., n° 6 ad art. 59 CPC; FRANCESCO TREZZINI, in Commentario al Codice di diritto processuale civile svizzero [CPC] del 19 dicembre 2008, 2011, n° 1 ad art. 308 CPC p. 1353; KURT BLICKENSTORFER, in Schweizerische Zivilprozessordnung ZPO, Brunner/Gasser/Schwander [éd.], 2011, nos 71 ss ad Vor Art. 308–334 CPC).

Dans un arrêt non publié (arrêt 4A_281/2012 du 22 mars 2013 consid. 1.2), le Tribunal fédéral a d'ailleurs jugé que l'autorité de conciliation n'est pas un tribunal, dès l'instant où, si elle dispose d'un certain pouvoir de proposition (art. 210 al. 1 let. b CPC) et de décision (art. 212 CPC), elle doit avant tout chercher à concilier les parties, et si la conciliation échoue, délivrer l'autorisation de procéder.

En conséquence, la recourante ne disposait d'aucune voie de recours pour s'en prendre à l'autorisation de procéder délivrée par l'autorité incompétente.

La recourante a contesté immédiatement (i.e. dans sa réponse) la validité de l'autorisation de procéder délivrée, de sorte qu'elle n'a pas agi contrairement aux règles de la bonne foi (cf., à ce propos, ATF 137 III 547 consid. 2.3 p. 548/549).

Au vu de ce qui précède, le recours doit être admis. L'arrêt déféré sera annulé et il sera prononcé que la demande formée par l'intimé est irrecevable.

Tribunal fédéral, Arrêt du 3 juin 2013, Doss.-No 4A_748/2012 (Rejet du recours en matière civile contre l'arrêt du Tribunal cantonal du canton de Neuchâtel du 19 novembre 2012)

L'art. 310 CPC n'interdit nullement à la cour cantonale d'apprécier à nouveau les preuves apportées et de parvenir à des constatations de fait différentes de celles de l'autorité de première instance. Il ne pres-

crit pas non plus comment le juge doit apprécier les preuves et sur quelles bases il peut se forger une opinion. Que la cour cantonale ait retenu un état de fait différent de celui admis par le juge de première instance ne saurait donc constituer une violation de la loi (c. 2.1).
Art. 336 CO. L'employeur semble avoir recherché de bonne foi une solution pour conserver le recourant à son service, tenant compte de sa formation d'avocat. Le fait qu'il n'ait pas d'emblée pris une position claire ou qu'il ait même changé d'avis ne suffit cependant pas à fonder la mauvaise foi. D'ailleurs, selon la jurisprudence, un comportement incorrect ou un brusque changement d'avis n'implique pas encore que le congé est abusif (c. 2.2).
Congé-modification. En l'espèce, L'employeur n'a pas utilisé l'arme de la résiliation pour imposer au travailleur une diminution de salaire avant l'échéance; il n'a pas davantage donné congé parce que le travailleur refusait un nouveau contrat qui violait la loi, une convention collective ou un contrat-type applicable. L'arme de la résiliation n'a pas non plus été utilisée pour faire pression sur le travailleur afin qu'il accepte un contrat plus défavorable. Ainsi, les conditions d'un congé de modification à caractère abusif ne sont pas réunies (c. 2.3).
Art. 8 CC, 322 CO et 718a CO. Preuve d'un accord portant sur une augmentation de salaire. Il est évident (en raison de l'interdiction des contrats avec soi-même) qu'un employé ne peut pas représenter l'employeur pour s'octroyer une hausse de salaire. De même, la signature d'un responsable de l'entreprise, qui n'a qu'une signature collective à deux, n'a aucun effet juridique. Enfin, une absence de réclamation du paiement du prétendu nouveau salaire pendant une année peut être interprétée sans arbitraire comme la preuve que le travailleur savait qu'aucun accord des parties n'était intervenu à ce sujet (c. 2.4).

Extraits des faits:

Par contrat du 26 octobre 2007, Y. SA, qui exploite des pharmacies, a engagé X., alors domicilié au Locle (Neuchâtel), en qualité d'avocat/juriste/contrôleur/directeur administratif pour un salaire mensuel brut de 11 750 fr., auquel s'ajoute une gratification de fin d'année correspondant au dernier salaire mensuel perçu. Par la suite, le salaire mensuel brut de X. a été augmenté à 13 750 fr. dès le 1er janvier 2009, puis à 14 300 fr. dès le 1er juillet 2009, un treizième salaire remplaçant dès lors la gratification. Par ailleurs, il recevait des frais mensuels de représentation de 700 fr. et disposait d'une voiture de fonction qu'il pouvait utiliser pour son usage privé. Y. SA a été rachetée par Z. AG le 1er juillet 2009. Cette dernière gère plusieurs chaînes de pharmacies. A cette époque, X. s'occupait pour Y. SA à la fois du service juridique, des baux commerciaux et des ressources humaines. Le rachat par un groupe aussi important que Z. impliquait que la répartition des tâches soit repensée. Il a été retenu qu'une nouvelle struc-

ture a été peu à peu mise en place. Des négociations se sont ouvertes avec X. en vue de redéfinir son poste. Le 30 août 2010, il a été informé que les ressources humaines seraient regroupées sous la direction de V. qui effectuait déjà ce travail pour Z. depuis 2001. Quant aux baux commerciaux, ils devaient être intégrés dans l'unité «développement». Il a été proposé à X. de travailler à Berne comme avocat/juriste sous les ordres de W., qui exerçait cette activité pour Z. depuis 2001. X. a exprimé sa déception, en relevant qu'il avait obtenu l'accord de son employeur pour une formation universitaire en ressources humaines à Genève de septembre 2010 à mai 2011. Il a soumis par la suite son propre projet de contrat de travail, qui n'a pas été accepté. Finalement, une réunion a eu lieu le 13 septembre 2010. Il a été proposé à X. un projet de contrat de travail en qualité de «Spécialiste Service juridique du groupe Z. SA, Membre de la direction» avec un salaire annuel de base s'élevant à 13 x 13 300 fr., auquel s'ajoute un bonus (entièrement variable, de 18 200 fr., garanti dans sa totalité pour 2011). X. a décliné cette offre.

Par lettre envoyée le même jour, Y. SA a résilié le contrat de travail de X. pour le 31 décembre 2010. Il était précisé qu'il devait transmettre tous ses dossiers au plus tard le 30 septembre 2010 et qu'il était ensuite libéré de l'obligation de travailler, avec la précision qu'il devait prendre pendant cette période un éventuel solde de vacances. X. a fait parvenir à son employeur un certificat médical attestant de son incapacité totale de travailler du 15 au 23 septembre 2010. Le 6 décembre 2010, X. a écrit à Z. SA qu'il acceptait la proposition de contrat de travail faite le 13 septembre 2010. Il lui a été répondu que ce projet avait été refusé par lui et que son revirement était considéré comme une nouvelle offre, laquelle était déclinée. X. a adressé à son employeur un certificat médical établissant son incapacité totale de travailler du 23 décembre 2010 au 5 janvier 2011. Il a soutenu que la résiliation de son contrat de travail revêtait un caractère abusif.

Par acte déposé le 5 septembre 2011 au greffe du Tribunal civil du Littoral et du Val-de-Travers, X. a formé une demande en paiement dirigée contre Y. SA. Par jugement du 30 mars 2012, le Tribunal civil du Littoral et du Val-de-Travers a condamné Y. SA à verser à X. la somme de 21 600 fr. 85 bruts et 58 800 fr. nets avec intérêts. Y. SA a appelé de ce jugement, concluant au déboutement de sa partie adverse. Par arrêt du 19 novembre 2012, la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal neuchâtelois a annulé le jugement attaqué et rejeté la demande formée par X. X. exerce un recours en matière civile au Tribunal fédéral contre l'arrêt cantonal du 19 novembre 2012.

Extraits des considérants:

2.

2.1 Constatant que la cour cantonale n'a pas retenu le même état de fait que le juge de première instance, le recourant se plaint d'une violation de l'art. 310 let. b CPC.

L'art. 310 CPC, comme cela ressort clairement de son texte, régit les motifs que la partie appelante peut faire valoir à l'appui de son appel. Cette disposition ne concerne en rien le pouvoir d'examen de la cour d'appel. Saisie d'un appel, la cour cantonale dispose d'un pouvoir de cognition complet et revoit librement aussi bien les questions de fait que les questions de droit (NICOLAS JEANDIN, in Code de procédure civile commenté, 2011, n° 5 ad intro art. 308–334 CPC et n° 6 ad art. 310 CPC; REETZ/THEILER, in Kommentar zur schweizerischen Zivilprozessordnung, Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (éd.), 2010, n° 6 ad art. 310 CPC). L'art. 310 CPC n'interdit nullement à la cour cantonale d'apprécier à nouveau les preuves apportées et de parvenir à des constatations de fait différentes de celles de l'autorité de première instance. L'art. 310 CPC ne prescrit pas non plus comment le juge doit apprécier les preuves et sur quelles bases il peut se forger une opinion. Que la cour cantonale ait retenu un état de fait différent de celui admis par le juge de première instance ne saurait donc constituer une violation de l'art. 310 CPC.

(…)

2.2 Le recourant soutient que la résiliation de son contrat de travail par l'employeur revêtait un caractère abusif et que la cour cantonale, en le déniant, a violé l'art. 336 al. 1 CO.

Selon l'art. 335 al. 1 CO, le contrat de travail conclu pour une durée indéterminée peut être résilié par chacune des parties. En droit suisse du travail, la liberté de la résiliation prévaut, de sorte que, pour être valable, un congé n'a en principe pas besoin de reposer sur un motif particulier (ATF 136 III 513 consid. 2.3 p. 514; 132 III 115 consid. 2.1 p. 116; 131 III 535 consid. 4.1 p. 538).

Le droit de chaque cocontractant de mettre unilatéralement fin au contrat est toutefois limité par les dispositions sur le congé abusif (art. 336 ss CO) (ATF 136 III 513 consid. 2.3 p. 514; 132 III 115 consid. 2.1 p. 116; 131 III 535 consid. 4.1 p. 538).

L'art. 336 al. 1 et 2 CO énumère des cas dans lesquels la résiliation est abusive. En l'espèce, le recourant ne prétend pas que l'on se trouve dans l'une de ces hypothèses. Cette liste n'est toutefois pas exhaustive et une résiliation abusive peut aussi être admise dans d'autres circonstances; il faut cependant que ces autres situations apparaissent comparables, par leur gravité, aux cas expressément envisagés par l'art. 336 CO (ATF 136 III 513 consid. 2.3 p. 514 s.; 132 III 115 consid. 2.1 p. 116 s.; 131 III 535 consid. 4.2 p. 538).

Ainsi, un congé peut être abusif en raison de la manière dont il est donné, parce que la partie qui donne le congé se livre à un double jeu contrevenant de manière caractéristique au principe de la bonne foi, lorsqu'il est donné par un employeur qui viole les droits de la personnalité du travailleur, quand il y a une disproportion évidente des intérêts en présence ou lorsqu'une institution juridique est utilisée contrairement à son but (ATF 136 III 513 consid. 2.3 p. 515 et les arrêts cités). Pour dire si un congé est abusif, il faut se fonder sur son motif réel (ATF 136 III 513 consid. 2.3 p. 515). Déterminer le motif d'une résiliation est une question de fait (ATF 136 III 513 consid. 2.3 p. 515; 131 III 535 consid. 4.3 p. 540).

Que l'employeur ait eu un comportement incorrect ou qu'il ait brusquement changé d'avis n'implique pas encore que le congé est abusif (ATF 131 III 535 consid. 4.2 p. 539).

En l'espèce, la cour cantonale a retenu, sur la base de plusieurs déclarations, que la mise en place de la nouvelle structure s'est faite progressivement après le rachat de l'intimée. Le recourant ne parvient pas à démontrer que cette constatation serait arbitraire. On ne peut donc pas constater – comme le suggère le recourant – que l'intimée avait d'emblée l'intention de se séparer de lui et qu'elle a joué à son égard un double jeu. Il apparaît bien que les fonctions exercées par le recourant étaient hétéroclites (le service juridique, les baux commerciaux et les ressources humaines). Il était logique, dans un groupe plus vaste, que l'on tende vers une certaine spécialisation. L'employeur semble avoir recherché de bonne foi une solution pour conserver le recourant à son service, tenant compte de sa formation d'avocat. On ne voit pas, dans cette démarche, en quoi consisterait la mauvaise foi. Quant au fait que le recourant a été autorisé à suivre des cours de ressources humaines, il semble que ce soit à sa demande et que cette autorisation lui soit entièrement favorable, puisqu'il pouvait fréquenter ces cours sur ses heures de travail et aux frais de l'entreprise, tout en améliorant son curriculum vitæ pour la suite de sa carrière, que ce soit à l'intérieur de la même entreprise ou d'une autre. Certes, le recourant pouvait espérer, à la suite de cette décision, qu'il resterait dans le domaine des ressources humaines. Aucune garantie ne lui a cependant été donnée dans ce sens et la décision qui a été prise en définitive, à savoir de confier ce service à une personne qui s'en occupait depuis plus longtemps que lui, paraît logique. Que l'employeur n'ait pas d'emblée pris une position claire ou qu'il ait même changé d'avis ne suffit cependant pas, au vu de la jurisprudence rappelée ci-dessus, à fonder la mauvaise foi. Pour établir le double jeu, le recourant se fonde sur un état de fait qui n'est pas celui retenu par la cour cantonale et qui lie le Tribunal fédéral dès lors que l'arbitraire n'a pas été démontré (art. 105 al. 1 et 2 LTF).

2.3 Pour tenter d'établir le caractère abusif du congé (art. 336 al. 1 CO), le recourant soutient qu'il a été victime d'un «congé-modification».

En principe, le congé donné parce que le travailleur refuse une modification du contrat de travail n'est pas abusif, sauf si l'employé est licencié

parce qu'il n'a pas accepté des modifications qui devaient être immédiatement applicables, lorsque la décision sert de moyen de pression pour imposer une modification du contrat défavorable au travailleur ou encore lorsqu'elle est signifiée à l'employé parce que celui-ci refuse de conclure un nouveau contrat qui viole la loi, une convention collective ou un contrat-type applicable (arrêt 4A_349/2009 du 20 octobre 2009 consid. 3.2; arrêt 4C.282/2006 du 1er mars 2007 consid. 4.2).

En l'espèce, le rachat de l'employeur par un ensemble plus vaste a rendu nécessaire une restructuration de l'entreprise. L'employeur a donc proposé au recourant un nouveau contrat de travail qui déterminait, de façon nouvelle, l'objet de son activité, le salaire et le lieu de travail. Le recourant était évidemment libre d'accepter ou de refuser le nouveau contrat qui lui était proposé. En cas de refus, il devait s'attendre à ce que son contrat de travail soit résilié en respectant le délai de congé et le terme d'échéance. Le congé ne serait abusif, en vertu de la jurisprudence déjà citée, que s'il poursuivait un but contraire au droit. Tel n'est pas le cas en l'espèce. L'employeur n'a pas utilisé l'arme de la résiliation par exemple pour imposer au travailleur une diminution de salaire avant l'échéance; il n'a pas davantage donné congé parce que le travailleur refusait un nouveau contrat qui violait la loi, une convention collective ou un contrat-type applicable. L'arme de la résiliation n'a pas non plus été utilisée pour faire pression sur le travailleur afin qu'il accepte un contrat plus défavorable. En effet, travailler pour un service juridique plus important pouvait compenser la perte d'autres secteurs d'activité (les ressources humaines et les baux commerciaux); que le recourant n'ait pas pu être le directeur de ce service plus important ne saurait être considéré comme une rétrogradation, puisqu'il ne pouvait prétendre passer devant un employé qui était à ce poste depuis plus longtemps que lui. La rémunération proposée était largement équivalente. Pour une personne domiciliée au Locle, se rendre à St-Sulpice ou à Berne apparaît plus ou moins équivalent. On ne voit donc pas que l'on ait voulu lui jouer un mauvais tour. Ainsi, les conditions d'un congé de modification à caractère abusif ne sont pas réunies.

Dans ce contexte, on ne voit pas où le recourant veut en venir lorsqu'il parle d'un délai de réflexion insuffisant. Il ne ressort pas de l'état de fait cantonal qu'il aurait demandé un délai pour réfléchir et que ce délai lui aurait été refusé. Le recourant ne le prétend d'ailleurs même pas. On ne voit pas non plus ce que le recourant voudrait tirer de la dualité juridique entre l'intimée d'une part et le groupe qui l'a rachetée d'autre part. Dès lors que le poste occupé par le recourant chez l'intimée disparaissait à la suite de la restructuration, il était logique de lui proposer un nouveau contrat à conclure avec le groupe qui avait racheté l'intimée. On ne saurait en déduire que l'intimée avait une obligation juridique de conserver indéfiniment à son service le recourant, alors que son poste n'avait plus d'utilité pour l'entreprise.

2.4 Le recourant soutient, invoquant une violation de l'art. 322 CO, qu'une augmentation de salaire de 400 fr. par mois lui avait été accordée.

Savoir s'il y a eu des manifestations de volonté concordantes des parties sur ce point est une pure question de fait.

La cour cantonale a analysé les documents produits et les déclarations recueillies. Elle est parvenue à la conclusion que le document produit par le recourant contenait des propositions d'augmentation de salaire préparées par lui-même. Il est évident (en raison de l'interdiction des contrats avec soi-même) que le recourant ne pouvait pas représenter l'employeur pour s'octroyer une hausse de salaire. Un responsable, qui n'avait qu'une signature collective à deux, a signé le document pour exprimer son accord, mais il a admis qu'il avait fait une erreur et qu'il ne pouvait pas en décider seul, ni engager la société par sa seule signature. On ne discerne à ce sujet aucune violation de l'art. 718a CO, puisque le second alinéa de cette disposition permet expressément de faire inscrire au registre du commerce une représentation commune de la société. Dès lors que le responsable en question n'avait pas le pouvoir de représenter seul la société, sa signature n'a aucun effet juridique. La cour cantonale a encore constaté que le recourant n'avait émis aucune réclamation quant à son salaire pour l'année 2010 avant la lettre de son avocat du 24 janvier 2011. Cette absence de protestation pendant une si longue période peut être interprétée sans arbitraire comme la preuve que le recourant savait qu'aucun accord des parties n'était intervenu au sujet de cette augmentation de 400 fr. Le fardeau de la preuve incombant au recourant (art. 8 CC), on ne saurait dire que la cour cantonale a statué arbitrairement en concluant qu'il n'était pas prouvé que les parties s'étaient mises d'accord sur une augmentation de salaire de 400 fr. par mois.

Tribunal fédéral, Arrêt du 4 juin 2013, Doss.-No 4A_47/2013 (Rejet du recours en matière civile contre l'arrêt de la Cour de justice du canton de Genève, Chambre des prud'hommes, du 7 décembre 2012)

Responsabilité du travailleur (art. 321e CO).
Peut-on, comme le propose une partie de la doctrine, appliquer par analogie l'art. 341 CO à la responsabilité du travailleur prévue par l'art. 321e CO, c'est-à-dire dans le cas d'une dette éventuelle du travailleur et non d'une créance de celui-ci? La question peut être laissée ouverte puisque l'art. 321e CO est une disposition semi-impérative (art. 362 al. 1 CO), de sorte que les parties ne peuvent, par un accord intervenu entre elles, déroger à cette disposition au détriment du travailleur (c. 2.2).
Art. 321e al. 1 CO. La banque qui a été victime de malversations commises intentionnellement par un travailleur était en droit de lui demander réparation, en tant que dommage résultant directement de

la violation intentionnelle du contrat, des honoraires dus à la fiduciaire mandatée en vue d'établir les faits et les mesures à prendre pour y remédier. Les parties pouvaient donc valablement convenir que la banque, en lieu et place de mandater un tiers, effectuerait ce travail par ses propres services à un tarif horaire raisonnable. Une telle clause n'a pas aggravé les conditions de la responsabilité du travailleur telles qu'elles découlent de l'art. 321e CO. En effet, le travailleur n'a pas été moins bien traité que si la banque s'était adressée à une fiduciaire externe, comme elle était en droit de le faire aux frais du responsable (c. 2.2).
Art. 44 al. 1 CO. Une faute intentionnelle du travailleur n'exclut pas que le juge, au moment de fixer l'indemnité, réduise les dommages-intérêts pour tenir compte d'une faute concomitante de l'employeur, par exemple un défaut de surveillance du travailleur (c. 2.5).

Extraits des faits:

Le 1er mars 1999, la Banque Y. SA (ci-après: la banque), ayant son siège à A., a engagé X., domicilié à B., en qualité de gestionnaire de fortune, avec rang de directeur-adjoint, pour sa succursale de B. Par la suite, les parties ont signé, le 11 août 2004, un nouveau contrat par lequel X. a été chargé des relations avec la clientèle avec effet au 1er décembre 2004. Son salaire annuel a été fixé à 199 025 fr., payable en treize fois, avec un bonus. Lors d'un entretien avec son employeur qui eut lieu le 26 février 2007, X., confronté à certains moyens de preuve, a reconnu que depuis 2003 il s'était livré à des malversations et avait prélevé des sommes en espèces qu'il avait utilisées pour ses besoins personnels. Il parlait alors de 400 000 fr. au maximum. Par courrier du 28 février 2007, la banque a licencié X. avec effet immédiat. Le 28 mars 2007, la banque et X., qui était assisté d'un avocat, ont signé une convention (ci-après: la convention du 28 mars 2007), par laquelle X. autorisait la banque à vendre des actions lui appartenant et à transférer le produit de la vente sur un compte à disposition de la banque que cette dernière pourrait utiliser pour indemniser les clients et couvrir les frais liés aux malversations de l'employé. Selon l'art. 7 al. 1 de la convention, la banque était autorisée à débiter du compte d'indemnisation «tous les frais (internes et externes, y compris d'avocats et d'audit externe) encourus par la banque ensuite des procédures de vérification, de rétablissement des comptes et d'indemnisation des clients, ainsi que tous éventuels frais ou dépens liés à des procédures judiciaires qui seraient introduites contre la banque par des clients touchés qui n'accepteraient pas les conventions d'indemnisation». L'art. 7 al. 2 ajoute que la banque débitera ses frais sur la base de «justificatifs (notes d'honoraires effectives des intervenants externes) et relevés d'heures d'intervention des services internes de la banque (selon un tarif horaire raisonnable)». L'art. 8 prévoit que, s'il subsiste un solde à la fin du processus d'indemnisation, ce-

lui-ci serait restitué à X. L'accord était soumis au droit suisse et le for judiciaire fixé à B. (art. 10). En application de cet accord, les actions ont été vendues et le compte d'indemnisation a été créé et approvisionné à hauteur de 3 089 387 fr. 25. Le 23 avril 2007, la banque a déposé une plainte pénale contre X. pour abus de confiance et gestion déloyale. Par arrêt du 10 mars 2010, la Cour correctionnelle du canton de Genève a reconnu X. coupable d'abus de confiance aggravé et l'a condamné à vingt-quatre mois de peine privative de liberté avec sursis pendant quatre ans, lui faisant interdiction d'exercer le métier de gérant de fortune durant quatre ans. La cour cantonale a retenu que X. s'était enrichi par ses actes illicites à concurrence de 1 725 315 fr. 60. La banque et X. sont en litige sur la somme qui reste due entre eux.

Le 23 décembre 2010, X. a déposé à la juridiction des prud'hommes du canton de Genève une demande en paiement dirigée contre la banque, fondant ses prétentions d'une part sur le contrat de travail et d'autre part (et surtout) sur la convention du 28 mars 2007. La banque a conclu au déboutement et a pris des conclusions reconventionnelles. Par jugement du 21 mars 2012, le Tribunal des prud'hommes a condamné la banque à payer à X. la somme brute de 32 105 fr. 70 avec intérêts moratoires à 5% l'an dès le 28 février 2007 et la somme nette de 555 979 fr. 55 avec intérêts moratoires à 5% l'an dès le 28 mars 2007, déboutant la banque de sa demande reconventionnelle et décidant de ne pas allouer de dépens. Les deux parties ont appelé de ce jugement. Statuant par arrêt du 7 décembre 2012, la Chambre des prud'hommes de la Cour de justice a, pour l'essentiel, confirmé le jugement entrepris. Elle l'a réformé sur trois points qui concernent tous le solde dû à l'employé en vertu de la convention du 28 mars 2007 (selon le jugement de première instance: 555 979 fr. 55 avec intérêts à 5% l'an dès le 28 mars 2007). Premièrement, elle a retenu qu'une note d'honoraires d'avocat de 15 332 fr. 25 ne pouvait pas être débitée parce qu'elle était prise en compte deux fois. Deuxièmement, elle a admis qu'un débit de 8000 fr. devait être écarté parce qu'il n'était pas suffisamment justifié, voire pris en compte deux fois. Ces deux points ne sont plus litigieux devant le Tribunal fédéral. Il en est résulté que le solde dû en capital de ce chef a été augmenté à 579 311 fr. 80 par rapport au montant de 555 979 fr. 55 retenu par le juge de première instance. Troisièmement, le point de départ de l'intérêt moratoire sur cette somme a été reporté au 23 décembre 2010 (au lieu du 28 mars 2007), la cour cantonale ayant estimé qu'une interpellation du débiteur était nécessaire et que celle-ci n'était intervenue que par le dépôt de la demande. X. exerce un recours en matière civile au Tribunal fédéral contre l'arrêt cantonal du 7 décembre 2012. Invoquant une violation de l'art. 8 CC, de l'art. 9 Cst., ainsi que des art. 102, 321e et 341 CO, il conclut, principalement, à ce que sa partie adverse soit condamnée à lui verser la somme brute de 32 105 fr. 70 avec intérêts à 5% l'an dès le 28 février 2007 et la somme nette de 595 479 fr. 84 avec intérêts à 5% dès le 28 mars 2007.

Extraits des considérants:

2.

2.1 Des constatations cantonales – qui lient le Tribunal fédéral (art. 105 al. 1 LTF), – on déduit, d'un point de vue juridique, que les parties ont conclu un contrat (art. 1 CO) qui doit être qualifié de contrat individuel de travail (art. 319 al. 1 CO).

La seule prétention du recourant découlant directement du contrat de travail (32 105 fr. 70 bruts avec intérêts à 5% l'an dès le 28 février 2007) n'est plus litigieuse devant le Tribunal fédéral, de sorte qu'il n'y a pas lieu d'y revenir.

Les dispositions applicables au contrat de travail prévoient également, à l'art. 321e al. 1 CO, que le travailleur répond du dommage qu'il cause à l'employeur intentionnellement ou par négligence. Il n'est pas douteux que le recourant, en détournant intentionnellement à son profit des fonds qui lui étaient confiés dans l'exercice de son travail – ainsi que cela a été constaté en fait (art. 105 al. 1 LTF) – a causé fautivement un dommage à son employeur et qu'il doit le réparer.

Pour l'exécution de cette obligation, les parties ont conclu la convention du 28 mars 2007, qui se présente comme un contrat sui generis et qui comporte les diverses prestations mentionnées ci-dessus dans la partie en fait (cf. let. A).

2.2 Invoquant les art. 341 et 321e CO, le recourant conteste que l'art. 7 de cette convention – qui concerne la rémunération de la banque pour ses frais d'investigation – soit licite.

L'art. 341 al. 1 CO prévoit que le travailleur, pendant un certain délai, ne peut pas renoncer valablement à des créances résultant pour lui de dispositions impératives de la loi ou d'une convention collective. Il apparaît d'emblée que le recourant n'invoque pas une créance qui découlerait pour lui de la loi ou d'une convention collective. Il se place exclusivement sur le terrain de sa responsabilité (art. 321e al. 1 CO), qui évoque une dette éventuelle du travailleur, et non pas une créance de celui-ci. Il est vrai cependant que la doctrine propose d'appliquer par analogie l'art. 341 CO à la responsabilité du travailleur prévue par l'art. 321e CO (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLF, Arbeitsvertrag, 2012 n° 2 ad art. 341 CO p. 1287 in fine).

Quoi qu'il en soit, l'art. 321e CO est une disposition semi-impérative (art. 362 al. 1 CO), de sorte que les parties ne peuvent, par un accord intervenu entre elles, déroger à cette disposition au détriment du travailleur.

Il est évident que la banque, en présence des malversations commises intentionnellement par le travailleur, aurait été en droit de mandater une fiduciaire en vue d'établir les faits et les mesures à prendre pour y remédier. Dans ce cas, elle aurait dû payer des honoraires à la fiduciaire, ce qui aurait constitué pour elle une diminution de l'actif, soit un dommage au sens juridique (ATF 133 III 462 consid. 4.4.2 p. 471 et les arrêts cités). Elle aurait

pu en demander réparation, en tant que dommage résultant directement de la violation intentionnelle du contrat, sur la base de l'art. 321e al. 1 CO.

Plutôt que de procéder de cette manière, les parties sont convenues, à l'art. 7 de la convention, que la banque effectuerait ce travail par ses propres services en fournissant des «relevés d'heures d'intervention des services internes» et en pratiquant «un tarif horaire raisonnable». Il ressort clairement de cette disposition que la banque n'entendait pas effectuer ce travail gratuitement ou à prix coûtant, mais qu'elle voulait être rémunérée selon un tarif raisonnable. En comprenant ainsi la clause controversée, la cour cantonale n'a pas violé les principes du droit fédéral sur l'interprétation des dispositions contractuelles (sur ces principes: cf. ATF 135 III 410 consid. 3.2 p. 412 s.; 131 III 606 consid. 4.1 p. 611 s.).

Dès lors que la cour cantonale a constaté en fait que la banque a pratiqué un tarif conforme à celui des fiduciaires, il en résulte que la clause litigieuse de la convention du 20 mars 2007 (l'art. 7) n'a pas aggravé les conditions de la responsabilité du travailleur telles qu'elles découlent de l'art. 321e CO. En effet, le travailleur n'a pas été moins bien traité que si la banque s'était adressée à une fiduciaire externe, comme elle était en droit de le faire aux frais du responsable.

Ainsi, la clause contractuelle contestée ne peut pas être considérée comme nulle, que ce soit en application de l'art. 362 al. 1 CO ou en application analogique de l'art. 341 al. 1 CO.

2.3 Savoir combien d'heures la banque a consacré à ce travail est une question de fait. La cour cantonale s'est fondée sur des relevés précis confirmés par des témoignages. On ne voit pas en quoi elle aurait tranché ce point de fait d'une manière arbitraire au sens de la définition rappelée ci-dessus. En tout cas, le recourant n'est pas parvenu à démontrer l'arbitraire (cf. art. 106 al. 2 LTF; ATF 137 I 58 consid. 4.1.2 p. 62).

Dire si les tarifs horaires pratiqués sont ou non conformes à ceux des fiduciaires, c'est-à-dire à ceux qui sont usuels dans la branche, est également une question de fait. Sur ce point également le recourant ne parvient pas à démontrer, par la référence à un moyen de preuve régulièrement apporté, précis et indiscutable, que la constatation cantonale serait insoutenable. Ainsi, l'arbitraire n'a pas été démontré.

Les griefs du recourant concernant les frais de recherche sont donc infondés.

2.4 Le recourant conteste les indemnisations de clients qui ont été mises à sa charge par la banque. Il soutient en substance que cette dernière a fait des cadeaux à ses clients sur son dos. Il sera rappelé ici que le juge civil n'est pas lié par le jugement pénal en ce qui concerne la fixation du dommage (art. 53 al. 2 CO).

2.4.1 S'agissant d'une somme de 5000 fr. débitée le 23 avril 2007 (du compte d'indemnisation), il ressort des pièces produites qu'il y a eu un prélèvement de ce montant sur le compte d'un client qui est signé par le recourant. Il n'est pas arbitraire d'admettre, sur la base d'une telle pièce,

qu'il a reçu la somme et qu'il en est redevable. Il affirme certes qu'il a remis l'argent en espèces au client ou à l'un de ses proches, mais il lui incombait, dès lors que l'argent était entré dans son patrimoine, de prouver qu'il s'était acquitté de son obligation de le restituer en main d'un ayant droit. En effet, il incombe à celui qui est entré en possession d'une somme d'argent en son propre nom de prouver qu'il l'a utilisée conformément au contrat, de telle sorte que son obligation de restituer s'est éteinte (cf. ATF 130 III 321 consid. 3.1 p. 323). Or, le recourant n'a pas été capable d'apporter cette preuve. Ainsi, il n'y a pas de violation du droit fédéral à mettre cette somme à sa charge.

2.4.2 S'agissant d'un montant de 105 000 fr. débité le 6 février 2008, la cour cantonale a retenu que le recourant n'avait pas remis à la cliente l'intégralité des sommes prélevées sur son compte, en se fiant à un «carnet du lait», soit les notes prises par la cliente. Il a été toutefois établi par un témoignage que cette cliente était très méticuleuse et notait fidèlement toutes les opérations. En considérant que l'on pouvait croire les documents produits, on ne voit pas que la cour cantonale ait apprécié les preuves d'une manière arbitraire.

2.4.3 S'agissant d'un montant de 7275 fr. 37 débité le 23 avril 2007, la cour cantonale a constaté que le recourant, qui était alors assisté d'un avocat, a admis qu'il devait indemniser le client pour cette opération et qu'il n'a pas critiqué en soi le montant en cause. On ne voit pas qu'il était arbitraire de croire les faits reconnus par le recourant lui-même. Il semble qu'il ne discute devant le Tribunal fédéral que le montant. Dans une affaire où autant de chiffres sont contestés, on peut attendre d'une partie, selon les règles de la bonne foi, qu'elle indique clairement si elle conteste une prétention dans sa quotité. L'art. 126 al. 2 de la loi genevoise de procédure civile (encore applicable en première instance en raison de la date d'introduction de l'action: art. 404 al. 1 CPC) le prévoyait d'ailleurs expressément. L'obligation d'indiquer avec précision les faits allégués ou contestés résulte aussi des art. 221 al. 1 let. d et 222 al. 2 CPC. En l'absence d'une contestation précise sur le chiffre avancé par la partie adverse, on ne peut pas dire que la cour cantonale ait apprécié les preuves de manière arbitraire.

2.4.4 En ce qui concerne le montant de 71 073 fr. 09 débité le 14 janvier 2008, il a été constaté que la cliente était une ressortissante suisse domiciliée en Suisse et que le recourant lui avait prélevé d'une manière illicite 115 000 USD en l'an 2000, qu'elle n'a pu récupérer qu'en 2007. La cour cantonale a estimé qu'elle avait droit, à titre de réparation du dommage subi, à la perte de change intervenue durant ce laps de temps entre le dollar et le franc suisse.

La question est évidemment de savoir si l'on peut admettre que la cliente, si le prélèvement illicite n'avait pas été effectué, aurait converti son avoir en francs suisses. Il s'agit donc de déterminer un fait hypothétique.

La jurisprudence a admis que l'on peut poser une présomption de fait selon laquelle une personne qui reçoit une somme d'argent en monnaie étrangère la convertit en monnaie du lieu de son domicile (ATF 123 III 241 consid. 3a p. 243; 117 II 256 consid. 2b p. 258; 109 II 436 consid. 2b p. 442).

En l'espèce, il ne ressort pas des constatations cantonales que la cliente aurait toujours conservé une importante position en USD. Il n'y a donc aucun élément concret qui vienne contredire cette présomption de fait. En conséquence, on ne peut pas dire que la cour cantonale a arrêté le fait hypothétique de manière arbitraire en appliquant cette présomption de fait issue de l'expérience générale de la vie.

2.4.5 S'agissant d'une somme de 21 924 fr. 23 débitée le 21 décembre 2007, la cour cantonale a retenu qu'il s'agissait du gain manqué par le client du fait qu'il a été privé d'un certain montant en raison des prélèvements opérés par le recourant. Qu'un gain manqué puisse donner lieu à réparation ne saurait être critiqué (cf. ATF 133 III 471 consid. 4.4.2 p. 471). Quant au montant retenu, la cour cantonale a observé que le recourant n'avait pas critiqué le calcul effectué par sa partie adverse. Le recourant ne le conteste pas. Pour les raisons déjà exposées, il n'y a rien d'arbitraire à s'en tenir à un calcul qui n'est pas contesté par la partie à laquelle il est opposé (cf. supra consid. 2.4.3).

2.4.6 Quant au montant de 20 424 fr. débité le 21 décembre 2007, il s'agit des honoraires de l'avocat de deux clientes. Le recourant se borne à observer à ce sujet que les clientes n'auraient pas reçu une telle somme si elles s'étaient constituées parties civiles au pénal et avaient obtenu des dépens dans ce contexte. Il n'y a cependant aucune obligation juridique de se constituer partie civile dans un procès pénal, de sorte que le grief soulevé à ce sujet n'a aucun fondement.

2.4.7 En ce qui concerne le montant de 16 590 fr. débité le 21 décembre 2007, il s'agit à nouveau d'un gain manqué et la cour cantonale a repris le même raisonnement que celui qui est examiné ci-dessus sous ch. 2.4.5. Pour les mêmes raisons, il faut constater que le recourant n'a pas établi que ce chiffre ait été retenu arbitrairement.

2.4.8 En ce qui concerne le montant de 6491 fr. 81 débité le 29 mars 2010, il concerne une indemnisation de clients. La cour cantonale s'est référée aux explications données par la banque. L'intimée s'est expliquée à nouveau de manière détaillée devant le Tribunal fédéral. On ne voit pas en quoi il était arbitraire de croire ses explications et le grief doit être également rejeté, le recourant n'ayant pas réussi à démontrer le caractère insoutenable de la décision attaquée.

2.5 Avec une argumentation un peu confuse relative aux critères de détermination des dommages-intérêts, le recourant reproche en définitive à la cour cantonale de ne pas avoir réduit le montant des dommages-intérêts qu'il doit à son employeur pour tenir compte d'une faute concomitante de

ce dernier (art. 44 al. 1 CO), qui ne l'aurait pas surveillé de manière adéquate.

Contrairement à ce que soutient l'intimée, une réduction des dommages-intérêts pour cause de faute concomitante (art. 44 al. 1 CO) n'est pas exclue du seul fait que le travailleur a commis une faute intentionnelle. S'il est vrai qu'une faute intentionnelle exclut que l'indemnité soit réduite pour cause de faute légère (art. 43 al. 1 CO; ATF 99 II 228 consid. 5 p. 237), le juge peut toujours, au moment de fixer l'indemnité, réduire les dommages-intérêts pour tenir compte d'une faute concomitante selon l'art. 44 al. 1 CO (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLF, op. cit., n° 3 ad art. 321e CO; JEAN-PHILIPPE DUNAND, in Commentaire du contrat de travail, 2013, n° 37 ad art. 321e CO; GABRIEL AUBERT, in Commentaire romand, Code des obligations I, 2e éd. 2012, n° 5 ad art. 321e CO; WOLFGANG PORTMANN, Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 5e éd. 2011, n° 5 ad art. 321e CO).

En l'espèce – contrairement à ce que soutient le recourant –, la cour cantonale n'a pas dit le contraire, mais a admis expressément la possibilité théorique d'une telle réduction (arrêt attaqué consid. 4.1 p. 18). Elle a seulement estimé qu'une faute concomitante de la part de la banque n'avait pas été établie (arrêt attaqué consid. 4.2 p. 18).

L'argumentation du recourant sur ce point repose entièrement sur des faits – un défaut de surveillance – qui n'ont pas été constatés dans l'arrêt attaqué alors que l'arbitraire n'a pas été invoqué à ce sujet (art. 106 al. 2 LTF); en conséquence, le grief du recourant est basé sur un état de fait qui s'écarte de celui contenu dans la décision attaquée, ce qui n'est pas admissible (art. 105 al. 1 et 99 al. 1 LTF). Il n'y a donc pas lieu d'entrer en matière.

2.6 Le recourant se plaint enfin du point de départ de l'intérêt moratoire qui lui est alloué sur le solde qui doit lui être restitué en vertu de la convention du 28 mars 2007.

Selon l'art. 8 de la convention, si, à la fin du processus d'indemnisation, il subsiste un solde créditeur, celui-ci doit être restitué au recourant.

On peut en déduire que le solde devient exigible à la fin du processus d'indemnisation. En revanche, aucune date précise n'est fixée pour l'exécution de cette obligation par le débiteur. En conséquence, il faut constater que le jour de l'exécution n'a pas été déterminé (art. 102 al. 2 CO) et que, par voie de conséquence, le débiteur de l'obligation exigible est mis en demeure par l'interpellation de la part du créancier (art. 102 al. 1 CO). L'intérêt moratoire n'est dû qu'à partir de la demeure (art. 104 al. 1 CO). Ainsi, la cour cantonale n'a pas violé le droit fédéral en concluant qu'il fallait une interpellation de la part du créancier pour que le débiteur soit mis en demeure et que l'intérêt moratoire commence à courir.

La cour cantonale a constaté qu'il n'y avait pas eu d'interpellation avant le dépôt de la demande. Il s'agit là d'une pure question de fait et, dès lors que l'arbitraire n'est pas invoqué sur ce point (art. 106 al. 2 LTF), il y

a lieu de s'en tenir à la constatation cantonale (art. 105 al. 1 LTF) dont on ne voit pas en quoi elle serait insoutenable (cf. art. 105 al. 2 LTF).

Bundesgericht, Urteil vom 6. Juni 2013, Doss.-Nr. 4D_1/2013 (Bestätigung des Entscheids des Kantonsgerichts St. Gallen vom 19. November 2012)

Dient der neue Vertrag lediglich zur Klärung und teilweisen Änderung des bestehenden Vertragsverhältnisses, wird somit kein neues Arbeitsverhältnis begründet, ist die im Arbeitsvertrag getroffene Vereinbarung einer neuen Probezeit nicht zulässig bzw. nichtig. Mit dieser Feststellung genügt die Vorinstanz der aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör fliessenden Begründungspflicht. Eine Verletzung von Art. 29 Abs. 2 BV ist nicht dargetan (E. 3.3).

Sachverhalt:

A. (Arbeitnehmerin, Klägerin 1, Beschwerdegegnerin 1) war seit Februar 2006 bei der X. AG (Arbeitgeberin, Beklagte, Beschwerdeführerin) im Stundenlohn beschäftigt; es bestand kein schriftlicher Arbeitsvertrag. Am 15. April 2011 regelten die Parteien das Arbeitsverhältnis neu und schlossen einen «neuen» Arbeitsvertrag per 1. April 2011 ab, mit welchem die Arbeitnehmerin mit einem fixen Monatslohn angestellt wurde. Dabei wurde eine Probezeit von zwei Monaten vereinbart. Innerhalb dieser Probezeit, am 27. Mai 2011, kündigte die Arbeitgeberin der Arbeitnehmerin per 3. Juni 2011 und stellte sie per sofort frei. In der Folge bezahlte die Arbeitslosenkasse des Kantons Thurgau (Klägerin 2, Beschwerdegegnerin 2) der Arbeitnehmerin eine Arbeitslosenentschädigung in der Höhe von Fr. 4366.– brutto.

Am 22. November 2011 reichte die Arbeitnehmerin beim Kreisgericht Wil Klage gegen die Arbeitgeberin ein mit dem Begehren, die Arbeitgeberin sei zu verpflichten, ihr den Lohn für die Monate Juni und Juli 2011 von Fr. 4158.23, abzüglich netto Fr. 926.25, nebst 5% Zins seit dem 27. Mai 2011 zu bezahlen und ihr ein Arbeitszeugnis gemäss dem Zwischenzeugnis vom 28. Januar 2011 auszustellen. Mit Klage vom gleichen Tag beantragte die Arbeitslosenkasse des Kantons Thurgau, die Arbeitgeberin sei zu verpflichten, ihr Fr. 4366.– (brutto) nebst Zins von 5% seit dem 27. Juli 2011 zu bezahlen und ersuchte um Vereinigung der beiden Verfahren. Die beiden Verfahren wurden am 15. Dezember 2011 vereinigt. Mit Entscheid vom 26. April 2012 verpflichtete der Einzelrichter des Kreisgerichts Wil die Beklagte, der Klägerin 1 Fr. 3026.50 brutto, abzüglich der gesetzlichen und vertraglichen Sozialabzüge (Ziff. 1) und der Klägerin 2 Fr. 4366.– brutto (Ziff. 2), jeweils zuzüglich 5% Zins seit dem 27. Mai bzw. 27. Juli 2011 zu bezahlen. Weiter wurde die Beklagte verpflichtet, der Klägerin 1 ein Arbeitszeugnis im Sinne des Zwischenzeug-

nisses vom 28. Januar 2011 auszustellen (Ziff. 3). Sodann verpflichtete der Einzelrichter die Beklagte, die Klägerinnen jeweils mit Fr. 200.– zu entschädigen (Ziffer 5). Gerichtskosten wurden keine erhoben (Ziff. 4). Gegen diesen Entscheid erhob die Beklagte Beschwerde. Mit Entscheid vom 19. November 2012 entschied das Kantonsgericht St. Gallen: 1. In Abänderung von Ziffer 1 des vorinstanzlichen Entscheids wird die X. AG verpflichtet, A. Fr. 667.00 brutto zuzüglich 5% Zins seit 1. Juli 2011 und Fr. 1 117.00 brutto zuzüglich 5% Zins seit 1. August 2011 zu bezahlen. 2. Ziffer 2, 3 und 4 des vorinstanzlichen Entscheids bleiben unverändert. 3. Ziffer 5 des vorinstanzlichen Entscheids wird aufgehoben, soweit sie die Parteientschädigung an A. betrifft. Soweit sie die Parteientschädigung an die Arbeitslosenkasse des Kantons Thurgau betrifft, bleibt sie bestehen. 4. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Gerichtskosten erhoben. 5. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Parteientschädigungen gesprochen. Mit subsidiärer Verfassungsbeschwerde beantragt die Beklagte dem Bundesgericht, die Ziffern 1, 2 und 5 des Dispositivs des Entscheids vom 19. November 2012 der Einzelrichterin im Obligationenrecht des Kantonsgerichts St. Gallen seien aufzuheben. Eventuell sei die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen. Mit Präsidialverfügung vom 23. Januar 2013 wurde das Gesuch der Beschwerdeführerin um aufschiebende Wirkung abgewiesen.

Aus den Erwägungen:

1.

(…)

1.1 Der angefochtene Entscheid des Kantonsgerichts St. Gallen ist ein verfahrensabschliessender Endentscheid (Art. 117 i.V.m. Art. 90 BGG) einer letzten kantonalen Instanz (Art. 114 i.V.m. Art. 75 Abs. 1 BGG). Der Streitwert erreicht die erforderliche Streitwertgrenze von Art. 74 Abs. 1 lit. a BGG nicht, weshalb die Beschwerde in Zivilsachen im vorliegenden Verfahren nicht gegeben ist. Die erhobene subsidiäre Verfassungsbeschwerde erweist sich demnach als das zulässige Rechtsmittel (Art. 113 BGG).

1.2 Die Beschwerde hat ein Rechtsbegehren zu enthalten (Art. 42 Abs. 1 BGG). Da die subsidiäre Verfassungsbeschwerde ein reformatorisches Rechtsmittel ist (Art. 117 i.V.m. Art. 107 Abs. 2 BGG), ist grundsätzlich ein materieller Antrag erforderlich; Anträge auf Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zu neuer Entscheidung oder blosse Aufhebungsanträge genügen nicht und machen die Beschwerde unzulässig (BGE 133 III 489 E. 3.1 S. 489 f.).

Die Rechtsbegehren der Beschwerdeführerin enthalten keinen materiellen Antrag. Sie beantragt «die Ziffern 1, 2 und 5 des Dispositives des angefochtenen Entscheides seien aufzuheben. Eventuell Rückweisung an die VI». In der Sache rügt die Beschwerdeführerin im Wesentlichen eine

Verletzung des rechtlichen Gehörs. Sie macht geltend, es sei nicht zulässig, in die Privatautonomie der Parteien einzugreifen, weshalb die vereinbarte Probezeit im völlig neu gefassten und neu definierten Arbeitsvertrag vom 1. April 2011 verbindlich vereinbart worden sei. Dabei bringt sie vor, dass sie sowohl die Forderung der Beschwerdegegnerin 1 als auch die Forderung der Beschwerdegegnerin 2 in ihrem Bestand bestreite und verlangt damit sinngemäss die Abweisung der beiden Klagen. Insoweit kann in Berücksichtigung der Beschwerdebegründung von einem hinreichenden Rechtsbegehren ausgegangen werden (vgl. BGE 136 V 131 E. 1.2 S. 136).

Da auch die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen erfüllt sind, ist auf die subsidiäre Verfassungsbeschwerde – unter Vorbehalt einer rechtsgenüglichen Begründung (Art. 42 Abs. 2 und Art. 117 i.V.m. Art. 106 Abs. 2 BGG) – einzutreten.

2.

2.1 Nach Art. 42 Abs. 2 BGG ist in der Begründung der Anträge in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Akt Recht verletzt; unbeachtlich sind blosse Verweise auf die Akten (BGE 133 II 396 E. 3.1 S. 399 f. mit Hinweisen).

Diesen Grundsatz verkennt die Beschwerdeführerin. Sie beantragt, das vorinstanzliche Urteil sei auch insoweit aufzuheben, als sie verpflichtet wurde, der Beschwerdegegnerin 1 ein Arbeitszeugnis auszustellen. Die Beschwerdeführerin führt jedoch in ihrer Beschwerdebegründung keineswegs aus, weshalb das angefochtene Urteil in diesem Punkt aufzuheben wäre und sie der Beschwerdegegnerin 1 kein Arbeitszeugnis ausstellen sollte. Damit genügt sie den gesetzlichen Begründungsanforderungen (Art. 42 Abs. 2 BGG) offensichtlich nicht, weshalb darauf nicht eingetreten werden kann.

Die Beschwerdeführerin beantragt sodann, das vorinstanzliche Urteil sei auch im Kostenpunkt (Gerichtskosten des erstinstanzlichen Verfahrens und Parteientschädigung für das Beschwerdeverfahren) aufzuheben. Aus ihrer Beschwerdebegründung geht indessen nicht hervor, ob sie eine Abänderung des kantonalen Kostendispositivs unabhängig vom Beschwerdeerfolg erreichen möchte. Insbesondere führt die Beschwerdeführerin keineswegs aus, weshalb ihr im vorinstanzlichen Urteil eine Parteientschädigung hätte zugesprochen werden sollen, noch stellt sie einen bezifferten Antrag. Insoweit genügt sie den gesetzlichen Begründungsanforderungen (Art. 42 Abs. 2 BGG) nicht, weshalb darauf auch nicht eingetreten werden kann.

2.2 Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 118 Abs. 1 BGG). Es kann die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz von Amtes wegen berichtigen oder ergänzen, wenn sie auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 116 BGG, mithin auf einer Verletzung von verfassungsmässigen Rechten, beruht (Art. 118 Abs. 2 BGG). Die Beschwerdeführerin hat das Vorliegen ei-

ner Verfassungsverletzung mit einer genügenden Begründung geltend zu machen (BGE 136 I 332 E. 2.2 S. 334; 133 III 439 E. 3.2 S. 445).

Auch diese Grundsätze missachtet die Beschwerdeführerin. Sie weicht in ihrer Beschwerdebegründung in beliebigem Ausmass von den tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz ab und erweitert diese, ohne eine rechtsgenügliche Sachverhaltsrüge zu erheben. Auf ihre ergänzte und teilweise abgeänderte Sachverhaltsdarstellung kann nicht abgestellt werden.

3.

3.1 Mit der subsidiären Verfassungsbeschwerde kann nur die Verletzung von verfassungsmässigen Rechten gerügt werden (Art. 116 BGG). Die Verletzung von verfassungsmässigen Rechten muss in der Beschwerde vorgebracht und begründet werden (Art. 117 i.V.m. Art. 106 Abs. 2 BGG). Die Beschwerdeführerin muss angeben, welches verfassungsmässige Recht verletzt wurde, und substanziiert darlegen, worin die Verletzung besteht. Das Bundesgericht kann die Verletzung eines Grundrechts nur insofern prüfen, als eine solche Rüge in der Beschwerde klar und detailliert erhoben und soweit möglich belegt ist (BGE 133 II 249 E. 1.4.2 S. 254 mit Hinweisen). Auf rein appellatorische Kritik am angefochtenen Entscheid tritt es nicht ein.

Auf die Vorbringen der Beschwerdeführerin ist nur soweit einzugehen, als diese den genannten Begründungsanforderungen genügen (Art. 106 Abs. 1 BGG; BGE 134 II 244 E. 2.1 S. 245 f.). Soweit die Beschwerdeführerin bloss einzelne Gesetzesbestimmungen anruft, ohne dabei eine Verletzung von verfassungsmässigen Rechten aufzuzeigen, kann auf ihre Rügen nicht eingetreten werden. Ebenso wenig kann auf ihr Vorbringen eingetreten werden, wonach das Legalitätsprinzip verletzt sein soll; die Beschwerdeführerin legt keineswegs dar, worin eine solche Verletzung bestehen sollte.

3.2 Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Vorinstanz habe ihr rechtliches Gehör verletzt, da sie «wichtige Argumente nicht abgenommen» habe. Sie habe bereits vor der Vorinstanz eine «Verletzung der Privatautonomie und des Legalitätsprinzips» gerügt, womit sich die Vorinstanz jedoch nicht auseinandergesetzt habe.

Soweit ersichtlich, macht die Beschwerdeführerin geltend, dass die Vorinstanz, unter Verletzung ihres rechtlichen Gehörs, nicht auf ihre Vorbringen eingegangen sei, wonach es einer klaren gesetzlichen Grundlage bedürfe, um in die Privatautonomie der Parteien eingreifen zu dürfen. Die Parteien hätten beide einen neuen Arbeitsvertrag schliessen wollen und hätten dabei übereinstimmend eine neue Probezeit – wie eine solche bei Kaderpositionen durchaus üblich und sinnvoll sei – vereinbart. Demnach sei die Vereinbarung einer neuen Probezeit von beiden Parteien gewollt gewesen, womit die am 27. Mai 2011 ausgesprochene Kündigung gültig erfolgt sei.

3.3 Die Beschwerdeführerin verkennt, dass die Vorinstanz – ohne Verletzung des rechtlichen Gehörs – nicht auf alle ihre Vorbringen eingehen muss; nach der Rechtsprechung ist nicht erforderlich, dass sich die Vorinstanz mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzt und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegt. Sie kann sich auf diejenigen Gesichtspunkte beschränken, die für den Entscheid wesentlich sind (vgl. BGE 133 III 439 E. 3.3 S. 445; 129 I 232 E. 3.2 S. 236; 126 I 97 E. 2b S. 102 f.).

Die Vorinstanz hat zu Recht erwogen, dass ein Aufhebungsvertrag nicht dazu dienen darf, zwingende Gesetzesbestimmungen zu umgehen (BGE 119 II 449 E. 2a S. 450; 118 II 58 E. 2a S. 60; je mit Hinweisen). Dabei hat sie festgestellt, dass im «neuen» Arbeitsvertrag vom 15. April 2011 kein übereinstimmender Parteiwille zur völligen Neubegründung des Arbeitsverhältnisses ausgemacht worden sei. Aus dem von der ersten Instanz vorgenommenen Vergleich zwischen dem von der Beschwerdeführerin am 28. Januar 2011 ausgestellten Zwischenzeugnis, dem Stellenbeschrieb vom 8. April 2011 und dem «neuen» Arbeitsvertrag ergebe sich vielmehr, dass der Beschwerdegegnerin 1 durch den am 15. April 2011 geschlossenen Arbeitsvertrag keine gänzlich andere Funktion im Unternehmen zugeordnet worden sei. Die Vorinstanz hat festgestellt, dass dieser Vertrag lediglich zur Klärung und teilweise zur Änderung des bestehenden Vertragsverhältnisses gedient habe. Damit sei kein neues Arbeitsverhältnis begründet worden, weshalb die im Arbeitsvertrag getroffene Vereinbarung einer neuen Probezeit nicht zulässig war bzw. nichtig sei. Damit genügt die Vorinstanz der aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör fliessenden Begründungspflicht. Eine Verletzung von Art. 29 Abs. 2 BV ist nicht dargetan.

Bundesgericht, Urteil vom 6. Juni 2013, Doss.-Nr. 4A_45/2013 (Bestätigung des Entscheids des Kantonsgerichts St. Gallen vom 4. Dezember 2012)

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. Wie wichtig das Zeugnis objektiv ist, hängt von der Situation auf dem Arbeitsmarkt sowie von der Funktion und Qualifikation des Arbeitnehmers ab. 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 (E. 4.3).

Sachverhalt:

A. (Kläger, Beschwerdeführer) war vom 13. August 2007 bis zum 31. März 2008 bei der X. AG mit Sitz in Liechtenstein (Beklagte, Beschwerdegegnerin) bei der Zweigniederlassung Y. Oberriet SG als technischer Leiter angestellt. Am 7. April 2008 mahnte er die Arbeitgeberin, ihm innerhalb von sieben Tagen den ausstehenden Lohn inkl. Überzeit, eine korrekte Abrechnung inkl. Überstunden und ein unkodiertes Arbeitszeugnis zukommen zu lassen. Als die Zweigniederlassung diesen Forderungen nicht nachkam, gelangte er an die Schlichtungsstelle für Arbeitsverhältnisse. Der Vorstand blieb unvermittelt.

Am 23. Dezember 2009 reichte der Kläger beim Kreisgericht Rheintal Klage ein. Er verlangte im Wesentlichen, die Beklagte zu verpflichten, ihm eine nach Durchführung des Beweisverfahrens zu beziffernde Forderung zu bezahlen und ein textmässig vorgegebenes Zeugnis auszustellen. Die Beklagte beantragte, das Verfahren gemäss Art. 207 SchKG einzustellen, die Klage auf Lohnforderung abzuweisen und das vom Kläger vorgeschlagene Zeugnis hinsichtlich eines Abschnittes anzupassen. Am 11. Januar 2012 sprach das Kreisgericht dem Kläger Fr. 22 742.65 nebst Zins zu und verpflichtete die Beklagte, binnen zehn Tagen nach Eintritt der Rechtskraft des Entscheides das vom Kläger beantragte Zeugnis auszustellen. Die Entscheidgebühr von Fr. 6000.– auferlegte es der Beklagten, erstattete dem Kläger die Einschreibgebühr von Fr. 1300.– zurück und sprach ihm eine Entschädigung für seine Parteikosten von Fr. 14 990.65 zu. Die Beklagte erhob gegen das Urteil des Kreisgerichts beim Kantonsgericht des Kantons St. Gallen Berufung und beantragte, den Entscheid des Kreisgerichts aufzuheben und die Klage kostenfällig abzuweisen. Die Kosten sollten zu Lasten des Klägers gehen. Der Kläger schloss im Wesentlichen auf Abweisung der Berufung. Mit Entscheid vom 4. Dezember 2012 sprach das Kantonsgericht dem Kläger lediglich Fr. 20 917.40 nebst Zins zu und wies im Übrigen die Berufung ab (Dispositivziffer 1). Die erstinstanzliche Entscheidgebühr von Fr. 6000.– auferlegte es zu $^{3}/_{5}$ der Beklagten und zu $^{2}/_{5}$ dem Kläger (Dispositivziffer 2), die zweitinstanzliche von Fr. 4000.– der Beklagten zu $^{9}/_{10}$ und dem Kläger zu $^{1}/_{10}$ (Dispositivziffer 3). Dabei rechnete es die Einschreibgebühr und den geleisteten Kostenvorschuss an. Sodann hatte die Beklagte den Kläger für dessen Parteikosten im Verfahren vor beiden Instanzen mit Fr. 4678.55 zu entschädigen (Dispositivziffer 4). Mit Beschwerde in Zivilsachen beantragt der Kläger dem Bundesgericht im Wesentlichen, die Dispositivziffern 2, 3 und 4 des kantonsgerichtlichen Entscheides aufzuheben, die Beschwerdegegnerin zur Tragung der erst- und zweitinstanzlichen Entscheidgebühren zu verpflichten und ihn für das kantonale Verfahren insgesamt mit Fr. 17 197.80 (eventuell nach richterlichem Ermessen) zu entschädigen.

Aus den Erwägungen:

2.

Die Vorinstanz hielt fest, der Beschwerdeführer habe seine Klageforderung im erstinstanzlichen Verfahren auf Fr. 35 848.50 beziffert. Darin sei jedoch der Streitwert für die Berichtigung des Arbeitszeugnisses nicht erhalten. Da lediglich die Abänderung des dritten Abschnittes des Zeugnisses strittig sei, setzte die Vorinstanz den Streitwert für das Zeugnis auf einen halben Monatslohn (Fr. 2862.50) fest. Damit habe der Streitwert im erstinstanzlichen Verfahren Fr. 38 711.– betragen. Dem Beschwerdeführer würden Fr. 23 779.90 (Fr. 19 417.40 Überstunden, Fr. 2862.50 Zeugnisberichtigung und Fr. 1500.– Kaufpreis Kärcher) zugesprochen oder rund 60%. Dies rechtfertige, die Prozesskosten der Beschwerdegegnerin zu $^3/_5$ und dem Beschwerdeführer zu $^2/_5$ aufzuerlegen. Für das Berufungsverfahren ging die Vorinstanz von einem Streitwert von Fr. 25 605.15 aus (Fr. 22 742.65 erstinstanzlich zugesprochener Betrag und Fr. 2862.50 Zeugnisberichtigung). Mit Fr. 23 779.90 würden dem Beschwerdeführer rund 92% dieses Betrages zugesprochen, was eine Kostenverteilung zu $^9/_{10}$ zu Lasten der Beschwerdegegnerin und zu $^1/_{10}$ zu Lasten des Beschwerdeführers rechtfertige. Die Vorinstanz setzte sodann die volle Parteientschädigung gestützt auf den von ihr angenommenen Streitwert für das erstinstanzliche Verfahren auf Fr. 12 163.05 und für das zweitinstanzliche auf Fr. 2807.45 fest und sprach dem Beschwerdeführer gestützt auf den der Kostenverteilung zu Grunde gelegten Umfang des Obsiegens für die erste Instanz $^1/_5$ (Fr. 2432.60) und für die zweite Instanz $^8/_{10}$ (Fr. 2245.95) als Parteientschädigung zu.

3.

Das erstinstanzliche Verfahren richtete sich nach dem kantonalen Zivilprozessgesetz vom 20. Dezember 1990 (ZPO/SG), während im kantonalen Rechtsmittelverfahren die Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) anzuwenden war (Art. 404 Abs. 1 und Art. 405 Abs. 1 ZPO). Die Vorinstanz hatte indessen im Berufungsverfahren den erstinstanzlichen Entscheid nicht nur im Kostenpunkt zu überprüfen, sondern sie hat mit der Gutheissung der Berufung über die im Streit liegenden Forderungen materiell neu entschieden. Damit hatte sie nach Art. 318 Abs. 3 ZPO auch über die Prozesskosten des erstinstanzlichen Verfahrens neu zu entscheiden. In dieser Situation ist auch über die erstinstanzlichen Prozesskosten nach den Regeln der ZPO zu entscheiden (Urteil des Bundesgerichts 4A_17/2013 vom 13. Mai 2013 E. 4.1), deren Anwendung das Bundesgericht frei prüft (Art. 106 Abs. 1 BGG). Dabei ist es aber unter Vorbehalt von Art. 97 Abs. 1 und Art. 105 Abs. 2 BGG an die tatsächlichen Feststellungen im angefochtenen Entscheid gebunden (Art. 105 Abs. 1 BGG). Die Festsetzung der Tarife für die Prozesskosten bleibt dagegen auch unter Geltung der eidgenössischen ZPO dem kantonalen Recht, hier der Honorarordnung für Rechtsanwälte und Rechtsagenten vom 22. April 1994 (HonO/SG;

sGS 963.75), vorbehalten (Art. 96 ZPO). Dieses überprüft das Bundesgericht nur auf Willkür (BGE 136 I 241 E. 2.4 S. 249; 134 III 379 E. 1.2 S. 382 f.).

4.

Der Beschwerdeführer rügt zunächst, die Vorinstanz habe zu Unrecht bloss den Streitwert für eine Berichtigung des Zeugnisses berücksichtigt. Sie habe übersehen, dass die Ausstellung eines Zeugnisses eingeklagt gewesen sei und die Beschwerdegegnerin nie ein Zeugnis zugestellt habe. Daher sei der Streitwert für das vollständige Zeugnis massgebend, der nach Auffassung des Beschwerdeführers einen vollen Monatslohn (Fr. 5725.–) betrage. Auch im Berufungsverfahren sei der höhere Streitwert zu beachten, da die Beschwerdegegnerin den erstinstanzlichen Entscheid vollumfänglich angefochten habe. Dies sei auch für das Mass des Obsiegens vor beiden kantonalen Instanzen zu berücksichtigen.

4.1 Grundsätzlich wird der Streitwert durch das Rechtsbegehren bestimmt (Art. 91 ZPO) und gilt bei Anerkennung der Klage die beklagte Partei als unterliegend (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Der Beschwerdeführer hat der Beschwerdegegnerin Frist angesetzt, um ihm ein Zeugnis auszustellen. Dass sie ihm vor der Klageeinreichung ein Zeugnis ausgestellt oder dies zumindest angeboten hätte, ist nicht festgestellt. Wenn die Beschwerdegegnerin in der Klageantwort das vom Beschwerdeführer vorgeschlagene Zeugnis nur in einem Absatz beanstandet, liegt bezüglich der restlichen Absätze eine Klageanerkennung vor.

4.2 Lautet das Rechtsbegehren nicht auf eine bestimmte Geldsumme, so setzt das Gericht den Streitwert fest, sofern sich die Parteien darüber nicht einigen oder ihre Angaben offensichtlich unrichtig sind (Art. 91 Abs. 2 ZPO). Besteht zwischen den Parteien keine Einigkeit, so liegt die Bestimmung des Streitwertes im Ermessen des Sachgerichts (STEIN-WIGGER, in: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], Sutter-Somm und andere [Hrsg.], 2. Aufl. 2013, N. 25 zu Art. 91 ZPO; vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 4P.208/2001 vom 21. November 2001 E. 3b). Dieses hat den Streitwert nach einem objektiven Massstab zu schätzen (BEATRICE VAN DE GRAAF, in: ZPO: Schweizerische Zivilprozessordnung, Oberhammer [Hrsg.], 2010, N. 9 zu Art. 91 ZPO; vgl. auch BEAT RUDIN, in: Basler Kommentar, Bundesgerichtsgesetz, 2. Aufl. 2011, N. 47 zu Art. 51 BGG). Die Schätzung nach objektiven Kriterien ist im Hinblick auf die Kognition des Bundesgerichts vergleichbar mit der ermessensweisen Schadenschätzung nach Art. 42 Abs. 2 OR. Diese beruht – von der ausnahmsweisen Berücksichtigung abstrakter Erfahrungssätze abgesehen – auf Tatbestandsermessen, gehört mithin zur Feststellung des Sachverhalts (BGE 131 III 360 E. 5.1 S. 364; 122 III 61 E. 2c/bb S. 65). Es kann daher nur gerügt werden, der angefochtene Entscheid sei offensichtlich unhaltbar und damit willkürlich (Art. 105 Abs. 2 BGG). Eine derartige Rüge ist nach Massgabe von Art. 106 Abs. 2 BGG zu begründen (BGE 133 II 249 E. 1.4.3 S. 254 f. mit Hinweisen).

4.3 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 (Urteil des Bundesgerichts 8C_151/2010 vom 31. August 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 (zit. Urteil 8C_151/2010 E. 2.7 in fine 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. Urteil des Bundesgerichts 8C_220/2011 vom 2. März 2012 E. 1.2). Wenn der Beschwerdeführer geltend macht, die Zeugnisausstellung an sich sei Streitgegenstand gewesen und nicht nur die Formulierung eines einzelnen Absatzes, und einfach einen Streitwert von einem Monatslohn behauptet, genügt er den Begründungsanforderungen (Art. 42 Abs. 2 BGG) nicht. Er müsste vielmehr aufgrund seiner konkreten Situation im Einzelnen aufzeigen, weshalb der Streitwert bei willkürfreier Würdigung der tatsächlichen Gegebenheiten auf einen Monatslohn festzusetzen ist und inwiefern der von der Vorinstanz angenommene Wert offensichtlich nicht der Bedeutung entspricht, die dem Arbeitszeugnis objektiv zukommt. Mangels hinreichender Begründung ist insoweit nicht auf die Beschwerde einzutreten.

Bundesgericht, Urteil vom 18. Juni 2013, Doss.-Nr. 4A_169/2013 (Bestätigung des Entscheids des Obergerichts des Kantons Bern vom 28. Februar 2013)

Eine Kündigung bei gewerkschaftlicher Tätigkeit (Art. 336 Abs. 2 lit. a OR) ist nicht per se missbräuchlich, sondern nur, wenn dies das Kündigungsmotiv war. Vorliegend hatte der Arbeitgeber von den angeblichen gewerkschaftlichen Aktivitäten des Arbeitnehmers nicht einmal Kenntnis, vielmehr erfolgte die Kündigung wegen Pflichtverletzungen des Arbeitnehmers (E. 4.1.2).

Sachverhalt:

S. (Arbeitnehmer, Kläger, Beschwerdeführer) war seit 2002 als Taxichauffeur bei der X. AG (Arbeitgeberin, Beklagte, Beschwerdegegnerin) tätig. Mit Schreiben vom 23. August 2010 kündigte die Arbeitgeberin dem Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist von zwei Monaten auf den 31. Oktober 2010. Im Kündigungsschreiben wurde zur Begründung der Kündigung auf ein Schreiben vom 19. September 2008 verwiesen, in welchem der Arbeitnehmer im Zusammenhang mit einer Transportverweigerung verwarnt wurde, sowie auf verschiedene Meldungen seitens der Disposition, wonach der Arbeitneh-

mer immer wieder einzelne Fahraufträge verweigert habe. Mit Schreiben vom 27. Oktober 2010 erhob der Arbeitnehmer Einsprache gegen die Kündigung.

Mit Eingabe vom 1. September 2011 erhob der Arbeitnehmer beim Regionalgericht Bern-Mittelland Klage gegen die Arbeitgeberin, mit dem im Laufe des Verfahrens abgeänderten Begehren, es sei festzustellen, dass die am 23. August 2010 ausgesprochene Kündigung missbräuchlich sei und die Arbeitgeberin sei zu verpflichten, ihm eine Entschädigung infolge missbräuchlicher Kündigung in der Höhe von Fr. 29 999.– zu bezahlen. Mit Entscheid vom 27. April 2012 trat das Regionalgericht Bern-Mittelland auf das Feststellungsbegehren nicht ein und wies die Klage soweit weitergehend ab. Gegen diesen Entscheid erhob der Kläger Berufung an das Obergericht des Kantons Bern. Dieses wies die Berufung mit Entscheid vom 28. Februar 2013 ab und bestätigte den Entscheid des Regionalgerichts Bern-Mittelland vom 27. April 2012. Mit Beschwerde in Zivilsachen beantragt der Kläger dem Bundesgericht, die Beklagte sei zu verpflichten, ihm einen Betrag von Fr. 29 999.– zu bezahlen.

Aus den Erwägungen:

2.

Nachdem das Verwaltungsgericht des Kantons Bern mit Urteil vom 4. Dezember 2006 entschied, dass Art. 17b ArG betreffend Lohn- und Zeitzuschlag auch auf angestellte Taxifahrer anwendbar sei, gelangte der Beschwerdeführer zusammen mit anderen Chauffeuren im Dezember 2007 an die Beschwerdegegnerin und verlangte die Einführung der Nachtarbeitszeitgutschrift im Betrieb für alle Nachtarbeitenden. Diese wurde per 1. April 2008 eingeführt, allerdings blieb die rückwirkende Einführung für die Vorjahre strittig. Es kam zu einem gerichtlichen Verfahren vor dem Arbeitsgericht in Bern (4. Mai 2010 und 13. September 2010) und vor dem Regionalgericht Bern-Mittelland (14. Januar 2011 sowie 25. August 2011), welches für alle Chauffeure und den Beschwerdeführer mit einem Vergleich abgeschlossen wurde.

Der Beschwerdeführer macht geltend, die von der Beschwerdegegnerin am 23. August 2010 ausgesprochene Kündigung sei im Zusammenhang mit seiner Rolle als führende Kraft im laufenden Verfahren betreffend die rückwirkende Einführung von Nachtarbeitszeitgutschriften erfolgt, weshalb diese missbräuchlich sei. Eine missbräuchliche Kündigung wurde jedoch von beiden Vorinstanzen verneint.

3.

3.1 Mit Beschwerde in Zivilsachen können Rechtsverletzungen gemäss Art. 95 und 96 BGG gerügt werden. Gemäss Art. 42 Abs. 1 BGG hat die Rechtsschrift die Begehren und deren Begründung zu enthalten; im Rahmen der Begründung ist in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Akt Recht verletzt (Art. 42 Abs. 2 BGG), andernfalls wird

darauf nicht eingetreten. Unerlässlich ist im Hinblick auf Art. 42 Abs. 2 BGG, dass die Beschwerde auf die Begründung des angefochtenen Entscheids eingeht und im Einzelnen aufzeigt, worin eine Verletzung von Bundesrecht liegt. Der Beschwerdeführer soll in der Beschwerdeschrift nicht bloss die Rechtsstandpunkte, die er im kantonalen Verfahren eingenommen hat, erneut bekräftigen, sondern mit seiner Kritik an den als rechtsfehlerhaft erachteten Erwägungen der Vorinstanz ansetzen (vgl. BGE 134 II 244 E. 2.1 S. 245 f.). Hinsichtlich der Verletzung von Grundrechten gilt der in Art. 106 Abs. 1 BGG verankerte Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen nicht; insofern besteht eine qualifizierte Rügepflicht (Art. 106 Abs. 2 BGG; BGE 136 I 49 E. 1.4.1 S. 53, 65 E. 1.3.1 S. 68 mit Hinweisen). Es obliegt dem Beschwerdeführer namentlich darzulegen, inwiefern der angefochtene Entscheid gegen die gerügten Grundrechte verstossen soll. Das Bundesgericht prüft nur klar und detailliert erhobene und, soweit möglich, belegte Rügen. Auf rein appellatorische Kritik am angefochtenen Entscheid tritt das Bundesgericht nicht ein (BGE 134 V 138 E. 2.1 S. 143; 133 II 396 E. 3.1 S. 399).

3.2 In tatsächlicher Hinsicht legt das Bundesgericht seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG). Die Feststellung des Sachverhalts kann nur gerügt werden, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht und wenn die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann (Art. 97 Abs. 1 BGG). «Offensichtlich unrichtig» bedeutet dabei «willkürlich» (BGE 135 III 397 E. 1.5 S. 401).

3.3 Diese Grundsätze verkennt der Beschwerdeführer. Seine Ausführungen erschöpfen sich weitgehend in appellatorischer Kritik am angefochtenen Entscheid. Er setzt sich zu grossen Teilen nicht oder nicht hinreichend mit dem angefochtenen Entscheid auseinander, sondern begnügt sich damit, im Wesentlichen das Gleiche, wie er bereits in den kantonalen Verfahren vorgebracht hat, erneut vorzubringen. So weicht er auch in beliebigem Ausmass von den tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz ab oder erweitert diese, ohne rechtsgenügliche Sachverhaltsrügen zu erheben.

Insbesondere legt der Beschwerdeführer seiner Beschwerdebegründung zugrunde, es sei von der Vorinstanz festgestellt worden, dass ihm, im Zusammenhang mit der Einführung der Nachtarbeitszeitgutschrift, eine «wichtige» bzw. «prominente Rolle» zugekommen sei. Dabei verkennt er jedoch, dass die Vorinstanz lediglich festgestellt hat, dass es zutreffen möge, dass ihm im Hintergrund, somit nicht direkt gegenüber der Beschwerdegegnerin eine wichtige Rolle zugekommen sei. Weitergehende Feststellungen zu seiner Rolle in diesem Zusammenhang wurden von der Vorinstanz jedoch nicht getroffen. Soweit sich der Beschwerdeführer für die Begründung seiner Rügen auf seine eigene Darstellung des Sachverhalts beruft, ist er nicht zu hören. Es ist einzig auf den durch die Vorinstanz festgestellten Sachverhalt abzustellen.

3.4 So verkennt der Beschwerdeführer auch, dass hinsichtlich der Verletzung von Grundrechten eine qualifizierte Rügepflicht gilt. Er macht geltend, die Vorinstanz habe sein rechtliches Gehör verletzt (Art. 29 Abs. 2 BV), da sie die von ihm beantragten Zeugen nicht einvernommen habe. Die vier genannten Zeugen hätten Wesentliches zur Frage beitragen können, welchen Wissensstand die Beschwerdegegnerin von der Rolle des Beschwerdeführers im Zusammenhang mit dem Nachtarbeitszeitgutschriften-Streit gehabt habe.

Das Gericht kann ohne Verletzung des rechtlichen Gehörs Beweisanträge ablehnen, wenn es aufgrund bereits abgenommener Beweise seine Überzeugung gebildet hat und ohne Willkür in vorweggenommener antizipierter Beweiswürdigung annehmen kann, dass seine Überzeugung durch weitere Beweiserhebungen nicht geändert würde (BGE 131 I 153 E. 3 S. 157; 130 II 425 E. 2.1 S. 428 f.; je mit Hinweisen). Die Vorinstanz hat festgestellt, dass die Beschwerdegegnerin nicht gewusst habe, welche Rolle dem Beschwerdeführer im Zusammenhang mit der Einführung der Nachtarbeitszeitgutschrift zugekommen sei. Zwischen der Beschwerdegegnerin und dem Beschwerdeführer bzw. den betroffenen Chauffeuren, sei es seit dem 1. April 2008 – seit der Einführung der Nachtarbeitszeitgutschrift – zu keiner erneuten Besprechung gekommen. Die Kontakte bezüglich der rückwirkenden Einführung der Gutschrift seien nur noch über die jeweils mandatierten Rechtsanwälte und das zuständige Gericht gelaufen. Der Beschwerdeführer habe selber angegeben, dass er sein Engagement betreffend die Nachtarbeitszeitgutschriften in seiner Freizeit wahrgenommen habe, weshalb es für die Beschwerdegegnerin nicht ersichtlich gewesen sei, dass er im Hintergrund massgeblich beteiligt gewesen sei. Da die Beschwerdegegnerin keine Kenntnis von seiner Rolle gehabt habe, würde sich die Einvernahme von weiteren Zeugen zum Nachweis der führenden Rolle des Beschwerdeführers erübrigen.

Der Beschwerdeführer zeigt keineswegs auf, inwiefern die vorweggenommene Beweiswürdigung der Vorinstanz willkürlich gewesen wäre. Er legt weder dar, inwiefern eine Zeugeneinvernahme hinsichtlich der Kenntnis der Beschwerdegegnerin bezüglich seiner Rolle im Nachtarbeitszeitgutschriften-Streit geboten gewesen wäre noch was die Zeugen zu seiner Rolle hätten aussagen können und inwiefern dies für den Ausgang des Verfahrens relevant gewesen wäre. Im Übrigen missachtet der Beschwerdeführer, dass einer der genannten Zeugen, R., entgegen seinen Ausführungen im erstinstanzlichen Verfahren als Zeuge einvernommen wurde. Eine Gehörsverletzung ist nicht dargetan.

4.

4.1 Der Beschwerdeführer rügt eine Verletzung bzw. eine fehlerhafte Auslegung von Art. 336 Abs. 2 lit. a OR. Dabei macht er geltend, die Vorinstanz sei zu Unrecht davon ausgegangen, dass die bloss faktische Ausübung einer gewerkschaftlichen Tätigkeit vom Schutzbereich von Art. 336 Abs. 2 lit. a OR nicht erfasst sei: Sämtliche gewerkschaftliche Tätigkeiten,

somit auch faktische, seien vom Anwendungsbereich dieser Norm erfasst. Eine solche habe der Beschwerdeführer im Zusammenhang mit den Nachtarbeitszeitgutschriften wahrgenommen, weshalb die Kündigung missbräuchlich sei.

4.1.1 Die Vorinstanz hat festgestellt, der Beschwerdeführer habe zwar nach eigenen Angaben im Mai 2008 die Gewerkschaft Y. angefragt, als die Interessengemeinschaft Nachtarbeitszeitgutschriften, bestehend aus dem Beschwerdeführer und drei weiteren Delegierten der Chauffeure und die Geschäftsleitung der Beschwerdegegnerin in den Gesprächen um die rückwirkende Einführung der Nachtarbeitszeitgutschrift nicht mehr weitergekommen seien. Der Beschwerdeführer habe aber nie geltend gemacht, dass er selbst für die Gewerkschaft Y. tätig geworden sei. So sei denn die Gewerkschaft gegenüber der Beschwerdegegnerin auch nie in Erscheinung getreten.

Eine bloss faktische Ausübung einer gewerkschaftlichen Tätigkeit sei vom Schutzbereich von Art. 336 Abs. 2 lit. a OR nicht erfasst; selbst wenn der Beschwerdeführer betreffend die Durchsetzung von rückwirkenden Nachtarbeitszeitgutschriften von der Gewerkschaft Y. im Hintergrund unterstützt worden wäre, habe dies in jedem Fall nicht das Motiv der Kündigung darstellen können, da die Beschwerdegegnerin keine Kenntnis davon hatte.

4.1.2 Eine Verletzung von Art. 336 OR ist nicht ersichtlich. Der Beschwerdeführer führt in seiner Beschwerdebegründung keineswegs aus, worin sich eine solche faktische gewerkschaftliche Tätigkeit ergeben hätte. Eine solche wurde von der Vorinstanz auch nicht festgestellt. Er verkennt überdies, dass eine Kündigung bei gewerkschaftlicher Tätigkeit nicht per se missbräuchlich ist, sondern nur, wenn diese das Kündigungsmotiv war.

Das Motiv einer Kündigung ist Tatfrage, das Bundesgericht ist an die Feststellungen der Vorinstanz gebunden (BGE 127 III 86 E. 2a S. 88 mit Hinweisen). Die Vorinstanz hat verbindlich festgestellt, dass die Beschwerdegegnerin von der Rolle des Beschwerdeführers, im Zusammenhang mit der rückwirkenden Einführung der Nachtarbeitszeitgutschriften, keine Kenntnis hatte. Demnach konnte auch eine faktische gewerkschaftliche Tätigkeit nicht das Motiv einer Kündigung sein. Die Rüge ist unbegründet.

4.2 Weiter rügt der Beschwerdeführer, die Kündigung sei missbräuchlich, da die Beschwerdegegnerin ihre Fürsorgepflichten verletzt habe. Dabei bringt der Beschwerdeführer unter Hinweis auf BGE 132 III 115 bzw. auf die Kommentierung dieses Entscheides durch THOMAS KOLLER (in: ZBJV 144/2008 S. 342 ff.) vor, die Beschwerdegegnerin habe die Kündigung ausgesprochen, ohne den Beschwerdeführer vorher anzuhören und ohne einen Versuch zu unternehmen, die Situation im Betrieb zu entspannen. Es bestehe gestützt auf diese Rechtsprechung bzw. die Kommentierung des Entscheides ein Anspruch darauf, dass eine Kündigung vor-

gängig angekündigt und der Arbeitnehmer dazu angehört werde. Darin sei eine Verletzung von Art. 328 OR zu erblicken.

4.2.1 Die Vorinstanz hat erwogen, dass keine Pflicht seitens des Arbeitgebers bestehe, die Arbeitnehmer vor deren Entlassung anzuhören. Dem Beschwerdeführer seien mehrere Pflichtverletzungen vorgeworfen worden, welche zur Kündigung geführt haben. Des Weiteren sei er vor der Kündigung mehrfach verwarnt worden, weshalb nicht gesagt werden könne, dass die Kündigung ohne jegliches Vorgespräch erfolgt sei. Wenn eine Kündigung wegen der Verletzung arbeitsvertraglicher Pflichten erfolge, könne der Arbeitgeberin keine Verletzung der Fürsorgepflicht vorgeworfen werden. Ohnehin sei der zu beurteilende Fall mit dem vom Beschwerdeführer zitierten BGE 132 III 115 nicht vergleichbar, weshalb er daraus nichts zu seinen Gunsten ableiten könne.

4.2.2 Für die Rechtmässigkeit einer Kündigung bedarf es grundsätzlich keiner besonderen Gründe, da das schweizerische Arbeitsrecht vom Prinzip der Kündigungsfreiheit ausgeht (BGE 132 III 115 E. 2.1 S. 116 mit Hinweisen). Missbräuchlich ist eine Kündigung nur, wenn sie aus bestimmten unzulässigen Gründen ausgesprochen wird, welche in Art. 336 OR umschrieben werden, wobei diese Aufzählung nicht abschliessend ist. Grundsätzlich knüpft der sachliche Kündigungsschutz am Motiv der Kündigung an. Die Missbräuchlichkeit kann sich aber auch aus der Art und Weise ergeben, wie die kündigende Partei ihr Recht ausübt. Auch wenn eine Partei die Kündigung rechtmässig erklärt, muss sie das Gebot schonender Rechtsausübung beachten. Sie darf insbesondere kein falsches und verdecktes Spiel treiben, das Treu und Glauben krass widerspricht (BGE 131 III 535 E. 4.2 S. 538 f.; 125 III 70 E. 2b S. 73; 118 II 157 E. 4b/cc S. 166 f.).

4.2.3 Wie die Vorinstanz zu Recht festgehalten hat, ist der zu beurteilende Fall nicht mit demjenigen in BGE 132 III 115 vergleichbar; das Bundesgericht erwog im erwähnten Entscheid, dass gegenüber einem Arbeitnehmer, der sein gesamtes Arbeitsleben im Wesentlichen klaglos für eine einzige Arbeitgeberin tätig gewesen sei, eine erhöhte Fürsorgepflicht gelte. Dazu gehöre die Sorge dafür, einem wenige Monate vor der ordentlichen Pensionierung stehenden Arbeitnehmer zu ermöglichen, seine Arbeitstätigkeit ohne finanzielle Einbussen zu beenden, sofern nicht gewichtige Gründe nach einer anderen Beendigung des Arbeitsverhältnisses rufen würden (BGE 132 III 115 E. 5.3 S. 121).

Der Beschwerdeführer war – anders als im zitierten BGE 132 III 115 – nicht sein ganzes Arbeitsleben für die Beschwerdegegnerin tätig, noch stand er mit seinen 53 Jahren im Zeitpunkt der Kündigung wenige Monate vor seiner Pensionierung, weshalb nicht von einer erhöhten Fürsorgepflicht der Beschwerdegegnerin auszugehen ist. Der Beschwerdeführer bringt denn auch nicht vor, dass und inwiefern eine solche bestanden hätte. Der Beschwerdeführer wurde unbestrittenermassen vor seiner Kündigung mehrmals durch die Beschwerdegegnerin verwarnt, dies etwa für den Vor-

fall an Silvester 2009 und wegen des falschen Ausfüllens der Kontrollkarten. Die Beschwerdegegnerin hat dem Beschwerdeführer damit klar zu erkennen gegeben, dass er seine arbeitsvertraglichen Pflichten verletzt hat. Diese Pflichtverletzungen durch den Beschwerdeführer haben denn auch zur Kündigung geführt.

Demnach kann dem Beschwerdeführer nicht gefolgt werden, wenn er vorbringt, die Beschwerdegegnerin habe nichts unternommen, um die Situation zu entspannen. Die Kündigung ist nicht aus Gründen erfolgt, die sich aus der Person des Beschwerdeführers ergeben. Auch geht es nicht um einen Streit des Beschwerdeführers mit seinen Kollegen oder mit der Beschwerdegegnerin. Vielmehr hat der Beschwerdeführer diverse arbeitsvertragliche Pflichten verletzt. Unter diesen Umständen kann der Beschwerdegegnerin nicht vorgeworfen werden, geeignete Vorkehren zur Entspannung des Arbeitsklimas unterlassen zu haben. Die Vorinstanz hat eine missbräuchliche Kündigung zu Recht verneint.

4.3 Schliesslich bringt der Beschwerdeführer vor, «das Nachschieben von Kündigungsgründen in dieser Art und Weise und in diesem Ausmass» sei nicht zulässig. Die Beschwerdegegnerin habe «klammheimlich» während acht Monaten Gründe für eine Kündigung «gesammelt», um später gestützt auf diese angeblichen vorhandenen «Vorfälle» eine Kündigung auszusprechen. Es könne nicht sein, dass der Arbeitgeber nach erfolgter Kündigung dem Gericht diese «Vorfälle präsentiere», ohne dass sich der Arbeitnehmer jemals während laufendem Arbeitsverhältnis dazu habe äussern können.

4.3.1 Die Vorinstanz hat festgestellt, dass die Beschwerdegegnerin im Rahmen des Gerichtsverfahrens weitere Gründe – neben denen im Kündigungsschreiben genannten – vorgebracht habe, die zur Kündigung geführt haben. Darunter das Fehlverhalten des Beschwerdeführers an Silvester 2009 und die zweimalige Verwarnung wegen falschen Ausfüllens der Kontrollkarten.

Obwohl der Beschwerdeführer einige ihm gegenüber erhobene Vorwürfe bestritten habe, habe er dennoch einige anerkannt. Insgesamt sei der Beschwerdegegnerin damit der Beweis gelungen, dass das Motiv für die Kündigung in den anerkannten Pflichtverletzungen durch den Beschwerdeführer lagen; weiterer Beweismassnahmen zur Abklärung der einzelnen Vorfälle bedürfe es unter diesen Umständen nicht.

4.3.2 Die Rüge des Beschwerdeführers ist unbegründet. Das Nachschieben von Kündigungsgründen ist nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zulässig (BGE 127 III 310 E. 4a S. 314; 124 III 25 E. 3c S. 29 f.), solange es sich um Ereignisse handelt, welche sich vor dem Aussprechen der Kündigung gehandelt haben (vgl. Urteil 4A_559/2012 vom 18. März 2013 E. 5.1.2). Der Beschwerdeführer bringt nicht vor, dass es sich bei den «nachgeschobenen Kündigungsgründen» um Vorfälle handeln würde, die sich nach der Kündigung zugetragen haben. Ohnehin hat die Vorinstanz nicht festgestellt, um was für Vorfälle es sich dabei genau han-

delt und ob sich diese so ereignet haben, wie von der Beschwerdegegnerin dargestellt. Denn ausschlaggebend ist, dass das Motiv der Kündigung in den (zumindest teilweise) anerkannten Pflichtverletzungen durch den Beschwerdeführer lag.

4.4 Zusammenfassend ergibt sich, dass die Kündigung der Beschwerdegegnerin nicht aus missbräuchlichen Gründen erfolgte, weshalb dem Beschwerdeführer kein Entschädigungsanspruch zusteht.

Bundesgericht, Urteil vom 3. Juli 2013, Doss.-Nr. 8C_821/2012 (Bestätigung des Entscheids des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt vom 29. Juni 2012)

Eine abgeurteilte Sache liegt vor, wenn der streitige Anspruch mit einem schon rechtskräftig beurteilten identisch ist. Dies trifft zu, falls der Anspruch dem Gericht aus demselben Rechtsgrund und gestützt auf denselben Sachverhalt erneut zur Beurteilung unterbreitet wird und sich wieder die gleichen Parteien gegenüberstehen. Für das Bundesgericht steht gestützt auf die Begründung im rechtskräftigen Entscheid fest, dass anstelle einer Weiterbeschäftigung eine Entschädigung zugesprochen und das Arbeitsverhältnis beendet wurde. Auf das Begehren einer Weiterbeschäftigung ist folglich nicht einzutreten (E. 3.1 und 3.3).

Sachverhalt:

M., geboren 1964, war seit 1. Mai 2002 als Gemeindeverwalter in der Gemeinde X. angestellt. Mit Verfügung vom 5. Dezember 2005 löste der Gemeinderat das Arbeitsverhältnis fristlos auf. Nach Überweisung an das Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt als Verwaltungsgericht (nachfolgend: Appellationsgericht) des dagegen erhobenen Rekurses an den Regierungsrat hiess das Appellationsgericht den Rekurs teilweise gut, hob die Verfügung vom 5. Dezember 2005 auf und verurteilte die Gemeinde X. zur Zahlung von neun Monatsgehältern an M. (Entscheid vom 6. September 2006).

Mit Schreiben vom 4. Juli 2009 gelangte M. an den Gemeinderat, um weitere Ansprüche aus dem Arbeitsvertrag geltend zu machen. Nachdem sich die Gemeinde X. geweigert hatte, eine beschwerdeweise anfechtbare Verfügung zu erlassen, erhob M. eine Rechtsverweigerungsbeschwerde beim Regierungsrat, welcher mit Präsidialbeschluss vom 13. Januar 2010 darauf nicht eintrat. Den hiegegen erhobenen Rekurs hiess das Appellationsgericht teilweise gut, soweit es darauf eintrat, und wies die Gemeinde an, eine begründete Verfügung zu erlassen (Entscheid vom 22. September 2010). Mit Verfügung vom 26. April 2011 lehnte die Gemeinde X. sämtliche, mit Eingabe vom 4. Juli 2009 erhobenen Forderungen aus dem Ar-

beitsverhältnis vom 1. Mai 2002 bis 5. Dezember 2005 ab. Den hiegegen erhobenen Rekurs an den Regierungsrat wurde an das Appellationsgericht überwiesen, welches mit Entscheid vom 29. Juni 2012 den Rekurs abwies. Mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten lässt M. Folgendes beantragen: «1. Das urteilende Gericht habe die vorliegende Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten als reformatorisches Rechtsmittel entgegen zu nehmen, und es habe die Beschwerdegegnerin anzuweisen, dem Beschwerdeführer gemäss § 39 Abs. 2 des baselstädtischen Personalgesetzes (PG, SG 162.100) unter Wahrung des verfassungsmässigen Gehörsanspruch gemäss Art. 29 Abs. 2 BV die bisherige Stelle oder ein neues, der Ausbildung und den Fähigkeiten entsprechendes Aufgabengebiet am bisherigen oder an einem anderen Arbeitsort anzubieten und den Beschwerdeführer rückwirkend auf den 5. Dezember 2005 wiederum bei der Pensionskasse Basel-Stadt zu versichern. 2. Es sei mit Bezug zu den Leistungen der Pensionskasse Basel-Stadt eine Verletzung des Rechtsverweigerungsverbots gemäss Art. 9 BV und Art. 29 Abs. 1 BV festzustellen. 3. Eventuell: Das urteilende Gericht habe die vorliegende Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten als kassatorisches Rechtsmittel entgegen zu nehmen, und es sei das Urteil des Appellationsgerichts Basel-Stadt vom 6.9.2006 teilweise aufzuheben, das Urteil des Appellationsgerichts Basel-Stadt vom 29.6.2012 vollständig aufzuheben sowie die Sache an die Vorinstanzen bzw. an die Beschwerdegegnerin zur Neubeurteilung zurückzuweisen. Dabei sei im Rahmen der konkreten Normenkontrolle festzustellen, dass § 4 in Verbindung mit 39 Abs. 3 PG Bundesrecht verletze. (…)» Die Gemeinde X. und das Appellationsgericht schliessen auf Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten ist.

Aus den Erwägungen:

3.

Die Beschwerdegegnerin wiederholt mit Vernehmlassung vom 21. Januar 2013 wie bereits in ihrer Verfügung vom 26. April 2011 mehrfach zum Ausdruck gebracht, dass das Appellationsgericht mit unangefochten gebliebenem Entscheid vom 6. September 2006 über die bei unbegründeter fristloser Auflösung des Arbeitsverhältnisses aus § 39 des Personalgesetzes vom 17. November 1999 des Kantons Basel-Stadt (PG/BS) ableitbaren Ansprüche bereits rechtskräftig entschieden habe.

3.1 Im Urteil 1P.136/1997 vom 8. Januar 1998 E. 3a liess das Bundesgericht offen, ob der Grundsatz *ne bis in idem* des materiellen eidgenössischen Strafrechts (BGE 116 IV 262 E. 3a S. 264 mit Hinweisen) mit verfassungsrechtlichem Rang (BGE 118 IV 269 E. 2 S. 271 mit Hinweis) auch im Verwaltungsrecht zum Tragen komme. Sinngemäss beruft sich die Beschwerdegegnerin mit ihrem Vorbringen jedoch auch auf das im Verwaltungsrecht unumstrittene Prinzip der materiellen Rechtskraft, wonach ein neues ordentliches Verfahren über einen bestimmten, formell rechtskräftig

beurteilten Streitgegenstand nicht mehr zulässig ist, sofern das frühere Urteil nicht mit einem ausserordentlichen Rechtsmittel beseitigt wird (Urteil 1P.136/1997 vom 8. Januar 1998 E. 3a mit Hinweisen). Denn nach Lehre und Rechtsprechung sind Rechtsmittelentscheide unabhängig davon, ob sie von Verwaltungsjustizbehörden oder von Gerichten ausgehen, unter Vorbehalt des Vorliegens von Revisionsgründen prinzipiell unabänderlich (Urteil 1P.136/1997 vom 8. Januar 1998 E. 3c mit Hinweisen; vgl. auch ALFRED KÖLZ/JÜRG BOSSHART/MARTIN RÖHL, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2. Aufl. 1999, N. 2 f. zu § 66; URS PETER CAVELTI/THOMAS VÖGELI, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kannton St. Gallen: dargestellt an den Verfahren vor dem Verwaltungsgericht, 2. Aufl. 2003, N. 1085 u. 1088). Eine abgeurteilte Sache liegt vor, wenn der streitige Anspruch mit einem schon rechtskräftig beurteilten identisch ist. Dies trifft zu, falls der Anspruch dem Gericht aus demselben Rechtsgrund und gestützt auf denselben Sachverhalt erneut zur Beurteilung unterbreitet wird und sich wieder die gleichen Parteien gegenüberstehen (Urteil 4C.204/1995 vom 22. Februar 1996 E. 3b, BGE 119 II 89 E. 2a S. 90 mit Hinweisen; 116 II 738 E. 2a S. 743).

3.2 Die materielle Rechtskraft eines früheren Urteils bedeutet grundsätzlich nur eine Bindung an das Dispositiv. Allerdings können zur Feststellung der Tragweite des Dispositivs weitere Umstände, namentlich die Begründung des Urteils, herangezogen werden (BGE 116 II 738 E. 2a S. 743 mit Hinweisen; 115 II 187 E. 3b S. 191; 101 II 375 E. 1 S. 378).

3.3 Mit in Rechtskraft erwachsenem Sachentscheid vom 6. September 2006 entschied das Appellationsgericht, dass der Beschwerdeführer wegen seiner ungerechtfertigten fristlosen Entlassung vom 5. Dezember 2005 gestützt auf § 39 PG/BS Anspruch auf 9 Monatsgehälter habe, der Rekurs jedoch im Übrigen abgewiesen werde, soweit darauf einzutreten sei.

Daran ist das Bundesgericht gebunden. Das in diesem Zusammenhang gestellte kassatorische Rechtsbegehren ist unzulässig (BGE 136 V 131 E. 1.2 S. 135), weshalb darauf nicht einzutreten ist. Somit steht für das Bundesgericht gestützt auf die Begründung im rechtskräftigen Entscheid vom 6. September 2006 fest, dass an Stelle einer Weiterbeschäftigung eine Entschädigung ausgesprochen wurde und dass das Arbeitsverhältnis auf den 5. Dezember 2005 beendet wurde. Auf das Begehren einer Weiterbeschäftigung ist folglich nicht einzutreten. Das Gleiche gilt für die Forderungen betreffend Zahlungen aus der Pensionskasse ab Beendigung des Arbeitsverhältnisses sowie auf Lohnzahlungen und Ferienentschädigung vom 6. Dezember 2005 bis 11. Oktober 2006, weshalb hierauf ebenfalls nicht einzutreten ist.

4.

4.1 Mit Entscheid vom 29. Juni 2012 schlussfolgerte das Appellationsgericht, dass § 39 Abs. 3 PG/BS die finanziellen Folgen einer unbegründeten fristlosen Entlassung abschliessend regle, weshalb keine An-

sprüche auf Ersatz von Verdienstausfall nach Art. 337c Abs. 1 OR geschuldet seien. Die weiteren Forderungen lehnte es ebenfalls ab.

4.2 Gemäss Art. 337c Abs. 1 OR hat der Arbeitnehmer Anspruch auf Ersatz dessen, was er bis zur ordentlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses verdient hätte, was der Beschwerdeführer in diesem Verfahren geltend macht. Neben diesem Lohnersatzanspruch hat der Arbeitnehmer wegen der Rechtswidrigkeit der Kündigung durch den Arbeitgeber einen Anspruch auf Geldstrafe im Sinne von Art. 337c Abs. 3 OR. Diese Geldstrafe soll den Arbeitgeber vor unberechtigten fristlosen Entlassungen abschrecken (FRANK VISCHER, Der Arbeitsvertrag, in: Schweizerisches Privatrecht, Bd. VII/4, 3. Aufl. 2005, S. 262; vgl. auch WOLFGANG PORTMANN, Basler Kommentar, 4. Aufl. 2007, N. 5 zu Art. 337c OR). Mit Entscheid vom 6. September 2006 (E. 4.2) wandte das Appellationsgericht primär § 39 PG/BS an und stellte dabei fest, dass im PG/BS keine Regeln für die Festlegung einer Entschädigung enthalten seien, weshalb in Analogie Art. 337c Abs. 3 OR heranzuziehen sei. Die Frage, ob sich die materielle Rechtskraft des Entscheids des Appellationsgerichts vom 6. September 2006 der damals eingeklagten Entschädigung auch auf Art. 337c Abs. 1 und Abs. 2 OR erstreckt, kann jedoch offen bleiben. Da keine Identität zwischen dem Lohnersatz- und dem Entschädigungsanspruch besteht, hat die Vorinstanz zu Recht überprüft, inwiefern das OR grundsätzlich Anwendung findet, und dabei – ohne Bundesrecht zu verletzen – zutreffend erkannt, dass § 39 Abs. 3 PG/BS eine abschliessende Regelung vorsieht, weshalb Art. 337c OR nicht zur Anwendung gelangt. Die Vorinstanz hat sich somit mit dem anwendbaren Recht auseinandergesetzt.

4.3 Der Beschwerdeführer stellt betreffend der Anwendung des OR seine eigene Interpretation des kantonalen Rechts jener der Vorinstanz gegenüber. Inwiefern Letztere krass falsch und damit willkürlich sein soll, legt er nicht klar dar, zumal der Beschwerdeführer in seinen Ausführungen immer wieder davon ausgeht, dass das Arbeitsverhältnis nicht auf den 5. Dezember 2005 beendet wurde. Diese Frage wurde jedoch rechtskräftig mit Entscheid vom 6. September 2006 entschieden (vgl. E. 3 hievor), weshalb auch die Vorinstanz zu Recht von keiner anderen Prämisse ausging. Gleiches gilt bezüglich der Rüge, ihm sei keine Weiterbeschäftigung angeboten worden, dabei ist ihm zusätzlich seine Beschwerdebegründung vom 4. Januar 2006 (S. 23 Ziff. 19.2) entgegenzuhalten, worin er ausdrücklich eine Weiterbeschäftigung ausschloss. Im Übrigen lassen sich § 4 in Verbindung mit § 39 PG/BS ohne weiteres im Sinne der Vorinstanz interpretieren. Sodann kann es nicht als unhaltbar bezeichnet werden, wenn gemäss kantonalem Gericht mit § 39 Abs. 3 PG/BS sämtliche Entschädigungen wegen unbegründeter fristloser Kündigung abgegolten wurden, zumal eine entsprechende Entschädigung bis zu zwei Jahresgehältern betragen kann. Betreffend der Höhe der Entschädigung ist auf Erwägung Ziff. 3 hievor zu verweisen, weshalb das Bundesgericht an die festgelegte Höhe gebunden ist. Der Standpunkt des kantonalen Gerichts, wonach § 39

PG/BS ohne Ausdehnung auf Art. 337c Abs. 1 und Abs. 2 OR anzuwenden ist, verletzt demnach weder das Willkürverbot noch anderes Bundesrecht.

Bundesgericht, Urteil vom 7. Juli 2013, Doss.-Nr. 2C_912/2012 (Bestätigung des Urteils des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt vom 25. Juni 2012), in: BGE 139 I 242

Art. 49 BV; Art. 8 BV; Art. 4 des Bundesgesetzes zum Schutz vor Passivrauchen (PaRG); § 34 des Gesetzes des Kantons Basel-Stadt vom 15. September 2004 über das Gastgewerbe (GGG/BS); § 16 der Verordnung des Kantons Basel-Stadt vom 12. Juli 2005 zum Gastgewerbegesetz (VGGG/BS). Frage der Zulässigkeit eines kantonalen Verbots von bedienten Raucherräumen; Verein «Fümoar».
Bundesrechtliche Minimalregelung zum Schutz vor Passivrauchen (Art. 1-3 PaRG; E. 2.1). Art. 4 PaRG sieht vor, dass die Kantone strengere Vorschriften «zum Schutz der Gesundheit» erlassen können. § 34 GGG/BS statuiert ein Bedienungsverbot in abgetrennten Raucherräumen und geht damit über die bundesrechtliche Minimalregelung hinaus (E. 2.2 und 2.3). § 34 GGG/ BS wurde von der Vorinstanz weder willkürlich ausgelegt noch verstösst die kantonale Regelung gegen die bundesstaatliche Kompetenzordnung (Art. 49 BV; E. 3). Die Lokalität der Beschwerdeführerin ist öffentlich zugänglich im Sinne von § 16 VGGG/BS; sie kann sich nicht wirksam von den kantonalen und bundesrechtlichen Vorgaben der Passivrauchschutzgesetzgebung befreien (E. 4). § 34 GGG/BS verstösst nicht gegen Art. 8 Abs. 1 und 2 BV (E. 5). Die hohe Mitgliederzahl des Vereins «Fümoar» oder die Tatsache, dass ein Teil der Bevölkerung mit der Gesetzgebung zum Schutz vor Passivrauchen nicht einverstanden ist, kann die Gerichte nicht davon entbinden, das Gesetz anzuwenden. Zusammenfassung (E. 6 und 7).

Art. 49 Cst.; art. 8 Cst.; art. 4 de la loi fédérale sur la protection contre le tabagisme passif (LPTP); § 34 de la loi du canton de Bâle-Ville en matière d'hôtellerie et de restauration du 15 septembre 2004 (LHR/ BS); § 16 de l'ordonnance de la loi du canton de Bâle-Ville en matière d'hôtellerie et de restauration du 12 juillet 2005 (OHR/BS). Admissibilité d'une interdiction cantonale d'espaces fumeurs dans lesquels il y a un service; association «Fümoar».
Règles minimales de droit fédéral sur la protection contre le tabagisme passif (art. 1-3 LPTP; consid. 2.1). L'art. 4 LPTP prévoit que les cantons peuvent édicter des dispositions plus strictes «pour la protection de la santé». Le § 34 LHR/BS prescrit une interdiction de service dans les espaces fumeurs séparés et va en cela au-delà des règles minimales du droit fédéral (consid. 2.2 et 2.3). Le § 34 LHR/BS n'a pas été appli-

qué de manière arbitraire par l'instance précédente et la législation cantonale ne viole pas la primauté du droit fédéral (art. 49 Cst.; consid. 3). Le local de la recourante est accessible au public au sens du § 16 OHR/BS; il ne peut valablement échapper aux dispositions cantonales et fédérales en matière de protection contre le tabagisme passif (consid. 4). Le § 34 LHR/BS ne viole pas l'art. 8 al. 1 et 2 Cst. (consid. 5). Le nombre élevé de membres de l'association «Fümoar» ou le fait qu'une partie de la population n'est pas d'accord avec la législation sur la protection contre le tabagisme passif ne dispense pas les tribunaux d'appliquer la loi. Résumé (consid. 6 et 7).

Sachverhalt:

A.

Am 1. April 2010 ist § 34 des basel-städtischen Gastgewerbegesetzes vom 15. September 2004 in Kraft getreten, wonach das Rauchen in öffentlich zugänglichen Räumen verboten ist, mit Ausnahme von sog. Fumoirs, d.h. abgetrennten, unbedienten und mit einer eigenen Lüftung versehenen Räumen. Bereits zuvor, am 22. Januar 2010, war in Basel der Verein «Fümoar» gegründet worden, welcher sich «die Milderung der wirtschaftlichen Folgen des teilweisen Rauchverbots in Basler Restaurants» (Art. 1 der Statuten des Vereins «Fümoar») 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 Wirtemitglieder des Vereins «Fümoar» ausrichten (vgl. Art. 8 der Statuten des Vereins «Fümoar»). Auf eidgenössischer Ebene steht seit dem 1. Mai 2010 das Bundesgesetz zum Schutz vor Passivrauchen in Kraft. Auch dieses Gesetz verbietet grundsätzlich das Rauchen in geschlossenen Räumen, die öffentlich zugänglich sind oder mehreren Personen als Arbeitsplatz dienen. Unter bestimmten, im PaRG definierten Voraussetzungen ist jedoch sowohl die Errichtung von abgetrennten Raucherräumen in Restaurationsstätten als auch der Betrieb von reinen Raucherlokalen zulässig.

B.

Das Restaurant Y., betrieben von der X. AG, ist dem Verein «Fümoar» als Wirtemitglied angeschlossen. Eine Abklärung des Arbeitsinspektorats des Amtes für Wirtschaft und Arbeit des Kantons Basel-Stadt (AWA) hat ergeben, dass im Restaurant Y. das Rauchen toleriert wird und jeweils gleichzeitig mit rauchenden Gästen mehrere Angestellte im Betrieb tätig sind.

C.

Mit Verfügung vom 7. Juli 2010 stellte das Arbeitsinspektorat fest, es verletze das Bundesgesetz über das Passivrauchen und § 34 des baselstädtischen Gastgewerbegesetzes, wenn im Lokal des Restaurants Y. das Rauchen toleriert werde. Um den rechtmässigen Zustand wiederherzustellen, wurde der Betreiberin eine Frist bis zum 30. November 2010 gewährt, das Rauchen in ihren Lokalitäten zu verbieten; wenn dies nicht durchgesetzt werde, würden die verantwortlichen Personen verzeigt. Ein von der Geschäftsführung der X. AG gegen diese Verfügung erhobener Rekurs an das Departement für Wirtschaft, Soziales und Umwelt (WSU) blieb erfolglos (Entscheid vom 30. Juni 2011). Eine gegen den Rekursentscheid erhobene Eingabe an den Regierungsrat wurde dem Verwaltungsgericht zum Entscheid übergeben. Mit Urteil vom 25. Juni 2012 wies dieses die Beschwerde ab.

D.

Mit Eingabe vom 14. September 2012 beantragt die X. AG (Beschwerdeführerin), es sei der Entscheid des Appellationsgerichts Basel-Stadt als Verwaltungsgericht vom 25. Juni 2012 aufzuheben. (…)

Das Bundesgericht weist die Beschwerde ab.

Aus den Erwägungen:

2.

2.1 Das Bundesgesetz vom 3. Oktober 2008 zum Schutz vor Passivrauchen (SR 818.31; nachfolgend: PaRG) regelt den Schutz vor Passivrauchen in geschlossenen Räumen, die öffentlich zugänglich sind oder mehreren Personen als Arbeitsplatz dienen (Art. 1 Abs. 1 PaRG). Zu den öffentlich zugänglichen Räumen zählen unter anderem Restaurations- und Hotelbetriebe unabhängig von kantonalen Bewilligungserfordernissen (Art. 1 Abs. 2 lit. h PaRG). Rauchen ist in den Räumen untersagt, die unter den Geltungsbereich von Artikel 1 Absatz 1 und 2 fallen (Art. 2 Abs. 1 PaRG). Der Betreiber oder die Betreiberin oder die für die Hausordnung verantwortliche Person kann in besonderen Räumen, in denen keine Arbeitnehmerinnen oder Arbeitnehmer beschäftigt werden, das Rauchen gestatten, sofern sie abgetrennt, besonders gekennzeichnet und mit ausreichender Belüftung versehen sind (Raucherräume). Ausnahmsweise dürfen in Raucherräumen von Restaurations- und Hotelbetrieben Arbeitnehmerinnen oder Arbeitnehmer mit deren ausdrücklicher Zustimmung beschäftigt werden. Das Einverständnis hat im Rahmen des Arbeitsvertrages zu erfolgen (Art. 2 Abs. 2 PaRG). Gemäss Art. 3 PaRG («Raucherbetriebe») werden Restaurationsbetriebe auf Gesuch hin als Raucherlokale bewilligt, wenn der Betrieb (a.) eine dem Publikum zugängliche Gesamtfläche von höchstens 80 Quadratmetern hat; (b.) gut belüftet und nach aussen leicht erkennbar als Raucherlokal bezeichnet ist; und (c.) nur Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer beschäftigt, die einer Tätigkeit im Raucherlokal im Arbeitsvertrag zuge-

stimmt haben. Nach Art. 4 PaRG können die Kantone strengere Vorschriften zum Schutz der Gesundheit erlassen (vgl. Urteile 6B_75/ 2012 vom 26. Oktober 2012 E. 2.1; 2C_345/2012 vom 27. September 2012 E. 3.3).

2.2 Gemäss § 34 des basel-städtischen Gesetzes vom 15. September 2004 über das Gastgewerbe (SG 563.100; nachfolgend: GGG/BS) ist das Rauchen in öffentlich zugänglichen Räumen von Gastgewerbebetrieben verboten. Ausgenommen sind einzig «zum Zweck des Rauchens eigens abgetrennte, unbediente und mit eigener Lüftung versehene Räume (Fumoirs)». In Konkretisierung dieser Bestimmung hält § 16 der Verordnung vom 12. Juli 2005 zum Gastgewerbegesetz (SG 563.110; nachfolgend: VGGG/ BS) fest, dass als öffentlich zugänglich jeder Raum gilt, der von jeder Person betreten werden darf, insbesondere zum Zweck des entgeltlichen Erwerbs von Speisen und Getränken zum Konsum an Ort und Stelle. Gemäss § 7 Abs. 1 GGG/ BS sind für die Durchsetzung des Rauchverbots primär die Bewilligungsinhaber zuständig; sie haben gemäss § 29 GGG/BS für die Aufrechterhaltung von Ruhe und Ordnung im Betrieb zu sorgen (vgl. Urteil 2C_345/2012 vom 27. September 2012 E. 2).

2.3 Die kantonale Bestimmung in § 34 GGG/BS nimmt somit nur «eigens abgetrennte, unbediente und mit eigener Lüftung versehene Räume» (d.h. Fumoirs) vom allgemeinen Rauchverbot in der Öffentlichkeit zugänglichen geschlossenen Räumen aus. Wie die Beschwerdeführerin zutreffend darlegt, stellt die kantonale Regelung damit gegenüber der bundesrechtlichen Regelung eine Verschärfung dar, und zwar in zweifacher Hinsicht: Zum einen verbietet sie im Unterschied zu Art. 3 lit. c PaRG die Bedienung in Raucherräumen: Unabhängig von einer allfälligen schriftlichen Zustimmung im Arbeitsvertrag ist die Beschäftigung von Arbeitnehmenden in Raucherräumen nicht erlaubt («unbediente Raucherräume»). Dies hat zum anderen zur Folge, dass § 34 GGG/BS im Unterschied zum PaRG keine «Raucherbetriebe» zulässt (vgl. Art. 3 PaRG; E. 2.1); auch die Errichtung von reinen Raucherlokalen ist nach der kantonalen Regelung unzulässig (vgl. hierzu auch PORTMANN/RIBBE, Vom öffentlichen Restaurationsbetrieb zum privaten Raucherklub, AJP 2012 S. 649 ff., dort 660).

2.4 Gemäss den vorinstanzlichen Feststellungen sind beim Restaurant Y. bereits die bundesrechtlichen Vorgaben nicht erfüllt: Zum einen ist fraglich, ob die Restaurationsfläche tatsächlich unter 80 m^2 liegt. Das Appellationsgericht war von einer solchen von 111,30 m^2 ausgegangen und die Beschwerdeführerin hatte eine hiergegen gerichtete Rüge möglicherweise verspätet erhoben. Zum anderen liegen keine schriftlichen Zustimmungserklärungen sämtlicher Mitarbeitenden zur Beschäftigung in einem Raucherlokal vor. Dennoch prüfte die Vorinstanz die Rechtmässigkeit von § 34 GGG/BS unter dem Blickwinkel sowohl des Bundes- als auch des Verfassungsrechts. Da derzeit vor Bundesgericht noch zahlreiche Fälle zur selben Streitfrage hängig sind, rechtfertigt es sich, die Rechtmässigkeit der kantonalen Regelungen hinsichtlich der erhobenen Verfassungsrügen (Art. 8 und 49 BV) zu prüfen.

3.

Die Beschwerdeführerin macht geltend, § 34 GGG/BS verletze die derogatorische Kraft von Bundesrecht (Art. 49 Abs. 1 BV): Der Normzweck der gegenüber der bundesrechtlichen Regelung verschärften Bestimmung bestehe nicht darin, Konsumenten vor dem Passivrauchen zu schützen, die sich freiwillig in Fumoirs aufhielten, sondern – ausschliesslich – das bedienende Personal. § 34 GGG/ BS stelle daher nicht eine Gesundheitsvorschrift für Gäste, sondern einzig eine Bestimmung zum Schutz der Arbeitnehmenden dar. Der Kanton Basel-Stadt verfüge jedoch über keine Kompetenz, eine strengere Arbeitnehmerschutzgesetzgebung als im Bund einzuführen (Art. 110 Abs. 1 lit. a BV).

3.1 Wie aus dem Ingress hervorgeht, stützt sich das Bundesgesetz zum Schutz vor Passivrauchen sowohl auf Art. 110 Abs. 1 lit. a als auch auf Art. 118 Abs. 2 lit. b der Bundesverfassung, d.h. auf den Arbeitnehmer- wie auch auf den allgemeinen Gesundheitsschutz.

Art. 118 Abs. 1 BV räumt dem Bund die Kompetenz ein, im Rahmen seiner Zuständigkeiten Massnahmen zum Schutz der Gesundheit zu erlassen. Wie schon aus dem Wortlaut hervorgeht, hat diese Bestimmung keine Kompetenz begründende Funktion; das Gesundheitswesen ist grundsätzlich Sache der Kantone. Dem Bund stehen Rechtsetzungskompetenzen zum Schutz der Gesundheit nur im Rahmen der ihm ohnehin eingeräumten Regelungsbefugnisse sowie in den in Art. 118 Abs. 2 BV abschliessend aufgezählten Bereichen zu; hierunter fällt auch «die Bekämpfung übertragbarer, stark verbreiteter oder bösartiger Krankheiten von Menschen und Tieren» (lit. b). Nur innerhalb der in Art. 118 Abs. 2 BV genannten Gebiete verfügt der Bund somit über eine umfassende Kompetenz mit nachträglich derogatorischer Wirkung (vgl. BGE 138 I 435 E. 4.3.1 S. 448; BGE 133 I 110 E. 4.2 S. 116 f.; BGE 128 I 295 E. 3d/bb S. 301 f.; Urteil 2P.278/2004 vom 4. April 2005 E. 2.3.2 mit Hinweisen; die Lehre spricht von einer «fragmentarischen Rechtsetzungskompetenz des Bundes»; vgl. HÄFELIN/HALLER/KELLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 8. Aufl. 2012, N. 1086; vgl. TOMAS POLEDNA, in: Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 2. Aufl. 2008, N. 12 ff. zu Art. 118 BV; vgl. auch JAAG/ RÜSSLI, Schutz vor Passivrauchen: verfassungsrechtliche Aspekte, AJP 2006 S. 21 ff., dort 24 f.).

Die in Art. 110 Abs. 1 lit. a BV enthaltene Regelungskompetenz zum Arbeitnehmerschutz ist umfassend und wirkt nachträglich derogatorisch. Soweit der Bund das Arbeitnehmerschutzrecht regelt und den Kantonen keine spezifischen Regelungszuständigkeiten belässt, sind die zwingenden bundesrechtlichen Vorschriften grundsätzlich abschliessend. Durch den Erlass des Arbeitsgesetzes vom 13. März 1964 (ArG; SR 822.11) und der darauf gestützten Verordnungen hat der Bund eine weitreichende Regelung für den allgemeinen Arbeitnehmerschutz geschaffen (vgl. BGE 130 I 279 E. 2.3.1 S. 284; vgl. auch BGE 136 I 29 E. 3.4.2 S. 34 f.; BGE 133 I 110 E. 4.3 S. 117; BGE 132 III 257 E. 5 S. 259 ff.; vgl. THOMAS GÄCHTER, in:

Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 2. Aufl. 2008, N. 21 zu Art. 110 BV; vgl. auch VINCENT MARTENET, L'interdiction de fumer dans les lieux publics intérieurs ou fermés, AJP 2007 S. 247 ff., dort 250).

3.2 Nach dem Grundsatz der derogatorischen Kraft des Bundesrechts (Art. 49 Abs. 1 BV) können Kantone in Sachgebieten, welche die Bundesgesetzgebung abschliessend geregelt hat, keine Rechtsetzungskompetenzen mehr wahrnehmen. Trotz grundsätzlich abschliessender bundesrechtlicher Regelung bestehen kantonale Zuständigkeiten jedoch weiter, wenn sie in der einschlägigen Bundesgesetzgebung ausdrücklich vorgesehen sind (BGE 138 I 468 E. 2.6 S. 473 f., BGE 138 I 454 E. 3.6.3 S. 463). Auch wenn sich eine Bundesregelung in einem bestimmten Sachbereich an sich als abschliessend darstellt, ist eine kantonale Lösung nicht ausgeschlossen, falls sie ein anderes Ziel verfolgt als dasjenige des Bundesrechts (BGE 138 I 410 E. 3.1 S. 414 f.; BGE 137 I 167 E. 3.4 S. 174 f.; BGE 133 I 110 E. 4.1 S. 116). Die Kantone dürfen jedoch im Rahmen der ihnen zukommenden Kompetenzen nur solche Vorschriften erlassen, die nicht gegen den Sinn und Geist des Bundesrechts verstossen und dessen Zweck nicht beeinträchtigen oder vereiteln (BGE 138 I 435 E. 3.1 S. 446, BGE 138 I 356 E. 5.4.2 S. 360 f., 331 E. 8.4.3 S. 354; BGE 137 I 31 E. 4.1 S. 41; je mit Hinweisen). Schliesslich gilt, dass die Kantone ihrer Möglichkeit zur Gesetzgebung dann vollends benommen sind, soweit Bundesrecht in einem bestimmten Bereich kantonales Recht insgesamt untersagt. In solchen Fällen sind ergänzende kantonale Bestimmungen selbst dann ausgeschlossen, wenn sie in Übereinstimmung mit dem Bundesrecht stünden (BGE 138 I 410 E. 3.1 S. 414, BGE 138 I 435 E. 3.1 S. 446; BGE 137 I 167 E. 3.4 S. 174 f.; BGE 133 I 110 E. 4.1 S. 116; Urteile 2C_727/2011 vom 19. April 2012 E. 3.3, nicht publ. in: BGE 138 II 191 ff.; 2C_333/2012 vom 5. November 2012 E. 5.1; 2C_728/2011 vom 23. Dezember 2011 E. 7.2).

Das Bundesgesetz zum Schutz vor Passivrauchen sieht ausdrücklich vor, dass die Kantone «strengere Vorschriften zum Schutz der Gesundheit» erlassen dürfen (Art. 4 PaRG). Eine Regelungskompetenz bleibt demnach auch nach Inkrafttreten das PaRG bei den Kantonen. Strittig bleibt indes die Frage, zum Schutz von wessen Gesundheit den Kantonen die Möglichkeit zum Erlass strengerer Vorschriften verbleibt.

3.3 Die Beschwerdeführerin bringt mit Blick auf den Sinn bzw. den Umfang der verbleibenden kantonalen Kompetenz vor, der «Schutz der Gesundheit» nach Art. 4 PaRG sei als Verfassungsbegriff im Sinne von Art. 118 Abs. 1 und 2 lit. b BV eng auszulegen und könne entgegen der Auffassung der Vorinstanz und auch vor dem Hintergrund der gesetzgeberischen Beratungen nur als Schutz der Gesundheit der Konsumenten verstanden, nicht aber auf den Arbeitnehmerschutz (Art. 110 Abs. 1 lit. a BV) ausgedehnt werden. Genau hierum ginge es jedoch, wenn der Kanton ein Bedienungsverbot in Raucherräumen statuiere.

3.4 Die Rügen der Beschwerdeführerin, wonach § 34 GGG/BS den Zweck der bundesrechtlichen Regelung im PaRG vereitle, vermögen nicht zu überzeugen:

3.4.1 Der Wortlaut der weit gefassten Formulierung «Schutz der Gesundheit» lässt sowohl die enge Interpretation der Beschwerdeführerin, die sich auf die Begrifflichkeit der Verfassung stützt, als auch das Begriffsverständnis der Vorinstanz zu, die auch Arbeitnehmende unter diesen Begriff fallen lässt. Man kann sich in systematischer Betrachtungsweise auf den Standpunkt stellen, Art. 4 PaRG beziehe sich auf den Ingress, damit sowohl auf den Schutz der Arbeitnehmenden im Sinne von Art. 110 BV als auch auf denjenigen der Gesundheit im Sinne von Art. 118 BV (vgl. PORTMANN/RIBBE, a.a.O., S. 659 f.; VINCENT MARTENET, La protection contre le tabagisme passif à l'épreuve du fédéralisme – Questions choisies de droit fédéral et genevois [nachfolgend: 2011], AJP 2011 S. 479 ff., dort 480), oder aber, dass Art. 4 PaRG («Schutz der Gesundheit») – e contrario – den im Ingress angerufenen Arbeitnehmerschutz wieder ausschliesse. Weder der Wortlaut des Gesetzes noch die systematische Betrachtungsweise ergeben ein klares Auslegungsergebnis.

3.4.2 Wie sich aus den Materialien ergibt, sah der ursprüngliche Entwurf der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrats (SGK-N) als Erstrat vor, dass über die bundesrechtliche Regelung hinausgehende kantonale Bestimmungen hätten derogiert werden sollen (vgl. Bericht SGK-N Nr. 04.476 vom 1. Juni 2007, BBl 2007 6185, 6200 Ziff. 4.2). Der Nationalrat folgte diesem Konzept; demgegenüber beantragte die Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Ständerats diesem erfolgreich die Aufnahme eines Vorbehalts, weiter gehende Regelungen der Kantone zuzulassen (vgl. Votum Urs Schwaller, AB 2008 S 37). Der Nationalrat folgte diesem Vorschlag im Rahmen der Differenzbereinigung (AB 2008 N 879 ff.). Dem Vorbehalt lagen Beratungen über bereits bestehende oder geplante kantonale Regelungen zugrunde, die sich auch auf Bedienungsverbote in abgetrennten Raucherräumen bezogen; die Räte hatten somit von den entsprechenden kantonalen Regelungen Kenntnis (vgl. Voten Thomas Weibel AB 2008 N 880; Jean-Charles Rielle AB 2008 N 881; vgl. auch Bericht SGK-N, a.a.O., BBl 2007 6185, 6192 Ziff. 2.5 und 6200 Ziff. 4.2; Stellungnahme des Bundesrates vom 22. August 2007, BBl 2007 6207, 6208 Ziff. 1.1 und Voten AB 2008 N 879 ff.). In den Materialien finden sich demnach wesentliche Anhaltspunkte dafür, dass kantonale Regelungen, die sich auch auf unbediente Fumoirs bezogen, weiterhin zugelassen werden sollten.

3.4.3 Die Vorinstanz hat mit Blick auf die Materialien zu § 34 GGG/BS festgestellt (kantonale Abstimmungsunterlagen), dass der Bestimmung eine doppelte Zwecksetzung zugrunde liegt, nämlich die allgemeine Eindämmung des Tabakkonsums und der Schutz vor den negativen Folgen des Passivrauchens des im Gastgewerbe tätigen Personals. Das Appellationsgericht legt § 34 GGG/BS denn auch willkürfrei als Bedienungsverbot aus,

das gleichzeitig der Verminderung der Attraktivität der Fumoirs als Orte längeren Verbleibs und damit auch dem Gesundheitsschutz der Gäste diene. Der Kanton nimmt demnach eine Kompetenz wahr, die gleichermassen den Gesundheitsschutz der Gäste als auch den Arbeitnehmerschutz umfasst. Ähnlich verhält es sich mit den Zwecken des PaRG: Wie das Bundesgericht bereits vor dessen Inkrafttreten unter Bezugnahme auf Art. 4 PaRG festgehalten hat, ist eine völlige Trennung des Schutzes von Konsumenten und Angestellten nur denkbar bei Regelungen, die sich ausschliesslich auf jeweils eine der Kategorien Arbeitnehmerschutz oder Gesundheitsschutz beziehen und wo auch faktisch, insbesondere örtlich, eine klare Abgrenzung vorliegt, wie dies etwa bei Arbeitsstellen zutreffen kann, die der Öffentlichkeit nicht zugänglich sind, oder umgekehrt bei öffentlichen Räumen, in denen keine Arbeitnehmenden tätig sind (vgl. BGE 136 I 29 E. 3.4.2 S. 34 f.; vgl. auch BGE 136 I 117 E. 4.2 S. 25 f.; BGE 133 I 110 E. 4.5 S. 117 f.). Bei Restaurationsbetrieben als Regelungsgegenstand des kantonalen Rauchverbots in öffentlich zugänglichen Räumen (Art. 34 GGG/BS) – und insbesondere beim Kleinbetrieb im vorliegenden Fall – handelt es sich nicht um Lokalitäten, in denen der Gesundheitsschutz von Konsumenten und Arbeitnehmenden vollständig abtrennbar wäre (BGE 136 I 29 E. 3.4.2 S. 34 f.; BGE 133 I 110 E. 4.5 S. 117 f.; vgl. auch KURT PÄRLI, ARV 2010 S. 254 ff., dort 257; MARTENET, 2011, a.a.O., S. 480). § 34 GGG/BS verstösst demnach nicht gegen die Zwecke des PaRG. Indem mit dem Rauchverbot in Gastronomiebetrieben zudem ein anderes, eingeständiges Ziel verfolgt wird als die im Arbeitsgesetz abschliessend geregelten Materien zum allgemeinen Arbeitnehmerschutz (vgl. Art. 1 ff. ArG), verbleibt den Kantonen eine ergänzende Rechtsetzungskompetenz, wo sich – mit Blick auf den wahrgenommenen Regelungsgegenstand – der Gesundheitsschutz der Konsumenten vor den negativen Folgen des (Passiv-)Rauchens nicht von demjenigen des Personals unterscheiden lässt (vgl. BGE 136 I 29 E. 3.4.2 S. 34 f., BGE 136 I 17 E. 4.2 S. 25 f.; BGE 133 I 110 E. 4 S. 115 ff.; vgl. PÄRLI, a.a.O., S. 257).

3.4.4 Die Regelung in § 34 GGG/BS des Kantons Basel-Stadt geht – in gleicher Weise wie der Paradigmenwechsel auf Bundesebene («von der Freiheit des Rauchens zur Freiheit des Nichtrauchens») – vom Grundsatz aus, dass geschlossene Räume, die der Öffentlichkeit zugänglich sind, rauchfrei sein sollen (vgl. für den Kanton Solothurn Urteil 2C_233/2010 vom 17. August 2010 E. 4.2.3; für den Kanton St. Gallen 2C_627/2009 vom 23. Februar 2010 E. 2.3.1). Wie das Bundesgericht für die Bundesebene bereits festgestellt hat, besteht der Zweck dieser Regelungen – über den engen Wortlaut des «Schutzes vor dem Passivrauchen» hinaus – darin, ein grundsätzliches Rauchverbot in öffentlich zugänglichen Räumen zu statuieren (vgl. Art. 1 in Verbindung mit Art. 2 Abs. 1 und Art. 3 PaRG) bzw. das Rauchen unattraktiver zu gestalten: Ein Bedienungsverbot in Raucherräumen ist geeignet, deren Attraktivität zu verringern, sodass sie von Rauchern nur kurzzeitig aufgesucht werden und nicht zu eigentlichen

Gasträumen mutieren, unter denen sich – unter sozialem Druck – auch die Kolleginnen und Kollegen von Rauchern wiederfinden. Vor diesem Hintergrund kann der Beschwerdeführerin nicht gefolgt werden, wenn sie Raucher und freiwillige Passivraucher in den ihnen zugewiesenen Raucherräumen vom Regelungsbereich des PaRG bzw. des § 34 GGG/BS ausschliessen will. Durch das Ziel der Eindämmung des Tabakkonsums bzw. des allgemeinen Gesundheitsschutzes werden diese in den Schutzzweck der entsprechenden Reglementierungen einbezogen und von dem den Kantonen überlassenen Kompetenzbereich erfasst (Art. 4 PaRG; vgl. auch BGE 136 I 29 E. 3.4.2 S. 34 f.).

3.5 Somit erweist sich das gegen die Beschwerdeführerin verfügte Rauchverbot hinsichtlich der vorgebrachten Rügen als rechtmässig: Gemäss den unbestrittenen sachverhaltlichen Feststellungen der Vorinstanz (Art. 105 Abs. 1 BGG) wird das Rauchen in den Räumlichkeiten der Beschwerdeführerin stets geduldet; gleichzeitig mit rauchenden Gästen sind mehrere Angestellte im Betrieb tätig. Wenn die Vorinstanz im Rahmen der Anwendung von § 34 GGG/BS zum Schluss kommt, das verfügte Rauchverbot sei zu schützen, stellt dies weder eine willkürliche noch eine gegen die Kompetenzordnung verstossende Auslegung der infrage stehenden kantonalen Bestimmung dar (vgl. BGE 136 I 29 E. 3.4.2 S. 34 f.; vgl. oben E. 3.2 und 3.4.3; vgl. auch PORTMANN/RIBBE, a.a.O., S. 658 ff.; PÄRLI, a.a.O., S. 256 f.; MARTENET, 2011, a.a.O., S. 480).

3.6 Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin ist auch der Vollzug der Bestimmung durch das Arbeitsinspektorat weder kompetenzwidrig noch willkürlich: Art. 6 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 des Arbeitsgesetzes verpflichtet die Arbeitgeber, zum Schutz der Gesundheit der Arbeitnehmenden alle Massnahmen zu treffen, die nach der Erfahrung notwendig, nach dem Stand der Technik anwendbar und den Verhältnissen des Betriebs angemessen sind. Der Vollzug des ArG obliegt im Kanton Basel-Stadt dem Amt für Wirtschaft und Arbeit, dem das Arbeitsinspektorat angehört (§ 1 Einführungsgesetz des Kantons Basel-Stadt vom 29. Juni 1967 zum Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel [Arbeitsgesetz; SG 812.100]). Es bestand demnach zum Zeitpunkt des verfügten Rauchverbots eine parallele Zuständigkeit sowohl des Arbeits- als auch des Bauinspektorats. Wie die Vorinstanz ausführt, ist es Sache der Exekutive, gestützt auf die Gesetzesgrundlagen funktionale Zuweisungen vorzunehmen. Eine offensichtliche Überschreitung des Kompetenzbereichs des (damals mit der Durchsetzung des Rauchverbots mitbefassten) Arbeitsinspektorats ist nicht zu erkennen.

4.

Wie die Beschwerdeführerin weiter vorbringt, finden in ihrem Betrieb nur Personen Einlass, die selbst Gästemitglieder des Vereins «Fümoar» sind und damit ausdrücklich auf den Schutz vor Passivrauchen verzichtet haben. Indem damit kein Mensch unfreiwillig dem Passivrauch anderer

ausgesetzt sei, werde dadurch weder das PaRG noch § 34 GGG/BS umgangen.

4.1 § 34 GGG/BS statuiert ein grundsätzliches Rauchverbot in Gastronomiebetrieben, welches – in gleicher Weise wie der Paradigmenwechsel auf Bundesebene und in anderen Kantonen – vom Grundsatz ausgeht, dass geschlossene Räume, die der Öffentlichkeit zugänglich sind, rauchfrei sein sollen (vgl. Art. 1 Abs. 1 PaRG; vgl. für den Kanton Solothurn Urteil 2C_233/2010 vom 17. August 2010 E. 4.2.3; für den Kanton St. Gallen 2C_627/2009 vom 23. Februar 2010 E. 2.3.1). Wie bereits festgestellt, umfasst dieser Schutzgedanke auch Raucher und freiwillige Passivraucher (oben E. 3.4.4). Verwaltungsrechtliche Regelungen sind, wie die Vorinstanz ausführt, zwingend. Der Normzweck von § 34 GGG/BS kann demnach nicht durch eine Erklärung der Betroffenen, teilweise oder ganz auf gesetzlichen Schutz verzichten zu wollen, für diese ausser Kraft gesetzt werden; dies widerspräche dem angestrebten Gesundheitsschutz (vgl. für das Bundesgesetz Urteil 6B_75/2012 vom 26. Oktober 2012 E. 3; PORTMANN/ RIBBE, a.a.O., S. 655 ff.).

4.2 Gemäss § 16 VGGG/BS gilt als öffentlich zugänglich ein Raum, der von jeder Person, insbesondere zum Zweck des entgeltlichen Erwerbs von Speisen und Getränken zum Konsum an Ort und Stelle, betreten werden darf (vgl. E. 2.2). Wenn die Vorinstanz davon ausgeht, der Betrieb der Beschwerdeführerin sei öffentlich zugänglich im Sinne von § 16 VGGG/ BS, so ist dies nicht willkürlich: Die Mitgliedschaft im Verein «Fümoar» kann problemlos erlangt werden (Entrichtung des Mitgliederbeitrags von Fr. 10.–; oben Sachverhalt A), und die Lokalitäten der Beschwerdeführerin können von allen Personen aufgesucht werden, die dem Verein angeschlossen sind. Es hat demnach entgegen ihren Ausführungen nicht nur ein bestimmter, begrenzter Kreis von Personen Zugang zu den Lokalitäten. Die Vereinsmitgliedschaft ist das Mittel zur Erreichung des in den Statuten festgehaltenen Vereinszwecks, der darin besteht, dass auch nach Inkrafttreten der kantonalen Regelung im Mai 2010 in Restaurationsbetrieben geraucht werden kann («Milderung der wirtschaftlichen Folgen des Rauchverbots in nicht eigens abgetrennten, bedienten und nicht mit eigener Lüftung versehenen Innenräumen von Gastgewerbebetrieben»). Das Bundesgericht hat bereits festgestellt, dass die öffentliche Zugänglichkeit bei Vereinen, deren Zweck in Umgehung des Gesetzes darin besteht, in Restaurationsbetrieben trotz allgemeinem Rauchverbot Tabak konsumieren zu können, nicht wirksam eingeschränkt ist (vgl. Urteil 6B_75/2012 vom 26. Oktober 2012 E. 3 für den Kanton Thurgau bzw. die bundesgesetzliche Minimalregelung im PaRG). Es gelingt der Beschwerdeführerin demnach nicht, «dasselbe Ziel» des Passivrauchschutzes durch «Zutrittsbeschränkungen der Nichtraucher» zu ihren Räumlichkeiten zu erreichen. Sie kann sich durch ihr Vorgehen nicht wirksam von den bundesrechtlichen Vorgaben bzw. § 34 GGG/BS befreien.

5.

Die Beschwerdeführerin macht geltend, § 34 GGG/BS verstosse gegen das verfassungsrechtliche Grundrecht der Rechtsgleichheit und gegen das Diskriminierungsverbot (Art. 8 Abs. 1 und 2 BV). Denn nach § 34 GGG/BS seien im Gegensatz zur bundesrechtlichen Regelung nur unbediente Raucherräume zugelassen, womit die kleineren Gastwirtschaftsbetriebe (sog. «Eckkneipen») faktisch von der Möglichkeit ausgeschlossen würden, rauchende Gäste zu bewirten. Indem die Rüge die kantonale Bestimmung in Inhalten betrifft, die über die bundesrechtliche Regelung hinausgehen (Bedienungsverbot in Raucherräumen; vgl. E. 2.2 f.), ist sie zu hören (vgl. Art. 190 BV); sie vermag indes nicht durchzudringen:

5.1 Nach Art. 8 Abs. 1 BV verletzt ein Erlass das Rechtsgleichheitsgebot, wenn er rechtliche Unterscheidungen trifft, für die kein vernünftiger Grund in den zu regelnden Verhältnissen ersichtlich ist, oder er Unterscheidungen unterlässt, die sich aufgrund der Verhältnisse aufdrängen, wenn also Gleiches nicht nach Massgabe seiner Gleichheit gleich und Ungleiches nicht nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich behandelt wird. Die ungerechtfertigte Gleich- bzw. Ungleichbehandlung muss sich auf eine wesentliche Tatsache beziehen. Die Frage, ob für eine rechtliche Unterscheidung ein vernünftiger Grund in den zu regelnden Verhältnissen besteht, kann zu verschiedenen Zeiten unterschiedlich beantwortet werden. Dem Gesetzgeber bleibt im Rahmen dieser Grundsätze ein weiter Gestaltungsspielraum (BGE 138 I 265 E. 4.1 S. 267; BGE 136 I 297 E. 6.1 S. 304, BGE 136 I 1 E. 4.1 S. 5; BGE 135 I 130 E. 6.2 S. 137 f.; BGE 131 I 1 E. 4.2 S. 6 f.; je mit Hinweisen; Urteil 2C_864/2010 vom 24. März 2011 E. 4.1).

5.2 Die Beschwerdeführerin sieht eine massgebliche Differenz zwischen ihrem Kleinbetrieb und Gaststätten mit grösseren Restaurationsflächen, die in § 34 GGG/BS jedoch unberücksichtigt geblieben sei. Es ist demnach zu prüfen, ob die Regelung hinsichtlich entscheidwesentlicher Tatsachen rechtliche Unterscheidungen unterlässt, die sich aufgrund der Verhältnisse aufdrängen würden. Diese Prüfung misst sich insbesondere am Regelungszweck der Bestimmung (vgl. BGE 136 I 1 E. 4.3 S. 7 ff.; vgl. RAINER J. SCHWEIZER, in: Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 2. Aufl. 2008, N. 22 zu Art. 8 BV). § 34 GGG/BS bezweckt, ein Rauchverbot in Gaststätten zu statuieren; die Bestimmung lässt Ausnahmebereiche zu, wo das Rauchen gestattet bleibt. Wenn der kantonale Gesetzgeber für solche Ausnahmen unbediente abtrennbare Räume vorsieht (vgl. oben E. 2.3), so ist dies eine sinnvolle, jedenfalls keine willkürliche Regelung, um den Gesundheitsschutz des Personals und der Konsumenten gegenüber der bundesrechtlichen Regelung zusätzlich zu stärken. Die (hier bloss faktische) Ungleichbehandlung beruht auf sachlichen, mit dem Regelungszweck der Norm im Einklang stehenden Motiven; auch ist es sachgegeben, dass kleinere Gaststätten ihr Angebot weniger nach verschiedenen Kundensegmenten differenzieren können, als dies grösseren Betrieben

möglich ist. Mit Blick auf den Regelungszweck und die tatsächlichen Verhältnisse drängt sich demnach keine unterschiedliche Behandlung der Lokale nach ihrer Grösse (Differenzierungsgebot) auf. Das Rechtsgleichheitsgebot (Art. 8 Abs. 1 BV) ist nicht verletzt.

5.3 Art. 8 Abs. 2 BV verbietet qualifizierte Ungleichbehandlungen einer Person allein aufgrund ihrer Zugehörigkeit zu einer bestimmten Gruppe, welche historisch oder in der gegenwärtigen sozialen Wirklichkeit tendenziell ausgegrenzt oder als minderwertig behandelt wird (BGE 138 I 265 E. 4.2 S. 267 f.; BGE 136 I 297 E. 7.1 S. 306; BGE 134 I 56 E. 5.1 S. 61 f.; BGE 129 I 217 E. 2.1 S. 223 f. mit Hinweisen auf Rechtsprechung und Doktrin; KIENER/KÄLIN, Grundrechte, 2007, S. 359 ff.). Diese Bestimmung knüpft an die natürlichen Eigenschaften des Menschen an (BGE 138 I 265 E. 4.2 S. 267 f.; BGE 136 I 297 E. 7.1 S. 306; BGE 134 I 56 E. 5.1 S. 61 f.). Als Betriebsgesellschaft eines Kleinlokals kann sich die Beschwerdeführerin nicht auf Art. 8 Abs. 2 BV berufen.

6.

Auch wenn die Beschwerdeführerin schliesslich geltend macht, dem Verein «Fümoar» gehörten mittlerweile mehr als 192 000 Mitglieder an, und er damit aufzeigen will, dass sich ein Grossteil der Bevölkerung weniger strikte Rauchverbote in Gaststätten bzw. eine Bedienung in Fumoirs wünschte, so wäre diesem Anliegen durch eine entsprechende Änderung des kantonalen Rechts (im Rahmen der bundesrechtlichen Minimalvorgaben) Rechnung zu tragen. Eine kantonale Volksinitiative im Kanton Basel-Stadt, die eine Lockerung des kantonalen Rauchverbots zugunsten der Übernahme der bundesrechtlichen Regelung zum Schutz des Passivrauchens hätte bringen sollen (kantonale Volksinitiative «Ja zum Nichtraucherschutz ohne kantonale Sonderregelung»), wurde am 27. November 2011 vom basel-städtischen Stimmvolk allerdings abgelehnt (vgl. hierzu auch Urteil 2C_345/2012 vom 27. September 2012 E. 3.3). Ohnehin vermag die Tatsache, dass ein Teil der Bevölkerung mit der Gesetzgebung zum Schutz vor dem Passivrauchen nicht einverstanden ist, das Gericht nicht davon zu entbinden, das Gesetz anzuwenden.

7.

Die angefochtene Verfügung (Rauchverbot) des Arbeitsinspektorats verstösst weder gegen die als verletzt behaupteten Verfassungsbestimmungen (Art. 8 BV, Art. 49 BV) noch erging sie unter offensichtlicher Verletzung von kantonalen Kompetenzvorschriften. Es erübrigt sich, die Sache zur Neubeurteilung an das Arbeitsinspektorat zurückzuweisen. Die Vorinstanz hat durch die Abweisung der Beschwerde kein Bundesrecht verletzt. Inwiefern die kantonale Regelung «im Übrigen auch» gegen den Gesamtarbeitsvertrag für das Gastgewerbe verstösst und in welcher Weise das Urteil 1 BvR 3262/ 07, 402/08, 906/08 des deutschen Bundesverfassungsgerichts vom 11. Juni 2008 zu berücksichtigen wäre, legt die Beschwerdeführerin nicht näher dar, sodass hierauf nicht weiter einzugehen ist (vgl. nicht publ. E. 1.3).

Tribunal fédéral, Arrêt du 10 juillet 2013, Doss.-No 4C_2/2013 (Rejet du recours en matière de droit public interjeté contre la modification du contrat-type de travail de l'agriculture du canton de Genève édictée le 18 décembre 2012 par la Chambre des relations collectives de travail du canton de Genève)

Contrat-type de travail de l'agriculture du canton de Genève.
Les contrats-types de travail édictés par les cantons sur la base des art. 359 al. 2 et 359a al. 1 CO constituent une réglementation de droit privé cantonal. Le recours en matière de droit public est directement recevable contre un tel acte lorsque, comme en l'espèce, celui-ci ne peut pas faire l'objet d'un recours cantonal (c. 1.1).
Sauf accord contraire, le contrat-type de travail s'applique directement aux rapports de travail qu'il régit (art. 360 al. 1 CO), sans égard à la question de savoir si l'employeur et le travailleur en ont eu connaissance ou non. Dans ces conditions, les exploitants agricoles genevois, qui recourent en leur nom personnel, peuvent en tant qu'employeurs être touchés par la réglementation contenue dans le contrat-type de travail de l'agriculture du canton de Genève (CCT-Agri), de sorte que la qualité pour recourir doit leur être reconnue. Comme elle a notamment pour but de sauvegarder les intérêts des agriculteurs, l'association recourante, dont la majorité des membres sont des agriculteurs établis dans le canton de Genève, est également habilitée à recourir (c. 1.3).
Art. 360 CO. Formellement, les parties au contrat de travail peuvent déroger par écrit à l'art. 5 al. 1 CCT-Agri sur la durée maximale du travail. Cependant, en tant qu'acteur du marché agricole, l'agriculteur genevois est en réalité tenu d'appliquer le contrat-type dans ses relations avec ses employés s'il veut obtenir des subventions cantonales ou engager des travailleurs étrangers. Sa situation sur le marché de l'emploi étant affectée par la réglementation de la durée du travail, il peut dès lors se prévaloir du principe de l'égalité de traitement des concurrents, déduit de la liberté économique (c. 3.2).
L'art. 359 al. 2 CO oblige les cantons à édicter, pour les travailleurs agricoles, des contrats-types qui règlent notamment la durée du travail. Le système est ainsi conçu que l'autorité cantonale compétente est considérée comme la mieux à même d'apprécier les particularités locales pour arrêter l'horaire de travail déterminant des travailleurs agricoles du canton (c. 3.2). La modification de l'art. 5 al. 1 CTT-Agri repose sur un motif objectif sérieux, à savoir la protection de la santé des travailleurs agricoles par la limitation de leur temps de travail hebdomadaire à 45 heures en moyenne annuelle et à 50 heures au maximum (c. 4.2). Les durées de travail retenues n'apparaissent pas en soi disproportionnées par rapport au but de protection de la santé des employés agricoles, qui fournissent un travail éprouvant sur le

plan physique. Par ailleurs, il est notoire que le temps consacré aux travaux agricoles varie selon les saisons. Le système adopté permet précisément de tenir compte de ce facteur en modulant l'horaire de travail selon les besoins saisonniers (c. 3.2).

Extraits des faits:

Selon l'art. 359 al. 2 CO, les cantons sont tenus d'édicter, pour les travailleurs agricoles, des contrats-types de travail, qui règlent notamment la durée du travail. Dans le canton de Genève, c'est la Chambre des relations collectives de travail (ci-après: CRCT) qui est chargée d'édicter les contrats-types de travail (art. 1 al. 1 let. c de la loi concernant la Chambre des relations collectives de travail [LCRCT; RSG J 1 15]). Le 7 mars 2000, la CRCT a édicté le contrat-type réglant les conditions de travail entre les employeurs agricoles du canton de Genève et les travailleurs agricoles (CTT-CTA), dont l'art. 12 al. 1 instituait une durée hebdomadaire du travail de 49 heures. En 2011, la CRCT s'est attelée à une refonte complète du contrat-type de travail pour les travailleurs agricoles. Entré en vigueur le 1er janvier 2012, le contrat-type de travail de l'agriculture du 13 décembre 2011 (CTT-Agri; RSG J 1 50.09) a abrogé le CTT-CTA; l'art. 5 al. 1 CTT-Agri fixait alors la durée hebdomadaire du travail à 47,5 heures en moyenne annuelle, mais au maximum à 50 heures par semaine. La CRCT a publié un projet modifiant le CTT-Agri dans la Feuille d'avis officielle de la République et Canton de Genève (FAO) du 27 novembre 2012; il était notamment prévu de modifier l'art. 5 al. 1 en faisant passer la durée hebdomadaire du travail à 45 heures en moyenne annuelle, mais au maximum à 48 heures par semaine. Conformément à l'art. 359a al. 2 CO, quiconque justifiait d'un intérêt pouvait présenter des observations par écrit à la CRCT.

AgriGenève est une association de droit privé dont le but statutaire est de représenter, sauvegarder et promouvoir les intérêts de l'agriculture, des agriculteurs et des sociétés agricoles, notamment dans les questions relatives à l'économie, à l'aménagement du territoire, à la protection de l'environnement, aux monuments, à la nature et aux sites. Dans ses observations du 4 décembre 2012 adressées à la CRCT, AgriGenève relevait que la réduction de la durée du travail projetée se traduirait par une augmentation du coût horaire de la main- d'œuvre de 5,3%, seulement une année après l'entrée en vigueur du CTT-Agri, lequel avait déjà entraîné une augmentation des salaires et réduit l'horaire de travail hebdomadaire de 49 à 47,5 heures; en outre, la modification projetée ne tenait compte ni des particularités saisonnières de l'agriculture, ni de la situation économique dramatique du secteur primaire; enfin, la modification critiquée pénaliserait sérieusement la capacité concurrentielle de l'agriculture genevoise par rapport à celle des autres cantons. 64 agriculteurs ont adressé un courrier similaire à la CRCT. A la suite de la consultation, la CRCT a maintenu la durée

hebdomadaire du travail projetée de 45 heures en moyenne annuelle, mais a fixé la durée maximale par semaine à 50 heures au lieu de 48. La modification du CTT-Agri du 18 décembre 2012 a été publiée dans la FAO du 21 décembre 2012; elle est entrée en vigueur le 1er janvier 2013. En ce qui concerne la durée du travail, elle était justifiée par les considérants suivants: «vu les horaires de travail très lourds des travailleurs de l'agriculture et de la floriculture; (…) attendu que le travail dans le secteur est physiquement exigeant et que les horaires sont lourds au point de péjorer la santé des travailleurs et qu'ils sont significativement supérieurs à la quasi-totalité des secteurs économiques; attendu que la protection de la santé des travailleurs doit primer sur toutes autres considérations».

AgriGenève, ainsi que 64 agriculteurs et entreprises agricoles du canton de Genève, interjettent un recours en matière de droit public. Ils concluent à l'annulation de la modification de l'art. 5 al. 1 CTT-Agri édictée le 18 décembre 2012. Le Syndicat interprofessionnel de travailleuses et travailleurs (SIT) et la Plateforme pour une agriculture socialement durable ont demandé à être informés du suivi de la procédure devant le Tribunal fédéral et à recevoir un double de l'acte de recours. Par ordonnance du 4 mars 2013, la Présidente de la cour de céans a inclus ces deux partenaires sociaux dans l'échange d'écritures en qualité de participants à la procédure, dès lors qu'ils avaient été consultés avant la modification du CTT faisant l'objet du recours. Les recourants ont requis que l'effet suspensif soit accordé à leur recours. Cette demande a été rejetée par ordonnance présidentielle du 2 avril 2013.

Extraits des considérants:

1.

Le Tribunal fédéral contrôle d'office et librement la recevabilité des recours qui lui sont soumis (ATF 138 I 475 consid. 1 p. 476; 138 III 46 consid. 1, 471 consid. 1 p. 475).

1.1 Les contrats-types de travail édictés par les cantons sur la base des art. 359 al. 2 et 359a al. 1 CO constituent une réglementation de droit privé cantonal (arrêt 4P.277/2003 du 2 avril 2004 consid. 3.1; arrêt 2P.354/1997 du 30 novembre 1998 consid. 1b et 2b, in SJ 1999 I p. 161; arrêt 4P.108/1 990 du 29 août 1990 consid. 1, in SJ 1993 p. 372). Le CTT-Agri est ainsi un acte normatif cantonal au sens de l'art. 82 let. b LTF. Le recours en matière de droit public est directement recevable contre un tel acte lorsque, comme en l'espèce, celui-ci ne peut pas faire l'objet d'un recours cantonal (art. 87 al. 1 LTF; art. 20 du règlement d'application de la LCRCT [RCRCT; RSG J 1 15.01]).

1.2 La modification du CTT-Agri attaquée concerne la durée du travail que les cantons sont tenus de régler pour les travailleurs agricoles en vertu de l'art. 359 al. 2 CO. Elle relève du droit du contrat de travail et ressortit donc au domaine de compétence de la Ie Cour de droit civil du Tri-

bunal fédéral, à laquelle la cause est attribuée (art. 15 al. 1 let. a LTF; art. 31 al. 2 du règlement du Tribunal fédéral du 20 novembre 2006 [RTF; RS 173.110.131]).

1.3 A qualité pour former un recours en matière de droit public quiconque est particulièrement atteint par l'acte normatif attaqué et a un intérêt digne de protection à son annulation ou à sa modification (art. 89 al. 1 let. b et c LTF). Lorsque le recours est dirigé contre un acte normatif cantonal, la qualité pour recourir appartient à toute personne dont les intérêts sont effectivement touchés par l'acte attaqué ou pourront l'être un jour; une simple atteinte virtuelle suffit, à condition qu'il existe un minimum de vraisemblance que le recourant puisse se voir appliquer les dispositions contestées. Quant à l'intérêt digne de protection, il n'est pas nécessaire qu'il soit de nature juridique, un intérêt de fait étant suffisant (ATF 137 I 77 consid. 1.4 p. 81; 136 I 17 consid. 2.1 p. 21; 135 II 243 consid. 1.2 p. 246 s. et les arrêts cités). Une association est habilitée à recourir même si elle n'est pas directement touchée par l'acte entrepris, pour autant qu'elle ait la personnalité juridique et que la défense des intérêts de ses membres figure parmi ses buts statutaires; il faut en outre que la majorité de ses membres, ou au moins un grand nombre de ceux-ci, soient directement ou virtuellement touchés par l'acte attaqué (cf. ATF 130 I 26 consid. 1.2.1 p. 30).

Sauf accord contraire, le contrat-type de travail s'applique directement aux rapports de travail qu'il régit (art. 360 al. 1 CO), sans égard à la question de savoir si l'employeur et le travailleur en ont eu connaissance ou non (arrêt précité du 2 avril 2004 consid. 3.1; arrêt précité du 30 novembre 1998 consid. 1b). Dans ces conditions, les exploitants agricoles genevois, qui recourent en leur nom personnel, peuvent en tant qu'employeurs être touchés par la réglementation contenue dans le CTT-Agri, de sorte que la qualité pour recourir doit leur être reconnue. Comme elle a notamment pour but de sauvegarder les intérêts des agriculteurs, l'association recourante, dont la majorité des membres sont des agriculteurs établis dans le canton de Genève, est également habilitée à recourir.

1.4 Au surplus, le recours a été déposé en temps utile (art. 46 al. 1 let. c et art. 101 LTF) et dans la forme prévue par la loi (art. 42 LTF). Il est en principe recevable.

1.5 Selon l'art. 95 let. a LTF, le recours en matière de droit public peut être formé pour violation du droit fédéral, lequel comprend les droits constitutionnels des citoyens. En l'espèce, les recourants soulèvent exclusivement des griefs d'ordre constitutionnel. Par exception à la règle selon laquelle il applique le droit d'office, le Tribunal fédéral n'entre en matière sur la violation d'un droit constitutionnel que si le grief a été invoqué et motivé de manière précise par la partie recourante (art. 106 al. 2 LTF; ATF 136 I 65 consid. 1.3.1 p. 68; 135 I 313 consid. 1.3 p. 316).

2.

Appelé à statuer sur un recours en matière de droit public dirigé contre un acte normatif cantonal, le Tribunal fédéral s'impose une certaine retenue; il n'annule les dispositions attaquées que si elles ne se prêtent à aucune interprétation conforme au droit invoqué ou si, en raison des circonstances, leur teneur fait craindre avec une certaine vraisemblance qu'elles soient interprétées de façon contraire au droit supérieur. Pour en juger, il faut notamment tenir compte de la portée de l'atteinte aux droits en cause et des circonstances concrètes dans lesquelles ladite norme sera appliquée (ATF 137 I 31 consid. 2 p. 39 s.; 135 II 243 consid. 2 p. 248; 135 I 233 consid. 3.2 p. 246 et les arrêts cités). Le Tribunal fédéral fait aussi preuve de retenue lorsqu'il s'agit de tenir compte de circonstances locales (ATF 135 I 233 consid. 3.2 p. 246 et les arrêts cités).

3.

Selon les recourants, la CRCT a violé l'art. 27 Cst. en édictant le nouvel art. 5 al. 1 CTT-Agri, qui réduit de deux heures et demie l'horaire de travail hebdomadaire moyen des travailleurs agricoles genevois, sans modification de salaire. La grave restriction à la liberté économique des exploitants agricoles, contenue dans cette disposition du CTT-Agri, constituerait une augmentation de salaire déguisée et ne serait ainsi pas justifiée par l'intérêt public pris sous l'angle de la protection de la santé des travailleurs. En outre, cette restriction serait disproportionnée, car elle intervient une année après une première diminution de l'horaire de travail; de plus, d'autres mesures, comme l'augmentation de la durée des pauses, auraient permis d'atteindre le but de protection de la santé des travailleurs allégué par le CRCT. Les recourants invoquent enfin l'art. 27 Cst. en liaison avec l'art. 94 Cst. La restriction incriminée créerait une distorsion de la concurrence entre les exploitants agricoles genevois et ceux des autres cantons suisses, sans qu'elle ne réponde à aucun critère objectif, ni ne résulte du système économique.

3.1 Pouvant être invoquée aussi bien par les personnes physiques que par les personnes morales, la liberté économique (art. 27 Cst.) protège toute activité économique privée, exercée à titre professionnel et tendant à la production d'un gain ou d'un revenu (ATF 137 I 167 consid. 3.1 p. 172; 135 I 130 consid. 4.2 p. 135; 128 I 19 consid. 4c/aa p. 29). Elle comprend notamment le libre choix de la profession, le libre accès à une activité économique lucrative privée et son libre exercice (art. 27 al. 2 Cst.). La garantie de la liberté contractuelle, consacrée explicitement aux art. 1 et 19 CO, fait partie intégrante de la liberté économique (ATF 137 I 167 consid. 5.2 p. 179; 131 I 333 consid. 4 p. 339). Comme tout droit fondamental, la liberté économique peut être restreinte aux conditions posées à l'art. 36 Cst.; la restriction doit être fondée sur une base légale (al. 1), justifiée par un intérêt public ou par la protection d'un droit fondamental d'autrui (al. 2) et proportionnée au but visé (al. 3). Pour répondre à cette dernière exigence, une restriction à un droit fondamental doit être apte à atteindre le but visé,

lequel ne peut pas être obtenu par une mesure moins incisive; il faut en outre qu'il existe un rapport raisonnable entre les effets de la mesure sur la situation de la personne en cause et le résultat escompté du point de vue de l'intérêt public (ATF 137 I 167 consid. 3.6 p. 175 s.).

Aux termes de l'art. 94 al. 1 Cst., la Confédération et les cantons respectent le principe de la liberté économique. De manière générale, l'État reconnaît que l'économie relève principalement de la société civile et qu'il doit lui-même respecter les éléments essentiels du mécanisme de la concurrence (AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, vol. II, 2e éd. 2006, n° 908 p. 427). Ainsi, selon le principe de l'égalité de traitement des concurrents, déduit des art. 27 et 94 Cst., sont prohibées les mesures étatiques qui ne sont pas neutres sur le plan de la concurrence entre les personnes exerçant la même activité économique. L'égalité entre concurrents n'est toutefois pas absolue et autorise un traitement différent, à condition que celui-ci repose sur une base légale, qu'il réponde à des critères objectifs, soit proportionné et résulte du système lui-même (ATF 125 I 431 consid. 4b/aa p. 435 s.; consid. 3.2 non publié de l'ATF 138 II 191).

3.2 En l'espèce, il convient de relever tout d'abord que les parties au contrat de travail peuvent déroger par écrit à l'art. 5 al. 1 CTT-Agri (art. 360 al. 1 et 2 CO; art. 2 al. 1 CTT-Agri). La disposition attaquée n'empêche dès lors pas l'exploitant agricole genevois de fixer, dans le contrat de travail, la durée du travail d'entente avec son employé. En soi, elle ne constitue pas une restriction à la liberté économique des recourants vue sous l'angle de la liberté contractuelle, qui comprend la liberté de déterminer l'objet du contrat.

Cela étant, il faut prendre en compte la situation de l'agriculteur genevois sur le marché agricole. A cet égard, la loi genevoise sur la promotion de l'agriculture du 21 octobre 2004 (LPromAgr/GE; RSG M 2 05) prévoit l'octroi de prestations dont les conditions et charges sont définies par voie réglementaire (art. 34 al. 2). Or, selon l'art. 45 al. 1 du règlement d'application de la LPromAgr/GE (RPromAgr/GE; RSG M 2 05.01), ces prestations ne peuvent être allouées qu'à des employeurs agricoles qui respectent les contrats-types en vigueur dans le canton ou les conventions collectives de travail. C'est dire que le respect du CTT-Agri par l'exploitant agricole genevois conditionne l'octroi de subventions cantonales. Par ailleurs, il est notoire qu'une large partie de la main-d'oeuvre agricole dans le canton de Genève est étrangère; l'art. 4 CTT-Agri traite du reste spécifiquement des «travailleurs étrangers». L'art. 22 de la loi fédérale sur les étrangers (LEtr; RS 142.20) prévoit qu'un étranger ne peut être admis en vue de l'exercice d'une activité lucrative en Suisse qu'aux conditions de rémunération et de travail usuelles du lieu, de la profession et de la branche; or, ces conditions sont notamment celles qui ressortent des contrats-types de travail (art. 22 al. 1 de l'ordonnance relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative [OASA; RS 142.201]). L'exploitant agricole ne peut donc engager des travailleurs étrangers que

s'il leur applique le CTT-Agri, ce que le service cantonal compétent contrôlera (cf. art. 22 al. 2 OASA; art. 6 al. 5 du règlement genevois d'application de la LEtr du 9 mars 2009 [RaLEtr/GE; RSG F 2 10.01]). En tant qu'acteur sur le marché agricole, l'agriculteur genevois se voit pratiquement tenu d'adopter le CTT-Agri, dont l'art. 5 al. 1 sur la durée du travail, dans ses relations avec ses employés. Sa situation sur le marché est affectée par la réglementation de la durée du travail et il peut dès lors se prévaloir du principe de l'égalité de traitement des concurrents, déduit de la liberté économique.

Il reste à examiner si la limitation du temps de travail contenue à l'art. 5 al. 1 CTT-Agri constitue ou non une distorsion de concurrence contraire à l'égalité de traitement. Les recourants font valoir que les durées de travail prévues dans la disposition précitée sont les plus basses de Suisse dans le domaine agricole et que le coût horaire de la main-d'oeuvre agricole dans le canton de Genève est le plus élevé du pays. Il en résulterait une inégalité de traitement flagrante entre la capacité concurrentielle de l'agriculture genevoise et celle des autres cantons, qu'aucune différence objective – même pas la protection de la santé des travailleurs – ne justifierait.

Il n'est pas contesté que la restriction incriminée repose sur une base légale suffisante. Selon les motifs exposés par la CRCT dans la FAO du 21 décembre 2012, la fixation de la durée hebdomadaire du travail à 45 heures en moyenne annuelle, mais au maximum à 50 heures par semaine, répond en outre à un but de protection de la santé des travailleurs. Il s'agit là d'une raison objective, relevant manifestement de l'intérêt public.

Qu'en est-il du principe de la proportionnalité? La CRCT a arrêté la durée hebdomadaire du travail à la fois à une moyenne annuelle (45 heures) et à un maximum par semaine (50 heures). Comparées aux durées maximales de la semaine de travail de 45 ou 50 heures fixées à l'art. 9 de la loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (LTr; RS 822.11), les durées de travail retenues dans le CTT-Agri n'apparaissent pas en soi disproportionnées par rapport au but de protection de la santé des employés agricoles, qui fournissent un travail éprouvant sur le plan physique. Par ailleurs, il est notoire que le temps consacré aux travaux agricoles varie selon les saisons. Le système adopté permet précisément de tenir compte de ce facteur en modulant l'horaire de travail selon les besoins saisonniers. Les recourants proposent comme mesure alternative d'allonger la durée des pauses dans la journée. Comme les pauses ne sont pas comprises dans la durée du travail (art. 5 al. 7 CTT-Agri), cela aurait pour conséquence que les employés agricoles resteraient encore plus longtemps sur leur lieu de travail. Or, la récupération sur place n'est pas comparable au temps que l'employé peut consacrer au repos ou à des activités récréatives en dehors du travail. Les recourants font également valoir qu'une mesure moins incisive aurait consisté à adopter un horaire de travail différencié pour la main-d'oeuvre annuelle et la main-d'oeuvre saisonnière, qui ne serait pas exposée à la même

fatigue. Cette dernière allégation est sujette à caution, dans la mesure où l'on ne peut pas nécessairement partir de l'idée que les travailleurs saisonniers bénéficieraient d'une récupération en hiver. Au demeurant, même si une solution différenciée aurait été éventuellement envisageable, cela ne signifie pas pour autant qu'un régime applicable à tous les travailleurs agricoles soit disproportionné. Il s'ensuit qu'il existe un rapport raisonnable entre le but poursuivi – la protection de la santé des travailleurs agricoles – et le moyen choisi – singulièrement la fixation d'un horaire de travail hebdomadaire de 45 heures en moyenne annuelle. L'art. 5 al. 1 CTT-Agri respecte le principe de la proportionnalité.

En dernier lieu, il convient de constater que la fixation d'horaires de travail différents selon les cantons résulte du système lui-même. En effet, l'art. 359 al. 2 CO oblige les cantons à édicter, pour les travailleurs agricoles, des contrats-types qui règlent notamment la durée du travail. Le système est ainsi conçu que l'autorité cantonale compétente est considérée comme la mieux à même d'apprécier les particularités locales pour arrêter l'horaire de travail déterminant des travailleurs agricoles du canton. C'est dès lors à juste titre que, dans ses observations, la CRCT invoque les conditions-cadres locales différentes dans le canton de Genève pour justifier l'horaire de travail adopté dans le CTT-Agri.

En conclusion, l'art. 5 al. 1 CTT-Agri ne consacre pas de violation de la liberté économique. Le grief tiré de la violation des art. 27 et 94 Cst. ne peut être que rejeté.

4.

Invoquant l'art. 5 al. 3 et l'art. 9 Cst., les recourants reprochent à la CRCT de ne pas avoir respecté les règles de la bonne foi ni le principe de l'interdiction de l'arbitraire. A leur sens, la réduction de l'horaire moyen de 47,5 heures à 45 heures, seulement une année après une première diminution du temps de travail, ne pouvait être fondée sur le même motif, à savoir la protection de la santé des travailleurs agricoles. Selon les recourants, aucun motif sérieux et objectif ne commandait cette deuxième réduction de l'horaire de travail, qui servirait en réalité à augmenter de 5,5% le salaire des travailleurs saisonniers occupés dans le canton de Genève.

4.1 Aux termes de l'art. 5 al. 3 Cst., les organes de l'État et les particuliers doivent agir conformément aux règles de la bonne foi, ce qui implique notamment qu'ils s'abstiennent d'adopter un comportement contradictoire ou abusif (consid. 3.6 non publié de l'ATF 138 II 191).

Un acte normatif viole le principe de l'interdiction de l'arbitraire (art. 9 Cst.) s'il ne repose pas sur des motifs objectifs sérieux ou s'il est dépourvu de sens et de but. Le législateur cantonal dispose d'une grande liberté dans l'élaboration des lois. Le Tribunal fédéral n'a pas à revoir l'opportunité des choix effectués dans ce cadre. Il n'annulera pas une disposition légale au motif que d'autres solutions lui paraissent envisageables, voire même préférables (ATF 136 I 241 consid. 3.1 p. 250 s. et les arrêts cités).

4.2 A supposer que l'art. 5 al. 3 Cst. s'applique à l'activité législative, on ne discerne pas en l'espèce où résiderait le comportement contradictoire imputé à la CRCT par les recourants. Lorsqu'elle a fixé la durée hebdomadaire du travail à 47,5 heures en moyenne annuelle en décembre 2011, l'autorité intimée a créé une règle de droit dont elle ne garantissait pas l'immutabilité. Le fait que la CRCT a choisi de réduire cette durée à 45 heures une année plus tard, après consultation des milieux intéressés, est peut-être inattendu, mais n'a en tout cas rien de contradictoire puisque cette mesure va dans le même sens que la précédente modification, soit une réduction du temps de travail. Pour autant que recevable, le grief tiré d'une violation de l'art. 5 al. 3 Cst. est mal fondé.

Par ailleurs, l'art. 5 al. 1 CTT-Agri édicté le 18 décembre 2012 repose sur un motif objectif sérieux, à savoir la protection de la santé des travailleurs agricoles par la limitation de leur temps de travail hebdomadaire à 45 heures en moyenne annuelle et à 50 heures au maximum, horaires qui, comme déjà relevé, ne peuvent être qualifiés de déraisonnables. Certes, la hausse du salaire horaire et la possibilité d'une augmentation des heures supplémentaires payées plus cher (cf. art. 6 al. 1 à 3 CTT-Agri) sont des conséquences de la modification critiquée, mais rien ne permet d'affirmer, comme le font les recourants, que l'adoption du nouvel art. 5 al. 1 CTT-Agri n'avait d'autre but que d'augmenter le salaire des travailleurs agricoles, en particulier saisonniers. La CRCT n'a pas versé dans l'arbitraire en édictant la disposition attaquée et le moyen fondé sur la violation de l'art. 9 Cst. doit être écarté.

Bundesgericht, Urteil vom 29. Juli 2013, Doss.-Nr. 4A_216/2013 (Bestätigung des Urteils des Kantonsgerichts St. Gallen vom 26. Februar 2013)

Eine Gratifikation darf, um den Charakter einer untergeordneten, akzessorischen Sondervergütung zu wahren, neben dem Lohn nur eine zweitrangige Bedeutung haben. Die entsprechende Grenze kann nicht einfach in einer festen Verhältniszahl zwischen dem vereinbarten Lohn und der freiwilligen Gratifikation liegen. Vielmehr sind die Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen. So hat bei einem niedrigen Einkommen ein kleiner Einkommensunterschied mehr Bedeutung als bei einem hohen Einkommen. Entsprechend kann bei einem hohen Einkommen der als Gratifikation ausgerichtete Teil der Leistung prozentual zum Lohn grösser sein als bei einem niedrigen Einkommen. Erreicht der eigentliche Lohn ein Mass, das die wirtschaftliche Existenz des Arbeitnehmers bei Weitem gewährleistet bzw. seine Lebenshaltungskosten erheblich übersteigt, ist die Höhe der Sondervergütung im Verhältnis zum Lohn kein Qualifikationskriterium mehr. Bei einem jährlichen Grundgehalt von Fr. 100 000 ist ein Bonus von 40% angesichts der Höhe des Grundgehalts keine untergeordnete Sondervergütung (E. 5.3).

Sachverhalt:

A. (Arbeitnehmer, Beschwerdegegner) arbeitete ab dem 1. September 2006 als Senior Consultant, ab dem 1. August 2007 als Projekt Manager und ab dem 1. Januar 2009 als Senior Projekt Manager für die X. AG (Arbeitgeberin, Beschwerdeführerin). Integrierender Bestandteil des schriftlichen Arbeitsvertrags vom 31. März 2006 war ein gleichentags von beiden Parteien unterzeichnetes «Honorarreglement». Der Arbeitsvertrag enthielt hinsichtlich der Entschädigung von A. lediglich einen Verweis auf das Honorarreglement, das seinerseits folgende Regelung beinhaltet: (1.) Einkommen: Das Einkommen setzt sich wie folgt zusammen: (1.1) Grundgehalt: Das Grundgehalt beträgt Fr. 100 000.– p.a./pro rata temporis. (1.2) Bonus: Der jährlich variable Bonus wird nach einem vom Verwaltungsrat verabschiedeten Beurteilungssystem im Rahmen der einmal jährlich stattfindenden Leistungsbeurteilung festgelegt. Er kann bei Zielerreichung bis 40% des Grundgehaltes betragen. Bei Übererfüllung der Ziele kann der Bonus erhöht werden. Die Beurteilung der Zielerreichung erfolgt auf Basis der vereinbarten Jahresziele und Assignments. Das Beurteilungssystem basiert auf folgenden Zielfeldern: Wirtschaftliches Ergebnis, Akquisition/ CG-Arbeit, Projektabwicklung/Projektqualität, Mitarbeiterführung/-entwicklung, Produktentwicklung/Innovation/PG-Arbeit sowie spezielle Assignments/Beiträge zum Ganzen. (1.3) Zielgehalt: Das jährliche Zielgehalt setzt sich aus dem Grundgehalt und dem Bonus zusammen. (2.) Zahlungs-/ Abrechnungsmodus: Das Grundgehalt des Mitarbeiters von Fr. 100 000.– p.a. ist zahlbar in 13 Raten. Die Auszahlung des Bonus erfolgt vierteljährlich in Form einer à-conto-Zahlung unter Berücksichtigung des Standes der Zielerreichung und Kundenzahlungen für die verantworteten Projekte. Die endgültige Schlussabrechnung des Bonus erfolgt einen Monat nach der jährlich stattfindenden Leistungsbeurteilung im Rahmen der Gehaltszahlung. Die Zahlungen verstehen sich brutto, davon abgezogen werden die Personal-/Sozialversicherungsbeiträge. (3.) Inkrafttreten/Bemerkungen: Dieses Reglement tritt am 1. September 2006 in Kraft. Der Verwaltungsrat ist im Sinne des Unternehmenszweckes und dessen Entwicklung und Förderung berechtigt und gehalten, das Honorarreglement jährlich anzupassen.» Für die Monate September bis Dezember 2006 wurde A. aufgrund der Leistungsbeurteilung mit dem Hinweis «Bonus bei Zielerreichung gem. Honorarreglement: Fr. 13 333.35 (brutto)» ein Bonus von brutto Fr. 14 000.– ausbezahlt. Per 1. April 2007 wurden sein Grundgehalt auf Fr. 105 000.– und der «Bonus bei Zielerreichung» auf «max. 50%» erhöht. Für das Jahr 2007 wurde A. aufgrund der Leistungsbeurteilung mit dem Hinweis «Bonus bei Zielerreichung gem. Honorarreglement: Fr. 46 687.50 (brutto)» ein Bonus von brutto Fr. 38 300.– ausbezahlt. Per 1. Januar 2008 wurde das Grundgehalt von A. auf Fr. 110 000.– erhöht; per 1. Januar 2009 erfolgte eine weitere Erhöhung des Grundgehalts auf Fr. 121 000.–. Am 26. Februar 2009 teilte die Arbeitgeberin A. mit, der Verwaltungsrat habe

am 23. Februar 2009 «nach den Richtlinien des neuen Honorierungssystems» die «Beschlüsse über die Gesamteinkommen 2008 getroffen». Danach betrage das «Gesamteinkommen» von A. Fr. 165 436.–, wobei sich dieser Betrag aus dem Grundgehalt von Fr. 110 000.– und einem Bonus von Fr. 55 436.– zusammensetze. Am 3. April 2009 beschloss der Verwaltungsrat der X. AG eine sogenannte «Einkommensgestaltung», mit der er bezweckte, «eine Leistungsgemeinschaft zu etablieren, die im Dienste des OneFirm Konzeptes steht». Darin wurden für die «Bemessung und Zuteilung der Boni» sowie deren «Ermittlung und Auszahlung» die folgenden Grundsätze festgelegt: «(4.1.) Die Bonifizierung erfolgt aus dem Jahresergebnis, aber nicht für das Jahresergebnis. (4.2.) Die Höhe der zur Bonifizierung verfügbaren Summe entscheidet der VR in freier Würdigung der Gesamtleistung des Unternehmens gemäss unserer Central Performance Controls (CPCs) und aller dafür relevanten Umstände. Bonifizierungen können auch durch nicht-geldmässige Leistungen des Unternehmens erfolgen. (4.3.) Die Gesamtbonussumme wird durch Entscheid des Verwaltungsrats funktionsgerecht aufgeteilt. Innerhalb einer Entwicklungskategorie werden zwei Drittel der jeweils verfügbaren Bonussumme im Sinne des OneFirm-Prinzips nach Funktionen verteilt. Das letzte Drittel dient der Würdigung individueller Sonderleistungen. (4.4.) In der Probezeit und in den auf die Probezeit folgenden zwölf Kalendermonaten partizipiert der Mitarbeitende nicht am Bonus-System. (4.5.) Bei Kündigung besteht für die vor der Kündigung liegenden zwölf Monate des Arbeitsverhältnisses ebenfalls kein Bonusanspruch. (4.6.) In beiden Fällen liegt eine freiwillige Bonusvergabe abhängig von der erbrachten Leistung im Ermessen des Verwaltungsrates. (5.) Die Ermittlung allfälliger Boni erfolgt durch den Verwaltungsrat nach Abnahme des Jahresabschlusses durch die Generalversammlung. Bis dahin bleibt die individuelle Bonussumme variabel und kann nicht im Voraus berechnet werden.» Zugleich arbeitete die Arbeitgeberin ein diesen Bestimmungen entsprechendes neues «Honorarreglement» aus. Dieses sollte das bisherige Honorarreglement ersetzen und sah unter dem Passus «Zur Kenntnis genommen und akzeptiert» eine Rubrik für Namen und Unterschrift des jeweiligen Arbeitnehmers vor. In diesem Honorarreglement wurde der Bonus als solcher «im Sinne von Art. 322d OR» qualifiziert und unter anderem festgehalten, ein «grundsätzlicher Anspruch auf Bonifizierung» bestehe nicht. Das neue Honorarreglement wurde A. nie zur Unterzeichnung unterbreitet. Für das Jahr 2009 richtete die Arbeitgeberin A. in den Monaten April bis September 2009 Bonus-Akontozahlungen von insgesamt Fr. 17 640.– aus. Mit Brief vom 22. Februar 2010 teilte die Arbeitgeberin A. mit, «aufgrund» seiner «ausserordentlichen Leistung» werde sein Grundgehalt per 1. Januar 2010 auf Fr. 125 000.– erhöht. Mit E-Mail vom 16. März 2010 teilte die Arbeitgeberin sodann den bonusberechtigten Mitarbeitern mit, der Verwaltungsrat habe aufgrund des schlechten Geschäftsergebnisses beschlossen, «für das Jahr 2009 keine Boni auszuschütten»; die bereits erfolgten Akontozahlungen würden je-

doch nicht zurückgefordert. Als Bonus für das Jahr 2010 wurden A. – vorerst akonto – insgesamt Fr. 19 000.– ausbezahlt, wobei es in der Folge bei diesem Betrag blieb. Am 14. September 2010 kündigte A. das Arbeitsverhältnis per 31. Dezember 2010. Nach seinem Austritt forderte er von der Arbeitgeberin für die Jahre 2009 und 2010 einen Restbonus von Fr. 42 860.– (entsprechend der Differenz zwischen Fr. 60 500.– [50% von Fr. 121 000.–] und den ausgerichteten Fr. 17 640.–) respektive Fr. 43 500.– (Differenz zwischen Fr. 62 500.– [50% von Fr. 125 000.–] und den ausgerichteten Fr. 19 000.–). Die Arbeitgeberin wies diese Forderung zurück.

Am 26. September 2011 erhob A. beim Kreisgericht St. Gallen Klage mit dem Begehren, die X. AG sei zu verpflichten, ihm Fr. 86 360.– brutto zuzüglich Zins zu bezahlen. Das Kreisgericht hiess die Klage mit Entscheid vom 7. Juni 2012 gut. Die von der X. AG dagegen erhobene Berufung wies das Kantonsgericht St. Gallen mit Entscheid vom 26. Februar 2013 ab. Die X. AG beantragt mit Beschwerde in Zivilsachen, den Entscheid des Kantonsgerichts aufzuheben und die Klage vollumfänglich abzuweisen.

Aus den Erwägungen:

3.

Der Streit drehte sich im kantonalen Verfahren in erster Linie um die Frage, nach welchen Bestimmungen der Bonusanspruch des Beschwerdegegners zu beurteilen ist.

Die Vorinstanz legte in einem ersten Schritt das Honorarreglement vom 31. März 2006 aus. Sie befand, im Ergebnis liege der Schluss nahe, dass dem Beschwerdegegner «nach dem übereinstimmenden Parteiwillen bei Zielerreichung ein Bonus von 40% des Grundgehalts (später erhöht auf 50%) zustehen sollte». Aber auch wenn kein dahingehender übereinstimmender Wille vorgelegen hätte – so die Vorinstanz weiter –, wäre dem Beschwerdegegner jedenfalls zuzugestehen, dass er die Abrede vom 31. März 2006 nach dem Vertrauensprinzip in diesem Sinne habe verstehen dürfen und die Beschwerdeführerin sie so hätte verstehen müssen. In rechtlicher Hinsicht qualifizierte die Vorinstanz den Bonus als variablen Lohnbestandteil. Ausgehend von dieser Beurteilung erwog sie, mit der im Frühjahr 2009 vom Verwaltungsrat beschlossenen «Einkommensgestaltung» und dem entsprechenden neuen Honorarreglement sei eine grundlegende Abkehr vom bisherigen Entlöhnungs- und insbesondere Bonussystem verbunden gewesen, indem der Bonus neu keinen variablen Lohnbestandteil mehr dargestellt habe, sondern primär vom Gesamt-Jahresergebnis abhängig und – als Gratifikation im Sinn von Art. 322d OR – grundsätzlich freiwillig habe sein sollen. Für eine solche Änderung – so der Schluss der Vorinstanz – sei die Zustimmung des Beschwerdegegners notwendig gewesen. Das neue Honorarreglement sei von diesem jedoch nie unterzeichnet worden, und er habe die neue Bonusregelung auch nicht konkludent akzeptiert.

Demnach gelangte die Vorinstanz zum Ergebnis, der Bonusanspruch des Beschwerdegegners für die Jahre 2009 und 2010 bestimme sich nach der Abrede vom 31. März 2006 und betrage 50% des jeweiligen Grundgehaltes, wie von der Erstinstanz korrekt berechnet.

4.

Die Beschwerdeführerin rügt im Teil «I. Formelles» der Beschwerde, die Vorinstanz habe verschiedene in der Berufung vorgebrachte Behauptungen sowie Beweismittel zu Unrecht unter Berufung auf Art. 317 Abs. 1 ZPO nicht zugelassen. Die Nichtabnahme der Beweise stelle einen Verstoss gegen Art. 8 ZGB und weiter eine Verletzung des rechtlichen Gehörs nach Art. 29 Abs. 2 BV sowie Art. 6 EMRK dar.

Ihre Erörterungen zu diversen Aspekten des Prozessstoffs lassen jedoch über weite Strecken nicht erkennen, mit welchen konkreten prozesskonform eingebrachten Behauptungen und Beweisanträgen sie in der Berufung nicht gehört worden sein will. Vielmehr wird pauschal ausgeführt, tatsächlich habe es sich (bei ihren Ausführungen) nicht um neue Behauptungen gehandelt, sondern «um Differenzierungen und Erhärtungen der bereits vor erster Instanz geltend gemachten Behauptungen», die «klarerweise im Zusammenhang mit bereits eingebrachten Vorbringen» stünden oder erst durch die (fehlerhaften) Erwägungen des erstinstanzlichen Kreisgerichts motiviert worden und somit «ohne weiteres zulässig» seien, statt dass der Vorwurf auf einzelne Behauptungen bezogen und konkret belegt würde. Es folgen einige Hinweise auf einzelne Erwägungen der Erstinstanz, wobei diese allerdings aus dem Zusammenhang gerissen werden. Deshalb ist nicht nachvollziehbar, welche entscheiderheblichen Tatsachenbehauptungen vor dem Kantonsgericht nach Auffassung der Beschwerdeführerin zu Unrecht nicht berücksichtigt worden oder unbewiesen geblieben sein sollen. Darauf kann nicht eingetreten werden. Soweit die Beschwerdeführerin einzelne konkrete Parteibehauptungen vor dem Kantonsgericht nennt, verkennt sie überdies, dass Art. 317 Abs. 1 ZPO ihr nicht die Befugnis gibt, im Berufungsverfahren die entscheiderheblichen Tatsachenfeststellungen der Erstinstanz nach Belieben mit neuen Behauptungen und Beweisanträgen richtigzustellen, zu präzisieren und zu ergänzen, konkret etwa mit Bezug auf den Zeitpunkt der Einführung des neuen Honorierungssystems. Erforderlich wäre vielmehr, dass die neuen Tatsachen und Beweismittel trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 lit. b ZPO). Dass dies vorliegend der Fall ist, tut die Beschwerdeführerin nicht dar und ist auch nicht ersichtlich.

5.

Die Beschwerdeführerin beanstandet in verschiedener Hinsicht die vorinstanzlichen Ausführungen zum Honorarreglement vom 31. März 2006.

5.1 Sie rügt die Interpretation, wonach dem Beschwerdegegner gemäss dem Honorarreglement bei Erreichung der Ziele ein grundsätzlicher

Anspruch auf einen bestimmten Bonus (in der Höhe von zunächst 40% bzw. dann 50% des Grundgehalts) zugestanden habe. Sie moniert, die Vorinstanz sei zu diesem Ergebnis gelangt, indem sie ausschliesslich auf den Wortlaut des Honorarreglements abgestellt und dabei «die vielen anderen Dokumente wie persönliche Schreiben an den Beschwerdeführer [sic], die Bekanntmachungen des Verwaltungsrates der Beschwerdeführerin betr. Bonus-Entscheide, Geschäftsergebnis, Strategie und Unternehmenszweck und nicht zuletzt das Verhalten des Beschwerdegegners während der ganzen Dauer des Arbeitsverhältnisses» völlig unberücksichtigt gelassen habe.

Damit wendet sich die Beschwerdeführerin gegen die im angefochtenen Entscheid enthaltene Feststellung eines übereinstimmenden wirklichen Parteiwillens, auf welche die Vorinstanz zu Recht in erster Linie abstellte (vgl. BGE 138 III 659 E. 4.2.1 S. 666; 137 III 145 E. 3.2.1). Bei dieser sogenannten subjektiven Vertragsauslegung handelt es sich um Beweiswürdigung, die vorbehältlich der Ausnahmen von Art. 97 und 105 BGG der bundesgerichtlichen Überprüfung entzogen ist (BGE 135 III 410 E. 3.2; 133 III 675 E. 3.3 S. 681). Die pauschalen Vorwürfe der Beschwerdeführerin werden den Anforderungen an eine Sachverhaltsrüge indessen in keiner Weise gerecht. Soweit überhaupt eine konkrete Beanstandung ausgemacht werden kann, vermag die Beschwerdeführerin damit jedenfalls keine willkürliche Beweiswürdigung aufzuzeigen (vgl. BGE 135 II 356 E. 4.2.1): Es trifft insbesondere nicht zu, dass die Vorinstanz ihre tatsächliche Feststellung bloss auf den Wortlaut des Honorarreglements abgestützt hat. Im Gegenteil gab sie zu bedenken, dass der Vertragswortlaut zwar auf den ersten Blick eher für die Auslegung der Beschwerdeführerin spreche, jene des Beschwerdegegners aber nicht ausschliesse. Ihre Feststellung, wonach eine tatsächliche Willensübereinstimmung vorlag, stützte sie dann namentlich auf die Interessenlage der Parteien und deren Verhalten nach Vertragsabschluss, so insbesondere auf die tatsächlich geleisteten Bonuszahlungen.

Da es der Beschwerdeführerin somit nicht gelingt, die subjektive Vertragsauslegung aus den Angeln zu heben, kann dahingestellt bleiben, ob die auf einer objektiven Vertragsauslegung nach dem Vertrauensprinzip beruhende Eventualbegründung der Vorinstanz Bundesrecht verletzt, wie die Beschwerdeführerin behauptet, ohne ihren Standpunkt indessen zu begründen.

5.2 Die Beschwerdeführerin kritisiert weiter die vorinstanzlichen Ausführungen zur Zielerreichung als Voraussetzung der Ausrichtung eines Bonus. Sie argumentiert, ob überhaupt ein Bonus ausgerichtet werden könne, habe immer auf dem Gesamt-Ergebnis des Unternehmens basiert. Die Vorinstanz würdige zu Unrecht einzig das Kriterium «persönliche Zielerreichung». Sie verwechsle die individuelle Zielerreichung mit dem wirtschaftlichen (Gesamt-) Ergebnis des Unternehmens.

Wenn wie hier – in Bezug auf die Voraussetzungen der Bonusausrichtung – der tatsächliche Parteiwille nicht feststeht, sind zur Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens die Erklärungen der Parteien aufgrund des

Vertrauensprinzips (Art. 2 Abs. 1 ZGB) so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten (BGE 138 III 659 E. 4.2.1 S. 666; 132 III 24 E. 4). Die Vorinstanz ging auf die Kriterien zur «Beurteilung der Zielerreichung» nach Ziffer 1.2 des Honorarreglements vom 31. März 2006 ein und schloss, der Bonus sei nach der individuellen Leistung gemäss vorgängiger Zielvereinbarung zu bemessen gewesen. Das Argument der Beschwerdeführerin, zusätzlich habe auch das Geschäftsergebnis respektive der «Deckungsbeitrag» den Bonus (mit-)bestimmt, erachtete sie demgegenüber als unzutreffend. Aus dem Sachzusammenhang ergebe sich nämlich ohne weiteres, dass mit dem wirtschaftlichen Ergebnis gemäss Ziffer 1.2 des Honorarreglements «nicht das wirtschaftliche Gesamtergebnis, sondern die individuelle Leistung aus wirtschaftlicher Sicht angesprochen» sei.

Die Beschwerdeführerin begründet ihren gegenteiligen Standpunkt nicht weiter, sondern begnügt sich mit dem Hinweis, die vorinstanzliche Interpretation sei «völlig absurd» und widerspreche «sowohl dem Wortlaut als auch dem angewendeten Bonussystem und gelebter Realität». Damit vermag sie die von der Vorinstanz vorgenommene objektive Vertragsauslegung nicht umzustossen, zumal sich diese auf den Vertragstext stützen lässt und sie überdies dem Sinn und Zweck des Vergütungssystems Rechnung trägt: So soll nach dem einleitenden Satz des Absatzes die Beurteilung der Zielerreichung «auf Basis der vereinbarten Jahresziele und Assignments» erfolgen. Es liegt in der Natur der Sache, dass individuell vereinbarte Ziele des Arbeitnehmers regelmässig auf Faktoren bezogen sind, die letzterer mit seinem Einsatz mehr oder weniger direkt beeinflussen kann, so namentlich den persönlichen Arbeitseinsatz und -erfolg. Dass dies auch vorliegend mutmasslich die Meinung der Parteien sein sollte, wird einerseits bestätigt durch den Umstand, dass der Bonus gemäss dem Honorarreglement im Rahmen der einmal jährlich stattfindenden Leistungsbeurteilung des Mitarbeiters festzulegen war, und andererseits durch die in Ziffer 1.2 neben dem wirtschaftlichen Ergebnis genannten Zielfelder, auf denen das Beurteilungssystem beruhte («Akquisition/CG-Arbeit, Projektabwicklung/Projektqualität, Mitarbeiterführung/-entwicklung, Produktentwicklung/Innovation/PG-Arbeit sowie spezielle Assignments/Beiträge zum Ganzen»), die soweit ersichtlich alle die persönliche Leistung des Mitarbeiters betreffen. Die Vorinstanz ist somit zu Recht zum Schluss gelangt, dass sich das Kriterium «wirtschaftliches Ergebnis» auf die individuelle Leistung des Mitarbeiters bezog.

5.3 Die Beschwerdeführerin moniert sodann, die Vorinstanz habe bei der Qualifikation des Bonus als Lohnbestandteil die Gesamteinkommensentwicklung des Beschwerdegegners nicht berücksichtigt. Diese habe nämlich dazu geführt, dass der Bonus zu einer untergeordneten, akzessorischen Vergütung im Sinne der Praxis zur Abgrenzung Gratifikation/Lohnbestandteil geworden sei.

Die Rüge erweist sich als unbegründet: Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung darf eine Gratifikation, um den Charakter einer Sondervergütung zu wahren, neben dem Lohn nur eine zweitrangige Bedeutung haben. Die entsprechende Grenze kann nicht einfach in einer festen Verhältniszahl zwischen dem vereinbarten Lohn und der freiwilligen Gratifikation liegen. Vielmehr sind die Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen. So hat bei einem niedrigen Einkommen ein kleiner Einkommensunterschied mehr Bedeutung als bei einem hohen Einkommen. Entsprechend kann bei einem hohen Einkommen der als Gratifikation ausgerichtete Teil der Leistung prozentual zum Lohn grösser sein als bei einem niedrigen Einkommen (BGE 139 III 155 E. 3.2; 131 III 615 E. 5.2. S. 621).

Mit dieser Rechtsprechung steht es im Einklang, wenn die Vorinstanz zur Begründung ihrer Auffassung, wonach es sich beim Bonus vorliegend um einen Lohnbestandteil und nicht um eine Gratifikation handelte, nebst anderen Elementen (so insbesondere dem Umstand, dass sich das jährliche Zielgehalt gemäss dem Honorarreglement «aus dem Grundgehalt und dem Bonus» zusammensetzt) auf das ursprünglich vereinbarte Grundgehalt von Fr. 100 000.– Bezug nahm und feststellte, dieses habe objektiv betrachtet im mittleren Lohnbereich gelegen und sei gemessen an der Funktion, den Aufgaben und der Verantwortung des Beschwerdegegners vergleichsweise bescheiden gewesen. In der Tat ist ein Bonus von 40% angesichts der Höhe des Grundgehalts keine untergeordnete Sondervergütung. Entgegen der Beschwerdeführerin vermögen daran auch die von der Vorinstanz festgestellten Erhöhungen des Grundgehalts des Beschwerdegegners nichts zu ändern, zumal auch der Bonus (auf 50%) angehoben wurde.

In diesem Zusammenhang vermag die Beschwerdeführerin sodann nichts aus dem von ihr zitierten BGE 139 III 155 für ihre Auffassung abzuleiten, gemäss dem die Höhe der Sondervergütung im Verhältnis zum Lohn kein Qualifikations-Kriterium mehr ist, wenn der eigentliche Lohn ein Mass erreicht, das die wirtschaftliche Existenz des Arbeitnehmers bei Weitem gewährleistet bzw. seine Lebenshaltungskosten erheblich übersteigt (E. 5.3). Dass letzteres bei einem Lohn in der vorliegenden Grössenordnung der Fall ist, behauptet auch die Beschwerdeführerin zu Recht nicht.

6.

Die Beschwerdeführerin wendet sich gegen die Erwägung der Vorinstanz, der Beschwerdegegner habe der im Frühjahr 2009 eingeführten neuen Bonusregelung nicht zugestimmt, weshalb sie für ihn nicht gelte.

6.1 Sie meint, Ziffer 3 des Honorarreglements, gemäss welcher der Verwaltungsrat «im Sinne des Unternehmenszweckes und dessen Entwicklung und Förderung berechtigt und gehalten» ist, «das Honorarreglement jährlich anzupassen», bedeute, dass sie die neue Bonusregelung ohne Zustimmung der Mitarbeiter habe einführen können. Denn vorliegend sei lediglich «im Rahmen der bestehenden Einkommensregelung» «eine Anpassung einzelner Komponenten innerhalb des für diese Anpassung definierten Spielraumes» vorgenommen worden.

Davon kann angesichts des eben Ausgeführten (Erwägung 5) keine Rede sein: Die Vorinstanz stellte vielmehr überzeugend fest, dass mit der vom Verwaltungsrat beschlossenen «Einkommensgestaltung» und dem entsprechenden neuen Honorarreglement eine grundlegende Abkehr vom bisherigen Entlöhnungs- und insbesondere Bonussystem verbunden gewesen sei, da der Bonus neu primär vom Gesamt-Jahresergebnis abhängig und – als Gratifikation im Sinne von Art. 322d OR – freiwillig habe sein sollen. Dies war denn offenbar auch die Auffassung der Beschwerdeführerin, die in einer an die Mitarbeiter gerichteten Mitteilung vom 13. November 2008 eine «radikal[e] Änderung» der Leistungsbeurteilung und Bonusbemessung ankündigte und ausführte: «Wir brechen damit in allen Bereichen mit unserem seit 1984 bestehenden Muster der individuellen Zielvereinbarung, die vorwiegend auf einer Zuordnung qualitativer Beiträge (Akquisitions- und Umsatzziele) zur Unternehmensgruppe basierte».

Eine derart bedeutende Änderung war vom Anpassungsvorbehalt in Ziffer 3 des Honorarreglements (welche die Überschrift «Inkrafttreten/Bemerkungen» trägt) nicht gedeckt: Nach dem vorinstanzlich in tatsächlicher Hinsicht festgestellten übereinstimmenden Parteiwillen sollte sich dieser nur auf Modifikationen innerhalb des grundsätzlich vereinbarten Entlöhnungssystems und damit in erster Linie auf das System zur Beurteilung der individuellen Leistungen beziehen. Die beschlossene Neuerung ändert das Entlöhnungssystem dagegen wie gesehen grundlegend, und die Beschwerdeführerin hatte dafür folglich die Zustimmung der einzelnen Arbeitnehmer einzuholen, wie sie es denn angesichts des Feldes für die Unterschrift auf dem neuen Honorarreglement offenbar zumindest auch in Erwägung gezogen hatte. Dies hat die Vorinstanz zutreffend erkannt.

Unbehelflich sind in diesem Zusammenhang die Ausführungen der Beschwerdeführerin, wonach das neue Entlöhnungssystem für den Beschwerdegegner entgegen der Vorinstanz insgesamt keine Lohnkürzung, sondern im Gegenteil erhebliche Erhöhungen des Grundgehaltes und damit auch der Gesamtentlöhnung bewirkt habe. Die Beschwerdeführerin verkennt, dass sie dem Beschwerdegegner nach dem Arbeitsvertrag nicht einfach eine Gesamtvergütung in bestimmter Höhe schuldete, sondern einerseits ein fixes Grundgehalt und andererseits einen nach bestimmten Kriterien festzulegenden Bonus. Für eine grundsätzliche Änderung dieser Vergütungsregelung benötigte sie die Zustimmung des Arbeitnehmers, unabhängig davon, ob dieser nach den neuen Regeln allenfalls in einem bestimmten Jahr insgesamt gleich viel oder gar mehr verdienen würde als vorher (vgl. auch Erwägung 6.3). Gegen das Argument der Beschwerdeführerin spricht überdies schon alleine der auf die neue Bonusregelung gestützte Beschluss des Verwaltungsrates, aufgrund des schlechten Geschäftsergebnisses für das Jahr 2009 keine Boni auszuschütten. Dies zeigt, dass sich die neue Regelung je nach Geschäftsgang durchaus zum Nachteil der betroffenen Arbeitnehmer auswirken konnte.

6.2 Die Beschwerdeführerin scheint sodann die Meinung der Vorinstanz rügen zu wollen, wonach der Beschwerdegegner durch das Ankli-

cken des dafür vorgesehenen Links in der E-Mail vom 16. März 2010 lediglich den Empfang der E-Mail bestätigt, nicht aber deren Inhalt (d.h. die neue Bonusregelung) akzeptiert habe. An anderer Stelle führt die Beschwerdeführerin indessen selbst aus, durch das Anklicken sei der «Erhalt» der E-Mail durch den Beschwerdegegner bestätigt worden. Diese Interpretation erscheint denn auch angezeigt. Aus dem angefochtenen Urteil ergeben sich jedenfalls keine tatsächlichen Umstände, welche die Auffassung stützen würden, wonach die Beschwerdeführerin bereits aus dem Anwählen eines Links durch den Beschwerdegegners auf dessen inhaltliches Einverständnis mit der neuen Bonusregelung schliessen durfte.

6.3 Schliesslich kritisiert die Beschwerdeführerin ausführlich die Auffassung der Vorinstanz, wonach das Verhalten des Beschwerdegegners keine stillschweigende respektive konkludente Annahme der neuen Bonusregelung bedeute.

Gemäss Art. 6 OR gilt Stillschweigen als Zustimmung zu einem Antrag, wenn wegen der besonderen Natur des Geschäftes oder nach den Umständen eine ausdrückliche Annahme nicht zu erwarten ist und der Antrag nicht binnen angemessener Frist abgelehnt wird. Die besondere Natur des Geschäfts wird im Arbeitsrecht angenommen, wenn der Antrag für den Empfänger nur vorteilhaft ist (Urteil 4C.242/2005 vom 9. November 2005 E. 4.3). Dies trifft etwa bei einer vom Arbeitgeber angebotenen Lohnkürzung nicht zu (Urteil 4A_443/2010 vom 26. November 2010 E. 10.1.4; vgl. auch BGE 124 III 67 E. 3a; Urteil 4C.244/2004 vom 25. Oktober 2004 E. 3). Dasselbe gilt im hier vorliegenden Fall einer Änderung der bisherigen Bonusregelung, die sich zu Ungunsten des Arbeitnehmers auswirken kann (vgl. Erwägung 6.1). Demnach darf insoweit nur von einer stillschweigenden Zustimmung des Arbeitnehmers ausgegangen werden, wenn besondere Umstände vorliegen, unter denen der Arbeitnehmer nach Treu und Glauben gehalten ist, eine mögliche Ablehnung ausdrücklich zu erklären (BGE 109 II 327 E. 2b; Urteil 4A_443/2010 vom 26. November 2010 E. 10.1.4). Das Vorliegen solcher Umstände hat der Arbeitgeber zu beweisen (Urteil 4C.242/2005 vom 9. November 2005 E. 4.3).

Die Vorinstanz prüfte die Frage nach einer konkludenten Zustimmung des Beschwerdegegners einlässlich unter Berücksichtigung der gegebenen Umstände: Sie zog entgegen der Behauptung in der Beschwerde durchaus in Betracht, dass die Beschwerdeführerin die Mitarbeiter – und auch den Beschwerdegegner – mehrmals über die neue Bonusregelung informiert hatte. Indessen erwog sie, der Beschwerdegegner habe aus einer Kommunikation betreffend die neue Einkommensgestaltung vom 3. April 2009 sowie aus dem Hinweis auf die neue «Honorierungspolicy» in einem ihm kurz darauf zugestellten Brief vom 16. April 2009 betreffend eine Akonto-Bonusauszahlung nicht darauf schliessen müssen, die neue Regelung sei auf ihn unmittelbar anwendbar; denn er habe ja mit der Beschwerdeführerin vertraglich eine andere Regelung getroffen und daher davon ausgehen dürfen, es habe noch eine entsprechende Änderung des Arbeits-

vertrags zu erfolgen. Folgerichtig prüfte die Vorinstanz, ob der Beschwerdegegner die neue Regelung allenfalls dadurch akzeptiert haben könnte, dass er gegen den für das Jahr 2009 ausgerichteten Bonus (vorerst) keine Einwendungen erhoben hat. Auch dies verneinte die Vorinstanz jedoch: Sie befand, dem Beschwerdegegner seien für das Jahr 2009 von April bis September akonto monatliche Bonusraten von je Fr. 2940.– (insgesamt Fr. 17 640.–) ausbezahlt worden. Nachdem die E-Mail vom 16. März 2010 soweit ersichtlich keine persönliche, sondern bloss eine generelle Mitteilung an alle grundsätzlich bonusberechtigten Mitarbeiter gewesen sei, der Beschwerdegegner bis dahin aber stets persönlich über den ihm zustehenden Bonus informiert worden sei, habe er nicht davon ausgehen müssen, die neue Regelung gelte auch ihm gegenüber und es bleibe für das Jahr 2009 bei einem Bonus von Fr. 17 640.–. Eine konkludente Annahme – so die Vorinstanz weiter – könnte erst bei erneutem Schweigen auf eine wiederholte Bemessung des Bonus nach der neuen Regelung angenommen werden. Dazu sei es jedoch nicht gekommen, da der Beschwerdegegner Mitte September 2010 die Kündigung ausgesprochen habe.

Dieser überzeugenden Würdigung vermag die Beschwerdeführerin mit ihren Ausführungen nicht beizukommen: Sie zitiert in unzulässiger Ergänzung des vorinstanzlich festgestellten Sachverhalts aus dem Schreiben vom 16. April 2009, um zu belegen, dass der Beschwerdegegner die Anwendbarkeit der neuen Regeln für ihn persönlich habe erkennen müssen. Damit kann sie nicht gehört werden. Ohnehin wäre fraglich, ob eine individuelle Mitteilung an den Arbeitnehmer, der Bonus werde ihm gegenüber in Zukunft nach neuen, vom schriftlichen Arbeitsvertrag erheblich abweichenden Regeln bestimmt, einen genügenden Umstand darstellt, um die entsprechende Mitteilung als Antrag auf Vertragsänderung und das anschliessende blosse Schweigen des Arbeitnehmers als Zustimmung auszulegen. Sodann vermag die Beschwerdeführerin auch aus dem von ihr genannten Urteil 4C.242/2005 vom 9. November 2005 E. 4.1 und 4.2 nichts für ihren Standpunkt abzuleiten, da die dort gemachten Überlegungen nicht auf den vorliegenden Sachverhalt übertragen werden können: Während in jenem Fall dem Arbeitnehmer, der eine ihm von der Arbeitgeberin noch vor dem Stellenantritt vorgelegte entsprechende Vertragsänderung nicht unterzeichnet hatte, über die feste Vertragsdauer von zehn Monaten monatlich ein gegenüber dem schriftlichen Vertrag reduzierter Lohn ausbezahlt worden war, ohne dass der Arbeitnehmer in irgendeiner Form dagegen protestiert hätte, hat die Beschwerdeführerin dem Beschwerdegegner vorliegend unbestrittenermassen nicht (mehrmals) einen erkennbar nach den neuen Regeln bemessenen Bonus ausbezahlt. Vielmehr wurde dem Beschwerdegegner ungeachtet der Mitteilung vom 26. Februar 2009, die «Gesamteinkommen» würden für das Jahr 2008 «nach den Richtlinien des neuen Honorierungssystems» festgelegt, ein Bonus in der Höhe von annähernd 50% zugesprochen, d.h. im Rahmen der bisherigen Regelung. Unter diesen Umständen durfte die Beschwerdeführerin nach Treu und Glauben

jedenfalls nicht vom Schweigen des Beschwerdegegners auf dessen Zustimmung zu einer Bonusregelung schliessen, welche die Ausrichtung und Höhe des Bonus neu primär vom Gesamt-Jahresergebnis abhängig machte und grundsätzlich auf freiwillige Basis stellte. Da der Beschwerdegegner das Arbeitsverhältnis am 14. September 2010 kündigte, konnte die Beschwerdeführerin sodann ebenso wenig annehmen, sein Schweigen betreffend Bonus für das Jahr 2009 bedeute die Zustimmung zu einer Vertragsänderung.

Wie die Vorinstanz zutreffend erkannte, vermögen auch die vom Beschwerdegegner seit 2006 konkludent akzeptierten Erhöhungen seines Grundgehaltes nichts an diesem Resultat zu ändern, zumal diese mit wiederholten Beförderungen einhergingen respektive (im Fall der letzten Erhöhung per 1. Januar 2009) mit der ausserordentlichen Leistung des Beschwerdegegners begründet wurden. Unter diesen Umständen ist es entgegen der Beschwerdeführerin durchaus nicht unlogisch, widersprüchlich oder vertrauenswidrig, wenn der Beschwerdegegner die Erhöhungen des Grundgehalts stillschweigend akzeptierte, ohne im Gegenzug der neuen Bonusregelung zuzustimmen. Sollte auf Seiten der Beschwerdeführerin die Meinung bestanden haben, mit der Erhöhung des Grundlohns werde die Änderung der Bonusregelung kompensiert, hätte es ihr freigestanden, die Neuerungen erkennbar miteinander zu verknüpfen.

7.

Nach dem Gesagten hat die Vorinstanz den Bonusanspruch des Beschwerdegegners für die Jahre 2009 und 2010 zutreffend nach dem Honorarreglement vom 31. März 2006 beurteilt und auf 50% des jeweiligen Grundgehalts festgelegt.

Bundesgericht, Urteil vom 30. Juli 2013, Doss.-Nr. 4A_80/2013 (Bestätigung des Urteils des Obergerichts des Kantons Solothurn vom 8. Januar 2013)

Die Ansicht der Vorinstanz, das Schreiben vom 24. März 2000 sei nicht als Arbeitsvertrag zwischen den Parteien, sondern als Grundlage und Einigung über wesentliche Eckpunkte eines im Detail auszuhandelnden Arbeitsvertrags (Wert des Vertrags zwischen 3 und 10 Mio. US$) zwischen der Beschwerdeführerin und einer noch zu bestimmenden Arbeitgeberin zu qualifizieren, ist nicht zu beanstanden (E. 3.2 und 5.4).

Sachverhalt:

X. (Klägerin, Beschwerdeführerin) war ab Januar 2000 bei A. Ltd., London, als Executive Director in der Personalvermittlung angestellt. Sie gab diese Stelle bereits Ende Februar 2000 wieder auf. Im Februar und

März 2000 führte sie Gespräche über eine Zusammenarbeit mit B. Dieser war damals Managing Director und European Representative der C. Group und – nachdem diese Investorengruppe zusammen mit Mitinvestoren 1999 den Y. Konzern übernommen hatte – seit November 1999 Verwaltungsratspräsident der Y. AG (Beklagte, Beschwerdegegnerin). Am 24. März 2000 verfasste B. auf Briefpapier der C. Group folgendes Schreiben an die Beschwerdeführerin:

«Dear X., Further to our conversations regarding the terms of your engagement as Assistant to the Chairman of Y., I am pleased to propose the following terms. Position: Assistant to the Chairman of Y (the «Company»). Based in Brussels with offices in Brussels at the office of D. and in London at the headquarters of the C. Group Europe, Ltd.

Sign-up Bonus: $ 50,000

Basic salary: $ 300,000, paid in 12 equal monthly installments. Basic Salary will be increased by 10% annually.

Annual Bonus: 50–150% of Basic Salary, based upon performance.

Share of value creation: Option on 5% of the Company's shares («Options»), exercisable at a price per Company share equal to C. Group's buy-in price per Company share. Options vest on the following schedule: 20% upon signing of a definitive agreement; 20% upon 12 months continuous service; 20% upon 24 months continuous service; 20% upon 36 months continuous service; and 20% upon 48 months continuous service. Options will be granted by the Company under its incentive stock option plan for senior management and consultants. The number of options granted will be reviewed and may be increased after 24 months continuous service.

Duration: The Agreement will be for a four-year term, with a start date of July 10, 2000. Part-time work before the start date will be compensated at a daily rate based on the Basic Salary.

Miscellaneous: Structure of agreement (e.g., consultancy or employment) to be mutually agreed; Payment entity to be determined; Assistant to be based in London and right to hire a business analyst to be based in Brussels, London or Switzerland; Three months paid maternity leave (to be counted for purposes of option vesting and bonus); Insurances: Health, Dental, Life and Disability at substantially the same level of current coverage; Four weeks of holidays; Reimbursement annually for tax, accounting or estate planning expenses; Reimbursement for work-related expenses, including child care and travel expenses as required.

If you accept this offer, I will instruct Y. management to prepare final documentation for your review immediately. In consultation with Y.'s Belgian and U.K. legal advisors, we will work together to structure your relationship with the company in the most efficient manner possible.

I trust that you will share my enthusiasm over the opportunity to participate in Y.'s success, and I look forward to working with you. Sincerely, B., Chairman of the Board, Y. Acceptet and agreed to: X.»

Die Beschwerdeführerin unterzeichnete diesen Brief und nahm in der Folge die darin beschriebene Teilzeittätigkeit auf. Die beidseits beigezogenen Anwälte arbeiteten mehrere detaillierte Vertragsentwürfe aus. B. eröffnete der Beschwerdeführerin indes am 23. Juni 2000, dass er die Zusammenarbeit beenden wolle, was er am 7. Juli 2000 schriftlich bestätigte. Am 25. Juli 2000 erhob die Beschwerdeführerin beim Amtsgericht Olten-Gösgen Klage gegen die Y. AG. An der Hauptverhandlung vor Amtsgericht am 30. August 2011 stellte sie folgende Rechtsbegehren: «1. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin den Betrag von US$ 2 432 738.– nebst Zins zu 5% seit 1. Juli 2000 zu bezahlen; unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten. 2. Das Klagebegehren vom 25. Juli 2000 sei über den Teilbetrag von US$ 23 940.– zufolge Gegenstandslosigkeit abzuschreiben; unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten. 3. Dies alles unter dem ausdrücklichen Vorbehalt des Nachklagerechts für die ausstehenden Optionsansprüche. 4. Auf die Widerklage gemäss Ziffer 2 des mit Klageantwort vom 31. August 2001 gestellten Begehrens sei nicht einzutreten, eventualiter sei die Widerklage abzuweisen; unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten.» Die Beschwerdegegnerin beantragte: «1. Die Klage sei abzuweisen. 2. Es sei festzustellen, dass die Klägerin und Widerbeklagte keinerlei Ansprüche gegenüber der Beklagten und Widerklägerin oder irgendeiner anderen Y.-Konzerngesellschaft oder deren Beteiligte, Aktionäre und Organe hat. 3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Klägerin und Widerbeklagten.» Die Beschwerdeführerin machte mit ihrer Klage im Wesentlichen geltend, die Parteien hätten am 24. März 2000 einen Arbeitsvertrag mit einer festen Vertragsdauer von vier Jahren nach schweizerischem materiellem Recht abgeschlossen. Sie sei am 23. Juni 2000 grundlos fristlos entlassen worden. Die Beschwerdegegnerin bestritt in ihrer Klageantwort und Widerklage das Zustandekommen eines Arbeitsvertrags; der auf Wunsch der Klägerin verfasste Brief vom 24. März 2000 bestätige lediglich die bereits besprochenen Eckdaten des geplanten Vertrags, insbesondere den Lohn. Ohnehin sei auf den Sachverhalt belgisches Recht anwendbar. Das Amtsgericht Olten-Gösgen fällte am 30. August 2011 folgendes Urteil: «1. Die Beklagte hat der Klägerin folgende Beträge zu bezahlen: US$ 4698.– nebst Zins zu 5% seit 1. Juli 2000; US$ 50 000.00 nebst Zins zu 5% seit 10. Juli 2000; US$ 450 000.– nebst Zins zu 5% seit 9. Januar 2001 (mittlerer Verfall 10. Juli 2000 - 9. Juli 2001); US$ 495 000.– nebst Zins zu 5% seit 9. Januar 2002 (mittlerer Verfall 10. Juli 2001 - 9. Juli 2002); US$ 544 500.– nebst Zins zu 5% seit 9. Januar 2003 (mittlerer Verfall 10. Juli 2002 - 9. Juli 2003); US$ 598 950.– nebst Zins zu 5% seit 9. Januar 2004 (mittlerer Verfall 10. Juli 2003 - 9. Juli 2004). 2. Von den Beträgen gemäss Ziffer 1 hievor ist der durch Urkunden nachgewiesene bzw. der mit zumutbaren Anstrengungen erzielbare Ersatzverdienst der Klägerin zwischen 10. Juli 2000 und 9. Juli 2004 im entsprechenden Jahr abzuziehen. 3. Das Klagebegehren vom 25. Juli 2000 wird über den Betrag

von US$ 23 940.– zufolge Gegenstandslosigkeit abgeschrieben. 4. Die Widerklage wird abgewiesen. 5. Der Klägerin wird Frist gesetzt bis 30. September 2011 zum Einreichen der Urkunden über ihren im Zeitraum zwischen 10. Juli 2000 und 9. Juli 2004 erzielten Ersatzverdienst. 6. Der Antrag der Beklagten, es sei ein Gutachten über die Lohnentwicklung zu erstellen, wird abgewiesen.»

Dagegen erhob die Beschwerdegegnerin Berufung an das Obergericht des Kantons Solothurn und beantragte: «1. Die Berufung sei gutzuheissen und die Dispositiv-Ziffern 1., 2., und 4. des Urteils vom 30. August 2011 des Richteramts Olten-Gösgen (...) seien aufzuheben und die Angelegenheit sei an die Vorinstanz zur neuen Entscheidung in der Sache zurückzuweisen. Eventualiter: 2. Die Berufung sei gutzuheissen und die Dispositiv-Ziffern 1., 2., und 4. des Urteils vom 30. August 2011 des Richteramts Olten-Gösgen (...) seien aufzuheben, und die Klage sei vollumfänglich abzuweisen und es sei festzustellen, dass die Klägerin gegenüber der Beklagten über keine Ansprüche verfügt. (...).» Die Beschwerdeführerin erhob Anschlussberufung und beantragte: «Die Berufung sei vollumfänglich abzuweisen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWST) zulasten der Beklagten. Es sei die Beklagte in Abänderung von Dispositiv-Ziffer 1 des erstinstanzlichen Entscheides zu verpflichten, der Klägerin insgesamt USD 2 889 298.– (Gesamtschaden vor Anrechnung von Ersatzverdienst) nebst Zins zu 5% seit 1. Juli 2000 zu bezahlen, (...).» Mit Urteil vom 8. Januar 2013 hiess das Obergericht des Kantons Solothurn die Berufung gut, soweit es darauf eintrat, hob die Dispositiv-Ziffern 1 und 2 des Urteils des Amtsgerichts Olten-Gösgen vom 30. August 2011 auf und wies die Klage ab. Ebenso wies es die Anschlussberufung ab. Die Gerichtskosten auferlegte es zu neun Zehnteln der Beschwerdeführerin und verpflichtete diese, der Beschwerdegegnerin eine (reduzierte) Parteientschädigung von Fr. 48 000.– auszurichten (Dispositiv-Ziffern 4 und 5). Anders als das Amtsgericht verneinte das Obergericht, dass mit dem Schreiben vom 24. März 2000 zwischen den Parteien ein Arbeitsvertrag zustande gekommen sei.

Gegen diesen Entscheid des Obergerichts des Kantons Solothurn erhebt die Beschwerdeführerin Beschwerde in Zivilsachen mit folgenden Rechtsbegehren: «1. Der angefochtene Entscheid sei aufzuheben und es sei die Beklagte entsprechend dem erstinstanzlichen Urteil zu verpflichten, der Klägerin folgende Beträge zu bezahlen: USD 4698.– nebst Zins zu 5% seit 1. Juli 2000; USD 50 000.– nebst Zins zu 5% seit 10. Juli 2000; USD 450 000.– nebst Zins zu 5% seit 9. Januar 2001 (mittlerer Verfall 10. Juli 2000 bis 9. Juli 2001); USD 495 000.– nebst Zins zu 5% seit 9. Januar 2002 (mittlerer Verfall 10. Juli 2001 bis 9. Juli 2002); USD 544 500.– nebst Zins zu 5% seit 9. Januar 2003 (mittlerer Verfall 10. Juli 2002 bis 9. Juli 2003); USD 598 950.– nebst Zins zu 5% seit 9. Januar 2004 (mittlerer Verfall 10. Juli 2003 bis 9. Juli 2004); wobei von den vorstehenden Beträgen wiederum entsprechend dem erstinstanzlichen Urteil der durch Ur-

kunden nachgewiesene bzw. der mit zumutbaren Anstrengungen erzielbare Ersatzverdienst der Klägerin zwischen 10. Juli 2000 und 9. Juli 2004 im entsprechenden Jahr abzuziehen sei. 2. Die Beklagte sei ferner entsprechend der klägerischen Anschlussberufung zu verpflichten, der Klägerin den Betrag von USD 696 150.– entsprechend 50% des Bonus sowie von USD 50 000.– als Entschädigung im Sinne von Art. 337c Abs. 3 OR, alles nebst Zins zu 5% seit 1. Juli 2000, zu bezahlen. 3. Das Verfahren sei zur Festlegung des nachgewiesenen bzw. des mit zumutbaren Anstrengungen erzielbaren Ersatzverdienstes der Klägerin zwischen dem 10. Juli 2000 und 9. Juli 2004 an das Amtsgericht Olten-Gösgen zurückzuweisen; alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten. Eventualantrag: Der angefochtene Entscheid sei aufzuheben und das Verfahren sei zu neuer Entscheidung im Sinne der bundesgerichtlichen Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen; unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten. Subeventualantrag: Ziffern 4 und 5 des angefochtenen Entscheides seien aufzuheben und es seien die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen und es seien die Parteientschädigungen für das Berufungsverfahren gegenseitig wettzuschlagen; unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten.»

Aus den Erwägungen:

1.

1.1 Mit Beschwerde in Zivilsachen können Rechtsverletzungen nach Art. 95 und 96 BGG gerügt werden. Die Beschwerde ist hinreichend zu begründen, andernfalls wird darauf nicht eingetreten. In der Beschwerdeschrift ist in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Akt Recht verletzt (Art. 42 Abs. 2 BGG). Die Verletzung von Grundrechten und von kantonalem und interkantonalem Recht kann das Bundesgericht nur insofern prüfen, als eine solche Rüge in der Beschwerde präzise vorgebracht und begründet worden ist (Art. 106 Abs. 2 BGG; BGE 136 I 65 E. 1.3.1 S. 68; 134 II 244 E. 2.2 S. 246).

1.2 Die Beschwerde ist innert der Beschwerdefrist vollständig begründet einzureichen (Art. 42 Abs. 1 BGG). Der Beschwerdeführer darf eine allfällige Replik nicht dazu verwenden, seine Beschwerde zu ergänzen oder zu verbessern (vgl. BGE 132 I 42 E. 3.3.4 S. 47). Die Replik ist nur zu Darlegungen zu verwenden, zu denen die Ausführungen in der Vernehmlassung eines anderen Verfahrensbeteiligten Anlass geben (vgl. BGE 135 I 19 E. 2.2 S. 21). Soweit die Beschwerdeführerin dies missachtet, können ihre Ausführungen in der Replik nicht berücksichtigt werden.

1.3 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), was in der Beschwerde näher darzulegen ist (BGE 134 V 223 E. 2.2.1 S. 226; 133 III 393 E. 3 S. 395).

Die Partei, welche die Sachverhaltsfeststellungen der Vorinstanz anfechten will, muss klar und substanziiert aufzeigen, inwiefern die gerügten Feststellungen bzw. die Unterlassung von Feststellungen offensichtlich unrichtig sind oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruhen (vgl. BGE 136 II 508 E. 1.2 S. 511 f.; 133 II 249 E. 1.4.3 S. 254 f.; 133 III 350 E. 1.3 S. 351, 393 E. 7.1 S. 398, 462 E. 2.4 S. 466). Soweit die Partei den Sachverhalt ergänzen will, hat sie zudem mit Aktenhinweisen darzulegen, dass sie entsprechende rechtsrelevante Tatsachen und taugliche Beweismittel bereits bei den Vorinstanzen prozesskonform eingebracht hat (Urteile 4A_214/2008 vom 9. Juli 2008 E. 1.2, nicht publ. in: BGE 134 III 570; 4A_470/2009 vom 18. Februar 2010 E. 1.2). Überdies hat sie darzutun, inwiefern die Behebung des gerügten Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann (Art. 97 Abs. 1 BGG; BGE 135 I 19 E. 2.2.2 S. 22). Dies gilt auch, wenn im Zusammenhang mit einer Sachverhaltsrüge eine Verletzung des rechtlichen Gehörs gerügt wird, wobei die Glaubhaftmachung eines anderen Entscheids in der Sache bei korrekter Vorgehensweise genügt (BGE 137 II 122 E. 3.4 S. 125 mit Hinweis; abweichend noch: Urteil 1C_35/2007 vom 17. Oktober 2007 E. 2.1 unter Hinweis auf die formelle Natur des Gehörsanspruchs). Auf eine Kritik an den tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz, die diesen Anforderungen nicht genügt, namentlich auf rein appellatorische Kritik an der Beweiswürdigung, ist nicht einzutreten (BGE 133 II 249 E. 1.4.3 S. 254 f.).

1.4 Die Beschwerdegegnerin begründet ihren Nichteintretensantrag damit, dass die Beschwerdeführerin die vorinstanzliche Sachverhaltsfeststellung bzw. Beweiswürdigung korrigieren möchte, ohne hinlänglich begründete Sachverhalts- bzw. Willkürrügen vorzubringen.

In der Tat präsentiert sich die Beschwerdeschrift teilweise als blosse appellatorische Kritik. Wie zu zeigen sein wird, kann auf die Ausführungen der Beschwerdeführerin daher nur eingeschränkt eingegangen werden. Indessen ist der Nichteintretensantrag der Beschwerdegegnerin nicht gerechtfertigt und daher abzulehnen.

2.

2.1 Die Vorinstanz nahm an, der vorliegende Rechtsstreit mit internationalem Sachverhalt beurteile sich nach Schweizer Recht. Dies wird von keiner Seite bestritten und ist anzunehmen.

2.2 Der Inhalt bzw. das Zustandekommen eines Vertrags bestimmt sich in erster Linie durch subjektive Auslegung, das heisst nach dem über-

einstimmenden wirklichen Parteiwillen (Art. 18 Abs. 1 OR). Erst wenn eine tatsächliche Willensübereinstimmung unbewiesen bleibt, sind zur Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens die Erklärungen der Parteien aufgrund des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten. Während das Bundesgericht die objektivierte Vertragsauslegung als Rechtsfrage prüfen kann, beruht die subjektive Vertragsauslegung auf Beweiswürdigung, die vorbehältlich der Ausnahmen von Art. 97 und 105 BGG der bundesgerichtlichen Überprüfung entzogen ist. Dasselbe gilt für die Feststellungen des kantonalen Richters über die äusseren Umstände sowie das Wissen und Wollen der Beteiligten im Rahmen der Auslegung nach dem Vertrauensprinzip (BGE 138 III 659 E. 4.2.1 S. 666). Für die Auslegung nach dem Vertrauensprinzip ist der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses massgeblich. Nachträgliches Parteiverhalten ist dafür nicht von Bedeutung; es kann höchstens – im Rahmen der Beweiswürdigung – auf einen tatsächlichen Willen der Parteien schliessen lassen (BGE 133 III 61 E. 2.2.2.2 S. 69; 132 III 626 E. 3.1 S. 632).

2.3 Im Kern geht es um die Frage, ob die Parteien mit dem Schreiben vom 24. März 2000 bereits einen bindenden Arbeitsvertrag mit einer festen Dauer von vier Jahren abgeschlossen haben, wie dies die Beschwerdeführerin behauptet, oder ob das Schreiben lediglich die bereits besprochenen Eckdaten im Hinblick auf einen geplanten, aber erst noch auszuhandelnden Vertrag bestätigte, wie dies die Beschwerdegegnerin vertritt.

2.4 Die Vorinstanz kam nach eingehender Würdigung des genannten Schreibens vom 24. März 2000, des Verhaltens der Parteien vor und nach dem 24. März 2000 bzw. der diesbezüglichen Parteivorbringen und erhobenen Beweise zum Schluss, dass nicht der Standpunkt der Beschwerdeführerin, sondern derjenige der Beschwerdegegnerin bewiesen sei. Aus dem Brief vom 24. März 2000 ergebe sich nicht eindeutig, dass damit ein Arbeitsvertrag habe abgeschlossen werden sollen. Dies könne auch nicht aus dem Verhalten von B. und der Beschwerdeführerin vor und nach dem 24. März 2000 geschlossen werden. Vielmehr würden die Geschehnisse und das Verhalten von B. und der Beschwerdeführerin nach dem 24. März 2000 belegen, dass beide das beidseitig unterzeichnete Schreiben vom 24. März 2000 nicht als Arbeitsvertrag, sondern als Grundlage und Einigung über wesentliche Eckpunkte eines im Detail auszuhandelnden Arbeitsvertrags zwischen der Beschwerdeführerin und einer noch zu bestimmenden Arbeitgeberin verstanden hätten.

2.5 Die Vorinstanz gelangte im Rahmen der subjektiven Auslegung hinsichtlich des Schreibens vom 24. März 2000 zu einem positiven Beweisergebnis im Sinne des Standpunktes der Beschwerdegegnerin. Bei diesem Ergebnis bleibt für eine Auslegung nach dem Vertrauensprinzip kein Raum, da eine solche nur und erst zum Zuge kommt, wenn ein übereinstimmender tatsächlicher Parteiwille nicht bewiesen werden kann (BGE 137 III 145 E. 3.2.1 S. 148). Soweit die Beschwerdeführerin die Auffas-

sung vertritt, die Vorinstanz hätte in Anwendung des Vertrauensprinzips einen Bindungswillen annehmen müssen und das Schreiben vom 24. März 2000 als Abschluss eines verbindlichen Arbeitsvertrags zwischen den Parteien werten müssen, gehen ihre Vorbringen ins Leere.

2.6 Das Beweisergebnis der Vorinstanz unterliegt – wie dargelegt (vgl. Erwägungen 1.3 und 2.2) – nur eingeschränkter Überprüfung. Dabei ist zu berücksichtigen, dass dem Sachgericht im Bereich der Beweiswürdigung ein erheblicher Ermessensspielraum zusteht (BGE 120 Ia 31 E. 4b S. 40). Das Bundesgericht greift in die Beweiswürdigung des Sachgerichts nur ein, wenn diese willkürlich ist. Willkür liegt nicht schon dann vor, wenn eine andere Lösung ebenfalls in Betracht zu ziehen oder gar vorzuziehen wäre, sondern nur, wenn der angefochtene Entscheid offensichtlich unhaltbar ist, mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft (BGE 138 IV 13 E. 5.1 S. 22; 134 II 124 E. 4.1 S. 133; 132 III 209 E. 2.1 S. 211; 131 I 57 E. 2 S. 61, 467 E. 3.1 S. 473). Die Beweiswürdigung ist mithin nicht schon dann willkürlich, wenn vom Sachrichter gezogene Schlüsse nicht mit der Darstellung der Beschwerdeführerin übereinstimmen, sondern bloss, wenn sie offensichtlich unhaltbar ist (BGE 135 II 356 E. 4.2.1 S. 362; 129 I 8 E. 2.1 S. 9; 116 Ia 85 E. 2b S. 88). Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn das Sachgericht offensichtlich unhaltbare Schlüsse zieht, erhebliche Beweise übersieht oder solche willkürlich ausser Acht lässt (vgl. BGE 129 I 8 E. 2.1 S. 9; 120 Ia 31 E. 4b S. 40). Inwiefern die Beweiswürdigung willkürlich sein soll, ist in der Beschwerde klar und detailliert aufzuzeigen (BGE 134 II 244 E. 2.2 S. 246; 130 I 258 E. 1.3 S. 261). Namentlich genügt es nicht, einzelne Beweise anzuführen, die anders als im angefochtenen Entscheid gewichtet werden sollen, und dem Bundesgericht in appellatorischer Kritik die eigene Auffassung zu unterbreiten, als ob diesem freie Sachverhaltsprüfung zukäme (vgl. BGE 116 Ia 85 E. 2b S. 88).

Diesen Anforderungen genügt die vorliegende Beschwerdeschrift nicht durchwegs. Soweit die beschwerdeführerischen Ausführungen blosse appellatorische Kritik darstellen, ist darauf nicht einzugehen.

3.

Zum Schreiben vom 24. März 2000 selbst bringt die Beschwerdeführerin vor, dieses stehe im Zentrum der Auslegung und sei von der Vorinstanz zu wenig prominent gewichtet worden. Bei der Würdigung dieses Schreibens habe die Vorinstanz ausschliesslich Punkte beachtet, die gegen das Vorliegen eines Bindungswillens sprächen und sei mit dieser einseitigen Würdigung in Willkür verfallen.

3.1 Die von der Beschwerdeführerin in ihren Rechtsschriften aufgezeigten klaren Indizien für den Bindungswillen habe die Vorinstanz unter Verletzung des Gehörsanspruchs unberücksichtigt gelassen. So habe sie der unbestrittenen Tatsache keine Bedeutung zugemessen, dass auf dem

Dokument bereits die Gegenunterschrift der Beschwerdeführerin vorgesehen und darüber in Fettdruck «Accepted and agreed to:» angebracht gewesen sei. Ebenso wenig habe sie beachtet, dass die Worte «offer und accept» verwendet worden seien. Schliesslich bilde der Satz «... and I look forward to working with you» als Ausdruck der Freude über die Zusammenarbeit mit der Beschwerdeführerin ein klares Indiz dafür, dass die Zusammenarbeit damals bereits beschlossen und nicht erst beabsichtigt gewesen sei. Schliesslich würden nicht nur alle notwendigen Angaben über die Anstellung, sondern auch schon weitere Details (unter «Miscellaneous») geregelt. Eine solch weitgehende Regelung treffe man nur, wenn man sich bereits zur Eingehung eines verbindlichen Vertrags entschieden habe. Die angerufenen Passagen sind der Vorinstanz nicht entgangen, gibt sie doch das Schreiben in ihrem gesamten Wortlaut wieder. Eine Verletzung des Gehörsanspruchs scheidet daher von vornherein aus. Was die Würdigung der genannten Passagen anbelangt, erweisen sich die von der Beschwerdeführerin daraus gezogenen Schlüsse nicht als die einzig vertretbaren. So folgt aus der Formulierung «Accepted and agreed to:» nicht zwingend, dass die Parteien beabsichtigten, dass mit der darunter gesetzten Unterschrift bereits ein Arbeitsvertrag zwischen den Parteien hätte akzeptiert und vereinbart werden sollen. Es lässt sich ohne weiteres vertreten, wie dies die Vorinstanz annahm, dass damit lediglich eine Einigung über gewisse Eckpunkte festgehalten werden sollte, als Ausgangsbasis für die beabsichtigte Aufnahme von Verhandlungen der beizuziehenden Anwälte für den geplanten Vertrag, wie dies im Schreiben auch festgehalten war. Das Gleiche gilt für die Worte «offer» und «accept», die im Schreiben verwendet werden. Die Vorinstanz hat dem Schreiben nicht jegliche Einigungskraft versagt. Indessen bezog sie die Einigung unter den Parteien eben bloss auf jene Eckpunkte, nicht aber bereits auf den Abschluss eines Arbeitsvertrags. Sodann kann sich die geäusserte Freude über eine Zusammenarbeit ohne Not auf die erst ins Auge gefasste, aber noch nicht vertraglich vereinbarte Zusammenarbeit beziehen. Schliesslich kann auch keine Rede davon sei, dass die Nebenpunkte unter «Miscellaneous» bereits in dem für einen definitiven Vertrag zu erwartenden Detaillierungsgrad geregelt würden. Vielmehr erscheinen diese Punkte als pro memoria Aufzählung für die spätere noch auszuhandelnde Regelung. Insgesamt lassen sich alle von der Beschwerdeführerin erwähnten Elemente mit der von der Vorinstanz getroffenen Würdigung in Einklang bringen. Willkür oder einseitige Beweiswürdigung lässt sich damit nicht begründen.

3.2 Ebenso wenig wird Willkür aufgezeigt bei den Elementen des Schreibens vom 24. März 2000, mit denen sich die Vorinstanz explizit auseinandersetzte. So trifft es nicht zu, dass die Vorinstanz hinsichtlich der Rechtsform des fraglichen Vertrags in den Erwägungen 4.2 und 5.4.2 widersprüchliche Feststellungen getroffen hätte. In Erwägung 4.2 befasste sich die Vorinstanz mit der Frage des anwendbaren Rechts und stellte in diesem Zusammenhang fest, dass das dem Streit zugrunde liegende

Schreiben vom 24. März 2000 die typischen Elemente eines Arbeitsvertrags enthalte, das anwendbare Recht demnach im Hinblick auf eine entsprechende rechtliche Qualifikation zu bestimmen sei. Damit hat sie aber nicht auch schon entschieden, dass die Parteien mit dem besagten Schreiben tatsächlich einen verbindlichen Arbeitsvertrag abgeschlossen hätten.

Auch der Vorwurf der Aktenwidrigkeit geht fehl. Im Schreiben vom 24. März 2000 heisst es: «Payment entity to be determined». Es ist somit zutreffend und nicht aktenwidrig, wenn die Vorinstanz erwähnte, die Währung der Lohnzahlungen sei noch offen gelassen worden.

Sodann liest die Beschwerdeführerin das angefochtene Urteil unvollständig, wenn sie der Vorinstanz vorhält, sich in unzulässiger Weise auf die amerikanische «at will»-Doktrin gestützt zu haben. Die Vorinstanz erwähnte diese Doktrin lediglich als zusätzlichen Hinweis, gründete aber ihre Annahme, es könne nicht vermutet werden, dass sich die Parteien ohne weiteres für eine feste vierjährige Vertragsdauer binden wollten, auf die Umstände, dass sich die Parteien nicht näher kennen und nicht bereits zusammengearbeitet haben, sowie – aus der Optik der Beschwerdeführerin – dass diese ihre Karriere in einer anderen Tätigkeit begonnen, die Tätigkeit in der Personalvermittlung bereits nach kurzer Zeit wieder aufgegeben habe und nun erneut in einer für sie fremden Branche tätig werden wollte. Angesichts dieser Umstände erscheint die erwähnte Vermutung auch ohne Bezugnahme auf die «at will»-Doktrin der Vorinstanz durchaus plausibel.

Schliesslich stützte sich die Vorinstanz auf den ausdrücklichen Wortlaut des Schreibens, wenn sie annahm, dass vorgesehen gewesen sei, unter Beizug von Anwälten einen definitiven Vertrag auszuhandeln. Gerade diese Formulierung spricht dafür, dass es sich beim Brief vom 24. März 2000 erst um ein Eckdatenpapier gehandelt hat, und es ist durchaus nachvollziehbar, wenn die Vorinstanz erwog, dass bei einer derart hohen Summe (Wert eines Vertrags zwischen 3 und 10 Mio. US$) nicht anzunehmen sei, dass die Parteien bereits vor dem geplanten Beizug von Anwälten definitiv hätten gebunden sein wollen. Die Behauptung der Beschwerdeführerin, der Anwalt der Beschwerdegegnerin H. sei schon in die Verhandlungen einbezogen gewesen, liess sich nicht beweisen, und hilft ihr daher nicht weiter.

3.3 Die Beschwerdeführerin rügt ferner eine Verletzung von Art. 2 Abs. 1 OR. Die Vorinstanz habe festgestellt, dass das Schreiben vom 24. März 2000 alle Essentialia eines Arbeitsvertrags umfasse. Richtigerweise hätte sie daraus die Vermutung der Verbindlichkeit des Vertrags ableiten müssen.

Diese Argumentation unterstellt der vorinstanzlichen Erwägung 5.3 eine unzutreffende Bedeutung und vermag daher nicht durchzudringen. Die Vorinstanz erwähnte die Essentialia eines Arbeitsvertrags lediglich in Abgrenzung zum ebenfalls in Betracht kommenden Auftrag. Sie stellte aber gerade nicht fest, dass die Parteien mit dem Schreiben vom 24. März 2000 bezüglich aller objektiv wesentlichen Punkte eines konkreten Arbeitsvertrags bereits einen festen Bindungswillen erklärt hätten, wie dies für die

Anwendung der Vermutung nach Art. 2 Abs. 1 OR vorausgesetzt wäre. Vielmehr prüfte sie im Folgenden eingehend, ob das Schreiben vom 24. März 2000 einen Verpflichtungswillen zum Ausdruck brachte, was sie schliesslich verneinte.

3.4 Zusammenfassend vermag die Beschwerdeführerin den Schluss der Vorinstanz nicht umzustossen, dass der Wortlaut des Schreibens vom 24. März 2000 keine eindeutige Antwort gibt, dass damit bereits der Abschluss eines Vertrags gewollt war.

4.

Die Beschwerdeführerin wirft der Vorinstanz vor, sich auch mit dem «vorvertraglichen» Parteiverhalten unrichtig auseinandergesetzt zu haben. Die geltend gemachten Verletzungen des Gehörsanspruchs, der Verhandlungsmaxime und des Willkürverbots erweisen sich indessen als nicht gegeben bzw. nicht rechtsgenügend begründet.

4.1 Die Beschwerdeführerin listet einige ihrer Vorbringen auf, welche die Vorinstanz angeblich unter Verletzung des Gehörsanspruchs in keiner Weise berücksichtigt habe:

So erwähnt sie, dass beide Parteien Absolventen der Harvard Business School seien. Inwiefern dieser Umstand, dass die Beschwerdeführerin und B. die gleiche Universität besuchten, auf einen Bindungswillen schliessen lassen müsste und dass sie solches rechtzeitig behauptet hätte, wird jedoch nicht aufgezeigt und ist nicht ersichtlich.

Im Weiteren hat die Vorinstanz die Vorbringen der Beschwerdeführerin wiedergegeben, namentlich unter Erwägung 6, so insbesondere diejenigen betreffend die Treffen der Beschwerdeführerin mit B. und mit H. Es liess sich aber nicht beweisen, dass anlässlich des Treffens mit H. bereits die Anstellung der Beschwerdeführerin bei der Beschwerdegegnerin besprochen worden war. Was schliesslich die Verhandlungen mit B. und die angeblich mit ihm besprochenen Punkte sowie die von ihm eingeholten Referenzen anbelangt, so hat die Vorinstanz dies berücksichtigt, konnte aber in freier Beweiswürdigung ohne Willkür annehmen, dass sich daraus kein Bindungswille ergab. Vielmehr ist es ohne weiteres einleuchtend, dass auch einem Eckdatenpapier, wie es die Vorinstanz im Schreiben vom 24. März 2000 erblickte, Besprechungen über die Punkte, die im Eckdatenpapier festgehalten werden sollten, vorausgingen. Ebenso erscheint es nachvollziehbar, dass B. gewisse Referenzen einholte und sich ein Bild über die Beschwerdeführerin machen wollte, nachdem ja eine Anstellung ins Auge gefasst worden war.

4.2 Entgegen der Behauptung der Beschwerdeführerin sah die Vorinstanz die Vorstellung der Beschwerdeführerin beim Management der Beschwerdegegnerin am 7. März 2000 nicht als bestritten an, sondern erwähnte, dass die Beschwerdegegnerin dies bestätigt habe. Eine Verletzung der Verhandlungsmaxime ist nicht ersichtlich. In Bezug auf die Qualifikation des Zusammentreffens mit dem Management der Beschwerdegegnerin ist es durchaus vertretbar und keineswegs willkürlich, wenn die Vorinstanz

in Würdigung der diesbezüglichen Zeugenaussagen diesem Zusammentreffen nicht die Bedeutung eines eigentlichen Anstellungsgesprächs bzw. – wie die Beschwerdeführerin es vertreten hatte – von «Jobinterviews» beimessen konnte.

Die Beschwerdeführerin ortet in zwei weiteren Punkten eine Verletzung der Verhandlungsmaxime, indem die Vorinstanz unbestrittene Behauptungen nicht als gegeben angenommen, sondern darüber Beweis geführt habe. Der erste Punkt betrifft die Anstellung der früheren Assistentin der Beschwerdeführerin, E. Die Vorinstanz führte aus, es sei unbestritten, dass B. der Beschwerdeführerin zugesichert habe, ihre frühere Assistentin mitbringen zu können und diese von der Beschwerdegegnerin angestellt werden würde. Sie nahm dabei Bezug auf Ziffer 107 der Klageantwort, wo sich die Beschwerdegegnerin zum in Ziffer 8.3 der Klage angesprochenen Thema von E. dahingehend geäussert hatte. Die Vorinstanz erachtete mithin bezüglich der Anstellung von E. nur die erwähnte ausdrückliche Zusage als nicht bestritten und damit implizit die nicht ausdrücklich zugestandene weitere Aussage der Beschwerdeführerin, man habe sich über deren Salär, Arbeitsantritt und Arbeitsort geeinigt, als bestritten. Dies mag angehen, zumal diese weitere Behauptung in der Klageschrift ihrerseits allzu allgemein und unbestimmt gefasst war, so dass eine detaillierte Bestreitung nicht verlangt werden konnte.

Der zweite Punkt betrifft das Thema der Büroausstattung in den Privathäusern der Beschwerdeführerin und von E. Die Vorinstanz stellte darauf ab, dass sich die C. Group-Mitarbeiterinnen F. und G. Mitte April 2000 um diese Büroausstattung zu kümmern begonnen hätten, so dass nicht als erwiesen angesehen werden könne, dass B. bereits am 16. März 2000 entsprechende Instruktionen erteilt habe. Es trifft zu, dass die Beschwerdegegnerin in Ziffer 108 der Klageantwort, wo sie zu Ziffer 8.4 der Klage Stellung nahm, nicht explizit bestritten hatte, dass B. bereits am 16. März 2000 entsprechende Instruktionen erteilt habe. Indessen findet sich diese Zeitangabe in Ziffer 8.4 der Klageschrift lediglich als Titel von auf zwei Seiten aneinander gereihten Behauptungen, nicht jedoch spezifisch im Zusammenhang mit der Behauptung, B. habe Frau G. instruiert, für die Büroausstattung der Beschwerdeführerin und von Frau E. in deren Privathäusern zu sorgen. Es ist daher nicht als Verletzung der Verhandlungsmaxime zu werten, wenn die Vorinstanz auf eine explizite Bestreitung dieser im konkreten Zusammenhang nicht behaupteten Zeitangabe verzichtete. Dass die Vorinstanz demgegenüber darauf abstellte, wann effektiv mit der Büroausstattung begonnen worden war, steht mit der Klageschrift insofern im Einklang, als die besagte Behauptung mit der weiteren bestärkt wird, in der Folge hätten die Beschwerdeführerin und ihre Assistentin Computer, Fax-Geräte und weitere Büroausstattungen zugestellt erhalten.

Eine Verletzung der Verhandlungsmaxime ist mithin nicht dargetan.

4.3 Schliesslich legt die Beschwerdeführerin mit ihren Ausführungen betreffend ihre Reisetätigkeit lediglich ihre eigene Sicht dar, womit sie die anderslautende Würdigung der Vorinstanz jedoch nicht als unhaltbar auszuweisen vermag.

4.4 Insgesamt dringt die Beschwerdeführerin auch mit ihren Vorbringen gegen die Erwägungen der Vorinstanz zum Verhalten der Parteien im Vorfeld des Schreibens vom 24. März 2000 nicht durch.

5.

Die Vorinstanz schloss im Wesentlichen aus dem Verhalten der Beschwerdeführerin und von B. nach dem Schreiben vom 24. März 2000, dass diese mit dem genannten Schreiben noch keinen Vertrag schliessen, sondern ein Eckdatenpapier für einen im Folgenden unter Beizug der Anwälte auszuhandelnden Vertrag festhalten wollten. Die Beschwerdeführerin unterzieht die diesbezüglichen Erwägungen der Vorinstanz einer eingehenden Kritik.

5.1 Sie macht eine Verletzung von Art. 1 OR geltend. Die Vorinstanz habe dem nachträglichen Parteiverhalten einen übergeordneten Stellenwert beigemessen. Sie habe massgeblich auf die nach dem Schreiben vom 24. März 2000 aufgetretenen Meinungsverschiedenheiten abgestellt und damit ein sachfremdes Kriterium verwendet, um den Parteiwillen zu ermitteln.

Die Rüge ist unbegründet. Das nachträgliche Parteiverhalten kann im Rahmen der Beweiswürdigung auf einen tatsächlichen Willen der Parteien schliessen lassen (vgl. Erwägung 2.2). Die Vorinstanz hat dasselbe demnach zu Recht berücksichtigt. Sie durfte sogar entscheidend darauf abstellen, nachdem der Wortlaut des Schreibens vom 24. März 2000 und das Verhalten der Beschwerdeführerin und von B. im Vorfeld dieses Schreibens keine eindeutigen Schlüsse zuliessen. Sodann geht es – entgegen der Behauptung der Beschwerdeführerin – nicht darum, dass es zwischen den Parteien zu Meinungsverschiedenheiten bei der späteren Vertragserfüllung gekommen wäre. Denn es ist ja gerade bestritten, dass das Schreiben vom 24. März 2000 bereits einen Vertragsschluss darstellte. Wie in diesem Schreiben vorgesehen, wurde vielmehr weiter verhandelt. Die Meinungsverschiedenheiten traten im Rahmen dieser weiteren Verhandlungen auf. Insofern gaben sie Aufschluss darüber, dass betreffend die divergierenden Punkte am 24. März 2000 eben gerade keine Einigung erzielt worden war, was wiederum willkürfrei dahingehend gewürdigt werden durfte, dass mit dem Schreiben vom 24. März 2000 noch kein Arbeitsvertrag abgeschlossen werden sollte. Es ist daher bundesrechtlich nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz das Verhalten der Beschwerdeführerin und von B. nach dem Schreiben vom 24. März 2000 zur Ermittlung des tatsächlichen Parteiwillens in massgebender Weise heranzog und dabei auch die aufgetretenen Meinungsverschiedenheiten würdigte.

5.2 Die Beschwerdeführerin ist auch in Bezug auf das Verhalten der Beschwerdeführerin und von B. nach dem Schreiben vom 24. März 2000

der Ansicht, die Vorinstanz habe unter Verletzung des Gehörsanspruchs bestimmte Umstände unberücksichtigt gelassen. Die Rüge geht fehl bzw. ist nicht rechtsgenügend begründet (vgl. Erwägung 1.1). Tatsächlich hat die Vorinstanz die Vorbringen der Beschwerdeführerin berücksichtigt, daraus aber teilweise andere Schlüsse gezogen, als sie von der Beschwerdeführerin für richtig gehalten werden. So insbesondere, dass die Beschwerdeführerin per Ende März 2000 die im Schreiben vom 24. März 2000 vorgesehene Teilzeittätigkeit aufgenommen hatte, dass sie gegenüber Mitarbeitern und Geschäftspartnern der Beschwerdegegnerin als rechte Hand von B. oder Deputy to the Chairman vorgestellt worden sei sowie dass sie sich mit Geschäften der Beschwerdegegnerin befasst und von dieser Unterlagen erhalten habe. Darin, dass die Vorinstanz diesen Umständen eine von der Gewichtung der Beschwerdeführerin abweichende Bedeutung beimass bzw. daraus andere Schlüsse zog, liegt keine Verletzung des rechtlichen Gehörs. Sodann legt die Beschwerdeführerin nicht dar, welche von ihr vorgebrachten und bewiesenen Umstände die Vorinstanz gänzlich übergangen hätte, die aber insofern entscheidwesentlich gewesen wären, als sie in der Gesamtbeurteilung der Vorinstanz ein anderes Ergebnis zu erzielen vermocht hätten. Die Darlegungen betreffend Planung der Tätigkeiten für die Zeit ab dem vollzeitlichen Stellenantritt am 10. Juli 2000 sind so im angefochtenen Urteil nicht festgestellt. Sie können nicht berücksichtigt werden, da die Beschwerdeführerin dazu keine hinlänglich begründete Sachverhaltsrüge vorbringt, die eine Ergänzung der verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz erlaubte (vgl. Erwägung 1.3).

5.3 Die Beschwerdeführerin nennt sodann Umstände, welche die Vorinstanz in willkürlicher Weise falsch oder nicht gewürdigt habe. Im Wesentlichen stellt sie der vorinstanzlichen Beurteilung lediglich ihre eigene gegenüber, zeigt aber keineswegs auf, dass und inwiefern die Beweiswürdigung der Vorinstanz unhaltbar wäre. Was sie gegen die eingehenden Erwägungen der Vorinstanz vorbringt, mag ihre – allenfalls vertretbare – Sicht der Dinge sein, genügt aber nicht, um die Würdigung der Vorinstanz als geradezu willkürlich erscheinen zu lassen. Auf ihre appellatorischen Ausführungen ist daher nicht näher einzugehen (vgl. Erwägung 2.6).

Unbegründet ist der Vorwurf widersprüchlichen Argumentierens. Die Beschwerdeführerin meint, die Vorinstanz habe der Tatsache, dass in den Long Forms (bzw. den folgenden Vertragsentwürfen) die Y. Inc., New York, als Arbeitgeberin aufgeführt sei, eine falsche Bedeutung zugemessen. Diese Entwürfe seien im Gegensatz zum Schreiben vom 24. März 2000 nie unterzeichnet worden und hätten daher keine Verbindlichkeit erlangt. Die Y. Inc., New York, sei darin nur erwähnt worden, um für die Beschwerdeführerin die beste steuerliche Lösung zu finden. Es gehe jedoch nicht an, daraus zu schliessen, im Schreiben vom 24. März 2000 sei die Person der Arbeitgeberin offen gelassen worden. Dieser Schluss stehe im Widerspruch zu einer Feststellung der Vorinstanz an anderer Stelle, wonach eine Anstellung bei der Beschwerdegegnerin vorgesehen gewesen

sei und B. für die Beschwerdegegnerin gehandelt habe, als er den Brief vom 24. März 2000 verfasst habe.

Die Vorinstanz hielt in Erwägung 5.2 fest, die Person einer Arbeitgeberin sei im Schreiben vom 24. März 2000 nicht explizit bezeichnet. Sie kam dann aber in Würdigung des Schreibens zum Schluss, dass über eine Anstellung bei der Beschwerdegegnerin gesprochen worden sei. In Erwägung 5.2.3 hielt sie fest, dass B. für die Beschwerdegegnerin gehandelt habe, als er den Brief vom 24. März 2000 verfasst habe. Gleichzeitig führte sie aber auch aus, dass damit noch nicht entschieden sei, ob mit dem Brief ein Arbeitsvertrag zwischen den Parteien zustande gekommen sei. Sie konnte daher ohne Widerspruch aus dem Umstand, dass in den folgenden Vertragsentwürfen über die Person des Arbeitgebers diskutiert und schliesslich die Y. Inc., New York, angeführt wurde, schliessen, dass zu den im Schreiben vom 24. März 2000 noch offenen gelassenen Punkten auch die Person des Arbeitgebers zählte. Denn wenn diese damals bereits fest abgemacht worden wäre, wäre darüber nicht mehr diskutiert worden und die I. hätte nicht beigezogen werden müssen, um die steuerlich günstigste Lösung zu präsentieren. Ein Widerspruch ist demnach nicht ausgewiesen.

5.4 Die Beschwerdeführerin vermag demnach den Schluss der Vorinstanz, dass die Geschehnisse und das Verhalten der Beschwerdeführerin und von B. nach dem 24. März 2000 belegten, dass beide das Schreiben vom 24. März 2000 nicht als Arbeitsvertrag zwischen den Parteien, sondern als Grundlage und Einigung über wesentliche Eckpunkte eines im Detail auszuhandelnden Arbeitsvertrag zwischen der Beschwerdeführerin und einer noch zu bestimmenden Arbeitgeberin verstanden hätten, nicht umzustossen. Die vorinstanzliche Abweisung der Klage ist bundesrechtlich nicht zu beanstanden.

Tribunal fédéral, Arrêt du 31 juillet 2013, Doss.-No 4A_117/2013 (Admission du recours en matière civile interjeté contre l'arrêt du Tribunal cantonal du canton de Vaud, Cour d'appel civile, du 21 novembre 2012)

Renseignements défavorables et inexacts fournis au sujet d'un ancien employé.
Art. 328 CO. L'obligation de l'employeur de protéger la personnalité du travailleur perdure, dans une certaine mesure, au-delà de la fin des rapports de travail. L'employeur viole cette obligation lorsqu'il fournit sur son ancien employé des renseignements défavorables et inexacts et qu'il décourage de la sorte un employeur d'engager la personne en question. Il n'y a, en revanche, pas de violation de l'art. 328 al. 1 CO si l'employeur répond à des questions pertinentes, sans recourir à des formules inutilement blessantes, et expose ce qu'il a des raisons sérieuses de tenir de bonne foi pour vrai (c. 2.2).

Art. 8 CC. Par une violation d'une obligation contractuelle qui lui est imputable, l'employeur a privé l'employée de l'engagement par un nouvel employeur à partir d'une certaine date et pour un certain salaire. Sur ces bases, il semble possible d'établir un dommage donnant lieu à réparation. La cour cantonale pousse trop loin l'exigence de preuve lorsque, admettant que l'employée aurait été engagée, elle lui reproche de ne pas avoir prouvé de manière certaine qu'elle aurait pu faire le travail; à suivre cette exigence, on pourrait, à titre d'exemples, aussi demander à l'employée de fournir la preuve qu'elle aurait donné satisfaction et n'aurait pas été licenciée ou encore que le travail lui aurait plu et qu'elle n'aurait pas donné son congé. Or, l'engagement suffit à faire naître des obligations. En excluant que l'employée ait pu accomplir le travail qui lui était proposé, la cour cantonale fait une supposition qui ne repose pas sur des éléments sérieux, de sorte que ce fait a été retenu arbitrairement (c. 2.2.1).
Art. 49 CO. L'indemnité prévue en cas de tort moral tend à réparer une souffrance morale. Il n'est nullement exigé que la victime ait subi une atteinte à sa santé psychique. Selon le médecin traitant, l'employée a été gravement affectée par les faux renseignements donnés à son sujet par son ancien employeur, au point que cela s'était répercuté sur sa santé. On ne peut qu'en déduire que l'atteinte a été ressentie subjectivement comme grave (c. 2.2.2).

Extraits des faits:

X., infirmière de formation, a été engagée, le 19 septembre 2003, par l'Association Z. (ci-après: l'hôpital) pour travailler dans cet établissement hospitalier à.... Par courrier du 23 février 2005, l'hôpital a résilié le contrat de travail pour le 31 mai 2005 en adressant divers reproches à l'employée. X. a contesté son licenciement et déposé une demande au Tribunal de prud'hommes de l'Est vaudois le 16 septembre 2005. Le litige s'est terminé par une convention passée entre les parties le 17 octobre 2005, dans laquelle l'hôpital a accepté de payer la somme de 30'000 fr. réclamée par l'employée. Par la suite, il a signé le certificat de travail qui avait été préparé par l'avocat de l'employée.

A la suite de la résiliation de son contrat de travail au 31 mai 2005, X. s'est inscrite à l'assurance chômage, qui lui a servi des indemnités. Elle est restée sans travail jusqu'au 1er septembre 2008, date à laquelle elle a obtenu un emploi temporaire limité au 30 juin 2009. Dans son recours, elle déclare avoir trouvé du travail dès juillet 2009. Pendant sa période de chômage, X. a déposé sa candidature pour de nombreux emplois, mais toutes ses offres ont été rejetées. Une conseillère en placements a déclaré qu'une maison de travail temporaire avait écarté le dossier de X., parce qu'elle avait reçu des renseignements défavorables à son sujet; elle n'a pas précisé qui avait donné ces renseignements et en quoi ils consistaient. Le 16 janvier 2007, X. a

présenté sa candidature pour un poste à la garderie «T.» au Mont-sur-Lausanne. Le 25 janvier 2007, A., directrice de cette garderie, a contacté par téléphone l'hôpital pour obtenir des renseignements au sujet de la postulante. Le 26 février 2007, elle a informé X. que sa candidature était écartée en raison des renseignements fournis par l'ancien employeur. Par courrier du même jour adressé à l'avocat de X., A. a reproduit en ces termes les propos tenus par C., infirmière cheffe de l'hôpital: «Nous avons eu beaucoup de soucis avec Mme X., sa qualité de travail était médiocre, sa relation avec l'équipe était dégradante ainsi que sa relation avec ses supérieurs. Elle nous a fait un procès de mobbing qu'elle a perdu. Je vous déconseille de l'engager, nous ne sommes pas les seuls à avoir eu des problèmes avec elle. Nous lui avons donné un bon certificat de travail, car la loi nous interdit de donner de mauvais renseignements». Dans la procédure, A., a confirmé ces faits en qualité de témoin entendu par commission rogatoire. C., pour sa part, a déclaré qu'elle n'avait aucun souvenir de cet entretien téléphonique.

Par courrier du 30 janvier 2007, l'Office de l'assurance-invalidité du canton de Vaud a indiqué que la capacité de travail de X., qui se plaignait d'importantes douleurs dorsales, ne dépassait pas 30% dans son activité habituelle d'infirmière, mais qu'elle était totale s'agissant d'une activité adaptée tenant compte de ses limitations fonctionnelles. Par courrier du 4 septembre 2007 adressé à l'avocat de X., le Dr B., spécialiste FMH en psychiatrie et psychothérapie, a déclaré qu'il suivait cette dernière pour des troubles psychiques et que les mauvais renseignements de la part de son employeur avaient aggravé son état dépressif, lequel était par ailleurs actuellement en voie de rémission. Entendu comme témoin, il a confirmé que X. avait été gravement affectée par les agissements de l'hôpital et qu'elle avait eu des symptômes de dépression très importants.

Par demande du 22 octobre 2007 adressée au Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois, X., se plaignant des mauvais renseignements donnés à son sujet, a conclu à ce que l'hôpital soit condamné à lui verser la somme de 95'440 fr. avec intérêts et à ce qu'interdiction soit faite à l'hôpital de donner à quiconque des renseignements inexacts ou dépréciatifs la concernant sous peine des sanctions prévues par l'art. 292 CP. La conclusion en paiement a par la suite été augmentée à 252'828 fr. avec intérêts. Une expertise, puis une expertise complémentaire ont été confiées à S., portant sur la perte de gain et la perte de rente dues à la période de chômage. Par jugement du 16 avril 2012, le Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois a rejeté la demande. X. a fait appel de ce jugement. Par arrêt du 21 novembre 2012, la Cour d'appel civil du Tribunal cantonal vaudois a rejeté l'appel et confirmé le jugement attaqué. A la différence des premiers juges, la cour cantonale a estimé que les déclarations de A. et du Dr B. étaient probantes. Elle a considéré – à l'inverse des premiers juges – qu'il n'y avait pas de problème de causalité naturelle ou adéquate et qu'il était établi que les renseignements faux donnés par l'hôpital

(l'existence d'un procès pour mobbing perdu par l'employée) avaient empêché l'engagement de X. à la garderie «T.». En revanche, elle a considéré qu'un dommage n'était pas prouvé, parce qu'il n'était pas certain, vu sa capacité de travail réduite, qu'elle aurait pu accomplir cette tâche. Quant à une indemnité pour tort moral, elle a refusé de l'allouer en considérant que X. s'était par la suite remise de son état dépressif.

X. exerce un recours en matière civile au Tribunal fédéral contre l'arrêt cantonal du 21 novembre 2012.

Extraits des considérants:

2.

2.1 La recourante invoque l'arbitraire (art. 9 Cst.) dans l'appréciation des preuves et l'établissement des faits. Elle cite également dans ce contexte l'art. 8 CC, mais cette disposition ne prescrit pas comment le juge doit apprécier les preuves et sur quelles bases il peut parvenir à une conviction (ATF 129 III 519 consid. 2a p. 522 et les références citées). Tel qu'il est présenté, le grief de violation de l'art. 8 CC n'a pas de portée distincte et il faut se borner à examiner s'il y a eu arbitraire dans l'appréciation des preuves.

Selon la jurisprudence, il y a arbitraire dans l'appréciation des preuves et l'établissement des faits 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 III 226 consid. 4.2 p. 234; 136 III 552 consid. 4.2 p. 560).

La recourante voudrait imputer à l'intimée l'ensemble de ses échecs dans la recherche d'un nouvel emploi. Elle a certes établi avoir fait acte de candidature à de nombreuses reprises, mais on ignore totalement si les employeurs cités ont pris contact avec l'intimée et si cette dernière leur a fourni des renseignements inexacts sur le compte de la recourante. Sa candidature peut avoir été rejetée pour de nombreuses autres raisons, notamment parce qu'elle n'avait pas le profil recherché ou parce qu'il y avait un meilleur candidat. En considérant dans ces circonstances que la recourante n'était pas parvenue à prouver – comme elle le devait (art. 8 CC) – que l'échec de ces candidatures avait été causé par des déclarations de l'intimée, la cour cantonale n'a pas apprécié les preuves apportées de manière arbitraire et l'argumentation développée par la recourante est impropre à démontrer le contraire.

En ce qui concerne les déclarations de la conseillère en placements, la recourante n'est pas parvenue à démontrer – comme elle le devait (cf. ATF 137 I 58 consid. 4.1.2 p. 62) – que la cour cantonale est tombée dans l'arbitraire en constatant que ce témoin n'avait pas indiqué qui avait donné des renseignements négatifs et en quoi ils consistaient. Il incombait évi-

demment à la recourante – qui avait le fardeau de la preuve (art. 8 CC) – de poser au témoin les questions pertinentes et de nouvelles preuves ne peuvent pas être présentées devant le Tribunal fédéral (art. 99 al. 1 LTF). La cour cantonale n'a pas apprécié les preuves de manière arbitraire en constatant que cette déposition était trop vague pour en déduire que l'intimée avait donné des renseignements inexacts sur le compte de la recourante.

S'agissant des déclarations de A. et du Dr B., la cour cantonale a déjà constaté – à l'inverse des juges de première instance – qu'elles étaient probantes. On ne voit pas ce qu'il y aurait d'arbitraire – et l'intimée ne démontre pas le contraire - à croire ces personnes, qui se sont exprimées par écrit à l'époque des faits et qui ont ensuite confirmé leur déclaration en qualité de témoins. Savoir quelles sont les conséquences qu'il faut en tirer est une question intimement liée à l'analyse juridique du cas et elle sera traitée dans ce contexte.

2.2 Selon l'art. 328 al. 1 CO, l'employeur protège et respecte, dans les rapports de travail, la personnalité du travailleur.

Dans une certaine mesure, cette obligation perdure au-delà de la fin des rapports de travail (ATF 130 III 699 consid. 5.1 p. 704; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLF, Arbeitsvertrag, 7e éd. 2012, n° 21 ad art. 328 CO p. 570).

Ainsi, il a été jugé que l'employeur viole l'art. 328 CO et doit des dommages-intérêts à son ancien employé s'il a fourni sur ce dernier des renseignements faux et attentatoires à l'honneur et découragé de la sorte un employeur d'engager la personne en question (ATF 135 III 405 consid. 3.2 p. 409; cf. également pour un cas analogue: arrêt 4P.247/2002 et 4C.379/2002 du 22 avril 2003). La violation de l'art. 328 al. 1 CO suppose cependant que les renseignements fournis soient à la fois défavorables et inexacts (cf. arrêt 4C.379/2002 déjà cité consid. 1.1). Il n'a jamais été dit que l'employeur n'était pas en droit de fournir des renseignements sur son ancien employé ou d'émettre des critiques à son sujet. Il n'y a pas de violation de l'art. 328 al. 1 CO si l'employeur répond à des questions pertinentes, sans recourir à des formules inutilement blessantes, et expose ce qu'il a des raisons sérieuses de tenir de bonne foi pour vrai.

S'il y a violation de l'art. 328 al. 1 CO, l'employé a non seulement droit à la réparation du préjudice patrimonial qu'il subit, mais aussi à une indemnité pour tort moral aux conditions fixées par l'art. 49 al. 1 CO; cette norme prévoit que celui qui subit une atteinte illicite à sa personnalité a droit à une somme d'argent à titre de réparation morale, pour autant que la gravité de l'atteinte le justifie et que l'auteur ne lui ait pas donné satisfaction autrement; l'ampleur de la réparation morale dépend avant tout de la gravité des souffrances consécutives à l'atteinte subie par la victime et de la possibilité de l'adoucir sensiblement par le versement d'une somme d'argent; la fixation de l'indemnité pour tort moral est une question d'appréciation (ATF 137 III 303 consid. 2.2.2 p. 309; 130 III 699 consid. 5.1 p. 704; récemment: arrêt 4A_218/2012 du 24 juillet 2012 consid. 2.3).

2.2.1 On peut regretter que la cour cantonale n'ait pas déterminé précisément ce qu'elle retenait pour faux dans les renseignements qui ont été donnés à la garderie. En effet, seuls les renseignements erronés peuvent comme on l'a vu – fonder une responsabilité sur la base de l'art. 328 al. 1 CO et sont donc pertinents pour apprécier la question de la causalité et aussi, dans le domaine du tort moral, la question de la gravité de l'atteinte. On déduit cependant de manière suffisante de l'arrêt attaqué que la cour cantonale a considéré que l'information selon laquelle la recourante avait intenté un procès pour mobbing contre son employeur et avait succombé était fausse.

En fournissant ainsi à un tiers une information fausse et manifestement dépréciative sur son ancienne employée, l'intimée, par l'entremise d'un auxiliaire dont elle répond (art. 101 CO) a violé l'art. 328 al. 1 CO. La cour cantonale a retenu sans arbitraire, sur la base du témoignage de la directrice, que c'est pour cette raison que la recourante n'a pas été engagée par la garderie. La causalité naturelle et adéquate a donc été admise sans violer le droit fédéral.

Ainsi, par une violation d'une obligation contractuelle qui lui est imputable, l'intimée a privé la recourante de l'engagement par la garderie à partir d'une certaine date et pour un certain salaire. Sur ces bases, il semble possible d'établir un dommage donnant lieu à réparation (sur la notion de dommage: cf. ATF 133 III 462 consid. 4.4.2 p. 471). Il demeure certes que le fardeau de la preuve incombe à la recourante (art. 42 al. 1 CO applicable par le renvoi de l'art. 99 al. 3 CO). La cour cantonale esquive cependant totalement la question en affirmant que la recourante n'a pas démontré qu'elle aurait pu exercer cette activité en raison de ses douleurs dorsales attestées par le courrier de l'AI du 30 janvier 2007. La cour cantonale pousse trop loin l'exigence de preuve découlant de l'art. 8 CC lorsque, admettant que la recourante aurait été engagée, elle lui reproche de ne pas avoir prouvé de manière certaine qu'elle aurait pu faire le travail; à suivre l'exigence posée par l'autorité précédente, on pourrait, à titre d'exemples, aussi demander à la recourante de fournir la preuve qu'elle aurait donné satisfaction et n'aurait pas été licenciée ou encore que le travail lui aurait plu et qu'elle n'aurait pas donné son congé. Or, l'engagement suffit à faire naître des obligations. La correspondance à laquelle se réfère la cour cantonale indique que la capacité de travail de la recourante ne dépassait pas 30% dans l'activité d'infirmière, mais qu'elle était totale s'agissant d'une activité adaptée à ses limitations fonctionnelles. Il est notoire qu'un enfant est beaucoup moins lourd qu'un adulte et rien ne permet d'affirmer que le poste offert à la recourante à la garderie correspondait à une activité d'infirmière dans un hôpital. En excluant que la recourante ait pu accomplir le travail qui lui était proposé à la garderie, la cour cantonale fait une supposition qui ne repose pas sur des éléments sérieux, de sorte que ce fait a été retenu arbitrairement. Comme les données contenues dans l'arrêt at-

taqué sont insuffisantes pour se prononcer sur la question du dommage, il faut annuler cette décision et renvoyer la cause à la cour cantonale.

2.2.2 En ce qui concerne le refus de l'indemnité pour tort moral, la cour cantonale a relevé que la recourante souffrait déjà de problèmes psychiques auparavant et que l'aggravation de son état de santé consécutive aux renseignements défavorables était en voie de rémission.

L'indemnité prévue par l'art. 49 CO tend à réparer une souffrance morale (ATF 128 IV 53 consid. 7a p. 71). Il n'est nullement exigé que la victime ait subi une atteinte à sa santé psychique. En se concentrant sur l'état de santé de la recourante, la cour cantonale est partie d'une fausse conception de la notion de tort moral, de sorte qu'il y a eu violation de l'art. 49 CO.

Le médecin traitant – dont la cour cantonale a considéré sans arbitraire qu'il était crédible –, a affirmé, lors de son audition, que la recourante avait été gravement affectée par les faux renseignements donnés à son sujet par l'intimée, au point que cela s'était répercuté sur sa santé. On ne peut qu'en déduire que l'atteinte a été ressentie subjectivement comme grave. Pour ce motif également, l'arrêt attaqué doit être annulé et la cause renvoyée à la cour cantonale, puisque la fixation d'une indemnité pour tort moral est essentiellement une question d'appréciation qui relève du juge du fait et qu'il faut également prendre en compte la gravité de la faute, sur laquelle l'état de fait cantonal ne fournit aucune constatation.

Tribunal fédéral, Arrêt du 28 août 2013, Doss.-No 4A_62/2013 (Rejet du recours en matière civile interjeté contre l'arrêt rendu le 14 décembre 2012 par la II^e^ Chambre civile du Tribunal d'appel du canton du Tessin)

Travailleurs qui exercent une fonction dirigeante élevée. LTr. La notion de «lavoratori che esercitano una funzione dirigente superiore» au sens de l'art. 3a let. b LTr est équivalente à celle de «lavoratori che esercitano un ufficio direttivo elevato» contenue à l'art. 3 let. d LTr. L'art. 2.1 de la Convention collective de travail «Fox Town» qui contient la formulation «dipendenti che esercitano una funzione dirigente superiore» doit être interprétée en conformité avec la législation sur le travail et la jurisprudence y afférente (c. 3.3).

Extraits des faits:

B. è stato assunto dalla società lussemburghese C. SA dal 1° ottobre 2002 quale responsabile di un nuovo negozio al Fox Town di Mendrisio. Il contratto di lavoro prevedeva un salario mensile lordo di fr. 4500.– e una provvigione. Esso specificava inoltre segnatamente che il dipendente non appartiene alla categoria quadri e che, per quanto non regolatovi, le parti dichiarano di riferirsi al contratto di lavoro collettivo. Agli inizi del 2003

B. è divenuto pure il responsabile del negozio di Villeneuve (VD) ed è stato inscritto nei relativi registri di commercio quale responsabile sia della succursale ticinese che di quella vodese.

Nel mese di gennaio 2005 la da poco costituita A. SA, con sede a Mendrisio e di cui B. risultava essere amministratore unico, ha ripreso la gestione dei due predetti negozi e di un terzo punto di vendita a Ginevra. Il 20 ottobre 2005 l'assemblea generale della A. SA ha sostituito B., che è però rimasto responsabile dei tre punti di vendita, con un altro amministratore unico. In quell'occasione B. ha avanzato pretese per del lavoro effettuato che non ha ritenuto essere stato retribuito. Il 31 gennaio 2006 egli ha sottoscritto alla presenza del nuovo amministratore unico e del patrocinatore della A. SA una ricevuta di fr. 21 000.– per la cessione di 5 azioni al portatore di quest'ultima alla C. SA, una dichiarazione in cui ha riconosciuto che tutte le pretese derivanti dalla sua attività per le predette società fino a quel giorno erano state saldate e un nuovo contratto di lavoro quale responsabile dei negozi di Mendrisio, Villeneuve e Ginevra. Con scritto 14 giugno 2006 la A. SA ha licenziato B. per il 31 agosto 2006. Atteso che tale licenziamento era stato contestato, la datrice di lavoro ha nuovamente disdetto il 15 settembre 2006 il contratto per il 30 novembre 2006, nell'eventualità che la prima disdetta fosse nulla, e ha continuato a pagare il salario fino a tale data.

Con petizione 8 maggio 2007 B. ha chiesto al Pretore della giurisdizione di Mendrisio-Nord di condannare la A. SA al versamento di complessivi fr. 251 728.–, pretesa poi ridotta a fr. 231 728.– (fr. 191 228.– per salari arretrati e fr. 40 500.– a titolo di indennità per licenziamento abusivo). Il Pretore ha accolto l'azione limitatamente a fr. 118 191.30, oltre interessi, a titolo di salari arretrati. Con sentenza 14 dicembre 2012, emanata sotto l'egida del diritto processuale cantonale, la II Camera civile del Tribunale di appello del Cantone Ticino ha parzialmente accolto l'appello principale della convenuta, riducendo l'importo che questa deve versare all'attore a fr. 110 000.60 e ha ripartito in modo leggermente diverso fra le parti gli oneri processuali e le ripetibili. La Corte cantonale ha per contro respinto l'appello adesivo dell'attore. Essa ha innanzi tutto ritenuto il contratto collettivo di lavoro Fox Town (in seguito: CCL) applicabile al rapporto di lavoro fra le parti. Ha poi confermato il conteggio pretorile delle ore straordinarie effettuate dal lavoratore per il periodo da inizio 2003 al 31 gennaio 2006 e dei giorni di vacanza non goduti. Infine, ha pure considerato – come già il Pretore – invalida la dichiarazione di tacitazione delle pretese antecedenti il contratto del 31 gennaio 2006.

Con ricorso in materia civile del 1° febbraio 2013 la A. SA postula, previo conferimento dell'effetto sospensivo al gravame, la riforma della sentenza impugnata nel senso che la petizione sia interamente respinta.

Extraits des considérants:

2.

Il Tribunale federale esamina d'ufficio l'applicazione del diritto federale (art. 106 cpv. 1 LTF). Tuttavia, tenuto conto dell'onere di allegazione e motivazione imposto dall'art. 42 cpv. 1 e 2 LTF, la cui mancata ottemperanza conduce all'inammissibilità del gravame, considera di regola solo gli argomenti proposti nell'atto di ricorso (DTF 134 III 102 consid. 1.1). Se rimprovera all'autorità cantonale un accertamento dei fatti manifestamente inesatto – ossia arbitrario (DTF 137 III 268 consid. 1.2; 133 II 249 consid. 1.2.2) – il ricorrente deve motivare la censura conformemente alle esigenze poste dall'art. 106 cpv. 2 LTF (DTF 136 II 304 consid. 2.5 pag. 314). Egli deve quindi indicare in modo chiaro e dettagliato con riferimento ai motivi della decisione impugnata in che modo sarebbero stati violati i suoi diritti costituzionali (DTF 136 I 65 consid. 1.3.1; 134 II 244 consid. 2.2). Il rinvio agli atti della procedura cantonale non è ammesso (DTF 133 II 396 consid. 3.2). Siccome il giudice cantonale fruisce di un grande potere discrezionale nel campo dell'apprezzamento delle prove (o dell'accertamento dei fatti in genere), chi invoca l'arbitrio deve dimostrare che la sentenza impugnata ha ignorato il senso e la portata di un mezzo di prova preciso, ha omesso senza ragioni valide di tenere conto di una prova importante suscettibile di modificare l'esito della lite, oppure ha ammesso o negato un fatto ponendosi in aperto contrasto con gli atti di causa o interpretandoli in modo insostenibile (DTF 137 I 58 consid. 4.1.2 pag. 62; 134 V 53 consid. 4.3 pag. 62; 129 I 8 consid. 2.1).

3.

3.1 Pur ritenendo l'appello insufficientemente motivato, la Corte cantonale ha confermato la sentenza di primo grado laddove questa ha preso spunto dalla legislazione sul lavoro e dalla relativa giurisprudenza per interpretare l'art. 2.1 del CCL, che esclude dal suo campo di applicazione i dipendenti che esercitano una funzione dirigente superiore e percepiscono un salario annuo di almeno fr. 80 000.–. Citando la DTF 126 III 337 consid. 5, che si occupa della nozione di ufficio direttivo elevato ai sensi dell'art. 3 lett. d della legge federale sul lavoro nell'industria, nell'artigianato e nel commercio del 13 marzo 1964 (legge sul lavoro, LL), i Giudici d'appello hanno ribadito che il concetto di lavoratore che esercita una funzione dirigente superiore è restrittivo: per essere incluso in tale categoria è necessario che il dirigente disponga di un potere decisionale importante negli affari essenziali dell'impresa e cioè in quelli che influenzano in maniera durevole la vita o la struttura dell'azienda nel suo insieme o, almeno, in uno dei suoi elementi principali.

3.2 La ricorrente contesta di non aver sufficientemente motivato il suo appello e lamenta che la Corte cantonale ha ritenuto applicabile il CCL al rapporto di lavoro con l'attore perché ha interpretato in modo errato il concetto di «funzione dirigente superiore», ignorando pure che lo stipendio

percepito dall'opponente superava di gran lunga la soglia di fr. 80 000.–. In ogni caso, soggiunge la ricorrente, il CCL sarebbe stato inapplicabile all'attività non svolta a Mendrisio, atteso che nell'art. 2.2 questo prevede che il personale occupato a tempo parziale è soggetto proporzionalmente a tutte le disposizioni e prestazioni previstevi.

3.3 L'art. 2.1 del CCL in discussione recita che «il presente contratto si applica a tutto il personale di vendita delle ditte ubicate nel centro Fox Town di Mendrisio ed ad altre figure professionali che svolgono la loro attività in misura preponderante sulla superficie di vendita del Centro Fox Town (es: responsabili di negozio, gerenti, ecc.), ad eccezione dei dipendenti che esercitano una funzione dirigente superiore, con un salario annuo di almeno fr. 80 000.–».

Contrariamente a quanto sembra suggerire la ricorrente, la predetta disposizione richiede che la nozione di dipendente che esercita una funzione dirigente superiore venga interpretata, atteso che un salario di almeno fr. 80 000 annui non basta per escludere applicazione del CCL a determinati lavoratori. La ricorrente non può nemmeno essere seguita quando ritiene a tal fine irrilevante la giurisprudenza attinente alla legge sul lavoro, perché nell'art. 3 lett. d LL viene utilizzata una terminologia diversa («ufficio direttivo elevato») da quella contenuta nella citata disposizione del CCL. Infatti l'art. 3a lett. b LL, che si riferisce alla stessa cerchia di persone (THOMAS GEISER, in Arbeitsgesetz, Stämpflis Handkommentar SHK, 2005, n. 5 ad art. 3a LL), menziona i «l avoratori che esercitano una funzione dirigente superiore» e impiega quindi esattamente le medesime parole del CCL. Ne segue che le due espressioni utilizzate nel testo italiano della LL sono equivalenti e che le critiche dirette contro l'interpretazione della citata disposizione del CCL si rivelano infondate. Così stando le cose è inutile esaminare se le censure dell'appello soddisfacevano le esigenze di motivazione poste dalla legge processuale cantonale. Inconferente per escludere in parte – l'applicazione del CCL all'attore è infine il rinvio all'art. 2.2. Questa norma infatti si riferisce ai lavoratori a tempo parziale e – a giusta ragione – nemmeno la ricorrente afferma che l'attore non abbia svolto un'attività lavorativa a tempo pieno.

4.

4.1 Basandosi sulle risultanze dell'istruttoria, i Giudici cantonali hanno ritenuto che l'attore non ha esercitato una funzione dirigenziale superiore nel senso dell'art. 2.1 del CCL, perché egli, nonostante i titoli formali attribuitigli, non risultava essere detentore di un potere decisionale importante per l'andamento durevole dell'azienda. Egli disponeva di una grande libertà organizzativa e gestiva – come previsto nei contratti scritti agli atti – i tre negozi, occupandosi della merce, delle vetrine, della vendita e della direzione del personale, a cui dava istruzioni, ma non aveva la competenza della gestione straordinaria del personale, non poteva assumere o licenziare dipendenti in modo autonomo, compiere delle

scelte di tipo aziendale quali gli acquisti, né si era occupato del rinnovo del contratto di locazione del negozio di Mendrisio.

4.2 La ricorrente rimprovera alla Corte di appello di aver apprezzato in modo arbitrario le prove per aver escluso che l'attore abbia esercitato una funzione dirigenziale superiore e sostiene che questa ha arbitrariamente reputato che il rapporto di lavoro è rimasto invariato dal 2002 al gennaio 2006, quando invece tale periodo andrebbe suddiviso in 4 fasi distinte.

4.3 Nella fattispecie giova innanzi tutto rilevare che, contrariamente a quanto ripetutamente affermato nel ricorso, da una semplice lettura della sentenza impugnata risulta che la Corte cantonale era consapevole dei molteplici ruoli esercitati dall'attore durante la sua attività. Per il resto occorre osservare che la ricorrente si limita a proporre una mera critica appellatoria delle risultanze probatorie del tutto inidonea a dimostrare l'insostenibilità dell'apprezzamento effettuato dall'autorità inferiore. Quest'ultimo coincide anche con il contenuto degli unici due contratti di lavoro scritti agli atti, redatti a distanza di 4 anni, e in cui le competenze indicate corrispondono a quelle descritte nella sentenza impugnata. Si può del resto aggiungere che tranne il breve periodo in cui l'attore era iscritto a registro di commercio quale amministratore unico, egli risultava unicamente essere il responsabile di succursali, rispettivamente di tre negozi e che la ricorrente nemmeno menziona casi concreti in cui egli avrebbe effettivamente esercitato le pretese competenze decisionali, importanti per l'andamento durevole dell'azienda, attribuitegli nel ricorso. Ne segue che il CCL era in concreto applicabile.

5.

5.1 Per quanto attiene alle pretese per lavoro straordinario da inizio 2003 al 31 gennaio 2006, la Corte cantonale ha ritenuto che la convenuta era a conoscenza delle ore supplementari effettuate dall'attore, o avrebbe dovuto esserlo, a causa della durata del viaggio dal Ticino alla Svizzera romanda e che dall'istruttoria risulta lo svolgimento di almeno una trasferta settimanale fuori dagli orari lavorativi. Ha inoltre considerato che non vi è stata alcuna valida rinuncia nel senso dell'art. 341 CO per tale periodo, poiché il contratto di lavoro sottoscritto il 31 gennaio 2006, in cui era indicato che il tempo delle trasferte era compreso nell'orario di lavoro e che le ore supplementari sarebbero unicamente state riconosciute e pagate se richieste ed approvate dal datore di lavoro, poteva solo riferirsi a pretese future. La Corte cantonale ha altresì accertato che il lavoratore aveva notificato il 20 ottobre 2005 una sua pretesa per le ore straordinarie svolte.

5.2 La ricorrente afferma invece che la Corte d'appello avrebbe violato il diritto federale perché non ha considerato che dal gennaio 2003 all'ottobre 2005 il datore di lavoro e l'opponente sarebbero stati un tutt'uno, che l'attore quale dirigente superiore non aveva diritto alla retribuzione e alla compensazione di ore supplementari, che i tragitti potevano essere effettuati durante le normali ore di lavoro e che il tempo impiegato poteva essere recuperato nel corso della giornata. Rimprovera inoltre ai giudici cantonali

di aver ribaltato l'onere della prova e applicato in modo errato l'art. 42 CO, dando per scontata l'esistenza delle ore straordinarie.

5.3 Nella fattispecie giova innanzi tutto osservare che avendo la Corte cantonale accertato lo svolgimento di un viaggio alla settimana (della durata complessiva di 8 ore) nelle succursali d'oltralpe fuori dagli orari lavorativi, la questione dell'onere della prova è divenuta senza oggetto (DTF 132 III 626 consid. 3.4). La ricorrente abbozza invero una censura di apprezzamento arbitrario delle prove a tal proposito, in cui però si limita a inammissibilmente (sopra, consid. 2) proporre una sua lettura appellatoria di alcune testimonianze agli atti. Inoltre l'attore risultava essere, tranne nel breve periodo in cui era iscritto a registro di commercio quale amministratore unico della ricorrente, solo il responsabile delle succursali e dei relativi negozi. Contrariamente a quanto sostenuto nel gravame esistevano quindi – anche formalmente – degli organi della ricorrente, che rivestivano peraltro un rango superiore a quello dell'attore. In ragione della riconoscibilità della necessità delle menzionate trasferte, questi avrebbero potuto interessarsi al numero di ore supplementari effettuate (cfr. DTF 129 III 171 consid. 2.4). In queste circostanze la ricorrente non può nemmeno essere seguita, quando ritiene che la Corte cantonale abbia protetto un abuso di diritto. Senza pertinenza si rivela infine l'affermazione secondo cui l'attore sarebbe stato un dirigente, atteso che l'art. 321c CO vale anche per tale categoria di lavoratori quando la durata del lavoro è stabilita contrattualmente (DTF 129 III 171 consid. 2.1). Ora, nemmeno la ricorrente contesta che il CCL in concreto applicabile fissasse tale durata.

6.

La Corte di appello ha poi pure confermato la decisione pretorile con riferimento ai giorni di riposo non goduti, indicando che la convenuta non ha apportato la prova che il lavoratore li abbia effettuati.

Nella fattispecie la ricorrente non contesta tale motivazione, ma afferma nuovamente a torto (sopra, consid. 4.3) che il CCL non sarebbe applicabile al rapporto di lavoro e rinvia – inammissibilmente (DTF 133 II 396 consid. 3.2) – ai motivi fatti valere con il suo appello. Senza pertinenza si rivela in questo contesto anche la pretesa violazione, da parte dell'attore, di quanto previsto dagli art. 716a e 662a CO.

7.

7.1 Infine la Corte cantonale ha condiviso la sentenza di primo grado anche per quanto concerne l'invalidità della dichiarazione di tacitazione sottoscritta dall'attore per le pretese antecedenti la stipula del contratto di lavoro del 31 gennaio 2006. Essa ha considerato tale dichiarazione contraria all'art. 341 cpv. 1 CO, poiché il lavoratore ha rinunciato a pretese salariali di circa fr. 100 000.– e alle 5 azioni della datrice di lavoro da lui detenute per un corrispettivo di soli fr. 21 000.–. Nemmeno il nuovo contratto di lavoro, soggiungono i giudici cantonali, risulterebbe più favorevole al lavoratore di quello precedente, atteso che vi era pattuito un orario di lavoro di 44 ore settimanali invece delle 40 ore previste dal CCL e l'esclusione

della retribuzione delle ore supplementari nell'eventualità in cui queste non fossero state richieste e approvate dal datore di lavoro.

7.2 La ricorrente ritiene che i giudici cantonali siano incorsi in un apprezzamento arbitrario delle prove quando hanno negato la validità degli accordi sottoscritti il 31 gennaio 2006, sia perché la pretesa di fr. 102 337.25 a cui l'attore avrebbe rinunciato si riferirebbe a un credito contestato e infondato, sia perché essi avrebbero a torto reputato il nuovo contratto di lavoro meno vantaggioso di quello precedente.

7.3 Premesso che la ricorrente non contesta l'esposizione della giurisprudenza sviluppata in applicazione dell'art. 341 CO contenuta nella sentenza impugnata, occorre ancora una volta osservare che l'apodittica e appellatoria critica ricorsuale, nella misura in cui non è già stata confutata nei precedenti considerandi, non soddisfa le esigenze di motivazione poste dall'art. 106 cpv. 2 LTF per le censure degli accertamenti effettuati dalla Corte cantonale sulla base delle prove agli atti e si appalesa quindi inammissibile (sopra, consid. 2).

Bundesgericht, Urteil vom 2. September 2013, Doss.-Nr. 8C_110/2013 (Bestätigung des Entscheids des Personalrekursgerichts des Kantons Aargau vom 5. Dezember 2012)

Öffentliches Personalrecht. Gemäss der Vorinstanz hat die Arbeitgeberin im Zusammenhang mit der fristlosen Kündigung den Gehörsanspruch des Arbeitnehmers (Art. 29 Abs. 2 BV) verletzt, womit die Kündigung formell widerrechtlich und dem Arbeitnehmer im Sinne von Art. 337c Abs. 3 OR eine Pönalentschädigung zuzusprechen ist. Ferner vermag nur ein inhaltlicher Mangel der fristlosen Kündigung gegebenenfalls die Zusprechung von Lohnausfallersatz nach Art. 337c Abs. 1 OR zu rechtfertigen, wogegen einem Verfahrensmangel allein mittels Pönalentschädigung Rechnung zu tragen ist. Diese Ansichten der Vorinstanz sind nicht zu beanstanden. Anders wäre nur zu entscheiden, wenn der formelle Mangel derart gravierend wäre, dass die fristlose Kündigung deswegen ausnahmsweise auch als inhaltlich unrechtmässig bezeichnet werden müsste (E. 8.2 und 8.3).

Sachverhalt:

M. war ab 1. August 2009 an der Kreisschule X. als Realschullehrer angestellt. Am 27. Januar 2011 sprach die Kreisschule unter Hinweis auf finanzielle Verfehlungen die fristlose Kündigung des Arbeitsverhältnisses aus. Das in der Folge eingeleitete Schlichtungsverfahren vor der kantonalen Schlichtungskommission für Personalfragen endete mit deren Empfehlung vom 23. Juni 2011, die fristlose Kündigung sei zu bestätigen. Mit «Verfügung» vom 31. Oktober 2011 bestätigte die Kreisschule die fristlose

Kündigung vom 27. Januar 2011. M. erhob hierauf Beschwerde mit dem Rechtsbegehren, die Kreisschule sei zu verpflichten, ihm wegen zu Unrecht ausgesprochener fristloser Kündigung Fr. 34 233.35 (Entschädigung/Lohn brutto, abzüglich der gesetzlichen Sozialabzüge) zuzüglich Zins zu 5% seit 1. Februar 2012 sowie eine angemessene Pönalentschädigung im Sinne von Art. 337c Abs. 3 OR zu bezahlen. Das Personalrekursgericht des Kantons Aargau nahm die Beschwerde als Klage entgegen. Mit Entscheid vom 5. Dezember 2012 verpflichtete es die Kreisschule, M. infolge Verletzung seines Anspruchs auf rechtliches Gehör eine Pönalentschädigung im Sinne von Art. 337c Abs. 3 OR in Höhe von Fr. 9767.– zu bezahlen; im Übrigen wies es die Klage ab.

Mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten lässt M. sein vorinstanzliches Rechtsbegehren betreffend Entschädigung/Lohn nebst Zins erneuern und die Zusprechung einer – nunmehr auf Fr. 9767.– bezifferten – Pönalentschädigung im Sinne von Art. 337c Abs. 3 OR zu Lasten der Kreisschule beantragen.

Aus den Erwägungen:

4.

4.1 Der angefochtene Entscheid stützt sich auf § 12 f. des aargauischen Gesetzes über die Anstellung von Lehrpersonen vom 17. Dezember 2002 (GAL; SAR 411.200). Danach gilt als Grund für die fristlose Auflösung (des Anstellungsverhältnisses der Lehrperson) für beide Parteien jeder Umstand, der nach Schweizerischem Obligationenrecht (nachfolgend: OR) als wichtig gilt (§ 12 GAL). Erweist sich eine Kündigung nachträglich als widerrechtlich, hat die Lehrperson Anspruch auf Entschädigung. Diese bemisst sich nach den Bestimmungen über die missbräuchliche Kündigung des OR (§ 13 Abs. 1 GAL). Ein Anspruch auf Wiederanstellung besteht nicht (§ 13 Abs. 2 GAL).

4.2.

4.2.1 Gemäss Art. 337 Abs. 2 OR gilt als wichtiger Grund für die fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses namentlich jeder Umstand, bei dessen Vorhandensein dem Kündigenden nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden darf. Diese Regelung gelangt gestützt auf § 12 GAL als ergänzendes kantonales Recht zur Anwendung.

4.2.2 Das OR regelt die missbräuchliche (ordentliche) Kündigung und deren Folgen in Art. 336-Art. 336d OR. Die Vorinstanz geht in ihrem diesbezüglich nicht umstrittenen Entscheid sodann davon aus, dass gestützt auf § 13 Abs. 1 GAL auf eine widerrechtliche fristlose Kündigung des öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnisses Art. 337c OR analog Anwendung findet (vgl. dazu auch die in AGVE 2010 Nr. 79 S. 381 und 2009 Nr. 94 S. 419 publizierten Entscheide der Vorinstanz). Sie hat denn auch eine Entschädigung nach Abs. 3 dieser Bestimmung zugesprochen.

Nach Art. 337c OR gilt Folgendes: Entlässt der Arbeitgeber den Arbeitnehmer fristlos ohne wichtigen Grund, so hat dieser Anspruch auf Ersatz dessen, was er verdient hätte, wenn das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der Kündigungsfrist oder durch Ablauf der bestimmten Vertragszeit beendigt worden wäre (Abs. 1). Der Arbeitnehmer muss sich daran anrechnen lassen, was er infolge der Beendigung des Arbeitsverhältnisses erspart hat und was er durch anderweitige Arbeit verdient oder zu verdienen absichtlich unterlassen hat (Abs. 2). Der Richter kann den Arbeitgeber verpflichten, dem Arbeitnehmer eine Entschädigung zu bezahlen, die er nach freiem Ermessen unter Würdigung aller Umstände festlegt; diese Entschädigung darf jedoch den Lohn des Arbeitnehmers für sechs Monate nicht übersteigen (Abs. 3).

5.

Das kantonale Gericht ist zum Ergebnis gelangt, es liege ein wichtiger Grund im Sinne von § 12 GAL in Verbindung mit Art. 337 OR vor, welcher die fristlose Kündigung vom 27. Januar 2011 rechtfertige. Die Kündigung sei zudem entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers nicht verspätet ausgesprochen worden. Der Antrag, diesem sei gestützt auf Art. 337c Abs. 1 OR eine Entschädigung für entgangenen Lohn im Zeitraum von Februar bis Juli 2011 zuzusprechen, werde daher abgewiesen.

Die Vorinstanz hat sodann erkannt, die Beschwerdegegnerin habe den Anspruch des Beschwerdeführers auf rechtliches Gehör verletzt. Dieser formelle Mangel rechtfertige die Zusprechung einer Pönalentschädigung nach Art. 337c Abs. 3 OR im Betrag von einem Monatslohn in der Höhe von Fr. 9767.– (inkl. Anteil 13. Monatslohn).

In der Beschwerde wird die vorinstanzliche Beurteilung in verschiedener Hinsicht als willkürlich gerügt.

6.

Der Beschwerdeführer beantragt wie schon im kantonalen Verfahren gestützt auf Art. 337c Abs. 3 OR eine Pönalentschädigung, welche er nunmehr auf Fr. 9767.– beziffert.

Wie soeben dargelegt, wurde nun aber eine solche Strafzahlung im angefochtenen Entscheid bereits zugesprochen. Auf die Beschwerde ist daher diesbezüglich mangels eines schutzwürdigen Interesses (Art. 89 Abs. 1 lit. c BGG) nicht einzutreten.

7.

Streitig und zu prüfen ist als erstes, ob ein wichtiger Grund für die fristlose Kündigung vorliegt und ob diese rechtzeitig erfolgt ist.

7.1.

7.1.1 Das kantonale Gericht hat vorab erkannt, der Beschwerdeführer habe am 22. Juli und 4. November 2011 über einen speziellen Kundenzugang für Lehrpersonen der Beschwerdegegnerin zwei Reisen nach A. resp. B. gebucht. Es sei davon auszugehen, dass er die Reise nach A. gegenüber den SBB gezielt als Rekognoszierungsreise deklariert habe, um auf diese Weise eine Reise buchen zu können, ohne diese sofort bezahlen zu müssen.

Es bestünden aber keine ernsthaften Zweifel daran, dass es sich bei der Reise nach A. um eine private Vergnügungsreise gehandelt habe. Zudem müsse dem Beschwerdeführer von Anfang bewusst gewesen sein, dass er eine solche Reise nicht über den SBB-Zugang der Schule hätte buchen dürfen. Zumindest hätte er vorgängig das Einverständnis der Schule einholen müssen. Sodann sei das Vorgehen des Beschwerdeführers hinsichtlich der zweiten Buchung (Reise nach B.) zumindest als unüblich zu bewerten. Das Verhalten des Beschwerdeführers insbesondere im Zusammenhang mit der Reise nach A. erscheine somit, unabhängig davon, ob der Schule deswegen ein finanzieller Schaden entstanden sei, objektiv geeignet, das Vertrauensverhältnis zwischen ihm und der Schule nachhaltig zu stören.

7.1.2 Die Vorinstanz hat weiter erwogen, der Beschwerdeführer habe am 18. November 2010 unter Verwendung eines Schulstempels eine auf «1. Realschule B z.Hd. von Q.» lautende Kunden- und Kreditkarte der Y. beantragt. Mit dieser Karte habe er in der Folge private Warenbezüge in Höhe von über Fr. 5000.– getätigt. Im Januar 2011 habe er auf die gleiche Weise einen weiteren Antrag gestellt, dieses Mal für eine Karte Z. für Firmen, lautend auf «Realschule R. Q. Reallehrerin». Schliesslich habe der Beschwerdeführer offenbar über die Schule ein privates I-Pad bestellt und im Laden D. unbezahlt gebliebene Warenkäufe getätigt. Zwar habe er überzeugend dargelegt, dass die anfänglich unbezahlt gebliebenen Warenbezüge von ca. Fr. 800.– im Laden D. ein privates Kundenkonto betroffen hätten, welches dort für ihn geführt worden sei, weil die Mutter einer seiner Schülerinnen dort als Filialleiterin tätig gewesen sei. Die Beschwerdegegnerin sei somit durch diesen Zahlungsausstand nicht direkt betroffen gewesen. Das Verhalten des Beschwerdeführers sei aber symptomatisch dafür, wie er seine Position als Lehrperson bei der Beschwerdegegnerin dazu benutzt habe, um sich finanzielle Vorteile zu verschaffen. Diese Schlussfolgerung gelte auch in Bezug auf die private Bestellung eines i-Pad über die Schule, für welche der Beschwerdeführer keine vorgängige Einwilligung eingeholt habe und von der die Beschwerdegegnerin offenbar erst mit der Zustellung der Mahnung an ihre Adresse Kenntnis erhalten habe. Bei der Antragsstellung für die Y.- und die Z.-Karte habe das Fehlverhalten des Beschwerdeführer schliesslich noch ein weit gravierenderes Ausmass erreicht. Durch die Verwendung des Namens seiner Mutter Q. sowie eines Stempels der Schule habe er ganz klar kriminelle Energie erkennen lassen. Dass ein solches Verhalten geeignet sei, das Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien nachhaltig zu stören, liege auf der Hand. In diesem Zusammenhang spiele es letztlich auch keine Rolle, ob der Beschwerdeführer die Absicht gehabt habe, die Beschwerdegegnerin oder Dritte finanziell zu schädigen und ob es in dem gegen ihn laufenden Strafverfahren zu einer Verurteilung komme.

7.1.3 Zusammenfassend hält das kantonale Gericht fest, es sei davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer während seiner Anstellung wiederholt, in erheblichem Umfang und – mit Ausnahme der Reisebuchung

nach B. – ohne vorgängige Absprache resp. teils gar durch Falschangaben unter Ausnutzung seiner Position bei der Beklagten finanzielle Transaktionen abgewickelt resp. dies versucht habe, die ausschliesslich privaten Zwecken gedient hätten. Die geschilderten Verfehlungen seien ohne weiteres geeignet, die notwendige Vertrauensbasis zwischen den Parteien zu zerstören. Das gelte unabhängig davon, dass der Beschwerdegegnerin dank der Kontrolle der eingehenden Rechnungen schlussendlich kein Schaden entstanden sei.

7.1.4 Der Beschwerdeführer bestreitet die ihm angelasteten Vorgänge nicht. Er macht aber geltend, diese Sachverhalte rechtfertigten keine fristlose Kündigung, zumal er auf die entsprechende Aufforderung der Beschwerdegegnerin hin keine weiteren Reisen über den Kundenzugang der SBB gebucht habe, keine Schädigungsabsicht gegenüber seiner Arbeitgeberin gehabt habe, ihm kein strafrechtlich geahndetes Verschulden angelastet werden könne und der Schule kein finanzieller Schaden erwachsen sei.

Ein Vertrauensverlust des Arbeitgebers gegenüber dem Arbeitnehmer setzt nicht zwingend voraus, dass ersterer finanziell geschädigt wurde resp. hätte finanziell geschädigt werden sollen oder dass letzterer strafrechtlich belangt wird. Sodann lässt auch die Beendigung eines beanstandeten Verhaltens dieses nicht als ungeschehen erscheinen. Dass die Vorinstanz diese Einwände verworfen und die Verhaltensweisen des Beschwerdeführers, insbesondere hinsichtlich der Kartenanträge und -verwendung, als grob treuwidrig gegenüber dem Arbeitgeber gewürdigt hat, ist jedenfalls nicht willkürlich.

7.2 Das kantonale Gericht hat sich sodann mit der Frage befasst, ob die fristlose Kündigung verspätet ausgesprochen wurde und deshalb als verwirkt anzusehen sei. Es ist zum Ergebnis gelangt, zumindest in Bezug auf die Kartenanträge und -verwendung treffe dies nicht zu. Denn davon habe die Beschwerdegegnerin erst am 20. Januar 2011 resp. unmittelbar vor der Kündigungseröffnung am 27. Januar 2011 erfahren. Es bestehe sodann kein Zweifel, dass diese gravierende Verfehlung des Beschwerdeführers, insbesondere in Verbindung mit den übrigen Vorkommnissen, sowohl in objektiver als auch in subjektiver Hinsicht geeignet gewesen sei, das Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien zu zerstören. Damit sei ein wichtiger Grund für die fristlose Kündigung gesetzt worden. Diese sei unter den gegebenen Umständen auch als verhältnismässig anzusehen.

Die Einwände des Beschwerdeführers lassen diese Beurteilung nicht als willkürlich erscheinen. Namentlich war keine vorgängige Verwarnung erforderlich. Auch handelt es sich beim Gesichtspunkt der Kartenanträge und -verwendung nicht um einen – gegebenenfalls rechtsmissbräuchlich – nachgeschobenen Kündigungsgrund. Das kantonale Gericht hat hierzu erwogen, dieser Aspekt sei der fristlosen Kündigung mit zugrunde gelegen. Das ist im Rahmen der Willkürprüfung nicht zu beanstanden.

Unter den Gesichtswinkeln der Begründetheit, Verhältnismässigkeit und Rechtzeitigkeit der fristlosen Kündigung ist diese mithin nicht widerrechtlich.

8.

Zu prüfen bleibt der Aspekt der Verletzung des rechtlichen Gehörs.

8.1 Der Gehalt des Anspruchs auf rechtliches Gehör wird in erster Linie von den kantonalen Verfahrensbestimmungen geregelt, die durch das Bundesgericht nur unter dem begrenzten Gesichtswinkel der Willkür überprüft werden können; in jedem Fall muss jedoch die kantonale Behörde die direkt aus Art. 29 Abs. 2 BV abgeleiteten Mindestgarantien beachten. Das gilt uneingeschränkt auch im öffentlichen Personalrecht (URSPRUNG/RIEDI HUNOLD, Schwerpunkte der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum öffentlichen Personalrecht, in: ZBl 2013 S. 295 ff., S. 306; vgl. auch BGE 135 I 279) und wird vom Bundesgericht mit freier Kognition geprüft (BGE 135 I 279 E. 2.2 S. 281 mit Hinweis).

Im vorliegenden Fall beruft sich der Beschwerdeführer nicht auf eine kantonale Bestimmung betreffend den Anspruch auf rechtliches Gehör, weshalb die Rüge allein im Lichte von Art. 29 Abs. 2 BV zu prüfen ist.

8.2 Das kantonale Gericht hat erkannt, die Beschwerdegegnerin habe im Zusammenhang mit der fristlosen Kündigung den Gehörsanspruch des Beschwerdeführers verletzt. Damit sei die Kündigung formell widerrechtlich, weshalb dem Beschwerdeführer im Sinne von § 13 GAL in Verbindung mit Art. 337c Abs. 3 OR die besagte Pönalentschädigung zuzusprechen sei.

Das ist insoweit nicht umstritten. Es steht sodann nicht zur Diskussion, dass die Kündigung wegen dieses Verfahrensmangels aufzuheben wäre; ein entsprechender Antrag wird nicht gestellt. Streitig ist vielmehr, ob wie vom Beschwerdeführer postuliert, zusätzlich zur Pönalentschädigung auch Lohnausfallersatz nach Art. 337c Abs. 1 OR zuzusprechen ist.

8.3 Die Vorinstanz geht davon aus, nur ein inhaltlicher Mangel der fristlosen Kündigung vermöchte gegebenenfalls die Zusprechung von Lohnausfallersatz zu rechtfertigen. Einem Verfahrensmangel allein sei mittels Pönalentschädigung Rechnung zu tragen. Anders wäre nur zu entscheiden, wenn der formelle Mangel derart gravierend sei, dass die fristlose Kündigung deswegen ausnahmsweise auch als inhaltlich unrechtmässig bezeichnet werden müsste. Ein so schwerer Verfahrensfehler liege hier nicht vor.

In der Beschwerde wird nicht dargelegt, inwiefern eine so schwere Gehörsverletzung vorliegen soll, dass dies im Sinne der – nicht umstrittenen – grundsätzlichen Erwägungen der Vorinstanz ausnahmsweise die Zusprechung von Lohnausfallersatz rechtfertigen könnte. Vorgebracht wird einzig, das kantonale Gericht sei zu Unrecht davon ausgegangen, die fristlose Kündigung sei für den Beschwerdeführer nicht unvermittelt gekommen. Das genügt nicht, um die vorinstanzliche Beurteilung als willkürlich

zu betrachten. Die Beschwerde ist deshalb abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

Tribunal fédéral, Arrêt du 4 septembre 2013, Doss.-No 8C_760/2012 (Rejet du recours en matière de droit public interjeté contre le jugement de la Cour de droit public du Tribunal cantonal de la République et canton de Neuchâtel du 20 août 2012)

Art. 324a CO. Il appartient au travailleur d'apporter la preuve que son empêchement de travailler est dû à la maladie ou à l'accident. Le fait qu'il se retranche derrière le secret médical pour refuser de communiquer un rapport médical à l'employeur ou toute attestation plus détaillée relatifs à son état de santé peut donner à penser qu'il n'est pas en mesure de justifier son incapacité de travail. Dans de telles conditions, il est possible de considérer, sans tomber dans l'arbitraire, que l'incapacité alléguée n'a pas été établie et écarter une demande d'expertise (c. 3).

Extraits des faits:

B. a été engagé par le Syndicat intercommunal de X. à C. dès le 1er juillet 2009, par contrat de durée indéterminée à un taux d'activité de 100%. L'intéressé a subi une incapacité de travail entière à partir du 24 août 2011. Cette incapacité a été annoncée à l'assureur-maladie en cas de perte de gain, lequel a confié une expertise au docteur V., spécialiste en psychiatrie et psychothérapie. Dans un rapport du 6 janvier 2012, ce médecin n'a pas retenu de diagnostic avec répercussion sur la capacité de travail.

Se fondant sur cet avis médical, l'assureur-maladie a supprimé le droit de B. à une indemnité journalière à partir du 1er février 2012. Par courrier du 1er février 2012, X. a mis en demeure son employé de réintégrer son poste de travail immédiatement, en le rendant attentif aux conséquences que pourrait avoir le non-respect de cette injonction sur les rapports de service. Le 6 février 2012, X. a sommé son employé de reprendre le travail sous peine de résiliation des rapports de travail avec effet immédiat et lui a imparti un délai de huit jours pour se déterminer. Le 11 février suivant, B. a adressé à l'employeur un certificat du docteur D. faisant état d'une incapacité de travail entière du 1er au 29 février 2012. Invité par l'employeur à lui communiquer le dossier complet de l'intéressé, l'assureur-maladie a refusé d'accéder à cette demande en raison des dispositions relatives à la protection des données et a indiqué qu'il n'y avait pas de motif de mettre en cause les conclusions de l'expert, selon lesquelles l'intéressé ne présentait aucune affection de nature à réduire sa capacité de travail. Par courrier du 23 avril 2012, l'employeur a enjoint à l'intéressé de lui communiquer le rapport d'expertise du docteur V. du 6 janvier 2012, ainsi

que tout autre document de nature à établir son état de santé et l'a invité derechef à se déterminer sur une éventuelle résiliation des rapports de travail. Par lettre du 3 mai 2012, B. a refusé de communiquer les documents requis en invoquant le secret médical. En outre, il a produit un certificat de son médecin traitant faisant état d'une incapacité de travail entière.

Par décision du 14 mai 2012, l'employeur a mis fin aux rapports de service avec effet au 31 août 2012 pour violation grave des devoirs de service. Il a considéré qu'en dépit de plusieurs mises en demeure, et bien que l'expert eût nié l'existence de toute maladie de nature à empêcher la reprise de son activité professionnelle, l'intéressé n'avait fourni aucune prestation de travail depuis le 1er février 2012. Saisie d'un recours formé par B., la Cour de droit public du Tribunal cantonal de la République et canton de Neuchâtel l'a rejeté par jugement du 20 août 2012. B. forme un recours en matière de droit public en concluant, sous suite de frais et dépens, à l'annulation du jugement cantonal et de la décision de résiliation des rapports de service du 14 mai 2012.

Extraits des considérants:

2.

2.1 Le recourant invoque une application arbitraire du droit communal par la juridiction cantonale. Il allègue que la confirmation de la décision de résiliation des rapports de service du 14 mai 2012 constitue une violation de l'art. 2.25 du règlement général de X. (ci-après: le règlement), intitulé »validité des décisions» et aux termes duquel les décisions sont prises à la majorité des membres présents, étant précisé que le président ne vote pas, mais départage en cas d'égalité. L'intéressé soutient que rien au dossier ne donne à penser que la procédure de vote prévue par cette disposition a été respectée. Dans ce contexte, il invoque une violation par la juridiction cantonale de son droit d'être entendu relativement aux mesures d'instruction proposées. En particulier, il reproche aux premiers juges de n'avoir pas instruit le point de savoir quels étaient les membres du comité de X. qui ont voté pour la résiliation des rapports de service. Une instruction sur ce point aurait permis, selon le recourant, d'établir que les membres dudit comité n'ont pas voté au sujet de la résiliation des rapports de service et que la décision a été prise seulement par son président et son secrétaire, en violation de l'art. 2.25 du règlement. Par ailleurs, il reproche à la juridiction cantonale d'avoir écarté sans motivation sa requête d'audition des témoins N. et F.

2.2 Sauf dans les cas cités expressément à l'art. 95 LTF, le recours ne peut pas être formé pour violation du droit cantonal en tant que tel. En revanche, il est toujours possible de faire valoir que la mauvaise application du droit cantonal ou communal constitue une violation du droit fédéral, en particulier qu'elle est arbitraire au sens de l'art. 9 Cst. ou contraire à d'autres droits constitutionnels (ATF 133 III 462 consid. 2.3 p. 466). Au-

trement dit, le Tribunal fédéral ne revoit l'interprétation et l'application du droit cantonal et communal que sous l'angle de l'arbitraire. Il ne s'écarte de la solution retenue que si celle-ci se révèle insoutenable, en contradiction manifeste avec la situation effective, ou si elle a été adoptée sans motifs objectifs et en violation d'un droit certain, ce qu'il appartient au recourant de démontrer par une argumentation qui réponde aux exigences des art. 42 al. 2 et 106 al. 2 LTF (cf. ATF 134 II 349 consid. 3 p. 351 s.; 133 II 249 consid. 1.4.2 p. 254 et les références).

La jurisprudence a par ailleurs déduit de l'art. 29 al. 2 Cst., notamment, le droit pour le justiciable d'obtenir qu'il soit donné suite à ses offres de preuves pertinentes. Le droit d'être entendu ne s'oppose cependant pas à ce que l'autorité mette un terme à l'instruction lorsque les preuves administrées lui permettent de se forger une conviction et que, procédant d'une façon non arbitraire à une appréciation anticipée des preuves qui lui sont encore proposées, elle a la certitude que ces dernières ne pourraient plus l'amener à modifier son opinion (cf. ATF 136 I 229 consid. 5.3 p. 236).

2.3 En l'espèce, la volonté du comité de direction a été manifestée par la décision du 14 mai 2012, dûment signée par son président et son secrétaire, dont la signature collective à deux engage valablement le Syndicat intercommunal de X. (art. 2.26 du règlement). Par ailleurs, il n'existe en l'occurrence aucun indice permettant de supposer que le président et le secrétaire du comité ont outrepassé leur pouvoir de représentation en signant une décision non conforme à la volonté du comité de X. Dans ces conditions, la juridiction cantonale pouvait, sans tomber dans l'arbitraire, reconnaître la validité de la décision de licenciement et renoncer valablement à compléter l'instruction sur ce point.

3.

Le recourant reproche en outre à la juridiction précédente d'avoir écarté sa demande tendant à la mise en œuvre d'une expertise médicale pluridisciplinaire.

Ce grief est mal fondé. Contrairement à ce que paraît croire le recourant, c'est au travailleur qu'il appartient d'apporter la preuve que son empêchement de travailler est dû à la maladie ou à l'accident (CHRISTIANE BRUNNER/JEAN-MICHEL BÜHLER/JEAN-BERNARD WAEBER/CHRISTIAN BRUCHEZ, Commentaire du contrat de travail, 2004, ad art. 324a p. 110 n. 3; PIERRE TERCIER/PASCAL G. FAVRE, Les contrats spéciaux, 2009, p. 517 n. 3505; arrêt 8C_838/2009 du 17 février 2010 consid. 4.3).

Comme l'ont relevé les premiers juges, le recourant n'a pas contesté la décision de son assureur-maladie de supprimer le droit aux prestations sur la base du rapport du docteur V. Dans les certificats produits par l'intéressé, son médecin traitant s'est contenté de faire état d'une incapacité de travail, sans indiquer, ne fût-ce que sommairement, le motif de cette incapacité ni prendre position sur le rapport du docteur V. Le fait que le recourant s'est retranché derrière le secret médical pour refuser de communiquer ce rapport à l'employeur ou toute attestation plus détaillée relatifs à son

état de santé (lettre du 3 mai 2012) donnait à penser qu'il n'était pas en mesure de justifier son incapacité de travail (cf. OLIVIER SUBILIA/JEAN-LOUIS DUC, Droit du travail – Eléments de droit suisse, 2010, n° 142 ad art. 324a CO). Dans ces conditions, la juridiction précédente pouvait sans tomber dans l'arbitraire considérer que l'incapacité alléguée n'était pas établie et écarter la demande d'expertise.

Bundesgericht, Urteil vom 11. September 2013, Doss.-Nr. 4A_103/2013 (Aufhebung des Beschlusses des Obergerichts des Kantons Glarus vom 18. Januar 2013), in: BGE 139 III 411

Art. 342 Abs. 2 OR; Art. 1 ArG; Anwendbarkeit des ArG auf im Ausland beschäftigte Arbeitnehmer; Rezeptionsklausel.
Auf im Ausland beschäftigte Arbeitnehmer ist das ArG auch bei Unterstellung des Arbeitsvertrages unter Schweizer Recht weder direkt noch indirekt über die sog. Rezeptionsklausel von Art. 342 Abs. 2 OR anwendbar (E. 2).

Art. 342 al. 2 CO; art. 1 LTr; applicabilité de la LTr à un travailleur occupé à l'étranger.
Aussi lorsque le contrat de travail est soumis au droit suisse, la LTr n'est applicable ni directement ni indirectement par l'effet de l'art. 342 al. 2 CO (consid. 2).

Sachverhalt:

A.

Die X. GmbH (Arbeitgeberin, Beklagte, Beschwerdeführerin) mit Sitz in der Schweiz hat sich darauf spezialisiert, in Krisengebieten die Verpflegung von militärischen und anderen Organisationen sicherzustellen. Seit 2005 betreibt sie in einem abgesperrten und bewachten Logistikzentrum (Camp) an der Peripherie von Kabul in Afghanistan eine Bäckerei und beliefert vor Ort Truppen mit Brot- und Konditoreiwaren. A. (Arbeitnehmer, Kläger, Beschwerdegegner) ist Bäcker mit abgeschlossener Meisterprüfung und hat Wohnsitz in Deutschland. Am 1. April 2005 schlossen die Parteien einen Arbeitsvertrag. Darin verpflichtete sich der Arbeitnehmer, in der Bäckerei der Arbeitgeberin in Kabul zu arbeiten. Gemäss Vertrag sollte die wöchentliche Arbeitszeit bei einer Sechstagewoche im Durchschnitt 54 Stunden nicht übersteigen. Allfällige Mehrstunden sollten mit dem Monatslohn abgegolten sein. Als Ausgleich hatte der Arbeitnehmer gemäss Vertrag jährlich 63 Ferientage. Die Parteien unterstellten den Vertrag schweizerischem Recht und vereinbarten Glarus als Gerichtsstand.

B.

Mit Klage vom 15. Januar 2009 beim Kantonsgericht Glarus beantragte der Arbeitnehmer, die Arbeitgeberin sei zur Zahlung von EUR 120 401.– nebst Zins zu verurteilen (EUR 118 178.– als Entschädigung für Mehr-, Nacht- und Sonntagsarbeit, EUR 1826.– für Krankenkassenkosten und EUR 397.– für die Kosten der Rückreise nach Beendigung der Arbeitstätigkeit). Der Arbeitnehmer stützte seine Ansprüche auf das Bundesgesetz vom 13. März 1964 über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (ArG; SR 822.11). Mit Entscheid vom 10. August 2010 wies das Kantonsgericht Glarus die Klage ab. Es verneinte die Anwendbarkeit des ArG und damit auch das Bestehen einer Anspruchsgrundlage. Im Sinne einer Eventualbegründung führte das Kantonsgericht aus, der Arbeitnehmer habe die behaupteten Arbeitszeiten ohnehin nicht beweisen können.

Dagegen erhob der Arbeitnehmer Berufung beim Obergericht des Kantons Glarus. Er beschränkte seine Klage auf den Betrag von EUR 118 178.– als Entschädigung für Mehr-, Nacht- und Sonntagsarbeit. Mit Beschluss vom 18. Januar 2013 hiess das Obergericht des Kantons Glarus die Berufung gut, hob das Urteil des Kantonsgerichts Glarus auf und wies die Klage zur Neubeurteilung im Sinne der Erwägungen an dieses zurück. Anders als das Kantonsgericht bejahte das Obergericht die Anwendbarkeit des ArG und warf der Vorinstanz eine unzulässige antizipierte Beweiswürdigung vor.

C.

Mit Beschwerde in Zivilsachen vom 21. Februar 2013 beantragt die Arbeitgeberin dem Bundesgericht sinngemäss, es seien der Entscheid des Obergerichts des Kantons Glarus aufzuheben und die Klage des Beschwerdegegners abzuweisen.

Das Bundesgericht heisst die Beschwerde gut, hebt den angefochtenen Beschluss auf und weist die Klage des Beschwerdegegners ab.

Aus den Erwägungen:

2.

Die Beschwerdeführerin rügt, die Vorinstanz habe die Anwendbarkeit des ArG zu Unrecht bejaht. Richtig besehen sei dieses nicht anwendbar, womit die gesetzliche Grundlage für eine Entschädigung von Mehr-, Nacht- und Sonntagsarbeit fehle.

2.1 Die Vorinstanz hat ausgeführt, das ArG sei öffentlich-rechtlicher Natur und gelte nach dem Territorialitätsprinzip nur im Staatsgebiet der Schweiz, womit die arbeitsgesetzlichen Vorgaben grundsätzlich nur für Sachverhalte relevant seien, welche sich in der Schweiz zutragen würden. Art. 342 Abs. 2 OR sehe nun aber im Falle des Bestehens einer öffentlich-rechtlichen Verpflichtung einer Vertragspartei vor, dass der andern Vertragspartei ein zivilrechtlicher Anspruch auf Erfüllung zustehe, wenn die Verpflichtung Inhalt des Einzelarbeitsvertrages sein könnte (sog. Rezeptionsklausel). Die öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen würden so gestützt auf

Art. 342 Abs. 2 OR zu zivilrechtlichen Ansprüchen. Die Vertragsparteien auch eines internationalen Arbeitsverhältnisses könnten sich daher für entsprechende Ansprüche auf die im öffentlichen Recht getroffenen Regelungen berufen, wenn auf ihr Arbeitsverhältnis schweizerisches Recht anwendbar sei.

2.2 Die Beschwerdeführerin bringt vor, der Geltungsbereich des ArG werde in dessen Art. 1 geregelt. Im Ausland beschäftigte Arbeitnehmer würden in dieser Bestimmung nicht erwähnt, was ein qualifiziertes Schweigen darstelle. Was die Rezeptionsklausel von Art. 342 Abs. 2 OR angehe, so sei zu beachten, dass ein zivilrechtlicher Erfüllungsanspruch des Arbeitnehmers nur bestehe, wenn das ArG der Arbeitgeberin öffentlich-rechtliche Verpflichtungen auferlegt habe. Solche Verpflichtungen bestünden vorliegend aber gerade nicht, da das ArG nicht anwendbar sei. Schliesslich würde die Anwendung etwa von Gesundheitsschutzbestimmungen des schweizerischen Arbeitsgesetzes auf Arbeitsverhältnisse, die mit denjenigen in der Schweiz kaum vergleichbar seien, auch sachlich falsch erscheinen. Diese Vorschriften seien auf schweizerische Verhältnisse zugeschnitten. Sie könnten daher nicht ohne weiteres auf Arbeitsverhältnisse mit Arbeitsort in Ländern übertragen werden, in welchen völlig andere Arbeitsbedingungen herrschten.

2.3 Da die Arbeitgeberin ihren Sitz in der Schweiz hat und der Arbeitnehmer mit Wohnsitz in Deutschland seine Arbeit in Kabul geleistet hat, liegt ein internationaler Sachverhalt vor. Die Vorinstanz hat das anwendbare Recht somit zutreffend nach dem IPRG ermittelt (Art. 1 Abs. 1 lit. b IPRG [SR 291]). Arbeitsverträge unterliegen nach Art. 121 Abs. 1 IPRG grundsätzlich dem Recht des Staates, in dem der Arbeitnehmer gewöhnlich seine Arbeit verrichtet. Die Parteien können den Arbeitsvertrag indessen dem Recht des Staates unterstellen, in dem der Arbeitnehmer seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat oder in dem die Arbeitgeberin ihre Niederlassung, ihren Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt hat (Art. 121 Abs. 3 IPRG). Die Rechtswahl der Parteien, mit welcher sie Schweizer Recht für anwendbar erklärt haben, ist somit zulässig (vgl. auch BGE 136 III 392 E. 2.2 S. 395).

2.4 Zu den anwendbaren Bestimmungen des Schweizer Rechts gehören grundsätzlich auch solche öffentlich-rechtlicher Natur (vgl. VISCHER/HUBER/OSER, Internationales Vertragsrecht, 2. Aufl. 2000, N. 778; THOMAS GEISER, in: Arbeitsgesetz, 2005, N. 27 zu Art. 1 ArG; so für das ausländische Recht explizit Art. 13 Satz 2 IPRG). Ob öffentlich-rechtliche Normen auf ein internationales Arbeitsverhältnis Anwendung finden, entscheidet sich nach ihrem eigenen persönlichen, sachlichen und örtlichen Geltungsbereich (VISCHER/HUBER/OSER, a.a.O., N. 778 und 797; FRANK VISCHER, General Course on Private International Law, Recueil des Cours 232/1992 I S. 186; vgl. auch ANTON HEINI, in: Zürcher Kommentar zum IPRG, 2. Aufl. 2004, N. 6 zu Art. 13 IPRG; ANDREAS BUCHER, in: Commentaire romand, Loi sur le droit international privé, 2011, N. 29 f. zu Art. 13

IPRG; BERNARD DUTOIT, Droit international privé suisse, 4. Aufl. 2005, N. 7 zu Art. 13 IPRG; GREGOR GEISSER, Ausservertragliche Haftung privat tätiger Unternehmen für »Menschenrechtsverletzungen» bei internationalen Sachverhalten, 2013, N. 461; MÄCHLER-ERNE/WOLF-METTIER, in: Basler Kommentar, Internationales Privatrecht, 2. Aufl. 2007, N. 7 und 7a zu Art. 13 IPRG).

Das ArG bestimmt seinen Geltungsbereich in Art. 1 ff. ArG. Nach Art. 1 Abs. 3 ArG ist das Gesetz u.a. auf Arbeitnehmer anwendbar, welche ein im Ausland gelegener Betrieb in der Schweiz beschäftigt, soweit dies nach den Umständen möglich ist. Eine Anwendung auf im Ausland beschäftigte Arbeitnehmer ist hingegen nicht vorgesehen. Auch in der Lehre ist unbestritten, dass das ArG nur auf in der Schweiz beschäftigte Arbeitnehmer direkt Anwendung findet (vgl. nur THOMAS GÄCHTER, Arbeitsschutz, in: Gesundheitsrecht, SBVR Bd. VIII, 2005, S. 316 Rz. 41; FRANK VISCHER, in: Zürcher Kommentar zum IPRG, 2. Aufl. 2004, N. 14 zu Art. 18 IPRG; ROLAND MÜLLER, Arbeitsgesetz, 6. Aufl. 2001, Art. 1 Abs. 3 ArG; VISCHER/HUBER/OSER, a.a.O., N. 778 und Fn. 100; ANDREAS BUCHER, Les nouvelles règles du droit international privé suisse dans le domaine du droit du travail, in: Mélanges Alexandre Berenstein, 1989, S. 160). Die Vorinstanz hat daher zu Recht eine direkte Anwendbarkeit des ArG verneint. Sie ist indessen von einer indirekten Anwendbarkeit über die sog. Rezeptionsklausel von Art. 342 Abs. 2 OR ausgegangen. Diese Bestimmung sei so auszulegen, dass sich die Vertragsparteien eines internationalen Arbeitsverhältnisses auf die im öffentlichen Recht getroffenen Regelungen berufen könnten, da öffentliches Recht gestützt auf Art. 342 Abs. 2 OR zum Bestandteil des Privatrechts werde (so auch GEISER, a.a.O., N. 30 zu Art. 1 ArG; MANFRED REHBINDER, Schweizerisches Arbeitsrecht, 15. Aufl. 2002, N. 643).

2.5

2.5.1 Das Gesetz muss in erster Linie aus sich selbst heraus, das heisst nach dem Wortlaut, Sinn und Zweck und den ihm zu Grunde 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 Prioritätsordnung zu unterstellen. Die Gesetzesmaterialien können beigezogen werden, wenn sie auf die streitige Frage eine klare Antwort geben (BGE 137 V 434 E. 3.2; BGE 137 IV 249 E. 3.2; BGE 136 III 23 E. 6.6.2.1; BGE 135 III 112 E. 3.3.2).

2.5.2 Art. 342 Abs. 2 OR lautet wie folgt: »Wird durch Vorschriften des Bundes oder der Kantone über die Arbeit und die Berufsbildung dem

Arbeitgeber oder dem Arbeitnehmer eine öffentlich-rechtliche Verpflichtung auferlegt, so steht der andern Vertragspartei ein zivilrechtlicher Anspruch auf Erfüllung zu, wenn die Verpflichtung Inhalt des Einzelarbeitsvertrages sein könnte.» Die Formulierung «Wird (...) eine öffentlich-rechtliche Verpflichtung auferlegt, so steht (...) ein zivilrechtlicher Anspruch auf Erfüllung zu» suggeriert, dass das Bestehen einer öffentlich-rechtlichen Verpflichtung eine Voraussetzung für den zivilrechtlichen Anspruch ist (vgl. auch ADRIAN STAEHELIN, in: Zürcher Kommentar, 1996, N. 14 zu Art. 342 OR). Noch klarer in diese Richtung deuten die französische und italienische Fassung: «Si des dispositions (...) imposent (...) une obligation de droit public (...), l'autre partie peut agir civilement en vue d'obtenir l'exécution de cette obligation»/«Se le prescrizioni (...) impongono (...) un obbligo di diritto pubblico, l'altra parte ha una azione di diritto civile per ottenere l'adempimento». Diese Formulierung deutet darauf hin, dass ein zivilrechtlicher Anspruch auf Erfüllung der anderen Vertragspartei nur so weit zusteht, als eine öffentlich-rechtliche Verpflichtung (bereits) auferlegt wurde (vgl. auch BGE 132 III 257 E. 5.4.5 S. 261). Der Wortlaut von Art. 342 Abs. 2 OR spricht somit eher gegen die Auslegung der Vorinstanz.

2.5.3 Wie sich aus den Materialien ergibt, sollte mit Art. 342 Abs. 2 OR die Frage geregelt werden, welches die privatrechtlichen Wirkungen der öffentlich-rechtlichen Vorschriften über die Arbeit und die Berufsbildung sind (Botschaft vom 25. August 1967 zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die Revision des Zehnten Titels und des Zehnten Titelsbis des Obligationenrechts [Der Arbeitsvertrag],BBl 1967 II 404 zu Art. 342 Ziff. 2). Im Rahmen der Erläuterung des Art. 342 Abs. 2 OR verweist die Botschaft darauf, dass ein zivilrechtlicher Anspruch auf Erfüllung eingeräumt wird, soweit dem Arbeitgeber oder Arbeitnehmer eine öffentlich-rechtliche Verpflichtung auferlegt ist (Hervorhebung hinzugefügt; BBl 1967 II 404 zu Art. 342 Ziff. 2; so auch STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, 7. Aufl. 2012, N. 6 zu Art. 342 OR). An anderer Stelle wird sogar ausdrücklich festgehalten, dass gewisse Bestimmungen des ArG nach Art. 342 Abs. 2 OR für die dem Arbeitsgesetz unterstellten Arbeitsverhältnisse auch privatrechtlich gelten (Hervorhebung hinzugefügt; BBl 1967 II 307 zu Art. 321c Ziff. 4). Die Materialien sprechen somit gegen die Einräumung eines zivilrechtlichen Anspruchs auf Erfüllung, wenn das betreffende Arbeitsverhältnis dem ArG wie vorliegend nicht unterstellt ist.

2.5.4 Die Auslegung der Vorinstanz erscheint auch unter systematischen Gesichtspunkten problematisch. Der Beschwerdegegner will sich über Art. 342 Abs. 2 OR auf Bestimmungen des ArG berufen, die grundsätzlich nicht anwendbar wären. Über das Zivilrecht würden so öffentlich-rechtliche Vorschriften durchgesetzt, obwohl diese nach ihrem eigenen ausdrücklich festgelegten Geltungsbereich nicht angewandt sein wollen. Damit würden die Bestimmungen des ArG zu dessen Geltungsbereich umgangen. Zudem leuchtet nicht ein, dass ein zivilrechtlicher Anspruch die

direkte Anwendbarkeit des ArG zwar in betrieblicher und persönlicher, nicht aber in örtlicher Hinsicht bedingen sollte. Es würde sich daher die Frage stellen, weshalb nicht auch in der Schweiz beschäftigte Arbeitnehmer, die vom betrieblichen oder persönlichen Geltungsbereich des ArG ausgeschlossen sind (vgl. Art. 2 f. ArG), die Anwendung von Bestimmungen dieses Gesetzes über Art. 342 Abs. 2 OR verlangen könnten. Das Bundesgericht hat aber in einem solchen Fall bereits entschieden, dass die Bestimmungen des ArG nicht über Art. 342 Abs. 2 OR Anwendung finden könnten, da das Arbeitsverhältnis nicht dem Arbeitsgesetz unterstehe (BGE 132 III 257 E. 5.4 S. 260). Auch diese Überlegungen sprechen dagegen, dem Beschwerdegegner einen zivilrechtlichen Anspruch auf Entschädigung aufgrund von Mehr-, Nacht- und Sonntagsarbeit einzuräumen, obwohl das ArG eigentlich nicht auf das Arbeitsverhältnis der Parteien anwendbar ist.

2.5.5 Art. 342 Abs. 2 OR regelt die privatrechtlichen Wirkungen der öffentlich-rechtlichen Vorschriften über die Arbeit und die Berufsbildung (vgl. E. 2.5.3). Er verleiht diesen mithin zusätzlich zivilrechtliche Wirkung (so auch WOLFGANG PORTMANN, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht, Bd. I, 5. Aufl. 2011, N. 5 zu Art. 342 OR). Es erscheint ausgeschlossen, dass es auch Sinn und Zweck dieser Bestimmung ist, den Geltungsbereich öffentlich-rechtlicher Vorschriften auf ausländische Arbeitsverhältnisse zu erweitern. Die Beschwerdeführerin weist zu Recht darauf hin, dass Arbeit im Ausland teils unter Bedingungen geleistet wird, die nicht mit den schweizerischen verglichen werden können. So seien etwa die Möglichkeiten der Freizeitgestaltung in Kabul stark eingeschränkt gewesen. Der Beschwerdegegner habe daher relativ hohe Wochenarbeitszeiten, im Gegenzug aber mehr als 10 Wochen Ferien pro Jahr gehabt, um für längere Zeit in die Heimat zurückkehren zu können. Solche Regelungen wären bei Wahl des Schweizer Rechts nicht möglich, wenn die Bestimmungen des ArG zivilrechtlich durchgesetzt werden könnten. Gerade die Entschädigung für Überzeit nach Art. 13 ArG ist zwingend und kann nicht wegbedungen werden (BGE 138 I 356 E. 5.4.5.1 S. 364; BGE 136 III 539 E. 2.5.1 S. 542; BGE 126 III 337 E. 6c S. 343). Umgekehrt können alle Verpflichtungen, die über Art. 342 Abs. 2 OR zivilrechtlich durchsetzbar wären, zum Bestandteil eines Einzelarbeitsvertrages erklärt werden. Denn für die Rezeption öffentlich-rechtlicher Verpflichtungen wird in Art. 342 Abs. 2 OR gerade vorausgesetzt, dass diese auch Inhalt des Einzelarbeitsvertrages sein können müssen. Den Parteien bleibt es somit in jedem Fall unbenommen, im ArG enthaltene Verpflichtungen in ihren Arbeitsvertrag aufzunehmen.

2.5.6 Aus dem Gesagten ergibt sich insgesamt, dass über Art. 342 Abs. 2 OR lediglich bestehende öffentlich-rechtliche Verpflichtungen rezipiert werden. Ist das ArG auf das betroffene Arbeitsverhältnis nicht anwendbar, so entstehen auch keine zivilrechtlichen Ansprüche auf Erfüllung von in diesem Gesetz vorgesehenen Verpflichtungen.

2.6 Damit fehlt eine Anspruchsgrundlage für die vom Beschwerdegegner eingeklagte Entschädigung für Mehr-, Nacht- und Sonntagsarbeit. Es wurde weder geltend gemacht noch ist ersichtlich, dass sich eine solche Entschädigung auf eine zwingende Bestimmung eines ausländischen Rechts stützen liesse (Art. 19 Abs. 1 IPRG; vgl. VISCHER/HUBER/OSER, a.a.O., N. 778). Die Beschwerde erweist sich somit als begründet.

Bundesgericht, Urteil vom 18. September 2013, Doss.-Nr. 4A_194/2013 (Aufhebung des Entscheids des Kantonsgerichts Basel-Landschaft vom 17. Dezember 2012)

Es widerspricht dem Sinn des GAV und insbesondere dessen Schutzzweck, wenn die Geschäftsleitung und die betriebsinterne Arbeitnehmervertretung durch eine einfache mündliche Vereinbarung dauerhaft von der im GAV jährlich vorgesehenen Arbeitszeit (40 Stunden) abweichen, ohne das dafür bestimmte Verfahren einzuhalten. Die zwischen der Geschäftsleitung und der Arbeitnehmervertretung getroffene (mündliche) Vereinbarung über die Belassung der 41-Stunden-Woche im Betrieb der Arbeitgeberin erweist sich demnach als nicht zulässig und stellt keine gültige Grundlage dar (E. 3.7).

Sachverhalt:

A. (Arbeitnehmer, Kläger, Beschwerdeführer) arbeitete seit dem 21. April 1980 bei der X. AG (Arbeitgeberin, Beklagte, Beschwerdegegnerin). Mit Schreiben vom 26. Juli 2010 teilte die Arbeitgeberin den in ihrem Betrieb angestellten Grenzgängern – wozu auch der Arbeitnehmer gehörte – mit, dass der schwache Eurokurs für die Grenzgänger eine Lohnerhöhung von mindestens 12% zur Folge habe. Deshalb wurde ihnen vorgeschlagen, dass ihr Lohn ab dem 1. September 2010 um 6% reduziert werde, wobei diese Massnahme bei einem Eurokurs von Fr. 1.50 wieder aufgehoben werde. Die Grenzgänger wurden aufgefordert, der Arbeitgeberin bis spätestens am 31. August 2010 ihre Zustimmung oder Ablehnung zur Lohnreduktion mitzuteilen. Der Arbeitnehmer lehnte die Reduktion ab. Mit Schreiben vom 6. September 2010 kündigte die Arbeitgeberin das Arbeitsverhältnis mit dem Arbeitnehmer auf den 31. Dezember 2010, wobei sie ihm gleichzeitig einen neuen Arbeitsvertrag per 1. Januar 2011 anbot, welchen er nicht annahm. Am 23. Oktober 2010 erhob der Arbeitnehmer bei der Arbeitgeberin Einsprache gegen die Kündigung und behielt sich eine Klage wegen missbräuchlicher Kündigung vor.

Mit Klagebegründung vom 18. August 2011 beantragte der Arbeitnehmer dem Bezirksgericht Arlesheim, die Arbeitgeberin sei zu verurteilen, ihm Fr. 38 025.– (ohne Sozialversicherungsabzüge) als Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung sowie Fr. 24 613.– brutto (Fr. 23 075.–

netto) als Entschädigung für geleistete Überstunden, je zuzüglich 5% Zins ab Klageeinreichung zu bezahlen. Mit Entscheid vom 31. Januar 2012 erkannte das Bezirksgericht Arlesheim u.a.: Die Klage wird teilweise gutgeheissen und die Beklagte verurteilt, dem Kläger Fr. 46 465.00 nebst 5% Zins seit 6. April 2011 zu bezahlen, wovon von Fr. 8440.– die gesetzlichen und vertraglichen Sozialbeiträge abzuziehen sind. Gegen diesen Entscheid erklärte die Beklagte Berufung an das Kantonsgericht Basel-Landschaft mit dem Antrag, der Entscheid des Bezirksgerichts Arlesheim vom 31. Januar 2012 sei aufzuheben und die Klage abzuweisen. Mit Entscheid vom 17. Dezember 2012 hob das Kantonsgericht Basel-Landschaft in teilweiser Gutheissung der Berufung den Entscheid des Bezirksgerichts Arlesheim vom 31. Januar 2012 auf und ersetze ihn durch diesen Entscheid (Ziffer I des Entscheids): Die Klage wird teilweise gutgeheissen und die Beklagte verurteilt, dem Kläger Fr. 38 025.– nebst 5% Zins seit 6. April 2011 zu bezahlen. Von diesem Betrag sind keine gesetzlichen und vertraglichen Sozialbeiträge abzuziehen. Die Mehrforderung wird abgewiesen. Mit Beschwerde in Zivilsachen und subsidiärer Verfassungsbeschwerde beantragt der Kläger dem Bundesgericht die Aufhebung des Entscheids des Kantonsgerichts Basel-Landschaft vom 17. Dezember 2012.

Aus den Erwägungen:

2.

Vor Bundesgericht ist einzig noch die Frage streitig, ob dem Beschwerdeführer eine Überstundenentschädigung zusteht.

2.1 Gemäss Art. 12.1 der – unstreitig auf das vorliegende Arbeitsverhältnis anwendbaren – Vereinbarung in der Maschinen-, Elektro- und Metallindustrie (GAV; Vertragsperiode 1. Januar 2006 bis 31. Dezember 2010, verlängert bis 30. Juni 2013), beträgt die jährliche Normalarbeitszeit maximal 2080 Stunden, was einer 40-Stunden-Woche entspricht.

2.2 Seit dem 1. Juli 1999 werden im Betrieb der Beschwerdegegnerin jedoch 41 Stunden in der Woche gearbeitet. Diese erhöhte wöchentliche Arbeitszeit wurde zwischen der Geschäftsleitung und der betriebsinternen Arbeitnehmervertretung (nachfolgend: ANV) vereinbart; jährlich wurde diese Vereinbarung zwischen den beiden Parteien erneuert und entschieden, die Arbeitszeit bei 41 Stunden zu belassen.

Die Vorinstanz sah es als erstellt, dass neben der Jahre 1999 bis 2004 auch für die Jahre 2005 bis 2010 eine (mündliche) Vereinbarung zwischen der Arbeitgeberin und der Arbeitnehmervertretung für die Weiterführung der 41-Stunden-Woche bestanden habe bzw. die ANV mit der Weiterführung einverstanden gewesen sei.

Auch das Arbeits- und Gleitzeitreglement der Beschwerdegegnerin vom 1. Januar 2004 sei in diesem Sinne angepasst worden; Ziffer 2 sehe vor, dass seit dem 1. Juli 1999 die mit der Arbeitnehmervertretung vereinbarte Arbeitszeit pro Woche 41 Stunden betrage.

2.3 Es gilt zu prüfen, ob die (mündliche) Vereinbarung zwischen der Arbeitgeberin und der ANV zur Belassung der 41-Stunden-Woche bzw. deren Übertragung in das durch die Arbeitgeberin erlassene Arbeits- und Gleitzeitreglement, gestützt auf den GAV, eine gültige Grundlage für die Erhöhung der Arbeitszeit war.

3.

3.1 Der Beschwerdeführer stellt sich auf den Standpunkt, dass die Vereinbarung der 41-Stunden-Woche zwischen der Geschäftsleitung und der ANV nicht gültig zustande gekommen sei. Art. 57.4 GAV regle als Spezialbestimmung das Verfahren, wie vorzugehen sei, wenn von der Normalarbeitszeit gemäss Art. 12.1 GAV abgewichen werden soll. Art. 57.4 Abs. 3 GAV sehe vor, dass innerbetrieblich für längstens 24 Monate davon abgewichen werden könne; soll die Arbeitszeit über die Dauer von 24 Monaten verlängert werden, seien zwingend die Vertragsparteien beizuziehen. Art. 10.2 GAV könne nicht bewirken, dass die in Art. 57.4 GAV vorgesehene Information der Vertragsparteien unterbleiben könne. Diese Bestimmung räume der ANV keinerlei Kompetenz ein, rechtsgültig einer Erhöhung der Arbeitszeit zuzustimmen, ohne dass die Verbände beigezogen werden.

Die jährliche Vereinbarung zwischen der Geschäftsleitung und der ANV resp. das einseitig durch die Arbeitgeberin erlassene Arbeits- und Gleitzeitreglement vom 1. Januar 2004 würden die Voraussetzungen von Art. 57.4 GAV nicht erfüllen. Damit bestehe keine gültige Grundlage für die Erhöhung der Arbeitszeit ohne entsprechende finanzielle Entschädigung.

3.2 Die Vorinstanz erwog, dass im Gesamtkontext des GAV betrachtet betriebsinterne Vereinbarungen über eine höhere Wochenstundenzahl möglich seien, wenn diese einvernehmlich zwischen der Arbeitgeberin und der ANV festgelegt worden seien, zumal es sich um keinen allgemeinverbindlichen GAV handle. Dies gelte umso mehr in Anbetracht von Art. 10.2 Abs. 1 GAV; diese Bestimmung bedeute *e contrario*, dass Abweichungen von der normalen Arbeitsdauer unter Vorbehalt von Art. 12.4 Abs. 4 GAV möglich seien, wenn die ANV und die Geschäftsleitung eine Einigung erzielen würden. Demnach sei die einvernehmlich geschlossene Vereinbarung zwischen der Arbeitgeberin und der ANV über die Weiterführung der 41-Stunden-Woche als gültig und verbindlich zu betrachten, womit dem Arbeitnehmer kein Anspruch auf Überstundenentschädigung zustehe.

3.3 Art. 10.2 Abs. 1 GAV bezieht sich auf das Verfahren bei Meinungsverschiedenheiten im Betrieb und hat folgenden Wortlaut: «Wenn eine Arbeitnehmervertretung und die Geschäftsleitung in ihren Verhandlungen keine Einigung erzielen, können sie einzeln die beidseitigen Vertragsparteien in folgenden Fällen zur Abklärung und Vermittlung beiziehen (Verbandsverhandlung): … Abweichungen von der normalen Arbeitsdauer unter Vorbehalt von Art. 12.4 Abs. 4 [Arbeitszeitverkürzung bei Schichtarbeit].» Unter Art. 57 GAV werden die Abweichungen von den arbeits-

vertraglichen Bestimmungen geregelt. Art. 57.4 GAV bezieht sich auf Abweichungen zur Überwindung wirtschaftlicher Schwierigkeiten und hat folgenden Wortlaut: «(1.) Zur Überwindung wirtschaftlicher Schwierigkeiten kann ausnahmsweise und befristet von arbeitsvertraglichen Bestimmungen der Vereinbarung (Art. 12.1 [jährliche Normalarbeitszeit], 12.5 [Überstunden und Überzeit]) abgewichen werden. Kommt es im Anschluss an eine Abweichungsverein- barung zu einer grösseren Anzahl von Entlassungen, so wird die Abweichung hinfällig und muss darüber gegebenenfalls neu verhandelt werden. (2.) Die Geschäftsleitung soll die Arbeitnehmervertretung rechtzeitig über die wirtschaftlichen Schwierigkeiten und eine sich abzeichnende Anwendung des Art. 57.4 informieren. (3.) Die Abweichungsvereinbarung kann im Betrieb für längstens 24 Monate abgeschlossen werden. Soll die Vereinbarung auf mehr als 24 Monate abgeschlossen oder nach 24 Monaten verlängert werden, meldet die Geschäftsleitung dies sofort dem ASM (Arbeitgeberverband der Schweizer Maschinenindustrie [Swissmem]), der umgehend die Vertragsparteien informiert. Die Vertragsparteien erklären innert 7 Tagen nach Erhalt der schriftlichen Mitteilung ihre Beteiligung am Verfahren. Die Betriebsvereinbarung tritt nur in Kraft, wenn ihr neben der Geschäftsleitung und der Arbeitnehmervertretung auch die Mehrheit der am Verfahren beteiligten Vertragsparteien zustimmt.»

3.4 Nach dem Gesagten gilt gemäss Art. 12.1 GAV eine Normalarbeitszeit von 52 x 40 Stunden (2080 Stunden). Wie diese Normalarbeitszeit im Betrieb konkret umgesetzt werden soll, wird in Art. 12.2 ff. GAV geregelt, wobei Art. 12.3 Abs. 1 GAV vorsieht, dass die Umsetzung der jährlichen Normalarbeitszeit im Betrieb zwischen der Geschäftsleitung und der Arbeitnehmervertretung erarbeitet und schriftlich in einer Betriebsvereinbarung festgehalten wird.

Art. 12 GAV stellt eine normative Bestimmung dar. Die normativen Bestimmungen eines Gesamtarbeitsvertrages regeln den Abschluss, den Inhalt und die Beendigung der einzelnen Arbeitsverhältnisse zwischen den Arbeitgebern und den Arbeitnehmern (Art. 356 Abs. 1 OR), wobei diese an der Ausarbeitung des Gesamtarbeitsvertrages nicht direkt beteiligt sind. Diese Bestimmungen gelten während der Dauer des Vertrages unmittelbar für die beteiligten Arbeitgeber und Arbeitnehmer und können nicht wegbedungen werden, sofern der Gesamtarbeitsvertrag nichts anderes bestimmt (Art. 357 Abs. 1 OR).

3.5 Art. 57 GAV erlaubt unter qualifizierten Voraussetzungen, von den Bestimmungen über die Arbeitszeit (Art. 12 GAV) abzuweichen. Auf Basis der in Art. 57.1 GAV festgelegten Ziele und gemeinsamen Bestimmungen sind in den Art. 57.2 bis 57.5 GAV vier Möglichkeiten formuliert, wie von der jährlichen Arbeitszeit gemäss Art. 12.1 GAV abgewichen werden kann. Diese Abweichungsmöglichkeiten sollen es den Firmen erlauben, im Zusammenwirken der Geschäftsleitung mit der ANV und – je nach Tragweite der Abweichung – auch mit den Verbänden, auf besondere

Situationen im Rahmen der Vereinbarung zu reagieren (Kommentar zur Vereinbarung in der Maschinen-, Elektro- und Metallindustrie, Swissmem Zürich, 8/2006, Art. 57, S. 87). Ziel jeder Abweichung muss es sein, Arbeitsplätze in der Schweiz zu erhalten oder zu schaffen.

Nach Art. 57.4 GAV (vgl. E. 3.3) kann die Geschäftsleitung mit der Arbeitnehmervertretung zur Überwindung wirtschaftlicher Schwierigkeiten autonom eine auf 24 Monate befristete Abweichung von der jährlichen Arbeitszeit vereinbaren. Der Gedanke hinter der befristeten Abweichungsmöglichkeit besteht darin, dass der GAV davon ausgeht, dass wirtschaftliche Krisen in der Regel binnen zwei Jahren bewältigt werden können. Soll die Abweichung jedoch für eine Dauer von länger als 24 Monaten vereinbart werden oder nach 24 Monaten verlängert werden, ist die Zustimmung der Mehrheit der am Verfahren beteiligten Vertragsparteien erforderlich. Stimmen die beteiligten Vertragsparteien nicht zu, gilt die Vereinbarung weiterhin ohne Abweichung (Kommentar zur Vereinbarung in der Maschinen-, Elektro- und Metallindustrie, Swissmem Zürich, 8/2006, Art. 57.1, S. 89).

3.6 Eine andere Regelung der Arbeitszeit ist somit möglich; der GAV lässt eine Abweichung zu. Die Geschäftsleitung kann demnach im Zusammenwirken mit der ANV autonom eine Abweichungsvereinbarung treffen und die jährliche Normalarbeitszeit für den Betrieb anders regeln, jedoch nur solange diese Abweichung nicht länger als 24 Monate dauert. Soll eine Abweichung für mehr als 24 Monate getroffen oder nach 24 Monaten verlängert werden, muss das Verfahren gemäss Art. 57.4 GAV eingehalten werden.

Art. 57 GAV stellt gegenüber Art. 10 GAV eine Spezialbestimmung dar; Art. 57.4 GAV regelt spezifisch die Möglichkeit, die Modalitäten und die Folgen einer Abweichung von arbeitsvertraglichen Bestimmungen bzw. von Abweichungen der jährlichen Normalarbeitszeit gemäss Art. 12.1 GAV, wogegen Art. 10 GAV allgemein auf Meinungsverschiedenheiten aller Art Anwendung findet. Wie der Beschwerdeführer zu Recht vorbringt, räumt Art. 10.2 GAV der Geschäftsleitung und der ANV keine Kompetenz ein, über eine längere Dauer als 24 Monate von der im GAV jährlich bestimmten Normalarbeitszeit abzuweichen. Aus Art. 10.2 GAV kann nicht *e contrario* geschlossen werden, dass solange eine einvernehmliche innerbetriebliche Vereinbarung gefunden werden kann, die Vertragsparteien nicht beigezogen werden müssen bzw. das Verfahren gemäss Art. 57.4 GAV nicht eingehalten werden muss.

3.7 Nach den verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz ist unbestritten, dass die Beschwerdegegnerin die getroffene Vereinbarung zwischen der Geschäftsleitung und der ANV, die Arbeitszeit über 24 Monaten hinaus auf 41 Stunden in der Woche zu belassen, der Swissmem Geschäftsstelle nicht mitgeteilt und demnach die Zustimmung der am Verfahren beteiligten Vertragsparteien nicht eingeholt hat. Die Beschwerdegegnerin hat zusammen mit der ANV, entgegen dem in Art. 57.4 Abs. 3 GAV

vorgesehenen Verfahren, selbstständig über die Erhöhung der jährlichen Normalarbeitszeit bzw. die Belassung der 41-Stunden-Woche über die Dauer von 24 Monaten hinaus entschieden, obwohl bei diesem Entscheid klarerweise die Zustimmung der Vertragsparteien erforderlich gewesen wäre.

Der GAV ist für die Vertragsparteien und deren Mitglieder verbindlich; die Beschwerdegegnerin ist somit verpflichtet, die Bestimmungen des GAV einzuhalten bzw. ist an die Vereinbarung gebunden. Es widerspricht dem Sinn des GAV und insbesondere dessen Schutzzweck, wenn die Geschäftsleitung und die ANV durch eine einfache mündliche Vereinbarung dauerhaft von der im GAV jährlich vorgesehenen Arbeitszeit abweichen, ohne das dafür bestimmte Verfahren einzuhalten. Es war der Beschwerdegegnerin daher nicht erlaubt, über eine Dauer von 24 Monaten hinaus, ohne Zustimmung der Verbände, innerbetrieblich eine vom GAV abweichende Arbeitszeit festzulegen.

Die zwischen der Geschäftsleitung und der Arbeitnehmervertretung getroffene (mündliche) Vereinbarung über die Belassung der 41-Stunden-Woche im Betrieb der Beschwerdegegnerin, war demnach nicht zulässig und stellt keine gültige Grundlage dar.

3.8 Art. 57.1 Abs. 3 GAV sieht vor, dass die Art, Dauer, Ausmass und Modalitäten sowie allfällige Kompensationen der Abweichung von arbeitsvertraglichen Bestimmungen, von der Geschäftsleitung und der Arbeitnehmervertretung – in den Fällen von Art. 57.4 GAV je nach Abweichungsdauer auch in Zusammenarbeit mit den beteiligten Vertragsparteien – in einer schriftlichen Betriebsvereinbarung festgelegt werden müssen.

Nach dem Gesagten, ist die (mündliche) Vereinbarung zwischen der Geschäftsleitung und der ANV über die Weiterbhaltung der 41-Stunden-Woche nicht gültig zustande gekommen. Folglich ist auch die Übertragung dieser Vereinbarung durch die Beschwerdegegnerin in ihr (einseitig erlassenes) Arbeits- und Gleitzeitreglement keine genügende Grundlage für die dauerhafte Belassung der wöchentlichen Arbeitszeit auf 41 Stunden.

3.9 Damit hält die Hauptbegründung der Vorinstanz nicht stand. Es ist folglich auch die Rüge gegen die Eventualbegründung der Vorinstanz zu behandeln, wonach die Überstundenforderung des Beschwerdeführers rechtsmissbräuchlich sei.

4.

4.1 Die Vorinstanz führt in ihrer Eventualbegründung aus, dass selbst wenn die zwischen der ANV und der Geschäftsleitung geschlossene Vereinbarung betreffend die 41-Stunden-Woche wegen dem Nichteinhalten des Vorgehens nach Art. 57.4 GAV nicht gültig sein sollte, die Überstundenforderung des Beschwerdeführers als rechtsmissbräuchlich anzusehen sei.

Es sei für alle Arbeitnehmer im Betrieb der Beschwerdegegnerin selbstverständlich gewesen, dass die wöchentliche Arbeitszeit 41 Stunden betrage; die Abweichung zum GAV – welche im Betriebsreglement expli-

zit erwähnt wurde – sei allen Arbeitnehmern bekannt gewesen. Dennoch habe sich während all diesen Jahren nie ein Arbeitnehmer beschwert, dass er 41 Stunden habe arbeiten müssen noch habe je ein Arbeitnehmer Zweifel an der Gültigkeit der 41-Stunden-Woche geäussert. So habe auch nie ein Arbeitnehmer vorgebracht, dass sein Lohn nur auf einer 40-Stunden-Woche basiere, obwohl er seiner Lohnabrechnung habe entnehmen können, dass 41 Stunden pro Woche gearbeitet wurden. Aufgrund der Einwilligung der ANV zur Belassung der 41-Stunden-Woche und dem Untätigsein aller Arbeitnehmenden über die ganze Dauer hinweg würden besondere Umstände vorliegen, weshalb sich die Beschwerdegegnerin auf einen Rechtsmissbrauch berufen könne; die Beschwerdegegnerin habe mit gutem Glauben davon ausgehen dürfen, dass die Arbeitnehmer die 41-Stunden-Woche akzeptiert hätten. Hätte die Beschwerdegegnerin gewusst, dass die Arbeitnehmenden bzw. ein Teil davon bei einer 41-Stunden-Woche eine Stunde pro Woche als Überstunden betrachte, wäre sie wohl aus dem GAV ausgetreten. Durch das Zuwarten der Arbeitnehmenden mit der Geltendmachung der Überstundenentschädigung sei der Beschwerdegegnerin ein Nachteil entstanden.

4.2 Der Beschwerdeführer bringt vor, die Feststellung der Vorinstanz, wonach ihm die Abweichung vom GAV bekannt gewesen sei, sei falsch. Wie sich an der Hauptverhandlung vor der Vorinstanz herausgestellt habe, gebe es zwei verschiedene Versionen des Arbeits- und Gleitzeitreglements der Beschwerdegegnerin. Die den Arbeitnehmenden ausgehändigte Version erwähne in Ziffer 2 die Abweichung zum GAV nicht, sondern halte einzig die Normalarbeitszeit von 41 Stunden pro Woche fest. Erst in einer späteren Version (Ausdruck vom 11. Oktober 2010) sei dieser Hinweis – auf welchen sich die Vorinstanz stütze – in Ziffer 2 enthalten. Gemäss den Zeugenaussagen habe es weder eine erneute Aushändigung der neuen Version an die Arbeitnehmer noch eine öffentliche Kommunikation der Änderung gegeben.

Sodann bringt der Beschwerdeführer unter Hinweis auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung vor, dass entgegen der Meinung der Vorinstanz keine besonderen Umstände vorliegen würden, welche ein missbräuchliches Verhalten des Beschwerdeführers begründen würden. Es könne vom Arbeitnehmer nicht verlangt werden, dass er eine rechtswidrige Situation erkenne und sich dagegen auch noch zur Wehr setze. Der Beschwerdeführer habe keine Kenntnis der rechtlichen Lage gehabt, weshalb es ihm nicht möglich und somit auch nicht zumutbar gewesen sei, gegen die 41-Stunden-Woche zu intervenieren.

4.3 Während die Pflicht zur Überstundenleistung nach Art. 321c Abs. 1 OR zwingender Natur ist (Art. 361 OR), können die Parteien in Bezug auf den Ausgleich und die Entschädigung der Überstunden eine andere Regelung treffen. Soweit Überstunden allerdings bereits geleistet worden sind und der entsprechende Lohnanspruch deshalb schon entstanden ist, kann während der Dauer des Arbeitsverhältnisses und während eines Mo-

nates nach dessen Beendigung nicht darauf verzichtet werden (Art. 341 Abs. 1 OR; BGE 124 III 469 E. 3a S. 472 f.).

4.4 Der Arbeitgeber kann sich zunächst nur bei Vorliegen besonderer Umstände auf einen Rechtsmissbrauch (Art. 2 Abs. 2 ZGB) des Arbeitnehmers berufen, der geltend macht, eine getroffene Vereinbarung verstosse gegen zwingendes Recht (BGE 129 III 493 E. 5.1 S. 497 f., 618 E. 5.2 S. 622; 110 II 168 E. 3c S. 171, je mit Hinweisen). Sodann begründet blosses Zuwarten mit der Rechtsausübung innerhalb der gesetzlichen Verjährungsfristen allgemein noch nicht Rechtsmissbrauch (BGE 116 II 428 E. 2 S. 431; vgl. auch BGE 129 III 171 E. 2.4 S. 176; 127 III 506 E. 4a S. 513, je mit Hinweisen). Zum blossen Zeitablauf müssen vielmehr besondere Umstände hinzutreten, welche die Rechtsausübung mit der früheren Untätigkeit des Berechtigten in einem unvereinbaren Widerspruch erscheinen lassen (vgl. BGE 129 III 493 E. 5.1 S. 497 mit Hinweisen). Solche können darin bestehen, dass dem Verpflichteten aus der verzögerten Geltendmachung in erkennbarer Weise Nachteile erwachsen sind und dem Berechtigten die Rechtsausübung zumutbar gewesen wäre, oder darin, dass der Berechtigte mit der Geltendmachung des Anspruchs zuwartet, um sich einen ungerechtfertigten Vorteil zu verschaffen (BGE 131 III 439 E. 5.1 S. 443 mit Hinweisen). Der blosse Umstand, dass der Arbeitnehmer seine Ansprüche erst bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses geltend macht, vermag dagegen für sich allein keinen Rechtsmissbrauch zu begründen. Andernfalls würde dem Arbeitnehmer über Art. 2 ZGB der Schutz wieder entzogen, den ihm der Gesetzgeber durch Art. 341 Abs. 1 OR gewährte, worin bestimmt wird, dass der Arbeitnehmer während der Dauer des Arbeitsverhältnisses und eines Monats nach dessen Beendigung auf Forderungen, die sich aus unabdingbaren Vorschriften des Gesetzes ergeben, nicht verzichten kann (BGE 131 III 439 E. 5.1 S. 443 mit Hinweis auf BGE 129 III 618 E. 5.2 S. 622).

4.5 Die Beschwerdegegnerin hat unbestrittenermassen in ihrem Betriebsreglement bestimmt, dass die wöchentliche Arbeitszeit 41 Stunden beträgt. Damit hat sie ihren Arbeitnehmern in Abweichung von der im GAV bestimmten Normalarbeitszeit wöchentlich eine zusätzliche Arbeitsstunde angeordnet, welche der Beschwerdeführer während Jahren widerstandslos geleistet hat. Im Einklang mit der zitierten ständigen Rechtsprechung (vgl. E. 4.4), reicht – entgegen der Annahme der Vorinstanz – allein die Tatsache, dass der Beschwerdeführer mit der Geltendmachung seiner Ansprüche zugewartet hat, nicht aus, um einen Rechtsmissbrauch zu begründen. Dabei kann offen gelassen werden, ob dem Beschwerdeführer gemäss dem Arbeits- und Gleitzeitreglement die Abweichung der angeordneten Arbeitszeit zum GAV bekannt war.

Besondere Umstände können denn auch nicht darin bestehen, dass der Beschwerdegegnerin aus der verzögerten Geltendmachung der Überstundenforderung des Beschwerdeführers Nachteile erwachsen wären. Ihr Vorbringen, wonach sie bei Kenntnis dessen, dass ihre Arbeitnehmer mit der ange-

ordneten 41-Stunden-Woche nicht einverstanden waren, aus dem GAV ausgetreten wäre, ist nicht stichhaltig und kann insbesondere nicht als Nachteil gewertet werden. Es liegen denn auch keine konkreten Anhaltspunkte vor, dass die Beschwerdegegnerin tatsächlich vom GAV ausgetreten wäre; allein die Tatsache, dass sie es inzwischen getan hat, lässt keine Rückschlüsse zu. Wie der Beschwerdeführer überdies zu Recht vorbringt, tritt ein Betrieb nie einzig aus der Motivation des Arbeitnehmerschutzes einem GAV bei, sondern nur, weil ein GAV als Gesamtwerk sowohl für die Arbeitgeber- wie auch für die Arbeitnehmerseite Vorteile und Nachteile mit sich bringt. Der Beschwerdegegnerin wäre es jederzeit möglich gewesen, das Verfahren gemäss Art. 57.4 GAV einzuleiten und die Arbeitszeit gültig auf 41 Stunden zu erhöhen. Nach dem Gesagten liegen keine besonderen Umstände vor, die einen Rechtsmissbrauch durch den Beschwerdeführer bejahen würden. Die Vorinstanz hat Art. 2 ZGB verletzt.

5.

Der Beschwerdeführer hat somit Anspruch auf Entschädigung der geleisteten Überstunden (Art. 341 Abs. 1 OR).

5.1 Art. 12.5 Abs. 2 GAV sieht vor, dass angeordnete Überstundenarbeit von Anfang an mit dem Lohn (ohne Jahresendzulage) und einem Zuschlag von 25% bezahlt wird.

Der Beschwerdeführer hat vor dem Bezirksgericht Arlesheim eine Entschädigung von Fr. 8440.– brutto für 200 über die Zeitspanne von fünf Jahren geleisteten Überstunden geltend gemacht (200 Überstunden x Fr. 33.75/Stunde [Fr. 70 200.– Jahreslohn/2080 Sollstunden] x 125%). Diese Forderung wurde von der Beschwerdegegnerin im Umfang nicht bestritten.

5.2 Die Beschwerdegegnerin bringt allerdings vor, dass sie sich bereits vor den Vorinstanzen in ihrem Eventualstandpunkt auf einen Grundlagenirrtum berufen habe; der Beschwerdeführer habe sich – im Falle einer ungültig und unverbindlich vereinbarten 41-Stunden-Woche – die von der Beschwerdegegnerin freiwillig erbrachten Zusatzleistungen (Übernahme der NBU-Prämienzahlung sowie PEKA-Rückerstattungen) an seine Überstundenentschädigungsforderung anrechnen zu lassen.

Dabei bringt die Beschwerdegegnerin (unter Verweis auf ihre früheren Rechtsschriften) vor, dass es stossend und mit dem Gerechtigkeitsgedanken unvereinbar sei, wenn sich der Beschwerdeführer diese freiwillig erbrachten Zusatzleistungen nicht anrechnen lassen müsse. Daran ändere – entgegen der Ansicht des Bezirksgerichts – nichts, dass die Beschwerdegegnerin diese Leistungen nicht ausdrücklich als Kompensationsleistungen für die geleisteten 41-Stunden-Wochen ausgewiesen oder deklariert habe, denn dies sei keine Voraussetzung für die Anrechenbarkeit bei der Rück- bzw. Nachforderbarkeit von zu wenig erbrachten Lohnleistungen. Hätte die Beschwerdegegnerin um die Ungültigkeit der vereinbarten 41-Stunden-Woche gewusst, hätte sie fraglos entweder die 40-Stunden-Wochen-Regelung akzeptiert und auf einen entsprechend reduzierten Monatslohn

beharrt, oder, die besagten Zusatzleistungen nicht angeboten, da der GAV diese nicht vorschreibe.

5.3 Der Beschwerdegegnerin kann dabei nicht gefolgt werden. Es mag sein, dass sie die erwähnten Zusatzleistungen ihren Arbeitnehmern gegenüber freiwillig erbracht hat. Allein daraus kann jedoch nicht geschlossen werden, dass sie mit diesen Zusatzleistungen die wöchentlich zusätzlich angeordnete Arbeitsstunde kompensiert hat. So äussert sich die Beschwerdegegnerin auch keineswegs dazu, ob der GAV überhaupt eine Verrechnung des Lohnanspruchs infolge dauerhaft erbrachter Überstundenarbeit mit den freiwillig erbrachten Zusatzleistungen bzw. mit Bezahlung einer NBU-Prämie und einer PEKA-Rückerstattung zugelassen hätte. Die Vorbringen der Beschwerdegegnerin erweisen sich als unbegründet.

5.4 Die Beschwerdegegnerin wird verpflichtet, dem Beschwerdeführer eine Entschädigung für die geleisteten Überstunden in der Höhe von Fr. 8440.– zu bezahlen.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Beschwerde wird gutgeheissen. Der Entscheid des Kantonsgerichts Basel-Landschaft vom 17. Dezember 2012 wird aufgehoben und der Entscheid des Bezirksgerichts Arlesheim vom 31. Januar 2012 bestätigt: Die Klage wird teilweise gutgeheissen und die Beklage verurteilt, dem Kläger Fr. 46'465.– nebst 5% Zins seit 6. April 2011 zu bezahlen, wovon von Fr. 8'440.– die gesetzlichen und vertraglichen Sozialbeiträge abzuziehen sind.

Tribunal fédéral, Arrêt du 19 septembre 2013, Doss.-No 4D_22/2013 (Rejet du recours constitutionnel interjeté contre l'arrêt rendu le 3 avril 2013 par l'Autorité de recours en matière civile du Tribunal cantonal du canton de Neuchâtel)

Art. 328 CO. Ne sont pas constitutifs d'un harcèlement psychologique, dans les circonstances du cas d'espèce, les fais suivants: une phrase ambiguë prononcée lors d'une réunion, sans que l'employé soit regardé fixement et sans qu'il ait été fait comprendre d'une autre manière à l'auditoire qu'il faisait partie des personnes concernées par la critique; le caractère difficile d'un supérieur hiérarchique; l'affirmation selon laquelle la cellule anti-harcèlement mise en place au sein de l'établissement n'est pas compétente pour examiner le cas; la requête «peu délicate, voire même déplacée» de fournir rapidement des attestations de formation continue; le remplacement par une collègue, sans avertissement préalable, lors d'une réunion; la prise de connaissance par des bruits de couloir d'avoir été remplacé à une fonction, selon une manière d'agir de l'employeur «dissimulée et déloyale»; la réception d'un courriel «incendiaire» (c. 3).

Extraits des faits:

Dès le 1er août 1994, X. a été engagé par l'ancien Hôpital V. en qualité de médecin-consultant dans le service de gynécologie et obstétrique. A partir du 1er octobre 1995, il a assuré le remplacement du médecin-chef de service (i.e. le Dr A.) durant les périodes où celui-ci était absent et a été nommé, à compter du 1er septembre 1996, médecin-chef adjoint. Le Dr A. rencontrait de manière générale des problèmes relationnels avec ses subordonnés (médecins-adjoints, chefs de clinique ou assistants). Informée de cette situation en 2001, la direction de l'Hôpital V. avait envisagé d'ouvrir alors une enquête médico-administrative à son encontre, laquelle avait été évitée grâce à l'intervention de X.

Lors de la création en 2004 de l'Hôpital Z., connu sous la raison sociale «Etablissement R.», X. a été informé que de nouvelles conditions cadres d'engagement et de rémunération des médecins-cadres et des médecins externes avaient été négociées au plan cantonal et que cela impliquait que son contrat de travail devait être revu pour respecter les normes cantonales voulues par le Conseil d'Etat. L'Hôpital V., qui devait rejoindre à la fin juin 2006, la nouvelle entité juridique de R., a ainsi résilié, par courrier du 12 septembre 2005, le contrat du prénommé pour le 30 juin 2006. Il a été expliqué à X. que son contrat de travail définitif serait établi ultérieurement avec l'Hôpital Z. En avril 2006, X. a reçu un projet de nouveau contrat avec l'Hôpital Z. qui le classait au rang de médecin agréé, supprimant son titre de médecin-chef adjoint. Le précité a exprimé son désaccord à ce changement de titre. Précédemment, lors d'une réunion des médecins-cadres de l'Hôpital V., il avait déjà contesté la perte de son titre. Dès le 1er juillet 2006, X. a poursuivi son activité habituelle comme par le passé, mais pour le compte de l'Hôpital Z. Le 6 décembre 2006, il a écrit à la direction dudit hôpital concernant son changement de statut, qu'il qualifiait de «déclassement plutôt gratuit et immérité de (ses) titres actuels» (art. 105 al. 2 LTF). La direction de l'Hôpital Z. n'est apparemment pas entrée en matière à ce sujet. X. n'a reçu des propositions contractuelles concrètes que le 12 juin 2007; à cette occasion, la direction de l'Hôpital Z. lui a offert la fonction de médecin-adjoint pour le département de gynécologie-obstétrique dès le 1er mai 2007 au taux de 40%. Le cahier des charges ne lui ayant pas été remis, X. n'a jamais signé cette proposition. Celui-ci est resté dans l'attente de précisions sur sa situation venant de l'Hôpital Z., tout en continuant d'accomplir, pour le site V., les tâches qui étaient les siennes lorsqu'il était sous contrat avec l'Hôpital V.

Il a été retenu que X. assistait régulièrement aux séances de la Commission consultative de l'Hôpital V. Depuis la création de l'Hôpital Z., l'importance de cette commission avait diminué, car il ne s'agissait plus que d'un groupe consultatif, sans pouvoir décisionnel, visant à instaurer un dialogue entre le corps médical et les représentants politiques. Lors de la réunion de ladite commission qui s'est tenue le 6 septembre 2007, X. y a

été remplacé, sans en être averti, par la Dresse B. X. figurait dans la liste des médecins-cadres qui avaient été convoqués à cette réunion, mais non la Dresse B.

Dans le même temps, X. a appris, par des bruits de couloir, que la Dresse B. s'était présentée auprès de ses collègues comme le nouveau médecin-chef adjoint. Ni le précité, ni le personnel de l'établissement n'ont été informés officiellement par la direction de la nomination comme médecin-chef adjoint de la Dresse B.

L'organisation du service de gynécologie de Z. a été laborieuse. Lors des discussions avec l'Hôpital Z., le service de gynécologie et obstétrique de l'Hôpital V. était représenté par le médecin-chef, soit le Dr A., supérieur hiérarchique de X. Ce dernier s'attendait à ce que le Dr A. soutienne le maintien de sa position hiérarchique, ce qui n'a pas été le cas. Les relations de X. avec le Dr A. s'étaient depuis lors sensiblement dégradées. D'après un procès-verbal d'une séance du Collège élargi des médecins s'étant tenue le 24 avril 2006, le Dr A. a déclaré qu'il avait reçu, avec un tiers, la mission de recenser l'implication effective des médecins au sein des différents services (heures de présence, travaux effectués) et qu'il s'était révélé que pour certains d'entre eux, «le titre ne correspondait pas à leur activité effective». Dans un courrier du 21 septembre 2007 adressé au Directeur général de l'Hôpital Z., X. s'est plaint du comportement adopté à son endroit – qualifié notamment de mobbing – par le Dr A. et par ledit hôpital, à l'instigation du directeur en question, et a demandé une enquête médico-administrative. Lors d'un entretien qui s'est déroulé avec le Directeur général le 1er octobre 2007, X. s'est refusé à toute discussion, requérant qu'il soit répondu par écrit à son courrier du 21 septembre 2007. Le 2 octobre 2007, la Directrice des ressources humaines de l'Hôpital Z. a informé X. que la cellule nanti-harcèlement de la «CCT ...» n'était pas compétente pour les médecins, mais seulement pour les employés relevant de la convention collective, mais qu'elle ne voyait personnellement pas d'inconvénients à ce qu'il s'adresse à cette cellule, étant précisé que les organes de la CCT pourraient avoir un avis différent. Par courrier du 11 octobre 2007, comportant trois pages à interlignes serrés, le Directeur général a répondu aux points soulevés par X. dans l'écriture susrappelée; il a exprimé le souhait qu'un procès pour harcèlement psychologique ne soit pas intenté, car personne n'y aurait véritablement intérêt; à la fin de ce pli, le Directeur général a demandé à X. de lui fournir dans les meilleurs délais des attestations de formation continue. Le 5 novembre 2007, le Dr A. a envoyé au Directeur général et à des collègues de X. un courriel pour se plaindre de l'attitude de celui-ci lors d'une précédente réunion dans laquelle une dispute avait éclaté entre les susnommés. Il résulte de la teneur courtoise du courriel échangé le 4 octobre 2008 entre le Dr A. et X. que les relations professionnelles entretenues par les deux hommes, tendues en fin d'année 2007, se seraient apaisées par la suite.

Par demande du 1er décembre 2008, X. a ouvert action contre l'Hôpital Z. devant le Tribunal des Prud'hommes du district de Neuchâtel et conclu au paiement de la somme de 2000 fr. à titre de tort moral, avec intérêts. Il a fait valoir que l'établissement défendeur l'a traité d'une manière contraire à l'éthique, dans le but de l'écarter du cercle des médecins y travaillant et de le pousser à présenter sa démission. Déstabilisé de manière progressive et constante, il aurait été atteint dans sa santé et son honneur professionnel. De nombreux témoins ont été entendus. Par jugement du 7 décembre 2012, le Tribunal civil du Tribunal régional du Littoral et du Val-de-Travers, qui a depuis lors remplacé le Tribunal des Prud'hommes du district de Neuchâtel, a entièrement rejeté la demande. Statuant par arrêt du 3 avril 2013 sur le recours au sens des art. 319 ss CPC (RS 272) déposé par le demandeur contre ce jugement, l'Autorité de recours en matière civile du Tribunal cantonal du canton de Neuchâtel l'a rejeté. X. exerce un recours constitutionnel subsidiaire au Tribunal fédéral contre cet arrêt.

Extraits des considérants:

3.

Le recourant reproche à la cour cantonale d'avoir appliqué arbitrairement l'art. 328 CO. Il se prévaut de différents indices, qui seront examinés en détail ci-dessous, dont l'appréciation globale devrait conduire à reconnaître qu'il a été victime de harcèlement psychologique.

3.1 Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, le harcèlement psychologique, appelé communément 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 (arrêts 4A_32/2010 du 17 mai 2010 consid. 3.2; 4C.109/2005 du 31 mai 2005 consid. 4; 4C.276/2004 du 12 octobre 2004 consid. 4.1).

Les actes de mobbing sont prohibés par l'art. 328 CO, qui dispose, à son al. 1er in initio, que l'employeur protège et respecte, dans les rapports de travail, la personnalité du travailleur, manifeste les égards voulus pour sa santé et veille au maintien de la moralité. L'employeur qui ne protège pas son employé du harcèlement psychologique enfreint la norme précitée (ATF 125 III 70 consid. 2a p. 73).

3.2

3.2.1 Le recourant voit un premier indice de harcèlement psychologique dans le fait que le Dr A. a affirmé, lors d'une réunion du Collège élargi des médecins organisée le 24 avril 2006, que «pour certains (médecins), le titre ne correspondait pas à leur activité effective». Il soutient que l'employeur n'a pas contesté que ces termes le visaient directement.

3.2.2 La phrase du Dr A. ne peut évidemment pas être assimilée à un acte hostile contre le recourant, puisque le précité ne nomme personne. Et le recourant ne soutient pas que le Dr A. a prononcé ces mots en le regardant fixement ou en faisant comprendre d'une autre manière à l'auditoire qu'il faisait partie des médecins concernés par la critique. Quant à l'allégation que l'intimé aurait admis que la phrase incriminée était destinée au recourant, elle est purement gratuite, dès l'instant où celui-ci ne renvoie pour l'étayer à aucune pièce du dossier précisément désignée.

3.3

3.3.1 De l'avis du recourant, un deuxième indice de mobbing réside dans la constatation que l'attitude malveillante du Dr A. à son endroit s'est inscrite dans la durée, car, en 2001 déjà, l'ouverture d'une enquête médico-administrative contre le prénommé avait été envisagée. De plus, l'intimé n'aurait pas pris de mesures pour empêcher le harcèlement dont il se plaint.

3.3.2 Il a été constaté en fait (art. 105 al. 1 LTF), sans que l'arbitraire ne soit invoqué à ce propos, que le Dr A. avait de manière générale des problèmes relationnels avec les médecins sous ses ordres. Il apparaît ainsi d'emblée que le caractère difficile de ce praticien, susceptible d'être mal accepté par les médecins subordonnés, touchait l'ensemble de ces derniers, et pas seulement le recourant, même si ce dernier a pu le ressentir comme tel.

Mise au courant de la situation en 2001, la direction de l'établissement hospitalier alors concerné a pensé à mettre sur pied une enquête médico-administrative, mais y a renoncé en raison de l'intervention du recourant lui-même. Ce dernier est donc malvenu de se plaindre de l'inaction de l'établissement en l'occurrence.

En 2007, les relations entre le recourant et le Dr A. se sont dégradées, car le premier attendait que le second le soutienne dans son désir de demeurer médecin-chef adjoint, espoir qui a été déçu. Le 21 septembre 2007, le recourant a fait part par écrit à la Direction de l'intimé qu'il estimait su-

bir du harcèlement psychologique de la part du Dr A. et a requis l'ouverture d'une enquête médico-administrative. L'intimé a pris l'affaire au sérieux, dès l'instant où, dix jours plus tard (i.e. le 1er octobre 2007), il a convoqué le recourant à s'entretenir avec le Directeur général. Le recourant s'étant alors refusé à toute discussion et ayant requis qu'il lui soit répondu par écrit, l'intimé s'est exécuté, le 11 octobre suivant déjà, en répondant points par points, au moyen d'une écriture de trois pages comportant un interligne serré, aux questions qui avaient été soulevées. Certes, l'intimé avait indiqué au recourant, le 2 octobre 2007, que la cellule anti-harcèlement mise en place au sein de l'établissement n'était pas compétente pour les médecins. On peut le déplorer, mais il est exclu de voir dans cette carence organisationnelle un acte relevant du harcèlement psychologique.

3.4

3.4.1 Aux yeux du recourant, il faut admettre un troisième indice de harcèlement dans le fait que le Directeur général de l'intimé lui a demandé, dans la réponse écrite qu'il lui a adressée le 11 octobre 2007, de fournir rapidement des attestations de formation continue.

3.4.2 Comme la cour cantonale l'a retenu, cette requête était pour le moins peu délicate, voire même déplacée. Même si l'on peut parfaitement comprendre que le recourant ait eu le sentiment que cette requête de production de documents avait pour fin de le décourager à aller de l'avant dans sa plainte pour mobbing, on ne peut pourtant y voir une quelconque tentative de l'anéantir professionnellement.

3.5

3.5.1 A suivre le recourant, un quatrième indice de harcèlement apparaît du fait qu'il a été remplacé, sans qu'il en soit averti préalablement, par la Dresse B. lors de la réunion de la Commission consultative qui s'est tenue le 6 septembre 2007. Il reproche à la cour cantonale d'avoir perdu de vue que cet événement s'est passé peu de temps avant que l'intimé ne décide, sans l'informer officiellement, de nommer la précitée au poste de médecin-chef adjoint, poste qu'il occupait jusque-là. Il voit une similitude dans cet épisode avec l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt 4C.259/2004 du 11 novembre 2004.

3.5.2 Il est vrai que le recourant assistait régulièrement aux séance de la Commission consultative et qu'il pouvait ainsi attendre qu'on l'informât dûment si sa présence n'y était plus souhaitée. Du reste, il a été constaté qu'il avait été convoqué à la séance en cause, à l'inverse de la Dresse B. Cette manière d'agir de l'intimé prête assurément le flanc à la critique. Mais on doit la relativiser, car le recourant n'a pas contesté que cette commission, depuis la réorganisation hospitalière de 2006, avait perdu tout pouvoir décisionnel, ne fonctionnant plus qu'en qualité de groupe consultatif.

Quelque temps plus tard, le recourant a appris, par des bruits de couloir, que la Dresse B. avait été désignée comme médecin-chef adjoint,

fonction qu'il occupait jusqu'alors. Le recourant n'a pas été informé officiellement par la direction de cette nomination, pas plus que le personnel de l'établissement. Cette manière d'agir, dissimulée et déloyale, est constitutive d'une atteinte aux droits de la personnalité du recourant. Pourtant, elle ne s'inscrit pas, au vu des considérants qui précèdent, dans un enchaînement d'attitudes hostiles visant à exclure le recourant de son lieu de travail. Le recourant a ainsi pu continuer à exercer comme médecin spécialisé auprès de l'intimé et il n'a pas été prouvé que sa rémunération ait été par la suite revue à la baisse ou qu'il ait subi après coup un autre affront. Il n'apparaît pas non plus que son travail a été dévalorisé ou critiqué sans raisons objectives.

L'arrêt 4C.259/2004 du 11 novembre 2004 ne lui est d'aucun secours. Cette cause a trait à un licenciement d'un travailleur opéré de manière particulièrement brutale et humiliante, à telle enseigne que les anciens collègues pouvaient supposer qu'il pouvait se fonder sur des motifs graves, alors qu'en réalité le congé n'avait qu'un caractère économique. Ces données n'ont rien à voir avec la présente querelle.

3.6

3.6.1 Le recourant soutient qu'un cinquième indice de mobbing apparaît à la lecture du courriel – qualifié par lui d'incendiaire – que le Dr A. a envoyé le 5 novembre 2007 notamment au Directeur général de l'intimé.

3.6.2 Ce courriel a été adressé au Directeur général sous le coup de la colère, après que le Dr A. et le recourant se sont disputés. Cet événement ne témoigne tout au plus que du caractère atrabilaire du prénommé, mais en rien d'un processus de harcèlement psychologique. Le recourant n'invoque aucun autre courriel du précité ayant la même teneur. Au contraire, le contenu d'un courriel du 4 octobre 2008 montre que les intéressés ont par la suite entretenu des relations apaisées.

4.

En résumé, la perte de son statut de médecin-chef adjoint en 2007 a incontestablement pu être vécue difficilement par le recourant. Pourtant, cela ne suffit pas à établir qu'il y ait eu un quelconque harcèlement psychologique dirigé contre celui-ci, imputable à l'intimé ou à ses auxiliaires. La cour cantonale n'a pas consacré une application insoutenable de l'art. 328 CO.

Bundesgericht, Urteil vom 1. Oktober 2013, Doss.-Nr. 4A_261/2013 (Bestätigung des Urteils des Obergerichts des Kantons Zürich vom 27. März 2013)

Die Vorinstanz hat bundesrechtskonform erwogen, dass das Arbeitsverhältnis der Arbeitnehmerin mit allen Rechten und Pflichten – somit auch das Konkurrenzverbot – gemäss Art. 76 FusG i.V.m Art. 333 OR auf den übernehmenden Rechtsträger übergegangen ist (E. 4.3).

Art. 340 Abs. 2 OR setzt nur eine Schädigungsmöglichkeit voraus, die durch Einblick in den Kundenkreis insbesondere dann zu bejahen ist, wenn die Arbeitnehmerin mit den Kunden ihres Arbeitgebers in Kontakt gekommen und mit deren Wünschen und Anliegen bekannt geworden ist und damit die Möglichkeit hat, allfällige Angebote erfolgsversprechend zu gestalten und frühzeitig auf die konkreten Bedürfnisse des Kunden auszurichten. I.c. hat die Arbeitnehmerin bei der alten Arbeitgeberin selbst Haarentfernungen an Kunden durchgeführt. Der persönliche Kontakt mit den Kunden hat es ihr erlaubt, deren Bedürfnisse und Eigenschaften kennenzulernen, sodass die Möglichkeit besteht, diesen die gleiche Leistung bei der neuen Arbeitgeberin anzubieten und sie so für sich zu gewinnen (E. 5.9).

Sachverhalt:

A. (Beklagte, Beschwerdeführerin) unterzeichnete am 27. Dezember 2006 mit «X.», einer Einzelfirma von B., einen Arbeitsvertrag. In einem handschriftlichen Anhang zum Arbeitsvertrag wurde ein Konkurrenzverbot mit folgendem Wortlaut vereinbart: «Der Arbeitnehmer verpflichtet sich während 3 Jahren nach Auflösung des Arbeitsverhältnisses keinerlei gleiche oder ähnliche Arbeit anzunehmen, oder sich an Unternehmungen zu beteiligen, da ihm sämtliches Wissen von der Firma X. angeeignet wurde. Im Weiteren ist es ihm untersagt, das ihm von der Firma angeeignete Wissen weiterzugeben ohne Genehmigung der X., da sämtliches Wissen aufgrund jahrelanger Erfahrung erworben wurde. Im Widerhandlungsfall muss der Arbeitnehmer der Firma X. eine Entschädigung von Fr. 250 000.– bezahlen.» Am 4. Juni 2007 liessen B. und C. die X. GmbH mit Sitz in Y. (Klägerin, Beschwerdegegnerin) im Handelsregister eintragen. Zweck der Gesellschaft ist die Durchführung von ästhetischen, kosmetischen und physikalischen Behandlungen. Am 14. Dezember 2007 liessen die Beklagte und ihr Ehemann, D., der ebenfalls bei der Klägerin als selbstständiger Arzt tätig war, die von ihnen gegründete Z. GmbH mit Sitz in Q. im Handelregister eintragen. Zweck dieser Gesellschaft ist die Erbringung von medizinischen Dienstleistungen im Bereich der ästhetischen und Anti Aging Medizin sowie der Vertrieb von Produkten und die Organisation von Weiterbildungen. In einer Vereinbarung vom 30. Januar 2008 regelten die Klägerin und die Z. GmbH ihre Zusammenarbeit. In dieser Vereinbarung wurde auch der Einsatz der Beklagten für die zwei Gesellschaften geregelt. Betreffend das Konkurrenzverbot der Beklagten enthält die Vereinbarung folgenden Passus: «Bei einer Trennung der Kooperation darf A. entgegen dem im Anstellungsvertrag benannten Konkurrenzverbot das bestehende Wissen als Gesellschafter der Z. weiterhin für den vorgesehenen Standort Q. nutzen, wenn dies dem Erhalt des Standortes Q. dient. Für weitere Standorte bedarf es der spezifischen Einwilligung von X.» Anlässlich eines Gesprächs zwischen B. und der Beklagten Ende Februar/Anfang

März 2008 wurde das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien aufgelöst. Die Beklagte arbeitete in der Folge nicht mehr für die Klägerin. Der Lohn wurde ihr bis im März 2008 ausbezahlt. Mitte April 2008 trat die Beklagte eine neue Stelle als Operationsschwester in einer Klinik mit einem Arbeitspensum von 20% an und setzte ihre Tätigkeit für die Z. GmbH fort. In der Folge eröffnete die Z. GmbH in kurzer Distanz zur Klägerin eine Zweigniederlassung an der R.-strasse in Y., welche am 22. August 2008 im Handelsregister eingetragen wurde. Die Klägerin wirft der Beklagten vor, sie verletze mit ihrer Tätigkeit in der Zweigniederlassung der Z. GmbH an der R.-strasse in Y. das im Arbeitsvertrag vom 27. Dezember 2006 vereinbarte Konkurrenzverbot.

Mit Klage vom 16. September 2009 beantragte die Klägerin dem Arbeitsgericht Zürich, die Beklagte sei zu verpflichten, ihr Fr. 42 000.– sowie Fr. 1921.40, je zuzüglich Zins zu bezahlen. Die Beklagte erhob Widerklage und beantragte, die Klägerin sei zu verpflichten, ihr ein Arbeitszeugnis auszustellen. Mit Beschluss vom 20. Dezember 2011 hat das Arbeitsgericht Zürich vom Rückzug der Widerklage durch die Beklagte Vormerk genommen. Mit Urteil vom gleichen Tag hiess es die Klage teilweise gut und verpflichtete die Beklagte, der Klägerin Fr. 28 000.– nebst 5% Zins seit dem 17. September 2009 zu bezahlen. Im Mehrbetrag wies es die Klage ab. Dagegen erhob die Klägerin Berufung an das Obergericht des Kantons Zürich. Mit Beschluss und Urteil vom 27. März 2013 wies das Obergericht die Berufung ab und verpflichtete die Beklagte, der Klägerin Fr. 28 000.– zuzüglich 5% Zins seit 17. September 2009 zu bezahlen. Mit Beschwerde in Zivilsachen beantragt die Beklagte dem Bundesgericht, das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 27. März 2013 sei aufzuheben und die Klage vollumfänglich abzuweisen. Eventualiter sei die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Aus den Erwägungen:

3.

Die Vorinstanz hat im Wesentlichen erwogen, dass das am 27. Dezember 2006 zwischen der Beschwerdeführerin und der Einzelfirma von B. (X.) vereinbarte Konkurrenzverbot auf die Beschwerdegegnerin übergegangen und gültig sei. Mit ihrer Tätigkeit bei der Z. GmbH in Y. habe die Beschwerdeführerin das Konkurrenzverbot verletzt, weshalb sie zur Zahlung einer Konventionalstrafe verpflichtet werde.

4.

4.1 Die Beschwerdeführerin bringt vor, die Vorinstanz habe unter Verletzung der Dispositionsmaxime (recte: wohl Verhandlungsmaxime) Art. 69 ff. Fusionsgesetz (FusG; SR 221.301) auf den vorliegenden Fall angewendet. Weder die Beschwerdegegnerin noch die Beschwerdeführerin hätten je in ihren Ausführungen behauptet, dass zwischen der Einzelfirma von B. und der Beschwerdegegnerin ein Vermögensübertragungsvertrag

nach Art. 69 ff. FusG abgeschlossen worden sei; die Vorinstanz habe alleine aufgrund des in einem anderen Zusammenhang erwähnten Handelsregisterauszugs der Beschwerdegegnerin auf einen nicht behaupteten Vermögensübertragungsvertrag geschlossen.

So sei das Konkurrenzverbot auch nicht nach Art. 779a OR (gesellschaftsrechtliche Übernahme) oder im Sinne einer Singularsukzession (rechtsgeschäftliche Übernahme im Sinne eines konkludent vereinbarten Parteiwechsels) von der Beschwerdegegnerin übernommen worden, wie dies von der Beschwerdegegnerin behauptet worden sei: Ein Übergang nach Art. 779a OR erscheine als unglaubwürdig, da die Beschwerdegegnerin erst ein halbes Jahr nach Abschluss des Arbeitsvertrages gegründet worden sei und sich die Bezeichnung «X.» im Konkurrenzverbot damit nicht auf die Beschwerdegegnerin habe beziehen können. Ebenso scheide ein konkludent vereinbarter Parteiwechsel aus, da dieser dem in Art. 340 OR statuierten Schriftlichkeitserfordernis nicht entspreche.

Damit sei erstellt, dass die Vorinstanz den Sachverhalt offensichtlich falsch festgestellt habe und dabei zugleich der Willkür verfallen sei, indem sie den Sachverhalt unzulässig ergänzt und zusätzlich ihr Ermessen in der Beweiswürdigung missbraucht habe.

4.2 Die Vorinstanz hat erwogen, dass sowohl das Arbeitsgericht als auch die Beschwerdeführerin die Frage des Übergangs des Arbeitsverhältnisses auf die Beschwerdegegnerin irrtümlich im Kontext von Art. 779a OR erörtert haben. Massgebende Grundlage sei vielmehr Art. 69 Abs. 1 FusG.

Dem Handelsregister könne entnommen werden, dass gestützt auf den Übernahmevertrag die «X.» (Einzelfirma von B.) als übertragende Rechtsträgerin ihr Vermögen auf die «X. GmbH» (Beschwerdegegnerin) als übernehmende Rechtsträgerin übertragen habe. Direkte Rechtsfolge dieses Vorgangs sei der Übergang des Arbeitsverhältnisses nach Art. 333 OR und damit des mit der «X.» vereinbarten Konkurrenzverbots auf die Beschwerdegegnerin.

4.3 Bei rechtskonform publizierten Handelsregistereinträgen handelt es sich um Tatsachen, die jedermann zugänglich sind und deren Kenntnis fingiert wird. Prozessual handelt es sich um offenkundige bzw. notorische Tatsachen (Urteil 4A_412/2011 vom 4. Mai 2012 E. 2.2 mit Hinweisen, nicht publ. in: BGE 138 III 294). Als solche müssen Handelsregistereinträge im kantonalen Verfahren weder behauptet noch bewiesen werden (Art. 151 ZPO; BGE 135 III 88 E. 4.1 S. 89; 130 III 113 E. 3.4 S. 121) und können im Verfahren vor Bundesgericht von Amtes wegen berücksichtigt werden (Art. 105 Abs. 2 BGG; Urteil 4A_412/2011 vom 4. Mai 2012 E. 2.2 mit Hinweisen, nicht publ. in: BGE 138 III 294).

Vorliegend ist unbestritten, dass die Beschwerdeführerin selber, anlässlich ihres Parteivortrages vor dem Arbeitsgericht am 1. Dezember 2009, den Handelsregisterauszug der Beschwerdegegnerin ins Recht gelegt hat. Die Vorinstanz hat festgestellt, dass aus diesem unter der Rubrik «Be-

sondere Tatbestände» hervorgehe, die Beschwerdegegnerin habe das Geschäft der im Handelsregister eingetragenen «X.» gemäss Vertrag vom 25. Mai 2007 übernommen («Sacheinlage/Sachübernahme: Die Gesellschaft übernimmt bei der Gründung das Geschäft der im Handelsregister eingetragenen Einzelfirma S. und X., in Y., gemäss Vertrag vom 25.5.2007 und Übernahmebilanz per 31.12.2006 mit Aktiven von Fr. 359 090.44 und Passiven von Fr. 33 719.95, wofür Fr. 20 000.– auf das Stammkapital angerechnet und Fr. 305 370.49 als Forderung gutgeschrieben werden»).

Die Vorinstanz durfte ohne Verletzung der Verhandlungsmaxime auf den Eintrag im Handelsregister abstellen, aus welchem hervorgeht, dass die Beschwerdegegnerin die Aktiven und Passiven der Einzelfirma von B. übernommen hat bzw. dass die Einzelfirma gestützt auf den Übernahmevertrag ihr Vermögen auf die Beschwerdegegnerin übertragen hat. Dass die Vorinstanz damit das rechtliche Gehör der Beschwerdeführerin verletzt hätte, wird von der Beschwerdeführerin zu Recht nicht vorgebracht. Mithin hat die Vorinstanz bundesrechtskonform erwogen, dass das Arbeitsverhältnis der Beschwerdeführerin mit allen Rechten und Plichten – somit auch das Konkurrenzverbot – gemäss Art. 76 FusG i.V.m Art. 333 OR auf die Beschwerdegegnerin übergegangen ist. Hinzu kommt, dass auch die Parteien (konkludent) davon ausgegangen sind, dass das Konkurrenzverbot auf die Beschwerdegegnerin übergegangen ist; in der Vereinbarung vom 30. Januar 2008 haben die Parteien ausdrücklich auf das im Anstellungsvertrag vom 27. Dezember 2006 vereinbarte Konkurrenzverbot Bezug genommen und dieses den neuen Gegebenheiten angepasst. Es erübrigt sich damit, auf die weiteren Vorbringen der Beschwerdeführerin einzugehen.

5.

Die Beschwerdeführerin macht sodann geltend, dass selbst wenn das Konkurrenzverbot auf die Beschwerdegegnerin übergegangen sein sollte, dieses nicht gültig sei. Sie habe bei der Beschwerdegegnerin keine leitende Funktion ausgeübt und habe demnach weder Einblick in den Kundenkreis noch in sonstige Geschäftsgeheimnisse gehabt. Ebenso wenig habe sie mit ihrer Tätigkeit bei der Z. GmbH die Beschwerdegegnerin konkurrenziert, womit die Voraussetzungen von Art. 340 Abs. 2 OR nicht erfüllt seien.

5.1 Nach Art. 340 Abs. 1 OR kann sich der handlungsfähige Arbeitnehmer gegenüber dem Arbeitgeber schriftlich verpflichten, nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses sich jeder konkurrenzierenden Tätigkeit zu enthalten, insbesondere weder auf eigene Rechnung ein Geschäft zu betreiben, das mit dem des Arbeitgebers in Wettbewerb steht, noch in einem solchen Geschäft tätig zu sein oder sich daran zu beteiligen. Das Konkurrenzverbot ist nur verbindlich, wenn das Arbeitsverhältnis dem Arbeitnehmer Einblick in den Kundenkreis oder in Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse gewährt und die Verwendung dieser Kenntnisse den Arbeitgeber erheblich schädigen könnte (Art. 340 Abs. 2 OR).

5.2 Die Vorinstanz erwog, dass die Gültigkeit des Konkurrenzverbots nicht in Frage gestellt werden könne.

Das Arbeitsgericht habe zutreffend erwogen, dass die Beschwerdeführerin nicht bestritten habe, Einblick in den Kundenkreis der Beschwerdegegnerin gehabt zu haben. Es liege auf der Hand, dass die Kenntnis der Beschwerdeführerin über den Kundenstamm der Beschwerdegegnerin einen wirtschaftlichen Wert habe und die Beschwerdeführerin aufgrund ihres Einblicks in diesen Kundenstamm den betreffenden Kunden die Dienstleistung der Haarentfernung selbst oder für einen anderen Arbeitgeber anbieten könne. Wenn die Beschwerdeführerin in ihrer Berufung einwende, ein angeblicher Einblick in den Kundenkreis sei von der Beschwerdegegnerin nur behauptet, nicht aber bewiesen worden, werde damit nicht geltend gemacht, die behauptete Einsicht sei von ihr bestritten worden; unbestrittene Behauptungen würden nach der im erstinstanzlichen Verfahren noch anwendbaren zürcherischen Zivilprozessordnung (§ 54 ZPO/ZH) als anerkannt gelten.

So habe die Beschwerdeführerin auch Einblick in die Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse der Beschwerdegegnerin gehabt; insoweit habe sie Einblick in wichtige kalkulatorische Aspekte und organisatorische Abläufe gehabt. In diesem Zusammenhang habe die Beschwerdeführerin Zugang zu vertraulichen Informationen erlangt, an deren Geheimhaltung die Beschwerdegegnerin ein berechtigtes Interesse habe. Ein Konkurrenzverbot sei demnach zulässig gewesen, da keine Rede davon sein könne, dass die Beschwerdeführerin Dienstleistungen erbracht habe, die vorwiegend von ihren persönlichen Fähigkeiten geprägt gewesen seien.

5.3 Die Beschwerdeführerin macht geltend, es sei falsch, dass sie Einblick in den Kundenkreis der Beschwerdegegnerin gehabt habe bzw. dass sie nicht bestritten hätte, Einblick in den Kundenkreis gehabt zu haben. Unter Verweis auf act. 24 bringt sie vor, sie habe mehrmals bestritten einen solchen Einblick erlangt zu haben, womit erstellt sei, dass die Vorinstanz den Sachverhalt falsch festgestellt habe.

So habe die Vorinstanz den Sachverhalt auch falsch festgestellt, indem sie davon ausgegangen sei, dass die Beschwerdeführerin «Geschäftsführerin» der Beschwerdegegnerin gewesen sei und somit Einblick in die Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse der Beschwerdegegnerin gehabt habe. Die Beschwerdegegnerin habe keinen derartigen Beweis erbracht; allein die Bezeichnung im Arbeitsvertrag reiche dafür nicht aus. Ebenso wenig sei ihr Monatslohn ein Indiz für ihre (angebliche) Funktion und die Bezeichnung ihrer Person in einem Zeitungsartikel sei nicht auf sie zurückzuführen, sondern sei vielmehr selbstständig vom Redaktor des Magazins angebracht worden. So sei sie auch nie als «Geschäftsführerin» ins Handelsregister eingetragen worden und sei auch nie unterschriftsberechtigt gewesen. Zudem habe B. mit ihr die gesetzlichen und damit kurzen Kündigungsfristen vereinbart und sie sei diesem gegenüber weisungsgebunden und ihm subordiniert gewesen.

Im Weiteren habe die Vorinstanz Art. 340 Abs. 2 OR falsch oder gar nicht angewendet; die Vorinstanz habe in keiner Weise dargelegt, «inwie-

fern der Kundenkreis bzw. der Einblick in den Kundenkreis ein im Kontext zum Konkurrenzverbot rechtlich relevanter» sei. Die Vorinstanz übersehe, dass nicht ein jeder Einblick schutzfähig sei. Bei richtiger Anwendung von Art. 340 Abs. 2 OR wäre zu erkennen gewesen, dass es sich im vorliegenden Bereich der Haarentfernung um Laufkundschaft handle, die nicht wiederkehre, sobald die Haare entfernt seien bzw. die Haarwurzel durch die Behandlung zerstört worden sei. Damit handle es sich gemäss der Lehre und der Rechtsprechung nicht um einen Kundenkreis, der mit einem Konkurrenzverbot geschützt werden könne; im Bereich der Haarentfernung seien nur persönliche Eigenschaften und Fähigkeiten massgebend.

5.4 Die Beschwerdeführerin macht nicht geltend, schon vor der Vorinstanz vorgebracht zu haben, die Feststellung des Arbeitsgerichts, wonach es unbestritten sei, dass sie Einblick in den Kundenkreis der Beschwerdegegnerin gehabt habe, sei falsch. Aus ihrer Berufungsschrift geht – wie die Vorinstanz festgehalten hat – vielmehr hervor, dass sie vor der Vorinstanz lediglich dargelegt hat, ein angeblicher Einblick in den Kundenkreis der Beschwerdegegnerin sei von der Beschwerdegegnerin nur behauptet, nicht jedoch bewiesen worden. Ebenso wenig tut die Beschwerdeführerin dar, bereits die Vorinstanz auf die im bundesgerichtlichen Verfahren erwähnte Aktenstelle (act. 24) hingewiesen zu haben. Die Vorinstanz hat vielmehr festgehalten, dass aus den von der Beschwerdeführerin zitierten Aktenhinweisen (act. 7 und 9) nicht hervorgehe, dass die entsprechende Behauptung der Beschwerdegegnerin bestritten worden sei. Schliesslich bringt die Beschwerdeführerin auch nicht vor, vor der Vorinstanz gerügt zu haben, dass das Arbeitsgericht das kantonale Prozessrecht willkürlich angewendet hätte, indem es festgestellt hat, eine unbestrittene Behauptung gelte als anerkannt.

Die Vorinstanz durfte folglich ohne in Willkür zu verfallen, feststellen, dass die Beschwerdeführerin nicht bestritten hat, Einblick in den Kundenstamm der Beschwerdegegnerin gehabt zu haben. Soweit die Beschwerdeführerin nun im bundesgerichtlichen Verfahren vorbringt, dass es sich beim Kundenkreis der Beschwerdegegnerin um Laufkundschaft bzw. um einen nicht schutzwürdigen Kundenkreis handle, handelt es sich um ein neues Vorbringen (Art. 99 Abs. 1 BGG), womit sie nicht gehört werden kann. Die Beschwerdeführerin tut denn auch nicht dar, dies bereits vor den Vorinstanzen vorgebracht zu haben. Die Vorinstanz hat vielmehr im Einklang mit den Erwägungen des Arbeitsgerichts festgehalten, dass die Kenntnis der Beschwerdeführerin über den Kundenstamm der Beschwerdegegnerin – folglich einem festen und wiederkehrenden Bestand – einen wirtschaftlichen Wert habe, was von der Beschwerdeführerin nicht bestritten wurde.

Die Vorinstanz durfte mithin ohne Verletzung von Bundesrecht die erste der beiden alternativen Voraussetzungen von Art. 340 Abs. 2 OR bejahen.

5.5 Bejaht wurde von der Vorinstanz auch die zweite Voraussetzung, wonach die Beschwerdeführerin als Geschäftsführerin der Beschwerdegegnerin darüber hinaus Einblick in die Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse der Beschwerdegegnerin gehabt habe. Die Beschwerdeführerin vermag auch diese Feststellung der Vorinstanz nicht als willkürlich auszuweisen: Die Vorinstanz hat unter Würdigung der Beweise festgestellt, dass die Beschwerdeführerin gemäss Arbeitsvertrag als Geschäftsführerin angestellt worden sei. So habe sie sich denn auch in einem Zeitungsartikel selber als Geschäftsführerin ausgegeben und schliesslich lasse auch ihr Monatsgehalt von Fr. 7000.– darauf schliessen, dass sie eine leitende Funktion innehatte. Dabei kann der Beschwerdeführerin zwar beigepflichtet werden, dass allein aufgrund eines Zeitungsartikels nicht auf ihre tatsächliche Funktion bei der Beschwerdegegnerin geschlossen werden kann. Allerdings legt die Beschwerdeführerin nicht in rechtsgenüglicher Hinsicht dar, weshalb die Bezeichnung als Geschäftsführerin im Arbeitsvertrag bloss eine unrichtige Wortwahl sei und nicht dem übereinstimmenden Willen der Parteien entsprechen sollte. Ebenso wenig begründet die Beschwerdeführerin, weshalb ihre Bezeichnung als Geschäftsführerin im Arbeitsvertrag nicht ausreichen sollte, um ihre Funktion bei der Beschwerdegegnerin zu definieren. Sie begnügt sich vielmehr damit, weitere neue Tatsachen vorzubringen, die in den tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz keine Stütze finden und ohnehin am Beweisergebnis nichts zu ändern vermögen.

Aus dem erstinstanzlichen Urteil, welches von der Vorinstanz bestätigt wurde, geht hervor, dass die Beschwerdeführerin anerkannt hat, Einblick in die Einkaufsmargen der Beschwerdegegnerin gehabt und selber einzelne Bestellungen aufgenommen und verrechnet zu haben. Unbestritten und von der Beschwerdegegnerin anerkannt ist auch, dass die Beschwerdeführerin Einblick in die verschiedenen administrativen Tätigkeiten der Beschwerdegegnerin hatte und sowohl für die Kunden als auch für die Lieferanten die Kontaktperson war. Soweit die Beschwerdeführerin nun im bundesgerichtlichen Verfahren vorbringt, weder Einblick in die kalkulatorischen Aspekte noch in die organisatorischen Abläufe gehabt zu haben, gehen ihre Vorbringen ins Leere. Die vorinstanzliche Beweiswürdigung, wonach die Beschwerdeführerin als Geschäftsführerin Einblick in vertrauliche Informationen gehabt hat, an deren Geheimhaltung die Beschwerdegegnerin ein berechtigtes Interesse hat, sind bundesrechtlich nicht zu beanstanden.

5.6 Schliesslich vermag die Beschwerdeführerin auch mit ihrem Hinweis auf BGE 138 III 67 nichts zu ihren Gunsten abzuleiten. Die vorinstanzlichen Erwägungen, wonach die Gefahr, dass Kunden der Beschwerdegegnerin die Beschwerdeführerin zu ihrer neuen Arbeitgeberin folgen könnten, nicht auf ihre persönlichen Fähigkeiten als behandelnde Kosmetikerin zurückzuführen sei, sind nicht zu beanstanden. Die Vorinstanz hat ohne in Willkür zu verfallen festgestellt, dass die Kunden der Beschwerdegegnerin die Beschwerdeführerin vielmehr wegen ihrer bei der

Beschwerdegegnerin erworbenen Spezialkenntnisse im Bereich der Haarentfernung folgen würden.

Die Vorinstanz hat mithin ohne Verletzung von Bundesrecht erwogen, dass die Beschwerdeführerin in ihrer Eigenschaft als Geschäftsführerin Einsicht in den Kundenkreis und die Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse der Beschwerdegegnerin erlangt hat und diese Kenntnisse aufgrund ihrer Tätigkeit bei der Beschwerdegegnerin erworben hat, womit das Konkurrenzverbot nicht als unzulässig eingestuft werden kann.

5.7 Die Beschwerdeführerin bringt weiter vor, dass sie ihre bei der Beschwerdegegnerin erworbenen Kenntnisse bei der Z. GmbH nicht konkurrenzierend verwenden könne.

Dabei bringt die Beschwerdeführerin erneut vor, nicht Geschäftsführerin der Beschwerdegegnerin gewesen zu sein. So sei denn auch die Feststellung falsch, wonach sie bei der Z. GmbH Geschäftsführerin sei; allein aufgrund ihrer Bezeichnung als «managing director» auf der Homepage der Z. GmbH dürfe nicht geschlossen werden, dass sie eine leitende Funktion – am Standort Q. und Y. – innehabe. Zudem lasse sich «aus einem blossen Anglizismus, der im heutigen Sprachgebrauch in der Schweiz grosszügig und inflationär verwendet» werde, keine rechtliche Qualifikation herleiten. Ohnehin sei die dieser Beweiswürdigung zugrunde liegende Beilage von der Homepage der Z. GmbH beweisuntauglich, da diese aus dem Jahre 2012 stamme; der relevante Zeitraum des (ungültigen) Konkurrenzverbots betreffe jedoch gemäss den Erwägungen des Arbeitsgerichts, maximal ein Jahr nach der Kündigung des Arbeitsvertrages, mithin den Zeitraum zwischen Ende Februar/Anfang März 2008 bis Ende Februar/ Anfang März 2009.

5.8 Die Vorinstanz bejahte einen Kausalzusammenhang zwischen dem Einblick der Beschwerdeführerin in den Kundenkreis und der Möglichkeit einer erheblichen Schädigung der Beschwerdegegnerin. Eine Konkurrenzierung liege auf der Hand: Die Beschwerdeführerin habe bei der Beschwerdegegnerin im Bereich der Haarentfernung die Funktion einer Geschäftsführerin versehen und im gleichen Bereich der Haarentfernung bei der nur wenige Meter entfernt domizilierten Z. GmbH die gleiche Funktion («managing director») aufgenommen.

5.9 Die Beschwerdeführerin bestreitet zu Recht nicht, dass eine Konkurrenzsituation vorliegt; sowohl die Beschwerdegegnerin als auch die Z. GmbH bieten Leistungen im Bereich der dauerhaften Haarentfernung zu den gleichen Preisen an. Unbestritten geblieben ist auch, dass sich die Leistungen der Beschwerdegegnerin und die seit August 2008 auch in Y. tätige Z. GmbH an den gleichen Kundenkreis wenden. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin, setzt Art. 340 Abs. 2 OR nur eine Schädigungsmöglichkeit voraus; die Schädigungsmöglichkeit durch Einblick in den Kundenkreis ist insbesondere dann zu bejahen, wenn die Arbeitnehmerin mit den Kunden ihres Arbeitgebers in Kontakt gekommen und mit deren Wünschen und Anliegen bekannt geworden ist und damit die Möglichkeit hat,

allfällige Angebote erfolgsversprechend zu gestalten und frühzeitig auf die konkreten Bedürfnisse des Kunden auszurichten (Urteil 4C.43/2007 vom 14. März 2007 E. 5.3 mit Hinweisen). Die Beschwerdeführerin hat sowohl bei der Beschwerdegegnerin wie auch bei der Z. GmbH in Y., wenn auch nur ausnahmsweise, selber Haarentfernungen an Kunden durchgeführt. Der persönliche Kontakt mit den Kunden hat es ihr erlaubt, deren Bedürfnisse und Eigenschaften kennenzulernen, so dass die Möglichkeit besteht, dass sie diesen die gleiche Leistung bei der neuen Arbeitgeberin anbieten und diese so für sich gewinnen kann (vgl. BGE 138 III 67 E. 2.2.1 S. 70 f.). Es ist denn auch nicht ausgeschlossen, dass sie auch bei einer relativ kurzen Vertragsdauer in der Lage war, persönliche Kontakte zu den Kunden der Beschwerdegegnerin herzustellen und die Beschwerdegegnerin durch Abwerben von Kunden zu schädigen (Urteil 4P.234/2006 vom 20. November 2006 E. 7.4) bzw. ihr bei der Beschwerdegegnerin angeeignetes Wissen in Konkurrenzierung einzusetzen.

Ebenso wenig vermag die Beschwerdeführerin die vorinstanzliche Feststellung umzustossen, dass sie auch bei der Z. GmbH die Funktion der Geschäftsführerin bzw. «managing director» eingenommen hat. Sie begnügt sich damit vorzubringen, dass diese Feststellung der Vorinstanz falsch sei, ohne jedoch darzutun, welche andere Funktion sie denn bei der Z. GmbH, die sie zusammen mit ihrem Ehemann gegründet hat, aufgenommen hätte. Sie selbst hat in ihrer Berufungsschrift auf die Homepage der Z. GmbH (wenn auch in einem anderen Zusammenhang) hingewiesen und es ist der Beschwerdegegnerin beizupflichten, dass die Bezeichnung als «managing director» wohl von ihr selber stammt. Massgebend ist jedoch ohnehin allein die Frage, wie die Vorinstanz richtig festgehalten hat, ob die Beschwerdeführerin bei der Z. GmbH im gleichen Bereich (dauerhafte Haarentfernung) wie bei der Beschwerdegegnerin als ihrer früheren Arbeitgeberin tätig ist. Diese Frage durfte die Vorinstanz ohne in Willkür zu verfallen bejahen.

6.

Die Beschwerdeführerin macht schliesslich geltend, ein allfällig gültig vereinbartes Konkurrenzverbot sei dahingefallen.

6.1 Die Beschwerdeführerin rügt eine Verletzung von Art. 340c OR. Sie bringt vor, der vermeintlichen Aufhebungsvereinbarung zwischen ihr und der Beschwerdegegnerin sei eine Kündigung ohne begründeten Anlass durch die Beschwerdegegnerin vorausgegangen, womit das Konkurrenzverbot dahingefallen sei. Die Vorinstanz habe es unterlassen, diese entscheidrelevante Tatsache in einem Beweisverfahren zu untersuchen.

Eventualiter hätte die Vorinstanz bei der behaupteten Aufhebungsvereinbarung prüfen müssen, ob eine solche tatsächlich geschlossen wurde bzw. wer die Umstände des Zustandekommens einer solchen zu verantworten hatte. Die Beschwerdeführerin habe keinen Anlass zur vermeintlichen Aufhebungsvereinbarung gegeben. Im Übrigen würde eine Aufhebungsvereinbarung eine Umgehung von Art. 340c OR darstellen.

6.2 Die Vorinstanz hat festgestellt, dass sich die Parteien so verhalten hatten, wie wenn ihr Arbeitsverhältnis einvernehmlich aufgelöst worden sei. Die Beschwerdeführerin habe selber zu Protokoll gegeben, dass sie nach der angeblichen Kündigung durch die Beschwerdegegnerin einverstanden gewesen sei, das Arbeitsverhältnis sofort aufzulösen. Ebenso sei unbestritten geblieben, dass die Beschwerdeführerin mit dem Märzlohn zufrieden gewesen sei und keine weiteren Lohnforderungen gestellt habe. Schliesslich habe die Beschwerdeführerin ab Mitte April 2008 zu 20% in einem Spital gearbeitet und habe ihre Tätigkeit bei der Z. GmbH fortgesetzt.

6.3 Nach Art. 340c Abs. 2 OR fällt ein Konkurrenzverbot dahin, wenn der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis kündigt, ohne dass ihm der Arbeitnehmer dazu begründeten Anlass gegeben hat, oder wenn es dieser aus einem begründeten, vom Arbeitgeber zu verantwortenden Anlass auflöst. Bei einer einvernehmlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses kommt diese Bestimmung nach ihrem Wortlaut nicht zum Tragen (Urteil 4A_209/2008 vom 31. Juli 2008 E. 3 mit Hinweisen).

6.4 Die Vorinstanz hat festgehalten, dass sich die Durchführung eines Beweisverfahrens über die Umstände der Auflösung des Arbeitsverhältnisses namentlich aufgrund der Zugabe der Beschwerdeführerin, wonach sie mit der Auflösung des Arbeitsverhältnisses einverstanden gewesen sei, erübrigen würde. Die Beschwerdeführerin vermag nicht aufzuzeigen, inwiefern diese antizipierte Beweiswürdigung der Vorinstanz willkürlich sein sollte. Sie bringt vor, ein Zeugenbeweis hätte Aufschluss darüber gegeben, dass die Beschwerdegegnerin bzw. B. der Beschwerdeführerin (ohne begründeten Anlass) gekündigt und das Team sodann darüber informiert habe. Damit setzt sie sich jedoch keineswegs mit der Feststellung auseinander, wonach sie ausdrücklich mit der Auflösung des Arbeitsverhältnisses einverstanden gewesen ist und gegenüber der Beschwerdegegnerin auch keine weiteren Lohnforderungen mehr geltend gemacht hat. Denn wäre die Beschwerdeführerin mit der sofortigen Auflösung des Arbeitsvertrages nicht einverstanden gewesen, hätte sie wohl darauf beharrt, dass ihr der Lohn bis Ende der Kündigungsfrist (somit bis Ende April 2008) ausbezahlt worden wäre. So bestreitet die Beschwerdeführerin denn auch nicht, bereits ab April 2008 zu 20% im Spital gearbeitet und ihre Tätigkeit bei der Z. GmbH fortgesetzt zu haben.

Soweit die Beschwerdeführerin vorbringt, kein Interesse an der vorzeitigen Auflösung des Vertrages gehabt zu haben, da sie «ohnehin laufend Angebote von Spitälern» bekommen habe und die 20%-Stelle aufgrund der kurzen Kündigungsfrist ohnehin innert kürzester Zeit hätte antreten können, übt sie an der vorinstanzlichen Beweiswürdigung bloss appellatorische Kritik. Die Vorinstanz hat festgehalten, es sei durchaus denkbar, dass die Beschwerdeführerin ein Interesse daran hatte, sich möglichst schnell von der Beschwerdegegnerin zu lösen und sich anderen beruflichen Tätigkeiten zuzuwenden; mithin ihre Tätigkeit bei der von ihr und ihrem Ehe-

mann gegründeten Z. GmbH fortzusetzen. Die sofortige Auflösung des Arbeitsverhältnisses war somit mit einer Besserstellung des Arbeitnehmers verbunden, womit entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin nicht gesagt werden kann, dass damit Art. 340c OR umgangen wurde.

Der Beschwerdeführerin gelingt es damit nicht, die Tatsachenfeststellung der Vorinstanz, wonach sich die Parteien so verhalten haben, wie wenn ihr Verhältnis tatsächlich einvernehmlich aufgelöst worden ist, als willkürlich auszuweisen. Der tatsächliche Beendigungsgrund ist ausschlaggebend (BGE 130 III 353 E. 2.2.2 S. 360 mit Hinweis), womit die Vorinstanz auf die Durchführung eines Beweisverfahrens zur Frage einer allfälligen früheren Kündigung verzichten durfte. Die Vorinstanz hat damit bundesrechtskonform erwogen, dass das Konkurrenzverbot nicht dahingefallen ist.

Bundesgericht, Urteil vom 4. Oktober 2013, Doss.-Nr. 5A_563/2013 (Bestätigung des Urteils der Aufsichtsbehörde für Schuldbetreibung und Konkurs des Kantons Solothurn vom 17. Juli 2013)

Das Zwangsvollstreckungsrecht kennt keine Bestimmung, welche die Entschädigung wegen ungerechtfertigter Entlassung (Art. 337c Abs. 3 OR) oder andere Zahlungen mit Genugtuungsfunktion generell von der Pfändbarkeit ausnehmen würde. Nach Art. 92 Abs. 1 Ziff. 9 SchKG sind Genugtuungsleistungen nur dann unpfändbar, wenn sie wegen einer Gesundheitsstörung geschuldet werden oder bezahlt worden sind (E. 3).

Sachverhalt:

Mit Urteil vom 20. Februar 2013 sprach das Richteramt Olten-Gösgen X. zu Lasten seiner ehemaligen Arbeitgeberin, der A. SA, Fr. 11 122.20 brutto zuzüglich Zins zu 5% seit dem 22. Mai 2012 als Lohnersatz gemäss Art. 337c Abs. 1 OR sowie Fr. 8000.– zuzüglich Zins zu 5% seit dem 14. April 2012 als Entschädigung gemäss Art. 337c Abs. 3 OR zu. Im Rahmen eines gegen X. laufenden Pfändungsverfahrens überwies die A. SA den Betrag von Fr. 18 683.20 an das Betreibungsamt Olten-Gösgen.

Am 5. Juni 2013 verlangte X. vom Betreibungsamt unter anderem, ihm aus der von der A. SA überwiesenen Summe Fr. 8000.– zuzüglich Zins zu 5% seit 14. April 2012 auszuzahlen. Das Betreibungsamt wies dieses Gesuch mit Verfügung vom 11. Juni 2013 ab. Am 20. Juni 2013 erhob X. dagegen Beschwerde an die Aufsichtsbehörde für Schuldbetreibung und Konkurs des Kantons Solothurn und hielt an seinem Begehren fest. Die Aufsichtsbehörde wies die Beschwerde mit Urteil vom 17. Juli 2013 ab. Am 31. Juli 2013 hat X. (Beschwerdeführer) Beschwerde an das Bundesgericht erhoben. Er beantragt sinngemäss die Aufhebung des Urteils der

Aufsichtsbehörde und verlangt weiterhin die Auszahlung von Fr. 8000.– zuzüglich Zins zu 5% seit 14. April 2012.

Aus den Erwägungen:

2.

Gegenstand des Verfahrens ist die Frage, ob die Entschädigung gemäss Art. 337c Abs. 3 OR, die dem Beschwerdeführer von seiner ehemaligen Arbeitgeberin wegen ungerechtfertigter fristloser Entlassung bezahlt wurde, gepfändet werden kann oder nicht. Nicht Gegenstand des Verfahrens ist hingegen die Zahlung gemäss Art. 337c Abs. 1 OR, die dem Beschwerdeführer ebenfalls zugesprochen wurde und deren Pfändbarkeit er nicht bestreitet.

Die Aufsichtsbehörde hat nicht zwischen den verschiedenen Ansprüchen gemäss Art. 337c OR unterschieden, sondern die daraus fliessenden Ansprüche allesamt als Schadenersatzansprüche qualifiziert, die wie eine Lohnforderung zu behandeln und deshalb pfändbar seien. Der Beschwerdeführer macht geltend, der ihm aufgrund von Abs. 3 von Art. 337c OR zugesprochene Betrag stelle einen Ausgleich für die durch die Kündigung erlittene Persönlichkeitsverletzung und damit eine Genugtuung dar und sei deshalb unpfändbar.

3.

Art. 337c Abs. 3 OR sieht als Sanktion bei ungerechtfertigter fristloser Kündigung durch den Arbeitgeber eine Entschädigung von maximal sechs Monatslöhnen vor. Diese hat sowohl Strafcharakter als auch Genugtuungsfunktion und soll die durch die ungerechtfertigte fristlose Kündigung erlittene Persönlichkeitsverletzung des Arbeitnehmers abgelten (BGE 135 III 405 E. 3.1 S. 407 f.; 123 III 391 E. 3c S. 394; 121 III 64 E. 3c S. 68; je mit Hinweisen). Gemäss dem Urteil des Richteramts Olten-Gösgen vom 20. Februar 2013 wurde dem Beschwerdeführer denn auch der vorliegend umstrittene Betrag von Fr. 8000.– (inkl. Zins) wegen der durch die Kündigung erlittenen Persönlichkeitsverletzung zugesprochen.

Das Zwangsvollstreckungsrecht kennt keine Bestimmung, die die Entschädigung gemäss Art. 337c Abs. 3 OR oder andere Zahlungen mit Genugtuungsfunktion generell von der Pfändbarkeit ausnehmen würde. Gemäss Art. 92 Abs. 1 Ziff. 9 SchKG sind Renten, Kapitalabfindungen und andere Leistungen, die dem Opfer oder seinen Angehörigen für Körperverletzung, Gesundheitsstörung oder Tötung eines Menschen ausgerichtet werden, unpfändbar, soweit solche Leistungen Genugtuung, Ersatz für Heilungskosten oder für Anschaffung von Hilfsmitteln darstellen. Genugtuungsleistungen sind folglich nur dann unpfändbar, wenn sie wegen einer Gesundheitsstörung geschuldet werden oder bezahlt worden sind. Genugtuungszahlungen für blosse seelische Unbill bzw. für Persönlichkeitsverletzungen, die keine Gesundheitsstörung bewirken, sind hingegen pfändbar (BGE 73 III 56 S. 57; GEORGES VONDER MÜHLL, in: Basler Kommentar,

Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 2. Aufl. 2010, N. 32 zu Art. 92 SchKG; vgl. auch ROLAND BREHM, Berner Kommentar, 3. Aufl. 2006, N. 89 zu Art. 49 OR; ferner STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, 7. Aufl. 2012, N. 16 zu Art. 337c OR).

Der Beschwerdeführer behauptet nicht, dass die ungerechtfertigte Kündigung bei ihm zu einer Gesundheitsstörung geführt habe, die mit der Entschädigung abgegolten worden wäre, und solches ergibt sich auch nicht aus dem Urteil des Richteramts. Im Ergebnis ist die Vorinstanz damit zu Recht zum Schluss gekommen, die dem Beschwerdeführer gemäss Art. 337c Abs. 3 OR zugesprochene Entschädigung sei pfändbar. Die Beschwerde ist abzuweisen.

Tribunal fédéral, Arrêt du 12 novembre 2013, Doss.-No 4A_337/2013 (Rejet du recours en matière civile interjeté contre l'arrêt rendu le 26 avril 2013 par la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal du canton de Vaud)

Abandon de poste. Art. 337d CO. L'abandon de poste entraîne l'expiration immédiate du contrat de travail; il est réalisé lorsque le travailleur refuse consciemment, intentionnellement et définitivement de continuer à fournir le travail convenu. Lorsque ce refus ne ressort pas d'une déclaration explicite du travailleur, le juge doit examiner si l'employeur a pu de bonne foi, en considération de l'ensemble des circonstances, comprendre son attitude comme un abandon de poste. Lorsque l'attitude du travailleur est équivoque, il incombe à l'employeur de le mettre en demeure de reprendre son activité. Dans le procès, il lui incombe de prouver les faits propres à dénoter un abandon de poste (c. 3).

Extraits des faits:

Dès le 1er avril 2009, Z. est entré au service de X. SA en qualité de monteur en chauffage. Au matin du 8 décembre 2010, une altercation est survenue entre lui et U., le chef de l'entreprise, au sujet d'un décompte de vacances et d'heures supplémentaires. Les propos furent vifs et le ton est monté. Un coup fut porté dans un bidon. Z. restitua ses clés des locaux de l'entreprise et quitta les lieux. L'un de ses collègues se rendit ensuite chez lui et le ramena sur un chantier. Le même jour, l'employeuse s'est adressée par courrier recommandé à Z., dans les termes suivants: «Nous avons pris note de votre abandon de poste à ce jour devant témoin. De plus, votre comportement inacceptable, vos termes orduriers et en venir aux mains ne sont pas tolérables. Une reprise de votre activité après cet épisode ne sera en aucun cas reconnue. Le contrat est donc rompu et ceci avec effet immédiat». Le soir, Z. s'est présenté dans les locaux avec son frère. U. a appelé

la police et il a peu après, le 13 décembre 2010, déposé une plainte pénale contre Z. pour voies de fait, injures, menaces et contrainte, et contre son frère pour menaces et contrainte. Le procès-verbal de la police fait mention d'un problème civil. La plainte fut classée par le Ministère public, puis le classement fut confirmé par l'autorité cantonale de recours. Selon cette autorité, U. avait certes pu se sentir menacé; néanmoins, au regard du dossier, aucun élément ne permettait de retenir que les prévenus aient eu l'intention de le menacer ou de le contraindre. Selon un certificat médical du 9 décembre 2010, Z. s'est trouvé en incapacité de travail dès ce jour et jusqu'au 16 décembre 2010. Selon un autre certificat médical établi le 14 décembre, U. avait subi la semaine précédente un important stress psychologique dans le cadre de son travail. Par courrier du 16 décembre, Z. a offert ses services à l'employeuse dès qu'il aurait retrouvé sa capacité de travail. Le 22 décembre 2010, Z. a restitué à l'employeuse trois vestes, deux pantalons et un téléphone portable. Le salaire mensuel brut, payable treize fois par an, s'élevait alors à 5'800 francs.

Le 26 avril 2011, Z. a ouvert action contre X. SA devant le Tribunal de prud'hommes de l'arrondissement de La Côte. La défenderesse devait être condamnée à payer 30 000 fr. à titre de salaire brut, avec intérêts au taux de 5% par an dès le 8 décembre 2010. Elle devait également être condamnée à remettre un certificat de travail complet. La Caisse cantonale vaudoise de chômage est intervenue afin de se subroger au demandeur à concurrence de 8510 fr.85. Après que la cause eut été suspendue jusqu'à droit connu sur la plainte pénale, la défenderesse a conclu au rejet de l'action. Le tribunal s'est prononcé le 28 août 2012. Accueillant partiellement l'action, il a condamné la défenderesse à payer les sommes ci-après: 17'246 fr.75 au demandeur, à titre de salaire soumis aux déductions sociales, avec intérêts au taux de 5% par an dès le 1er février 2011 mais sous déduction de la somme allouée à l'intervenante; 5800 fr. au demandeur, à titre d'indemnité nette, avec intérêts dès le 9 décembre 2010; 8510 fr.85 à l'intervenante. Les deux parties ont appelé du jugement. La Cour d'appel civile du Tribunal cantonal a statué le 26 avril 2013. Elle a accueilli l'appel du demandeur et réformé le jugement en ce sens que le montant de 17 246 fr.75 porte intérêts dès le 9 décembre 2010 déjà. La Cour a rejeté l'appel de la défenderesse. Agissant par la voie du recours en matière civile, la défenderesse requiert le Tribunal fédéral de réformer l'arrêt de la Cour d'appel.

Extraits des considérants:

2.

Il est constant que les parties se sont liées par un contrat de travail, susceptible d'une résiliation ordinaire avec observation d'un délai de congé, selon l'art. 335c CO, ou d'une résiliation immédiate pour de justes motifs, selon l'art. 337 CO.

3.

La défenderesse soutient que le demandeur a abruptement abandonné son emploi, sans observer le délai de congé, et qu'il a ainsi mis fin au contrat. Elle se réfère à l'art. 337d CO, lequel régit les conséquences du comportement du travailleur abandonnant son emploi sans justes motifs.

L'abandon de poste entraîne en effet l'expiration immédiate du contrat; il est réalisé lorsque le travailleur refuse consciemment, intentionnellement et définitivement de continuer à fournir le travail convenu (ATF 121 V 277 consid. 3a p. 281). Lorsque ce refus ne ressort pas d'une déclaration explicite du travailleur, le juge doit examiner si l'employeur a pu de bonne foi, en considération de l'ensemble des circonstances, comprendre son attitude comme un abandon de poste; le principe de la confiance, relatif à l'interprétation des déclarations et autres manifestations de volonté entre cocontractants (cf. ATF 135 III 410 consid. 3.2 p. 412; 133 III 675 consid. 3.3 p. 681),est ici déterminant (arrêt 4C.339/2006 du 21 décembre 2006, consid. 2.1). Lorsque l'attitude du travailleur est équivoque, il incombe à l'employeur de le mettre en demeure de reprendre son activité. Dans le procès, il lui incombe de prouver les faits propres à dénoter un abandon de poste (arrêt 4C.169/2001 du 22 août 2001, consid. 3b/aa).

D'après les constatations de fait qui lient le Tribunal fédéral (art. 105 al. 1 LTF), le demandeur a rendu ses clés et quitté les locaux sitôt après l'altercation du 8 décembre 2010. Un collègue est allé le rechercher et il est revenu sur un chantier le jour même. Il s'est trouvé en incapacité de travail pour cause médicale dès le lendemain et jusqu'au 16 décembre. Par courrier de ce jour-ci, il a offert ses services à l'employeuse dès qu'il aurait retrouvé sa capacité de travail. Au regard de ces éléments, la Cour d'appel juge que le demandeur n'a pas manifesté l'intention irrévocable d'abandonner définitivement son travail. En dépit de l'opinion contraire de la défenderesse, cette appréciation mérite l'adhésion du Tribunal fédéral.

La défenderesse a soutenu que trois jours après l'altercation, le demandeur est venu restituer ses vêtements de travail et un téléphone portable; elle invoquait à titre de preuve une déposition du demandeur dans l'enquête pénale.

Sur la base d'un récépissé signé de l'employeuse et daté du 22 décembre 2010, la Cour d'appel retient que la restitution des vêtements et du téléphone est intervenue ce jour-ci seulement, soit après que le demandeur avait vainement offert de reprendre son travail. Parce que la déposition a été recueillie plusieurs mois après les faits, le 26 septembre 2011, la Cour attribue une force probante plus élevée au récépissé. Devant le Tribunal fédéral, la défenderesse conteste cette appréciation des preuves; elle fait notamment valoir que la restitution effective des objets a pu intervenir avant la confection du récépissé.

A supposer que le demandeur ait voulu quitter définitivement l'entreprise et, en conséquence, restituer les vêtements et le téléphone trois jours déjà après l'altercation, on envisage difficilement qu'il se soit dessaisi de ces

objets sans exiger aussitôt un récépissé. Il n'est donc pas vraisemblable que la défenderesse ait pu attendre près de dix jours pour créer ce document; il semble au contraire plus probable que la restitution soit intervenue à la date indiquée. Pour le surplus, la Cour d'appel a opéré un choix objectif entre des éléments de preuve divergents. La défenderesse ne parvient donc pas à mettre en évidence une constatation manifestement inexacte des faits, sujette à rectification selon les art. 97 al. 1 et 105 al. 2 LTF.

4.

La défenderesse soutient qu'elle a elle-même mis fin au contrat en le résiliant conformément à l'art. 337 al. 1 CO.

La Cour d'appel juge que les faits survenus le 10 décembre 2010, tels qu'elle a pu les constater, n'étaient pas suffisamment graves pour justifier un licenciement abrupt du demandeur. Cette appréciation est elle aussi convaincante au regard de la jurisprudence relative au licenciement pour de justes motifs (cf. ATF 130 III 28 consid. 4.1 p. 31; 129 III 380 consid. 2.2 p. 382); elle n'est d'ailleurs pas sérieusement contestée par la défenderesse.

Celle-ci fait seulement grief à la Cour d'appel de n'avoir pas pris en considération le certificat médical du 14 décembre 2010, attestant que U. avait subi la semaine précédente un important stress psychologique dans le cadre de son travail. La défenderesse n'explique toutefois pas en quoi ce document aurait dû influencer l'appréciation à porter sur les événements du 10 décembre; le moyen tiré d'une application prétendument incorrecte de l'art. 337 al. 1 CO est donc insuffisamment motivé.

Bundesgericht, Urteil vom 13. November 2013, Doss.-Nr. 8D_6/2013 (Bestätigung des Entscheids des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 4. September 2013)

Öffentliches Personalrecht (Ferienlohn); Willkürverbot, Art. 9 BV. Werden die zusätzlich zum Grundlohn als Ausgleich für Nacht-, Wochenend- sowie Feiertagsarbeit erbrachten Leistungen regelmässig und während einer gewissen Dauer ausgerichtet, so sind sie bei der Berechnung des auf die Ferien entfallenden Lohnes nach Art. 329d Abs. 1 OR zu berücksichtigen (BGE 132 III 172). Diese in der privatrechtlichen Rechtsprechung des Bundesgerichts mit Bezug auf Art. 329d Abs. 1 OR entwickelten Grundsätze sind nicht ohne weiteres auch im öffentlichen Personalrecht anzuwenden. Das öffentliche Personalrecht kann – ohne deswegen in Willkür zu verfallen – eine von den Minimalgarantien des Privatrechts abweichende Regelung treffen, nämlich dass z.B. die für regelmässige Nacht- und Sonntagsarbeit gewährten Zulagen bei der Berechnung des auf die Ferien entfallenden Lohnes nicht zu berücksichtigen sind. Die Mitarbeiter wissen aufgrund der langjährigen Praxis, dass sie während der Ferienzeit keine besondere

Zulage erhalten. Sie rechnen somit auch nicht mit diesem Geld und müssen folglich keinen unvorhersehbaren Einkommensausfall in Kauf nehmen (E. 3.5, 3.7).

Sachverhalt:

A., B., C., D., E. und F. sind bei den Verkehrsbetrieben Zürich (VBZ) angestellt. Aufgrund dieser Tätigkeit leisten sie regelmässig Nacht- und Sonntagsarbeit. Die für diese Dienste gewährten Zulagen werden bei der Berechnung des auf die Ferien entfallenden Lohnes nicht berücksichtigt. Am 26. Mai 2011 ersuchten die sechs Angestellten die VBZ, ihnen für die Jahre 2006 bis 2011 ein zusätzliches Entgelt während den bezahlten Ferien im Umfang ihrer durchschnittlichen monatlichen Entschädigung für geleistete Nacht- und Sonntagsarbeit nachzuzahlen. Mit Verfügungen vom 22. August 2011 wies der Direktor der VBZ das Ersuchen um Ausrichtung eines Ferienlohnzuschlags ab. Den dagegen erhobenen stadtinternen Rekurs wies der Stadtrat am 23. Mai 2012 ab.

Den von den Betroffenen beim Bezirksrat Zürich eingereichten Rekurs wies dieser am 14. Februar 2013 ab. Die sechs betroffenen Angestellten gelangten ans Verwaltungsgericht des Kantons Zürich, welches ihre Beschwerde mit Entscheid vom 4. September 2013 abwies. A., B., C., D., E. und F. lassen subsidiäre Verfassungsbeschwerde führen und beantragen, in Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheids sei die VBZ zu verpflichten, ihnen ein zusätzliches Entgelt für die bezahlten Ferien im Jahr 2011 und die fünf vorangehenden Dienstjahre im Umfang ihrer jeweils durchschnittlichen monatlichen Entschädigung für geleistete Nacht- und Sonntagsarbeit zu bezahlen.

Aus den Erwägungen:

2.

2.1 Das PR gilt – abgesehen von hier nicht zutreffenden Ausnahmen – für das gesamte Personal der Stadt Zürich (Art. 1 Abs. 1 PR). Es unterscheidet zwischen dem Lohn gemäss Art. 47 PR und den besonderen Entschädigungen, welche nicht in diesem Lohn enthalten sind (Art. 58 PR). Der Lohn der Angestellten richtet sich nach dem Schwierigkeitsgrad der Funktion, der nutzbaren Erfahrung sowie nach Leistung und Verhalten (Art. 47 PR). Für besondere Beanspruchungen oder Inkonvenienzen, die mit dem Lohn nicht abgegolten sind, kann der Stadtrat oder die von ihm bezeichnete Instanz besondere Vergütungen ausrichten (Art. 58 Satz 1 PR). Der Stadtrat regelt die Entschädigungen für Nacht-, Sonntags-, Feiertags- und Bereitschaftsdienst, für angeordnete Überzeit und für die ausserordentliche Vertretung einer Stelleninhaberin oder eines Stelleninhabers in einer höheren Funktionsstufe (Art. 58 Satz 2 PR). Gestützt auf diese Delegationsnorm hat der Stadtrat von Zürich Art. 176 der Ausführungsbestim-

mungen vom 1. Juli 2002 zur Verordnung über das Arbeitsverhältnis des städtischen Personals (AB PR; AS 177.101) erlassen.

2.2 Die ersten beiden Absätze von Art. 176 AB PR definieren, wann Nacht- und Sonntagsarbeit vorliegt und legen die Höhe der Vergütung fest. Art. 176 Abs. 7 AB PR hält sodann fest, dass die Vergütungen gemäss Abs. 1 dieser Bestimmung (ordentliche Arbeitsleistungen in der Nacht und an Sonntagen) und Abs. 2 (Dauernachtdienste) nur für tatsächlich geleistete Dienste ausgerichtet werden. Von diesem Grundsatz sieht Art. 176 AB PR in Abs. 7 Satz zwei und drei und in Abs. 8 folgende drei Ausnahmen vor, bei denen Zulagen dennoch unter gewissen Voraussetzungen weiter entrichtet werden: So endet bei Pauschallösungen gemäss Abs. 6 (turnusgemässe Nacht- und Sonntagsdienste im Schichtbetrieb) der Anspruch auf die Vergütung nach 20 Kalendertagen, soweit nicht das zugrunde liegende Schichtplanmodell eine andere Regelung vorsieht (Abs. 7 Satz 2). Bei Arbeitsverhinderung wegen Berufsunfall oder Berufskrankheit besteht ein Anspruch auf die Vergütungen während längstens sechs Wochen, wenn die vergütungsberechtigten Einsätze bereits vorher bekannt waren (Abs. 7 Satz 3). Angestellten, die überwiegend Nacht- und Sonntagsdienst leisten, werden bei längeren Absenzen vom Schichtbetrieb infolge von Mutterschaftsurlaub, Krankheit und Unfall die Vergütungen für Nacht- und Sonntagsarbeit ab dem achten Kalendertag mit den übrigen Lohnzahlungen weiter ausgerichtet, wenn die oder der Angestellte ein ärztliches Zeugnis auflegt; die Vergütung bestimmt sich nach den im Durchschnitt der letzten zwölf Monate ausgerichteten Vergütungen (Abs. 8).

2.3 Indem Art. 176 Abs. 7 AB PR festhält, dass die Zulagen für Nacht- und Sonntagsarbeit «nur für tatsächlich geleistete Dienste ausgerichtet» werden, hat der Stadtrat mit Bezug auf die mit dem Lohn gemäss Art. 47 PR nicht abgegoltenen «besonderen Lohnanteile» für besondere Beanspruchungen oder Inkonvenienzen im Sinne von Art. 58 PR eine Regelung getroffen, die grundsätzlich keine Ausrichtung dieser Zulagen vorsieht, wenn aus irgendeinem Grund kein Dienst geleistet wurde. Die Ausnahmen, bei denen die Zulagen dennoch unter gewissen Voraussetzungen weiter entrichtet werden (Pauschallösungen, Arbeitsverhinderung wegen Berufsunfall und Berufskrankheit sowie Absenzen vom Schichtbetrieb infolge Mutterschaft, Krankheit und Unfall bei überwiegendem Nacht- und Sonntagsdienst), werden unter Vorgabe des entsprechenden Berechnungsmodus explizit und abschliessend aufgeführt.

3.

3.1 Das kantonale Gericht hat geprüft, ob diese Ausgestaltung des städtischen Personalrechts vor dem Rechtsgleichheitsgebot (Art. 8 Abs. 1 BV) standhält. Dabei hat es erwogen, die öffentliche Hand sei nicht verpflichtet, die Löhne von Angestellten, welche unterschiedliche Funktionen ausübten, nach exakt derselben Methode festzusetzen. Es bestehe insofern kein Anspruch auf einen abstrakt gleichen Durchschnittslohn. Mit den in Art. 176 Abs. 1 und Abs. 2 AB PR vorgesehenen Lohnzuschlägen würden

mit Nacht- und Sonntagseinsätzen verbundene Einschränkungen im Freizeit- und Sozialleben ausgeglichen, welche die betroffenen Angestellten während den Ferien indessen nicht zu erdulden hätten. Somit liege ein sachlicher Grund dafür vor, bloss faktisch geleistete Nacht- und Sonntagsarbeit zu entschädigen. Daran vermöge die in Art. 176 Abs. 8 AB PR vorgesehene Ausnahme nichts zu ändern, da es sich dabei um ausserordentliche Abwesenheiten bei Mutterschaft, Krankheit und Unfall handle, die anders als die alljährlichen Ferien grundsätzlich nicht planbar seien. Zudem hinterlasse der Wegfall der Lohnzuschläge bei überwiegender Nacht- und Sonntagsarbeit eine grössere Lücke im Haushaltsbudget als bei Mitarbeitenden, die lediglich sporadisch Nacht- und Sonntagsarbeit leisten würden.

3.2 Nach Ansicht der Beschwerdeführenden besteht die Ungleichbehandlung jedoch darin, dass Angestellten, welche regelmässig und überwiegend Nacht- und Sonntagsarbeit leisten, im Gegensatz zu Mitarbeitenden, welche keine oder nur sporadisch Nacht- und Sonntagsarbeit verrichten, während den Ferien ein bedeutend niedrigeres Einkommen zur Verfügung steht als während der Zeit der effektiven Arbeitstätigkeit. Während Letztere somit über ein konstant gleich bleibendes Lohnniveau verfügen könnten, müssten Angestellte, welche regelmässig und überwiegend Nacht- und Sonntagsarbeit verrichten, während den Ferien mit finanziellen Einschränkungen kämpfen und ihre Lebensführung entsprechend anpassen.

3.3 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 entscheidwesentlichen 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).

3.4 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, Dienstalter, 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).

3.5 Richtig ist, dass sowohl bei Angestellten, welche regelmässig und überwiegend Nacht- und Sonntagsdienst leisten, wie auch bei jenen, die nur ab und zu von einem solchen Einsatz betroffen sind, der auf die Ferien entfallende Lohn ohne den für die Schicht in Art. 58 PR in Verbindung mit Art. 176 Abs. 1 und Abs. 2 AB PR vorgesehenen besonderen Zuschlag ausgerichtet wird. Wer viele Nacht- und Sonntagseinsätze hat, wird ausserhalb der Ferienzeit aufgrund dieser Bestimmung in der Tat besser entlöhnt als jemand, der nur wenig Schicht arbeitet. Die Beschwerdeführenden leisten aufgrund ihrer Funktion nach eigener Darlegung regelmässig Nacht- und Sonntagsdienst. Die Schichtzulage kann somit einen beachtlichen Teil ihres Einkommens ausmachen. Aufgrund von Art. 176 Abs. 8 AB PR müssen sie bei unvorhergesehenen längeren Abwesenheiten infolge von Mutterschaft, Krankheit und Unfall denn auch nicht auf dieses Einkommen verzichten. Der Ferienanspruch steht demgegenüber für alle Angestellten von vornherein fest und kann jedes Jahr regelmässig bezogen werden. Die Mitarbeitenden wissen aufgrund der langjährigen Praxis, dass sie während dieser Zeit keine besondere Zulage erhalten. Sie rechnen somit auch nicht mit diesem Geld und müssen folglich keinen unvorhersehbaren Einkommensausfall in Kauf nehmen.

3.6.

3.6.1 Die Beschwerdeführenden bringen weiter vor, eine Unterscheidung dränge sich auch deshalb auf, weil regelmässig Nacht- und Sonntagsdienst leistende Angestellte dauerhaft in ihren Sozialkontakten eingeschränkt seien. Da dieser Nachteil während den Ferien nicht einfach wegfalle, müssten sie entsprechend entschädigt werden.

3.6.2 Die Beschwerdeführenden blenden bei ihrer Betrachtungsweise aus, dass die Dienststellen der Stadt Zürich Gegenstand einer analytischen Arbeitsplatzbewertung bilden und einem Funktionsraster mit 18 Stufen zugeordnet werden (Art. 48 PR). Erfasst werden nebst den damit verbundenen Anforderungen auch die Arbeitsbedingungen (Art. 49 PR). Bei Funktionen, deren Tätigkeit in der Regel unregelmässige Arbeitszeiten mit sich bringt, ist die Bereitschaft, Einschränkungen im Freizeit- und Sozialleben hinzunehmen, demnach beim Grundlohn zu berücksichtigen. Dieser Basislohn wird auch während den Ferien ausbezahlt (Art. 58 PR). Mit Bezug auf die zusätzlich zum Grundlohn abgegoltene besondere Beanspruchung für Nacht- und Sonntagsarbeit setzt Art. 176 AB PR den Stundenansatz bei Dauernachtdienst (Abs. 2) tiefer an als bei ordentlicher Arbeitsleistung in der Nacht und an Sonntagen (Abs. 1). Dies weist ebenfalls darauf hin, dass bereits bei der Funktionsbeurteilung im Rahmen der Festlegung des

Grundlohnes eine generelle Abgeltung für die mit dem Einsatz verbundene besondere Belastung einfliesst.

3.7 Zwar können durchaus vertretbare Gründe angeführt werden, welche für eine Ausrichtung der zur Abgeltung von Nacht- und Sonntagsarbeit bezahlten Entschädigungen auch während den Ferien sprechen. Dies zeigt insbesondere der im vorinstanzlichen Entscheid erwähnte hängige politische Vorstoss zur Anpassung des städtischen Personalrechts an die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts zu Art. 329d Abs. 1 OR (BGE 132 III 172). Das kantonale Gericht hat jedoch mit Recht darauf hingewiesen, dass das Bundesgericht 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.

3.8 Wie bereits dargelegt, besitzen die kantonalen und kommunalen Behörden bei der Ausgestaltung ihrer Besoldungsordnung einen erheblichen Spielraum (E. 3.4 hievor). Das Bundesgericht greift von Verfassungswegen bloss ein, wenn die Gemeinde eine Unterscheidung trifft oder unterlässt, die sich nicht vernünftig begründen lässt, die unhaltbar und damit geradezu willkürlich ist. Da sich die beanstandete Regelung auf objektive Motive stützen kann und mit sachlichen Argumenten begründen lässt, verstösst es nicht gegen die Rechtsgleichheit, wenn mit Bezug auf den Ferienlohn regelmässig und überwiegend Nacht- und Sonntagsdienst leistender Angestellter keine Ausnahme zu Art. 176 Abs. 7 Satz 1 AB PR getroffen wurde.

Bundesgericht, Urteil vom 20. November 2013, Doss.-Nr. 8C_451/2013 (Bestätigung des Entscheids des Verwaltungsgerichts des Kantons Luzern vom 10. Mai 2013)

Öffentliches Personalrecht; Kündigung zur Unzeit. Durch die im öffentlichen Recht vorgenommene Verweisung auf das Privatrecht wird dieses zum öffentlichen Recht des betreffenden Gemeinwesens und ist nach dessen Regeln anzuwenden und auszulegen. Unter dem Titel «Beendigung zur Unzeit» sieht § 24 PG/LU die Anwendbarkeit der Bestimmungen des Obligationenrechts über die Kündigung zur Unzeit vor. Demnach gelangen die obligationenrechtlichen Bestimmungen des Art. 336c f. OR als subsidiäres öffentliches Recht des Kantons Luzern zur Anwendung (E. 5.2.2 und 5.2.3).

Sachverhalt:

A., geboren 1962, trat am 1. September 2008 die unbefristete Arbeitsstelle als Dozent mit einem 80% Pensum an der Hochschule Luzern (nachfolgend: Hochschule oder Beschwerdeführerin) an. Am 22. Oktober 2012 löste die Hochschule das Arbeitsverhältnis ordentlich per 28. Februar 2013 auf und stellte A. mit sofortiger Wirkung für die Dauer der Kündigungsfrist unter Beibehaltung des bisherigen Lohnes vom Dienst frei.

Die hiergegen erhobene Beschwerde des A. hiess das Verwaltungsgericht des Kantons Luzern (seit 1. Juni 2013: Kantonsgericht Luzern) mit Entscheid vom 10. Mai 2013 gut und erklärte die von der Hochschule am 22. Oktober 2012 ausgesprochene Kündigung für nichtig. Mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten lässt die Hochschule beantragen, der angefochtene Gerichtsentscheid sei aufzuheben und die am 22. Oktober 2012 ausgesprochene Kündigung für gültig zu erklären. A. schliesst auf Abweisung der Beschwerde.

Aus den Erwägungen:

3.

Strittig ist, ob die von der Beschwerdeführerin am 22. Oktober 2012 verfügte Kündigung des Arbeitsverhältnisses gemäss angefochtenem Entscheid nichtig ist.

4.

Die nachträglichen Eingaben der Hochschule vom 30. Oktober und 12. November 2013, welche sich weder auf den Streitgegenstand (E. 3 hiervor) beziehen (vgl. Art. 42 Abs. 2 BGG) noch darlegen, weshalb es sich bei den neu eingereichten Belegen um ausnahmsweise zulässige Noven handeln sollte (vgl. Art. 99 Abs. 1 BGG), sondern einzig auf unzulässige echte Noven (BGE 133 IV 342 E. 2.1 S. 344) Bezug nehmen, sind aus dem Recht zu weisen.

5.

5.1 Das kantonale Gericht hielt in Bezug auf die im Zeitpunkt der Erfüllung des zu Rechtsfolgen führenden Tatbestandes geltenden Rechtsgrundlagen (BGE 131 V 9 E. 1 S. 11 mit Hinweis) zutreffend fest, der Kanton Luzern habe im Rahmen der Fachhochschule Zentralschweiz (FHZ) je eine Hochschule für Technik und Architektur, für Wirtschaft und für Gestaltung und Kunst geführt (Art. 1 des Gesetzes über die Hochschulen des Kantons Luzern in der Fachhochschule Zentralschweiz vom 22. November 1999, welches per 1. Januar 2013 durch die Zentralschweizer Fachhochschul-Verordnung vom 14. Dezember 2012 [ZFH-VO; Systematische Rechtssammlung des Kantons Luzern, SRL 520a] abgelöst wurde) und sei gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. b des Zentralschweizer Fachhochschul-Konkordats vom 2. Juli 1999 (aFHZ-Konkordat, welches vom 1. Januar 2001 bis zum 31. Dezember 2012 in Kraft stand und per 1. Januar 2013 durch die Zentralschweizer Fachhochschul-Vereinbarung vom 15. September 2011 [ZFH-V;

SRL Nr. 520] abgelöst wurde) Träger der Hochschule für Wirtschaft Luzern gewesen. Nach Art. 18 Abs. 2 des Statuts der Fachhochschule Zentralschweiz vom 28. März 2001 (aFHZ-Statut, welches vom 1. Januar 2001 bis mindestens zum 31. Dezember 2012 in Kraft stand [vgl. Art. 43 Abs. 4 ZFH-V] und per 1. September 2013 durch das Statut der Fachhochschule Zentralschweiz-Hochschule Luzern [FHZ-Statut; SRL Nr. 520b] abgelöst wurde) galt für das Personal der Teilschulen der Fachhochschule Zentralschweiz das Personal- und Besoldungsrecht der Trägerschaft der jeweiligen Teilschule. Die Vorinstanz ging folglich in Bezug auf die Streitfrage betreffend Auflösung des Arbeitsverhältnisses zwischen A. und der Beschwerdeführerin von der Anwendbarkeit des Gesetzes über das öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnis des Kantons Luzern vom 26. Juni 2011 (vgl. § 1 Abs. 1 lit. b Personalgesetz [PG/LU]; SRL Nr. 51) aus. An der Anwendbarkeit des PG/LU änderte auch das Inkrafttreten der ZFH-V per 1. Januar 2013 mit dem neu in Art. 13 Abs. 1 ZFH-V enthaltenen Verweis nichts. Etwas anderes macht die Beschwerdeführerin nicht geltend.

5.2

5.2.1 Die Hochschule löste das Arbeitsverhältnis mit A. am 22. Oktober 2012 gestützt auf den ordentlichen Kündigungsgrund von § 18 lit. b PG/LU wegen Verletzung gesetzlicher oder vertraglicher Pflichten bzw. wegen Mängeln in der Leistung oder im Verhalten auf und stellte ihn mit sofortiger Wirkung für die Dauer der Kündigungsfrist vom Dienst frei. Dies, nachdem der Beschwerdegegner der Hochschule mit Schreiben vom 15. Oktober 2012 mitgeteilt hatte, dass er gemäss beigelegtem Arztzeugnis der Psychiaterin Dr. med. K. vom 15. Oktober 2012 ab sofort bis auf weiteres, mindestens aber bis zum 4. November 2012 vollständig arbeitsunfähig sei, dass er sich anschliessend jedoch gerne in einem persönlichen Gespräch zu den gegen ihn erhobenen Vorwürfen äussern würde.

5.2.2 Das kantonale Gericht erklärte die am 22. Oktober 2012 ausgesprochene Kündigung gestützt auf § 24 PG/LU in Verbindung mit Art. 336c Abs. 1 lit. b OR für nichtig. Unter dem Titel «Beendigung zur Unzeit» sieht § 24 PG/LU – abgesehen von hier nicht interessierenden Ausnahmetatbeständen – für diesen Fall die Anwendbarkeit der Bestimmungen des Obligationenrechts über die Kündigung zur Unzeit vor. Das kantonale Recht verweist demnach auf die bundesrechtlichen Bestimmungen von Art. 336c f. OR. Dies bewirkt im Bereich öffentlich-rechtlicher Anstellungsverhältnisse der Hochschule Luzern nach den hier massgebenden, im Zeitpunkt der Erfüllung des zu Rechtsfolgen führenden Tatbestandes (am 22. Oktober 2012 ausgesprochene Kündigung) gültig gewesenen Rechtsgrundlagen (vgl. E. 4.1 mit Hinweis auf BGE 131 V 9 E. 1 S. 11 mit Hinweis), dass das Bundesprivatrecht – soweit der Kanton Luzern bis Ende 2012 als Alleinträger der «Hochschule für Wirtschaft» (E. 4.1 hiervor) in Art. 18 Abs. 2 aFHZ-Statut auf die Anwendbarkeit des PG/LU und § 24 PG/LU seinerseits weiter auf das OR verwies – als ergänzendes kantonales Recht zur Anwendung gelangt (vgl. BGE 138 I 232 E. 2.4 S. 236; vgl.

auch Urteile 8C_340/2009 vom E. 1.2 und 1C_59/2008 vom 28. November 2008 E. 1.3). Denn durch die im öffentlichen Recht vorgenommene Verweisung auf das Privatrecht wird dieses zum öffentlichen Recht des betreffenden Gemeinwesens – hier bis Ende 2012 des Trägerkantons Luzern – und ist nach dessen Regeln anzuwenden und auszulegen (vgl. Urteil 1C_68/2007 vom 14. September 2007 E. 2.3 mit Hinweisen).

5.2.3. Zusammenfassend gelangen demnach die obligationenrechtlichen Bestimmungen, auf welche § 24 PG/LU verweist, nach den hier massgebenden, bis Ende 2012 gültig gewesenen Rechtsgrundlagen als subsidiäres öffentliches Recht des Kantons Luzern zur Anwendung.

6.

Soweit die Beschwerde führende Hochschule rügt, die Vorinstanz habe Art. 336c Abs. 1 lit. b OR falsch angewandt, ist dies mit Blick auf die vorstehende Erwägung vor Bundesgericht nur dann zu beanstanden, wenn eine derartige Rechtsverletzung einen Verstoss gegen Bundesrecht im Sinne von Art. 95 lit. a BGG – beispielsweise das Willkürverbot (Art. 9 BV) – oder gegen Völkerrecht im Sinne von Art. 95 lit. b BGG zur Folge hat (BGE 133 II 249 E. 1.2.1 S. 251 f.).

6.1 Die Vorinstanz hat in tatsächlicher Hinsicht für das Bundesgericht grundsätzlich verbindlich festgestellt, dass der Beschwerdegegner gemäss Arztzeugnis der Psychiaterin Dr. med. K., vom 15. Oktober 2012 ab diesem Datum bis auf weiteres, mindestens aber bis zum 4. November 2012 vollständig arbeitsunfähig war und die Hochschule am 22. Oktober 2012 in Kenntnis der anhaltenden Arbeitsunfähigkeit während der laufenden Sperrfrist von Art. 336c Abs. 1 lit. b OR die Kündigung aussprach. Die Beschwerdeführerin legt nicht dar, und es sind keine Anhaltspunkte ersichtlich, inwiefern diese Tatsachenfeststellungen offensichtlich unrichtig wären oder sonst wie gegen Bundesrecht verstossen würden.

6.2 Das kantonale Gericht hat zutreffend ausgeführt, die Hochschule sei bei allfälligen Zweifeln am Wahrheitsgehalt des Arztzeugnisses vom 15. Oktober 2012 nach § 56 PG/LU berechtigt gewesen, eine vertrauensärztliche Untersuchung des Beschwerdegegners zu veranlassen, um die attestierte Arbeitsunfähigkeit überprüfen zu können. Letzteres habe die Beschwerdeführerin zwar bereits mit Schreiben vom 16. Oktober 2012 angekündigt, dann aber in der Folge nicht umgesetzt. Ob die Ankündigung der Veranlassung einer vertrauensärztlichen Untersuchung einen Tag nach Kenntnisnahme von der ab 15. Oktober 2012 attestierten, erstmals seit 2009 erlittenen krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit als zweckmässig zu bezeichnen war, könne dahingestellt bleiben. Jedenfalls trage die Arbeitgeberin das Risiko einer allfälligen Nichtigkeit der Kündigung.

6.3 Die Hochschule vermag mit keinem Wort konkret darzulegen, dass und weshalb der Beschwerdegegner infolge der angeblichen Geringfügigkeit seiner gesundheitlichen Beeinträchtigung – entgegen des Arztzeugnisses der Dr. med. K. – in Tat und Wahrheit nicht von der Annahme einer neuen Anstellung verhindert (vgl. BGE 128 III 212 E. 3a S. 217 f.),

sondern nur vorübergehend arbeitsplatzbezogen krank, jedoch nicht eigentlich arbeitsunfähig gewesen sei (vgl. Urteil 4A_227/2009 vom 28. Juli 2009 E. 3.2). Es finden sich keine Anhaltspunkte dafür, dass die Sachverhalte, welche den von der Beschwerdeführerin angerufenen Urteilen zugrunde lagen, mit dem hier zu beurteilenden Fall zu vergleichen sind. Dem Beschwerdegegner wurde die Kündigung eben gerade nicht an seinem Arbeitsplatz eröffnet, sondern vielmehr nach Kenntnisnahme vom Eintritt der ab 15. Oktober 2012 bis mindestens 4. November 2012 (und darüber hinaus) anhaltenden Arbeitsunfähigkeit. Daran ändert nichts, dass der Beschwerdegegner ab 30. Oktober 2012 zusätzliche Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen von anderen Ärzten einreichen liess.

6.4 Auch aus den weiteren Vorbringen der Beschwerdeführerin ist nicht ersichtlich, inwiefern das kantonale Gericht das Willkürverbot oder sonst wie Bundesrecht verletzt habe, indem es die von der Hochschule in Kenntnis der ab 15. Oktober 2012 anhaltenden vollständigen Arbeitsunfähigkeit während der laufenden Sperrfrist von Art. 336c Abs. 1 lit. b OR am 22. Oktober 2012 ausgesprochene Kündigung in Anwendung von Art. 24 PG/LU in Verbindung mit Art. 336c Abs. 1 lit. b OR für nichtig erklärt hat. Demnach kann offenbleiben, ob aus Sicht der Beschwerdeführerin ein zulässiger Kündigungsgrund gegeben war.

Tribunale federale, Sentenza del 20 novembre 2013, Doss.-No 4C_3/2013 e 4C_4/2013 (Conferma dei decreti emanati il 16 gennaio 2013 dal Consiglio di Stato del Cantone Ticino), in DTF 140 III 59

Art. 360a OR; Normalarbeitsvertrag mit Mindestlohn; Lohndumping. Ermittlung einer wiederholten missbräuchlichen Unterbietung der orts-, berufs- oder branchenüblichen Löhne (E. 10).

Art. 360a CO; contratto normale di lavoro con salario minimo; dumping salariale. Determinazione dell'esistenza di una ripetuta e abusiva offerta di salari inferiori a quelli usuali per il luogo, la professione o il ramo (consid. 10).

Art. 360a CO; contrat-type de travail avec salaires minimaux; sous-enchère salariale. Mise en évidence d'une sous-enchère abusive et répétée par rapport aux salaires usuels dans la localité, la profession ou la branche (consid. 10).

Dai fatti:

A.

Il 16 gennaio 2013 il Consiglio di Stato del Cantone Ticino – richiamando segnatamente gli art. 360a segg. CO – ha fissato al 1° aprile 2013 l'entrata in vigore dei contratti normali di lavoro con salario minimo vinco-

lante, circoscritti agli operai (impiegati con qualifiche basse) del settore della fabbricazione di apparecchiature elettriche e del settore della fabbricazione di computer e prodotti di elettronica e ottica. I decreti, con il testo normativo, sono stati pubblicati sul Bollettino ufficiale delle leggi e degli atti esecutivi del Cantone Ticino del 18 gennaio 2013.

B.

Le società anonime A. SA, B. SA, C. SA, D. SA, E. SA, F. SA, l'Associazione Industrie Ticinesi (AITI) e l'associazione Swissmem sono insorte davanti al Tribunale federale, con ricorsi in materia di diritto pubblico, chiedendo l'annullamento dei predetti decreti. Nella risposta il Consiglio di Stato ha contestato la legittimazione a ricorrere delle due associazioni e nel merito ha proposto di respingere i ricorsi. Le parti hanno pure proceduto a un secondo scambio di scritti.

Il Tribunale federale ha respinto i ricorsi nella misura in cui erano ammissibili.

Dai considerandi:

10.

Le ricorrenti lamentano poi una violazione del diritto federale e della sua forza derogatoria, perché il Consiglio di Stato avrebbe imposto dei salari minimi, senza che siano dati i presupposti previsti dagli art. 359 segg. CO. Esse sostengono pure che il dumping salariale posto a giustificazione delle contestate misure si fonda su accertamenti errati, che non considerano tutte le controprestazioni percepite dai lavoratori. Asseriscono inoltre che la Commissione tripartita avrebbe semplicemente fissato in modo astratto un salario di sussistenza minimo di fr. 3000.– mensili e che il modello ticinese non tiene conto della situazione congiunturale.

10.1 L'art. 360a CO elenca le condizioni che permettono all'autorità competente di stabilire in un contratto normale di lavoro di durata limitata salari minimi differenziati secondo le regioni, e all'occorrenza il luogo, allo scopo di combattere o impedire abusi. L'emanazione di un tale contratto normale di lavoro è sussidiaria rispetto a disposizioni sui salari minimi di un eventuale contratto collettivo di lavoro, a cui può essere conferita obbligatorietà generale. La promulgazione di un contratto normale di lavoro è quindi esclusa, se sussistono dei salari minimi confacenti in un contratto collettivo di lavoro. Dal profilo materiale un contratto normale di lavoro nel senso della norma in discussione presuppone che nell'ambito di un ramo o di una professione vengano ripetutamente e abusivamente offerti salari inferiori a quelli usuali per il luogo, la professione o il ramo (dumping salariale). L'esistenza di questa condizione dev'essere constatata dalla Commissione tripartita, che i Cantoni devono istituire per il loro territorio giusta l'art. 360b cpv. 1 CO. Formalmente l'emanazione di un contratto normale di lavoro con salari minimi esige una richiesta della Commissione tripartita.

10.2 In base alle concordanti allegazioni delle parti i settori, che vengono sottoposti su incarico della Commissione tripartita a un controllo da parte dell'Ufficio dell'ispettorato del lavoro (UIL), sono selezionati in ragione dei seguenti quattro criteri: segnalazioni (1), rami definiti dal SECO a rischio o sotto stretta osservazione (2), presenza di un contratto con salario minimo di riferimento che è stato introdotto/rafforzato a seguito di un intervento della Commissione tripartita (3) e indicatori economici quali la dimensione del ramo economico in termini di addetti e la quota di lavoratori frontalieri nel ramo economico, eventualmente il tasso di disoccupazione del ramo (4). Una volta determinato il settore in cui intervenire, il campione di valutazione delle imprese da controllare viene stabilito, facendo capo al censimento federale aziendale, mediante sorteggio.

Per verificare se sussiste un dumping salariale vengono dapprima definiti i salari di riferimento sulla base del calcolatore salariale dell'Istituto di ricerche economiche (IRE) che contiene più di 40 000 buste-paga. Tale metodo, approvato dalla Commissione tripartita, riflette il funzionamento dei calcolatori salariali esistenti a livello nazionale, poggia su una banca dati raccolta mediante la Rilevazione svizzera della struttura dei salari effettuata ogni due anni dalla Confederazione e si fonda sul salario determinante per l'AVS. I salari di riferimento sono poi confrontati con quelli corrisposti dalle imprese sorteggiate. Se il salario mensile percepito dal lavoratore è inferiore a fr. 3000.–, è considerato un caso di abuso grave ogni salario inferiore al salario di riferimento. Se invece lo stipendio mensile ammonta ad almeno fr. 3000.– viene applicato un margine di tolleranza del 10% e solo le retribuzioni che sono più del 10% inferiori al salario di riferimento costituiscono un caso di abuso grave. Nei settori privi di contratto di riferimento i casi di abuso sono considerati ripetuti, se eccedono la quota del 10% determinata dalla Commissione tripartita. Il Consiglio di Stato indica che tale quota è stata superata nei settori oggetto dei contestati contratti normali di lavoro, poiché la frequenza di casi di abuso gravi riscontrata nel settore delle apparecchiature elettriche è del 47,3%, mentre in quello della fabbricazione di computer e prodotti di elettronica e ottica è del 10,3%.

10.3 Le ricorrenti sostengono che le autorità ticinesi, invece di effettuare il controllo concreto dei salari usuali nel settore, imposto dalla legge, avrebbero stabilito «un salario di sussistenza» di fr. 3000.–; in pratica una soglia legale astratta, al disotto della quale tutti i salari sarebbero automaticamente presunti essere abusivi nonostante che siano usuali per il luogo e la professione considerati. Il salario minimo fissato in questo modo sarebbe lesivo, oltre che dell'art. 360a CO, del principio della forza derogatoria del diritto federale sancito dall'art. 49 Cost. Con questa censura, diretta contro il metodo adottato per la determinazione del dumping salariale, le ricorrenti fraintendono la funzione del limite salariale di fr. 3000.–. Per stabilire se vi è abuso grave i salari effettivamente percepiti sono stati raffrontati con quelli che dovrebbero essere erogati secondo il calcolatore dell'IRE. Quest'ultimo termine di raffronto non è un dato astratto. Il calcolatore

dell'IRE, che analizza 40 000 buste-paga, stabilisce il salario di riferimento per ogni singolo lavoratore tenendo conto delle caratteristiche individuali, dell'azienda e del posto di lavoro; indica, per riprendere la spiegazione del Consiglio di Stato, »quello che è considerato il salario usuale per un determinato lavoratore, con una determinata esperienza di lavoro, con una determinata formazione professionale in un determinato settore ed in una determinata ditta". Se il salario mensile effettivamente percepito è inferiore a fr. 3000.– non vi è tolleranza: ogni scarto rispetto al salario di riferimento dell'IRE è considerato abuso grave. Per i salari di fr. 3000.– e più vi è invece un margine di tolleranza del 10%: sono da considerare gravemente abusive soltanto le retribuzioni che sono più del 10% inferiori al salario di riferimento. Pertanto, contrariamente a quanto sostengono le ricorrenti, il metodo applicato non equivale alla fissazione di un salario minimo legale: salari inferiori a fr. 3000.– al mese non sono considerati abusivi a condizione che siano almeno uguali al salario di riferimento del calcolatore dell'IRE.

Nella replica le ricorrenti sembrano riconoscere che la soglia di fr. 3000.– è di rilievo soltanto per la definizione del margine di tolleranza, ma affermano che la differenziazione creerebbe una disparità di trattamento. A torto. L'azzeramento del margine di tolleranza per i salari al limite dell'esistenza non viola l'art. 360a CO né la parità di trattamento, ma costituisce un'opportuna distinzione, ritenuto che la medesima differenza percentuale di salario ha una maggiore incidenza sui redditi bassi.

10.4 Le ricorrenti lamentano, specialmente nella replica, una campionatura mirata, nella quale sono state scelte imprese di cui era noto che corrispondessero salari bassi, effettuata «in modo da ottenere il risultato ricercato». Esse esprimono però più che altro dubbi, ma non forniscono elementi per le loro ipotesi e non rendono verosimile che la selezione delle imprese non sia stata effettuata tramite sorteggio, che essa non sia statisticamente rilevante o che il rilevamento dei salari effettivamente pagati non sia rappresentativo. Le censure sono infondate, al limite dell'ammissibilità.

10.5 Le ricorrenti affermano che per il calcolo dei salari effettivamente percepiti, il modello ticinese non tiene conto delle prestazioni superiori ai minimi legali elargite dai datori di lavoro per vacanze, congedi, contributi alla previdenza professionale e orario di lavoro settimanale. Lo Stato risponde che nelle inchieste sono utilizzati i dati del salario determinante per l'AVS.

Giova innanzi tutto rilevare che l'intero reddito proveniente da qualsiasi attività lucrativa soggiace all'AVS e che giusta l'art. 5 LAVS il salario determinante comprende qualsiasi retribuzione del lavoro a dipendenza d'altri per un tempo determinato od indeterminato. Esso comprende inoltre le indennità di rincaro e altre indennità aggiunte al salario, le provvigioni, le gratificazioni, le prestazioni in natura, le indennità per vacanze o per giorni festivi ed altre prestazioni analoghe, nonché le mance, se queste costituiscono un elemento importante della retribuzione del lavoro. Non è

pertanto ravvisabile quali componenti del salario sarebbero escluse dal salario determinante per l'AVS, ricordato in particolare che anche le prestazioni del datore di lavoro risultanti dall'assunzione del pagamento di contributi dovuti dal salariato sono sottoposte all'AVS (DTF 139 V 50 consid. 2 e 4).

Lo Stato spiega inoltre che il calcolatore salariale dell'IRE, come tutti quelli usati in Svizzera, non considera i «benefit aziendali»; se lo facessero, aggiunge, i dati non sarebbero utilizzabili. In effetti, affinché il raffronto sia possibile, occorre che il salario effettivo di un lavoratore sia definito con i medesimi parametri dei dati statistici utilizzati per stabilire i salari usuali, con i quali è confrontato (cfr. KARIN KAUFMANN, Missbräuchliche Lohnunterbietung im Rahmen der flankierenden Massnahmen, 2010, pag. 98). La Commissione tripartita, che è l'organo meglio in grado di osservare il mercato del lavoro, è di principio libera di scegliere il metodo per calcolare i salari usuali nel senso dell'art. 360a CO (PORTMANN/VON KAENEL/HALBEISEN, Ausgewählte Fragen zum Erlass eines Normalarbeitsvertrages im Sinne von Art. 360a OR, AJP 2013 pag. 1474; KAUFMANN, op. cit., pag. 97; WOLFGANG PORTMANN, in Basler Kommentar, Obligationenrecht, vol. I, 5ª ed. 2011, n. 2 ad art. 360a CO; GABRIEL AUBERT, in Commentaire romand, Code des obligations, vol. I, 2ª ed. 2012, n. 5 ad art. 359 CO). Posto che, come spiega il Consiglio di Stato, il metodo adottato in Ticino per determinare i salari usuali non tiene conto dei vantaggi supplementari menzionati dalle ricorrenti – fatta eccezione della durata della settimana lavorativa, alla quale è sempre rapportato il salario – se nel calcolo dei salari effettivi tali vantaggi fossero considerati ne risulterebbe un raffronto inattendibile.

10.6 Quando le ricorrenti lamentano che nel confronto dei salari non viene tenuto conto della crisi congiunturale, esse dimenticano che i dati salariali vengono rilevati e quindi aggiornati periodicamente, con frequenza biennale. In tal modo vengono registrati anche i movimenti congiunturali. È del resto evidente che il raffronto dei salari effettivamente corrisposti dalle imprese controllate in un determinato periodo va fatto con il salario rilevante per tale intervallo. Nemmeno le ricorrenti pretendono che ciò non avvenga.

10.7 Le ricorrenti censurano anche che i contratti normali di lavoro sono stati adottati senza che fosse stato dimostrato «il rischio di reazione a catena» degli abusi. Tuttavia, contrariamente a quanto esse sostengono, tale rischio non è una condizione a sé posta dal diritto federale, ma è da mettere in relazione con il requisito della frequenza degli abusi, che l'art. 360a cpv. 1 CO esprime con l'avverbio «ripetutamente" (wiederholt; répétée) (KARIN KAUFMANN, Erste Praxis zur wiederholten missbräuchlichen Lohnunterbietung, ArbR, Mitteilungen des Instituts für Schweizerisches Arbeitsrecht 2009 pag. 50; PORTMANN, in Basler Kommentar, op. cit., n. 10 ad art. 360a CO). Sotto questo profilo la censura è infondata.

Il Consiglio di Stato, dopo avere ricordato che la Commissione tripartita ticinese ha fissato nel 10% la soglia di frequenza che delimita il caso singolo dal dumping salariale settoriale, spiega che le percentuali degli abusi gravi costatati sono il 47,3% nel settore delle apparecchiature elettriche e il 10,3% in quello della fabbricazione di computer e prodotti di elettronica e ottica. Le ricorrenti riprendono questi dati (riducendo al 31,7% la percentuale degli abusi nel settore delle apparecchiature elettriche) senza tuttavia contestare né la pertinenza della soglia del 10%, né il suo superamento nei due settori considerati. Non occorre perciò approfondire questi aspetti.

Bundesgericht, Urteil vom 21. November 2013, Doss.-Nr. 8C_467/2013 (Bestätigung des Entscheids des Bundesverwaltungsgerichts vom 15. Mai 2013)

In der Probezeit ist kein Kündigungsgrund nach Art. 12 Abs. 6 aBPG [neu: Art. 10 Abs. 3 BPG] erforderlich, sondern es reicht, wenn ein Angestellter dem Stellenprofil nicht entspricht oder das für die vorgesehene Funktion notwendige Vertrauensverhältnis nicht aufgebaut werden kann. An den sachlichen Grund zur Kündigung sind keine grossen Anforderungen zu stellen (E. 3.2).

Sachverhalt:

P., geboren 1976, trat am 1. August 2011 eine Stelle als Jurist und stellvertretender Ressortleiter im Eidgenössischen Departement X. an. Sein unbefristeter Arbeitsvertrag vom 18./26. Mai 2011 sah eine Probezeit von drei Monaten vor, die im Oktober 2011 in gegenseitigem Einverständnis bis 30. November 2011 verlängert wurde. Anlässlich der Besprechungen vom 16. und 17. November 2011 wurde P. die Absicht mitgeteilt, das Arbeitsverhältnis während der laufenden Probezeit per 31. Dezember 2011 aufzulösen. Am 17. November 2011 wurden ihm die Kündigungsgründe und die Kündigungsabsicht schriftlich mitgeteilt sowie eine Auflösungsvereinbarung angeboten und Gelegenheit zur schriftlichen Stellungnahme bis 21. November 2011 gewährt. Mit Verfügung vom 22. November 2011 löste die Direktion des Eidgenössischen Departements X. das Arbeitsverhältnis per 31. Dezember 2011 auf und entzog einer allfälligen Beschwerde die aufschiebende Wirkung. Gleichzeitig stellte sie P. sein Personaldossier zur Einsicht zur Verfügung. Dieser liess am 13. Januar 2012 Beschwerde erheben und die Aufhebung der Verfügung vom 22. November 2011, die Feststellung deren Nichtigkeit sowie eine Entschädigung von mindestens sechs Monatslöhnen beantragen, sofern keine Weiterbeschäftigung erfolge. Am 4. Oktober 2012 wies das Eidgenössische Departement X. die Beschwerde unter Bestätigung des Entzugs der aufschiebenden Wirkung ab.

Das Bundesverwaltungsgericht wies die dagegen erhobene Beschwerde mit Entscheid vom 15. Mai 2013 ab. P. lässt Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten führen mit den sinngemässen Anträgen, es seien der vorinstanzliche Entscheid aufzuheben und die Auflösung des Arbeitsverhältnisses als ungültig zu erklären; falls keine Weiterbeschäftigung oder Umplatzierung erfolgen sollte, sei eine Entschädigung von mindestens sechs Monatslöhnen zu leisten. Eventualiter sei die Sache unter Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheids an das Bundesverwaltungsgericht oder die Verwaltung zurückzuweisen.

Aus den Erwägungen:

3.

(…)

3.2 Offensichtlich unzutreffend ist der Einwand, der Arbeitgeber habe die Gründe für die Kündigung nicht dargelegt. Sowohl im Schreiben vom 17. November 2011 wie auch in der Verfügung vom 22. November 2011 wurden die Gründe, aufgeteilt in Fach-, Selbst-, Sozial- und Führungskompetenz, dargelegt. Anlässlich der Besprechung vom 17. November 2011 wurden sie auch mündlich erläutert. Es kann demnach nicht gesagt werden, der Beschwerdeführer sei im Dunkeln gelassen worden über die Gründe, die zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses führten. Ebenso geht der Vorwurf fehl, es habe keine Hinweise auf Beanstandungen gegeben. Der Beschwerdeführer erhielt von seinem direkten Vorgesetzten Rückmeldungen über Begebenheiten, die als negativ eingestuft wurden (z.B. sprachliche Gestaltung der Email-Unterzeichnung oder Kommunikation von Anweisungen des direkten Vorgesetzten gegenüber Dritten).

Soweit der Beschwerdeführer geltend macht, sein Personaldossier sei unvollständig gewesen, kann ihm ebenfalls nicht gefolgt werden. Der Umstand, dass nicht sämtliche Email-Korrespondenz abgelegt wurde, stellt keine Verletzung des rechtlichen Gehörs dar. Denn einerseits handelt es sich bei den Emails zwischen seinen Vorgesetzten um interne Akten zur Willensbildung, die dem Personaldossier nicht zwingend beigelegt werden müssen (vgl. PETER HELBLING, in: Portmann/Uhlmann [Hrsg.], Bundespersonalgesetz [BPG], 2013, N. 82 zu Art. 34 BPG). Andererseits gab es keine entscheidrelevanten Unterlagen, welche ihm vorenthalten worden wären. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass die Emails vom 13. und 14. Oktober 2011 erst später beigelegt wurden, da er die an ihn gerichtete resp. von ihm verfasste Email-Korrespondenz kannte und vor zwei mit voller Kognition ausgestatteten Instanzen die Gelegenheit hatte, sich dazu zu äussern (vgl. dazu HELBLING, a.a.O., N. 83 zu Art. 34 BPG).

Soweit der Beschwerdeführer rügt, auf Arbeitgeberseite habe eine vorgefasste Meinung bestanden, kann ihm nicht gefolgt werden. Diesfalls hätte der Arbeitgeber nicht eine Verlängerung der Probezeit initiieren müssen, um zu beurteilen, wie sich der Beschwerdeführer während der zwei-

wöchigen Abwesenheit seines direkten Vorgesetzten verhält, sondern es hätte bereits im Oktober 2011 während der ursprünglich vereinbarten Probezeit die Beendigung erfolgen können.

Die Vorinstanz hat korrekterweise eine Verletzung des rechtlichen Gehörs infolge verspäteter Zustellung des Personaldossiers festgehalten und diese zu Recht als nicht besonders schwerwiegend und im Rahmen des Verfahrens vor den Vorinstanzen (Eidgenössisches Departement X. bzw. Bundesverwaltungsgericht) als geheilt erachtet. Denn dem Beschwerdeführer waren sämtliche Dokumente bekannt, er konnte die ihm wesentlich erscheinenden Kritikpunkte auch ohne formelle Zustellung seines Dossiers vorbringen und beide Vorinstanzen verfügten über umfassende Kognition (Rechts- und Sachverhaltsfragen sowie Angemessenheit; Art. 49 und 62 VwVG sowie Art. 37 VGG).

Weiter ist der Vorwurf, die Vorinstanz habe zu Unrecht die gerügte ungenügende Begründungsdichte der Kündigung übergangen, nicht stichhaltig. In der Probezeit ist kein Grund nach Art. 12 Abs. 6 BPG erforderlich, sondern es reicht, wenn ein Angestellter dem Stellenprofil nicht entspricht oder das für die vorgesehene Funktion notwendige Vertrauensverhältnis nicht aufgebaut werden kann; an den sachlichen Grund zur Kündigung sind keine grossen Anforderungen zu stellen (HELBLING, a.a.O., N. 122 zu Art. 8 BPG sowie HARRY NÖTZLI, in: Portmann/Uhlmann [Hrsg.], Bundespersonalgesetz [BPG], 2013, N. 16 zu Art. 12 BPG). Der Beschwerdeführer verkennt somit die bei einer Kündigung in der Probezeit geringeren Anforderungen. Da bereits die Unmöglichkeit, ein für die Erfüllung der übertragenen Aufgaben notwendiges Vertrauensverhältnis aufzubauen, als Kündigungsgrund ausreicht, genügen die hier von Arbeitgeberseite aufgeführten Mängel als Begründung für die in der Probezeit erfolgte Beendigung.

Schliesslich wurde die Frist zur Stellungnahme nicht derart kurz bemessen, als dass eine Verletzung des rechtlichen Gehörs gegeben wäre. Die zeitlichen Umstände waren angesichts der zweiwöchigen Abwesenheit des direkten Vorgesetzten und der damit verbundenen Stellvertretung durch den Beschwerdeführer, deren Verlauf seitens des Arbeitgebers entscheidend war für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses, sowie der anschliessenden zweiwöchigen Abwesenheit des Beschwerdeführers derart eng, dass nicht viel Spielraum verblieb für eine schriftliche Stellungnahme. Daran ändert auch das vom Beschwerdeführer zitierte Urteil 8C_395/2009 vom 10. November 2009 nichts, da es dort um die Beendigung eines ordentlichen Arbeitsverhältnisses lange nach Ablauf der Probezeit geht.

Insgesamt liegen keine Umstände vor, die eine (nicht heilbare) Verletzung des rechtlichen Gehörs zu begründen vermöchten.

4.

Auch die übrigen Einwände sind unbehelflich. Namentlich hat die Vorinstanz den Sachverhalt nicht willkürlich festgestellt. So finden sich in den Akten genügend objektive Anhaltspunkte dafür, dass der Beschwerde-

führer nicht ohne weiteres davon ausgehen durfte, die Probezeit erfolgreich zu bestehen. Allein schon die vom Arbeitgeber am 10. Oktober 2011 angekündigte und vom Beschwerdeführer am 28. Oktober 2011 akzeptierte Verlängerung der Probezeit war Hinweis genug auf sich stellende Fragen bezüglich der Weiterführung des Arbeitsverhältnisses. Weiter ist nicht ersichtlich, inwiefern die Feststellung der Vorinstanz, der Beschwerdeführer habe sich am 21. November 2011 zu den Kündigungsgründen geäussert, willkürlich sein soll. Vielmehr brachte er bereits damals im Wesentlichen dieselben Einwendungen gegen die (angekündigte) Beendigung des Arbeitsverhältnisses vor, die er auch noch vor Bundesgericht geltend macht (fehlende Gründe für eine Kündigung, vorgefasste Meinung seitens des Arbeitgebers, Verletzung des rechtlichen Gehörs). Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Beschwerdeführer die weniger strengen Voraussetzungen der Kündigung in der Probezeit verkennt und überspannte Anforderungen an die Schwere und das Beweismass des Kündigungsgrundes stellt. So ist insbesondere keine Abmahnung im Sinne von Art. 12 Abs. 6 lit. b BPG erforderlich, da Art. 12 Abs. 6 BPG nur für Arbeitsverhältnisse nach Ablauf der Probezeit gilt; es wird kein strikter Nachweis des Kündigungsgrundes verlangt, sondern es reicht, wenn dieser auf Grund der Wahrnehmungen der Vorgesetzten als hinreichend begründet erscheint (NÖTZLI, a.a.O., N. 16 zu Art. 12 BPG). Demnach verletzt die vorinstanzliche Bestätigung der Kündigung in der Probezeit kein Bundesrecht.

Tribunal fédéral, Arrêt du 2 décembre 2013, Doss.-No 4A_473/2013 (Rejet du recours en matière civile interjeté contre l'arrêt rendu le 23 août 2013 par la 2e Chambre civile de la Cour suprême du canton de Berne)

LEg. 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. A teneur de l'art. 6, 2e 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 de harcèlement sexuel en est exclue (c. 3.1).
Art. 4 LEg. Doit sans conteste être qualifié de harcèlement sexuel, le fait qu'un associé gérant avec signature individuelle saisisse une employée par les épaules et l'embrasse sur la bouche malgré son refus clairement exprimé (c. 3.2). Lorsque l'auteur du harcèlement est un organe de la personne morale qui a engagé la victime, l'employeur ne dispose pas de la preuve libératoire instituée par l'art. 5 al. 3 LEg (c. 3.3).

Extraits des faits:

La société X. Sàrl, à ... (BE), dont A. est l'associé gérant avec signature individuelle, a pour but l'exploitation d'un magasin de sandwicherie, de débit de boissons et de petite restauration. Depuis février 2009, la gestion de l'établissement a été assurée par B., qui est l'amie de A. Par contrat de travail signé le 31 août 2007, X. Sàrl a engagé Z. à 100% dès le 20 août 2007 pour un salaire mensuel brut de 3000 fr., payé treize fois l'an; selon le contrat, l'activité de la travailleuse comprenait la préparation de la marchandise, la vente et les nettoyages.

Il a été retenu que A. a fait régner au sein de l'établissement un climat peu agréable, engendré par des remarques sexistes et grossières, faites à haute voix à l'égard du personnel lorsqu'il était pris de boisson (p.ex. «vous êtes des connes ou quoi», «vous êtes des petites pétasses») et par des comportements déplacés, comportant la tenue de propos grivois sur la tenue des travailleuses et le jet d'objets à travers les locaux de travail. En décembre 2008, Z. a obtenu un entretien avec A. en vue de solliciter une augmentation de salaire. Ce dernier lui a alors déclaré qu'elle faisait un bon travail, de sorte que l'augmentation lui serait accordée dès janvier 2009. A la fin de l'entrevue, alors que la prénommée s'apprêtait à prendre congé, A. l'a saisie par les épaules et soumise à un baiser forcé sur la bouche, malgré le refus clair qu'elle lui avait opposé. Dès janvier 2009, le salaire de Z. a été porté à 3200 fr. brut par mois, versé treize fois par an. Depuis ces événements, Z. est allée travailler dans la sandwicherie avec la «boule au ventre». Elle faisait tout pour ne plus se retrouver seule avec A. Après avoir occulté pendant plusieurs mois l'épisode du baiser par crainte de se retrouver au chômage, la travailleuse a fait part de cet incident à sa soeur lors de vacances passées en commun en France. L'évocation de ces souvenirs a ébranlé psychiquement Z. et l'a décidée à consulter son médecin traitant pour soigner ses angoisses et malaises. Selon les certificats médicaux délivrés par le Dr R., médecin traitant de Z., celle-ci a été totalement incapable de travailler du 27 août 2009 au 30 avril 2010 en raison d'un trouble dépressif et anxieux. Les rapports de travail ont pris fin le 30 avril 2010.

Par demande déposée le 24 décembre 2010 devant le Tribunal régional Jura bernois-Seeland, Z. (demanderesse) a ouvert action contre X. Sàrl (défenderesse). Par jugement du 12 décembre 2012, le Tribunal régional Jura bernois-Seeland, agence du Jura bernois, a condamné la défenderesse à payer à la demanderesse les montants de 10 511 fr.15 à titre de salaire brut et de 1487 fr.55 à titre de salaire net, le total (soit en tout 11 998 fr.70) avec intérêts, plus le montant de 6500 au titre d'une indemnité fondée sur la Loi sur l'égalité, avec intérêts. Le tribunal a rejeté la prétention de la demanderesse portant sur l'octroi d'une indemnité satisfactoire, mais condamné la défenderesse à établir un certificat de travail et à le remettre à la travailleuse selon les injonctions figurant dans le jugement. Saisie d'un appel de la défenderesse, qui requérait que la demanderesse soit déboutée de

toutes ses conclusions, la 2e Chambre civile de la Cour suprême du canton de Berne, par arrêt du 23 août 2013, a constaté que le jugement du 12 décembre 2012 était entré en force en ce qui concernait la condamnation de l'employeur à établir un certificat de travail et à le remettre à l'employée; pour le reste, elle a confirmé ledit jugement quant aux trois montants dont la défenderesse a été déclarée débitrice de la demanderesse, en capital et intérêts. X. Sàrl exerce un recours en matière civile au Tribunal fédéral contre l'arrêt cantonal.

Extraits des considérants:

2.

La recourante ne s'en prend plus à l'arrêt déféré en tant qu'il a prononcé qu'elle devait paiement à l'intimée du montant de 10 511 fr.15 à titre de salaire brut et du montant de 1487 fr.55 à titre de salaire net, le tout avec intérêts à 5% l'an dès le 31 décembre 2009. La condamnation de la recourante au versement à l'intimée de ces éléments de salaire est donc définitive.

3.

Invoquant dans un grand désordre une transgression des art. 4 et 6 LEg ainsi que de l'art. 8 CC, la recourante soutient qu'aucun témoin direct n'a confirmé «une éventuelle embrassade entre A. et l'intimée» et que c'est de manière contraire au droit que la cour cantonale a retenu que le prénommé avait embrassé la travailleuse et commis un harcèlement sexuel au sens de l'art. 4 LEg. La recourante allègue qu'à fin 2008 des discussions salariales ont eu lieu avec tout le personnel, et non pas uniquement avec l'intimée. Elle s'en prend tout particulièrement à la déposition de C., qu'elle considère comme un témoin de complaisance dont la crédibilité serait douteuse au vu des activités syndicales qu'il mènerait au profit des collaborateurs de l'établissement. Elle renvoie au rapport de l'expert nommé par l'assurance perte de gain qu'elle a conclue, lequel indiquerait que les angoisses et malaises dont a souffert la travailleuse ne seraient en aucune manière liés à un abus sexuel, mais à des circonstances de vie personnelles. La recourante prétend qu'il était impossible de lui reprocher, comme l'a fait l'autorité cantonale, d'avoir immanquablement été au courant du harcèlement sexuel commis par A. et de ne pas avoir pris de mesures pour y mettre fin. Elle fait enfin valoir que l'art. 6 LEg, qui allège le fardeau de la preuve, ne s'applique pas s'il y a un prétendu harcèlement sexuel, qu'il appartenait donc à l'intimée d'établir ce cas de discrimination en vertu de l'art. 8 CC et que s'il fallait admettre, contre toute attente, que le comportement incriminé de A. était réalisé, la recourante aurait prouvé avoir pris les mesures que l'expérience commande, ce qui devrait la libérer de toute condamnation.

3.1 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. KARINE LEMPEN, in Commentaire de la loi fédérale sur l'égalité, 2011, n° 1 ad art. 4 LEg; CLAUDIA KAUF-

MANN, in Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, 2e éd. 2009, n° 39 ad art. 4 LEg).

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».

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 consid. 7.1; 130 III 145 consid. 4.2 p. 161 s. et 5.2 p. 164 s. et les références).

A teneur de l'art. 6, 2e 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 de harcèlement sexuel en est exclue (SABINE STEIGER-SACKMANN, in Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, op. cit., n° 13 ad art. 6 LEg; RÉMY WYLER, in Commentaire de la loi fédérale sur l'égalité, op. cit., n° 3 ad art. 6 LEg).

3.2 Il suit de là que l'intimée, qui se plaint de harcèlement sexuel, ne pouvait bénéficier 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, le harcèlement sexuel sur le lieu de travail qu'elle invoquait.

In casu, la cour cantonale a apprécié les témoignages entendus au cours des enquêtes ainsi que les nombreux indices recueillis (comportement grossier adopté généralement par A. envers le personnel, augmentation effective du salaire de la travailleuse à compter du 1er janvier 2009, état psychique – constaté médicalement – de celle-ci après les événements de décembre 2008). Cette appréciation l'a conduite à retenir qu'à l'issue d'une discussion portant sur une hausse de salaire, survenue un vendredi peu avant Noël 2008 entre l'intimée et A., ce dernier a saisi la travailleuse par les épaules et l'a embrassée sur la bouche malgré son refus clairement exprimé (cf. ch. 24 et 25 de la partie III « Appréciation des preuves » de l'arrêt cantonal). Il s'agit de constatations de fait qui lient le Tribunal fédéral en vertu de l'art. 105 al. 1 LTF. Le comportement inexcusable adopté par le précité en décembre 2008 doit sans conteste être qualifié de harcèlement sexuel au sens de l'art. 4 LEg, ainsi que l'ont retenu les deux instances précédentes.

Il est de jurisprudence que lorsque l'appréciation des preuves convainc le juge de la réalité d'un fait, la question de la répartition du fardeau de la preuve au sens de l'art. 8 CC ne se pose plus (ATF 122 III 219 consid. 3c p. 223–224). Seul le moyen tiré d'une appréciation arbitraire des preuves et des indices de preuves est recevable. Or la recourante n'a jamais prétendu que l'autorité cantonale aurait sombré dans l'arbitraire en constatant les faits susmentionnés. Elle ne fait que présenter sa propre version des faits et cherche à faire prévaloir, de manière irrecevable, une appréciation des probatoires, différente de celle de l'autorité précédente, favorable à sa thèse. La recourante, qui ne se réfère d'ailleurs même pas à l'art. 9 Cst., invoque en pure perte l'art. 8 CC, puisque cette norme ne prescrit pas comment le juge doit apprécier les preuves ni sur quelles bases il peut parvenir à une conviction.

3.3 La recourante tente de soutenir qu'elle a pris les mesures appropriées aux circonstances, telles que l'entend l'art. 5 al. 3 LEg, pour mettre fin au harcèlement sexuel perpétré par son associé gérant.

Elle semble ainsi ignorer que lorsque l'auteur du harcèlement est un organe de la personne morale qui a engagé la victime, l'employeur ne dispose pas de la preuve libératoire instituée par l'art. 5 al. 3 LEg (arrêt 4A_330/2007 du 17 janvier 2008 consid. 4.3; GABRIEL AUBERT, in Commentaire de la loi fédérale sur l'égalité, op. cit., n° 49 ad art. 5 LEg). En l'occurrence, il a été retenu en fait que le harcèlement sexuel a été commis par A., qui est l'associé gérant avec signature individuelle de la recourante et donc un organe de cette société au sens de l'art. 55 CC (cf. art. 810 et 814 CO).

3.4 La recourante ne s'en prend pas au montant de l'indemnité pour harcèlement sexuel (art. 5 al. 3 LEg) arrêté par l'autorité cantonale. Il n'y a pas lieu de se pencher sur la question (art. 42 al. 1 et 2 LTF). De toute manière, l'indemnité fixée est largement inférieure au plafond correspondant à six mois de salaire instauré par l'art. 5 al. 4 in fine LEg.

3.5 En définitive, c'est en parfaite conformité avec le droit fédéral que les magistrats bernois ont condamné la recourante à payer à son adverse partie une indemnité en cas de harcèlement sexuel d'un montant de 6500 fr.

Bundesgericht, Urteil vom 16. Dezember 2013, Doss.-Nr. 1C_135/2013 (Aufhebung des Urteils des Verwaltungsgerichts des Kantons Glarus vom 19. Dezember 2012), in: BGE 140 II 7

Art. 2 Abs. 1 aOHG, Art. 117 StGB; Opferhilfe, fahrlässige Tötung. Fall eines Mannes, der Anfang der 1970er Jahre als Jugendlicher während den Schulferien in einem Betrieb arbeitete, dabei Asbeststaub ausgesetzt war und als Folge davon 2007 starb. Fahrlässige Tötung durch die Betriebsverantwortlichen und damit Opferstellung bejaht (E. 3).

Art. 2 al. 1 aLAVI, art. 117 CP; aide aux victimes, homicide par négligence.
Cas d'un homme qui, alors qu'il travaillait dans sa jeunesse, au début des années 1970, pendant les vacances scolaires dans une entreprise, y a été exposé à des poussières d'amiante qui ont causé son décès en 2007. Homicide par négligence du fait de la responsabilité de l'entreprise et admission de la qualité de victime (consid. 3).

Sachverhalt:

A.

X. wurde im Juni 1958 geboren. Er arbeitete als Schüler in den Frühlings- und Herbstferien der Jahre 1972 und 1973 während insgesamt fünf Wochen bei der Eternit AG in Niederurnen. Dabei musste er unter anderem mit einem Schleifband die Kanten von Platten mit Weichasbest brechen, was Staub entwickelte. Im November 2004 wurde bei ihm ein bösartiges Mesotheliom (Brustfellkrebs) festgestellt. Am 26. September 2006 ersuchte er das Kantonale Sozialamt Glarus um Schadenersatz- und Genugtuungsleistungen nach dem Opferhilfegesetz. Zur Begründung machte er geltend, das Mesotheliom sei auf die Asbestexposition bei der Eternit AG zurückzuführen. Er verstarb am 23. Februar 2007. Darauf traten seine Ehefrau A. sowie seine Kinder B., C. und D. in das Opferhilfeverfahren ein. Am 18. Mai 2010 wies das Departement für Volkswirtschaft und Inneres des Kantons Glarus (im Folgenden: Departement) das Opferhilfegesuch ab. Die von A., B., C. und D. dagegen erhobene Beschwerde wies das Verwaltungsgericht des Kantons Glarus am 19. Dezember 2012 ab. Es befand, der Tod sei weder vorhersehbar noch vermeidbar gewesen, weshalb sich niemand der fahrlässigen Tötung schuldig gemacht habe. Fehle es an einer Straftat, gelte das ebenso für die Opferstellung, weshalb keine Ansprüche auf Entschädigung und Genugtuung nach dem Opferhilfegesetz bestünden.

B.

A., B., C. und D. führen Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten mit dem Antrag, der Entscheid des Verwaltungsgerichts sei aufzuheben und das Departement zu verpflichten, ihnen im Einzelnen bezifferte Beträge zu zahlen.

Aus den Erwägungen:

3.

3.1 Am 1. Januar 2009 ist das neue Bundesgesetz vom 23. März 2007 über die Hilfe an Opfer von Straftaten (Opferhilfegesetz, OHG; SR 312.5.) in Kraft getreten. Gemäss Art. 48 lit. a OHG gilt das bisherige Recht für Ansprüche auf Entschädigung oder Genugtuung für Straftaten, die vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes verübt worden sind. Im vorliegenden Fall ist

somit unstreitig das alte Opferhilfegesetz vom 4. Oktober 1991 (AS 1992 2465) anwendbar.

3.2 Gemäss Art. 1 aOHG soll mit diesem Gesetz den Opfern von Straftaten wirksame Hilfe geleistet und ihre Rechtsstellung verbessert werden (Abs. 1). Die Hilfe umfasst insbesondere Entschädigung und Genugtuung (Abs. 2 lit. c). Nach Art. 2 aOHG erhält Hilfe nach diesem Gesetz jede Person, die durch eine Straftat in ihrer körperlichen, sexuellen oder psychischen Integrität unmittelbar beeinträchtigt worden ist (Opfer), und zwar unabhängig davon, ob der Täter ermittelt worden ist und ob er sich schuldhaft verhalten hat (Abs. 1). Namentlich der Ehegatte und die Kinder des Opfers werden diesem gleichgestellt unter anderem bei der Geltendmachung von Entschädigung und Genugtuung (Art. 11-17), soweit ihnen Zivilansprüche gegenüber dem Täter zustehen (Abs. 2 lit. c).

3.3 Nach der Rechtsprechung ist hier die Strafverfolgungsverjährung eingetreten, da diese im Zeitpunkt der Tathandlung zu laufen beginnt, nicht in jenem des Eintritts des Erfolgs (BGE 134 IV 297). Entsprechendes gilt für zivilrechtliche Forderungen auf Schadenersatz und Genugtuung. Massgeblich für den Verjährungsbeginn ist insoweit die Verletzung der vertraglichen Pflicht, nicht der Eintritt des Schadens (BGE 137 III 16). Die Geltendmachung von Ansprüchen auf Schadenersatz und Genugtuung gemäss Art. 11 ff. aOHG bleibt dagegen möglich, da es für den zeitlichen Geltungsbereich dieser Bestimmungen auf den Eintritt des tatbestandsmässigen Erfolgs – hier also den Tod im Februar 2007 – ankommt (BGE 134 II 308).

3.4 Gemäss Art. 2 Abs. 1 aOHG setzt die Opferstellung eine Straftat voraus. Eine fahrlässige genügt (BGE 134 II 33 E. 5.4 f. S. 36 ff.). Gemäss Art. 117 StGB ist strafbar, wer fahrlässig den Tod eines Menschen verursacht. Fahrlässig begeht ein Verbrechen oder ein Vergehen, wer die Folge seines Verhaltens aus pflichtwidriger Unvorsichtigkeit nicht bedenkt oder darauf nicht Rücksicht nimmt. Pflichtwidrig ist die Unvorsichtigkeit, wenn der Täter die Vorsicht nicht beachtet, zu der er nach den Umständen und nach seinen persönlichen Verhältnissen verpflichtet ist (Art. 12 Abs. 3 StGB, weitgehend entsprechend aArt. 18 Abs. 3 StGB). Ein Schuldspruch wegen fahrlässiger Tötung setzt somit voraus, dass der Täter den Erfolg durch Verletzung einer Sorgfaltspflicht verursacht hat. Sorgfaltswidrig ist ein Verhalten, wenn der Täter zum Zeitpunkt der Tat aufgrund der Umstände sowie seiner Kenntnisse und Fähigkeiten die damit bewirkte Gefährdung der Rechtsgüter des Opfers hätte erkennen können und müssen und wenn er zugleich die Grenzen des erlaubten Risikos überschritten hat. Wo besondere Normen ein bestimmtes Verhalten gebieten, bestimmt sich das Mass der zu beachtenden Sorgfalt in erster Linie nach diesen Vorschriften. Dies schliesst nicht aus, dass der Vorwurf der Fahrlässigkeit auch auf allgemeine Rechtsgrundsätze wie etwa den allgemeinen Gefahrensatz gestützt werden kann. Die Vorsicht, zu der ein Täter verpflichtet ist, wird letztlich durch die konkreten Umstände und seine persönlichen

Verhältnisse bestimmt, weil naturgemäss nicht alle tatsächlichen Gegebenheiten in Vorschriften gefasst werden können. Grundvoraussetzung für das Bestehen einer Sorgfaltspflichtverletzung und mithin für die Fahrlässigkeitshaftung bildet die Vorhersehbarkeit des Erfolgs. Die zum Erfolg führenden Geschehensabläufe müssen für den konkreten Täter mindestens in seinen wesentlichen Zügen voraussehbar sein. Zunächst ist daher zu fragen, ob der Täter eine Gefährdung der Rechtsgüter des Opfers hätte voraussehen beziehungsweise erkennen können und müssen. Für die Beantwortung dieser Frage gilt der Massstab der Adäquanz. Danach muss das Verhalten geeignet sein, nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und den Erfahrungen des Lebens einen Erfolg wie den eingetretenen herbeizuführen oder mindestens zu begünstigen. Damit der Eintritt des Erfolgs auf das pflichtwidrige Verhalten des Täters zurückzuführen ist, genügt seine Voraussehbarkeit nicht. Weitere Voraussetzung ist, dass der Erfolg auch vermeidbar war. Dabei wird ein hypothetischer Kausalverlauf untersucht und geprüft, ob der Erfolg bei pflichtgemässem Verhalten des Täters ausgeblieben wäre. Für die Zurechnung des Erfolgs genügt, wenn das Verhalten des Täters mindestens mit einem hohen Grad an Wahrscheinlichkeit die Ursache des Erfolgs bildete. Ob eine Handlung im Sinne der Adäquanztheorie nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und nach der allgemeinen Lebenserfahrung geeignet ist, einen Erfolg von der Art des eingetretenen herbeizuführen oder zu begünstigen, muss ex ante, d.h. vom Zeitpunkt des Handelns aus, entschieden werden; denn die nachträgliche (bessere) Kenntnis der Zusammenhänge kann nicht darüber entscheiden, ob eine Handlung im Zeitpunkt ihrer Vornahme erlaubt oder verboten war. Demgegenüber ist die für die Erfolgszurechnung ebenfalls wesentliche Frage, aus welcher Gefahr der Erfolg hervorgegangen ist, ob sich mithin im Erfolg gerade die vom Täter geschaffene Gefahr verwirklicht hat, unter Auswertung aller ex post bekannten Umstände zu beantworten. Der Erfolg ist dem Täter zuzurechnen, wenn dessen Verhalten mindestens mit einem hohen Grad der Wahrscheinlichkeit oder mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit die Ursache des Erfolgs bildete (BGE 135 IV 56 E. 2.1 S. 64 f. mit Hinweisen).

3.5 Dass der Tod von X. die Folge seiner Asbestexposition bei der Eternit AG war, ist unbestritten. Wie die Beschwerdeführer zutreffend vorbringen, ist entscheidend, ob die Verantwortlichen der Eternit AG zur Zeit, als X. dort beschäftigt war, ihre Sorgfaltspflicht verletzt haben.

3.6 Was man in den Jahren 1972 und 1973 über die Gefahren von Asbest wusste und welche technischen Vorkehren man gegen ihre Auswirkungen treffen konnte, ist eine Sachverhaltsfrage. Gemäss Art. 97 Abs. 1 BGG können die Beschwerdeführer die Feststellung des Sachverhalts nur rügen, wenn diese offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht und wenn die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann. Ob der Tod von X. für die Verantwortlichen der Eternit AG vorhersehbar und ver-

meidbar war, ist dagegen eine Rechtsfrage, die das Bundesgericht frei prüft (Art. 95 lit. a BGG).

3.7 Die Vorinstanz stellt – teilweise unter Hinweis auf die Erwägungen des Departements – zum Wissen über die Gefahren von Asbest Folgendes fest: Bereits zu Beginn des 20. Jahrhunderts war bekannt, dass mit dem Einatmen von Asbest ein gesundheitliches Risiko verbunden ist. Dessen volle Tragweite erfasste man jedoch erst im Laufe der Zeit. Zunächst ging es nur um die Asbestose, eine Form der Staublunge, die in schweren Fällen zum Tod führen kann. In den 1950er Jahren wiesen Studien auf eine erhöhte Gefahr von Krebserkrankungen bei Asbestarbeitern hin. Ende der 1950er Jahre kam der Verdacht auf, dass zwischen Asbest und dem bösartigen Mesotheliom ein Zusammenhang besteht. Erstmals bestätigte 1960 ein Forscherteam in Südafrika den Zusammenhang zwischen Brustfellkrebs und Asbesteinwirkung. 1965 legte Dr. Selikoff in New York das Ergebnis seiner jahrelangen Forschung vor. Danach besteht zwischen Asbestexposition und Lungenkrebs ein Zusammenhang. An der internationalen Konferenz der Organisation zur Information über Asbest im November 1971 in London wurde ausgeführt, immer mehr Studien stellten einen Zusammenhang des Mesothelioms mit der industriellen Asbestexposition fest. Seit 1971 gehört das Mesotheliom zu den anerkannten Berufskrankheiten. Die SUVA konnte in einem Merkblatt vom September 1971 für Asbest keine Grenzwerte für die maximale Arbeitsplatzkonzentration (sog. MAK-Werte) angeben, die geeignet gewesen wären, das asbestbedingte Krebsrisiko zu beseitigen. Nach einer Studie von Prof. Rüttner (Universität Zürich) aus dem Jahr 1974 besteht bei beruflicher Asbestexposition ein erhöhtes Karzinom- und Mesotheliomrisiko. In der Studie wird gesagt, diese Tatsache sei schon lange bekannt.

3.8 Das Kerngeschäft der Eternit AG bestand in der Herstellung und Verarbeitung asbesthaltiger Produkte. Die Verantwortlichen der Eternit AG mussten für die Gesundheitsgefahren, die von Asbest ausgehen, daher besonders sensibilisiert sein. Die erwähnten wissenschaftlichen Erkenntnisse mussten ihnen deshalb bekannt sein. Gestützt darauf wusste man in den Jahren 1972 und 1973, dass bei Arbeiten mit Asbest ein Krebsrisiko besteht. Entsprechend war für die Verantwortlichen der Eternit AG erkennbar, dass X. bei Staubentwicklung im Umgang mit asbesthaltigen Produkten einem derartigen Risiko ausgesetzt war. Die Vorhersehbarkeit des Erfolgseintritts ist damit entgegen der Ansicht der Vorinstanz gegeben. Nach der dargelegten Rechtsprechung gilt insoweit der Massstab der Adäquanz. Ausschlaggebend ist, ob das Verhalten der Verantwortlichen der Eternit AG geeignet war, nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und den (damaligen) Erfahrungen des Lebens einen Erfolg wie den eingetretenen mindestens zu begünstigen. Dies ist zu bejahen. Entsprechend mussten die Verantwortlichen der Eternit AG ihr Verhalten auf das bekannte Risiko ausrichten.

3.9 Die Vorinstanz legt dar, die damals bekannten technischen Schutzvorkehren hätten den Tod von X. nicht verhindern können. Die Beschwerdeführer erachten die von ihr insoweit getroffenen tatsächlichen Feststellungen als offensichtlich unrichtig. Wie es sich damit verhält, kann offenbleiben.

Zunächst stellt sich – wie die Beschwerdeführer zutreffend vorbringen – die Frage, ob die Verantwortlichen der Eternit AG ihre Sorgfaltspflicht nicht bereits dadurch verletzt haben, dass sie den damals jugendlichen X. überhaupt Arbeiten haben verrichten lassen, bei denen er Asbeststaub ausgesetzt war. Hätten sie das unterlassen, wäre er nicht gestorben.

3.10

3.10.1 Gemäss Art. 6 des Bundesgesetzes vom 13. März 1964 über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel in der in den Jahren 1972 und 1973 geltenden Fassung (Arbeitsgesetz, aArG; AS 1966 57 ff.) ist der Arbeitgeber verpflichtet, zum Schutz von Leben und Gesundheit der Arbeitnehmer sowie zum Schutz der Umgebung des Betriebs vor schädlichen und lästigen Einwirkungen alle Massnahmen zu treffen, die nach der Erfahrung notwendig, nach dem Stand der Technik anwendbar und den Verhältnissen des Betriebs angemessen sind (Abs. 1). Der Arbeitgeber hat insbesondere die betrieblichen Einrichtungen und den Arbeitsablauf so zu gestalten, dass Unfälle, Krankheiten und Überbeanspruchungen der Arbeitnehmer nach Möglichkeit vermieden werden (Abs. 2). Das Arbeitsgesetz enthält sodann Bestimmungen zum Sonderschutz Jugendlicher. Diese gehen über die allgemeinen Normen des Arbeitsschutzes hinaus und tragen der besonderen Schutzbedürftigkeit der Jugendlichen Rechnung (Botschaft vom 30. September 1960 zum Entwurf eines Arbeitsgesetzes, BBl 1960 II 985 Ziff. IX.1). Gemäss Art. 29 aArG gelten als Jugendliche Arbeitnehmer bis zum vollendeten 19. Altersjahr (Abs. 1). Der Arbeitgeber hat auf die Gesundheit der Jugendlichen gebührend Rücksicht zu nehmen und für die Wahrung der Sittlichkeit zu sorgen. Er hat namentlich darauf zu achten, dass die Jugendlichen nicht überanstrengt werden und vor schlechten Einflüssen im Betrieb bewahrt bleiben (Abs. 2). Die Verwendung Jugendlicher für bestimmte Arbeiten kann zum Schutz von Leben und Gesundheit oder zur Wahrung der Sittlichkeit durch Verordnung untersagt oder von besonderen Voraussetzungen abhängig gemacht werden (Abs. 3). Nach Art. 30 aArG dürfen Jugendliche vor dem vollendeten 15. Altersjahr nicht beschäftigt werden. Vorbehalten bleibt namentlich Absatz 2 (Abs. 1). Durch Verordnung wird bestimmt, für welche Gruppen von Betrieben oder Arbeitnehmern sowie unter welchen Voraussetzungen Jugendliche im Alter von mehr als 13 Jahren zu Botengängen und leichten Arbeiten herangezogen werden dürfen (Abs. 2).

3.10.2 Die in den Jahren 1972 und 1973 in Kraft stehende Verordnung I vom 14. Januar 1966 zum Arbeitsgesetz (AS 1966 86 ff.; nachfolgend: Verordnung I) regelt den Sonderschutz der Jugendlichen näher. Art. 54 der Verordnung I umschreibt die für alle Jugendlichen verbotenen

Arbeiten. Danach dürfen Jugendliche insbesondere nicht zu Arbeiten herangezogen werden, bei denen eine erhebliche Erkrankungsgefahr besteht (lit. b). Gemäss Art. 59 Abs. 1 der Verordnung I dürfen, sofern Gesundheit und Schulleistung nicht beeinträchtigt werden und die Sittlichkeit gewahrt wird, schulpflichtige Jugendliche nach dem vollendeten 13. Altersjahr zu Botengängen ausserhalb des Betriebs, zu Handreichungen beim Sport sowie zu den leichten Arbeiten in Betrieben des Detailhandels und in Forstbetrieben herangezogen werden. Gemäss Art. 60 Abs. 1 der Verordnung I dürfen, sofern Gesundheit und Schulleistung nicht beeinträchtigt werden und die Sittlichkeit gewahrt wird, schulpflichtige Jugendliche nach dem vollendeten 14. Altersjahr während längstens der Hälfte von wenigstens drei Wochen dauernden Schulferien mit leichten Arbeiten beschäftigt werden.

3.11 Nach den verbindlichen tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz arbeitete X. in den Frühlings- und Herbstferien der Jahre 1972 und 1973 bei der Eternit AG. In den Frühlingsferien 1972 war er ca. 13¾ Jahre alt. Ob er damals einzig zu Botengängen ausserhalb des Betriebs und nach Vollendung des 14. Altersjahrs lediglich zu leichten Arbeiten herangezogen wurde und seine Beschäftigung nach Art. 59 Abs. 1 und Art. 60 Abs. 1 der Verordnung I überhaupt zulässig war, kann dahingestellt bleiben. Jedenfalls durfte er gemäss Art. 29 Abs. 2 und 3 aArG in Verbindung mit Art. 54 lit. b der Verordnung I nicht zu Arbeiten herangezogen werden, bei denen eine erhebliche Krankheitsgefahr besteht. Eine solche Gefahr war – wie die Verantwortlichen der Eternit AG wissen mussten – bei Arbeiten, bei denen sich Asbeststaub entwickelte, aber gegeben. Die Verantwortlichen hätten X. demnach keine Arbeiten verrichten lassen dürfen, bei denen er Asbeststaub ausgesetzt war. Indem sie das trotzdem getan haben, haben sie ihre Sorgfaltspflicht verletzt. Das Risiko, das sie eingegangen sind, war im Lichte von Art. 29 Abs. 2 und 3 aArG in Verbindung mit Art. 54 lit. b der Verordnung I verboten. Sie haben somit die Grenze des erlaubten Risikos überschritten. Entscheidend ist, wie sich ein besonnener Mensch in der Lage der Verantwortlichen der Eternit AG verhalten hätte (BGE 122 IV 303 E. 3a S. 307). Ein solcher Mensch hätte mit Blick auf die damit verbundenen Gefahren und die ihm obliegende besondere Schutzpflicht gegenüber Jugendlichen X. keine Arbeiten verrichten lassen, bei denen er Asbeststaub einatmet. Wie die Beschäftigung erwachsener Personen mit solchen Arbeiten zu beurteilen ist, ist hier nicht zu entscheiden.

3.12 Die Voraussetzungen der Strafbarkeit wegen fahrlässiger Tötung sind somit erfüllt. Dass heute offenbar nicht mehr geklärt werden kann, welche Personen in der Eternit AG die Verantwortung für die Beschäftigung von X. trugen, ist belanglos. Gemäss Art. 2 Abs. 1 aOHG besteht Anspruch auf Opferhilfe unabhängig davon, ob der Täter ermittelt worden ist. Dies entspricht dem Sinn und Zweck der Opferhilfe, bei welcher das Opfer und nicht der Täter im Vordergrund steht. X. ist danach Opfer im Sinne von Art. 2 Abs. 1 aOHG. Die Ausrichtung von Entschädigung und Genug-

tuung gemäss Art. 11 ff. aOHG kommt damit in Betracht. Die Beschwerde ist, soweit darauf eingetreten werden kann, gutzuheissen und der angefochtene Entscheid aufzuheben. Da die kantonalen Instanzen die Opferstellung verneint haben, haben sie nicht geprüft, wieweit die geltend gemachten Entschädigungs- und Genugtuungsbegehren im Einzelnen berechtigt sind. Insbesondere haben sie offengelassen, wieweit allenfalls gute wirtschaftliche Verhältnisse der Beschwerdeführer einer Entschädigung entgegenstehen (Art. 12 Abs. 1 aOHG i.V.m. Art. 2 ff. der Verordnung vom 18. November 1992 über die Hilfe an Opfer von Straftaten [AS 1992 2479]). Die Sache wird in Anwendung von Art. 107 Abs. 2 Satz 2 BGG an das Departement zurückgewiesen, damit es darüber entscheide.

Kanton Bern

Obergericht des Kantons Bern, Urteil vom 30. Mai 2013

Der (ehemalige) Arbeitnehmer verfügt aus den Umstand, dass er über die kollektive Krankentaggeldversicherung seiner ehemaligen Arbeitgeberin versichert ist, über ein selbständiges Forderungsrecht nach Art. 87 VVG gegenüber dem Versicherer und ist im Sinne von Art. 40 VVG Anspruchsberechtigter. Es ist unerheblich, ob das täuschende Verhalten vom Versicherungsnehmer (Arbeitgeber) oder vom anspruchsberechtigten Dritten (Arbeitnehmer, er die Arbeitsunfähigkeit simuliert) ausgeht. Würde im Falle des Arbeitnehmers auf die Rückwirkung verzichtet, könnte dieser die zu Unrecht bezogene Leistung behalten, während der täuschende Versicherungsnehmer zu deren Rückleistung verpflichtet wäre. Der Versicherer ist daher gegenüber dem Arbeitnehmer zur Rückforderung der Taggeldzahlungen berechtigt (E. 2.2, 2.5).

Sachverhalt:

B. war über seine ehemalige Arbeitgeberin bei der kollektiven Krankentaggeldversicherung der A. AG versichert. Per 31. Dezember 2007 beendete die Arbeitgeberin das Arbeitsverhältnis mit B. Gemäss seinen eigenen Angaben verspürte B. seit dem Heben eines Getriebes am 14. Dezember 2007 Rückenschmerzen. Am 21. Dezember 2007 suchte er deswegen seinen Hausarzt auf, welcher ihm mittels mehrerer Arztzeugnisse für das ganze Jahr 2008 eine hundertprozentige Arbeitsunfähigkeit attestierte. Es folgten Konsultationen bei verschiedenen Ärzten, wobei in einem Bericht vom 22. Februar 2008 festgehalten wurde, dass die klinische Untersuchung inkl. der Laboruntersuchungen keine Hinweise für eine Systemaffektion als Ursache für die anhaltenden Beschwerden ergeben habe und dass bei den primär mechanisch-statisch bedingten Rückenschmerzen nun eine massive Symptomausweitung bestehe. Nach Ablauf der Wartefrist leistete die A. AG für die Monate Januar bis Mai 2008 Taggelder und übernahm zusätzlich Arztkosten. Am 7. Mai 2008 liess die A. AG das Therapiekonzept betreffend B. überprüfen, wobei der mit der Überprüfung beauftragte Arzt zum Schluss kam, dass eine hundertprozentige Arbeitsunfähigkeit aufgrund der Diagnose nicht ausgewiesen sei. Daraufhin gab die A. AG die Observation von B. in Auftrag. Die Observation zeigte, dass B. entgegen seinen Angaben am 12. und 23. Juni 2008 in der Lage war, ohne Krücken und ohne sonstige Behinderung zu Gehen und ein Fahrzeug zu lenken. Daraufhin stellte die A. AG die Leistung von Taggeldern an B. ein.

Die Vorinstanz wies die Klage der A. AG auf Rückzahlung der an B. geleisteten Taggeldzahlungen ab. Die Kammer hob den angefochtenen Entscheid auf und hiess die Forderungsklage der A. AG gut. Sie kam beweiswürdigend zum Schluss, dass bei B. mit weit überwiegender Wahrscheinlichkeit nie eine Arbeitsunfähigkeit von mehr als einigen Tagen bestand und dass B. die Ärzte und mittels deren Bescheinigungen auch die A. AG durch falsche Angaben zu seinem subjektiven Befinden bzw. simulieren einer nicht vorhandenen Beeinträchtigung bereits zu Beginn der Ausrichtung der Taggeldzahlungen täuschte. Der Anspruch der A. AG auf Rückforderung der bereits geleisteten Taggeldzahlun gen wurde gestützt auf Art. 40 VVG bejaht.

Aus den Erwägungen:

IV.

1.

1.2 Bei kollektiven Krankentaggeldversicherungen nach VVG handelt es sich gemäss ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung um eine Zusatzversicherung zur sozialen Krankenversicherung im Sinne von Art. 12 Abs. 2 und 3 KVG (vgl. BGE 4A_47/2012 vom 12. März 2012, E. 2). In Verfahren betreffend Streitigkeiten aus Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung nach KVG stellt das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen fest (Art. 247 Abs. 2 lit. a i.V.m. Art. 243 Abs. 2 lit. f ZPO bzw. aArt. 85 Abs. 2 VAG). Wenn der Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen ist, erhebt das Gericht von Amtes wegen Beweis (Art. 153 Abs. 1 ZPO). Die Untersuchungsmaxime verpflichtet das Gericht, ordnungsgemäss eingebrachte und taugliche Beweismittel zu berücksichtigen, wenn es von der Nichterweislichkeit einer bestimmten Tatsache ausgehen will (vgl. HAUCK, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2013, N 36 zu Art. 247 ZPO). Bei der Ablehnung von Beweismitteln als untaugliche oder als von vornherein nicht geeignete im Einzelfall ist grösste Zurückhaltung angebracht, lässt sich doch der Beweiswert ohne Erhebung des Beweismittels gar nicht zuverlässig abschätzen («würdigen»). Eine Verweigerung der Beweisabnahme erscheint grundsätzlich einzig dann als zulässig, wenn das Beweismittel objektiv untauglich, das heisst seiner Natur nach überhaupt nicht geeignet ist, den angestrebten Beweis zu erbringen (vgl. BRÖNNIMANN, in: Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band II, Bern 2012, N 19 zu Art. 152 ZPO). Das Gericht würdigt die Beweise nach freiem Ermessen (Art. 157 ZPO).

(…)

1.4 Als Regelbeweismass gilt der Vollbeweis, wobei das Beweismass in Fällen von Beweisnot, d.h. wenn ein Vollbeweis der Natur der Sache nach nicht möglich oder nicht zumutbar ist, reduziert werden kann. Der

Beweisbelastete muss in diesem Fall nur eine überwiegende Wahrscheinlichkeit beweisen. Das Bundesgericht geht in seiner Praxis davon aus, dass in Versicherungsfällen in der Regel ein Fall von Beweisnot vorliegt, so dass sich die Herabsetzung des Beweismasses auf die Darlegung einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit rechtfertigt (vgl. FUHRER, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, Zürich/Basel/Genf 2011, Rz. 11.75 f.; BGE 5C.184/2003 vom 29. Januar 2004, E. 3.3 und BGE 128 III 271, E. 2b/aa). Das Beweismass für die Voraussetzungen der Kürzung oder Verweigerung der Leistung muss dasselbe sein wie für den Eintritt des Versicherungsfalles (vgl. auch BGE 4A_431/2010 vom 17. November 2010, E. 2.6).

1.5 Auch im vorliegenden Fall erscheint der Vollbeweis dafür, dass der Berufungsbeklagte schon vor der Observation am 12. Juni 2008 wieder voll arbeitsfähig war, nicht zumutbar. Der Beweis der Arbeitsfähigkeit ist nur mittels Würdigung der Umstände und Indizien möglich. Der von der Vorinstanz verlangte Beweis dafür, dass der Berufungsbeklagte die von ihm geklagten Schmerzen nicht verspürte, ist für die Berufungsklägerin als Drittperson nicht möglich. Bei Schmerzen handelt es sich, wie die Berufungsklägerin zu Recht ausführt (pag. 361), um rein innere, nicht messbare subjektive Empfindungen, welche von Dritten nicht bewiesen werden können. Massgeblich ist indessen einzig, ob beim Berufungsbeklagten eine medizinisch begründete Arbeitsunfähigkeit bestand oder nicht. Die Berufungsklägerin stützt sich dabei hauptsächlich auf die Ergebnisse der Observation und das gerichtliche Gutachten vom 22. Februar 2011 sowie auf die als Beweismittel eingereichten medizinischen Berichte.

1.6 Wie jedes Beweismittel unterliegen auch Gutachten der freien richterlichen Beweiswürdigung. In Fachfragen darf das Gericht indessen gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung nur aus triftigen Gründen von einer gerichtlichen Expertise 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 die Schlüssigkeit eines Gutachtens in wesentlichen Punkten zweifelhaft, hat das Gericht nötigenfalls ergänzende Beweise zur Klärung dieser Zweifel zu erheben. Dies ist namentlich der Fall, wenn gewichtige, zuverlässig begründete Tatsachen oder Indizien die Überzeugungskraft des Gutachtens ernstlich erschüttern (vgl. BGE 4A_286/2011 vom 30. August 2011, E. 4, und BGE 5A_636/2011 vom 10. Februar 2012, E. 4.3.1, je m.w.H). Die Beweiskraft eines gerichtlich angeordneten Gutachtens richtet sich nach den drei Kriterien Vollständigkeit, Nachvollziehbarkeit und Schlüssigkeit (vgl. zum Ganzen BÜHLER, Die Beweiswürdigung von Gerichtsgutachten im Zivilprozess, Jusletter vom 14. Mai 2007).

(…)

2.

2.1 Auf die rechtlichen Ausführungen der Vorinstanz zu den Voraussetzungen von Art. 40 VVG kann grundsätzlich verwiesen werden (vgl.

Ziff. IV/47 ff. des angefochtenen Entscheids, pag. 311 ff.). Nach Art. 40 VVG ist der Versicherer gegenüber dem Anspruchsberechtigten nicht an den Vertrag gebunden, wenn der Anspruchsberechtigte oder sein Vertreter Tatsachen, welche die Leistungspflicht des Versicherers ausschliessen oder mindern würden, zum Zweck der Täuschung unrichtig mitgeteilt oder verschwiegen hat. Anspruchsberechtigt aus dem Versicherungsvertrag ist jede Person, welcher der Versicherungsanspruch zusteht, die Berechtigung also, die Versicherungsleistung geltend zu machen. Dies kann der Versicherungsnehmer selbst sein oder aber der versicherte Dritte. Letzterem gesteht das Gesetz ein eigenen Forderungsrecht gegenüber dem Versicherer zu, welches bei Kollektiv-Krankenversicherungen in Art. 87 VVG ausdrücklich statuiert wird (vgl. NEF, a.a.O., N 3 zu Art. 38 VVG). Gegenüber dem Anspruchsteller, der die Täuschung begangen hat, ist der Versicherer von seiner Leistungspflicht befreit, kann also die Leistung verweigern. Wenn der täuschende Anspruchsteller zugleich der Versicherungsnehmer ist, kann der Versicherer zudem vom Vertrag zurücktreten (vgl. NEF, a.a.O., N 46 ff. zu Art. 40 VVG).

2.2 Der Berufungsbeklagte war über die kollektive Krankentaggeldversicherung seiner ehemaligen Arbeitgeberin bei der Berufungsklägerin versichert. Er verfügt daher gegenüber der Berufungsklägerin über ein selbständiges Forderungsrecht nach Art. 87 VVG, womit er im Sinne von Art. 40 VVG Anspruchsberechtigter ist. Das Verhalten des Berufungsbeklagten berechtigt die Berufungsklägerin mangels Identität des Berufungsbeklagten mit der Versicherungsnehmerin zwar nicht zum Rücktritt vom kollektiven Krankentaggeldversicherungsvertrag. Sind die Voraussetzungen von Art. 40 VVG erfüllt, kann die Berufungsklägerin aber ihre Leistung verweigern. Das Beweisverfahren hat ergeben, dass beim Berufungsbeklagten mit weit überwiegender Wahrscheinlichkeit nie eine Arbeitsunfähigkeit von mehr als einigen Tagen bestand. Über diesen Umstand täuschte der Berufungsbeklagte die Ärzte und mittels deren Bescheinigungen auch die Berufungsklägerin durch falsche Angaben zu seinem subjektiven Befinden bzw. durch Simulieren einer nicht vorhandenen Beeinträchtigung. Die Angaben des Berufungsbeklagten waren für den Bestand und Umfang der Leistungspflicht der Berufungsklägerin bedeutsam. Demnach sind sowohl die objektiven als auch die subjektiven Voraussetzungen von Art. 40 VVG erfüllt.

2.3 Unter Berücksichtigung der Karenzfrist von 30 Tagen (vgl. kollektive Krankentaggeldversicherung, KB 22, S. 2) wäre die Berufungsklägerin nach dem Gesagten von Anfang berechtigt gewesen, ihre Leistung zu verweigern. Zu prüfen bleibt, ob die Berufungsklägerin gestützt auf Art. 40 VVG auch die bereits von ihr erbrachten Taggeldzahlungen zurückfordern kann.

2.4 Im Verhältnis zwischen dem Versicherer und dem täuschenden Versicherungsnehmer wirkt die Ungültigkeit des aufgelösten Vertragsverhältnisses bis zum Zeitpunkt zurück, in welchem die durch die Täu-

schungshandlung bewirkte Versicherungsleistung ausgerichtet wurde. Die herrschende Lehre geht dabei von einer Rückwirkung auf den Zeitpunkt des Schadenereignisses aus, während eine Minderheitsmeinung für die Rückwirkung lediglich auf den Zeitpunkt der betrügerischen Anspruchsbegründung abstellt (vgl. SARBACH, Vertragsrechtliche Folgen der betrügerischen Begründung des Versicherungsanspruchs gemäss Art. 40 VVG, in: recht 2006, S. 180 ff, S.182 f; NEF, a.a.O., N 53 zu Art. 40 VVG). Dem Versicherer steht für bereits erbrachte Leistungen ein Rückforderungsanspruch zu, wobei in der Lehre umstritten ist, ob sich dieser nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung richtet (vgl. NEF, a.a.O., N 55 zu Art. 40 VVG; GROLIMUND/VILLARD, a.a.O., ad N 55 zu Art. 40 VVG; ROELLI/KELLER, Kommentar zum Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag, Band I, Bern 1968, S. 583) oder vertraglicher Natur ist (vgl. SARBACH, a.a.O., S. 184; KELLER, Die ausserordentliche Auflösung des Versicherungsvertrages, Diss. Freiburg 1983, N 19 ff.). Das Bundesgericht hat die Frage im Entscheid 5C.59/2006 vom 1. Juni 2006 im Ergebnis offen gelassen. GROLIMUND/VILLARD begründen die Geltung der Regeln zur ungerechtfertigten Bereicherung damit, dass die Wirkung der Kündigung bzw. des Rücktritts vom Vertrag auf den Zeitpunkt der Ausrichtung der Leistung zurückbezogen werde, weshalb die Leistung aufgrund eines nachträglich weggefallenen Grundes erbracht worden sei (vgl. GROLIMUND/VILLARD, a.a.O., ad N 55 zu Art. 40 VVG). SARBACH führt dagegen aus, die Rückabwicklung sei vergleichbar mit der Situation bei Dauerschuldverhältnissen, bei denen eine obligationenrechtliche Unverbindlichkeit nach teilweiser Abwicklung gemäss herrschender Lehre und Praxis als Kündigung ex nunc behandelt werde und nur ausnahmsweise beschränkte Rückwirkung entfalte, weil das Dauerschuldverhältnis nicht mit einmaliger Erbringung als Verbindlichkeit erlösche, sondern einer «gelebten Wirklichkeit» entspreche, die sich nicht nachträglich aus der Welt schaffen lasse. Es handle sich daher um die Rückforderung von Leistungen, welche vor erfolgter Vertragsauflösung in Erfüllung des Vertrags erbracht worden seien, weshalb es angebracht erscheine, die Rückabwicklung der entsprechenden Leistungen ebenfalls vertraglichen Grundsätzen zu unterstellen (vgl. SARBACH, a.a.O., S. 184).

2.5 Vorliegend hat nicht der Versicherungsnehmer die täuschende Handlung begangen, sondern der Berufungsbeklagte als Anspruchsberechtigter nach Art. 40 VVG. Die Frage der Rückwirkung der Leistungsverweigerung im Verhältnis zwischen dem Versicherer und dem anspruchsberechtigten Dritten wird soweit ersichtlich in der Lehre nicht explizit diskutiert. Auch das Bundesgericht hat sich zu dieser Frage bislang nicht geäussert. Bereits aus Gründen der Gleichbehandlung erscheint es jedoch angezeigt, die Grundsätze der Rückwirkung auch in diesen Fällen an zuwenden. Wie bereits die Vorinstanz ausgeführt hat (vgl. Ziff. IV/49 des angefochtenen Entscheids), begründet der Versicherungsvertrag ein Vertrauensverhältnis. Der Versicherer ist auf die Aufrichtigkeit des Vertrags-

partners angewiesen und in diesem Punkt schutzbedürftig. Der Anspruchsteller, welcher auf betrügerische Weise Versicherungsleistungen erwirkt, bricht das gewährte Vertrauen und belastet auch die Gemeinschaft der Versicherten (vgl. NEF, a.a.O., N 1 zu Art. 40 VVG). Dabei ist es unerheblich, ob das täuschende Verhalten vom Versicherungsnehmer oder von einem anspruchsberechtigten Dritten ausgeht. Würde im Falle eines anspruchsberechtigten Dritten auf die Rückwirkung verzichtet, könnte dieser die zu Unrecht bezogene Leistung behalten, während der täuschende Versicherungsnehmer zu deren Rückleistung verpflichtet wäre. Diese Ungleichbehandlung von Versicherungsnehmern und anspruchsberechtigten Dritten war vom Gesetzgeber kaum gewollt. Dem Wortlaut des Gesetzes und dessen Systematik lässt sich ebenfalls nicht entnehmen, dass eine Rückwirkung einzig gegenüber Versicherungsnehmern möglich sein sollte. Die Leistungsverweigerung gegenüber anspruchsberechtigten Dritten ist daher nach Ansicht der Kammer ebenfalls rückwirkend auf den Zeitpunkt des Schadenereignisses bzw. der täuschenden Handlung möglich. Dabei kann vorliegend offen bleiben, ob auf den Zeitpunkt des Schadenereignisses oder die täuschende Handlung abzustellen ist, ist doch davon auszugehen, dass der Berufungsbeklagte die Berufungsklägerin bereits vor dem Zeitpunkt der ersten Taggeldzahlung über seinen gesundheitlichen Zustand täuschte. Anders als in den oben zitierten Lehrmeinungen zur Rückabwicklung des Vertrags im Verhältnis zwischen dem Versicherer und dem Versicherungsnehmer hat der Versicherungsvertrag in diesem Fall weiterhin Bestand. Es liegt keine Kündigung des Versicherungsvertrags ex tunc bzw. ex nunc vor, die Leistungspflicht der Berufungsklägerin entfällt lediglich im Verhältnis zum Berufungsbeklagten. Da der Vertrag, welcher den Grund für die Ausrichtung der Taggelder bildete, nicht nachträglich wegfällt, richtet sich die Rückabwicklung nicht nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung (Art. 62 ff. OR). Vielmehr besteht ein Rückforderungsanspruch vertraglicher Natur. Der zwischen der ehemaligen Arbeitgeberin des Berufungsbeklagten und der Berufungsklägerin abgeschlossene kollektive Krankentaggeldversicherungsvertrag sieht ebenfalls vor, dass die Berufungsklägerin ihre Leistung kürzen oder verweigern kann, wenn die versicherten Arbeitnehmer ihre Verhaltenspflichten verletzen (vgl. Allgemeine Vertragsbedingungen, Ziff. D1/4). Wie erwähnt, täuschte der Berufungsbeklagte die Berufungsklägerin bereits zu Beginn der Ausrichtung der Taggeldzahlungen über seine Arbeitsfähigkeit. Die Berufungsklägerin ist daher zur Rückforderung der gesamten Taggeldzahlungen berechtigt. Die Höhe der geleisteten Zahlungen von insgesamt CHF 13 042.– ergibt sich aus der eingereichten Zahlungsübersicht.

Cour suprême du canton de Berne, Arrêt du 18 octobre 2013 (Rejet de l'appel interjeté contre la décision du Tribunal régional Jura bernois-Seeland, Agence du Jura bernois, du 8 mars 2013)

Le contrat qui lie le bailleur de service au travailleur loué est un contrat de travail intérimaire (ou contrat de travail temporaire). Le contrat de travail temporaire se noue en général en deux temps : un contrat-cadre, qui fixe les conditions générales de la collaboration future des parties, précède l'acceptation d'une ou de plusieurs missions. Le contrat-cadre n'est toutefois pas un contrat de travail; le travailleur ne peut en déduire de droit à un salaire ni à une mission. Les effets du contrat-cadre sont soumis à la condition suspensive qu'un contrat de mission soit conclu. Ce n'est qu'à ce moment-là que naissent les obligations essentielles du contrat individuel de travail (c. B).
Art. 336c CO. Le travailleur est toujours libre de donner unilatéralement son congé durant une période de protection, l'art. 336c CO étant de nature relativement impérative. En tous les cas, il n'existe pas d'obligation générale de l'employeur de rendre le travailleur attentif à ses droits, notamment en matière de protection contre le licenciement (c. C).

Extraits des faits:

Le 19 juillet 2007, T. et E. SA ont signé un contrat de mission selon lequel T. travaillerait chez A. SA à Courroux à partir du 17 septembre 2007 pour un salaire horaire brut de CHF 39.95. Par courrier du 25 septembre 2008, reçu et signé le même jour par T., E. SA a mis fin au contrat de mission pour le 30 novembre 2008, pour des raisons économiques.

Le 26 septembre 2008, T. s'est rendu auprès de la Dr L., médecin-psychiatre. Cette dernière a établi un diagnostic de schizophrénie paranoïde. Elle a établi un certificat médical attestant d'une incapacité de travail à 100% du 26 septembre au 24 octobre 2008, puis du 25 octobre au 2 novembre 2008. T. est retourné travailler chez A. SA à partir du 3 novembre 2008. En date du 21 novembre 2008 vers 14 h, il a été victime d'un accident de travail suite auquel il s'est retrouvé en incapacité de travail du 24 novembre au 1er décembre 2008. Il a reçu des indemnités SUVA du 24 novembre au 1er décembre 2008. Le 24 novembre 2008, T. a signé un document ayant la teneur suivante : «A la suite de mon accident du 21 novembre 2008, je serai – selon avis médical – en incapacité de travail du 24 au 28.11.2008. Le vendredi 28.11.08 coïncidant avec mon dernier jour de mission chez A., je prends connaissance que je pourrais demander à prolonger ma mission de la durée de mon incapacité soit de 5 jours; toutefois je ne souhaite pas faire usage de cette possibilité et je demande à terminer définitivement mon engagement chez A. le 30.11.08, comme convenu antérieurement dans la lettre de fin de mandat». Ce document a été si-

gné par les parties à Delémont, dans les locaux d'E. SA. Le 2 décembre 2008, un nouveau certificat médical attestant d'une incapacité de travail à 100% du 1er au 31 décembre 2008 était fourni par la Dr L., ainsi que du 1er au 31 janvier 2009. Le 14 janvier 2009, T. s'est rendu en Thaïlande. Il est revenu en Suisse le 12 mai 2009.

Le 17 octobre 2011, T. a déposé devant le Tribunal régional Jura bernois-Seeland, Agence du Jura bernois, une demande en paiement à l'encontre de E. SA. Le 8 mars 2013, le Tribunal régional Jura bernois-Seeland, Agence du Jura bernois, a rejeté la demande. Le 22 avril 2013 et dans le délai utile, T. a interjeté appel à l'encontre de la décision du 8 mars 2013. En résumé, le demandeur réclame le paiement de son salaire, respectivement d'indemnités pour perte de gain en raison de maladie, pour la période du 2 décembre 2008 au 31 mars 2009. Il fait valoir que le délai de dédite de son contrat de travail a été reporté, étant en incapacité de travail pour cause de maladie, puis d'accident durant le délai de congé. Il fait encore valoir que le document «confirmation» signé le 24 novembre 2011 n'est pas valable, car il a été induit en erreur quant à ses droits et obligations.

Extraits des considérants:

IV.

Après deux remarques concernant la recevabilité de l'appel et le droit applicable, le point qui sera examiné avant toute chose concerne la question d'un éventuel accord sur la fin du contrat de travail temporaire. En effet, si la 2e Chambre civile devait arriver à la conclusion que T. souhaitait effectivement mettre fin à son contrat de travail temporaire à fin novembre 2008 et d'un commun accord avec la défenderesse, les autres points litigieux n'auraient alors pas à être examinés.

(…)

B. Droit applicable

1. Remarque théorique

La location de services est une forme particulière de relation de travail. En substance, le contrat de location de services est le contrat par lequel une personne – le bailleur de services – met un ou plusieurs travailleurs (avec leur consentement) à la disposition d'une autre personne – le locataire de services –, moyennant une rémunération due au bailleur de services. Il s'agit d'un contrat innommé *sui generis*. La location de services consiste ainsi en un rapport triangulaire entre un travailleur loué (en l'espèce T.), l'employeur de droit de ce travailleur (en l'espèce E. SA) et le locataire de services (en l'espèce A. SA), à qui le travailleur fournit directement sa prestation.

Le contrat qui lie le bailleur de service au travailleur loué est un contrat de travail intérimaire (ou contrat de travail temporaire). Le contrat de travail temporaire se noue en général en deux temps : un contrat-cadre, qui

fixe les conditions générales de la collaboration future des parties, précède l'acceptation d'une ou de plusieurs missions. Le contrat-cadre n'est toutefois pas un contrat de travail; le travailleur ne peut en déduire de droit à un salaire ni à une mission. Les effets du contrat-cadre sont soumis à la condition suspensive qu'un contrat de mission soit conclu. Ce n'est qu'à ce moment-là que naissent les obligations essentielles du contrat individuel de travail (MATILE P./ZILLA J., Travail temporaire, Commentaire pratique des dispositions fédérales sur la location de services (art. 12-39 LSE), Genève/Zurich/Bâle 2010, pp. 6 et 85 et les références citées).

2. En l'espèce

Il ressort du dossier que le 19 juillet 2007, les parties ont signé un contrat de mission selon lequel le demandeur/appelant travaillerait chez A. SA à Courroux à partir du 17 septembre 2007 pour un salaire horaire brut de CHF 39.95.

E. SA était donc liée à A. SA par un contrat de location de services, contrat qui n'est pas régi par des dispositions spéciales du Code des obligations (CO; RS 220), mais principalement par la Loi fédérale sur le service de l'emploi et la location de services (LSE; RS 823.11) ainsi que l'Ordonnance sur le service de l'emploi (OSE; RS 823.111).

Quant à T. et E. SA – soit la relation contractuelle qui est pertinente pour juger du cas d'espèce – ils étaient liés par un contrat de travail temporaire, soumis aux art. 319 ss CO. Les droits et obligations caractéristiques du contrat de travail s'appliquent donc entre E. SA et T., la LSE et l'OSE ne s'appliquant que ponctuellement en tant que *lex specialis* (MATILE P./ ZILLA J., *op. cit.*, p. 8 et les références citées).

Il n'est donc pas contesté que T. et E. SA étaient liés par un contrat de travail temporaire, respectivement un contrat de mission, et que par courrier du 25 septembre 2008, reçu et signé le même jour par le demandeur/appelant, la défenderesse a mis fin au contrat de mission pour le 30 novembre 2008, pour des raisons économiques et dans le délai stipulé à l'art. 335c al. 1 CO. Il est précisé que le contrat-cadre et le contrat de mission ne prévoyaient rien de particulier à ce sujet.

C. Accord sur la fin du contrat de travail temporaire.

(…)

4.

Selon l'art. 336c al. 2 CO, le congé donné pendant une des périodes prévues à l'alinéa précédent (notamment pendant une incapacité de travail totale ou partielle résultant d'une maladie ou d'un accident non imputable à la faute du travailleur) 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.

Selon l'art. 341 al. 1 CO, le travailleur ne peut pas renoncer, pendant la durée du contrat et durant le mois qui suit la fin de celui-ci, aux créances résultant de dispositions impératives de la loi ou d'une convention collective.

Les art. 336c al. 2 CO et 341 al. 1 CO sont des dispositions relativement impératives en vertu de l'art. 362 al. 1 CO, ce qui signifie qu'il ne peut pas y être dérogé par accord, contrat-type de travail ou convention collective, au détriment du travailleur. Les accords et les dispositions de contrats-types de travail et de conventions collectives qui dérogent à une disposition relativement impérative au détriment du travailleur sont nuls (art. 362 al. 2 CO).

Le Tribunal fédéral a toutefois précisé que même si le caractère relativement impératif de l'art. 336c CO interdit aux parties de convenir d'avance que l'employeur pourra résilier le contrat unilatéralement durant une période de protection (la grossesse de la travailleuse dans le cas jugé), il ne limite pas leur faculté de rompre en tout temps le contrat d'un commun accord, pour autant qu'elles ne cherchent pas par ce biais à détourner une disposition impérative de la loi (ATF 119 II 449 consid. 2a; 118 II 58 consid. 2a). Il ressort également de l'ATF 118 précité qu'en ce qui concerne le travailleur, celui-ci est toujours libre de donner unilatéralement son congé durant une période de protection, l'art. 336c CO étant de nature relativement impérative. Au demeurant et en tous les cas, il n'existe pas d'obligation générale de l'employeur de rendre le travailleur attentif à ses droits, notamment en matière de protection contre le licenciement (ATF 115 V 447 consid. 6d).

Toujours selon le Tribunal fédéral, pour déterminer s'il y a eu effectivement accord entre les parties, il y a lieu de rechercher, tout d'abord, leur réelle et commune intention (art. 18 al. 1 CO; interprétation subjective). Si le juge ne parvient pas à établir en fait cette volonté réelle, ou s'il constate qu'une partie n'a pas compris la volonté réelle manifestée par l'autre, il recherchera quel sens les parties pouvaient et devaient donner, selon les règles de la bonne foi, à leurs manifestations de volonté réciproques (application du principe de la confiance; interprétation objective). Dans ce dernier cas (soit si le juge ne parvient pas à établir en fait la volonté réelle des parties), l'accord litigieux doit être interprété restrictivement et ne peut constituer une résiliation conventionnelle que dans des circonstances exceptionnelles, notamment lorsqu'est établie sans équivoque la volonté des deux parties de se départir du contrat (arrêt du TF 4C.127/2005 du 2 novembre 2005 consid. 4 et les références citées; 4C.27/2002 du 19 avril 2002 consid. 2, reproduit *in* SJ 2003 I p. 220; 4C.194/2001 du 26 novembre 2001 consid. 3b; cf. également arrêt 4C.397/2004 du 15 mars 2005 consid. 2.1).

Dans le cas d'espèce et afin de déterminer s'il y a effectivement eu accord entre les parties, il convient de se référer en priorité aux déclarations de celles-ci, en gardant à l'esprit qu'E. SA n'avait aucune obligation de rendre T. attentif à ses droits.

La déclaration déterminante émane de T. lui-même. En effet, lors de l'audience du 11 avril 2012, celui-ci a déclaré que *«M. F. m'a dit que je pouvais refaire la semaine que j'avais manquée»*. F. a donc concrètement

et expressément proposé à T. de travailler une semaine de plus, période de travail qui aurait été rémunérée. A cette proposition, T. a donné une réponse sans équivoque, en indiquant devant la Juge de première instance que *«ça ne m'intéressait pas de refaire une semaine»*. Cette version des faits est d'ailleurs corroborée par R., qui a indiqué le 11 avril 2012 que *«si une personne nous dit [qu'elle] ne veut plus aller travailler, il faut bien que nous lui fassions signer un document»*. F. va également dans le même sens que le demandeur/appelant. Selon lui, *«je me souviens que le départ d'A. était inéluctable. T. ne s'y plaisait plus tellement et il y avait moins de travail dans cette société»*.

Il est important de relever que ce ne sont pas seulement les déclarations ci-dessus de T. qui permettent à la 2e Chambre civile d'arriver à la conclusion que celui-ci ne souhaitait plus travailler chez A. SA – respectivement pour E. SA – mais également le comportement subséquent du demandeur/appelant. En effet, au moment de la signature du document du 24 novembre 2008, T. a indiqué à F. qu'il partirait en Thaïlande, sans toutefois préciser quand. Or, le 24 novembre 2008, le demandeur/appelant n'était en congé-accident que jusqu'à fin novembre 2008, il ne savait pas encore que lors du rendez-vous avec la Dr L. le 2 décembre 2008, il bénéficierait d'un certificat d'incapacité de travail pour maladie du 1er au 31 décembre 2008. Au moment de dire à F. qu'il partirait en Thaïlande, il devait ainsi bien se rendre compte que s'il partait après le 30 novembre 2008, il ne serait pas payé puisque, comme il l'indique lui-même, il n'avait pas conscience que le délai de congé était prolongé. A cela s'ajoute que le 18 décembre 2008 déjà, T. obtenait un visa pour la Thaïlande. Vu le temps qu'il faut pour obtenir un tel visa, le demandeur/appelant a dû entreprendre des démarches rapidement après le 24 novembre 2008, et donc démontrer par là qu'il n'avait pas l'intention de travailler après le 30 novembre 2008

Il résulte de tout ce qui précède que selon les déclarations mêmes du demandeur/appelant et son comportement subséquent – sans qu'il n'y ait besoin de déterminer si le document du 24 novembre 2008 est valable ou non – T. n'avait clairement plus l'intention de travailler pour E. SA après le 30 novembre 2008. Le fait qu'il ait déclaré par la suite que *«je n'avais aucune conscience que le délai était déjà prolongé»* n'y change rien. En effet, E. SA n'avait pas obligation de rendre T. attentif à ses droits. De plus, le demandeur/appelant et son mandataire semblent se tromper de débat dans la présente procédure. En effet, la question pertinente n'est pas celle de savoir si T. aurait eu la possibilité d'être payé après le 30 novembre 2008 sans fournir sa prestation de travail, mais si, le 24 novembre 2008, il avait la volonté de continuer à travailler ou non après le 30 novembre 2008. Or, la réponse est ici clairement négative. Le fait que T. soit arrivé à la conclusion qu'il aurait peut-être eu le droit d'être payé pour ne rien faire au-delà du 30 novembre 2008 – après avoir consulté le syndicat Unia – ne change rien à la volonté qui était la sienne de ne plus travailler pour E. SA emploi au-delà du 30 novembre 2013.

Ainsi et pour cette raison déjà, les prétentions salariales et à titre d'indemnités perte de gain réclamées par T. doivent être rejetées, sans que les autres questions soulevées par le demandeur/appelant ne doivent être examinées.

Arrêt communiqué par A. Günther, lic. iur., avocat, premier greffier

Obergericht des Kantons Bern, Urteil vom 4. November 2013 (Aufhebung des Entscheids des Regionalgerichts Bern-Mittelland vom 22. August 2012)

Bei einem nicht allgemeinverbindlich erklärten GAV beurteilt sich ein geltend gemachter Beitrittsanspruch nicht nach dem AVEG, sondern nach dem OR und der dazu entwickelten Rechtsprechung (wegweisend BGE 113 II 37). Danach ist ein Beitrittsanspruch kumulativ vom Nachweis der Repräsentativität und der Loyalität abhängig zu machen. Für die Berechnung der Repräsentativität ist auf diejenigen Arbeitnehmer abzustellen, die aufgrund ihrer beruflichen Qualifikation potentiell in den Geltungsbereich des zur Diskussion stehenden GAV fallen könnten und (i.c.) im Bereich Strassentransport mit Lastwagen aktiv sind (E. III.1, IV.1, 9).

Sachverhalt:

Mit Klage vom 13. Januar 2011 stellte der Verein Gewerkschaft Unia (Klägerin, Berufungsklägerin) vor dem Regionalgericht Bern-Mittelland das Rechtsbegehren, die Beklagten 1 (ASTAG) und 3 (Les Routiers Suisse) zu verpflichten, die Klägerin als Vertragspartnerin der Landesvereinbarung zwischen der ASTAG und den «Les Routiers Suisses» aufzunehmen bzw. beitreten zu lassen; ferner die Beklagten 2 (ASTAG Sektion Zentralschweiz), 4 (Les Routiers Suisses Sektion Luzern), 5 (Les Routiers Suisses Sektion Nidwalden), 6 (Les Routiers Suisses Sektion Obwalden) und 7 (Les Routiers Suisses Sektion Zug) zu verpflichten, die Klägerin als Vertragspartnerin der Ergänzenden Bestimmungen für die Kantone LU/OW/NW/ZG aufzunehmen bzw.. beitreten zu lassen. Mit Verfügung vom 29. Februar 2012 beschränkte der Gerichtspräsident das Verfahren von Amtes wegen auf die Frage, ob die Klägerin landesweit resp. mit Bezug auf die Kantone Luzern, Nid- und Obwalden sowie Zug hinreichend Arbeitnehmer vertritt, die bei einem der geklagten Arbeitgeberverbände angeschlossenen Unternehmen angestellt sind, um als repräsentativ im Sinne der einschlägigen Rechtsprechung zu gelten. Mit Entscheid vom 22. August 2012 wies der zuständige Gerichtspräsident des Regionalgerichts Bern-Mittelland die Klage ab. Dagegen erhob der Verein Gewerkschaft Unia Berufung beim Obergericht des Kantons Bern.

Aus den Erwägungen:

III.

1.

Die Vorinstanz führte zur Begründung der Abweisung der Klage aus, dass sowohl die Landesvereinbarung als auch die Ergänzenden Bestimmungen der Zentralschweiz der gesetzlichen Umschreibung des Gesamtarbeitsvertrages in Art. 356 OR entsprechen würden. Da der GAV nicht allgemeinverbindlich erklärt worden sei, beurteile sich der geltend gemachte Beitrittsanspruch nicht nach dem AVEG, sondern nach dem Obligationenrecht und der dazu entwickelten Rechtsprechung. Das Bundesgericht habe die mit BGE 113 II 37 initiierte Rechtsprechung trotz der teilweise kritischen Stellungnahmen in der Lehre in späteren Entscheiden bestätigt. Entsprechend sei von einer mittlerweile gefestigten Rechtsprechung auszugehen, die den geltend gemachten Beitrittsanspruch kumulativ vom Nachweis der Repräsentativität und der Loyalität abhängig mache. Die vorausgesetzte Repräsentativität sei im Sinne von Branchenrepräsentativität zu verstehen. Entgegen der Ansicht der Berufungsklägerin könne es daher nicht genügen, wenn eine Gewerkschaft branchenübergreifend und Schweiz weit bedeutend sei, in der entsprechenden Branche jedoch nur eine unbedeutende Minderheit vertrete. Das Beweisverfahren habe ergeben, dass weder bei der Berufungsklägerin noch bei den Berufungsbeklagten 1 und 2 aktuelle und vollständige Listen der im gewerblichen Strassentransport und bei einem ASTAG-Mitglied angestellten Arbeitnehmer vorlägen, welche miteinander verglichen werden könnten. Die Mitglieder der Berufungsklägerin meldeten ihren Arbeitgeber nur bei der Erstanmeldung und ein späterer Arbeitgeberwechsel werde in der Regel weder gemeldet noch von der Berufungsklägerin erfragt. Auch bezüglich der Gesamtzahl der bei ASTAG-Mitgliedern angestellten Arbeitnehmer könnten von den Berufungsbeklagten 1 und 2 nur Schätzungen vorgenommen werden, da bei der Registrierung der Mitglieder die Anzahl Fahrzeuge und die Branche, nicht jedoch die Anzahl Mitarbeiter erfragt würden. Die Berufungsbeklagten 3–7 schliesslich würden überhaupt keine Daten über die Arbeitgeber erheben, so dass nicht gesagt werden könne, wie viele ihrer Mitglieder der Landesvereinbarung und den Ergänzenden Bestimmungen unterstünden. Da es keine Vorschriften darüber gebe, welche Daten die Vereine über ihre Mitglieder zu erheben hätten, treffe auch keine der Parteien ein Verschulden an der Unmöglichkeit, die vorliegend interessierenden Zahlen genau festzustellen, weshalb der beweisbelasteten Partei nicht zum Vornherein beweisrechtliche Nachteile entstehen dürften. Entsprechend habe – in analoger Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR – an die Stelle des zahlenmässigen Nachweises der von der Klägerin vertretenen und von den in Frage stehenden Vereinbarungen betroffenen Mitgliedern eine gerichtliche Schätzung zu treten.

Der Berufungsklägerin komme in der Branche des Strassentransports keine nationale Bedeutung zu. Gestützt auf die eingereichte Liste vertrete sie allenfalls im Bereich der Chauffeure generell (d.h. inklusive Taxifahrer, Coop- und Migrosfahrer, Werkverkehr etc.) eine zahlenmässig bedeutende Minderheit. Dies genüge jedoch für den vorliegend zu beurteilenden Fall nicht, zumal die betreffenden Arbeitnehmer bereits einem speziellen GAV unterstünden und daher nicht nochmals in Anschlag gebracht werden könnten.

Nach Ansicht des Gerichts sei das Erfordernis der Repräsentativität spätestens beim Unterschreiten der Schwelle von 5% nicht mehr erfüllt. Das Beweisverfahren habe ergeben, dass von den in der klägerischen Mitgliederliste aufgeführten Arbeitnehmern nur rund 500 (gesamtschweizerisch) bzw. 40 (Zentralschweiz) im gewerblichen Strassentransport tätig seien und gleichzeitig der Landesvereinbarung bzw. den Ergänzenden Bestimmungen unterliegen würden. Bei total rund 26 000 (gesamtschweizerisch) und 2500 (Zentralschweiz) Arbeitnehmern, die bei einem ASTAG-Unternehmen arbeiten und der Landesvereinbarung bzw. den Ergänzenden Bestimmungen unterstünden, ergebe dies einen Repräsentationsgrad von knapp 2% in Bezug auf die Gesamtschweiz bzw. von rund 1.5% in Bezug auf die Zentralschweiz.

Schliesslich könne die Berufungsklägerin auch aus dem Umstand, dass sie in einem Verwaltungsverfahren (BGer 2C.345/2008) zur Verbandsbeschwerde legitimiert gewesen sei, nichts zu ihren Gunsten ableiten, da es um einen anderen Sachverhalt gehe und aufgrund der Vertragsfreiheit höhere Anforderungen an den beitrittswilligen als an den beschwerdewilligen Verband zu stellen seien.

Weil das Kriterium der Repräsentativität nach dem Gesagten nicht erfüllt sei, sei die Klage entsprechend abzuweisen.

2.

In der Berufung macht die Berufungsklägerin unter anderem geltend, in BGE 113 II 37 habe das Bundesgericht die Repräsentativität nicht nur in Bezug auf die Belegschaft des in Frage stehenden Betriebes, sondern auch in Bezug auf die nationale Bedeutung der betreffenden Gewerkschaft, dem damaligen SMUV (Schweizerischer Metall- und Uhrenarbeiterverband), beurteilt. Wenn der damalige SMUV aufgrund seiner nationalen Bedeutung repräsentativ im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gewesen sei, so müsse dies umso mehr für die Berufungsklägerin als Nachfolgeorganisation gelten, welche mit ihren rund 200 000 Mitgliedern die mit Abstand grösste Einzelgewerkschaft der Schweiz sei. Wenn die Vorinstanz feststelle, dass der Beitrittsanspruch nur mit Mitgliedern begründet werden könne, die vom fraglichen GAV direkt betroffen seien, so könne dies offensichtlich nicht richtig sein. Eine solche Interpretation der bundesgerichtlichen Rechtsprechung würde nämlich dazu führen, dass ein Beitrittsanspruch umso weniger bestünde, je zersplitterter eine Branche und je grösser die Zahl der in dieser Branche existierenden Gesamtarbeitsverträge

sei. Wo immer eine minoritäre Gewerkschaft den Beitritt zu einem sektoriellen Gesamtarbeitsvertrag erkämpfen könnte, würde sie damit ihre Chancen auf den Beitritt zu den ihr weiterhin verschlossenen Gesamtarbeitsverträgen beeinträchtigen, da die nunmehr unterstellten Mitglieder für die Beurteilung der Repräsentativität nicht mehr berücksichtigt werden könnten. Massgeblich sei nicht, wie viele Mitglieder die Berufungsklägerin im Anwendungsbereich des zur Diskussion stehenden GAV habe und wie viele Prozent des gewerkschaftlich organisierten Personals oder allenfalls auch des gesamten Personals in den Betrieben des Strassentransportgewerbes dies ausmache, sondern ob die Berufungsklägerin eine aktive branchenübergreifende Organisation sei, die auch im Bereich des Transportgewerbes aktiv sein wolle und sei.

3.

Die Berufungsbeklagten bringen zur Hauptsache vor, dass die Berufungsklägerin die behauptete Repräsentativität nicht habe beweisen können. Für die Beurteilung der Repräsentativität sei auf die spezifische Branche, den gewerblichen Strassentransport, abzustellen. Die Berufungsbeklagte 2 machte ausserdem geltend, dass sich vorliegend beide Vertragsparteien gegen einen Beitritt der Berufungsklägerin wehrten, weshalb diese – selbst wenn die Kriterien gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung erfüllt wären – keinen Rechtsanspruch besitze. Die Berufungsbeklagte 1 weist zusätzlich darauf hin, dass die Auffassung der Berufungsklägerin, allein aufgrund ihrer nationalen Bedeutung einen Beitrittsanspruch zu jedem GAV zu haben, auf ein Gewerkschaftsmonopol hinauslaufen würde, wodurch gerade Minderheitsgewerkschaften um ihre Existenz fürchten müssten.

IV.

1.

Wie die Vorinstanz zu Recht ausführt, dient als Grundlage für die Beurteilung des geltend gemachten Beitrittsanspruches die zum Obligationenrecht im Bereich Gesamtarbeitsvertrag entwickelte bundesgerichtliche Rechtsprechung. Wegweisend in diesem Zusammenhang ist der Grundsatzentscheid BGE 113 II 37, in welchem es darum ging, dass der SMUV sich an einem zwischen zwei Betrieben und zwei Arbeitnehmerorganisationen abgeschlossenen GAV entgegen dem Willen der beiden Betriebe beteiligen wollte. Das Bundesgericht hielt fest, dass die Vertragsfreiheit der Parteien gegenüber den Zielsetzungen des GAV keinen Vorrang habe. Die Weigerung, eine Gewerkschaft in einen bestehenden GAV aufzunehmen, dürfe nicht so weit gehen, dass diese als Missbrauch oder Verletzung von Persönlichkeitsrechten betrachtet werden könne. Es liege auf der Hand, dass eine Minderheitsorganisation den Anschluss gegen den Willen der bereits vereinigten Parteien jedoch nur geltend machen könne, wenn sie selber dank genügender Mitgliederzahl ein repräsentatives Gewicht aufweise. Dabei seien keine allzu strengen zahlenmässigen Anforderungen zu stellen. Die um Aufnahme ersuchende Gewerkschaft müsse indessen – wenn nicht

im betroffenen Unternehmen, so doch auf kant. oder eidg. Ebene – eine bedeutende Minderheit vertreten.

Im konkreten Fall sah das Bundesgericht die Voraussetzung der Repräsentativität als erfüllt an und hielt fest, dass selbst wenn man eine Gewerkschaft, die rund 7% der Arbeitnehmer (der betroffenen Betriebe) vertrete, nicht als repräsentativ bezeichnen wolle, nicht bestritten werden könne, dass der SMUV im nationalen Bereich offensichtlich von Bedeutung sei. Vergleiche man die Mitgliederzahlen des SMUV mit denjenigen des Schweizerischen Gewerkschaftsbundes, könne nicht abgestritten werden, dass der SMUV eine ausreichend repräsentative Organisation sei.

2.

Weil es in BGE 113 II 37 in Abweichung zum vorliegenden Fall um den Beitritt zu einem sogenannten Firmen-GAV ging und sich die Arbeitnehmerorganisationen dem Beitrittswunsch des SMUV nicht widersetzten, stellt sich zunächst die Frage, ob der zitierte Entscheid für die Beurteilung des von der Berufungsklägerin geltend gemachten Beitrittsanspruches herangezogen werden kann.

3.

Wie die Situation beurteilt werden muss, wenn sich alle bestehenden Vertragsparteien gegen einen Beitritt eines Dritten wehren, liess das Bundesgericht in BGE 118 II 431 offen. In BGE 113 II 37 hatte es jedoch als Randbemerkung festgehalten, dass nicht geprüft werden müsse, ob der Berufungskläger bei Ablehnung auch durch die unterzeichneten Gewerkschaften ebenfalls die Zulassung zum Vertrag oder nur den Abschluss eines identischen Vertrages mit den beiden beteiligten Gesellschaften hätte verlangen können. Aus dieser Aussage kann geschlossen werden, dass der Umstand, dass auch die bereits beteiligte Gewerkschaft sich gegen einen Beitritt stellt, nichts an den beiden Anspruchsvoraussetzungen Repräsentativität und Loyalität ändert, sondern der Anspruch allenfalls anders umzusetzen wäre. Unter Berücksichtigung, dass das Bundesgericht den Beitrittsanspruch einer Gewerkschaft mit der sonst möglichen Verletzung ihres Persönlichkeitsrechts begründete, erachtet es auch die Kammer als nicht entscheidend, ob sich nur der Arbeitgeberverband oder zusätzlich auch der Ar-beitnehmerverband gegen einen Beitritt wehrt. Schliesslich ist es umso gravierender, wenn die Persönlichkeit des beitrittswilligen Verbandes gleich durch mehrere verletzt wird.

4.

Dass es im vorliegenden Fall nicht um den Beitritt zu einem Firmen-GAV sondern zu einem Branchen-GAV geht, bildet ebenfalls keinen Grund, von der in BGE 113 II 37 festgehaltenen Rechtsprechung abzuweichen. Inhaltlich geht es um dieselbe Rechtsfrage, nämlich unter welchen Voraussetzungen eine Minderheitsgewerkschaft einen Beitrittsanspruch zu einem bestehenden GAV besitzt. Weil die vom Bundesgericht aufgestellten Kriterien Repräsentativität und Loyalität grundsätzlicher Natur sind und unter Berücksichtigung, dass es umso bedeutender ist, wenn die Verweige-

rung eines Beitritts eine ganze Branche betrifft, lässt sich die entwickelte Rechtsprechung ohne Weiteres auch auf Fälle wie den vorliegenden übertragen.

5.

Zusammenfassend kann somit festgehalten werden, dass sich die Berufungsklägerin grundsätzlich auf die in BGE 113 II 37 entwickelte Rechtsprechung als Anspruchsgrundlage stützen kann. Aufgrund der erstinstanzlichen Verfahrensbeschränkung wird im Folgenden lediglich die Voraussetzung der Repräsentativität überprüft.

6.

Die Berufungsklägerin bringt in ihrer Berufung vor, sie sei die führende Stimme der Schweizer Gewerkschaften und habe daher Anspruch auf Beitritt zu jedem GAV, der einen ihrer Tätigkeitsbereiche beschlage. Sie macht damit mit anderen Worten geltend, dass entgegen der vorinstanzlichen Auffassung keine Branchenrepräsentativität vorausgesetzt, sondern ausreichend sei, dass ihr aufgrund ihrer Mitgliederzahl auf nationaler Ebene eine grosse Bedeutung zukomme.

7.

Dass die nationale Bedeutung einer Gewerkschaft, welche aus einer grossen Mitgliederzahl resultiert, die Branchenrepräsentativität als irrelevant erscheinen lässt, ist BGE 113 II 37 jedoch so nicht zu entnehmen. Das Bundesgericht bejahte im konkreten Fall die Voraussetzung der Repräsentativität, indem es feststellte, dass selbst wenn man eine Gewerkschaft, die rund 7% der Arbeitnehmer vertrete, nicht als repräsentativ bezeichnen wolle, nicht bestritten werden könne, dass der SMUV im nationalen Bereich offensichtlich von Bedeutung sei.

Aus dieser Formulierung ist vielmehr eine Wechselwirkung in dem Sinne herauszulesen, dass eine grosse nationale Bedeutung eine allein nicht genügende Branchenrepräsentativität ein Stück weit kompensieren kann und umgekehrt. Verfügt eine auf nationaler Ebene bedeutende Gewerkschaft in der zur Diskussion stehenden Branche über gar keine Mitglieder, ist schliesslich auch nicht ersichtlich, weshalb die Verweigerung eines Beitritts zu einem entsprechenden Branchen-GAV sie in ihrer Persönlichkeit verletzen sollte, wäre die Gewerkschaft doch schliesslich lediglich in ihren Expansionsmöglichkeiten eingeschränkt.

Nach Auffassung der Kammer sind im Rahmen der Repräsentativitätsprüfung somit zwei Ebenen zu berücksichtigen. Die erste Ebene betrifft die Bedeutung der Gewerkschaft unter den Schweizer Gewerkschaften, welche anhand einer Gegenüberstellung der Mitgliederzahlen der betroffenen Gewerkschaft und des Mitgliedertotals des Schweizerischen Gewerkschaftsbundes eruierbar ist. Die zweite Ebene betrifft die branchenspezifische Repräsentativität, wobei diese bei GAV's mit örtlich eingeschränktem Geltungsbereich auch in geographischer Hinsicht gegeben sein muss.

8.

In einem nächsten Schritt gilt es zu prüfen, wie die Branche im vorliegenden Fall zu definieren ist. Die Vorinstanz hat alle Mitglieder der Berufungsklägerin, welche im gewerblichen Strassentransport tätig sind und gleichzeitig der Landesvereinbarung bzw. den Ergänzenden Bestimmungen unterliegen, in Relation gesetzt zu sämtlichen Arbeitnehmern, die bei einem ASTAG-Unternehmen arbeiten und der Landesvereinbarung bzw. den Ergänzenden Bestimmungen unterstehen, und ist so auf einen Repräsentationsgrad von knapp 2% in Bezug auf die Gesamtschweiz bzw. von rund 1.5% in Bezug auf die Zentralschweiz gekommen. Die Vorinstanz hat damit diejenigen Mitglieder der Berufungsklägerin nicht in die Berechnung einbezogen, welche zwar im Strassentransport tätig sind, jedoch bereits einem speziellen GAV unterstehen.

9.

Die Kammer teilt die Auffassung der Berufungsklägerin, dass diese Berechnungsmethode nicht überzeugt. Tatsächlich führte diese bei einer zersplitterten Branche dazu, dass es der Gewerkschaft zum Nachteil gereichen würde, wenn sie für einen Teil ihrer Mitglieder bereits erfolgreich einen GAV erkämpft hätte, weil diese im Rahmen eines Beitritts zu einem bereits bestehenden GAV bei der Berechnung der Repräsentativität nicht mehr berücksichtigt werden dürften. Die Branche muss deshalb weiter gefasst werden. Im vorliegenden Fall erscheint es sinnvoll, die Branche dahingehend zu definieren, dass sie den Strassentransport mit Lastwagen (über 3.5 Tonnen) umfasst. Für die Berechnung der Repräsentativität ist auf diejenigen Arbeitnehmer abzustellen, welche aufgrund ihrer beruflichen Qualifikation potentiell in den Geltungsbereich des zur Diskussion stehenden GAV's fallen könnten und aktuell im Bereich Strassentransport mit Lastwagen aktiv sind. Dies bedeutet, dass zur Bestimmung des Repräsentationsgrades die Anzahl Mitglieder der Berufungsklägerin, welche potentiell unter die Landesvereinbarung respektive unter die Ergänzenden Bestimmungen fallen, der Gesamtzahl der in der Schweiz respektive Zentralschweiz tätigen Chauffeuren im Strassentransport mit Lastwagen über 3.5 Tonnen gegenüberzustellen ist.

10.

Die Vorinstanz hat den Schwellenwert zur Beurteilung der Repräsentativität auf 5% festgesetzt, was nicht zu beanstanden ist. Als Vergleich kann beispielsweise das deutsche Wahlsystem herangezogen werden, gemäss welchem für einen Einzug in den Bundestag ebenfalls vorausgesetzt wird, dass eine Partei bundesweit mindestens 5% der Stimmen erhält. Das Bundesgericht hat sich im Zusammenhang mit politischen Wahlen dahin gehend geäussert, dass eine Sperrklausel von über 10% mit einem Verhältniswahlrecht grundsätzlich nicht zu vereinbaren sei. Eine Zehnprozentsperrklausel bilde die absolute Obergrenze (BGE 131 I 74). Wie bei der Festlegung einer Sperrklausel bei politischen Wahlen geht es auch vorliegend darum, im Rahmen des gewährten Minderheitenschutzes einen Schwel-

lenwert festzulegen, welcher sicherstellen soll, dass der Beteiligungsanspruch nur Minderheiten mit einem massgeblichen Gewicht zukommt. Dass der von der Vorinstanz auf 5% bestimmte Schwellenwert relativ tief angesetzt wurde, ist dadurch gerechtfertigt, dass es sich bei der Berufungsklägerin um eine Gewerkschaft mit nationaler Bedeutung handelt.

In Abweichung zur Vorinstanz ist für die Berechnung des Repräsentationsgrades jedoch auf die in Ziff. 9 bestimmten Vergleichsgrössen abzustellen.

11.

Im vorliegenden Fall hat die Vorinstanz das Verfahren nicht generell auf das Kriterium der Repräsentativität, sondern explizit auf die Frage beschränkt, ob die Berufungsklägerin landesweit resp. mit Bezug auf die Kantone Luzern, Nid- und Obwalden sowie Zug hinreichend Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen vertrete, die bei einem der ASTAG Schweiz oder ASTAG Zentralschweiz angeschlossenen Unternehmen angestellt sind, um als repräsentativ im Sinne der einschlägigen Rechtsprechung zu gelten. Entsprechend fiel auch die Beweisverfügung aus, gemäss welcher die Berufungsklägerin Tatsachen und Umstände zu beweisen hatte, aus denen sich ergebe, dass die ihr angeschlossenen Mitglieder landesweit und in Bezug auf die Kantone LU, OW, NW und ZG mindestens 5% der im gewerblichen Strassentransport tätigen und bei einer der ASTAG Schweiz oder der ASTAG Zentralschweiz angeschlossenen Unternehmung mit Firmensitz in der Schweiz angestellten Arbeitnehmer ausmachten. Diese damit verbundene Auffassung von Repräsentativität erweist sich wie erwähnt (Ziff. 9 oben) als zu eng.

Auch wenn die Berufungsklägerin die Auffassung der Vorinstanz zur Berechnung der Repräsentativität nicht teilte, bestand für sie aufgrund der extrem engen Verfahrensbeschränkung kein Anlass, in eine andere Richtung Beweise vorzulegen. Es kann ihr deshalb nicht zum Vorwurf gemacht werden, dass die für die Berechnung der Branchenrepräsentativität, wie sie die Kammer versteht, notwendigen Zahlen nicht vorliegen.

12.

Weil die obere Instanz nur prüfen kann, was Gegenstand des erstinstanzlichen Verfahrens war und weil keine Instanz verloren gehen soll, ist der angefochtene Entscheid in Gutheissung der Berufung aufzuheben und die Sache zur weiteren Behandlung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Dabei sollte aus prozessökonomischen Gründen auf eine erneute Verfahrensbeschränkung verzichtet und bei Bejahung der Repräsentativität auch die Frage der Loyalität geprüft werden.

Eingereicht von A. Günther, lic. iur. RA, Leitender Gerichtsschreiber

Obergericht des Kantons Bern, Urteil vom 18. Dezember 2013 (Bestätigung des Entscheids des Regionalgerichts Bern-Mittelland von 3. April 2013)

Wird in einem zwischen einem Schweizer Arbeitnehmer und einer englischen Arbeitgeberin abgeschlossenen Arbeitsvertrag als Arbeitsort Schweiz bestimmt, untersteht das Arbeitsverhältnis schweizerischem Recht (Art. 121 Abs. 1 IPRG) (E. III.A.1).
Die Abänderbarkeit des Art. 335c Abs. 2 OR gilt nicht nur für die Kündigungsfrist, sondern auch für den Kündigungstermin. In der Klausel: «The employment of the Employee may be terminated by either party giving to the other at any time one calendar months' notice in writing» haben die Parteien einerseits die Kündigungsfrist abweichend vom dispositiven Recht geregelt («one calendar month's notice») und andererseits einen Zeitpunkt («at any time») festgelegt. Hätten die Parteien nur eine abweichende Kündigungsfrist regeln und im Übrigen das dispositive Recht gelten lassen wollen, hätte sich der Zusatz «at any time» erübrigt. Soll dieser Wendung ein Regelungsgehalt zukommen, kann dieser nur darin bestehen, dass damit indirekt, d.h. im Zusammenwirken mit der Kündigungsfrist, der Kündigungstermin festgesetzt wird. Somit endete das Arbeitsverhältnis am 2. November und nicht auf Ende des Monats (E. III.A.2, B.6 und 7).

Sachverhalt:

M. (Kläger) war als Journalist beim englischen Medienunternehmen P. (Beklagte) angestellt. Es bestand dazu ein schriftlicher Arbeitsvertrag («Contract of Employment») in englischer Sprache, datierend vom 24. November 2000 und erneuert am 17. Juli 2007. Mit E-Mail vom 1. September 2008 kündigte der Kläger das Arbeitsverhältnis mit der Beklagten auf den 31. Januar 2009. Daraufhin wurde der Kläger von der Beklagten am 1. September 2008 freigestellt. Die Beklagte ihrerseits kündigte das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger mit Schreiben vom 1. Oktober 2008 (KB 18). Der entsprechende Passus lautete wie folgt: «Namens unserer Klientin kündigen wir den Arbeitsvertrag vom 17. Juli 2007 in Nachachtung von Artikel 10.1 mit einer Frist von 30 Tagen.» Der Beklagte nahm dieses Schreiben am 2. Oktober 2008 entgegen. Die Beklagte bezahlte ihm in der Folge noch den Lohn für den Monat Oktober.

Mit Klage vom 7. September 2011 belangte der Kläger die Beklagte beim Regionalgericht Bern-Mittelland auf Bezahlung von Fr. 14 684.65 brutto nebst Zins (Lohn bis Ende November) sowie Fr. 46 000.– nebst Zins (Entschädigung aus missbräuchlicher Kündigung gemäss Art. 336a OR). Im weiteren Verlauf des Verfahrens stellte sich heraus, dass auf das Entschädigungsbegehren nicht einzutreten war. Zu beurteilen blieb folglich

nur noch die Forderung auf Lohn bis Ende November 2008. Mit Entscheid vom 3. April 2013 sprach das Regionalgericht Bern-Mittelland dem Kläger Lohn für den 1. und 2. November 2008 zu (Fr. 766.65), wies im Übrigen die Klage aber ab. Dagegen führte M. Berufung.

Aus den Erwägungen:

II.

1.

Umstritten ist die Tragweite von Ziffer 10.1 des Arbeitsvertrags vom 17. Juli 2007: Diese lautet wie folgt: «10.1 Termination: The employment of the Employee may be terminated by either party giving to the other at any time one calendar month's notice in writing.»

2.

Die Beklagte und die Vorinstanz erachteten bei diesem Wortlaut das Arbeits-verhältnis als per 2. November 2008 beendet, während der Kläger der Auffassung ist, dieses habe bis zum 30. November 2008 gedauert, und er habe dem-zufolge Anspruch auf Lohn auch für den restlichen Monat November.

3.

Die Vorinstanz führte zum Sachverhalt Folgendes aus: Eine Tatfrage ist, ob zwischen den Parteien ein übereinstimmender wirklicher Wille bezüglich eines Vertragspunktes vorlag (vgl. BGE 133 III 406, E. 2.2). Dementsprechend gilt es im Rahmen der Beweiswürdigung zu klären, ob sich die Parteien betreffend Ziffer 10.1 des Arbeitsvertrags über den Kündigungstermin (auf welchen Zeitpunkt darf gekündigt werden) einig waren (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bd. I, 9. Aufl., Zürich 2008, S. 272, Rz. 3). Der Kläger gab diesbezüglich anlässlich der Parteibefragung zu Protokoll, dass er die besagte Vertragsklausel so verstanden habe, dass man nur auf das Monatsende und nicht auf einen beliebigen Zeitpunkt kündigen könne. Dieselbe Auffassung geht auch aus den klägerischen Rechtschriften hervor. Die Beklagte versteht gemäss ihren Rechtsschriften Ziffer 10.1 des Arbeitsvertrages so, dass jederzeit mit einer Frist von einem Kalendermonat gekündigt werden könne. Damit ist im Sinne eines Zwischenergebnisses festzuhalten, dass bezüglich des Kündigungstermins im Zeitpunkt des Vertragsschlusses kein übereinstimmender wirklicher Wille zwischen den Parteien bestand und nach wie vor auch nicht besteht.

4.

Die Beklagte macht geltend, sie habe in der Klageantwort behauptet, der übereinstimmende tatsächliche Wille der Parteien sei darauf gerichtet gewesen, eine jederzeitige Kündigungsmöglichkeit auf einen beliebigen Termin und nicht bloss auf das Monatsende zu vereinbaren. Der Kläger habe diese Behauptung weder bestritten, noch habe er eine abweichende eigene Tatsachenbehauptung zum übereinstimmenden tatsächlichen Willen

aufgestellt. Pauschales Bestreiten genüge den Anforderungen der eidgenössischen Zivilprozessordnung nicht. Aufgrund der Verhandlungsmaxime gelte diese Behauptung somit als anerkannt.

5.

Die Vorinstanz führte dazu aus, es werde sowohl in der Klage wie auch in der Replik geltend gemacht, dass der Kündigungstermin der 30. November 2008 sei. Von einer pauschalen Bestreitung der beklagtischen Ausführungen könne unter diesen Umständen nicht die Rede sein, zumal der Kläger explizit seine Ansicht über den Kündigungstermin darlege und dieser der Auffassung der Beklagten klar widerspreche.

6.

Dass die gängige Floskel «Die in der [Rechtsschrift der Gegenpartei] enthaltenen Ausführungen werden in tatbeständlicher und rechtlicher Hinsicht bestritten, soweit sie nicht Zugeständnisse enthalten oder aber im Folgenden nicht ausdrücklich als richtig anerkannt werden» den Anforderungen der ZPO an die Substantiierung nicht genügt, ist unbestritten (HURNI, Berner Kommentar ZPO, Art. 55 N 41). Es dürfen aber auch nicht überspannte Anforderungen an die Substantiierung beim Bestreiten gestellt werden. Das Prozessrecht hat dienende Funktion und soll die Verwirklichung des materiellen Rechts ermöglichen und nicht verhindern. Das Interesse der rechtsuchenden Partei an einer inhaltlichen Beurteilung ist höher zu gewichten als dasjenige der Gegenpartei an der Verweigerung einer solchen aus formalen Gründen (ZK 11 723 E. II/6).

7.

Der Kläger führte in seiner Replik aus, die Parteien hätten den Kündigungszeitpunkt und die Kündigungsfrist, nicht aber den Kündigungstermin bestimmt. Darin liegt zumindest implizit eine Bestreitung der Sachverhaltsbehauptung der Beklagten, es liege ein übereinstimmender Parteiwille des Inhalts vor, dass eine Kündigung auf einen beliebigen Termin möglich sei. Dies war für die Beklagte auch ohne weiteres erkennbar, war doch die Argumentation des Klägers zur Auslegung des Vertrags nicht vereinbar mit einer Anerkennung der genannten Behauptung. Auch implizite Behauptungen können der Bestreitungslast genügen (vgl. LEUENBERGER, Schulthess-Kommentar ZPO, Art. 222 N 21; HURNI, Berner Kommentar ZPO, Art. 55 N 41).

8.

Die Beklagte begründet die Massgeblichkeit ihrer Sachverhaltsbehauptung lediglich damit, dass diese vom Kläger nicht bestritten worden sei. Den Beweis der Richtigkeit der Behauptung erbringt sie nicht.

9.

Es ist somit davon auszugehen, dass sich die Parteien über den Kündigungstermin nicht durch gegenseitige Willensäusserung geeinigt haben, weshalb mit Vertragsauslegung ein normativer Konsens herzustellen ist (WIEGAND, Kurz-kommentar OR, Art. 1, N 18).

III.

A.

1.

Der Vertrag vom 17. Juli 2007 sah vor, dass der Kläger in der Schweiz arbeitet. Das Arbeitsverhältnis unterstand somit unbestrittenermassen schweizerischem Recht (Art. 121 Abs. 1 IPRG).

Gemäss Art. 335c Abs. 1 OR kann das Arbeitsverhältnis im zweiten und bis und mit dem neunten Dienstjahr mit einer Frist von zwei Monaten je auf das Ende eines Monats gekündigt werden. Diese Frist darf durch schriftliche Abrede abgeändert werden, eine Herabsetzung unter einen Monat ist jedoch unter den vorliegenden Umständen nicht zulässig (Art. 335c Abs. 2 OR).

2.

Die Abänderbarkeit gilt nicht nur für die Kündigungsfrist, sondern auch für den Kündigungstermin. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxiskom-mentar zu Art. 319–362 OR, 7. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2012, Art. 335c OR, N 6, führen dazu aus: Der Ablauf der Kündigungsfrist fällt nach Gesetz immer auf das Ende eines Kalendermonats. Diese Bestimmung ist formfrei abänderbar (gl.M. BRÜHWILER N3, STAEHELIN N11, WYLER S. 450; a.M. PORTMANN N2, REHBINDER N5). Nur bezüglich der Fristen ist Schriftlichkeit vorgeschrieben, nicht aber betreffend Enddatum. Es kann also zum Beispiel Kündigung auf einen beliebigen Termin vereinbart werden (vgl. dazu allgemein BGE 128 III 212 = JAR 2003 S. 309). Wird vertraglich eine vom Gesetz abweichende Kündigungsfrist vereinbart, ohne anzugeben, auf welchen Zeitpunkt gekündigt werden könne, kann nur auf ein Monatsende gekündigt werden (REHBINDER N5, STAEHELIN N 11, AGer ZH in ZR 1983 Nr. 110 = JAR 1983 S. 166; Praxis nicht beanstandet vom BGer in einer Willkürprüfung in 4P.112/2004 vom 4.6.2004; für Abstellen auf das Vertrauensprinzip AppH BE in JAR 1990 S. 250).

3.

Nach dem Gesagten wird im Vertrag in zulässiger Weise vom dispositiven Recht abgewichen. Die zwingende minimale Kündigungsfrist von einem Monat ist eingehalten.

B.

1.

Unbestritten ist, dass mit der fraglichen Klausel eine kürzere Kündigungsfrist als die gesetzliche von zwei Monaten vereinbart wurde. Umstritten ist hingegen, ob mit dem Begriff «at any time» nur der Kündigungszeitpunkt oder in Verbindung mit «one calendar month's notice» auch der Kündigungstermin geregelt wurde.

2.

Die Vorinstanz führt Folgendes aus: Nach Ansicht des Gerichts spricht der Wortlaut der in Frage stehenden Vertragsklausel für einen beliebigen Kündigungstermin, solange die Kündigungsfrist von einem Monat

eingehalten ist. Gekündigt werden kann jederzeit («at any time») mit einer Frist von einem Monat («one calendar month's notice»). Indirekt wird mit der einmonatigen Frist entgegen der Ansicht des Klägers auch der Endtermin der Kündigung bestimmt. Es handelt sich – wie die Beklagte richtigerweise vorbrachte – um eine relative, subjektive Zeitbestimmung des Kündigungstermins (vgl. auch WEBER, Berner Kommentar zu den Artikeln 68–96 OR, 2. Aufl., Bern 2005, Art. 75 OR, N 31 ff.). Auch aus den weiteren Umständen, insbesondere der Kündigungspraxis der Beklagten, lässt sich nichts ableiten, was für die Vertragsauslegung des Klägers sprechen würde. Das Beweisverfahren hat diesbezüglich ergeben, dass keine einheitliche Kündigungspraxis besteht. Bei der Zeugin E. betrug die Kündigungsfrist weniger als einen Monat, die Zeugin F. ging von einer Kündigungsfrist von drei Monaten aus, wobei sie sich dabei aber nicht sicher war, und die Kündigungsfrist der Zeugin B. dauerte etwas weniger als zwei Monate. Zu betonen ist zudem, dass die Situation der Zeuginnen im Zeitpunkt der Kündigung nicht mit derjenigen des Klägers vergleichbar war, da diese jeweils von sich aus das Arbeitsverhältnis mit der Beklagten aufgelöst haben, währendem im Falle des Klägers die Beklagte schlussendlich die vorliegend strittige Kündigung ausgesprochen hat. Zusammenfassend kommt das Gericht daher zum Schluss, dass gestützt auf den Wortlaut der Kündigungsklausel und den weiteren Umständen, soweit sie denn dargetan wurden, die Vertragsklausel nur so verstanden werden kann, dass mit einer Frist von einem Monat auf jeden beliebigen Zeitpunkt gekündigt werden kann. Damit endete das Arbeitsverhältnis des Klägers – nachdem er die Kündigung am 02.10.2008 erhalten hat – in Anwendung von Art. 77 Abs. 1 Ziff. 3 OR (vgl. auch WEBER, a.a.O., Art. 77 OR, N 25) am 02.11.2008, was mit der Regelung nach Art. 335c OR vereinbar ist (vgl. Ziffern 1 f. hiervor sowie STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 335 OR, N 2 und N 5 f.).

3.

Der Kläger ist demgegenüber der Auffassung, Ziffer 10.1 des Arbeitsvertrags regle nur die Kündigungsfrist («one calendar month's notice») und den Kündigungszeitpunkt («at any time»), nicht aber den Kündigungstermin. Er führt in der Berufung Folgendes aus: In der Judikatur werden an die Wegbedingung der dispositiven Kündigungstermine gemäss Art. 335c Abs. 1 OR («auf das Ende eines Monats») ebenfalls hohe Anforderungen gestellt. Nach Auffassung des Arbeitsgerichts Zürich ist es nämlich «allgemein auf dem Arbeitsmarkt und im Bewusstsein aller Beteiligten tief verwurzelt», dass Arbeitsverhältnisse nur auf ein Monatsende hin gekündigt werden können (ArbGer ZH, Urt. v. 26. November 1981, in: JAR 1983, S. 166). Eine Kündigung auf jeden beliebigen Tag des Monats müsse deshalb im Arbeitsvertrag «ausdrücklich verankert werden» (ibid.). Das Bundesgericht hat diese Praxis geschützt (BGer, Urteil 4P.112/2004 vom 4. Juni 2004). Sofern es überhaupt zulässig sein sollte, parallel zur Verkürzung der Kündigungsfrist auf einen Monat auch die dispositiven Kündi-

gungstermine wegzubedingen (a.M. GEISER, a.a.O. , S. 3 [Rz. 1.12]), hätte es dazu jedenfalls laut einhelliger Auffassung im Schrifttum und in der Judikatur einer ausdrücklichen Regelung in der einzelarbeitsvertraglichen Kündigungsklausel bedurft (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLF, a.a.O., N. 6 zu Art. 335c OR; BK-REHBINDER, N 5 zu Art. 335c; ZK-STAEHELIN, N 11 zu Art. 335c). Im vorliegenden Fall fehlt es jedoch an einer solchen Abrede: Ziff. 10.1 des Arbeitsvertrages vom 17. Juli 2007 regelt zwar in (zulässiger) Abweichung von Art. 335c Abs. 1 OR den Kündigungszeitpunkt («at any time») und die Kündigungsfrist («one calendar month»), nicht aber auch den Kündigungstermin. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz besteht im schweizerischen Arbeitsrecht im Allgemeinen und zur Bestimmung des Kündigungstermins im vorliegenden Fall im Besonderen kein Raum für eine relative, subjektive Zeitbestimmung i.S.v. Art. 75 OR, denn: Art. 75 OR regelt die Zeit der Erfüllung, wenn diese «weder durch Vertrag noch durch die Natur des Rechtsverhältnisses bestimmt [wird]». Die Beendigung eines Arbeitsverhältnisses erfordert dagegen keine Erfüllungshandlung; es sind höchstens Erfüllungshandlungen bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses geschuldet (vgl. GEISER, a.a.O., S. 3 [Rz. 1.12]). Darüber hinaus ist es widersprüchlich, wenn die Vorinstanz (fälschlicherweise) annimmt, Ziff. 10.1 des Arbeitsvertrages lege den Kündigungstermin indirekt fest und sich dazu auf Art. 75 OR beruft, denn: Art. 75 OR ist ausschliesslich für solche Fälle gedacht, in denen die Zeit der Erfüllung gerade «weder durch Vertrag noch durch die Natur des Rechtsverhältnisses bestimmt [wird]». Davon abgesehen erfordert die Beendigung eines Arbeitsverhältnisses – wie erwähnt – keine Erfüllungshandlung (vgl. GEISER, a.a.O., S. 3). Vor diesem Hintergrund hätte die Vorinstanz zur Bestimmung des Kündigungstermins richtigerweise alleine auf Art. 335c OR bzw. auf Art. 18 Abs. 1 OR abstellen dürfen. Hätte sie dies getan, wäre sie mangels einer ausdrücklichen Parteivereinbarung in Ziff. 10.1 des Arbeitsvertrages zum (Auslegungs-)Ergebnis gelangt, dass das Arbeitsverhältnis einzig auf ein Kalendermonatsende kündbar war.

4.

Der Kläger verweist weiter auf den Grundsatz der rechtskonformen Auslegung (vom dispositiven Recht abweichende Bestimmungen sind restriktiv auszule-gen) und die Unklarheitenregel (in dubio contra stipulatorem).

5.

Die Beklagte weist in der Berufungsantwort darauf hin, dass der Kündigungszeitpunkt – also der Zeitpunkt, in welchem die Kündigung ausgesprochen werden kann – keiner Regelung bedürfe, weil auch das Obligationenrecht diesbezüglich (unter Vorbehalt der Sperrfristen) keine Vorgaben mache. Entgegen der Ansicht des Klägers seien die Artikel 75–81 OR nicht nur auf die Erfüllung von Obligationen anwendbar, sondern auf alle Rechtshandlungen, bei denen die Zeit eine Rolle spielt (Hinweise auf KUKO OR-GROSS/SPRECHER, N 5 zu Art. 75; BK-WEBER, N 8 zu Art. 75;

ZK-SCHRANER, N 2 zu Art. 75; OF-KOMMENTAR OR, N 1 zu Art. 75; Wortlaut von Art. 77 Abs. 1 OR). Die relative subjektive Zeitbestimmung finde somit auch im schweizerischen Arbeitsrecht Anwendung. Mit der Vereinbarung, dass eine Kündigung «at any time» erfolgen könne, hätten die Parteien bezüglich des Kündigungstermins eine solche vorgenommen. Auch das schweizerische Arbeitsrecht operiere in Art. 335b Abs. 1 OR mit einer subjektiv indirekten Zeitbestimmung. Auch hier bestimme der subjektiv gewählte Zeitpunkt (= Zugang der Kündigung) zuzüglich Frist den Zeitpunkt (= Beendigung des Arbeitsverhältnisses). Die Beklagte habe die vertragliche Formulierung denn auch nicht von ungefähr gewählt. Sie habe sich vielmehr am Wortlaut von Art. 335b Abs. 1 OR orientiert.

6.

Die Kammer geht von folgenden Überlegungen aus: Die Parteien haben in der fraglichen Klausel einerseits die Kündigungsfrist abweichend vom dispositiven Recht geregelt («one calendar month's notice») und anderseits einen Zeitpunkt («at any time») festgelegt. Insgesamt lautet der Passus «(…) may be terminated (…) [b]y either party giving to the other at any time one (I) calendar months' notice (…)». Das Arbeitsverhältnis wird also beendet, wenn eine Partei der anderen zu einem beliebigen Zeitpunkt eine Frist von einem «calendar month» mitteilt.

7.

Hätten die Parteien nur eine abweichende Kündigungsfrist regeln und im Übrigen das dispositive Recht gelten lassen wollen, so hätte es genügt, die Frist von einem Monat festzulegen, ohne den Zusatz «at any time». Allein zur Bestimmung des Kündigungszeitpunkts ist dieser Zusatz überflüssig, da – abgesehen von den zwingenden und somit einer vertraglichen Regelung nicht zugänglichen Sperrfristen – eine Kündigung ohnehin jederzeit ausgesprochen werden kann. Soll der Wendung «at any time» also ein Regelungsgehalt zukommen, kann dieser nur darin bestehen, dass damit indirekt, d.h. im Zusammenwirken mit der Kündigungsfrist, der Kündigungstermin festgesetzt wird.

Es kann weiter davon ausgegangen werden, dass mit der Aufnahme einer Passage in einen Vertragstext nicht bloss die Wiedergabe einer Selbstverständlichkeit, sondern die rechtliche Regelung eines Gegenstandes bezweckt wird. Daraus ergibt sich, dass die Wendung «at any time» im Zusammenhang mit «one calendar month's notice» als indirekte Festsetzung des Kündigungstermins zu verstehen ist. Weshalb solche Zeitbestimmungen im Arbeitsrecht nicht möglich sein sollen, ist nicht ersichtlich. Es kann dafür auf die von der Beklagten zitierte Literatur verwiesen werden.

Eingereicht von A. Günther, lic. iur. RA, Leitender Gerichtsschreiber

Kanton Genf

Tribunal des prud'hommes du canton de Genève, Arrêt du 16 octobre 2013

Art. 328 et 328b CO, art. 12 et 13 LPD. La transmission aux autorités américaines de documents de peu d'importance contenant le nom d'une employée de banque ne constitue pas un acte illicite à l'encontre de cette dernière. De toute manière, la communication de ces documents, dans le cadre d'une procédure autorisée par le Conseil fédéral, est justifiée par un intérêt public résultant également de la procédure judiciaire dirigée contre l'employeur aux Etats-Unis (c. 5).

Extraits des faits:

E. (Suisse) SA (ci-après également E.) est une société anonyme dont le siège se situe dans le canton de Genève et dont le but social est l'exploitation d'une banque, y compris l'exercice à titre professionnel du commerce de valeurs mobilières. Par contrat de travail écrit du 22 mars 2004, E. a engagé T. dès le 5 avril 2004 pour une durée indéterminée en qualité de collaboratrice. T. a par la suite été promue à diverses reprises, notamment dès le 1er avril 2011 au titre de «Associate Director». Par courrier du 27 janvier 2012, E. a communiqué à T. sa décision de la suspendre de ses fonctions avec effet immédiat pour une durée indéterminée. Les raisons de cette suspension lui avaient été expliquées oralement le même jour. Par courrier du 20 février 2012, E. a licencié T. avec effet au 30 avril 2012, et l'a libérée de son obligation de travailler tout en devant rester joignable et disponible en cas de nécessité.

Au printemps 2012, il a été révélé au public que E. avait transmis aux autorités américaines des données personnelles concernant des collaborateurs ou des anciens collaborateurs. Le 29 mai 2012, T., sous la plume de son conseil, a demandé à E. si son nom avait été communiqué aux autorités américaines. Par courrier du 1er juin 2012, E. a indiqué à T. que son nom figurait dans des documents transmis aux Etats-Unis et proposait à cette dernière de venir les consulter en ses locaux. A l'occasion de leur consultation, T. a constaté qu'il s'agissait de vingt-quatre documents électroniques, datés de 2007 à 2010, présentés sans chronologie et sans logique apparente. Les documents litigieux consistaient plus précisément en des échanges de courriels où T. était mentionnée en copie, et des documents internes à la défenderesse, soit des courriels, des procès-verbaux, des communications de nouveaux règlements attendus aux Etats-Unis et de la décision concernant l'affaire X. de 2008. A ce sujet, E. a précisé que les documents avaient été transmis aux Etats-Unis en l'état, mais à la demande de ce pays et du Conseil fédéral suisse.

Par demande ordinaire déposée le 31 octobre 2012 au greffe du Tribunal des prud'hommes, T._a assigné E. en paiement de divers montants dont une somme de fr. 7500 à titre de réparation morale du fait de la transmission de son nom aux autorités américaines.

Extraits des considérants:

5.

La demanderesse réclame une indemnité de fr. 7500.– à titre de tort moral en raison d'une atteinte à sa personnalité.

Aux termes de l'article 328 al. 1er CO, l'employeur protège et respecte, dans les rapports de travail, la personnalité du travailleur; il manifeste les égards voulus pour sa santé et veille au maintien de la moralité.

L'article 328 CO instaure une protection plus étendue que celle qu'assurent les articles 27 et 28 du Code civil. D'une part, cette disposition interdit à l'employeur de porter atteinte, par ses directives (art. 321*d* CO), aux droits de la personnalité du travailleur. D'autre part, elle impose à l'employeur la prise de mesures concrètes en vue de garantir la protection de la personnalité du travailleur (WYLER, Droit du travail, 2002; p. 220; AUBERT, *in* Code des obligations I, Commentaire romand, 2003, § 2 *ad* art. 328 CO, p. 1728), laquelle englobe notamment la vie et la santé du travailleur, son intégrité corporelle et intellectuelle, son honneur personnel et professionnel, sa position et la considération dont il jouit dans l'entreprise (ATF du 18 décembre 2001 en la cause 4C.253/2001; REHBINDER, Berner Kommentar, n. 4 *ad* art. 328 CO; REHBINDER, Basler Kommentar , n. 3 *ad* art. 328 CO; REHBINDER, Schweizerisches Arbeitsrecht, p. 83; *Saillen*, La protection de la personnalité du travailleur, thèse Lausanne 1981, pp. 72 ss).

En cas de violation de l'article 328 CO par l'employeur, le travailleur a en principe droit à des dommages-intérêts dont le mode et l'étendue se déterminent d'après les principes généraux des articles 97 et suivants et 41 et suivants CO (SJ 1984, p. 556).

Dans la mesure où l'atteinte à la personnalité du travailleur n'entraîne en principe aucun dommage matériel, une telle action ne sera toutefois pas propre à en réparer directement les conséquences. Tout au plus est-elle utile si cette atteinte s'accompagne de dommages matériels (SAILLEN, La protection de la personnalité du travailleur, thèse Lausanne 1981, p. 104).

L'inexécution du contrat emporte présomption de faute (art. 97 CO) ; l'employeur n'est libéré que s'il prouve n'avoir pas commis de faute. Le travailleur doit prouver, quant à lui, l'existence du contrat de travail, la violation dudit contrat par l'employeur, le dommage et le lien de causalité (SAILLEN, *op. cit.*, p. 103)

En cas d'atteinte illicite grave à sa personnalité, le travailleur peut réclamer une somme d'argent à titre de réparation morale, pour autant que l'auteur ne lui ait pas donné satisfaction autrement (art. 97, 99 al. 3 et 49

al. 1er CO; ATF 102 II 224, consid. 9; ATF 87 II 143; AUBERT, *in* Code des obligations I, Commentaire romand, 2003, § 7 *ad* art. 328 CO, p. 1729; SAILLEN, La protection de la personnalité du travailleur, thèse Lausanne 1981, p. 104).

Les conditions de la réparation du tort moral en matière de contrat de travail sont les suivantes: la violation du contrat constitutive d'une atteinte illicite à la personnalité (art. 328 CO), un tort moral, une faute et un lien de causalité naturelle et adéquate entre la violation du contrat et le tort moral, l'absence d'autres formes de réparation (GAUCH/SCHLUEP/TERCIER, Partie générale du droit des obligations, n. 1565 et ss).

L'octroi d'une indemnité sur la base de l'article 49 CO ne sera justifié que si la victime a subi un tort considérable qui doit se caractériser par des souffrances qui dépassent par leur intensité celles qu'une personne doit être en mesure de supporter seule, sans recourir au juge, selon les conceptions actuelles en vigueur (FF 1982 II 703; DESCHENAUX/STEINAUER, Personne physique et tutelle, n. 624; TERCIER, Le nouveau droit de la personnalité, n. 2049).

Une faute particulièrement grave de l'auteur de l'atteinte n'est pas requise. Par ailleurs, s'agissant d'une responsabilité contractuelle, la faute est présumée (art. 97 CO; FF 1982 II, p. 703; DESCHENAUX/STEINAUER, *op. cit.*, n. 613 et 619).

Selon l'article 328*b* CO: l'employeur ne peut traiter des données concernant le travailleur que dans la mesure où ces données portent sur les aptitudes du travailleur à remplir son emploi ou sont nécessaires à l'exécution du contrat de travail. En outre, les dispositions de la loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données sont applicables (ci-après LPD).

D'après l'article 12 al. 1 LPD, quiconque traite des données personnelles ne doit pas porter une atteinte illicite à la personnalité des personnes concernées. L'alinéa 2 prévoit que personne n'est en droit notamment de traiter des données personnelles en violation des principes définis aux articles 4, 5, al. 1, et 7, al. 1 (let. a); de traiter des données contre la volonté expresse de la personne concernée sans motifs justificatifs (let. b); communiquer à des tiers des données sensibles ou des profils de la personnalité sans motifs justificatifs (let. c).

L'article 13 al. 1 LPD dispose qu'une atteinte à la personnalité est illicite à moins d'être justifiée par le consentement de la victime, par un intérêt prépondérant privé ou public, ou par la loi.

Le Tribunal pénal fédéral a récemment eu à traiter d'une affaire dans laquelle un ancien employé d'E. SA se plaignait de ce que des données le concernant avaient notamment été transmises aux autorités américaines suite à une demande d'entraide internationale et une autorisation subséquente du Conseil fédéral suisse datée du 4 avril 2012 et autorisant la transmission de documents. Dans sa décision, le Tribunal pénal fédéral a retenu que le recourant n'avait pas prouvé faire l'objet d'une poursuite aux Etats-Unis, et a par ailleurs précisé qu'un des administrateurs d'E. SA,

dont le nom figure sur les documents remis, s'était rendu sans rencontrer de problème aux Etats-Unis. Le Tribunal a de plus soutenu que l'autorisation délivrée par le Conseil fédéral légitimait la transmission des informations querellées et qu'il ne pouvait donc y avoir de moyen de contrainte illicite, ni quant au moyen utilisé, ni quant au but poursuivi. En outre, il a été retenu que la transmission des données ne constituait pas en l'espèce une violation de la loi sur la protection des données, aucunes données sensibles n'ayant été divulguées (Arrêt du Tribunal pénal fédéral BB 2012 133 du 25 avril 2013, consid., 2.2.1, 4.3, 5.2).

Il sied également de préciser que le Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence (ci-après PFPDT) a émis des recommandations le 15 octobre 2012 à plusieurs banques suisses, notamment à la banque E. Le PFPDT peut à présent suivre l'argument de l'intérêt public pour justifier la transmission des données d'employés aux Etats-Unis. S'agissant des données déjà transmises, les banques doivent accorder aux personnes concernées le droit d'accès prévu à l'article 8 LPD. En ce qui concerne l'avenir, les banques devront informer à l'avance les personnes concernées de la portée et de la nature des documents qui seront transmis ainsi que de la période concernée. Ces personnes auront ainsi la possibilité d'exercer leur droit d'accès.

En l'espèce, la demanderesse prétend que la transmission de données la concernant a constitué une atteinte à sa personnalité, et partant qu'une indemnité pour tort moral devait lui être octroyée.

La transmission de documents contenant le nom de la demanderesse était justifiée par un intérêt public vis-à-vis d'une procédure judiciaire dirigée contre la défenderesse aux Etats-Unis. De plus, il s'avère que le Conseil fédéral a expressément autorisé cette transmission. Ainsi, à ce stade, même en considérant que la transmission des documents contenant le nom de la demanderesse ait constitué une atteinte illicite à sa personnalité, cette atteinte peut être justifiée par un intérêt public.

La demanderesse a elle-même admis que les informations transmises n'avaient que très peu d'importance et n'étaient pas compromettantes. D'ailleurs, cette dernière a par ailleurs pu consulter lesdits documents sur proposition de la banque, faisant ainsi suite aux recommandations du PFPDT du 15 octobre 2012.

Ainsi, il convient de considérer que la banque n'a pas commis une atteinte illicite à la personnalité de son employée.

Cela étant, le Tribunal de céans retiendra également que la demanderesse n'a pas réussi à prouver avoir subi un tort moral.

En effet, la demanderesse a pu retrouver un emploi rapidement après la perte de son travail. Ainsi, elle n'a pas subi une souffrance particulière. En outre, la demanderesse n'a pas réussi à prouver que cette transmission puisse l'empêcher dans un proche avenir à se rendre aux Etats-Unis, d'autant plus que le Tribunal pénal fédéral a rapporté dans sa décision du

25 avril 2013 qu'un des administrateurs de la défenderesse avait pu se rendre sans problème dans ce pays.

Partant, le Tribunal de céans retiendra que la demanderesse n'a pas subi d'atteinte à sa personnalité lui permettant l'octroi d'une indemnité pour tort moral. Elle sera donc déboutée de ce chef.

Arrêt communiqué par M[e] W. Gloor, avocat, Genève

Cour de justice du canton de Genève, Chambre des prud'hommes, Arrêt du 11 janvier 2013 (Admission partielle des appels interjetés contre les jugements du Tribunal des prud'hommes du 25 mai 2011 et du 16 avril 2012)

Art. 319 CO. Groupe de sociétés. Légitimation passive. Selon la doctrine, il existe une confusion des sphères lorsqu'extérieurement, l'identité d'une société-fille ne peut plus être distinguée de celle de la société-mère, en d'autres termes lorsqu'une apparence d'unité est créée par des signes extérieurs tels que des raisons sociales identiques ou très semblables, des sièges sociaux, des locaux, des organes, du personnel ou des coordonnées téléphoniques identiques. Il en va ainsi, en l'espèce, puisque les deux sociétés ont le même ayant-droit économique, qu'elles appartiennent au même groupe de sociétés fondé par celui-ci et que l'employé était subordonné aux conseils des deux sociétés. Dans ces circonstances, il y a lieu de retenir que la société dominante est légitimée ou obligée non pas à la place de la société dominée, mais à ses côtés (c. 6).

Art. 335 CO. La résiliation est l'exercice d'un droit formateur et prend la forme d'une déclaration de volonté soumise à réception. Elle n'est soumise à aucune forme particulière, sauf disposition contractuelle contraire. Elle doit cependant être claire et précise. S'il subsiste un doute, la résiliation est interprétée *contra stipulatorem*, ainsi que selon le principe de la confiance. Dans le cadre de l'interprétation objective de la volonté des parties, l'acceptation par l'employé d'une résiliation proposée par l'employeur ne permet pas, à elle seule, de conclure à l'existence d'une résiliation conventionnelle et, par là même, à la volonté implicite du travailleur de renoncer à la protection accordée par les art. 336 ss CO. L'accord litigieux doit être interprété restrictivement; il ne peut constituer une résiliation conventionnelle que dans des circonstances exceptionnelles, notamment lorsqu'est établie sans équivoque la volonté des deux parties de se départir du contrat (c. 7.1).

Art. 337c CO. Dans le cas d'espèce, le contrat de travail comporte une clause selon laquelle, en cas de résiliation dépourvue de justes motifs, l'employeur verse un montant comportant la rémunération jusqu'au terme d'une période de 36 mois à compter de la prise d'effet, multiplié par deux, ainsi qu'une année supplémentaire de salaire. Il faut consi-

dérer que cette stipulation ne constitue pas une peine conventionnelle, mais une indemnité de départ, due en cas de fin du contrat par l'employeur en l'absence de résiliation pour de justes motifs. Une telle indemnité n'est pas sujette à réduction; en revanche, en vertu de l'art. 337c al. 2 CO, il convient d'en imputer, cas échéant, le revenu obtenu par le travailleur (c. 9.3).

Extraits des faits:

D. est un architecte roumain, domicilié en Roumanie, actif dans le secteur de l'énergie, notamment au travers du groupe pétrolier indépendant E.. Il est l'administrateur-président de E. HOLDING SA (anciennement X. HOLDING SA jusqu'en novembre 2008), société anonyme, inscrite au Registre du commerce de Fribourg, qui a pour but la prise et la gestion de toutes participations dans d'autres entreprises et sociétés, et a renoncé au contrôle restreint («opting out») en novembre 2009. Celle-ci est active en tant que «family office» dans divers secteurs d'investissements. Elle a exploité une succursale inscrite au Registre du commerce genevois entre le 2 juin et le 25 novembre 2008, dont le but était d'assurer la gestion des actifs du groupe. E. HOLDING SA détient l'intégralité des actions de E. SA (anciennement Y. SA, puis Z. SA de novembre 2008 à septembre 2009), société anonyme, inscrite au Registre du commerce de Genève du 27 novembre 2007 au 23 août 2012, date à laquelle elle a transféré son siège à B. (Fribourg). Celle-ci a pour but la fourniture de tous services administratifs et de gestion à d'autres sociétés et entreprises, notamment aux entités du groupe E. D. en est également l'administrateur-président. E. HOLDING SA détient encore une société G. Ltd, incorporée aux Iles Vierges Britanniques.

En décembre 2007, X. HOLDING SA a engagé, en qualité de «chief operating officer (COO)», T., antérieurement au service de Y. SA (ROMANIA) depuis février 2007. Le contrat de travail stipulait que l'employé serait basé à Genève, bien qu'appelé à travailler dans divers lieux, que les relations de travail commenceraient au 1er janvier 2008 ou à la date à laquelle une autorisation de travailler en Suisse serait délivrée en sa faveur, que le salaire annuel était fixé à USD 400 000.–, payable en mensualités douze fois l'an, auquel s'ajoutait un bonus. Le but était de mettre sur pied un «family office», chargé de gérer la fortune de D. au travers de plusieurs entités, suisses ou étrangères, placées sous le contrôle de E. HOLDING SA. En mai 2008, T. a été inscrit au Registre du commerce fribourgeois, en qualité de directeur de E. HOLDING SA, avec signature collective à deux, tandis que H. devenait administrateur. En octobre 2008, I. est devenu également administrateur de la société. Le 4 juin 2008, T. a été inscrit en qualité de directeur de E. SA, dont H. est devenu administrateur en novembre 2008. En octobre 2008, l'Office cantonal de la population a été informé de ce que le contrat de travail de T. avait été transféré de X. HOLDING SA à

Z. SA, ses activités et fonctions demeurant inchangées. A fin février 2009, E. HOLDING SA a engagé O., auparavant directrice exécutive de K., pour aider D. à gérer et à restructurer l'entreprise.

Par contrat du 9 avril 2009, E. SA a engagé T., avec effet rétroactif au 1er mars 2008 («effective date»), en tant que «chief operating officer». Cet accord devait remplacer toute convention préexistante, sans affecter les droits acquis de l'employé. Les activités de l'employé pouvaient s'étendre, au nom de la société, aux autres entités du groupe. Le salaire annuel était de USD 400 000.–. Il était notamment stipulé qu'il pouvait être mis fin, par écrit, au contrat de durée indéterminée, hors cas de justes motifs, par l'employeur, durant une période de 36 mois suivant son entrée en vigueur, moyennant un préavis de deux mois [calender month], et paiement à l'employé des honoraires, rémunération et dépenses dus à la fin du contrat et pendant le restant de la période de 36 mois multiplié par 2, ainsi qu'un montant additionnel égal au revenu total direct ou indirect de l'employé découlant de la société ou d'une autre société du groupe, calculé sur la base d'une année complète (inclus dividendes, bonus et autres droits). En cas de justes motifs, il pouvait être mis fin au contrat, par écrit, en tout temps. Le 15 décembre 2009 le titre de directeur de T. au sein de E. HOLDING SA a été radié du Registre du commerce de Fribourg. Par courrier électronique du 28 janvier 2010 adressé à D., T. a pris note de son licenciement de E. SA avec effet immédiat, confirmé qu'il avait quitté les lieux dans les 15 minutes et a annoncé qu'il ferait valoir ses droits.

En date du 5 mars 2010, T. a déposé une demande en paiement au greffe de la juridiction des Prud'hommes à l'encontre de E. SA et en sollicitant la constatation que E. HOLDING SA répond solidairement du paiement des sommes dues. Par jugement rendu le 25 mai 2011, le Tribunal des prud'hommes a condamné E. SA à payer divers montants à T. Par acte du 24 juin 2011, E. SA et E. HOLDING SA ont formé appel contre le jugement précité. Par jugement du 16 avril 2012, le Tribunal des prud'hommes a déclaré irrecevable les conclusions sur faits nouveaux déposées le 20 janvier 2012 par E. SA et E. HOLDING SA et condamné ces deux sociétés, prises conjointement et solidairement, à verser divers montants à T. E. SA et E. HOLDING SA ont formé appel contre les deux jugements précités.

Extraits des considérants:

6.

E. HOLDING SA conteste avoir la légitimation passive.

6.1 En principe, les sociétés dominées (ou sociétés-filles) appartenant à un groupe soumis à une direction économique unique peuvent se prévaloir de leur indépendance juridique par rapport à la société dominante (ou société-mère; sur la terminologie, cf. VON BÜREN, Der Konzern, Traité de droit privé suisse VIII/6, 2e éd. 2005, p. 5 ss, spéc. p. 15 s.). Toutefois, le

voile social peut être levé et l'identité économique avec la société dominante être invoquée (Durchgriff) lorsque le fait d'opposer l'indépendance juridique des deux entités constitue un abus de droit (art. 2 CC; cf. ATF 132 III 489 consid. 3.2). Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, il n'y a pas de «Durchgriff» proprement dit lorsque les sphères de la société dominante et de la société dominée se confondent, ou lorsque la responsabilité de la société dominante est déjà engagée en vertu d'un fondement propre, par exemple parce qu'elle déçoit la confiance de tiers ou doit se laisser imputer des déclarations de volonté propres à faire naître une obligation. Dans tous ces cas de figure, ce n'est pas l'indépendance de la personne morale qui est niée, mais bien sa légitimation active ou passive exclusive: la société dominante est légitimée ou obligée non pas à la place de la société dominée, mais à ses côtés (arrêt 4P.330/1994 du 29 janvier 1996 consid. 6a, in Bulletin ASA 1996 496). Selon la doctrine, il existe une confusion des sphères lorsqu'extérieurement, l'identité d'une société-fille ne peut plus être distinguée de celle de la société-mère, en d'autres termes lorsqu'une apparence d'unité est créée par des signes extérieurs tels que des raisons sociales identiques ou très semblables, des sièges sociaux, des locaux, des organes, du personnel ou des coordonnées téléphoniques identiques (SAUERWEIN, La responsabilité de la société mère, 2006, p. 322; KUZMIC, Haftung aus «Konzernvertrauen», 1998, p. 128; VOGEL, Die Haftung der Muttergesellschaft als materielles, faktisches oder kundgegebenes Organ der Tochtergesellschaft, 1997, p. 228). Divers correctifs sont envisageables. D'aucuns évoquent le Durchgriff, en ce sens qu'il est abusif d'invoquer l'indépendance juridique de deux sociétés alors qu'elles-mêmes n'en tiennent pas compte (SAUERWEIN, op. cit., pp. 320, 322, 330 et 333, à titre d'ultima ratio). Des obligations contractuelles peuvent aussi être imputées à la société-mère en recourant à la figure de la procuration apparente (SAUERWEIN, op. cit., p. 332 s.) ou, plus largement, en vertu de la responsabilité fondée sur l'apparence juridique, où le partenaire contractuel, en vertu du principe de la confiance, doit être protégé dans sa croyance erronée qu'il a conclu le contrat avec la société-mère et non la fille, ou cas échéant avec les deux sociétés (BRECHBÜHL, Haftung aus erwecktem Konzernvertrauen, 1998, p. 102 s.; VOGEL, op. cit., p. 172 ss, spéc. p. 174 et p. 228 s.; ATF 137 III 550 consid. 2.3).

6.2 En l'espèce, il est établi que les deux sociétés appelantes ont le même ayant-droit économique, D., et qu'elles appartiennent au même groupe de sociétés, fondé par celui-ci. Il est résulté des déclarations du précité, lors de ses auditions par le Tribunal, que celui-ci non seulement contrôle les sociétés économiquement, mais également fonctionnellement, en tant qu'il préside leurs conseils d'administration, mais surtout en tant que l'entier des décisions lui revient.

D. a lui-même indiqué que lors de la réunion du 24 septembre 2009, «les quatre membres du conseil d'administration» avaient informé T. qu'il serait à l'avenir employé par la société anglaise. Cette affirmation ne peut

se rapporter qu'à E. HOLDING SA, qui comprenait à l'époque quatre administrateurs, tandis que E. SA n'en avait alors que deux. C'est dire si, dans l'esprit même du président du conseil d'administration, l'intimé était lié à E. HOLDING SA, en dépit du contrat de travail formellement conclu avec E. SA en avril 2009. L'intimé était ainsi subordonné aux conseils d'administration des deux sociétés.

Pareille situation, prise dans son ensemble, engendre une confusion générale des sphères entre les activités imputables aux diverses entités juridiques. Celle-ci s'est traduite dans le premier contrat de travail conclu avec l'intimé, passé par E. HOLDING SA (sous son ancienne raison sociale) à fin 2007, dont il a été annoncé qu'il était, en octobre 2008, transféré à E. SA, avec laquelle pourtant un contrat de travail n'a été formalisé qu'en mars 2009 – mais avec effet rétroactif à mars 2008 –, tout en laissant apparaître aux Registres du commerce genevois et fribourgeois, la mention que l'intimé était directeur des deux appelantes de façon concurrente (pour E. HOLDING SA de mai 2008 à décembre 2009, et pour E. SA de juin 2008 à mars 2010).

Par ailleurs, le certificat de salaire de 2008 établi en faveur de l'intimé émane de E. SA (sous son ancienne raison sociale), alors que, antérieurement à l'accord d'avril 2009, les relations de travail, à tout le moins jusqu'en octobre 2008, liaient l'intimé à E. HOLDING SA.

Dans ces circonstances, il y a lieu de retenir que la société dominante, E. HOLDING SA, est légitimée ou obligée non pas à la place de la société dominée, E. SA, mais à ses côtés.

C'est ainsi à raison que le Tribunal a retenu que E. HOLDING SA avait la légitimation passive en l'espèce, et que les deux appelantes répondent solidairement envers l'intimé.

7.

Les appelantes reprochent au Tribunal d'avoir retenu que le contrat de travail n'avait pas pris fin en décembre 2009.

7.1 La résiliation est l'exercice d'un droit formateur et prend la forme d'une déclaration de volonté soumise à réception. Elle n'est soumise à aucune forme particulière, sauf disposition contractuelle contraire. Elle doit cependant être claire et précise. S'il subsiste un doute, la résiliation est interprétée contra stipulatorem, ainsi que selon le principe de la confiance (WYLER, Droit du travail, 2008, p. 439 et les références citées).

Selon l'art. 341 al. 1 CO, le travailleur ne peut pas renoncer, pendant la durée du contrat et durant le mois qui suit la fin de celui-ci, aux créances résultant de dispositions impératives de la loi ou d'une convention collective.

Cette disposition ne fait pas obstacle à la validité d'une transaction, à savoir un arrangement par lequel les parties s'accordent mutuellement des concessions réciproques.

Dans le cadre de l'interprétation objective de la volonté des parties, l'acceptation par l'employé d'une résiliation proposée par l'employeur ne

permet pas, à elle seule, de conclure à l'existence d'une résiliation conventionnelle et, par là même, à la volonté implicite du travailleur de renoncer à la protection accordée par les art. 336 ss CO (arrêts 4A.474/2008 du 13 février 2009 consid. 3.2 et 4C.127/2005 du 2 novembre 2005 consid. 4.1, in JAR 2006 p. 351). L'accord litigieux doit être interprété restrictivement; il ne peut constituer une résiliation conventionnelle que dans des circonstances exceptionnelles, notamment lorsqu'est établie sans équivoque la volonté des deux parties de se départir du contrat (arrêt du Tribunal fédéral 4A_376/2010 du 30 septembre 2010, consid. 3).

7.2 En l'espèce, les parties présentent des versions divergentes des discussions ayant eu lieu lors de l'entrevue du 24 septembre 2009.

Il n'est pas contesté qu'étaient présents, outre l'intimé, et P., l'entier des administrateurs de E. HOLDING SA, soit D., H., I. et O.

Selon l'intimé, la réunion du 24 septembre 2009 a eu pour objet les modalités de mise sur pied de la société Q. et son éventuel transfert, une fois celle-ci au bénéfice d'un agrément, et lui-même d'un permis de travailler en Grande-Bretagne.

Selon les appelantes, il a été exposé à l'intimé que ses prestations étaient insuffisantes, de sorte qu'il devait être mis fin d'un commun accord à la relation de travail avec elles, au profit d'une nouvelle relation de travail avec une société tierce, basée à Londres. La rémunération découlant de cette nouvelle relation serait notablement inférieure. Il s'agissait d'une «seconde chance» offerte à l'employé, que celui-ci a acceptée avec reconnaissance.

D., lorsqu'il s'est exprimé devant le Tribunal au nom de E. SA, a déclaré qu'il avait lui-même proposé ce poste à Londres auprès d'une société dont il était client, et que T. était d'accord. I., qui s'exprimait en audience pour E. HOLDING SA, de même que O., ont confirmé les propos que D. avait tenus. Quant au témoin P., il a déclaré que D. avait informé l'employé qu'il allait désormais travailler à partir d'avant Noël à Londres pour une société à créer.

A suivre, ces personnes, T. a donc consenti, oralement, lors de cette réunion, à mettre un terme à son contrat de travail, dans un délai inférieur à deux mois. Il aurait, de la sorte, été d'accord de renoncer à la rémunération mensuelle substantielle qui lui était versée, remboursements de frais compris, aux conditions généreuses de préavis de congé et autres conditions stipulées par son contrat, rédigé sur plusieurs pages, au profit d'une promesse orale d'un engagement par une société non encore active, moyennant un salaire dont la quotité n'avait pas été discutée (à en croire le témoin P.), et sans autres détails sur les conditions contractuelles de prise en charge de frais, d'horaires, et de résiliation notamment. Tout cela pour bénéficier d'une «seconde chance», soit vraisemblablement pour échapper à un hypothétique licenciement dont les motifs n'ont pas été établis, et dont le caractère permettant une rupture immédiate des relations de travail cas échéant, ne l'a pas été non plus.

Aucun élément du dossier ne vient soutenir cette thèse, dont la vraisemblance est relative, les diverses pièces auxquelles se réfèrent les appelantes pour la soutenir n'étant pas probantes. En particulier, rien de précis ne peut être déduit de l'échange de courriers électroniques du 8 octobre 2009 relatif à la location de l'appartement à Londres, lequel peut s'expliquer aussi bien dans le cas d'un nouveau contrat conclu exclusivement avec Q. que dans le cas d'une continuation des rapports de travail avec les appelantes, doublée d'une relation avec Q.

Cette thèse se trouve par ailleurs en contradiction avec le paiement du salaire et des frais de l'intimé au mois de décembre 2009, période durant laquelle celui-ci, selon la version des appelantes n'aurait été employé par personne, ainsi que par l'intervention personnelle de D. le 28 janvier 2010 pour mettre fin aux relations de travail de l'intimé, alors prétendument employé par une société tierce, avec laquelle il n'aurait eu d'autres relations que celle de client.

Il appartient à l'employeur, qui s'en prévaut, de prouver la fin des rapports de travail, démonstration qui n'a pas été faite en l'occurrence. La volonté de l'employé de consentir à quitter son emploi auprès de sociétés suisses pour être désormais lié à une société débutante soumise au droit britannique, moyennant un salaire inférieur, n'a pas été établie. On cherche, en outre, en vain, l'existence de concessions réciproques, l'employeur ne renonçant à aucune prestation.

Ainsi, à supposer que les parties se seraient mises d'accord sur une fin de contrat – ce qui n'a pas été démontré –, leur accord contreviendrait à l'art. 341 CO et partant serait nul.

7.3 Les appelantes développent, à titre subsidiaire et pour la première fois en appel, une argumentation fondée sur l'art. 333 CO, ce qui suppose comme préalable qu'elles auraient transféré l'entreprise ou une partie de celle-ci à un tiers, à une date déterminable. Or, pareil allégué de fait n'a pas été formulé par elles en ces termes, ni dans leurs écritures de première instance, ni dans celles d'appel, puisqu'elles se sont bornées à axer leur présentation de faits autour de l'intimé, sans soutenir un transfert prétendu de l'unité économique dans son entier à une date précise. En tout état, rien ne permet de déduire que pareil transfert, s'il a pu être envisagé comme l'a d'ailleurs déclaré l'intimé lui-même, aurait effectivement eu lieu au mois de décembre 2009 comme le plaident les appelantes; le fait que le salaire de janvier de l'intimé n'ait pas été acquitté par cette société tend plutôt à montrer que l'hypothétique transfert n'était pas effectif à ce moment-là. Les appelantes n'ont pas non plus allégué, et encore moins démontré, qu'elles auraient procédé aux informations requises par l'art. 333a CO, ce qui plaide à nouveau contre leur thèse nouvellement développée en appel.

Par conséquent, c'est à juste titre que le Tribunal a retenu que les parties sont demeurées liées jusqu'au 28 janvier 2010, date à laquelle l'appelant a été licencié avec effet immédiat.

8.

Les appelantes reprochent aux premiers juges de ne pas avoir retenu le caractère justifié du congé donné à l'intimé.

8.1 Selon l'art. 337 al. 1 CO, chaque partie a le droit de résilier pour de justes motifs sans avoir à observer un délai de congé. Selon la jurisprudence, la résiliation immédiate du contrat de travail doit être déclarée sans retard dès les faits qui la motivent; sous réserve de circonstances particulières, elle ne peut pas être différée au-delà d'un délai de réflexion de deux à trois jours (ATF 130 III 28 consid. 4.4 p. 34).

D'après l'art. 337 al. 2 CO, on considère notamment comme de justes motifs toutes les circonstances qui, selon les règles de la bonne foi, ne permettent pas d'exiger de celui qui a donné le congé la continuation des rapports de travail. Mesure exceptionnelle, la résiliation immédiate pour justes motifs doit être admise de manière restrictive. D'après la jurisprudence, les faits invoqués par la partie qui résilie doivent avoir entraîné la perte du rapport de confiance qui constitue le fondement du contrat de travail. Seul un manquement particulièrement grave justifie le licenciement immédiat du travailleur ou l'abandon abrupt du poste par ce dernier. En cas de manquement moins grave, celui-ci ne peut entraîner une résiliation immédiate que s'il a été répété malgré un avertissement. Par manquement de l'une des parties, on entend en règle générale la violation d'une obligation imposée par le contrat mais d'autres faits peuvent aussi justifier une résiliation immédiate (ATF 130 III 28 consid. 4.1 p. 31; 129 III 380 consid. 2.2 p. 382).

Le juge apprécie librement, selon les règles du droit et de l'équité (art. 4 CC), si le congé abrupt répond à de justes motifs (art. 337 al. 3 CO). A cette fin, il prend en considération tous les éléments du cas particulier, notamment la position du travailleur, la nature et la durée des rapports contractuels, et la nature et l'importance des manquements (ATF 130 III 28 consid. 4.1 p. 32; 127 III 351 consid. 4a p. 354).

Selon la jurisprudence, sous certaines conditions restrictives, l'employeur peut, pour justifier un licenciement immédiat, se prévaloir d'une circonstance qui existait au moment de la déclaration de licenciement, mais qu'il ne connaissait pas et ne pouvait pas connaître. Il faut se demander, dans un tel cas, si les circonstances antérieures, non invoquées au moment du licenciement immédiat, auraient pu conduire l'employeur, s'il les avait connues, à admettre que le rapport de confiance était rompu et à résilier le contrat de travail avec effet immédiat. Cependant, des faits postérieurs au licenciement immédiat ne sauraient être pris en considération (ATF 127 III 310 consid. 41; ATF 124 III 25 consid. 3c; ATF 121 III 467 consid. 5a et b).

8.2 En l'espèce, les appelantes soutiennent que, le 28 janvier 2010, elles venaient de réaliser que l'intimé avait procédé à des transactions risquées au début de décembre 2009, en violation claire des instructions de

D., ce qui avait rompu la confiance entre les parties au point que la rupture immédiate des relations de travail s'imposait.

Elles n'exposent pas pourquoi elles n'auraient pas eu connaissance de ces transactions auparavant, ni à la faveur de quelles circonstances elles les auraient soudain apprises, à une date indéterminée comprise entre le 22 et le 28 janvier 2010.

Les échanges de courriers électroniques produits par les appelantes en relation avec ces diverses transactions montrent que celles-ci ont été réalisées de façon transparente, d'autres collaborateurs de l'entreprise, et la fille de D. les ayant reçus. Il n'a pas été prétendu que la banque qui les a exécutés aurait failli à ses devoirs de vérification des pouvoirs de l'intimé, qui à l'époque était encore directeur des deux sociétés appelantes.

Par ailleurs, les appelantes ne se prévalent pas d'un dommage qu'elles auraient subi du fait des actes de l'intimé, ce qui relativise grandement le caractère de gravité de ceux-ci, dont il s'agirait de déduire que la confiance entre les parties était désormais rompue.

La Cour considère dès lors que les raisons invoquées par les appelantes ne constituent pas de justes motifs.

En ce qui concerne les autres justifications, données ultérieurement, il y a lieu de relever que ni les frais facturés de façon transparente par l'intimé, ni le contrat passé avec BANQUE N., à supposer qu'ils l'aient été en violation partielle des accords entre les parties, ce qui n'a pas été établi, ne revêtiraient un caractère de gravité suffisant pour donner lieu à un congé immédiat, sans aucun avertissement préalable.

Le congé, signifié le 28 janvier 2010, au demeurant sans respecter la forme écrite contractuellement prévue, était ainsi dépourvu de justes motifs, comme l'ont retenu les premiers juges.

9.

Les parties se divisent sur les conséquences de ce licenciement immédiat injustifié. Les appelantes considèrent, dans leur argumentation subsidiaire, que les montants découlant de l'art. 9.2 iii du contrat, ainsi que de l'art. 337c al. 3 CO, accordés par le Tribunal, devraient être supprimés ou à tout le moins substantiellement réduits. L'intimé, dans son appel joint, conclut pour sa part à l'octroi d'une indemnité, fondée sur l'art. 337c al. 3 CO, supérieure à celle résultant du jugement.

9.1 Lorsque l'employeur résilie immédiatement le contrat sans justes motifs, le travailleur a droit à ce qu'il aurait gagné si les rapports de travail avaient pris fin à l'échéance du délai de congé ou à la cessation du contrat conclu pour une durée déterminée (art. 337c al. 1 CO).

La prétention du travailleur fondée sur l'art. 337c al. 1 CO est une créance en dommages-intérêts qui inclut non seulement le salaire, y compris en nature, mais également la compensation des autres avantages résultant du contrat de travail, tels que les gratifications ou les indemnités de départ (arrêts du Tribunal fédéral 4C.321/2005 du 27 février 2006, consid. 8.3; 4C.127/2002 du 3 septembre 2002, consid. 4.1 et les références).

On impute sur ce montant ce que le travailleur a épargné par suite de la cessation du contrat de travail ainsi que le revenu qu'il a tiré d'un autre travail ou le revenu auquel il a intentionnellement renoncé (art. 337c al. 2 CO).

Conformément à l'art. 8 CC, c'est à l'employeur qu'il incombe de prouver, sous réserve du devoir de collaboration de l'intimé, que celui-ci a réalisé un revenu auprès d'un nouvel employeur et, le cas échéant, à combien il s'élève (cf. arrêt du Tribunal fédéral 4A_570/2009, du 7 mai 2010, consid. 7.1).

9.2 En cas de licenciement avec effet immédiat injustifié, le travailleur a droit, sauf cas exceptionnel, à une indemnité représentant au maximum six mois de salaire et fixée en tenant compte de toutes les circonstances (art. 337c al. 3 CO).

Cette indemnité-ci est de même nature et vise les mêmes buts que l'indemnité prévue à l'art. 336a CO en cas de licenciement abusif (ATF 123 V 5 consid. 2a p. 7). La nature juridique de l'indemnité prescrite à l'art. 336a CO – et, partant, de l'indemnité pour licenciement immédiat injustifié – a fait l'objet d'une analyse approfondie dans l'arrêt publié aux ATF 123 III 391. Le Tribunal fédéral a relevé la double finalité – punitive et réparatrice – de l'indemnité. Comme elle est due même si le travailleur ne subit aucun dommage, il ne s'agit pas de dommages-intérêts au sens classique, mais d'une indemnité sui generis, s'apparentant à une peine conventionnelle. Ainsi, parmi les circonstances déterminantes, il faut non seulement ranger la faute de l'employeur, mais également d'autres éléments tels que la durée des rapports de travail, l'âge du lésé, sa situation sociale et les effets économiques du licenciement (cf arrêt du Tribunal fédéral 4A_590/2008 du 22 avril 2009, consid. 3.1).

9.3 In casu, en application du contrat du 9 avril 2009, l'intimé a droit au salaire durant le délai de congé, dont il est n'est pas contesté qu'il est de deux mois, soit USD 100 000.– (50 000.– x 2). Les appelantes n'ont pas allégué que l'intimé aurait déployé une activité économique entre le 28 janvier et le 28 mars 2010, et rien ne permet de penser que tel aurait été le cas. Aucune imputation ne doit donc être opérée sur ce montant.

Le contrat du 9 avril 2009 comporte en outre une clause selon laquelle, en cas de résiliation dépourvue de justes motifs, l'employeur verse un montant comportant la rémunération jusqu'au terme d'une période de 36 mois à compter de la prise d'effet, multiplié par deux, ainsi qu'une année supplémentaire de salaire.

Les appelantes, qui ne contestent pas (dans leur argumentation subsidiaire, pour le cas où le contrat du 9 avril 2009 serait appliqué) que l'art. 9.2 iii règle les conséquences d'une résiliation immédiate injustifiée, ni ne discutent le sens de la clause, qualifient en appel cette clause de peine conventionnelle, ou de dommage forfaitaire, qui serait sujette à réduction, vu la disproportion entre le dommage causé et la peine convenue.

Il apparaît bien plutôt que cette stipulation constitue une indemnité de départ (comme n'en disconvenaient d'ailleurs pas les appelantes dans leur réponse de première instance), due en cas de fin du contrat par l'employeur en l'absence de résiliation pour de justes motifs. Celle-ci n'est pas sujette à réduction; en revanche, en vertu de l'art. 337c al. 2 CO, il convient d'en imputer, cas échéant, le revenu obtenu par le travailleur.

Selon sa déclaration de septembre 2010, l'intimé n'avait pas trouvé de nouvel emploi.

Les appelantes affirment qu'elles ont appris en mai 2011 que l'intimé aurait eu à nouveau une activité générant des revenus, ce qu'elles ont fait valoir dans leur appel de juin 2011. Il s'agit de faits nouveaux recevables puisqu'ils ont été appris postérieurement à la date à laquelle le Tribunal a gardé la cause à juger. Les allégués se révèlent pertinents, au regard de l'art. 337c al. 2 CO, pour déterminer les montants cas échéant dus en application de l'art. 337c al. 1 et 3 CO, et doivent dès lors faire l'objet d'une instruction.

Afin d'assurer le principe du double degré de juridiction, c'est au Tribunal qu'il reviendra de procéder à celle-ci notamment par l'audition des témoins annoncés par les appelantes. Les jugements attaqués seront donc annulés sur ces points, et la cause sera renvoyée à l'instance inférieure (art. 318 al. 1 let. c CPC), pour instruction complémentaire et nouvelle décision.

Arrêt communiqué par M^{e} W. Gloor, avocat, Genève

Cour de justice du canton de Genève, Chambre des prud'hommes, Arrêt du 15 janvier 2013 (Admission partielle de l'appel interjeté contre le jugement du Tribunal des prud'hommes du 10 mai 2012)

Art. 53 CO. La loi n'interdit nullement au juge civil, bien qu'il ne soit pas lié par l'appréciation du juge pénal, de se rallier aux constatations de fait de ce juge. Il peut ainsi s'abstenir de revoir les constatations de fait du juge pénal, l'art. 8 CC ne l'obligeant nullement à examiner des preuves relatives aux faits sur lesquels le juge pénal s'est déjà prononcé (c. 3.2). En l'espèce, les juges civils pouvaient ainsi se fonder sur la condamnation pénale de l'employée, pour considérer que l'acte illicite intentionnel qu'elle avait commis au préjudice de son employeur était constitutif, sur le plan civil, d'une violation fautive du contrat de travail au sens de l'art. 321e al. 1 CO (c. 3.3).
Art. 44 et 321e CO. L'art. 44 al. 1 CO prévoit la possibilité pour le juge de réduire les dommages-intérêts, ou même n'en point allouer, lorsque la partie lésée a consenti à la lésion ou lorsque des faits dont elle est responsable ont contribué à créer le dommage, à l'augmenter, ou qu'ils ont aggravé la situation du débiteur (c. 4.3). La réduction ou le refus des dommages-intérêts doit intervenir, entre autres cas, lors-

que la partie lésée n'a pas pris toutes les mesures commandées par les circonstances pour diminuer le dommage. Il en résulte que la réparation due par l'autre partie ne s'étend qu'au dommage moins important qui subsisterait si le lésé avait satisfait à son devoir de diminuer le dommage effectif (c. 4.4.2). In casu, en laissant perdurer, durant de nombreux mois, un système de contrôle défaillant, voire inexistant, l'employeur a aggravé par sa faute son dommage. Une réduction de 40% des dommages-intérêts dus par l'employée correspond au dommage qui subsisterait si l'employeur avait satisfait à son devoir de contrôle (c. 4.4.3).

Extraits des faits:

Par contrat de travail du 24 août 1987, E. a engagé T. en qualité de caissière. Dès 1990, T. a essentiellement, mais pas exclusivement, été affectée au service clients du magasin de C. Elle avait notamment pour tâches de rembourser les consignes des bouteilles vides rapportées par les clients au service clients et d'autres achats dont le remboursement était demandé. Dès le 30 juillet 2000, E. a équipé son magasin de C. d'une nouvelle machine «D.» au moyen de laquelle les clients pouvaient rendre leurs bouteilles en PET vides pour être automatiquement remboursés du montant de la consigne, à raison de 50 centimes par bouteille, sans passer par le service clients. Cette machine ne permettait toutefois pas de rendre et de rembourser les consignes des autres bouteilles (en verre ou avec une consigne de 30 centimes) et les harasses (avec consigne de 5 fr.) qui continuaient à être rendues et remboursées par le service clients. Le remboursement des consignes des bouteilles en PET ne se faisait qu'exceptionnellement au service clients, lorsque la machine «D.» tombait en panne ou lorsqu'un client souhaitait restituer un grand nombre de bouteilles à la fois. Environ 3000 bouteilles en PET vides étaient rendues et remboursées chaque semaine au moyen de la machine «D.», alors qu'environ 20 harasses et 200 autres bouteilles l'étaient par le service clients.

Lors d'un inventaire au mois d'octobre 2001, E. a constaté que les remboursements relatifs aux bouteilles vides et aux harasses par le service clients étaient bien plus importants que d'ordinaire, de sorte qu'elle a confié une enquête à son service de surveillance et a fait une analyse des relevés de caisse. Il s'est ainsi avéré que le service clients avait remboursé un montant de 16 095 fr. entre les mois de juillet et d'octobre 2001, ce qui représentait plus du double du montant ordinaire des remboursements pour une même période. Le 3 décembre 2001, E. a déposé une plainte pénale auprès du Procureur général, contre inconnu, pour abus de confiance, alléguant avoir subi un préjudice de plus de 130 000 fr. en deux ans, soit en 2000 et en 2001, compte tenu des remboursements effectués au service clients pour des retours fictifs de bouteilles vides.

Par jugement du 31 mai 2006, le Tribunal de police a reconnu T. coupable d'abus de confiance pour avoir, en 2000 et en 2001, alors qu'elle travaillait en tant que caissière au sein du magasin E. de C., effectué des remboursements fictifs de bouteilles vides et conservé les montants ainsi obtenus, causant un préjudice de 133 000 fr. à son employeur. Il l'a condamnée à une peine d'un an d'emprisonnement avec sursis et délai d'épreuve de trois ans. Il a réservé les droits de la partie civile. Par arrêt du 13 décembre 2006, la Chambre pénale de la Cour de justice genevoise a confirmé le jugement du Tribunal de police, en précisant toutefois que l'infraction ne portait que sur l'année 2001, dans la mesure où aucun document probant n'avait été produit pour l'année 2000. Cet arrêt a fait l'objet d'un recours de droit public interjeté par T. par devant le Tribunal fédéral, qui l'a rejeté.

Par demande du 30 décembre 2010, E. a assigné devant le Tribunal des prud'hommes T. en paiement du montant de 55 000 fr. avec intérêts, à titre de dommages-intérêts. Par demande complémentaire déposée en date du 10 juin 2011, E. a amplifié ses conclusions. Par jugement du 10 mai 2012, le Tribunal des prud'hommes a condamné T. à payer à E. la somme brute de 41 250 fr., avec intérêts. Par acte du 8 juin 2012, T. a appelé de ce jugement, dont elle sollicite l'annulation.

Extraits des considérants:

3.

L'appelante reproche ensuite aux premiers juges, «au niveau de l'analyse des faits probants», d'avoir violé l'art. 8 CC et les principes de répartition du fardeau de la preuve et de son appréciation. Elle leur reproche en outre une violation de l'art. 53 CO, dès lors qu'ils se sont référés au jugement pénal et aux faits établis dans le cadre de la procédure pénale qui sont, selon elle, incomplets et erronés.

3.1 Il a été vu ci-dessus que dès le moment où le juge acquiert une conviction sur la base des preuves administrées, l'art. 8 CC cesse d'entrer en considération. Il s'agit alors d'une question de libre appréciation des preuves, que le droit fédéral, singulièrement l'art. 8 CC, ne réglemente pas (arrêt du Tribunal fédéral 4A_716/2011 du 3 avril 2012 consid. 2.2 et les références citées).

3.2 A teneur de l'art. 53 CO, le juge n'est pas lié par les dispositions du droit criminel en matière d'imputabilité, ni par l'acquittement prononcé au pénal, pour décider s'il y a eu faute commise ou si l'auteur de l'acte illicite était capable de discernement (al. 1). Le jugement pénal ne lie pas davantage le juge civil en ce qui concerne l'appréciation de la faute et la fixation du dommage (al. 2).

Selon la jurisprudence, l'indépendance du juge civil en matière de constatation et d'appréciation de l'état de fait ne l'empêche pas d'attendre le résultat de la procédure probatoire de l'instruction pénale et de le prendre en compte. Le fait que, dans ce cas, il ne s'écartera pas sans raison de

l'appréciation du juge pénal est une question d'opportunité et non une prescription du droit fédéral. Par ailleurs, le Tribunal fédéral a jugé que l'art. 53 CO ne s'appliquait pas à l'établissement des faits (arrêts du Tribunal fédéral 5A_427/2011 du 10 octobre 2011 consid. 7.2.1; 4C.400/2006 du 9 mars 2007 consid. 4.1 et la référence à l'ATF 107 II 151 consid. 5b et c).

En effet, l'art. 53 CO n'interdit nullement au juge civil, bien qu'il ne soit pas lié par l'appréciation du juge pénal, de se rallier aux constatations de fait de ce juge. Il peut ainsi s'abstenir de revoir les constatations de fait du juge pénal, l'art. 8 CC ne l'obligeant nullement à examiner des preuves relatives aux faits sur lesquels le juge pénal s'est déjà prononcé (arrêt du Tribunal fédéral 4C.74/2000 du 16 août 2001 consid. 3 et 4b).

3.3 En l'espèce, contrairement à ce que soutient l'appelante, la procédure pénale a bel et bien permis d'établir l'abus de confiance qu'elle a commis au préjudice de son employeur, en procédant à des remboursements fictifs dans un dessein d'enrichissement illégitime. Pour parvenir à la conviction de la culpabilité de l'employée, les instances pénales ne se sont pas fondées uniquement sur les allégués de l'intimée mais ont déduit des preuves administrées, notamment des témoignages, et de tous les indices contenus dans le dossier, que celle-ci était l'auteur des remboursements fictifs. Sur la base de cette instruction pénale complète et non arbitraire, la culpabilité de l'appelante a été établie pour l'année 2001 mais pas pour l'année 2000, faute de preuve. Le Tribunal fédéral, à l'instar du Tribunal de police et de la chambre d'appel de la Cour de justice de Genève, a jugé qu'il ne subsistait pas de doute sérieux et irréductible quant à la culpabilité de l'employée.

La culpabilité de l'appelante ainsi reconnue, les juges civils pouvaient se fonder sur celle-ci, sans violer l'art. 53 CO, pour considérer que l'acte illicite intentionnel commis par l'appelante au préjudice de son employeur était constitutif, sur le plan civil, d'une violation fautive du contrat de travail au sens de l'art. 321e al. 1 CO.

Les juges civils ont, en sus, fait leur propre instruction du dossier pour parvenir à la conviction qu'il existait suffisamment d'éléments démontrant l'existence de remboursements injustifiés, le montant de ceux-ci et ainsi l'ampleur du dommage subi par l'intimée du fait des agissements illicites de l'appelante.

La Cour relève encore que, s'agissant du caractère extraordinaire et fictif des remboursements en 2001, plusieurs témoins ont indiqué que s'il arrivait parfois qu'un client vienne rendre plusieurs bouteilles à la fois au service clients, il s'agissait d'environ trente bouteilles, une fois par semaine, à l'exception d'une occasion où il a rendu cent bouteilles à la fois. Ces chiffres n'expliquent dès lors pas les retours pouvant aller jusqu'à plusieurs centaines de bouteilles par jour enregistrés durant l'année 2001. Lors de son audition, l'appelante a elle-même indiqué que les clients restituaient d'ordinaire cinq à six bouteilles à la fois et a chiffré les restitutions maximales à soixante. Le nombre élevé et extraordinaire de remboursements en

2001 ne s'explique ainsi pas par une réelle augmentation du volume des bouteilles restituées au service clients, à teneur des témoignages et pièces produites.

A cet égard, le témoignage de l'informaticien N., mandaté par l'appelante pour refaire le tableau annuel avec les chiffres prétendument omis par l'intimée dans ses propres tableaux, est particulièrement déterminant pour retenir que les remboursements étaient anormalement élevés en 2001 et qu'ils étaient le fait de l'appelante. En effet, ce témoin a confirmé en audience, sur la base de ses propres calculs, que les remboursements relatifs à des retours de bouteilles vides étaient faibles lorsque l'appelante était absente du service clients et qu'à l'inverse, ils étaient systématiquement élevés lorsqu'elle était présente. Ainsi même si l'on tient compte des chiffres exhaustifs proposés par l'appelante, y compris les chiffres relatifs à la machine «D.» (remboursements et rechargements), l'on constate qu'il y a une augmentation des remboursements lorsqu'elle est en service.

Ainsi, les premiers juges se sont fondés sur les différentes pièces du dossier pénal et du dossier civil, notamment ce dernier tableau, pour retenir tant le caractère extraordinaire et injustifié des remboursements opérés par l'appelante que le fait que ceux-ci avaient été opérés volontairement par cette dernière au détriment de l'intimée. Leur appréciation des preuves, conforme à l'art. 196 aLPC, ne prête pas le flanc à la critique, dès lors que l'ensemble des circonstances permet de conclure que l'appelante a effectivement commis les faits illicites qui lui sont reprochés, en violation de son contrat et en causant de manière intentionnelle un dommage à son employeur, de sorte que sa responsabilité civile à l'égard de ce dernier est engagée.

L'excellent certificat de travail délivré à l'appelante par l'intimée en cours de procédure ne saurait remettre en cause l'ensemble des faits établis dans le cadre de la présente procédure. Ce document, bien que surprenant dans ce contexte, n'est pas de nature à faire échec aux éléments de preuves retenus.

Ainsi, c'est en vain que l'appelante tente de rediscuter les éléments retenus dans le cadre de la procédure pénale et de contester le principe même de sa condamnation pour abus de confiance, dès lors que ces faits ont non seulement été établis à satisfaction de droit par les juridictions pénales mais ressortent également de la présente procédure.

En rendant le jugement attaqué à l'issue d'une instruction complète après avoir procédé à leur propre appréciation circonstanciée des éléments de preuve et dûment motivé leur conviction, les premiers juges n'ont aucunement violé l'art. 53 CO ni faussement constaté les faits (art. 310 let. b CPC).

En conséquence, l'appel sera rejeté.

4.

L'appelante s'en prend finalement au calcul du préjudice fait par les premiers juges sur la base d'une moyenne de remboursements de 25 fr. par jour.

4.1 Selon l'art. 321e al. 1 CO, le travailleur répond du dommage qu'il cause à l'employeur intentionnellement ou par négligence. En vertu de l'art. 321e al. 2 CO, la mesure de la diligence incombant au travailleur se détermine par le contrat, compte tenu du risque professionnel, de l'instruction ou des connaissances techniques nécessaires pour accomplir le travail promis, ainsi que des aptitudes et qualités du travailleur que l'employeur connaissait ou aurait dû connaître. Ces circonstances peuvent aussi être prises en considération pour déterminer l'étendue de la réparation (art. 99 al. 3, 42 à 44 CO). D'après la jurisprudence, le juge dispose en la matière d'un large pouvoir d'appréciation (ATF 110 II 344 consid. 6b et l'arrêt cité).

Ainsi, sous l'angle de l'art. 321e al. 1 CO, la responsabilité civile du travailleur est engagée selon les principes généraux applicables en matière de responsabilité contractuelle (art. 97 al. 1 CO), atténuée en ce qui concerne l'appréciation de la mesure de la diligence incombant au travailleur, dans le sens rappelé ci-dessus (Wyler, Droit du travail, Berne 2002, p. 101/102). L'employeur doit en conséquence prouver l'existence du dommage, la violation par l'employé de ses obligations contractuelles et le rapport de causalité naturelle entre celle-ci et celui-là. De son côté, le travailleur peut apporter la preuve libératoire de son absence de faute (arrêt du Tribunal fédéral 4C.389/2001 du 8 novembre 2002 consid. 2.1).

4.2 A teneur de l'art. 42 al. 2 CO, lorsque le montant exact du dommage ne peut être établi, le juge le détermine équitablement en considération du cours ordinaire des choses et des mesures prises par la partie lésée.

Cette dernière disposition édicte une règle de preuve de droit fédéral dont le but est de faciliter au lésé l'établissement du dommage. Elle s'applique aussi bien à la preuve de son existence qu'à celle de son étendue. L'art. 42 al. 2 CO allège le fardeau de la preuve, mais il ne dispense cependant pas le lésé de toute preuve; au contraire, celui-ci doit alléguer et établir tous les éléments de faits constituant des indices de l'existence du dommage et de l'évaluation de son montant, dans la mesure où cela est possible et où on peut l'attendre de lui. L'exception de l'art. 42 al. 2 CO à la règle du fardeau de la preuve doit être appliquée de manière restrictive (arrêt du Tribunal fédéral du 11 août 2010 en la cause 4A_383/2010, consid. 2.1. et les références citées).

4.3 L'art. 44 al. 1 CO prévoit la possibilité pour le juge de réduire les dommages-intérêts, ou même n'en point allouer, lorsque la partie lésée a consenti à la lésion ou lorsque des faits dont elle est responsable ont contribué à créer le dommage, à l'augmenter, ou qu'ils ont aggravé la situation du débiteur.

4.4 En l'espèce, le Tribunal a admis que le montant du dommage allégué par l'intimée était démontré sur la base du dossier. Il convenait en effet de comparer le montant annualisé des remboursements de bouteilles vides usuellement effectués au service clients avec le montant total des remboursements enregistrés par l'intimée (fr. 135'138.70), sous déduction

des remboursements de la machine «D.» (fr. 71 615.00). La déduction des remboursements opérés directement pas la machine «D.» a dès lors été prise en compte, de sorte que le grief de l'appelante tombe à faux s'agissant de ce premier point. Le montant usuel des remboursements a, quant à lui, été estimé à trente bouteilles et deux harasses par jour, soit l'équivalent d'un remboursement global de 25 fr. par jour pour le service clients uniquement. Ainsi seul ce dernier montant a fait l'objet d'une estimation, les deux premiers étant fondés sur les pièces de la procédure dont la force probante a été admise par la Cour de céans, à l'instar du Tribunal des prud'hommes et des juridictions pénales ayant statué préalablement sur ce point.

Concernant l'estimation de 25 fr. de remboursements par jour, il a été établi, dans le cadre de la procédure en particulier grâce aux témoignages recueillis, qu'environ vingt harasses et deux cents bouteilles (dont la plupart avec consignes de 30 centimes, les autres étant remboursées par la machine «D.») étaient remboursées chaque semaine (de six jours) par le service clients. Cela représente ainsi une moyenne journalière de 3.3 harasses avec consigne de 5 fr. et de 33 bouteilles avec consignes de 30 centimes, voire parfois de 50 centimes. L'estimation faite par l'intimée et retenue par les premiers juges de 25 fr. par jour n'est dès lors pas contestable (3.3 x 5 + 33 x 0.30 = 26.5).

Le Tribunal a en conséquence correctement arrêté le montant du dommage à 55 000 fr. sur la base de l'art. 42 al. 2 CO.

4.4 Les premiers juges ont fait usage du pouvoir d'appréciation que leur confère l'art. 44 CO et ont réduit de 25% le montant de l'indemnité due par l'appelante à l'intimée, afin tenir compte de la faute concomitante de cette dernière, eu égard à sa négligence dans la gestion du retour des bouteilles consignées.

4.4.1 Le calcul du dommage est une question de droit que la Cour peut revoir librement, selon le principe *iura novit curia* (art. 57 CPC). L'art. 44 CO doit donc être appliqué d'office (ATF 111 II 156 consid. c. 4, JdT 1986 I 28, 29; WERRO, in Commentaire romand, Code des obligations I, 2012, n. 2 ad art. 44 CO).

4.4.2 La réduction ou le refus des dommages-intérêts au sens de l'art. 44 al. 1 CO doit intervenir, entre autres cas, lorsque la partie lésée n'a pas pris toutes les mesures commandées par les circonstances pour diminuer le dommage. Cette règle concrétise le principe du ménagement dans l'exercice d'un droit, en l'occurrence le droit du lésé d'exiger réparation; conformément à un principe général du droit de la responsabilité civile, le lésé doit supporter lui-même le dommage dans la mesure où son étendue lui est personnellement imputable (cf. ATF 130 III 182 consid. 5.5.1 p. 189 s.). Il en résulte que la réparation due par l'autre partie ne s'étend qu'au dommage moins important qui subsisterait si le lésé avait satisfait à son devoir de diminuer le dommage effectif (arrêt 4C.83/2006 du 26 juin 2006 consid. 4, non résumé sur ce point in JT 2006 I 475).

Dans l'application de l'art. 44 al. 1 CO, il appartient au juge de discerner objectivement les divers facteurs à l'origine du dommage, d'après les circonstances, et de pondérer de façon appropriée les responsabilités propres de chaque partie. La jurisprudence lui reconnaît un large pouvoir d'appréciation (ATF 131 III 12 consid. 4.2; WERRO, op. cit., n. 2 ad art. 44 CO et jurisprudence citée).

4.4.3 En l'espèce, l'intimée a laissé perdurer, durant de nombreux mois, un système défaillant, voire inexistant, de contrôle et de vérification des bouteilles rapportées. Un comptage des bouteilles rendues aurait pourtant permis de s'assurer que les sommes restituées à ce titre aux clients correspondaient bien au nombre de bouteilles effectivement restituées par ces derniers. En omettant de prendre toutes les mesures commandées pour contrôler l'activité du service clients, l'intimée a assurément aggravé, par sa faute, son dommage, puisque les agissements délictuels de l'appelante ont précisément pu s'étendre sur plusieurs mois en raison de l'absence de contrôle.

En outre, si une comptabilité des bouteilles restituées dans la machine «D.» semble avoir existé pour 2001, elle a été détruite, de manière inexplicable, rendant ainsi plus difficile le calcul du dommage.

Pour ces motifs, la Cour est d'avis que la réduction, fixée à 25%, du dommage dû à l'intimée est insuffisante, l'intimée devant supporter la part du dommage qui lui est imputable.

Une réduction de 40% du dommage (40 x 55 000 fr. ./. 100 = 22 000 fr.), arrêtant en conséquence à 33 000 fr. (55 000 fr. – 22 000 fr.) l'indemnité due par l'appelante, correspond de façon plus réelle au dommage qui subsisterait si l'intimée avait satisfait à son devoir de contrôle.

Arrêt communiqué par M^e^ W. Gloor, avocat, Genève.

Cour de justice du canton de Genève, Chambre des prud'hommes, Arrêt du 8 mars 2013 (Rejet de l'appel interjeté contre le jugement du Tribunal des prud'hommes du 30 novembre 2012)

Art. 319 CO. Le contrat de conciergerie constitue un contrat mixte qui combine des prestations du contrat individuel de travail et du contrat de bail à loyer, en sorte qu'il est régi par le droit du contrat de travail pour ce qui a trait à l'activité de conciergerie et par le droit du bail pour la cession de l'usage du logement mis à disposition du concierge. C'est seulement pour la résiliation que le régime contractuel applicable dépendra de la prestation prépondérante. S'agissant d'un contrat mixte, il convient de rechercher le centre de gravité des relations contractuelles, appréhendé comme un seul et unique accord. Si le loyer est inférieur au salaire du concierge, il est généralement admis que les éléments du contrat de travail sont prédominants. Tel est également le

cas lorsque la possession du logement est indispensable pour l'exercice du travail (c. 2.2).
Art. 339a CO. En condamnant l'employé à évacuer immédiatement l'appartement de service, le Tribunal des prud'hommes a fait une application correcte de l'art. 339a al. 1 CO, qui prévoit que les parties se rendent tout ce qu'elles se sont remis au moment où le contrat prend fin. A cet égard, l'art. 336 CO qu'invoque l'employé est inopérant, puisqu'à supposer qu'un caractère abusif ait pu être reconnu au congé, la conséquence n'en serait aucunement l'annulation de ce congé, en tout état valable, mais l'éventuel versement d'une indemnité (c. 3.2).

Extraits des faits:

E. SA est une société anonyme inscrite au Registre du commerce de Genève, qui a pour but l'achat, la vente, l'exploitation, la gestion de biens mobiliers et immobiliers ainsi que le financement, la promotion, et la commercialisation de projets dans ce domaine. Elle a repris, selon contrat de fusion du 29 juin 2011 et bilan au 31 décembre2010, les actifs et passifs de la Société Immobilière C. (ci-après: SI).

Le 29 novembre 2000, T. s'est engagé au service de la SI, en qualité de concierge à temps partiel dès le 1er décembre 2000. Les parties ont signé un «contrat de travail pour le service de conciergerie à temps partiel», soumis à la CCT, lequel prévoyait une rémunération mensuelle de 900 fr. Un logement était en outre mis à la disposition du concierge, à savoir une loge de quatre pièces au rez-de-chaussée, «moyennant un loyer de 610 fr. + 90 fr. de charges + 24 fr. 50 de téléréseau» par mois (art. 12d). L'art. 9 précisait que le logement ne pouvait être dissocié du contrat de travail, le concierge s'engageant à le restituer et à le rendre disponible à l'expiration du contrat. Un avis de fixation «du prix de la loge» a été remis à T. le 29 novembre 2000. Celui-ci comportait notamment un nom à la rubrique «ancien locataire» modifiée en «ancien concierge», et la mention «loge de conciergerie» à la rubrique «genre de la chose louée». Par avenant du 10 septembre 2006, les charges ont été portées à 145 fr. par mois.

Par lettre du 20 janvier 2011, sous la plume de D. SA, gérance immobilière mandataire du propriétaire, une résiliation des rapports contractuels a été adressée à T. en ces termes: «nous sommes aux regrets de vous signifier la fin de nos rapports contractuels pour le 30 avril 2011 et de libérer à cette même date le logement de service». Par courrier du 2 février 2011, T. a requis la motivation du congé, ainsi que l'établissement d'un «certificat d'emploi». Le 3 février 2011, il a été répondu à T. que «les multiples plaintes des locataires ainsi que […] les ordres du représentant des actionnaires suite à la visite du 10 janvier 2011 sont les raisons qui mettent fin [aux] rapports contractuels», et un certificat d'emploi lui a été remis. Par courrier du 27 avril 2011, T. a contesté, dans le titre de sa lettre «la résiliation du contrat de travail», et dans le corps de celle-ci «la résiliation des

rapports contractuels». Il n'a pas fait d'allusion à la question des locaux. Son salaire mensuel brut était alors de 960 fr., correspondant à une activité de 20%. Par courrier de son conseil du 28 juin 2011, T. a fait valoir qu'il n'occupait pas illicitement les locaux, faute de résiliation légale du bail. Il s'est prévalu d'un acharnement de la gérance à son égard, sous forme de coupure de courant et de prétendus travaux urgents dans l'appartement.

Le 24 mai 2012, E. SA a saisi le Tribunal de prud'hommes d'une requête en évacuation, en procédure sommaire selon l'art. 257 CPC, dirigée contre T. Par jugement du 30 novembre 2012, le Tribunal de prud'hommes a condamné T. à évacuer immédiatement de sa personne, de ses biens et de tout tiers l'appartement de quatre pièces sis au rez-de-chaussée de l'immeuble situé 24, rue E. à Genève, et débouté les parties de toute autre conclusion. En substance, les premiers juges se sont déclarés compétents ratione materiae vu l'aspect prépondérant, dans le contrat liant les parties, du droit du travail sur le droit du bail, et ont retenu que les conditions du cas clair étaient réalisées, en ce sens que le licenciement avait pris effet à fin avril 2011, de sorte que dès cette date, le concierge était tenu de restituer le logement. Par acte du 17 décembre 2012, T. a formé un appel contre ce jugement.

Extraits des considérants:

2.

L'appelante fait tout d'abord grief aux premiers juges d'avoir admis leur compétence à raison de la matière, sans avoir examiné la totalité des critères énoncés.

2.1 Le tribunal examine d'office si les conditions de recevabilité sont remplies (art. 60 CPC). Parmi celles-ci, sa compétence à raison de la matière et du lieu (art. 59 al. 2 let. b CPC).

2.2 Le contrat de conciergerie constitue un contrat mixte qui combine des prestations du contrat individuel de travail et du contrat de bail à loyer, en sorte qu'elle est régie par le droit du contrat de travail pour ce qui a trait à l'activité de conciergerie et par le droit du bail pour la cession de l'usage du logement mis à disposition du concierge. C'est seulement pour la résiliation que le régime contractuel applicable dépendra de la prestation prépondérante (ATF 131 III 566, consid. 3.1; SJ 2005 I p. 563 et références citées).

La compétence doit être déterminée en fonction de la matière et de l'objet du litige. Si le litige porte sur la validité du congé et que l'aspect de la relation de travail revêt un caractère prépondérant, le Tribunal des baux et loyers n'est pas compétent (ACJ/728/2008 du 16 juin 2008, consid. 2.1; ACJ/117/1992 du 4 mai 1992, P. c/ SA X; ACJ/171/1195 du 18 juin 1995, Fondation X. c/ A). Si l'aspect du bail est prépondérant, le Tribunal des baux et loyers sera compétent (ACJ/170/1992 du 19 juin 1992, M. c/ C.).

S'agissant d'un contrat mixte (cf ATF 131 III 566 consid. 3.1), il convient de rechercher le centre de gravité des relations contractuelles, appréhendé comme un seul et unique accord. L'application des dispositions sur l'extinction du bail est exclue lorsque la cession de l'usage de l'objet du contrat n'apparaît que comme un élément purement accessoire et secondaire, l'accent étant mis sur d'autres éléments du contrat. Un des critères utilisés par la jurisprudence de la Chambre d'appel pour déterminer le caractère prédominant est celui de l'importance respective des prestations: si le loyer est plus élevé que le salaire du concierge, il y a bail à loyer, et vice versa. La nature du logement constitue également un critère important: s'il s'agit d'un logement de service, autrement dit si le concierge a besoin de ce logement pour exercer son activité, l'aspect du contrat de travail est prépondérant (SJ 1999 I p. 29 et 30; cf. également ACJ/728/2008 du 16 juin 2008, consid. 2.1, p. 7 et références citées).

Si le loyer est inférieur au salaire du concierge, il est généralement admis que les éléments du contrat de travail sont prédominants. Tel est généralement le cas lorsque la possession du logement est indispensable pour l'exercice du travail. Un appartement est considéré comme logement de service non seulement en raison de ses caractéristiques spéciales, mais également si l'immeuble a toujours été pourvu d'un concierge à demeure, si celui-ci a des obligations de garde ou si le logement est le seul disponible pour son successeur (arrêt de la Chambre d'appel en matière de baux et loyers de Genève du 19 juin 1992 dans la cause époux C. c/ SI CB, paru aux Cahiers du bail 1/93, p. 29; BARBEY, Protection contre les congés concernant les baux d'habitation et locaux commerciaux, 1991, p. 70). Le cas échéant, le logement mis à la disposition du concierge peut être situé dans un endroit approprié (proche de l'entrée principale du bâtiment) ou doté d'équipements particuliers (tels des vannes des circuits de canalisation d'eau et de chauffage, etc.). La présence de ce genre de dispositifs dans l'habitat n'est pas sans incidence sur la qualification du rapport juridique existant entre les parties à la fin de leur relation (SIEGRIST, La conciergerie, 15e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 2008, p. 103 N 50).

2.3 En l'occurrence, le contrat liant les parties présente des aspects du contrat de travail et du contrat de bail. Il convient donc de déterminer la prestation prépondérante dont dépend le régime contractuel applicable à la résiliation.

S'agissant du critère de l'importance respective des prestations, il apparaît que les montants respectivement cités, en rapport avec la fourniture du travail (900 fr.) et avec la mise à disposition des locaux (724 fr. 50 à la conclusion du contrat, porté en dernier lieu à 779 fr. 50) ne sont pas très éloignés, comme le relève l'appelant. Il y a, cependant, lieu, dans cette appréciation, de ne pas faire abstraction du caractère à temps partiel de l'emploi en cause, dont il n'est pas contesté qu'il correspond à 20% environ. Ainsi, rapportée à un emploi à plein temps, la quotité de la rémunération de l'employé dépasse notablement le montant du loyer et des charges,

ce qui tend à militer pour une prestation prépondérante du travail. Le montant modique du loyer pour un objet de quatre pièces sis dans le quartier des Eaux-Vives, dont le prix en l'an 2000 était notoirement plus élevé que 725 fr., permet également de déduire que la volonté des parties était de privilégier l'aspect contrat de travail sur l'aspect contrat de bail.

Il n'a pas été allégué et, rien à la procédure ne l'établit, que le logement en cause présenterait des caractéristiques spéciales, destinées au service, d'immeuble. En revanche, il ressort de l'avis de fixation du 29 novembre 2000 que les locaux étaient déjà auparavant occupés par un concierge, ce qui constitue un indice important en faveur de la qualification de logement de service. Il en va de même du fait, allégué par l'intimée sans être contredite, qu'aucun appartement n'était vacant dans l'immeuble, pour permettre le logement d'un successeur de l'appelant, au moment de la fin des rapports contractuels et avant mars 2012.

L'appelant se prévaut encore de ce qu'aucun contrat de bail ne lui a été remis lors de la conclusion de l'accord du 29 novembre 2000, contrairement à ce que prévoit la CCT pour les concierges. Il est, en effet, constant qu'un tel document n'a pas été établi. L'appelant a, en revanche, reçu un avis de fixation libellant de façon univoque le montant dû pour l'usage de la chose louée, expressément qualifiée de loge de conciergerie. Le contrat signé par les parties prévoyait en outre textuellement que la jouissance du logement mis à disposition en raison de la nature particulière du service de conciergerie ne pouvait être dissociée du contrat de travail. Il s'ensuit que l'appelant était en mesure de comprendre la situation juridique résultant de l'engagement qu'il prenait (ce qu'il a apparemment fait, à lire ses courriers consécutifs à la résiliation des rapports contractuels qui n'évoquent pas le bail), sans que l'absence d'un contrat de bail, à laquelle la CCT n'attache, au demeurant, pas de conséquences particulières, ne lui porte préjudice.

C'est dès lors à raison que les premiers juges ont retenu la compétence des juridictions prud'homales.

3.

L'appelant fait ensuite grief au Tribunal d'avoir considéré que les conditions du cas clair étaient réalisées.

3.1 En vertu de l'art. 257 al. 1 CPC, le tribunal admet l'application de la procédure sommaire lorsque les conditions suivantes sont remplies: a. l'état de fait n'est pas litigieux ou est susceptible d'être immédiatement prouvé; b. la situation juridique est claire. Selon l'al. 3 de cette disposition, le tribunal n'entre pas en matière sur la requête lorsque cette procédure ne peut pas être appliquée.

Cela signifie que l'état de fait doit pouvoir être établi sans peine. En cas de doute, l'affaire doit être traitée dans une procédure complète. La situation juridique peut être considérée comme claire si, sur la base d'une doctrine et d'une jurisprudence éprouvées, la norme s'applique au cas concret et y déploie ses effets de manière évidente. Si la partie adverse, qui

doit être entendue (art. 253 CPC), conteste les faits ou oppose une exception à la prétention du demandeur, la protection dans les cas clairs ne peut pas être accordée. Il suffit – à tout le moins – au défendeur de démontrer la vraisemblance de ses objections, mais des allégations dénuées de fondement ne sauraient faire obstacle à un procès rapide (Message du Conseil fédéral du 28 juin 2006 relatif au code de procédure civile suisse [CPC], in FF 2006 p. 6841 ss, spéc. 6959).

Le fait qu'une condition de recevabilité prête à discussion n'exclut pas la clarté, qui ne doit porter que sur le droit substantiel. Par exemple, une controverse quant à la compétence du tribunal saisi ne devrait pas conduire au rejet de la requête pour défaut de situation juridique claire, lorsque le tribunal parvient à la conclusion qu'il est compétent (BOHNET, Code de procédure civile annoté, ad art. 257 n. 15).

3.2 En l'espèce, il est établi et non contesté qu'une résiliation contractuelle a été signifiée pour le 30 avril 2011, et que l'appelant est demeuré dans les locaux objets du contrat au-delà de cette date. Ce sont là les faits directement pertinents pour trancher le bien-fondé d'une évacuation.

En outre, la question juridique essentielle, à savoir celle de la prépondérance des prestations permettant la qualification du droit applicable à la résiliation, se résout, préalablement, dans le cadre de l'examen d'office de la compétence matérielle de la juridiction saisie. Les dénégations de l'appelante quant à cette compétence sont dès lors sans portée, si le tribunal est compétent, comme c'est le cas en l'espèce, ainsi qu'il l'a été examiné ci-dessus.

Les premiers juges ont ainsi considéré à juste titre que les conditions de l'art. 257 CPC étaient réalisées, partant que la requête qui leur était soumise était recevable. Ils ont fait ensuite une application correcte de la disposition de droit du travail pertinente, à savoir l'art. 339a al. 1 CO, qui prévoit que les parties se rendent tout ce qu'elles se sont remis au moment où le contrat prend fin. A cet égard, l'art. 336 CO qu'invoque l'appelant est en tout état inopérant, puisqu'à supposer que les conditions de forme posées par l'art. 336b CO aient été respectées, et qu'un caractère abusif ait pu être reconnu au congé, la conséquence n'en serait aucunement l'annulation de ce congé, en tout état valable, mais l'éventuel versement d'une indemnité.

Il s'ensuit que depuis l'échéance du contrat, l'appelant se maintient sans droit dans les locaux, propriétés de l'intimée.

Le jugement qui l'a condamné à évacuer immédiatement ceux-ci, est donc bien fondé de sorte qu'il sera confirmé.

Arrêt communiqué par M^e^ W. Gloor, avocat, Genève

Cour de justice du canton de Genève, Chambre des prud'hommes, Arrêt du 31 octobre 2013 (Admission de l'appel interjeté contre le jugement rendu par le Tribunal des prud'hommes le 3 juin 2013)

Art. 337 CO. Il est possible, sous certaines conditions restrictives, de se prévaloir après coup de circonstances antérieures à la résiliation immédiate que la partie qui a donné le congé ne connaissait pas et ne pouvait connaître. Il faut se demander, dans un tel cas, si les circonstances antérieures, non invoquées au moment du licenciement immédiat, auraient pu conduire l'employeur, s'il les avait connues, à admettre que le rapport de confiance était rompu et à résilier le contrat de travail avec effet immédiat. Une infraction pénale commise au détriment de l'employeur constitue, en principe, un motif justifiant le licenciement immédiat du travailleur. Il n'en va pas de même du seul soupçon, fût-il fort, d'en être l'auteur, qui pèse sur le travailleur. L'employeur ne saurait ériger sa conviction intime en juste motif. Il doit établir la réalité objective des faits dont il se prévaut (c. 5.1).

Extraits des faits:

E. Sàrl (ci-après E.) est une société à responsabilité limitée, inscrite au Registre du commerce de Genève. Elle a pour but l'exploitation d'un établissement médical dispensant des soins et des traitements cliniques ambulatoires dans divers domaines. L'associé-gérant en est C. T., médecin FMH en pédopsychiatrie, a obtenu le 11 mai 1988 une autorisation d'exercer la profession de médecin à titre dépendant, à charge de l'assurance-maladie, dans le canton de Genève. Par contrat du 18 septembre 2008, T. s'est engagé en qualité de «médecin/ spéc. FMH pédopsychiatrie» au service de E. Sàrl, avec effet au 2 septembre précédent, pour une durée indéterminée. Son taux de collaboration était de 40%; sa rémunération brute mensuelle de 8300 fr. Après la période d'essai, le délai de congé convenu était de «quatre mois (120 jours ouvrables)». Le contrat stipulait notamment: «Tous vos actes médicaux seront facturés par notre Etablissement». E. Sàrl employait un médecin-répondant qui n'était pas T.. Par décision du 27 octobre 2008, annulant et remplaçant celle délivrée le 11 mai 1988, le Département de l'économie et de la santé a autorisé T. à exercer la profession de médecin à titre indépendant, à charge de l'assurance-maladie, dans le canton de Genève. A compter du mois d'avril 2009, les parties sont convenues de la baisse du taux d'occupation de A. à 20%, avec un salaire mensuel brut de 4250 fr.

Le 18 août 2011, E. Sàrl a convoqué T. et l'a interpellé au sujet de son droit de pratique. Selon l'employeur, l'employé aurait répondu qu'il était toujours en attente; aux dires de T., il aurait indiqué qu'il avait reçu réponse du Médecin cantonal et que c'était en ordre. Par lettre du 19 août 2011, E. Sàrl a résilié le contrat de travail de T. avec effet immédiat pour

de justes motifs, libellés en ces termes: «avoir poursuivi votre collaboration en notre Etablissement alors que vous aviez connaissance que votre droit de pratique délivré le 27.10.2008 à titre indépendant n'était pas reconduit, à notre connaissance [phrase en police de caractère gras][…]. Le deuxième juste motif motivant notre licenciement avec effet immédiat, à savoir qu'en date du 08.08.2011, notre secrétaire-téléphoniste nous a confié, comme vous le savez, que vous aviez ‹déchiré› certaines copies des ordonnances médicales relatives aux patients de notre Etablissement [phrase en police de caractère gras]. Nous vous prions de bien vouloir clarifier votre acte. Aussi, vous vous étiez permis de prendre chez vous, selon vos dires d'hier, des ordonnances médicales en date du 21.08.2011, sans aucune permission de notre part. […]». «Nous vous prions de bien vouloir nous restituer dans les meilleurs délais possibles, toutes les ordonnances et autres actes médicaux éventuels que vous vous êtes permis de sortir de votre établissement […]». Par pli du 26 août 2011, T. a fait parvenir à E. Sàrl les copies d'ordonnances requises, en précisant que celles-ci n'avaient jamais été déchirées. Par lettre de son conseil du 4 octobre 2011, T. a contesté l'existence de justes motifs, requis le versement de son salaire jusqu'à fin décembre 2011, sous peine d'intenter une demande en paiement de sa rémunération ainsi qu'une indemnité pour licenciement immédiat injustifié.

Par requête déposée auprès de l'Autorité de conciliation du Tribunal des prud'hommes le 5 janvier 2012, T. a conclu à ce que E. Sàrl soit condamné à lui verser 44'133 fr. 70, avec suite d'intérêts, et à le déclarer auprès d'une caisse de pensions. Par jugement du 3 juin 2013, le Tribunal des prud'hommes a débouté T. des fins de sa demande. Par acte du 5 juillet 2013, T. a formé appel contre le jugement précité.

Extraits des considérants:

5.

L'appelant reproche aux premiers juges d'avoir retenu le caractère injustifié du licenciement avec effet immédiat notifié par l'intimée.

5.1 L'employeur et le travailleur peuvent résilier immédiatement le contrat de travail en tout temps pour de justes motifs (art. 337 al. 1 CO). Doivent notamment être considérées comme tels toutes les circonstances qui, selon les règles de la bonne foi, ne permettent pas d'exiger de celui qui a donné le congé la continuation des rapports de travail (cf. art. 337 al. 2 CO).

Mesure exceptionnelle, la résiliation immédiate pour justes motifs doit être admise de manière restrictive. D'après la jurisprudence, les faits invoqués à l'appui d'un renvoi immédiat doivent avoir entraîné la perte du rapport de confiance qui constitue le fondement du contrat de travail. Seul un manquement particulièrement grave du travailleur justifie son licenciement immédiat; si le manquement est moins grave, il ne peut entraîner une résiliation immédiate que s'il a été répété malgré un avertissement (ATF

130 III 28 consid. 4.1, 213 consid. 3.1). Par manquement du travailleur, on entend généralement la violation d'une obligation découlant du contrat de travail, comme l'obligation de loyauté ou de discrétion ou celle d'offrir sa prestation de travail. Mais d'autres faits peuvent aussi justifier un congé abrupt (cf. ATF 129 III 380 consid. 2.2).

A raison de son obligation de fidélité, le travailleur est tenu de sauvegarder les intérêts légitimes de son employeur (art. 321a al. 1 CO) et, par conséquent, de s'abstenir de tout ce qui peut lui nuire (ATF 124 III 25 consid. 3a p. 27; 117 II 560 consid. 3a p. 561). Cette obligation accessoire générale vaut dans une mesure accrue pour les cadres, eu égard au crédit particulier et à la responsabilité que leur confère leur fonction dans l'entreprise de l'employeur (ATF 130 III 28 consid. 4.1 p. 31; 127 III 86 consid. 2c p. 89).

Il est possible, sous certaines conditions restrictives, de se prévaloir après coup de circonstances antérieurs à la résiliation immédiate que la partie qui a donné le congé ne connaissait pas et ne pouvait connaître. Il faut se demander, dans un tel cas, si les circonstances antérieures, non invoquées au moment du licenciement immédiat, auraient pu conduire l'employeur, s'il les avait connues, à admettre que le rapport de confiance était rompu et à résilier le contrat de travail avec effet immédiat (ATF 127 III 310 consid. 4; 124 III 25 consid. 3c; GLOOR, Commentaire du contrat de travail, 2013, ad art. 337 n. 55; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLF, Arbeitsvertrag, 2012, ad art. 337 n. 19).

Une infraction pénale commise au détriment de l'employeur constitue, en principe, un motif justifiant le licenciement immédiat du travailleur. Il n'en va pas de même du seul soupçon, fût-il fort, d'en être l'auteur, qui pèse sur le travailleur. L'employeur ne saurait ériger sa conviction intime en juste motif. Il doit établir la réalité objective des faits dont il se prévaut (GLOOR, op. cit, ad art. 337 n. 56; arrêt du Tribunal fédéral 4A_507/2010 du 2 décembre 2010, consid. 3.5).

Le juge apprécie librement s'il existe de justes motifs (art. 337 al. 3 CO). Il applique les règles du droit et de l'équité (art. 4 CC). A cet effet, il prendra en considération tous les éléments du cas particulier, notamment la position et les responsabilités du travailleur, le type et la durée des rapports contractuels, ainsi que la nature et l'importance des manquements (ATF 130 III 28 consid. 4.1 p. 32; 127 III 351 consid. 4a p. 354).

5.2 Conformément à l'art. 8 CC, il incombe à la partie qui se prévaut d'un fait pour déduire un droit, d'apporter la preuve de ce fait. Ainsi, il incombe à la partie qui a résilié le contrat de travail avec effet immédiat d'établir l'existence des conditions matérielles et formelles requises pour cette mesure (GLOOR, op. cit., ad art. 337 n. 71; arrêt du Tribunal fédéral 4A_37/2010 du 13 avril 2010, consid. 4.2).

5.3 En l'occurrence, l'intimée a avancé deux motifs de licenciement avec effet immédiat dans le courrier adressé à l'appelant le 19 août 2013.

Le premier a trait au fait que l'employé aurait travaillé à son service alors qu'il savait que son «droit de pratique» à titre indépendant n'avait pas été reconduit, ce que l'employeur n'aurait appris d'une collaboratrice qu'après le 21 juillet 2011, et qui entraînait qu'il ne pouvait plus «répondre à [ses] charges médicales contractuelles».

Il n'est pas contesté que l'appelant était dès avant son engagement au bénéfice d'une autorisation de pratiquer, de façon dépendante, à la charge des assurances-maladie. Dans la mesure où il était employé de l'intimée, dont il est constant qu'il n'était pas le médecin-répondant, pareille autorisation était nécessaire et suffisante à l'exécution de son contrat de travail.

Par ailleurs, le Département compétent lui a délivré une autorisation de pratiquer, de façon indépendante, à la charge des assurances-maladie, en date du 27 octobre 2008, laquelle serait frappée de caducité s'il n'en était pas fait usage dans les douze mois. Selon le témoignage du Médecin cantonal, c'est à sa requête que l'appelant a été appelé à justifier, en avril 2011, d'une activité déployée en 2008 et 2009; s'il n'avait pas produit des factures considérées par le témoin comme conformes, l'appelant aurait pu continuer à exercer au bénéfice de son autorisation de pratiquer à titre dépendant.

Il s'ensuit qu'en tout état la situation de l'appelant sur le plan de cette autorisation de pratiquer à titre dépendant ou indépendant à charge de l'assurance-maladie (qui ne se confond pas avec le droit de pratique comme médecin dont il n'a pas été allégué en l'espèce qu'il aurait fait défaut à l'employé) n'influait en rien sur sa capacité à exécuter son contrat de travail de façon conforme. Peu importe à cet égard le contenu exact de l'entretien ayant eu lieu entre les parties le 18 août 2011, sur lequel celles-ci divergent.

Ainsi, le motif selon lequel l'appelant ne pouvait plus «répondre à [ses] charges médicales contractuelles» est dépourvu de réalité. Il ne saurait justifier le licenciement immédiat signifié le 19 août 2011.

En deuxième lieu, dans son courrier de congé, l'intimée a invoqué le fait que l'appelant aurait déchiré des copies d'ordonnance; il a offert de le prouver par l'audition du témoin F. Ce témoin n'en a pas fait état, de sorte que l'intimée a échoué à prouver son allégué.

L'intimée prétend qu'elle aurait encore invoqué la prise d'ordonnances médicales à l'appui du congé immédiat. Si cette circonstance est en effet mentionnée dans la lettre du 19 août 2011, elle n'est pas décrite comme un juste motif ni mise en exergue par une police de caractères gras, contrairement aux deux autres raisons rappelées ci-dessus. A supposer qu'elle puisse malgré tout être considérée comme une des raisons données au licenciement avec effet immédiat, il apparaît qu'elle ne revêtirait pas un caractère de gravité tel qu'elle fonderait un juste motif; on ne voit pas en effet en quoi la sortie temporaire de ces documents rédigés par l'appelant aurait pu provoquer une rupture de confiance entre les parties, spécialement dans le contexte postérieur à la perquisition du 21 juillet 2011.

5.4 Enfin, l'intimée s'est prévalue d'un troisième motif, découvert postérieurement au licenciement, soit les factures envoyées au Médecin cantonal en avril 2011, et qui, considérées comme conformes par celui-ci, ont permis d'attester la non-caducité de l'autorisation de pratiquer, de façon indépendante, à charge de l'assurance-maladie.

Une circonstance invoquée après le licenciement ne peut être prise en considération que de façon restrictive, comme le rappellent la jurisprudence et la doctrine ci-dessus. Si une infraction pénale dont la réalité a été établie constitue un juste motif, il n'en va pas de même d'un soupçon de commission d'infraction.

In casu, il est constant que les factures en question ne revêtent pas la forme «tarmed». Cette circonstance n'a manifestement, pas troublé le Médecin cantonal, qui n'en a pas fait état, et a considéré que ces pièces étaient aptes à confirmer l'autorisation conditionnelle qui avait été concédée à l'appelant. Il a au demeurant retenu, aux termes de son courrier du 29 juillet 2011, qu'elles avaient été produites par E. Sàrl.

Celui-ci a contesté les connaître, tandis que l'appelant affirme qu'elles lui ont été remises par son employeur, auquel il les avait demandées, dans la mesure où lui-même n'avait pas accès aux données de facturation – ce qui est au demeurant admis par l'intimée.

Par ailleurs, rien de pertinent ne peut être tiré du témoignage de la patiente, ou mère de patient, entendue, puisqu'elle a affirmé qu'elle ne voyait pas les factures émanant de E. Sàrl, et que pour le surplus elle avait été contactée par l'animateur de celle-ci au sujet de celle transmise au Médecin cantonal. Enfin, même si l'appelant s'était déterminé de façon peu précise ou hésitante, comme l'a retenu le Tribunal, au sujet des patients concernés ou des soins dispensés plusieurs années auparavant, on ne voit pas que cette circonstance puisse être retenue à charge contre lui pour le considérer coupable d'une infraction pénale punie d'une peine privative de liberté de cinq ans au plus (art. 251 CP).

Le fardeau de la preuve de la réalité du motif du congé incombait à l'intimée. Celle-ci n'a pas fait la démonstration que le contenu des factures en question ne correspondait pas à la réalité (par exemple par l'apport de sa comptabilité qu'elle soutenu avoir vérifiée, de sa correspondance avec les assurances-maladie, ou de tout autre document utile), ni que l'appelant serait l'auteur de ces documents ce que celui-ci conteste, ni enfin qu'en en faisant usage l'employé aurait connu leur caractère supposément faux. L'intimée n'a pas non plus déposé plainte pénale de ce chef. Elle ne disposait que de simples soupçons, émis de surcroît postérieurement au licenciement immédiat. Ceux-ci ne sauraient constituer un juste motif au congé.

Il s'ensuit que le licenciement signifié à l'appelant était dépourvu de justes motifs.

Le jugement attaqué, qui a retenu la solution inverse, sera dès lors annulé.

Arrêt communiqué par M^{e} W. Gloor, avocat, Genève

Kanton Graubünden

Kantonsgericht von Graubünden, Urteil vom 5. Februar 2013 (Bestätigung des Entscheids der Einzelrichterin am Bezirksgericht Plessur vom 1. November 2012)

Verlassen der Arbeitsstelle, Art. 337d OR. Die Ansicht der Vorinstanz ist nicht zu beanstanden, wonach ein Arbeitsvertrag mit dem Inhalt des am 9. Mai 2011 abgeschlossenen Schriftstücks mangels Konsenses zwischen den Parteien nie zustande gekommen ist, damit aber die ursprüngliche und mit E-Mail vom 22. Mai 2011 festgehaltene Vereinbarung (Entlohnung auf Stundenbasis) ihre Gültigkeit behielt. Da darin keine Kündigungsfrist vorgesehen war, verliess der Arbeitnehmer die Arbeitsstelle nicht ungerechtfertigt im Sinne von Art. 337d OR, womit dem Arbeitgeber auch kein darauf gestützter Anspruch auf Ersatz des geltend gemachten Schadens zusteht (E. 3).

Sachverhalt:

C. vom Dienstleistungsunternehmen A. und B. lernten sich anlässlich eines RAV-Kurses kennen, woraufhin Ersterer Letzteren Anfang April 2011 kontaktierte und bezüglich eines Einsatzes als Maschinenbau-Konstrukteur bei der D. AG in Liechtenstein anfragte. Nachdem B. am vorgeschlagenen Arbeitseinsatz Interesse gezeigt hatte, organisierte die A. für diesen ein Vorstellungsgespräch bei der D. AG. In der Folge verständigten sich die A. und B. mündlich über die Anstellungs- bzw. Lohnbedingungen und am 3. Mai 2011 begann B. bei der D. AG zu arbeiten.

Am 4. Juli 2011 meldete die A. beim Vermittleramt des Bezirks Plessur eine Klage gegen B. an. Da anlässlich der Schlichtungsverhandlung vom 22. September 2011 zwischen den Parteien keine Einigung erzielt werden konnte, wurde gleichentags die Klagebewilligung mit dem Rechtsbegehren auf Zahlung von Fr. 5000.– durch die Beklagte ausgestellt. Mit Eingabe vom 20. Dezember 2011 wurde die Klage mit unverändertem Rechtsbegehren frist- und formgerecht beim Bezirksgericht Plessur eingereicht. Dabei machte die A. geltend, infolge ungerechtfertigten Verlassens der Arbeitsstelle durch B., stünde ihr gestützt auf Art. 337d OR eine Entschädigung bzw. ein Schadenersatzanspruch in der Höhe von Fr. 5000.– zu. Dieser Betrag ergebe sich aus der Differenz des Nettolohns, den sie B. ab 1. Juni 2011 hätte auszahlen müssen, und den Stunden, welche sie der D. AG in diesem Zeitraum hätte verrechnen können. In seiner Klageantwort vom 26. März 2012 bestritt B., eine Verletzung des bestehenden Arbeitsverhältnisses begangen zu haben. Der von der A. eingereichte Arbeitsvertrag widerspiegle nicht den wirklichen Willen der Parteien, sondern

sei nur unterzeichnet worden, um den Liechtensteiner Behörden etwas vorlegen zu können. Mit Entscheid vom 1. November 2012 wies die Einzelrichterin am Bezirksgericht Plessur die Klage ab. Gegen diesen Entscheid liess die A. Beschwerde an das Kantonsgericht von Graubünden mit dem Rechtsbegehren auf Aufheben des angefochtenen Urteils erheben.

Aus den Erwägungen:

3.

a. Die Einzelrichterin am Bezirksgericht Plessur erachtete es als erstellt, dass die Parteien übereinstimmend stets von einer Entlohnung auf Stundenbasis ausgegangen seien. Der am 9. Mai 2011 auf den 19. April 2011 rückdatierte und unterschriebene Arbeitsvertrag mit einem monatlichen Bruttolohn von Fr. 6500.– sei offensichtlich lediglich für die Anmeldung beim zuständigen liechtensteinischen Amt ausgefertigt und unterschrieben worden. Keinesfalls habe es sich hierbei um den Willen beider Parteien gehandelt. Selbst wenn die Klägerin tatsächlich auf dieser Monatslohnbasis hätte abstellen wollen, so sei es doch klarerweise nicht der Wille des Beklagten gewesen, sich auf diesen Vertrag einzulassen. Einzig die offenbar herrschende Hektik und die Aussage von C., der zu unterzeichnende Vertrag diene lediglich der Anmeldung beim Amt, hätten ihn bewogen, das Schreiben zu unterzeichnen. Der Beklagte sei stets davon ausgegangen, einen anderen, auf Stundenlohn basierenden Vertrag geschlossen zu haben. Ein Arbeitsvertrag mit dem Inhalt des auf den 19. April 2011 rückdatierten Schriftstücks sei demnach aufgrund fehlenden Konsenses zwischen den Parteien nie zustande gekommen, womit die ursprüngliche mündliche und am 22. Mai 2011 per E-Mail festgehaltene Vereinbarung zwischen den Parteien Gültigkeit habe, keine Kündigungsfrist vereinbart worden sei und der Beklagte demnach die Arbeitsstelle nicht ungerechtfertigt im Sinne von Art. 337d OR verlassen habe. Entsprechend habe die Klägerin keinen Anspruch aus Art. 337d OR auf Ersatz eines angeblichen Schadens.

b. Die Beschwerdeführerin attestiert der Vorinstanz, zunächst richtig festgehalten zu haben, dass sie (die Beschwerdeführerin) gemäss den allgemeinen Beweislastregeln von Art. 8 ZGB die rechtsbegründenden und -erzeugenden Tatsachen zu beweisen habe, während der Beschwerdegegner die Beweislast für rechtsaufhebende und -hindernde Tatsachen trage. Anschliessend – so die Beschwerdeführerin weiter – gehe die Vorinstanz aber zu Unrecht davon, dass die beiden Parteien übereinstimmend stets von einer Entlohnung auf Stundenbasis ausgegangen seien, dass der unterzeichnete Arbeitsvertrag offensichtlich lediglich für die Anmeldung beim zuständigen liechtensteinischen Amt ausgefertigt und unterzeichnet worden sei und dass ein Arbeitsvertrag mit dem Inhalt des vorliegenden Schriftstücks aufgrund fehlenden Konsenses zwischen den Parteien nie zustande gekommen sei, womit die mündliche Vereinbarung zwischen den

Parteien Gültigkeit habe. Damit übersehe die Vorinstanz, dass nichts für die Sachverhaltsdarstellung des Beschwerdeführers spreche und dieser auch keinerlei Beweise vorbringe. Indem sie ihr Urteil dennoch auf diesem äusserst unwahrscheinlichen, lebensfremden und durch nichts belegten Sachverhalt abstütze, verletze sie Art. 8 ZGB.

c. Die Einzelrichterin am Bezirksgericht Plessur gelangte in Würdigung des Beweisergebnisses zur Auffassung, die Aussagen des Beklagten in der Klageschrift wie auch anlässlich der Hauptverhandlung würden grundsätzlich durch innere Geschlossenheit und Folgerichtigkeit in der Darstellung des Geschehesablaufs überzeugen. Für die nicht wirkliche Ernsthaftigkeit des von den Parteien unterzeichneten Schriftstücks spreche denn auch die unsorgfältige Aufsetzung des schriftlichen Vertrags, insbesondere die «Falschplatzierung» der Unterschriften von Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Aus der bei den Akten liegenden E-Mail vom 22. Mai 2011 gehe zudem hervor, dass die Parteien auch zwei Wochen nach Unterschreiben des anderslautenden Vertrags vom 19. April bzw. 9. Mai 2011 stets noch von einer Entlohnung auf Stundebasis gesprochen hätten und von einer Kündigungsfrist nie die Rede gewesen sei. Zwischen den Parteien sei offensichtlich klar und unwidersprochen gewesen, dass der Beklagte einen Stundenlohn von Fr. 60.– zugute haben soll. Dieses im Vergleich zum im Recht liegenden schriftlichen Vertrag gegenteilige Bekenntnis nach Unterzeichnung des schriftlichen Vertrags könne im Rahmen der Würdigung der gesamten Umstände nicht unbeachtet bleiben und sei durchaus als Indiz für eine entsprechende, immer noch geltende Vereinbarung zwischen den Parteien zu werten. Aufgrund des gesamten Ablaufs der Geschehnisse erscheine es dem Gericht absolut plausibel, dass sich die Vertragsunterzeichnung vom 9. Mai 2011 genau so, wie vom Beklagten aufgezeigt, abgespielt habe.

d. Im Rahmen der richterlichen Befragung durch die Vorderrichterin gab der Beschwerdegegner zu Protokoll, er sei von C. im April 2011 telefonisch angefragt worden, ob er Lust hätte, für ca. einen Monat ein Projekt in Liechtenstein zu unterstützen. Mündlich hätten sie eine Stundenlohnbasis von Fr. 60.– bis Fr. 65.– abgemacht. Bis zu seinem Stellenantritt habe er jedoch keine schriftliche Bestätigung erhalten. Später sei diese Abmachung dann in einer E-Mail bestätigt worden. Bei diesem ersten Zusammenkommen sei es um einen Zeitabschnitt von vier bis sechs Wochen (bei der D. AG) gegangen. C. sei dann im Laufe des Monats einmal während der Arbeitszeit bei ihm im Büro aufgetaucht und habe ihm einen Vertrag unter die Nase gehalten, welcher einen komplett anderen Inhalt gehabt habe, als sie mündlich abgemacht hätten. C. Begründung für diese Änderung sei gewesen, dass er ihn sonst in Liechtenstein nicht anmelden könne. Er sei stets davon ausgegangen, dass er ihm Ende Monat eine Rechnung mit der Aufzeichnung seiner geleisteten Stunden stelle. Bevor er den ihm vorgelegten Vertrag unterschrieben habe, habe er bemängelt, dass er bei «Arbeitgeber» unterschreiben sollte, weil C. bei «Arbeitnehmer» unterschrie-

ben habe. Des Weiteren habe er das falsche, rückdatierte Datum bemängelt. Er (C.) habe gemeint, dieser Vertrag sei nur für die Anmeldung beim Amt, und habe ihm versichert, er werde noch einen neuen ausarbeiten bzw. ihm den Rest über Bonus oder ähnliches vergüten, damit kein so krasser Unterschied zu ihrer Abmachung bestehe. Von diesem Vertrag habe er nie eine Kopie erhalten.

e. Diese Aussagen des Beschwerdegegners lassen sich ohne weiteres mit den übrigen sich im Recht befindlichen Unterlagen in Einklang bringen, weshalb die vorinstanzliche Auffassung nicht zu beanstanden ist. Bereits in der E-Mail vom 7. Mai 2011, welche der Beschwerdegegner C. nach den ersten Arbeitstagen bei der D. AG zukommen liess, war die Rede davon, die im Zeitraum vom 3.–6. Mai 2011 geleisteten Arbeitsstunden (33.5 h) nach Kostenstellen eingeteilt in der Abrechnung aufzulisten. Dies macht deutlich, dass der Beschwerdegegner seiner zuvor zitierten Aussage entsprechend von Beginn weg davon ausging, er werde von der Beschwerdeführerin auf Stundenlohnbasis entlohnt. Diese Auffassung wurde implizit auch von der Beschwerdeführerin in ihrer an den Beschwerdegegner gerichteten E-Mail vom 22. Mai 2011 bestätigt. Darin äusserte sich C. nämlich dahingehend, als er von einem Fachmann einen Vertrag vorbereiten lassen werde, der ihre (gemeinsame) Geschäftsbeziehung klar und unmissverständlich regle, wobei es sich voraussichtlich um einen Dienstvertrag handeln werde. In Bezug auf die Vertragsinhalte wollte C. dem Beschwerdegegner die telefonisch vereinbarten Abmachungen bestätigen und hielt unter anderem fest, das Honorar betrage Fr. 60.– pro Stunde, inklusive Autospesen, Fahrzeit und Verpflegung, solange der Einsatzort in der Schweiz oder in Liechtenstein liege. Des Weiteren sollte vertraglich festgehalten werden, dass der Beschwerdegegner der Beschwerdeführerin am Ende jeden Monats eine Rechnung zu stellen habe, die mit einer Zahlungsfrist von 15 Tagen auf das Konto des Beschwerdegegners überwiesen werden sollte. Diese nach Abschluss des auf den 19. April 2011 rückdatierten Arbeitsvertrags vom 9. Mai 2011 von C. getätigten Äusserungen stehen in offensichtlichem Widerspruch zum Inhalt des wenige Tage zuvor unterzeichneten schriftlichen Arbeitsvertrags. Dies betrifft namentlich die Entlohnung, welche sich gemäss Ziffer 4 des Vertrags auf monatlich Fr. 6500.– brutto belaufen sollte, wohingegen in der E-Mail vom 22. Mai 2011 klar und unmissverständlich von einem Stundenlohn von Fr. 60.– die Rede war. In Bezug auf besagten Arbeitsvertrag sind indessen noch weitere Auffälligkeiten festzustellen, welche von der Beschwerdeführerin zu verantworten sind und in ihrer Gesamtheit betrachtet den Schluss nahelegen, dass sie diesen – wie vom Beschwerdegegner glaubhaft dargelegt und in Übereinstimmung mit den vorinstanzlichen Feststellungen – lediglich zum Zweck der Anmeldung beim zuständigen liechtensteinischen Amt ausgefertigt hat. Zum einen bezeichnete die Beschwerdeführerin den Arbeitsbeginn des Beschwerdegegners auf der Arbeitgeberbescheinigung für die Arbeitslosenversicherung mit dem 3. Mai 2011, während im Arbeitsvertrag der 2. Mai

2011 als Arbeitsbeginn festgehalten wurde. Der Beschwerdegegner selbst nannte als Arbeitsbeginn ebenfalls den 3. Mai 2011 und auch dessen E-Mail vom 7. Mai 2011 sowie die Detailabrechnung vom 5. Juni 2011 sprechen klarerweise dafür, dass dieser seine Arbeit bei der D. AG entgegen der Angabe im Arbeitsvertrag tatsächlich erst am 3. Juni 2011 aufgenommen hat. Zum anderen deklarierte die Beschwerdeführerin in der Arbeitgeberbescheinigung für die Arbeitslosenversicherung in Bezug auf den Beschwerdegegner eine vertragliche Normalarbeitszeit von 42 Stunden pro Woche. Abgesehen davon, dass eine derartige Regelung im Arbeitsvertrag gänzlich fehlt, geht selbst aus der rund zwei Wochen nach Vertragsabschluss verfassten E-Mail vom 22. Mai 2011 nichts hervor, was darauf hindeuten würde, dass die Parteien eine wöchentliche Normalarbeitszeit hätten vereinbaren wollen. Im Gegenteil sollte die diesbezügliche Vertragsbestimmung zufolge C. sogar dahingehend lauten, als der Beschwerdegegner die Stundenzahl pro Tag und Woche jeweils direkt mit den Verantwortlichen des Kunden besprechen könne. Unüblich ist ferner auch der Umstand, dass der betreffende Arbeitsvertrag lediglich in einfacher Ausfertigung erstellt und der Beschwerdegegner nicht einmal mit einer Kopie bedient worden ist. Soweit die Beschwerdeführerin im Zusammenhang mit dem Vertragsabschluss sodann geltend macht, bei der «Falschplatzierung» der Unterschriften handle es sich um ein kleines Missgeschick, welches an der Gültigkeit des Vertrags nichts zu ändern vermöge, ist ihr darin zwar grundsätzlich zuzustimmen. Dennoch stellt dieser Umstand nebst den vorangegangenen Punkten ein weiteres Indiz für die Glaubhaftigkeit der beschwerdegegnerischen Sachverhaltsschilderung dar. Hinzu kommt, dass sich auch der E-Mail-Verkehr unter den Parteien Anfang Juni 2011 nicht anders interpretieren lässt. So teilte C. dem Beschwerdegegner am 5. Juni 2011 mit, dass er noch eine schriftliche Kündigung von diesem erwarte, woraufhin der Beschwerdegegner Tags darauf erwiderte, nicht zu wissen, was er kündigen solle, da er keinerlei Verträge bekommen habe und C. ihm deshalb erst die entsprechenden Unterlagen zukommen lassen müsste. Dass die Beschwerdeführerin die letzte E-Mail des Beschwerdegegners in der Folge unbeantwortet liess, spricht für sich. Hätte sich die vorliegenden Angelegenheit nämlich so abgespielt wie von der Beschwerdeführerin geschildert und der betreffende Arbeitsvertrag wäre in der Tat nicht bloss zwecks Anmeldung bei der zuständigen Amtsstelle abgeschlossen worden, so ist schlicht nicht nachvollziehbar, weshalb die Beschwerdeführerin diesen Arbeitsvertrag dem Beschwerdegegner nicht entgegengehalten oder ihm zumindest eine Kopie desselben zugestellt hat, um ihn auf die entsprechenden Kündigungsmodalitäten hinzuweisen. Stattdessen hat sie es nicht einmal für nötig befunden, die entsprechende Äusserung des Beschwerdegegners mit einer Antwort zu würdigen. Ein solches Verhalten seitens der Arbeitgeberin entspricht nicht der allgemeinen Lebenserfahrung.

f. In Würdigung sämtlicher Umstände ist der Vorinstanz darin zu folgen, dass ein Arbeitsvertrag mit dem Inhalt des am 9. Mai 2011 abge-

schlossenen Schrift-stücks mangels Konsenses zwischen den Parteien nie zustande gekommen ist. Infolgedessen behielt die ursprüngliche und mit E-Mail vom 22. Mai 2011 festgehaltene Vereinbarung ihre Gültigkeit. Da eine Kündigungsfrist darin nicht vorgesehen war, verliess der Beschwerdegegner die Arbeitsstelle auch nicht ungerechtfertigt im Sinne von Art. 337d OR, womit der Beschwerdeführerin auch kein darauf gestützter Anspruch auf Ersatz des geltend gemachten Schadens zusteht. Die Vorinstanz hat die Klage mithin zu Recht abgewiesen. Entsprechend ist der angefochtene Entscheid zu schützen, was die Abweisung der vorliegenden Beschwerde zur Folge hat.

(…)

Demnach wird erkannt:

Die Beschwerde wird abgewiesen.

Kantonsgericht von Graubünden, Urteil vom 23. September 2013 (Bestätigung des Urteils des Bezirksgerichts Prättigau/Davos vom 3. November 2011)

Überstundenentschädigung. Lag keine ausdrückliche Weisung des Arbeitgebers vor, kann dieser die Bezahlung von tatsächlich geleisteten Überstunden nicht verweigern, wenn er von ihrer Leistung Kenntnis hatte und dagegen nicht eingeschritten ist. Er muss sich entgegenhalten lassen, durch sein Schweigen die Leistung der Überstunden gebilligt zu haben. Stand es dagegen der Arbeitnehmerin frei, ihre Arbeitszeiten selbst einzuteilen, und war sie auch für das Betriebskonzept zuständig, durfte der Arbeitgeber davon ausgehen, sie würde darauf achten, dass nicht übermässig Überstunden anfielen, bzw. sie würde sich melden, wenn so viele Überstunden geleistet wurden, dass mit einer Kompensation derselben kaum noch gerechnet werden konnte. Leistete die Arbeitnehmerin Überstunden, obwohl die Möglichkeit der Anforderung einer Aushilfe bestand, waren sie auch aus diesem Grund als nicht notwendig einzustufen (E. 5.a und b).

Sachverhalt:

Mit Arbeitsvertrag vom 11. April 2007 stellte die Y. AG X. als stellvertretende Leiterin Unterkünfte, Camping & Restauration Camping ein. Der Arbeitsvertrag wurde auf unbestimmte Zeit abgeschlossen. X. war dem Geschäftsführer G. unterstellt. Es wurde ein monatlicher Bruttolohn in Höhe von Fr. 4800.– sowie netto Fr. 200.– Pauschalspesen vereinbart. Mit Schreiben vom 18. Januar 2008 kündigte X. das Arbeitsverhältnis per 30. April 2008. In der Folge konnten sich die Parteien nicht einigen, ob die Arbeitnehmerin noch einen Anspruch auf Entschädigung für nichtbezogene Ruhe- und Feiertage sowie geleistete Überstunden habe.

Das Bezirksgericht Prättigau/Davos wies mit Urteil vom 1. April 2010 die Klage von X. ab. Gegen dieses Urteil führte X. Berufung beim Kantonsgericht von Graubünden. Mit Urteil vom 5. Oktober 2010 hiess das Kantonsgericht die Berufung im Sinne der Erwägungen gut, hob das angefochtene Urteil auf und wies die Sache zur weiteren Behandlung und Entscheidung an die Vorinstanz zurück. Nach eingehender Würdigung der Beweise und aller massgeblichen Faktoren war das Kantonsgericht zum Schluss gelangt, dass X. entgegen den Erwägungen im angefochtenen Urteil des Bezirksgerichts Prättigau/Davos vom 1. April 2010 dem L-GAV (Version 1998) unterstellt war. Weiter hielt das Kantonsgericht fest, dass sich die Vorinstanz aufgrund dessen nun mit der geltend gemachten Entschädigung für nichtbezogene Ruhe- und Feiertage sowie für geleistete Überstunden in Anwendung der Bestimmungen des L-GAV 98 auseinanderzusetzen habe. Mit Entscheid vom 3. November 2011, mitgeteilt am 1. Februar 2012, erkannte das Bezirksgericht Prättigau/Davos was folgt: Die Klage der X. gegen die Y. AG wird teilweise gutgeheissen und die Y. AG wird verpflichtet, X. Fr. 3358.90 zu bezahlen. Gegen diesen Entscheid führt X. Berufung beim Kantonsgericht von Graubünden.

Aus den Erwägungen:

4.

X. hat gemäss ihren Ausführungen in der Berufung die von der Vorinstanz zugesprochene Entschädigung für nicht bezogene Ruhe- und Feiertage in Höhe von Fr. 3358.90 zuzüglich 5% Zins seit dem 1. Mai 2008 ausdrücklich nicht angefochten. Die Y. AG ihrerseits hat keine Berufung erhoben. Das vorinstanzliche Urteil ist somit insoweit rechtskräftig geworden (Art. 315 Abs. 1 ZPO) und die II. Zivilkammer des Kantonsgerichts hat sich mit der Entschädigung für nicht bezogene Ruhe- und Feiertage nicht weiter zu beschäftigen. Strittig ist vorliegend jedoch die Frage, ob X. Anspruch auf Entschädigung für geltend gemachte Überstunden hat. Die von der Vorinstanz für den Fall der Bejahung eines entsprechenden Anspruchs und unter Vorbehalt des Nachweises der geltend gemachten Überstunden vorgenommene rechnerische Korrektur der klägerischerseits errechneten Anzahl möglicher Überstunden sowie die vorinstanzliche Berechnung des daraus resultierenden möglichen Nettolohnanspruches hat X. dahingegen in der Begründung der Berufung vorbehaltslos akzeptiert. Nachfolgend kann somit von diesen Zahlen ausgegangen werden.

5.

Gemäss Berufung macht X. geltend, dass sie während ihrer Anstellung als stellvertretende Leiterin Unterkünfte, Camping & Restauration Camping in der Zeit vom 11. April 2007 bis zum 30. April 2008 insgesamt 939 Überstunden geleistet habe, die sie nicht habe kompensieren können. Zunächst stellt sich die Frage, ob X. überhaupt Anspruch auf Bezahlung von Überstunden hat. Bei deren Beantwortung ist davon auszugehen, dass

X. dem L-GAV 98 unterstellt war. Gemäss dessen Art. 15 sind geleistete und nicht kompensierte Überstunden am Ende des Arbeitsverhältnisses zu entschädigen. Auch unter dem L-GAV 98 sind Überstunden jedoch nur abgeltungspflichtig, wenn sie vom Arbeitgeber angeordnet respektive genehmigt wurden oder betrieblich notwendig waren. Nicht notwendig ist Überstundenarbeit, wenn sie – insbesondere durch eine geeignetere Organisation oder einen Einsatz vorhandener Hilfskräfte – leicht vermieden werden könnte. Der Arbeitnehmer hat im Streitfall nachzuweisen, dass er Überstunden leistete und dass sie angeordnet (respektive genehmigt) oder betrieblich notwendig waren (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7. Auflage, Zürich 2012, N 2 und N 10 zu Art. 321c OR; PORTMANN, Basler Kommentar, N 2 zu Art. 321c OR; vgl. auch STÄHELIN/VISCHER, Zürcher Kommentar, N 7 zu Art. 321c OR).

a) Weder vor der Vorinstanz noch im Berufungsverfahren hat X. geltend gemacht, die von ihr angeblich geleisteten Überstunden seien von der Y. AG angeordnet worden. Es findet sich in den Akten denn auch kein Hinweis beziehungsweise kein Beleg, der auf eine Anordnung der behaupteten Überstunden schliessen liesse. Insbesondere ergibt sich aus dem Umstand, dass im Arbeitsvertrag davon gesprochen wird, es könne auch Arbeit ausserhalb der üblichen Arbeitszeit erforderlich werden, einzig, dass sich die Arbeitgeberin bewusst war, dass Überstunden anfallen konnten. Die Formulierung im Arbeitsvertrag ist jedoch keinesfalls als Anordnung von Überstunden zu verstehen. Eine explizite Anordnung von Überstunden kann für das vorliegende Verfahren daher verneint werden. Lag keine ausdrückliche Weisung des Arbeitgebers vor, kann dieser die Bezahlung von tatsächlich geleisteten Überstunden nicht verweigern, wenn er von ihrer Leistung Kenntnis hatte und dagegen nicht eingeschritten ist. Er muss sich entgegen halten lassen, durch sein Schweigen die Leistung der Überstunden gebilligt zu haben (Urteil des Bundesgerichts vom 8. September 2000, 4C.133/2000, E 3b; vgl. auch Urteil des Bundesgerichts vom 15. Juli 2011, 4A_42/2011, E 5.2). X. hat in der Berufung geltend gemacht, die Y. AG habe aufgrund der Öffnungszeiten, des Personalbestandes, der täglichen Umsätze im Restaurant und bei den Übernachtungen, der Auslastungen der Unterkünfte, der Ferienberechnung und der Aufsichtspflicht des Geschäftsführers wissen müssen, dass erhebliche Überstunden anfallen würden und diese nicht kompensiert werden könnten. Trotz dieses Wissens habe sich die Y. AG nie um Aufklärung über die anfallenden Überstunden bemüht und nie nach dem Ausmass der Überstunden gefragt. Damit macht X. geltend, die Y. AG habe um die Notwendigkeit der Leistung von Überstunden gewusst. Trotzdem habe sie nicht reagiert, wodurch die Überstunden stillschweigend genehmigt worden seien. Dieser Argumentation ist nicht zuzustimmen, da es der Arbeitgeberin an der notwendigen Kenntnis fehlte und sie auch nicht verpflichtet war, sich zu erkundigen, ob Überstunden geleistet würden. Es stand offenbar X. und B. frei, ihre Arbeitszeiten einzuteilen.

Ebenso waren sie für das Betriebskonzept zuständig. Die Y. AG durfte davon ausgehen, dass X. und B. darauf achteten, dass nicht übermässig Überstunden anfielen, beziehungsweise dass sie sich melden würden, wenn so viele Überstunden geleistet wurden, dass mit einer Kompensation derselben kaum noch gerechnet werden konnte und auch eine vollständige Abgeltung mit der zusätzlichen Ferienwoche und dem höheren Lohn nicht mehr möglich war (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 9. Oktober 2000, 4C.110/2000, E 3d). Dies gilt auch unter Berücksichtigung, dass X. im Zeitraum, als sie die Überstunden geleistet haben will, noch davon ausging, dass sie dem L-GAV 98 nicht unterstehe und die Überstundenentschädigung im Arbeitsvertrag korrekt beschränkt worden sei. Auch unter diesen Voraussetzungen musste sie nicht unbeschränkt Überstunden leisten. So ist denn auch im Vertrag von einer durchschnittlichen Arbeitszeit von 42 Stunden die Rede (Ziffer 10.1 Arbeitsvertrag). In Ziff. 10.2 des Arbeitsvertrags wird sodann Arbeit ausserhalb der üblichen Arbeitszeit, die aufgrund der leitenden Funktion der Arbeitsnehmerin erforderlich sein könne, als «Sondereinsatz» bezeichnet. Aus Ziff. 9.2 ergibt sich schliesslich, dass Überzeiten grundsätzlich zu kompensieren waren. Hieraus wie auch aus den für geleistete und nicht kompensierte Überstunden vereinbarten Gegenleistungen (zusätzliche Ferienwoche/Lohnhöhe) ergibt sich eine Beschränkung der zu leistenden Überstunden. Unter diesen Voraussetzungen hätte sich X. mit der Y. AG in Verbindung setzen müssen, wenn derart übermässig viele Überstunden anfielen, wie sie nun geltend macht. Im Übrigen ist der Auffassung von X., dass die Y. AG aufgrund der Öffnungszeiten, des Personalbestandes und der Umsätze hätte erkennen müssen, dass mehr Überstunden notwendig waren, als kompensiert werden konnten und abgegolten waren, nicht beizupflichten. Es sei in diesem Zusammenhang zum Beispiel auf die Arbeitszeitkontrolle von X. für den Monat Mai 2007 hingewiesen. Obwohl X. und B. in diesem Monat die Betriebe alleine führten, war es möglich, dass X. ihre Ruhetage weitgehend bezog und zwar jeweils samstags und sonntags. Es war für B. offenbar möglich, an den Ruhetagen von X. die Betriebe ohne ihre Unterstützung zu führen. Deswegen ist nicht einzusehen, weshalb es an den anderen Tagen nicht möglich gewesen sein sollte, Überstunden durch eine geschickte Arbeitszeiteinteilung zu vermeiden. Denn dass es für die Erledigung der anfallenden Arbeiten notwendig gewesen wäre, dass sowohl X. als auch B. die ganze Zeit in den Betrieben anwesend gewesen sind, wie X. geltend macht, ist durch den aufgezeigten Bezug von Ruhetagen widerlegt. Auch wenn es in den Monaten Juni 2007 und folgende mehr Gäste im Restaurant und im Camping gegeben haben sollte als im Mai 2007, ist doch festzustellen, dass ab Juli 2007 C. das Team verstärkt hat und dass für die Wintersaison sogar mehrere Saisonmitarbeiter und Aushilfen angestellt worden sind. Vergleicht man im Übrigen die Arbeitszeitkontrollen von C. und X., so fällt auf, dass C. an den Tagen, an welchen X. Ruhetage eingezogen hat, nicht längere Präsenzzeiten hatte als an anderen Tagen. C. konnte auch zum Beispiel vom 10.–

13. September 2007, als X. Ruhetage bezog, bereits um 17.30 Uhr die Arbeit beenden, und B. war offensichtlich in der Lage, die anfallenden Arbeiten bis zum Betriebsschluss alleine zu erledigen. Weshalb es dann an den anderen Tagen notwendig gewesen sein sollte, dass X. und B. die ganze Zeit gleichzeitig anwesend waren, ist nicht einsichtig. Dasselbe gilt vermehrt noch für die Wintersaison, wo drei festangestellte Saisonmitarbeiter mit einem Pensum von jeweils 100% mithalfen und zudem vier Aushilfen eingesetzt werden konnten. Die Y. AG durfte folglich davon ausgehen, dass durch geschickte Einteilung der Arbeitszeiten und den effizienten Einsatz der Mitarbeiter und Aushilfen Überstunden, die nicht kompensiert werden konnten und nicht durch die zusätzliche Ferienwoche und den höheren Lohn abgegolten waren, vermeidbar waren. Sie musste daher weder aufgrund der Öffnungszeiten, noch wegen des Personalbestandes, der Auslastung der Unterkünfte oder der generierten Umsätze davon ausgehen, dass bei X. so viele Überstunden anfielen, dass diese weder kompensiert werden konnten noch durch Ferienwoche und Lohn abgegolten waren. Dasselbe ist bezüglich des Arguments zu sagen, dass A. aufgrund seiner Aufsichtspflicht über den Geschäftsverlauf informiert gewesen sei. Allein aus dem Geschäftsgang hätte nicht abgeleitet werden können, dass in erheblichem Umfange Überstunden angefallen wären. Die Ferienberechnung wiederum war nur ein Hinweis darauf, ob die Ferien bezogen wurden oder nicht. Die Arbeitgeberin durfte davon ausgehen, dass nicht bezogene Ferien wie vereinbart in der Zwischensaison bezogen werden würden, bestand doch kein Anspruch auf Ferien während der Saison. Nicht bezogene Ferien liessen daher keinen Schluss auf das Leisten von Überstunden zu. Weiter zeigten die Erfahrungen aus der vorhergehenden Wintersaison 2006/2007 höchstens auf, dass eine vertretbare Anzahl Überstunden schlussendlich nicht kompensiert werden konnte und daher ausbezahlt werden musste. Ob jedoch in der vorangegangenen Wintersaison (oder allgemein vor der Sommersaison 2007) bereits eine zusätzliche Ferienwoche gewährt und ein höherer Lohn ausbezahlt worden waren, um allfällige nicht kompensierbare Überstunden abzugelten, oder ob die Y. AG erst ab der Sommersaison 2007 zur Vermeidung von Zahlungen für Überstunden die zusätzliche Ferienwoche und den höheren Lohn vereinbart hat, ist nicht klar, weshalb sich aus den nach der Wintersaison 2006/2007 ausbezahlten Überstunden nichts ableiten lässt. Und schliesslich musste die Y. AG die E-Mail von B. und X. vom 31. Oktober 2007 an A. und H. nicht in dem Sinne verstehen, dass sowohl B. als auch X. täglich je zwei Schichten zu acht Stunden arbeiteten. Sie durfte vielmehr schliessen, es werde in zwei Schichten gearbeitet und dabei insgesamt 16 Stunden abgedeckt. Dass sich die Y. AG im Übrigen nicht um die Arbeitszeitkontrolle gekümmert und sich auch nicht nach den Arbeitszeiten oder Überstunden erkundigt hat, kann ihr aufgrund der vertraglichen Vereinbarungen nicht vorgeworfen werden, zumal auch sie in der fraglichen Zeit, als die Überstunden geleistet worden sein sollen, noch davon ausging, dass X. nicht dem L-GAV 98 unterstehe und die Abgeltung

der Überstunden im Arbeitsvertrag gültig auf die zusätzliche Ferienwoche und den höheren Lohn beschränkt worden sei. Die Y. AG musste unter diesen Umständen jedenfalls nicht wissen und auch nicht davon ausgehen, dass X. massiv Überstunden leistete, ohne ihr dies mitzuteilen. Aus dem Schweigen der Y. AG kann unter diesen Umständen keine nachträgliche Genehmigung bereits geleisteter Überstunden abgeleitet werden.

b) Die Y. AG hat von Anfang an geltend gemacht, dass sie Aushilfen zur Verfügung gestellt hätte, wenn sie von den Überstunden gewusst hätte. Dies erscheint glaubhaft. Aus den Akten ergibt sich, dass für die Wintersaison 2007/2008 mehrere Saisonmitarbeiter und Aushilfen eingestellt wurden. Ebenso hat C. das Team in der Sommersaison 2007 verstärkt. Für die Sommersaison 2008 wiederum wurden sogar mehrere Saisonmitarbeiter und Aushilfen eingestellt. X. und B. waren gemäss Aktenlage in der Wintersaison 2006/2007 selbst als (Saison-)Mitarbeiter eingestellt gewesen. Damit ist davon auszugehen, dass die Möglichkeit, Saisonmitarbeiter und Aushilfen einzustellen, zum einen durchaus bestanden hat und zum andern X. und B. auch bekannt war. Unter diesen Umständen aber können allenfalls übermässige Überstunden nicht mehr als notwendig erachtet werden, da sie zu vermeiden gewesen wären. Es wäre an B. und X. als Leiter und stellvertretende Leiterin der E., des F. und des Campingplatzes gewesen, genügend Saisonmitarbeiter und Aushilfen zu beantragen, so dass keine oder zumindest kaum nicht kompensierbare Überstunden angefallen wären. Dass sie dies für die Sommersaison 2007 getan hätten, aber von der Y. AG nicht genügend Personal bewilligt erhalten hätten, machen sie nicht geltend und ergibt sich auch nicht aus den Akten. Für die Wintersaison 2007/2008 haben B. und X. zwar tatsächlich mehr Personal beantragt, als schlussendlich von der Y. AG bewilligt worden ist. Jedoch ist aus diesem Umstand einzig zu schliessen, dass die Y. AG dem Betriebskonzept, wie es B. und X. vorgesehen hatten, nicht im ganzen Umfang zustimmte, sondern von einem weniger arbeitsintensiven Betriebskonzept ausging. Die Tatsache, dass die Y. AG nicht alle beantragten Stellen bewilligte, hiess daher nicht, dass sie nun mit erheblichen Überstunden einverstanden gewesen wäre, und durfte ohne weitere Hinweise auch nicht so verstanden werden. Vielmehr hätten sich B. und X. in dieser Situation Gedanken über ein reduziertes, den personellen Gegebenheiten angepasstes Betriebskonzept machen müssen. Wenn sie dies nicht getan haben und dadurch erhebliche Überstunden entstanden sind, kann dies nicht der Y. AG angelastet werden. Im Weiteren hat die Y. AG ausgeführt, dass sie die Stellen, die von B. und X. für die Wintersaison 2007/2008 beantragt worden seien, auch deswegen nicht alle bewilligt habe, weil zuerst habe klar werden müssen, wie viel Arbeit in dieser Wintersaison überhaupt anfallen werde. Sie wäre aber bereit gewesen, mehr Personal – insbesondere Aushilfen – anzustellen, sobald sich gezeigt hätte, dass dies aufgrund des Arbeitsanfalles notwendig gewesen wäre. Sie hat denn auch etwa zweieinhalb Wochen nach Beginn der Wintersaison 2007/2008 am 15. Dezember 2007, nämlich auf den

3. Januar 2008 hin, zusätzlich vier Aushilfen eingestellt. Es ist unter diesen Umständen davon auszugehen, dass die Y. AG durchaus bereit war, Aushilfen anzustellen, wenn es sich als notwendig erwiesen hätte. Insgesamt gesehen ist somit festzustellen, dass es in der Verantwortung von B. und X. gelegen wäre, rechtzeitig und in genügendem Masse Saisonmitarbeiter und Aushilfen zu beantragen und ihr Betriebskonzept allenfalls den bewilligten Stellen anzupassen. Es war aber auch ihre Aufgabe, die zur Verfügung stehenden Aushilfen effizient zum Einsatz zu bringen. Aus den Arbeitszeitabrechnungen der in der Wintersaison 2007/2008 eingestellten Aushilfen, die sich bei den Akten befinden, ergibt sich, dass diese oft nur wenige Stunden pro Woche gearbeitet haben. X. macht diesbezüglich geltend, die Aushilfen seien aufgrund ihrer fehlenden Ausbildung im Gastgewerbe und ihrer begrenzten zeitlichen Verfügbarkeit nicht häufiger einsetzbar gewesen. Dazu ist zu sagen, dass für viele der Aufgaben, die X. in ihrer Berufung als ihre eigenen schildert, wie etwa Rüsten der Lebensmittel, Bereitstellen des Frühstücks, des Mittag- und des Abendessens, Aufräumen der Küche und Abwaschen des Geschirrs, Reinigen des Restaurants, der Terrasse, der WC- und Duschanlagen, Reinigen der Häuser, der Zimmer, der Campinganlagen und der Gemeinschaftsräume, Waschen und Bügeln der Wäsche etc., keine spezielle Ausbildung erforderlich ist, so dass kein Hinderungsgrund bestanden hätte, die Aushilfen in diesen Bereichen einzusetzen. Lediglich nebenbei sei auch erwähnt, dass die Arbeiten, die gemäss Betriebskonzept denjenigen Mitarbeitern zugedacht gewesen sind, die von der Y. AG nicht bewilligt worden sind, allesamt keine spezielle Ausbildung erforderten und daher zweifellos auch den Aushilfen hätten übertragen werden können. Wie es sich mit der zeitlichen Verfügbarkeit der Aushilfen verhalten hat, ergibt sich aus den Akten nicht (die als Zeugen einvernommenen Aushilfen wurden nicht danach gefragt und äusserten sich auch nicht von sich aus dazu). Deshalb steht nicht fest, dass die Aushilfen tatsächlich nicht häufiger verfügbar waren. Aufgrund der Aktenlage kann unter diesen Umständen keineswegs davon ausgegangen werden, dass X. und B. die ihnen zur Verfügung stehenden Aushilfen bestmöglich eingesetzt haben. Dass X. im Weiteren in dem Zeitraum, in dem die Aushilfen angestellt waren, gemäss ihren Aufzeichnungen trotzdem monatlich zwischen 160% und über 200% gearbeitet haben will (vgl. das Verhältnis der effektiv geleisteten Arbeitszeit zu der vertraglichen Arbeitszeit auf den eingereichten Arbeitszeitkontrollblättern für die Monate Januar bis März 2008), lässt jedenfalls grösste Zweifel an einem genügenden und effizienten Einsatz der Aushilfen aufkommen. Nachdem sich somit zum einen erwiesen hat, dass die Y. AG bei Bedarf Aushilfen eingestellt hätte, nachdem zum andern nicht nachgewiesen ist, dass X. und B. für die Sommersaison 2007 überhaupt mehr Aushilfen beantragt haben, und nachdem schliesslich nicht davon ausgegangen werden kann, dass X. und B. die für die Wintersaison 2007/2008 eingestellten Aushilfen genügend eingesetzt haben, müssen die von X. geltend gemachten Überstunden als nicht notwendig qualifiziert

werden. Dies gilt auch unter der Voraussetzung, dass X. und die Y. AG im Zeitpunkt, als die Überstunden geleistet worden sein sollen, davon ausgegangen sind, dass X. als stellvertretende Leiterin der E., des F. und des Campingplatzes eine leitende Angestellte war, damit nicht dem L-GAV 98 unterstand und daher eine weitergehende Überstundenentschädigung im Arbeitsvertag gültig wegbedungen worden war. Denn auch als leitende Angestellte und mit beschränkter Überstundenentschädigung hätte X. nur Überstunden leisten müssen, die notwendig waren. Das heisst, sie hätte die von der Y. AG gebotene Möglichkeit, Aushilfen anzufordern, nutzen dürfen und sogar nutzen müssen. Auch als leitende Angestellte und mit beschränkter Überstundenentschädigung musste X. keine Überstunden leisten, die durch geeignete Massnahmen vermieden werden konnten. Dies insbesondere auch unter dem Gesichtspunkt, dass sich aufgrund der Anzahl der geltend gemachten Überstunden sehr schnell abzeichnete, dass diese nicht mehr würden kompensiert werden können, auch nicht während der Zwischensaison. Wenn X. trotzdem Überstunden leistete, anstatt Aushilfen anzufordern, so waren diese Überstunden als nicht notwendig einzustufen. Ob es im Übrigen für die Y. AG aus ökonomischer Sicht sinnvoll war, Aushilfen einzusetzen, was X. in der Berufung bestreitet, ist nicht relevant. Es kommt einzig darauf an, dass für X. und B. die Möglichkeit bestand, Aushilfen anzufordern, und dass ihnen diese Möglichkeit bekannt war. Zusammenfassend ergibt sich somit, dass die Überstunden grundsätzlich als nicht notwendig anzusehen sind, da die Möglichkeit bestanden hätte, durch den Einsatz von Aushilfen diese Überstunden zu vermeiden.

Kantonsgericht von Graubünden, Urteil vom 11. Dezember 2013 (teilweise Aufhebung des Entscheids des Bezirksgerichts Plessur vom 15. Januar 2013)

Restferienbezug in natura; AVE GAV; Haftung des Arbeitnehmers, Berufsrisiko, Art. 321e OR.
Mit Blick auf das Barabgeltungsverbot für Ferienansprüche (Art. 329d OR) ist nicht zu beanstanden, wenn der Arbeitnehmer gegen den Willen des Arbeitgebers die Restferien in natura bezieht, indem er vorzeitig mit dem Arbeiten aufhört. Wegen der Festsetzungsbefugnis des Arbeitgebers (Art. 329c OR) ist dies nur dort nicht statthaft, wo der Einsatz des Arbeitnehmers im Betrieb dringend ist, wohl aber dann, wenn der Ferienbezug aus wenig stichhaltigen Gründen verweigert wird (E. 3.b).
Die Wirkung der Allgemeinverbindlicherklärung besteht darin, dass die Vertragsbindung eines (zwischen Verbänden abgeschlossen) Gesamtarbeitsvertrages auf Arbeitgeber und Arbeitnehmer des betreffenden Wirtschaftszweiges oder Berufes ausgedehnt wird, die weder

durch Verbandsmitgliedschaft noch durch Anschluss am Vertrag beteiligt sind (Art. 1 Abs. 1 und Art. 4 Abs. 1 AVEG). Deren Stellung wird dadurch so gestaltet, wie wenn sie am Vertrag beteiligt wären (E. 6.b).
Grundsätzlich gilt, dass der Arbeitnehmer bei Autounfällen mit dem Firmenfahrzeug bei leichtem Verschulden nichts oder höchstens einen symbolischen Beitrag an die Schadensdeckung beitragen muss. Diese abgeschwächte Haftung ist Ausfluss des Berufsrisikos, das es nach Art. 321e OR mit zu berücksichtigen gilt. Das Berufsrisiko eines Monteurs, der täglich zum Magazin fährt, andere Arbeiter chauffiert, Material zur Baustelle fährt, Bring- und Holtransporte im Auftrag des Arbeitgebers ausführt, ist als hoch einzustufen (E. 6.c).

Sachverhalt:

Seit dem 1. Juni 2010 arbeitete Y. für X. als Monteur. Mit schriftlichem Arbeitsvertrag vom 1. Juni 2010 beziehungsweise 21. Juni 2010 wurde der mündlich geschlossene Vertrag von beiden Parteien bestätigt. Am 28. Februar 2011 kündigte X. das Arbeitsverhältnis zu Y.

Y.meldete in der Folge am 26. Juli 2011 gegen X. eine Klage beim Vermittleramt des Bezirks Plessur an. Die Parteien konnten anlässlich der Schlichtungsverhandlung vom 6. September 2011 keine Einigung finden, weshalb der Vermittler gleichentags die Klagebewilligung mit folgendem Rechtsbegehren ausstellte: Rechtsbegehren Kläger: Der Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger den Betrag von mindestens Fr. 11 960.30 zuzüglich Zins zu 5% seit dem 1. April 2011 zu entrichten, zuzüglich der Entrichtung der gesetzlichen und vertraglichen Sozialleistungen inkl. Pensionskassenbeitrag. Die Klage vom 6. Dezember 2011 wurde frist- und formgerecht gleichentags der Post zur Zustellung übergeben und ging am 7. Dezember 2011 mit gleichbleibendem Rechtsbegehren beim Bezirksgericht Plessur ein. Die Klageantwort vom 31. Januar 2012 wurde ebenfalls innert Frist in erforderlicher Form eingereicht. Rechtsbegehren Beklagter: Die Klage sei abzuweisen. Mit Entscheid vom 15. Januar 2013, erkannte das Bezirksgericht Plessur wie folgt: X. wird verpflichtet Y. Fr. 8870.50 zu bezahlen sowie die auf Fr. 6450.50 zu entrichtenden gesetzlichen und vertraglichen Sozialleistungen inklusive Pensionskassenbeitrag zu leisten. Am 20. März 2013 reichte X. gegen Y. Berufung beim Kantonsgericht von Graubünden ein.

Aus den Erwägungen:

3.

a) Der Berufungskläger bringt vor, die Argumentation der Vorinstanz betreffend Lohnanspruch überzeuge nicht. Nicht nur eine Abmahnung oder eine ausserordentliche Kündigung stehe einem Arbeitgeber als Sanktions-

möglichkeit für das Nichterbringen der Arbeitsleistung offen. Er mache denn auch von einer anderen Sanktion, nämlich von der Verweigerung der Lohnzahlung Gebrauch, welche gemäss herrschender Rechtslehre dann zulässig sei, wenn ein Arbeitnehmer keine Arbeitsleistung erbringe. Das Bezirksgericht Plessur hält dazu fest, das Arbeitsverhältnis habe bis am 31. März 2011 gedauert. Der Berufungsbeklagte sei bis zum 9. März 2011 arbeitsunfähig gewesen. Im Zeitraum zwischen dem 10. und 31. März 2011 wäre der Berufungsbeklagte grundsätzlich arbeitsfähig gewesen, habe aber die Arbeitsleistung nicht mehr erbracht. Mangels gegenteiligen Nachweises sei davon auszugehen, dass der Berufungskläger auf das Ausbleiben des Berufungsbeklagten ab dem 3. März 2011 nicht reagiert habe. Damit habe er zumindest nachträglich zu verstehen gegeben, mit dem Wegbleiben des Berufungsbeklagten einverstanden zu sein. Wäre sein Arbeitnehmer grundlos der Arbeit fern geblieben, so hätte der Berufungskläger entsprechende Schritte, wie eine Abmahnung erteilen oder gar eine ausserordentliche Kündigung aussprechen müssen. Dies habe er jedoch nicht getan. Ob es zwischen den Parteien eine konkrete Vereinbarung bezüglich der Nachunfallzeit gegeben habe, könne damit offenbleiben. Auf diese Weise habe der Berufungskläger dem Berufungsbeklagten auch nicht noch nicht bezogene Ferientage ausbezahlen müssen. Wegen des zwingenden Abgeltungsverbots wäre dies denn auch nicht zulässig gewesen, weil die Ferien auch während der Kündigungsfrist grundsätzlich in natura bezogen werden müssten. Im Weiteren hätte sich die Kündigungsfrist infolge Unfalls während der Kündigungsfrist um die Dauer der Arbeitsunfähigkeit bzw. bis Ende des darauffolgenden Monats verlängert. Mit der stillschweigenden Vereinbarung hätten sich die Parteien offenbar geeinigt, von dieser im Gesetz vorgesehenen Verlängerung keinen Gebrauch zu machen. Für eine frühere Beendigung des Arbeitsverhältnisses gäbe es keine Hinweise. Es sei erstellt, dass das Arbeitsverhältnis am 31. März 2011 geendet habe und der im Arbeitsvertrag vereinbarte Lohn in der Höhe von brutto Fr. 5700.– geschuldet sei. Hinzu kämen Kinderzulagen für den Monat März 2011 in der Höhe von Fr. 440.– sowie den anteilsmässigen 13. Monatslohn für das Jahr 2011 in der Höhe von brutto Fr. 1425.– des angefochtenen Entscheids.

b) Es ist somit zu prüfen, welche Lohnansprüche der Berufungsbeklagte aufgrund dieser Situation noch erheben kann. Unbestrittenermassen hat der Berufungskläger dem Berufungsbeklagten mit Schreiben vom 28. Februar 2011 das Arbeitsverhältnis gekündigt. Im konkreten Fall wurde das Arbeitsverhältnis am 1. Juni 2010 begründet und, wie dem erwähnten Kündigungsschreiben zu entnehmen ist, auf den 31. März 2011 wieder beendet. Dies ist – wie nachstehend darzulegen sein wird – auch nicht weiter zu beanstanden. Massgebend ist dabei der Arbeitsvertrag vom 1. Juni 2010. In Ziffer 5 wird festgehalten, dass nach Ablauf der Probezeit das Arbeitsverhältnis im ersten Dienstjahr mit einer Kündigungsfrist von 1 Monat jeweils auf das Ende eines Monats aufgelöst werden kann. Dies entspricht im Übrigen auch den geltenden gesetzlichen Bestimmungen. Wer ein un-

befristetes Arbeitsverhältnis auflösen möchte, kann dies – mit wenigen Ausnahmen – jederzeit tun (Art. 335 Abs. 1 OR). Das Arbeitsverhältnis kann im ersten Dienstjahr mit einer Kündigungsfrist von einem Monat, im zweiten bis und mit dem neunten Dienstjahr mit einer Frist von zwei Monaten und nachher mit einer Frist von drei Monaten je auf das Ende eines Monats gekündigt werden (Art. 335c Abs. 1 OR). Diese Fristen dürfen durch schriftliche Abrede, Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag abgeändert werden; unter einen Monat dürfen sie jedoch nur durch Gesamtarbeitsvertrag und nur für das erste Dienstjahr herabgesetzt werden (Art. 335c Abs. 2 OR). Die einmonatige Kündigungsfrist erweist sich im konkreten Fall als rechtens, da von Seiten des Arbeitgebers innerhalb des ersten Dienstjahres ordentlich gekündigt wurde. Im Weiteren hält der Berufungskläger im Lohnausweis für das Jahr 2011 wie auch in einem Schreiben an die Rechtsschutzversicherung gleich selber fest, dass der Berufungsbeklagte bis zum 31. März 2011 bei ihm beschäftigt gewesen sei. Unter Berücksichtigung des soeben Gesagten erhellt, dass das strittige Arbeitsverhältnis am 31. März 2011 endete.

Nicht bestritten ist, dass der Berufungsbeklagte im Zeitraum zwischen dem 3. und 9. März 2011 arbeitsunfähig war. Was den Zeitraum zwischen dem 10. und 31. März 2011 anbelangt, bedarf es einiger Klarstellungen. Insbesondere stellt sich die Frage, ob der Berufungskläger für die genannte Zeitspanne dem Berufungsbeklagten den Lohn zu entrichten hat, obwohl Letzterer nicht mehr zur Arbeit erschienen ist. Das Bezirksgericht Plessur erwägt dazu, wie bereits erwähnt, mangels gegenteiligen Nachweises sei davon auszugehen, dass der Berufungskläger auf das Ausbleiben des Berufungsbeklagten ab dem 3. März 2011 nicht reagiert habe. Damit habe er zumindest nachträglich impliziert, mit dem Wegbleiben des Berufungsbeklagten einverstanden zu sein.

Der Arbeitsvertrag ist ein synallagmatischer Schuldvertrag, bei dem Arbeit und Lohn in einem Austauschverhältnis stehen. Dementsprechend gilt der Grundsatz: ohne Arbeit, kein Lohn (vgl. PORTMANN/STÖCKLI, Schweizerisches Arbeitsrecht, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2013, N 301). Dieser findet unter anderem Anwendung bei verschuldeter Verhinderung des Arbeitnehmers an der Arbeitsleistung (dazu PORTMANN, in: Honsell/Vogt/Wiegand [Hrsg.], Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 5. Aufl., Basel 2011, N 31 zu Art. 321; PORTMANN/STÖCKLI, a.a.O., N 302). Es drängt sich daher die Frage auf, ob im konkreten Fall der Berufungsbeklagte die fehlende Arbeitsleistung zu vertreten hat oder ob der Berufungskläger, wie die Vorinstanz im angefochtenen Entscheid festgehalten hat, entsprechende Schritte hätte einleiten müssen, um den Berufungsbeklagten wieder zur Arbeit zu bewegen. In diesem Zusammenhang hält der Berufungskläger in seiner Berufung fest, dass als Sanktionsmöglichkeit für das Nichterbringen der Arbeitsleistung die Lohnzahlung verweigert werden könne. Diesem Einwand kann nicht gefolgt werden. Der Arbeitgeber hat im konkreten Fall nicht auf das Ausbleiben des Arbeitnehmers reagiert.

Die Vorinstanz hat diesbezüglich zu Recht festgehalten, dass der Berufungskläger damit zumindest nachträglich mit dem Wegbleiben des Berufungsbeklagten einverstanden gewesen sein muss. Das Verhalten des Arbeitgebers untermauert die von der Vorinstanz vorgenommene Interpretation. Die Verweigerung der Lohnzahlung ist sodann erst im Nachhinein erfolgt. Auch wäre es dem Arbeitgeber durchaus zuzumuten gewesen, sich wenigstens nach dem Grund für die Abwesenheit des Arbeitnehmers zu erkundigen. Dies hat er jedoch nicht getan. Auch wäre vom Arbeitgeber zu erwarten gewesen, dass er dem Arbeitnehmer eine Abmahnung erteilt, wenn letzterer grundlos ohne Abmeldung nicht mehr zur Arbeit erscheint. Unter diesen Umständen erscheint die vom Bezirksgericht Plessur vertretene Auffassung, der Berufungskläger sei zumindest im Nachhinein mit dem Fortbleiben des Berufungsbeklagten einverstanden gewesen, durchaus plausibel. Der Berufungskläger hatte damit auch keine dem Berufungsbeklagten gegenüber offenstehenden Ferienansprüche zu entgelten. Dies wäre im Übrigen mit Blick auf das zwingende Abgeltungsverbot auch nicht zulässig gewesen. Zweck der Ferien ist die Erholung des Arbeitnehmers. Der Anspruch auf Ferien hat rechtlich eine Doppelnatur. Einerseits stellt er eine Forderung des Arbeitnehmers dar; andererseits ist er als Ausfluss der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers anzusehen. Die Ferien dürfen während der Dauer des Arbeitsverhältnisses nicht durch Geld abgegolten werden (Art. 329d Abs. 2 OR), sondern sind tatsächlich zu beziehen. Ferienansprüche sind vom Arbeitnehmer grundsätzlich auch während der Kündigungsfrist in natura zu beziehen (vgl. BGE 128 III 271 E. 4 a) aa) mit weiteren Hinweisen). Der Berufungsbeklagte macht denn auch den ihm zustehenden Ferienbezug geltend. Im konkreten Fall macht der Berufungsbeklagte 19 Ferientage geltend, wovon er 16 Tage im März 2011 bezogen haben will. Der Berufungskläger anerkennt sodann auch gegenüber dem Berufungsbeklagten gesamthaft 16 Ferientage. Demnach wird der Anspruch der Ferientage zugunsten des Berufungsbeklagten auch vom Berufungskläger grundsätzlich nicht bestritten. In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob es dem Berufungsbeklagten erlaubt war, ohne explizite Einwilligung des Arbeitgebers am Ende des Arbeitsverhältnisses noch Ferien zu beziehen. Im gekündigten Arbeitsverhältnis ist grundsätzlich eine differenzierte Beurteilung notwendig. Es stellt sich die Frage, ob der Arbeitnehmer gegen den Willen des Arbeitgebers die Restferien in natura beziehen darf, indem er vorzeitig mit dem Arbeiten aufhört. Wegen der Festsetzungsbefugnis des Arbeitgebers ist dies dort nicht statthaft, wo der Einsatz des Arbeitnehmers im Betrieb dringend ist; wird der Ferienbezug aus wenig stichhaltigen Gründen verweigert, muss der Arbeitnehmer sie aber eigenmächtig beziehen dürfen, ohne Sanktionen zu riskieren (vgl. dazu STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2012, N 8 zu Art. 329c OR mit weiteren Hinweisen). Im vorliegenden Fall macht der Arbeitnehmer die nicht geleisteten Arbeitstage vom 10. März 2011 bis zum 31. März

2011, welche unbestrittenermassen in die Kündigungsfrist fallen, als Ferienbezug geltend. Es erscheint naheliegend, dass der Berufungsbeklagte für das Weiterlaufen des Betriebes des Berufungsklägers nicht unabkömmlich gewesen ist. So scheint es dem Arbeitgeber gleichgültig gewesen zu sein, ob der Arbeitnehmer zur Arbeit erschienen ist oder nicht. Das Verhalten des Berufungsklägers deutet zumindest darauf hin, dass dieser durchaus auf die Dienste des Arbeitnehmers im Betrieb verzichten konnte. Dass der Berufungsbeklagte für den Betrieb des Arbeitgebers unverzichtbar gewesen sein soll, wird denn auch von keiner der Parteien behauptet. In Würdigung des soeben Festgehaltenen und mit Blick auf das Barabgeltungsverbots für Ferienansprüche (vgl. BGE 128 III 271 E. 4 a) aa); PKG 1992 Nr. 22), ist das Vorgehen des Berufungsbeklagten nicht zu beanstanden und letzterer durfte ohne weiteres seine Ferien vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses noch beziehen. Anzumerken gilt es noch, dass die Kündigungsfrist infolge des Unfalls im Sinne von Art. 336c Abs. 2 und 3 OR grundsätzlich um die Dauer der Arbeitsunfähigkeit bzw. bis Ende des darauffolgenden Monats verlängert wird. Mit der vorstehend erwähnten Vorgehensweise scheinen die Parteien Abstand von dieser Regelung genommen zu haben. Im konkreten Fall sind die von der Vorinstanz getroffenen Annahmen somit nicht weiter zu beanstanden. Das Arbeitsverhältnis endete bekanntermassen am 31. März 2011 und der im Arbeitsvertrag vom 1. Juni vereinbarte Bruttolohn im Umfang von Fr. 5700.– ist vom Arbeitgeber zu bezahlen. Der anteilige Lohn im Monat März 2011 entspricht somit Fr. 5700.– (brutto) plus einem anteiligen 13. Monatslohn von Fr. 1425.– (brutto) und Kinderzulagen für den Monat März 2011 in der Höhe von Fr. 440.–, was einen Betrag von Fr. 7565.– ergibt. Auf die Summe von Fr. 7125.– sind AHV, ALV, BVG. NBU, KK-V und PLK, total Fr. 919.67 abzuziehen. Daraus ergibt sich ein Netto-Betrag von Fr. 6205.33. Hinzu kommt der Anspruch des Berufungsbeklagten auf Kinderzulagen für den Monat März 2011 im Umfang von Fr. 440.–. Der Berufungskläger ist somit zu verpflichten, dem Berufungsbeklagten CHF 6645.30 netto zu bezahlen sowie die gesetzlichen und vertraglichen Sozialleistungen (inkl. Pensionskassenbeitrag) zu entrichten.

c) Gemäss Art. 329d Abs. 1 OR sind nicht bezogene Ferientage bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch Geldleistung abzufinden. Nach der absolut zwingenden Vorschrift von Art. 329d Abs. 2 OR darf der Ferienanspruch während der Dauer des Arbeitsverhältnisses nicht durch Geldleistungen oder andere Vergünstigungen abgegolten werden. Eine Abgeltung von Ferienansprüchen ist grundsätzlich nur zulässig, wenn deren Bezug in natura bei Auflösung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr möglich ist. Ein Entschädigungsanspruch für nicht bezogene Ferien kann damit erst entstehen, wenn diese nicht mehr in natura gewährt werden können. Erst in diesem Zeitpunkt steht fest, ob dem Arbeitnehmer überhaupt ein Abgeltungsanspruch zusteht, und wird die Ferienforderung durch eine reine Geldforderung ersetzt. Dass ein Ferienguthaben bei Vertragsende in einen

finanziellen Abgeltungsanspruch umgewandelt wird und nicht etwa verfällt, wie dies früher teilweise der Fall war, ist aber unbestritten (vgl. BGE 131 III 451 E. 2.2. mit weiteren Hinweisen). Die Berechnung des Ferienlohnanspruchs richtet sich in diesem Fall nach herrschender Auffassung nach dem zuletzt bezahlten Lohn und nicht nach dem Lohn im Entstehungsjahr (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., N 8 zu Art. 329d OR). Dabei wird die Ferienentschädigung in Prozenten des in der Zeit ohne Ferienbezug erzielten Jahreslohnes berechnet. Dies entspricht dem Bruchteil der dem Arbeitnehmenden zu Gute stehenden Anzahl Ferientage pro Dienstjahr dividiert durch die Anzahl zu leistender Arbeitstage pro Dienstjahr (BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, Kommentar zum Arbeitsvertragsrecht, 3. Aufl., Basel 2005, Art. 329d N4). Für den konkreten Fall ergib sich daraus was folgt: Nach Art. 29 des Gesamtarbeitsvertrages in der Schweizerischen Gebäudetechnikbranche (GAV) hat der Berufungsbeklagte pro Dienstjahr 24 Ferientage zu Gute und musste pro Jahr entsprechend 236 Arbeitstage leisten. Gemäss der bei den Akten befindlichen Jahreszusammenstellung des Berufungsklägers nahm der Berufungsbeklagte 13 Ferientage mit ins Jahr 2011. Bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses Ende März 2011 standen dem Berufungskläger weiter 6 Ferientage zu Gute. Gesamthaft konnte der Berufungskläger demnach im Jahre 2011 noch 19 Ferientage beziehen. Der Arbeitnehmer hat bereits im Januar 2011 zwei Ferientage bezogen. Am 2. März 2013 verunfallte der Arbeitnehmer, weshalb er sich diesen Tag nicht als Ferientag anrechnen lassen muss. Vielmehr gelten als Ferienbezug die nicht geleisteten Arbeitstage vom 10. bis zum 31. März 2011. Dies ergibt für diesen Zeitraum total 16 Arbeitstage bzw. 16 Ferientage. Der Kläger hat somit von Januar 2011 bis Ende März 2011 insgesamt 18 der 19 zur Verfügung stehenden Ferientage bezogen. Mit anderen Worten hat der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer den übrigbleibenden nichtbezogenen Ferientag zu entgelten. Die Ferienentschädigung für nichtbezogene Ferientage entspricht vorliegend 10.16% (24 Ferientage dividiert durch 236 Arbeitstage) des gesamten brutto Jahreslohnes von Fr. 63 872.90 inkl. 13. Monatslohn. Dies ergibt einen Betrag von netto Fr. 245.17. Der Berufungskläger hat den Berufungsbeklagten somit in der Höhe von netto CHF 245.15 zuzüglich der Entrichtung der gesetzlichen und vertraglichen Sozialleistungen zu bezahlen.

4.

Der Berufungskläger wendet ebenfalls ein, der Arbeitgeber habe gemäss Art. 337d OR Anspruch auf eine Entschädigung in der Höhe von einem Viertel des Monatslohnes, wenn der Arbeitnehmer die Arbeitsstelle fristlos verlässt. Der Berufungsbeklagte sei am 10. März 2011 ohne Mitteilung und ohne Einverständnis des Berufungsklägers nicht mehr zur Arbeit erschienen. Damit besitze der Berufungskläger eine Forderung in der Höhe von Fr. 1425.– gegen den Berufungsbeklagten. Diese Forderung werde zur Verrechnung gebracht. Vorliegend stellt sich somit die Frage, ob der Berufungskläger dem Berufungsbeklagten eine Entschädigung im Sinne von

Art. 337d OR schuldet, da er nach dem Unfall am 2. März 2011 nicht mehr zur Arbeit erschienen ist. Gemäss Art. 337d OR hat der Arbeitgeber unter anderem Anspruch auf eine Entschädigung, die einem Viertel des Lohnes für einen Monat entspricht, falls der Arbeitnehmer ohne wichtigen Grund die Arbeitsstelle nicht antritt oder sie fristlos verlässt. Im konkreten Fall ist der Berufungsbeklagte, wie in der vorstehenden Erwägung 3 dargelegt, nach dem Unfallereignis am 2. März 2011 nicht mehr zur Arbeit erschienen. Unbestritten ist, dass der Berufungsbeklagte vom 3. bis 9. März 2011 arbeitsunfähig war. Für die restliche Zeit bis Ende März 2011 war der Berufungsbeklagte grundsätzlich arbeitsfähig und trotzdem ist er der Arbeit ferngeblieben. Wie in vorstehender Erwägung dargelegt, geht es vorliegend um das Ausbleiben des Arbeitnehmers nach Wiedergenesung infolge Ferienbezugs im gekündigten Arbeitsverhältnis (vgl. dazu PKG 1992 Nr. 22) und nicht, wie vom Berufungskläger angeführt, um ein fristloses Verlassen der Arbeitsstelle des Arbeitnehmers. Wie bereits erwähnt, dauerte das strittige Arbeitsverhältnis bis zum 31. März 2011 an. Der Berufungskläger führt denn auch gleich selber in seiner Berufung an, er habe von der Sanktionsmöglichkeit, die Lohnzahlung zu verweigern, Gebrauch gemacht. Diese Sanktionsmöglichkeit wäre dem Arbeitgeber, hätte der Berufungsbeklagte das Arbeitsverhältnis am 10. März 2011 fristlos beendet, gar nicht mehr offen gestanden. Der Berufungskläger selber muss folglich der Auffassung gewesen sein, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den beiden Parteien bis am 31. März 2011 andauerte. Im Zeitraum vom 10. bis zum 31. März 2011 hat der Berufungsbeklagte 16 Ferientage bezogen, was, wie weiter oben erläutert, nicht zu beanstanden ist. Die Auffassung des Berufungsklägers, der Tatbestand von Art. 337d OR sei erfüllt, da der Berufungsbeklagte nach dem Unfallereignis nicht mehr zur Arbeit erschienen sei, ist aufgrund der vorstehend angeführten Gründe somit nicht haltbar und führt in diesem Punkt zur Abweisung der Berufung. Damit stellt sich auch die Frage der Verrechnung der Forderungen nicht mehr.

(…)

6.

a) Der Berufungskläger rügt auch, der Berufungsbeklagte habe die Reparatur-kosten des durch ihn verursachten Schadens am Firmenfahrzeug zu übernehmen. Die Vorinstanz erwägt im angefochtenen Entscheid, dass Art. 22.23 des Gesamtarbeitsvertrages (GAV) in der Schweizerischen Gebäudetechnikbranche anwendbar sei. Gemäss benannter Bestimmung hätte der Berufungskläger die Schadenersatzforderung innerhalb von zwei Monaten nach Feststellung des Schadenverursachers geltend machen müssen. Dies habe er nicht getan, weshalb der Anspruch verwirkt sei.

b) Vorweg ist festzuhalten, dass Gesamtarbeitsverträge grundsätzlich lediglich Mitglieder der vertragschliessenden Verbände sowie Arbeitgeber und Arbeitnehmer binden, die sich gemäss Art. 356b OR dem Gesamtarbeitsvertrag angeschlossen haben. Für die Allgemeinverbindlicherklärung zuständig ist der Bundesrat beziehungsweise der betroffene Kanton mit

Genehmigung des Bundes (Art. 7 und 13 AVEG). Die Wirkung der Allgemeinverbindlicherklärung besteht darin, dass die Vertragsbindung eines (zwischen Verbänden abgeschlossen) Gesamtarbeitsvertrages auf Arbeitgeber und Arbeitnehmer des betreffenden Wirtschaftszweiges oder Berufes ausgedehnt wird, die weder durch Verbandsmitgliedschaft noch durch Anschluss am Vertrag beteiligt sind (vgl. Art. 1 Abs. 1 und Art. 4 Abs. 1 AVEG). Deren Stellung wird dadurch so gestaltet, wie wenn sie am Vertrag beteiligt wären (vgl. dazu eingehend PORTMANN/STÖCKLI, a.a.O., N 1099 ff.). Im vorliegenden Fall stellt sich zunächst die Frage, ob Art. 22.23 des anwendbaren GAV für allgemeinverbindlich erklärt wurde oder nicht. In dieser Hinsicht ist mit dem Berufungskläger übereinstimmend festzuhalten, dass Art. 22.23 des GAV in der Schweizerischen Gebäudetechnik nicht für allgemeinverbindlich erklärt wurde (vgl. dazu Anhang 5 des Bundesratsbeschlusses über die Allgemeinverbindlicherklärung des Gesamtarbeitsvertrages in der Schweizerischen Gebäudetechnik vom 20. Oktober 2009, wonach gemäss Art. 1 die in der Beilage wiedergegebenen Bestimmungen des Gesamtarbeitsvertrages vom 31. März 2009 für allgemein verbindlich erklärt werden; Art. 22.23 des anwendbaren GAV wird im erwähnten Anhang 5 jedoch nicht aufgeführt). Auch liegt keine vertragliche Vereinbarung zwischen den beiden Parteien bei den Akten, welche die genannte Bestimmung des GAV für das Arbeitsverhältnis für anwendbar erklärt. Ebenso ist dem Berufungskläger zuzustimmen, wenn er ausführt, Verrechnungen im Sinne von Art. 321e OR könnten grundsätzlich bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses geltend gemacht werden (vgl. das Urteil des Bundesgerichts 4A_351/2011 vom 5. September 2011 E. 2.2, mit weiteren Hinweisen). Somit ist der Anspruch des Berufungsklägers zur Geltendmachung von Schadenersatz – entgegen der Auffassung der Vorinstanz – nicht verwirkt. Der Berufungskläger kann rechtsgenüglich belegen, dass sich die Reparaturkosten für den Geschäftswagen auf CHF 2503.00 belaufen.

c) Nach Art. 321e Abs. 1 OR haftet der Arbeitnehmer für den Schaden, den er absichtlich oder fahrlässig dem Arbeitgeber zufügt. Gemäss Abs. 2 dieser Bestimmung bestimmt sich das Mass der Sorgfalt, für die der Arbeitnehmer einzustehen hat, nach dem einzelnen Arbeitsverhältnis, unter Berücksichtigung des Berufsrisikos, des Bildungsgrades oder der Fachkenntnisse, die zu der Arbeit verlangt werden, sowie der Fähigkeiten und Eigenschaften des Arbeitnehmers, die der Arbeitgeber gekannt hat oder hätte kennen sollen (vgl. zum Ganzen PORTMANN, a.a.O., N1, N5 und 8 zu Art. 321e OR, wonach sich die Schadenersatzbemessung primär nach Art. 321e Abs. 2 OR und ergänzend nach Art. 99 Abs. 3 in Verbindung mit Art. 43 und 44 OR richtet). Im konkreten Fall bemerkte der Berufungsbeklagte ein überraschendes Bremsmanöver einer vorausfahrenden Fahrzeuglenkerin zu spät und touchierte leicht das Heck des Anhängers. Weil die genannte Fahrzeuglenkerin ihr Fahrzeuggespann stark abbremste und der Berufungsbeklagte die Heckklappe des Pferdetransportes nur leicht touchierte, ist lediglich von einem leichten Verschulden des Berufungsbeklag-

ten auszugehen. Zum Schluss, wonach nicht von einem allzu schweren Verschulden von Y. ausgegangen werden muss, kommt auch das Kreisamt O.1 in seiner Verfügung vom 24. November 2010. In der Lehre wird die Meinung vertreten, dass ein Fall leichten Verschuldens bei einem kleineren Fahrfehler aus Unaufmerksamkeit vorliege (vgl. dazu STREIFF/VON KAENEL/ RUDOLPH, a.a.O., N 7 zu Art. 321e OR). Grundsätzlich gilt, dass der Arbeitnehmer bei Autounfällen mit leichtem Verschulden nichts oder höchstens einen symbolischen Beitrag an die Schadensdeckung beitragen muss. Diese abgeschwächte Haftung ist Ausfluss des Berufsrisikos, das nach Art. 321e mit zu berücksichtigen ist (vgl. dazu STREIFF/VON KAENEL/ RUDOLPH, a.a.O., N 7 und N8 zu Art. 321e OR, mit weiteren Hinweisen). Im konkreten Fall ist das Berufungsrisiko eines Monteurs, welcher täglich zum Magazin fährt, andere Arbeiter chauffiert, Material zur Baustelle fährt, Bring- und Holtransporte im Auftrag des Arbeitgebers ausführt, als hoch einzustufen. Unter diesen Umständen erscheint es der II. Zivilkammer des Kantonsgerichts von Graubünden angemessen, den Berufungsbeklagten von einer Haftung für den Schaden am Geschäftsauto zu befreien. In diesem Zusammenhang sei noch erwähnt, dass der Berufungskläger ohnehin nicht substantiiert darlegt, inwiefern sich der Arbeitnehmer beim Unfallereignis vom 13. August 2010 grob- oder zumindest mittelfahrlässig verhalten haben soll. Dies wäre jedoch, zumindest im konkreten Fall, Voraussetzung für die Haftbarkeit des Arbeitnehmers. Somit erweist sich der Einwand des Berufungsklägers als nicht stichhaltig.

7.

Zusammenfassend ergibt sich, dass der Berufungskläger dem Berufungsbeklagten den Arbeitslohn bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses, dem 31. März 2011, zu entrichten hat. Dem Berufungsbeklagten sind somit Fr. 6205.33 an Nettolohn (inkl. Anteilsmässigem 13. Monatslohn) und eine Entschädigung für einen Ferientag im Umfang von Fr. 245.15 zu bezahlen. Zudem ist der Berufungskläger zu verpflichten, die Kinderzulage für den Monat März im Jahre 2011 in der Höhe von Fr. 440.– zu entrichten. Unbestrittenermassen sind auch die Kinderzulagen für die Monate Juni 2010 bis Februar 2011 im Umfang von Fr. 1980.– dem Berufungsbeklagten zu entgelten. Die vom Berufungskläger ins Feld geführten Verrechnungsforderungen erweisen sich jedoch als nicht stichhaltig. Somit wird die Berufung abgewiesen und der Berufungskläger verpflichtet, dem Arbeitnehmer den Betrag von gerundet Fr. 6450.50 zuzüglich 5% Zins und die zu entrichtenden gesetzlichen und vertraglichen Sozialleistungen (inkl. Pensionskassenbeitrag), sowie die entsprechenden Kinderzulagen für den Zeitraum vom Juni 2010 bis März 2011 in der Höhe von Fr. 2420.– zu bezahlen.

Kanton Luzern

Obergericht des Kantons Luzern, Urteil vom 18. Juli 2013

Öffentlich-rechtliches Arbeitsverhältnis; Aufhebungsvertrag.
Stellt die Arbeitgeberin einen im öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis angestellten Arbeitnehmer vor die Wahl, entweder es werde ihm fristlos gekündigt oder er willige in den Aufhebungsvertrag mit zweimonatiger Lohnfortzahlungspflicht ein, erweist sich der Aufhebungsvertrag, der Vergleichscharakter haben muss, als rechtswidrig, wenn kein wichtiger Grund zur fristlosen Kündigung bestand, da dann nur noch die ordentliche Kündigung mit einer dreimonatigen Kündigungsfrist in Frage gekommen wäre. Vorliegend war der Aufhebungsvertrag auch wegen der Verletzung des rechtlichen Gehörs (§ 56 Abs. 2 Personalgesetz-LU) rechtswidrig (E. 7.2, 12).

Sachverhalt:

Die Gemeinde B betreibt einen Sauna- und Badebetrieb, in welchem A als Bademeister angestellt war. Im Februar 2013 lösten die Gemeinde B und A das Arbeitsverhältnis im gegenseitigen Einvernehmen auf.

A erhob Verwaltungsgerichtsbeschwerde und machte geltend, die Auflösung im gegenseitigen Einvernehmen sei rechtswidrig erfolgt. Er habe den Vertrag «unter erheblichem Druck» unterzeichnet. Das Kantonsgericht hiess die Verwaltungsgerichtsbeschwerde gut und stellte fest, dass der Aufhebungsvertrag zwischen der Gemeinde B und A sowie die Beendigung des Arbeitsverhältnisses per 30. April 2013 rechtswidrig sind.

Aus den Erwägungen:

3.

Am 27. Februar 2013 lösten die Gemeinde B und der Beschwerdeführer A das Arbeitsverhältnis im gegenseitigen Einvernehmen auf. Folgendes hat sich gemäss den aufgelegten Akten ereignet:

3.1 Am Dienstag, 26. Februar 2013, meldete sich «Herr C» telefonisch bei der Einwohnerkontrolle der Gemeinde B und informierte die Mitarbeitende, «es gehe um die Anstalt F». Nähere Angaben – auch zu seiner Person (vollständiger Name, korrekte Telefonnummer, Adresse) – wollte er nicht machen. Nachdem die zuständige Gemeinderätin D über den Anruf orientiert worden war, liess sie sich gleichentags mit dem Badmeister E verbinden. Dieser teilte ihr mit, ein «Herr C» habe sich an ihn gewandt und ihm mitgeteilt, dass der am Montag, 25. Februar 2013 arbeitende Badmeister, A, seiner Frau in der Sauna (Frauentag) «zu nahe getre-

ten sei». Die Gemeinderätin versuchte daraufhin, Herrn C über die bekannt gegebene, jedoch nicht korrekte Telefonnummer zu erreichen, was erfolglos blieb.

Am Mittwoch, 27. Februar 2013, kontaktierte Herr C Gemeinderätin D und teilte mit, der Beschwerdeführer sei seiner Ehefrau sehr nahe gekommen. Seine Frau habe sich geduscht und der Beschwerdeführer habe sich ihr auf ca. 1–2 m genähert. Er habe sie gefragt, ob alles in Ordnung sei. Dies sei alles mit direktem Augenkontakt und ohne Distanz geschehen. Seine Frau wolle die Sauna weiterhin besuchen, er wünsche jedoch, dass mit dem Beschwerdeführer das Gespräch gesucht werde. Er selbst wolle im Moment nichts weiter unternehmen. Beim nächsten Mal werde er aber rechtliche Schritte erwägen.

3.2 Nach dem Gespräch mit Herrn C bot die Gemeinderätin D am 27. Februar 2013 den Beschwerdeführer um 9.30 Uhr telefonisch auf 10.30 Uhr für eine Besprechung in die Gemeindeverwaltung auf. Sie teilte ihm bereits mit, es gehe um die Auflösung des Arbeitsverhältnisses.

Wie den Akten zu entnehmen ist, wurde der Beschwerdeführer anlässlich des Gesprächs von den Anwesenden – dem Personalchef der Gemeinde B und der Gemeinderätin D – mit den Aussagen von «Herrn C» konfrontiert. In der Vernehmlassung führt die Vorinstanz aus, sie habe aufgrund dieses «Vorfalls» entschieden, das Arbeitsverhältnis mit dem Beschwerdeführer aufzulösen. Sie habe Letzteren darauf hingewiesen, dass er sich angesichts der in der Sauna herrschenden Situation unsensibel verhalten habe. Er hätte sich als erfahrener Badmeister der heiklen Situation bewusst sein und eine Kontrolle – wobei offen gelassen werden könne, ob sich eine solche zu diesem Zeitpunkt überhaupt aufgedrängt habe – in einer «angepassten» Form durchführen müssen. Seine Handlungsweise habe einen «irreparablen Imageverlust» für die Gemeinde B als Badbetreiberin und ihn als Badmeister gezeitigt. Unter diesen Umständen erachte sie eine Fortführung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr als zumutbar. Entsprechend sei ihm der Vorschlag der «Auflösung im gegenseitigen Einvernehmen» per 28. Februar 2013 unterbreitet worden. Mit dieser Vorgehensweise würden beiden Seiten «unangenehme Gegenüberstellungen» und Abklärungen erspart bleiben, deren Erkenntnisse allenfalls sogar zu einer «fristlosen Auflösung des Arbeitsverhältnisses» führen könnten. Nach kurzer Diskussion habe man sich schliesslich auf eine Auflösung im gegenseitigen Einvernehmen per 30. April 2013 (zweimonatige Lohnfortzahlung) mit einer sofortigen Freistellung geeinigt.

4.

Der Beschwerdeführer macht geltend, die «Auflösung des Arbeitsverhältnisses im gegenseitigen Einvernehmen» entspreche nicht seinem wirklichen Willen. Er habe unter Druck gestanden und sei vor die Auswahl «fristlose Kündigung» oder «Auflösung im gegenseitigen Einvernehmen» gestellt worden. Er hätte gar keine andere Wahl gehabt, als sich mit der Auflösung «einverstanden» zu erklären. Er sei dafür angestellt worden, das

Betriebsareal zu überwachen, und seine Aufsichtspflicht erstrecke sich auf die gesamte Einrichtung. Sein Stellenprofil sowie die «Norm über die Aufsicht in öffentlichen Bädern» sähen eine Aufsichtsfunktion gerade vor. Er habe aber von keinem Vorfall Kenntnis, der einen solchen Schritt rechtfertigen würde. Die Auflösung des Arbeitsverhältnisses sei deshalb nicht rechtmässig.

5.

Grundsätzlich unterliegen Arbeitsverhältnisse in der Schweiz der einheitlichen arbeitsvertraglichen Regelung von Art. 319 ff. OR. Das Arbeitsvertragsrecht des Bundes sieht jedoch in Art. 342 lit. a OR vor, dass sowohl der Bund als auch die Kantone und Gemeinden in ihrem Zuständigkeitsbereich je eigene öffentlich-rechtliche Vorschriften erlassen können. Soweit öffentlich-rechtliche Bestimmungen in den genannten Gemeinwesen fehlen, greifen subsidiär die Regelungen des privatrechtlichen Arbeitsvertragsrechts von Art. 319 ff. OR (HÄNNI, Beendigung öffentlicher Dienstverhältnisse, in: Stellenwechsel und Entlassung [Hrsg. Münch/Metz], Basel 2012, S. 215).

Das Luzerner Personalgesetz sieht in § 15 verschiedene Beendigungsarten des Arbeitsverhältnisses vor (vgl. lit. a–i). Gemäss § 20 PG kann das Arbeitsverhältnis aber auch jederzeit im gegenseitigen Einvernehmen abweichend von den Bestimmungen dieses Gesetzes aufgelöst werden (Abs. 1). Eine Abfindung kann bis zum Höchstbetrag gemäss § 25 ausgerichtet werden (Abs. 2). Detaillierte Regeln sind aber weder dem Gesetz noch der entsprechenden Verordnung zu entnehmen. Auch die Botschaft zum Personalgesetz äussert sich diesbezüglich nicht (GR 2001 429 ff., insbesondere S. 453). Ergänzend sind daher die Bestimmungen des OR als kantonales Ersatzrecht anwendbar.

Gemäss der privatrechtlichen Rechtsprechung kann ein Vertrag über die Aufhebung eines Arbeitsverhältnisses zulässig sein, sofern er nicht zu einer klaren Umgehung des zwingenden gesetzlichen Kündigungsschutzes führt. Wird der Vertrag vom Arbeitgeber aufgesetzt, muss dem Arbeitnehmer aber eine genügende Überlegungsfrist zur Verfügung stehen. Ist ein übereinstimmender Wille, das Arbeitsverhältnis zu beenden, erstellt, ist für die Gültigkeit einer derartigen Vereinbarung, soweit sie einen Verzicht auf Ansprüche aus zwingendem Recht bedeutet, zusätzlich vorausgesetzt, dass der Aufhebungsvertrag einen echten Vergleich darstellt, bei welchem beide Parteien Konzessionen machen (BGer-Urteil 4A_103/2010 vom 16.3.2010 E. 2.2 mit weiteren Hinweisen).

6.

Unbestritten ist, dass die Beendigungsart der Auflösung des Arbeitsverhältnisses im gegenseitigen Einvernehmen im Personalrecht des Kantons Luzern zulässig ist. Zu prüfen ist, welche Vorgaben es dabei einzuhalten gilt.

7.

7.1 Wie bei all seinen Tätigkeiten bleibt das Gemeinwesen auch im Gebiet des Personalrechts an das Willkürverbot, die Grundrechte und die verfassungsrechtlichen Grundprinzipien gebunden. Diese müssen selbst im Anwendungsbereich von § 20 PG Geltung haben, gemäss welchem ein Arbeitsverhältnis «abweichend von den Bestimmungen dieses Gesetzes» aufgelöst werden kann. Denn die Sicherstellung minimaler Verfahrensrechte steht als umfassende Klammer über dem staatlichen Handeln. Darin eingeschlossen ist auch die Gewährung des rechtlichen Gehörs. Diesbezüglich kennt das Personalgesetz mit § 65 Abs. 2 eine spezialgesetzliche Regelung. Gemäss dieser Bestimmung sind Angestellte vor Erlass eines sie belastenden Entscheids, insbesondere bei Kündigung und Umgestaltung des Arbeitsverhältnisses, nach entsprechender schriftlicher Orientierung mündlich oder schriftlich anzuhören (§ 65 Abs. 2 PG; zusätzlich § 65 Abs. 1 PG i.V.m. § 46 Abs. 1 VRG). Eine Auflösung des Arbeitsverhältnisses im gegenseitigen Einvernehmen stellt zwar keine Kündigung im engen Sinn dar, unterliegt als Kündigungssurrogat aber den gleichen rechtlichen Rahmenbedingungen. Dies gilt erst recht für den vorliegenden Fall, in welchem die Umstände für den Beschwerdeführer besonders belastend sind. Entsprechend müssen die Bestimmungen zum rechtlichen Gehör Anwendung finden. Subsidiär zu diesem kantonalen Recht gelten die Garantien der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV; SR 101), die den Betroffenen in allen Streitsachen ein bestimmtes Mindestmass an Verteidigungsrechten gewährleisten. In Art. 29 Abs. 2 BV wird der Anspruch auf rechtliches Gehör als allgemeine Verfahrensgarantie ausdrücklich erwähnt (BGE 118 Ia 18 E. 1b; zur fortwährenden Gültigkeit der unter Art. 4 aBV ergangenen Rechtsprechung siehe Pra 2001 Nr. 71 E. 1a/aa; vgl. zum Ganzen: LGVE 2005 II Nr. 2 E. 3). Das rechtliche Gehör dient einerseits der Sachaufklärung, andererseits stellt es ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht beim Erlass eines Entscheids dar, welcher in die Rechtsstellung des Einzelnen eingreift. Dazu gehört insbesondere das Recht des Betroffenen, sich vor Erlass eines Entscheids zur Sache zu äussern und an der Erhebung wesentlicher Beweise entweder mitzuwirken oder zumindest zum Beweisergebnis Stellung zu nehmen, wenn dieses geeignet ist, den Entscheid zu beeinflussen (BGer-Urteil 5A_122/2011 vom 9.6.2011 E. 3.1). Der Umfang des rechtlichen Gehörs hängt grundsätzlich von der Intensität der Betroffenheit durch die Verfügung ab; je grösser die Gefahr einer Beeinträchtigung schutzwürdiger Interessen und je bedeutsamer diese sind, desto umfassender ist das rechtliche Gehör zu gewähren (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl. 2010, N 1677). Um ein faires Verfahren zu gewährleisten, müssen die Mitwirkungsrechte des Betroffenen beachtet werden. Er muss in der Lage sein, sich zu den vorgesehenen Massnahmen fundiert und wirksam äussern zu können. Dies bedingt, dass ihm ein gewisses Mass an Bedenk- und Vorbereitungszeit eingeräumt wird. Ausserdem ist zu beachten, dass die Anhörung nicht nur

pro forma erfolgen darf, indem bereits vor dem Gespräch feststeht, dass der Arbeitgeber an der Auflösung des Arbeitsverhältnisses festhält (LGVE 2004 II Nr. 4 E. 5c). Nichts anderes ergibt auch der Blick auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung im Arbeitsrecht. Wird der Aufhebungsvertrag vom Arbeitgeber aufgesetzt, muss dem Arbeitnehmer eine genügende Überlegungsfrist zur Verfügung stehen (vgl. E. 5. in fine).

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass unabhängig davon, ob es sich um ein öffentlich- oder privatrechtliches Arbeitsverhältnis handelt, dem Arbeitnehmer im Hinblick auf einen Aufhebungsvertrag eine genügende Bedenkfrist einzuräumen ist.

7.2 Vorliegend ist die zeitliche Abfolge der Ereignisse unbestritten: Am Montag (25.2.2013) soll sich der Vorfall im Saunabereich ereignet haben, woraufhin sich der Ehemann (Herr C) der betroffenen Frau bei einem anderen Badmeister (E) gemeldet hat. Tags darauf wurde die Gemeinderätin D informiert. Am Mittwoch (27.2.2013) um 9.30 Uhr wurde der Beschwerdeführer für 10.30 Uhr bei der Gemeindeverwaltung einbestellt mit dem Hinweis, bei der Besprechung gehe es um die Auflösung seines Arbeitsverhältnisses. Die Vereinbarung über die Auflösung des Arbeitsverhältnisses im gegenseitigen Einvernehmen datiert ebenfalls vom 27. Februar 2013.

Die vorstehenden Ausführungen machen deutlich, dass dem Beschwerdeführer keine ausreichende Bedenkfrist zur Verfügung stand. Innerhalb weniger Stunden wurde er nicht nur mit dem angeblichen «Vorfall» im Saunabereich konfrontiert, sondern zugleich darüber in Kenntnis gesetzt, dass die Vorinstanz deshalb die Auflösung des Arbeitsverhältnisses beabsichtige bzw. – wie aus den Akten hervorgeht – diese bereits beschlossen hat. Der Beschwerdeführer hatte denn auch umgehend zu erklären, welche Art der Auflösung – im gegenseitigen Einvernehmen oder fristlos – er «bevorzugen» würde. Wenn sich die Gemeinde B wegen der im Raum stehenden Vorwürfe zu einem raschen Handeln gezwungen sah, ist das nicht zu beanstanden, sondern vielmehr zu begrüssen. Allerdings hätte es darum gehen müssen, umgehend Abklärungen vorzunehmen, sodass ihr weiteres Vorgehen auf gesicherten Tatsachen oder zumindest deutlichen Indizien beruht hätte. Das blosse Abstellen auf eine halb anonyme Schilderung vom Hörensagen überzeugt auch mit Blick auf die der Gemeinde B obliegende Fürsorgepflicht gegenüber ihren Angestellten nicht. Angesichts der sich «überschlagenden Ereignisse» war es dem Beschwerdeführer nicht möglich, sich in Ruhe über die Situation und das weitere Vorgehen Gedanken zu machen. Sein Anspruch auf rechtliches Gehör wurde verletzt, was zur formellen Rechtswidrigkeit des Aufhebungsvertrags führt. Diese Feststellung räumt dem Beschwerdeführer nicht nur einen Entschädigungsanspruch gegenüber der Vorinstanz ein, sondern sie wird auch bei den Kostenfolgen zu berücksichtigen sein.

Ob der Beschwerdeführer, wie er geltend macht, anlässlich der Unterzeichnung der Aufhebungsvereinbarung unter «erheblichen Druck» ge-

setzt worden sei, kann nicht nur mit Blick auf den Verfahrensausgang offen bleiben, sondern auch deshalb, weil die formelle Rechtswidrigkeit bereits durch die Gehörsverletzung erwiesen ist.

8.

Mit dem Aufhebungsvertrag vom 27. Februar 2013 wurde das auf den 1. November 2012 eingegangene Arbeitsverhältnis im gegenseitigen Einvernehmen per 28. Februar 2013 aufgelöst. Die Verfahrensbeteiligten vereinbarten eine Lohnfortzahlung «per Saldo aller Ansprüche» bis 30. April 2013.

Zu prüfen bleibt, ob der Aufhebungsvertrag inhaltlich zulässig war oder ob ihm arbeitsrechtliche Schutzbestimmungen zu Gunsten des Arbeitnehmers entgegenstanden. Dazu ist der Aufhebungsvertrag den rechtlichen Verhältnissen, wie sie ohne Vereinbarung eingetreten wären, gegenüber zu stellen.

9.

Die Vertragsparteien sind von Gesetzes wegen berechtigt, das Arbeitsverhältnis im gegenseitigen Einvernehmen auf jeden Zeitpunkt zu beendigen (vgl. § 20 PG). Das Verhältnismässigkeitsprinzip gebietet jedoch ein ausgewogenes Verhältnis der Leistungen der Vertragsparteien, das heisst beide müssen auf Rechte verzichten, sodass es sich um einen echten Vergleich mit gegenseitigem Nachgeben handelt, der nicht nur dem Arbeitgeber Vorteile bringt (BVGer-Urteil A-8761/2010 vom 8.12.2011 E. 7.1.1.). Ob ein Verzicht des Arbeitgebers auf Ansprüche gegenüber dem Arbeitnehmer einen echten Vergleich im Sinn der bundesgerichtlichen Rechtsprechung darstellt (vgl. dazu oben E. 5), beurteilt sich im Zeitpunkt des Vergleichsschlusses nach den Prozessaussichten des Arbeitgebers. Dieser muss zwar nicht strikt nachweisen, dass und in welchem Umfang die Ansprüche tatsächlich bestanden, denn die Unsicherheit über Bestand und Umfang der gegenseitigen Forderungen soll durch den Abschluss eines Vergleichs gerade aus der Welt geschaffen werden. Von einer Konzession des Arbeitgebers kann aber nur dann gesprochen werden, wenn er auf ernsthafte Ansprüche mit greifbaren Erfolgsaussichten verzichtet (BGer-Urteil 4A_103/2010 vom 16.3.2010 E. 2.2.3 mit weiteren Hinweisen).

10.

Die Vorinstanz hätte das Arbeitsverhältnis mit dem Beschwerdeführer bei Nichtunterzeichnung des Aufhebungsvertrags gestützt auf die telefonische Aussage von Herrn C aufgelöst, allenfalls sogar fristlos.

Zentral ist in diesem Zusammenhang die Frage, ob im Zeitpunkt der Vertragsauflösung das reale Risiko einer rechtmässigen fristlosen Kündigung bestand.

11.

Die Vorinstanz hätte bei einer Kündigung auf einen reinen Verdacht abgestellt. Eine Verdachtskündigung ist grundsätzlich nur zulässig, wenn der Verdacht später zur Tatsache wird. Dafür trägt der Kündigende – und damit die Vorinstanz – die Beweislast. Stellt sich der Verdacht später als

falsch heraus, kann eine fristlose Kündigung dennoch gerechtfertigt sein, wenn der Gekündigte die Aufklärung treuwidrig behindert hat oder der Kündigende bei Verdacht auf ein schweres Delikt alles ihm Mögliche zur Aufklärung geleistet hat. Zudem bleibt bei einer gerechtfertigten fristlosen Kündigung trotz falschen Verdachts der Lohnanspruch bestehen (Urteil des Verwaltungsgerichts St. Gallen B 2011/235 vom 29.8.2012 E. 3.1.3. mit weiteren Hinweisen).

11.1 In formeller Hinsicht steht fest, dass die Vorinstanz keine Abklärungen getroffen oder sonst Anstrengungen unternommen hätte, den Sachverhalt zu ermitteln. Dazu wäre sie mit Verweis auf die obenstehenden Ausführungen aber verpflichtet gewesen, trifft sie doch eine Fürsorgepflicht gegenüber ihren Angestellten. Sie stellte die Kündigung allein gestützt auf den nicht weiter untersuchten Vorwurf einer «Distanzüberschreitung» in Aussicht, und ohne den Beschwerdeführer diesbezüglich vorher angehört zu haben. Jegliche Aufklärungsarbeiten durch die Gemeinde fehlen gänzlich.

11.2 Für die fristlose Auflösung eines Arbeitsverhältnisses bedarf es eines wichtigen Grundes (§ 19 PG). Als wichtiger Grund gilt namentlich jeder Umstand, bei dessen Vorhandensein die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nach Treu und Glauben nicht mehr zugemutet werden darf (Abs. 2). Unter sehr schwere Pflichtverletzungen, welche es dem Arbeitgeber erlauben, das Arbeitsverhältnis sofort und ohne Verwarnung fristlos aufzulösen, fallen namentlich Straftaten zum Nachteil des Arbeitgebers, besonders schwere Straftaten ausserhalb des Arbeitsplatzes, Konkurrenzierung des Arbeitgebers, Entgegennahme von Schmiergeldern, eigenmächtiger Ferienbezug, Verrat von Geschäftsgeheimnissen, Schlechtmachen des Arbeitgebers gegenüber Dritten, sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz usw. (Urteil des Verwaltungsgerichts Luzern V 06 49 vom 20.12.2006 E. 3b mit weiteren Hinweisen).

Eine fristlose Kündigung ist nur bei besonders schweren Pflichtverletzungen gerechtfertigt oder aber, wenn sich weniger schwere Verletzungen der Arbeits- und Treuepflicht des Arbeitnehmers trotz Mahnung oder Verwarnung wiederholen. Die vorgeworfenen Verfehlungen müssen einerseits objektiv geeignet sein, die für das Arbeitsverhältnis wesentliche Vertrauensgrundlage zu zerstören oder zumindest so tief greifend zu erschüttern, dass dem Arbeitgeber die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist nicht mehr zuzumuten ist. Andererseits müssen diese auch tatsächlich zu einer derartigen Zerstörung oder Erschütterung des gegenseitigen Vertrauens geführt haben (BGer-Urteil 4C.154/2006 vom 26.6.2006 E. 2.2; BGE 130 III 220 E. 3.1; vgl. Egli, in: AJP 2001, S. 1235, Bem. 2.1 ff. mit weiteren Hinweisen). Die verlangte Verwarnung bei weniger schwerwiegenden Verfehlungen hat zwei Funktionen zu erfüllen: Erstens die Äusserung des Arbeitgebers, das Verhalten des Arbeitnehmers werde nicht toleriert (Rügefunktion) und zweitens dessen Wille, das Vertragsverhältnis fristlos aufzulösen, falls keine

Änderung eintrete (Warnfunktion; BGE 127 III 155 E. 1b; siehe Egli, a.a.O., S. 1233 f. und S. 1236, Bem. 5.1 f. mit Hinweisen; vgl. LGVE 2004 II Nr. 4 E. 3d für die ordentliche Kündigung).

Ob die dem Arbeitnehmer vorgeworfene Pflichtverletzung die erforderliche Schwere – mit oder ohne Verwarnung – tatsächlich erreicht, lässt sich jedoch nicht allgemein sagen, sondern hängt von den konkreten Umständen des Einzelfalls ab. Sämtliche für den Entscheid wesentlichen Umstände sind zu würdigen. Zu berücksichtigen sind dabei insbesondere die Natur und die Tragweite der dem Arbeitnehmer vorgeworfenen Verfehlungen, aber auch dessen Stellung und Verantwortung im Betrieb, die Art und die Dauer des Arbeitsverhältnisses, die Länge der ordentlichen Kündigungsfrist usw. (vgl. BGE 127 III 157 E. 1c; BGer-Urteil C.329/1998 vom 23.12.1998, in: Pra 1999 Nr. 73 E. 2a, mit Hinweisen).

Doch selbst wenn sowohl eine objektive als auch eine subjektive Unzumutbarkeit gegeben ist, ist die fristlose Kündigung nur gerechtfertigt, wenn sie als einzig verbleibender Ausweg («ultima ratio») zur Anwendung gelangt. Sie ist folglich erst zulässig, wenn das Vertrauensverhältnis derart zerstört ist, dass dem Arbeitgeber nicht mehr zugemutet werden kann, das Arbeitsverhältnis durch ordentliche Kündigung aufzulösen oder bei fester Vertragsdauer deren Ende abzuwarten (vgl. Art. 337 Abs. 3 OR; zum Ganzen: BGE 127 III 154 E. 1, insbesondere 1c, 117 II 562 E. 3b; REHBINDER, Schweizerisches Arbeitsrecht, Bern 2002, N 353; VISCHER, Der Arbeitsvertrag, Basel 2005, S. 254 f.).

11.3 Die vorstehenden Ausführungen machen deutlich, dass es sich bei der fristlosen Kündigung um die schwerwiegendste Massnahme handelt, die im Personalgesetz vorgesehen ist. Entsprechend müssen Umstände vorliegen, die die fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses als «letzten Ausweg» rechtfertigen. Dies trifft auf den vorliegenden Fall nicht zu: Die Vorinstanz liess es dabei bewenden, vollumfänglich auf die Schilderung eines Herrn C abzustellen, der den angeblichen Zwischenfall nicht aus eigener Wahrnehmung schilderte, sondern lediglich vom Hörensagen. Ein persönliches Gespräch mit Herrn C bzw. mit der betroffenen Ehefrau wurde nicht gesucht, was sich in Anbetracht der erhobenen Anschuldigung aber aufgedrängt hätte. Herr C weigerte sich zudem, ausser seiner Natel-Nummer seine genaueren Personalien und die seiner Ehefrau anzugeben. Dass der Beschwerdeführer aufgrund der im Zeitpunkt des Vertragsschlusses bestandenen und bekannten Sachlage rechtswirksam fristlos hätte entlassen werden können, ist nach dem Gesagten ausgeschlossen. Dies auch deshalb, weil die angeblich betroffene Ehefrau die Anstalt F weiterhin aufsuchen will und auch der Anrufer selbst nicht mehr von der Vorinstanz verlangt hatte, als dass sie mit dem Beschwerdeführer spreche. Dies spricht dafür, dass selbst das Ehepaar den beschriebenen Vorfall nicht als derart gravierend eingestuft hatte.

12.

Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung muss dem Aufhebungsvertrag ein Vergleichscharakter anhaften. Dies beurteilt sich wie erwähnt danach, ob die Arbeitgeberin Konzessionen eingehen musste bzw. – mit anderen Worten – ob der Arbeitnehmer infolge des Aufhebungsvertrags Vorteile erlangte.

Im Aufhebungsvertrag wurde eine Lohnfortzahlungspflicht von zwei Monaten vereinbart. Für den Fall, dass die Vorinstanz bei Nichtzustandekommen des Vertrags die fristlose Kündigung ausgesprochen hätte, hätte der Beschwerdeführer mit den vereinbarten zwei Monatslöhnen einen Vorteil erlangt. Die vorstehende Prüfung hat aber gezeigt, dass ein wichtiger Grund im Sinn des Gesetzes beim damaligen Stand der Dinge hätte verneint werden müssen. Eine fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses hätte damit nicht rechtswirksam erfolgen können. Entsprechend erweist sich der Aufhebungsvertrag für den Beschwerdeführer als nachteilig. Denn mangels Vorliegens eines wichtigen Grundes wäre lediglich noch die ordentliche Kündigung in Frage gekommen. Bei einer ordentlichen Kündigung hätte der Beschwerdeführer Anspruch auf eine dreimonatige Kündigungsfrist gehabt, welche in der Vereinbarung zu seinem Nachteil auf zwei Monate gekürzt wurde. Dies ganz abgesehen davon, dass ein sachlicher Kündigungsgrund unter den gegebenen Umständen gar nicht vorgelegen hätte (vgl. dazu E. 13).

Der von der Rechtsprechung geforderte Vergleichscharakter muss dem Aufhebungsvertrag vom 27. Februar 2013 zwischen den Verfahrensbeteiligten abgesprochen werden. Von einer für den Beschwerdeführer vorteilhaften Regelung kann nicht die Rede sein. Entsprechend erweist sich der Aufhebungsvertrag als rechtswidrig.

13.

Aufgrund der Ausführungen der Vorinstanz in der Vernehmlassung ist davon auszugehen, dass sie das mit dem Beschwerdeführer bestehende Arbeitsverhältnis einseitig aufgelöst hätte, wenn Letzterer zum Aufhebungsvertrag nicht Hand geboten hätte. Der unbedingte Beendigungswille der Vorinstanz geht aus ihren Vernehmlassungen zweifelsfrei hervor. Die Vorinstanz gewährte dem Beschwerdeführer im Aufhebungsvertrag eine zweimonatige Lohnfortzahlung. Daraus darf geschlossen werden, dass sie im Fall des Nichtzustandekommens des Aufhebungsvertrags wenn nicht den fristlosen dann den Weg über die ordentliche Kündigung beschritten hätte. Dies allenfalls unter gleichzeitiger Freistellung des Beschwerdeführers, was in diesem Zusammenhang aber nicht entscheidend ist. Es bleibt damit zu prüfen, ob ein sachlicher Grund für die ordentliche Beendigung des Arbeitsverhältnisses vorlegen hätte.

13.1 Die Beendigung eines öffentlich-rechtlichen Anstellungsverhältnisses muss sachlich begründet sein (LGVE 1999 II Nr. 3 E. 6 mit Hinweisen). Das revidierte Personalgesetz listet solche Gründe in § 18 PG auf. Dazu gehören insbesondere die Aufhebung der Stelle oder deren Anpas-

sung an geänderte organisatorische oder wirtschaftliche Gegebenheiten (lit. a), die anhaltende Verletzung gesetzlicher oder vertraglicher Pflichten und Mängel in der Leistung oder im Verhalten (lit. b), die mangelnde Eignung, Tauglichkeit oder Bereitschaft zur Aufgabenerfüllung (lit. c), der Wegfall einer gesetzlichen oder vertraglichen Anstellungsbedingung (lit. d) sowie die Begehung einer strafbaren Handlung durch den Angestellten (lit. e).

Obwohl diese Aufzählung nicht abschliessend ist, stellt sie einen Massstab für die Schwere der Vorfälle dar, die geeignet sind, zu einem sachlichen Kündigungsgrund zu führen. Die einer Kündigung zugrunde liegende Störung darf sich jedoch nicht nur subjektiv als solche darstellen, sondern sie muss auch objektiv nachvollziehbar sein.

Bei der Prüfung, ob ein sachlicher Grund für die Auflösung des Dienstverhältnisses vorliegt, dürfen die Anforderungen nicht überspannt werden. Es genügen objektive Gründe, die sich im Rahmen des der Verwaltung zustehenden Ermessens bewegen und die angesichts des Verhaltens des Angestellten oder der gegebenen Situation eine Kündigung als vertretbare Massnahme erscheinen lassen. Auch ein grundlegend gestörtes Vertrauensverhältnis stellt in der Regel einen hinreichenden und sachlichen Grund für eine Entlassung dar. Allerdings kann es dabei nicht bloss auf das subjektive Empfinden der Beteiligten ankommen, sondern der Vertrauensverlust muss auf Verhaltensweisen oder Leistungsmängel des Entlassenen rückführbar sein, die diesen auch für Dritte als nachvollziehbar erscheinen lassen. Sodann muss die Störung des Vertrauensverhältnisses die Arbeitstätigkeit des Entlassenen betreffen (vgl. zum Ganzen: LGVE 2003 II Nr. 2, 1999 II Nr. 3 E. 7b, je mit Hinweisen; Michel, Beamtenstatus im Wandel, Diss. Zürich 1998, S. 299 f.).

13.2 Was den Kenntnisstand der Vorinstanz im Zeitpunkt der Kündigungsabsicht betrifft, kann auf die Ausführungen bei der fristlosen Entlassung verwiesen werden. Auch in der materiellen Beurteilung hinsichtlich des Vorliegens eines sachlichen Kündigungsgrunds ergibt sich das gleiche Bild: Abklärungen durch die Vorinstanz nach der Schilderung des angeblichen Zwischenfalls im Saunabereich wurden gänzlich unterlassen. Dass eine einseitige Verdachtsäusserung eines nicht Direktbetroffenen, der seine Personalien nicht bekannt geben will, ohne nachfolgende Abklärungen zur Begründung selbst einer ordentlichen Kündigung ausser Betracht fällt, bedarf nach den vorstehenden Ausführungen keiner Weiterungen. Wenn die Vorinstanz geltend macht, das Vertrauensverhältnis sei nach dem Telefonat mit Herrn C zerrüttet, kann ihr nicht gefolgt werden. Als Arbeitgeberin steht sie in der Pflicht, einem geäusserten Verdacht gegen einen ihrer Angestellten nachzugehen und gestützt auf die erhobenen Sachverhaltsmomente über die Beeinträchtigung des Vertrauensverhältnisses zu entscheiden. Denn allein auf das «subjektive» Empfinden der Vorinstanz kann es nicht ankommen. Folglich muss auch das Vorliegen eines sachlichen Kündigungsgrunds verneint werden, was zur Rechtswidrigkeit der Beendigung

des Arbeitsverhältnisses per Ende April 2013 führt. Erschwerend kommt hinzu, dass die Vorinstanz dem Beschwerdeführer lediglich für zwei Monate eine Lohnfortzahlung gewährte und nicht – wie dies im Wahlakt festgehalten ist – drei Monate.

14.

Zusammenfassend ist folgendes festzuhalten: Der Aufhebungsvertrag erwies sich infolge Verletzung des rechtlichen Gehörs sowie mangels Vorliegens einer für den Beschwerdeführer im Vergleich zum Arbeitgeber mindestens gleichwertigen Regelung als rechtswidrig. Auch die anstelle der Aufhebungsvereinbarung vorgesehene ordentliche Beendigung erweist sich infolge Fehlens eines sachlichen Grundes als rechtswidrig. Entsprechend ist die Verwaltungsgerichtsbeschwerde gutzuheissen.

Obergericht des Kantons Luzern, Urteil vom 14. November 2013

Pikettdienst des Spitalpersonals; Geltungsbereich des ArG.
Öffentlich-rechtliche Anstalten mit eigener Rechtspersönlichkeit fallen – vorbehaltlich Art. 71 lit. b ArG (Günstigkeitsprinzip) – immer in den Geltungsbereich des ArG, unabhängig davon, ob ihr Personal privatrechtlich oder öffentlich-rechtlich angestellt ist und auch unabhängig davon, ob das kantonale Personalrecht auch auf das Spitalpersonal anwendbar ist (E. 6.5).
Wird der Pikettdienst im Betrieb geleistet, stellt die gesamte zur Verfügung gestellte Zeit Arbeitszeit dar, unabhängig davon, ob es überhaupt zu einem Arbeitseinsatz kommt. Diese Art von Pikettdienst wird als Bereitschaftsdienst bezeichnet, im Gegensatz zur Rufbereitschaft, wo sich die Arbeitnehmer ausserhalb des Arbeitsorts aufhalten können, wobei die zur Verfügung gestellte Zeit nur dann als Arbeitszeit zu erfassen ist, wenn die Arbeitnehmer tatsächlich zur Arbeit aufgeboten werden. Die Qualifikation des Bereitschaftsdienstes als Arbeitszeit hat Einfluss auf die unter Berücksichtigung desselben zu gewährende Ruhezeit, nicht aber auf die Höhe der Entschädigung. Der von der Arbeitnehmerin eingeforderte Anspruch, der geleistete Bereitschaftsdienst sei zum gleichen Lohn wie für ihre Tätigkeit im Operationssaal mit Überstundenzuschlägen sowie weiteren Zulagen zu entlöhnen, findet im ArG keine Grundlage (E. 10.1.1, 11., 11.2).

Sachverhalt:

Die technische Operationsfachfrau A arbeitete von November 2008 bis Juli 2010 in der Frauenklinik des Luzerner Kantonsspitals (luks). Abends und an Wochenenden leistete sie «Pikett-» bzw. «Bereitschaftsdienst», welcher gestützt auf die kantonale Besoldungsverordnung entschädigt wurde. A liess beim Kantonsgericht Klage einreichen und beantragte, das Kantons-

spital Luzern habe ihr Fr. x zu bezahlen. Zur Begründung brachte sie vor, die vom Kantonsspital Luzern angewandte Vergütungspraxis des «Pikett-» bzw. «Bereitschaftsdiensts» sei unzulässig gewesen. Ihr Anspruch leite sich nicht aus der kantonalen Besoldungsverordnung, sondern aus dem ArG ab. Das Kantonsgericht wies die Klage mit Urteil vom 14. November 2013 ab.

Aus den Erwägungen:

2.

Ausgangspunkt dieses Verfahrens ist die rechtliche Verselbständigung des Luzerner Kantonsspitals (luks) in eine öffentlich-rechtliche Anstalt mit eigener Rechtspersönlichkeit per 1. Januar 2008, die ihre Grundlage im Spitalgesetz vom 11. September 2006 findet (vgl. § 7 Abs. 1 sowie Fussnote 69 zu § 40 Abs. 1 des Spitalgesetzes [SRL Nr. 800a]). Zentral ist dabei die Frage, ob aufgrund dieser Verselbständigung das Arbeitsgesetz auf das luks Anwendung findet, oder ob, wie davor, ausschliesslich die kantonalen personalrechtlichen Erlasse einschlägig sind. Das Arbeitsgesetz erfüllt mit dem Arbeitnehmerschutz ein öffentliches Interesse. Dieser Schutz offenbart sich in zwei wichtigen Punkten: den Bestimmungen über den Gesundheitsschutz (Art. 6 ArG und der Verordnung 3 zum Arbeitsgesetz [ArGV 3]) und den Bestimmungen über die Arbeits- und Ruhezeiten (ArG, ArGV 1 und ArGV 2). Die Bestimmungen des ArG haben zwingenden Charakter in Form von Minimalvorschriften (vgl. zum Ganzen: SECO, Merkblatt für die Anwendung des Arbeitsgesetzes in Krankenanstalten und Kliniken, S. 1 [nachfolgend: Merkblatt Krankenanstalten]). Die Klägerin vertritt die Ansicht, das Luzerner Kantonsspital falle als selbständige öffentlich-rechtliche Anstalt in den betrieblichen Geltungsbereich des ArG. Entsprechend leitet sie ihre Forderung aus dem ArG ab. Dahingegen verneint das luks die Einschlägigkeit des Bundesgesetzes und plädiert für die weitere Anwendbarkeit der kantonalen Personalrechtserlasse und in der Sache damit auf Abweisung des Klagebegehrens. Welchem Gesetz der Beklagte untersteht, wird Gegenstand der materiellen Prüfung sein. Die vorliegende Streitsache wirft auch auf prozessualer Ebene Fragen auf, die es vorab zu beurteilen gilt.

(…)

6.

6.1 Gemäss Arbeitsgesetz (Art. 1 Abs. 1 ArG) fallen – unter Vorbehalt der Art. 2–4 – in dessen betrieblichen Geltungsbereich alle öffentlichen und privaten Betriebe. In Art. 2 Abs. 1 lit. a ArG ist als eine von mehreren Ausnahmen festgehalten, dass das Gesetz auf Verwaltungen des Bundes, der Kantone und Gemeinden nicht anwendbar ist. Dabei ist Art. 2 Abs. 2 ArG zu beachten, wonach die öffentlichen Anstalten, die den Verwaltungen des Bundes, der Kantone und der Gemeinden gleichzustellen sind, durch Verordnung bezeichnet werden. In Art. 7 Abs. 1 ArGV 1 wer-

den (nur) öffentlich-rechtliche Anstalten ohne Rechtspersönlichkeit und Körperschaften des öffentlichen Rechts den Organisationen der öffentlichen Verwaltung hinsichtlich der Regelung der Arbeits- und Ruhezeit gleichgestellt, sofern die Mehrzahl der in ihnen beschäftigten Arbeitnehmer in einem öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis stehen. Beschäftigt ein Betrieb nach Absatz 1 auch Arbeitnehmer, die in einem privatrechtlichen Arbeitsverhältnis stehen, dann ist auf diese Einzelpersonen das ArG auch bezüglich der Arbeits- und Ruhezeiten anwendbar, soweit das öffentliche Dienstrecht für den Arbeitnehmer nicht günstigere Vorschriften enthält (Art. 7 Abs. 2 ArGV 1). Nach Art. 3a lit. a ArG sind die Vorschriften über den Gesundheitsschutz von Art. 6, 35 und 36a ArG auch auf die Verwaltungen des Bundes, der Kantone und der Gemeinden anwendbar. Diese Aufzählung ist abschliessend; d.h. andere Schutzbestimmungen des ArG – so auch die Arbeits- und Ruhezeitvorschriften – sind nicht anwendbar, auch wenn sie einen Einfluss auf die Gesundheit der Arbeitnehmer haben (vgl. auch SECO, Wegleitung zum Arbeitsgesetz und zu den Verordnungen 1 und 2 zu Art. 3a ArG, 6. Überarbeitung 2011, nachfolgend: Wegleitung ArG/ArGV 1 und 2).

Im Folgenden ist unter Würdigung der gesamten Umstände sowie der Parteivorbringen zu prüfen, ob das luks unter den betrieblichen Anwendungsbereich des ArG fällt. Entgegen der Ansicht der Klägerin lässt sich nämlich aus § 51 PVO, der bezüglich des Schutzes der Persönlichkeit und der Gesundheit auf Art. 3a ArG verweist, nach dem vorstehend Ausgeführten nicht ableiten, dass sämtliche Bestimmungen des 3. Titels des ArG («Arbeits- und Ruhezeit») automatisch zur Anwendung kommen. Damit wird allein auf die Bestimmungen im Gesundheitsschutz im engeren Sinn verwiesen (Art. 6, 35 und 36a ArG). Bejahendenfalls ist weiter zu untersuchen, wie sich der Vorbehalt von Art. 71 lit. b ArG auf den Beklagten auswirkt.

6.2 Die Volkswirtschaftsdirektion des Kantons Zürich hatte sich im Rahmen eines Rekursverfahrens gegen eine Feststellungsverfügung des Amts für Wirtschaft und Arbeit am 26. März 2008 mit der Frage auseinander zu setzen, ob die arbeitsgesetzlichen Arbeits- und Ruhezeitbestimmungen nach dessen Verselbständigung auch für das Zürcher Universitätsspital gelten würden. In diesem Zusammenhang prüfte sie eingehend, wie eine nach kantonalem öffentlichem Recht errichtete selbständige Anstalt aus Sicht des Bundesrechts (Art. 7 Abs. 1 ArGV 1) zu beurteilen ist. Denn nach den vorgenannten gesetzlichen Grundlagen erweist sich die Auslegung des Begriffs der «selbständigen öffentlich-rechtlichen Anstalt», d.h. einer öffentlich-rechtlichen Anstalt mit eigener Rechtspersönlichkeit, als eines der Schlüsselkriterien für die Frage nach der Anwendbarkeit des Arbeitsgesetzes. Deren Bedeutung ermittelte sie einerseits durch Auseinandersetzung mit den verschiedenen Lehrmeinungen und der Rechtsprechung, andererseits durch Auslegung von Art. 7 Abs. 1 ArGV 1 (vgl. Volkswirtschaftsdirektion des Kantons Zürich, Verfügung vom 26.3.2008,

Geschäftsnummer 7/2007/ME abrufbar unter http://www.zhentscheide.zh.ch, zuletzt besucht am 14.11.2013).

Die gleiche Prüfung ist auch im vorliegenden Verfahren vorzunehmen. Die umfassenden und sorgfältigen Erwägungen der Volkswirtschaftsdirektion des Kantons Zürich werden daher beigezogen und – wo möglich und sinnvoll – in zusammengefasster Form wiedergegeben.

6.3 Der Begriff «öffentlich-rechtliche Anstalt» wird durch die Staats- und Verwaltungsrechtslehre folgendermassen definiert: Sie zeichnet sich dadurch aus, dass sie von einem Gemeinwesen getragen wird sowie technisch-organisatorisch aus der Zentralverwaltung ausgegliedert, mit persönlichen und sachlichen Mitteln ausgestattet, mit einer gewissen Autonomie versehen und zur dauernden Erfüllung einer Aufgabe des Trägergemeinwesens bestimmt ist (TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 2009, § 7 N 4). Zur Zentralverwaltung grenzt sie sich dadurch ab, dass sie nicht in den hierarchischen Aufbau der öffentlichen Verwaltung eingebunden, sondern organisatorisch ausgegliedert ist. Von der öffentlich-rechtlichen Körperschaft unterscheidet sie sich aufgrund des Umstands, dass sie nicht über Mitglieder, sondern nur über einen Kreis von Benützern verfügt, denen grundsätzlich keine aktiven Mitwirkungsrechte zukommen. Die Anstalt ist somit, im Gegensatz zur Körperschaft, kein agierendes Gemeinwesen, sondern bleibt eine Einrichtung des Trägergemeinwesens (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., N 1314 ff.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, a.a.O., § 8 N 3). Die Anstalten werden sodann in selbständige und unselbständige Anstalten unterteilt bzw. in Anstalten, die mit eigener Rechtspersönlichkeit ausgestattet sind, und in solche ohne eigene Rechtspersönlichkeit (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., N 1320 ff.; vgl. zum Ganzen: Verfügung Volkswirtschaftsdirektion des Kantons Zürich, a.a.O., E. 7b, auch zum Folgenden).

Im Gegensatz zu den öffentlichen Anstalten des Bundes (Art. 8 der Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung [RVOV; SR 172.010.1]) existiert im kantonalen Recht kein Erlass, der die öffentlich-rechtlichen Anstalten mit Rechtspersönlichkeit regelt. Dies ist indessen auch nicht erforderlich. Fehlen entsprechende Bestimmungen, richtet sich die Zuordnung nach den soeben geschilderten Kriterien der Lehre: Auch der Beklagte ist eine öffentlich-rechtliche Anstalt in diesem Sinn. Wie bereits unter E. 2. (…) festgehalten, bezeichnet § 7 Abs. 1 Spitalgesetz die kantonalen Spitäler als Anstalt des kantonalen öffentlichen Rechts mit eigener Rechtspersönlichkeit. Daneben weist er sämtliche für ein solches Gebilde typischen Merkmale auf: Der Regierungsrat wählt das oberste Gremium, den Spitalrat (§ 13 lit. g Spitalgesetz). Er genehmigt die Jahresrechnung der Unternehmen und beschliesst – auf Antrag des Spitalrats – über die Verteilung von Gewinnen und die Tragung von Verlusten der Unternehmen (§ 13 lit. f Spitalgesetz). Weiter legt er nach Anhörung des Spitalrats die Leistungsaufträge fest, auf deren Grundlage das Gesundheits- und Sozialdepartement mit dem Spitalrat Leistungsvereinbarungen abschliesst (§§ 5, 5a

und 16 Abs. 2 lit. a und b Spitalgesetz). Der Spitalrat ist das oberste Organ des Unternehmens und verantwortlich für die strategische Unternehmensführung (§ 16 Spitalgesetz). Der Direktor oder die Direktorin und eine Vertretung des Gesundheits- und Sozialdepartements sind im Spitalrat mit beratender Stimme vertreten und haben ein Antragsrecht (§ 17 Abs. 3 Spitalgesetz). Entscheide des Direktors können beim Spitalrat mit Verwaltungsbeschwerde angefochten werden (§§ 16 Abs. 2 lit. j und 34 Abs. 1 Spitalgesetz). Die Arbeitsverhältnisse sind grundsätzlich öffentlich-rechtlich, wobei – mit in dieser Hinsicht nicht weiter relevanten Ausnahmen – das Personalgesetz gilt (§ 30 Abs. 1 Spitalgesetz; vgl. auch Abs. 2).

6.4 Wie im Entscheid der Zürcher Volkswirtschaftsdirektion ausgeführt (E. 7d f.), geht der überwiegende Teil der Lehre davon aus, dass zur Beantwortung der Frage der Anwendbarkeit des ArG auf öffentlich-rechtliche Anstalten lediglich ausschlaggebend ist, ob diese über eigene Rechtspersönlichkeit verfügen. Nach diesen Lehrmeinungen wird aus einem Umkehrschluss von Art. 7 Abs. 1 ArGV 1 gefolgert, dass das ArG auf öffentlich-rechtliche Anstalten mit eigener Rechtspersönlichkeit grundsätzlich anwendbar ist (REINHARD, Anwendbarkeit des Arbeitsgesetzes [ArG] auf Spitäler und Spitalärzte, in: Schweizerische Ärztezeitung 2005 S. 1137; LIENHARD/KETTIGER, Arbeitsrechtliche Fragen im Zusammenhang mit der Auslagerung von Kantonsspitälern, KPM-Schriftenreihe Nr. 6, Bern 2005, S. 27, 34). Dies wird insbesondere damit begründet, dass «die Herausnahme eines öffentlichen Betriebs aus dem Geltungsbereich des ArG grundsätzlich nur dann gerechtfertigt ist, wenn die Arbeitnehmer durch das öffentliche Dienstrecht einen ähnlichen Schutz geniessen, wie denjenigen durch das Arbeitsrecht. Öffentlich-rechtliche Anstalten mit eigener Rechtspersönlichkeit sind von der Zentralverwaltung ausgenommen und deren öffentlich-rechtlicher Organisation entzogen. Sie organisieren sich häufig privatwirtschaftlich mit privatrechtlichen Arbeitsverträgen, sodass sie keine genügende Gewähr dafür bieten, ihren Arbeitnehmern einen dem ArG gleichwertigen Schutz zu bieten» (STAEHELIN, Zur Anwendung des Arbeitsgesetzes auf öffentliche Betriebe, namentlich auf öffentliche Spitäler, in: ARV 2002 S. 5). Zudem wird ins Feld geführt, dass eine Privilegierung der Anstalten mit eigener Rechtspersönlichkeit gegenüber privatwirtschaftlichen Betrieben nicht gerechtfertigt wäre, da diese Anstalten oft keine Verwaltungsaufgaben im eigentlichen Sinn mehr wahrnehmen, in aller Regel privatwirtschaftlich organisiert sind und häufig in Konkurrenz zur Privatwirtschaft stehen (MÜLLER, Kommentar zum Arbeitsgesetz, 6. Aufl. 2001, Art. 2 Abs. 2 ArG N 1; Wegleitung ArG/ArGV 1 und 2, S. 107-2).

Ein kleinerer Teil der Lehre vertritt eine abweichende Rechtsauffassung. Danach ist im Zusammenhang mit Art. 7 Abs. 1 ArGV 1 nicht auf die Rechtspersönlichkeit der Anstalt, sondern auf die Art der Anstellung abzustellen. Demgemäss sind auch selbständige Anstalten des öffentlichen Rechts wie Spitäler und Kantonalbanken vom Anwendungsbereich des ArG ausgenommen, sofern die Mehrzahl der durch sie beschäftigten Ar-

beitnehmer öffentlich-rechtlich angestellt ist (GEISER, in: Stämpflis Handkommentar zum Arbeitsgesetz [Hrsg. Wyler/von Kaenel/Geiser], Bern 2005, Art. 2 ArG N 13 ff.). Ferner wird argumentiert, es sei fragwürdig, das Merkmal der eigenen Rechtspersönlichkeit mit der effektiven organisatorischen und rechtlichen Selbständigkeit gleichzusetzen. Aufgrund des Umstands, dass eine öffentlich-rechtliche Anstalt über eigene Rechtspersönlichkeit verfüge, dürfe nicht ohne weiteres auf eine umfassende Autonomie der Anstalt geschlossen werden. Der Grad der organisatorischen und juristischen Selbständigkeit hänge vielmehr vom Geltungsbereich der entsprechenden Personalgesetze ab (SENTI, Arbeitsrechtliche Vorschriften für Pflegeberufe in öffentlichen Spitälern, in: ArbR 2005 S. 72 f.). Überdies wird aus dem Gebot der Rechtsgleichheit gemäss Art. 8 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV; SR 101) gefolgert, dass weder die öffentlich-rechtlichen Anstalten ohne Rechtspersönlichkeit noch diejenigen mit Rechtspersönlichkeit vom Geltungsbereich des ArG mitumfasst seien. Eine andere Auslegung führe zu einer Rechtszersplitterung im öffentlichen Dienstrecht der Kantone und stelle eine verfassungsrechtlich fragwürdige Ungleichbehandlung der Angestellten im öffentlichen Dienst ein und desselben Gemeinwesens dar (vgl. LIENHARD/KETTIGER, a.a.O., S. 37).

Das Bundesgericht hat in einem Entscheid, der zwar die Kantonspolizei und nicht ein öffentliches Spital betraf, allgemein festgehalten, dass das Spitalpersonal den Arbeits- und Ruhezeitbestimmungen des ArG unterstehe, wenn es für eine öffentlich-rechtliche Anstalt mit eigener Rechtspersönlichkeit tätig sei (BGer-Urteil 2P.99/2002 vom 1.11.2002 E. 4.2.).

6.5 Infolge unterschiedlicher Ansichten in der Lehre nahm die Zürcher Volkswirtschaftsdirektion eine Auslegung nach den anerkannten Regeln der juristischen Methodenlehre (Methodenpluralismus) von Art. 7 Abs. 1 ArGV vor, welcher vollumfänglich zuzustimmen ist (Verfügung Volkswirtschaftsdirektion des Kantons Zürich, a.a.O., E. 8; vgl. statt vieler: HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., N 216 ff.). In Bezug auf das grammatikalische Element führte sie zusammengefasst aus, dass vom Gesetzeswortlaut nur abgewichen werden darf, wenn triftige Gründe dafür bestehen. Sie verglich in der Folge den Gesetzestext in allen Amtssprachen und stellte zwischen den drei Versionen keine grammatikalischen Abweichungen fest. Der Wortlaut ist klar und eindeutig. Weiter zeigt die Entstehungsgeschichte, dass der Vorgänger von Art. 7 ArGV 1, Art. 8 der Verordnung 1 zum ArG vom 14. Januar 1966/9. September 1970 (gültig bis 31.7.2000), die öffentlich-rechtlichen Anstalten mit Rechtspersönlichkeit ausdrücklich erwähnte und konstatierte, dass sie dem ArG nicht unterstellt seien. Demgegenüber wurden die öffentlich-rechtlichen Anstalten ohne Rechtspersönlichkeit nicht genannt, weshalb ihre Zuordnung unklar war. Meistens wurden sie dem Anwendungsbereich des ArG ebenfalls entzogen, weil sie als Zweig der Zentralverwaltung oder als Bestandteil einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft betrachtet wurden. Im aktuellen Verord-

nungsartikel werden nun in Umkehrung dieser Regelung die öffentlich-rechtlichen Anstalten ohne Rechtspersönlichkeit unter den Ausnahmen vom Geltungsbereich explizit genannt und dem Anwendungsbereich des ArG entzogen. Dies deutet darauf hin, dass mit dieser Änderung speziell beabsichtigt wurde, die öffentlich-rechtlichen Anstalten mit Rechtspersönlichkeit neu dem Geltungsbereich des ArG zu unterstellen. Daraus wird deutlich, dass das Kriterium der Rechtspersönlichkeit seit jeher im Zentrum stand (Verfügung Volkswirtschaftsdirektion des Kantons Zürich, a.a.O., E. 8c). Auch die systematische Auslegung hat ergeben, dass der Gesetzgeber davon ausgegangen ist, dass das ArG auf öffentlich-rechtliche Anstalten mit eigener Rechtspersönlichkeit anwendbar ist. Denn aus der Systematik des Gesetzestexts (Art. 2 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 ArG) lasse sich herauslesen, dass nur diejenigen Unterarten der öffentlichen Anstalten, die in der ArGV 1 ausdrücklich genannt sind, vom ArG ausgenommen seien. Beim teleologischen Element wurde nicht nur der Zweck beleuchtet, den der historische Gesetzgeber der Norm gegeben hat, sondern es wurde auch untersucht, wie sich der Zweck im Lauf der Zeit gewandelt hat. Zusammengefasst führte die teleologische Auslegung zu folgendem Schluss: Der Gesetzgeber wollte nur die Zentralverwaltung vom Geltungsbereich des ArG ausnehmen. Eine weitergehende Nichtunterstellung von bestimmten dezentralen Verwaltungseinheiten stand in den 1960er-Jahren noch mit dem Ziel des Gesetzgebers einer möglichst einheitlichen Regelung im Einklang, da damals noch ein weitgehend einheitliches Personalrecht galt. Heute müssen indessen das ArG und seine Ausführungsverordnungen so ausgelegt werden, dass diese Regelungen ausserhalb der Zentralverwaltung möglichst frühzeitig Geltung haben. Auf Art. 7 Abs. 1 ArGV 1 bezogen bedeutet dies, dass die Arbeits- und Ruhezeitbestimmungen – wie ausdrücklich festgehalten – nicht für die öffentlich-rechtlichen Anstalten ohne Rechtspersönlichkeit, die der Zentralverwaltung noch relativ nahe stehen, gelten. Dagegen unterstehen die öffentlich-rechtlichen Anstalten mit Rechtspersönlichkeit, welche von der Zentralverwaltung bereits weiter entfernt sind und sich der Privatwirtschaft angenähert haben, dem Geltungsbereich des ArG. Dass dabei auf das unmissverständliche Abgrenzungskriterium der Rechtspersönlichkeit abgestellt wird, erscheint aufgrund des Bestrebens nach klaren und eindeutigen Regelungen zweckmässig. Die Volkswirtschaftsdirektion hielt sodann fest, dass der Begriff der «öffentlich-rechtlichen Anstalt» mit dem Anstaltsbegriff der Staats- und Verwaltungsrechtslehre übereinstimmt. Auch im Kanton Luzern muss dieser Begriff der Umschreibung in der Lehre entsprechen. Bei der Frage der Anwendbarkeit des ArG auf die öffentlich-rechtlichen Anstalten ist, wie es der Wortlaut nahe legt und von der Mehrheit der Lehre sowie von der Praxis befürwortet wird, einzig auf das Abgrenzungskriterium der Rechtspersönlichkeit abzustellen. Öffentlich-rechtliche Anstalten mit eigener Rechtspersönlichkeit fallen somit immer in den Geltungsbereich des ArG (vgl. aber nachfolgende E. 10. zum Vorbehalt nach Art. 71 lit. b ArG), un-

abhängig davon, ob ihr Personal privatrechtlich oder öffentlich-rechtlich angestellt ist und auch unabhängig davon, dass das kantonale Personalrecht auch auf das Spitalpersonal anwendbar ist (Verfügung Volkswirtschaftsdirektion des Kantons Zürich, a.a.O., E. 8f).

(…)

10.

Ist in Betrieben, die in den Geltungsbereich des ArG fallen, das Personal öffentlich-rechtlich angestellt, gilt der Vorbehalt von Art. 71 lit. b ArG zu Gunsten des öffentlichen Rechts. Dieser besagt, dass Vorschriften des Bundes, der Kantone und der Gemeinden über das öffentlich-rechtliche Dienstverhältnis vorbehalten bleiben, wobei von den Vorschriften über den Gesundheitsschutz und über die Arbeits- und Ruhezeitbestimmungen nur zugunsten des Arbeitnehmers abgewichen werden darf.

Aus § 30 Abs. 1 und Abs. 2 Spitalgesetz geht hervor, dass die Arbeitsverhältnisse öffentlich-rechtlich ausgestaltet sind, wobei für das Personal die Bestimmungen des Personalgesetzes gelten. Soweit das Personalgesetz gilt, kann der Spitalrat in einem Reglement aus betrieblichen Gründen u.a. hinsichtlich der Arbeitszeit davon abweichen. Entsprechend ist zu prüfen, ob die Arbeits- und Ruhezeitbestimmungen des luks für den Arbeitnehmer mindestens gleichwertig oder sogar vorteilhafter sind.

10.1 Dabei gilt es vorab zu entscheiden, welche Einsatzstunden der Arbeitnehmenden als Arbeitszeit angerechnet werden. Die Klägerin macht nämlich geltend, die von ihr geleisteten «Pikett-» bzw. «Bereitschaftsdienste» seien nach der Terminologie des ArG bzw. der dazugehörigen Verordnungen (ArGV 1 und ArGV 2) als Arbeitszeit zu betrachten, mit den entsprechenden Folgen für die Entlöhnung und die anschliessende Ruhezeit.

10.1.1 Die Verordnung 1 des ArGV enthält Bestimmungen zum Pikettdienst und dessen Verhältnis zur Arbeitszeit. Systematisch ist der Pikettdienst im 2. Kapitel über die Arbeits- und Ruhezeiten geregelt. Gemäss Art. 13 ArGV 1 gilt als Arbeitszeit im Sinn des Gesetzes die Zeit, während der sich der Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin zur Verfügung des Arbeitgebers zu halten hat; der Weg zu und von der Arbeit gilt nicht als Arbeitszeit. Vorbehalten bleiben die Bestimmungen über die Beschäftigung von schwangeren Frauen und stillenden Müttern sowie Artikel 15 Absatz 2 (Abs. 1). Beim Pikettdienst hält sich der Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin neben der normalen Arbeit für allfällige Arbeitseinsätze bereit für die Behebung von Störungen, die Hilfeleistung in Notsituationen, für Kontrollgänge oder für ähnliche Sonderereignisse (vgl. Art. 14 Abs. 1 ArGV 1). Der einzelne Arbeitnehmer oder die einzelne Arbeitnehmerin darf im Zeitraum von vier Wochen an höchstens sieben Tagen auf Pikett sein oder Piketteinsätze leisten. Nach Beendigung des letzten Pikettdiensts darf der Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin während den zwei darauf folgenden Wochen nicht mehr zum Pikettdienst aufgeboten werden (Abs. 2). Ausnahmsweise kann ein Arbeitnehmer oder eine Arbeitnehme-

rin im Zeitraum von vier Wochen an höchstens 14 Tagen auf Pikett sein, sofern auf Grund der betrieblichen Grösse und Struktur keine genügenden Personalressourcen für einen Pikettdienst nach Absatz 2 zur Verfügung stehen (Abs. 3 lit. a) und die Anzahl der tatsächlichen Piketteinsätze im Durchschnitt eines Kalenderjahres nicht mehr als fünf Einsätze pro Monat ausmacht (Abs. 3 lit. b). Kurzfristige Änderungen in der Pikettplanung und -einteilung und sich daraus ergebende Einsätze dürfen für Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen mit Familienpflichten nur mit deren Einverständnis vorgenommen werden und soweit eine andere Lösung für den Betrieb nicht zumutbar ist (Abs. 4). In Art. 15 ArGV 1 wird die Anrechnung des Pikettdiensts an die Arbeitszeit normiert: Wird der Pikettdienst im Betrieb geleistet, stellt die gesamte zur Verfügung gestellte Zeit Arbeitszeit dar (Abs. 1). Wird der Pikettdienst ausserhalb des Betriebs geleistet, so ist die zur Verfügung gestellte Zeit soweit an die Arbeitszeit anzurechnen, als der Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin tatsächlich zur Arbeit herangezogen wird. Die Wegzeit zu und von der Arbeit ist in diesem Fall an die Arbeitszeit anzurechnen (Abs. 2).

Mit anderen Worten liegt Pikettdienst im Sinn von Rufbereitschaft gemäss Arbeitsgesetz dann vor, wenn sich die Arbeitnehmenden ausserhalb des Arbeitsorts aufhalten können. In diesem Fall ist die zur Verfügung gestellte Zeit nur dann als Arbeitszeit zu erfassen, wenn die Arbeitnehmenden tatsächlich zur Arbeit aufgeboten werden (vgl. aber immerhin Art. 8a Abs. 2 i.V.m. Art. 15 Abs. 1 ArGV 2, gültig seit 1.1.2010). Wenn hingegen der Pikettdienst im Betrieb geleistet wird, stellt die gesamte zur Verfügung gestellte Zeit Arbeitszeit dar, unabhängig davon, ob es überhaupt zu einem Arbeitseinsatz kommt. Diese Art von Pikettdienst wird als Bereitschaftsdienst bezeichnet (vgl. SECO, Merkblatt Krankenanstalten, S. 7 f.; SECO, Merkblatt zum Pikettdienst, S. 5). Diese Unterscheidung erweist sich sowohl als vergütungsrelevant als auch entscheidend hinsichtlich der Gestaltung des Dienstplans (Einhalten von Ruhezeiten, arbeitsfreie Tage; vgl. Art. 15a ArG und SECO, Merkblatt Krankenanstalten, S. 3 ff.).

10.1.2 Für die Beurteilung der Frage der Gleichwertigkeit der kantonalen Bestimmungen zum ArG ist zu prüfen, ob, und wenn ja, wie Piketteinsätze im Luzerner Kantonsspital an die Arbeitszeit angerechnet werden. Die Art der Anrechnung hat wiederum Auswirkungen auf die notwendige Ruhezeit, die nach einer bestimmten Anzahl an geleisteten Arbeitsstunden zwingend eingehalten sein muss.

Gemäss § 38 Abs. 1 PG regelt der Regierungsrat u.a. die Vergütungen für Nacht- und Sonntagsarbeit sowie für Pikettdienst. In Abs. 2 ist festgehalten, dass die Vergütungen für Pikettdienst durch Zeit- oder Geldgutschriften auszugleichen sind. Auf formeller Gesetzesstufe sind bezüglich der Definition von Pikettdienst keine Hinweise zu entnehmen. Die Besoldungsverordnung für das Staatspersonal (BVOS) regelt in § 18 die Vergütungen für Nacht- und Sonntagsarbeit und in § 19 diejenigen für den Pikettdienst. Dabei werden drei verschiedene Arten von Pikettdienst unter-

schieden und entlöhnt: Pikettdienst im Sinn von Erreichbarkeit, welche nur gelegentlich zu einem effektiven Arbeitseinsatz führt (Abs. 1; Fr. 3.–/Stunde), Pikettdienst, welcher einen Einsatz am Arbeitsplatz innert 30 Minuten gewährleistet (Abs. 2; Fr. 6.–/Stunde) und Pikettdienst am Arbeitsplatz, welcher einen sofortigen Einsatz ermöglicht (Abs. 3; Fr. 10.–/Stunde [bzw. Fr. 20.–/Stunde seit 1.1.2013 für das Personal des luks, vgl. § 4c Personalreglement luks, nachfolgende E. 13.]). Für die Höhe der Entschädigung ist somit entscheidend, binnen welcher Zeitspanne der Arbeitnehmende seinen Arbeitsort erreicht haben muss.

Es ist unbestritten, dass die Klägerin ihren als «Pikettdienst» (im Sinn von Bereitschaftsdienst) bezeichneten Dienst am Arbeitsplatz absolvierte und diesen nicht verlassen durfte. Bei einem Notfalleinsatz musste sie innerhalb von drei bis fünf Minuten im Operationssaal einsatzfähig sein. Dieser Dienst wurde jeweils nicht als Arbeitszeit, sondern als Pikettdienst verbucht (sog. «Pikettdienst sofort»). Auf die geleisteten Arbeitsstunden hatte der Pikettdienst damit keinen Einfluss (ausser, es kam zu einem Arbeitseinsatz, vgl. § 19 Abs. 4 BVOS). Damit wird deutlich, dass gemäss den kantonalen Gesetzen die von der Klägerin geleistete Pikettdienstzeit nicht an die zu leistenden Arbeitsstunden angerechnet wurde, was mit Blick auf die Bestimmungen im ArG allenfalls eine Verletzung der zwingend zu gewährenden Ruhezeiten darstellt. Der im Betrieb geleistete Pikettdienst – welcher gemäss den vorstehenden Ausführungen als Bereitschaftsdienst zu bezeichnen ist (SECO, Merkblatt Krankenanstalten, S. 8) – ist nach dem hier einschlägigen Art. 15 Abs. 1 ArG vollumfänglich als Arbeitszeit anzurechnen. Dies ergibt sich im Übrigen auch aus Art. 15 Abs. 1 i.V.m. Art. 8a Abs. 3 ArGV 2 (in Kraft seit 1.1.2010), wonach die gesamte vom Arbeitnehmer zur Verfügung gestellte Zeit als Arbeitszeit gilt, wenn der «Pikettdienst» wegen der kurzen Interventionszeit im Betrieb geleistet werden muss.

10.2.

10.2.1 Auf Antrag des Beklagten forderte das Gericht die Dienststelle wira auf, ergänzend zum ersten Amtsbericht speziell zu untersuchen, ob durch schriftliche oder langjährige Praxis nachweisbare spitalinterne Bestimmungen und Wegleitungen über die Dienstplanung, Pausenregelungen und Arbeitszeiten bei der bereits im Rahmen des ersten Amtsberichts vorgenommenen Prüfung ausser Acht geblieben seien und damit eine Gleichwertigkeit der kantonalen Regelungen mit dem ArG festgestellt werden könne, wie dies der Beklagte geltend machte (Gleichwertigkeitsbeurteilung im Sinn von Art. 71 lit. b ArG).

Die Dienststelle wira edierte umfangreiche Akten und Unterlagen vom Beklagten (eingereichte Unterlagen zur Erstellung des Amtsberichts vom 25.10.2012; Stellungnahme des SECO vom 18.9.2012; Dienstpläne von jeweils einem Monat des 4. Quartals 2012 für 88 verschiedene Abteilungen der Standorte Luzern, Sursee, Wolhusen; Personalreglement für das Luzerner Kantonsspital [SRL Nr. 820a]; Dienstpläne der Abteilung OPS

Frauenklinik für das Jahr 2009; Stellungnahme des Luzerner Kantonsspitals vom 18.4.2013; Wegleitung zur Personaleinsatzplanung und Zeitabrechnung per 1.7.2013). Nach Prüfung dieser Unterlagen gelangte die Dienststelle wira zu folgendem Schluss: Für die Arbeitnehmenden des Luzerner Kantonsspitals, welche gemäss § 30 Abs. 1 Spitalgesetz in einem öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis stehen würden, gelte der Vorbehalt von Art. 71 lit. b ArG. Dies bedeute, dass die kantonalen öffentlich-rechtlichen Regelungen zur Anwendung kommen können, jedoch nur, soweit sie für die Arbeitnehmenden günstiger seien. Die insgesamt eingereichten Unterlagen würden als Dokumentation der durch das luks im Schreiben vom 13. Dezember 2012 angeführten langjährigen Praxis in der Personaleinsatzplanung anerkannt. Für die Definition der Sollarbeitszeit komme mangels spezifischer Ausführungsbestimmungen im Personalreglement des luks das kantonale Personalrecht zur Anwendung. In § 11 Abs. 1 PVO sei eine allgemeine wöchentliche Arbeitszeit von 42 Stunden definiert. Dies stelle eine Abweichung zu Art. 9 Abs. 1 lit. b ArG (welcher bis 50 Wochenstunden zulasse) zu Gunsten der Arbeitnehmenden dar. Andererseits würden die eingereichten Unterlagen mehrfach folgende Abweichungen von den Regelungen des ArG bzw. der Sonderbestimmungen für Krankenanstalten und Kliniken gemäss Art. 15 Abs. 1 ArGV 2 zu Ungunsten des Arbeitnehmers belegen: Nach einem Arbeitseinsatz von sieben Tagen in Folge würden mehrfach nur deutlich kürzere als die in Art. 7 Abs. 2 lit. c ArGV 2 vorgeschriebenen 83 Stunden Ruhezeit gewährt. Hierbei gelte es zu beachten, dass diese Regelung erst am 1. Januar 2010 in Kraft getreten sei. Zuvor seien sieben Arbeitstage in Folge gemäss Arbeitsgesetz gar nicht zulässig gewesen. Trotzdem seien in den Dienstplänen des Jahres 2009 bereits verschiedentlich sieben und mehr Arbeitstage in Folge eingeplant gewesen. Gemäss Art. 7 Abs. 2 ArGV 2 (in Kraft seit 1.1.2010) dürften Arbeitnehmende unter bestimmten Bedingungen in Abweichung von Art. 21 Abs. 3 ArG (i.V.m. Art. 20 Abs. 3 ArG) maximal sieben Tage hintereinander beschäftigt werden. In den eingereichten Unterlagen seien mehrfach zum Teil deutlich mehr Arbeitstage in Folge ausgewiesen. Nach Pikettdiensten würden durch das luks reguläre Arbeitstage eingeplant. Gemäss Art. 19 Abs. 3 ArGV 1 müsse aber nach dem letzten geleisteten Piketteinsatz die entgangene tägliche Ruhezeit nachgewährt werden. Werde eine minimale Ruhezeit von vier aufeinanderfolgenden Stunden während des Pikettdiensts nicht erreicht, seien nach dem letzten Piketteinsatz elf Stunden tägliche Ruhezeit nach zu gewähren. Dies könne bei der vorliegenden Planung mit einem regulären Arbeitstag direkt nach dem Pikettdienst nicht eingehalten werden. Zusammengefasst würden die festgehaltenen Differenzen insgesamt eine Abweichung von den Regelungen des Arbeitsgesetzes zu Ungunsten der Arbeitnehmenden ergeben, da die verkürzte Soll-Wochenarbeitszeit die deutlichen Mängel bei den Ruhezeiten nicht zu kompensieren vermöge. Die Anwendung des Vorbehalts von Art. 71 lit. b ArG sei damit nicht gegeben und das Arbeitsgesetz gemäss den Erläute-

rungen im ersten Amtsbericht vom 25. Oktober 2012 für den streitbetroffenen Zeitraum anwendbar.

10.2.2 Zunächst ist festzuhalten, dass der von der Klägerin im Betrieb geleistete Bereitschaftsdienst wie erwähnt als Arbeitszeit zu verbuchen ist. Dies hat Auswirkungen auf die vom Beklagten vorgenommene Auslegung von Art. 19 Abs. 3 ArGV 1, wonach die tägliche Ruhezeit seiner Ansicht nach als gewährt gelte, sofern die Zeit zwischen Arbeitsschluss vor dem Pikettdienst bis zum Piketteinsatz selber zusammen mit der Zeit nach dem Piketteinsatz bis zur erneuten Arbeitsaufnahme wenigstens einen Zeitraum von elf Stunden umfasse. Hier ist einerseits zu entgegnen, dass vor dem Piketteinsatz mindestens vier Stunden Ruhezeit gewährt werden müssen. Weiter ist der Beklagte darauf hinzuweisen, dass Art. 19 Abs. 3 ArGV 1 nur dann greift, wenn es sich tatsächlich um «Pikettdienst» handelt (SECO, Merkblatt zum Pikettdienst, S. 5). Dies ist dann nicht mehr der Fall, wenn der Pikettdienst wie vorliegend am Arbeitsplatz geleistet wird, handelt es sich doch dabei wie erwähnt um Bereitschaftsdienst und damit Arbeitszeit. Der ergänzende Amtsbericht ist inhaltlich kurz gehalten. Er stützt sich aber auf eine umfassende Prüfung der vom luks eingereichten Dienstpläne und stellt damit einen Zusammenzug der in den Dienstplänen festgestellten Verstösse gegen die ArG- bzw. ArGV-Bestimmungen dar, welche jeweils gelb markiert sind (ed.Bel. 3). Dass 7-Tage-Rotationen in der Dienstplanung grundsätzlich nicht vorgesehen seien, wie dies der Beklagte geltend macht, kann so nicht bestätigt werden, auch wenn diese Frage mit Verweis auf E. 11. keiner abschliessenden Klärung bedarf. Immerhin waren in den Dienstplänen über alle Standorte und Abteilungen hin mehrfach siebentägige Arbeitseinsätze geplant. Ebenfalls ist den Dienstplänen zu entnehmen, dass zwischen einzelnen Arbeitseinsätzen (wozu auch Bereitschaftsdienste gehören) keine genügenden Ruhezeiten gewährt wurden. Dabei ist zusätzlich daran zu erinnern, dass der gesamte im Betrieb geleistete Bereitschaftsdienst als Arbeitszeit gilt und im Anschluss an diesen entsprechende Ruhezeiten eingehalten werden müssen. Dies hat auch zur Folge, dass mehrfach Nachtarbeit geleistet wurde, sodass die zulässige Höchstdauer von zwölf Stunden überschritten wurde (vgl. Art. 10 i.V.m. Art. 15 Abs. 1 ArGV 2).

10.3 Nach dem Gesagten ist nicht davon auszugehen, dass die Arbeits- und Ruhezeitbestimmungen des Beklagten im streitbetroffenen Zeitraum den Vorschriften des ArG und seinen Verordnungen gerecht wurden. Insbesondere ist es dem Beklagten nicht gelungen, durch schriftliche Weisungen oder besondere Regulative aufzuzeigen, dass die von ihm damals vorgesehenen Arbeits- und Ruhezeitbestimmungen mindestens gleichwertig mit den Vorschriften im ArG gewesen sind. In Übereinstimmung mit der Dienststelle wira ist daher festzuhalten, dass der Beklagte nicht vom Vorbehalt von Art. 71 lit. b ArG profitieren konnte (vgl. dazu auch E. 13.). Mit der Klägerin ist somit festzuhalten, dass ihre Forderung gestützt auf das ArG bzw. die Verordnungen zum ArG zu beurteilen ist.

11.

Die Klägerin argumentiert, das regelmässige Leisten von Bereitschafts- und Pikettdienst abends und an Wochenenden habe zu ihrem Arbeitsalltag gehört. Der Bereitschafts- bzw. Pikettdienst sei ihr gestützt auf die Besoldungsverordnung vergütet worden. Nach § 19 Abs. 3 BVOS sei als Vergütung ein Betrag von Fr. 6.–/Stunde an das Personal ausbezahlt worden, wenn dieses den Arbeitsplatz innerhalb von 30 Minuten hatte erreichen müssen bzw. Fr. 10.–/Stunde bei sofortiger Erreichbarkeit. Der Klägerin sei nur diese Vergütung, nicht aber Lohn mit einem Zeitzuschlag von 25% ausbezahlt worden. Diese vom Beklagten angewandte Vergütungspraxis gegenüber der Klägerin sei unzulässig. Denn nach Art. 15 ArGV 1 handle es sich beim Pikett- bzw. Bereitschaftsdienst, der im Betrieb geleistet werde, um Arbeitszeit, welche vollumfänglich an die arbeitsgesetzlichen Arbeits- und Ruhezeitvorschriften angerechnet werden müsse. Dies gelte selbst beim Bereitschaftsdienst zu Hause, wenn die Ärztin oder der Arzt innerhalb von 30 Minuten operationsfähig sein müsse. Umso mehr habe Art. 15 ArGV 1 zu gelten, wenn – wie hier – die Klägerin verpflichtet gewesen sei, Nacht- und Wochenende vollständig und ausschliesslich im Gebäude der Frauenklinik anwesend zu sein. Der von der Klägerin geleistete Bereitschaftsdienst sei daher als eigentliche Arbeitszeit zu betrachten. Dies habe zur Folge, dass die Vergütung an die Klägerin für die von ihr absolvierten Anwesenheitszeiten als normale Arbeitszeit, respektive als Überstunden oder Nacht- und Sonntagsarbeit zu erfolgen habe, und nicht mit pauschalen Vergütungen von Fr. 6.– bzw. Fr. 10.– pro Stunde entschädigt werden könne.

11.1 Im Zusammenhang mit Fragen zum Bereitschaftsdienst sind insbesondere zwei Aspekte auseinander zu halten: Die Entlöhnung des Bereitschaftsdiensts einerseits und die Berücksichtigung der Bereitschaftsdienste bei der Berechnung der maximal zulässigen Arbeitszeit andererseits (vgl. GEISER, Arbeitsrechtliche Rechtsprechung 2010, in: AJP 2011 S. 244 f.). Auch wenn Bereitschaftsdienst wie ausgeführt als Arbeitszeit gilt, bedeutet dies entgegen der Ansicht der Klägerin noch nicht, dass dieser gleich hoch zu entlöhnen ist wie eine effektive Arbeitsleistung (vgl. SENTI, Arbeitsrechtliche Fragen im Zusammenhang mit Pikettdienst, in: ZBJV 2006 S. 669 f.). Die Qualifikation des Bereitschaftsdiensts als Arbeitszeit hat in diesem Zusammenhang nur Einfluss auf die unter Berücksichtigung desselben zu gewährende Ruhezeit, nicht aber auf die Höhe der Entschädigung. Das Bundesgericht hat denn auch lediglich festgehalten, dass Bereitschaftsdienst mangels abweichender Vereinbarung entsprechend – d.h. wie reguläre Arbeitszeit – zu entlöhnen ist (BGE 124 III 249 E. 3a; Urteil des Verwaltungsgerichts Zürich PB.2010.00064 vom 5.10.2011 E. 7.1). Das ArG enthält keine Vorschriften zur Entlöhnung, insbesondere keine zu einer allfälligen Mindestlohnhöhe. Nur wenn Überzeit im Sinn des Arbeitsgesetzes entsteht (mehr als 50 h/Woche), äussert es sich zur Entschädigung resp. zum Zuschlag bei Auszahlung (25%; vgl. Art. 13 Abs. 1 ArG; GEISER,

a.a.O., S. 245; ferner auch BGer-Urteil 4A_528/2008 vom 27.2.2009 E. 1–3). Die Entlöhnung der Wartezeit ist Sache der geltenden Anstellungsbedingungen. Das kantonale Recht kennt mit § 19 Abs. 3 BVOS eine gesetzliche Grundlage zur Entlöhnung des Bereitschaftsdiensts. Zwar erweist sich diese Vergütung mit Fr. 10.–/Stunde als tief (vgl. zum neuen Vergütungsansatz des Beklagten ab 1.1.2013 nachfolgende E. 13.), insbesondere in Anbetracht dessen, dass sich die Arbeitnehmenden im Betrieb – immerhin nicht aber am engeren Arbeitsplatz – aufhalten müssen. Hingegen kann nicht gesagt werden, sie könnten über diese Zeit – solange sie keinen Arbeitseinsatz haben, der normal mit allfälligen Zuschlägen entlöhnt wird (§ 19 Abs. 4 BVOS) – nicht anderweitig verfügen, sie z.B. für eigene Bedürfnisse nutzen. Es ist ihnen erlaubt, sich während des Bereitschaftsdiensts einer privaten Tätigkeit (z.B. Lesen) oder auch dem Schlafen – wenn auch wohl in Kleidern – zu widmen (dazu wird ihnen offenbar ein Zimmer zur Verfügung gestellt). Damit sind die gestellten Anforderungen an die Arbeitnehmenden während des Bereitschaftsdiensts deutlich tiefer als während ihren Arbeitseinsätzen. Entsprechend ist auch das betriebswirtschaftliche Interesse des luks geringer als an einer effektiven Arbeitsleistung, was einen tieferen Entschädigungsansatz rechtfertigen kann.

Wenn die Klägerin mit anderen Worten der Ansicht ist, diese geleisteten Stunden seien ihr in gleicher Höhe wie Arbeitszeit zu entschädigen, in denen sie ihre Tätigkeit als technische Operationsangestellte effektiv ausführte, kann sie sich dazu nicht auf das ArG stützen. Denn wie erwähnt, äussert sich das ArG nicht zur Höhe der Entlöhnung. Die Qualifikation des Bereitschaftsdiensts als Arbeitszeit hat Einfluss auf die unter Berücksichtigung desselben zu gewährende Ruhezeit, nicht aber auf die Höhe der Entschädigung. Der Anspruch auf Ruhezeit nach ArG ist verwandt mit dem Anspruch auf Freitage nach Art. 329 OR: Hier wie dort geht der Anspruch auf Freitage oder eben Ruhezeit auf Arbeitsbefreiung und nicht auf Lohnfortzahlung (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLF, Arbeitsvertrag-Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7. Aufl.2012, Art. 329 OR N 2).

Dass die Ruhezeitvorschriften nach ArG teilweise auch bei der Klägerin verletzt wurden, ist nach den Feststellungen der Dienststelle wira und den Akten wahrscheinlich. Eine nachträgliche Gewährung derselben ist hingegen nicht möglich, was auch die Klägerin nicht in Abrede stellt (vgl. BGE 131 I 105 E. 3.7). Es stellt sich höchstens die Frage, ob die Klägerin ihren Anspruch auf Art. 22 ArG i.V.m. Art. 17 ArGV 1 hätte stützen können, wie sie in ihrer Replik (nur) im Zusammenhang mit der Verwirkung erwähnt. Art. 22 ArG verbietet die Abgeltung von Ruhezeiten durch Geldleistungen oder andere Vergünstigungen während der Anstellung, ausser bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Hierzu ist erneut darauf hinzuweisen, dass die Klägerin nicht eine Entschädigung für nichtgewährte Ruhezeit geltend macht, sondern sie verlangt für die Erbringung des Bereitschaftsdiensts eine gleich hohe Bezahlung wie für effektiv erbrachte Arbeitsleistungen und zusätzlich einen Zuschlag von 25% für Überstunden

sowie Nacht- und Sonntagszulagen. Dafür fehlt es wie erwähnt an einer Rechtsgrundlage im ArG; vielmehr regelt das kantonale Recht in § 19 Abs. 3 BVOS (in Kraft seit 24.9.2002) die Höhe der Vergütung für Pikettdienst am Arbeitsplatz abschliessend. Nebst der Publikation in der Systematischen Rechtssammlung des Kantons wird auch in der Mitarbeiterbroschüre «Auf eine gute Zusammenarbeit» unter der Ziff. 5.5 auf die Regelung und Entlöhnung der Pikettdienste mit Verweis auf die rechtlichen Grundlagen informiert. Das Ausweichen auf die Entlöhnung gemäss Stundenansatz der effektiven Arbeitszeit mit Überstundenzuschlag scheidet daher auch mit Blick auf die vorerwähnte bundesgerichtliche Rechtsprechung aus. Aus diesem Urteil lässt sich im Übrigen auch ableiten, dass es sich bei der «Vergütung» entgegen der Ansicht der Klägerin um Lohn handelt und weitere Zuschläge (+ 25%) nicht ausgerichtet werden mussten (BGE 124 III 249 E. 3a). Abgesehen davon vermittelt auch Art. 22 ArG keinen unmittelbaren Anspruch des Arbeitnehmenden auf Abgeltung nicht bezogener Ruhezeit bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Ergibt sich ein solcher auch nicht aus einer anderen (gesetzlichen oder vertraglichen) Bestimmung, verbleiben nur allgemeine Sanktionen nach Art. 59 Abs. 1 lit. b ArG oder eine Klage der Arbeitnehmenden auf Schadenersatz und Genugtuung, falls die Nichtgewährung von Ruhezeit zu einem Schaden oder immaterieller Unbill beim Arbeitnehmenden geführt hat (PORTMANN/PETROVIC, Handkommentar zum ArG [Hrsg. Geiser/von Kaenel/Wyler], Bern 2005, Art. 22 ArG N 12). Auch STREIFF/VON KAENEL/RUDOLF führen in ihrem Praxiskommentar aus, dass nicht bezogene Freitage keineswegs immer einen Entschädigungsanspruch auslösen: Es ist keine Lohnzahlung geschuldet, wenn die an einem Freitag oder eben in der Ruhezeit geleistete Arbeit bereits anderweitig bezahlt wurde, was hier der Fall ist (vgl. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLF, a.a.O., Art. 329 OR N 2). Dass das Gericht die eingeklagte Forderung aus Überstunden in eine Forderung aus einer anderen gesetzlichen oder vertraglichen Bestimmung – insbesondere als Schadenersatz oder Genugtuung wegen nicht gesetzeskonform gewährter Ruhezeit – uminterpretiert, geht unter Hinweis auf die erhöhte Mitwirkungspflicht im Klageverfahren nicht an. Selbst wenn solches noch zulässig wäre, scheiterte die Prüfung des Anspruchs mangels Substanziierung. Denn die Klägerin führt nicht aus, wie viele Stunden an Ruhezeit ihr gemäss ArG zugestanden respektive nicht gewährt wurden. Dass die geleistete Anzahl Stunden Sofort-Pikettdienst, die von der Klägerin als Überstunden bezeichnet werden, nicht ohne weiteres der Anzahl nichtgewährter Ruhestunden nach ArG entsprechen, ist offensichtlich.

11.2 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der von der Klägerin eingeforderte Anspruch, der geleistete Bereitschaftsdienst sei zum gleichen Lohn wie für ihre Tätigkeit im Operationssaal mit Überstundenzuschlägen sowie weiteren Zulagen zu entlöhnen, im Arbeitsgesetz keine Grundlage findet. Damit ist die Klage abzuweisen.

Mit Blick auf diesen Verfahrensausgang kann dahingestellt bleiben, ob die Klägerin ihren auf das Arbeitsgesetz gestützten Anspruch aus nicht gewährter Ruhezeit nicht ohnehin vollständig oder zumindest grossmehrheitlich verwirkt hätte, wie der Beklagte geltend macht. Insbesondere kann offen bleiben, welche Bedeutung in diesem Zusammenhang § 17 Abs. 4 PVO, welcher für die Vergütung von Überstunden eine Verwirkungsfrist von einem Jahr nach deren Leistung vorsieht, zukommt (vgl. dazu die dispositive Norm von Art. 321c Abs. 3 OR). Zu ergänzen bleibt lediglich, dass der Ansicht der Klägerin in ihrer Replik, der Beklagte habe in diesem Zusammenhang den Betrag von Fr. z brutto anerkannt, zu widersprechen ist. Denn sowohl in ihrer Klageantwort wie auch in ihrer Duplik beantragt Letztere die vollumfängliche Abweisung der Klage.

12.

Nach dem Gesagten steht fest, dass dem Begehren der Klägerin mangels gesetzlicher Anspruchsgrundlage im Arbeitsgesetz kein Erfolg beschieden sein kann. Dies führt zur Abweisung der Klage.

13.

Seit Eingang der Klage beim Gericht ist das Personalreglement des Luzerner Kantonsspitals (PR luks) im Zusammenhang mit arbeitsgesetzlichen Fragestellungen umfassend ergänzt worden. So ist gemäss § 4a PR luks den Angestellten eine tägliche Ruhezeit von grundsätzlich mindestens elf aufeinanderfolgenden Stunden zu gewähren (Ausnahme in Abs. 2; in Kraft seit 1.7.2013). Arbeitnehmende dürfen während maximal sieben aufeinanderfolgenden Nächten für Nachtarbeit eingesetzt werden mit entsprechendem Anspruch auf nachfolgende Ruhezeiten (§ 4b PR luks, in Kraft seit 1.7.2013). Eine Regelung zum «Pikettdienst am Arbeitsplatz» findet sich seit dem 1. Januar 2013 ebenso im Reglement (§ 4c; die Vergütung pro Stunde Pikettdienst am Arbeitsplatz wurde von Fr. 10.– auf Fr. 20.– erhöht) wie eine solche zum Ferienanspruch und Ferienbezug (§ 4d), zu den arbeitsfreien Tagen (§ 4e), zum Bezug eines unbesoldeten Urlaubs (§ 4f), zum Arbeitszeitsaldo (§ 4g) und zu Überstunden (§ 4h). Diese neuen Bestimmungen sind zum Teil an das Arbeitsgesetz angelehnt und können dabei – soweit auf den ersten Blick ersichtlich – teilweise den dort statuierten Mindeststandard erfüllen (so z.B. die Bestimmung zur täglichen Ruhezeit gemäss Art. 15a ArG; vgl. jedoch Art. 15 Abs. 1 ArGV 2 und die darin als anwendbar erklärten Normen der ArGV 2). Entsprechend wird zu prüfen sein, ob die seit 1. Januar bzw. 1. Juli 2013 gültigen Bestimmungen im Personalreglement einer Gleichwertigkeitsbeurteilung nach Art. 71 lit. b ArG standhalten würden. Dafür ist jedoch das Kantonsgericht nicht zuständig. Diese Beurteilung obliegt vielmehr der Dienststelle wira (vgl. Art. 41 Abs. 3 ArG).

Kanton St. Gallen

Kantonsgericht St. Gallen, Urteil vom 13. Februar 2013

Art. 99 Abs. 3 lit. a ZPO schliesst vermögensrechtliche Streitigkeiten nach Art. 243 Abs. 1 ZPO von der für das vereinfachte Verfahren aufgestellten Ausnahmeregelung explizit aus, womit die Kautionspflicht gemäss Art. 99 ZPO auch in arbeitsrechtlichen Verfahren bis zu einem Streitwert von Fr. 30 000.– gilt.

Aus den Erwägungen:

2.

c) Art. 99 ZPO spezifiziert nicht, in welchem Zeitpunkt die (berufungs-)beklagte Partei einen Antrag auf Sicherheitsleistung für ihre Parteientschädigung einzureichen hat; die ZPO kennt auch keine Verwirkungsfolgen bei nicht rechtzeitiger Antragstellung (BK-STERCHI, N 5 zu Art. 99 ZPO; CPC-TAPPY, N 14 zu Art. 99 ZPO; KUSTER, Stämpflis Handkommentar, N 6 zu Art. 99 ZPO). Ein entsprechender Antrag kann demnach, wie im hier zu beurteilenden Fall, in der Berufungsantwort erfolgen.

d) Grundsätzlich kann die Sicherheit nur für die Zukunft verfügt werden und bereits angefallener Aufwand wird in der Regel nicht von der Kaution gedeckt (LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, N 10.24; SUTER/VON HOLZEN, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, N 12 zu Art. 99 ZPO; KUSTER, a.a.O., N 6 zu Art. 99 ZPO). Allerdings sind im Berufungsverfahren die bei der Ausarbeitung der Berufungsantwort angefallenen Kosten mit zu berücksichtigen, wenn – wie hier – der Kautionsantrag mit der Berufungsantwort gestellt wird (vgl. SUTER/VON HOLZEN, a.a.O., N 9 zu Art. 100 ZPO; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 16 N 28; noch weitergehend BK-Sterchi, N 9 zu Art. 99 ZPO).

(…)

3.

b) Die Lehre ist sich darüber einig, dass arbeitsrechtliche Streitigkeiten nicht von Art. 243 Abs. 2 ZPO erfasst werden, sondern bis zu einem Streitwert von Fr. 30 000.– in ihrer Eigenschaft als vermögensrechtliche Streitigkeit gemäss Art. 243 Abs. 1 ZPO dem vereinfachten Verfahren unterstehen (BSK-MAZAN, N 9 zu Art. 243 ZPO; GIGER, Stämpflis Handkommentar, N 3 zu Art. 243 ZPO; HAUCK, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, N 6 zu Art. 243 ZPO). Art. 99 Abs. 3 lit. a ZPO schliesst vermögensrechtliche Streitigkeiten nach Art. 243 Abs. 1 ZPO von der für das vereinfachte Verfahren aufgestellten Ausnahmeregelung explizit aus, womit die Kautions-

pflicht gemäss Art. 99 ZPO auch in arbeitsrechtlichen Verfahren bis zu einem Streitwert von Fr. 30 000.– gilt (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, S. 65).

Kantonsgericht St. Gallen, Urteil vom 26. Juli 2013

Bestimmungen über Kontrollen, Kautionen und Konventionalstrafen dürfen nur allgemeinverbindlich erklärt werden, wenn die Konventionalstrafen zur Deckung der Kontrollkosten bestimmt sind und allfällige Überschüsse in angemessener Weise, vor allem zugunsten allgemeiner Zwecke des betreffenden Wirtschaftszweiges oder Berufes, verwendet werden (Art. 3 Abs. 2 lit. c AVEG). Art. 6.5 des allgemein verbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrages für das Maler- und Gipsergewerbe (Verträge 2005 bis 2007 und 2007 bis 2009; nachfolgend: aveGAV) ist daher so zu verstehen, dass Kontrollkosten dem fehlbaren Arbeitgeber nur dann separat auferlegt werden können, wenn und soweit sie die Konventionalstrafe übersteigen (E. III.8).

Aus den Erwägungen:

III.

8.

Hinsichtlich der eingeklagten Kontrollkosten vertritt die Beklagte den Standpunkt, solche könnten nur dann separat auferlegt werden, wenn und soweit sie die Konventionalstrafe übersteigen.

Die Kläger stützen sich in diesem Zusammenhang auf Art. 6.5 des allgemein verbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrages für das Maler- und Gipsergewerbe (nachfolgend: aveGAV), wonach die Regionale Paritätische Berufskommission und die Zentrale Paritätische Berufskommission dann, wenn eine Kontrolle die Verletzung von gesamtarbeitsvertraglichen Verpflichtungen ergab, dem fehlbaren Arbeitgeber oder Arbeitnehmer «mit der Konventionalstrafe die angefallenen und ausgewiesenen Kontrollkosten … auferlegen» können. Diese Formulierung scheint zwar auf den ersten Blick die separate Erhebung aller Kontrollkosten zuzulassen. Bei näherer Betrachtung zeigt sich indes, dass die Bestimmung im Sinne der Beklagten auszulegen ist: So fragt sich zunächst schon, warum Art. 6.5 aveGAV überhaupt Bezug auf die Konventionalstrafe nimmt und sich nicht – wie Art. 6.6 aveGAV zu den Verfahrenskosten – auf die Wendung beschränkt, dem fehlbaren Arbeitgeber oder Arbeitnehmer könnten die Kontrollkosten auferlegt werden. Es fällt weiter auf, dass in Art. 6.5 aveGAV nicht etwa davon die Rede ist, die Kontrollkosten könnten neben der oder zusätzlich zur Konventionalstrafe erhoben werden, was ohne Zweifel für die Auslegung der Kläger sprechen würde. Stattdessen wird statuiert, die Kontrollkosten könnten «mit» der Konventionalstrafe auferlegt werden. Es ist nicht ersichtlich, weshalb die Parteien des aveGAV eine Regelung getroffen haben sollten, wonach die Kontrollkosten nur dann auferlegt werden können, wenn sie die Konventionalstrafe übersteigen. Dies würde bedeuten, dass die Kontrollkosten nur dann auferlegt werden könnten, wenn sie höher sind als die Konventionalstrafe, was keinen Sinn macht. Es ist vielmehr davon auszugehen, dass die Kontrollkosten nur dann auferlegt werden können, wenn sie die Konventionalstrafe übersteigen. Dies ist auch deshalb sachgerecht, weil die Konventionalstrafe zur Deckung der Kontrollkosten bestimmt ist und allfällige Überschüsse in angemessener Weise, vor allem zugunsten allgemeiner Zwecke des betreffenden Wirtschaftszweiges oder Berufes, verwendet werden müssen (Art. 3 Abs. 2 lit. c AVEG). Art. 6.5 aveGAV ist daher so zu verstehen, dass Kontrollkosten dem fehlbaren Arbeitgeber nur dann separat auferlegt werden können, wenn und soweit sie die Konventionalstrafe übersteigen.

legt werden, was eine Interpretation im Sinne der Kläger zwar nicht vollständig ausschliesst, aber doch eher für die Auslegung der Beklagten spricht, wonach die Kontrollkosten soweit möglich aus der Konventionalstrafe zu decken sind respektive Letztere in erster Linie zur Deckung der Kontrollkosten heranzuziehen ist. Dies entspricht auch dem Umstand, dass Art. 6.5 aveGAV allgemeinverbindlich erklärt wurde und – wie die Beklagte zu Recht geltend macht – Art. 3 Abs. 2 AVEG unter anderem statuiert, dass «Bestimmungen über Kontrollen, Kautionen und Konventionalstrafen» nur dann allgemeinverbindlich erklärt werden dürfen, «wenn die Konventionalstrafen zur Deckung der Kontrollkosten bestimmt sind und allfällige Überschüsse in angemessener Weise, vor allem zugunsten allgemeiner Zwecke des betreffenden Wirtschaftszweigs oder Berufs, verwendet werden» (lit. c). Art. 6.5 aveGAV ist daher in Übereinstimmung mit der Beklagten dahin zu verstehen, dass Kontrollkosten nur separat geltend gemacht werden können, wenn und soweit sie die Konventionalstrafe übersteigen. Hier sind die eingeklagten Kontrollkosten von der Konventionalstrafe abgedeckt, weshalb sie den Klägern weder ganz noch teilweise separat zuzusprechen sind.

Kanton Tessin

Tribunal d'appel du canton du Tessin, II^e Chambre civile, Arrêt du 1^er février 2013 (Rejet de l'appel interjeté contre la décision du Préteur du district de X. du 20 avril 2011)

Art. 337 CO. Lorsqu'un contrat de travail a été résilié de manière ordinaire les conditions pour notifier postérieurement un licenciement immédiat doivent être examinées de manière particulièrement rigoureuse (c. 4).
Art. 321a et 337 CO. L'obligation de discrétion du travailleur ne couvre normalement pas les conditions de travail, en particulier le montant des salaires versés dans l'entreprise. Il en résulte que l'employé qui divulgue à une subordonnée le montant des salaires perçus par d'autres collaborateurs ne commet en principe pas un manquement grave propre à justifier son licenciement immédiat, même s'il l'employé a le statut de directeur commercial et vice-directeur général (c. 5).

Ritenuto in fatto (estratti):

Con contratto 17 ottobre 2004 AO 1 è stato assunto a partire dal 1° gennaio 2005 dalla società AP 1 in qualità di direttore commerciale e vicedirettore generale. Nella sua funzione egli era responsabile della gestione di tutte le attività nel settore commerciale, dell'assistenza di tutta la clientela nonché della gestione della ditta in assenza del direttore generale. Il contratto prevedeva una durata minima fissa di tre anni. In caso di disdetta da parte del datore di lavoro entro i primi 27 mesi, quest'ultimo si impegnava a versare a AO 1 il salario lordo corrispondente ai tre anni contrattuali (art. 7). Successivamente, dal secondo al quarto anno di servizio il contratto poteva venire disdetto da parte del datore di lavoro con un preavviso di nove mesi (art. 6). Il contratto prevedeva poi un salario mensile lordo pari a Euro 7'800.– per tredici mensilità, oltre alla copertura dei costi per una polizza di assicurazione sanitaria integrativa a copertura familiare per un ammontare massimo di Euro 250.– al mese e il rimborso di tutte le spese connesse all'attività professionale (art. 3, 5).

Con raccomandata 28 giugno 2007 la datrice di lavoro ha disdetto il rapporto di lavoro con effetto al 31 marzo 2008, dispensando immediatamente il lavoratore dalle sue prestazioni lavorative, invitandolo a non intrattenere contatti con i clienti e i fornitori e a riconsegnare immediatamente gli oggetti messigli a disposizione dalla ditta. Con scritto 16 luglio 2007 la datrice di lavoro ha rinnovato l'invito a AO 1 di astenersi dal prendere contatto con clienti e fornitori, gli ha intimato di restituire l'autovettura

aziendale entro il 31 luglio 2007 nonché di liberare l'appartamento messogli a disposizione dalla società entro la medesima data, oppure di assumersi il canone di locazione a partire dal 1° agosto 2007. Proposta quest'ultima, a cui il dipendente ha aderito con scritto 19 luglio 2007, contestando invece l'addebito fatto valere dalla datrice di lavoro per l'uso privato dell'autovettura aziendale. In data 20 agosto 2007 AO 1, per il tramite del suo rappresentante legale, ha sollecitato il versamento del salario relativo al mese di luglio 2007 nonché il rimborso delle spese da lui sostenute. Egli ha pure ricordato alla datrice di lavoro l'obbligo al versamento regolare del salario mensile fino alla definitiva cessazione del rapporto di lavoro, ossia fino al 31 marzo 2008. Con lettera raccomandata 29 agosto 2007 la datrice di lavoro ha notificato a AO 1 la risoluzione immediata del rapporto di lavoro per motivi gravi. Essa adduce quale motivo grave il fatto di essere venuta a conoscenza di un comportamento inaccettabile e di un grave abuso di fiducia perpetrato dal dipendente un anno prima ai danni della società. A suo dire, AO 1 avrebbe comunicato ad una dipendente il salario di altre impiegate con medesima funzione, allo scopo di indurre la prima a chiedere un aumento dello stipendio mensile. AO 1, per il tramite del suo rappresentante legale, ha contestato con scritto 14 settembre 2007 la disdetta immediata per cause gravi, non ritenendo adempiuti i presupposti per procedere in tal senso.

Con petizione 10 ottobre 2007 AO 1 ha convenuto la datrice di lavoro dinnanzi alla Pretura di X., chiedendone la condanna al versamento di complessivi fr. 256'118.05 oltre interessi a titolo di salari fino al 31 marzo 2008, di rimborso delle spese connesse all'attività professionale nonché di indennità per licenziamento ingiustificato. L'11 ottobre 2007 la PI 1 è intervenuta in lite chiedendo il pagamento dell'importo complessivo di fr. 47 246.40 pari all'ammontare delle indennità giornaliere di disoccupazione versate all'attore. Esperita l'istruttoria, l'attore con le conclusioni 7 gennaio 2010 ha ridotto la propria pretesa all'importo complessivo di fr. 177'611.95 oltre interessi. Con sentenza 20 aprile 2011 il Pretore ha parzialmente accolto la petizione e condannato la convenuta al versamento in favore dell'attore di fr. 74 166.85 oltre interessi. Egli ha inoltre accolto la domanda dell'intervenuta in lite per l'importo di fr. 40 519.95. Con appello 31 maggio 2011 la datrice di lavoro è insorta contro il querelato giudizio, chiedendone la riforma nel senso di, in via principale, respingere integralmente la petizione; in via subordinata di accoglierla limitatamente a fr. 38 155.85 oltre interessi.

Considerato in diritto (estratti):

3.

Il Pretore, in sintesi, ha ritenuto che nel caso di specie il licenziamento notificato all'attore in data 29 agosto 2007 non poggiasse su una causa grave ai sensi dell'art. 337 CO con la conseguenza che lo stesso era pertanto

legittimato a far valere le pretese derivanti da una disdetta ingiustificata ai sensi dell'art. 337c e segg. CO. Egli ha ritenuto che, pur tenendo conto della posizione di dirigente dell'attore, il fatto di avere rivelato ad una dipendente il salario percepito da altre, non poteva essere considerato causa grave, tale da giustificare un licenziamento immediato. Il giudice di prime cure ha considerato che il rapporto di lavoro tra l'attore e la convenuta era già stato disdetto e che il lavoratore era per di più stato da subito dispensato dalle sue prestazioni lavorative, ragione per cui »l'elemento di fiducia aveva sicuramente perso la sua importanza" (sentenza 20 aprile 2011, consid. 6, pag. 6). Il giudice di prime cure ha quindi riconosciuto all'attore l'importo di fr. 77 936.80 a titolo di salario da agosto 2007 fino a marzo 2008 (comprensivo della tredicesima mensilità), oltre fr. 750.– indebitamente dedotti dalla datrice di lavoro dal salario di luglio 2007 e fr. 36 000.– quale indennità per ingiusto licenziamento (pari a tre mensilità).

4.

L'appellante critica il Pretore per avere ritenuto ingiustificato il licenziamento immediato comunicato al lavoratore il 29 agosto 2007. A suo dire, le informazioni riguardanti i salari sarebbero dati sensibili e confidenziali. L'attore, rivelando ad una dipendente il salario percepito da altre impiegate, avrebbe violato l'obbligo di fedeltà imposto al lavoratore giusta l'art. 321a CO. Nel caso di specie tale violazione sarebbe grave, tenuto conto della funzione di dirigente rivestita dall'attore all'interno della società. L'appellante omette tuttavia di confrontarsi compiutamente con le circostanze ritenute dal Pretore a sostegno della propria decisione. Secondo il giudice di prime cure infatti »l'elemento fiducia nel caso di specie aveva sicuramente perso la sua importanza" poiché al dipendente era già stata notificata una disdetta ordinaria ed egli era stato immediatamente esonerato dalle prestazioni lavorative (decisione 20 aprile 2011, pag. 5, consid. 6). L'appellante non si confronta con tali assunti pretorili e la censura risulta irricevibile già solo per questo motivo (art. 311 cpv. 1 CPC). Ad ogni modo la stessa sarebbe infondata anche se la si potesse esaminare nel merito. Sull'esistenza dei giusti motivi di un licenziamento immediato il giudice di prime cure gode di un ampio potere di apprezzamento (art. 337 cpv. 3 CO), che esercita applicando le regole del diritto e dell'equità (art. 4 CC; DTF 137 III 303 consid. 2.2.1). In presenza di un contratto di lavoro già disdetto in via ordinaria, come nel caso di specie, le condizioni per notificare un successivo licenziamento in tronco devono essere apprezzate in modo ancor più rigoroso (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art 319–362 OR, 7a ed., Zurigo/Basilea/Ginevra 2012, n. 2 ad art. 337 CO, pag. 1099; DTF 104 II 28 consid. 2; 117 II 560 consid. 3b; II CCA, sentenza inc.12.2009.168 del 29 novembre 2010). Alla datrice di lavoro qui appellante incombeva l'onere di provare i giusti motivi del licenziamento immediato (BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, Commentaire du contrat de travail, 3a ed., Losanna 2004, n. 13 ad art. 337 CO; II CCA, sentenza inc.12.2011.188 del 15 giugno 2012).

5.

Dall'istruttoria è emerso che l'attore ha divulgato l'ammontare del salario percepito da altre dipendenti in un'unica occasione e ad una singola impiegata. Nulla è invece dato di sapere, e nemmeno è stato allegato, sulle conseguenze che un tale comportamento avrebbe avuto sulla convenuta o sul clima di lavoro. Dalla testimonianza di A., l'impiegata a cui l'attore ha riferito il salario percepito da altre impiegate, si evince che è quest'ultima ad essersi rivolta di propria iniziativa all'attore, chiedendogli consigli circa l'opportunità di domandare un aumento di stipendio all'amministratrice. L'impiegata ha poi effettivamente richiesto un aumento di stipendio, senza però ottenerlo. In queste circostanze, tenuto conto del fatto che l'obbligo di discrezione di regola non concerne le condizioni di lavoro, rispettivamente l'ammontare del salario (BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, op. cit., n. 10 ad art. 321a CO e n. 12 ad art. 328 CO; JAR 1995, pag. 214 segg., consid. 2c), il comportamento dell'attore non può certo essere considerato di una gravità tale da giustificare un licenziamento immediato. A maggior ragione se si considera altresì che il licenziamento in tronco è stato significato successivamente ad una disdetta ordinaria e dopo che l'attore è stato esonerato dall' offrire le proprie prestazioni lavorative.

Ne discende che su questo punto l'appello, nella misura in cui è ricevibile, risulta infondato.

6.

L'appellante censura poi il Pretore sul tema dell'indennità per licenziamento immediato ingiustificato, ai sensi dell'art. 337c cpv. 3 CO. Nessuna indennità sarebbe, a suo dire, dovuta, poiché il lavoratore non subirebbe alcun pregiudizio economico. La datrice di lavoro, conformemente ai termini contrattuali, sarebbe infatti obbligata a versargli il salario fino allo scadere del termine ordinario di preavviso. Nel caso concreto tale termine è di 9 mesi e quindi superiore ai termini massimi previsti dal CO per la disdetta ordinaria cumulati con quelli dell'indennità ai sensi dell'art. 337c cpv. 3 CO. Inoltre nel caso concreto l'indennità non si giustificherebbe in ragione dell'assenza di un «comportamento censurabile di parte convenuta» e della concolpa del lavoratore.

6.1 La censura riferita alla mancanza di pregiudizio economico del lavoratore, oltre a essere inammissibile poiché insufficientemente motivata (art. 311 CPC; DTF 138 III 375 consid. 4.3.1), costituendo la stessa la riproduzione di un'argomentazione già esposta negli atti della procedura svolta davanti al Pretore, si rileva pure infondata, per i motivi di cui si dirà meglio in seguito (consid. 6.2). Anche le censure sollevate dall'appellante in merito ai motivi che hanno spinto la datrice di lavoro a licenziare in tronco l'attore («puri fini di autodifesa») e alla concolpa di quest'ultimo non sono atte a sovvertire la conclusione del Pretore essendo le allegazioni di tali circostanze nuove e come tali inammissibili in sede di appello (art. 317 CPC). Anche a prescindere dalle riserve di irricevibilità del gra-

vame, le censure risulterebbero infondate per i motivi di cui si dirà nel considerando seguente (consid. 6.2).

6.2 Nel caso di licenziamento immediato ingiustificato, l'art. 337c cpv. 3 CO permette al giudice di accordare al lavoratore un'indennità pari al massimo a sei mesi di salario. Per quel che concerne la determinazione dell'indennità il giudice gode di un largo potere di apprezzamento (art. 4 CC; DTF 121 III 64) e prende in considerazione tutti gli elementi del caso concreto, in particolare la posizione e la responsabilità del lavoratore, la sua età, le conseguenze personali e economiche del licenziamento, il tipo e la durata dei rapporti contrattuali, le modalità in cui la disdetta è stata significata, come pure la natura e l'importanza delle mancanze (DTF 123 III 391 consid. 3c; 121 III 64 consid. 3c). Essa è di principio dovuta in ogni caso di licenziamento immediato ingiustificato (DTF 133 III 657 consid. 3.2 e riferimenti). L'esenzione del datore di lavoro dal pagamento dell'indennità costituisce un caso eccezionale in cui – nonostante il licenziamento in tronco ingiustificato – vi è l'assenza di un comportamento censurabile del datore di lavoro (DTF 121 III 64 consid. 3c) oppure in presenza, ma solo unitamente ad altre circostanze giustificanti tale risultato, di una grave concolpa del dipendente (II CCA 21 giugno 2007 inc. n. 12.2007.11).

Nella fattispecie la convenuta non può essere considerata esente da colpe, già solo per il fatto di avere notificato un licenziamento in tronco in assenza di un reale motivo grave che lo giustificasse, dopo avere già disdetto il rapporto di lavoro in via ordinaria e dispensato l'attore dalle sue prestazioni lavorative con effetto immediato. Per quanto attiene il comportamento dell'attore già si è detto che lo stesso non era di una gravità tale da giustificare un licenziamento immediato. Già solo per questi motivi, conformemente alla giurisprudenza sopra citata (DTF 133 III 657 consid. 3.2 e riferimenti), l'appello andrebbe respinto. Anche la censura sollevata dall'appellante in merito al mancato pregiudizio economico dell'attore non è atta a sovvertire la conclusione del Pretore. Il Tribunale federale, in una recente sentenza, ha infatti ritenuto che la lunga durata tra il licenziamento e la scadenza ordinaria del contratto di lavoro fosse una circostanza di poca importanza nella determinazione dell'indennità ai sensi dell'art. 337c cpv. 3 CO (sentenza TF 4A_215/2011 del 2 novembre 2011, consid. 7.4). Il Pretore, nella valutazione dell'insieme delle circostanze, ha ritenuto che l'appellante si trovava confrontata con un dipendente «il cui contratto era già stato disdetto e che inoltre e soprattutto era stato da subito dispensato dalle sue prestazioni lavorative» e che quindi il licenziamento immediato ha avuto «una valenza inutilmente punitiva» (decisione impugnata, consid. 7.6, pag. 8). Egli ha poi considerato la corta durata del rapporto di lavoro e ritenuto adeguata un'indennità pari a tre mesi di salario. Dagli atti di causa emerge inoltre che l'attore, a seguito del licenziamento immediato, ha rischiato una sospensione del diritto alla disoccupazione. Tutto ben considerato, l'indennità di fr. 36 000.– pari a tre mesi di salario appare commisurata alle circostanze del caso concreto e nell'apprezzamento operato al

riguardo dal primo giudice non si riscontra alcuna errata applicazione del diritto. Al riguardo l'appello, nella misura in cui è ricevibile, si rivela pertanto infondato.

Arrêt communiqué par E. Epiney-Colombo, Présidente de la seconde Chambre civile du Tribunal d'appel du canton du Tessin

Tribunal d'appel du canton du Tessin, II^e^ Chambre civile, Arrêt du 31 juillet 2013 (Rejet de l'appel interjeté contre la décision du Préteur du district de Lugano, section 1, du 11 mars 2013)

Art. 336 CO. Constitue un licenciement abusif le congé donné a un employé, délégué syndical, espionné par son employeur qui le suspecte de communiquer des informations confidentielles à son syndicat (c. 3).

Ritenuto in fatto (estratti):

AO 1 è stato assunto dal 16 ottobre 2004 alle dipendenze di AP 1, svolgendo negli anni diverse funzioni per, infine, dal 1° gennaio 2010 assumere quella di Gaming Shift Manager (Supervisor), ovvero un ruolo di responsabilità come membro dei quadri aziendali con un salario mensile lordo di fr. 5500.–, oltre «Bonus Membri Quadri» e tredicesima. Con lettera 8 novembre 2010 la datrice di lavoro ha comunicato al dipendente la disdetta ordinaria del contratto per il 31 gennaio 2011, nel rispetto del termine di preavviso di due mesi. Con scritto 9 novembre 2010 il dipendente ha contestato il licenziamento poiché ritenuto «ingiustificato e motivato con argomenti senza fondamento» e qualificandolo quale «atto di rappresaglia, conducibile al fatto di essere persona iscritta al sindacato e come tale ritenuto ‹confidente›, attivista del sindacato», chiedendone quindi l'annullamento, riservandosi di agire a tutela dei suoi diritti. In risposta, con lettera 22 novembre 2010, la datrice di lavoro ha confermato il licenziamento respingendo ogni accusa e illazione quale maldestro tentativo del dipendente di travisare il vero motivo della risoluzione del rapporto di impiego, ovvero «il processo di riorganizzazione interna del comparto a cui era assegnato».

Con petizione 29 settembre 2011 AO 1 ha convenuto in giudizio AP 1 chiedendone la condanna al versamento di fr. 23 833,30 netti, pari a quattro mensilità (quota parte della tredicesima compresa), quale indennità per licenziamento abusivo ai sensi dell'art. 336a CO. Con sentenza 11 marzo 2013 il Pretore ha parzialmente accolto la petizione, condannando la convenuta a pagare l'importo netto di fr. 17 875.–, pari a tre mensilità, tredicesima compresa. Con appello 10 aprile 2013 la convenuta chiede la riforma del giudizio impugnato nel senso di respingere integralmente la petizione, con protesta di spese e ripetibili.

Considerato in diritto (estratti):

2.

Esposta una breve ricapitolazione della decisione impugnata, l'appellante premette che le motivazioni esposte dal Pretore non sarebbero condivisibili, né dal profilo soggettivo, né da quello oggettivo. Infatti, non sarebbe comprovato, né sostenibile in maniera convincente, che le caratteristiche personali e professionali del dipendente potessero metterlo al riparo dalle misure di licenziamento che hanno colpito nell'insieme un elevato numero di lavoratori. Vengono quindi elencate una serie di considerazioni e fatti che «sarebbero verosimilmente rientrati in linea di conto per la scelta del signor F quale soggetto da licenziare da parte del» (appello, pag. 4 n. 4).

La censura è irricevibile siccome omette di confrontarsi con le motivazioni della sentenza pretorile e nel contempo propone una serie di allegazioni nuove, mai neppure accennate nelle precedenti comparse, quali le varie circostanze che sarebbero entrate in linea di conto per la decisione di licenziare l'attore.

Se anche si volesse ritenere la censura ricevibile, così come esposta, con una formulazione che addirittura invoca un'ipotesi definita verosimile, la stessa non sarebbe comunque in grado di scalfire la decisione del Pretore che non ha certo negato che alla base del licenziamento potessero esserci anche motivazioni di ordine generale legate alla situazione aziendale, ma ha altresì indicato precise e riscontrate circostanze che fanno apparire di tutt'altro genere il vero motivo del licenziamento.

3.

L'appellante si confronta quindi con la circostanza, qualificata dal Pretore come rilevante ai fini della decisione della convenuta di procedere al licenziamento, che ha visto il dipendente rendersi responsabile di una fuga di notizie. Al Pretore viene rimproverato di non aver considerato le dichiarazioni dei testi O S e H T che, secondo l'appellante, avrebbero confermato come l'iniziale sospetto nei confronti del dipendente sarebbe svanito dopo la sua messa sotto controllo dalla quale non sarebbe emerso alcun elemento utile a conferma del fatto che fosse proprio lui l'informatore del sindacato. Le dichiarazioni contrarie dei testi citati dal giudice di prime cure non sarebbero credibili o risulterebbero comunque contraddittorie, non potendosi situare nel tempo il momento in cui questi avrebbero sentito delle intenzioni di licenziare il dipendente poiché ritenuto la fonte della fuga di notizie.

La censura non può essere accolta. Il Pretore ha infatti esaminato la problematica sorta a proposito del sospetto, rispettivamente del rimprovero, sollevato nei confronti del dipendente per la cosiddetta fuga di notizie che avrebbe permesso il sindacato di conoscere il contenuto delle discussioni avvenute in occasione di una specifica riunione aziendale tenutasi nell'agosto 2010. L'istruttoria ha dimostrato tale circostanza, appurando

che effettivamente il dipendente si è reso autore della comunicazione deprecata dalla datrice di lavoro che, ancora in sede di appello, ribadisce di non volerla considerare quale attività sindacale legittima. A mente del primo giudice tale episodio e il sospetto che ne è derivato sono stati determinanti nell'indurre la convenuta a licenziare il dipendente a cui veniva rimproverato un comportamento scorretto.

Le tesi dell'appellante non sono atte a sovvertire tale conclusione poiché il fatto che dalla messa sotto sorveglianza del dipendente non sia sortito nulla di concreto, permette al più di ritenere che la datrice di lavoro non abbia trovato la prova che le permettesse di dimostrare un comportamento da essa ritenuto illegittimo, ma non porta automaticamente a concludere che il sospetto fosse stato del tutto fugato. Anzi, proprio la scelta di porre sotto sorveglianza, o per meglio dire spiare il dipendente tramite i colleghi del preposto servizio e usando il circuito interno di videosorveglianza, in un clima di acceso conflitto con l'organizzazione sindacale, basta da sola a ritenere come, più che un vago sospetto, vi fosse una precisa convinzione e la volontà di cogliere in flagrante un subordinato considerato scorretto. A fronte di tale circostanza non può quindi essere rimproverato al Pretore di non aver ignorato quale motivo di licenziamento questa accusa nei confronti del dipendente, che l'appellante cerca ora, senza successo, di descrivere come una sorta di episodio minore presto dimenticato da tutti e quindi ininfluente.

4.

L'appellante ritiene quindi di dover eseguire in sede di appello l'approfondimento, di cui lamenta l'assenza nella sentenza impugnata, «rispetto alle diverse motivazioni e valutazioni comparative che avevano verosimilmente indotto il … a scegliere l'appellato quale soggetto da licenziare». Al proposito rimprovera al giudice di prime cure di non aver esaminato le caratteristiche personali di altri dipendenti per apprezzare se, a pari condizioni, la scelta della persona da licenziare sarebbe stata la medesima.

L'argomentazione è nuova e come tale irricevibile. Nelle comparse scritte la convenuta non ha infatti spiegato quali sarebbero stati i criteri seguiti nel concreto per scegliere il dipendente AO 1 tra quelli da licenziare. A seguito della reazione del dipendente, che ha immediatamente qualificato il licenziamento come una rappresaglia, la datrice di lavoro non ha fatto altro che confermare la sua decisione contestualizzandola nel quadro del processo di riorganizzazione interna del comparto, spiegazione poi riproposta in causa, con accenno alla «finalità di ottimizzare efficienza e qualità operativa del personale, dal punto di vista dell'organizzazione e dei costi generati» e accompagnata da ampi riferimenti alla situazione generale del mercato in cui si sono trovate a operare le case da gioco ticinesi. Nessun accenno alla situazione specifica dell'attore è stato fornito, con l'eccezione dell'indicazione in merito ad alcune qualifiche del dipendente che in seguito (ovvero circa un anno dopo il contestato licenziamento) avrebbe occupa-

to la posizione in questione, e sarebbe attivo con un grado di attività dell'80%.

Dall'istruttoria sono emerse dichiarazioni dei testi riferite sempre e solamente alla situazione generale aziendale, con addirittura considerazioni di natura macro-economica. Anche il responsabile delle risorse umane della convenuta all'epoca del licenziamento si è limitato a riferire genericamente di riduzione dei dipendenti e di una riorganizzazione aziendale, con ampi riferimenti alla situazione critica del mercato in cui l'azienda operava. Perché in quest'ambito si sia deciso di rinunciare alla collaborazione dell'attore non è quindi stato né allegato, né chiarito, e neppure con le conclusioni 28 novembre 2012 la convenuta ha saputo fornire maggiori dettagli.

Ritenuto come l'onere della prova, e il corrispondente onere di allegazione, in merito agli asseriti motivi economici del licenziamento incomba alla convenuta (DTF 138 III 359), merita quindi conferma la conclusione pretorile che ha ritenuto la circostanza non provata. Non può infatti bastare a sovvertire tale conclusione il solo riferimento alla situazione aziendale generale, con accenno ai vari licenziamenti operati e alla contrazione della massa salariale complessiva.

5.

L'appellante censura in seguito la conclusione pretorile che ha intravisto nella partenza di due colleghi dell'attore una possibilità per la convenuta di mantenere il dipendente in azienda in luogo di provvedere alla sostituzione con altro personale ancora bisognoso di formazione.

Le censure risultano irricevibili poiché l'appellante, venendo meno al suo obbligo di motivazione (art. 311 CPC), non si confronta direttamente con i ragionamenti del Pretore, limitandosi ad esporre una sua differente interpretazione dei fatti, poggiata su allegazioni nuove e quindi inammissibili, per contestare la conclusione pretorile, fondata invece sulle dichiarazioni dei dipendenti C N e D A sentiti come testi.

Neppure l'esame del merito della censura permette comunque di accogliere le tesi dell'appellante, i cui ragionamenti sembrano ignorare come l'onere della prova le incombesse, a fronte di precise circostanze che rendono verosimile il nesso tra attività sindacale e sospetti sul dipendente e il suo conseguente e concomitante licenziamento. Peraltro, il ragionamento del Pretore va qualificato come argomentazione supplementare, a comprova del fatto che le ragioni economiche non potessero essere definite preminenti rispetto a quelle riconducibili all'attività sindacale e al sospetto nei confronti del dipendente. Se anche questa conclusione, esposta a titolo abbondanziale, non dovesse trovare conferma, le lacune probatorie evidenziate dal Pretore e di cui si è già detto sopra (cfr. considerando n. 4) basterebbero comunque da sole a giustificare l'accoglimento delle tesi dell'attore.

6.

L'appellante rievoca infine la riunione dell'agosto 2010, limitandosi in sostanza a ribadire le conclusioni tratte al proposito dal Pretore, senza

che in queste allegazioni possa essere intravvista una specifica censura. La convenuta cerca di confutare che vi sia un rapporto di causalità tra l'attività sindacale e il licenziamento e rimprovera al Pretore di non aver statuito in merito al genere di notizie che sarebbero state indebitamente divulgate. A questo proposito, citando ampi stralci di audizioni testimoniali, l'appellante cerca di ricostruire il contenuto e gli argomenti della riunione in questione per concludere come al centro delle preoccupazioni aziendali vi fosse la rivendicazione di indipendenza rispetto alle indebite ingerenze del sindacato nell'organizzazione interna.

Le considerazioni dell'appellante non sono atte a scalfire la conclusione pretorile. Oltre ad essere in buona parte nuove e come tali inammissibili, esse sono finalizzate a far considerare come illecita la comunicazione al sindacato dei contenuti della riunione in questione e a qualificare conseguentemente come illegittima l'attività sindacale del dipendente licenziato. Sennonché il Pretore ha tratto altre conclusioni, seguendo ragionamenti con i quali l'appellante neppure si confronta, preferendo contrapporre una soggettiva lettura dei fatti e delle risultanze istruttorie, al fine di confermare una precisa tesi. Così facendo l'appellante non si avvede di ribadire le dure critiche nei confronti del dipendente che considera, ancora in questa sede, reo di violazione del dovere di riservatezza e confidenzialità, contraddicendo espressamente le precedenti tesi di appello che tentavano invece di far apparire la questione della fuga di notizie come superata dopo un iniziale infondato sospetto, ovvero come un episodio immediatamente dimenticato e del tutto ininfluente all'epoca del licenziamento.

Arrêt communiqué par 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, Chambre des recours civile, Arrêt du 22 juillet 2013 (Rejet du recours interjeté contre le jugement rendu le 13 novembre 2012 par le Tribunal de Prud'hommes de l'arrondissement de la Broye et du Nord vaudois)

L'art. 336c al. 1 let. b CO a été introduit non pas du fait que l'état du travailleur au moment de la réception de la résiliation l'empêcherait de chercher un autre emploi, mais parce qu'un engagement par un nouvel employeur à la fin du délai de congé ordinaire paraît hautement invraisemblable en raison de l'incertitude quant à la durée et au degré de l'incapacité de travail. La loi ne fixe pas de durée minimale de l'incapacité, un jour de maladie est suffisant sous réserve d'un abus de droit. La loi protège le travailleur aussitôt que l'incapacité de travail rend difficile l'obtention d'un nouvel emploi. Or, une telle difficulté survient dès le début de l'incapacité médicalement constatée. L'art. 336c al. 1 let. b CO est inapplicable en cas de maladie dans la seule hypothèse où l'atteinte à la santé s'avère tellement insignifiante qu'elle ne peut en rien empêcher d'occuper un nouveau poste de travail (c. 5.b). Le processus de recherche d'emploi ne se résume pas à la prise de contact effective avec de potentiels futurs employeurs, mais peut également comprendre la constitution de dossiers de candidature ou diverses recherches (par exemple, sur Internet ou sur d'autres supports (c. 5d).

Extraits des faits:

Par contrat de travail du 21 septembre 2010, E. SA a engagé T. en qualité de vendeur à temps complet à partir du 18 octobre 2010. Le contrat de travail signé le 21 septembre 2010 prévoyait un salaire mensuel brut de 8500 fr., versé treize fois l'an, ainsi que des commissions à partir du 1er janvier 2011 à définir selon le plan de calcul des commissions de la défenderesse.

Par lettre du 13 janvier 2012, signée par […], E. SA a indiqué au demandeur la résiliation des rapports de travail pour le 31 mars 2012, avec libération de travailler dès le 16 janvier 2012, invoquant en substance la détérioration des rapports de travail due au comportement du demandeur. Par courriel du 20 février 2012, T. a informé la défenderesse qu'il avait eu une rage de dents durant la nuit qui avait nécessité une intervention dans la matinée. Il lui a fait parvenir un certificat médical, le 23 février suivant, dont il ressort que ce problème avait entraîné une incapacité de travailler d'un jour en date du 20 février 2012. Par courriel du 22 mars 2013, le deman-

deur a transmis un nouveau certificat médical établissant une incapacité de travailler le 2 mars 2013 en raison de douleurs dentaires. Le demandeur précisait avoir subi six interventions médicales entre le 20 février 2012 et le 19 mars 2012. Le demandeur a sollicité un report de la fin des rapports de travail au 30 avril 2012 en raison des incapacités de travail survenues durant le délai de congé. Par lettre recommandée du 26 mars 2012, le conseil de la défenderesse – qui n'avait pris connaissance que du certificat relatif à l'incapacité de travailler du 20 février 2012 – a indiqué au demandeur que son incapacité de travailler était insignifiante et ne justifiait pas de reporter la fin des rapports de travail. Par lettre du 3 avril 2012, le conseil de la défenderesse a informé le demandeur que l'ensemble des certificats médicaux lui avait été transmis mais que la position de sa cliente était inchangée. Il a rappelé que celle-ci considérait que les rapports de travail avaient pris fin au 31 mars 2012.

En date du 18 juin 2012, T. a ouvert action devant le Tribunal de Prud'hommes de l'arrondissement de la Broye et du Nord vaudois concluant à ce que E. SA soit reconnue sa débitrice des montants de 8500 fr. brut à titre de salaire pour le mois d'avril 2012, avec intérêts et de 708 fr. à titre de treizième salaire pour le même mois, avec intérêts. Par jugement du 13 novembre 2012 le Tribunal a admis l'action ouverte par T. Par acte du 4 mars 2013, E. SA a interjeté recours contre le jugement précité en concluant, sous suite de frais et dépens, à son annulation.

Extraits des considérants:

5.

La recourante reproche aux premiers juges la violation de l'art. 336c al. 1 let. b CO (code des Code des obligations du 30 mars 1911, RS 220). Elle fait valoir, en substance, que la durée de l'incapacité n'a pas été examinée et que le terme «insignifiant» ne veut pas dire que l'incapacité n'était pas douloureuse, mais bien que, au vu de sa courte durée, elle n'était pas en mesure d'affecter les buts poursuivis par la loi. Elle relève que, libéré de son obligation de travailler, l'intimé a bénéficié de septante-quatre jours complets pour des recherches d'emploi et que sa courte incapacité de travail ne l'aurait pas empêché d'être engagé par un autre employeur potentiel. Elle soutient que l'intimé a fait preuve d'un abus de droit manifeste en invoquant la protection de l'art. 336c al. 2 CO.

a) Selon l'article 336c al. 1 let. b CO, après le temps d'essai, l'employeur ne peut pas résilier le contrat pendant une incapacité de travail totale ou partielle résultant d'une maladie ou d'un accident non imputable à la faute du travailleur, et cela, durant 30 jours au cours de la première année de service, durant 90 jours au cours de la deuxième à la cinquième année de service et durant 180 jours à partir de la sixième année de service. Le congé donné pendant une des périodes prévues à l'art. 336c al. 1 CO 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 qu'à courir après la fin de la période (al. 2). Cette disposition vise à protéger le salarié en fonction du moment auquel intervient la résiliation.

b) En 2002, le Tribunal fédéral a posé (ATF 128 III 212 c. 2c) que l'art. 336c al. 1 let. b CO avait été introduit non pas du fait que l'état du travailleur au moment de la réception de la résiliation l'empêcherait de chercher un autre emploi, mais parce qu'un engagement par un nouvel employeur à la fin du délai de congé ordinaire paraît hautement invraisemblable en raison de l'incertitude quant à la durée et au degré de l'incapacité de travail (Message du Conseil fédéral du 9 mai 1984, in FF 1984 II 628; AUBRY GIRARDIN, in Dunand/Mahon, Commentaire du contrat de travail, 2013, n. 1 ad art. 336c CO, p. 714, note infrapaginale 2). La question n'est d'ailleurs pas de savoir si le travailleur est totalement incapable de travailler, puisque l'art. 336c al. 1 let. b CO vise également une incapacité de travail partielle. La loi ne fixe pas de durée minimale de l'incapacité, un jour de maladie est suffisant sous réserve d'un abus de droit (FAVRE/MUNOZ/TOBLER, 2e éd. 2010, n. 1.8 ad art. 336c CO). La loi protège le travailleur aussitôt que l'incapacité de travail rend difficile l'obtention d'un nouvel emploi. Or, une telle difficulté survient dès le début de l'incapacité médicalement constatée (AUBERT, Commentaire romand, Code des obligations I, 2e éd., Bâle 2012, n. 14 ad art. 336c et d, p. 2094). L'art. 336c al. 1 let. b CO est inapplicable en cas de maladie dans la seule hypothèse où l'atteinte à la santé s'avère tellement insignifiante qu'elle ne peut en rien empêcher d'occuper un nouveau poste de travail (128 III 212 c. 2c; TF 4C.331/1998 du 12 mars 1999, c. 2b; AUBRY GIRARDIN, op. cit., note infrapaginale 53 ad art. 336c CO); ont été jugés comme telles des petites fissures au bout des doigts qui ne provoquent qu'une interruption du travail de quelques heures (FAVRE/MUNOZ/TOBLER, Le contrat de travail, Code annoté, 2e éd., Lausanne 2010, n. 1.8 ad art. 336c CO).

S'agissant de l'art. 336c al. 2 CO, le Tribunal fédéral a rappelé dans un arrêt rendu en 1998 (ATF 124 III 474 c. 2a et 2b/aa, JT 2000 I 137) que le but de l'art. 336c al. 2 CO visait à garantir au salarié qui se trouve dans l'une des situations décrites à l'alinéa 1 de bénéficier d'un délai de congé complet, afin de pouvoir rechercher un nouvel emploi; il s'agit donc de le placer dans les mêmes conditions que celui qui est en bonne santé, de manière à ce qu'il bénéficie, lui aussi, d'un laps de temps suffisant pour la recherche d'un nouvel emploi. Le Message du Conseil fédéral du 25 août 1967 va dans le même sens (FF 1967 II 391; CARRUZZO PHILIPPE, Le contrat individuel de travail, 2009, p. 544). Cela a été confirmé plus récemment en 2008 (ATF 134 III 354 c. 3.1.; voir aussi arrêt 4D_6/2009 du 7 avril 2009 c. 3 et les arrêts cités).

En principe lorsque les rapports de travail sont prolongés en raison d'une suspension du délai de congé, le travailleur doit fournir sa prestation ou offrir ses services dès qu'il a recouvré sa capacité de travailler. Toute-

fois, lorsque le travailleur est libéré de l'obligation de travailler, celui-ci n'y est plus tenu (ATF 128 III 212 c. 3 b/cc).

c) En l'espèce, à la lumière de la jurisprudence du Tribunal fédéral (notamment ATF 128 III 212 c. 2c), un engagement de l'intimé par un nouvel employeur à la fin du délai ordinaire de congé, soit au 31 mars 2012, ne paraissait pas hautement invraisemblable en raison de l'incertitude quant à la durée et au degré de l'incapacité de travail. En effet, dès au plus tôt le 3 mars 2012, soit le lendemain de la deuxième incapacité de travail, le problème dentaire pouvait être considéré comme réglé et il n'y avait plus d'incertitude à proprement dite quant à la durée et au degré de l'incapacité de travail.

On ne saurait toutefois qualifier l'atteinte à la santé de l'intimé d'insignifiante au vu en particulier des deux jours d'incapacité de travail, attestés médicalement (AUBRY GIRARDIN, op. cit., n. 26 ad art. 336c CO, p. 720, en particulier note infrapaginale 53), dont la valeur probante ne peut être mise en doute et qui ne sont pas contestés. A cela s'ajoute que l'intimé a dû subir six interventions médicales, ce qui démontre que son problème n'était pas bénin.

Le cas présent se distingue cependant du cas ayant donné lieu à l'ATF 128 III 212, dès lors que celui-ci concernait la question de la protection discutée sous l'angle de la connaissance de l'atteinte à sa santé par le salarié. On peut déduire de cet arrêt qu'il importe peu que l'employeur n'ait pas été au courant de la maladie (en l'occurrence une leucémie) ou de l'accident à l'origine de l'incapacité de travail ni du reste que le salarié en soit lui-même conscient pour que la protection s'applique. Certes, en vertu de son devoir de fidélité, le salarié est tenu d'informer rapidement l'employeur de son état (AUBRY GIRARDIN, op. cit., n. 27 ad art. 336c, p. 721 et les réf. citées à la note infrapaginale n. 56); un retard dans cette information ne lui fera en principe pas perdre le bénéfice de l'art. 336c CO, sous réserve de circonstances tout à fait exceptionnelles relevant de l'abus de droit (art. 2 al. 2 CC).

d) Au vu de la jurisprudence, il y a lieu d'examiner le cas d'espèce également à la lumière du but de l'art. 336c al. 2 CO, à savoir accorder au travailleur, même en cas de maladie ou d'accident ou dans l'une des autres éventualités prévues par la loi, un délai de congé complet pour lui permettre de chercher un autre emploi (ATF 134 III 354 c. 3.1; ATF 124 III 474 c. 2 et réf. citées).

Le processus de recherche d'emploi ne se résume pas à la prise de contact effective avec de potentiels futurs employeurs, mais peut également comprendre la constitution de dossiers de candidature ou diverses recherches (par exemple, sur Internet ou sur d'autres supports; 4D_6/2009 du 7 avril 2009 c. 3; contra CARRUZZO, La rémunération du travailleur et le remboursement des frais [ci-après: CARRUZZO, La rémunération du travailleur], Genève 2007, pp. 192–193, pour lequel le temps nécessaire à la recherche d'un emploi comprend les entretiens d'embauche et les contacts

téléphoniques, les autres démarches [recherches sur Internet, lecture des offres d'emploi, lettres de candidature, établissement des documents usuels, etc.] pouvant être accomplies en dehors des heures de travail).

Dans l'arrêt 4D_6/2009 précité, les juges fédéraux ont jugé arbitraire le fait que la cour cantonale ait fait abstraction de deux jours de maladie de l'employé qui tombaient sur les 24 et 25 décembre, au motif qu'il s'agissait de jours fériés (ou semi-fériés). Ils ont estimé que l'on ne saurait déduire de la *ratio legis* de l'art. 336c al. 2 CO que seule une incapacité survenue durant un jour ouvrable permettrait de suspendre le délai de congé. L'admettre irait à l'encontre de la volonté clairement exprimée du législateur (TF 4D_6/2009 du 7 avril 2009 c. 3).

Pour CARRUZZO, qui se réfère à un arrêt saint-gallois, il est généralement admis que l'équivalent d'une demi-journée par semaine correspond au temps nécessaire à la recherche d'un nouvel emploi (une fois quatre heures ou deux fois deux heures), sans qu'il n'existe un droit absolu à une demi-journée de congé payée par semaine (CARRUZZO, La rémunération du travailleur, pp. 192-193 et réf. citée ad note infrapaginale n. 430).

e) En l'espèce, l'intimé avait été libéré de toute obligation de travailler le 16 janvier 2012, ce qui lui laissait plus de deux mois (jusqu'au 31 mars 2012) pour retrouver une nouvelle activité. Même en tenant compte des deux jours d'incapacité de travailler, intervenus les 20 février et 3 mars 2013, il disposait de plus d'une demi-journée par semaine pour effectuer des recherches d'emploi. Cependant, au vu de la jurisprudence fédérale en la matière, on ne saurait le priver de la protection de l'art. 336c al. 2 CO, dès lors que le but poursuivi par cette disposition est d'accorder au travailleur, même en cas de maladie ou d'accident ou dans l'une des autres éventualités prévues par la loi, un délai de congé complet pour lui permettre de chercher un autre emploi (cf. TF 4D_6/2009, précité, critiqué par SUBILIA/DUC, Droit du travail, Lausanne 2010, n. 24 p. 590 et note infrapaginale n. 1641).

Comme déjà mentionné (c. 4 et 5c supra), l'atteinte à la santé de l'intimé n'était par ailleurs pas insignifiante puisqu'elle a nécessité deux jours d'arrêts de travail, ce qui est attesté par des certificats médicaux. Contrairement à ce que soutient la recourante, en produisant ces certificats, l'intimé a suffisamment établi avoir été en incapacité de travailler et il n'avait pas à démontrer en plus de cela qu'il ne pouvait pas se concentrer ou se rendre à des entretiens.

Au surplus, la maladie du recourant ne lui était pas imputable à faute, comme en attestent les deux certificats médicaux produits, et on ne saurait lui reprocher un abus de droit pour s'être prévalu de la protection de l'art. 336c al. 2 CO puisqu'il a effectivement subi une incapacité de travailler durant sa période de congé. Dans la mesure où il avait été libéré de son obligation de travailler, il n'avait pas à offrir ses services à la recourante lorsqu'il a recouvré sa capacité de travailler.

f) Selon l'art. 336c al. 3 CO, lorsque les rapports de travail doivent cesser à un terme, tel que la fin d'un mois ou d'une semaine de travail, et que ce terme ne coïncide pas avec la fin du délai de congé qui a recommencé à courir, ce délai est prolongé jusqu'au prochain terme.

En l'occurrence, le délai de congé donné pour le 31 mars 2012 a été suspendu durant les deux jours d'incapacité de travailler de l'intimé, soit jusqu'au 2 avril 2012. Dès lors que le contrat de travail n'en dispose pas autrement, le délai de congé a été prolongé jusqu'au prochain terme, soit le 30 avril 2012 (art. 335c CO).

Arrêt communiqué par M.–A. Borel, premier greffier adjoint auprès du Tribunal cantonal du canton de Vaud.

Tribunal cantonal du canton de Vaud, Chambre des recours civile, Arrêt du 18 septembre 2013 (Rejet du recours interjeté contre le jugement rendu le 19 juillet 2013 par le Tribunal de prud'hommes de l'arrondissement de Lausanne)

Art. 337 CO. Avant de notifier un licenciement immédiat un délai de réflexion d'une durée de deux à trois jours ouvrables est présumé approprié et ne peut être prolongé de quelques jours qu'à titre exceptionnel, selon les circonstances du cas concret. Constituent de telles circonstances notamment le fait que l'élément déclencheur survient durant une période de congé comme fêtes de Noël ou les fêtes pascales ou lorsque le déroulement des faits nécessite des éclaircissements (c. 3b).
Par définition, la résiliation de l'article 337 CO prend effet immédiatement dès sa communication, à défaut de quoi il s'agit d'une résiliation ordinaire au sens de l'art. 335 CO. Un courant de la doctrine admet toutefois que la partie qui entend résilier le contrat avec effet immédiat peut faire bénéficier, pour des motifs sociaux, l'autre partie d'un délai de congé, par définition inférieur au délai ordinaire, lorsque ce délai prend en compte la situation sociale de celle-ci *(vorzeitige Kündigung)*. En revanche si le délai de résiliation ne sert que les intérêts de la partie qui résilie, il y a lieu d'admettre que la résiliation anticipée n'est pas admissible, car l'octroi d'un délai contredit le fondement du congé avec effet immédiat, qui est que la poursuite des rapports de travail jusqu'à l'échéance ordinaire du contrat est insupportable pour la partie qui résilie (c. 3c).

Extraits des faits:

E. a engagé T. le 12 juin 1996 en qualité de secrétaire avec effet au 2 septembre 1996, pour un salaire versé treize fois l'an atteignant durant l'année 2010 4200 fr. brut par mois. E. a donné à T. une procuration sur le

compte de son entreprise. Confrontée à des difficultés financières, T. a, dès le mois de juillet 2009, commencé à détourner des sommes d'argent à son profit par des prélèvements sur ce compte. En neuf opérations frauduleuses effectuées jusqu'au 7 décembre 2010, elle a ainsi détourné la somme de 11 427 fr. 50.

Le 7 décembre 2010, T. a avoué à E. avoir détourné la somme de 10 000 francs. E. n'a pris aucune décision dans l'immédiat sur la poursuite des rapports contractuels et T. a, dans un premier temps, continué son activité au service de E. Celui-ci a expliqué qu'il souhaitait au préalable mener une enquête avec le service financier de l'établissement gérant le compte afin de clarifier la réalité et l'ampleur du préjudice subi, avant de se décider sur le sort des rapports de travail. Le 14 décembre 2010, E. a fait signer à T. une reconnaissance de dette de 10 000 fr. indiquant que cette somme avait été détournée en deux opérations, le remboursement devant s'effectuer par une retenue de 6119 fr. 75 sur le salaire du mois de décembre 2010, puis par un versement de 438 fr. 50 au 31 décembre 2010 et enfin par des versements mensuel de 350 fr. jusqu'au 30 septembre 2011, le solde de 291 fr. 75 devant être versé au 31 octobre 2011. La reconnaissance de dette précisait que le retard dans le versement d'une mensualité entraînerait l'exigibilité du solde, mentionnait la confirmation par T. qu'elle n'avait pas effectué d'autres détournements depuis son engagement et précisait que E. se réservait le droit de déposer une plainte pénale jusqu'au 7 mars 2011. Le même jour, E. a résilié le contrat avec effet au 23 décembre 2010. Il a expliqué ce délai par le fait qu'il n'était pas en mesure de trouver un remplaçant en cette période chargée. A la demande de E., T. a signé le courrier de résiliation pour accord.

Par courrier de son conseil de 3 février 2011, T. a contesté la validité du congé du 14 décembre 2010 pour le motif que celui-ci ne pouvait prendre effet qu'au 31 mars 2011. Elle a invoqué la nullité de l'accord donné le 14 décembre 2010 et, dans la mesure où celui-ci serait valable, l'a invalidé pour vices de la volonté. Elle a offert ses services et réclamé un décompte incluant l'entier du salaire, y compris le treizième salaire pro rata temporis jusqu'au 31 mars 2011. T. a remboursé à E. la somme de 6558 fr. 25, puis a cessé ses versements à partir de la fin du mois de janvier 2011. Le 4 mars 2011, E. lui a fait notifier un commandement de payer portant sur la somme de 3'441 fr. 75 plus intérêts. Par prononcé du 16 mai 2011, le Juge de paix du district de Lavaux-Oron a prononcé la mainlevée provisoire de l'opposition formée à cette poursuite par T. Le 4 mars 2011, E. a déposé plainte pénale contre T. Par ordonnance pénale du 26 septembre 2012, le Ministère public de l'arrondissement de Lausanne a notamment condamné T. pour abus de confiance et faux dans les titres à une peine pécuniaire de 120 jours-amende, le jour-amende étant fixé à 40 fr., avec sursis pendant trois ans, E. étant au surplus renvoyé à agir devant le juge civil. Non contestée, cette ordonnance est devenue définitive et exécutoire.

T. a ouvert action le 5 octobre 2011 devant le Tribunal de prud'hommes de l'arrondissement de Lausanne par requête valant action en libération de dette concluant notamment à ce qu'il soit constaté qu'elle n'est pas débitrice de E. et que celui-ci doit lui payer, à titre de salaire, la somme de 8780 fr. 75 brut, sous déduction des charges sociales, avec intérêt. Dans sa réponse, E. a conclu principalement au rejet des conclusions de la demande et, à titre reconventionnel, au paiement par T. de la somme de 11 427 fr. 50 avec intérêt, sous déduction du montant de 6119 fr. 75 payé à fin décembre 2010 et de la somme de 438 fr. 50 payée à fin janvier 2011, libre cours étant laissé à la poursuite n° […]. Il a requis qu'une copie du dossier pénal soit jointe au dossier de la cause. Par jugement du 19 juillet 2013, le Tribunal a partiellement admis les conclusions de T., dit que E. devait payer à celle-ci la somme de 8780 fr. 75 brut, soit un montant net de 8455 fr. 25, avec intérêt, débouté les parties de toutes autres conclusions. E. a recouru le 19 août 2013 contre ce jugement en concluant à sa réforme.

Extraits des considérants:

3.

a) Le recourant fait valoir qu'il a procédé à des investigations entre le 7 et le 14 décembre 2010 qui étaient nécessaires à la prise d'une décision quant à la poursuite des rapports contractuels et qu'ensuite il était impossible de trouver et de former un remplaçant à bref délai dans une période très chargée pour son entreprise.

b) Comme l'ont relevé à juste titre les premiers juges, l'employeur qui entend résilier le contrat avec effet immédiat pour de justes motifs ne dispose que d'un court délai de réflexion pour donner le congé, à défaut de quoi l'on peut admettre que la continuation des rapports de travail est possible jusqu'au terme ordinaire du contrat, Un délai de réflexion d'une durée de deux à trois jours ouvrables est présumé approprié et ne peut être prolongé de quelques jours qu'à titre exceptionnel, selon les circonstances du cas concret (ATF 130 III 28 c. 4.4). Constituent de telles circonstances notamment le fait que l'élément déclencheur survient durant une période de congé comme fêtes de Noël ou les fêtes pascales (STAEHELIN/VISCHER, Zürcher Kommentar, 1996, n. 35 ad art. 337 CO, pp. A 632–633) ou lorsque le déroulement des faits nécessite des éclaircissements (TF 4C.348/ 2003 du 24 août 2004 c. 3.2).

En l'espèce, il y a lieu d'admettre avec les premiers juges que le recourant a connu le motif du congé le 7 décembre 2010, lorsque l'intimée lui a avoué avoir détourné 10 000 francs. Dès lors qu'il s'agissait d'un aveu et non de simples déclarations informant l'employeur de manquements comme dans l'arrêt résumé au JT 2013 II 195 invoqué par le recourant, on ne voit pas quels éclaircissements justifiant un délai supplémentaire de réflexion étaient nécessaires pour prendre une décision sur la poursuite des rapports contractuels. La résiliation communiquée le 14 dé-

cembre 2010, soit cinq jours ouvrables après la découverte du motif de congé, est ainsi tardive au regard de la réglementation sur le congé avec effet immédiat.

c) Par définition, la résiliation de l'article 337 CO (Code des obligations du 30 mars 1911; RS 220) prend effet immédiatement dès sa communication, à défaut de quoi il s'agit d'une résiliation ordinaire au sens de l'art. 335 CO (MÜNCH, Stellenwechsel und Entlassung, Geiser/Münch Hrsg, 1997, n° 1.24, p. 11). Un courant de la doctrine admet toutefois que la partie qui entend résilier le contrat avec effet immédiat peut faire bénéficier, pour des motifs sociaux, l'autre partie d'un délai de congé, par définition inférieur au délai ordinaire, lorsque ce délai prend en compte la situation sociale de celle-ci (vorzeitige Kündigung). En revanche si le délai de résiliation ne sert que les intérêts de la partie qui résilie, il y a lieu d'admettre que la résiliation anticipée n'est pas admissible, car l'octroi d'un délai contredit le fondement du congé avec effet immédiat, qui est que la poursuite des rapports de travail jusqu'à l'échéance ordinaire du contrat est insupportable pour la partie qui résilie (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, 7e éd, 2012, n. 14 ad art. 337 CO, p. 1124; STAEHELIN/VISCHER, op. cit., 1996, n. 40 ad art. 337 CO, p. A 636; REHBINDER, Berner Kommentar, 1992, n. 19 ad art. 337 CO, p. 144)

En l'espèce, selon les explications du recourant, le délai de résiliation au 22 décembre 2010 fixé par le congé du 14 décembre 2010 répondait à l'impossibilité de trouver et de former un remplaçant durant cette période chargée de l'année. Il servait donc exclusivement les intérêts du recourant et l'on doit dès lors considérer, comme exposé ci-dessus, que ce délai démontre que la poursuite des rapports contractuels n'était pas insupportable pour le recourant, partant que le congé du 14 décembre 2010 n'était pas un congé avec effet immédiat au sens de l'art. 337 CO, mais un congé ordinaire devant respecter le délai de résiliation.

4.

Le recourant fait valoir que l'intimée n'a pas contesté avoir donné son accord au congé donné le 14 décembre 2010. Il soutient que cet accord est en conséquence valable et qu'il lie l'intimée.

Aux termes de l'art. 341 al. 1 CO, le travailleur ne peut pas renoncer, pendant la durée du contrat et durant le mois qui suit la fin de celui-ci, aux créances résultant de dispositions impératives de la loi ou d'une convention collective. Si les remises de dettes et renonciations unilatérales sont privées de validité, il n'en n'est pas de même des renonciations que l'employeur obtient de son employé en contrepartie des prestations adéquates qu'il lui concède lors d'une transaction (TF 4A_71/2010 du 28 juin 2010 c. 4.5 et références). L'art. 341 al. 1 CO n'interdit pas aux parties de rompre en tout temps le contrat de travail d'un commun accord, à la condition cependant qu'elles ne cherchent pas ainsi à détourner une disposition impérative de la loi, ou relativement impérative comme l'art. 336c CO, ayant trait à la protection contre les congés donnés en temps inopportun. L'accord litigieux

doit être interprété restrictivement et ne peut constituer un contrat de résiliation conventionnelle que dans des circonstances exceptionnelles, notamment lorsque la volonté des intéressés de se départir du contrat est établie sans équivoque (TF 4A_431/2008 du 12 janvier 2009, c. 4.3.1.1 et références; SJ 1999 I 277 c. 2c et références).

En l'espèce, si la concession de l'intimée avait résidé dans l'abandon de son droit au salaire durant le délai de congé ordinaire, on ne voit pas ce que le recourant lui aurait concédé en contrepartie. Ayant renoncé, comme admis à juste titre par les premiers juges, à résilier le contrat avec effet immédiat en tardant à réagir à l'annonce par l'intimée de son manquement, le recourant ne pouvait en particulier plus offrir à l'intimée de renoncer à un licenciement immédiat au profit d'un licenciement différé à quelque dix jours, ce qui aurait de toute manière été déséquilibré. Rien n'indique au surplus que l'intimée entendait qu'il soit mis fin au contrat. On ne saurait dans ces conditions admettre l'existence d'un accord de résiliation librement consenti.

Arrêt communiqué par M.-A. Borel, premier greffier adjoint auprès du Tribunal cantonal du canton de Vaud

Tribunal cantonal du canton de Vaud, Chambre des recours civile, Arrêt du 4 décembre 2013 (Rejet du recours interjeté contre le jugement rendu le 18 mars 2013 par le Tribunal de prud'hommes de l'arrondissement de La Broye et du Nord vaudois)

La location de services est régie par la LSE et ses ordonnances, ainsi que par la Convention collective de travail Location de services étendue. Pour le surplus, les règles relatives aux contrats ordinaires de travail sont applicables, tout comme la LTr et ses ordonnances. Si l'entreprise locataire de services est soumise à une CCT étendue, le bailleur de services doit appliquer au travailleur les dispositions de la CCT qui concernent notamment le salaire et la durée du travail (art. 20 al. 1 LSE et 48a OSE), sauf dérogation orale en faveur du travailleur (c. 4a).

Art. 15 LTr. Selon la LTr, les pauses comptent comme travail lorsque le travailleur n'est pas autorisé à quitter sa place de travail. En revanche, lorsqu'il reste volontairement à sa place alors qu'il pourrait la quitter, la pause n'en sera pas pour autant comptée comme temps de travail. La question de la rémunération des pauses est réglée par le droit privé. En l'absence d'une réglementation différente, les pauses ne doivent être rémunérées que lorsqu'il s'agit de pauses durant lesquelles le travailleur est prêt à travailler au sens de l'art. 15 al. 2 LTr (c. 4b).

Art. 321d CO. L'exigence selon laquelle les instructions doivent être clairement communiquées permet difficilement d'admettre qu'elles

puissent être manifestées tacitement ou résulter des circonstances. Seuls des actes concluants particulièrement significatifs desquels le travailleur devrait inférer l'existence d'instructions claires pourraient lui être opposables. C'est à l'employeur de prouver la communication effective et le contenu des instructions (c. 4c).

Extraits des faits:

E. AG est une entreprise active dans le domaine du recrutement et de la location de personnel, ainsi que dans la fourniture de services en ressources humaines de toutes sortes. X. AG est une société anonyme dont le but est l'exécution d'analyses et de conseils, l'élaboration de concepts et leur réalisation dans le domaine des canalisations, en particulier dans les domaines de l'assainissement, des inspections et du nettoyage des conduites, égouts, canalisations ainsi que de la vidange et l'épuration des puits et surfaces. X. AG dispose d'une succursale dont la raison sociale est L. SA.

A une date inconnue, T. et E. AG ont conclu un «contrat d'engagement» de durée indéterminée débutant le 26 mars 2012. Ce contrat réglementait leurs relations contractuelles ainsi que les modalités de la mission temporaire confiée à T. au sein de l'entreprise L. SA. T. était engagé en qualité de chauffeur qualifié en assainissement de canalisation. Le salaire horaire brut était fixé à 33 fr. 22, part aux vacances, jours fériés et treizième salaire compris. S'agissant des frais professionnels, le contrat renvoyait au règlement de l'entreprise L. SA. Quant à l'horaire de travail, le contrat mentionnait «travail journalier». Ce contrat indiquait également que le contrat-cadre qui y était joint en faisait partie intégrante et que la Convention collective de travail Location de services (ci-après: CCT Location de services) était applicable. Le contrat-cadre portait plus spécialement sur les droits et obligations du travailleur temporaire, mais ne mentionnait rien s'agissant des horaires de travail de celui-ci, notamment de ses pauses. Il y était néanmoins indiqué que l'employé était tenu de se conformer aux directives de E. AG et de l'entreprise locataire de services, soit notamment au règlement et aux usages de l'entreprise locataire de service.

T. a effectué une mission de travail temporaire au sein de l'entreprise L. SA du 26 mars au 6 juillet 2012. Au même titre que les autres employés de l'entreprise, il a quotidiennement rempli un rapport, remis en fin de semaine à l'employeur, détaillant les lieux de travail, les heures de travail effectuées, le décompte des frais de repas de midi (16 fr. 50) et les suppléments pour travail de nuit ou du samedi. Ces rapports hebdomadaires étaient ensuite visés par le responsable de l'exploitation, qui y apportait les corrections nécessaires.

L'entreprise L. SA disposait d'un règlement général. Dans sa version 2012, il indiquait notamment ce qui suit:

«Ce règlement s'applique aux employés(es) engagés(es) au mois à l'exception des cadres et des employés(es) administratifs(ves). (A.) Règlement relatif aux heures supplémentaires: 1. Compte courant des heures. Le compte courant des heures est tenu à jour par rapport aux heures moyennes fixées dans le calendrier annuel, à savoir 8.2 h/jour de travail. (…) Heure de présence: ce sont les heures comptabilisées journellement selon le planning annuel et reportées sur la feuille de semaine par le collaborateur. Heures de travail: ce sont les heures réelles de travail prises en compte. Il s'agit des heures de présence à déduire ¼ heure pour les déplacements le matin, 1/2heure pour la pause de 09.00 h et ¼ heure pour les déplacements du soir. Il s'agit donc des heures de présence moins 1.00 h. Ces heures sont fixées dans le programme annuel et affichées au réfectoire. (…) (B.) Règlement relatif aux indemnités de déplacement. 1.1 Indemnités: Le midi: Lorsque le collaborateur ne peut se rendre chez lui pour le repas de midi, étant hors du rayon du domicile, il recevra les indemnités forfaitaires suivantes: Repas de midi: Fr. 16.50 (…)»

Par demande du 7 octobre 2012 adressée au Tribunal de prud'hommes de l'arrondissement de La Broye et du Nord vaudois, T. a conclu à ce que E. AG soit reconnue sa débitrice de la somme de 5000 fr., plus intérêt. Par réponse déposée le 7 janvier 2013, E. AG a déclaré être prête, par gain de paix, à payer à T. la somme brute de 1038 fr. 13. Par jugement du 18 mars 2013, le Tribunal a rejeté la demande. Par acte du 4 juillet 2013, T. a recouru contre ce jugement.

Extraits des considérants:

3.

Le recourant prétend que le Tribunal a mal apprécié les témoignages en ce sens que ceux-ci démontreraient qu'il n'a jamais pu prendre les pauses de 9 h 00 et de midi; elles doivent dès lors lui être rétribuées. Il soutient également que c'est à tort que le Tribunal a appliqué la Convention nationale du secteur principal de la construction (CN) pour lui refuser le paiement des trajets du matin et du soir puisque L. SA n'y aurait pas été affiliée.

4.

a) La location de services, communément appelée travail intérimaire, est régie par la LSE (loi fédérale du 6 octobre 1989 sur le service de l'emploi et la location de services; RS 823.11) et ses ordonnances, ainsi que par la Convention collective de travail Location de services (ci-après: CCT Location de services) étendue. Pour le surplus, les règles relatives aux contrats ordinaires de travail sont applicables, tout comme la LTr et ses ordonnances (MATILE/ZILLA, in Dunand/Mahon [éd.], Travail temporaire, Commentaire pratique des dispositions fédérales sur la location de services, Bâle 2010, pp. 3–4).

Dans le cadre du travail temporaire, les rapports juridiques sont triangulaires: le travailleur intérimaire est engagé par une entreprise de travail intérimaire, le «bailleur de services» (art. 19 LSE), qui le met à disposition d'une «entreprise locataire de services» (art. 22 LSE). Il n'y a pas de relation contractuelle entre le travailleur intérimaire et l'entreprise locataire de services, quand bien même celle-ci peut lui donner des directives et des instructions liées à l'exécution du travail et doit, à son égard, respecter certaines obligations (AUBERT, Commentaire Romand, Code des obligations I, n. 30 ad art. 319 CO, pp. 1677–1678). L'agence de travail intérimaire reste l'employeur au sens du CO ([Code des obligations du 30 mars 1911; RS 220]; ATF 129 III 124 c. 3.3).

Les relations entre le bailleur de service et le travailleur temporaire sont en général régies par un contrat-cadre et un contrat de mission (renvoyant au contrat-cadre) qui constituent un contrat de travail ordinaire au sens de l'art. 319 CO (MATILE/ZILLA, op. cit., p. 106). Contrairement à l'art. 320 al. 1 CO, l'art. 19 al. 1 et 2 LSE impose la forme écrite à ces contrats, ainsi que la mention obligatoire de certains éléments. Néanmoins, si les exigences relatives à la forme ou au contenu ne sont pas remplies, le contrat n'est pas nul; les conditions de travail selon les usages locaux et professionnels ou les dispositions légales en la matière sont applicables, à moins que des conditions plus favorables aient été conclues verbalement (art. 19 al. 3 LSE; MATILE/ZILLA, op. cit., p. 107). De plus, si l'entreprise locataire de services est soumise à une CCT étendue, le bailleur de services doit appliquer au travailleur les dispositions de la CCT qui concernent notamment le salaire et la durée du travail (art. 20 al. 1 LSE et 48a OSE [ordonnance sur le service de l'emploi et la location de services du 16 janvier 1991; RS 823.111]), sauf dérogation orale en faveur du travailleur (MATILE/ZILLA, ibidem).

S'agissant en particulier de l'horaire de travail, outre les indications contenues dans le contrat de mission, il conviendra de se référer à la CCT Location de services, ainsi qu'aux CCT étendues éventuellement applicables conformément à l'art. 20 al. 1 LSE, étant précisé que la notion de «durée du travail» comprend notamment les temps de repos et les pauses, ainsi que les temps de déplacement et d'attente (art. 48a al. 2 let. f et g OSE). A défaut, les art. 15 ss LTr sont applicables sur ce point (MATILE/ZILLA, op. cit., p. 106).

b) Aux termes de l'art. 15 al. 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 et demie (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 (let. c). Les pauses comptent comme travail lorsque le travailleur n'est pas autorisé à quitter sa place de travail (al. 2). En revanche, lorsqu'il reste volontairement à sa place alors qu'il pourrait la quitter, la pause n'en sera pas pour autant comptée comme temps de travail (MÜLLER/GUEX, in Geiser/von Kaenel/Wyler [éd.], Loi sur le travail,

Commentaire Staempfli, Berne 2005, p. 249). La question de la rémunération des pauses est réglée par le droit privé. En l'absence d'une réglementation différente, les pauses ne doivent être rémunérées que lorsqu'il s'agit de pauses durant lesquelles le travailleur est prêt à travailler au sens de l'art. 15 al. 2 LTr (MÜLLER/GUEX, op. cit., p. 252).

Est réputé durée du travail au sens de la loi le temps pendant lequel le travailleur doit se tenir à la disposition de l'employeur; le temps qu'il consacre au trajet pour se rendre sur son lieu de travail et en revenir n'est pas réputé durée du travail (art. 13 al. 1 OLT 1 [ordonnance 1 relative à la loi sur le travail; RS 822.111]).

c) Conformément à l'art. 321d al. 1 CO, l'employeur peut établir des directives générales sur l'exécution du travail et la conduite des travailleurs dans son exploitation et leur donner des instructions particulières. Ces directives sont souvent improprement dénommées «règlement d'entreprise», terme dont l'usage devrait être réservé aux règlements édictés par les entreprises industrielles au sens de l'art. 5 LTr et qui sont soumis au contrôle des autorités cantonales (art. 37 ss LTr).

La loi ne soumet pas la validité des directives au respect d'une forme spécifique. Elles peuvent donc être communiquées oralement ou par écrit. Elles devront être formulées en des termes suffisamment précis pour ne pas prêter à confusion. En outre, le travailleur doit avoir la possibilité d'en prendre connaissance sans difficulté. L'exigence selon laquelle les instructions doivent être clairement communiquées permet difficilement d'admettre qu'elles puissent être manifestées tacitement ou résulter des circonstances. Seuls des actes concluants particulièrement significatifs desquels le travailleur devrait inférer l'existence d'instructions claires pourraient lui être opposables. C'est à l'employeur de prouver la communication effective et le contenu des instructions (art. 8 CC [Code civil suisse du 10 décembre 1907; RS 210]; DUNAND, in Dunand/Mahon [éd.], Commentaire du contrat de travail, Berne 2013, nn. 11–12 ad art. 321d CO; WYLER, Droit du travail, 2e éd., Berne 2008, pp. 133–134; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, Commentaire du contrat de travail, 3e éd., Lausanne 2004, n. 2 ad art. 321d CO; CARRUZZO, Le contrat individuel de travail, Bâle 2009, pp. 79–80).

d/a) En l'espèce, le recourant prétend au paiement des trajets effectués matin et soir pour se rendre à son lieu de travail et le quitter, ainsi qu'à celui des pauses matinales et de midi non prises. Ces deux points ne font l'objet d'aucune réglementation spécifique que ce soit dans le contrat d'engagement liant les parties ou dans le contrat-cadre qui en faisait partie intégrante. La CCT Location de services ne traite pas plus de cette question. Aucune CCT particulière n'étant applicable pour le surplus au sens de l'art. 20 al. 1 LSE aux relations entre les parties, les activités de L. SA n'entrant pas dans le champ d'application de la Convention nationale du secteur principal de la construction (CN), seuls les art. 15 LTr, 13 al. 1 OLT 1 et le règlement de L. SA sont applicables en l'occurrence, étant pré-

cisé que le règlement précité constitue des directives de l'employeur, au sens de l'art. 321d CO, que l'entreprise locataire de services peut appliquer à ses employés temporaires si elles leur ont été effectivement communiquées. On doit admettre que tel est le cas en l'espèce, les différents témoins faisant état, sous des dénominations diverses, d'instructions concernant les horaires qui leur ont été communiquées par L. SA. Il résulte par ailleurs des rapports hebdomadaires produits par les parties que le recourant était informé du montant de l'indemnité versée pour les frais de repas puisqu'il a indiqué sur ces rapports le montant de 16 fr. 50 dans la rubrique correspondante. Or, ce montant ressort du règlement de l'entreprise L. SA. Il découle de ce qui précède que le recourant a été informé du fait que les trajets effectués pour se rendre sur son lieu de travail et le quitter n'étaient pas rémunérés. Ce point du règlement de l'entreprise L. SA n'étant pas contraire à la loi (art. 13 al. 1 OLT 1), les prétentions du recourant y relatives doivent être rejetées.

S'agissant des pauses matinales et des pauses de midi, le recourant, qui supporte le fardeau de la preuve en l'occurrence (art. 8 CC [Code civil suisse du 10 décembre 1907; RS 210]), prétend que les témoignages recueillis en première instance démontrent qu'il ne les a jamais prises. Or, tel n'est cependant pas le cas. Si le témoin A. a certes déclaré qu'avec le recourant, ils n'avaient «pratiquement pas fait de pause de neuf heure», cela ne prouve pas que le recourant n'a jamais pris de pause, ni la quotité des pauses manquées. Sur ce point, les autres témoignages ne sont d'aucun secours au recourant. En outre, il résulte des divers témoignages que les pauses matinales manquées pouvaient être compensées par le versement d'un salaire. Il suffisait pour ce faire que le travailleur indique sur le rapport hebdomadaire de travail que la pause n'avait pas été prise ou qu'il rajoute directement sa durée dans le temps de travail journalier. Le recourant ne pouvait ignorer cette pratique, qui ressort clairement des témoignages recueillis. Ainsi, à défaut pour le recourant de s'être conformé à cette pratique et en l'absence de témoignages précis sur la question de la quotité des pauses manquées ou d'autres moyens de preuve, les premiers juges n'ont pas fait montre d'arbitraire en retenant que le recourant n'avait pas apporté la preuve de son dommage.

Arrêt communiqué par M.-A. Borel, premier greffier adjoint auprès du Tribunal cantonal du canton de Vaud.

Tribunal cantonal du canton de Vaud, Juge délégué de la Cour d'appel civile, Arrêt du 25 avril 2013 (Rejet de l'appel interjeté contre l'ordonnance de mesures provisionnelles rendue le 28 mars 2013 par le Président du Tribunal des prud'hommes de l'arrondissement de Lausanne)

Art. 158 CPC. Requête de preuve à futur. Le travailleur peut demander que la production des pièces comptables de l'employeur ou du dé-

compte au sens des art. 322a et 322b CO soit ordonnée à titre de preuve à futur afin de pouvoir connaître le montant correspondant à la participation au résultat ou à la provision à laquelle il peut prétendre et de s'assurer des chances de succès de l'ouverture d'un procès au fond (c. 4.b/aa).

Extraits des faits:

E. (ci-après: l'intimée) est une société anonyme dont le siège est à Bussigny-près-Lausanne et qui a pour but le courtage dans le domaine des assurances et de l'immobilier, ainsi que la prise de participations. Par contrat de travail du 2 décembre 2009, l'intimée a engagé T. (ci-après: le requérant) en qualité de conseiller économique, pour une durée indéterminée, dès le 7 décembre suivant. Le 11 janvier 2011, les parties ont signé un second contrat de travail prenant effet le 1er février suivant. Aux termes de l'art. 8 du contrat, le requérant était engagé en qualité de conseiller économique «Performer» et rémunéré à la commission, selon la tabelle de commission en vigueur et annexée au contrat. Ladite tabelle, état au 1er février 2011, indiquait pour chaque type de contrat et pour chaque société d'assurance la base de calcul (valorisation selon convention; commission d'acquisition; commission de gestion; prime annuelle nette) ainsi que le pourcentage applicables. Chaque mois, le requérant recevait un document intitulé «liste des commissions» et divisé en six colonnes libellées nom, tarif, production, commission, frais et caution. La troisième colonne concernant la production du requérant mentionnait le plus souvent le chiffre de zéro.

Par lettre du 26 septembre 2012, le requérant a résilié son contrat de travail avec effet au 30 novembre 2012. Il a requis l'intimée de lui fournir sans délai un décompte détaillé indiquant les affaires qui donnaient droit à une commission depuis le début de l'année 2010, avec tous les renseignements utiles à la détermination de la commission, ainsi qu'un extrait du compte de caution et du compte de vacances. D'entente entre les parties, les rapports de travail ont pris fin au 31 octobre 2012.

Par requête du 23 novembre 2012, T. a conclu à ce qu'il soit dit que E. est sa débitrice et lui doit immédiat paiement d'un montant de 30 000 fr. avec intérêt. Il a également requis la production de divers documents en mains de cette société. A l'issue de l'audience de conciliation du 16 janvier 2013, une autorisation de procéder a été délivrée au requérant. Par requête de preuve à futur adressée le 15 février 2013 au Président du Tribunal de prud'hommes de l'arrondissement de Lausanne, T. a conclu, à titre provisionnel et superprovisionnel, à ce qu'ordre soit donné à E. de produire «tous les documents ou pièces attestant des montants effectivement perçus par E. (1) ayant servi au calcul des commissions touchées depuis 2010 à ce jour par le requérant ou (2) provenant de contrats dans lesquels T. a joué le rôle d'indicateur, de conseiller, de négociateur ou d'intermédiaire». Le requérant a allégué que ses prétentions se divisaient en trois postes, soit

le paiement de son salaire pour les mois de septembre et octobre 2012 (2 x 9183 fr.), le paiement de ses vacances pour la totalité des rapports de travail (5724 fr. 90 pour 2010, 8734 fr. 03 pour 2011 et 6876 fr. 60 pour 2012) et le paiement des commissions encore dues, qu'il ne pouvait cependant pas chiffrer, n'ayant pas à disposition tous les éléments nécessaires.

Par décision du 19 février 2013, le Président du Tribunal de prud'hommes de l'arrondissement de Lausanne a rejeté, en l'état, la requête de mesures d'extrême urgence. En revanche, par ordonnance de mesures provisionnelles du 28 mars 2013, ledit Président a admis partiellement la requête de preuve à futur (I), ordonné à E. de communiquer à T. les montants qu'elle a effectivement encaissés et qui ont servi au calcul des commissions qu'il a perçues depuis 2010 jusqu'à ce jour (II). En droit, le premier juge a considéré qu'il était compétent à raison du lieu et de la matière – dès lors que la valeur du litige au moment de l'introduction de l'instance était égale ou inférieure à 30 000 fr. – pour statuer sur la requête de preuve à futur déposée par le requérant T. Le magistrat a examiné si les conditions d'application de l'art. 158 CPC (Code de procédure civile du 19 décembre 2008, RS 272) étaient remplies en l'espèce. Il a constaté que les décomptes remis par E. au requérant, lequel était rémunéré exclusivement à la commission, ne mentionnaient pas, dans la troisième colonne prévue à cet effet, le résultat de son activité, de sorte qu'il se trouvait dans l'impossibilité de vérifier sa production effective et, partant, de déterminer son salaire. Le magistrat a admis la requête de preuve à futur tendant à la communication des montants qui avaient été effectivement perçus par la société précitée et qui permettaient le calcul des commissions touchées par l'employé depuis 2010 à ce jour, afin que les droits de ce dernier, découlant de l'art. 322c al. 1 CO (Code des obligations du 30 mars 1911, RS 220), soient sauvegardés dans la procédure. Il a considéré que le requérant démontrait d'un intérêt digne de protection à ce que cette preuve soit administrée, à savoir la détermination de sa créance en paiement du solde du salaire. En revanche, s'agissant des contrats passés avec les compagnies d'assurance tierces et le taux de commissionnement résultant de ces contrats, la société intimée était fondée à exciper au requérant le secret des affaires conformément à l'art. 156 CPC. Par acte du 10 avril 2013, la société E. a fait appel de l'ordonnance précitée.

Extraits des considérants:

4.

a) L'appelante considère que les conditions restrictives de l'art. 158 al. 1 let. b CPC ne sont pas remplies en l'espèce.

b/aa) L'art. 158 al. 1 let. b CPC permet au tribunal d'ordonner l'administration d'une preuve en tout temps, également hors procès, si le requérant rend vraisemblable la mise en danger de la preuve ou un intérêt digne de protection. La locution «intérêt digne de protection» se réfère

dans ce contexte à la possibilité d'évaluer les chances d'obtenir gain de cause ou d'apporter une preuve dans le cadre d'un éventuel futur procès. Cette possibilité a pour objectif de diminuer ou d'éviter des procédures dénuées de chances de succès (Message du 28 juin 2006 relatif au code de procédure civile suisse, FF 2006 6841, pp. 6924 s.; TF 5A_832/2012 du 25 janvier 2013 c. 7.1). Par exemple, le travailleur peut demander que la production des pièces comptables de l'employeur ou du décompte au sens des art. 322a et 322b CO soit ordonnée à titre de preuve à futur afin de pouvoir connaître le montant correspondant à la participation au résultat ou à la provision à laquelle il peut prétendre et de s'assurer des chances de succès de l'ouverture d'un procès au fond (DIETSCHY, Les conflits de travail en procédure civile suisse, thèse, Neuchâtel 2011, n. 698, p. 327 et les réf. citées).

bb) Pour rapporter la preuve de la vraisemblance d'un intérêt digne de protection à l'administration d'une preuve hors procès, de simples allégations sur le besoin d'évaluer ou de clarifier les chances de succès d'une procédure ou d'une preuve à administrer ne sont pas suffisantes. L'administration d'une preuve avant procès peut être requise uniquement lorsqu'elle se rapporte à une prétention concrète de droit matériel, l'intérêt à faire administrer une preuve dépendant de l'intérêt à faire reconnaître le bien-fondé d'une prétention. Le requérant qui motive sa demande d'administration anticipée d'une preuve selon l'art. 158 al. 1 let. b CPC doit ainsi rendre vraisemblable l'existence d'un état de fait sur la base duquel il fonde une prétention de droit matériel contre la partie adverse et dont la preuve peut être rapportée par le moyen de preuve à administrer. S'agissant des faits à établir par les moyens de preuve à administrer, on ne saurait toutefois exiger qu'ils soient en soi rendus vraisemblables, sauf à méconnaître le but de l'art. 158 al. 1 let. b CPC, lequel tend précisément clarifier les perspectives de preuve. Si la preuve requise constitue l'unique moyen pour le requérant de prouver sa prétention, on peut se limiter à exiger de sa part qu'il allègue de manière circonstanciée l'existence des faits fondant sa prétention (TF 5A_832/2012 du 25 janvier 2013 c. 7.1.1 qui se réfère à l'ATF 138 III 76 c. 2.4.2).

Le degré de vraisemblance exigé ne doit toutefois pas être trop élevé, s'agissant d'une requête hors procès et non de l'examen au fond du bien-fondé de la prétention. Hormis à l'égard de la vraisemblance de la prétention principale ou de l'allégation circonstanciée des faits fondant dite prétention, la démonstration de l'existence d'un «intérêt digne de protection» n'est pas soumise à des exigences trop sévères. Cet intérêt doit en principe uniquement être nié lorsqu'il fait manifestement défaut, ce qui peut notamment être le cas lorsque le moyen de preuve n'est clairement pas approprié (TF 5A_832/2012 du 25 janvier 2013 c. 7.1.1).

c) L'appelante fait valoir que l'intimé dispose déjà des informations qui lui permettent d'évaluer ses chances de succès et la quotité de ses

conclusions, de sorte qu'il n'existe aucun intérêt digne de protection au sens de l'art. 158 al. 1 let. b CPC.

L'intimé a fondé sa requête de preuve à futur sur le besoin de vérifier que le montant alloué à titre de commission dans les décomptes de l'appelante correspondait aux pourcentages prévus dans l'annexe au contrat de travail, ce que les décomptes produits ne permettaient pas d'examiner, la troisième colonne «production» prévue à cet effet mentionnant dans la plupart des cas le chiffre de zéro, en violation des obligations imparties à l'employeur en application de l'art. 322c CO. L'écoulement du délai mentionné à l'art. 9 let. d du contrat de travail du 11 janvier 2011 n'est pas déterminant dès lors que les décomptes ne contenaient pas toutes les indications nécessaires. Une réponse à la question de savoir si une expertise sera nécessaire, ce qui ne s'impose pas à l'évidence, ne pourra être apportée qu'une fois que toutes les indications nécessaires auront été fournies par l'appelante. Il s'agit d'un intérêt digne de protection suffisant à justifier le bien-fondé de la décision entreprise.

d) L'appelante conteste qu'un intérêt digne de protection subsiste, aurait-il existé, en se prévalant des vingt-deux pages de tableaux qu'elle a produits à l'audience de mesures provisionnelles.

Quoique volumineux, on ne peut considérer en l'état que ces tableaux répondent à l'ordre de renseigner, faute d'indiquer dans la colonne prévue à cet effet la production. Il manque en effet les éléments déterminants pour le calcul des commissions tels que définis dans la tabelle de commission annexée au contrat de travail du 11 janvier 2011, soit, en fonction du type de contrat et de la société d'assurance concernée, la base de calcul (valorisation selon convention; commission d'acquisition; commission de gestion; prime annuelle nette) et le pourcentage applicables.

Partant, ce moyen doit également être rejeté.

Arrêt communiqué par M.-A. Borel, premier greffier adjoint auprès du Tribunal cantonal du canton de Vaud

Tribunal cantonal du canton de Vaud, Cour d'appel civile, Arrêt du 17 juin 2013 (Admission de l'appel interjeté contre le jugement rendu le 16 octobre 2012 par le Tribunal de prud'hommes de l'arrondissement de Lausanne)

Art. 337c al. 2 CO. Lorsque le travailleur obtient des indemnités de chômage en vertu du droit suisse, les prestations touchées ne sont pas imputées sur le salaire dû par l'employeur, mais la caisse de chômage est légalement subrogée au travailleur en application de l'art. 29 LACI. Ce système de subrogation pour les prestations versées par une caisse de chômage suisse a pour effet de libérer le débiteur envers le créancier à concurrence de la prestation faite par le tiers, celui-ci devenant le cessionnaire légal de la créance. La caisse est subrogée à

l'assuré dans tous ses droits, y compris procéduraux, à l'encontre de l'ex-employeur, jusqu'à concurrence du total des indemnités journalières versées pour la durée du préavis non respecté. Une fois la subrogation survenue, l'assuré n'est plus titulaire de cette partie de sa prétention (c. 5.aa).
L'indemnité au sens de l'art. 337c al. 3 CO est due, en principe, dans tous les cas de licenciement immédiat et injustifié. Une éventuelle exception doit répondre à des circonstances particulières, qui ne dénotent aucune faute de l'employeur et qui ne lui sont pas non plus imputables pour d'autres raisons. Une éventuelle faute concomitante du travailleur est prise en considération et peut donner lieu à réduction, voire à une suppression de l'indemnité, lorsque la faute du travailleur est grave, mais insuffisamment pour justifier le licenciement avec effet immédiat (c. 5.ab).

Extraits des faits:

Par contrat de travail du 3 avril 2009, T. a été engagé, dès le 1er avril 2009 et pour une durée indéterminée, par E. SA en qualité de chauffeur-monteur. Lors d'un entretien qui s'est déroulé le 6 septembre 2010, T. s'est vu remettre en mains propres une lettre au contenu suivant:

«(…) Licenciement avec effet immediat: Monsieur, Par ce courrier nous vous confirmons notre entretien de ce jour, selon lequel nous vous annonçons votre licenciement avec effet immédiat. Malgré nos précédents avertissements oraux et nos courriers des 15 octobre 2009 et 16 août 2010, vous persistez à avoir un comportement inacceptable et ne tenez pas compte de nos sévères mises en garde. En date du 3 septembre 2010, vous avez eu une nouvelle fois, à votre retour de tournée, des propos injurieux vis-à-vis de l'un de vos collègues de travail dans notre dépôt. De plus et durant la nuit du 3 au 4 septembre 2010, vous avez fait intrusion sur le lieu de domicile de l'un de nos collaborateurs et l'avez menacé verbalement. A ce sujet, une plainte pénale a été déposée par ce dernier à votre encontre. Nous vous informons que votre dernier salaire, payé pro rata, vous sera payé de main à main après restitution des habits en prêt, dès le 27 septembre 2010.»

Le 7 septembre 2010, N., employé de E. SA a déposé plainte pour menaces. Par ordonnance du 25 novembre 2010, le Juge d'instruction de l'arrondissement de Lausanne a refusé de suivre à la plainte précitée au motif qu'aucune infraction pénale n'était manifestement réalisée, relevant au surplus le caractère téméraire de la plainte. En date du 13 septembre 2010, T., par l'intermédiaire de son assurance de protection juridique, s'est opposé à son licenciement immédiat contestant les justes motifs avancés à son appui et requérant qu'E. SA revienne sur le licenciement et verse son salaire jusqu'à l'échéance du délai de résiliation ordinaire. A la suite de son licenciement, T. s'est inscrit au chômage. Il a retrouvé un nouvel emploi

de monteur de meubles. Il a débuté cette activité le 9 mai 2011. Durant sa période de chômage, T. a perçu des indemnités journalières s'élevant à 140 francs. Compte tenu des jours de suspension légaux, il a perçu pour la première fois des indemnités, d'un montant de 1162 fr. brut, en novembre 2010.

Par demande du 29 juin 2011, adressée au tribunal de prud'hommes, T. a conclu à ce qu'il soit constaté que E. SA est sa débitrice de divers montants. Par jugement du 16 octobre 2012, le Tribunal de prud'hommes de l'arrondissement de Lausanne a rejeté les conclusions prises par T. En droit, les premiers juges ont considéré que le licenciement immédiat notifié à T. était justifié dès lors qu'en substance, il s'était montré indiscipliné vis-à-vis de ses supérieurs, contrevenant à plusieurs reprises à son devoir de soin et de fidélité, que son comportement à l'égard des autres employés n'était pas acceptable et qu'il n'avait jamais modifié son attitude malgré les avertissements reçus. Par acte du 22 mars 2013, T. a interjeté appel contre le jugement précité.

Extraits des considérants:

4.

(…) Ainsi, l'instruction de la cause ne permet pas de retenir que l'appelant aurait proféré des injures ou menacé des collègues les 3 ou 4 septembre 2010. Or, il appartient à celui qui invoque l'existence de justes motifs de prouver les faits qui les fondent. Or, tel n'est pas le cas en l'occurrence, ni pour les injures, ni pour les menaces. Par ailleurs, on ne discerne pas d'autres motifs de licenciement, qui auraient été valablement allégués et démontrés par l'employeur.

En conclusion, la résiliation immédiate était injustifiée.

5.

Il convient encore d'examiner les prétentions pécuniaires de l'appelant.

a) L'art. 337c CO prévoit qu'en cas de licenciement immédiat injustifié, le travailleur a droit à ce qu'il aurait gagné, si les rapports de travail avaient pris fin à l'échéance du délai de congé ou à la cessation du contrat conclu pour une durée déterminée (al. 1). On impute sur ce montant ce que le travailleur a épargné par suite de la cessation du contrat de travail ainsi que le revenu qu'il a tiré d'un autre travail ou le revenu auquel il a intentionnellement renoncé (al. 2). Le juge peut condamner l'employeur à verser au travailleur une indemnité dont il fixera librement le montant, compte tenu de toutes les circonstances; elle ne peut toutefois dépasser le montant correspondant à six mois de salaire du travailleur (al. 3).

aa) L'imputation prévue à l'art. 337c al. 2 CO est une expression du principe général selon lequel celui qui subit un dommage doit faire tout ce que l'on peut raisonnablement exiger de lui pour le réduire.

Lorsque le travailleur obtient des indemnités de chômage en vertu du droit suisse, les prestations touchées ne sont pas imputées sur le salaire dû par l'employeur en vertu de l'art. 337c al. 2 CO, mais la caisse de chômage est légalement subrogée au travailleur en application de l'art. 29 LACI (loi sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 25 juin 1982; RS 837). Ce système de subrogation pour les prestations versées par une caisse de chômage suisse a pour effet de libérer le débiteur envers le créancier à concurrence de la prestation faite par le tiers, celui-ci devenant le cessionnaire légal de la créance (BRÜHWILER, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 2e éd., 1996, n. 5 ad art. 337c CO, p. 385; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, 7e éd., 2012, n. 11 ad art. 337c CO; MUNOZ, La fin du contrat individuel de travail et le droit aux indemnités de l'assurance-chômage, thèse, Lausanne 1992, p. 197). Cette cession légale a pour effet de transférer la qualité de créancier de l'assuré à la caisse de chômage (art. 166 CO; ATF 123 V 75 c. 2c et les réf. citées). La caisse est subrogée à l'assuré dans tous ses droits, y compris procéduraux, à l'encontre de l'ex-employeur, jusqu'à concurrence du total des indemnités journalières versées pour la durée du préavis non respecté. Une fois la subrogation survenue, l'assuré n'est plus titulaire de cette partie de sa prétention (ATF 8C_787/2009 du 1er juin 2010 c. 3.1; GLOOR, in Dunand/Mahon [éd.], Commentaire du contrat de travail, n. 18 ad art. 337c).

ab) L'indemnité au sens de l'art: 337c al. 3 CO est due, en principe, dans tous les cas de licenciement immédiat et injustifié. Une éventuelle exception doit répondre à des circonstances particulières, qui ne dénotent aucune faute de l'employeur et qui ne lui sont pas non plus imputables pour d'autres raisons (ATF 116 Il 300 c. 5a; voir aussi ATF 121 III 64 c. 3c; ATF 120 lI 243 c. 3e). L'indemnité est évaluée d'après la gravité de l'atteinte portée aux droits de la personnalité du travailleur; d'autres critères tels la durée des rapports de travail, l'âge du lésé, sa situation sociale, une éventuelle faute concomitante (ATF 121 III 64 c. 3) et les effets économiques du licenciement (ATF 123 III 391 c. 3c) entrent aussi en considération.

Une éventuelle faute concomitante du travailleur est prise en considération et peut donner lieu à réduction, voire à une suppression de l'indemnité, lorsque la faute du travailleur est grave, mais insuffisamment pour justifier le licenciement avec effet immédiat (WYLER, op. cit., p. 517).

ba) L'appelant requiert 11'900 fr. à titre de salaire pour la période du 7 septembre 2010 au 30 novembre 2010 et 989 fr. 80 pour les vacances.

Le délai de congé étant en l'occurrence de deux mois (cf. art. 335c al. 1 CO), l'appelant a droit à son salaire jusqu'au 30 novembre 2010, soit 11 900 fr. brut, qui correspondent à 3400 fr. pour le mois de septembre 2010, à 4250 fr. pour le mois d'octobre 2010 et à 4250 fr. pour le mois de novembre 2010. Toutefois, il résulte des pièces du dossier que l'appelant a touché 1162 fr. de la caisse cantonale de chômage pour le mois de novembre 2010. Or, ce montant ne peut être alloué à l'appelant, dès lors

que la caisse de chômage, en raison de la subrogation légale, est devenue titulaire à concurrence de 1162 fr. de la créance que l'employé a fait valoir contre son employeur. Ainsi, l'appelant a droit à un montant total brut de 10 738 fr. (3400 fr. + 4250 fr. + 4250 fr. – 1162 fr.), duquel il convient de déduire les prestations sociales. Il a également droit à un montant de 989 fr. 80 brut pour les vacances; en effet, le salaire d'un jour de vacances est en l'espèce de 212 fr. 40 (4250 fr. x 12 mois x 8.33%/20 jours). Il a ainsi droit à 4.66 jours de vacances pour les mois de septembre à novembre 2010.

bb) L'appelant conclut également à l'octroi d'une indemnité de 12 750 fr. correspondant à trois mois de salaire.

Compte tenu de la durée des rapports de travail, à savoir environ une année et demie, de l'atteinte à la personnalité du travailleur, du fait que celui-ci s'est retrouvé au chômage et de son comportement durant les rapports de travail, le montant alloué à titre d'indemnité au sens de l'art. 337c al. 3 CO ne saurait dépasser un mois de salaire.

En définitive, le montant alloué à l'appelant de ce chef doit ainsi être arrêté à 4250 fr. net, avec intérêt à 5% l'an dès le 6 septembre 2010 (art. 104 al. 1 CO).

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 8. April 2013 (teilweise Aufhebung des Urteils des Arbeitsgerichts Zürich vom 25. August 2011)

HIV-Infektion eines Fussballspielers; ungerechtfertigte fristlose Entlassung, Art. 337c OR.
Eine HIV-Infektion ist als persönliche Eigenschaft des Arbeitnehmers zu betrachten, über die der Arbeitnehmer grundsätzlich nicht zur Information verpflichtet und der Arbeitgeber nicht zur Datenerhebung berechtigt ist. Eine Datenerhebung über den HIV-Status durch den Arbeitgeber ist nur dann zulässig, wenn die Arbeitsstelle zu einem erhöhten Infektionsrisiko für Drittpersonen führt. Erst wenn auch mit geeigneten Massnahmen das erhöhte Infektionsrisiko nicht minimiert werden kann, ist eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses für den Arbeitgeber unzumutbar. In der Verweigerung des Fussballspielers, seine HIV-Infektion an die weiteren Arbeitnehmer bzw. die Mit- und Gegenspieler mitzuteilen, kann noch keine besonders schwere Verfehlung gesehen werden. Eine fristlose Kündigung lässt sich nur dann rechtfertigen, wenn der Arbeitnehmer trotz Ermahnung mit Androhung der fristlosen Entlassung die erforderlichen Schutzvorkehrungen unterlässt oder durch ein Verbot der Kundgabe der HIV-Infektion an Dritte verhindert, dass der Arbeitgeber die erforderlichen Schutzmassnahmen treffen kann (E. 4.2.3, 4.2.4, 4.3.2, 4.4.4).

Sachverhalt:

Am 6. Mai 2002 schlossen der Kläger, Erstappellant und Zweitappellat (nachfolgend Kläger [Fussballspieler]), und die Beklagten, Erstappellaten und Zweitappellanten (nachfolgend Beklagte [Verein und Aktiengesellschaft]), einen Arbeitsvertrag für Nationalliga-Nichtamateurspieler mit Vertragsbeginn am 1. Juli 2002 und für eine Dauer bis 30. Juni 2005. Mit Schreiben vom 21. Mai 2002 ersuchte die Beklagte 1 die Nationalliga SFV die internationale Freigabe beim … [des Staates D.] Fussballverband anzufordern, damit der Kläger spätestens per UIC-Beginn (21. Juni 2002) für sie qualifiziert werden könne. Im Mai 2002 und anfangs Juni 2002 erfolgten zwei medizinische Eintrittstests beim Vertrauensarzt der Beklagten, Dr. med. E. Am 17. Juni 2002 wurde dem Kläger, anlässlich der Besprechung der Blutresultate der Eintrittsuntersuchung, mitgeteilt, dass ein HIV-Infekt mit HIV 1 gefunden worden sei. Der Therapeut der Beklagten 1, F., war an dieser Besprechung des Klägers mit Dr. med. E. anwesend. In der Folge wurden der Präsident der Beklagten und der Trainer von F. über den HIV-Infekt des Klägers in Kenntnis gesetzt. Am 5. Juli 2002 bestätigte Dr. med.

E., dass aus medizinischer Sicht die Betätigung des Klägers als Fussballprofi aus gesundheitlichen Gründen möglich sei. Der Kläger verfüge zum jetzigen Zeitpunkt über eine ausgezeichnete körperliche Leistungsfähigkeit. Mit Schreiben vom 11. Juli 2002 teilte G. – der ehemalige Arbeitgeber des Klägers – den Beklagten mit, dass sie sicher seien, dass es sich der Kläger nicht leisten könne, Fussball zu spielen. Sie seien sehr erstaunt, dass ihr Land einem mit AIDS infizierten Spieler erlaube, Fussball zu spielen. Am 23. Juli 2002 kündigten die Beklagten das Arbeitsverhältnis per sofort und aus wichtigen Gründen. Mit Schreiben vom 24. Juli 2002 teilte die Nationalliga Qualifikationskommission mit, dass dem Qualifikationsgesuch für den Kläger per 20. Juli 2002 provisorisch entsprochen worden sei. Am 17. Dezember 2002 fand eine Schlichtungsverhandlung zwischen den Parteien vor der Schlichtungskommission der Nationalliga SFV statt. Die Parteien kamen überein, dass der Rechtsvertreter des Klägers bei der Nationalliga, dem SFV oder bei der Fifa abkläre, ob Vereine und deren Funktionäre von Dritten belangt werden können, wenn sie Spieler einsetzt, welche an speziellen Infektionen leiden. Sollte die Antwort dahingehend sein, dass keine solchen Forderungen gestellt werden können, so sei die Beklagte 1 umgehend bereit, den damalig fristlos gekündigten Arbeitsvertrag mit dem Kläger erneut abzuschliessen. Mit Schreiben vom 24. Februar 2003 teilten die Beklagten dem Kläger mit, auf Grund des Umstands, dass auch die FIFA nicht bereit sei, die Verantwortung für einen Einsatz des Klägers im Trainings- und Spielbetrieb der Beklagten zu übernehmen und gemäss Stellungnahme von Herrn Prof. H. auch keine Gewähr gegeben werden könne, dass der Kläger in der Lage wäre, den abgeschlossenen und zwischenzeitlich aufgelösten befristeten Arbeitsvertrag ohne Einschränkung zu erfüllen, sei eine erneute Beschäftigung des Klägers bei den Beklagten nicht möglich.

Mit Eingabe vom 26. Februar 2004 machte der Kläger den vorliegenden Prozess beim Arbeitsgericht Zürich anhängig. Anlässlich der Hauptverhandlung vom 6. Juli 2004 erhöhte der Kläger seine Klage. Nach Durchführung des Haupt- und Beweisverfahrens verpflichtete das Arbeitsgericht Zürich die Beklagten 1 und 2 mit Urteil vom 25. August 2011 zur solidarischen Haftbarkeit, dem Kläger Fr. 366 494.70 netto sowie Fr. 45 000 (netto = brutto) sowie Fr. 400.– Zahlungsbefehlskosten zu bezahlen. Beide Parteien haben am 29. September 2011 rechtzeitig Berufung gegen dieses Urteil eingelegt. Für das Berufungsverfahren kommt die am 1. Januar 2011 in Kraft getretene eidgenössische Zivilprozessordnung zur Anwendung (Art. 405 Abs. 1 ZPO). Das Verfahren vor Bezirksgericht unterstand demgegenüber noch der kantonalzürcherischen Zivilprozessordnung (ZPO/ZH). Soweit die Verletzung von Verfahrensvorschriften gerügt wird, ist somit im neurechtlichen Berufungsverfahren zu prüfen, ob die Bestimmungen der ZPO/ZH korrekt angewendet wurden.

Aus den Erwägungen:

2.

2.1

2.1.1 Der Kläger stellt sich auf den Standpunkt, dass die Vorinstanz zu Recht festgehalten habe, dass der Arbeitsvertrag zu Unrecht fristlos gekündigt worden sei. Jedoch habe die Vorinstanz zu Unrecht den geltend gemachten Schaden in der Höhe von Fr. 1 875 000.– abgewiesen. Die Vorinstanz gehe in mehrfacher tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht fehl. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz sei der adäquate Kausalzusammenhang zwischen dem Verhalten der Beklagten und dem weiteren Schaden klar gegeben. Zudem sei der Grundsatz von Treu und Glauben ebenfalls zu Unrecht nicht beachtet worden. Weiter sei die Vorinstanz auch hinsichtlich Berechnung des Lohns fälschlicherweise nicht seinen Ausführungen gemäss Plädoyer und Replik gefolgt. Schliesslich müsse aufgrund des Umstands, dass die Beklagten das Leben des Klägers richtiggehend zerstört hätten, die gesamte Pönale von sechs Monaten ausgesprochen werden.

2.1.2 Die Beklagten bringen vor, dass die fristlose Vertragsauflösung zu Recht erfolgt sei. Der Kläger hätte sie bezüglich seiner ihm bekannten HIV-Infektion informieren müssen, da ein besonderes Übertragungsrisiko bestanden habe. Im Fussball müsse von einer bestehenden Ansteckungsgefahr ausgegangen werden. Da eine HIV-Infektion zum geschützten Intimbereich des Arbeitnehmers gehöre, stehe es in der alleinigen und uneingeschränkten Entscheidkompetenz des Betroffenen, einer Mitteilung dieses Gesundheitszustands an Dritte zuzustimmen oder eine solche zu verweigern, weshalb eine Ermahnung unter Kündigungsandrohung nicht verlangt werden dürfe. Insgesamt sei eine Fortsetzung bzw. Erfüllung des dreijährigen Arbeitsverhältnisses den Beklagten nach Treu und Glauben nicht mehr zumutbar gewesen. Entgegen der Ansicht der Vorinstanz könne auch nicht von einer Verwirkung des ausserordentlichen Kündigungsrechts gesprochen werden, da sie sich nicht hätten anmassen dürfen, ohne jegliche aussagekräftige fachmännische Einschätzung selber zu beurteilen, ob die HIV-Infektion des Klägers bei Fortsetzung der Zusammenarbeit ein Infektionsrisiko für Mitspieler bedeuten könnte. Ein übereiliger Entscheidfindungsprozess hätte aufgrund der «sensitiven» Gegebenheiten jeglichem konkret zu erwartenden Verantwortlichkeitsbewusstsein widersprochen. Sodann sei auch die Jahresfrist von Art. 31 OR zu berücksichtigen. Schliesslich habe auch die fehlende Qualifikation des Klägers zur ausserordentlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses berechtigt. Hinsichtlich der Folgen der ungerechtfertigten fristlosen Entlassung bringen die Beklagten vor, dass seitens des Klägers kein Anspruch auf Prämien bestanden habe, da die Beklagten aufgrund der Gegebenheiten und im Hinblick auf ein verantwortungsvolles Verhalten gegenüber den anderen Spielern gehalten gewesen wären, den Kläger im Wettkampfbetrieb nicht einzusetzen. Sodann sei die Annahme der Vorinstanz, dass der Kläger ab dem zweiten Jahr ein fixes Einkommen

von Fr. 7500.– hätte aushandeln können, rein willkürlich erfolgt. Weiter seien die dem Kläger ausbezahlten Fr. 6000.– zu unrecht nicht berücksichtigt worden. Nicht nachvollziehbar sei sodann, weshalb die Vorinstanz das Ersatzeinkommen nicht berücksichtigt habe. Zu unrecht seien auch keine Abzüge aufgrund tieferer Lebenskosten vorgenommen worden. Schliesslich stehe dem Kläger keine Pönale zu.

2.1.3 Auf diese und die weiteren Vorbringen der Parteien ist nachfolgend nur insoweit einzugehen, als dies für die Rechtsfindung erforderlich ist, denn das rechtliche Gehör verlangt nicht, dass sich das Gericht mit allen Argumenten der Parteien auseinandersetzt. Vielmehr kann sich das Gericht auf die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte beschränken (BGE 133 I 270, E. 3.1).

(…)

4.

4.1 Die Vorinstanz kam zum Schluss, dass ein wichtiger Grund für eine fristlose Entlassung nicht vorgelegen habe. Sie führte aus, dass das Verschweigen der HIV-Infektion seitens des Arbeitnehmers nur ausnahmsweise einen wichtigen Grund für eine Entlassung bilden könne. Dies sei der Fall, wenn der Arbeitnehmer sie verschweigt, obwohl er nach Treu und Glauben dazu verpflichtet gewesen wäre, es dem Arbeitgeber vorvertraglich von sich aus mitzuteilen. Eine solche Offenbarungspflicht beschränke sich jedoch auf Angaben, aus welchen hervorgehe, dass ein Bewerber für die fragliche Arbeitsstelle absolut ungeeignet sei. Bei einer HIV-Infektion ohne Krankheitssymptome sei der Bewerber in der Regel nicht zu einer solchen Mitteilung verpflichtet, da seine Leistungsfähigkeit in diesem Stadium im Vergleich zu nicht infizierten Personen nicht herabgesetzt sei. Letzteres würden auch die Beklagten nicht bestreiten. Sie würden auch nicht geltend machen, dass HIV-Infizierte generell als Profifussballer ungeeignet seien. Sie würden jedoch vorbringen, dass sich der Kläger einer Mitteilung an die anderen Mitspieler widersetzt habe, weshalb ein Schutz derselben durch situationsgerechtes Verhalten nicht möglich gewesen sei. Der Einwand der Beklagten hinsichtlich der Frage der Mitteilung an die anderen Mitspieler habe auf die Aufklärungspflicht des Klägers vor Vertragsschluss keinen Einfluss, da sich der Kläger gemäss dem Vorbringen der Beklagten erst später gegen die Mitteilung an die anderen Mitspieler gewehrt habe – was im Übrigen unbestritten sei – und ihnen dies im Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht bekannt gewesen sei. Sei der Kläger damit nicht zur Aufklärung vor Vertragsschluss verpflichtet gewesen, würden die Beklagten aus der Tatsache, dass er sie nicht bereits bei Vertragsschluss über eine HIV-Infektion informiert habe, keinen wichtigen Grund für eine fristlose Kündigung ableiten können. Ein wichtiger Kündigungsgrund könne somit gemäss den Vorbringen der Beklagten alleine darin bestehen, dass der Kläger Träger des HIV-Virus sei und allenfalls keine Mitteilung dieser Tatsache an seine Mitspieler gewünscht habe. Da auch in Fällen erhöhter Ansteckungsgefahr die Übertragung des HIV-Virus auf

Mitarbeiter und Dritte indessen durch Beobachtung der erforderlichen Schutzvorkehrungen in der Regel vermieden werden könne, wäre eine fristlose Entlassung nur gerechtfertigt gewesen, wenn der Arbeitnehmer trotz Ermahnung und unter Androhung der fristlosen Entlassung die erforderlichen Schutzvorkehrungen unterlassen bzw. die Mitteilung an die anderen Arbeitnehmer verweigert hätte. Eine entsprechende Ermahnung würden die Beklagten nicht behaupten.

4.2 Die Beklagten machen in der Berufung geltend, dass die Vorinstanz eine Auskunftspflicht des Klägers zu unrecht verneint habe. Sie bringen vor, dass – abweichend vom Regelfall und unabhängig von der Frage der Leistungsfähigkeit – eine Auskunftspflicht (auch) zu bejahen sei, wenn am Arbeitsplatz ein besonderes Übertragungsrisiko herrsche. Es sei aufgezeigt worden, dass im Fussballsport eine Infektionsgefahr bzw. ein besonderes Übertragungsrisiko mit HI-Virus durch Blut-zu-Blut-Kontakte gegeben sei. Bei dieser Gegebenheit wäre der Kläger verpflichtet gewesen, die Beklagten vor Vertragsschluss über die HIV-Infektion zu informieren. Mangels entsprechender Aufklärung seien sie in der Folge berechtigt gewesen, das Vertragsverhältnis gemäss Art. 337 OR fristlos aufzulösen.

4.2.1 Gemäss den beidseits zwingenden Art. 337 Abs. 1 und 2 OR kann das Arbeitsverhältnis von Arbeitgeber und vom Arbeitnehmer jederzeit aus wichtigen Gründen fristlos aufgelöst werden, d.h. aus einem Umstand, bei dessen Vorhandensein dem Kündigenden nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden darf. Der Richter überprüft frei aufgrund der konkreten Umstände, ob ein wichtiger Grund gegeben ist. Allerdings können vertragliche Konkretisierungen des wichtigen Grundes zeigen, was den Parteien subjektiv wichtig war. Insofern helfen sie dem Richter in der Feststellung, was die Parteien gemäss übereinstimmendem Willen als ihre wichtigsten Erwartungen betrachteten (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, 7. Aufl., Zürich 2012, Art. 337 N 26; BK-REHBINDER, Art. 337 N 4; BGer.–Urteile 4A_84/2011 und 4A_94/2011 Erw. 4). In Art. 3 des Arbeitsvertrags deklarierten die Parteien als wichtige Gründe insbesondere:

- Nichterteilung oder der Entzug der Qualifikation des Spielers
- der Umstand, dass der Spieler verschuldetermassen den Anforderungen der Gesetzgebung über Erwerbstätigkeit und Aufenthalt von Ausländern in der Schweiz nicht mehr genügt
- die schwerwiegende oder wiederholte Verletzung des vorliegenden Vertrages, der Statuten, der Reglemente oder der Richtlinien, die der Spieler ausdrücklich akzeptiert hat
- die Nichterteilung der Arbeits- und Aufenthaltsbewilligung durch die Schweizer Behörden
- ein negatives Resultat der medizinischen Untersuchung bei den Vertrauensärzten des Arbeitgebers

4.2.2 Auf die Frage, ob eine Aufklärungspflicht zu bejahen sei, wenn ein besonderes Ansteckungsrisiko bestehe, ging die Vorinstanz nicht ein.

In der Klageantwort brachten die Beklagten vor, dass die Verantwortlichen nach reiflichem Überlegen zum Schluss gekommen seien, dass aufgrund der im Fussballsport speziellen Ansteckungsgefahr und zufolge fehlender Zustimmung des Klägers zur Bekanntgabe seiner HIV-Infektion eine Teilnahme des Klägers am Trainings- und Wettkampfbetrieb aufgrund des vorhandenen Risikos einer Übertragung des HIV-Virus vom Kläger auf einen Dritten anlässlich eines Blut-zu-Blut-Kontaktes (zum Beispiel bei einem Zusammenstoss) nicht weiter verantwortbar sei. Eine Informationspflicht bezüglich einer HIV-Infektion sei vor allem dann zu bejahen, wenn am Arbeitsplatz ein besonderes Infektions-/Übertragungsrisiko herrsche. Ein solches Risiko sei insbesondere dann gegeben, wenn die Gefahr bestehe, dass Blut oder sonstige Körperflüssigkeiten des Bewerbers mit dem Blutkreislauf von Mitarbeitern oder Dritten in Kontakt kommen könne, wie etwa bei Fussballspielern. Vorliegend sei der Kläger daher verpflichtet gewesen, die Beklagten über seine HIV-Infektion zu informieren. Da der Kläger ihnen gegenüber unberechtigterweise seine HIV-Infektion verschwiegen habe, hätten sie den abgeschlossenen Arbeitsvertrag zufolge Irrtums bzw. Täuschung aufheben lassen oder den Vertrag fristlos auflösen können.

4.2.3 Eine HIV-Infektion wird als persönliche Eigenschaft des Arbeitnehmers betrachtet, über die der Arbeitnehmer grundsätzlich nicht zur Information verpflichtet ist und über die der Arbeitgeber grundsätzlich nicht zur Datenerhebung berechtigt ist (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7. Aufl., Art. 336 N 5 und Art. 328b N 10). Jedoch trifft auch den Arbeitnehmer eine arbeitsrechtliche Treuepflicht resp. beherrscht der Grundsatz von Treu und Glauben auch das Vertragsverhandlungsverhältnis zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber, weshalb der Arbeitnehmer den Arbeitgeber von sich aus über Umstände informieren muss, die ihn zur Erbringung der vertraglichen Arbeitsleistung als ungeeignet erscheinen lassen (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 328b N 11).

4.2.4 In der Lehre wird befürwortet, dass eine Datenerhebung über den HIV-Status durch den Arbeitgeber dann zulässig sein soll, wenn die Arbeitsstelle zu einem erhöhten Infektionsrisiko für Drittpersonen führt (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 328b N 10 m.w.H.). Dies hat durchaus seine Berechtigung, denn den Arbeitgeber trifft für seine Mitarbeiter eine Fürsorgepflicht (Art. 328 OR) und haftet er gegenüber Dritten für den Arbeitnehmer (Art. 55 OR und Art. 101 OR). Jedoch darf daraus nicht gefolgert werden, dass in solchen Fällen eine Verweigerung der Anstellung gerechtfertigt ist. Solange mit geeigneten Massnahmen das erhöhte Infektionsrisiko minimiert werden kann, hat der Arbeitgeber diese Massnahmen zu ergreifen. Nur wenn dies nicht möglich ist, ist eine Nichtberücksichtigung einer HIV-infizierten Person unter dem Gesichtspunkt der Diskriminierung gerechtfertigt. Alles andere würde zu einer ungerechtfertigten Diskriminierung von HIV-infizierten Personen führen.

4.2.5 Aus dem Umstand, dass eine Datenerhebung über den HIV-Status durch den Arbeitgeber dann zulässig ist, wenn die Arbeitsstelle zu einem erhöhten Infektionsrisiko für Drittpersonen führt, muss sodann folgen, dass der Arbeitnehmer resp. der Arbeitssuchende nicht von sich aus auf die HIV-Infektion aufmerksam machen muss, sondern er es dem Arbeitgeber überlassen darf, ihn zu einem Test aufzufordern, wenn der Arbeitgeber der Ansicht ist, dass bei der Stelle ein erhöhtes Infektionsrisiko für Drittpersonen bestehe. Solange keine Krankheitssymptome auftreten (d.h. während der sog. Latenzzeit), ist der Arbeitnehmer nur dann zur Mitteilung über seine HIV-Infektion verpflichtet, wenn für ihn erkennbar ist, dass er für die offene Stelle wegen seiner Infektion überhaupt nicht in Frage kommt, z.B. weil seitens der Behörden ein HIV-Test mit negativem Befund verlangt wird (STAEHELIN in: Koch/Pedrazzini/Staehelin, HIV und Recht, Basel 1999, S. 133; RUDOLPH, Stellenbewerbung und Datenschutz, Bern 1997, S. 67 f.; vgl. auch PÄRLI/CAPLAZI/SUTER, Recht gegen HIV/Aids-Diskriminierung im Arbeitsverhältnis, Bern 2007, S. 136 f., S. 167 f., die lediglich von einem Fragerecht des Arbeitgebers auszugehen scheinen). Wie die Vorinstanz zutreffend ausführte, behaupteten die Beklagten nicht, dass der Kläger für eine Anstellung als Fussballer absolut ungeeignet ist resp. zum damaligen Zeitpunkt war. Da der Kläger somit im damaligen Zeitpunkt die körperlichen Anforderungen für eine Anstellung als Profi-Fussballer erfüllte – was auch der medizinische Test bestätigte – bestand seinerseits keine Pflicht, die Beklagten über seine HIV-Infektion – von der er im Übrigen keine Kenntnisse gehabt haben will – aufzuklären. Ob aufgrund seiner HIV-Infektion bei einer Anstellung als Fussballer eine erhöhte Ansteckungsgefahr gegeben ist, war nicht an ihm zu beurteilen. Dass dies sodann nicht so offensichtlich ist, wie die Beklagten im vorliegenden Prozess nun geltend machen wollen, ergibt sich auch daraus, dass die Beklagten die Zeitspanne zwischen Kenntnis von der HIV-Infektion des Klägers und der Kündigung damit begründeten, dass von ihnen nicht habe erwartet werden können, die Auswirkungen einer HIV-Infektion eines Spielers auf den Spiel- und Trainingsbetrieb zu kennen. Die Beklagten führten zudem selber aus, dass es geeignete und zumutbare Massnahmen gegeben hätte, um das Infektionsrisiko für Drittpersonen zu minimieren. Der Vollständigkeit halber kann noch angemerkt werden, dass ein erhöhtes Gesundheitsrisiko durch eine HIV-Infektion eines Spielers von der Kommission für rechtliche Angelegenheiten und der Sportmedizinischen Kommission der FIFA verneint wird (CaS 2005, S. 371).

4.2.6 Dementsprechend kann im Umstand, dass der Kläger die Beklagten über seine HIV-Infektion vor Vertragsschluss nicht aufgeklärt hat, kein wichtiger Kündigungsgrund im Sinne von Art. 337 OR, der zu einer fristlosen Vertragsauflösung rechtfertigt, gesehen werden. Es kann damit offen bleiben, ob der Kläger im Zeitpunkt der Vertragsunterzeichnung Kenntnis von seiner HIV-Infektion hatte.

4.3 Die Beklagten bringen weiter vor, dass sich die Vorinstanz mit ihrer Argumentation, dass es ihnen aufgrund der bestehenden Ansteckungsgefahr nicht zumutbar gewesen sei, das Arbeitsverhältnis und diesen Zustand (Infektionsgefahr von anderen Spielern) über drei Jahre aufrecht zu erhalten, weshalb sie das Arbeitsverhältnis gemäss Art. 337 OR fristlos hätten kündigen dürfen, nicht auseinander gesetzt habe.

4.3.1 Wie ausgeführt, verstand die Vorinstanz den wichtigen Kündigungsgrund darin, dass der Kläger Träger des HIV-Virus sei und allenfalls keine Mitteilung dieser Tatsache an seine Mitspieler gewünscht habe.

4.3.2 Zwar ist es zutreffend, dass die Beklagten bereits vor Vorinstanz geltend gemacht haben, dass bereits aufgrund des Umstands, dass von ärztlicher Seite die Garantie, dass die Teilnahme des Klägers am Trainings- und Wettkampfbetrieb risikolos sei, nicht habe abgegeben werden können resp. aufgrund des Vorliegens einer Ansteckungsgefahr, nicht zumutbar gewesen sei, das Arbeitsverhältnis über drei Jahre fortzusetzen (Urk. 22 S. 15). Die Beklagten behaupteten jedoch nicht, dass der Ansteckungsgefahr nicht habe entgegen getreten werden können. Im Gegenteil führten sie aus, dass die entsprechenden Massnahmen nicht hätten ergriffen werden können, da der Kläger einer Mitteilung seiner HIV-Infektion nicht zugestimmt habe. Wie bereits ausgeführt – vgl. Ziff. 4.2.2. ff. – kann im Umstand einer HIV-Infektion eines Arbeitnehmers alleine keine Unzumutbarkeit des Arbeitsverhältnisses für einen Arbeitgeber gesehen werden. Erst wenn auch mit geeigneten Massnahmen das erhöhte Infektionsrisiko nicht minimiert werden kann, ist eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses für den Arbeitgeber unzumutbar. Nachdem aber die Beklagten selber ausführten, dass Massnahmen hätten ergriffen werden können, musste die Vorinstanz das Argument der Unzumutbarkeit aufgrund der Ansteckungsgefahr nicht isoliert betrachten. Wie bereits ausgeführt – vgl. Ziff. 4.2.3. – muss der Arbeitgeber, solange mit geeigneten Massnahmen das erhöhte Infektionsrisiko minimiert werden, diese Massnahmen ergreifen. Nur wenn auch mit geeigneten Massnahmen das erhöhte Infektionsrisiko nicht minimiert werden kann, ist die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses für den Arbeitgeber unzumutbar.

4.4 Die Beklagten sind sodann der Ansicht, dass die Vorinstanz zu unrecht eine Ermahnung und Androhung der fristlosen Entlassung verlangt habe.

4.4.1 Es wird von den Beklagten anerkannt, dass sie die Ermahnung um Zustimmung des Klägers zur Bekanntgabe seiner HIV-Infektion unter Androhung der fristlosen Entlassung weder im vorinstanzlichen Verfahren behauptet haben, noch eine solche erfolgt ist. Die Beklagten bringen jedoch vor, dass eine HIV-Infektion zum geschützten Intimbereich des Arbeitnehmers gehören würde und es mithin in der alleinigen und uneingeschränkten Entscheidkompetenz des Betroffen stehen würde, einer Mitteilung dieses Gesundheitszustands an Dritte zuzustimmen oder eine solche zu verweigern. Hätten sie vor Kündigungsaussprechung entsprechend er-

mahnen müssen, so hätten sie sich offenkundig dem Vorwurf der Nötigung oder gleichsam Erpressung ausgesetzt.

4.4.2 Die Beklagten hätten die zur Minimierung des Ansteckungsrisikos nötigen Massnahmen/Schutzvorkehrungen nur dann wirksam umsetzen können, wenn sie den Grund für diese Massnahmen – nämlich die HIV-Infektion des Klägers – Dritten (Mitspielern, Gegenspielern etc.) hätten mitteilen können. Diese Mitteilung konnte aber nur mit der Zustimmung des Klägers erfolgen. Denn auch die Datenbearbeitung, welche zufolge genügendem Arbeitsplatzbezug nach Art. 328b OR zulässig ist, unterliegt dem Datenschutzgesetz. Dieses vermutet, dass die Bearbeitung zulässig ist, solange sie nicht die Persönlichkeit der betroffenen Person widerrechtlich verletzt. Eine widerrechtliche Verletzung ist unter anderem der Fall, wenn besonders schützenswerte Personendaten ohne Einwilligung (Art. 13 Abs. 1 DSG) an Dritte bekannt gegeben werden (STREIFF/VON KAENEL/ RUDOLPH, a.a.O. Art. 328b N 7). Eine HIV-Infektion ist der Intimsphäre zuzuordnen und gehört damit zu den besonders schützenswerten Personendaten (Art. 3 lit. c. Ziff. 2). Insoweit ist den Beklagten zuzustimmen, dass sie ohne Einwilligung des Klägers über dessen HIV-Infektion nicht orientieren durften und sie damit nicht in der Lage waren, die entsprechenden Schutzvorkehrungen zu treffen und diese Situation für sie unzumutbar war. Dies stellte auch die Vorinstanz nicht in Abrede. Diese verlangte jedoch, dass die Beklagten dem Kläger die fristlose Vertragsauflösung bei Verweigerung der Mitteilung an die anderen Arbeitnehmer hätten androhen müssen.

4.4.3 Voraussetzung für eine fristlose Kündigung des Arbeitsvertrages ist das Vorliegen eines wichtigen Grundes. Ein solcher liegt insbesondere immer dann vor, wenn dem Kündigenden nach Treu und Glauben nicht zuzumuten ist, das Arbeitsverhältnis weiterzuführen, dies mindestens bis zum nächsten ordentlichen Kündigungstermin oder Ablauf des befristeten Vertrages. Das ist nach Praxis des Bundesgerichts nur bei besonders schweren Verfehlungen des Vertragspartners der Fall, während bei leichteren oder mittleren Vertragsverletzungen der wichtige Grund nur vorliegt, wenn diese trotz Verwarnung wiederholt vorkamen (STREIFF/VON KAENEL/ RUDOLPH, a.a.O., Art. 337 N 1 S. 1097 f.).

4.4.4 In der Verweigerung der Mitteilung seiner HIV-Infektion an die weiteren Arbeitnehmer resp. die Mit- und Gegenspieler kann, nachdem die HIV-Infektion der Intimsphäre zuzuordnen ist, keine besonders schwere Verfehlung gesehen werden. Wie die Beklagten selber ausführen, steht es grundsätzlich in der alleinigen und uneingeschränkten Entscheidkompetenz des Betroffenen, einer Mitteilung dieses Gesundheitszustands an Dritte zuzustimmen oder eine solche zu verweigern. Jedoch gebietet es die Fairness und der auch im Arbeitsvertragsrecht gültige Grundsatz des Handelns nach Treu und Glauben, dass der Arbeitgeber den Arbeitnehmer über die Gründe, warum diese Mitteilung seines Gesundheitszustands an die Arbeitneh-

mer nötig ist, und was die Folgen sind, wenn diese Mitteilung nicht vorgenommen werden kann, aufklärt. Dass sich ein Arbeitnehmer im ersten Moment der Mitteilung an die weiteren Arbeitnehmer widersetzt, liegt auf der Hand, und kann wie ausgeführt, nicht als besonders schwere Verfehlung gewertet werden. Gerade deshalb gebietet es aber die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers, dem Arbeitnehmer die Folgen resp. Konsequenzen für das bestehende Arbeitsverhältnis aufzuzeigen und ihn darüber aufzuklären, dass ohne die notwendigen Schutzvorkehrungen das Arbeitsverhältnis nicht weitergeführt werden kann. Jedenfalls lässt sich eine fristlose Kündigung nur rechtfertigen, wenn der Arbeitnehmer trotz Ermahnung mit Androhung der fristlosen Entlassung die erforderlichen Schutzvorkehrungen unterliesse (STAEHELIN, a.a.O., S. 171) oder verhinderte (hier durch ein Verbot der Kundgabe der HIV-Infektion an Dritte), dass der Arbeitgeber die erforderlichen Schutzmassnahmen treffen kann. Der Ansicht der Beklagten, dass darin eine nötigende Handlung gesehen werden müsse, kann aus diesen Gründen nicht gefolgt werden. Da weder von einem unrechtmässigen Mittel noch von einem unrechtmässigen Zweck die Rede sein kann und auch keine unrechtmässige Verknüpfung von Mittel und Zweck vorliegt, ist eine Nötigung nicht gegeben. Die Mitteilung war nötig, damit die Beklagten die – ihr obliegenden – notwendigen Vorkehrungen zum Schutz der übrigen Arbeitnehmer – und allenfalls von Dritten – treffen konnten.

4.4.5 Die Beklagten führten vor Vorinstanz aus, dass sich der Kläger auf Anfrage nicht damit einverstanden erklärt habe, dass Mitspieler und gegnerische Mannschaften über seine HIV-Infektion informiert werden resp. der Kläger einer Information der Mitspieler und der gegnerischen Mannschaften über seine HIV-Infektion nicht zugestimmt habe. Die Beklagten behaupteten damit vor Vorinstanz nicht einmal, dass sie den Kläger aufgeklärt hätten, warum diese Mitteilung an die Mit- und Gegenspieler notwendig ist, geschweige denn, dass im Falle einer anhaltenden Weigerung mit einer Kündigung gerechnet werden muss. Unter diesen Voraussetzungen und aufgrund der nicht erfolgten Ermahnung und Kündigungsandrohung kann aber in der Verweigerung der Mitteilung seiner HIV-Infektion kein wichtiger Grund für eine fristlose Entlassung gesehen werden.

4.5 Schliesslich bringen die Beklagten vor, dass entgegen der Auffassung der Vorinstanz nicht von einer Verwirkung des ausserordentlichen Kündigungsrechts gesprochen werden könne. Nachdem jedoch ein wichtiger Grund für eine fristlose Entlassung zu verneinen ist, ist die Frage der Verwirkung nicht relevant und kann deshalb offen gelassen werden.

4.6 Weiter führen die Beklagten an, dass sie die fehlende Qualifikation des Klägers (zur Teilnahme am offiziellen Spielbetrieb) als weiteren wichtigen Grund für eine ausserordentliche Kündigung geltend gemacht hätten. Die Vorinstanz sei diesen Kündigungsgrund mit der Begründung übergangen, sie seien selbst ausschliesslich davon ausgegangen, dass die

HIV-Infektion des Klägers letztlich der Anlass zur fristlosen Entlassung gewesen sein solle. Diese Folgerung treffe nicht zu.

4.6.1 Wie die Beklagten zutreffend ausführen, hat sich die Vorinstanz mit dem Kündigungsgrund der fehlenden Qualifikation nicht auseinandergesetzt. Die Beklagten machten vor der Vorinstanz geltend, dass – neben der Ansteckungsgefahr und dem Umstand, dass Dr. med. E. keine Garantie habe abgeben können, dass der Kläger für Mitspieler, Gegner und sich selbst den abgeschlossenen Arbeitsvertrag risikolos erfüllen könne – hinzugekommen sei, dass aufgrund des Verhaltens von G. (Nicht-Aushändigen des Internationalen Freigabescheins) und mit Blick auf Art. 6 des FIFA-Reglements bezüglich Status und Transfer von Spielern nicht damit habe gerechnet werden können, dass der Kläger innert absehbarer Zeit für die Beklagten vom Schweizerischen Fussballverband qualifiziert würde.

4.6.2 Wenn die Beklagten vor Vorinstanz ausführten, dass «hinzu kam» resp. «all diese Umstände – ebenso der Umstand, dass eine Qualifikation in weite Ferne gerückt war –» resp. «festzuhalten gilt es zudem, dass die (definitive) Erteilung der Qualifikation des Klägers überdies in weite Ferne rückte», machten sie nicht geltend, dass die fehlende Qualifikation alleine ein wichtiger Kündigungsgrund gewesen sei. Die Auffassung der Vorinstanz, dass die fehlende Qualifikation einer von mehreren Gründen gewesen sei und die Beklagten ausschliesslich davon ausgehen würden, dass die Infektion des Klägers letztlich der Anlass zur fristlosen Entlassung gewesen sei, ist nicht zu beanstanden. Dass die fehlende Qualifikation für sich alleine ein weiterer wichtiger Kündigungsgrund gewesen sei, machen die Beklagten im Berufungsverfahren erstmals und damit verspätet geltend.

4.6.3 Im Übrigen kann hierzu folgendes angemerkt werden: Die Beklagten machen geltend, dass sie sich während langer Zeit bemüht hätten, die Qualifikation für den Spieler zu erhalten. Vor Vorinstanz führten sie aus, dass sie mit Schreiben vom 21. Mai 2002 ein Übertritts-/Qualifikationsgesuch für den Kläger gestellt hätten. Mit Schreiben vom 8. Juli 2002 hätte ihr Geschäftsführer G. ersucht, dafür besorgt zu sein, dass der Internationale Freigabeschein nun zügig an den Schweizerischen Fussballverband geschickt werde. Mit Schreiben vom 11. Juli 2002 – nach einem Schriftenwechsel hinsichtlich der HIV-Infektion des Klägers – habe sie G. informiert, dass sie – G. – nicht erlauben könne, dass der Internationale Freigabeschein in die Schweiz geschickt werde. Weitere Bemühungen im Zusammenhang mit der Qualifizierung des Klägers behaupteten die Beklagten vor Vorinstanz nicht. Dementsprechend kann keine Rede davon sein, dass sich die Beklagten während langer Zeit bemüht hätten, die Qualifikation für den Spieler zu erhalten. Sodann kündigten die Beklagten nicht sofort nach Erhalt des Faxschreibens von G. vom 11. Juli 2002, sondern erst am 23. Juli 2002, also 12 Tage später, so dass einerseits der Kündigungsgrund der in Ferne gerückten Qualifikation des Klägers als vorgeschoben erscheint. Andererseits legten die Beklagten nicht dar, warum sie

nicht bereits am 11. Juli 2002 sondern erst am 23. Juli 2002 sicher sein konnten, dass die Qualifikation des Klägers so schnell nicht möglich sein wird. Dass G. nicht bereit war, den Internationalen Freigabeschein dem Schweizerischen Fussballverband zuzustellen, erfuhren sie bereits am 11. Juli 2002 und weitere diesbezüglich nötige Abklärungen oder (erfolglose) Interventionen wurden nicht behauptet. Es wurde auch nicht dargetan, dass (und warum) alleine diesbezüglich Überlegungen hätten angestellt werden müssen, die mehrere Tage in Anspruch genommen hätten, so dass das Kündigungsrecht gestützt auf die nicht mögliche Qualifikation am 23. Juli 2002 verwirkt war. Es kann bezüglich der Dauer der Überlegungsfrist auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden. Schliesslich rechtfertigt die einstweilen noch fehlende definitive Qualifikation keine fristlose Vertragsauflösung, denn ein Spieler ist auch mit einer provisorischen Qualifikation spielberechtigt (Art. 7 Abs. 4 des Reglements bezüglich Status und Transfer von Spielern). Schliesslich legten die Beklagten nicht dar, warum sie aufgrund des Schreibens von G. vom 11. Juli 2002 damit rechnen mussten, dass der Kläger in absehbarere Zeit nicht qualifiziert würde. Gemäss Art. 6 Abs. 5 des Reglements bezüglich Status und Transfer von Spielern darf ein Internationaler Freigabeschein nur dann nicht ausgestellt werden, wenn eine Vertragsstreitigkeit entstanden ist, d.h. wenn der Vertrag nicht ausgelaufen ist und kein gegenseitiges Einverständnis über eine frühzeitige Vertragsauflösung besteht. Dass solches der Fall war, behaupteten die Beklagten nicht. Sodann war es nicht an G. sondern am Nationalverband von D., den Freigabeschein auszustellen (Art. 6 Abs. 1 des Reglements bezüglich Status und Transfer von Spielern). Schliesslich haben die Beklagten das Qualifikationsgesuch von sich aus zurückgezogen. Ein wichtiger Kündigungsgrund infolge in weite Ferne gerückter Qualifikation des Klägers ist deshalb zu verneinen.

(…)

Es wird erkannt: Die Beklagten 1 und 2 werden in solidarischer Haftbarkeit verpflichtet, dem Kläger Fr. 274 981.90 netto Schadenersatz sowie Fr. 40 000.– Entschädigung nach Art. 337c OR sowie Fr. 400.– Zahlungsbefehlskosten zu bezahlen.

Obergericht des Kantons Zürich, Urteil vom 26. August 2013 (Bestätigung des Urteils des Arbeitsgerichts am Bezirksgericht Uster vom 23. Mai 2012)

Übergang des Arbeitsverhältnisses, Art. 333 OR.
Die Anwendbarkeit von Art. 333 OR setzt keine rechtsgeschäftliche Beziehung zwischen dem alten und dem neuen Betriebsinhaber voraus. Für eine Betriebsnachfolge im Sinne dieser Bestimmung genügt die tatsächliche Weiterführung des Betriebes durch einen neuen Inha-

ber. Das Argument, die blosse Übernahme eines Mietvertrages stelle noch keine Betriebsübernahme im Sinne von Art. 333 OR dar, greift daher ins Leere. Der Übergang des Arbeitsverhältnisses kann nicht durch eine abweichende Vereinbarung zwischen Veräusserer und Erwerber verhindert werden (E. 2.4.1).
Aus Art. 333 Abs. 1 OR ergibt sich, dass das Arbeitsverhältnis mit allen Rechten und Pflichten auf den Erwerber übergeht, woraus folgt, dass auch der Übergang von Schadenersatzansprüchen aus dem Arbeitsverhältnis nicht durch Vereinbarung zwischen dem ursprünglichen Arbeitgeber und dem Erwerber des Betriebes ausgeschlossen werden kann. Sind die schädigenden Handlungen des Arbeitnehmers zu einem Zeitpunkt geschehen, als das Arbeitsverhältnis zum ursprünglichen Arbeitgeber noch bestanden hat, also noch vor der Betriebsübernahme, ist das Ausmass und die Höhe des Schadens aber erst nach der Betriebsübernahme bekannt geworden, ist der Anspruch auf Schadenersatz gleichwohl nicht erst nach Aufgabe der Geschäftstätigkeit des Veräusserers fällig geworden und damit etwa nicht auf den Erwerber übergegangen. Der Anspruch auf Schadenersatz wird mit der Pflichtverletzung fällig, nicht erst mit dem Schadenseintritt oder dem Zeitpunkt, in dem der Geschädigte vom Schaden Kenntnis erhält (E. 2.4.2, 2.5.1).

Sachverhalt:

Die Parteien standen seit dem 18. August 2011 vor Vorinstanz in einem Prozess betreffend eine Forderung aus einem Arbeitsverhältnis. Die «Betreibergesellschaft E.» führte das Bordell «F.» am E [Adresse] in Zürich. Die Beklagte, Berufungsbeklagte und Anschlussberufungsklägerin (fortan Beklagte) wurde von der genannten Betreibergesellschaft dort angestellt und war für die Zimmervermietung und die Buchhaltung im «F.» zuständig. Das Arbeitsverhältnis mit der Beklagten wurde durch die «Betreibergesellschaft E.» bzw. die «Betreibergesellschaft A./B.» per 9. November 2010 fristlos aufgelöst. Am 23. August 2011 (Poststempel 22. August 2011) wurde bei der Vorinstanz eine Klageschrift vom 18. August 2011, lautend auf «ehemalige Betreibergesellschaft E. vertreten durch A., einfacher Gesellschafter, Kläger 1, und B., einfacher Gesellschafter, Kläger 2, als aktive notwendige Streitgenossen», sowie eine Klagebewilligung vom 15. August 2011, welche auf A. als Kläger 1 und B. als Kläger 2 lautete, eingereicht. Sie verlangten von der Beklagten aus dem erwähnten Arbeitsverhältnis die Bezahlung von Fr. 16 165.– nebst 5% Zins seit 9. November 2010 zuzüglich Fr. 100.– Zahlungsbefehlskosten sowie die Ausgaben für Rechtsanwaltskosten und Gerichtskosten. Die Beklagte beantragte in ihrer Eingabe vom 21. November 2011 die Abweisung der Klage und eventualiter widerklageweise die Verpflichtung der Kläger 1 und 2 zur Bezahlung von Fr. 25 770.70 zuzüglich Zins von 5% seit

12. November 2010 sowie die Entrichtung von Sozialbeiträgen auf dem Betrag von Fr. 14 951.60. Zudem bestritt sie die Aktivlegitimation der Kläger 1 und 2. Die Vorinstanz erachtete es aufgrund dieser Vorbringen als notwendig, das Verfahren zunächst auf die Klärung der Frage der Aktivlegitimation zu beschränken. Den Klägern 1 und 2 wurde Frist angesetzt, um zur Aktivlegitimation Stellung zu nehmen, welcher Aufforderung sie mit Eingabe vom 16. Februar 2012 nachkamen. In der erwähnten Eingabe wurde beantragt, es sei das Rubrum dahingehend zu berichtigen, dass als Klägerin die Kollektivgesellschaft «Betreibergesellschaft A./B.», bestehend aus A. und B., aufzuführen sei. Die Beklagte beantragte mit Eingabe vom 16. März 2012 die Abweisung dieses Begehrens. Mit Verfügung und Urteil vom 23. Mai 2012 wurde die Parteibezeichnung im Rubrum berichtigt und die Klage abgewiesen. Gegen diesen Entscheid erhob die Klägerin, Berufungsklägerin und Anschlussberufungsbeklagte (fortan Klägerin) am 5. Juli 2012 rechtzeitig Berufung mit den eingangs erwähnten Anträgen. Mit Verfügung vom 29. November 2012 wurde der Beklagten Frist angesetzt, um die Berufung zu beantworten. Mit Einreichung der Berufungsantwort erhob die Beklagte am 15. Januar 2013 Anschlussberufung mit den eingangs erwähnten Anträgen. Der Klägerin wurde daraufhin mit Verfügung vom 18. Januar 2013 Frist angesetzt, um zu den Noven in der Berufungsantwort Stellung zu nehmen und die Anschlussberufung zu beantworten, welcher Aufforderung sie mit Eingabe vom 20. Februar 2013 innert Frist nachkam. Die Eingabe wurde der Beklagten am 26. Februar 2013 zur Kenntnisnahme zugestellt. Die Beklagte liess mit Eingabe vom 25. April 2013 sodann Noven einreichen, welche der Klägerin mit Verfügung vom 13. Mai 2013 unter Fristansetzung zur Stellungnahme zur Kenntnis gebracht wurden. Die Stellungnahme der Klägerin erging am 24. Mai 2013 und wurde der Beklagten wiederum zur Kenntnis gebracht. Mit Eingabe vom 7. Juni 2013 nahm die Beklagte unaufgefordert Stellung zur Eingabe der Klägerin vom 24. Mai 2013, welche Stellungnahme der Klägerin zur Kenntnisnahme zugestellt wurde. Das Verfahren erweist sich als spruchreif. Auf die Vorbringen der Parteien ist soweit einzugehen, als für die Rechtsfindung erforderlich.

Aus den Erwägungen:

2.

2.1 Die Vorinstanz hat die Aktivlegitimation der Klägerin mit der Begründung verneint, dass die «Betreibergesellschaft E.» und auch der Betrieb des «F.» per 1. November 2010 von der «Betreibergesellschaft G., H.» übernommen und weitergeführt worden sei. Die neuen Betreiber des Bordells hätten zwangsweise auch sämtliche Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsvertrag mit der Beklagten übernommen, welches Arbeitsverhältnis am 1. November 2010 noch fortgedauert habe. Damit seien insbesondere auch die Forderungen aus diesem Arbeitsverhältnis auf die «Betreiberge-

sellschaft G., H.» übergegangen, weshalb die Klägerin nicht aktivlegitimiert sei.

2.2 Die Klägerin führt dazu aus, es habe weder eine Betriebsübernahme im Sinne von Art. 333 OR noch eine Übertragung des Arbeitsverhältnisses der Beklagten oder gar eine Übertragung von Schadenersatzansprüchen auf die «Betreibergesellschaft G., H.» stattgefunden. Die blosse Übernahme eines Mietvertrages stelle noch keine Betriebsübernahme dar. Die Vorinstanz habe es ohne weitere Begründung als erstellt erachtet, dass die «Betreibergesellschaft G., H.» das Mietobjekt übernommen und das «F.» unverändert weitergeführt sowie auch die Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsvertrag übernommen hätte. Es habe indes dem ausdrücklichen Willen der Klägerin und der «Betreibergesellschaft G., H.» entsprochen, dass die Beklagte ausschliesslich für die Klägerin weiterarbeiten solle. Man sei sich einig gewesen, dass das Arbeitsverhältnis weiterhin zwischen der Klägerin und der Beklagten bestehe und sie ausschliesslich auf Abruf die Mietabrechnungen für die Klägerin beenden solle, bis diese das Geschäft aufgebe. Eine Betriebsübernahme habe nie stattgefunden, weshalb auch das Arbeitsverhältnis der Beklagten nicht gemäss Art. 333 OR auf die «Betreibergesellschaft G., H.» übergegangen sein könne. Einzige Arbeitgeberin der Beklagten sei von Beginn des Arbeitsverhältnisses an bis zu dessen Beendigung ausschliesslich die Klägerin gewesen und daher sei diese auch zur Geltendmachung der Schadenersatzansprüche aktivlegitimiert.

Für den Fall, dass doch von einer Betriebsübernahme im Sinne von Art. 333 OR auszugehen sei, seien die Schadenersatzansprüche aus dem Arbeitsverhältnis dennoch nicht auf die «Betreibergesellschaft G., H.» übergegangen. Der Schaden sei durch eine Vertragsverletzung der Beklagten entstanden und der Anspruch der Klägerin als Arbeitgeberin ergebe sich aus Art. 321e OR sowie Art. 97 OR. Die schädigenden Handlungen seien zu einem Zeitpunkt geschehen, in welchem das Arbeitsverhältnis zwischen der Beklagten und der Klägerin bestanden habe, somit vor der bestrittenen Betriebsübernahme durch die «Betreibergesellschaft G., H.» am 1. November 2010. Das Ausmass und die Höhe des Schadens sei der Klägerin indes erst nach der Betriebsübernahme bekannt geworden, worauf der Beklagten am 9. November 2010 fristlos gekündigt worden sei. Die Schadenersatzforderungen seien erst nach der Aufgabe der Geschäftstätigkeit der Klägerin fällig geworden. Der Schaden sei aber bei der Klägerin eingetreten. Im Zeitpunkt des Betriebsübergangs habe die Schadensposition noch gar nicht abschliessend festgestanden, weshalb sie auch nicht automatisch gemäss Art. 333 OR auf die neue «Betreibergesellschaft G., H.» habe übergehen können. Auch habe eine allfällige Übernahme dieser Forderung nicht im Übernahmevertrag berücksichtigt werden können, da weder das Ausmass noch die Höhe des Schadens zum damaligen Zeitpunkt bekannt gewesen sei. Wenn der Klägerin die Aktiv legitimation abgesprochen werde, führe dies zur unhaltbaren Situation, dass der entstandene

Schaden von der «Betreibergesellschaft G., H.» mangels eines bei dieser eingetretenen Schadens gegenüber der Beklagten nicht geltend gemacht werden könne. Es sei der ausdrückliche Parteiwille der Klägerin und der «Betreibergesellschaft G., H.» gewesen, dass sowohl das Arbeitsverhältnis wie auch alle sich daraus ergebenden Ansprüche ausschliesslich bei der Klägerin verbleiben sollten. Der Schluss der Vorinstanz, dass mit Übergang des Arbeitsverhältnisses auch die Forderungen nach Art. 97 OR auf die «Betreibergesellschaft G., H.» übergegangen seien, stelle eine unrichtige Rechtsanwendung dar. Die Vorinstanz verkenne, dass es vorliegend nicht um Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis gehe, sondern um Schadenersatzansprüche. Diese würden einen eigenen Anspruch darstellen und seien nicht unter «Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis» zu subsumieren. Schadenersatzansprüche des «alten» Arbeitgebers würden mit der Betriebsübernahme nicht automatisch auf den «neuen» Arbeitgeber übergehen, sondern müssten nach Art. 164 OR vom «alten» an den «neuen» Arbeitgeber abgetreten werden. Ein Schaden, dessen Ausmass erst nach dem Betriebsübergang festgestellt werden könne und der beim «alten» Arbeitgeber eingetreten sei, müsse daher explizit abgetreten werden. Dies gelte umso mehr, als das Arbeitsverhältnis mit der Beklagten sich nur aufgrund ihrer Schwangerschaft verlängert habe und eigentlich mit der Geschäftsaufgabe der Klägerin hätte enden sollen. Auch nach dem 1. November 2010 sei die Beklagte auf Abruf und ausschliesslich für die Klägerin tätig gewesen. Dass das Arbeitsverhältnis mit der Beklagten auch von der «Betreibergesellschaft G., H.» gekündigt wurde, sei einzig darauf zurückzuführen, dass diese habe sichergehen wollen, dass auch zu ihr kein Arbeitsverhältnis mehr bestehe. Da keine Abtretung von Ansprüchen stattgefunden habe, sei die Klägerin zur Geltendmachung der Forderung gegenüber der Beklagten aktivlegitimiert.

2.3 Die Beklagte verweist in ihrer Berufungsantwort vom 15. Januar 2013 zunächst auf die Ausführungen in der Eingabe vom 20. November 2011, in welcher sie dargelegt habe, weshalb die ursprünglichen Kläger, A. und B., nicht aktivlegitimiert seien: Das Arbeitsverhältnis habe ursprünglich zwischen der Beklagten und der «Betreibergesellschaft E.» bestanden. Deren Gesellschafter, die «D. GmbH», die Erbengemeinschaft I. sowie die beiden Kläger A. und B., hätten ihre Gesellschafteranteile schliesslich an G., J. und H. verkauft, welche am 3. Januar 2011 die Kollektivgesellschaft «Betreibergesellschaft G., H.» im Handelsregister hätten eintragen lassen. Selbst wenn nicht die Gesellschafteranteile übertragen worden wären, sondern die «Betreibergesellschaft E.» den Betrieb des Bordells «F.» auf die neu gegründete «Betreibergesellschaft G., H.» übertragen hätte, wäre das Arbeitsverhältnis der Beklagten gemäss Art. 333 OR mit allen Rechten und Pflichten von der «Betreibergesellschaft E.» auf die «Betreibergesellschaft G., H.» übergegangen – womit weder die «Betreibergesellschaft E.» noch die beiden Kläger persönlich irgendwelche Ansprüche aus dem zwischen der «Betreibergesellschaft G., H.» und der Beklagten bestehenden Arbeits-

verhältnis geltend machen könnten. Selbst wenn davon ausgegangen würde, dass das Arbeitsverhältnis zwischen der Beklagten und der «Betreibergesellschaft E.» fortbestanden hätte, hätte vorliegend die Kollektivgesellschaft als solche oder die Gesamtheit aller Gesellschafter und nicht lediglich die beiden Kläger klagen müssen.

Die Beklagte stimmt weiter den Ausführungen der Vorinstanz dahingehend zu, dass das Arbeitsverhältnis einzig zwischen der Beklagten und der «Betreibergesellschaft G., H.» bestanden habe, weshalb auch nur Letztere zur Geltendmachung allfälliger arbeitsrechtlicher Ansprüche gegenüber der Beklagten aktivlegitimiert sei. Die Vorinstanz habe das Fehlen der Aktivlegitimation der Klägerin aber nicht alleine auf eine Betriebsübertragung im Sinne von Art. 333 OR zurückgeführt, sondern auch erwogen, dass das Arbeitsverhältnis der Beklagten immer zur gleichen Personengesellschaft bestanden habe, deren Gesellschafter und Firma sich aber geändert hätten. Die ursprünglichen Gesellschafter, die D. GmbH, die Erbengemeinschaft I. und die beiden Kläger A. und B., hätten ihre Anteile an der «Betreibergesellschaft E.» auf G., J. und H. übertragen, welche die Firma der Gesellschaft geändert und sie als «Betreibergesellschaft G., H.» im Handelsregister hätten eintragen lassen. Den beiden Klägern fehle die Aktivlegitimation, weil sie aus der Gesellschaft ausgeschieden seien, mit der die Beklagte in einem Arbeitsverhältnis gestanden habe.

Die Beklagte bestreitet sodann die Behauptung der Klägerin, es habe dem ausdrücklichen Willen der Klägerin und der «Betreibergesellschaft G., H.» entsprochen, dass die Beklagte ausschliesslich für die Klägerin weiterarbeiten und sowohl das Arbeitsverhältnis als auch alle Ansprüche daraus bei der Klägerin verbleiben sollen, und bringt vor, diese Behauptung stelle überdies ein unzulässiges Novum dar, welches nicht zu hören sei. Verschiedene Tatsachen würden diese Behauptung sodann widerlegen. So sei der Beklagten am 25. Oktober 2010 von der «Betreibergesellschaft E.» mitgeteilt worden, dass die neuen Besitzer der Betreibergesellschaft bezüglich ihres künftigen Arbeitseinsatzes mit ihr in Kontakt treten würden, die fristlose Entlassung der Beklagten sei durch die «Betreibergesellschaft G., H.» erfolgt, die «Betreibergesellschaft G., H.» habe der Beklagten am 1. Dezember 2010 bestätigt, dass die «Betreibergesellschaft A./B.» mit dem gekündigten Arbeitsverhältnis nichts mehr zu tun habe, da sie von der «Betreibergesellschaft G., H.» übernommen worden und nicht mehr für die «Betreibergesellschaft A./B.» tätig sei, die Lohnabrechnung der Beklagten sei durch die «Betreibergesellschaft G., H.» erstellt worden und die «Betreibergesellschaft G., H.» habe der Beklagten vom Lohn für den November 2010 Abzüge gemacht. Die Behauptung der Klägerin, die Schadenersatzforderungen gegenüber der Beklagten seien erst nach Aufgabe der Geschäftstätigkeit der Klägerin fällig geworden, sei unrichtig. Die Fälligkeit wäre sogleich nach Entstehung der Forderung, also mit der – bestrittenen – Vertragsverletzung durch die Beklagte eingetreten, welche gemäss der Klägerin im September und Oktober 2010 stattgefunden haben solle. Es

wären daher auch die behaupteten – und bestrittenen – Schadenersatzforderungen der Klägerin gegenüber der Beklagten mit der Betriebsübernahme am 1. November 2010 auf die «Betreibergesellschaft G., H.» übergegangen.

2.4

2.4.1 Typisch für eine Betriebsübernahme im Sinne von Art. 333 OR ist, dass der Arbeitgeber den Betrieb oder einen Betriebsteil auf einen Dritten überträgt. Unter Betrieb ist dabei eine auf Dauer gerichtete, in sich geschlossene organisatorische Leistungseinheit zu verstehen, die selbständig am Wirtschaftsleben teilnimmt (BSK-OR I, PORTMANN, N 3 zu Art. 333 mit Verweis auf BGE 129 III 336). Das ursprünglich von der «Betreibergesellschaft E.» geführte Bordell «F.» wird von der «Betreibergesellschaft G., H.» weitergeführt. Voraussetzung für die Anwendbarkeit von Art. 333 OR ist, dass der zu übertragende Betrieb seine Identität, d.h. seine Organisation und seinen Zweck bewahrt (BSK-OR I, a.a.O., N 5 zu Art. 333). Soweit es sich aus den Akten ergibt, wird das «F.» von der «Betreibergesellschaft G., H.» unverändert und mit demselben Zweck wie bisher weitergeführt. Die Klägerin moniert, die Vorinstanz habe ohne weitere Begründung angenommen, der Betrieb werde unverändert weitergeführt, unterlässt es aber ihrerseits, diese Annahme schlüssig zu widerlegen. Die Klägerin behauptet weiter, es habe kein Betriebsübergang im Sinne von Art. 333 OR stattgefunden und wirft der Vorinstanz vor, auch dies ohne weitere Begründung als erstellt erachtet zu haben. Die Klägerin vermag im Folgenden aber nicht zu belegen, dass dem nicht so gewesen sei, sondern behauptet lediglich, die blosse Übernahme eines Mietvertrages stelle noch keine Betriebsübernahme dar. Die Anwendbarkeit von Art. 333 OR setzt nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung keine rechtsgeschäftliche Beziehung zwischen dem alten und dem neuen Betriebsinhaber voraus. Für eine Betriebsnachfolge im Sinne dieser Bestimmung genügt die tatsächliche Weiterführung des Betriebes durch einen neuen Inhaber (BSK-OR I, a.a.O., N 7 zu Art. 333 mit Verweis auf BGE 123 III 466). Das Vorbringen der Klägerin, die blosse Übernahme eines Mietvertrages stelle noch keine Betriebsübernahme im Sinne von Art. 333 OR dar, greift daher ins Leere. Das im Zeitpunkt des Betriebsüberganges bestehende Arbeitsverhältnis geht gemäss Art. 333 Abs. 1 OR sodann mit allen Rechten und Pflichten auf den Erwerber über, sofern der Arbeitnehmer den Übergang nicht ablehnt. Der Erwerber unterliegt dabei einem Übernahmezwang und kann sich aus dem Arbeitsverhältnis nur durch Kündigung lösen; der Übergang des Arbeitsverhältnisses kann nicht durch eine abweichende Vereinbarung zwischen Veräusserer und Erwerber verhindert werden (BSK-OR I, a.a.O., N 13 zu Art. 333). Von Seiten der Beklagten wurde ein Übergang des Arbeitsverhältnisses auf die «Betreibergesellschaft G., H.» nie abgelehnt. Das im Zeitpunkt der Betriebsübernahme am 1. November 2010 aufgrund ihrer Schwangerschaft verlängerte und daher unbestrittenermassen noch bestehende Arbeitsverhältnis zur Beklagten ist damit von der «Betreibergesell-

schaft A./B.» respektive der «Betreibergesellschaft E.» als Arbeitgeberin auf die «Betreibergesellschaft G, H.» übergegangen. Der behauptete «ausdrückliche Wille» der Klägerin und der «Betreibergesellschaft G., H.», dass das Arbeitsverhältnis zur Beklagten bei der Klägerin verbleiben und die Beklagte weiterhin ausschliesslich für die Klägerin arbeiten sollte, spielt für die Frage des Überganges dieses Arbeitsverhältnisses auf die «Betreibergesellschaft G., H.» aus den erwähnten Gründen keine Rolle. Zudem werden gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO neue Tatsachen und Beweismittel im Berufungsverfahren nur berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten. Die Klägerin hat im vorinstanzlichen Verfahren nicht vorgebracht, es sei der «ausdrückliche Wille» der Klägerin und der «Betreibergesellschaft G., H.» gewesen, dass die Beklagte ausschliesslich für die Klägerin weiterarbeiten sollte, obwohl dies ohne Weiteres schon damals möglich und zumutbar gewesen wäre, weshalb dieses Vorbringen im Berufungsverfahren auch unter dem Aspekt des Novenrechts unbeachtlich ist.

2.4.2 Aus dem Wortlaut von Art. 333 Abs. 1 OR ergibt sich schliesslich, dass das Arbeitsverhältnis mit allen Rechten und Pflichten auf den neuen Erwerber übergeht. Daraus folgt, dass auch der Übergang von Schadenersatzansprüchen – aus dem Arbeitsverhältnis – nicht durch Vereinbarung zwischen dem ursprünglichen Arbeitgeber und dem neuen Erwerber des Betriebes ausgeschlossen werden kann. Die von der Klägerin eingereichte «Bestätigung und Zessionserklärung» vom 29. Juni 2012 ist daher in Bezug auf den Übergang der Schadenersatzansprüche unbeachtlich. Überdies wurde sie erst im Berufungsverfahren eingereicht. Wie bereits erwähnt, werden gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO neue Tatsachen und Beweismittel im Berufungsverfahren nur berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten. Die genannte Bestätigung der «Betreibergesellschaft G., H.» wurde zwar erst nach dem erstinstanzlichen Entscheid vom 23. Mai 2012 erstellt, aber offensichtlich im Hinblick auf das vorliegende Verfahren. Eine Bestätigung mit dem erwähnten Inhalt abzugeben wäre der «Betreibergesellschaft G., H.» als Erwerberin des Betriebes indes schon bei der Übernahme am 1. November 2010 oder zumindest im Laufe des vorinstanzlichen Verfahrens möglich gewesen und diese hätte so bereits in das vorinstanzliche Verfahren eingebracht werden können, weshalb sie auch aus diesem Grund unbeachtlich ist.

2.5

2.5.1 Für den Fall, dass von einer Betriebsübernahme im Sinne von Art. 333 OR auszugehen sei, macht die Klägerin zunächst geltend, der Anspruch auf Schadenersatz der Klägerin sei dennoch nicht auf die «Betreibergesellschaft G., H.» übergegangen. Grund dafür sei, dass die schädigenden Handlungen der Beklagten zu einem Zeitpunkt geschehen seien, in welchem das Arbeitsverhältnis zur Klägerin bestanden habe, also noch vor

der Betriebsübernahme. Da das Ausmass und die Höhe des Schadens aber erst nach der Betriebsübernahme bekannt geworden sei, sei der Anspruch auf Schadenersatz erst nach Aufgabe der Geschäftstätigkeit der Klägerin fällig geworden und daher nicht auf die «Betreibergesellschaft G., H.» übergegangen. Der Anspruch auf Schadenersatz wird entgegen der Ansicht der Klägerin nach der Praxis des Bundesgerichts jedoch mit der Pflichtverletzung fällig, nicht erst mit dem Schadenseintritt (BGE 137 III 16) oder dem Zeitpunkt, in dem der Geschädigte vom Schaden Kenntnis erhält (BGE 126 III 278 E. 7.b.). Aus diesem Vorbringen kann die Klägerin daher nichts zu ihren Gunsten ableiten. Allfällige Ansprüche der Klägerin gegenüber der Beklagten wären somit schon vor Beendigung der Geschäftstätigkeit der Klägerin und bei der Betriebsübernahme durch die «Betreibergesellschaft G., H.» fällig gewesen und daher auch auf diese übergegangen.

2.5.2 Im Folgenden bringt die Klägerin vor, Schadenersatzansprüche gehörten nicht zu den Rechten und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis und würden daher nicht automatisch mit der Betriebsübernahme im Sinne von Art. 333 OR auf den Erwerber eines Betriebes übergehen. Sie müssten vielmehr nach Art. 164 OR vom alten an den neuen Arbeitgeber abgetreten werden. Eine solche Abtretung habe indes nie stattgefunden. Für den Fall, dass dennoch ein solcher automatischer Übergang stattgefunden haben sollte, macht die Klägerin schliesslich geltend, die auf die «Betreibergesellschaft G., H.» übergegangenen Schadenersatzansprüche gegenüber der Beklagten seien vollumfänglich wieder an die Klägerin zurück zediert worden. Sie beruft sich dabei wiederum auf die bereits erwähnte «Bestätigung und Zessionserklärung» vom 29. Juni 2012. Damit wird aber höchstens bestätigt, dass auch die Klägerin davon ausgeht, dass ein automatischer Übergang aller Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis auch eine allfällige Schadenersatzforderung gegenüber der Beklagten umfasste und daher ihre Aktivlegitimation für das vorliegende Verfahren nicht gegeben ist. Soweit sie schliesslich den Einwand der in Bezug auf die vorliegende Klage fehlenden Aktivlegitimation mit einer Zession beantwortet, die sie von der aufgrund des Übergangs eines möglichen Schadenersatzanspruchs gegenüber der Beklagten allenfalls berechtigten «Betreibergesellschaft G., H.» schon früher hätte erbitten können, ist sie damit im Berufungsverfahren ohnehin verspätet.

2.6 Zu erwähnen ist im Weiteren, dass die der Beklagten am 9. November 2010 zugegangene fristlose Kündigung zwar von der Klägerin, aber auch von der «Betreibergesellschaft G., H.» ausgesprochen wurde. Im Vorfeld der Kündigung wurde der Beklagten mit Schreiben vom 25. Oktober 2010 sodann mitgeteilt, dass die neuen Besitzer der Betreibergesellschaft auf sie zukommen und sie über ihre künftigen Arbeitseinsätze informieren würden. Dies legt den Schluss nahe, dass die Beteiligten – zu welchen unbestrittenermassen auch die Klägerin gehört – davon ausgingen, dass die «Betreibergesellschaft G., H.» ab 1. November 2010 als neue Ar-

beitgeberin der Beklagten zu betrachten war. Die anderslautenden Behauptungen der Klägerin im Berufungsverfahren greifen daher ins Leere.

2.7 Aus dem Gesagten ergibt sich somit, dass die Berufung der Klägerin abzuweisen ist.

Obergericht des Kantons Zürich, Urteil vom 30. September 2013 (Bestätigung des Urteils des Arbeitsgerichts Zürich vom 12. Februar 2013)

Die fristlose Kündigung durch Arbeitnehmer gemäss Art. 337 OR setzt kein Verschulden des Arbeitgebers voraus. Die Finanzierung der Löhne gehört zur Risikosphäre des Arbeitgebers, weshalb es unbeachtlich ist, ob die Löhne aus Unwillen oder aufgrund eines finanziellen Engpasses zufolge einer Umstrukturierung ausbleiben. Infolge der gerechtfertigten fristlosen Kündigung hat der Arbeitnehmer Anspruch auf Schadenersatz im Umfang des Lohnes, den er verdient hätte, wenn das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der vertraglich vereinbarten Kündigungsfrist aufgelöst worden wäre (E. 3.2.b, 4.2).

Sachverhalt:

Der bei der Klägerin und Berufungsbeklagten (fortan Klägerin) versicherte D. stand seit dem 1. November 2006 als Assistent der Geschäftsleitung (resp. ab 1. Oktober 2008 als Assistent des CEO) in einem Arbeitsverhältnis zu der Beklagten und Berufungsklägerin (fortan Beklagte). Zuletzt wurde die Tätigkeit von D. mit einem monatlichen Bruttogehalt von Fr. 9200.– zuzüglich 13. Monatslohn und Pauschalspesen von Fr. 300.– pro Monat entschädigt. Mit Schreiben vom 4. Januar 2011 kündigte D. das Arbeitsverhältnis wegen ausstehender Lohnzahlung fristlos. In einem ersten Verfahren forderte D. vor dem Arbeitsgericht Zürich den Lohn für die Zeitspanne vom 1. bis 5. Januar 2011 sowie ausstehende Ferien- und Überzeitentschädigung. Dieses Verfahren wurde vom Arbeitsgericht Zürich (fortan Vorinstanz) mit Urteil vom 29. August 2011 erledigt. Mit Subrogationsanzeige vom 18. November 2011 zeigte die Klägerin der Beklagten an, dass der Lohnanspruch von D. für die Kündigungsfrist im Umfang der geleisteten Arbeitslosenentschädigung im Sinne von Art. 29 Abs. 2 AVIG auf die Klägerin übergegangen sei, und forderte die Beklagte zur Zahlung des entsprechenden Betrags von Fr. 48 923.95 auf. Dieser Betrag wurde am 12. Dezember 2011 mit einer zehntägigen Zahlungsfrist gemahnt und am 13. Januar 2012 betrieben.

Mit Eingabe vom 19. Juli 2012 gelangte die Klägerin an die Vorinstanz und machte eine Klage auf Zahlung von Fr. 48 923.95 für ausgerichtete Arbeitslosenentschädigung nach Art. 29 AVIG für den Versicherten D. für die Zeit vom 6. Januar bis 31. Juli 2011 anhängig. Nach Durchführung eines einfachen Schriftenwechsels sowie der Hauptverhandlung hiess

die Vorinstanz die Klage mit Urteil vom 12. Februar 2013 gut. Hiergegen erhob die Beklagte Berufung.

Aus den Erwägungen:

2.

2.1 D. hat das Arbeitsverhältnis mit der Beklagten fristlos aufgelöst, da Letztere ihrer Lohnzahlungspflicht nicht nachgekommen sei. Gemäss unbestrittenem Sachverhalt waren bereits die Löhne für die Monate März, Juli und August 2010 verspätet – und was den März- und Augustlohn anbelangt, erst nach Abmahnung – bezahlt worden. Der Lohn für den Monat November 2010 war gänzlich ausgeblieben, weshalb D. mit E-Mail vom 2. Dezember 2010 mit der Niederlegung seiner Arbeit ab dem 7. Dezember 2010 drohte, falls der Novemberlohn nicht bis 6. Dezember 2010 in voller Höhe auf sein Konto überwiesen werde. Nachdem der Novemberlohn bis am 6. Dezember 2010 nicht ausbezahlt worden war, stellte D. seine Arbeit androhungsgemäss ein. Mit E-Mail vom 10. Dezember 2010 brachte er seinen grundsätzlichen Arbeitswillen zum Ausdruck und bat um Mitteilung des voraussichtlichen Termins der Lohnüberweisung. Mit Einschreiben vom 22. Dezember 2010 mahnte D. die Beklagte schliesslich zum wiederholten Mal für das Novembersalär, wies auf die baldige Fälligkeit des Dezember- und 13. Monatslohns hin und setzte ihr Frist an zur Zahlung (oder Sicherstellung) des ausstehenden Gehalts bis am 31. Dezember 2010 unter Androhung der fristlosen Kündigung des Arbeitsverhältnisses im Unterlassungsfall. Die Beklagte zahlte daraufhin zwar den Dezember- und 13. Monatslohn fristgerecht aus, aber blieb mit Bezug auf das Novembersalär weiterhin säumig. Sie teilte D. mit Schreiben vom 31. Dezember 2010 hinsichtlich des Novemberlohns mit, dass man eine Verhandlung, zu der die Parteien im Rahmen eines Betreibungsverfahrens – welches D. im Zusammenhang mit dem ausstehenden Novemberlohn eingeleitet hatte – vorgeladen worden waren, abwarten müsse.

2.2 Die Vorinstanz wertete das Verhalten der Beklagten gegenüber dem Arbeitnehmer D. als schwerwiegende Verletzung der Lohnzahlungspflicht. Es sei am 4. Januar 2011 festgestanden, dass sich die Beklagte trotz Mahnung, Aussetzen der Arbeitsleistung und Androhung der fristlosen Kündigung weiterhin weigern würde, ihrer Lohnzahlungspflicht betreffend Novembersalär nachzukommen. Die fristlose Kündigung von D. sei daher gerechtfertigt, zumal keine mildere Massnahme ersichtlich gewesen sei, nachdem er bereits seine Arbeitsleistung eingestellt und die fristlose Kündigung angedroht und sogar ein Betreibungs- und Gerichtsverfahren eingeleitet habe. Entgegen der Darstellung der Beklagten vermöge der Umstand, dass D. allenfalls eine höhere Stellung innerhalb des Unternehmens innegehabt habe, die Verletzung der Lohnzahlungspflicht nicht zu entschärfen, da auch höhere Angestellte eine Verletzung dieser vertraglichen Pflicht im erfolgten Ausmass nicht dulden müssten. Ohnehin sei indes bereits im ers-

ten Verfahren zwischen der Beklagten und D. rechtskräftig festgestellt worden, dass D. im Betrieb der Beklagten kein höherer leitender Angestellter im Sinne von Art. 3 lit. d ArG gewesen sei.

2.3 Die Beklagte bestreitet auch im Berufungsverfahren den tatsächlichen Ablauf der Geschehnisse (Säumnis betreffend Novemberlohn, Mahnung, Aussetzen der Arbeit, Fristansetzung mit Androhung der fristlosen Kündigung, etc.) nicht. Sie kritisiert vielmehr, dass die Vorinstanz nicht sämtliche beklagtischen Argumente berücksichtigt oder angemessen gewürdigt habe. Zunächst sei darauf hinzuweisen, dass es sich bei den verspäteten Lohnzahlungen für die Monate März und Juli lediglich um kurze Verzögerungen gehandelt habe, welche überdies in Abstimmung und in Gutheissung mit D. erfolgt seien. Die verspäteten Lohnzahlungen seien sodann nicht auf den Unwillen der Beklagten zurückzuführen, sondern seien Folge einer Umstrukturierung gewesen, an welcher D. als leitender Mitarbeiter einen wesentlichen Beitrag zu leisten gehabt hätte. D. hätte als Angestellter in hoher organisatorischer und leitender Stellung eine gewisse Kulanz in der Bezahlung der Saläre darlegen müssen, insbesondere da er einen aktiven Beitrag an der Eintreibung der Gelder gehabt habe. Es sei sozusagen D. oblegen, wann welche Gelder eingetrieben worden seien, weshalb er schwindende Geldflüsse frühzeitig hätte erkennen und bereits im Frühjahr 2010 hätte kündigen können. Vielmehr habe D. seine fristlose Kündigung provozieren wollen und habe im Wissen um die Auslandsabwesenheit des CEO am 2. Dezember 2010 ein Schreiben verfasst, bei welchem er aufgrund der Distanz und Zeitverschiebung unmöglich mit einer Reaktion habe rechnen können. D. habe in der Folge in schädigender und hintertriebener Weise seine eigene fristlose Kündigung geplant und provoziert, in dem er just an dem Tag, an welchem der CEO von seiner Nordamerika-Reise zurückgekehrt sei, das Betreibungsbegehren abgeschickt habe, ohne jegliche Nachsicht, Kulanz und Möglichkeiten zur Korrektur der nicht erfolgten Lohnüberweisung. Als Assistent des CEO, dessen verantwortungsvolle Arbeit mit einem hohen Salär honoriert werde, hätte D. aber eine gewisse Absorptionsfähigkeit von Ungereimtheiten an den Tag legen müssen. Schliesslich habe die Beklagte das Dezembersalär inkl. 13. Monatslohn vertragskonform bezahlt und damit bewiesen, dass sie über die ungerechtfertigten Handlungen ihres Mitarbeiters (gemeint ist die Einleitung der Betreibung) hinwegsehen könne. Mit Bezug auf das Novembersalär sei die Beklagte aufgrund der Betreibungseinleitung aber zunächst erstarrt und habe die Entwicklung des Verfahrens abwarten wollen.

3.

3.1 Was die allgemeinen Ausführung zu den Voraussetzungen einer fristlosen Kündigung durch den Arbeitnehmer anbelangt, kann auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden.

3.2 Die beklagtischen Vorbringen sind allesamt nicht zielführend.

a) Der Einwand, die verspätete Lohnzahlung für März 2010 seien lediglich mit kurzer Verzögerung und im Einverständnis von D. erfolgt, ist

hinsichtlich des Einverständnisses neu bzw. verspätet und überdies aktenwidrig. D. hat den ausstehenden Lohn des Monats März mit E-Mail vom 12. April 2010 gemahnt, weshalb nicht von einem Einverständnis seinerseits ausgegangen werden kann. Das Gleiche gilt für den Augustlohn 2010. Für das vorliegende Verfahren ist indes in erster Linie das Ausbleiben des Novembersalärs von Bedeutung. In diesem Zusammenhang macht die Beklagte keine Einwilligung von D. geltend.

b) Die Tatsache, dass die verspäteten Lohnzahlungen nicht auf den Unwillen der Beklagten zurückzuführen seien, mag zutreffen, ist aber in rechtlicher Hinsicht irrelevant. Art. 337 OR setzt kein Verschulden voraus (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag – Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, Art. 337 N 6). Die Finanzierung der Löhne gehört zur Risikosphäre des Arbeitgebers, weshalb es unbeachtlich ist, ob die Löhne aus Unwillen oder aufgrund eines finanziellen Engpasses zufolge einer Umstrukturierung ausbleiben. Fakt ist, dass die Beklagte mit der Säumnis hinsichtlich des Novembersalärs ihre Lohnzahlungspflicht verletzt hat.

c) Was den Einwand anbelangt, D. habe als höherer Angestellter eine gewisse Kulanz bei der Zahlung des Lohnes an den Tag zu legen, ist der Vorinstanz zuzustimmen, dass selbst höhere Angestellte eine Verletzung der vertraglichen Lohnzahlungspflicht nicht dulden müssen. Es ist nicht ersichtlich, inwiefern der «hohe» Lohn von D. etwas an seinem Anspruch auf fristgerechte Auszahlung desselbigen ändern sollte. Die Lohnzahlungspflicht ist die primäre Vertragspflicht des Arbeitgebers und gilt in ihrer absoluten Form gegenüber sämtlichen Mitarbeitern, weshalb auch von Mitarbeitern in einer höheren Stellung diesbezüglich keine Kulanz erwartet werden darf. Ferner ist mit der Vorinstanz festzuhalten, dass in Übereinstimmung mit den Erwägungen des Arbeitsgerichts Zürich im Urteil vom 29. August 2011 nicht davon auszugehen ist, dass D. im Betrieb der Beklagten als Assistent des CEO ein höherer leitender Angestellter gewesen ist.

Sofern die Beklagte geltend machen will, dass D. aufgrund seines Einblickes in die Zahlungsflüsse der Beklagten und der massgeblichen Mitwirkung an der Eintreibung der Gelder die Zahlungsschwierigkeiten der Beklagten mitverschuldet habe, ist sie mit diesem Vorbringen aufgrund des beschränkten Novenrechts nicht zu hören. Es ist nicht ersichtlich, weshalb es der Beklagten nicht zumutbar gewesen sein sollte, diesen Vorwurf bereits vor Vorinstanz zu erheben. Überdies würde auch die Berücksichtigung des neuen Vorbringens nichts daran ändern, dass die Beklagte lohnzahlungspflichtig ist und Zahlungsschwierigkeiten wohl kaum einem Assistenten des CEO angelastet werden können.

Inwiefern D. seine fristlose Kündigung provoziert haben soll, indem er seine Kenntnis über die Auslandreise des CEO ausgenutzt und die Mahnung sowie die Betreibungseinleitung mit Bezug auf das Novembersalär so terminiert habe, dass eine angemessene Reaktion des CEO unmöglich gewesen sei, erschliesst sich nicht. Die Beklagte ist als Arbeitgeberin verpflichtet, den Lohn termingerecht am Ende des Monats auszubezahlen –

unabhängig einer allfälligen Auslandsabwesenheit ihrer Organe. Die Reaktion von D., die ausstehende Lohnzahlung abzumahnen und das Salär auf dem Betreibungsweg einzufordern, ist in rechtlicher Hinsicht nicht zu beanstanden, und dass dabei keine Rücksicht auf Auslandaufenthalte der Organe der Beklagte genommen wurde, ist überdies nachvollziehbar.

(…)

3.3 Zusammenfassend kann vor dem Hintergrund der gemachten Ausführungen festgehalten werden, dass die Beklagte sich mit der Auszahlung des Novemberlohnes am 4. Januar 2011 seit mehr als einem Monat in Verzug befunden hat und damit ihre Lohnzahlungspflicht in schwerwiegender Weise verletzt hat. Nachdem D. von sämtlichen milderen Massnahmen (Arbeitsniederlegung, Einleitung eines Betreibungsverfahrens, Fristansetzung unter Androhung der fristlosen Kündigung) bereits ohne Erfolg Gebrauch gemacht hatte, war die fristlose Kündigung am 4. Januar 2011 gerechtfertigt, da ihm eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unter den gegebenen Umständen nicht mehr zumutbar war.

4.

4.1 Was die allgemeinen Ausführungen zu den Folgen einer rechtmässigen fristlosen Kündigung anbelangt, kann auf die ausführlichen und zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden.

4.2 Die Vorinstanz ging davon aus, dass D. infolge der gerechtfertigten fristlosen Kündigung einen Anspruch auf Schadenersatz im Umfang des Lohnes, welchen er verdient hätte, wenn das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der vertraglich vereinbarten sechs monatigen Kündigungsfrist aufgelöst worden wäre, zustehe. Dies entspricht Fr. 66 313.80 (Lohn vom 6. Januar bis 31. Juli 2011). Die Klägerin habe D. für die Zeit vom 6. Januar 2011 bis 31. Juli 2011 nachweislich Fr. 48 923.95 netto an Arbeitslosenentschädigung ausbezahlt, weshalb der Anspruch von D. in diesem Umfang von Gesetzes wegen bzw. durch Legalzession auf die Klägerin übergegangen sei. Vor diesem Hintergrund hat die Vorinstanz der Klägerin antragsgemäss Fr. 48 923.95 zugesprochen und den Rechtsvorschlag in der Betreibung Nr. … aufgehoben. Den Anspruch auf 5% Verzugszins erachtete die Vorinstanz erst ab Ablauf der von der Klägerin angesetzten Zahlungsfrist im Mahnschreiben vom 12. Dezember 2011 als begründet. All dies macht die Beklagte nicht zum Thema ihrer Berufung, weshalb es dabei sein Bewenden hat.

5.

Die Berufung der Beklagten erweist sich gesamthaft als unbegründet, weshalb sie abzuweisen ist. Die Beklagte ist daher in Bestätigung des erstinstanzlichen Entscheides zu verpflichten, der Klägerin Fr. 48 923.95 netto zuzüglich 5% Zins seit 27. Dezember 2011 zu bezahlen. Der Rechtsvorschlag in der Betreibung Nr. … ist in diesem Umfang aufzuheben.

Arbeitsgericht Zürich, Urteil vom 12. März 2013, in: Entscheide des Arbeitsgerichts Zürich 2013 Nr. 22

Folgen des Ausbleibens an der Hauptverhandlung im vereinfachten Verfahren. Bei Säumnis einer Partei berücksichtigt das Gericht die Eingaben, die nach Massgabe des Gesetzes eingereicht wurden (Art. 234 Abs. 1 ZPO). Erscheint demnach die Beklagte nicht zur Hauptverhandlung, wird der Prozess ohne Beweisverfahren spruchreif, da es an Bestreitungen mangelt. Im Berufungsverfahren können neue Tatsachen nur noch berücksichtigt werden, wenn diese ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Vorliegend hätte die Beklagte die neuen Behauptungen schon vor erster Instanz vorbringen können.

Sachverhalt:

Der nachfolgende Entscheid zeigt auf, welche weitreichenden Folgen das unentschuldigte Fernbleiben an der Hauptverhandlung haben kann.

Aus den Erwägungen:

Da sich der Streitwert der vorliegenden Klage unter Fr. 30 000.– befindet, war der vorliegende Prozess im vereinfachten Verfahren durchzuführen (Art. 243 ZPO). Gemäss Art. 219 ZPO gelten die Bestimmungen des ordentlichen Verfahrens für sämtliche anderen Verfahren, soweit das Gesetz nichts anderes bestimmt. Da die Bestimmungen zum vereinfachten Verfahren (Art. 243 ff. ZPO) keine Angaben zu den Folgen der Säumnis einer Partei an der Hauptverhandlung machen, sind sinngemäss die Bestimmungen über das ordentliche Verfahren anwendbar.

Demnach berücksichtigt das Gericht bei Säumnis einer Partei an der Hauptverhandlung die Eingaben, die nach Massgabe des Gesetzes eingereicht worden sind. Im Übrigen kann es seinem Entscheid unter Vorbehalt von Art. 153 ZPO die Akten sowie die Vorbringen der anwesenden Partei zu Grunde legen (Art. 234 ZPO).

Sind die Parteien gehörig zur Hauptverhandlung vorgeladen worden, treten die Säumnisfolgen sofort ein. Eine zweite Vorladung zu einem neuen Verhandlungstermin erfolgt – unter dem Vorbehalt der Wiederherstellung nach Art. 148 ZPO – nicht. Auf die in Art. 234 ZPO vorgesehenen Folgen des Ausbleibens ist des Weiteren von Amtes wegen zu erkennen (ERIC PAHUD, Dike-Komm-ZPO, N 1 zu Art. 234 ZPO).

Erscheint die Beklagte demnach nicht zur Hauptverhandlung, wird der Prozess (nach Vornahme allfälliger Klarstellungen und Ergänzungen durch die Klägerin) ohne Beweisverfahren spruchreif, da es an Bestreitungen mangelt. Das Gericht entscheidet aufgrund der Klageschrift, der Vorbringen der

Klägerin an der Hauptverhandlung sowie der von dieser eingereichten Unterlagen (ERIC PAHUD, Dike-Komm-ZPO, N 7 zu Art. 234 ZPO).

Am 22. Januar 2013 wurden die Parteien zur Hauptverhandlung vom 12. März 2013 vorgeladen. Der Empfang der Vorladung wurde von der Beklagten am 24. Januar 2013 bestätigt. Die Beklagte ist demnach gehörig zur Hauptverhandlung vom 12. März 2013 vorgeladen worden. Mit der Vorladung wurde die Beklagte zudem auf die Säumnisfolgen aufmerksam gemacht.

Die Beklagte ist an der Hauptverhandlung vom 12. März 2013 unentschuldigt nicht erschienen. Ein Fristwiederherstellungsgesuch im Sinne von Art. 148 ZPO wurde nicht gestellt. Die Säumnisfolgen treten daher sofort ein, weshalb das Gericht sich androhungsgemäss auf die Akten und Vorbringen der Klägerin stützt.

Die Klage wurde in der Folge gutgeheissen. Die Beklagte verlangte eine Begründung des Entscheids und erhob gegen diesen Berufung. Das Obergericht äusserte sich zu den neuen Behauptungen der Beklagten wie folgt:

Aus dem Entscheid des Obergerichts:

Bei den Vorbringen der Beklagten handelt es sich um neue Behauptungen. Im Berufungsverfahren können neue Tatsachen nur noch berücksichtigt werden, wenn diese ohne Verzug vorgebracht wurden und wenn sie trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Auch in den Verfahren, die der Untersuchungsmaxime unterstehen, ist Art. 317 Abs. 1 ZPO zu beachten (BGE 138 III 626 f. E. 2.2). Die neuen Behauptungen der Beklagten hätten schon vor erster Instanz anlässlich der Hauptverhandlung vom 12. März 2013 vorgebracht werden können. Die erstmals im Berufungsverfahren vorgebrachten Ausführungen der Beklagten erweisen sich daher als verspätet und sind nicht mehr zu berücksichtigen.

Die Beklagte verlangt, das Gericht habe der Klägerin Frist zur schriftlichen Berufungsantwort anzusetzen. Im Lichte der vorstehenden Erwägungen erweist sich die Berufung als offensichtlich unbegründet, weshalb auf das Einholen einer Berufungsantwort der Klägerin zu verzichten ist.

Die Berufung ist abzuweisen und das Urteil der Vorinstanz vom 12. März 2013 zu bestätigen.

Arbeitsgericht Zürich, Urteil vom 23. Juli 2013, in: Entscheide des Arbeitsgerichts Zürich 2013 Nr. 16

DSG; Einsicht in die Personalakten nach Entlassung. Gestützt auf Art. 328b OR i.V.m. Art. 8 Abs. 2 lit. a DSG ist dem Arbeitnehmer grundsätzlich ohne Nachweis eines Interesses Einsicht in alle über ihn

vom Arbeitgeber (Inhaber der Datensammlung) gesammelten Daten zu gewähren. Der Arbeitgeber kann die Einsicht verweigern, wenn es wegen überwiegender Interessen Dritter erforderlich ist (Art. 9 Abs. 1 lit. b DSG). Ersucht ein Arbeitnehmer um Einsicht in Akten mit Daten, die sowohl ihn als auch Dritte betreffen, sind die Drittdaten nach Möglichkeit abzudecken oder zu anonymisieren.

Sachverhalt:

Der Kläger war in leitender Stellung bei einem Finanzinstitut tätig. Auf Reklamation eines Kunden hin leitete die Beklagte eine interne Untersuchung ein, welche mit der fristlosen Entlassung des Klägers am 5. November 2012 endete. Mit seiner Klage verlangte der Kläger Einsicht in alle Akten der Beklagten, welche ihn und die interne Untersuchung betreffen.

Aus den Erwägungen:

Gestützt auf Art. 328b OR in Verbindung mit Art. 8 Abs. 2 lit. a DSG hat jeder Arbeitnehmer (Person) grundsätzlich ohne Nachweis eines Interesses Einsicht in alle über ihn vom Arbeitgeber (Inhaber der Datensammlung) gesammelten Daten (vgl. BGE 138 III 425 E. 5.4). Dazu gehört selbstverständlich und in erster Linie die Personalakte oder das Personaldossier. Das Einsichtsrecht wird im Datenschutzgesetz aber nicht nur gewährt, sondern durch Art. 9 Abs. 1 DSG auch eingeschränkt. Der Arbeitgeber kann die Einsicht verweigern, wenn es «wegen überwiegender Interessen Dritter» erforderlich ist, aber auch wegen überwiegender Interessen des Arbeitgebers selber. Nicht offen gelegt werden müssen demzufolge Personendaten Dritter, da diese dadurch in ihrer Persönlichkeit verletzt werden können. Ersucht eine Person um Einsicht in Akten mit Daten, die sowohl diese als auch Dritte betreffen, so sind die Drittdaten nach Möglichkeit abzudecken oder zu anonymisieren, es sei denn die Persönlichkeit Dritter sei nicht betroffen oder sie seien damit einverstanden.

Der Kläger wurde nach einer internen Untersuchung fristlos entlassen. Da dies eine ausserordentliche Massnahme ist, die den Beschwerdeführer in seiner rechtlichen und sozialen Stellung schwer getroffen hat, ist dem Persönlichkeits-schutz besondere Bedeutung beizumessen (vgl. VPB 62.38, wo es um einen ähnlichen Fall ging).

Der Kläger hat deshalb Anspruch, die genauen und wirklichen Gründe seiner Entlassung zu kennen, wozu auch die Ergebnisse der internen Untersuchung gehören, soweit sie Personendaten des Klägers betreffen. Der Kläger wurde zuerst freigestellt. Dann wurde die Untersuchung durchgeführt und dem Kläger wurde aufgrund des am 5. November 2012 vorliegenden (Zwischen-)Ergebnisses der Untersuchung fristlos gekündigt. Aus diesem Grund gehören auch Kopien sämtlicher Akten, Unterlagen, Proto-

kolle, Aufzeichnungen und Berichte der bei der Beklagten durchgeführten internen Untersuchung, welche im Zusammenhang mit der Kündigung des Klägers vom 5. November 2012 vorangegangenen Ereignissen durchgeführt wurde, zu den Personalakten des Klägers. Bezüglich dieser Dokumente gilt deshalb grundsätzlich volles Auskunftsrecht.

Somit ist noch zu prüfen, ob das grundsätzlich unbeschränkte Auskunftsrecht aus speziellen Gründen beschränkt werden darf (Art. 9 DSG).

Die Berufung der Beklagten auf die formellen Gesetze und das damit verbundene Einschränkungsrecht verfängt nicht. Die Beklagte beruft sich einerseits auf das Bankgeheimnis im Sinne von Art. 47 des Bankengesetzes (BankG), andererseits auf das Berufsgeheimnis im Sinne von Art. 43 Börsengesetzes (BEHG).

Wie der Kläger in der Replik zutreffend ausführte, untersteht er wie alle anderen Bankangestellten dem Bankgeheimnis gemäss Art. 47 BankG, auch in Bezug auf diese Vorfälle, die noch während seiner Anstellung geschehen sind. Das Bankgeheimnis kann somit dem Auskunftsbegehren des Klägers nicht entgegenstehen. Um den Schutz von Drittpersonen zu gewährleisten, sind den Kläger nicht betreffende Personendaten in geeigneter Weise zu anonymisieren.

Die Verweigerung der Auskunft ist das härteste Mittel der Einschränkung des Auskunftsrechts. Unter dem Aspekt der Verhältnismässigkeit ist eine gänzliche Verweigerung im vorliegenden Fall nicht zulässig, bestehen doch andere Möglichkeiten, die von der Beklagten geltend gemachten Dritt- und Eigeninteressen zu schützen, z.B. durch Anonymisierung von Drittpersonen.

Fehl geht der Einwand, das Anwaltsgeheimnis stehe einer Auskunftserteilung entgegen. Auch wenn die Untersuchung zumindest teilweise und in Zusammenarbeit mit Mitarbeitern der Beklagten geführt wurde, bleibt es eine Untersuchung der Arbeitgeberin des Klägers, die dem Anwaltsgeheimnis nicht unterstehen kann: Soweit in Dokumenten über die eigentliche Untersuchung hinaus Ratschläge der Anwaltskanzlei an die Beklagte enthalten sind, die unter das Anwaltsgeheimnis fallen, kann dem durch Abdeckung Rechnung getragen werden. Das Anwaltsgeheimnis muss von der Beklagten nicht gebrochen werden.

Auch ist die Beklagte nicht verpflichtet, Geschäftsgeheimnisse offenzulegen. Die Beklagte muss dem Auskunftsrecht des Klägers nachkommen. Dabei ist sie selbstverständlich ermächtigt bzw. teilweise verpflichtet, Personendaten Dritter und ihre Eigeninteressen zu schützen.

Dem Kläger sind somit alle Dokumente gemäss Rechtsbegehren auszuhändigen, soweit sie seine Personendaten enthalten.

(…)

Die Beklagte ist somit zu verpflichten, dem Kläger schriftlich Auskunft über sämtliche den Kläger betreffende firmeninterne Personendaten zu erteilen. Insbesondere wird die Beklagte verpflichtet, dem Kläger Kopien sämtlicher Akten, Unterlagen, Protokolle, Aufzeichnungen und Be-

richte der bei der Beklagten durchgeführten internen Untersuchung, welche im Zusammenhang mit den der Kündigung des Klägers vom 5. November 2012 vorangegangenen Ereignissen durchgeführt wurde, auszuhändigen, soweit sie den Kläger betreffen. Diese Verpflichtung ist unter Androhung der Bestrafung wegen Ungehorsams gegen eine amtliche Verfügung im Sinne von Art. 292 StGB gegen die Organe der Beklagten und des Leiters der schweizerischen Zweigniederlassung der Beklagten anzuordnen. Die notwendigen Schutzmassnahmen – und deren Zulässigkeit – zum Schutz von Dritt- oder Eigeninteressen, können abstrakt nicht festgelegt bzw. beurteilt werden, sondern sind von der Beklagten selbst unter Beachtung des Auskunftsrechts des Klägers zu bestimmen. Das Auskunftsrecht erstreckt sich bis zum 5. November 2012.

Arbeitsgericht Zürich, Urteil vom 21. August 2013, in: Entscheide des Arbeitsgerichts Zürich 2013 Nr. 11

OR 336; schonende Rechtsausübung bei der Kündigung. Die Missbräuchlichkeit einer Kündigung kann sich auch aus der Art und Weise, wie die kündigende Partei ihr Recht ausübt, ergeben (Art. 2 ZGB). Das Gebot der schonenden Rechtsausübung steht in engem Zusammenhang mit der Fürsorgepflicht des Arbeitsgebers (Art. 328 OR). Rückt der Arbeitgeber den Arbeitnehmer bei der Belegschaft oder Dritten ohne Rechtfertigung in ein schiefes Licht, wie etwa durch Erheben von unbewiesenen Vorwürfen, Streuen von Gerüchten oder der Weitergabe von unnötigen Informationen, begeht er eine Persönlichkeitsverletzung.

Sachverhalt:

Die Klägerin war als Gruppenleiterin in einer Kindertagesstätte (KiTa) tätig. Am 9. Juli 2012 wurde der Klägerin wegen unüberwindbarer Differenzen unter sofortiger Freistellung gekündigt. Mit «offenem Brief» vom 7. Juli 2012 teilte der Vorstand des Beklagten der Klägerin sowie weiteren Mitarbeiterinnen der KiTa zudem mit, dass der Beklagte nicht mehr mit der Klägerin zusammenarbeiten könne, wobei er die Gründe dafür schilderte. Die Klägerin erachte dieses Vorgehen als missbräuchlich.

Aus den Erwägungen:

Die Missbräuchlichkeit einer Kündigung kann sich nicht nur aus den Kündigungsmotiven ergeben, sondern entsprechend Art. 2 ZGB auch aus der Art und Weise, wie die kündigende Partei ihr Recht ausübt. Auch wenn eine Partei die Kündigung rechtmässig ausspricht, muss sie das Gebot der schonenden Rechtsausübung beachten. Ein krass vertragswidriges Verhal-

ten, namentlich eine schwere Persönlichkeitsverletzung im Umfeld einer Kündigung, kann diese trotz fehlender Kausalität als missbräuchlich erscheinen lassen. Zu beachten ist nämlich, dass der Arbeitgeber gemäss Art. 328 Abs. 1 OR verpflichtet ist, die Persönlichkeit des Arbeitnehmers zu achten und zu schützen. Er hat sich jedes durch den Arbeitsvertrag nicht gerechtfertigten Eingriffs in die Persönlichkeitsrechte zu enthalten und diese auch gegen Eingriffe von Vorgesetzten, Mitarbeitern oder Dritten zu schützen (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., N 4 zu Art. 336; BGE 132 III 115 E. 2.2). Mit Blick auf das Gebot der schonenden Rechtsausübung handelt derjenige rechtsmissbräuchlich, der von mehreren Möglichkeiten, die ihm zur Ausübung eines Rechts offen stehen, ohne sachlichen Grund gerade diejenige wählt, welche für die andere Partei besondere Nachteile mit sich bringt (BSK OR I-PORTMANN, N 25 zu Art. 336 OR).

Das Gebot der schonenden Rechtsausübung steht folglich in engem Zusammenhang mit der Fürsorgepflicht des Arbeitsgebers, wobei die Pflicht zum Schutz der Persönlichkeit des Arbeitnehmers im Sinne von Art. 328 Abs. 1 OR in erster Linie eine Unterlassungspflicht ist (vgl. BSK OR I-PORTMANN, N 1 zu Art. 328 OR). Der Arbeitgeber hat alle Eingriffe in die Persönlichkeit des Arbeitnehmers zu unterlassen, die nicht durch den Arbeitsvertrag gerechtfertigt sind. Zu den geschützten Persönlichkeitsgütern gehören insbesondere Leben und Gesundheit, körperliche und geistige Integrität, persönliche und berufliche Ehre, Stellung und Ansehen im Betrieb sowie die Geheimsphäre (BSK OR I-PORTMANN, N 4 zu Art. 328 OR). Im Rahmen des Arbeitsverhältnisses hat der Arbeitgeber ebenfalls entsprechende Eingriffe von Vorgesetzten, Mitarbeitern oder Dritten abzuwehren (BSK OR I-PORTMANN, N 6 zu Art. 328 OR). Rückt der Arbeitgeber den Arbeitnehmer bei der Belegschaft oder Dritten ohne Rechtfertigung in ein schiefes Licht, wie etwa durch Erheben von unbewiesenen Vorwürfen, Streuen von Gerüchten oder der Weitergabe von unnötigen Informationen, so begeht er eine Persönlichkeitsverletzung. Solche Handlungen können zugleich auch eine Behinderung des wirtschaftlichen Fortkommens darstellen (BSK OR I-PORTMANN, N 24 zu Art. 328 OR).

In diesem Lichte ist grundsätzlich unerheblich, ob die vom Beklagten im «offenen Brief» genannten Kündigungsgründe bzw. an die Adresse der Klägerin geäusserten Vorwürfe im Einzelnen zutreffen. Es stellt sich einzig die Frage, ob der «offene Brief» des Beklagten im Einklang mit dem Gebot der schonenden Rechtsausübung steht oder ob es sich um eine schwere Persönlichkeitsverletzung des Arbeitgebers im Umfeld der Kündigung handelt.

Der Beklagte wirft der Klägerin in seinem «offenen Brief» zur Hauptsache vor, sie sei ihrer Aufgabe als KiTa-Leiterin nicht gewachsen gewesen und es habe ihr an Führungskompetenzen gemangelt. Er behauptet, die personellen Probleme, über die sich Eltern beschwert hätten, seien durch die Klägerin verursacht worden. Der Klägerin werden aber nicht nur Vorwürfe betreffend ihres beruflichen Verhaltens und ihres Auftretens als Führungsperson gemacht. Es wird ihr zudem eine Affäre mit dem Vater ei-

nes Kinderkrippenkindes nachgesagt, und es werden Informationen zum Anstellungsverhältnis wie der Inhalt von Lohnverhandlungen bzw. -gesprächen zu angeblichen Kündigungsandrohungen seitens der Klägerin und Angaben zu krankheitsbedingten Abwesenheiten ausgebreitet.

In dieser Hinsicht hat der Beklagte die persönliche und berufliche Ehre der Klägerin mit dem «offenen Brief» direkt angegriffen. Der «offene Brief» wurde nicht nur der Klägerin persönlich, sondern – wie vom Beklagten eingeräumt – auch noch den drei anderen beim Beklagten tätigen Gruppenleiterinnen zugestellt. Es ist unerheblich, ob der Brief daneben auch allen Mitarbeiterinnen der KiTa zugestellt worden ist. Die Bezeichnung «offener Brief» und die Anrede «liebe Z., liebes KiTa-Personal» lässt keinen anderen Schluss zu, als dass der Inhalt des Briefs nicht nur für die Gruppenleiterinnen bestimmt war, sondern dass er auch gegenüber dem KiTa-Personal zur Weiterverbreitung gedacht war. Der Beklagte hat damit, auch wenn man lediglich eine Abgabe des «offenen Briefs» an die Gruppenleiterinnen unterstellt, angesichts der darin enthaltenen happigen Vorwürfe an die Klägerin das zulässige Mass an Verbreitung bei weitem überschritten.

Ohne ersichtliches schützenswertes Interesse werden im «offenen Brief» gegenüber Unbeteiligten Kündigungsgründe sowie berufliche und private Verfehlungen genannt, die – zutreffend oder nicht – geeignet waren, das Ansehen der Klägerin in ein schlechtes Licht zu rücken. Durch den «offenen Brief» wurden Dritten Informationen und Vorwürfe an die Adresse der Klägerin bekannt gemacht, welche nicht für diese bestimmt gewesen wären. Derartige Informationen und Gerüchte breiten sich im beruflichen Umfeld schnell aus und können gegebenenfalls Einfluss auf die weitere Stellensuche eines Arbeitnehmers haben.

Aus diesem Grund hat der Beklagte die arbeitsvertragliche Fürsorgepflicht unabhängig von der Frage einer als Folge der allfälligen Unwahrheit der Vorwürfe allenfalls zusätzlich bestehenden Persönlichkeitsverletzung gegenüber der Klägerin in grober Weise verletzt, woraus sich angesichts des offensichtlichen zeitlichen und sachlichen Zusammenhangs zwischen dem «offenen Brief» vom 7. Juli 2012 und der Kündigung vom 9. Juli 2012 ohne weiteres die Missbräuchlichkeit der Kündigung ergibt.

Das Gericht sprach der Klägerin unter diesem Titel eine Entschädigung von zwei Bruttomonatslöhnen inklusive Anteil am 13. Monatslohn zu.

Arbeitsgericht Zürich, Urteil vom 3. September 2013, in: Entscheide des Arbeitsgerichts Zürich 2013 Nr. 14

OR 337; Nötigung zur Kündigung durch den Arbeitnehmer. Damit die vom Arbeitgeber formulierte und vom Arbeitnehmer unterzeichnete Kündigung unverbindlich ist, bedarf es eines wesentlichen Irrtums bei der Abgabe dieser Erklärung. Der Irrtum ist namentlich dann ein we-

sentlicher, wenn er einen Sachverhalt betraf, der vom Irrenden nach Treu und Glauben (Art. 2 ZGB) im Geschäftsverkehr als eine notwendige Grundlage des Vertrages betrachtet wurde (Art. 23 und 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR). Vorliegend verzichtete der Arbeitnehmer in einer durch den Arbeitgeber verursachten Drucksituation auf Ansprüche, auf die er im Wissen um die gesamte Sach- und Rechtslage nicht verzichtet hätte. Es liegt eine unzulässige Umgehung von Art. 337c OR vor.

Sachverhalt:

Der Kläger war Teamleiter für Projekte. Als ihm mitgeteilt wurde, dass er ab sofort freigestellt sei und in ein Coach-Programm versetzt werde, sandte er sich per Mail verschiedene Daten der Beklagten nach Hause. Es gab dann Gespräche und dem Kläger wurde ein Schreiben vorgelegt, das seine eigene Kündigung (per sofort) darstellte. Vor Gericht machte er geltend, er sei unter Druck zu dieser Unterzeichnung gezwungen worden und habe sich in einem Irrtum über die Folgen befunden.

Aus den Erwägungen:

Damit – wie vom Kläger geltend gemacht – die von ihm unterzeichnete Kündigung unverbindlich sei, bedarf es eines wesentlichen Irrtums bei der Abgabe dieser Erklärung. Der Kläger stützt sich darauf, dass er den Willen, eine bestimmte Erklärung abzugeben, fehlerhaft gebildet habe. Dies zum einen durch einen lrrtum über gewisse Aspekte der Kündigung oder der fristlosen Entlassung durch die Beklagte und zum anderen veranlasst durch die Drucksituation, in welcher er sich befunden habe.

Ein Vertrag ist für denjenigen unverbindlich, der sich beim Abschluss in einem wesentlichen Irrtum befunden hat. Der Irrtum ist namentlich dann ein wesentlicher, wenn der Irrtum einen Sachverhalt betraf, der vom Irrenden nach Treu und Glauben (Art. 2 ZGB) im Geschäftsverkehr als eine notwendige Grundlage des Vertrages betrachtet wurde (Art. 23 und 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR). Die Irrtumsregeln des Obligationenrechts sind nicht nur auf Verträge, sondern auch auf andere Rechtsgeschäfte anwendbar (HONSELL/VOGT/WIEGAND, BSK OR-I, a.a.O., S. 238 N 4; BGE 102 IB 118 ff.).

Anlässlich des Gesprächs vom 31. Januar 2012 seien mit dem Kläger die beiden Varianten, fristlose Kündigung durch die Arbeitgeberin und Kündigung durch den Arbeitnehmer, und deren Folgen besprochen worden. Hierfür habe P. dem Kläger zwei Tabellen vorgelegt, aus welchen sich die variablen Lohnanteile des Klägers ergeben hatten. Diese beiden «Termination Reports» sollten dem Kläger veranschaulichen, dass sich der Grund für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses auch auf die Ansprüche des Klägers nach den verschiedenen Mitarbeiterbeteiligungsplänen auswirke. Die Beklagte gab an, würde der Kläger selber kündigen, würde er

lediglich die sogenannten «unvested awards» verlieren. Bleiben würden ihm Optionen mit einer Laufzeit bis 2018 und es sei nicht auszuschliessen, dass der Kläger damit tatsächlich noch einen Gewinn realisieren könne. Die Beklagte fügte ausserdem an, man habe sich vorbehalten, im Schlusssatz des Zeugnisses einen Hinweis auf eine fristlose Kündigung anzubringen und allenfalls Schadenersatzforderungen geltend zu machen.

Der Kläger fand sich somit nachweislich mit einer Entscheidung konfrontiert, welche seine weitere berufliche und private Zukunft massgeblich beeinflussen würde. Eine solch wichtige Entscheidung kann nicht innerhalb von kurzer Zeit getroffen werden, sondern bedarf einer gewissen Überlegung, um die Vor- und Nachteile der Varianten abzuwägen. Es ist daher klar ersichtlich, dass der Kläger einige Zeit gebraucht hätte, um diese Entscheidung zu fällen. Der Kläger hatte zwar, wie von der Beklagten ausgeführt wurde, Zeit, mit beliebigen Personen frei, ohne Zeitdruck und alleine zu telefonieren; dies mag jedoch den Mangel an Überlegungszeit nicht aufzuheben. Telefonate können ein persönliches Beratungsgespräch nicht ersetzen. Der Kläger hätte seinen Rechtsanwalt in aller Ruhe genauer instruieren können, ihm die Unterlagen vorlegen und daraufhin eine Entscheidung treffen können. Erst mit all diesen Informationen und im Wissen darum, was die Tabellen wirklich aussagen und wie es vorliegend mit der Begründetheit einer fristlosen Kündigung steht, hätte der Kläger diese Entscheidung treffen können. Es kann daher festgehalten werden, dass der Kläger unter einem gewissen Druck stand, eine möglichst schnelle und für ihn sehr bedeutende Entscheidung zu treffen.

Aufgrund dieser Drucksituation habe sich der Kläger, gemäss seinen eigenen Ausführungen, in einem Irrtum befunden. Er habe sich über die Schadenersatzansprüche, welche die Beklagte geltend gemacht habe, die Ausgestaltung des Zeugnisses und vor allem über die beiden Aufstellungen über seine variablen Vergütungen geirrt.

Die vom Kläger unterschriebene Kündigung wurde als ordentliche und nicht als fristlose Kündigung betitelt. Im Kündigungsschreiben ersuchte der Kläger die Beklagte aber um Verkürzung der Kündigungsfrist auf denselben Tag. Die Kündigung ist somit zwar als ordentliche Kündigung deklariert, faktisch jedoch stellt sie eine fristlose Kündigung durch den Kläger dar. Der Kläger verzichtete somit auf seine Lohnfortzahlung. Ein solcher Verzicht wäre lediglich plausibel, wenn der Kläger bereits eine neue Stelle gehabt hätte und sich daher von der Beklagten so schnell wie möglich hätte trennen wollen. Das Befragungsprotokoll vom 31. Januar 2012 spricht eine andere Sprache: Der Kläger gab an, er wolle nach wie vor für die Beklagte arbeiten und sei guter Hoffnung während des Coachings eine neue Herausforderung bei der Beklagten zu finden. Der Kläger wusste somit weder vor dem 31. Januar 2012 noch anlässlich des Gesprächs mit P., dass das Arbeitsverhältnis zwischen ihm und der Beklagten aufgelöst werden sollte und zog offenbar eine Kündigung – erst recht eine fristlose Kündigung – zu keinem Zeitpunkt für sich in Betracht. Erschwerend

kommt hinzu, dass der Kläger gemäss Befragungsprotokoll Schulden hat, als Alleinverdiener seine Familie unterstützen muss und dass es als 52-Jähriger generell nicht leicht ist, eine neue Anstellung zu finden.

Es kann aufgrund der gesamten Umstände nicht davon ausgegangen werden, dass der eigentliche Wille des Klägers auf eine eigene Kündigung gerichtet gewesen ist. Er musste andere Beweggründe – wie ein besseres Zeugnis oder mehr Lohn – gehabt haben, um fristlos zu kündigen.

Aufgrund der gemachten Ausführungen kann davon ausgegangen werden, dass der Kläger keinen eigenen Willen hatte, das Arbeitsverhältnis aufzulösen. Er hat auf Ansprüche verzichtet, auf die er im Wissen um die gesamte Sach- und Rechtslage nicht verzichtet hätte. Es liegt eine unzulässige Umgehung von Art. 337c OR vor. Die vom Kläger unterzeichnete Kündigung ist somit nicht wirksam.

Arbeitsgericht Zürich, Urteil vom 14. Oktober 2013, in: Entscheide des Arbeitsgerichts Zürich 2013 Nr. 17

DSG; Auskunftsrecht über ins Ausland vermittelte Personendaten. Vorliegend begehrte der Arbeitnehmer von der Arbeitgeberin (einer Bank) Auskunft darüber, ob in den an die US-Behörden übermittelten Daten sein Name enthalten ist, und verlangte Kopien der fraglichen Dokumente. Die Arbeitgeberin wollte ihm nur Einsicht gewähren. Eine Auskunft über eine Datensammlung muss nach Art. 8 Abs. 5 DSG i.V.m. Art. 1 Abs. 3 VDSG schriftlich erfolgen. Davon kann nur abgewichen werden, wenn der Antragssteller und der Auskunftspflichtige einverstanden sind. Gemäss Art. 8 Abs. 6 DSG ist ein Verzicht auf das Auskunftsrecht im Voraus nichtig. Damit kann offen bleiben, ob sich aus den internen Reglementen tatsächlich ein implizierter Verzicht auf eine schriftliche Auskunft ableiten lässt, was zudem sehr fraglich erscheint.

Sachverhalt:

Die Bank hatte den US-Behörden die verlangten Dokumente im Zusammenhang mit grenzüberschreitenden Geschäften übermittelt, wobei nach ihren Angaben alle bankkundengeheimnisrelevanten Informationen sowie alle Informationen, die unter das amerikanische Anwaltsgeheimnis fallen, geschwärzt worden seien. Der Kläger verlangte von der Beklagten Auskunft darüber, ob in den an die US-Behörden übermittelten Daten sein Name enthalten sei; und im Folgenden verlangte er zusätzlich Kopien der fraglichen Dokumente. Die Beklagte hingegen wollte ihm nur Einsicht gewähren.

Aus den Erwägungen:

Die Beklagte könnte durchaus zusätzliche Schwärzungen bezüglich der Daten Dritter vornehmen. Trotz dieser Abdeckungen wäre es dem Kläger aber wohl immer noch möglich, Drittpersonen zu identifizieren. Daher ist eine Interessenabwägung vorzunehmen.

Sowohl durch die Einsichtnahme als auch durch die Herausgabe von Kopien an den Kläger wird die Datenbearbeitung von Dritten, das heisst von anderen Mitarbeitenden, zweckentfremdet. Die Bearbeitung der Daten hat keinen Arbeitsplatzbezug, was die Interessen von Mitarbeitern verletzen könnte.

Der Kläger als Schweizer und Amerikaner hat ein legitimes Interesse daran, unbekümmert in die USA reisen zu können. Allgemein ist bekannt, dass die USA diverse Schweizer Banker an den Flughäfen von amerikanischen Städten angehalten haben und ihnen damit eine reibungslose Einreise verunmöglichten. Um allfälligen Vorwürfen entgegen treten zu können, muss der Kläger in der konkreten Situation Einsicht in seine Dokumente nehmen können. Aufgrund dieser Tatsache liegt ein Interesse des Klägers auf Herausgabe der Daten vor.

Es kann angeführt werden, dass es sich bei den Dokumenten um Unterlagen des Klägers handelt (vor allem E-Mails). Es dürfte sich daher zum grossen Teil um Dokumente handeln, die der Kläger ohnehin kennt. Er durfte somit ursprünglich Kenntnis über die Dokumente erlangen, weshalb diesbezüglich auch kein überwiegendes Interesse von Dritten besteht. Bezüglich allfälliger Dokumente, die dem Kläger noch nicht bekannt sind, konnte ein überwiegendes Interesse von Drittpersonen bestehen, dass der Kläger davon keine Kenntnis erhält. Dies müsste jedoch in jedem Einzelfall aufgrund der konkreten Umstände beurteilt werden. Da auch das Gericht die entsprechenden Dokumente – sollten sie denn überhaupt existieren – nicht kennt, kann diese Abwägung im vorliegenden Prozess nicht gemacht werden. Dies ist aber im vorliegenden Kontext auch gar nicht notwendig, weil dem Kläger – wie ausgeführt – die meisten (wenn nicht alle) Dokumente bereits bekannt sein müssen. In einer Gesamtwertung fällt demzufolge das Drittinteresse erheblich weniger ins Gewicht als dasjenige des Klägers auf Herausgabe der Daten. Bezüglich der ihm nicht bekannten Daten müssten zumutbare Schwärzungen vorgenommen werden.

Da es, wie ausgeführt, für die Beklagte zumutbar ist, Schwärzungen vorzunehmen und die Interessen des Klägers vorliegend überwiegen, kann dem Argument von Drittinteressen, welche gegen eine Herausgabe in Form von Kopien sprechen, nicht gefolgt werden.

Die Beklagte macht geltend, dass der Kläger auf die schriftliche Auskunft implizit im Voraus und auch nachträglich verzichtet hat.

Eine Auskunft muss nach Art. 8 Abs. 5 DSG i.V.m. Art. 1 Abs. 3 VDSG schriftlich erfolgen. Davon kann nur abgewichen werden, wenn der Antragssteller und der Auskunftspflichtige einverstanden sind (BSK DSG,

a.a.O., N 50 zu Art. 8 DSG; HK, a.a.O., N 23 zu Art. 8 DSG). Gemäss Art. 8 Abs. 6 DSG ist ein Verzicht auf das Auskunftsrecht im Voraus nichtig. Dasselbe gilt für anderweitige rechtsgeschäftliche Erschwerungen des Auskunftsrechts (BSK DSG, a.a.O., N 60 zu Art. 8 DSG; HK, a.a.O., N 27 zu Art. 8 DSG). Ein wesentlicher Bestandteil des Auskunftsrechts besteht in seiner Schriftlichkeit. Somit ist es nicht möglich – auch nur teilweise im Umfang der Schriftlichkeit – auf das Auskunftsrecht im Voraus zu verzichten. Damit kann offen gelassen werden, ob sich aus den internen Reglementen tatsächlich ein implizierter Verzicht auf eine schriftliche Auskunft interpretieren lässt, was zudem sehr fraglich erscheint.

In Anbetracht der Umstände kann nach Treu und Glauben ebenfalls nicht ernsthaft davon ausgegangen werden, dass der Kläger wissentlich und willentlich durch eine nachträgliche Bestätigung, sich an die nachwirkenden Pflichten der internen Regelungen der Beklagten zu halten, implizit auf sein schriftliches Auskunftsrecht verzichtet hat.

Der Kläger hat somit in keiner Weise auf sein schriftliches Auskunftsrecht im Sinne von Art. 1 Abs. 3 VDSG verzichtet.

Das Gericht hielt weiter fest, dass auch kein besonderer Umstand gemäss Art. 8 Abs. 5 DSG oder ein Rechtsmissbrauch vorliegen würde und hiess das Gesuch gut.

Arbeitsgericht Zürich, Urteil vom 21. Oktober 2013, in: Entscheide des Arbeitsgerichts Zürich 2013 Nr. 18

Die öffentlich-rechtlichen Lohnzuschläge von Art. 17b Abs. 1 und Art. 19 Abs. 2 ArG sind auch privatrechtlich zwingend. Beim Lohnzuschlag für Sonntagsarbeit ist überdies entscheidend, dass der Arbeitgeber den Arbeitnehmer nicht ohne dessen Einverständnis zu Sonntagsarbeit heranziehen kann, wobei dieses im Voraus schriftlich zu erteilen ist.

Sachverhalt:

Der Kläger war als Kurier-Chauffeur in einem Teilzeitarbeitsverhältnis für die Beklagte tätig. Er machte vor Gericht unter anderem geltend, er habe für die Beklagte von Mai 2011 bis Dezember 2012 an total 19 Sonntagen Einsätze geleistet und dafür keine Sonntagszuschläge sondern nur den normalen Stundenlohn bezahlt erhalten.

Aus den Erwägungen:

A. gab für die Beklagte zu Protokoll, die Mitarbeiter würden am Sonntag jeweils 12.25 Stunden ohne Pausen arbeiten, wobei ein Kurier auf Abruf sei. Die Pause sei daher bezahlt. Die vom Kläger behaupteten Sonn-

tagseinsätze bestritt er nicht grundsätzlich, führte aber aus, man müsse dies genau ausrechnen. Hingegen bestritt A. die Pflicht zur Zahlung von Zuschlägen überhaupt: Vertraglich sei einzig der gesetzlich verankerte Nachtzuschlag vereinbart gewesen. Es seien auch nur Nachtzuschläge ausbezahlt worden. In Art. 7 und Anhang 6 des Arbeitsvertrages habe der Kläger vertraglich auf die Zuschläge verzichtet.

Die öffentlich-rechtlichen Lohnzuschläge von Art. 17b Abs. 1 und Art. 19 Abs. 2 ArG sind auch privatrechtlich zwingend (vgl. MÜLLER, Kommentar Arbeitsgesetz, a.a.O., Art. 19 zu Abs. 3 und Art. 17b zu Abs. 1). Beim Lohnzuschlag für Sonntagsarbeit ist überdies entscheidend, dass der Arbeitgeber den Arbeitnehmer – unabhängig von der Frage einer allfälligen Bewilligungspflicht nach Art. 4 ArGV 2 – nicht ohne dessen Einverständnis zu Sonntagsarbeit heranziehen kann. Dieses muss im Voraus schriftlich erteilt werden (vgl. STÖCKLI/SOLTERMANN, in Geiser/von Kaenel/Wyler, Handkommentar Arbeitsgesetz, a.a.O., N 9 zu Art. 17 und N 5 zu Art. 19 ArG). Als regelmässige und wiederkehrende Sonntagsarbeit gilt eine Tätigkeit, wenn sie bei sporadisch vorkommenden Einsätzen mehr als sechs Sonntage (inkl. gesetzlicher Feiertage) pro Betrieb und Kalenderjahr umfasst (Art. 40 Abs. 3 lit. a und b sowie Abs. 4 ArGV 1).

Sein Einverständnis zu regelmässiger und wiederkehrender Sonntagsarbeit hat der Kläger nicht in der geforderten Form gegeben. Im Arbeitsvertrag ist von Sonntagseinsätzen nicht die Rede. Eine Art «Verzicht» auf die Lohnzuschläge lässt sich auch aus Art. 7 des Arbeitsvertrages sowie aus dessen Anhang 6 nicht ableiten. Insbesondere enthält der Anhang 6 einzig eine Wegbedingung der Feiertagsentschädigung, von einer Wegbedingung der Sonntagsarbeit ist nicht die Rede. Die Vereinbarung von Sonntagsarbeit könnte im vorliegenden Fall nur angenommen werden, wenn der Kläger über Jahre hinweg regelmässige Sonntagsarbeit geleistet hätte. Dafür genügt nicht, dass der Kläger im Jahr 2011 total 9 und im Jahr 2012 total 10 Sonntagseinsätze leistete. Geht es – wie vorliegend noch anzunehmen ist – um eher vereinzelte Einsätze und nicht um eine Arbeitszeiteinteilung, die praktisch jede Woche einen Sonntagseinsatz beinhaltet, müssten die Sonntagseinsätze während mindestens drei Jahren im Sinne von Art. 40 Abs. 3 lit. a und b sowie Abs. 4 ArGV 1 regelmässig und wiederkehrend praktiziert worden sein, damit darüber eine konkludente Vereinbarung zustande kommen könnte. Die vorliegende, erst über zwei Jahre dauernde Praxis genügt damit noch nicht (vgl. die explizite Übergangsregelung zur Nachtarbeit in Art. 31 Abs. 3 ArGV 1, die keinen sofortigen und insbesondere keinen rückwirkenden Yerlust der Zuschläge vorsieht). Daran ändert nichts, dass im Verfahren unbestritten blieb, dass die Beklagte über eine Bewilligung für Nacht- und Sonntagsarbeit verfügt. Die Beklagte soll keinen Vorteil daraus ziehen, dass sie den Kläger im Stundenlohn anstellte und ihn ohne weiteres Zutun zu Sonntagseinsätzen herangezogen hat. Der Klägerische Anspruch ist damit im Grundsatz ausgewiesen.

Arbeitsgericht Zürich, Urteil vom 6. November 2013, in: Entscheide des Arbeitsgerichts Zürich 2013 Nr. 10

Die Missstände, über die sich der Whistleblower beschwert, müssen sich nicht als wahr erweisen. Es reicht, wenn er die Schritte in guten Treuen hinsichtlich des Wahrheitsgehalts seiner Beanstandung unternahm. Er muss aber gute Gründe gehabt haben, die Missstände für wahr zu halten, um in den Genuss des Missbrauchsschutzes zu kommen. I.c. Missbräuchlichkeit der Kündigung wegen Whistleblowings (Art. 336 OR) verneint.

Sachverhalt:

Der Kläger baute mit zwei Mitarbeitern und einem CEO eine Zweigstelle in Zürich auf. Später kam noch die Mitarbeiterin B. dazu. Zwischen dem Kläger und B. entwickelte sich bald ein Konflikt bezüglich der Zuständigkeiten. Als er erfuhr, dass der CEO und B. zwei Nächte im selben Hotelzimmer im Ausland verbracht hatten, wandte er sich an das Mutterhaus mit der Begründung, er sei um die Zukunft der Beklagten besorgt. Der CEO des Mutterhauses führte in der Folge mit allen Beteiligten Gespräche. Als es zu einem offenen Konflikt wegen einer Arbeitsverweigerung des Klägers kam, kündigte die Beklagte dem Kläger und stellte ihn frei. Der Kläger erachtet diese Kündigung als missbräuchlich.

Aus den Erwägungen:

Die Bestimmung nach Art. 336 Abs. 1 lit. d OR schützt den Arbeitnehmer, welcher Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis geltend macht und dem deswegen gekündigt wird. Der Whistleblower macht in der Tat Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis geltend.

Wie stellt sich nun die Sachlage dar, wenn sich die Ansprüche als völlig unberechtigt erweisen? Wie vorstehend ausgeführt, ist dies hier der Fall. Der Kläger besass keinen Anspruch auf bestimmte Kompetenzen hinsichtlich seines geographischen und sachlichen Arbeitsgebiets. Dies lag in der freien Weisungsgewalt der Beklagten. Sodann war es seine Sache nicht, sich um irgendwelche privaten Beziehungen des CEO mit einem andern Teammitglied zu kümmern.

Die Missstände, über die sich der Whistleblower beschwert, müssen sich nicht als wahr erweisen. Es reicht, wenn dieser die Schritte in guten Treuen hin-sichtlich des Wahrheitsgehalts seiner Beanstandung unternahm (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., N 8 zu Art. 336 OR). Das bedeutet, dass der Whistleblower gute Gründe gehabt haben muss, diese Missstände für wahr zu halten, um in den Genuss des Missbrauchsschutzes zu kommen.

Hinsichtlich des Verhältnisses A.–B. ist dieser Gutglaubensschutz zu verneinen. Zum einen durfte der Kläger nicht ohne weiteres darauf schliessen, sein Vorgesetzter und seine Arbeitskollegin würden eine Liebesbeziehung miteinander pflegen, nur weil sie zwei Nächte im selben Hotel und in derselben Suite verbracht hatten. Zum anderen musste ihm bewusst sein, dass ihn das nichts anginge, es sei denn, die Geschäftstätigkeit der Beklagten wäre dadurch in arge Gefahr geraten, was zweifellos nicht der Fall war und so auch nicht behauptet wird.

Hinsichtlich der Kompetenzen verstand es sich von selbst, dass gewisse Aufgaben, welche der Kläger, weitere Teammitglieder und der CEO bis zum Oktober 2011 erledigten, der neu eingetretenen B. übertragen werden mussten, sich also in der Kompetenzaufteilung Änderungen ergeben würden. Dass dem Kläger die Mitverantwortung für das Marketing Italien entzogen worden war, bedeutete – wie oben erwähnt – keine Vertragsverletzung. Dasselbe gilt für den Umstand, dass B. auch Verträge im Bereiche der Autohaftpflicht- und Transportversicherung abschloss. Der Kläger besass für beides keine Exklusivrechte.

Es ist aber bis zu einem gewissen Grad verständlich, dass er sich gegen diese Beschneidung seiner Kompetenzen, auch wenn sie zu Recht erfolgt ist, zur Wehr gesetzt hat. Somit kann ihm in dieser Hinsicht ein Handeln nach Treu und Glauben attestiert werden.

Gleichwohl verbleibt die Frage, ob dem Kläger in der Tat wegen dieses Whistleblowings gekündigt worden ist.

Das Vorgehen des Klägers ist als internes Whistleblowing zu qualifizieren. Er war der Meinung, es würden bei der Beklagten Missstände hinsichtlich der Verteilung der Kompetenzen herrschen und wandte sich, nachdem er vorgängig das Gespräch mit seinem Vorgesetzten gesucht hatte, an die zuständige Person im Mutterhaus.

Der Gekündigte, d.h. der Kläger, hat zu beweisen, dass ein missbräuchlicher Grund vorgelegen hat und dass dieser kausal für seine Kündigung gewesen ist, d.h. dass ihn die Beklagte in der Tat wegen seiner Meldung bei der Muttergesellschaft entlassen hat. Da es sich beim Kündigungsgrund um einen inneren Vorgang handelt, bei dem ein strikter Beweis nur in Ausnahmefällen möglich ist, genügt nach der Praxis der Beweisgrad der hohen Wahrscheinlichkeit für den Beweis der inneren Tatsachen. Dieser Beweisgrad gilt sowohl hinsichtlich des Motivs als auch der Kausalität (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., N 16 zu Art. 336 mit Verweisen).

Hinsichtlich der Kausalität bestehen keine Anhaltspunkte, die Beklagte habe dem Kläger wegen dieses Whistleblowings gekündigt. Es liegt viel mehr nahe, die Beklagte habe die Untersuchung durch die zuständige Personalverantwortliche des Mutterhauses abgewartet und – nachdem sich der Arbeitskonflikt zwischen dem Kläger und B. nicht lösen liess – hernach dem Kläger gekündigt, was nicht missbräuchlich ist.

Das Gericht verwies auf verschiedene Urkunden der Beklagten, wonach der Kläger die Gruppendynamik des Teams gestört und auch die Möglichkeit eines Aussöhnungsprozesses ausgeschlagen habe. Zudem habe er durch Insubordination einen ausreichenden Kündigungsgrund geliefert und das Verhältnis zwischen ihm und B. hätte sich nicht verbessert. Somit sei es der Beklagten frei gestanden, dass sie nicht B. sondern den Kläger entlassen habe. In der Folge wurde die Klage abgewiesen.

D. Bibliografie

Zusammengestellt von
ANGELA OBRIST, MLaw

Bibliografie des schweizerischen Arbeitsrechts im Jahr 2012 und 2013

Siehe die Rezensionen zu Publikationen dieser Bibliografie in ArbR 2013 und in ArbR 2014.

I. Umfassende Darstellungen

a) BERENSTEIN, ALEXANDRE/MAHON, PASCAL/DUNAND, JEAN PHILIPPE: Labour Law in Switzerland, 2. Aufl., Bern 2012, 222 S.
b) BRÄUNLICH KELLER, IRMTRAUD: Arbeitsrecht: vom Vertrag bis zur Kündigung, Beobachter Edition, 12. Aufl., Zürich 2013, 294 S.
c) CARCAGNI ROESLER, ROMINA: Arbeitsrecht, in: Baker & McKenzie (Hrsg.), Entwicklungen im schweizerischen Wirtschaftsrecht 2011/ 2012, Zürich/Basel/Genf 2012, S. 95 ff.
d) GABATHULER, THOMAS: Arbeitsrecht: Was Angestellte wissen müssen; von der Bewerbung bis zum Arbeitszeugnis, mit Tipps, Fallbeispielen und Musterbriefen, Saldo Ratgeber, 7. Aufl. 2012, 189 S.
e) GEISER, THOMAS/HÄFLIGER BENEDIKT: Entwicklungen im Arbeitsrecht, SJZ 2013, S. 333 ff.
f) GEISER, THOMAS/HÄFLIGER, BENEDIKT: Entwicklungen im Arbeitsrecht, SJZ 2012, S. 351 ff.
g) GEISER, THOMAS/MÜLLER, ROLAND: Arbeitsrecht in der Schweiz, 2. Aufl., Bern 2012, 756 S.
h) PORTMANN, WOLFGANG/STÖCKLI, JEAN-FRITZ: Schweizerisches Arbeitsrecht, 3. Aufl. Zürich/St. Gallen 2013
i) RIEMER-KAFKA, GABRIELA/KRENGER, NICOLE ELISCHA: Arbeitsrecht – kommentierte Tafeln, Bern 2012, 162 S.
j) SCHÜRER, HANSUELI: Arbeitsrecht für den betrieblichen Alltag, für Personalfachleute, Führungskräfte und Unternehmer im Gesundheitswesen, Zürich 2013, 268 S.
k) SPRENGER, MARTIN/SURY, URSULA/SEGER, ALICE: Kurzeinführung ins Arbeitsrecht: von der Vertragsanbahnung bis zur Kündigung, Bern 2013, 212 S.
l) STUDER, JOSEF/SIGERIST, MICHAEL: Übungsbuch Arbeitsrecht: Repetitionsfragen, Übungsfälle und bundesgerichtliche Leitentscheide, 2. Aufl. Zürich 2013, 190 S.

II. Kommentare

a) AMSTUTZ, MARC/BREITSCHMID, PETER/FURRER, ANDREAS/GIRSBERGER, DANIEL/HUGUENIN, CLAIRE/MÜLLER-CHEN, MARKUS/ROBERTO, VITO/RUMO-JUNGO, ALEXANDRA/SCHNYDER, ANTON K./TRÜEB, HANS RUDOLF (Hrsg.): Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2012, 9538 S.
b) DUNAND, JEAN-PHILIPPE/MAHON, PASCAL (Hrsg.): Commentaire du contrat de travail, Bern 2013, 1388 S.
c) PORTMANN, WOLFGANG/UHLMANN, FELIX (Hrsg.): Bundespersonalgesetz (BPG), Handkommentar, Bern 2013, 971 S.
d) STAEHELIN, ADRIAN: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Teilband V/2c, Der Arbeitsvertrag, Art. 330b–Art. 355, Art. 361–362 OR, 4. Aufl., Zürich 2013, 596 S.
e) STREIFF, ULLIN/VON KAENEL, ADRIAN/RUDOLPH, ROGER: Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2012, 1577 S.

III. Übergreifende Darstellungen und Sammelbände

a) ACHERMANN, ALBERTO/EPINEY, ASTRID/AMARELLE, CESLA/CARONI, MARTINA/UEBERSAX, PETER/KÄLIN, WALTER (Hrsg.): Jahrbuch für Migrationsrecht 2011/2012, Bern 2012, 530 S.
b) MÜNCH, PETER/METZ, MARKUS (Hrsg.): Stellenwechsel und Entlassung, 2. Aufl., Basel 2012, 499 S.
c) WIDMER LÜCHINGER, CORINNE/GEISER, THOMAS/SUTTER-SOMM THOMAS (Hrsg.): Recht im Wandel: ausgewählte Schriften von Frank Vischer zu seinem 90. Geburtstag, Zürich 2013, 646 S.
d) WYLER, RÉMY (éd.): Panorama II en droit du travail, Bern 2012, 959 S.

IV. Individualarbeitsrecht

1. Pflichten des Arbeitnehmers

a) BEYELER, JEAN-MARC: Le service de piquet, Questions de droit 2013, S. 7 ff.
b) BRÄUNLICH KELLER, IRMTRAUD: Flexibel arbeiten: Temporär, Teilzeit, Freelance – Was Sie über Ihre Rechte wissen müssen, 2. Aufl., Zürich 2012, 143 S.

c) FARNER, MARTIN: Die Sicherung der Treupflicht mit Konventionalstrafe, Anwaltsrevue 2013, S. 219 ff.
d) FISCHER, LUKAS: Zur Haftungsbegründung im Temporärarbeitsverhältnis, Jusletter vom 30. September 2013
e) GLOOR, WERNER: Der Vertragsbruch des Arbeitnehmers, ARV 2013, S. 198 ff.
f) PÄRLI, KURT/HUG, JULIA: Arbeitsrechtliche Fragen bei Präsentismus (Arbeit trotz Krankheit), ARV 2012, S. 1 ff.
g) RUDOLPH, ROGER: Bagatelldelikte am Arbeitsplatz – Ein ausreichender Grund für eine fristlose Entlassung?, TREX 2012, S. 228 ff.
h) STUTZ, MICHÈLE: Arbeitsrechtliche Fragen rund um Social Media, Anwaltsrevue 2013, S. 212 ff.

2. Pflichten des Arbeitgebers

a) AVYÜZEN, DERYA: Die zwingenden Bestimmungen im Arbeitsvertragsrecht, ArbR 2013, S. 117 ff.
b) BAUMGARTNER, GABRIELA/BRÄUNLICH KELLER, IRMTRAUD: Fair qualifiziert?: Mitarbeitergespräche, Arbeitszeugnisse, Referenzen: ein Ratgeber aus der Beobachter-Praxis, Zürich 2012, 223 S. 177
c) BETTEX, CHRISTIAN: Le cadre légal des enquêtes internes dans les banques et autres grandes entreprises en droit du travail, SJ 2013, S. 157 ff.
d) ENZLER, ALEX: Der arbeitsrechtliche Zeugnisanspruch, Diss. Universität Zürich, in: Zürcher Studien zum Privatrecht, Zürich 2012, 202 S.
e) GEISER, THOMAS: Berechnung der Kündigungsfristen im Arbeitsvertragsrecht, recht 2012, S. 1 ff.
f) HENSCH, ANGELA: Sonderregelungen für schwangere und stillende Arbeitnehmerinnen im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis, AJP 2012, S. 1088 ff.
g) IMBACH, HAUMÜLLER DIANA: Whistleblowing – Bestandteil einer effektiven Kontrolle, GesKR 2013, S. 71 ff.
h) JUNGO, NICOLE: Whistleblowing – Lage in der Schweiz, recht 2012, S. 65 ff.
i) KETTIGER, DANIEL: Der Persönlichkeitsschutz im Arbeitsverhältnis im Lichte von Auskunftspflichten des Sozialhilferechts am Beispiel des Kantons Bern, Jusletter vom 2. April 2012
j) MÄGERLE, DANIEL: Probleme bei der Kürzung von Ferienansprüchen, Anwaltsrevue 2012, S. 21 ff.
k) MÜLLER, ROLAND/THALMANN, PHILIPP: Streitpunkt Arbeitszeugnis: rechtliche Grundlagen, Zeugnisinhalt und -analyse, Muster und Checklisten, Basel 2012, 127 S.

l) MÜLLER, ROLAND/ZÜND, DAVID: Die Durchsetzung von Konkurrenzverboten im Arbeitsrecht, AJP 2012, S. 1781 ff.
m) ÖSTERREICHER SPANIOL, GUDRUN: Unternehmensinterne Untersuchungen Anwaltsrevue 2013, S. 279 ff.
n) PÄRLI, KURT: Evaluieren, kontrollieren, überwachen: Datenschutz in Arbeitsverhältnissen, in: Ueli Kieser/Kurt Pärli (Hrsg.), Datenschutz im Arbeits-, Versicherungs- und Sozialbereich: Aktuelle Herausforderungen: Referate der Tagung vom 29. November 2011 in Luzern, IRP-HSG St. Gallen 2012, S. 29 ff.
o) PORTMANN, WOLFGANG/PRZEZAK PRZEMYSLAW: Haftung des Arbeitgebers gegenüber Dritten für fehlerhafte Arbeitszeugnisse: Delikts- oder Vertrauenshaftung?, ArbR 2012, S. 13 ff.
p) RIHM, THOMAS: Verstärkter Schutz des Whistleblowing in der Schweiz: arbeitsrechtlicher Kronzeugenschutz als Corporate Governance Aufgabe, ArbR 2012, S. 47 ff.
q) RUDOLPH, ROGER: Probezeit, Tuchfühlung mit Tücken
r) RUDOLPH, ROGER: Zankapfel «Ferien», TREX 2013, S. 166 ff.
s) RUDOLPH, ROGER/VON KAENEL, ADRIAN: Aktuelle Fragen zur Arbeitszeit, AJP 2012, S. 197 ff.
t) STAEGER, ALEXANDRE/MEIER PHILIPPE: Surveillance vidéo sur le lieu de travail – quelques enseignements tirés de l'Arrêt du TF 9C_785/2010 du 10 juin 2011, Jusletter vom 16. April 2012
u) STEIGER-SACKMANN, SABINE: Psychische Gesundheitsprävention am Arbeitsplatz, Ius.full 2013, S. 128 ff.
v) STEIGER-SACKMANN, SABINE: Schutz vor psychischen Gesundheitsrisiken am Arbeitsplatz: rechtliche Möglichkeiten zur Verbesserung der Prävention, Diss. Universität Zürich, in: Zürcher Studien zum öffentlichen Recht, Band 207, Zürich 2013, 329 S.
w) TESTER, MARISA: Video- und GPS-Überwachung von Arbeitnehmenden, Jusletter vom 24. September 2012
x) VON KAENEL, ADRIAN (Hrsg.): Whistleblowing – Multidisziplinäre Aspekte, Schriften zur Rechtspsychologie Band 12, Bern 2012, 196 S. 170

3. Lohn und weitere Entschädigungen

a) BÄCHLER, FRANZISKA: Vergütungen von Verwaltungsräten und Geschäftsleitungsmitgliedern in Banken, Diss. Universität Zürich, in: Zürcher Studien zum Privatrecht, Band 246, Zürich 2012, 206 S.
b) DAENIKER, DANIEL/PESTALOZZI, ULRICH: Gibt es «faire» Managerlöhne? Rechtliche und wirtschaftsethische Betrachtungen zu einem umstrittenen Thema, SJZ 2012, S. 393 ff.

c) EHRENSTRÖM, PHILIPPE/OLOFSSON, FRÉDÉRIC: La liberté du salaire et ses (nouvelles) limites, Jusletter vom 12. März 2012
d) FISCHER, SYLVIE: Verser une prime aux employés présents peut se retourner contre l'employeur, plädoyer 2013, S. 12 ff.
e) FORSTMOSER, PETER: «Say-on-Pay» – Die Volksinitiative «gegen die Abzockerei» und der Gegenvorschlag des Parlaments, SJZ 2012, S. 337 ff.
f) GREMPER, PHILIPP: Frage der Zulässigkeit der Zahlung des Lohnes in Euro, Anwaltsrevue 2012, S. 73 ff.
g) HÄUSERMANN, DANIEL M.: «Abzocker»-Initiative umsetzen – aber wie?, SJZ 2013, S. 153 ff.
h) HÄUSERMANN, DANIEL M.: Aktienrechtliche Umsetzung der «Abzocker»-Initiative – Spielraum und Rechtstechniken, SJZ 2012, S. 537 ff.
i) HÄUSERMANN, DANIEL M.: Strafrechtliche Konsequenzen der «Abzocker»-Initiative, Jusletter vom 11. Februar 2013
j) HELBLING, CHRISTOPH: Mitarbeiterbeteiligungspläne in den Statuten – Bemerkungen aus der Praxis zum Vorentwurf zur Verordnung gegen die Abzockerei, Der Schweizer Treuhänder 2013, S. 700 ff.
k) MEIER-GUBSER, STEFANIE: Arbeitsrechtliche Aspekte der Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften, AJP 2013, S. 1567 ff.
l) MEYER, KARIN: Pro-rata-Anspruch bei Boni zwingend?, Anwaltsrevue 2013, S. 216 ff.
m) MORF, ROGER: Gratifikation und Freiwilligkeitsvorbehalt, ArbR 2012, S. 67 ff.
n) MOSER-HARDER, BRIGITTA: Abzocker-Initiative liegt im internationalen Trend, Jusletter vom 14. Januar 2013
o) RUDOLPH, ROGER: Anwendbarkeit der Akzessorietätsrechtsprechung bei hohen Einkommen: Rechtsfolge und Berechnungsmethode bei fehlender Akzessorietät: Besprechung des Urteils des Arbeitsgerichts Zürich vom 13. Dezember 2011 (AN100077), ARV 2012, S. 243 ff.
p) VALUCCI SCHMUTZ, VIRNA: Der Import und Export von Mitarbeiteroptionen: eine Beurteilung der Steuerfolgen für Führungskräfte nach geltendem Recht und nach dem neuen Bundesgesetz über die Besteuerung von Mitarbeiterbeteiligungen, Basel 2012, 102 S.
q) WAEBER, JULIEN: Circulaire FINMA 2010/1 sur les systèmes de rémunération: des obstacles en droit civil?, SZW 2012, S. 119 ff.
r) WEHRLI, RUDOLF: Nach der Minder-Initiative – wie weiter?, GesKR 2013, S. 1 ff.

4. Vertragsänderung, Beendigung und Übergang des Arbeitsverhältnisses

a) BÄNI, EVA-MARIA: Sozialplanpflicht und weitere Auswirkungen des Sanierungsrechts auf das Arbeitsrecht, ArbR 2013, S. 79 ff.
b) KAMBER, MARCO: Die Aufhebungsvereinbarung im Arbeitsvertragsrecht: Versuch einer Strukturierung der (inhaltlichen) Schranken der Vertragsbedingungsfreiheit, ArbR 2013, S. 43 ff.
c) PORTMANN, WOLFGANG: Information und Konsultation der Arbeitnehmerschaft – Anwendung, Umsetzung und Weiterentwicklung der Richtlinie zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer in der Europäischen Gemeinschaft, in: Pécsi Munkajogi Közlemények 2012, S. 81 ff.
d) RUSCH, ARNOLD: Anfechtung als Alternative zur fristlosen Entlassung, ARV online 2012 Nr. 108
e) SCHWAAB, JEAN-CHRISTOPHE: Les nouvelles règles sur les plans sociaux obligatoires (art. 335h-k CO), ARV 2013, S. 281 ff.
f) VÖGELI GALLI, NICOLE: Ablaufdatum einer Verwarnung, Anwaltsrevue 2013, S. 223 ff.
g) WILDHABER, ISABELLE: Kündigung von Arbeitnehmervertretern aus wirtschaftlichen Gründen, Jusletter vom 2. Juli 2012
h) ZANETTI, GIANNI F.: Der arbeitsrechtliche Aufhebungsvertrag, Anwaltsrevue 2012, S. 84 ff.

V. Kollektives Arbeitsrecht

a) BAUMGÄRTNER, ALEX: Industrial Relations in der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Bern 2012, 408 S.
b) BOUTELLIER, CHRISTINE: GAV – Tipps für die Praxis, Anwaltsrevue 2012, S. 80 ff.
c) BRÜHWILER, JÜRG: Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen: Bemerkungen zum branchenübergreifenden Einbezug von Zuliefer- und Abnehmerbetrieben in die Allgemeinverbindlicherklärung des Landesmantelvertrags der Bauwirtschaft (LMV) und des Gesamtarbeitsvertrags für den flexiblen Altersrücktritt im Bauhauptgewerbe (GAV FAR), ARV 2012, S. 138 ff.
d) JOEHRO, ARIE: Der Gesamtarbeitsvertrag Personalverleih, ArbR 2013, S. 105 ff.
e) KELLER, STEFAN: Der Gesamtarbeitsvertrag im Sozius des Betriebsübergangs, in: Stefan Keller/Stefan Wiprächtiger (Hrsg.), Recht zwischen Dogmatik und Theorie – Marc Amstutz zum 50. Geburtstag, Zürich/St. Gallen 2012, S. 113 ff.

f) MATHIS ZWYGART, ESTELLE: L'application des conventions collectives de travail aux contrats de travail temporaire: Etude de l'article 20 LSE, Diss. Universität Neuchâtel, in: Collection neuchâteloise, Basel 2012, 287 S.
g) OESCH, DANIEL: Die Bedeutung von Gesamtarbeitsverträgen für die Arbeitsmarktregulierung in der Schweiz, ARV 2012, Sonderausgabe, S. 120 ff.
h) ORDOLLI, GENEVIÈVE: Intranet et Internet dans les rapports collectifs de travail: étude de droit suisse et comparé, Diss. Universität Genf, Genf 2013, 440 S.
i) PORTMANN, WOLFGANG: Betriebsstörung durch Flashmob: ein zulässiges Mittel im Rahmen eines Arbeitskampfs?, in: Guillod Olivier/ Müller Christoph (Hrsg.), Pour un droit équitable, engagé et chaleureux: Mélanges en l'honneur de Pierre Wessner, Basel 2011, S. 515 ff.
j) PORTMANN, WOLFGANG/VON KAENEL, ADRIAN/HALBEISEN, ANDREA: Ausgewählte Fragen zum Erlass eines Normalarbeitsvertrags im Sinne von Art. 360a OR, AJP 2013, S. 1467 ff.
k) RIEMER-KAFKA, GABRIELA: Innovationskraft der GAV für die Gleichstellung und die soziale Sicherheit, ARV 2012, Sonderausgabe, S. 110 ff.
l) STÖCKLI, JEAN-FRITZ: Die Kontrolle der Einhaltung allgemeinverbindlicher Gesamtarbeitsverträge bei Entsendung, ArbR 2012, S. 95 ff.
m) STÖCKLI, JEAN-FRITZ: Schutzgedanken im Arbeitsrecht: neue Legitimation der Gewerkschaften durch ein Wahlmandat, ArbR 2013, S. 141 ff.
n) STUDER, PETER: Wenig Schutz für Gewerkschafter, plädoyer 2012, S. 23 f.

VI. Öffentliches Arbeitsrecht

a) CIRIGLIANO, LUCA: Die Auswirkungen fehlender Arbeitszeiterfassung auf die Kurzarbeit nach Art. 31 ff. AVIG, Jusletter vom 15. Juli 2013
b) DONATSCH MARCO/GÄCHTER THOMAS (Hrsg.): Zürcher Lehrpersonalrecht, Zürich 2012, 203 S.
c) GREBSKI, LUKASZ: Anrechnung des privatärztlichen Zusatzeinkommens an Ansprüche auf Überzeitentschädigung bei Oberärzten am Universitätsspital Zürich, Besprechung des Urteils des Bundesgerichts, I. sozialrechtliche Abteilung, vom 23. August 2012 (8C_844/2011; auszugsweise publiziert als BGE 138 I 356) sowie des Urteils des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich (Vorinstanz), 4. Kammer, vom 7. Oktober 2011 (PB.2010.00054), ARV 2013, S. 113 ff.
d) HANGARTNER, YVO: Whistleblowing in der öffentlichen Verwaltung, Grundrechtliche Bemerkungen aus Anlass von Urteilen des schweize-

rischen Bundesgerichts und des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, AJP 2012, S. 490 ff.

e) MÉTILLE, SYLVAIN: Les enseignements à tirer de la surveillance illicite de magistrats et fonctionnaires par un service informatique, Commentaire de l'affaire jurassienne du Pornogate, Jusletter vom 3. September 2012

f) MÜLLER, ROLAND/BOMATTER, ANDRÉ: Die juristische Person als Familienbetrieb im Sinne von Art. 4 ArG, AJP 2012, S. 975 ff.

g) NEUHAUS, ANDREA/BUHOLZER PATRICIA: Arbeitszeitregelungen in der gewerbsmässigen Luftfahrt: Zusammenspiel Arbeitsrecht – Luftrecht, Bulletin/Schweizerische Vereinigung für Luft- und Raumrecht 2013, S. 42 ff.

h) NEUHAUS, ANDREA/BUHOLZER PATRICIA: Arbeitszeitvorschriften in der gewerbsmässigen Luftfahrt, in: Roland Müller/Andreas Wittmer (Hrsg.): CFAC – Schriften zur Luftfahrt, Zürich/St. Gallen 2013, 127 S.

i) PORTMANN, WOLFGANG/RIBBE, RÉMY: Vom öffentlichen Restaurationsbetrieb zum privaten Raucherklub – Kreativer Ausweg oder unzulässige Gesetzesumgehung?, AJP 2012, S. 649 ff.

j) STENGEL, MANUEL/BRÄNDLI, SANDRA: Pikettdienst unter Art. 8a ArGV 2, AJP 2013, S. 55 ff.

k) SUBILIA, OLIVIER: Les horaires de travail selon la Loi sur le travail, Lausanne 2012, 54 S.

l) UEBERSCHLAG, JAKOB: Repetitorium zum Gleichstellungsgesetz, Bern 2012, 149 S.

VII. Arbeitsgerichtsbarkeit und Rechtsprechung

a) CHAVANNE, MICHEL: Jurisprudence récente en droit du travail: morceaux choisis, plädoyer 2013, S. 46 ff.

b) GEISER, THOMAS: Arbeits- und auftragsrechtliche Streitigkeiten mit Managern, in: Luterbach, Thierry (Hrsg.): Manager – Unternehmungen – Rechtsschutzversicherungen, Zürich/St. Gallen 2013, S. 1 ff.

c) GEISER, THOMAS: Arbeitsrechtliche Rechtsprechung 2011, AJP 2012, S. 111 ff.

d) GEISER, THOMAS: Rechtsprechung zum Arbeitsrecht 2012, AJP 2013, S. 437 ff.

e) HINDERLING, REGULA: Gerichtliche Zuständigkeit bei arbeitsrechtlichen Streitigkeiten nach revidiertem Lugano-Übereinkommen, Anwaltsrevue 2012, S. 88 ff.

f) KOLLER, THOMAS: Die arbeitsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2011, ZBJV 2013, S. 705 ff.

g) KOLLER, THOMAS/SENNHAUSER, NORBERT: Die arbeitsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2010, ZBJV 2012, S. 405 ff.
h) LEMPEN, KARINE: La jurisprudence récente en matière de loi sur l'égalité entre femmes et hommes, in: Droit public de l'organisation – responsabilité des collectivités publiques – fonction publique, Bern 2012, S. 165 ff.
i) PORTMANN, WOLFGANG/STÖCKLI, JEAN-FRITZ/DUNAND JEAN-PHILIPPE (Hrsg.): Jahrbuch des Schweizerischen Arbeitsrechts (JAR) 2013, Bern 2013, 664 S.
j) RUDOLPH, ROGER: Besprechung eines Beschwerdeentscheids des Staatsrats des Kantons Wallis vom 27. November 2013 (Öffentliches Dienstrecht/Persönlichkeitsschutz), ARV 2013, S. 302 ff.
k) SEILER, ZOÉ JUDITH: Oeuvres et contrat de travail: interprétation du contrat en cas de litige, SJ 2012, S. 99 ff.
l) SUBILIA, OLIVIER/SCHWEIZER, STÉPHANIE: Mobbing: cachez-lui cette souffrance qu'il ne saurait voir: réflexions dans le prolongement de l'arrêt TF, 2C_462/2011, du 9 mai 2012, ARV 2012, S. 323 ff.

VIII. Europäisches und Internationales Recht

a) EHRENSTRÖM, PHILIPPE: Contrat de travail et immunité de juridiction de l'Etat défendeur, Jusletter vom 9. Juli 2012
b) ENZ, MARC: Grenzgängerregelungen, Diss. Bern 2012, 321 S.
c) FRÉCHELIN, KATI: Freizügigkeitsabkommen zwischen der Schweiz und der EU – Inkrafttreten neuer Verordnungen, Soziale Sicherheit CHSS 2012, S. 125 f.
d) HOFMANN-SCHMID, GABRIELE: EuroAirport Basel-Mulhouse-Freiburg: anwendbares Arbeitsrecht im Schweizer Sektor: accord de méthode, Bulletin/Schweizerische Vereinigung für Luft- und Raumrecht 2012, S. 60 ff.
e) SCHULTE, BERND: Die neue Europäische Sozialrechtskoordinierung in Gestalt der Verordnungen (EG) Nrn. 883/04 und 987/09, SZS 2012, S. 44 ff. und 143 ff.
f) VÖGELI, ANDREAS: Die Scheinselbständigkeit im Kontext der flankierenden Massnahmen zur Personenfreizügigkeit, in: Markus Rüssli/Julia Hänni/Reto Häggi Furrer (Hrsg.), Staats- und Verwaltungsrecht auf vier Ebenen, Festschrift für Tobias Jaag, Zürich 2012, S. 741 ff.

IX. Sozialversicherungsrecht

a) FULD, STÉPHANIE/MICHEL, JEAN-TRISTAN: Le portage salarial – analyse en droit du travail et des assurances sociales suisses, Jusletter vom 22. Oktober 2012
b) GROB, FRANZISKA: Die Behandlung von Personen mit Erwerbsunterbrüchen im Schweizerischen Sozialversicherungsrecht, Diss. Universität Freiburg, in: Arbeiten aus dem Iuristischen Seminar der Universität Freiburg, Band 310, Zürich 2012, 303 S.
c) HENSCH, ANGELA: Arbeitsrechtliche Fragen der spitalexternen Krankenpflege, Pflegerecht – Pflegewissenschaft 2012, S. 11 ff.
d) HÜRZELER, MARC M.: Unfallbedingte Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers: ein Blick auf die neuralgischen Schnittstellen zwischen Arbeits-, Sozialversicherungs- und Haftpflichtrecht, BJM 2013, S. 105 ff.
e) KIESER, UELI: Checklisten für die Auswirkungen von Stellenwechsel und Entlassung auf die einzelnen Sozialversicherungszweige, recht 2012, S. 10 ff.
f) KIESER, UELI: Die Koordination von Taggeldern der Arbeitslosenversicherung mit Taggeldern anderer Sozialversicherungszweige, ARV 2012, S. 217 ff.
g) KRADOLFER, MATTHIAS: Soziale Sicherheit zwischen «Verrechtlichung» und Fortentwicklung: die Rechtsprechung des EGMR zum Leistungsabbau im Sozialversicherungsrecht, ZBl 2012, S. 53 ff.
h) LÖTSCHER, RAFAEL/FÄHNDRICH, CARMEN: Sozialversicherung: Die neuen EU-Verordnungen, TREX 2012, S. 166 ff.
i) MEDICI, GABRIELA/SCHILLINGER, SARAH: Arbeitsmarkt Privathaushalt – Pendelmigrantinnen in der Betreuung von alten Menschen, Soziale Sicherheit CHSS 2012, S. 17 ff.
j) OTTIMOFIORE, GIUSEPPA/THALMANN, CHRISTOPH: Du conflit de règles relatives à la subrogation dans la législation sur l'assurance-chômage: ou comment le contournement des principes directeurs du droit administratif compromet la sécurité du droit, ARV 2013, S. 189 ff.
k) PÄRLI, KURT: Konflikte im Pflegearbeitsverhältnis, Pflegerecht – Pflegewissenschaft 4/2013, S. 224 ff.
l) PLETSCHER, CLAUDIA/JOST, MARCEL: Arbeitsmedizinische Vorsorgeuntersuchungen in der Schweiz, SUVA medical 2012, S. 74 ff.
m) RUBIN, BORIS: Droit à l'indemnité de chômage des personnes occupant une position assimilable à celle d'un employeur, ARV 2013, S. 1 ff.
n) SENTI, CHRISTOPH: Pensionierte Angestellte – Heikle sozialrechtliche Punkte, plädoyer 2012, S. 37 ff.
o) TRAGESER, JUDITH/HAMMER, STEFAN: Altersrücktritt im Kontext der demographischen Entwicklung, Soziale Sicherheit CHSS 2012, S. 361 ff.

X. Verschiedenes

a) ALDER, DANIEL: E-Mail-Daten am Arbeitsplatz im Fokus von Datenschutz- und Arbeitsrecht, Anwaltsrevue 2013, S. 276 ff.
b) BOLLIGER, GIERI/KÜNZLI, CHRISTINE: Rechtsfragen zur Tierhaltung am Arbeitsplatz, in: Tier und Recht 2012, Zürich, S. 303 ff.
c) BUSER, PIA: Der Arbeitnehmerurheber im Kollisionsrecht, Diss. Universität Basel, in: Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Schriftenreihe für internationales Recht, Band 121, Basel 2014, 453 S.
d) BUSER, PIA: Die erste Inhaberschaft am Arbeitnehmerwerk im schweizerischen Kollisionsrecht, ArbR 2013, S. 15 ff.
e) CATTELAN, RAETUS: Rückruf des Geschäftsfahrzeugs, Anwaltsrevue 2013, S. 210 f.
f) COSTA, GIORDANO: Internet- und E-Mail-Überwachung am Arbeitsplatz, Jusletter vom 9. Januar 2012
g) GEISER, THOMAS: Arbeitsrechtliche Folgen von Verkehrsdelikten, Strassenverkehr 2013, S. 30 ff.
h) GEISER, THOMAS: Interne Untersuchungen in einem Unternehmen und Datenschutz, in: Datenschutz-Forum Schweiz (Hrsg.), Von der Lochkarte zum Mobile Computing, Zürich/Basel/Genf 2012, S. 19 ff.
i) GEISER, THOMAS: Weiterbildung: Finanzierung aus arbeitsrechtlicher Sicht, plädoyer 2013, S. 28 ff.
j) HUGENTOBLER, MARKUS: Arbeitgeberschreck Gesundheitscheck, AJP 2013, S. 1142 ff.
k) JOSITSCH, DANIEL/BRUNNER CLAUDIA V.: Whistleblowing als Rechtfertigungsgrund, AJP 2012, S. 482 ff.
l) KLEINER, JAN: Der Spielervertrag im Berufsfussball: unter Berücksichtigung prozessualer Besonderheiten in Verfahren vor staatlichen Gerichten, Schiedsgerichten und Verbandsinstanzen, Diss. Universität Zürich, in: Schriftenreihe Causa Sport, Band 7, Zürich 2013, 979 S.
m) KUHN, ROLF/VOGEL, SEVERINE: Erwerbstätigkeit und Steuerpflicht sog. Drittstaatenangehöriger in der Schweiz, Jusletter vom 5. November 2012
n) LERCH, ANDRÉ: Arbeitsrechtliche Rückzahlungsvorbehalte für Aus- und Weiterbildungskosten, Anwaltsrevue 2012, S. 24 ff.
o) LUGINBÜHL, JÜRG OSKAR/BRÜHLMANN, TONI: Arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit – Eine Problematik an der Schnittstelle von Medizin und Recht, Jusletter vom 19. August 2013
p) MAGG, CLINT: Das Spielervermittlerreglement der FIFA, seine nationale Umsetzung durch den SFV und den DFB und seine Vereinbarkeit mit schweizerischem und deutschem Recht, Diss. Universität Zürich, in: Schriften zum schweizerischen Arbeitsrecht, Bern 2012, 334 S.
q) MATHYS, SAMUEL: Berufliche Gleichstellung von Menschen mit Behinderungen, Soziale Sicherheit CHSS 2013, S. 209 ff.

r) MEIER, ANNE: Pour un retour du critère de l'intégration dans la définition du contrat de travail, ARV 2013, S. 97 ff.
s) MEYER BARBARA: Ausländische Angestellte in der Schweiz – ausgewählte Fragestellungen, Anwaltsrevue 2012, S. 26 ff.
t) PALLY HOFMANN, URSINA: Recht in der Geburtshilfe: ein Leitfaden für den medizinischen Berufsalltag mit Schwangeren, Gebärenden und Wöchnerinnen, Zürich 2013. 196 S.
u) PÄRLI, KURT: Rechtsfragen der Beschäftigung ausländischen Pflegepersonals, in: Pflegerecht – Pflegewissenschaft 2012, S. 91 ff.
v) RABAGLIO, ORLANDO: Wer ist gerade mein Arbeitgeber?, TREX 2013, S. 42 ff.
w) REHBINDER, MANFRED: Arbeitsrecht als kompensatorisches Recht nach dem Menschenbild des homo reciprocans?, ARV 2012, S. 129 ff.
x) RIEDER, STEFAN: Sind Ferienentschädigungen vererbbar?, AJP 2012, S. 1579 ff.
y) RIEMER-KAFKA, GABRIELA/SHERIFOSKA, RAIMA: Religion am Arbeitsplatz, ARV 2012, S. 305 ff.
z) ROHNER, TOBIAS/FURRER URS: Knacknüsse bei der Lieferung von Daten durch Schweizer Banken an die USA, Der Schweizer Treuhänder 2013, S. 515 ff.
aa) RUDOLPH, ROGER/VON KAENEL, ADRIAN: Arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit: Entgegnung zum Beitrag von Luginbühl/Brühlmann in Jusletter vom 19. August 2013, Jusletter vom 9. September 2013
bb) SCHERRER, URS: Die «Causa Sion»: ein juristisches Erdbeben ohne nachhaltige Folgen, SJZ 2013, S. 5 ff.
cc) SEILER, ZOÉ JUDITH: Cinéma: droit d'auteur et droit du travail: étude de droit comparé, Diss. Universität Genf, Genf 2012, 564 S.
dd) SENTI CHRISTOPH: Auftrag oder Personalverleih? – Rechtliche Gratwanderung mit drastischen Folgen, AJP 2013, S. 356 ff.
ee) SUTER, REGULA: Die Besteuerung von Abgangsentschädigungen, Anwaltsrevue 2012, S. 16 ff.
ff) VISCHER, FRANK: Das schweizerische Arbeitsrecht – Rechtspolitische Weichenstellung, AJP 2013, S. 349 ff.
gg) WILDHABER, ISABELLE: Private Koalitionsbildung und Minderheitenschutz – Ein vergleichender Blick auf das Arbeitsrecht und das Aktienrecht, AJP 2012, S. 661 ff.
hh) WYLER, RÉMY/PANCHAUD VIRGINIE: La qualification du travail de l'artiste et ses conséquences, in: Bettina Kahil-Wolff/Stéphanie Perrenoud (Hrsg.), Les acteurs culturels en droit social, Bern 2012, S. 51 ff.