
A. Gesetzgebung

Zusammengestellt
von ANGELA OBRIST, MLaw

I. Allgemeines

1. Reformprojekte

a. *Allgemeines*

Die aktuelle Berichtsperiode wurde weitgehend durch die Diskussion um Lohnfragen geprägt. Die bereits 2008 eingereichte «*Abzocker-Initiative*» stellt in diesem Zusammenhang die Grundsatzfrage, ob ein Topmanager sein allfälliges Millionensalär wert sein kann bzw. ob Beschränkungen in der Lohnbildung nötig wären und impliziert bereits mit dem Titel der Initiative die Antwort der Initianten. Mit der Annahme der «*Abzocker-Initiative*» werden unbestrittenermassen die Aktionärsrechte gestärkt und insbesondere die Ausschüttung von Antrittsprämien sowie Abgangsschädigungen und dergleichen unterbunden.¹ Die Volksinitiative «*1:12 – für gerechte Löhne*» führt die Diskussion um Lohnbeschränkungen auf radikalem Weg weiter. Diese Initiative sieht vor, dass die bestverdienende Person in einem Unternehmen maximal zwölf Mal mehr verdienen kann als die Person mit dem niedrigsten Salär im gleichen Unternehmen.² Auch die «*Mindestlohninitiative*» liefert Diskussionsstoff um die Minimallöhne. Der Schweizerische Gewerkschaftsbund (SGB) als Initiant fordert, dass ein Mindestlohn von 22 Franken pro Stunde gesetzlich verankert wird. Nur so sei es möglich, ohne Existenzängste leben zu können.³

Die Teilrevision des Obligationenrechts zum Kündigungsschutz ist teilweise ins Stocken geraten, da die Vernehmlassungsergebnisse zur kontroversen Frage der Maximalhöhe der Pönale im Falle einer missbräuchlichen Kündigung sehr unterschiedlich ausgefallen sind. Auf Beschluss des Bundesrats wurde das Gesetzgebungsprojekt vorläufig sistiert und eine fundierte Studie zur Analyse der Notwendigkeit der Verstärkung des Kündigungsschutzes in Auftrag gegeben. Gleichzeitig wird der Schutz der *Whistleblower* weiterverfolgt und es wird eine Botschaft ausgearbeitet.⁴

b. *Abzocker-Initiative*

Am 3. März 2013 fand die jahrelange Diskussion um die Managerlöhne mit der Volksabstimmung über die «*Abzocker-Initiative*» ihr vorläufiges Ende. Volk und Stände haben diese mit einer überraschend deutlichen Mehrheit von 69% angenommen. Die bereits 2008 eingereichte Initiative verfolgt das Ziel, die Ausschüttung von teilweise extrem hohen Vergütun-

¹ Siehe unten, S. 4.

² Siehe unten, S. 33 f..

³ Siehe unten, S. 34 f.

⁴ Siehe unten, S. 6 f.

gen von Verwaltungsräten und Mitgliedern der Geschäftsleitung zu beschränken und gleichzeitig die Aktionärsrechte zu stärken. Der neue Verfassungsartikel Art. 95 Abs. 3 BV versucht dieses Ziel mit 24 einzelnen Forderungen zu erreichen.⁵ Diese Neuerungen gelten ausschliesslich für börsenkotierte Unternehmen. Die arbeitsrechtlich relevanten Bestimmungen werden in der Folge kurz zusammengefasst.⁶

- Die Aktionäre stimmen jährlich an der Generalversammlung über die Gesamtsumme der Vergütungen der Mitglieder des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung sowie des Beirates ab. Zudem wird der Verwaltungsratspräsident jährlich neu gewählt.
- Die Aktionäre wählen jährlich den Verwaltungsrat, dessen Präsidium sowie die Mitglieder des Vergütungsausschusses.
- Die bisher mögliche Organstimmrechts- sowie die Depotstimmrechtsvertretung wird neu untersucht.
- Die Statuten regeln die Erfolgs- und Beteiligungspläne sowie die Höhe der Renten, Kredite und Darlehen der Organmitglieder.
- Die Organmitglieder erhalten keine Abgangs- oder andere Entschädigung sowie keine Vergütung im Voraus.
- Widerhandlungen gegen diese Neuerungen werden mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren bzw. Geldstrafe bis zu sechs Jahresvergütungen bestraft.

Die vergangenen Sessionen des Parlaments waren geprägt von Diskussionen um das Aktienrecht. Zunächst mit der geplanten *Aktienrechtsrevision von 2007* und in der Folge von den verschiedenen Gegenvorschlägen im Zusammenhang mit der «*Abzocker-Initiative*».⁷ Die Ausarbeitung der Gegenvorschläge war rückblickend zäh und unübersichtlich, die Behandlungsfrist musste zweimal um je ein Jahr verlängert werden und die beiden Räte waren sich bis zum Schluss uneinig.⁸ Aus diesem Grund wurde in den Abstimmungsunterlagen auch keine Abstimmungsempfehlung der beiden Räte angefügt. Der Bundesrat unterstützt grundsätzlich das Anliegen, überhöhten Managerlöhnen den Riegel zu schieben.⁹ In seiner Abstimmungsempfehlung favorisierte er allerdings den indirekten Gegenvorschlag. Dies mit der Begründung, dass das Hauptanliegen der Stärkung der Aktionärsrechte aufgenommen und gleichzeitig eine praxistaugliche Lö-

⁵ AS 2013 1303.

⁶ Notiz des Sekretariats der Kommission für Rechtsfragen, Vergleich Volksinitiative «gegen die Abzockerei» – indirekter Gegenvorschlag, 08.080 vom 5. Dezember 2013.

⁷ Vgl. Vorjahresbericht JAR 2012, S. 9 ff.

⁸ Vgl. Curia Vista, 08.080 Gegen die Abzockerei. Volksinitiative. OR. Änderung, http://www.parlament.ch/d/suche/seiten/legislaturrueckblick.aspx?rb_id=20080080 (zuletzt besucht am 12. August 2013).

⁹ Medienmitteilung des Bundesrates vom 18. Dezember 2012.

sung geliefert wird.¹⁰ Mit der deutlichen Entscheidung des Stimmvolkes für die «*Abzocker-Initiative*» wurde ein starkes Zeichen gesetzt.

Die *Umsetzung der Initiative* ist bereits im Gang. Mitte Juni wurde der Vorentwurf zur Verordnung gegen die Abzockerei¹¹ vorgestellt und die bis zum 28. Juli dauernde Anhörung eröffnet. Der Erlass soll voraussichtlich auf den 1. Januar 2014 in Kraft gesetzt werden.¹² Die genannte Ausführungsverordnung wird so lange gelten, bis die parlamentarische Umsetzung der Initiative auf Gesetzesstufe erfolgt ist.¹³ Gemäss den Äusserungen des Bundesrates soll die Umsetzung nahe am Wortlaut erfolgen – auch in Bezug auf die Strafbestimmungen.¹⁴ Zudem wird nun über die Möglichkeit diskutiert, weitere Vorschläge des indirekten Gegenvorschlages, wie bspw. die Verschärfung der Rückerstattungsklage oder eine Konkretisierung der Sorgfaltspflicht des Verwaltungsrates, aufzunehmen.¹⁵

Die neue Sanktionsbestimmung auf Verfassungsebene könnte teilweise mit der Strafnorm Art. 158 StGB¹⁶ umgesetzt werden. Richtet ein Verwaltungsrat nach neuem Recht unerlaubte Vergütungen aus, bspw. eine Abgangsentschädigung an einen nicht wiedergewählten Verwaltungsrat, so könnte er den Tatbestand der ungetreuen Geschäftsbesorgung erfüllen. Gemäss Art. 158 StGB handelt er als Geschäftsführer pflichtwidrig, indem er die gesetzlichen und vertraglichen Regeln missachtet. Bis anhin gab es kaum aktienrechtliche Einschränkungen in der Vergütungsfestsetzung. Der Gesetzgeber müsste hier den Handlungsspielraum in Bezug auf Vergütungen einschränken, um dem Bestimmtheitsgebot gerecht zu werden. Zwei weitere Straftatbestände sind zudem die Vereitelung der Mitwirkungsrechte der Aktionäre sowie die Verletzung der Stimm- und Offenlegungspflichten der Vorsorgeeinrichtungen, die einer besonderen Umsetzung bedürfen.¹⁷

¹⁰ Ebd.

¹¹ Vorentwurf Verordnung gegen die Abzockerei, <http://www.ejpd.admin.ch/ejpd/de/home/dokumentation/mi/2013/2013-06-141.html> (zuletzt besucht am 27. Juni 2013).

¹² Medienmitteilung des Bundesrates vom 14. Juni 2013.

¹³ Medienmitteilung des Bundesrates vom 26. März 2013.

¹⁴ NEUE ZÜRCHER ZEITUNG online (NZZ) «Wortgetreue Umsetzung innerhalb eines Jahres» vom 3. März 2013; zur Problematik der Normstufe der Strafbestimmungen im Zusammenhang mit deren Umsetzung auf Verordnungsebene, vgl. BRAND PATRIC/WYSS KARL-MARC/ZYSSET PASCAL, Nulla Minder-poena sine lege, in: Jusletter vom 27. Mai 2013.

¹⁵ NEUE ZÜRCHER ZEITUNG online (NZZ) «Wortgetreue Umsetzung innerhalb eines Jahres» vom 3. März 2013.

¹⁶ Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937, SR 311.0.

¹⁷ Vgl. zum Ganzen HÄUSERMANN DANIEL, Strafrechtliche Konsequenzen der «Abzocker»-Initiative, in: Jusletter vom 11. Februar 2013.

c. *Teilrevision OR zum Kündigungsschutz/Whistleblowing*

Die *Revisionsbestrebungen zum Kündigungsschutz* im Allgemeinen, zu Art. 336 OR ff. sowie zum Schutz von Whistleblowern dauern weiterhin an.

Der Bundesrat hat in den letzten Jahren die Sanktionen für die Fälle von ungerechtfertigten und missbräuchlichen Kündigungen analysiert und ist zum Ergebnis gekommen, dass sich der seit 1989 geltende Kündigungsschutz grundsätzlich bewährt hat.¹⁸ Allerdings wurde unter anderem vorgeschlagen, die maximale Sanktion einer ungerechtfertigten Kündigung von sechs auf zwölf Monatslöhne zu erhöhen.¹⁹ Diese Änderung wurde in der aktuellen Vernehmlassung kontrovers diskutiert. Sechzehn Kantone²⁰ sowie die SP, Travail Suisse und der SGB sprechen sich grundsätzlich für einen allgemeinen Regelungsbedarf aus.²¹ Sechs Kantone²², die CVP, FDP und die SVP sprechen sich gegen jegliche Veränderung des Kündigungsschutzes aus. Dies mit dem Argument, dass der liberale und flexible Charakter des schweizerischen Arbeitsrechts aufgrund seiner erheblichen Bedeutung für den Wirtschaftsstandort Schweiz beibehalten werden soll.²³ Diese andauernde Uneinigkeit hat den Bundesrat dazu veranlasst, das Gesetzgebungsprojekt im November 2012 vorläufig zu sistieren. Gleichzeitig beauftragt er aber das EJPD, zusammen mit dem EVD eine fundierte Studie zu den Grundlagen des *Kündigungsschutzes für Arbeitnehmervertreter* zu erarbeiten. Ziel dieser Studie ist einerseits, zusammen mit der tripartiten eidg. Kommission für Angelegenheiten der IAO einerseits eine von Sozialpartnern unterstützte Lösung für Arbeitnehmervertreter zu finden und andererseits zu entscheiden, ob und inwiefern der allgemeine Kündigungsschutz verbessert werden soll.²⁴

Im Zusammenhang mit der *Problematik des Whistleblowings*²⁵ wird vom EJPD eine Botschaft ausgearbeitet, die vorsieht, dass derjenige Arbeitnehmer, der an seinem Arbeitsplatz auf Missstände aufmerksam macht, vor Vergeltungsmassnahmen geschützt werden soll.²⁶ Der Gesetzgeber

¹⁸ Medienmitteilung des Bundesrates vom 21. November 2012.

¹⁹ Teilrevision des Obligationenrechts (Sanktion bei missbräuchlicher oder ungerechtfertigter Kündigung), Bericht über die Vernehmlassungsergebnisse, S. 5.

²⁰ AI, AR, BE, BS, FR, GR, NW, OW, SG, SH, SO, TI, UR, VS und ZH; ebd.

²¹ Ebd.

²² AG, BL, GE, SZ, TG und ZG.

²³ Teilrevision des Obligationenrechts (Sanktion bei missbräuchlicher oder ungerechtfertigter Kündigung), Bericht über die Vernehmlassungsergebnisse, S. 6.

²⁴ Medienmitteilung des Bundesrates vom 21. November 2012, S. 2.

²⁵ Vgl. M.w.H. statt vieler IMBACH HAUMÜLLER, DIANA, Whistleblowing – Bestandteil einer effektiven internen Kontrolle, in: GesKR 2013, S. 71 ff.

²⁶ Medienmitteilung des Bundesrates vom 21. November 2012.

möchte mit Art. 321a^{bis} OR ein dreistufiges Kaskadensystem verankern.²⁷ In Absatz 1 wird zunächst festgehalten, dass der Arbeitnehmer nicht gegen seine Treuepflicht verstosse, wenn er dem Arbeitgeber Missstände in Treu und Glauben meldet.²⁸ Erwähnenswert ist hierbei, dass der Gesetzgeber vorsieht, dass der Arbeitnehmer Missstände in guten Treuen melden soll. Dies wohl um sicherzustellen, dass es sich um eine betriebsinterne Behebung von Unregelmässigkeiten und nicht um die blossе Diskreditierung von Vorgesetzten oder Mitarbeitern handelt.²⁹ Um zu gewährleisten, dass eine Meldung im Sinne des Gesetzesentwurfes erfolgt, wird zu Recht die Einrichtung betriebsinterner Meldestellen gefordert.³⁰ Als Vorbild dienen dabei innerbetriebliche Vertrauenspersonen, die Beschwerden wegen sexueller Belästigung entgegennehmen.³¹ Diese Formalisierung würde Rechtssicherheit im Zusammenhang mit der Information der beiden nächsten Schritte liefern. Zudem hat sich die Implementierung von Whistleblowing-Systemen zunehmend als «Best Practice Standard» bewährt und ist somit zu einem wichtigen Bestandteil des internen Controllings geworden.³²

Reagiert der Arbeitgeber nicht oder nicht in angemessener Frist auf die Beschwerde, so darf sich der Arbeitnehmer gemäss Art. 321a^{bis} Abs. 2 im zweiten Schritt an die zuständige Behörde wenden. Versagt diese ebenfalls, so darf der Arbeitnehmer die Missstände – im Sinne einer ultima ratio – gegebenenfalls gegenüber den Medien oder interessierten Organisationen publik machen.³³ Wird dem Whistleblower, der sich nach dem soeben dargestellten Ablauf verhalten hat, gekündigt, so ist diese Kündigung nach der neuen Bestimmung Art. 336 Abs. 2 lit. d OR missbräuchlich.

2. Initiativen

a. *Volksinitiativen (Zustandekommen)*

Volksinitiative «Millionen-Erbschaften besteuern für unsere AHV (Erb-schaftssteuerreform)» (BBl 2013 2267)

²⁷ RIHM THOMAS, Verstärkter Schutz des Whistleblowing in der Schweiz – Arbeits-rechtlicher Kronzeugenschutz als Corporate Governance Aufgabe, in: ArbR 2012, S. 47, 53.

²⁸ Vorentwurf Obligationenrecht, Schutz bei Meldung von Missständen am Arbeits-platz.

²⁹ RIHM, ArbR 2012, S. 53 f.

³⁰ Ebd.

³¹ Ebd.; vgl. auch RÜEDI MARCO, Whistleblowing in der Praxis, in: Adrian von Kaenel (Hrsg.) Whistleblowing – Multidisziplinäre Aspekte, Bern 2012, S. 99 ff., der ein stark formalisiertes Verfahren mit seinen Vor- und Nachteilen aufzeigt.

³² IMBACH HAUMÜLLER, GesKR 2013, S. 77.

³³ Art. 321a^{bis} Abs. 3 OR.

Volksinitiative «Für Ehe und Familie – gegen die Heiratsstrafe» (BBl 2013 245)
Volksinitiative «Familien stärken! Steuerfreie Kinder- und Ausbildungszulagen» (BBl 2013 243)
Volksinitiative «Stopp der Überbevölkerung – zur Sicherung der natürlichen Lebensgrundlagen» (BBl 2012 9786)
Volksinitiative «Schluss mit den Steuerprivilegien für Millionäre Abschaffung der Pauschalbesteuerung» (BBl 2012 9228)

b. Standesinitiativen

Kanton Neuenburg: Vorsorgeeinrichtungen. Vermögensverwaltung (13.305)
Kanton Genf: Gesetzliches Verbot der Weitergabe von persönlichen Daten (13.303)
Kanton Jura: Für eine soziale Einheitskrankenkasse (13.300)
Kanton Bern: Berechnung der Standardarbeitskraft in der Landwirtschaft. Änderung (12.318)
Kanton Bern: Prostitution ist nicht sittenwidrig (12.317)
Kanton Basel-Stadt: Verbesserung der Standortbedingungen für die forschende pharmazeutische Industrie (12.315)

c. Parlamentarische Initiativen

Kommission für Wissenschaft, Bildung und Kultur NR: ETH. Gerechte Studiengebühren (12.429)
Fraktion der Schweizerischen Volkspartei: Kein Familiennachzug für vorläufig Aufgenommene (13.425)
Sozialdemokratische Fraktion: Kinderzulagen für alle statt Steuergeschenke für wenige (13.424)
Sommaruga: Der finanziellen Ausbeutung von Prostituierten ein Ende setzen (13.423)
Rossini: KVG. Gesamtschweizerischer Reservefonds (13.416)
Leutenegger Oberholzer: Parlamentsentschädigung. Alle Bürgerinnen und Bürger steuerlich gleich behandeln (13.412)
Kessler: Risikoselektion von Patienten mit teuren Medikamenten soll unterbunden werden (13.411)
Feri: Überprüfung des Sessionsrhythmus auf die Vereinbarkeit von Beruf, Familie und Politik (13.410)
Tornare: Bundesbeschluss über familienergänzende Kinderbetreuung (13.409)
Nordmann: Gerechte Studiengebühren an den ETH (13.405)

Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit SR: Die AHV braucht eine Schuldenbremse (13.400)

Bortoluzzi: Streichung von Artikel 51 KVG (12.500)

Minder: Börsenkotierte Aktiengesellschaften und von der öffentlichen Hand beherrschte Gesellschaften. Offenlegung von Zuwendungen an politische Akteure (12.499)

Neirynck: Unbeschränkter Aufschub des AHV-Rentenbezugs (12.491)

Reimann: Keine KVG-Grundversicherung für Sans-Papiers, für abgewiesene Asylbewerber sowie für solche mit Nichteintretensentscheid

Leutenegger Oberholzer: Verwaltungsräte der börsenkotierten Unternehmen. Gleichmässige Vertretung von Frauen und Männern. Änderung des Börsengesetzes (12.469)

Leutenegger Oberholzer: Verwaltungsräte der bundesnahen Unternehmungen. Gleichmässige Vertretung von Frauen und Männern (12.468)

3. Motionen und Postulate (Übersicht)

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

a. Arbeit und Bildung

Zanetti: Prüfung von Strafbestimmungen für Verletzungen des Wirtschafts- und Steuerrechts ausländischer Rechtsstaaten durch Mitarbeitende und Kader schweizerischer Banken und anderer Finanzintermediäre (13.3685 Po)

Schwaller: Personenfreizügigkeit und Fachkräftemangel in der Schweiz (13.3652 Mo)

Candinas: Weiterbildung von älteren Arbeitnehmern sicherstellen (13.3639 Po)

Candinas: Arbeitsplatzabbau im Berggebiet durch Verlagerung von Bundesstellen teilkompensieren (13.3638 Po)

Bulliard-Marbach: Verbesserung der bestehenden Finanzhilfen zur Umschulung und Weiterbildung für Bäuerinnen und Bauern (13.3624 Po)

Markwalder: Vereinfachte Zulassung für praktische Ausbildungen (13.3605 Mo)

Fraktion BD (Bürgerlich-Demokratische Partei): Personenfreizügigkeit und Fachkräftemangel in der Schweiz (13.3471 Mo)

Kommission für Wirtschaft und Abgaben SR: Steuerstreit der Schweizer Banken mit den Vereinigten Staaten. Flankierende Massnahmen (13.3469 Mo)

Fraktion CVP-EVP: Personenfreizügigkeit und Fachkräftemangel in der Schweiz (13.3453 Mo)

Kommission für Wirtschaft und Abgaben NR: Bankmanager. Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit (13.3450 Mo)

Kommission für Wirtschaft und Abgaben NR: Bereinigung des Steuerstreits der Schweizer Banken mit den Vereinigten Staaten. Schutz der Mitarbeitenden und der Dritten (13.3449 Mo)

Kommission für Wirtschaft und Abgaben SR: Bankmanager. Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit (Mo 13.3410)

Minder: Jugendarbeitslosigkeit vorbeugen und reduzieren (13.3389 Po)

Keller-Sutter: Potential inländischer Arbeitskräfte besser ausschöpfen (13.3382 Po)

Kommission für Wirtschaft und Abgaben-NR: Vollzug des AVIG durch die Kantone (13.3361)

Grossen: Schaffung von Anreizen zur Förderung von Home-Office und Telearbeit in der Bundesverwaltung (13.3358 Po)

Heer: Doppelbesteuerungsabkommen zwischen der Schweiz und Deutschland. Beseitigung der Ungleichbehandlung (13.3349 Mo)

van Singer: Den beruflichen Wiedereinstieg begünstigen. Die Schaffung geeigneter Fonds vorsehen (13.3348 Mo)

Piller Carrard: Beruflicher Wiedereinstieg. Fehlende Zahlen (13.3345 Po)

Caroni: Stärkung der rechtlichen Stellung von Sexarbeitenden (13.3332 Po)

Meier-Schatz: Förderung des beruflichen Wiedereinstiegs dank Bildungsgutscheinen (13.3328 Mo)

Maire: Berufsbildungsfinanzierung. Den wirklichen Leistungen der Kantone besser Rechnung tragen (13.3322 Mo)

Schilliger: Die zweijährige Lehre aufwerten (13.3311 Po)

Maire: Unterstützung der Berufsbildung im Cleantech-Bereich (13.3305 Mo)

Steiert: Die Leistungsfähigkeit des Schweizer Forschungs- und Innovations-systems besser evaluieren (13.3303 Po)

Heim: Die Validierung von Bildungsleistungen ist auch auf der Tertiärstufe erforderlich (13.3278 Mo)

Carobbio Guscetti: Praktika für den Wiedereinstieg ins Berufsleben. Rolle des Bundes (13.3272 Mo)

Stahl: Gegenvorschlag zum Zulassungsstopp für Ärzte (13.3265 Mo)

Bulliard-Marbach: Krippen vergünstigen und den Sektor dynamisieren (13.3259 Po)

Schenker: Betriebliche Sozialberatung (13.3234 Po)

Schneeberger: Überarbeitung des Formulars für Kurzarbeit (13.3233 Mo)

Caroni: Für ein modernes Obligationenrecht (13.3226 Po)

Carobbio Guscetti: Konsequenzen aus der Abstimmung über den Verfassungsartikel zur Familienförderung (13.3218 Po)

Bischof: Für ein modernes Obligationenrecht (13.3217 Po)

Joder: Keine Abgangsentschädigung bei Fehlverhalten (13.3208 Mo)

Vischer: Umsetzung der Minder-Initiative (13.3202 Mo)

Fehr: Lohngleichheitsindex (13.3177 Po)

Feri: Familienverträglichkeitsprüfung (13.3155 Mo)

Aeschi: Lagebeurteilung der Beziehung zwischen der Schweiz und Europa (13.3151 Po)

Aubert: Pauschalbeiträge an die Kantone für die berufsorientierte Weiterbildung (13.3137 Mo)

Tornare: Familienpolitik (13.3135 Po)

Pardini: Liberale Lösungen. Flexibilisierung der Sitzungszeiten im Nationalrat (13.3121 Mo)

Quadri: Bilaterale Verträge. Erarbeiten einer Exit-Strategie (13.3104 Mo)

Pardini: Export der dualen Berufsbildung als Beitrag gegen die Jugendarbeitslosigkeit in der EU (13.3068 Mo)

FDP-Liberale Fraktion: Auswirkungen eines Freihandelsabkommens zwischen den USA und der Schweiz (13.3054 Po)

Schwaab: Für nachhaltige und der wirtschaftlichen Lage angemessene Bonuszahlungen (13.3044 Mo)

Keller: Doppelt so hohe Studiengebühren für ausländische ETH-Studierende (13.3031 Mo)

Sozialdemokratische Fraktion: Aktien- und Steuerrechtliche Schranken für sehr hohe Vergütungen (13.3030 Mo)

Leutenegger Oberholzer: Boni deckeln, insbesondere bei den Banken (13.3028 Mo)

Aebischer: Finanzierung der Vorbereitungskurse für eidgenössische Berufs- und höhere Fachprüfungen (13.3020 Mo)

Aeschi: Freie Pensionskassenwahl als Folge der Annahme der Abzocker-Initiative (13.3017 Mo)

Grünliberale Fraktion: Gewährleistung eines fairen Wettbewerbs bei den Öffnungszeiten (12.4268 Mo)

Romano: Kantonale Normalarbeitsverträge mit verbindlichen Einstiegs-löhnen (12.4250 Po)

De Buman: Minimallöhne in Gesamtarbeitsverträgen nach Region oder Branche (12.4245 Po)

Fehr: Wissensaustausch zwischen Schweden und der Schweiz (12.4236 Po)

Vogler: Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen in Tieflohnbranchen vereinfachen (12.4227 Po)

Cassis: Das Mehrwertsteuergesetz darf nicht toter Buchstabe bleiben. Eindämmung des unlauteren Wettbewerbs in den Grenzregionen (12.4197 Mo)

Rossini: Notarielle Praktiken. Bürokratie abbauen, Kosten verringern (12.4195 Po)

Neirynck: ETH-Stipendien (12.4188 Mo)

FDP-Liberale Fraktion: Effizienter Vollzug der flankierenden Massnahmen statt Gesetzesflut (12.4174 Po)

FDP-Liberale Fraktion: Für eine freie Wirtschaftsordnung. Gegen Wettbewerbsverzerrungen durch Staatsunternehmen (12.4172 Po)

Bischof: Einführung des elektronischen Rechtsverkehrs (12.4139 Mo)

Fraktion BD: Verbesserte Arbeitsmarktchancen für die ältere Generation (12.4129 Mo)

Grossen: Home-Office. Der Bund muss mit gutem Beispiel vorangehen (12.4120 Mo)

Maire: Erhöhung der ETH-Studiengebühren aufhalten (12.4115 Mo)

Bischof: Task-Force «Zukunft Finanzplatz» (12.4085 Mo)

Aubert: Periodisches Monitoring über Stress am Arbeitsplatz und die durch ihn verursachten direkten und indirekten Kosten (12.4069 Po)

Vitali: Einführung eines Personalplanes für den Voranschlag 2014, spätestens 2015 (12.4066 Mo)

Meier-Schatz: Situation in Tieflohnbranchen bezüglich Einstiegs- und Mindestlöhnen (12.4058 Po)

Fehr: Schweiz/EU. Neue vergleichende Analyse erforderlich (12.4056 Po)

Quadri: Neue Besteuerung der Grenzgängerinnen und Grenzgänger (12.4048 Po)

Neirynek: ETH-Eignungstest (12.4039 Mo)

Buttet: Anpassung der Anzahl Ferientage im Interesse von Arbeitnehmern und Unternehmen (12.4037 Po)

Buttet: Offensive für eine digitale Bildung (12.4036 Po)

Quadri: Weitergabe von Daten von Bankangestellten oder ehemaligen Bankangestellten an ausländische Behörden sofort stoppen (12.3993)

Kommission für Wirtschaft und Abgaben: Frauen in der Landwirtschaft (12.3990 Mo)

Recordon: Rechtsmittel bei Streitigkeiten bezüglich Personal und Verwaltungsangelegenheiten von Gerichten (12.3969 Po)

Rytz: Impulsprogramm für die Ausbildung von Ärztinnen und Ärzten (12.3931 Mo)

Rytz: Bessere Kontrolle der Arbeitsbedingungen von Angestellten in privaten Haushalten (12.3930 Mo)

Rytz: Ratifizierung der ILO-Konvention zum Schutz von Hausangestellten (12.3928 Mo)

Müller: Bemessung der Standardarbeitskraft (12.3906)

Fraktion BD: Tagesschulen. Förderung von national einheitlichen Strukturen und Qualitätsmerkmalen (12.3899 Mo)

Wermuth: Anständige Lohndifferenzen in Staatsbetrieben (12.3886 Mo)

Wermuth: Die Löhne in Staatsbetrieben dürfen den Lohn eines Bundesrates nicht übersteigen (12.3885 Mo)

Schmid: Unternehmensgründungen in fünf Arbeitstagen und über ein One-Stop-Shop-Verfahren (12.3842 Po)

Chopard-Acklin: Erfassung flexibler Arbeitszeiten (12.3817 Po)

Derder: Finanzierung Schweizer Hochschulen (12.3808 Po)

Aeschi: Erhöhung des Schwellenwerts für die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (12.3806 Mo)

Feri: Geschlechterquoten in Verwaltungsräten in bundesnahen und börsenkotierten Unternehmen durchsetzen. Unterstützende Massnahmen (12.3802 Po)

Feri: Geschlechterquoten in der Bundesverwaltung durchsetzen. Unterstützende Massnahmen (12.3801 Po)

Fehr: Erweiterter Auftrag für die Tripartite eidgenössische Kommission für Angelegenheiten der IAO (12.3795 Mo)

Abate: Stärkung des Schweizer Tourismus. Anpassung der Verordnung 2 zum Arbeitsgesetz an die Bedürfnisse des Fremdenverkehrs (12.3791 Mo)

Cassis: Ärztestopp. Die Fehler der Vergangenheit nicht wiederholen (2) (12.3783 Po)

Rime: Erleichterung der Unternehmensnachfolge (12.3727 Mo)

Jositsch: Gerechte Spielregeln beim Abschluss von Lehrverträgen (12.3706 Po)

Pardini: Beschaffungen von Armasuisse. Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen (12.3693 Mo)

Cassis: Ärztestopp. Die Fehler der Vergangenheit nicht wiederholen (1) (12.3681 Po)

b. Soziale Sicherheit

Schwaller: Datenerhebung über Kapitalbezüge aus der 2. Säule (13.3656 Mo)

Cassis: Technische Elemente der IV-Revision umgehend in Angriff nehmen (13.3641 Mo)

Bulliard-Marbach: Mehr Transparenz bei IV-Anlehren/praktische Ausbildung nach INSOS (13.3626 Po)

Lohr: Voraussetzungen für eine IV-Anlehre/praktische Ausbildung nach INSOS (13.3615 Po)

Fraktion CVP-EVP: Auswirkung des gesellschaftlichen Wandels auf die Pensionskassen (13.3548 Po)

Fraktion CVP-EVP: Datenerhebung über Kapitalbezüge aus der 2. Säule (13.3547 Mo)

De Courten: Sicherung der AHV-Finzen ohne massive Steuer- und Beitragserhöhungen (13.3542 Mo)

Gutzwiller: Dezentrale Finanzierung der Übergangsgeneration im Rahmen der BVG-Reform (13.3518 Po)

Hardegger: Gleiche Fristen für die Rechnungsstellung der Ärzte und die Rückerstattungspflicht der Krankenkassen (13.3504 Mo)

Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit SR: Differenzierte Einzelleistungstarife im KVG (13.3371 Mo)

Feri: Familienergänzungsleistungen als Mittel zur Armutsbekämpfung (13.351 Mo)

FDP-Liberale Fraktion: Sicherstellung der finanziellen Stabilität und Planbarkeit in der obligatorischen 2. Säule (13.3462 Po)

Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit-NR: Betreuungszulagen und Entlastungsmöglichkeiten für pflegende Angehörige (13.3366 Mo)

Feri: Familienergänzungsleistungen als Mittel zur Armutsbekämpfung (13.3351 Mo)

Barthassat: Krankenversicherung für Schweizer Bürger mit Wohnsitz in Frankreich (13.3336 Mo)

Schilliger: BVG-Umverteilung aufzeigen (13.3312 Mo)

Schmid-Federer: Auswirkung der Franchise auf die Inanspruchnahme von medizinischen Leistungen (13.3250 Po)

Humbel: Entlastung der Krankenversicherung von ungerechtfertigten Kosten (13.224 Po)

Rossini: Invalidenversicherung. Erhöhung der Subventionen nach Artikel 74 IVG (13.3181 Mo)

Rossini: KVG-Prämien. Festsetzung eines maximalen Prämienunterschieds in jedem Kanton (13.3179 Mo)

Vitali: BVG-Deckungsgrade vergleichbar machen (13.3109 Po)

Tornare: Verbesserung der Altersvorsorge für Kulturschaffende (13.3085 Mo)

Schwaller: Rasche Volksabstimmung ohne Gegenvorschlag über die Volksinitiative «für eine öffentliche Krankenkasse» (12.4277 Mo)

Humbel: Aufhebung einer praxisfremden und rechtsungleichen Bestimmung im KVG (12.4224 Mo)

Humbel: AHV. Beitragssubstrat erhalten (12.4223)

Müller: Änderung von Artikel 55 Absatz 1 des Versicherungsvertragsgesetzes (12.4213 Mo)

Fehr: Sichere Renten in der obligatorischen zweiten Säule (12.4211)

Schenker: Ergänzungsleistungen. Zweckbindung im Gesetz verankern? (12.4209 Po)

Hess: Rasche Volksabstimmung ohne Gegenvorschlag über die Volksinitiative «für eine öffentliche Krankenkasse» (12.4207 Mo)

Rossini: Monitoring der Koordination zwischen Sozialversicherungen und Sozialhilfe (12.4194 Mo)

FDP-Liberale Fraktion: Bessere Betreuung und mehr Effizienz im KVG (12.4174 Mo)

FDP-Liberale Fraktion: Zweckentfremdung des Vorsorgekapitals verhindern statt Bezugsmöglichkeiten einschränken (12.4170 Mo)

Cassis: Rasche Volksabstimmung ohne Gegenvorschlag über die Volksinitiative «für eine öffentliche Krankenkasse» (12.4164 Mo)

Humbel: Rasche Volksabstimmung ohne Gegenvorschlag über die Volksinitiative «für eine öffentliche Krankenkasse» (12.4157 Mo)

Landolt: Anpassung der Verordnung über die Beaufsichtigung von privaten Versicherungsunternehmen und der Verordnung über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (12.4134 Mo)

Fraktion BD: Automatische Verknüpfung von Rentenalter und Lebenserwartung (12.4131 Mo)

Poggia: Bestimmung des Invaliditätsgrades. Von der Fiktion zurück in die Realität

De Courten: Rasche Volksabstimmung ohne Gegenvorschlag über die Volksinitiative «für eine öffentliche Krankenkasse» (12.4123 Mo)

Kuprecht: Aufhebung einer praxisfremden und rechtsungleichen Bestimmung im KVG (12.4098 Mo)

Neirnyck: Garantie des Bundes für genügend Ärztenachwuchs (12.4028 Mo)

Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit NR: Zweite Säule für Selbständigerwerbende ohne Angestellte (12.3981 Po)

Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit NR: Vorsorgeschutz von Arbeitnehmenden mit mehreren Arbeitgebern oder mit tiefen Einkommen (12.3974 Mo)

Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit NR: Soziale Auswirkungen der festen Altersgrenzen für Ausbildungszulagen (12.3973 Po)

Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit NR: Für ein stufenloses Rentensystem (12.3971 Po)

Jans: Schlechterstellung von Teilerwerbstätigen bei der Invalidenversicherung (12.3960 Po)

Reimann: Keine Verbilligung der Krankenkassenprämien für Sans-Papiers (12.3942 Mo)

Amarelle: Nichterwerbstätige Personen, die ein Gesuch an die IV stellen. Information der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer beziehungsweise der Versicherten (12.3897)

Moret: Veröffentlichung der Verwaltungskosten der Krankenkassen (12.3880 Mo)

Parmelin: Stärkung der AHV. Günstigere Bedingungen für Unternehmen mit Sitz in der Schweiz (12.3838 Mo)

Fraktion der Schweizerischen Volkspartei: Nothilfebezüger nicht mehr bei der Krankenkasse versichern (12.3820 Mo)

Steiert: Gleichbehandlung der Patientinnen und Patienten bei Zugang zu Medikamenten (12.3816 Mo)

Grünliberale Fraktion: Risikoausgleich in der Krankenversicherung mit Krankheitsfaktoren verbessern (12.3815 Mo)

Fraktion BD: Pensionskasse. Altersleistung durch frühes Sparen sichern (12.3811)

Pezzatti: Kein tieferes Rentenalter auf Kosten der anderen Kantone (12.3810 Mo)

Lustenberger: Revision von Artikel 21 ATSG (12.3753 Mo)

Vitali: Benachteiligungen im BVG abschaffen (12.3731 Po)

FDP-Liberale Fraktion: Kein Blindflug bei den Ergänzungsleistungen zu AHV/IV (12.3677 Po)

Kuprecht: Ergänzungsleistungen zu AHV und IV. Perspektiven 2020 (12.3674 Po)

4. Konjunkturdaten und Arbeitsmarkt

a. *Konjunkturlage*

Die schweizerische Wirtschaftslage ist auch in der laufenden Berichtsperiode durch das geschwächte weltwirtschaftliche Umfeld gebremst bzw. beeinträchtigt.³⁴ Allerdings spricht die Konjunkturprognose der Expertengruppe des Bundes von einer sich anbahnenden wirtschaftlichen Belebung, da einerseits die Inlandkonjunktur stabil ist und sich auch die Situation in der Exportwirtschaft weniger düster präsentiert. Aus diesem Grund wird für das Jahr 2013 ein noch moderates BIP-Wachstum von 1,3% prognostiziert, allerdings soll dieses im folgenden Jahr auf 2,1% anwachsen. Dies erscheint insbesondere im Vorjahresvergleich³⁵ nicht besonders hoch, allerdings lässt es die deutliche Entfernung zu einer Rezession erkennen.³⁶ Zudem lassen die pessimistischen Einschätzungen nach und es folgte insbesondere in der ersten Jahreshälfte eine Stimmungsaufhellung, wodurch sich auch das Konsumklima gebessert hat.³⁷

Die Eskalation der Euro-Schuldenkrise wurde Mitte letzten Jahres mit Hilfe drastischer Budgetkonsolidierungsmassnahmen verhindert. Ein knappes Jahr später haben sich entsprechend auch die realwirtschaftlichen Stimmungsindikatoren wieder etwas aufgehellt und es sind zarte Signale eines Frühlingserwachens erkennbar.³⁸ Die Herausforderung wird es sein, diese Sparmassnahmen unter dem Druck der fragilen Wirtschaftsentwicklung beizubehalten.³⁹

Auch in den USA dauert der Streit um das Budget des Staatshaushaltes an. In der ersten Januarwoche 2013 zeichnete sich allerdings eine – immerhin kurzfristige – Entwarnung ab, denn durch die Einigung des Kongresses über Sparmassnahmen wurde der «*fiscal cliff*» vorerst abgewendet. Dies bedeutet, dass vorläufig keine automatischen Ausgabenkürzungen vorgenommen werden müssen.⁴⁰ Die Auswirkungen auf die

³⁴ Konjunkturtendenzen Winter 2012/2013 des SECO, S. 1.

³⁵ Vgl. Vorjahresbericht JAR 2012, S. 22.

³⁶ Konjunkturtendenzen Winter 2012/2013 des SECO, S. 2.

³⁷ Medienmitteilung des SECO vom 18. März 2013.

³⁸ Konjunkturprognose der Expertengruppe des Bundes – Frühjahr 2013.

³⁹ Ebd.

⁴⁰ Vgl. NZZ online «Die wirklich schwierigen Entscheidungen vertagt» vom 3. Januar 2013.

Schweizer Wirtschaftslage scheinen insgesamt allerdings nicht ganz so bedrohlich, da die sich abzeichnenden Budgetkonsolidierungen das Wirtschaftswachstum zwar zu bremsen, aber kaum abzuwürgen vermögen werden.⁴¹

b. Arbeitslosigkeit

In der laufenden Berichtsperiode zeigte sich nicht zuletzt wegen der durchgezogenen wirtschaftlichen Gesamtsituation auch ein *Anstieg der Arbeitslosigkeit*. Während Ende Juli 2012 die Arbeitslosenquote noch bei 2,7% verharrte,⁴² stieg diese in der Folge kontinuierlich bis auf 3,4% im Februar 2013.⁴³ Im Jahresdurchschnitt von 2012 wurde eine Arbeitslosenquote von 2,9% errechnet. Im Vorjahresvergleich bedeutet dies zwar eine Zunahme (+0,1%), trotzdem stellt diese Quote eines der besten drei Resultate in den letzten zehn Jahren dar.⁴⁴

Während das Beschäftigungswachstum im zweiten Sektor insgesamt zum Stillstand gekommen ist, erreichte es im Dienstleistungssektor 0,47%. Ein Drittel dieses Zuwachses ging auf die staatsnahen Bereiche Erziehung und Unterricht, Gesundheits- und Sozialwesen sowie auf die öffentliche Verwaltung zurück.⁴⁵

Die *Kurzarbeit* hat seit Mitte 2011 wieder leicht zugenommen, die Spitzenwerte der Rezession von 2009 wurden aber längst nicht erreicht. Damals nutzen rund 4800 Unternehmen das Instrument der Kurzarbeit, dies entspricht 30 000 Vollzeitarbeitskräften. Im Dezember bezogen 580 Betriebe eine Kurzarbeitsentschädigung, was einem Ausfallvolumen von rund 2000 Vollzeitarbeitskräften gleichkommt.⁴⁶ Damit Kurzarbeitsentschädigungen (KAE) geltend gemacht werden können, müssen entsprechende Formulare ausgefüllt und bei der Arbeitslosenkasse eingereicht werden.⁴⁷ Gemäss der Motion der Nationalrätin DANIELA SCHNEEBERGER⁴⁸ sind diese irreführend und unklar und hätten in der Vergangenheit zu Rückerstattungsansprüchen seitens der Kasse geführt. Gemäss der Stellungnahme des Bundesrates vom 8. Mai 2013 zur Motion⁴⁹ überarbeitet

⁴¹ Konjunkturprognose der Expertengruppe des Bundes – Frühjahr 2013.

⁴² Medienmitteilung des SECO vom 7. August 2012.

⁴³ Medienmitteilung des SECO vom 7. März 2013, Medienmitteilung SECO vom 8. Januar 2013.

⁴⁴ Medienmitteilung SECO vom 8. Januar 2013.

⁴⁵ Konjunkturtendenzen Frühjahr 2013 des SECO, S. 30.

⁴⁶ Ebd., S. 32.

⁴⁷ Formulare für KAE online verfügbar, abrufbar unter <http://www.treffpunkt-arbeit.ch/formulare/arbeitgeber/kurzarbeit/> (zuletzt besucht am 20. Mai 2013).

⁴⁸ Motion (13.3233) Überarbeitung des Formulars für Kurzarbeit, eingereicht von DANIELA SCHNEEBERGER.

⁴⁹ Ebd.

das SECO derzeit dieses Formular und fügt oberhalb der Unterschrift einen deutlichen Verweis an, der auf die Rechte und Pflichten der Unternehmen im Zusammenhang mit KAE, insbesondere der zwingend notwendigen Arbeitszeiterfassung hinweist. Zudem betont der Bundesrat, dass die geltenden gesetzlichen Bestimmungen eingehalten werden müssen, nur so können die Gleichbehandlung der Betriebe sichergestellt und gleichzeitig Missbräuche verhindert werden.

c. Lohnentwicklung

Eine in diesem Jahr im Auftrag des SECO publizierte Studie des Observatoire de l'Emploi der Universität Genf analysierte die Auswirkungen des Freizügigkeitsabkommens zwischen der EU und der Schweiz auf die lokale Lohnentwicklung.⁵⁰ Kurzum sollte festgestellt werden, ob sich die europäische Personenfreizügigkeit negativ auf die schweizerischen Löhne auswirke.⁵¹ Die Studie ist zum Ergebnis gekommen, dass die Auswirkungen des Personenfreizügigkeitsabkommens (FZA) auf die schweizerischen Löhne eher gering sind. Die beobachteten Lohnänderungen werden von der Studie durch weitere Faktoren erklärt, so sind einerseits der technische Fortschritt und andererseits das Phänomen der Routinisierung⁵² als weitere Einflüsse auf die Lohnhöhe zu nennen. Nichtsdestotrotz gibt es jeweils branchenspezifische Gewinner und Verlierer im Zusammenhang mit dem FZA. Vorteilhaft erwies sich dieses für niedrig qualifizierte einheimische Arbeitskräfte, deren Reallöhne sind um 1,1% gestiegen. Die Löhne von jungen (einheimischen oder ausländischen) tertiär gebildeten Arbeitskräften sind allerdings um 1,6% gesunken.⁵³

Gemäss einer Studie der Forschungsanstalt Agroscope 2011 war zudem eine positive Lohnentwicklung im primären Sektor festzustellen. Diese führte mit einer Zunahme von 7,8% der Einkommen der landwirtschaftlichen Referenzbetriebe zu einem Höchstwert der letzten zehn Jahre. Dies ist insbesondere auf die guten Erträge im Ackerbau zurückzuführen.⁵⁴

⁵⁰ MÜLLER TOBIAS/ASENSIO NOÉ/GRAF ROMAN, Les effets de la libre circulation des personnes sur les salaires en Suisse, Laboratoire d'économie appliquée, Observatoire Universitaire de l'Emploi, Université de Genève, Genf 2013, <http://www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/29640.pdf>, (zuletzt besucht am 8. April 2013).

⁵¹ Vgl. MÜLLER TOBIAS/ASENSIO NOÉ/GRAF ROMAN, Die Auswirkungen der Personenfreizügigkeit auf die Löhne der Schweiz, in: Die Volkswirtschaft 2013, S. 43 ff.

⁵² Arbeitnehmende, welche Routinearbeiten erledigen, werden durch neue Informations- und Kommunikationstechnologien ersetzt; ebd. S. 45.

⁵³ Ebd., S. 47.

⁵⁴ Medienmitteilung Forschungsanstalt Agroscope (EVD) vom 20. August 2012.

d. *Arbeitszeit*

Im Jahr 2012 wurden 7,738 Milliarden Arbeitsstunden geleistet. Dies entspricht einer Zunahme von 0,4% gegenüber dem Vorjahr und lässt sich weitgehend mit einer Zunahme von Arbeitsstellen (+1,5%) erklären.⁵⁵ Rückläufig war allerdings die tatsächliche Jahresarbeitszeit pro Arbeitsstelle (-1,0%). Die höchste wöchentliche Arbeitszeit wurde im Primärsektor in den Branchen «Kredit- und Versicherungsgewerbe» (42 h und 36 min), «Gastgewerbe» (42 h und 13 min) und «Freiberufliche, wissenschaftliche und technische Dienstleistungen» (42 h und 8 min) gemessen. Die Quote der gesundheitsbedingten Absenzen beläuft sich auf 2,8%, unterscheidet sich allerdings stark je nach dem Anforderungsniveau des jeweiligen Berufes. In den Branchen der «Hilfsarbeitskräfte» ist diese Quote zwischen 3,6% und 2,9%, bei den «Führungskräften» sowie «akademischen Berufen» bei 2,0%.⁵⁶

5. Internationale Beziehungen

a. *Bilaterale Verhandlungen*

aa. Bilaterale Abkommen

In der laufenden Berichtsperiode liegt der Schwerpunkt der Freihandelspolitik weiterhin in Asien und es geht insbesondere darum, einerseits mit wachstumsstarken Schwellenländern zu verhandeln und andererseits bereits bestehende *Freihandelsabkommen* (FHA) weiter zu vertiefen.⁵⁷ Bei der Auswahl ihrer Freihandelspartner achtet die Schweiz insbesondere auf die vier folgenden Kriterien: i) die aktuelle und potentielle Bedeutung des Partners, ii) Vorhandensein von bestehenden oder drohenden Diskriminierungen, iii) Verhandlungsbereitschaft sowie iv) die Vereinbarkeit mit den Zielen der schweizerischen Aussenhandelspolitik.⁵⁸ Neben dem EFTA- Übereinkommen und dem FHA mit der EU hat die Schweiz zurzeit 26 Abkommen mit 36 Partnern. Weiter konnte die schweizerische Delegation erfolgreich das *Freihandelsabkommen mit China* auf technischer Ebene aushandeln.⁵⁹ In der neunten Verhandlungsrunde gelang der Durchbruch, und die Freihandelsverhandlungen mit dem dritt-wichtigsten Handelspartner konnten abgeschlossen werden. Damit ist die

⁵⁵ Medienmitteilung des BFS vom 27. Mai 2013, S. 1.

⁵⁶ Ebd., S. 2.

⁵⁷ Bericht des Bundesrates vom 9. Januar 2013 zur Aussenwirtschaftspolitik 2012 und Botschaften zu Wirtschaftsvereinbarungen sowie Bericht über zolltarifarische Massnahmen im Jahr 2012, BBl 2013 1257, 1317.

⁵⁸ Ebd., 1316.

⁵⁹ Medienmitteilung des WBF vom 13. Mai 2013.

Schweiz neben Island das einzige europäische Land, welches über ein FHA mit China verfügt. Das Abkommen wird nun von beiden Parteien geprüft und mit der Zustimmung des Bundesrates dem Parlament zur Ratifizierung vorgelegt.⁶⁰ Im Abkommen werden unter anderem der Warenhandel von Industrie- und Agrarprodukten, die Ursprungsregeln, die Handelserleichterungen, die nichttariflichen Handelshemmnisse, der Schutz des geistigen Eigentums, die wirtschaftliche und technische Zusammenarbeit sowie die Handels- und Umweltbestimmungen geregelt.⁶¹ Mit Bosnien und Herzegowina konnte in diesem Jahr ebenfalls ein FHA unterzeichnet werden. Damit konnten die Handelsbeziehungen verstärkt und insbesondere der Handel mit Industrieprodukten, Fisch und andern Meeresprodukten liberalisiert werden.⁶² Ebenfalls ein Freihandelsabkommen wurde mit den zentralamerikanischen Staaten Costa Rica und Panama geschlossen, auch dort handelt es sich um Liberalisierungsverpflichtungen. Diese Abkommen verschaffen aber auch Abhilfe bzw. Rechtssicherheit vor möglichen Diskriminierungen, die sich aus Assoziierungsabkommen mit der EU ergeben könnten.⁶³ In Verhandlungen befindet sich die Schweiz ebenfalls mit Indien, Indonesien sowie der Zollunion Russland-Belarus-Kasachstan.

Die Sommersession des Parlaments war in der laufenden Berichtsperiode geprägt durch die dringliche Behandlung des Bundesgesetzes über die Massnahmen zur *Erleichterung der Bereinigung des Steuerstreits der Schweizer Banken* mit den Vereinigten Staaten.⁶⁴ Dieses Gesetz sollte die dauerhafte Beilegung des Steuerstreits ermöglichen und eine Eröffnung von Strafverfahren in den USA gegen Banken weitgehend verhindern. Die «*Lex USA*» enthält die grundsätzliche Ermächtigung von Schweizer Banken, direkt mit amerikanischen Behörden zu kooperieren, um deren steuerrechtlich allenfalls fragliche Vergangenheit zu bereinigen. Dabei würden die Banken verpflichtet, sog. *Leaver-Listen* zu erstellen und dem *Department of Justice* zu übermitteln. Diese enthielten aggregierte Daten über die Schliessung von Konten und den nationalen sowie internationalen Transfer der entsprechenden Gelder.⁶⁵ Ebenfalls verankert würde eine Informationspflicht über involvierte Arbeitnehmende der Banken sowie Dritte, welche innerhalb der Bank Kundengeschäfte organisiert, betreut und überwacht haben bzw. mit einer Geschäftsbeziehung zu einer US-Person in Zusammenhang gebracht werden

⁶⁰ NZZ online «Die Schweiz und China bauen Zölle ab» vom 13. Mai 2013.

⁶¹ Medienmitteilung des Eidg. Departements für Verteidigung, Bevölkerungsschutz und Sport (VBS) und des Eidg. Departements für auswärtige Angelegenheiten (EDA) vom 24. Mai 2013.

⁶² Medienmitteilung des WBF vom 24. Juni 2013.

⁶³ Ebd.

⁶⁴ Botschaft zu einem Bundesgesetz über Massnahmen zur Erleichterung der Bereinigung des Steuerstreits der Schweizer Banken mit den Vereinigten Staaten vom 29. Mai 2013, BBl 2013 3947 ff.

⁶⁵ Ebd., 3953 f.

können.⁶⁶ Zwar wäre ausgeschlossen, dass Bankkundendaten weitergegeben werden, allerdings ist fraglich, inwiefern diese Datenweitergabe mit der Fürsorgepflicht sowie der Verpflichtung zum Datenschutz des Arbeitgebers bzw. der Bank zu vereinbaren ist. Aus diesen und weiteren Gründen war diese Vorlage höchst umstritten in der parlamentarischen Debatte und wurde schliesslich vom Nationalrat durch zweimaliges Nichteintreten verworfen.⁶⁷ In der Folge wurde auf Vorschlag des Ständerates eine «Parlamentarische Erklärung» verabschiedet, die dem Bundesrat aufträgt, sich weiterhin um eine rasche Erledigung des Steuerstreits und um eine Kooperation mit den US-Behörden zu bemühen.⁶⁸ Der alternative Lösungsansatz bzw. die Eckwerte für das weitere Vorgehen wurden vom Bundesrat bereits vorgeschlagen.⁶⁹ So müssen sich Banken, um einer Anklage zu entgehen, weiterhin um Einzelbewilligungen kümmern, um die geforderten Daten an die US-Regierung liefern zu können. Diese Bewilligung mit Ausnahmecharakter stützt sich auf Art. 271 StGB. Der Bundesrat will eine Musterverfügung publizieren, damit sich die Betroffenen bereits über Auflagen und Bedingungen informieren können. Dieses Vorgehen muss allerdings zuerst noch mit den USA verhandelt werden.⁷⁰

bb. Personenfreizügigkeit

Das *Freizügigkeitsabkommen* (FZA) wurde am 21. Juni 1999 unterzeichnet und stellt das wohl wichtigste bilaterale Abkommen zwischen der Schweiz und der EU dar.⁷¹ Durch das Abkommen sollen die Arbeits- und Lebensbedingungen von EU-Bürgerinnen und -Bürgern vereinfacht werden. Ergänzt wird das FZA zudem durch die gegenseitige Anerkennung von Berufsdiplomen, das Recht auf den Erwerb von Immobilien und die Koordination der Sozialversicherungssysteme.⁷² Mit der EU-Erweiterung von 2004 kam zum FZA ein Protokoll hinzu, welches die schrittweise Einführung der Personenfreizügigkeit der zehn neuen EU-Staaten vorsah (EU-8).

⁶⁶ Ebd.

⁶⁷ Vgl. AmtlBull 2013 NR, S. 1109.

⁶⁸ <http://www.parlament.ch/d/mm/2013/Seiten/mm-sda-2013-06-19.aspx>, (zuletzt besucht am 3. Juli 2013).

⁶⁹ Medienmitteilung des Bundesrates und des EFD vom 3. Juli 2013.

⁷⁰ Vgl. NZZ online «Die Schweiz soll zum neuen Lösungsansatz Garantien leisten» vom 4. Juli 2013.

⁷¹ Vgl. TOBLER CHRISTA/BEGLINGER JACQUES, Grundzüge des bilateralen (Wirtschafts-)Rechts, Schweiz – EU, Systematische Darstellung in Text und Tafeln, Band 1, Zürich/St. Gallen 2013.

⁷² Personenfreizügigkeit Schweiz – EU/EFTA, Eidg. Justiz- und Polizeidepartement (EJPD), Stand am 10. April 2012, http://www.bfn.admin.ch/content/ejpd/de/home/themen/migration/ref_fza_schweiz-eu-efta.html, (zuletzt besucht am 10. April 2013).

Ende April 2013 hat der Bundesrat zum zweiten Mal in Folge entschieden, die *Ventilklausel* aufzurufen und so von der Möglichkeit Gebrauch zu machen, die Zahl der erteilten Aufenthaltsbewilligungen zu kontingentieren.⁷³ So werden die B-Bewilligungen⁷⁴ für Angehörige der EU-8-Staaten nun für ein weiteres Jahr kontingentiert (2180 Bewilligungen) und zusätzlich auf Erwerbstätige der EU-17-Staaten erweitert (53 700 Bewilligungen).⁷⁵ Die Ventilklausel ermöglicht lediglich eine kurzfristige Entlastung des Arbeitsmarktes. Langfristig sollen der Problematik insbesondere die flankierenden Massnahmen Abhilfe schaffen.⁷⁶ Schon die erstmalige Kontingentierung der Aufenthaltsbewilligungen im Jahr 2012 durch die Ventilklausel führte zu vorwiegend negativen Reaktionen seitens der EU.⁷⁷ So war dies auch Thema während der Tagung des Gemischten Ausschusses im Juni 2012.⁷⁸ Die Delegation der EU forderte die Schweiz auf, den Entscheid zur Ventilklausel umgehend rückgängig zu machen. Mit der Begründung einer markanten Zunahme der Zuwanderung der ständigen ausländischen Nettobevölkerung der EU-8-Staaten hielt die Schweiz aber am Entscheid fest.⁷⁹ Auch in diesem Jahr stiess die Anrufung der Klausel auf rege Kritik, die EU-Aussenministerin CATHERINE ASTHON bedauert die Kontingentierung und macht insbesondere auf die Ungleichbehandlung der verschiedenen Mitgliedstaaten aufmerksam.⁸⁰ In der diesjährigen Sitzung des Gemischten Ausschusses wurde die Problematik der Ventilklausel nur am Rande thematisiert. Dies wohl aus dem Grund, dass diese Massnahmen ohnehin zum letzten Mal angewendet werden konnten.⁸¹ Mehr im Fokus stand die generelle Akzeptanz der Personenfreizügigkeit, die nach Ansicht der Schweizer Delegierten mehr und mehr gefährdet sei, da die beiden Volksinitiativen «*Gegen die Masseneinwanderung*» und «*Stopp der Überbevölkerung*» erhebliche Probleme mit der Vereinbarkeit der Personenfreizügigkeit schaffen könnten.⁸²

Nicht betroffen von der Ventilklausel sind die L-Bewilligungen, die zu einem Kurzaufenthalt berechtigen. Gemäss dem FZA wäre die Schweiz auch berechtigt gewesen, diese Bewilligungen zu kontingentieren. Bundes-

⁷³ Medienmitteilung des Bundesrates vom 24. April 2013 und Medienmitteilung des Bundesamts für Migration (BFM) vom 15. Mai 2013.

⁷⁴ Aufenthaltsbewilligungen von fünf Jahren Dauer.

⁷⁵ Ebd.

⁷⁶ Siehe unten, S. 23 ff.

⁷⁷ Vgl. Vorjahresbericht JAR 2012, S. 28.

⁷⁸ Vgl. Medienmitteilung des EJPD vom 27. Juni 2012.

⁷⁹ Ebd.

⁸⁰ Erklärung der Hohen Vertreterin CATHERINE ASHTON zu der Entscheidung der Schweizer Regierung, die Freizügigkeit von EU-Bürgern quantitativ einzuschränken, vom 24. April 2013, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-370_de.htm?locale=FR#PR_metaPressRelease_bottom (zuletzt besucht am 6. Mai 2013).

⁸¹ NZZ online «Beruhigung um die Ventilklausel» vom 19. Juni 2013.

⁸² Medienmitteilung des BFM vom 19. Juni 2013; siehe unten, S. 68 f.

rätin SIMONETTA SOMMARUGA sprach in diesem Zusammenhang von einem «ausgewogenen Entscheid», der seitens der EU nicht als unfreundlicher Akt interpretiert werden solle, sondern lediglich die Anwendung einer ausgehandelten Bestimmung darstelle.⁸³ Die Ventilklausel wirkt nur noch bis zum Mai 2014, danach werden keine Kontingente mehr zulässig sein.⁸⁴

Am 1. Juli 2013 ist *Kroatien* als 28. Staat der Europäischen Union beigetreten. In diesem Zusammenhang hat der Bundesrat bereits im Dezember das Verhandlungsmandat zur Ausdehnung des Personenfreizügigkeitsabkommens mit Kroatien verabschiedet. Dies nach Konsultation mit den aussenpolitischen Kommissionen der eidg. Räte, den Kantonen und den Sozialpartnern.⁸⁵ Im Gegensatz zu den übrigen bilateralen Abkommen wird das FZA nicht automatisch auf neue Mitgliedstaaten ausgedehnt. Deshalb muss die Aufnahme Kroatiens zuerst verhandelt und in einem weiteren Protokoll zum FZA festgehalten werden.⁸⁶

cc. Flankierende Massnahmen

Die flankierenden Massnahmen sind am 1. Juni 2004 in Kraft getreten um die Erwerbstätigen vor missbräuchlicher Unterschreitung der in der Schweiz geltenden Lohn- und Arbeitsbedingungen zu schützen, welche im Zusammenhang mit der Personenfreizügigkeit auftreten können.⁸⁷ Werden durch die Kontrollen Verletzungen der minimalen oder üblichen Lohn- und Arbeitsbedingungen festgestellt, so können individuelle Sanktionen verhängt werden. Wesentlicher Bestandteil der flankierenden Massnahmen ist das Entsendegesetz,⁸⁸ welches die ausländischen Arbeitgeber verpflichtet, im Rahmen von grenzüberschreitenden Dienstleistungen die minimalen Lohn- und Arbeitsvorschriften einzuhalten.⁸⁹ Die garantierten Minimalvorschriften sind insbesondere die minimale Entlohnung (inkl. Zuschläge), Arbeits- und Ruhezeiten, Mindestdauer der Ferien, Arbeitssicherheit, Schutz von Schwangeren, Wöchnerinnen, Kindern und Jugendlichen sowie

⁸³ NZZ online «Ventilklausel mit halber Kraft aktiviert» vom 25. April 2013.

⁸⁴ Ebd.

⁸⁵ Medienmitteilung des Eidg. Departements für Wirtschaft, Bildung und Forschung (WBF) vom 8. März 2013; vgl. auch Rede von Bundesrätin SIMONETTA SOMMARUGA vom 7. Dezember 2012.

⁸⁶ Ebd.

⁸⁷ Freier Personenverkehr, flankierende Massnahmen <http://www.seco.admin.ch/themen/00385/00448/00449/> (zuletzt besucht am 3. April 2013); m.w.H. KAUFMANN KARIN, Missbräuchliche Lohnunterbietung im Rahmen der flankierenden Massnahmen, Diss. Basel 2010.

⁸⁸ Bundesgesetz vom 8. Oktober 1999 über die flankierenden Massnahmen bei entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern und über die Kontrolle der in Normalarbeitsverträgen vorgesehenen Mindestlöhne, SR 823.20.

⁸⁹ Art. 1 EntsG.

Nichtdiskriminierung, namentlich Gleichbehandlung von Mann und Frau.⁹⁰ Diese Schutzvorschriften können als Kernbestimmungen zum Schutz des Arbeitnehmers verstanden werden.⁹¹ Weitere Bestandteile der flankierenden Massnahmen sind einerseits die Möglichkeit einer erleichterten Allgemeinverbindlichkeitserklärung⁹² für GAV bei wiederholter missbräuchlicher Lohnunterbietung sowie andererseits die Möglichkeit, bei Branchen ohne GAV einen NAV mit zwingenden Mindestlöhnen zu erlassen.⁹³ Der Vollzug der flankierenden Massnahmen erfolgt zweigeteilt. Branchen mit einem allgemeinverbindlich erklärten GAV werden durch die paritätischen Kommissionen überwacht, Branchen, die hingegen über keinen allgemeinverbindlich erklärten GAV verfügen, werden von den tripartiten Kommissionen kontrolliert. Die Anzahl der im Jahre 2012 *durchgeführten Kontrollen* hat erneut zugenommen, insgesamt wurden rund 39 000 Betriebe und 152 000 Personen kontrolliert.⁹⁴ Somit bleiben diese Betriebskontrollen weiterhin deutlich über den Anforderungen der Entsendeverordnung⁹⁵, welche jährlich 27 000 Kontrollen vorsieht.⁹⁶ Folgende Verstösse wurden festgestellt:

- In Branchen mit einem allgemeinverbindlich erklärten GAV wurde bei 42% der kontrollierten Entsendebetriebe sowie bei 23% der Schweizer Betriebe ein Verstoß gegen die Mindestlohnbestimmungen des GAV bei mindestens einem Arbeitnehmenden vermutet. Erfahrungsgemäss wird letztlich gegen einen Drittel dieser Verstösse eine Konventionalstrafe verhängt.
- In Branchen ohne allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrag wurden durch die tripartiten Kommissionen Lohnunterbietungen von 11% bei Entsendebetrieben sowie 10% bei Schweizer Betrieben festgestellt. In diesen Fällen wird ein Verständigungsverfahren eröffnet, um eine Nachzahlung des Lohnunterschieds zu erreichen. Wobei die meisten dieser Verfahren erfolgreich sind.⁹⁷

In der Sommersession 2012 hat das Parlament entschieden, die flankierenden Massnahmen zum freien Personenverkehr zu verschärfen und das Entsendegesetz anzupassen.⁹⁸ Am 1. Januar 2013 ist sodann das *Bun-*

⁹⁰ Art. 2 Abs. 2 lit. a–f EntsG.

⁹¹ STÖCKLI JEAN-FRITZ, Die Kontrolle der Einhaltung allgemeinverbindlicher Gesamtarbeitsverträge bei Entsendung, in: ArbR 2012, S. 95, 97.

⁹² Freier Personenverkehr, flankierende Massnahmen, <http://www.seco.admin.ch/themen/00385/00448/00449/> (zuletzt besucht am 10. April 2013).

⁹³ Vgl. Art. 360a OR.

⁹⁴ Medienmitteilung des SECO vom 26. April 2013.

⁹⁵ Verordnung vom 21. Mai 2003 über die in die Schweiz entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer (EntsV), SR 823.201.

⁹⁶ Vgl. Medienmitteilung des SECO vom 26. April 2013; m.w.H. FlaM-Bericht vom 26. April 2013; vgl. Art. 16e EntsV.

⁹⁷ M.w.H. Medienmitteilung des SECO vom 16. April 2013.

⁹⁸ Medienmitteilung des Bundesrats vom 17. April 2013.

desgesetz über die Anpassung der flankierenden Massnahmen zur Personalfreizügigkeit in Kraft getreten.⁹⁹ Diese Anpassung beinhaltet insbesondere Massnahmen zur Bekämpfung der Scheinselbstständigkeit, wie bspw. eine Dokumentationspflicht sowie neue Sanktionsmöglichkeiten.¹⁰⁰ Zudem wird neu eine Meldepflicht verankert, welche die ausländischen Arbeitgeber aus EU/EFTA-Staaten verpflichtet, für alle Arbeiten bzw. Dienstleistungen, die länger als acht Tage dauern die bezahlten Bruttolohnstunden jedes entsandten Arbeitnehmenden zu melden. Diese Neuerung trat bereits am 15. Mai 2013 in Kraft und wurde eingeführt, um leichter gezielte arbeitsmarktliche Kontrollen durchführen zu können.¹⁰¹

Des Weiteren wird die Änderung durch die Weisung «Vorgehen zum internationalen Lohnvergleich» ergänzt.¹⁰² Gemäss der Weisung hat der Vergleich aufgrund «einer Gegenüberstellung des effektiv bezahlten Lohnes (Ist-Seite) mit dem in der Schweiz geschuldeten Lohne (Soll-Seite) zu erfolgen».¹⁰³ Der Vergleich der beiden Löhne ist bei näherer Betrachtung nicht ganz einfach und es ist bereits absehbar, dass aus Praktikabilitätsgründen einige Unschärfen hingenommen werden müssen.¹⁰⁴ Stossend ist allerdings, dass beim gesamten Lohnvergleich die Arbeitskosten in Form von Sozialversicherungsbeiträgen ausgeklammert werden.¹⁰⁵ Die Lohnnebenkosten variieren in den Herkunftsländern der Entsandten erheblich, bspw. zwischen ca. 24% des Bruttolohnes in der Schweiz, ca. 28% in Deutschland und gar 50% in Frankreich.¹⁰⁶

In der Wintersession 2012 hat die Kommission des Nationalrates für Wirtschaft und Abgaben (WAK-N) im Parlament eine Verschärfung der bereits bestehenden *Solidarhaftung* des Erstunternehmers für Lohnverstösse des Subunternehmers im Bauhaupt- und Baunebengewerbe beantragt. Zweck dieser Solidarhaftung ist es, die missbräuchliche Lohnunterbietung insbesondere bei Kettenaufträgen zu unterbinden. Die Weitergabe eines Auftrages hat in der Regel Auswirkungen auf das Preisniveau, was wiederum den Druck auf die Löhne erhöhen könnte.¹⁰⁷ Im Parlament wurde die-

⁹⁹ BBl 2012 5945.

¹⁰⁰ Medienmitteilung des Bundesrats vom 17. April 2013.

¹⁰¹ AS 2013 1259.

¹⁰² Vgl. Weisung «Vorgehen zum internationalen Lohnvergleich» des SECO vom 21. Dezember 2012.

¹⁰³ Ebd., S. 5.

¹⁰⁴ So erweist sich beispielsweise die Einstufung des Arbeitnehmers in eine GAV-Lohnklasse, die Abgrenzung von Lohn und Auslagenersatz sowie die Problematik von realem Ferienbezug und Ferienlohn als schwierig; m.w.H. STÖCKLI JEAN-FRITZ, Die Kontrolle der Einhaltung allgemeinverbindlicher Gesamtarbeitsverträge bei Entsendung, in: ArbR 2012, S. 108 f.

¹⁰⁵ Ebd.

¹⁰⁶ Ebd.

¹⁰⁷ SECO, Erläuternder Bericht zum Entwurf über die Revision der Verordnung über die in die Schweiz entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer (EntsV), S. 2.

ser Vorschlag in der Folge auf Antrag der ständerätlichen Kommission von den bereits erwähnten laufenden Revisionsbestrebungen abgekoppelt, um diese nicht zu verzögern.¹⁰⁸ Bereits in der geltenden Fassung des EntsG¹⁰⁹ besteht eine Solidarhaftung des Erstunternehmers für Subunternehmer. Allerdings kann sich Ersterer leicht durch eine vertragliche Vereinbarung mit dem Subunternehmer freizeichnen, indem er Letzteren verpflichtet, das EntsG, sprich die minimalen Lohn- und Arbeitsbedingungen¹¹⁰, einzuhalten. Zudem ist diese Vereinbarung formfrei gültig. Diese Anspruchsgrundlage ist so weit ersichtlich toter Buchstabe geblieben, gemäss dem erläuternden Bericht ist der Verwaltung kein Fall einer Erstunternehmerhaftung bekannt.¹¹¹ Die Problematik stellt sich im Übrigen auch bei inländischen Subunternehmern, so könnte die Haftung auch auf diese ausgedehnt werden, da das FZA ohnehin keine Diskriminierung von ausländischen Dienstleistungserbringern erlaubt.¹¹² Der Bericht zur Subunternehmerhaftung schlägt *vier verschiedene Varianten* unterschiedlicher Schärfe vor. Die Minimalvariante behält die oben erwähnte Haftung in Art. 5 EntsG bei, allerdings ist die Freizeichnung zwischen dem Erstunternehmer und seinem Subunternehmer nur durch eine schriftliche Abrede möglich.¹¹³ Weiter geht die Mittelvariante I, welche eine direkte Verschuldenshaftung vorsieht, der Erstunternehmer kann sich bei Erfüllung seiner Sorgfaltspflicht exkulpieren, wenn er glaubhaft machen kann, dass die Lohn- und Arbeitsbedingungen eingehalten worden sind. Die Haftung ist allerdings insofern subsidiär, als der Erstunternehmer nur haftet, wenn der Subunternehmer zuvor erfolglos belangt wurde. Die Mittelvariante II schlägt hingegen eine Kettenhaftung vor, bei der der Erstunternehmer subsidiär für alle Subunternehmer haftet, zudem werden neben Lohn- und Arbeitsbedingungen auch die Konventionalstrafen¹¹⁴ erfasst. Die Maximalvariante ist in Form einer Kausalhaftung ausgestaltet, es besteht somit keine Befreiungsmöglichkeit. Im Unterschied zu den anderen Varianten ist die Letztere zudem auf alle Branchen anwendbar.¹¹⁵ In der parlamentarischen Beratung der Wintersession haben sich beide Kammern auf das Modell «*Solidarhaftung*

¹⁰⁸ EVD/SECO, Erläuternder Bericht zur Subunternehmerhaftung, Konsultation der betroffenen Verbände und der Kantone zur Änderung bzw. Einführung einer Subunternehmerhaftung im Rahmen der flankierenden Massnahmen zum Abkommen über die Personenfreizügigkeit und im Beschaffungsrecht des Bundes, S. 3.

¹⁰⁹ Art. 5 EntsG.

¹¹⁰ Art. 2 Abs. 1 lit. a–f EntsG.

¹¹¹ Vgl. SECO, Erläuternder Bericht zum Entwurf über die Revision der EntsV, S. 2; vgl. SECO/EVD, Erläuternder Bericht zur Subunternehmerhaftung, S. 14 f.

¹¹² Ebd.

¹¹³ SECO/EVD, Erläuternder Bericht zur Subunternehmerhaftung, S. 7.

¹¹⁴ Art. 2 Abs. 2^{quater} EntsG.

¹¹⁵ Vgl. zum Ganzen SECO/EVD, Erläuternder Bericht zur Subunternehmerhaftung, S. 7 ff.

mit Kettenwirkung» geeinigt.¹¹⁶ Dieses sieht nun vor, dass der Erstunternehmer solidarisch, aber subsidiär für sämtliche nachfolgende Subunternehmer der Auftragskette haftet, möglich bleibt aber der Exkulpationsbeweis der oben erwähnten Mittelvariante I.¹¹⁷ Fraglich ist allerdings in diesem Zusammenhang, wie diese «subsidiäre Solidarhaftung» zu verstehen ist, denn betrachtet man den Wortlaut der Bestimmung, hat der klagende Arbeitnehmende gerade nicht die Wahl, wen er einklagen möchte, obwohl dieses Wahlrecht klassischerweise bei einer Solidarhaftung begriffswesentlich ist.¹¹⁸ Die Änderung des Entsendegesetzes umfasst auch Ausführungsbestimmungen in der Entsendeverordnung, insbesondere wird geregelt, auf welche Dokumente und Nachweismöglichkeiten sich der Erstunternehmer stützen kann; zudem wird eine Definition des Netto-Mindestlohnbegriffes dargelegt.¹¹⁹ Diese Änderungen werden voraussichtlich auf den 15. Juli 2013 in Kraft gesetzt. Übergangsrechtlich betrachtet, sind die Bestimmungen zur Solidarhaftung nur anwendbar, sofern der Vertrag nach Inkrafttreten des Gesetzes abgeschlossen wurde.¹²⁰

b. Internationale Arbeitsorganisation (IAO/ILO)

Im Januar der laufenden Berichtsperiode hat die tripartite eidg. Kommission die Strategie der Schweiz in der ILO verabschiedet und das zugehörige Positionspapier veröffentlicht.¹²¹ Die Strategie setzt die Schwerpunkte beim Engagement zur Stärkung der ILO, der glaubwürdigen Anwendung und Förderung der ILO-Normen sowie der Förderung menschenwürdiger Arbeit auf der ganzen Welt. Dazu verpflichtet sich die Schweiz, ihre Ratifizierungspolitik zu überprüfen und eine Sensibilisierung der Öffentlichkeit für die Sozialnormen und ihrer Relevanz zu erreichen. Im Zusammenhang mit der Förderung der menschenwürdigen Arbeit werden diese Anliegen mittels Strategien der Entwicklungszusammenarbeit umgesetzt und sind bereits in die Botschaft der Entwicklungszusammenarbeit 2013–2016¹²² eingeflossen.¹²³

¹¹⁶ Votum Kommissionspräsident KONRAD GRABER, AmtlBull 2012 SR, S. 1170.

¹¹⁷ Art. 5 Abs. 2 nEntsG; vgl. m.w.H. STÖCKLI HUBERT/BIERI ROBERT, Neue Ausfallhaftung von Unternehmen, in: Jusletter vom 24. Juni 2013, S. 4 ff.

¹¹⁸ Ebd., S. 5; vgl. zur Solidarhaftung im Allgemeinen BSK-HEIERLI CHRISTIAN/SCHNYDER ANTON K., N 1 ff. zu Art. 143 ff. OR.

¹¹⁹ SECO, Erläuternder Bericht zum Entwurf über die Revision der EntsV, S. 4.

¹²⁰ Medienmitteilung des Bundesrates und des WBF vom 26. Juni 2013.

¹²¹ SECO, Für soziale Gerechtigkeit: Das Engagement der Schweiz in der Internationalen Arbeitsorganisation, Vorwort.

¹²² Botschaft zur Internationalen Zusammenarbeit der Schweiz 2013–2016, BBl 2012 2485, 2613 ff.

¹²³ SECO, Für soziale Gerechtigkeit: Das Engagement der Schweiz in der Internationalen Arbeitsorganisation, S. 5.

Im Februar hat Bundesrat JOHANN N. SCHNEIDER-AMMANN den Generaldirektor der ILO GUY RYDER zu einem Arbeitsbesuch zum Thema der Stärkung des Schweizer Engagements in der ILO getroffen.¹²⁴ Ebenfalls wird Bundesrat SCHNEIDER-AMMANN die Ratifikationsurkunde des Übereinkommens Nr. 122 der ILO über die Beschäftigungspolitik überreichen. Dieses Abkommen unterstützt die Rahmenbedingungen zur Umsetzung von wirtschafts- und sozialpolitischen Massnahmen, um das Ziel der produktiven Vollbeschäftigung zu fördern und setzt damit ein Zeichen internationaler Solidarität.¹²⁵

6. Stagiaires

Die Schweiz hat mit diversen Staaten ein *Stagiaires-Abkommen* geschlossen, welches Berufseinsteigern ermöglicht, im Ausland Berufserfahrung mit einem Arbeitsaufenthalt zu sammeln. Zugelassen werden Schweizerinnen und Schweizer, die eine berufliche Ausbildung oder einen Hochschulabschluss vorweisen können und die das 35. Altersjahr noch nicht vollendet haben (Ausnahmen: USA, Australien, Neuseeland und Russland, 30 Jahre). Besonders interessant sind diese Abkommen für Aufenthalte in nicht EU-/EFTA-Staaten, da dort derartige Arbeitsaufenthalte bereits durch das FZA ermöglicht werden. Die Berufseinsteiger erhalten durch diese Abkommen eine befristete Arbeitserlaubnis, die maximal für 18 Monate Gültigkeit hat. In der letzten Berichtsperiode hat die Schweiz je ein neues Abkommen mit Brasilien und Tunesien geschlossen. Die beiden Abkommen sind allerdings noch nicht in Kraft getreten.¹²⁶

II. Individualarbeitsrecht

1. Teilzeitarbeit

Die Schweizerische Arbeitskräfteerhebung kam für das Berichtsjahr 2012 zum Ergebnis, dass sich, abgesehen von einer steten Zunahme der Teilzeitarbeit, keine tiefgreifenden Änderungen der Arbeitszeitmodelle in den letzten zehn Jahren ergeben haben.¹²⁷ Vier von zehn Arbeitnehmenden verfügen über flexible Arbeitszeiten, dabei können Männer ihre Arbeitszeit

¹²⁴ Medienmitteilung des WBF vom 7. Februar 2013.

¹²⁵ Ebd.

¹²⁶ <http://www.bfm.admin.ch/bfm/de/home/themen/arbeit/stagiaireprogramme.html>; Stand: 14. Dezember 2012 (zuletzt besucht am 10. April 2013).

¹²⁷ Medienmitteilung des Bundesamts für Statistik vom 25. April 2013.

öfter flexibel einteilen als Frauen (49,3% gegenüber 34,7%).¹²⁸ Die Teilzeitarbeit hat seit den neunziger Jahren insbesondere bei den Frauen stetig zugenommen und ist somit ein typisches Merkmal weiblicher Erwerbstätigkeit. Momentan gehen mehr als die Hälfte aller erwerbstätigen Frauen einer Teilzeitbeschäftigung nach, jedoch nur jeder siebte erwerbstätige Mann. Teilzeitarbeit bedeutet einerseits häufig ungesicherte Arbeitsverhältnisse sowie Benachteiligungen bei Pensionskassen. Andererseits besteht die Möglichkeit, sich anderen Tätigkeiten zu widmen.¹²⁹ Obwohl sich die Erwerbsbeteiligung der Männer in den letzten zwei Jahrzehnten kaum verändert hat, ist die Teilzeitbeschäftigung von 7,8% auf 13,6% aller Erwerbstätigen gestiegen.

2. Gleichbehandlung der Geschlechter, Chancengleichheit

a. Allgemeines

Seit der Inkraftsetzung des Gleichstellungsgesetzes 1981 sollte die *rechtliche Gleichstellung* in der Schweiz mittlerweile realisiert sein. Allerdings bestehen immer noch wesentliche Unterschiede. Die Bildungsunterschiede zwischen Frauen und Männern nehmen tendenziell ab, seit 1999 hat sich der Anteil der Frauen, die über eine tertiäre Ausbildung verfügen, mehr als verdoppelt (von 9,0% auf 21,7%).¹³⁰ Betrachtet man die Altersgruppe der 25- bis 34-Jährigen, so sind betr. Bildungsniveaus kaum mehr nennenswerte Unterschiede auszumachen.¹³¹ Ebenfalls gestiegen ist die Erwerbsbeteiligung, sie lag 2011 bei Frauen zwischen 15 und 64 Jahren bei 76,7% (Männer 88,7%), während sie im Vergleich 1991 noch 68,2% betrug (Männer 91,1%). Mit einem Drittel ist der *Frauenanteil in Führungspositionen* seit 1996 konstant geblieben.¹³²

Weiterhin unterschiedlich erfolgt allerdings die *Studienwahl*. Männliche Studienanfänger wählen immer noch deutlich häufiger technische Studiengänge oder Berufe wie Ingenieurwesen oder Baugewerbe. Die jungen Frauen streben eher Studiengänge oder Ausbildungen im Gesundheitswesen, der Geistes- oder Sozialwissenschaften an. Indes ist in den männer-spezifischen Berufen eine Zunahme der Frauenquote zu verzeichnen. Bei-

¹²⁸ Ebd., S. 2.

¹²⁹ SECO, Gleichstellung von Frau und Mann – Daten, Indikatoren Teilzeitarbeit, Stand: 4. März 2013 abrufbar unter <http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/20/05/blank/key/erwerbstaetigkeit/teilzeitarbeit.html> (zuletzt besucht am 18. April 2013).

¹³⁰ Medienmitteilung des SECO vom 4. März 2013.

¹³¹ Ebd.

¹³² Ebd., S. 2.

spielsweise ist der Frauenanteil der Studierenden an der Eidgenössischen Technischen Hochschule (ETH) seit einigen Jahren bei 30%. Allerdings bestehen beträchtliche Unterschiede zwischen den Studienfächern. Im Bereich Architektur beträgt der Frauenanteil über 40%, im Bereich Umweltwissenschaften gar über 50%. Im für die internationale Wettbewerbsfähigkeit besonders wichtigen Bereich Maschinenbau hingegen liegt er bedauerlicherweise immer noch unter 10%. Der Frauenanteil der Studierenden soll sich gemäss der Leistungsvereinbarung der ETH Zürich mit dem ETH-Rat auf 35% erhöhen. Ebenfalls wird eine Erhöhung des Frauenanteils der ETH im akademischen Mittelbau sowie auf der Ebene der Professuren angestrebt, dies wird allerdings nur mit gezielten Zusatzanstrengungen möglich sein.¹³³

Mit der Revision der Bundespersonalverordnung hat der Bundesrat beschlossen, den bundesangestellten Vätern bei der Geburt eines Kindes zehn Tage *Vaterschaftsurlaub* zu gewähren. Bereits heute haben die bundesangestellten Väter einen Anspruch auf fünf Tage Vaterschaftsurlaub. Kompensiert werden soll diese Regelung mit der Kürzung des Hochzeitsurlaubs, heiratende Bundesangestellte erhielten bis anhin sechs Tage und müssen sich nun neu mit einem Urlaubstag begnügen. Weiterführende Diskussionen bezüglich eines staatlichen Vaterschaftsurlaubs für alle Arbeitnehmenden will der Bundesrat voraussichtlich nach den Sommerferien führen. Derzeit wird vom Bundesamt für Sozialversicherungen ein Bericht dazu ausgearbeitet.¹³⁴

b. Lohngleichheit

Die zentrale Aufgabe des Eidg. Büros für die *Gleichstellung von Mann und Frau* (EGB) ist es, die Lohngleichheit zwischen den Geschlechtern zu verwirklichen. Um dieses Ziel besser verwirklichen zu können, werden für das Jahr 2014 die finanziellen Mittel des EGB erhöht.¹³⁵ Dadurch können zwei neue Stellen geschaffen werden und die Lohndiskriminierung kann durch erhöhte Kontrollen sowie Informations- und Weiterbildungsarbeit besser bekämpft werden.¹³⁶ Laut der Lohnstrukturerhebung von 2010 des Bundesamtes für Statistik (BFS), welche Ende 2012 publiziert wurde, konnte festgestellt werden, dass die Lohnunterschiede von 2008 bis 2010 leicht gesunken sind.¹³⁷ Dies bedeutet, dass während der

¹³³ ETH, Gender-Monitoring-Bericht 2011/12, abrufbar unter http://www.equal.ethz.ch/gender_monitoring/gender_monitoring_2011 (zuletzt besucht am 3. Juli 2013).

¹³⁴ Tagesanzeiger online «Vaterschaftsurlaub wird zur Selbstverständlichkeit» vom 21. Mai 2013.

¹³⁵ Medienmitteilung des EBG vom 1. Mai 2013.

¹³⁶ Ebd.

¹³⁷ Medienmitteilung Bundesamt für Statistik vom 21. Dezember 2012, S. 1.

Untersuchungsperiode im privaten Sektor die Lohnunterschiede, die auf diskriminierende Faktoren (nicht erklärbarer Teil) zurückzuführen sind, von 745 auf 677 Franken pro Monat zurückgingen.¹³⁸ Gleichwohl beträgt die durchschnittliche Lohndiskriminierung noch 8,7%.¹³⁹ Werden die unterschiedlichen Wirtschaftszweige allerdings isoliert betrachtet, ergeben sich enorme Unterschiede. Im Gesundheitsbereich betrug die Differenz lediglich 388 Franken, während sich der Unterschied im Kredit- und Versicherungsgewerbe auf 1397 Franken pro Monat belief.¹⁴⁰ Teilweise lassen sich die Lohnunterschiede strukturell erklären, beispielsweise durch Unterschiede im Bildungsstand oder durch Dienst Erfahrung. Allerdings stellt die Studie fest, dass die Lohndifferenz umso grösser ist, je höher das Anforderungsniveau an die Stelle bzw. Kaderfunktion ist.¹⁴¹

In der Frühjahrssession 2013 wurde von Nationalrätin YVONNE FERI zudem die Frage aufgeworfen, inwiefern *Lohndiskriminierungen zwischen Männern und Frauen im öffentlichen Beschaffungswesen* berücksichtigt werden sollen und welche Sanktionen bei einer vom Gleichstellungsbüro festgestellten Diskriminierung drohen würden.¹⁴² Bundesrätin EVELYNE WIDMER-SCHLUMPF erklärt in der Fragestunde, dass Unternehmen, die sich in einem Submissionsverfahren befinden, allenfalls eine Konventionalstrafe bezahlen müssen, vom Verfahren ausgeschlossen werden können, der Zuschlag widerrufen oder gar der Vertrag gekündigt wird. Erbringt ein Unternehmen den Nachweis, dass die Lohndiskriminierung beseitigt worden ist, kann es wieder am Vergabeverfahren teilnehmen.¹⁴³

c. Vereinbarkeit von Beruf und Familie

In der laufenden Berichtsperiode wurde die Vereinbarkeit von Beruf und Familie verschiedentlich thematisiert. Mit der Volksabstimmung vom 3. März 2013 wurde der neue Verfassungsartikel 115a abgelehnt. Dieser hätte die zentrale Bedeutung der Familie für die Gesellschaft anerkannt und verfassungsrechtlich verankert. Die parlamentarische Initiative scheiterte schliesslich am Ständemehr.¹⁴⁴ Damit würden Bund und Kantone verpflichtet, Massnahmen zur besseren Vereinbarkeit von Beruf und Familie zu ergreifen, dies insbesondere durch die Errichtung von familienergän-

¹³⁸ EGB, Auf dem Weg zur Lohnungleichheit! Tatsachen und Trends, Bern 2013, S. 5; m.w.H. BFS, Auf dem Weg zur Gleichstellung von Frau und Mann, Stand und Entwicklung, Neuchâtel 2013.

¹³⁹ Ebd.

¹⁴⁰ Ebd., S. 2.

¹⁴¹ Ebd.

¹⁴² AmtlBull 2013 NR, S. 325.

¹⁴³ Ebd.

¹⁴⁴ Ergebnisse Volksabstimmung <http://www.admin.ch/ch/d/pore/va/20130303/index.html> (zuletzt besucht am 8. Juli 2013).

zenden Betreuungsplätzen, bspw. Krippen, Kinderhorte, Tagesschulen oder Mittagstische.¹⁴⁵ Aufgrund der überwiegend positiven Vernehmlassungsergebnisse unterstützte der Bundesrat die Aufnahme eines Familienartikels in die Bundesverfassung.¹⁴⁶ Die Initiative stiess vermehrt auf Kritik, insbesondere wurde die Befürchtung geäußert, eine (zu sehr) unterstützte Kinderbetreuung führe zur verstaatlichten Kindererziehung und trenne Mutter und Kind zu früh.¹⁴⁷

Die *Familieninitiative* der Schweizerischen Volkspartei verlangt in der Form eines ausgearbeiteten Entwurfes, dass Eltern, die ihre Kinder selbst betreuen, für die Kinderbetreuung den gleichen Steuerabzug erhalten wie Eltern, die ihre Kinder fremdbetreuen lassen.¹⁴⁸ Diese finanzielle Unterstützung in der Form eines Steuerabzugs wurde erst 2011 eingefügt, um der wirtschaftlich verminderten Leistungsfähigkeit der betroffenen Eltern Rechnung zu tragen.¹⁴⁹ Die SVP wollte schon vor zwei Jahren einen derartigen Steuerabzug einführen.¹⁵⁰ Der Bundesrat sowie die Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Nationalrates lehnen dieses Anliegen in Form einer Initiative weiterhin ab. Dies mit der Begründung, das Initiativanliegen verstosse gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung und widerspreche dem Prinzip der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit.¹⁵¹ Die Initiative wird voraussichtlich noch dieses Jahr Gegenstand einer Volksabstimmung sein.¹⁵²

Mit der Unterstützung des Bundesgesetzes über Finanzhilfen für *familienergänzende Kinderbetreuung*¹⁵³, welches am 1. Februar 2003 in Kraft getreten ist, konnten seither 39 500 Betreuungsplätze geschaffen werden. Die ursprüngliche Geltungsdauer von acht Jahren wurde bis zum 31. Januar 2015 verlängert, da die Nachfrage nach wie vor gross ist. Trotz dem absehbaren Ende des Projekts sind derzeit noch mehr als 220 Gesuche hängig und es werden fortlaufend neue Gesuche eingereicht. Da die Mittel voraussichtlich nicht für alle bis anhin eingereichten Anträge ausreichen, ist – wie vom Bundesgesetz vorgesehen – zu Jahresbeginn eine Prioritätenordnung erlassen worden, die vorsieht, dass der Restbetrag für Projekte von Kantonen, die bis anhin eher wenige Finanzhilfen beantragt haben,

¹⁴⁵ Medienmitteilung des EDI vom 18. Januar 2013.

¹⁴⁶ Ebd.

¹⁴⁷ Vgl. Votum YVETTE ESTERMANN, AmtlBull 2010 NR, S. 383; sie stellte damals die ausserfamiliäre Kinderbetreuung gar als Notlösung dar.

¹⁴⁸ Vgl. Botschaft zur Volksinitiative «Familieninitiative: Steuerabzüge auch für Eltern, die ihre Kinder selbst betreuen», BBl 2012 7215, 7216.

¹⁴⁹ Ebd.

¹⁵⁰ Ebd., 7228.

¹⁵¹ Medienmitteilung Bundesrat vom 4. Juli 2012; Medienmitteilung WAK-N vom 22. Januar 2013.

¹⁵² NNZ online vom 3. März 2013 «Das Volksmehr wird als Auftrag interpretiert».

¹⁵³ Bundesgesetz über Finanzhilfen für familienergänzende Kinderbetreuung vom 4. Oktober 2002, SR 861.

verwendet werden.¹⁵⁴ So soll eine möglichst ausgewogene regionale Verteilung der Gelder sichergestellt werden. Lediglich 20% des Restbetrages werden für die Abschlussfinanzierung der Projekte in den Kantonen Zürich, Zug, Basel-Stadt, Waadt, Neuenburg und Genf verwendet. Dies soll für die Fertigstellung von bereits weit fortgeschrittenen Projekten ausreichend sein. Die Projekte der verbleibenden Kantone werden priorisiert behandelt und erhalten dementsprechend 80% des Restbetrages.¹⁵⁵ Sind die verfügbaren Mittel ausgeschöpft, wird eine Warteliste geführt.¹⁵⁶

3. Lohnfragen

Mit verschiedenen Initiativen wurde in den letzten Jahren versucht, auf die *Lohnbildung* Einfluss zu nehmen. In diesem Zusammenhang wird auch die «*Abzocker-Initiative*» erwähnt, welche am 3. März 2013 von Volk und Ständen angenommen wurde. Die angenommene Initiative befindet sich nun im Umsetzungsprozess. Hauptanliegen der Initiative ist, die Aktionärsrechte in Unternehmen zu stärken, damit die Aktionäre Vergütungen von Verwaltungsräten besser überwachen und an der Generalversammlung allenfalls eingreifen können.¹⁵⁷ Diese Bestimmungen werden zudem einen indirekten Einfluss auf die Lohnbildung haben, da einerseits die Gesamtlohnsumme von der Generalversammlung abgesegnet werden muss und andererseits Abgangsentschädigungen sowie im Voraus entrichtete Vergütungen nicht mehr zulässig sind.¹⁵⁸

Einen Schritt weiter gehen die Forderungen der JungsozialistInnen Schweiz (JUSO) mit ihrer Initiative «*1:12 – Für gerechte Löhne*». So verlangt die Jungpartei, dass kein Manager in einem Monat mehr verdienen soll als die Person mit dem tiefsten Lohn im gleichen Unternehmen pro Jahr.¹⁵⁹ Der Bundesrat hat sich bereits im Januar 2012 gegen diese Initiative ausgesprochen. Dies mit der Begründung, dass die Sozialpartner für die Regelung der tiefen und mittleren Löhne eine wesentliche Rolle spielen und dass es Sache der Unternehmen sei, die hohen und höchsten Löhne festzulegen. Indirekt spricht sich der Bundesrat allerdings dafür aus, im Aktien- und Rechnungslegungsrecht Leitplanken in Bezug auf Corporate

¹⁵⁴ Bundesamt für Sozialversicherungen (BSV), Finanzhilfen für Familienergänzende Kinderbetreuung: Bilanz nach 10 Jahren, S. 3; m.w.H. LOUIS CORNELIA, Impulsprogramm für familienergänzende Kinderbetreuung – Prioritätenordnung, in: Soziale Sicherheit 1/2013, S. 31 ff.

¹⁵⁵ Ebd.

¹⁵⁶ Ebd., S. 3 ff.

¹⁵⁷ Siehe oben, S. 3 ff.

¹⁵⁸ Ebd.

¹⁵⁹ Botschaft zur Volksinitiative «1:12 – Für gerechte Löhne», BBl 2011 637, 638; vgl. Vorjahresbericht JAR 2012, S. 42.

Governance aufzustellen. Diese werden nun mit der Umsetzung der «*Abzocker-Initiative*» realisiert.¹⁶⁰

Mitte Januar hat der Bundesrat die Botschaft zur Initiative «*Für den Schutz fairer Löhne*» (*Mindestlohninitiative*) verabschiedet.¹⁶¹ Die Initiative wurde vom schweizerischen Gewerkschaftsbund eingereicht und hat zum Ziel, Bund und Kantone zu verpflichten, die Festlegung von Mindestlöhnen in GAV zu fördern. Weiter wird die Festlegung eines nationalen gesetzlichen Mindestlohnes von 22 Franken pro Stunde gefordert.¹⁶² In der Botschaft äussert sich der Bundesrat ablehnend zur Initiative. Er teilt zwar das Anliegen der Armutsbekämpfung und möchte ebenfalls, dass Erwerbstätige ohne existenzielle finanzielle Sorgen leben können. Doch kommt der Bundesrat zum Schluss, dass die Initiative nicht geeignet ist, dieses Ziel zu verwirklichen. Die Einführung eines Mindesteinkommens würde die Vertrags- und Wirtschaftsfreiheit einschränken. Weiter seien es traditionsgemäss die Sozialpartner, die Mindestlohnfestsetzungen in den GAV verhandeln. Dadurch könnten die Mindestbestimmungen den branchenspezifischen Besonderheiten angepasst werden.¹⁶³ Durch einen fixen Mindestlohn würde der Verhandlungsspielraum der Sozialpartner verkleinert. Statt branchenspezifische Lösungen zu finden, würde diese Aufgabe dem Staat übertragen, und so könnte insbesondere die Bereitschaft, an Lohnverhandlungen teilzunehmen, vermindert werden.¹⁶⁴ Ausserdem sei zu beobachten, dass die Mindestlöhne in GAV teilweise über dem von der Initiative geforderten Minimum liegen, wie zuletzt im bereits ratifizierten GAV-MEM, wo grossmehrheitlich ein Stundenlohn von mehr als 22 Franken gesamtarbeitsvertraglich festgelegt wurde.¹⁶⁵ Die Befürworter der Initiative bemerken allerdings, dass die Sozialpartnerschaft gerade in Bezug auf die Mindestlöhne nicht funktioniere, da sich viele Arbeitgeber weigern würden, Gesamtarbeitsverträge mit Mindestlohnbestimmungen auszuarbeiten.¹⁶⁶ Insbesondere im Dienstleistungssektor seien lediglich 30% der Beschäftigten einem GAV unterstellt. In der Botschaft weist der Bundesrat darauf hin, dass durch diese Mindestlohnbestimmung allenfalls Arbeitsplätze gefährdet werden. Dies insbesondere in Branchen wie im Hotelgewerbe, im Detailhandel, im Reinigungsgewerbe und in der Landwirtschaft. Der durchschnittliche Stundenlohn beträgt in diesen Branchen 18.90 Franken. Trotz des Schweizerischen Sozialsystems liegt die Armutsquote der Ge-

¹⁶⁰ Botschaft zur Volksinitiative «1:12 – Für gerechte Löhne», BBl 2011 637, 638.

¹⁶¹ Medienmitteilung des Bundesrates vom 16. Januar 2013.

¹⁶² Botschaft zur Volksinitiative «Für den Schutz fairer Löhne (Mindestlohninitiative)», BBl 2013 1211 ff.

¹⁶³ Ebd., 1227.

¹⁶⁴ Ebd., 1236.

¹⁶⁵ Ebd.; siehe unten S. 78 f.; Medienmitteilung der Unia vom 7. Juni 2013.

¹⁶⁶ Medienmitteilung des Schweizerischen Gewerkschaftsbundes (SGB) vom 11. April 2013.

samtbevölkerung bei 7,9%, dies entspricht erfreulicherweise einem Rückgang von 1,2% seit 2008.¹⁶⁷ Dabei sind deutlich mehr Personen, die nicht erwerbstätig sind, von Armut betroffen. Zudem zeigen die aktuellen Zahlen des Bundesamtes für Statistik, dass diejenigen Haushalte, die über eine hohe Erwerbspartizipation verfügen, generell die tiefsten Armutsquoten haben.¹⁶⁸ In diesem Zusammenhang kommt der Bundesrat zum Schluss, dass ein niedriger Lohn zwar zur Armut führen kann, dass aber die Armut verschiedene Ursachen haben muss.¹⁶⁹ Aus all diesen Gründen sei der gesetzliche Mindestlohn kein taugliches Instrument für die Bekämpfung von Armut.¹⁷⁰ Die Bundesversammlung hat bis spätestens am 21. Juli 2014 darüber zu entscheiden, ob sie die Initiative Volk und Ständen zur Annahme oder Ablehnung empfiehlt.¹⁷¹ Die Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Ständerats hat in der ersten Sitzung zu dieser Initiative die Initianten angehört und festgehalten, dass es Arbeitnehmenden möglich sein muss, von ihrem Lohn zu leben. Allerdings wirft auch die Kommission die Frage auf, ob der gesetzliche Mindestlohn das geeignete Mittel zur Entschärfung der Tieflohnproblematik darstellt. Aus diesem Grund wurde die Verwaltung beauftragt, einen Bericht zu erstellen, der die aktuelle Situation bei den Tieflohnen weiter analysiert und mögliche Alternativen aufzeigt. Die Möglichkeit eines Gegenentwurfs wurde nicht diskutiert.¹⁷²

Eine weitere Initiative fordert ein *bedingungsloses Grundeinkommen*. Das Initiativkomitee möchte jeder Person 2500 Franken monatliches Grundeinkommen bezahlen, jeder Mensch soll in Würde und Freiheit leben können. Gleichzeitig sollen alle anderen Sozialleistungen wegfallen. Die Sammelfrist läuft noch bis im Oktober 2013.¹⁷³

4. Sozialplanpflicht im Konkurs

Die Revision des Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes kam in der Sommersession 2013 mit Hilfe der Einigungskonferenz zum Abschluss und wurde angenommen. Ziel dieser Revision war stets die erleichterte Sanierung von Unternehmen am Beispiel des amerikanischen «*Chapter 11*». So soll eine Nachlassstundung in Zukunft möglich sein, ohne dass diese

¹⁶⁷ Botschaft zur Volksinitiative «Für den Schutz fairer Löhne (Mindestlohninitiative)», BBl 2013 1211, 1240.

¹⁶⁸ Ebd.

¹⁶⁹ Beispielsweise nicht lohnrelevante Faktoren wie die Zusammensetzung des Haushaltes, das Bildungsniveau, die Gesundheit oder ein Migrationshintergrund; ebd., 1245.

¹⁷⁰ Ebd., 1241.

¹⁷¹ Medienmitteilung des Bundesrates vom 16. Januar 2013.

¹⁷² Medienmitteilung der WAK-S vom 8. April 2013.

¹⁷³ NZZ online «Initiative fordert Grundeinkommen für alle» vom 12. April 2013.

zwingend in einem Nachlassvertrag bzw. einem Konkurs enden muss.¹⁷⁴ In der erneuten Eintretensdebatte des Nationalrates im Frühjahr und bis zur Einigungskonferenz war die Frage um den Verbleib der Arbeitnehmenden das «Pièce de Résistance».¹⁷⁵ Nach der bisherigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung kann die Anwendung von Art. 333 OR nicht davon abhängen, ob der Betriebsübergang auf rechtsgeschäftliche Weise oder im Rahmen eines Zwangsvollstreckungsverfahrens erfolgte.¹⁷⁶ Diese Praxis erschwert die Sanierung von Betrieben allerdings erheblich. Neu soll im Konkursfall die Übernahme der Arbeitnehmenden freiwillig erfolgen und nur stattfinden, sofern diese vereinbart wurde.¹⁷⁷ Um diese Erleichterung für die Arbeitgeberseite in Bezug auf den Arbeitnehmerschutz abzufedern, wurde unter gewissen Voraussetzungen eine Sozialplanpflicht vorgeschlagen.¹⁷⁸ Diese kommt zum Zug, wenn grössere Firmen ab 250 Arbeitnehmenden mehr als 30 Personen gleichzeitig entlassen. Die letzte Differenz betraf die Solidarhaftung des Übernehmers für ausstehende Löhne im Falle einer Übernahme. Bundesrätin SIMONETTA SOMMARUGA hat bis zuletzt für die Solidarhaftung und damit für den Minderheitsantrag LEUTENEGGER OBERHOLZER votiert, insbesondere um Missbräuche zu verhindern.¹⁷⁹ Sie skizzierte in der parlamentarischen Beratung folgendes Szenario: Der Arbeitgeber lässt sein Unternehmen in Konkurs fallen und bezahlt in der Folge die ausstehenden Löhne nicht. Dies im Wissen, dass die Arbeitslosenkasse vier Monatslöhne versichert. In der Folge kauft derselbe Arbeitgeber das Unternehmen wieder auf und kann aufgrund der fehlenden Solidarhaftung nicht für die ausstehenden Beiträge belangt werden.¹⁸⁰ Die Kommissionsmehrheit und der Nationalrat hielten aber an der Aufhebung der Solidarhaftung fest, Grundgedanke und Ausgangsposition blieb die Vereinfachung der Sanierungen. Dies entsprach dem Ergebnis der Einigungskonferenz und schliesslich der Schlussabstimmung.¹⁸¹

¹⁷⁴ Vgl. Vorjahresbericht JAR 2012, S. 23 ff.; Botschaft Revision SchKG BBl 2010 6455 ff.

¹⁷⁵ AmtlBull 2013 NR, S. 619 ff.

¹⁷⁶ BGE 137 III 487, 493; in der Causa Swissair.

¹⁷⁷ Botschaft Revision SchKG BBl 2010 6455, 6494.

¹⁷⁸ Vgl. m.w.H. KREUTZ DENISE, Sozialpläne – Zweck, Inhalt und Auswirkungen in einem Nachlassstundungs- bzw. Konkursverfahren, in: Jusletter vom 21. Februar 2013.

¹⁷⁹ AmtlBull 2013 NR, S. 1060.

¹⁸⁰ Ebd.

¹⁸¹ AmtlBull 2013 NR, S. 1208.

III. Öffentliches Arbeitsrecht

1. Allgemeines

In der aktuellen Berichtsperiode war insbesondere der Arbeitnehmerschutz im Zusammenhang mit der *Liberalisierung der Öffnungszeiten* im Detailhandel relevant.¹⁸² Die Gewerkschaften wehrten sich bereits mit dem Referendum gegen die Erweiterung der Öffnungszeiten der Tankstellenshops. Auch auf kantonaler Ebene ergaben sich in diesem Zusammenhang Abstimmungen. Interessanterweise ergibt sich daraus ein gemischtes Bild. Auf kantonaler Ebene wurden Bestrebungen zur Liberalisierung abgelehnt. Im Parlament sind derzeit einige Vorstösse hängig, die sich klar für eine Liberalisierung der Öffnungszeiten aussprechen. Aus Sicht des Arbeitsschutzes muss in jedem Fall vermieden werden, dass sich die Arbeitsbedingungen verschlechtern und dass Arbeitnehmende zur Sonntags- bzw. Abendarbeit «gezwungen» werden. Allerdings könnten die finanziellen Anreize durch Zuschläge dies kompensieren.

Seit dem Inkrafttreten des Bundesgesetzes zum *Schutz vor Passivrauchen* im Jahr 2010 ist das Rauchen in sämtlichen öffentlich zugänglichen Räumen, die mehreren Personen als Arbeitsplatz dienen, verboten.¹⁸³ Diese Regelung hat sich nach Ansicht des Bundesrates und des Parlaments bewährt, obwohl gemäss einer Umfrage vermehrt Klagen betr. Umsatzeinbussen zu hören sind.¹⁸⁴ Bereits heute ist festzustellen, dass bestimmte Herz-Kreislauf- und Atemweg-Erkrankungen, welche mit dem Passivrauchen in Zusammenhang gebracht werden, markant zurückgegangen sind.¹⁸⁵ Die Initiative «Schutz vor Passivrauchen» wollte die aktuelle Regelung weiter verschärfen. Die Initiative wurde in der Abstimmung abgelehnt.¹⁸⁶

Eine weitere Neuerung betrifft die Ausstellung von Arbeitszeitbewilligungen. Mit dem neuen Internetportal TACHO können nationale und internationale Betriebe Gesuche für Arbeitszeitbewilligungen online einreichen. Betroffen sind Bewilligungen für Nacht- und Sonntagsarbeit, für den ununterbrochenen Betrieb oder Pikettdienst in der Nacht oder am Sonntag bzw. Feiertag. Das Gesuch wird von der zuständigen Behörde beurteilt und die Verfügung kann dann ebenfalls auf der Onlineplattform abgeholt wer-

¹⁸² Siehe unten, S. 38.

¹⁸³ Vgl. Voraufgabe JAR 2012, S. 44; Voraufgabe JAR 2011, S. 43.

¹⁸⁴ Vgl. dazu und m.w.H. zur aktuellen Rechtslage PORTMANN WOLFGANG/RIBBE RÉMY, Vom öffentlichen Restaurationsbetrieb zum privaten Raucherklub, in: AJP 2012, S. 649 ff.

¹⁸⁵ Medienmitteilung des EDI und des BAG vom 14. August 2012.

¹⁸⁶ BBl 2013 1135.

den. Aktuell kann dieses Angebot in den Kantonen Basel-Stadt, Schaffhausen, Uri und Zürich genutzt werden.¹⁸⁷

2. Liberalisierung der Ladenöffnungszeiten

a. *Teilrevision des Arbeitsgesetzes: Referendum gegen offene Tankstellenshops*

Gegen die Liberalisierung der Arbeitszeiten in Tankstellenshops ist das Referendum zustande gekommen.¹⁸⁸ Die Revision des Arbeitsgesetzes hatte zum Inhalt, die restriktiveren Bestimmungen für Tankstellenshops an Autobahnraststätten sowie an Hauptverkehrswegen mit starkem Reiseverkehr zu lockern und die Unterscheidung zwischen dem eigentlichen Tankstellenbetrieb und den dazugehörigen Shops aufzuheben. Zurzeit ist die Beschäftigung von Arbeitnehmenden nur während der regulären Tages- und Abendarbeitszeiten möglich.¹⁸⁹ Von der Änderung bzw. vom Referendum sind zurzeit lediglich 23 Tankstellenshops betroffen.¹⁹⁰ Das Referendumskomitee «die Sonntagsallianz»¹⁹¹ argumentiert, dass diese Lockerung die Arbeitsbedingungen verschlechtere und dass ein 24-Stunden Arbeitstag durch die Hintertür eingeführt würde.¹⁹² Volk- und Stände werden am 22. September 2013 darüber abstimmen.¹⁹³

b. *Weitere Vorstösse im Zusammenhang mit der Liberalisierung der Ladenöffnungszeiten*

In die entgegengesetzte Richtung des obgenannten Referendums steuern zwei Motionen, die zurzeit im Parlament behandelt werden. Mit der *Motion Abate* (12.3791) verlangt der gleichnamige Nationalrat, dass Art. 25 Abs. 2 ArGV 2¹⁹⁴ den Erfordernissen des Fremdenverkehrs und des

¹⁸⁷ <http://www.seco.admin.ch/arbeitszeitbewilligungen/index.html> (zuletzt besucht am 8. Juli 2013).

¹⁸⁸ Medienmitteilung der Bundeskanzlei vom 2. Mai 2013.

¹⁸⁹ Vgl. Vorjahresbericht JAR 2012, S. 60 f.

¹⁹⁰ NZZ online «Referendum gegen Tankstellenshops zustande gekommen» vom 2. Mai 2013.

¹⁹¹ Das Komitee setzt sich u.a. zusammen aus SGB, SP, Unia und christlichen Vereinigungen.

¹⁹² Vgl. <http://sonntagsallianz.ch/referendum/> (zuletzt besucht am 7. Mai 2013).

¹⁹³ Medienmitteilung des Bundesrates vom 8. Mai 2013.

¹⁹⁴ Verordnung 2 vom 10. Mai 2000 zum Arbeitsgesetz (Sonderbestimmungen für bestimmte Gruppen von Betrieben oder Arbeitnehmern und Arbeitnehmerinnen), SR 822.112.

Tourismus angepasst werden soll.¹⁹⁵ Art. 25 ArGV 2 sieht vor, dass Betriebe im Fremdenverkehr, die der Befriedigung spezifischer Bedürfnisse der Touristen dienen, Arbeitnehmende an Sonntagen beschäftigen können. Die zu revidierende Bestimmung in Abs. 2 beschränkt diese Ausnahme auf Betriebe in Kur-, Sport- und Erholungsorten. Nach Ansicht des Motionärs wird diese Einschränkung dem heutigen Fremdenverkehr nicht mehr gerecht. Konkret soll der Anwendungsbereich dieser Bestimmung erweitert werden, da sich der Tourismus zunehmend unabhängig von spezifischen Regionen, Aktivitäten und Jahreszeiten entwickle. Diese Motion wurde bereits im National- und Ständerat angenommen und der Bundesrat wird nun zur Ausarbeitung eines Entwurfes beauftragt.

Die *Motion Lombardi* (12.3637) hat ebenfalls eine Liberalisierung der Ladenöffnungszeiten im Sinne einer gesamtschweizerischen Teilharmonisierung zum Ziel.¹⁹⁶ Einheitlich im Sinne eines Mindeststandards sollen Detailhandelsbetriebe von Montag bis Freitag von 6 bis 20 Uhr und an Samstagen von 6 bis 19 Uhr geöffnet sein können. Dies soll mit einer Änderung im Binnenmarktgesetz¹⁹⁷ ermöglicht werden und bedeutet, dass auf diese Mindestöffnungszeiten ein bundesrechtlicher Anspruch besteht.¹⁹⁸ In der Motion wird zur Begründung angeführt, dass die den Bedürfnissen der Konsumenten angepassten Öffnungszeiten einen wichtigen Standortfaktor des schweizerischen Detailhandels darstellen.¹⁹⁹ In den letzten Jahren hat der Einkaufstourismus stetig zugenommen, im Motionstext und in den parlamentarischen Beratungen wird von 5 Milliarden Franken gesprochen, die im grenznahen Ausland ausgegeben werden.²⁰⁰ Durch die Anpassung der aktuell restriktiven und uneinheitlichen Öffnungszeiten erhofft sich der Motionär eine Entspannung im Binnenmarkt. Gemäss dem Motionstext stellt die momentane schweizerische Lösung betr. die Ladenöffnungszeiten einen regelrechten Flickenteppich mit zahlreichen Ausnahmen dar, sei es für Bahnhöfe, Flughäfen oder Tankstellen. Auch aus diesem Grund sei eine schweizweite Anpassung wünschenswert. Der Bundesrat hat die Motion im Herbst letzten Jahres zur Annahme empfohlen und die Motion wurde mit einer leichten Änderung des Nationalrates von beiden Räten sowie den Kommissionen angenommen. Gemäss dieser Änderung sollen die kantona-

¹⁹⁵ Motion (12.3791) Stärkung des Schweizer Tourismus. Anpassung der Verordnung 2 zum Arbeitsgesetz an die Bedürfnisse des Fremdenverkehrs, eingereicht von FABIO ABATE.

¹⁹⁶ Motion (12.3637) Frankenstärke Teilharmonisierung der Ladenöffnungszeiten, eingereicht von FILIPPO LOMBARDI.

¹⁹⁷ Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über den Binnenmarkt (Binnenmarktgesetz, BGBM), SR 943.02.

¹⁹⁸ Votum Bundesrat JOHANN N. SCHNEIDER-AMMANN, AmtlBull 2013 NR, S. 359 f.

¹⁹⁹ Motion (12.3637) Frankenstärke Teilharmonisierung der Ladenöffnungszeiten, eingereicht von FILIPPO LOMBARDI.

²⁰⁰ Ebd.

len Feiertage von dieser Regelung ausgenommen werden. Der Bundesrat wird nun beauftragt, entsprechend zu legislieren.²⁰¹

3. Änderungen des Arbeitsgesetzes und der Verordnungen zum Arbeitsgesetz

a. *Änderung der Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz (ArGV 1)*

Den Anstoss für diese Revision der Bestimmung betr. die Arbeitszeiterfassung gab ein zwischen 2009 und 2011 durchgeführtes Pilotprojekt im Bankensektor, welches das Ziel hatte, die mögliche Flexibilisierung der Arbeitszeiterfassung und die damit verbundene Zufriedenheit der Arbeitnehmenden zu analysieren.²⁰² Gleichzeitig soll der Gesundheitsschutz der Arbeitnehmenden gewährleistet und die Überprüfbarkeit der Arbeitsgesetzgebung erleichtert werden. Am 11. September 2012 hat das SECO in der Folge eine Anhörung betr. der neuen Bestimmung (Art. 73a der Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz) eröffnet.²⁰³ Diese sieht vor, dass Arbeitnehmende mit einem Bruttojahreseinkommen von mehr als 175 000.– CHF sowie im Handelsregister eingetragene zeichnungsberechtigte Angestellte auf ihre individuelle Arbeitszeiterfassung verzichten können. Der Verzicht muss schriftlich und individuell vereinbart werden und kann jeweils nach Ablauf eines Jahres widerrufen werden.²⁰⁴ Bis anhin wurde der Arbeitgeber durch Artikel 46 ArG verpflichtet, alle Verzeichnisse und Unterlagen, die für den Vollzug des Arbeitsgesetzes einschliesslich Verordnungen notwendig sind, den Aufsichtsbehörden zur Verfügung zu halten. Auch die Arbeitszeit ist prinzipiell von dieser Regelung erfasst. Begründet wird die Neuregelung einerseits damit, dass diejenigen Arbeitnehmenden, welche die genannten Voraussetzungen erfüllen, aufgrund ihrer Funktion oftmals über grossen Gestaltungsspielraum in Bezug auf Inhalt und Organisation der Arbeit verfügen. Andererseits wird angenommen, dass sie ebenfalls über eine stärkere Verhandlungsmacht gegenüber dem Arbeitgeber verfügen.²⁰⁵ Gemäss der Lohnstrukturhebung von 2010 wären weniger als 4% der Arbeitnehmenden von dieser Regelung betroffen.²⁰⁶ Da in der Sitzung der eidg. Arbeitskommission vom März seitens des Bundesrates keine Ent-

²⁰¹ Medienmitteilung WAK-S vom 9. April 2013.

²⁰² M.w.H. SECO, Schlussbericht über das Pilotprojekt Vertrauensarbeitszeit bei Banken vom 21. Dezember 2011, abrufbar unter <http://www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/27888.pdf> (zuletzt besucht am 13. Mai 2013).

²⁰³ Medienmitteilung des SECO vom 11. September 2012.

²⁰⁴ Ebd.

²⁰⁵ Ebd.

²⁰⁶ NNZ online «nicht mehr alle sollen Arbeitszeit erfassen» vom 11. September 2012.

scheidung getroffen wurde, kann die Umsetzung der Revision wohl erst nach den Sommerferien fortgesetzt werden.²⁰⁷

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

Die Verordnung 2 zum Arbeitsgesetz²⁰⁸ enthält Sonderbestimmungen für bestimmte Gruppen von Betrieben oder Arbeitnehmenden. Im Oktober 2012 hat der Bundesrat entschieden, die Sonderbestimmung in Art. 48 für die Bau- und Unterhaltsbetriebe von Eisenbahnanlagen zu revidieren. Art. 48 der Verordnung 2 zum Arbeitsgesetz sieht vor, dass neu Art. 12 Abs. 1 anwendbar ist. Dies bedeutet, dass die Arbeitnehmenden, die in Bau- und Unterhaltsbetrieben für Eisenbahnanlagen tätig sind, an Sonntagen beschäftigt werden dürfen. Allerdings sind gemäss der Verweisung jeweils 26 freie Sonntage pro Jahr und mindestens ein freier Sonntag pro Quartal zu gewähren. Dies soweit Sonntagsarbeit an Anlagen der Fahrbahn, der Stromversorgung sowie an Anlagen der Steuerung und Sicherung des Zugverkehrs notwendig sind. Die Änderung trat bereits am 1. Dezember 2012 in Kraft.²⁰⁹

c. Änderung der Verordnung zum Arbeitszeitgesetz

Der Bundesrat hat eine Lockerung der Bestimmungen in der Verordnung zum Arbeitszeitgesetz²¹⁰ gutgeheissen, um den speziellen Bedürfnissen von touristischen Bergbahnunternehmen gerecht zu werden. Diese sieht vor, dass Arbeitnehmende in Betrieben von touristischen Bergbahnen in Zukunft 5,5 Stunden ohne Pausen arbeiten können, statt wie bisher 5 Stunden. Weiter kann eine Dienstschicht in der Hochsaison auf 15 Stunden ausgedehnt werden. Die beiden Änderungen dürfen nicht miteinander kombiniert werden. Die Neuerungen sind mit den Sozialpartnern abgesprochen und wurden von der paritätischen Arbeitszeitgesetzkommission einstimmig gutgeheissen. Die Anpassungen sind auf den 1. Mai 2013 in Kraft getreten.²¹¹

²⁰⁷ NZZ online «Unmut über den Bundesrat» vom 26. März 2013.

²⁰⁸ Verordnung 2 zum Arbeitsgesetz (ArGV 2) (Sonderbestimmungen für bestimmte Gruppen von Betrieben oder Arbeitnehmern und Arbeitnehmerinnen), SR 822.112.

²⁰⁹ <http://www.seco.admin.ch/themen/00385/00390/01899/05034/index.html?lang=de> (zuletzt besucht am 13. Mai 2013).

²¹⁰ Verordnung über die Arbeit in Unternehmen des öffentlichen Verkehrs (Verordnung zum Arbeitszeitgesetz), SR 822.211.

²¹¹ Medienmitteilung des Bundesamtes für Verkehr (BAV) vom 8. März 2013.

4. Berufsverbot für Pädophile

Die Volksinitiative «*Pädophile sollen nicht mehr mit Kindern arbeiten dürfen*» wurde im April 2011 in der Form eines ausgearbeiteten Entwurfs eingereicht. Sie verfolgt das Anliegen, dass Personen, die strafrechtlich verurteilt wurden, weil sie sexuelle Handlungen mit Kindern oder einer abhängigen Person vorgenommen haben, zukünftig weder eine berufliche noch eine ehrenamtliche Tätigkeit mit Minderjährigen ausüben dürfen. Die Nationalratskommission für Rechtsfragen hat daraufhin beschlossen, die Verwaltung mit der Ausarbeitung eines direkten Gegenentwurfes zu dieser Volksinitiative zu beauftragen.²¹² Auch der Bundesrat unterstützt die Initiative mit ihrem Anliegen, kritisiert indessen einerseits, dass die Initiative unvollständig sei, da zwar Sexualdelikte vom Gesetzeswortlaut erfasst werden, aber nicht die Straftaten gegen Leib und Leben.²¹³ Andererseits seien die verwendeten unbestimmten Rechtsbegriffe auslegungsbedürftig. Zudem wird in der Botschaft kritisiert, dass die Ausgestaltung des Verbots hinsichtlich der Dauer keinen Ermessensspielraum lasse und dass dadurch der Grundsatz der Verhältnismässigkeit tangiert würde.²¹⁴ Das Tätigkeitsverbot für Sexualstraftäter ist zudem seit Längerem Thema im Parlament.²¹⁵ Die Parlamentarier waren sich insofern einig, dass in diesem Zusammenhang Handlungsbedarf besteht, allerdings konnten sie sich in der hitzigen Debatte auf keinen der Gegenvorschläge bzw. Gegenentwürfe einigen.²¹⁶ Dies hat zur Folge, dass der Nationalrat nun trotz den bereits erwähnten rechtsstaatlich problematischen Erwägungen die Initiative unterstützt, ohne ihr einen Gegenvorschlag gegenüberzustellen.²¹⁷ Anderer Ansicht ist dabei der Ständerat, welcher der Initiative nun doch einen direkten Gegenentwurf gegenüberstellen will. Allerdings wurde die Befürchtung geäussert, dass dieser im Abstimmungskampf wohl kaum das Rennen machen würde, da die Argumentation primär juristisch sei.²¹⁸

²¹² Medienmitteilung der RK-N vom 11. Januar 2013.

²¹³ Botschaft vom 10. Oktober 2012 zur Volksinitiative «Pädophile sollen nicht mehr mit Kindern arbeiten dürfen», BBl 2012 8819, 8842 ff.

²¹⁴ Ebd.

²¹⁵ Vgl. die Auflistung der Vorstösse in der Botschaft vom 10. Oktober 2012 zur Volksinitiative «Pädophile sollen nicht mehr mit Kindern arbeiten dürfen», BBl 2012 8819, 8831; sowie den Bericht des Bundesrates vom Januar 2011 zur Änderung der Bundesverfassung, des Strafgesetzbuches, des Militärstrafgesetzes und des Jugendstrafgesetzes.

²¹⁶ Vgl. AmtlBull 2013 NR, S. 443 ff.

²¹⁷ NZZ online «Grosse Kammer sagt Ja zur Pädophilen-Initiative» vom 21. März 2013.

²¹⁸ NZZ online «Ständerat verlangt direkten Gegenvorschlag» vom 18. Juni 2013.

5. Schwarzarbeit

Bereits am 1. Januar 2008 ist das *Bundesgesetz gegen die Schwarzarbeit*²¹⁹ in Kraft getreten. Die Evaluation dieses Gesetzes hat ergeben, dass sich das BGSA grundsätzlich bewährt hat, die Eindämmung der Schwarzarbeit allerdings noch weiter vorangetrieben werden muss. Der Bundesrat erkennt damit den Revisionsbedarf, insbesondere im Bereich der Massnahmen zur besseren Nachweisbarkeit von Verstössen.²²⁰ Zudem gibt das Gesetz Interpretationsspielraum, welcher zu Unklarheiten beim Vollzug führt. Bis Ende 2014 sollen das WBF und die weiteren betroffenen Bundesämter eine Gesetzes- oder Verordnungsrevision prüfen. Konkret soll untersucht werden, wie der Kontrollauftrag der Kontrollorgane und die Behördenzusammenarbeit besser koordiniert und definiert werden können. Zudem stehen die Kompetenzen der Kontrollorgane, die Anpassung der Deklarationspflichten sowie das Sanktionensystem zur Debatte.²²¹ Schliesslich soll geprüft werden, wie die steuerliche Belastung bei dem zur Abrechnung geringfügiger Lohnvolumen geschaffenen vereinfachten Verfahren gesenkt werden kann.²²²

6. Berufs- und Weiterbildung

a. Allgemeines

In der laufenden Legislaturperiode wird der *Bereich Bildung, Forschung und Innovation als prioritäres Legislaturziel* behandelt. Der Erhalt des Spitzenplatzes der Schweiz in Bildung, Forschung und Innovation soll sichergestellt werden.²²³ Um dies zu erreichen wurden drei unterschiedliche Ziele formuliert. Erstens soll der Bedarf an allgemein gebildeten und berufsbezogen qualifizierten Personen gedeckt werden. Zweitens sollen die kompetitive Förderung auf hohem Niveau konsolidiert und die internationale Wettbewerbsfähigkeit der Schweiz gestärkt werden. Drittens sollen auch übergreifende Aspekte des BFI-Systems gestärkt werden, wobei die Schweiz als Denk- und Werkplatz ausgestaltet wird, der den Prinzipien der Chancengleichheit, Nachhaltigkeit und Wettbewerbsfähigkeit verpflichtet ist.²²⁴ Die in diesem Zusammenhang geplanten Investitionen belaufen sich

²¹⁹ Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 über Massnahmen zur Bekämpfung der Schwarzarbeit, SR 822.41.

²²⁰ Medienmitteilung des Bundesrates vom 19. Dezember 2012.

²²¹ Ebd.

²²² BSV, Soziale Sicherheit 1/2013, Chronik, S. 2.

²²³ Botschaft über die Förderung von Bildung und Forschung und Innovation in den Jahren 2013–2016, BBl 2013 3099, 3102.

²²⁴ Ebd.

auf rund 26 Milliarden Franken, dies entspricht einem jährlichen Wachstum von 3,7%.²²⁵ In für das JAR vorwiegend relevanter, gesetzgeberischer Hinsicht wirkt sich dieses enorme Projekt kurz zusammengefasst auf die folgenden Gesetze aus:

- Die mit der Bologna-Reform eingeführten Begriffe «Bachelor» und «Master» finden Eingang in Art. 16 des ETH-Gesetzes.²²⁶ Weiter wird vorgesehen, dass auf Antrag der zuständigen Schulleitung der ETH-Rat aus Kapazitätsgründen Zulassungsbeschränkungen für einzelne Studienrichtungen bzw. die Gesamtzahl der Studienplätze an der ETH beschliessen kann.²²⁷ Diese Einschränkung soll ausschliesslich auf Studierende mit ausländischem Vorbildungsnachweis anwendbar sein.
- Im Zusammenhang mit dem Fachhochschulgesetz²²⁸ will der Bundesrat die eidg. Anerkennung durch den Bund und damit auch die Regelung der Mindestvorschriften sowie der Titel der Weiterbildungsmasterdiplome aufheben. Dies mit der Begründung, dass gerade diese «Anerkennung» im Arbeitsmarkt für Verwirrung Sorge. Damit sind die Fachhochschulen neu auch für die Regelung der Weiterbildungsmasterdiplome zuständig.²²⁹
- Mit der aktuellen Botschaft zum BFI wird eine Verlängerung des neu eingeführten und befristeten Bundesgesetzes über Beiträge an gemeinsame Projekte von Bund und Kantonen zur Steuerung des Bildungsraums Schweiz²³⁰ beantragt, da die bisherigen Erfahrungen der gemeinsamen Projektführung noch nicht ausreichen. Die Ausarbeitung einer unbefristeten Regelung soll in den Jahren 2017–2020 geprüft werden.²³¹
- Im Bundesgesetz über Stipendien an ausländische Studierenden, und Kunstschaffende in der Schweiz²³² werden ebenfalls Anpassungen betr. die Einführung des Bologna-Systems vorgenommen, da diese Auswirkung auf die Aufenthaltsdauer von ausländischen Studierenden hat.²³³
- Das Bundesgesetz über die internationale Zusammenarbeit im Bereich der Bildung, der Berufsbildung, der Jugend- und der Mobilitäts-

²²⁵ Ebd.

²²⁶ Bundesgesetz über die Eidgenössischen Technischen Hochschulen (ETH-Gesetz), SR 414.110.

²²⁷ Art. 16a ETH-Gesetz; Botschaft über die Förderung von Bildung und Forschung und Innovation in den Jahren 2013–2016, BBl 2013 3099, 3301.

²²⁸ Bundesgesetz über die Fachhochschulen (Fachhochschulgesetz, FHSG), SR 414.71.

²²⁹ Botschaft über die Förderung von Bildung und Forschung und Innovation in den Jahren 2013–2016, BBl 2013 3099, 3303 f.

²³⁰ SR 410.1.

²³¹ Ebd., 3304.

²³² SR 416.2.

²³³ M.w.H. ebd., 3305 f.

förderung²³⁴ setzt die Erweiterung der internationalen Vernetzung als prioritäres Ziel fest. Die Änderung sieht vor, dass die zu diesem Zweck ausgerichteten finanziellen Unterstützungen gemäss den strategischen Massnahmen der BFI-Politik erfolgen sollen. Dazu gehören Kooperationsprojekte zur Stärkung der politischen Bildung unter der Schirmherrschaft des Europarats sowie die internationale Zusammenarbeit bei der Entwicklung von Strategien zur Integration von IKT im Unterricht.²³⁵

- Das Bundesgesetz über die Unterstützung von Dachverbänden der Weiterbildung²³⁶ liefert die Grundlage für die Finanzierung der nicht berufsorientierten Weiterbildung von Erwachsenen. Die Vorlage entspricht dem dringlichen und befristeten Bundesgesetz, welches seit Jahresbeginn in Kraft ist. Dabei richtet sich die Unterstützung an Dachverbände, die als Zusammenschlüsse in der Organisation der Weiterbildung und gesamtschweizerisch tätig sind.²³⁷

Mit der bereits 2012 lancierten *Fachkräfteinitiative* sollte dem bestehenden Fachkräftemangel mit rund 40 Massnahmen entgegengewirkt werden.²³⁸ Dazu wurden die folgenden vier Handlungsfelder identifiziert: i) Höherqualifizierung entsprechend dem Bedarf der Arbeitswelt, ii) Förderung von Innovation und so Steigerung der Produktivität, iii) Ermöglichung der Erwerbstätigkeit von älteren Arbeitnehmern und iv) die Förderung der Vereinbarkeit von Familie und Beruf. Die Anfang 2013 durchgeführte Bestandsaufnahme zeigt, dass eine breite Palette von Massnahmen initiiert wurde, allerdings noch weitere erforderlich sind. Auf Einladung von Bundesrat DIDIER BURKHALTER wurde an einem runden Tisch dieses Ergebnis diskutiert und der Bund, die Kantone sowie die Sozialpartner haben sich darauf geeinigt, dass jeder Akteur im entsprechenden Kompetenzbereich aufeinander abgestimmte Massnahmen unterstützt und vorantreibt.²³⁹

Am 1. April 2013 wurde das *Bundesgesetz über die Psychologieberufe* in Kraft gesetzt. Durch dieses bereits 2011 vom Parlament verabschiedete Gesetz werden geschützte Berufsbezeichnungen für Psychologieberufe eingeführt. Es darf sich künftig nur Psychologin bzw. Psychologe nennen, wer über ein abgeschlossenes Masterstudium bzw. über eine

²³⁴ SR 414.51.

²³⁵ Botschaft über die Förderung von Bildung und Forschung und Innovation in den Jahren 2013–2016, BBl 2013 3099, 3306.

²³⁶ Bundesgesetz über die Unterstützung von Dachverbänden der Weiterbildung, SR 412.11.

²³⁷ Botschaft über die Förderung von Bildung und Forschung und Innovation in den Jahren 2013–2016, BBl 2013 3099, 3307 f.

²³⁸ Medienmitteilung des WBF vom 21. Mai 2013, S. 1; vgl. Vorjahresbericht JAR 2012, S. 14.

²³⁹ Vgl. zu den konkreten Massnahmen der Akteure die Medienmitteilung des WBF vom 21. Mai 2013, S. 1 f.

gleichwertige Ausbildung verfügt.²⁴⁰ Mit dieser neuen gesetzlichen Grundlage wird der bis anhin unübersichtliche Markt transparenter und Personen, die psychologische Leistungen in Anspruch nehmen, werden so besser vor einer Täuschung geschützt. Zudem wird die Berufsausübung sowie die Aus- und Weiterbildung geregelt. Für die Garantie der Qualität der Ausbildung sorgt ein Qualitätslabel. Weiterbildungsinstitute müssen zudem akkreditiert sein, um eidg. Weiterbildungstitel verleihen zu können. Noch nicht in Kraft getreten sind allerdings die Bestimmungen über das Psychologieberuferegister.²⁴¹

b. Hochschulbildung

Im Februar 2013 endete die laufende Vernehmlassung zur *Revision des Ausbildungsbeitragsgesetzes*.²⁴² Mit dieser Revision sollen bessere Voraussetzungen für eine chancengleiche Ausbildung in der Tertiärstufe erreicht und der Forschungsplatz Schweiz insgesamt gestärkt werden.²⁴³ Zudem antwortet der Bundesrat damit auf die im letzten Jahr eingereichte «Stipendieninitiative» mit einem indirekten Gegenvorschlag.²⁴⁴ Die Reaktionen auf die geplante Vereinheitlichung des Stipendienwesens sind grundsätzlich positiv, allerdings müssen noch einige Aspekte konkretisiert werden. In der Vernehmlassung wurde darauf hingewiesen, dass die Tertiärstufe sowohl allgemeinbildende sowie berufsbezogene Ausbildungen erfasst und diese beiden Bereiche gleichgestellt sind. Weiter soll am bestehenden Verteilungsmodell festgehalten werden und die Bundessubventionen sollen nicht, wie im Gesetzesentwurf vorgesehen, leistungsorientiert ausgerichtet werden.²⁴⁵ Verschiedene Studierendenorganisationen hingegen sind enttäuscht vom Vorgehen des Bundesrates, da auf eine materielle Harmonisierung weitgehend verzichtet wird. Das Ausbildungsbeitragsgesetz soll nämlich als Rahmengesetz fungieren und auf das Stipendienkonkordat der Kantone verweisen.²⁴⁶ Unter Berücksichtigung der Vernehmlassung

²⁴⁰ Medienmitteilung des Eidgenössischen Departements des Innern (EDI) vom 15. März 2013.

²⁴¹ Ebd.

²⁴² Bundesgesetz über Beiträge an die Aufwendungen der Kantone für Stipendien und Studiendarlehen im tertiären Bildungsbereich (Ausbildungsbeitragsgesetz), SR 416.0.

²⁴³ Medienmitteilung des Bundesrates und des WBF vom 10. April 2013.

²⁴⁴ Medienmitteilung des Bundesrates, des EDI und des Staatssekretariats für Bildung, Forschung und Innovation (SBFI) vom 31. Oktober 2012.

²⁴⁵ Ebd.

²⁴⁶ NZZ Campus «Studierende von mutlosem Bundesrat enttäuscht» vom 11. April 2013.

sungsergebnisse soll im Sommer dieses Jahres die entsprechende Botschaft ausgearbeitet werden.²⁴⁷

c. *Berufsbildung*

Im Mai der laufenden Berichtsperiode hat die Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Nationalrates einen Bericht verabschiedet, der vorsieht, das Anliegen der im Jahr 2003 von Nationalrat RUEDI LUSTENBERGER eingereichten parlamentarischen Initiative wieder aufzunehmen.²⁴⁸ Es geht darum, im BöB²⁴⁹ zu verankern, dass bei der Vergabe von Aufträgen aus dem öffentlichen Beschaffungswesen die Frage berücksichtigt wird, ob im Unternehmen Lernende ausgebildet werden. Mit der bereits realisierten Revision des BöB im Jahr 2011 wurde auf Verordnungsebene²⁵⁰ festgelegt, dass der Faktor «Lehrlingsausbildung» berücksichtigt werden kann, sofern zwei Angebote gleichwertig sind.²⁵¹ Die Bestrebungen werden vom SGB sowie von KV Schweiz begrüsst, da so die gesetzliche Verankerung der Lehrlingsausbildung gestärkt würde. Kritisch äussern sich der Baumeister- sowie der Arbeitgeberverband, denn einerseits sei das Vergabekriterium ungeeignet, da es nichts mit der Leistung zu tun habe, und andererseits würden so falsche Anreize geschaffen werden.²⁵² Der Nationalrat wird die Vorlage voraussichtlich in der Herbstsession behandeln.²⁵³

Die Reglementierung der beruflichen Grundbildungen durch das BBT in Zusammenarbeit mit den entsprechenden Organisationen der Arbeitswelt nach Massgabe des BBG dauert weiter an. In der Berichtsperiode 2012/2013 sind für folgende Berufe die nachstehenden Verordnungen über die berufliche Grundbildung in Kraft getreten:²⁵⁴

- Anlagen- und Apparatebauer EFZ/Anlagen- und Apparatebauerin EFZ

²⁴⁷ Medienmitteilung des Bundesrates und des WBF vom 10. April 2013.

²⁴⁸ Bericht der Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Nationalrates zur Parlamentarischen Initiative «Öffentliches Beschaffungswesen, Ausbildung von Lehrlingen als Kriterium» vom 14. Mai 2013.

²⁴⁹ Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB), SR 172.056.1.

²⁵⁰ Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB) SR 172.056.11.

²⁵¹ Bericht der Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Nationalrates zur Parlamentarischen Initiative «Öffentliches Beschaffungswesen, Ausbildung von Lehrlingen als Kriterium» vom 14. Mai 2013, S. 6.

²⁵² NZZ online «Die «Lehrlingsfrage» spaltet das Gewerbe» vom 18. März 2013.

²⁵³ Bericht der Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Nationalrates zur Parlamentarischen Initiative «Öffentliches Beschaffungswesen, Ausbildung von Lehrlingen als Kriterium» vom 14. Mai 2013, S. 4.

²⁵⁴ Vgl. in Kraft getretene Verordnungen über die berufliche Grundbildung, BBT, Stand: 3. Juni 2013, <http://www.sbfi.admin.ch/bvz/berufe/index.html?jahr=2013&suchen=Suche+starten&lang=de> (zuletzt besucht am 3. Juli 2013).

- Arbeitsagoge diplomierte/Arbeitsagogin diplomierte
- Betriebsfachmann Druck- und Verpackungstechnologie mit eidg. Fachausweis (EFA)/Betriebsfachfrau Druck- und Verpackungstechnologie mit eidg. Fachausweis (EFA)
- Bootsfahrlehrer mit eidg. Fachausweis/Bootsfahrlehrerin mit eidg. Fachausweis
- Brandschutzfachmann mit eidg. Fachausweis/Brandschutzfachfrau mit eidg. Fachausweis
- Büchsenmacher EFZ/Büchsenmacherin EFZ
- Experte in Finanzmarktoperationen mit eidg. Diplom/Expertin in Finanzmarktoperationen mit eidg. Diplom
- Fachexperte für Infektionsprävention im Gesundheitswesen mit eidg. Diplom/Fachexpertin für Infektionsprävention im Gesundheitswesen mit eidg. Diplom
- Fachmann Badeanlagen mit eidg. Fachausweis/Fachfrau Badeanlagen mit eidg. Fachausweis
- Fachmann Bewegungs- und Gesundheitsförderung EFZ/Fachfrau Bewegungs- und Gesundheitsförderung EFZ
- Fachmann für Management in gewerkschaftlichen Organisationen mit eidg. Fachausweis/Fachfrau für Management in gewerkschaftlichen Organisationen mit eidg. Fachausweis
- Fachmann für Wärmesysteme mit eidg. Fachausweis/Fachfrau für Wärmesysteme mit eidg. Fachausweis
- Fachmann Unternehmensführung KMU mit eidg. Fachausweis/Fachfrau Unternehmensführung KMU mit eidg. Fachausweis
- Feuerungskontrolleur mit eidg. Fachausweis/Feuerungskontrolleurin mit eidg. Fachausweis
- Forstpraktiker EBA/Forstpraktikerin EBA
- Fotograf EFZ/Fotografin EFZ
- Gastro-Unternehmer, diplomierte/Gastro-Unternehmerin, diplomierte
- Glaser EFZ/Glaserin EFZ
- Gussformer EFZ/Gussformerin EFZ
- Gusstechnologe EFZ/Gusstechnologin EFZ
- Handwerker in der Denkmalpflege mit eidg. Fachausweis/Handwerkerin in der Denkmalpflege mit eidg. Fachausweis
- Immobilien-Treuhänder, diplomierte/Immobilien-Treuhänderin, diplomierte
- Immobilienbewirtschafter mit eidg. Fachausweis/Immobilienbewirtschafterin mit eidg. Fachausweis
- Immobilienentwickler mit eidg. Fachausweis/Immobilienentwicklerin mit eidg. Fachausweis
- Immobilienvermarkter mit eidg. Fachausweis/Immobilienvermarkterin mit eidg. Fachausweis
- Ju-Jitsu-Lehrer mit eidg. Fachausweis/Ju-Jitsu-Lehrerin mit eidg. Fachausweis

- Judolehrer mit eidgenössischem Fachausweis/Judolehrerin mit eidg. Fachausweis
- Justizvollzugsexperte mit eidg. Diplom/Justizvollzugsexpertin mit eidg. Diplom
- Justizvollzugsexperte mit eidg. Diplom/Justizvollzugsexpertin mit eidg. Diplom
- Karatelehrer mit eidg. Fachausweis/Karatelehrerin mit eidg. Fachausweis
- Kaufmann EFZ/Kauffrau EFZ
- Klärwerkfachmann mit eidg. Fachausweis/Klärwerkfachfrau mit eidg. Fachausweis
- Kletterlehrer mit eidg. Fachausweis/Kletterlehrerin mit eidg. Fachausweis
- Lackierassistent EBA/Lackierassistentin EBA
- Lebensmitteltechnologe EFZ/Lebensmitteltechnologin EFZ
- Leiter des Technischen Kundendienstes/Service, diplomierter/Leiterin des Technischen Kundendienstes/Service, diplomierte
- Logistikfachmann mit eidg. Fachausweis/Logistikfachfrau mit eidg. Fachausweis
- Logistikleiter, diplomierter/Logistikleiterin, diplomierte
- Messerschmied EFZ/Messerschmiedin EFZ
- Mikromechaniker EFZ/Mikromechanikerin EFZ
- Podologe EFZ/Podologin EFZ
- Polizist mit eidg. Fachausweis/Polizistin mit eidg. Fachausweis
- Produktionsfachmann mit eidg. Fachausweis/Produktionsfachfrau mit eidg. Fachausweis
- Schaltanlagen und Automatik, Meister/Schaltanlagen und Automatik, Meisterin
- Segellehrer mit eidg. Fachausweis/Segellehrerin mit eidg. Fachausweis
- Sommelier mit eidg. Fachausweis/Sommelière mit eidg. Fachausweis
- Speditionsfachmann mit eidg. Fachausweis/Speditionsfachfrau mit eidg. Fachausweis
- Speditionsleiter, diplomierter/Speditionsleiterin, diplomierte
- Strassentransportfachmann EFZ/Strassentransportfachfrau EFZ
- Supply Chain Manager, diplomierter/Supply Chain Managerin, diplomierte
- Systemgastronomiefachmann EFZ/Systemgastronomiefachfrau EFZ
- Tennislehrer mit eidg. Fachausweis/Tennislehrerin mit eidg. Fachausweis
- Trainer Leistungssport mit eidg. Fachausweis/Trainerin Leistungssport mit eidg. Fachausweis
- Web Project Manager, diplomierter/Web Project Managerin, diplomierte
- Werbetechniker mit eidg. Diplom/Werbetechnikerin mit eidg. Diplom

- Zolldeklarant mit eidg. Fachausweis/Zolldeklarantin mit eidg. Fachausweis

d. Weiterbildung

Der Entwurf und die *Botschaft zum Weiterbildungsgesetz* wurden Mitte Mai vom Bundesrat verabschiedet und nun in die parlamentarische Beratung überwiesen.²⁵⁵ Insbesondere unter dem Stichwort «lebenslanges Lernen» hat die Thematik der Weiterbildung in den letzten Jahren stets an Bedeutung gewonnen²⁵⁶ und findet mit dieser Vorlage auch Eingang in die Gesetzessammlung. Der Entwurf hat zum Ziel, die hauptsächlich privat organisierte und individuell verantwortete Weiterbildung zu fördern, staatliche Massnahmen bzw. Eingriffe sind nicht geplant.²⁵⁷ Mit der Festlegung der Grundzüge der Weiterbildung wird auch der Verfassungsauftrag umgesetzt. Im Gesetz werden Bereiche wie die Verantwortung, die Qualität, die Anrechnungen an die formale Bildung sowie die Verbesserung der Chancengleichheit festgelegt.²⁵⁸ Ein weiteres Anliegen ist es, Definitionen zu klären. In rund 80 verschiedenen Spezialgesetzen wird von Weiterbildung gesprochen, allerdings ohne klare Bezüge und Abgrenzungen zur formalen Bildung.²⁵⁹ Unter der formalen Bildung werden staatlich geregelte Bildungsgänge verstanden, die zu einem Abschluss der höheren Berufsbildung oder zu einem akademischen Grad führen. Zur nichtformalen Bildung und damit zur Weiterbildung gehören unterrichtete, allgemeinbildende sowie berufsorientierte Lernaktivitäten, wie beispielsweise der Besuch von Kursen und Seminaren.²⁶⁰ Zudem regelt das Gesetz den Erhalt bzw. die Förderung von Grundkompetenzen wie Lesen, Schreiben, Alltagsmathematik oder Anwendung von Informations- und Kommunikationstechnologien von Erwachsenen. Bis anhin fehlten beispielsweise klare Antworten auf das Problem des Illittrismus. In diesem Zusammenhang soll auch die Koordination zwischen Bund und Kantonen verbessert werden.²⁶¹

Die Fraktion CVP/EVP/glp hat bereits vor zwei Jahren eine Motion eingereicht, welche *Umschulungsmöglichkeiten und Zweitausbildungen für Pflegepersonal* fördern soll.²⁶² Die Motion sieht insbesondere einen Steuerabzug für die Gewinnungskosten der Aus- und Weiterbildung vor.

²⁵⁵ Medienmitteilung des Bundesrates und des WBF vom 15. Mai 2013.

²⁵⁶ Vgl. Botschaft zum Bundesgesetz über die Weiterbildung vom 15. Mai 2013, BBl 2013 3729, 3738; Vorjahresbericht JAR 2012, S. 71 ff.

²⁵⁷ Botschaft, 3750 ff.

²⁵⁸ Ebd., 3772 ff.

²⁵⁹ Ebd., 3742 f.

²⁶⁰ Vgl. Glossar der Botschaft, 3794.

²⁶¹ Ebd., S. 3759.

²⁶² Motion (11.3889) Umschulungsmöglichkeiten und Zweitausbildungen für Pflegepersonal fördern und unterstützen, eingereicht von der Fraktion CVP/EVP/glp.

Weiter sind Lehrgänge, die durch das Rote Kreuz angeboten werden, besonders zu fördern. Der Bundesrat verwies in seiner Stellungnahme zur Motion auf diverse bereits existierende Massnahmen, wie beispielsweise den *Masterplan 2010 Bildung Pflegeberufe*. Ziel sei es, Quer- und Wiedereinsteigern den Zugang zu Pflegeberufen zu ermöglichen und Weiterbildungsperspektiven zu bieten. Zudem wird seit dem Sommer 2012 die zweijährige Lehre zur Assistentin bzw. zum Assistenten Gesundheit und Soziales EBA angeboten. Auch die kantonalen Arbeitsmarktbehörden würden – gemäss Stellungnahme des Bundesrates – Umschulungs- und Weiterbildungsmassnahmen im Gesundheitsbereich gezielt fördern.²⁶³ Dem Parlament waren diese Massnahmen allerdings nicht ausreichend, in der Beratung des Nationalrates wurde die Motion mit 112 Stimmen angenommen und somit überwiesen.²⁶⁴

7. Soziale Sicherheit

a. Allgemeines

Die Altersvorsorge mit ihrem 3-Säulen-Prinzip wird in den nächsten Jahren mit grossen Herausforderungen konfrontiert. Diese bestehen einerseits darin, dass die Menschen immer länger leben und andererseits darin, dass die Kapitalerträge in den letzten Jahren hinter den Erwartungen zurückliegen.²⁶⁵ Nach dem Scheitern der 11. AHV-Reform in der Volksabstimmung im Jahr 2004 und in der Schlussabstimmung im Nationalrat im Jahr 2010 sowie der abgelehnten Volksabstimmung zur Senkung des Umwandlungssatzes der beruflichen Vorsorge im Jahr 2010 wurde klar, dass die erwähnten Lösungsvorschläge betr. Altersvorsorge weder den Erwartungen noch den Sorgen der Bevölkerung gerecht wurden.²⁶⁶ Die aktuellen von Bundesrat ALAIN BERSET initiierten Reformbestrebungen nehmen diese Erfahrungen auf. Die im November 2012 vorgestellten *Leitlinien der Reform der Altersvorsorge 2020* sehen vor, dass die Sozialpolitik der nächsten zehn Jahre konsolidiert betrachtet werden soll, um die einzelnen Handlungsfelder besser koordinieren zu können.²⁶⁷ Diese Reformbestrebungen stellen die umfassendste und komplexeste Reform der Altersvorsorge seit 28 Jahren dar. Erstmals werden sowohl die erste wie auch die

²⁶³ Stellungnahme des Bundesrates vom 16. November 2011 zur Motion 11.3889.

²⁶⁴ AmtlBull 2012 NR, S. 1777.

²⁶⁵ Bundesamt für Sozialversicherungen (BSV), Die Altersvorsorge für die nächsten Generationen sichern, http://www.bsv.admin.ch/altersvorsorge_2020/ (zuletzt besucht am 27. Mai 2013).

²⁶⁶ EDI, Mediendokumentation, Leitlinien der Reform der Altersvorsorge 2020, S. 5.

²⁶⁷ EDI, Mediendokumentation, Leitlinien der Reform der Altersvorsorge 2020, S. 3.

zweite Säule von der gleichen Reform erfasst.²⁶⁸ Noch während der laufenden Legislatur sollen die notwendigen Gesetzesänderungen unterbreitet und ab dem Jahr 2020 wirksam werden. So soll die finanzielle Stabilität der Altersvorsorge sichergestellt werden.²⁶⁹ Die materiellen Ziele dieser Reform sind die Gewährleistung sicherer und angemessener Sozialleistungen sowie die Sicherung eines nachhaltigen Gleichgewichts der Sozialwerke. Des Weiteren soll die Transparenz bei der Verwaltung gestärkt und so das Vertrauen in das System erhöht werden. Schliesslich wird durch eine Verbesserung der Synergien die Armut verringert und eine verstärkte Ausrichtung auf die berufliche Wiedereingliederung der Risikogruppen ermöglicht.²⁷⁰

Im Sommer dieses Jahres soll dem Bundesrat ein Aussprachpapier unterbreitet werden, welches die erwähnten Leitlinien konkretisieren und die finanziellen, sozialen und wirtschaftlichen Folgen weiter analysieren soll. Ende Jahr soll dann ein ausgearbeiteter Entwurf in die Vernehmlassung geschickt werden.²⁷¹ In den folgenden Unterkapiteln werden die entsprechenden Änderungen kurz erläutert.

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

aa. AHV

Die nicht bestrittenen Elemente der 11. AHV-Revision konnten mittels einer technischen Revision kurzfristig umgesetzt werden und brachten mit dem Jahresbeginn 2012 einige merkliche Verbesserungen.²⁷² Gemäss den oben bereits erwähnten Leitlinien der Reform der Altersvorsorge ist der AHV-Fonds zwar heute ausreichend ausgestattet, um die ersten erwarteten Defizite des Umlageergebnisses zu kompensieren. Allerdings zeigen sämtliche Finanzierungsszenarien der AHV, dass die Finanzierung ab dem Jahr 2020 nicht mehr durch das aktuelle System gedeckt werden kann.²⁷³ Nach den aktuellsten Berechnungen dürfte das Umlageergebnis zwischen 2013 und 2015 negativ werden, was bedeutet, dass die Kapitalerträge für die Finanzierung des Defizits verwendet werden müssten. Ab dem Jahr 2020 muss allerdings das Vermögen der AHV in Anspruch genommen werden. Die Leitlinien der Reformen der Altersvorsorge sehen zunächst

²⁶⁸ NZZ online «Der Bundesrat setzt alles auf eine Karte» vom 21. November 2012.

²⁶⁹ Ebd.

²⁷⁰ EDI, Mediendokumentation, Leitlinien der Reform der Altersvorsorge 2020, S. 3 f.; vgl. zum Ganzen: Mediendokumentation des EDI, Eckwerte der Reform Altersvorsorge 2020 vom 21. Juni 2013.

²⁷¹ Medienmitteilung des BSV vom 21. November 2011.

²⁷² M.w.H. Vorjahresbericht JAR 2012, S. 76 f.

²⁷³ EDI, Mediendokumentation, Leitlinien der Reform der Altersvorsorge 2020, S. 7 f.

keine rigorosen Sanierungsmassnahmen für die AHV vor, die AHV soll allerdings mittelfristig konsolidiert werden.²⁷⁴ Als Hauptmassnahme wird die *Harmonisierung des Referenzalters* vorgeschlagen, dies erscheine aufgrund der Strukturänderungen der Alterspyramide und der erwähnten finanziellen Perspektiven als gerechtfertigt.²⁷⁵ Allerdings muss auch den Realitäten des Arbeitsmarktes sowie bestehenden Ungleichheiten bezüglich der Lebenserwartung Rechenschaft getragen werden.²⁷⁶ Dies soll durch eine umfassende Flexibilisierung des Altersrücktritts erreicht werden, so soll beispielsweise der Begriff «Rentenalter» aufgehoben werden. Besser sollte von einem für die 1. und 2. Säule geltenden und für beide Geschlechter gleichen «Referenzalter» gesprochen werden. Dieses soll gemäss den Leitlinien auf 65 Jahre festgelegt werden.²⁷⁷ Weiter besteht das Vorhaben, Anreize einzuführen. Beispielsweise könnten höhere Leistungen bei längerer Erwerbstätigkeit ausgeschüttet werden oder Anreize für Arbeitgeber geschaffen werden, ältere Arbeitnehmende zu beschäftigen. Schliesslich soll die Attraktivität eines vorzeitigen Altersrücktritts reduziert werden, wobei der früheste Zeitpunkt bei 58 Jahren festzusetzen wäre.²⁷⁸

Ebenfalls angesprochen wird in den Leitlinien ein möglicher *Interventionsmechanismus*, welcher nach gesetzlich genau definierten Vorgaben greifen kann. Im neusten Papier zu dieser Reform werden die Eckwerte zum Interventionsmechanismus nun konkretisiert.²⁷⁹ Mit Erreichen des Schwellenwerts wird die erste sog. politische Stufe ausgelöst. Dieser ist erreicht, wenn absehbar ist, dass der Stand des AHV-Ausgleichsfonds in den nächsten drei Jahren unter 70% einer AHV-Jahresausgabe liegt. Der Bundesrat wird dadurch verpflichtet, Sanierungsmassnahmen zu treffen. Sobald der Stand des AHV-Ausgleichsfonds tatsächlich unter 70% fällt, wird die zweite Schwelle eingreifen und der Bundesrat wird verpflichtet, Stabilisierungsmassnahmen wie Erhöhung des Beitragssatzes, Anpassung der Renten etc. zu ergreifen.²⁸⁰ Im Hinblick auf das Scheitern der ähnlichen Schuldenbremse,²⁸¹ welche im Rahmen des zweiten Massnahmenpakets der 6. IV-Revision ursprünglich für die IV vorgesehen war, erscheint die politische Mehrheitsfähigkeit zurzeit eher fraglich.

²⁷⁴ Ebd., S. 19.

²⁷⁵ Ebd., S. 14; m.w.H. Mediendokumentation des EDI, Eckwerte der Reform Altersvorsorge 2020 vom 21. Juni 2013, S. 4 f.

²⁷⁶ Ebd.

²⁷⁷ Ebd.

²⁷⁸ Ebd., S. 15.

²⁷⁹ EDI, Mediendokumentation, Leitlinien der Reform der Altersvorsorge 2020, S. 7 f.

²⁸⁰ Mediendokumentation des EDI, Eckwerte der Reform Altersvorsorge 2020 vom 21. Juni 2013, S. 17.

²⁸¹ Die Leitlinien Altersvorsorge 2020 bezeichneten den Interventionsmechanismus der IV gar als Vorbild, vgl. EDI, Mediendokumentation, Leitlinien der Reform der Altersvorsorge 2020, S. 20.

Zum Jahresbeginn wurde die minimale AHV/IV-Rente um zehn Franken erhöht und beträgt neu 1170 Franken pro Monat. Ebenfalls steigt die Maximalrente auf 2340 Franken, dies entspricht einer Erhöhung von 20 Franken.²⁸²

bb. IV

Die Zahl der ausgerichteten Renten ist im Jahr 2012 erneut gesunken. Diese positive Entwicklung kann auf die 5. IV-Revision zurückgeführt werden, die eine Neuausrichtung von einer Rentenversicherung zu einer Eingliederungsversicherung mit sich brachte.²⁸³

Trotz dieser positiven Entwicklung verschlechterte sich die finanzielle Lage der Invalidenversicherung seit den neunziger Jahren konstant. Im Jahr 2010 konnte das Defizit zwar stabilisiert werden, es betrug allerdings immer noch rund eine Milliarde Franken. Hinzu kommen beträchtliche Schulden bei der AHV in der Höhe von rund 15 Milliarden Franken.²⁸⁴ Glücklicherweise laufen die *Sanierungsbestrebungen* seit einigen Jahren recht erfolgreich und sollen durch die 6. IV-Revision abgeschlossen werden.²⁸⁵ Die 6. IV-Revision wird in zwei unterschiedliche Massnahmenpakete aufgeteilt. Das erste (6a) ist bereits im Jahr 2012 in Kraft getreten. Das zweite Massnahmenpaket (6b) steht noch aus und soll voraussichtlich im Jahr 2015 in Kraft gesetzt werden. Darin sind folgende Massnahmen vorgesehen:²⁸⁶

- Einführung eines stufenlosen Rentensystems
- Verstärkung der Eingliederung
- Neuregelungen für IV-Rentner/Innen mit Kindern
- Neuregelung der Reisekosten
- Verstärkung der Betrugsbekämpfung
- Schaffung eines Interventionsmechanismus zur langfristigen Sicherstellung des finanziellen Gleichgewichts.

In der Frühjahrssession hatte das Parlament nun zu entscheiden, wie mit dem zweiten Teil der Revision weiter zu verfahren ist. Die mit dem ersten Massnahmenpaket erreichten Einsparungen übertrafen gemäss Bundesrat ALAIN BERSET die Erwartungen bei weitem.²⁸⁷ Aufgrund dieser er-

²⁸² Medienmitteilung des BSV vom 21. September 2012.

²⁸³ Zu diesem Ergebnis kam die Evaluation der 5. IV-Revision, vgl. Medienmitteilung des BSV vom 7. Dezember 2012.

²⁸⁴ Faktenblatt Sanierungsplan und 6. IV-Revision im Überblick des Bundesamtes für Sozialversicherungen (BSV), S. 1.

²⁸⁵ Vgl. Vorjahresbericht JAR 2012, S. 77.

²⁸⁶ Vgl. Dossier: Die 6. IV-Revision, <http://www.bsv.admin.ch/themen/iv/00023/02473/> (zuletzt besucht am 15. Mai 2013).

²⁸⁷ IV-Revision 6b, Faktenblatt Stand Wintersession des BSV, Teilung der Vorlage und finanzielle Konsequenzen, S. 1, Stand Dezember 2012, <http://www.bsv.>

freulichen Entwicklung hat der Bundesrat in der Sitzung der Sozialversicherungskommission vorgeschlagen, die drastischen Sparmassnahmen des zweiten Massnahmenpakets aufzuteilen. Dies mit der Begründung, dass die Sparmassnahmen kaum dem politischen Druck eines Referendums standhalten würden und man Gefahr laufe, dass das gesamte zweite Massnahmenpaket scheitern könnte.²⁸⁸ So kann trotzdem sichergestellt werden, dass die Sanierung in nützlicher Frist erreicht wird und die Versicherten nicht zu sehr unter den Sparmassnahmen zu leiden haben.²⁸⁹

Die beiden Räte konnten sich allerdings nicht auf ein Vorgehen einigen.²⁹⁰ Streitpunkt der Debatte war, dass nach dem neuen stufenlosen System eine volle IV-Rente erst bei einem Invaliditätsgrad von 80% ausbezahlt werden soll. Derzeit wird diese bereits bei 70% Invalidität ausgerichtet.²⁹¹ Unter anderem sind sich die beiden Räte uneinig darüber, ob die laufenden Renten ebenfalls angepasst werden sollen. Diese verfahrenere Situation wurde ergänzt durch die Problematik um die Einführung der Schuldenbremse und führte in der Sommersession zum definitiven Scheitern des zweiten Teils der 6. IV-Revision.²⁹²

Weiter an Bedeutung gewonnen hat die *Bekämpfung des Versicherungsmissbrauchs*.²⁹³ Die IV hat im vergangenen Jahr in 2290 verdächtigen Fällen Ermittlungen angestellt und dabei in 450 Fällen eine Observation durchgeführt.²⁹⁴ Im Jahr 2012 wurden insgesamt 2020 Fälle erledigt und in 400 Fällen konnte ein Versicherungsmissbrauch nachgewiesen werden. Die Bandbreite geht von bewusstem Erschleichen bis zu Betrug im strafrechtlichen Sinne. Hochgerechnet werden nun ganze 300 Renten nicht mehr ausbezahlt, was einer Einsparung von 120 Millionen Franken entspricht.²⁹⁵

admin.ch/themen/iv/00023/03199/index.html?lang=de (zuletzt besucht am 15. Mai 2013).

²⁸⁸ Ebd.; NZZ online «Aufs Sparen wird verzichtet» vom 13. März 2013.

²⁸⁹ IV-Revision 6b, Faktenblatt Stand Wintersession des BSV, Teilung der Vorlage und finanzielle Konsequenzen, S. 4.

²⁹⁰ NZZ online «Ein Kompromiss bei der IV-Revision in Sicht» vom 26. April 2013.

²⁹¹ Ebd.

²⁹² AmtlBull 2013 NR, S. 1098.

²⁹³ Die Sozialversicherungen bekämpfen mittlerweile aktiv den Versicherungsmissbrauch, vgl. m.w.H.: BSV Soziale Sicherheit 2/2013.

²⁹⁴ Zur juristischen Problematik einer Observation vgl. BSV Soziale Sicherheit 2/2013, S. 68 ff.

²⁹⁵ Medienmitteilung des BSV vom 17. Mai 2013.

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

Die *Revision des Familienzulagengesetzes*²⁹⁶ ist am 1. Januar 2013 in Kraft getreten und erfasst nun auch die Selbständigerwerbenden.²⁹⁷ Neu gilt der Grundsatz «Ein Kind – eine Zulage». Die Kinderzulage beträgt gemäss FamZG 200 Franken pro Monat, die Ausbildungszulage entspricht monatlich 250 Franken.²⁹⁸ Die Kantone können aber höhere Beiträge vorsehen. Um diese Zahlung ausgerichtet zu erhalten, müssen sich die selbständig Erwerbstätigen neu in der ganzen Schweiz einer Familienausgleichskasse anschliessen und sind entsprechend beitragspflichtig.²⁹⁹ Die Kantone mussten ihre kantonalen Gesetze auf den Jahresbeginn anpassen, wobei es in erster Linie darum ging, widersprechende Bestimmungen aufzuheben.³⁰⁰ 13 Kantone kannten bereits vor der Revision die (obligatorische) Unterstellung für Selbständigerwerbende, in den anderen 13 Kantonen mussten entsprechend neue Regelungen ausgearbeitet werden. Die Höhe der Beiträge an die Familienausgleichskasse legt das BSV jährlich fest.³⁰¹ Keine Änderungen in der laufenden Berichtsperiode ergaben sich bei der EO und den EL.

d. *Berufliche Vorsorge (BVG)*

In den *Leitlinien der Reform der Altersvorsorge* bildet die zweite Säule ein Schwerpunktthema. In den letzten zehn Jahren liess sich ein konstanter Rückgang der Kapitalrenditen beobachten, dieser wurde insbesondere durch die Finanzkrise und die dementsprechende Entwicklung auf dem Finanzmarkt weiter verschärft. Hinzu kommt die zunehmende Lebenserwartung der Versicherten, was die Aufteilung des Deckungskapitals auf eine längere Zeitperiode bedeutet.³⁰²

Um diesen Problemen entgegenzuwirken, schlagen die bereits oben erwähnten Leitlinien vor, die heutige Altersgrenze zu überdenken. Das vorgeschlagene Szenario sähe eine *Flexibilisierung des Altersrücktrittes* im Sinne eines Referenzalters von 65 Jahren vor, die für AHV und BVG glei-

²⁹⁶ Bundesgesetz über die Familienzulagen, SR 836.2.

²⁹⁷ Vgl. Vorjahresbericht JAR 2012, S. 77 f.

²⁹⁸ <http://www.bsv.admin.ch/themen/zulagen/00059/> (zuletzt besucht am 28. Mai 2013).

²⁹⁹ M.w.H., JÄGGI MAIA, Einbezug der Selbständigerwerbenden ins Familienzulagengesetz, in: BVS, Soziale Sicherheit 1/2013, S. 27.

³⁰⁰ Ebd.

³⁰¹ Ansätze Familienzulagen, online abrufbar unter <http://www.bsv.admin.ch/themen/zulagen/00059/> (zuletzt besucht am 27. Mai 2013).

³⁰² EDI, Mediendokumentation, Leitlinien der Reform der Altersvorsorge 2020, S. 5 f.

chermassen gelte.³⁰³ Versicherte, die dieses Altersjahr erreicht haben, erhalten einen Anspruch auf die vollen gesetzlichen Leistungen. Zudem könnten Anreize, wie beispielsweise höhere Leistungen bei Verlängerung der Erwerbstätigkeit oder beschäftigungspolitische Massnahmen, eingeführt werden.³⁰⁴

Grosse Bedeutung wird trotz dem politischen Widerstand weiterhin dem *Umwandlungssatz* beigemessen. Eine Senkung des Umwandlungssatzes scheint mittelfristig kaum umgänglich. In den Leitlinien werden zwei Szenarien vorgeschlagen. Erstens die Senkung des Umwandlungssatzes von 6,8% auf 6,4%, dies entspräche einer Kürzung der Leistungen von 6%. Zweitens die Senkung auf 5,8%, was einer Kürzung von 15% entspräche. Allerdings muss dem politischen Umfeld nach der abgelehnten Abstimmung im Jahr 2010 Rechnung getragen werden. Die damaligen Kritikpunkte waren insbesondere der drohende Leistungsabbau, die mangelnde Transparenz bei der Verteilung von Überschüssen und die Höhe der Vermögensverwaltungskosten.³⁰⁵ Unter den Reaktionen auf die Publikation der Leitlinien waren kritische Stimmen zu vernehmen, so möchte die SP die Pensionskassen stärker in die Pflicht nehmen, bevor am Umwandlungssatz «geschraubt» wird.³⁰⁶ Um eine nochmalige Ablehnung zu verhindern und um die Folgen der Senkung abzufedern, sehen die Leitlinien Kompensationsmassnahmen, insbesondere für die Übergangsgenerationen vor.³⁰⁷ Eine Lösung wäre es, Kapitalzuschläge zu entrichten, die über einen Sicherheitsfonds finanziert werden. So können das Vorsorgeguthaben sowie letztlich die Altersrente erhöht werden. Die andere Möglichkeit mit dem gleichen Ziel wäre, die Renten aus der AHV für die betroffene Übergangsgeneration zu erhöhen.³⁰⁸ Das Anliegen, die Renten der 2. Säule zu sichern, verfolgt auch das Postulat von Nationalrätin JACQUELINE FEHR.³⁰⁹ Im Umfeld der steigenden Lebenserwartung und der sinkenden Zinsen schlägt das Postulat vor, den Rentenanspruch der Hochbetagten ohne Kürzungen durch ein Teil-Umlageverfahren mit dem Sicherheitsfonds zu finanzieren. Der Bundesrat ist im Hinblick auf die im November publizierten Leitlinien der Altersvorsorge 2020³¹⁰ bereit, auch diese alternative Variante der Finanzie-

³⁰³ Siehe oben, S. 65 f.

³⁰⁴ EDI, Mediendokumentation, Leitlinien der Reform der Altersvorsorge 2020, S. 13 ff.

³⁰⁵ EDI, Mediendokumentation, Leitlinien der Reform der Altersvorsorge 2020, S. 16.

³⁰⁶ NZZ online «Die Linke nimmt das Frauenrentenalter 65 als Pfand» vom 22. November 2012.

³⁰⁷ EDI, Mediendokumentation, Leitlinien der Reform der Altersvorsorge 2020, S. 16 f.

³⁰⁸ M.w.H., ebd., S. 17.

³⁰⁹ Postulat (12.4211) Sichere Renten in der obligatorischen zweiten Säule, eingereicht von JACQUELINE FEHR.

³¹⁰ Siehe oben S. 53.

rung zu prüfen, und beantragt in der Folge die Annahme des Postulats.³¹¹ In der neusten Konkretisierung der Reform Altersvorsorge 2020 wird nun vorgeschlagen, den Umwandlungssatz innerhalb von vier Jahren von 6,8% auf 6% zu senken.³¹² Weiter wird geprüft, ob der Sparprozess bereits mit dem 25. Lebensjahr beginnen sollte.³¹³ Schliesslich werden in den Leitlinien auch *institutionelle Massnahmen* geprüft und es wird vorgeschlagen, das Versicherungsaufsichtsrecht der beruflichen Vorsorge anzupassen. Dabei soll die Aufsicht über die im Bereich der beruflichen Vorsorge tätigen Lebensversicherer erweitert werden. Weiter soll die Transparenz erhöht werden, insbesondere im Zusammenhang mit der Offenlegung von Rückstellungen und der Ausweisung von Verwaltungskosten. Schliesslich sollen die Regelungen im Zusammenhang mit Überschussbeteiligungen angepasst und die Fehlanreize bei der Versicherungsvermittlung beseitigt werden.³¹⁴

Zwei weitere Vorlagen zur Gesetzesänderung hat der Bundesrat Ende des letzten Jahres in die Vernehmlassung geschickt.³¹⁵ Zum einen soll eingeführt werden, dass bei versicherten Lohnanteilen über 125 280 Franken, die durch eine wählbare Anlagestrategie angelegt werden, im Falle eines Verlustes nur der effektive Wert des Vorsorgeguthabens ausbezahlt werden soll. Bis anhin musste stets die minimale Austrittsleistung ausgerichtet werden. Die Neuerungen soll verhindern, dass ein Verlust, der durch eine selbst gewählte und allenfalls risikoreichere Anlagestrategie auf die verbleibenden Versicherten überwälzt werden.³¹⁶ Die andere Vorlage sieht vor, dass Inkassobüros und Pensionskassen bezüglich versicherten Personen, die ihre Unterhaltspflicht vernachlässigen, Informationen austauschen um die Unterhaltsbeiträge bei der Ausrichtung von Vorsorgeleistungen sichern zu können. In der Vernehmlassung kritisiert wurde unter anderem die Kombination zweier komplett unterschiedlicher Vorlagen.³¹⁷

Die *Vorsorge für Künstler und Künstlerinnen bzw. Kulturschaffende* hat sich mit der Inkraftsetzung von Art. 9 Kulturförderungsgesetz (KFG)³¹⁸ am 1. Januar 2013 entscheidend verbessert. Erhalten diese in Zukunft Finanzhilfen vom Bundesamt für Kultur bzw. von der Kulturstiftung Pro

³¹¹ Postulat (12.4211) Sichere Renten in der obligatorischen zweiten Säule, eingereicht von JACQUELINE FEHR.

³¹² M.w.H. Mediendokumentation des EDI, Eckwerte der Reform Altersvorsorge 2020 vom 21. Juni 2013, S. 12.

³¹³ Ebd.

³¹⁴ Zum Ganzen ebd., S. 18.

³¹⁵ Medienmitteilung des BSV vom 24. Oktober 2012.

³¹⁶ Ebd.

³¹⁷ NZZ online «Widerstand gegen Reform der beruflichen Vorsorge» vom 11. Februar 2013; Übersicht Berichte <http://www.bsv.admin.ch/dokumentation/gesetzgebung/01839/03247/index.html?lang=de> (zuletzt besucht am 30 Mai 2013).

³¹⁸ Art. 9 des Bundesgesetzes über die Kulturförderung (Kulturförderungsgesetz, KFG), SR 442.1.

Helvetia zugesprochen, so sind sie verpflichtet, zukünftig 12% dieser Beiträge in eine Pensionskasse oder ein Säule-3a-Konto einzubezahlen.³¹⁹

Schliesslich wurde auf den Jahresbeginn der *Koordinationsabzug* von 24 360 auf 24 570 Franken erhöht. Zudem ist der maximal erlaubte Steuerabzug im Rahmen der gebundenen Selbstvorsorge (Säule 3a) auf 6739 Franken (Erhöhung von 57 Franken) bzw. 33 696 Franken (bis anhin 33 408) für Personen ohne zweite Säule festgelegt worden.³²⁰

e. *Arbeitslosenversicherung (ALV)*

Auch die Arbeitslosenversicherung musste sich intensiv um die Verbesserung ihrer finanziellen Situation bemühen. Dies ist ihr mit der 4. Teilrevision, die im Jahr 2011 in Kraft getreten ist, bereits ansatzweise gelungen. Die langfristige Stabilität ist deutlich verbessert worden und die Verschuldung konnte reduziert werden.³²¹ Dank dem positiven Rechnungsergebnis und einem Gewinn von rund 1,16 Milliarden Franken konnte im Jahr 2012 eine Milliarde der Schulden an den Bund zurückgezahlt werden.³²²

Ein weiteres nach der ALV-Revision diskutiertes Thema ist die *Deplafonierung des Solidaritätsprozents*. Bis anhin wurde – unabhängig vom Versicherungscharakter der Arbeitslosenkasse – seit 2011 für Löhne zwischen 126 000 und 315 000 Franken ein Solidaritätsprozent erhoben. Die von der Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Nationalrates eingereichte Motion³²³ verlangt die Aufhebung der genannten Obergrenze, um einerseits die Entschuldung der Arbeitslosenversicherung schneller voranzutreiben, und andererseits, um das Solidaritätsprozent bald wieder aufheben zu können.³²⁴ Das Solidaritätsprozent wird wieder abgeschafft, sobald die Arbeitslosenversicherung über eine Reserve von 500 Millionen Franken verfügt, derzeit beträgt das Defizit allerdings noch 5,4 Milliarden. Beide Räte haben die Motion in den Beratungen gutgeheissen.³²⁵

³¹⁹ Medienmitteilung des Bundesrates und des EDI vom 7. November 2012.

³²⁰ M.w.H., DUMAS BRIGITTE, Neuerungen und Anpassungen bei den schweizerischen Sozialversicherungen, in: BVS, Soziale Sicherheit 6/2012, S. 366.

³²¹ DAVAUD LAURENCE/KELLER DANIEL, 4. AVIG-Revision: Auswirkungen auf die Versicherten und die Finanzen der ALV, in: Die Volkswirtschaft, 9/2012, S. 59 ff., 61.

³²² SECO, Jahresbericht Arbeitsmarkt/Arbeitslosenversicherung Mai 2013, S. 30.

³²³ Motion (11.3755) Sanierung der Arbeitslosenversicherung, Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Nationalrates.

³²⁴ Votum VERENA DIENER LENZ, AmtlBull 2012 SR, S. 881.

³²⁵ Curia Vista – Zusammenfassung (13.027) AVIG. Deplafonierung des Solidaritätsprozents; BBl 2013 4827.

f. Unfallversicherung (UVG) und Krankenversicherung (KVG)

Die Invaliden- und Hinterlassenenrenten der obligatorischen Unfallversicherung bleiben per 1. Januar 2013 unverändert, da die Teuerung seit der letzten Anpassung im Januar nicht gestiegen ist. Massgebend für die Anpassung ist der Landesindex der Konsumentenpreise im Monat September des Vorjahres, dieser ist im Vorjahresvergleich um 0,6% gesunken. Das UVG³²⁶ sieht bei einer negativen Teuerung keine Reduktion vor.³²⁷

Milizfeuerwehrleute gelten – analog Militärdienst Leistenden – nicht als Arbeitnehmende im Sinne des UVG. Mit dem 1. Januar 2013 gilt für Milizfeuerwehrleute ein massgebender Lohn von 5000 Franken im Sinne der AHV. Diese Neuerung würde auch eine Berufsunfallversicherung für Löhne ab 5000 Franken mit sich bringen. Diese Einführung einer Einkommensgrenze wäre allerdings systemwidrig und würde zu Rechtsunsicherheiten führen. Aus diesem Grund sind die Milizfeuerwehrleute weiterhin von der Berufsunfallversicherung befreit. Die Verordnung zum UVG wurde dahingehend geändert und ist auf den 1. Januar 2013 in Kraft getreten.³²⁸

Ende 2011 lief die *Zulassungsbeschränkung für Hausärzte* aus. Seither sind 8,6% mehr Gesuche zur Eröffnung einer neuen Arztpraxis eingereicht worden.³²⁹ Während der Frühjahrssession beriet der Nationalrat über die Wiedereinführung eines sog. «Zulassungsstopps» für neue Arztpraxen, welche zu Lasten der Krankenkassen tätig sein könnten. Der Bundesrat unterbreitet diesen Vorschlag mit der Begründung, dass ein enger Zusammenhang zwischen den Gesundheitskosten und der Ärztedichte in einem Gebiet bestehe.³³⁰ Zu klären wird in der Folge sein, ob ein solcher Zulassungsstopp allenfalls dem FZA widersprechen könnte.³³¹ Insbesondere die Regelung, die Personen mit einer fünfjährigen Tätigkeit an einer «anerkannten schweizerischen Weiterbildungsstätte» vom Bedürfnisnachweis ausnimmt, verstiesse wohl gegen das FZA, insbesondere gegen Art. 15 Abs. 1 Anhang I FZA, da die Gefahr impliziert wird, dass vorwiegend Schweizerinnen diese Voraussetzung erfüllen und Unionsbürger benachteiligt werden.³³² Allerdings müsste auch schon der Bedürfnisnachweis an

³²⁶ Bundesgesetz über die Unfallversicherung (UVG) vom 20. März 1981 SR 832.20.

³²⁷ Medienmitteilung des Bundesamts für Gesundheit (BAG) vom 6. Dezember 2012.

³²⁸ BAG, Mitteilung Unfallversicherung, Änderung des bisherigen Rechts per 1. Januar 2013, S. 1.

³²⁹ Erklärbar könnte dies auch durch einen gewissen Nachholbedarf sein, vgl. NZZ online «Ärzte fordern zumindest eine Ausrichtung auf Qualität» vom 3. Juni 2013.

³³⁰ Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung (Vorübergehende Wiedereinführung der bedarfsabhängigen Zulassung) vom 21. November 2012, BBl 2012 9439, 9440.

³³¹ M.w.H. EPINEY ASTRID, Vorübergehende Wiedereinführung der bedarfsabhängigen Zulassung frei praktizierender Ärzte, in: Jusletter vom 22. April 2013.

³³² Ebd., S. 6.

sich (ohne Ausnahmeregel) einer Prüfung durch das FZA standhalten. Da sich dieser Bedürfnisnachweis allerdings nicht (mittelbar) diskriminierend auswirkt und ein enger Konnex zwischen der Anzahl der praktizierenden Ärzte und den Gesundheitskosten besteht, kann diese Beschränkung eher gerechtfertigt werden.³³³ Zudem wird die Eindämmung der Kostensteigerung im Gesundheitswesen als zwingendes Anliegen des Allgemeinwohls angesehen und kann damit als sachlicher Grund für die Rechtfertigung einer Beschränkung dienen.³³⁴ Die entsprechende Umsetzungsverordnung wurde von Bundesrat verabschiedet und ist am 1. Juli 2013 in Kraft getreten. Art. 55a des Krankenversicherungsgesetzes³³⁵ wird wieder eingeführt und berechtigt somit die Kantone, die Anzahl der Ärzte auf dem Kantonsgebiet zu beschränken.³³⁶ Unter Berücksichtigung der Befristung auf drei Jahre und der damit kurzfristigen Wirkung der Massnahme hat der Bundesrat das EDI beauftragt, eine längerfristige Lösung auszuarbeiten.³³⁷

Im Zusammenhang mit der zustande gekommenen *Volksinitiative «für eine öffentliche Krankenkasse»* stellt der Bundesrat der Initiative einen indirekten Gegenvorschlag gegenüber.³³⁸ Der Entwurf befindet sich zurzeit in der Vernehmlassung.³³⁹ Im Gegensatz zur Initiative will der Bundesrat dem System des regulierten Wettbewerbs treu bleiben und sieht darin klare Vorteile im Vergleich zu einem Monopol. In den Gegenvorschlag aufgenommen wird allerdings, dass die Grund- und Zusatzversicherungen in unterschiedlichen juristischen Einheiten organisiert werden und dadurch strenger getrennt werden sollen. So soll ein Austausch von Versichertenden verhindert und gleichzeitig die Transparenz erhöht werden. Zudem soll eine Rückversicherung für sehr hohe Kosten eingeführt und so der Risiko-selektion der Krankenversicherer entgegengewirkt werden.³⁴⁰

g. Sozialversicherungsabkommen

Das zwischen der Schweiz und den USA geltende *Sozialversicherungsabkommen* ist seit 1979 in Kraft und wurde nun erstmals seit 1988

³³³ Ebd., S. 10 f.

³³⁴ Ebd., S. 10, 12 f.

³³⁵ Bundesgesetz über die Krankenversicherung, SR 832.10.

³³⁶ Medienmitteilung des Bundesrates, des EDI und des BAG vom 3. Juli 2013.

³³⁷ Ebd.

³³⁸ Medienmitteilung des BAG vom 27. Februar 2012.

³³⁹ M.w.H.

<http://www.bag.admin.ch/themen/krankenversicherung/00305/13677/index.html?lang=de> (zuletzt besucht am 3. Juni 2013).

³⁴⁰ M.w.H. Faktenblatt Rückversicherung und Schwellenwerte, <http://www.bag.admin.ch/themen/krankenversicherung/00305/13677/index.html?lang=de> (zuletzt besucht am 3. Juni 2013).

revidiert und aktualisiert.³⁴¹ Die Grundprinzipien und das generelle Verfahren bleiben aufgrund des Aktualisierungscharakters der Revision unverändert.³⁴² Wesentliche Bestandteile des Abkommens sind und bleiben einerseits die Versicherung von entsandten Arbeitnehmenden im Herkunftsland und andererseits der bei Sozialversicherungsabkommen ebenfalls übliche Rentenexport.³⁴³ Der wichtigste Änderungspunkt ist die Einführung einer Mindestversicherungszeit von drei Jahren. Diese wurde in der Schweiz mit der 5. IV-Revision bereits 2008 eingeführt und die entsprechend veraltete Bestimmung im Abkommen in der Folge nicht mehr angewendet. Zudem wird eine weitere Bestimmung eingefügt, die vorsieht, dass die Versicherungszeiten angerechnet werden. Dies bedeutet, dass auch amerikanische Versicherungszeiten berücksichtigt werden, sofern die schweizerischen Versicherungszeiten nicht ausreichen, um einen Anspruch zu begründen.³⁴⁴

An einem Treffen zwischen dem uruguayischen Aussenminister LUIS ALMAGRO und Bundesrat DIDIER BURKHALTER wurde das Sozialversicherungsabkommen mit *Uruguay* unterzeichnet.³⁴⁵ Dieses soll den Zugang der Schweizer Staatsangehörigen zum uruguayischen Rentensystem erleichtern sowie uruguayischen Staatsangehörigen, die in der Schweiz Sozialbeiträge bezahlt haben, einen Anspruch auf eine Rente auch nach Verlassen der Schweiz verschaffen. Ein weiteres Ziel neben dem Rentenexport ist die Koordination der Altersvorsorge, der Unterstützung der Hinterbliebenen und der Invalidenvorsorge.³⁴⁶

8. Personalrecht des Bundes

Im Sommer 2013 wird die laufende Revision des Bundespersonalrechts voraussichtlich zum Abschluss kommen. Der Bundesrat hat in diesem Zusammenhang entschieden, das revidierte Bundespersonalgesetz auf den 1. Juli 2013 in Kraft zu setzen. Damit wird eine Massnahme aus der Personalstrategie Bundesverwaltung 2011–2015 umgesetzt. Hauptanliegen der Revision ist, das Bundespersonalrecht zu modernisieren und an das Obligationenrecht anzupassen sowie dessen Flexibilisierung.³⁴⁷ Im Wesentlichen wurden folgende Anpassungen vorgenommen:

³⁴¹ Botschaft zur Genehmigung des revidierten Abkommens über soziale Sicherheit zwischen der Schweiz und den USA, BBl 2013, 3377 ff.

³⁴² Ebd., 3382.

³⁴³ Ebd., 3379.

³⁴⁴ Ebd., 3386.

³⁴⁵ Medienmitteilung des Bundesamts für Sozialversicherungen (BSV) vom 11. April 2013.

³⁴⁶ Ebd.

³⁴⁷ Medienmitteilung des Bundesrates vom 1. Mai 2013.

- Grundsätzliche Annäherung des Bundespersonalgesetzes an das Obligationenrecht, z.B. gelten mit dem Inkrafttreten die Kündigungsfristen des OR, es können aber Abweichungen in Ausführungsbestimmungen vorgesehen werden.³⁴⁸
- Die ordentliche Auflösung des Arbeitsverhältnisses soll insgesamt praxisgerechter und flexibler gestaltet werden. Neu kann das Arbeitsverhältnis aus *sachlich hinreichenden Gründen* aufgelöst werden (Art. 19 Abs. 3 nBPG). Vor der Revision war die ordentliche Beendigung des Arbeitsverhältnisses nur unter Angabe eines in Art. 12 aBPG vorgesehenen Grundes möglich. Die Aufzählung bleibt zwar bestehen, ist aber nicht mehr abschliessend.³⁴⁹ Die ausserordentliche Auflösung des Arbeitsverhältnisses verlangt weiterhin *wichtige Gründe*.
- Das Beschwerdeverfahren wird umgestaltet. Bisher konnte gegen eine Verfügung das verwaltungsinterne Beschwerdeverfahren angestrebt werden, dieses nahm meist der Rechtsdienst des jeweiligen Departements wahr. Aufgrund der organisatorischen und persönlichen Nähe zur verfügenden Vorinstanz kam es häufig zu sog. Sprungrekursen und somit zu einer Verkürzung des Rechtsweges. Gemäss der neuen Verfahrensvorschrift, Art. 36 BPG, beurteilt das Bundesverwaltungsgericht die arbeitsrechtlichen Streitigkeiten, die interne Beschwerdeinstanz wird in der Folge aufgehoben. Weiter wird die aufschiebende Wirkung von Gesetzes wegen entzogen.³⁵⁰
- Nach Geburt oder Adoption wird beiden Elternteilen die Möglichkeit einer Reduktion des Beschäftigungsgrades (um maximal 20%) eingeräumt. Vätern stehen zudem neu zehn statt wie bisher fünf Tage Vaterschaftsurlaub zu.³⁵¹

Diese und weitere Änderungen sollen einen Beitrag zur Modernisierung des öffentlichen Personalrechts leisten und die Bundesverwaltung als attraktive und verlässliche Arbeitgeberin erscheinen lassen.³⁵² Das revidierte Gesetz wird auf den 1. Juli 2013 in Kraft treten.³⁵³ Zudem hat das *Reporting über das Personalmanagement* gezeigt, dass sich die personalpolitischen Kennzahlen deutlich verbessert haben, mehrere Sollwerte und Indikatoren wurden bereits erreicht. Insbesondere die Verteilung der Geschlechter hat sich zu Gunsten der Frauen verschoben, in den Lohnklas-

³⁴⁸ Vgl. Art. 12 nBPG; Botschaft zu einer Änderung des Bundespersonalgesetzes vom 31. August 2011, BBl 2011 6703, 6715.

³⁴⁹ Ebd., 6714.

³⁵⁰ Vgl. Art. 35 und 36 nBPG; Medienmitteilung des Bundesrates vom 1. Mai 2013, S. 2; Botschaft zu einer Änderung des Bundespersonalgesetzes vom 31. August 2011, BBl 2011 6703, 6724 ff.

³⁵¹ Medienmitteilung des Bundesrates vom 1. Mai 2013, S. 2; siehe oben, S. 30.

³⁵² Ebd.

³⁵³ Medienmitteilung des Bundesrates vom 15. März 2013.

sen 24 bis 29 hat der Frauenanteil um 1,3% zugenommen. Auch der Anteil der Lernenden ist mit 5,3% über dem Sollwert. Ebenfalls erfreulich haben sich die Indikatoren entwickelt, so wurde die Gesundheit der Befragten als gut bis sehr gut beurteilt und auch andere Indikatoren, beispielsweise zur Führung, Arbeitszufriedenheit, Personalinformation und zur Vereinbarung von Arbeits- und Privatleben, haben gute Werte ergeben.³⁵⁴

Die Pensionskasse *PUBLICA* verzeichnet ein erfreuliches Geschäftsjahr 2012. Auf dem Gesamtvermögen konnte aufgrund der positiven Stimmung am Aktienmarkt eine überdurchschnittliche Rendite von knapp 8% erreicht werden. Im Vorjahr waren lediglich 1,7% erzielt worden.³⁵⁵ Aufgrund dieser positiven Entwicklung konnte auch der Deckungsgrad von 103,1% auf 105,2% erhöht werden, dies entspricht einem Plus von 2,1%. Weiter wurde die bereits vorbereitete Anpassung des Umwandlungssatzes umgesetzt. Neu beträgt der Satz 6,15% im Alter von 65 Jahren. Um diese Senkung abzufedern, wurde den Versicherten zudem eine Gutschrift aus Rückstellungen ausgerichtet.³⁵⁶

9. Öffentliches Dienstrecht der Kantone

Gesamtschweizerisch sind Frauen in Verwaltungsratsmandaten im Vergleich zu Männern immer noch deutlich untervertreten. Im *Kanton Basel-Stadt* hat nun der Regierungsrat eine Vorlage zu einer Frauenquote von 30% in Strategie- und Aufsichtsgremien an den Grossen Rat verabschiedet. Die Umsetzung erfolgt im Einführungsgesetz zum Bundesgesetz über die *Gleichstellung von Frau und Mann*.³⁵⁷ In Gremien, bei denen der Kanton wahlbefugt ist, sollen in Zukunft mindestens je ein Drittel Frauen sowie Männer Einsitz nehmen. Diese Änderung soll Unternehmen motivieren, gezielt Frauen für entsprechende Positionen zu gewinnen.³⁵⁸

Ergänzend zur Mindestlohninitiative wird durch einen Anzug (Vorstoss) der Grossrätin HEIDI MÜCK (und Konsorten) gefordert, dass die Monatslöhne der Kantonsangestellten nicht unter 4000 CHF liegen sollen. Gemäss der Vorlage betrifft dies in Basel-Stadt zurzeit 1621 Personen. Der Regierungsrat hielt in der Sache fest, dass diese Problematik insbesondere unterhaltspflichtige Personen ohne Grundbildung treffe. In diesem Sinne wird die Einreichungsverordnung³⁵⁹ dahingehend geändert, dass die Betroffenen zur Sicherung ihres Auskommens einen Lohn von 4000 CHF brutto

³⁵⁴ Ebd.

³⁵⁵ Medienmitteilung der Pensionskasse des Bundes vom 12. April 2013.

³⁵⁶ Ebd.

³⁵⁷ Einführungsgesetz zum Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann (EG GIG), SG 140.100.

³⁵⁸ Medienmitteilung des Regierungsrats des Kantons Basel-Stadt vom 23. April 2013.

³⁵⁹ SG 164.150.

erhalten. Der Stufenanstieg wird in der Folge eingefroren, bis die gewährte Lohnstufe regulär erreicht wird. Diese Änderung ist am 7. August 2012 in Kraft getreten.³⁶⁰

Eine weitere interessante gesetzliche Änderung nimmt der Regierungsrat des Kantons Basel-Stadt im Zusammenhang mit der bereits diskutierten Problematik des Whistleblowings vor.³⁶¹ § 19a sieht die Schaffung einer Ombudsstelle vor, an die sich die Basler Kantonsangestellten wenden können, wenn sie in gutem Glauben Missstände aufdecken. Die Bestimmung sieht vor, dass die Betroffenen in diesem Fall nicht benachteiligt werden dürfen und dass auch kein Verstoss gegen das Amtsgeheimnis vorliegt.³⁶² Auch die *Kantone St. Gallen, Genf* und *Zürich* haben bereits entsprechende Bestimmungen in ihren kantonalen Personalgesetzen.³⁶³

Im *Kanton Basel-Landschaft* sollen die personalpolitischen Grundsätze und die Personalstrategie vom Landrat neu festgelegt werden. Damit soll das Gesetz über die Arbeitsverhältnisse der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter des Kantons³⁶⁴ sowie das Dekret zum Personalgesetz betr. Personalpolitik und -strategie³⁶⁵ reformiert werden. Geändert werden soll die Bestimmung § 6 betr. einheitlicher Personalpolitik, es soll normiert werden, dass der Kanton als einheitlicher Arbeitgeber auftritt.³⁶⁶ Weiter wurde der Katalog der Grundsätze der Personalpolitik komplett revidiert und nimmt die in der Vorlage erläuterten Schwerpunkte auf. Dazu gehören beispielsweise die nachhaltige Ausgestaltung der Arbeitsverhältnisse, die Verbesserung der Vereinbarkeit von Beruf und Familie sowie die Steigerung der Attraktivität des Kantons als Arbeitgeber.³⁶⁷ Komplett neu eingefügt wurden § 10a betr. Datenschutz und § 10b betr. eines Personalinformationssystems.³⁶⁸

Nicht nur der Bund trifft Massnahmen betr. den Fachkräftemangel, auch der *Kanton Zürich* setzt sich vermehrt für eine bessere Kaderförderung ein. In den nächsten 5–10 Jahren wird aufgrund von Pensionierungen, der steigenden Anforderungen und der gleichzeitigen Konkurrenz durch Arbeitgeber in der Region Zürich mit einem erhöhten Rekrutierungsbedarf für Kaderpositionen in der Kantonsverwaltung gerechnet. Um diesen Ten-

³⁶⁰ Regierungsratsbeschluss vom 16. Oktober 2012.

³⁶¹ Siehe oben, S. 6 f.

³⁶² Beschluss des Grossen Rates, Nr. 13/15/08G vom 10. April 2013.

³⁶³ Basellandschaftliche Zeitung «Änderung im Baselstädter Personalgesetz: «Wiki-leaks» beim Kanton wird legal» vom 27. Dezember 2012.

³⁶⁴ Gesetz über die Arbeitsverhältnisse der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter des Kantons (Personalgesetz), SGS 150.

³⁶⁵ Dekret zum Personalgesetz (Personaldekret), SGS 150.1.

³⁶⁶ Vorlage an den Landrat des Kantons Basel-Landschaft, Änderung des Personalgesetzes und des Personaldekrets betreffend Personalpolitik und -strategie des Kantons Basel-Landschaft, vom 23. Oktober 2012, Nr. 2012–312, S. 11.

³⁶⁷ Ebd., S. 12 f.

³⁶⁸ Ebd., S. 14.

denzen entgegenzuwirken, hat der Kanton Zürich das Programm direktionübergreifende Kadernachwuchsförderung lanciert. Damit werden drei Hauptziele verfolgt; erstens sollen zeitgerecht interne Nachwuchskräfte identifiziert, nominiert und gefördert werden, zweitens soll die Attraktivität der Laufbahn- und Entwicklungsperspektiven erhöht und drittens soll die Diversität der Kaderressourcen effektiv genutzt werden und dazu beitragen, dass insbesondere Frauen besser vertreten sind.³⁶⁹ Dieses Training wird berufsbegleitend erfolgen und dauert bis zur Positionierung 18 Monate.³⁷⁰

Im *Kanton Bern* wurde im Oktober 2012 eine Revision des Personalgesetzes beschlossen. Diese sieht insbesondere eine (moderate) Verschärfung betr. die Arbeitszeitenregelung vor. Die Kantonsangestellten sind neu verpflichtet, mindestens 20 freie Tage pro Jahr zu beziehen, zudem wird ein Maximalsaldo auf dem Langzeitarbeitskonto von 125 Tagen eingeführt. Weiter verzichtet der Kanton aufgrund seiner finanziellen Lage auf die Einführung eines effektiven Vaterschafts- bzw. Adoptionsurlaubs.³⁷¹ Andererseits steht die Lohnentwicklung im Kanton Bern im Fokus der gesetzlichen Reformen. Denn aufgrund der Sparmassnahmen der letzten 15 Jahre wurden für eine konkurrenzfähige Lohnentwicklung zu wenig Mittel zur Verfügung gestellt. Der zu moderate Anstieg der Löhne der Kantonsangestellten (insbesondere der Lehrkräfte) soll wieder ausgeglichen werden. Finanziert wird der Lohnanstieg durch Rotationsgewinne bei Stellenwechseln sowie durch ordentlich budgetierte Mittel, welche gesamthaft jährlich 1,5% der gesamten Lohnsumme entsprechen.³⁷² Die abschliessende Beratung dieser Vorlage steht noch aus.

10. Ausländische Arbeitnehmer

a. *Ausländerstatistik*

Gemäss der Ausländerstatistik per Ende Dezember 2012 leben insgesamt 1 825 060 *Ausländerinnen und Ausländer* in der Schweiz. Dies entspricht einer Zunahme von 3% im Vergleich zum Vorjahr. Die Zuwanderungszahl war in den letzten beiden Jahren mit 4,1% konstant. Um 0,9 Prozentpunkte zugenommen hat hingegen die Anzahl der Zuwanderer aus Drittstaaten, was auf das duale Zuwanderungssystem der Schweiz zurückzuführen ist. Damit werden in erster Linie spezialisierte und besonders

³⁶⁹ Auszug aus dem Protokoll des Regierungsrates des Kantons Zürich, Sitzung vom 5. September 2012, Nr. 914.

³⁷⁰ Medienmitteilung des Regierungsrates des Kantons Zürich vom 14. September 2012.

³⁷¹ Medienmitteilung des Regierungsrates des Kantons Bern vom 19. Oktober 2012.

³⁷² Medienmitteilung des Regierungsrates des Kantons Bern vom 7. Dezember 2012.

qualifizierte Erwerbstätige rekrutiert. Die meisten Zuwanderer stammen allerdings aus dem EU/EFTA-Raum. Werden die Einwanderungen länderspezifisch betrachtet, fällt auf, dass die Liste neu von Portugal angeführt wird mit +14 261 Einwanderern. Danach folgen Deutschland (+8551), Kosovo (+7319), Frankreich (+4473) und Italien (+3813). Wiederum am stärksten rückläufig sind die Anzahl Personen aus Serbien (–8106), Kroatien (–995), Bosnien-Herzegowina, Sri Lanka und der Türkei mit je rund 600 Personen weniger. Diese Entwicklung entspricht dem Trend der letzten Jahre.³⁷³

Im letzten Jahr hat laut der Grenzgängerstatistik die Anzahl der *Grenzgänger* um 4,8% zugenommen. Ende 2012 waren 264 000 ausländische Grenzgänger in der Schweiz tätig. Damit war das Wachstum im Gegensatz zum Vorjahr mit 8,5% etwas geringer. Die Grenzgänger teilen sich in der Schweiz auf drei Regionen auf. Rund ein Drittel arbeitet in der Genferseeregion, ein Viertel in der Nordwestschweiz und ein Fünftel ist im Tessin tätig.³⁷⁴ Werden die Nationalitäten der Grenzgänger betrachtet, ergibt sich folgendes Bild: Wie bereits im Vorjahr sind mehr als die Hälfte der Grenzgänger französischen Ursprungs (52,8%), gefolgt von Italien (23,1%) und Deutschland (20,7%). Ein kleiner Teil stammt aus Österreich. Neuerdings wird zudem beobachtet, dass Grenzgänger nicht zwingend aus den angrenzenden Staaten, sondern auch aus weiter entfernt liegenden Ländern wie Polen, Ungarn, Tschechien etc. stammen. Sofern diese einmal pro Woche in ihr Heimatland zurückkehren, können sie sich bei der Einreise als Grenzgänger anmelden. Dies wird zurzeit auch nicht systematisch kontrolliert.³⁷⁵ Vorteilhaft erweist sich dies insofern, als Grenzgänger nicht von der Ventilklausel betroffen sind.³⁷⁶

b. Fremdarbeiterregelung

Die Höchstzahlen für gut qualifizierte Arbeitskräfte aus Ländern ausserhalb der EU/EFTA und für Dienstleistungserbringer aus EU- und EFTA-Staaten verbleiben auf dem Niveau des Vorjahres. Da die Schweiz, um innovativ und international wettbewerbsfähig zu bleiben, weiterhin auf qualifizierte Spezialisten angewiesen ist, wird mit dem dualen Zulassungssystem die Arbeitstätigkeit von Fachkräften aus Drittstaaten ermöglicht. Konkret können Schweizerische Unternehmen 8500 qualifizierte Spezialisten aus Drittstaaten rekrutieren (3500 Aufenthaltsbewilligungen und

³⁷³ Medienmitteilung des BFM vom 8. Februar 2013.

³⁷⁴ Medienmitteilung des BFS vom 4. März 2013.

³⁷⁵ Tagesanzeiger online «Wie man als Grenzgänger die Ventilklausel umgeht» vom 9. April 2013; NZZ online «Grenzgänger aus Osteuropa umgehen Ventilklausel» vom 11. November 2012.

³⁷⁶ Siehe oben, S. 22 f.

5000 Kurzaufenthaltsbewilligungen). Ebenfalls kontingentiert werden Arbeitsbewilligungen von EU/EFTA-Dienstleistungserbringern mit einer längeren Einsatzdauer (über 90 bzw. 120 Tage). Auch hier verbleibt die Anzahl der Bewilligungen trotz hoher Nachfrage auf dem Vorjahresniveau.³⁷⁷ Diese Kontingente werden durch die Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit jährlich neu festgelegt.³⁷⁸

Seit dem 1. Februar dieses Jahres können gut integrierte *Sans-Papiers* unter gewissen Voraussetzungen eine Berufslehre absolvieren.³⁷⁹ Diese müssen gemäss Art. 30a VZAE während fünf Jahren die obligatorische Schule besucht haben, eine Landessprache beherrschen sowie die schweizerische Rechtsordnung beachten. Mit dieser neuen Härtefallregelung konnte somit eine Gesetzeslücke geschlossen und insbesondere Ungerechtigkeiten im Zusammenhang mit papierlosen Jugendlichen entgegenwirkt werden, die bereits ein Gymnasium oder eine Universität besuchen.³⁸⁰

Enormen Einfluss auf die Fremdarbeiterregelung sowie auf das FZA hätte die Annahme der *Initiative «Gegen Masseneinwanderung»*.³⁸¹ Diese – vom Bundesrat ohne Gegenvorschlag zur Ablehnung empfohlene – Initiative sieht eine grundsätzliche Neuausrichtung der schweizerischen Zuwanderungspolitik vor und stellt das Personenfreizügigkeitsabkommen sowie das Assoziierungsabkommen zu den EFTA-Staaten grundsätzlich in Frage. Die Initiantin, die Schweizerische Volkspartei (SVP) will, dass der Bund jährlich eine zahlenmässige Beschränkung für Einwanderungen vornimmt. Der Bundesrat weist in der Botschaft zudem darauf hin, dass mit der Einführung der Personenfreizügigkeit auch die flankierenden Massnahmen eingeführt wurden, die gerade Missbräuchen im Bereich der Arbeits- und Lohnbedingungen entgegenwirken. Die überdurchschnittliche Zuwanderung stellt die Schweiz vor Herausforderungen in den Bereichen der Integration, des Wohnungsmarkts, der Infrastruktur- und Raumplanung. Bei einer Annahme müsste damit gerechnet werden, das FZA nicht mehr weiterführen zu können, da die Europäische Union kaum eine Diskriminierung der EU-Bürger durch eine andauernde Kontingentierung akzeptieren würde. Das FZA stellt bekanntlich eines von sieben sektoriellen Abkommen dar. Aufgrund der «Guillotine-Klausel» würden bei einer Kündigung eines Abkommens die anderen entsprechend hinfällig. Dies hätte einerseits gravierende Konsequenzen für die schweizerische Volkswirtschaft und anderer-

³⁷⁷ Medienmitteilung des Bundesrates und des EJPD vom 30. November 2013.

³⁷⁸ Verordnung vom 24. Oktober 2007 über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit, SR 142.201.

³⁷⁹ AS 2012 7267; Medienmitteilung des Bundesrates vom 7. Dezember 2012.

³⁸⁰ Ebd.

³⁸¹ Botschaft zur Volksinitiative «Gegen Masseneinwanderung» vom 7. Dezember 2012, BBl 2013 291 ff.

seits würde die Beziehung zur EU empfindlich gestört.³⁸² Zudem würden die geänderten Zuwanderungsregeln zu einem noch nicht abzusehenden bürokratischen Mehraufwand führen.³⁸³

11. Normalarbeitsverträge

a. *Normalarbeitsverträge*

Stand: 31. Mai 2013

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 2011	SR 221.215.329.4
	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

³⁸² Zumal die Reaktionen der EU zur Ventilklausel regelmässig wenig positiv ausfallen, vgl. oben S. 31 f.; ebd., 317 f.

³⁸³ Medienmitteilung des Bundesrates vom 7. Dezember 2012, vgl. die nationalrätliche Beratung des Geschäfts; AmtlBull 2013 NR, S. 1121.

Kanton	NAV für die Berufe	Fundstelle in den Gesetzessammlungen
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
BL	NAV für Hauspersonal vom 15. Dezember 1998/1. Januar 2013	SGS 212.34
	NAV für landwirtschaftliche Arbeitnehmer vom 16. Dezember 1986/1. Januar 2007	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 Landwirtschaft vom 26. September 1988/1. Januar 2011	SGS 222.5.92
	NAV für die Mitarbeiter im Hausdienst vom 7. März 1989/1. Mai 2009	SGS 222.5.91
GE	CTT du commerce de détail (CTT-CD)	J 1 50.17
	CTT des esthéticiennes (CTT-Esthé)	J 1 50.16
	CTT des jeunes gens au pair mineurs (CTT-TPM) du 13 décembre 2011/1 ^{er} janvier 2012	J 1 50.15
	CTT pour les travailleurs au pair (CTT-TP) du 13 décembre 2011/1 ^{er} janvier 2012	J 1 50.12
	CTT de la floriculture (CTT-Flor) du 13 décembre 2011/1 ^{er} janvier 2012	J 1 50.10
	CTT de l'agriculture (CTT-Agri) du 13 décembre 2011/1 ^{er} janvier 2012	J 1 50.09
	CTT de l'économie domestique (CTT-Edom) du 13 décembre 2011/1 ^{er} janvier 2012	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 Hirtenschaftspersonal vom 27. Oktober 1998/1. Dezember 1998	SGS 535.250
JU	CTT Contrat-type de travail pour le personnel d'exploitation et de maison dans l'agriculture 20 décembre 1995/26 mars 2013	SGS 222.153.21
	CTT pour travailleurs de l'économie domestique du 6 décembre 1978/1 ^{er} janvier 2013	SGS 222.153.22
	CTT pour le personnel au service de la vente dans le commerce de détail du 20 juin 2006/ 1 ^{er} 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 le personnel forestier du 14 octobre 2009/1 ^{er} janvier 2010	RSN 225.46
	CTT pour l'agriculture (CTT-Agri) du 27 novembre 2002/1 ^{er} janvier 2011	RSN 225.43
	CTT du personnel de vente dans le commerce de détail du 13 mars 1991/1 ^{er} septembre 2009	RSN 225.44
	CTT pour des jeunes travailleurs au pair du 13 mars 1991/1 ^{er} 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

Kanton	NAV für die Berufe	Fundstelle in den Gesetzessammlungen
	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
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	Decreto del Consiglio di Stato concernente il CNL per i saloni di bellezza (CNLE) del 24 marzo 2010/30 gennaio 2013	Bollettino ufficile delle leggi degli atti esecutivi vom 1. Februar 2013
	Decreto del Consiglio di Stato concernente il CNL per il settore della vendita (negozi con meno di 10 adetti) del 16 gennaio 2013	Bollettino ufficile delle leggi degli atti esecutivi vom 18. Januar 2013

Kanton	NAV für die Berufe	Fundstelle in den Gesetzessammlungen
	Decreto del Consiglio di Stato concernente il CNL per i Call Centers (CNLCC) del 15 gennaio 2010/17 ottobre 2012	Bollettino ufficiale delle leggi degli atti esecutivi vom 23 Oktober 2012
	Contratto normale di lavoro per i centri fitness del 19 giugno 2012/22 giugno 2012	Foglio ufficiale 50/2012 vom 22. Juni 2012
	CNL per il personale domestico del 14 dicembre 1989/1° gennaio 2012	FU 102/2011 vom 23. Dezember 2011
	CNL per il personale dell'agricoltura del 18 dicembre 1990/1° gennaio 2012	FU 102/2011 vom 23. Dezember 2011
	CNL per i giovani alla pari del 24 febbraio 1995/1° gennaio 2012	FU 102/2011 vom 23. Dezember 2011
	CNL per il personale di vendita al dettaglio (CNLV) del 1° maggio 2001/1° gennaio 2012	FU 102/2011 vom 23. Dezember 2011
	CNL per le aziende di riparazione e/o sostituzione gomme «gommisti» (CNLRSG) del 21 dicembre 2011/1° gennaio 2012	FU 102/2011 vom 23. Dezember 2011
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 1986/1 ^{er} avril 2004	RSV 222.53.1
	CTT de vignolage pour les districts d'Aigle, de Vevey et de Lavaux (ACTT-vavl) du 27 juillet 1994/1 ^{er} avril 2004	RSV 222.53.2
	CTT de vignolage pour les districts d'Aubonne, Morges, Nyon et Rolle (ACTT-vamnr) du 27 juillet 1994/1 ^{er} avril 2004	RSV 222.53.3
	CTT pour l'agriculture (ACTT-agr) du 3 avril 2000/1 ^{er} avril 2004	RSV 222.55.1
	CTT pour le personnel des ménages privés (ACTT-mpr) du 18 janvier 2006/1 ^{er} mars 2006	RSV 222.105.1
VS	NAV für das Personal der Autotransportunternehmen (Sachentransporte und Erdbewegungsarbeiten) vom 1. Januar 1993/8. Februar 2012	Amtsblatt Nr. 7 vom 17. Februar 2012

Kanton	NAV für die Berufe	Fundstelle in den Gesetzessammlungen
	NAV für die Landwirtschaft vom 16. Juni 1989/ 27. März 2013	Amtsblatt Nr. 15 vom 12. April 2013
	NAV für das Personal der Ingenieur-, Architektur- und anderen Planungsbüros vom 15. September 1982/6. Februar 2013	Amtsblatt Nr. 7 vom 15. Februar 2013
	NAV für die Kellerarbeiter vom 11. April 1972/ 6. Februar 2013	Amtsblatt Nr. 7 vom 15. Februar 2013
	NAV für hauswirtschaftliche Arbeitnehmer vom 1. Januar 1992/6. Februar 2013	Amtsblatt Nr. 7 vom 15. Februar 2013
	NAV für das Personal der Käsereien vom 10. Februar 1993/6. Februar 2013	Amtsblatt Nr. 7 vom 15. Februar 2013
	NAV für das Personal der Luftseilbahnen, Sessel- bahnen, Skilifte und ähnlicher Betriebe vom 18. November 1987/8. Februar 2012	Amtsblatt Nr. 7 vom 17. Februar 2012
	NAV für das im Verkauf beschäftigte Personal des Detailhandels vom 10. Juli 1985/6. Februar 2013	Amtsblatt Nr. 7 vom 15. Februar 2013
	NAV für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer des Sektors der industriellen Wartung und Reini- gung vom 21. Januar 2009/7. März 2012	Amtsblatt Nr. 13 vom 30. März 2012
ZG	NAV Privathaushalt vom 18. Dezember 1984/ 1. Januar 2011	BGS 831.521
	NAV für das landwirtschaftliche Arbeitsverhältnis vom 11. Juni 2002/1. Januar 2008	BGS 831.511
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
gem. Art. 360a ff. OR*

In Branchen, in denen die orts-, berufs- oder branchenüblichen Löhne wiederholt missbräuchlich unterboten werden und die über keinen Gesamtarbeitsvertrag verfügen, können durch die tripartiten Kommissionen Normalarbeitsverträge mit zwingenden Mindestlohnbestimmungen erlassen

werden.³⁸⁴ Die Mindestlohnbestimmungen gelten dann für die ganze Branche und sind befristet. Auf Bundesebene ist bisher der einzige NAV dieser Art derjenige über die Hauswirtschaft, der bereits im Oktober 2010 in Kraft getreten ist. Auf kantonaler Ebene verfügen die Kantone Genf, Tessin und Wallis über NAV mit zwingenden Mindestlohnbestimmungen. Soweit ersichtlich, gibt es keinen NAV mit zwingenden Lohnvorschriften aus einem Deutschschweizer Kanton.

IV. Kollektives Arbeitsrecht

1. Sozialpartnerschaft

Die Sozialpartnerschaft wurde in der aktuellen Berichtsperiode durch die *Lohnfrage* geprägt.³⁸⁵ So kämpfen Verbände und Gewerkschaften an verschiedenen Fronten um Mindestlöhne oder darum, in Tieflohnbranchen einige Lohnprozente mehr aushandeln zu können. Auf nationaler Ebene sind insbesondere die beiden zurzeit hängigen Initiativen zu diesem Thema relevant.³⁸⁶ Als Initiator dieser bereits 2011 eingereichten Initiative setzt sich der SGB für einen Mindeststundenlohn von 22 Franken ein. Auch die von den JungsozialistInnen eingereichte Initiative «*1:12 – Für gerechte Löhne*» wird von den Gewerkschaften unterstützt, dies mit der Hoffnung, dass sich die Lohnschere dadurch verringert. Auch im Zusammenhang mit den flankierenden Massnahmen zum Personenfreizügigkeitsabkommen setzt sich der SGB vermehrt gegen Lohndumping ein. DANIEL LAMPART, der Chefökonom des SGB, stellt fest, dass die Öffnung des Arbeitsmarkts zu einem «Quantensprung im Arbeitnehmerschutz» geführt habe und argumentiert, dass Mindestlöhne auch über die Allgemeinverbindlicherklärung von GAV festgelegt werden können.³⁸⁷ Dies sei aber mit dem aktuellen Bundesgesetz nicht einfach, denn oft scheitere es an der Hürde des Firmen-Quorums. Aus diesem Grund möchte er das Gesetz reformieren, das Quorum abschaffen und die Allgemeinverbindlichkeit aufgrund öffentlicher Interessen wie bspw. der Gefahr von Lohndruck oder Lohndiskriminierung ermöglichen.³⁸⁸ Zudem soll insbesondere die Durchsetzung der flankierenden Massnahmen durch Kontrollen verbessert werden.³⁸⁹

³⁸⁴ SECO, Normalarbeitsverträge mit zwingenden Mindestlöhnen, <http://www.seco.admin.ch/themen/00385/00420/04526/index.html?lang=de> (zuletzt besucht am 28. Mai 2013).

³⁸⁵ Medienmitteilung des SGB vom 7. Januar 2013.

³⁸⁶ Siehe oben, S. 33 ff.

³⁸⁷ NZZ online «Freizügigkeit nur bei stärkerem Lohnschutz» vom 4. Juni 2013.

³⁸⁸ Medienmitteilung des SGB vom 5. Juni 2013.

³⁸⁹ Ebd.

Ein weiteres Dauerthema der Sozialpartnerschaft sind die *Ladenöffnungszeiten*. Der SGB als Hauptinitiator des Referendums gegen die Liberalisierung der Ladenöffnungszeiten wehrt sich vehement gegen jegliche Art von Liberalisierung. Die Unterschriften wurden entsprechend im Rekordtempo gesammelt, die Abstimmung findet im Herbst statt. In diesem Zusammenhang sind dem SGB auch die beiden bereits im Parlament eingereichten Motionen ABATE und LOMBARDI³⁹⁰ ein Dorn im Auge. Die beiden Parlamentarier, welche touristische Gegenden wie das Tessin vertreten, streben eine weitgehende Liberalisierung der Öffnungszeiten an, dies unter Umständen auch am Wochenende. Auch auf kantonaler Ebene gab es zu diesem Thema zwei Abstimmungen. Im Kanton Basel-Stadt stand die Verlängerung der Ladenöffnungszeiten am Samstag für zwei Stunden im Vordergrund³⁹¹ und im Kanton Luzern wollte eine Initiative der Jungliberalen «für freie Ladenöffnungszeiten» die komplette Abschaffung des Ruhetags- und Ladenöffnungsgesetzes erreichen.³⁹² Beide Vorlagen sind in den entsprechenden Abstimmungen gescheitert. Der SGB spricht von einer «Amerikanisierung» des Konsumverhaltens und möchte entschieden gegen die Deregulierung vorgehen, da er eine erhebliche Verschlechterung der Arbeitsbedingungen befürchtet.³⁹³

2. Arbeitskämpfe

Im Mai der laufenden Berichtsperiode werden die ältesten Gesamtarbeitsverträge der Schweiz 75 Jahre alt. Der GAV der Uhrenindustrie sowie das Friedensabkommen der Verbände der Maschinenindustrie sicherten damals den Arbeitgebern eine absolute Friedenspflicht zu. Heute verfügen nicht mehr alle GAV über eine derartige Klausel und auch in Branchen ohne GAV gibt es hie und da Arbeitsniederlegungen, Warnstreiks und Aktionstage.³⁹⁴ Diese sollen in der Folge kurz dargestellt werden.

Gestreikt wurde während der laufenden Berichtsperiode im *Kanton Neuenburg* im Zusammenhang mit dem Spital «*La Providence*». Dieses Spital wurde von der Privatspitalgruppe *Grenolier Swiss Medical Network* aufgekauft. Auf Anraten der zukünftigen Trägergruppe hat das Spital «*La Providence*» den Anschluss an den kantonalen GAV «*Santé 21*» gekündigt. Diesen Entwicklungen wurde mit Streiks und Solidaritätsbekundungen der Betroffenen sowie des Schweizerischen Gewerkschaftsbundes begegnet. Von den 340 Angestellten sind 22 Arbeitnehmende in den Streik getreten. Diesen Arbeitnehmenden wurde in der Folge fristlos gekündigt.

³⁹⁰ Vgl. oben, S. 38 ff.

³⁹¹ Tageswoche «Basel lehnt längere Ladenöffnungszeiten ab» vom 3. März 2013.

³⁹² Medienmitteilung der Unia vom 9. Juni 2013.

³⁹³ Medienmitteilung des SGB vom 26. März 2013.

³⁹⁴ NZZ online «Das Unbehagen am Arbeitsfrieden» vom 19. Juli 2012.

Das angestrebte Schlichtungsverfahren endete erfolglos.³⁹⁵ Der neue private Spitalbetreiber will insbesondere die Wochenarbeitszeit von 40 auf 42 Stunden erhöhen, die Zuschläge für Nacht- und Sonntagsarbeit kürzen sowie das bisherige Lohnsystem mit Erfahrungszuschlägen abschaffen. Der SGB sieht jedenfalls neben den Arbeitsbedingungen auch die Gesundheitsvorsorge bedroht, da der ständige Lohndruck zwangsläufig zu einer schlechteren Versorgung führe.³⁹⁶ Der Gewerkschaftsbund hat aufgrund der Vorkommnisse in Neuenburg die Schweiz bei der IAO angeklagt, da die ratifizierte Konvention Nr. 87 über Gewerkschaftsrecht und sozialen Schutz sowie die Konvention Nr. 98 über die Organisationsfreiheit und das Recht auf Kollektivverhandlungen verletzt worden sei.³⁹⁷

Auch im *Aargau* wurde in einer Filiale des Detailhändlers *Spar* im Juni gestreikt. Die rund zehn Streikenden setzten sich für bessere Arbeitsbedingungen, höhere Löhne und mehr personelle Ressourcen ein.³⁹⁸ Insgesamt blieb das Geschäft für elf Tage geschlossen, bis das Bezirksgericht Baden die Unverhältnismässigkeit der Blockade feststellte und diese auflöste. Die streikenden Arbeitnehmenden wurden in der Folge fristlos entlassen, zudem wurden diverse Strafanträge wegen Nötigung und Hausfriedensbruch gestellt. Die Unia behält sich rechtliche Schritte vor und fordert, dass die Kündigungen rückgängig gemacht werden sollen. Auch das Unternehmen *Spar* möchte klagen, da aufgrund des Streiks ein Sachschaden von rund 100 000 Franken entstanden sei.³⁹⁹ Diese beiden Vorkommnisse von Entlassungen von Streikenden lassen die Stimmen lauter werden, dass der Bund die Reformbestrebungen betr. Kündigungsschutz wieder aufnehmen bzw. weiter vorantreiben soll. Aufgrund der durchmischten Reaktionen in der Vernehmlassung zur Revision des Kündigungsrechts hat der Bundesrat im vergangenen November eine weitere Studie in Auftrag gegeben, um den Reformbedarf der Kündigungsschutzbestimmungen für Arbeitnehmervertreter genauer abzustecken.⁴⁰⁰

Vor Weihnachten streikten im *Tessin* die Lehrkräfte und weitere öffentlich-rechtliche Angestellte gegen einen geplanten Lohnabbau bei Kantonsangestellten, woraufhin einige Schulstunden ausgefallen sind. Das Tessiner Erziehungsdepartement hielt in der Folge fest, dass Lehrer trotz dem Betreuungsauftrag ein Recht auf Streik haben. Konkret will die Tessiner Regierung ein Solidaritätsprozent von 2% einführen und gleichzeitig

³⁹⁵ NZZ online «Druck von unten auf die Dachgewerkschaften» vom 13. März 2013.

³⁹⁶ Medienmitteilung des SGB vom 28. Januar 2013.

³⁹⁷ Medienmitteilung des Verbands des Personals öffentlicher Dienste (VPOD) vom 17. Juni 2013.

³⁹⁸ Aargauer Zeitung online «Spar-Angestellte nach Streik entlassen: Juso und Gewerkschaften sind empört» vom 15. Juni 2013.

³⁹⁹ Tagesanzeiger online «Spar entlässt streikende Mitarbeiter fristlos» vom 14. Juni 2013.

⁴⁰⁰ Siehe oben, S. 6 f.

Sozialleistungen – namentlich im Gesundheitsbereich – um 1,8% kürzen. Diese Massnahmen sind nach Ansicht der Kantonsregierung nötig, um die finanzielle Stabilität des Kantons sicherzustellen.⁴⁰¹

3. Gesamtarbeitsvertragsrecht

a. *Gesamtarbeitsvertragliche Lohnabschlüsse 2012*

Die Erhebung des BFS ermöglicht den Vergleich aller Lohnabschlüsse in GAV. Vom BFS erfasst werden die GAV mit normativen Bestimmungen mit mindestens 1500 unterstellten Arbeitnehmenden. Im letzten Jahr haben dabei 68 von 97 Vertragsparteien Lohnverhandlungen durchgeführt, was zu einer durchschnittlichen Erhöhung der Effektivlöhne um 1,1% führte. Überdurchschnittlich hoch ist der Anstieg der Effektivlöhne in der Luftfahrt, dort betrug die Erhöhung 3,2%. Die bereits festgelegten Mindestlöhne wurden um 1,4% angehoben. Die Bestimmungen betr. die Arbeitsverträge sowie die Gewährung eines 13. Monatslohnes haben sich nicht verändert.⁴⁰²

b. *Gesamtarbeitsverträge*

Seit dem letzten November laufen die Verhandlungen für die Verlängerung des *GAV der Maschinen-, Elektro- und Metall-Industrie* (MEM), der Ende Juni 2013 auslief. Die wichtigste Neuerung in diesem bereits seit 1937 bestehenden GAV ist die Verankerung eines Mindestlohnes im Sinne einer Lohnuntergrenze, die teilweise Lohnerhöhungen von mehreren hundert Franken mit sich bringen wird. In den Verhandlungen und der darauffolgenden Mediation ist es den Arbeitnehmervverbänden gelungen, den Widerstand der Arbeitgeberseite zu brechen.⁴⁰³ Die Wirkung dieser neuen Mindestlohnbestimmung wird unterschiedlich aufgenommen. Einerseits werde dadurch bestätigt, dass sozialpartnerschaftlich vereinbarte Löhne möglich sind und zu akzeptablen Lösungen führen. Andererseits wird im Zusammenhang mit der Mindestlohninitiative argumentiert, dass gerade das vehemente Streben nach Mindestlöhnen den Bedarf gesetzlicher Mindestlohnbestimmungen bestätige.⁴⁰⁴ Zudem sollen die auf fünf Jahre fixierten Lohnuntergrenzen den Unternehmen den nötigen Spielraum lassen, da es kein Lohnsystem für die zahllosen Berufsgruppen gibt. Weiter wurde ein bezahlter Vaterschaftsurlaub von fünf Tagen eingeführt. Der GAV-

⁴⁰¹ NZZ online «Schulfrei dank streikenden Lehrern» vom 5. Dezember 2012.

⁴⁰² BFS Gesamtarbeitsvertragliche Lohnabschlüsse für 2012, S. 3 ff.

⁴⁰³ Medienmitteilung der Unia vom 7. Juni 2013.

⁴⁰⁴ NZZ online «Lieber private als staatliche Mindestlöhne» vom 3. Juni 2013.

MEM wurde im Juni von den Vertragsparteien ratifiziert und trat am 1. Juli 2013 in Kraft.⁴⁰⁵

Die *Coiffeurbranche* ist für ihre tiefen Löhne bekannt. Nun konnte sich der Verband Coiffeursuisse mit den Gewerkschaften einigen und einen neuen GAV bzw. Änderungen aushandeln. Kernpunkt der Neuerungen ist auch hier der Mindestlohn. Die Löhne der Coiffeusen sollen bis 2015 in drei Schritten von 3400 auf 3800 Franken angehoben werden. Ausgenommen von dieser Regelung sind Arbeitnehmende, die im ersten Jahr nach dem Abschluss ihrer Grundbildung noch nicht den erforderlichen Mindestumsatz erzielen. Dort sind Lohnkürzungen von 200 bis 400 Franken zulässig. Eine weitere Verbesserung der Arbeitsbedingungen bringt eine leicht veränderte Ferienregelung. Coiffeure, die seit fünf Jahren im gleichen Betrieb tätig sind, werden zukünftig fünf Wochen Ferien zugestanden.⁴⁰⁶ Insbesondere der Mindestlohn könnte zudem zwei – aus Sicht von Coiffeursuisse – weitere positive Nebenerscheinungen mit sich bringen. Erstens wird beobachtet, dass sich viele angestellte Coiffeusen in der Hoffnung, mehr zu verdienen, selbständig machen. Dabei neigen diese zur Selbstaussbeutung und verschärfen die ohnehin harte Konkurrenzsituation. Zweitens können die deutschen Discount-Coiffeure so vielleicht davon abgehalten werden, in den Schweizer Markt einzudringen und das Preisniveau weiter unter Druck zu setzen.⁴⁰⁷

Nach zähen sechsmonatigen Verhandlungen konnte die Unia erreichen, dass auch die *Löhne in der Uhrenindustrie* angehoben werden. Die Angestellten erhalten je nach Region um 0,85% und 2% mehr Lohn, so konnte das ursprüngliche Angebot der Arbeitgeberseite verdoppelt werden.

Ende Mai hat der *Verband KV Schweiz* beschlossen, aus dem GAV mit den Banken auszusteigen. Dies mit der Begründung, dass der Verband die Bankangestellten besser unabhängig vertreten kann in der Debatte um den Steuerstreit bzw. um die umstrittene und schliesslich gescheiterte «*Lex USA*».⁴⁰⁸ Diese Vorlage schütze die Bankangestellten nur ungenügend. Einen gewissen Schutz könne immerhin das Abkommen zwischen dem Arbeitgeberverband der Banken und dem Bankpersonalverband bieten. KV Schweiz wurde allerdings nicht zu den Verhandlungen geladen und kommt nun zum Schluss, die – nach Ansicht von KV Schweiz unzuverlässige – Sozialpartnerschaft zu kündigen.⁴⁰⁹

⁴⁰⁵ Medienmitteilung des SGB vom 24. Juni 2013.

⁴⁰⁶ Medienmitteilung Coiffeursuisse vom 26. Mai 2013.

⁴⁰⁷ NZZ online «Ein Gesamtarbeitsvertrag mit Nebengedanken» vom 30. Mai 2013.

⁴⁰⁸ Siehe oben, S. 20 f.

⁴⁰⁹ Medienmitteilung KV Schweiz vom 31. Mai 2013.

c. *Vom Bundesrat allgemeinverbindlich erklärte Gesamtarbeitsverträge*⁴¹⁰

An dieser Stelle werden die neu allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsverträge kurz zusammengefasst.

Der *GAV für das Holzbaugewerbe vom 25. April 2013* ist auf den 1. Juni 2013 per Bundesratsbeschluss für allgemeinverbindlich erklärt worden.⁴¹¹ Auffallend ist, dass das im GAV festgelegte Arbeitszeitsystem eine beachtliche Flexibilität mit sich bringt. So wird von einer einheitlichen Jahresarbeitszeit ausgegangen und nicht unterschieden zwischen Arbeits- oder Reisetätigkeit. Auch mit dem neuen kriteriengebundenen Lohnsystem können individuelle Funktions-, Erfahrungs- und Leistungsunterschiede berücksichtigt werden. So wird der Grundlohn durch Faktoren wie Erfahrung, Teuerung, Bildungsgrad ergänzt. Zusätzlich wird ein Leistungslohnelement vereinbart.⁴¹²

Neu allgemeinverbindlich erklärt wurde der Gesamtarbeitsvertrag für das *Schweizerische Marmor- und Granitgewerbe* mit dem Bundesratsbeschluss vom 13. Dezember 2012.⁴¹³ In der gesamten Schweiz werden knapp 1000 Arbeitnehmende erfasst.⁴¹⁴ Die Mindestarbeitszeit pro Tag beträgt 8,3 Stunden. Zudem wurden die sechs Berufskategorien und die im Anhang 1 des GAV befindliche Mindestlohntabelle allgemeinverbindlich erklärt. Die Einstufung erfolgt nach der Probezeit und ist individuell je nach Ausbildung, Funktion und beruflichem Einsatz festgelegt. Mit dem Inkrafttreten erhält bereits ein Hilfsarbeiter 23 Franken pro Stunde. Weiter enthält der GAV eine Bestimmung, die vorsieht, dass die Arbeitnehmenden einen Anspruch auf einen 13. Monatslohn haben. Ebenfalls verankert wurden Bestimmungen zur Lohnfortzahlungspflicht bei Krankheit, Werkzeug- und Arbeitskleiderentschädigung sowie eine Ferienregelung. Für Lernende und Arbeitnehmende ab dem 4. und bis zum 12. Arbeitsjahr werden 4,5 Wochen Ferien gewährt, danach sind es 5 Wochen.

⁴¹⁰ Eine Übersicht über die vom Bundesrat allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsverträge ist abrufbar unter: www.seco.admin.ch/themen/00385/00420/00430/index.html (Stand: 1. Juni 2013, zuletzt besucht am 25. Juni 2013).

⁴¹¹ Bundesbeschluss über die Allgemeinverbindlicherklärung des Gesamtarbeitsvertrages für das Holzbaugewerbe vom 25. April 2013.

⁴¹² Broschüre *GAV Holzbau 2013*; abrufbar unter http://www.gav-holzbau.ch/d/service/dokumente/gav_dokumente.php (zuletzt besucht am 25. Juni 2013).

⁴¹³ Bundesratsbeschluss über die Allgemeinverbindlicherklärung des Gesamtarbeitsvertrages für das Schweizerische Marmor- und Granitgewerbe vom 13. Dezember 2012.

⁴¹⁴ <http://www.gav-service.ch/Contract.aspx?stellaNumber=335001&versionName=4> (zuletzt besucht am 12. August 2013).

Auch die *Maler und Gipser* verfügen über einen neu allgemeinverbindlich erklärten GAV.⁴¹⁵ Darin werden insbesondere die zur Durchführung und Kontrolle der Einhaltung des GAV zuständigen Organe, die Zentrale Paritätische Berufskommission (ZPBK) sowie die Regionale Paritätische Berufskommission (RPBK) aufgelistet. Letztere ist die erste Anlaufstelle für Streitigkeiten zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern über Abschluss, Inhalt und Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Um die Vollzugskostenbeiträge zu sichern, sieht der Anhang ebenfalls eine Kautionspflicht vor. Der GAV sieht zudem vor, dass Akkordarbeiten verboten sind.

Auch der *GAV Ausbaugewerbe der Westschweiz* wurde durch einen Bundesratsbeschluss vom 7. März 2013 für allgemeinverbindlich erklärt. Neu werden die ersten 30 Minuten Anfahrtsweg vom Betrieb zur Baustelle zur Arbeitszeit hinzugezählt.⁴¹⁶ Auf das Jahr 2013 wurden zudem die Mindestlohnbestimmungen allgemeinverbindlich erklärt. Die Arbeitnehmenden werden in vier Lohnklassen unterteilt. Schreiner, die das 20. Altersjahr noch nicht vollendet haben, befinden sich in der Lohnklasse C und erhalten während der ersten drei Jahre lediglich 21.15 Franken pro Stunde. Auch die Löhne der jungen Gipser sind noch leicht unter den vom Gewerkschaftsbund geforderten 22 Franken pro Stunden.

Auch der regionale *GAV für das Gärtnergewerbe in den Kantonen Basel-Stadt und Basel-Landschaft* wurde am 6. Dezember 2012⁴¹⁷ erstmals allgemeinverbindlich erklärt und zudem auch mit einer Lohnerhöhung bereits auf den 1. Juni 2013 erstmals angepasst. Der Bundesratsbeschluss enthält detaillierte Bestimmungen zu Schlichtungsverfahren im Falle von Meinungsverschiedenheiten, zum Verbot der Schwarzarbeit, zur Arbeitszeit sowie auch hier zu Mindestlöhnen. Auffällig ist, dass die vereinbarten Mindestlöhne mehrheitlich unter 20 Franken liegen.⁴¹⁸ Dies ist insbesondere bei den «übrigen Betrieben» der Fall, namentlich bei Endverkaufsgärtnereien, Gartencentern, Baumschulen. Auch Pflanzungen sowie Grabunterhalt zählen in diese Kategorie.

⁴¹⁵ Bundesratsbeschluss über die Allgemeinverbindlicherklärung des Gesamtarbeitsvertrages für das Maler- und Gipsergewerbe vom 13. Dezember 2013.

⁴¹⁶ <http://deutschfreiburg.syna.ch/index.php?id=2775> (zuletzt besucht am 25. Juni 2013).

⁴¹⁷ Bundesratsbeschluss über die Allgemeinverbindlicherklärung des Gesamtarbeitsvertrages für das Gärtnergewerbe in den Kantonen Basel-Stadt und Basel-Landschaft vom 6. Dezember 2012.

⁴¹⁸ Bundesratsbeschluss über die Allgemeinverbindlicherklärung des Gesamtarbeitsvertrages für das Gärtnergewerbe in den Kantonen Basel-Stadt und Basel-Landschaft, Änderung vom 23. April 2013.

d. *Vom WBF genehmigte kantonale Allgemeinverbindlicherklärungen*⁴¹⁹

Auf kantonomer Ebene wurden verschiedene GAV von den kantonalen Behörden für allgemeinverbindlich erklärt und in der Folge vom WBF genehmigt.

Auf Antrag des Verbands der Tankstellenshopinhaber sowie der Gewerkschaften Unia und Syna wurde der *GAV für das Verkaufspersonal der Tankstellenshops des Kantons Fribourg* für allgemeinverbindlich erklärt und gilt bis Ende 2016. Die diversen allgemeinverbindlich erklärten Normen umfassen Mindestlohnbestimmungen im Anhang, Bestimmungen zur Probezeit, zur Arbeitszeit sowie die Lohnfortzahlungspflicht bei Krankheit.⁴²⁰

Die Allgemeinverbindlicherklärung der Bestimmungen des *Gesamtarbeitsvertrages für das Metallgewerbe im Kanton Baselland*⁴²¹ wurde verlängert und leicht modifiziert. So wurde die Gesamtlohnsumme um 2% erhöht und alle voll leistungsfähigen Arbeitnehmenden haben dabei einen Anspruch auf eine generelle Erhöhung des Bruttolohnes um 50 Franken pro Monat.⁴²² Zudem wurden die Anfang 2012 vereinbarten Mindestlöhne ebenfalls für allgemeinverbindlich erklärt (Art. 2 Ziff. 1a, Anhang 9 GAV).

Die kantonale Allgemeinverbindlicherklärung für das *Basler Ausbaugewerbe* sieht, neben einer Lohnerhöhung von 60 Franken (davon ausgenommen sind Lernende), neu eine allgemeinverbindliche Kautionsregelung vor. So müssen alle Arbeitgeber, die dem Geltungsbereich des GAV unterstehen, sowie diejenigen, die Arbeitnehmende in den Geltungsbereich des GAV entsenden, eine Kautio im Verhältnis zum Auftragsvolumen bzw. der Werklohnsumme eines Jahres der paritätischen Kommission zukommen lassen.⁴²³

⁴¹⁹ Eine aktuelle Übersicht über die vom WBF genehmigten Allgemeinverbindlicherklärungen, welche monatlich aktualisiert wird, ist abrufbar unter: www.seco.admin.ch/themen/00385/00420/02500/index.html?lang=de (zuletzt besucht am 3. Juli 2013).

⁴²⁰ Beschluss über die Allgemeinverbindlicherklärung des Gesamtarbeitsvertrages vom 1. Juli 2007 für das Verkaufspersonal der Tankstellenshops des Kantons Freiburg und dessen Anhang mit den Mindestlöhnen vom 20. November 2012; Amtsblatt Nr. 5 vom 1. Februar 2013.

⁴²¹ Beschluss über die Änderung und Verlängerung der Allgemeinverbindlicherklärung von Bestimmungen des Gesamtarbeitsvertrages für das Schlosser-, Metallbau-, Landmaschinen-, Schmiede- und Stahlbaugewerbe im Kanton Baselland, Amtsblatt Nr. 41 vom 11. Oktober 2012.

⁴²² Vgl. Anhang 9 Art. 1 GAV.

⁴²³ Vgl. Regierungsratsbeschluss betreffend Allgemeinverbindlicherklärung von Bestimmungen des Nachtrags 2 und Anhang 10 des Gesamtarbeitsvertrages für das Basler Ausbaugewerbe, Kantonsblatt Nr. 98 vom 19. Dezember 2012).

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

Zusammengestellt von
Dr. iur. HUBERT FRITSCH

Merk- und Informationsblätter des SECO

I. Merkblatt zum Pikettdienst¹

(letzte Änderung: 1. März 2013)

Vorbemerkung: Der Pikettdienst in Krankenanstalten und Kliniken (Art. 15 und 8a ArGV 2) wird im «Merkblatt für die Anwendung des Arbeitsgesetzes in Krankenanstalten und Kliniken» behandelt, das auf der Website des SECO verfügbar ist [ebenfalls publiziert in JAR 2010 S. 123 ff.].

1. Allgemeines

a. Definition (Art. 14 Abs. 1 ArGV 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.

b. Abgrenzung

Der Pikettdienst muss von anderen Formen des Bereitschaftsdienstes wie etwa der Arbeit auf Abruf unterschieden werden. Arbeit auf Abruf bedeutet, dass die Arbeitnehmenden dem Arbeitgeber in erster Linie zur Verfügung stehen, um normale Schwankungen des Arbeitsvolumens aufzufangen. Beim Pikettdienst handelt es sich hingegen um ausserordentliche und dringende Einsätze, die weder planbar noch vorhersehbar sind. Nimmt das Arbeitsvolumen zu, so hat der Arbeitgeber andere Möglichkeiten, um darauf zu reagieren: Verlängerung der wöchentlichen Höchstarbeitszeit (Art. 22 ArGV 1), Überzeitarbeit (Art. 12 und 13 ArG und Art. 25 ArGV 1), Ergreifen organisatorischer Massnahmen, Rekrutierung von zusätzlichem Personal oder Einsatz von Aushilfspersonal.

Beim Pikettdienst müssen die Arbeitnehmenden jederzeit einsatzbereit sein, was einen Eingriff in ihr Privatleben bedeutet und die Gesundheit stark beeinträchtigen kann. Dies ist eine unbestrittene Tatsache, besonders wenn es sich um Notfälle handelt und die Arbeitnehmenden innert kürzester Zeit einsatzbereit sein müssen.

Mit den Kontrollgängen, auf die in Art. 14 Abs. 1 ArGV 1 verwiesen wird, sind grundsätzlich nicht planbare, unregelmässige Kontrollgänge in Notsituationen gemeint. Allgemein werden durch den Pikettdienst Aktivitäten abgedeckt, bei denen es um die Behebung von ausserordentlichen

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

Störungen geht. Erledigen Arbeitnehmende bei einem Einsatz ihre normale Arbeit, handelt es sich nicht um einen Pikettdienst.

c. Bewilligung

Müssen Pikettdienste in der Nacht, am Sonntag oder an gesetzlichen Feiertagen geleistet werden, ist eine Bewilligung einzuholen (Art. 16, 17, 18, 19, 20a ArG). Allerdings sind bestimmte Gruppen von Betrieben oder Arbeitnehmenden gemäss den Sonderbestimmungen der ArGV 2 von der Bewilligungspflicht für Nacht- und Sonntagsarbeit ausgenommen.

d. Entschädigung

Die Frage der Entschädigung wird im ArG nicht behandelt, da diese im Wesentlichen privates Arbeitsrecht tangiert. Das Bundesgericht hat allerdings eingeräumt, dass die Bereitschaftszeit, d.h. die Zeit, in der sich der Arbeitnehmende für allfällige Arbeitseinsätze bereithalten muss, zu entschädigen ist (siehe BGE 124 III 249). Die Höhe dieser Entschädigung muss jedoch nicht zwingend dem Lohn für die Haupttätigkeit entsprechen. Sie kann in einem Vertrag zwischen dem Arbeitgeber und dem Arbeitnehmenden oder in einem Gesamtarbeitsvertrag (GAV) geregelt sein. Die Entschädigung für den Pikettdienst kann auch bereits im Lohn für die Hauptleistung eingeschlossen sein. Was die Entschädigung anbelangt, sind daher insbesondere der Arbeitsvertrag, das Personalreglement oder falls vorhanden ein GAV massgebend.

e. Ausgleich gemäss ArG

Werden Arbeitnehmende in der Nacht oder am Sonntag zu einem Piketteinsatz gerufen, haben sie Anrecht auf den gesetzlich vorgesehenen Lohn- und Zeitzuschlag; siehe dazu v.a. Artikel 17b, 19, 20 ArG.

2. Organisation und Planung des Pikettdienstes

a. Grundsatz (Art. 14 Abs. 2 ArGV 1)

Für die Einsatzplanung des Pikettdienstes ist ein Zeitraum von vier Wochen massgebend. In dieser Zeit darf der Arbeitnehmende an höchstens sieben (aufeinanderfolgenden oder einzelnen) Tagen auf Pikett sein. Die Anzahl möglicher Einsätze während dieser Tage ist nicht begrenzt. Nach Beendigung des letzten Pikettdienstes (mit oder ohne Einsatz) müssen zwei Wochen ohne Pikettdienst folgen. Der Arbeitnehmende darf während dieser Zeit nicht mehr für den Pikettdienst aufgeboten werden, auch wenn es während des letzten Pikettdienstes zu keinem Einsatz gekommen ist. Diese zwei Wochen ohne Pikettdienst müssen daher in der vierwöchigen Einsatzplanung nicht zwingend eingeschlossen sein, sondern können auch daran anschliessen.

b. Ausnahme (Art. 14 Abs. 3 ArGV 1)

Die einzelne Arbeitnehmerin oder der einzelne Arbeitnehmer darf im Zeitraum von vier Wochen an höchstens 14 Tagen auf Pikett sein, sofern die beiden folgenden Bedingungen erfüllt sind:

- aufgrund der betrieblichen Grösse und Struktur stehen dem Betrieb keine genügenden Personalressourcen für einen Pikettdienst nach Artikel 14 Absatz 2 zur Verfügung und
- die Arbeitnehmerin oder der Arbeitnehmer leistet im Durchschnitt eines Kalenderjahres nicht mehr als fünf tatsächliche Piketteinsätze pro Monat.

Bemerkungen: Die gesetzlichen Ferien dürfen für die Berechnung dieses Durchschnittswertes nicht miteingerechnet werden. Der Durchschnitt ergibt sich aus der Anzahl tatsächlicher Einsätze geteilt durch die Anzahl geleisteter Arbeitsmonate.

Die in Art. 14 Abs. 2 ArGV 1 vorgesehene Regel von zwei Wochen ohne Pikettdienst gilt nicht für Fälle, die Art. 14 Abs. 3 ArGV 1 unterstehen. Dennoch ist auch hier wenn möglich darauf zu achten, dass die Arbeitnehmenden ganze Wochen ohne Pikettdienst haben.

c. Mitwirkung bei der Gestaltung der Arbeitspläne (Art. 48 ArG) und frühzeitige Bekanntgabe (Art. 69 Abs. 1 ArGV 1)

Allgemein bezieht sich die Mitwirkung bei der Planung auf die Organisation der Arbeitszeit und die Gestaltung der Stundenpläne (Art. 48 ArG). Deshalb sind die Arbeitnehmenden bei der Planung für die im Betrieb massgeblichen Arbeitszeiten, wie Rahmeneinsatzzeiten, Pikettdienst, Einsatzpläne, bewilligte Stundenpläne und deren Änderungen beizuziehen. Allerdings müssen auch gemeinsam mit den Arbeitnehmenden erstellte Arbeitspläne den rechtlichen Rahmenbestimmungen entsprechen. Die Arbeitspläne sind möglichst frühzeitig zu kommunizieren, in der Regel spätestens zwei Wochen vor einem geplanten Einsatz mit neuen Arbeitszeiten (Art. 69 Abs. 1 ArGV 1). Ohne zwingenden Grund darf diese Frist nicht unterschritten werden.

d. Einhaltung der täglichen Ruhezeit (Art. 19 Abs. 3 ArGV 1)

Die Dauer der täglichen Ruhezeit von elf Stunden (Art. 15a Abs. 1 ArG) ist einzuhalten, darf im Rahmen des Pikettdienstes aber durch Einsätze unterbrochen werden. Wird wegen der Piketteinsätze eine minimale Ruhezeit von vier aufeinanderfolgenden Stunden nicht erreicht, so muss die tägliche Ruhezeit von elf Stunden nachgewährt werden.

Konkret sind folgende Fälle denkbar:

- Ein einziger Einsatz: Die Summe der Ruhezeit vor und nach dem Einsatz erreicht das gesetzliche Minimum von elf Stunden. Danach kann die Arbeit normal wieder aufgenommen werden.

- Ein einziger Einsatz: Die Summe der Ruhezeit vor und nach dem Einsatz erreicht nicht das gesetzliche Minimum von elf Stunden, sondern beträgt vorliegend nur zehn Stunden. Die Ruhezeit muss somit um eine Stunde verlängert werden, damit sie das gesetzliche Minimum von elf Stunden erreicht.
- Die Ruhezeit besteht aus mindestens einmal vier aufeinanderfolgenden Stunden und die Summe der verschiedenen Ruhezeiten erreicht das gesetzliche Minimum von elf Stunden. Danach kann die Arbeit normal wieder aufgenommen werden.
- Wegen der Einsätze beträgt keine der Ruhezeiten vier Stunden und die Summe der verschiedenen «Pausen» liegt unter dem gesetzlichen Minimum von elf Stunden Ruhezeit. Nach dem letzten Einsatz ist dem Arbeitnehmer die gesamte tägliche Ruhezeit von elf aufeinanderfolgenden Stunden zu gewähren.

3. Anrechnung an die Arbeitszeit (Art. 15 ArGV 1)

a. Grundsatz

Wird der Pikettdienst im Betrieb geleistet, stellt die gesamte zur Verfügung gestellte Zeit Arbeitszeit dar (Art. 15 Abs. 1 ArGV 1). Folglich ist Art. 19 Abs. 3 ArGV 1 in diesen Fällen nicht anwendbar. Da die gesamte Dauer des im Betrieb geleisteten Pikettdienstes als Arbeitszeit zählt, muss danach die volle tägliche Ruhezeit von elf Stunden (Art. 15a Abs. 1 ArG) gewährt werden. In diesem Fall gilt es zudem zu prüfen, ob es sich wirklich um einen Pikettdienst oder um normale Arbeit handelt. Für solche Entscheide sind die kantonalen Behörden zuständig (Art. 41 Abs. 3 ArG).

Erfolgt der Pikettdienst allerdings ausserhalb des Betriebes, so zählen nur die tatsächlich geleisteten Einsatzzzeiten sowie die nötigen Wegzeiten als Arbeitszeit (Art. 15 Abs. 2 ArGV 1). In diesem Fall kommt Art. 19 Abs. 3 ArGV 1 wie oben beschrieben zur Anwendung.

Erfordert der Pikettdienst eine sehr schnelle Einsatzbereitschaft (z.B. weniger als 15 Minuten nach dem Anruf), so können die Arbeitnehmenden den Betrieb während des Pikettdienstes in der Regel nicht verlassen und entsprechend auch nicht frei über ihre Zeit verfügen. In solchen Situationen müssen die kantonalen Behörden entscheiden, ob es sich tatsächlich um Pikettdienst oder um normale Arbeitszeit handelt (Art. 41 Abs. 3 ArG).

b. Verhältnis zu anderen Bestimmungen über die Arbeitszeit

Die allgemeinen Bestimmungen über die Arbeitszeit (Art. 10 ArG für Tages- und Abendarbeit, Art. 17a ArG für Nachtarbeit) sind auf den Pikettdienst nicht anwendbar. Der Pikettdienst stellt nämlich per Definition einen Zeitraum dar, während dem sich der Arbeitnehmende zusätzlich zur normalen Arbeitszeit für einen Einsatz bereithält (Art. 14 Abs. 1 ArGV 1).

Kämen Art. 10 und 17a ArG für den Pikettdienst im Betrieb sowie ausserhalb des Betriebes konsequent zur Anwendung, gäbe es in der Praxis gar keinen richtigen Pikettdienst. So gilt auch Art. 21 Abs. 3 ArGV 1, wonach an maximal sechs aufeinanderfolgenden Tagen gearbeitet werden darf, nicht für den Pikettdienst.

Andere Bestimmungen bleiben hingegen anwendbar, insbesondere diejenigen über die wöchentliche Höchstarbeitszeit (Art. 9 ArG) und die Überzeitarbeit (Art. 12 ArG). Nur Piketteinsätze können folglich zu einer Überschreitung der wöchentlichen Höchstarbeitszeit (Art. 9 ArG) führen, die dann als Überzeitarbeit (Art. 12 ArG) zu behandeln ist. Diese Überzeitarbeit muss gemäss den Bestimmungen von Art. 13 ArG und Art. 25 ArGV 1 kompensiert werden. An dieser Stelle sei daran erinnert, dass Überzeitarbeit, die im Rahmen von Piketteinsätzen in der Nacht oder am Sonntag geleistet wird, gemäss Art. 26 Abs. 1 Bst. b ArGV 1 zulässig ist.

In Bezug auf den Pikettdienst im Betrieb sei zudem auf Folgendes hingewiesen: Die Zeit im Betrieb gilt grundsätzlich als Arbeitszeit (Art. 15 Abs. 1 ArGV 1) und darf deshalb die wöchentliche Höchstarbeitszeit gemäss Art. 9 ArG nicht überschreiten. Bei der Festlegung eines Einsatzplans für den Pikettdienst im Betrieb ist deshalb die dadurch entstehende Arbeitszeit gemäss Art. 15 Abs. 1 ArGV 1 zu berücksichtigen. Nur im Falle eines Piketteinsatzes kann die wöchentliche Höchstarbeitszeit überschritten werden, womit Überzeitarbeit zulässig ist.

c. Ausgleich von Pikettdiensten am Sonntag

Leistet ein Arbeitnehmender am Sonntag ausserhalb des Betriebes Pikettdienst und kommt nicht zum Einsatz, muss kein Ersatzruhetag gewährt werden. Dennoch zählt ein solcher Sonntag nicht als freier Sonntag. Ein Arbeitnehmender kann somit nicht das ganze Jahr jeden Sonntag auf Pikett sein, da grundsätzlich jeder zweite Sonntag frei sein muss (Art. 20 Abs. 1 ArG). Kommt es zu einem Piketteinsatz, so muss die entsprechende Zeit hingegen gemäss den Bestimmungen von Art. 20 ArG und Art. 21 ArGV 1 ausgeglichen werden. Im Betrieb geleisteter Pikettdienst zählt als Arbeitszeit und muss deshalb auf jeden Fall gemäss Art. 20 ArG und Art. 21 ArGV 1 kompensiert werden. Ausgenommen bleiben Fälle nach ArGV 2.

4. Zusätzlicher Schutz für Arbeitnehmende mit Familienpflichten *Kurzfristige Änderungen (Art. 14 Abs. 4 ArGV 1)*

Wird der Einsatzplan nicht auf Wunsch der Arbeitnehmenden, sondern aufgrund einer betrieblichen Notwendigkeit geändert, so geniessen Arbeitnehmende mit Familienpflichten (Art. 36 ArG) einen zusätzlichen Schutz. Sie können nur dann für einen Pikettdienst aufgeboden werden, wenn sie ausdrücklich damit einverstanden sind und für den Betrieb keine zumutbare Alternative besteht.

5. Sonderschutz von Frauen – Mutterschaft

Gemäss Art. 60 Abs. 1 ArGV 1 dürfen schwangere Frauen und stillende Mütter nicht über die vereinbarte ordentliche Dauer der täglichen Arbeit hinaus beschäftigt werden. Diese Kategorie von Arbeitnehmerinnen darf deshalb nicht für den Pikettdienst aufgeboden werden.

II. Merkblatt Mehrfachbeschäftigung beim gleichen bzw. bei mehreren Arbeitgebern²

(letzte Änderung: 26. Juli 2013)

1. Allgemeines

Mehrfachbeschäftigung ist aus Sicht des Arbeitsgesetzes (ArG) grundsätzlich zulässig. Arbeitsgesetzliche Vorschriften dürfen dadurch aber nicht verletzt werden. Sie sind unter Betrachtung aller Beschäftigungsverhältnisse insgesamt einzuhalten und Konfliktsituationen müssen beseitigt werden.

Beispiel: Wenn ein(e) Arbeitnehmer(in) normale Tagesarbeit beim Erstarbeitgeber und zusätzlich noch für den Zweitarbeitgeber Nachtarbeit leistet, so darf die effektive Arbeitszeit insgesamt neun Stunden nicht überschreiten und muss in einem Zeitraum von zehn Stunden liegen. Ausserdem muss nach dem zweiten Arbeitseinsatz die tägliche Ruhezeit von elf Stunden eingehalten werden.

Die Verantwortung zur Einhaltung der arbeitsgesetzlichen Vorschriften über Arbeits- und Ruhezeiten liegt vollumfänglich beim Arbeitgeber bzw. bei den Arbeitgebern => erhöhte Kontrollanforderungen, insbesondere an einen Zweitarbeitgeber, der Arbeitnehmer zu einem Teilpensum anstellt.

Ausführung: Arbeitgeber, die Arbeitnehmer in Teilpensen beschäftigen wollen, haben bei der Einstellung die Situation des Arbeitnehmers bezüglich Mehrfachbeschäftigung besonders zu beachten.

2. Welche arbeitsgesetzlichen Bestimmungen sind bei Zweit- arbeitsverträgen besonders zu beachten?

- Wöchentliche Höchstarbeitszeiten/Überzeitarbeit
- Tägliche Höchstarbeitszeit
- Tägliche und wöchentliche Ruhezeit
- Wöchentlicher freier Halbtag
- Sonntagsarbeit
- Sonderbestimmungen der Verordnung 2 zum Arbeitsgesetz (ArGV 2)

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

Eidgenössischer Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragter (EDÖB)

I. 20. Tätigkeitsbericht 2012/2013 des EDÖB, Arbeitsbereich, S. 65 ff.³

1. Anforderungen an ein Whistleblowingsystem

In der Schweiz existieren keine spezifischen gesetzlichen Vorgaben für den Betrieb eines Whistleblowingsystems in privaten Unternehmen. Im Rahmen der telefonischen Beratung haben wir mehrere Anfragen zu diesem Thema beantwortet. Oftmals ging es auch um die Frage, ob eine Anmeldepflicht für die Datensammlung des Whistleblowingsystems besteht. Wir hielten fest, dass eine Anmeldung angezeigt ist.

Mehrmals haben sich Unternehmen oder deren rechtliche Vertreter bei uns telefonisch erkundigt, ob es in der Schweiz spezifische gesetzliche Grundlagen für die Einrichtung und den Betrieb eines Whistleblowingsystems gibt. Innerhalb der Bundesverwaltung gilt seit Januar 2011 der Artikel 22a des Bundespersonalgesetzes. Für den privaten Bereich bestehen keine spezifischen Regelungen, es sind aber insbesondere die Bestimmungen des Datenschutzgesetzes zu beachten.

Bei praktisch jeder Anfrage wurde auch nachgefragt, ob eine Anmeldepflicht der zugehörigen Datensammlung besteht. Private Personen müssen Datensammlungen bei uns anmelden, wenn regelmässig besonders schützenswerte Personendaten oder Persönlichkeitsprofile bearbeitet oder Personendaten an Dritte bekannt gegeben werden. Beim Betrieb eines Whistleblowingsystems ist nicht auszuschliessen bzw. sogar sehr wahrscheinlich, dass aufgrund der eingehenden Meldungen regelmässig besonders schützenswerte Personendaten bearbeitet werden. Dies entspricht vielleicht nicht dem Willen des Betreibers, aber er kann es auch nicht wirklich steuern. Aufgrund dieses Umstands haben wir den anrufenden Personen regelmässig das Anmelden der Datensammlung empfohlen.

2. Zustellung von Pensionskassenausweisen – Urteil des Bundesverwaltungsgerichts und Nachkontrolle

Am 12. April 2012 hat das Bundesverwaltungsgericht entschieden, dass die Pensionskassenausweise künftig so zuzustellen sind, dass ausschliesslich die jeweilige versicherte Person, und damit keine Dritten, Kenntnis vom Inhalt ihres Ausweises erlangen kann. Die Umsetzung des Urteils wurde von uns im Rahmen einer Nachkontrolle überprüft.

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

Wir haben bereits mehrmals (vgl. unseren 17. Tätigkeitsbericht 2009/2010, Ziff. 1.7.8, und unseren 18. Tätigkeitsbericht 2010/2011, Ziff. 1.7.3) die Art und Weise der Zustellung der Pensionskassenausweise kritisiert. Nun folgt die neuste Entwicklung in diesem Bereich. Zur Erinnerung: Im Jahr 2009 hatten wir eine Sachverhaltsabklärung in dieser Angelegenheit eröffnet und der betroffenen Vorsorgestiftung insbesondere empfohlen, sie solle beim Versand der Ausweise gewährleisten, dass die Dokumente direkt und ausschliesslich an die versicherte Person gelangen. Die Vorsorgeeinrichtung lehnte die Empfehlung jedoch ab. Dies führte dazu, dass wir beim Eidgenössischen Departement des Innern (EDI) einen Antrag auf Entscheid gemäss aufsichtsrechtlichem Verfahren betreffend Bundesorgane stellten. Das EDI hiess das Vorgehen der Pensionskasse gut, worauf wir beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde einreichten, welche am 12. April 2012 gutgeheissen wurde (vgl. unseren 19. Tätigkeitsbericht 2011/2012, Ziff. 1.7.2). Dieses Urteil A-4467/2011, das mittlerweile in Rechtskraft getreten ist, hat zur Folge, dass die Ausweise künftig so zuzustellen sind, dass ausschliesslich die jeweilige versicherte Person und kein Dritter – insbesondere nicht der Arbeitgebende – Kenntnis vom Inhalt ihres Ausweises erlangen kann.

Im Rahmen einer Nachkontrolle haben wir am 19. Dezember 2012 die Umsetzung dieses Urteils in den Räumlichkeiten der Vorsorgeeinrichtung geprüft. Dabei haben wir festgestellt, dass sie den Vorgaben des Urteils entspricht. Alle beteiligten Parteien im Vorsorgewesen (berufliche Vorsorgestiftungen der Arbeitgeber, Mitarbeitende, Broker usw.) wurden von der Pensionskasse darüber informiert, dass die Zustellung der Pensionskassenausweise neu in verschlossenen Couverts mit dem Vermerk «Persönlich» erfolgt.

Wir begrüssen dieses Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, denn damit wird die Rechtssicherheit innerhalb der Branche, was die Übermittlung von Personendaten anbelangt, gestärkt.

3. Übermittlung von Mitarbeiterdaten an US-Behörden

Verschiedene Banken haben Dokumente an US-Behörden übermittelt, welche Namen, E-Mail-Adressen und Telefonnummern von aktuellen und ehemaligen Mitarbeitenden sowie Drittpersonen enthielten. Wir haben deshalb bei fünf betroffenen Banken eine Sachverhaltsabklärung durchgeführt und danach Empfehlungen erlassen, die die Banken zu einer transparenteren Vorgehensweise verpflichten.

Mehrere Schweizer Banken hatten im Rahmen von laufenden Verhandlungen mit den US-Behörden Dokumente, die das Geschäft mit US-Kunden betreffen, an die dortigen Behörden übermittelt. In den Unterlagen waren auch die Namen von aktuellen und ehemaligen Mitarbeitenden sowie Dritten enthalten. Mehrere dieser betroffenen Personen haben sich an uns gewandt, und nachdem bekannt wurde, dass weitere Datenübermitt-

lungen bevorstehen, haben wir zur Klärung der datenschutzrechtlichen Fragen im August 2012 eine Sachverhaltsabklärung eingeleitet. Ziel dieses Verfahrens war, einen Überblick über die erfolgten Übermittlungen zu erhalten, um beurteilen zu können, ob es zu Persönlichkeitsverletzungen gekommen war bzw. wie die betroffenen Personen zu mehr Schutz gelangen können.

Im Rahmen der Sachverhaltsabklärung haben wir mit dem Staatssekretariat für internationale Finanzfragen, der FINMA und dem Bundesamt für Justiz Gespräche geführt. Dabei wurden uns die Überlegungen erläutert, die zu den Beschlüssen des Bundesrates betreffend Kooperation der Banken mit US-Behörden geführt haben. Wir haben auch die betroffenen Banken empfangen. In einem ersten Schritt haben wir sie zum Schutz der betroffenen Personen zu einem transparenten Verhalten gegenüber den Mitarbeitenden angehalten. Dementsprechend haben sich die Banken verpflichtet, die Mitarbeitenden während der laufenden Abklärungen vor jeder weiteren Dokumentenlieferung an US-Behörden zu informieren, falls darin ihre Namen enthalten sein sollten. Weiter mussten die Banken danach einerseits einen Fragenkatalog beantworten und uns andererseits Unterlagen zustellen, die das Verfahren der Übermittlungen und die Information der Mitarbeitenden aufzeigen. Bei einzelnen Banken haben wir auch noch einen Augenschein vor Ort vorgenommen, um uns das Verfahren zur Auswahl der Unterlagen und das Informations- und Einsichtsverfahren für die Mitarbeitenden vorführen zu lassen.

Aufgrund der eingereichten Unterlagen, der dazugehörigen Erläuterungen und der verschiedenen involvierten Bundesorgane sind wir zum Schluss gekommen, dass eine Übermittlung aufgrund überwiegender öffentlicher Interessen nachvollzogen werden kann. Es wurde uns glaubhaft dargelegt, dass den Banken ernsthafte Konsequenzen drohten, wenn sie der durch die US-Behörden geforderten Übermittlung nicht nachkämen. Wir haben demnach in unseren Empfehlungen das überwiegende öffentliche Interesse bejaht, das als Voraussetzung für eine Bekanntgabe von Personendaten in ein Land mit ungenügendem Datenschutzniveau geltend gemacht wurde. Gleichzeitig haben wir aber klar aufgezeigt, dass die Banken bei den bisherigen Übermittlungen nicht in allen Punkten datenschutzkonform vorgegangen sind. So haben nicht alle Institute sämtliche betroffenen Personen über die bevorstehende Übermittlung informiert. Auch wurde nicht allen Personen Einsicht in die sie betreffenden übermittelten Dokumente gewährt. Aus diesem Grund haben wir in unseren Empfehlungen die Banken in Bezug auf die bereits erfolgten Datenlieferungen dazu verpflichtet, den betroffenen Personen (aktuelle und ehemalige Mitarbeitende sowie externe Dritte) das Auskunftsrecht zu gewähren. Bei jeder zukünftigen Datenlieferung an US-Behörden müssen die Banken die betroffenen Personen im Voraus über Umfang und Art der Dokumente, die übermittelt werden sollen, sowie über den Zeitraum, aus dem sie stammen, informieren. Auch

ehemalige Mitarbeitende und externe Dritte sind zu informieren, sofern dies mit einem verhältnismässigen Aufwand möglich ist.

Die Banken müssen den betroffenen Personen danach eine angemessene Frist gewähren, innert der diese Auskunft über sämtliche, sie betreffenden Dokumente erhalten können. Spricht sich die Person nach dieser Auskunft gegen die Übermittlung der Dokumente aus, die ihren Namen enthalten, wird die Bank eine Interessenabwägung für den konkreten Einzelfall vornehmen. Will eine Bank die Dokumente trotzdem mit dem Namen des Betroffenen übermitteln, muss sie ihn darüber informieren und über seine Rechte aufklären.

Alle involvierten Banken haben unsere Empfehlungen angenommen. Sie sind auf unserer Webseite www.derbeauftragte.ch unter Datenschutz – Empfehlungen publiziert.

4. Überwachungs- und Kontrollsysteme am Arbeitsplatz

Die elektronische Entwicklung der letzten Jahre hat in der Arbeitswelt zu grossen Veränderungen geführt. Immer mehr technische Überwachungs- und Kontrollsysteme stehen den Arbeitgebern zur Verfügung. Es stellt sich die Frage, welche Überwachung erlaubt ist und welche Kontrolle zu weit geht.

Mit einer Projektgruppe des Staatssekretariats für Wirtschaft (SECO), welche sich der technischen Personenüberwachung am Arbeitsplatz widmete, haben wir an der Überarbeitung der Wegleitung zur Verordnung 3 zum Arbeitsgesetz mit Bezug auf Artikel 26 mitgewirkt. Danach dürfen grundsätzlich keine Überwachungs- oder Kontrollsysteme eingesetzt werden, die das Verhalten der Arbeitnehmer am Arbeitsplatz überwachen sollen.

Personendaten dürfen nur auf legale Weise erhoben werden. Ihre Bearbeitung unterliegt dem Grundsatz von Treu und Glauben und muss gemäss den Bestimmungen des Bundesgesetzes über den Datenschutz und dessen Verordnung erfolgen. Das Prinzip der Verhältnismässigkeit ist stets zu berücksichtigen. Es dürfen nur sachdienliche und für den angestrebten Zweck nützliche Personendaten bearbeitet werden. Diese müssen nach einer möglichst kurzen, im Voraus festgelegten Zeitspanne gelöscht werden. Der Zugang zu den bearbeiteten Personendaten (Datensammlung) ist zu regeln. Er muss auf die Personen beschränkt werden, welche zur Auswertung befugt sind.

Beim Einsatz von Überwachungs- und Kontrollsystemen ist stets darauf zu achten, dass der Schutz der Persönlichkeit von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern gewährleistet bleibt. Betroffene Personen müssen vorgängig ausführlich über Art, Ziel und Zweck der Bearbeitung informiert werden. Wenn immer möglich ist ein betriebsinternes Nutzungsreglement zu erstellen, welches Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern transparent darüber Aufschluss gibt, welche Rechte und Pflichten ihnen beim Einsatz

von Überwachungs- und Kontrollsystemen zustehen. Es hat sich gezeigt, dass solche Systeme nicht nur zum betriebseigenen Nutzen, sondern auch erfolgreich zum Schutz und zur allgemeinen Sicherheit der Arbeitnehmenden eingesetzt werden können. Der gewissenhafte Arbeitgeber muss sich aber stets bewusst bleiben, dass der Einsatz solcher Systeme ohne Vorankündigung zu Misstrauen führt. Eine vernünftige und nachvollziehbare Kontrolle kann durchaus gerechtfertigt sein. Vernünftig und nachvollziehbar ist sie vor allem dann, wenn Transparenz herrscht und nicht plötzlich heimliche «Schnüffeleien» bekannt werden. Wo der Grundsatz der Transparenz missachtet wird, ersuchen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter um Beistand.

Der Einsatz von Überwachungs- und Kontrollsystemen am Arbeitsplatz tangiert zwei verschiedene Problembereiche. Sofern schwerwiegend das Verhalten der Mitarbeitenden überwacht und kontrolliert wird, wo demzufolge deren Gesundheit gefährdet ist und der Schutz der Persönlichkeit im Mittelpunkt steht, sind vorerst die kantonalen Arbeitsinspektorate zu konsultieren. Wo dagegen hauptsächlich Personendaten gesammelt und bearbeitet werden, drängt sich zusätzlich die Konsultation der Datenschutzverantwortlichen auf.

5. *Verwaltung des E-Mail-Accounts im Arbeitsbereich*

Was geschieht mit dem E-Mail-Account bei unerwarteten Abwesenheiten? Inwieweit ist der Arbeitgeber berechtigt, meine E-Mails zu konsultieren? Dies sind die häufigsten Fragen aus dem Arbeitsbereich, die uns an der Telefonhotline gestellt werden. Die persönliche Integrität und die Privatsphäre im Spannungsfeld der Arbeitswelt bedürfen einer Regelung.

Der Büroalltag hat sich mit dem Siegeszug der Informatik von Grund auf geändert. Wo früher die Privatsphäre grundsätzlich ohne grossen Aufwand eingehalten werden konnte, ist die Ausgangslage heute nicht mehr eindeutig geregelt. Zu Zeiten, als Korrespondenz ausschliesslich per Post und Kurier eintrafen, galt die verbindliche Regel, dass mit dem Vermerk «Persönlich» bezeichnete verschlossene Briefumschläge durch das zuständige Kanzleipersonal nicht geöffnet werden durften. Alle Mitarbeitenden konnten ihre persönlichen Schriftstücke in dem ihnen zugewiesenen abschliessbaren Bürobehältnis aufbewahren. Ein Zugriff auf die Geschäftskorrespondenz musste dagegen auch bei Abwesenheit einer Mitarbeiterin oder eines Mitarbeiters stets gewährleistet sein, entweder an deren Arbeitsplatz oder aber in einer zentralen Ablage.

In Bezug auf Kurier und eingehende Post klappt dies für gewöhnlich immer noch anstandslos. Seitdem Mitarbeitende aber ihren eigenen E-Mail-Account besitzen, wird ein Grossteil der eingehenden geschäftlichen wie privaten Informationen über diesen abgewickelt. E-Mails verdrängen die Briefpost stetig. Die Unterscheidung zwischen geschäftlichen und privaten E-Mails lässt jedoch vielerorts zu wünschen übrig. Vielfach

wird erst bei unerwarteter Abwesenheit der Mitarbeitenden – beispielsweise wegen Krankheit oder Unfall – bemerkt, dass sich hier die grundsätzliche Frage stellt, ob der Arbeitgeber den E-Mail-Account eines Mitarbeiters in dessen Abwesenheit ohne Einverständnis konsultieren darf. Dies ist eine der meistgestellten Fragen aus dem Arbeitsbereich, welche uns an der Telefonhotline gestellt wird. Wie Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer ihren E-Mail-Account benutzen dürfen, hat der Arbeitgeber deshalb vorzugsweise in einem Reglement für die Nutzung der betriebsinternen Informatik zu bestimmen. Das Weisungsrecht gemäss Artikel 321d Obligationenrecht bildet hierfür die gesetzliche Grundlage.

Ein solches Nutzungsreglement sorgt für Transparenz und Rechtssicherheit. Es ist der Belegschaft bekannt zu geben, welche Kompetenzen dem Arbeitgeber zustehen, damit unnötige Diskussionen zwischen ihm und den Arbeitnehmenden verhindert werden können. Beim Erlass von Regeln ist darauf zu achten, dass sie auch durchsetzbar sind. Ein Totalverbot der privaten Nutzung hat einen grossen Kontrollaufwand zur Folge und bleibt deshalb meist Wunschdenken. Je deutlicher ein Nutzungsreglement ist, desto mehr ist sich die Belegschaft im Klaren, was erlaubt und was verboten ist. Die optimale Lösung wäre die strikte Trennung der geschäftlichen E-Mails von den privaten, die ja nie ganz ausgeschlossen werden können. Da den Mitarbeitenden neben dem geschäftlichen E-Mail-Account in den wenigsten Fällen noch ein eigener privater zur Verfügung gestellt wird, darf von allen Mitarbeitenden verlangt werden, dass sie ihre privaten E-Mails laufend und unverzüglich auf einen privaten Ordner verschieben, etwa indem sie in ihrem Account eine entsprechende Regel einrichten. Bei vereinbarten Abwesenheiten haben Mitarbeitende den Abwesenheitsassistenten ihres E-Mail-Accounts zu aktivieren. Bei unerwarteten längeren Abwesenheiten sollten die Informatikzuständigen über eine Möglichkeit verfügen, einen Abwesenheitsassistenten oder eine Weiterleitung der E-Mails zu aktivieren, ohne dabei den Account der abwesenden Mitarbeiterin öffnen zu müssen.

6. Datenschutzkonforme Qualitätssicherung bei einem Marktforschungsinstitut

Ein Marktforschungsinstitut, bei welchem wir letztes Jahr eine Sachverhaltsabklärung durchgeführt hatten, hat auf unseren Vorstoss hin eine Vorgehensweise umgesetzt, die eine datenschutzkonforme Qualitätssicherung vorsieht.

Im Rahmen einer Sachverhaltsabklärung bei einem Marktforschungsinstitut (vgl. unseren 19. Tätigkeitsbericht 2011/2012, Ziff. 1.1.1) haben wir festgestellt, dass Mitarbeitende in gewissen Fällen ungenügend darüber informiert werden, wie die Qualität ihrer Arbeit überwacht wird. So haben die Vorgesetzten Interviews mitgehört, ohne dass das interviewende Personal davon in Kenntnis gesetzt worden war. Zusätzlich war die

Vorgehensweise des Mithörens für die Mitarbeitenden weder einheitlich noch transparent geregelt. Ein solches «Silent Monitoring» kann jedoch eine unverhältnismässige systematische Überwachung darstellen, was aus arbeits- sowie datenschutzrechtlicher Sicht unzulässig ist.

Während unserer Abklärungen haben wir das Unternehmen auf diese Problematik hingewiesen, worauf es eine neue, einheitliche und klar definierte Vorgehensweise zur Qualitätssicherung erarbeitete. Die Mitarbeitenden werden demnach in Zukunft grundsätzlich mit einem optischen Signal darauf aufmerksam gemacht, wenn die Vorgesetzten das Telefongespräch mithören. Ein Silent Monitoring ohne Ankündigung ist nur noch in einzelnen, beschränkten Situationen möglich. Diese betreffen vor allem die Probezeit oder mangelnde Leistungen. Die verschiedenen Ausnahmen werden den Mitarbeitenden transparent mitgeteilt, was wir als datenschutzkonform erachten. Nachdem wir die Dokumentation dieser Vorgehensweise geprüft und eine Bestätigung der Umsetzung erhalten hatten, konnten wir die Abklärung abschliessen. Aufgrund dieser Erfahrungen gehen wir davon aus, dass auch weitere Unternehmen, die in diesem Bereich tätig sind, ihre Qualitätssicherung in Zukunft datenschutzkonform gestalten werden.

7. Verhaltenskodex zur Verhinderung von Interessenkonflikten bei Bundesangestellten

Der neue Verhaltenskodex für Bundesangestellte sieht vor, dass die Mitarbeitenden private Beteiligungen an Unternehmen ab einem gewissen Wert melden müssen. Wir wurden angefragt, ob eine solche Meldung mit den Grundsätzen des Datenschutzgesetzes vereinbar ist.

Im Nachgang zum Rücktritt des Nationalbankpräsidenten Anfang 2012 haben sich mehrere Bundesstellen veranlasst gesehen, einen Verhaltenskodex bzw. ein Reglement zu entwerfen, mit welchem Insiderdelikte und Interessenkonflikte verhindert werden sollen. Eine dieser Stellen hat uns den Entwurf ihres Kodexes mit der Bitte um eine Beurteilung aus datenschutzrechtlicher Sicht unterbreitet. Darin sollte primär eine Meldepflicht für private Beteiligungen ab einem gewissen Wert festgelegt werden. In einer ersten Stellungnahme sind wir vor allem auf die Art und Weise der Meldung bzw. der Überprüfung eingegangen.

Wir haben festgehalten, dass im Rahmen einer solchen Meldepflicht die Daten bzw. Meldungen nicht ohne weiteres einem Dritten, zum Beispiel einer Treuhandfirma, bekannt gegeben werden dürfen, sofern dafür keine gesetzliche Grundlage besteht. Die betroffene Amtsstelle hat daraufhin auf eine solche Bekanntgabe verzichtet.

Wir haben die Verwaltungseinheit in einem zweiten Schritt um eine Stellungnahme zu den bestehenden rechtlichen Grundlagen für die geplante Meldepflicht gebeten. Die Antwort hielt fest, die Meldepflicht stütze sich vor allem auf den Artikel zur allgemeinen Treuepflicht im Bundesper-

sonalgesetz (Art. 20 BPG). Zum Zeitpunkt der hier beschriebenen Anfrage wurde dieser Artikel in der zugehörigen Verordnung (BPV) jedoch nur zum Thema der Nebenbeschäftigung ausgeführt. Die Verwaltungsstelle hat aber angemerkt, dass mit der Revision der BPV im Herbst 2012 dieser Artikel mit Bestimmungen zum Abschluss von Nebengeschäften und weiteren Pflichten des Personals ergänzt werde. Zudem werde darin konkretisiert, dass die Departemente und Verwaltungseinheiten ergänzende Bestimmungen erlassen können, namentlich um Interessenskonflikte und den Missbrauch von vertraulichen Informationen zu vermeiden.

Aufgrund dieser Ausführungen und im Hinblick auf die Revision der BPV in diesem Bereich kamen wir zum Schluss, dass eine Meldung von privaten Beteiligungen ab einem gewissen Wert in der betroffenen Amtsstelle durchaus verlangt werden kann. Solche Pflichten der Mitarbeitenden können denn auch neu aufgrund der bestehenden gesetzlichen Grundlage (Art. 14 BPV, in Kraft seit 15. September 2012) in ergänzenden Bestimmungen wie Weisungen, einem Verhaltenskodex oder einem Reglement datenschutzkonform festgelegt werden, und die Daten dürfen danach auch durch die Amtsstelle bearbeitet werden.

II. Leitfaden über Internet- und E-Mail-Überwachung am Arbeitsplatz für die Bundesverwaltung⁴

(Stand: September 2013)

1. Einleitung: Das Überwachen von E-Mail-Verkehr und Internetnutzung

Dieser Leitfaden zeigt den Bundesangestellten auf, wie und zu welchen Zwecken ihr E-Mail-Verkehr und ihre Internetnutzung überwacht werden dürfen, und er erläutert den Bundesorganen, welche E-Mail-Verkehr und die Internetnutzung der angestellten Personen überwachen wollen, welche gesetzlichen Bestimmungen zu beachten sind. Besonders wird hier auf die seit dem 1. April 2012 in Kraft getretenen Bestimmungen des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes (RVOG) und der neu geschaffenen Verordnung über die Bearbeitung von Personendaten, die bei der Nutzung der elektronischen Infrastruktur des Bundes anfallen (SR 172.010.442), eingegangen. Da dieser Verordnung keine offizielle Abkürzung zugeteilt wurde, wird sie im Weiteren für eine verbesserte Lesbarkeit als «Randdatenverordnung» bezeichnet.

⁴ Aus www.edoeb.admin.ch > Dokumentation > Dokumentation – Datenschutz > Leitfäden > Internet- und E-Mail-Überwachung am Arbeitsplatz.

Zunächst gilt festzuhalten, dass innerhalb der Bundesverwaltung bis zum 1. April 2012 keine Bestimmungen bestanden haben, welche die Aufzeichnung oder Auswertung der beim Mailen oder Surfen anfallenden Randdaten regelten. Allfällige Nutzungsbestimmungen einzelner Bundesorgane, die bereits vor dem 1. April 2012 zur Anwendung gelangten, hatten somit keine gesetzliche Grundlage und müssen jetzt auf ihre Vereinbarkeit mit den Bestimmungen des RVOG und der Randdatenverordnung überprüft werden.

Zudem muss beachtet werden, dass die neuen Bestimmungen nur eine Überwachung ex post (im Nachhinein) zulassen. Für eine Echtzeitüberwachung mit entsprechenden Programmen oder Geräten (Key-Logger) bilden die neuen Bestimmungen keine gesetzliche Grundlage (siehe dazu Ziffer 6, Überwachungsprogramme).

2. Tangierte Interessen des Arbeitgebers

Durch Surfen und Mailen am Arbeitsplatz können bestimmte Interessen des Arbeitgebers beeinträchtigt und die technische Einrichtung gefährdet werden. Beispiele sind:

- Speicherkapazität und Netzwerkdurchsatz (Reduktion der Datenflusskapazität) durch übermässiges Surfen und Mailen;
- Daten- und Anwendungssicherheit (Verfügbarkeit, Integrität, Vertraulichkeit) durch Einlass von Viren, Würmern, Trojanern oder durch Installation von fremden Programmen;
- Arbeitszeit und andere finanzielle Interessen (Produktivitätsverringern oder -verlust, Kostensteigerung durch zusätzlichen Aufwand);
- Weitere rechtlich geschützte Interessen des Arbeitgebers wie Ruf, Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse oder Datenschutz.

3. Randdaten

Beim Surfen und Mailen bleiben an verschiedenen Ort Spuren erhalten, die sogenannten Randdaten. In der Regel führen gemeinsam benutzte Informatikmittel (z.B. Server) eine Protokollierung der durchgeführten Aktivitäten durch. Sie erstellen sogenannte Logfiles, in welchen die Randdaten enthalten sind.

Normalerweise werden beim Surfen und Mailen nur die Randdaten, also wer wann was getan hat, aufgezeichnet. Für Sicherungszwecke (Backups) dürfen bei E-Mails aber auch die Inhalte gespeichert werden.

Die für die Überwachung der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter relevanten Protokollierungen können hauptsächlich an vier verschiedenen Stellen erfolgen: auf dem Computer des Benutzers, auf Intranet-Servern, auf Netzkopplungselementen (Firewall oder Router) und auf DMZ-Servern (siehe unten).

Auf Intranet-Servern wie Domäne-Servern besteht die Protokollierung aus Benutzernamen (wer), Datumsangaben (wann), Handlungen (Ein- und Ausloggen), dynamische IP-Adressenvergabe, DNS-Adressenauflösung (Domain Name System) und Applikationsaufruf (was).

Eine «demilitarisierte Zone» (DMZ) zwischen Intranet und Internet wird oft von Firewalls geschützt, um von beiden Zonen zugreifbare Server beherbergen zu können. Es handelt sich meistens um die E-Mail-, File- und Webserver.

Auf den E-Mail-Servern werden u.a. Zeitangaben, Absender- und Empfängeradresse, Betreff-Text, Priorität und Vertraulichkeit der Nachricht protokolliert. Es können aber auch weitere Daten protokolliert werden (z.B. Anzahl Attachments, Grösse des E-Mails, digitale Signatur, ev. auch IP-Adresse).

4. Gesetzliche Grundlagen für die Überwachung

Neben den Bestimmungen des RVOG und der Randdatenverordnung kommt auch das Bundesgesetz über den Datenschutz (DSG) zur Anwendung. Die hier erläuterte Auswertung der Logdateien (Randdaten) stellt eine Bearbeitung von Personendaten gemäss Artikel 3 Buchstabe e DSG dar, wenn die Randdaten vor der Auswertung nicht anonymisiert werden. Bundesorgane dürfen gemäss Artikel 17 Absatz 1 DSG Personendaten nur bearbeiten, wenn dafür eine gesetzliche Grundlage besteht. Vorliegend besteht diese aus den betreffenden Bestimmungen des RVOG oder der Randdatenverordnung. Vorbehalten sind nach Artikel 57i RVOG weitere Bestimmungen des Bundesrechts. Zudem müssen bei der Bearbeitung von Personendaten die allgemeinen Datenschutzbestimmungen der Artikel 4 ff. DSG berücksichtigt werden. Dazu gehören insbesondere die Grundsätze der Verhältnismässigkeit, der Zweckbindung und der Transparenz. Bevor die spezialgesetzlichen Bestimmungen erläutert werden, wollen wir hier kurz diese Grundsätze des Datenschutzrechts in Erinnerung rufen.

4.1 Verhältnismässigkeit

Artikel 4 Absatz 2 DSG hält fest, dass eine Bearbeitung von Personendaten verhältnismässig sein muss. In Bezug auf die Auswertung der Randdaten bedeutet das, dass nur diejenigen Auswertungen vorgenommen werden dürfen, welche für das Aufdecken von Missbräuchen, zur Behebung von Störungen oder zur Abwehr von konkreten Bedrohungen geeignet sind. Weiter hat das Bundesorgan respektive die Betreiberin der elektronischen Infrastruktur dabei diejenige Auswertungsform zu wählen, welche den mildesten Eingriff in die Persönlichkeitsrechte der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter darstellt.

4.2 Zweckbindung

Der Grundsatz der Zweckbindung (Artikel 4 Absatz 3 DSGVO) bedeutet, dass die Randdaten nur für diejenigen Zwecke verwendet werden dürfen, welche gesetzlich vorgesehen sind. Werden die Logdateien durch das Bundesorgan oder durch die Betreiberin der elektronischen Infrastruktur für einen Zweck ausgewertet, der nicht im Gesetz vorgesehen ist, so stellt das einen Verstoß gegen den Grundsatz der Zweckbindung und somit gegen das RVOG und das Datenschutzgesetz dar.

4.3 Transparenz

Im Gegensatz zur Überwachung im Bereich der Privatwirtschaft kann sich das Bundesorgan oder die Betreiberin darauf berufen, dass Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Bundesverwaltung die gesetzlichen Bestimmungen kennen. Ein Überwachungsreglement muss durch das Bundesorgan im Prinzip also nicht erstellt werden. Dem Grundsatz der Transparenz (Artikel 4 Absatz 4 DSGVO) muss das Bundesorgan aber durch den Erlass des Nutzungsreglements nachkommen. Aufgrund der Definition des Missbrauchs kommt somit neu dem Nutzungsreglement eine absolut zentrale Bedeutung zu. Weiter wird auch durch die Bekanntgabe des Auswertungsergebnisses für Transparenz gesorgt.

5. Verbot der Verhaltensüberwachung

Auch innerhalb der Bundesverwaltung gilt Artikel 26 Absatz 1 der Verordnung 3 zum Arbeitsgesetz (ArGV 3). Die Verhaltensüberwachung der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter mit Überwachungs- und Kontrollsystemen ist verboten. Ziel dieser Bestimmung ist der Gesundheitsschutz. Werden Überwachungs- und Kontrollsysteme für andere Zwecke eingesetzt, so sind sie zulässig, wenn sie so ausgestaltet sind, dass die Gesundheit und die Bewegungsfreiheit der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter nicht beeinträchtigt werden.

Für das Surfen und Mailen am Arbeitsplatz bedeutet das, dass das ständige personenbezogene Auswerten der Logdaten nicht zulässig ist.

Der Einsatz von Key-Loggern und anderen Überwachungsprogrammen, welche jede Tätigkeit der Mitarbeiterin oder des Mitarbeiters am Computer erfassen, ist ohne richterliche Anweisung auch aufgrund von Artikel 26 Absatz 1 ArGV 3 verboten.

Auch so genannte Content Scanner, welche jedes gesendete oder erhaltene E-Mail auf vordefinierte Stichwörter untersuchen und entsprechend reagieren (Sperrung/Löschung der E-Mail, Benachrichtigung des Systemadministrators oder auch der vorgesetzten Person) werden eingesetzt. Der Nutzen dieser Programme ist umstritten, da die Belegschaft sich mit diesen Programmen quasi «arrangieren» und sie durch das Ausschreiben von Spezialzeichen oder durch eine verklausulierte Sprache umgehen

kann. Wird jedes E-Mail mittels Content Scanner bearbeitet, so stellt sich auch hier die Problematik der verbotenen Verhaltensüberwachung (siehe auch Ziffer 6).

6. Überwachungsprogramme

Für den Einsatz von auf dem Computer der Mitarbeiterin oder des Mitarbeiters installierten Überwachungsprogrammen bilden die neuen Bestimmungen des RVOG keine genügende gesetzliche Grundlage. Derartige Überwachungsprogramme können wie im privaten Bereich aufgrund des massiven Eingriffs in die Persönlichkeitsrechte der Mitarbeiterin oder des Mitarbeiters nur aufgrund einer richterlichen Anweisung eingesetzt werden.

Direkt auf dem Computer installierte Überwachungsprogramme lassen eine detaillierte Überwachung sämtlicher Aktivitäten zu. Sie erlauben Einsicht in E-Mails oder stellen in regelmässigen Zeitabständen Screenshots her. Mit Key-Loggern können sämtliche Tastenanschläge erfasst werden. Da Überwachungsprogramme systematisch die Aktivitäten der Mitarbeiterin oder des Mitarbeiters erfassen, stellt deren Einsatz ohne richterliche Anordnung einen Verstoß gegen das Verbot der Verhaltensüberwachung dar (siehe Ziffer 5).

7. Technische und organisatorische Massnahmen

Auch Bundesorgane müssen sich, bevor sie eine personenbezogene Überwachung der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter durchführen, die Frage stellen, welche technischen und organisatorischen Massnahmen sie zur Verhinderung von Missbräuchen ergriffen haben oder noch ergreifen können.

Klarerweise müssen die Bundesorgane ihren Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern gegenüber kommunizieren, welche Nutzung von E-Mail und Internet erlaubt ist, respektive welche Nutzungen nicht akzeptiert werden. Dafür erlässt das Bundesorgan ein Nutzungsreglement, welches den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern bekannt gegeben wird. Dieses spielt mit den neuen Bestimmungen ohnehin eine zentrale Rolle, da der Begriff des Missbrauchs grundsätzlich als Verletzung der Nutzungsbestimmungen qualifiziert wird (siehe Ziffer 9, Missbrauch).

7.1 Technische Massnahmen

Zu den wichtigsten technischen Massnahmen gehören Authentifizierung und Autorisierung, Verschlüsselungsanwendungen, Antivirenprogramme, Diskquotamanager, Backups und Firewalls. Selbstverständlich müssen Mail- und Surfprogramme nach dem aktuellsten Stand der Technik konfiguriert und regelmässig aktualisiert werden.

Im Bereich Authentifizierung sollte eine Lösung mit zwei Faktoren (Passwort und bspw. Smartcard) implementiert sein. Die Autorisierung stellt sicher, dass der Zugriff auf bestimmte Daten nur denjenigen Personen möglich ist, die diese Daten für die Erledigung ihrer Aufgabe tatsächlich benötigen. Dies kann mittels Rollen- und Berechtigungskonzept erreicht werden.

Um sicherzustellen, dass vertrauliche oder besonders schützenswerte Personendaten oder Persönlichkeitsprofile nur durch die berechtigten Personen bearbeitet werden können, sind Verschlüsselungsanwendungen einzusetzen. Dazu gehören zum Beispiel Secure Messaging, Secure Center und BitLocker.

Disquotamanager sind Programme, welche die Speicherkapazität (Files und Mailboxen) jeder Benutzerin oder jedes Benutzers begrenzen. Disquotamanager vermeiden unnötige Auslastungen der Speicherkapazität.

Firewalls schützen die Daten vor externen Angriffen und verhindern, dass Netzwerkbandbreite und Arbeitszeit übermässig beansprucht werden. Die Firewall kann mit einer Sperrliste erweitert werden. Diese enthält Internetadressen, welche durch Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter nicht aufgerufen werden dürfen. Auch eine Positivliste (Liste mit den erlaubten Internetseiten) ist möglich.

Auch bestimmte Dateiformate (.exe, .mp3, .bat) können für den Download gesperrt werden. Dies ist aber nur eine begrenzt effektive Massnahme, da z.B. komprimierte Archivdateien (zip) gesperrte Dateien enthalten können.

7.2 Organisatorische Massnahmen: das Nutzungsreglement

Die wichtigste organisatorische Massnahme stellt der Erlass eines Nutzungsreglements dar. Darin bestimmen die Bundesorgane, wie Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter Internet und E-Mail für berufliche und nichtberufliche Zwecke nutzen dürfen. Das Nutzungsreglement hat mit den neuen RVOG-Bestimmungen eine zentrale Bedeutung erhalten, da das Bundesorgan hier auch festhält, welches Verhalten als Missbrauch betrachtet wird.

Das Nutzungsreglement schafft Transparenz und Rechtssicherheit. Es verhindert so auch unnötige Diskussionen zwischen Bundesorgan und Arbeitnehmerin oder Arbeitnehmer. Das Reglement ist der Belegschaft bekannt zu geben. Üblicherweise geschieht dies in schriftlicher Form. Aus Beweisgründen lässt sich das Bundesorgan vorteilhafterweise den Erhalt von den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern quittieren. Grosse Dienststellen geben den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern das Nutzungsreglement üblicherweise elektronisch bekannt. Oftmals erhalten die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter ein E-Mail mit dem Link zum Nutzungsreglement, welches im Intranetbereich des Bundesorgans abrufbar ist. Auch diese Vorgehensweise ist zulässig. Anpassungen des Reglements hat das Bundesorgan der Belegschaft zu kommunizieren.

Ein Nutzungsreglement kann für ein ganzes Departement erlassen werden und hat dann Gültigkeit für alle Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter. Oftmals erlassen Bundesämter oder Dienststellen aber eigene Nutzungsreglemente. Dies macht besonders dort Sinn, wo Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter für das Erfüllen ihrer beruflichen Aufgaben das Internet oder auch das E-Mail in einer Art und Weise benützen müssen, die von der im Departement ansonsten bewilligten Nutzung abweicht. Grundsätzlich kann festgehalten werden, dass für die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter das Nutzungsreglement gilt, welches ihnen bekannt gemacht wurde (Grundsatz der Transparenz).

Normalerweise gestattet das Bundesorgan der Belegschaft die private Nutzung von Internet und E-Mail in beschränktem Ausmass. Zum Beispiel wird das Surfen erlaubt, solange das Erfüllen der arbeitsvertraglichen Verpflichtungen nicht behindert wird. Je nach Tätigkeitsbereich kann aber auch ein totales Verbot für privates Mailen und Surfen angezeigt sein. Ein Bundesorgan, das ein solches Totalverbot anordnet, muss sich aber bewusst sein, dass das Durchsetzen bzw. die Kontrolle des Verbots mit einem sehr grossen Aufwand verbunden ist.

Zusammenfassend kann festgehalten werden: Je klarer das Nutzungsreglement ist, desto besser weiss die Belegschaft, was erlaubt und was verboten ist. Unnötige Streitigkeiten werden so verhindert. Das Beispiel eines Nutzungsreglements kann auf der Internetseite des Bundesamtes für Informatik und Telekommunikation (BIT) eingesehen werden (www.bit.admin.ch > Dokumentation > IT > Nutzungsreglement).

8. Aufzeichnung der Randdaten

8.1 Auskunftsrecht

Artikel 57I RVOG regelt, für welche Zwecke die Randdaten, bei E-Mails auch deren Inhalt, aufgezeichnet werden dürfen. Der E-Mail-Inhalt darf von Bundesorganen allerdings nur für die Sicherung (Backup) aufgenommen werden. Er ist also im Rahmen der Nutzungsüberwachung nicht zugänglich.

Die Randdaten, welche beim Surfen und Mailen anfallen, dürfen gemäss Artikel 57I Buchstabe b RVOG für verschiedene Zwecke aufgezeichnet werden. Hier relevant sind lediglich die Ziffern 1, 2 und 3 der besagten Bestimmung. Die zulässigen Zwecke sind:

- die Aufrechterhaltung der Informations- und Dienstleistungssicherheit;
- die technische Wartung der elektronischen Infrastruktur;
- die Kontrolle der Einhaltung des Nutzungsreglements.

9. Missbrauch

Der Missbrauch ist in Artikel 10 Absatz 1 Randdatenverordnung definiert. Ein Missbrauch liegt dann vor, wenn die Art oder das Ausmass der Nutzung die Vorgaben des Bundesorgans oder Rechtsvorschriften verletzt. Hier zeigt sich die Wichtigkeit des Erlasses von Nutzungsbestimmungen in Form eines Nutzungsreglements durch das Bundesorgan. Besteht kein solches Reglement, so kann das Bundesorgan nur den Verstoss gegen Rechtsvorschriften als Missbrauch und somit als Grundlage für eine personenbezogene namentliche Auswertung geltend machen.

Grundsätzlich können zwei Arten von Missbrauch unterschieden werden:

- Quantitativer Missbrauch: Die Mitarbeiterin oder der Mitarbeiter surft und mailt übermässig für private Zwecke. Ressourcen und Mittel des Bundesorgans werden missbraucht.
- Qualitativer Missbrauch: Beim Surfen werden Internetseiten mit illegalen oder mit vom Bundesorgan als unerlaubt definierten Inhalten aufgerufen. Auch Mobbing per E-Mail stellt beispielsweise einen qualitativen Missbrauch dar.

10. Auswertungsformen

Grundsätzlich bestehen drei Formen der Auswertung der Randdaten. Entsprechend dem Prinzip der Verhältnismässigkeit muss das Bundesorgan immer diejenige Form wählen, die für den angestrebten Zweck (das Verhindern bzw. Aufdecken von Missbräuchen) geeignet ist und den schwächsten Eingriff in die Persönlichkeitsrechte der betroffenen Person darstellt. Die drei Formen sind:

10.1 Nicht personenbezogene (anonyme) Auswertung: Artikel 57m RVOG, Artikel 8 Randdatenverordnung

Logdateien sind personenbezogen, da sie konkrete Angaben zu der Person machen, welche sie verursacht hat. Es kann sich dabei um die E-Mail-Adresse, die IP-Adresse oder eine Kennnummer der Mitarbeiterin oder des Mitarbeiters handeln. Die anonyme Auswertung der Randdaten bedeutet aber nicht, dass die Daten vor der Auswertung anonymisiert werden müssen. Die Ergebnisse der Auswertung werden in rein statistischer Form, ohne Personenbezug und somit anonym, dargestellt. Eine mögliche anonyme Auswertung kann zum Beispiel sein: Wie viele Internetseiten mit pornographischem Inhalt werden durch die Belegschaft pro Monat angesurft? Diese Auswertungen können zeitlich und sachlich unbeschränkt für alle in Artikel 57l RVOG genannten Zwecke durchgeführt werden. Zentraler Zweck ist hier, die Einhaltung des Nutzungsreglements zu kontrollieren (Artikel 57l Buchstabe b Ziffer 3 RVOG).

10.2 Nicht namentliche personenbezogene (pseudonyme) Auswertung: Artikel 57n RVOG, Artikel 9 Randdatenverordnung

Wiederum gilt zu bedenken, dass die Logdateien einen mehr oder weniger direkten Bezug zur Person aufweisen können. Entweder enthalten sie direkt den Namen der Mitarbeiter (E-Mail) oder eine IP-Adresse/Kennnummer (Internet). Für eine nicht namentliche personenbezogene Auswertung muss somit im Resultat der Auswertung der direkte Personenbezug durch die Vergabe von Pseudonymen verhindert werden. Eine solche Auswertung beantwortet zum Beispiel die Frage: Gibt es in einer bestimmten Abteilung Mitarbeiterinnen oder Mitarbeiter, welche pro Woche mehr als 100 E-Mails versenden? Wer dieses Kriterium erfüllt, wird, mit einem Pseudonym versehen, aufgelistet. Diese Auswertung darf nur stichprobenweise (also nicht systematisch) zur Kontrolle der Nutzung der elektronischen Infrastruktur vorgenommen werden (Artikel 57n Buchstabe a RVOG). Es muss somit kein Verdacht auf einen Missbrauch vorliegen.

10.3 Namentliche personenbezogene Auswertung: Artikel 57o RVOG, Artikel 10 und 11 Randdatenverordnung

Hier wird das Resultat der Auswertung der Randdaten konkret bezogen auf eine oder mehrere Personen dargestellt. Diese Auswertung beantwortet zum Beispiel die Frage: Welche Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter surfen pro Tag mehr als zwei Stunden? Das Resultat wird mit identifizierenden Merkmalen (Name, Kennnummer oder andere im Bundesorgan verwendete Identifikatoren) dargestellt. Die namentliche personenbezogene Auswertung ist zulässig, um einen konkreten Verdacht auf Missbrauch der elektronischen Infrastruktur abzuklären und einen erwiesenen Missbrauch zu ahnden (Artikel 57o Absatz 1 Buchstabe a RVOG). Hier zeigt sich die zentrale Bedeutung des Nutzungsreglements, in dem konkret die Missbräuche definiert sind.

10.4 Wer wertet aus?

Hier werden zunächst einige Begriffe der neuen Bestimmung von RVOG und Randdatenverordnung geklärt.

Grundsätzlich können Auswertungen durch

- die Betreiberin
 - die nach dem Datenschutzkonzept des Bundesorgans vorgesehene Stelle oder
 - das Bundesorgan
- durchgeführt respektive angeordnet werden.

Damit insbesondere die weiteren Ausführungen zu den Auswertungsvoraussetzungen klar sind, muss festgehalten werden:

Betreiberin ist gemäss Artikel 1 Buchstabe c Randdatenverordnung die mit dem technischen Betrieb der elektronischen Infrastruktur des Bun-

des beauftragte Stelle. In Zusammenhang mit E-Mail und Internet ist dies meistens das Bundesamt für Informatik und Telekommunikation (BIT). Bestimmte Departemente, zum Beispiel das VBS, betreiben jedoch ein eigenes Rechenzentrum für diese Aufgaben.

Die nach dem Datenschutzkonzept des Bundesorgans vorgesehene Stelle ist in der Regel die Datenschutzberaterin oder der Datenschutzberater des Bundesorgans.

Als Bundesorgane gelten Behörden und Dienststellen des Bundes (Departemente, Ämter, Bundeskanzlei, dezentralisierte Verwaltungseinheiten, eidgenössische Anstalten etc.) sowie natürliche und juristische Personen ausserhalb der Bundesverwaltung, soweit sie mit öffentlichen Aufgaben des Bundes betraut sind (wie etwa Post, SBB und SUVA).

Bewirtschaftete Daten gemäss Artikel 1 Buchstabe a Randdatenverordnung sind Personendaten, die bei der Nutzung der elektronischen Infrastruktur des Bundes aufgezeichnet und regelmässig genutzt, ausgewertet oder bewusst gelöscht werden. Vereinfacht gesagt: Bewirtschaftete Daten (Randdaten) fallen dort an, wo Geräte in einem Netzwerkverbund betrieben werden.

Nicht bewirtschaftete Daten sind gemäss Artikel 1 Buchstabe b der Randdatenverordnung Personendaten, die bei der Nutzung der elektronischen Infrastruktur des Bundes aufgezeichnet, aber nicht regelmässig genutzt, ausgewertet oder bewusst gelöscht werden. Für die Überwachung der E-Mail- und Internetnutzung sind diese Daten nicht relevant, da bei E-Mail- und Internetnutzung innerhalb der Bundesverwaltung grundsätzlich immer bewirtschaftete Randdaten entstehen. Eine Ausnahme könnte nur dann auftreten, wenn ein Bundesorgan bewusst technische Vorkehrungen trifft, die das verhindern. Als erklärendes Beispiel für eine Nutzung der elektronischen Infrastruktur, welche dazu führt, dass nicht bewirtschaftete Randdaten entstehen, ist ein Fotokopierer, der nicht an ein Netzwerk angeschlossen ist. Der Fotokopierer verfügt über ein internes Speichermedium, worauf verschiedene Nutzungsdaten (Datum, Zeit, Seitenzahlen etc.) gespeichert werden. Wenn die Speicherkapazität erreicht ist, erfolgt bei weiteren Kopiervorgängen eine Überschreibung der alten Nutzungsdaten. Nach dem Überschreiben stehen die alten Randdaten nicht mehr zur Verfügung und können deshalb auch nicht mehr ausgewertet werden.

11. Auswertungsvoraussetzungen

Entsprechend der Intensität des Eingriffs in die Persönlichkeitsrechte der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter gelten für die drei dargestellten Auswertungsformen unterschiedlich hohe Anforderungen. Diese sind in der Randdatenverordnung festgehalten. Hier sei der Hinweis erlaubt, dass das Auswerten der Randdaten eine sehr aufwendige und damit auch teure Angelegenheit darstellen kann. Jedes Bundesorgan wird sich deshalb in der Praxis nicht nur die Frage stellen müssen, ob die Voraussetzungen für die

gewünschte Auswertung gegeben sind, sondern auch, ob es die Kosten einer Auswertung rechtfertigen kann.

11.1 Nicht personenbezogene Auswertung: Artikel 8 Randdatenverordnung

Die Betreiberin und die nach dem Datenschutzkonzept des Bundesorgans vorgesehene Stelle können nicht personenbezogene Auswertungen von bewirtschafteten Daten für alle in Artikel 57l Buchstabe b RVOG vorgesehenen Zwecke vornehmen. Diese Auswertung kann systematisch und ohne konkreten Anlass erfolgen (zeitlich und sachlich unbeschränkt).

Hier stellt sich die Frage, ob diese Form der Auswertung auch durch das Bundesorgan angeordnet werden kann. Eine rein grammatische Auslegung der gesetzlichen Bestimmungen würde dazu führen, dass sie, im Gegensatz zu der nicht namentlichen personenbezogenen Auswertung, nur durch die Betreiberin und die nach Datenschutzkonzept des Bundesorgans vorgesehene Stelle durchgeführt werden kann. Richtigerweise muss diese Form der Auswertung aber auch durch das Bundesorgan angeordnet werden können. Die Unterscheidung der Durchführungsberechtigten respektive der Antragsberechtigten soll nur eine Differenzierung zur namentlichen personenbezogenen Auswertung gemäss Artikel 10 herstellen (siehe hierzu unten).

11.2 Nicht namentliche personenbezogene Auswertung: Artikel 9 Randdatenverordnung

Von sich aus können

- die Betreiberin,
- die nach dem Datenschutzkonzept des Bundesorgans vorgesehene Stelle oder
- das Bundesorgan

die bewirtschafteten Daten gemäss Artikel 57n Buchstabe a und b RVOG stichprobenartig zur Kontrolle der Nutzung der elektronischen Infrastruktur und zur Kontrolle der Arbeitszeiten des Personals auswerten. Diese Form der Auswertung kann auch vom Bundesorgan angeordnet werden. Es ist aber zu betonen, dass die nicht namentliche personenbezogene Auswertung nicht systematisch durchgeführt werden darf.

In der Praxis dürfte nun der Fall auftreten, dass eine nicht namentliche personenbezogene Auswertung aufzeigt, dass bei einer bestimmten Mitarbeiterin oder einem bestimmten Mitarbeiter oder auch bei einer ganzen Gruppe von Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern ein Missbrauch vorliegen könnte. Es stellt sich nun die Frage, ob dieser Anfangsverdacht als Grundlage für eine namentliche personenbezogene Auswertung dienen kann. Wie so oft im Bereich des Datenschutzes kann diese Frage nicht allgemeingültig beantwortet werden. Vielmehr ist festzuhalten, dass auf jeden Fall ein ausreichend konkretisierter Verdacht des Missbrauchs bestehen

muss und dass die namentliche personenbezogene Auswertung unter Einbezug der konkreten Sachverhaltsmomente verhältnismässig zu sein hat. Zudem gilt es zu bedenken, dass eine derartige Auswertung erhebliche finanzielle Mittel beansprucht.

11.3 Namentliche personenbezogene Auswertung: Artikel 10, 11, 12 und 13 Randdatenverordnung

Da die namentliche personenbezogene Auswertung der Randdaten den intensivsten Eingriff in die Persönlichkeitsrechte der Angestellten darstellt, wurden hier auch die Anforderungen besonders hoch angesetzt. Dies zeigt sich darin, dass die Anforderungen an den Auftrag für diese Auswertung in der Randdatenverordnung ausdrücklich geregelt sind, dass zwischen drei verschiedenen Auswertungszwecken (mit unterschiedlichen Voraussetzungen) unterschieden wird, und dass sie nur durch Bundesorgane und nach einer schriftlichen Information der betroffenen Person durchgeführt werden darf.

Die zulässigen Zwecke der namentlichen personenbezogenen Auswertung sind in Artikel 57o Absatz 1 RVOG genannt.

11.3.1 Auftrag für die namentliche personenbezogene Auswertung wegen Missbrauchs oder Missbrauchsverdachts: Artikel 10 Randdatenverordnung

Die Auswertung darf nur durch das Bundesorgan, für das die Nutzerin oder der Nutzer der elektronischen Infrastruktur arbeitet, selbst durchgeführt oder angeordnet werden. Bundesorgane, die einen externen (nicht der Bundesverwaltung angehörenden) Betreiber haben, dürfen somit die Auswertung nicht durch diesen durchführen lassen. Die vertragliche Regelung zwischen dem Bundesorgan und dem Dienstleister (Auftragsdatenbearbeiter) macht Letzteren nicht zu einem Bundesorgan. Der EDÖB lehnt die juristische Konstruktion, dass es sich beim externen Dienstleister um eine Hilfsperson des Bundesorgans handelt, ab. Will ein Bundesorgan, das sich in dieser Situation befindet, die Randdaten also namentlich personenbezogen auswerten und kann oder darf das nicht selber, muss es die Logfiles zur Auswertung an ein Bundesorgan übergeben, das die entsprechenden Möglichkeiten hat.

Vor dieser Auswertung muss die betroffene Person schriftlich informiert werden (Artikel 57o Absatz 2 Buchstabe b RVOG). Stimmt sie nicht zu, so muss die Leitung des Bundesorgans die Auswertung bewilligen. Wer diesem Gremium angehört, muss jedes Bundesorgan definieren.

Falls das auftraggebende Bundesorgan über eine Datenschutzberaterin oder einen Datenschutzberater verfügt, so muss sie/er zwingend eine Kopie des Auswertungsauftrages erhalten (Artikel 10 Absatz 3 Randdatenverordnung).

11.3.2 Durchführung der namentlichen personenbezogenen Auswertung wegen Missbrauchs oder Missbrauchsverdachts: Artikel 11 Randdatenverordnung

Vor der Auswertung muss das beauftragte Bundesorgan (in der Regel das BIT) prüfen, ob der konkrete Missbrauchsverdacht hinreichend schriftlich begründet oder der Missbrauch belegt ist (Artikel 11 Absatz 1 Buchstaben a und b Randdatenverordnung). Zudem muss es überprüfen, ob die betroffene Person über den Missbrauchsverdacht bzw. Missbrauch schriftlich informiert worden ist. Aufgrund des Wortlauts von Artikel 57o Absatz 2 Buchstabe b RVOG muss auch kontrolliert werden, dass die betroffene Person über die bevorstehende Auswertung schriftlich informiert wurde.

Sollte sich das beauftragte Bundesorgan weigern, die Auswertung vorzunehmen, weil es der Meinung ist, dass die Voraussetzungen (konkreter, schriftlich begründeter Verdacht oder Missbrauch, schriftliche Information der betroffenen Person, Zustimmung der betroffenen Person respektive Bewilligung durch die Leitung des Bundesorgans) nicht erfüllt sind, kann das auftragerteilende Bundesorgan den EDÖB um eine Stellungnahme ersuchen.

Der EDÖB wird in einem solchen Fall überprüfen, ob die formellen Voraussetzungen für eine namentliche personenbezogene Auswertung erfüllt sind. Er wird seine Beurteilung in einer schriftlichen Stellungnahme den beteiligten Bundesorganen und der betroffenen Person zukommen lassen. Dabei handelt es sich nicht um eine formelle Entscheidung, da der EDÖB hierzu keine Kompetenz erhalten hat. Die Stellungnahme ist vielmehr eine Expertenmeinung, welche von den beteiligten Bundesorganen und auch der betroffenen Person im weiteren Verfahren verwendet werden kann.

Für den Fall, in dem auftragerteilendes und durchführendes Bundesorgan identisch sind (etwa bei VBS, BIT und grundsätzlich überall dort, wo das Bundesorgan auch Betreiber der elektronischen Infrastruktur ist), wurde in Artikel 11 Absatz 3 Randdatenverordnung festgehalten, dass die Datenschutzberaterin oder der Datenschutzberater des Departements zwingend informiert werden muss.

11.3.3 Namentliche personenbezogene Auswertung zur Behebung von Störungen (und Abwehr von konkreten Bedrohungen). Artikel 12 Randdatenverordnung

Diese Auswertung der E-Mail-Nutzung oder des Surfverhaltens wird durchgeführt, um herauszufinden, welche Mitarbeiterin oder welcher Mitarbeiter die Störung oder Bedrohung verursacht (hat). Konkret kann es zum Beispiel darum gehen festzustellen, welcher Mitarbeiter einen Trojaner in das System eingeschleppt hat und wie dies geschehen konnte, oder welche Mitarbeiterin durch Filesharing den Netzwerkdurchsatz verringert.

Diese Auswertung kann von der Betreiberin und von der Stelle, welche nach dem Datenschutzkonzept des Bundesorgans vorgesehen ist, von sich aus durchgeführt werden. Diese Regelung ist notwendig, damit gerade die Betreiberin, welche für die Funktionalität der Infrastruktur verantwortlich ist und technische Störungen beheben muss, auch ohne förmlichen Auftrag des Bundesorgans handeln kann. Damit die Betreiberin aber nicht leichtfertig von sich aus eine namentliche personenbezogene Auswertung durchführt, hält Artikel 12 Absatz 2 Randdatenverordnung fest, dass diese Auswertung nur zulässig ist, wenn sie

- erforderlich ist (mit einer anderen, weniger invasiven Auswertungsform kann der Zweck nicht erreicht werden),
- die Nutzung der elektronischen Infrastruktur wegen eines Defekts oder einer ausserordentlichen Beanspruchung durch Nutzerinnen oder Nutzer verunmöglicht oder stark eingeschränkt ist, oder
- die unmittelbare Gefahr einer Schädigung der elektronischen Infrastruktur oder der Daten des Bundes besteht (Verbreitung von Schadprogrammen).

Nun muss hier klar festgehalten werden, dass eine namentliche personenbezogene Auswertung zur Überwachung der E-Mail- und Internetnutzung nicht einfach vorgenommen werden darf, wenn die Voraussetzungen von Artikel 10, 11 oder 12 Randdatenverordnung erfüllt sind. Es gelten weiterhin das Verhältnismässigkeitsprinzip und die weiteren Grundsätze des Datenschutzgesetzes (siehe: 4.1–4.3).

11.3.4 Information über das Auswertungsergebnis

Gemäss Artikel 15 Absatz 1 Randdatenverordnung übergibt die Betreiberin das Ergebnis der Auswertung dem auftragserteilenden Bundesorgan. Es muss im Fall einer namentlichen personenbezogenen Auswertung die betroffene Person zwingend über das Ergebnis der Auswertung informieren (Artikel 15 Absatz 2 Randdatenverordnung).

III. Leitfaden über Internet- und E-Mail-Überwachung am Arbeitsplatz für die Privatwirtschaft⁵

(Stand: September 2013)

1. Einleitung: Das Überwachen von E-Mail-Verkehr und Internetnutzung am Arbeitsplatz

Dieser Leitfaden soll sowohl Arbeitgebenden als auch Angestellten in einfacher und verständlicher Weise aufzeigen, welche Formen der Überwachung von E-Mail- und Internetnutzung für die Verhinderung von Missbräuchen heute eingesetzt werden können und unter welchen Voraussetzungen sie datenschutzrechtlich zulässig sind. Da Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer immer häufiger mit mobilen Kommunikationsgeräten (Smartphones, Laptops) ausgestattet werden, gilt es festzuhalten, dass die gleichen Regeln gelten wie bei stationären Geräten.

Konkret behandelt der vorliegende Leitfaden die Auswertung der bei der Nutzung von E-Mail und Internet anfallenden Randdaten. Randdaten sind quasi die Spuren, die beim Surfen und Mailen hinterlassen werden. Es handelt sich somit um protokollierte Daten, welche aufzeigen, wer wann was gemacht hat; im Fall des E-Mails auch mit wem.

Klarerweise besteht für Arbeitgebende ein dringendes Interesse an der Überwachung des E-Mail-Verkehrs und des Surfverhaltens. Einerseits ist Surfen und Mailen, das nicht für die Pflichterfüllung der Mitarbeiterin oder des Mitarbeiters notwendig ist, ein Kostenfaktor, verwenden doch die Angestellten dabei Arbeitszeit für private Zwecke. Andererseits besteht die Möglichkeit, dass Mitarbeiterinnen oder Mitarbeiter Internetseiten mit illegalen Inhalten ansurfen. Dies zu verhindern, liegt ebenfalls im Interesse des Arbeitgebenden, da er einen möglichen Reputationsschaden oder gar eine eigene Verantwortlichkeit verhindern will.

Gleichzeitig ist klar festzustellen, dass in bestimmten Sektoren der Wirtschaft die Überwachung der Nutzung der Kommunikationsmittel durch die Angestellten für die Arbeitgebenden zu einer Verpflichtung geworden ist. Ein Beispiel dafür sind die Aufsichtsregeln der FINMA zum Marktverhalten im Effektenhandel. Sie fordert klar, dass die geeigneten Massnahmen getroffen werden müssen, um den Missbrauch von vertraulichen preissensitiven Informationen durch Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter zu verhindern respektive aufzudecken. Das Überwachen des E-Mail-Verkehrs gehört selbstverständlich zu diesen Massnahmen.

Trotz oder gerade wegen diesen Entwicklungen müssen Arbeitgebende bei der Überwachung der E-Mail-Nutzung und des Surfverhaltens

⁵ Aus www.edoeb.admin.ch > Dokumentation > Dokumentation – Datenschutz > Leitfäden > Internet- und E-Mail-Überwachung am Arbeitsplatz.

der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter die datenschutzrechtlichen Bestimmungen respektieren. Diese werden in diesem Leitfaden aufgezeigt und erklärt.

2. Tangierte Interessen des Arbeitgebers

Durch Surfen und Mailen am Arbeitsplatz können bestimmte Interessen des Arbeitgebers beeinträchtigt und die technische Einrichtung gefährdet werden. Beispiele sind:

- Speicherkapazität und Netzwerkdurchsatz durch übermässiges Surfen und Mailen;
- Daten- und Anwendungssicherheit (Verfügbarkeit, Integrität, Vertraulichkeit) durch Einlass von Viren, Würmern, Trojanern oder durch Installation von fremden Programmen;
- Arbeitszeit und andere finanzielle Interessen (Produktivitätsverringern oder -verlust, Kostensteigerung durch zusätzlichen Aufwand);
- Weitere rechtlich geschützte Interessen des Arbeitgebers, wie Ruf, Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse oder Datenschutz.

3. Beim Surfen und Mailen hinterlassene Spuren

Beim Surfen und Mailen bleiben an verschiedenen Ort Spuren erhalten. In der Regel führen gemeinsam benutzte Informatikmittel (z.B. Server) eine Protokollierung der durchgeführten Aktivitäten durch. Sie erstellen sogenannte Logfiles.

Normalerweise werden nur die Randdaten, also wer wann was getan hat, aufgezeichnet. Die Inhaltsdaten werden zum Teil aber auch gespeichert.

Logfiles nehmen sehr schnell eine beträchtliche Grösse an. Die für die Überwachung der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter relevanten Protokollierungen können hauptsächlich an vier verschiedenen Stellen erfolgen: auf dem Computer des Benutzers, auf Intranet-Servern, auf Netzkopplungselementen (Firewall oder Router) und auf sogenannten DMZ-Servern (siehe dazu unten).

Die bei Internet-Diensteanbietern (Providern) anfallenden Protokoll-
daten können im Fall einer Straftat und unter richterlicher Anweisung untersucht werden.

Auf Intranet-Servern wie Domäne-Servern besteht die Protokollierung aus Benutzernamen (wer), Datumsangaben (wann), Handlungen (Ein- und Ausloggen), dynamischer IP-Adressenvergabe, DNS-Adressenauflösung (Domain Name System) und Applikationsaufruf (was).

In einer «demilitarisierten Zone» (DMZ) zwischen Intranet und Internet werden Daten für das Internet bereitgestellt. Dadurch ist der Zugriff auf Daten im Intranet nicht mehr erforderlich. Es handelt sich meistens um die E-Mail-, File- und Webserver.

Auf den E-Mail-Servern werden u.A. Zeitangaben, Absender- und Empfängeradresse, Betreff-Text, Priorität und Vertraulichkeit der Nachricht protokolliert. Es können aber auch weitere Daten aufgezeichnet werden (z.B. Anzahl Attachments, Grösse des E-Mails, digitale Signatur, evtl. auch IP-Adresse).

Logfiledaten sind in der Regel Personendaten gemäss Bundesgesetz über den Datenschutz (DSG, SR 235.1). Das Bearbeiten von Logfiledaten untersteht somit den Bestimmungen des DSG.

4. Datenschutzrechtliche Grundsätze und rechtliche Grundlagen

Die hier erläuterte Auswertung der Logdateien (Randdaten) stellt eine Datenbearbeitung gemäss Artikel 3 Buchstabe e DSG dar, wenn die Randdaten vor der Auswertung nicht anonymisiert werden. Wer Personendaten bearbeitet, darf dabei die Persönlichkeit der betroffenen Personen nicht widerrechtlich verletzen (Artikel 12 Absatz 1 DSG). Eine Verletzung der Persönlichkeit ist widerrechtlich, wenn sie nicht durch Einwilligung des Verletzten, durch ein überwiegendes privates oder öffentliches Interesse oder durch ein Gesetz gerechtfertigt ist. Es muss ein Rechtfertigungsgrund für die Datenbearbeitung bestehen.

Zudem müssen bei der Bearbeitung von Personendaten auch die allgemeinen Datenschutzbestimmungen der Artikel 4–11a DSG berücksichtigt werden. Insbesondere müssen die Grundsätze der Verhältnismässigkeit, der Zweckbindung und der Transparenz beachtet werden. Weiter muss der Arbeitgeber die notwendigen technischen und organisatorischen Massnahmen zur Gewährleistung der Datensicherheit ergreifen, er muss das Auskunftsrecht gewährleisten können, und wenn er Auswertungen durch externe Personen oder Unternehmen durchführen lässt, muss er sich auch damit befassen, ob eine derartige Auslagerung überhaupt zulässig ist respektive wie er sie datenschutzkonform vornehmen kann. Weiter müssen Arbeitgeber das Verbot der Verhaltensüberwachung beachten.

Ziel des Arbeitgebers ist die Verhinderung respektive das Aufdecken eines Missbrauchs.

4.1 Rechtmässigkeit

Personendaten dürfen nur rechtmässig bearbeitet werden (Artikel 4 Absatz 1 DSG). Das Bearbeiten von Personendaten bedarf eines Rechtfertigungsgrunds, damit es nicht zu einer widerrechtlichen Persönlichkeitsverletzung kommt (Artikel 13 Absatz 1 DSG). Hier könnte die Meinung bestehen, dass grundsätzlich der Arbeitsvertrag alleine einen Rechtfertigungsgrund für die Auswertung der Randdaten darstelle. In bestimmten Bereichen kann dies auch durchaus der Fall sein, so bspw. im Bankenbereich, wo vermehrt Überwachungspflichten zur Verhinderung von Insiderhandel, Korruption etc. bestehen. In Bereichen ohne derartige Überwachungsverpflichtungen wird sich der Arbeitgeber regelmässig auf ein

überwiegendes privates Interesse berufen können. Die Einwilligung der Arbeitnehmerin oder des Arbeitnehmers muss somit nicht eingeholt werden und würde auch keine ausreichende Rechtfertigung darstellen. Denn sie stellt nur einen Rechtfertigungsgrund dar, wenn sie nach angemessener Information freiwillig erteilt wurde. Und diese Freiwilligkeit muss im Arbeitsbereich grundsätzlich äusserst kritisch betrachtet werden, da sich angestellte Personen aus verschiedenen Gründen unter Druck und unfrei fühlen können.

4.2 Verhältnismässigkeit

Artikel 4 Absatz 2 DSG hält fest, dass eine Bearbeitung von Personendaten verhältnismässig sein muss. In Bezug auf die Auswertung der Randdaten bedeutet das, dass nur diejenigen Auswertungen vorgenommen werden dürfen, welche für das Aufdecken von Missbräuchen geeignet sind, und dass der Arbeitgeber dabei diejenige Auswertungsform zu wählen hat, welche den mildesten Eingriff in die Persönlichkeitsrechte der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter darstellt. Hieraus resultieren prinzipiell drei Formen der Auswertung, welche in diesem Leitfaden dargestellt werden (siehe Kapitel 8).

4.3 Zweckbindung

Der Grundsatz der Zweckbindung (Artikel 4 Absatz 3 DSG) bedeutet, dass die Randdaten nur für diejenigen Zwecke verwendet werden dürfen, welche bei der Beschaffung den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern bekannt gegeben wurden. Diesem Grundsatz kommt der Arbeitgeber durch den Erlass eines Überwachungsreglements und durch die regelkonforme Datenbearbeitung nach. In diesem Reglement wird festgehalten, welche Auswertungen für welche Zwecke mit welchen Daten (Logfiles) durchgeführt werden. Ein Beispiel für ein Überwachungsreglement befindet sich im Anhang. Werden die Logdateien durch den Arbeitgeber für einen Zweck bearbeitet, der nicht im Bearbeitungsreglement dargestellt ist, so verstösst er gegen den Grundsatz der Zweckbindung und somit gegen das Datenschutzgesetz.

4.4 Transparenz

Dem Grundsatz der Transparenz (Artikel 4 Absatz 4 DSG) muss der Arbeitgeber durch den Erlass eines Überwachungsreglements nachkommen. Dieses hat er der Belegschaft bekannt zu machen (siehe hierzu die Ausführungen zum Nutzungsreglement). Führt der Arbeitgeber Auswertungen der Randdaten durch, ohne dass er ein solches Reglement erlassen und gegenüber der Belegschaft kommuniziert hat, verstösst er gegen das Datenschutzgesetz.

Auch der Erlass und die Bekanntgabe des Nutzungsreglements entspricht dem Grundsatz der Transparenz.

5. Verbot der Verhaltensüberwachung

Artikel 26 Absatz 1 der Verordnung 3 zum Arbeitsgesetz (ArGV 3, SR 822.113) verbietet die Verhaltensüberwachung der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter mit Überwachungs- und Kontrollsystemen. Ziel dieser Bestimmung ist der Gesundheitsschutz der Angestellten. Werden Überwachungs- und Kontrollsysteme für andere Zwecke eingesetzt, so sind sie zulässig, wenn sie so ausgestaltet sind, dass die Gesundheit und die Bewegungsfreiheit der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter nicht beeinträchtigt werden.

Für das Surfen und Mailen am Arbeitsplatz bedeutet das, dass das ständige personenbezogene Auswerten der Logdaten für die Überwachung des Nutzungsverhaltens nicht zulässig ist. Allerdings muss hier festgehalten werden, dass dies nur als Prinzip richtig ist. Es ist klar erkennbar, dass in bestimmten Bereichen der Privatwirtschaft (z.B. Banken) die systematische Überwachung und Auswertung des E-Mail-Verkehrs der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter zu einer Anforderung wird, damit das Unternehmen die Compliance-Anforderungen erfüllen kann und sich so vor Verantwortlichkeitsklagen schützt.

Der Einsatz von Key-Loggern und anderen Überwachungsprogrammen, welche jede Tätigkeit der Mitarbeiterin oder des Mitarbeiters am Computer erfassen, ist ohne richterliche Anweisung auch aufgrund von Artikel 26 Absatz 1 ArGV 3 verboten.

Auch sogenannte Content Scanner, welche jedes gesendete oder erhaltene E-Mail auf vordefinierte Stichwörter untersucht und entsprechend reagiert (Sperrung/Löschung der E-Mail, Benachrichtigung des Systemadministrators oder auch der vorgesetzten Person) werden eingesetzt. Der Nutzen dieser Programme ist umstritten, da die Belegschaft sich mit diesen Programmen quasi «arrangieren» und sie durch das Ausschreiben von Spezialzeichen oder durch eine verklausulierte Sprache umgehen kann. Wird jedes E-Mail mittels Content Scanner bearbeitet, so stellt sich auch hier die Problematik der verbotenen Verhaltensüberwachung.

Das Verbot der Verhaltensüberwachung gilt aber nicht absolut. Bei einem erhärteten Missbrauchsverdacht oder einem festgestellten Missbrauch dürfen personenbezogene Verhaltensüberwachungen durchgeführt werden.

6. Technische und organisatorische Massnahmen

6.1 Technische Massnahmen

Arbeitgeber müssen sich, bevor sie eine personenbezogene Überwachung der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter durchführen, auch die Frage

stellen, welche technischen und organisatorischen Massnahmen sie zur Verhinderung von Missbräuchen ergreifen können.

Klarerweise müssen Arbeitgebende ihren Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern gegenüber kommunizieren, welche Nutzung von E-Mail und Internet erlaubt ist, respektive welche Nutzungen nicht akzeptiert werden. Dafür erlässt der Arbeitgeber ein Nutzungsreglement, welches den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern bekannt gemacht wird.

Zu den wichtigsten technischen Massnahmen gehören Passwort- und Zugriffsschutz, Antivirenprogramme, Diskquotamanager, Backups und Firewalls. Selbstverständlich müssen Mail- und Surfprogramme nach dem aktuellsten Stand der Technik konfiguriert und regelmässig aktualisiert werden.

Diskquotamanager sind Programme, welche die Speicherkapazität (Files und Mailboxen) jedes Benutzers begrenzen. Sie vermeiden unnötige Auslastungen der Speicherkapazität.

Firewalls schützen die Daten vor externen Zugriffen. Die Firewall kann mit einer Sperrliste erweitert werden, die Internetadressen enthält, welche durch Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter nicht aufgerufen werden dürfen. Auch eine Positivliste (Liste mit den erlaubten Internetseiten) ist möglich.

Auch bestimmte Dateiformate (.exe, mp3, .bat) können für den Download gesperrt werden. Diese Massnahme ist aber nur begrenzt effektiv, da z.B. komprimierte Archivdateien (zip) gesperrte Dateien enthalten können.

6.2 *Nutzungsreglement*

Wie Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer Internet und E-Mail für nicht berufliche Zwecke nutzen dürfen, bestimmt der Arbeitgeber im Nutzungsreglement. Das Weisungsrecht gemäss Artikel 321d Obligationenrecht (OR, SR 220) bildet dafür die gesetzliche Grundlage.

Das Nutzungsreglement (vgl. Anhang) schafft Transparenz und Rechtssicherheit und verhindert auch unnötige Diskussionen zwischen Arbeitgeber und Angestellten. Es ist der Belegschaft, normalerweise schriftlich, bekannt zu geben. Aus Beweisgründen ist es von Vorteil, wenn sich der Arbeitgeber den Erhalt des Reglements von den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern quittieren lässt. Grosse Unternehmen publizieren ihre Reglemente üblicherweise elektronisch; so erhalten die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter ein E-Mail mit dem Link zum Nutzungsreglement, welches im Intranetbereich abrufbar ist. Auch dieser Vorgehensweise ist zulässig. Anpassungen des Nutzungsreglements hat der Arbeitgeber der Belegschaft zu kommunizieren.

Normalerweise gestattet der Arbeitgeber der Belegschaft die private Nutzung von Internet und E-Mail in beschränktem Ausmass. Zum Beispiel wird das Surfen erlaubt, soweit es das Erfüllen der arbeitsvertraglichen

Verpflichtungen nicht behindert. Je nach Tätigkeitsbereich kann aber privates Mailen und Surfen vollständig verboten sein. Ein Arbeitgeber, der ein solches Totalverbot anordnet, muss sich aber bewusst sein, dass das Durchsetzen bzw. die Kontrolle des Verbots mit einem sehr grossen Aufwand verbunden ist.

Zusammenfassend kann festgehalten werden: Je klarer das Nutzungsreglement ist, desto besser weiss die Belegschaft, was erlaubt und was verboten ist. Unnötige Streitigkeiten werden so verhindert.

6.3 *Datensicherheit*

Der Inhaber der Datensammlung, in diesem Fall der Arbeitgeber, hat gemäss Artikel 7 DSG die angemessenen technischen und organisatorischen Massnahmen zu treffen, um die Personendaten (also auch die Logfiles) vor unbefugtem Bearbeiten zu schützen. Im Vordergrund stehen hier ein angemessenes Rollen- und Berechtigungssystem und die Protokollierung der Zugriffe auf die Logfiles. Der Leitfaden «Technische und organisatorische Massnahmen des Datenschutzes» behandelt dieses Thema ausführlich.

6.4 *Überwachungsprogramme*

Auf dem Computer der Mitarbeiterin oder des Mitarbeiters selbst installierte Überwachungsprogramme stellen einen massiven Eingriff in die Persönlichkeitsrechte der betroffenen Person dar, denn sie ermöglichen eine detaillierte Überwachung sämtlicher Aktivitäten. So kann Einsicht in E-Mails genommen werden, oder es können Screenshots in regelmässigen Zeitabständen hergestellt werden. Mit Key-Loggern können sämtliche Tastenanschläge erfasst werden. Derartige Überwachungsprogramme können aufgrund des massiven Eingriffs in die Persönlichkeitsrechte der Mitarbeiterin oder des Mitarbeiters nur aufgrund einer richterlichen Anweisung eingesetzt werden.

7. **Missbrauch**

Das Bearbeiten der Randdaten dient dem Verhindern oder Aufdecken von Missbräuchen. Was einen Missbrauch darstellt, bestimmt der Arbeitgeber im Nutzungsreglement.

Grundsätzlich können zwei Arten von Missbrauch unterschieden werden:

- Quantitativer Missbrauch: Die Mitarbeiterin oder der Mitarbeiter surft und mailt übermässig für private Zwecke. Ressourcen und Mittel des Arbeitgebers werden missbraucht.
- Qualitativer Missbrauch: Beim Surfen werden Internetseiten mit illegalen Inhalten oder mit vom Arbeitgeber als unerlaubt definierten

Inhalten aufgerufen. Mobbing per E-Mail stellt ebenfalls einen qualitativen Missbrauch dar.

8. Auswertungsformen

Grundsätzlich bestehen drei Formen der Auswertung der Randdaten. Entsprechend dem Prinzip der Verhältnismässigkeit muss der Arbeitgeber immer diejenige Form wählen, welche für den angestrebten Zweck (Verhindern/Aufdecken von Missbräuchen) geeignet ist und den schwächsten Eingriff in die Persönlichkeitsrechte der angestellten Personen darstellt.

8.1 Anonyme (nicht personenbezogene) Auswertung

Randdatenfiles sind immer personenbezogen, da sie konkrete Angaben zur Person enthalten, welche sie verursacht hat. Es kann sich dabei um die E-Mail-Adresse der Mitarbeiterin oder des Mitarbeiters, die IP-Adresse oder eine Kennnummer handeln. Eine anonyme Auswertung dieser Randdaten bedeutet nun aber nicht, dass sie anonymisiert werden müssen. Vielmehr heisst das, dass die Ergebnisse der Auswertung in rein statistischer Form, also ohne Personenbezug, dargestellt werden. Eine mögliche anonyme Auswertung kann zum Beispiel sein: Wie viele Internetseiten mit pornographischem Inhalt werden durch die Belegschaft pro Monat angesurft? Diese Auswertungen können systematisch ohne den konkreten Verdacht eines Missbrauchs durchgeführt werden.

8.2 Pseudonyme (personenbezogene nicht-namentliche) Auswertung

Rohdaten (Logfiles) weisen wie erwähnt einen direkten Bezug zur Person auf. Für eine personenbezogene nicht-namentliche Auswertung muss im Resultat der Auswertung der direkte Personenbezug also durch die Vergabe von Pseudonymen verhindert werden. Eine solche Auswertung beantwortet zum Beispiel die Frage: Gibt es in einer bestimmten Abteilung Mitarbeiterinnen oder Mitarbeiter, welche pro Woche mehr als 100 E-Mails versenden? Die Angestellten, welche dieses Kriterium erfüllen, werden mit Pseudonymen versehen aufgelistet. Auch diese Auswertung kann systematisch ohne den konkreten Verdacht eines Missbrauchs durchgeführt werden.

8.3 Personenbezogene namentliche Auswertung

Hier wird das Resultat der Auswertung der Randdaten konkretisiert auf eine oder mehrere Personen dargestellt. Diese Auswertung beantwortet zum Beispiel die Frage: Welche Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter surfen pro Tag mehr als zwei Stunden? Es werden identifizierende Merkmale (Name, Kennnummer oder andere im Betrieb verwendete Identifikatoren) verwendet. Eine solche personenbezogene namentliche Auswertung darf nur durchgeführt werden, wenn mindestens ein konkreter Missbrauchsver-

dacht besteht oder aufgrund einer personenbezogenen nichtnamentlichen Auswertung feststeht, dass es zu einem Missbrauch gekommen ist und nun die konkrete Person identifiziert werden soll.

9. Weitere wichtige Punkte

9.1 Auskunftspflicht

Gemäss Artikel 8 DSG kann jede Person vom Inhaber der Datensammlung, hier der Arbeitgeber, Auskunft darüber verlangen, ob Daten über sie bearbeitet werden. Der Arbeitgeber muss demnach der angestellten und um diese Information nachfragenden Person Auskunft erteilen über:

- alle über sie in der Datensammlung vorhandenen Daten einschliesslich der verfügbaren Angaben über die Herkunft der Daten;
- den Zweck und gegebenenfalls die Rechtsgrundlage des Bearbeitens sowie die Kategorien der bearbeiteten Personendaten, der an der Sammlung Beteiligten und der Datenempfänger.

Das Auskunftsgesuch muss in der Regel schriftlich beim Arbeitgeber eingereicht werden und es ist die Kopie eines amtlichen Ausweises beizulegen. Das mag im Fall eines bestehenden Arbeitsverhältnisses zwar als unnötig betrachtet werden, ist jedoch empfehlenswert. Erfüllt das Gesuch diese Anforderungen, so kann der Arbeitgeber die Auskunft nicht mit dem Verweis auf formelle Mängel des Gesuchs verweigern.

Der Arbeitgeber hat eine Frist von 30 Tagen, um die Auskunft zu erteilen oder der Antragstellerin, dem Antragsteller einen begründeten Entscheid über die Beschränkung bzw. Verweigerung des Auskunftsrechts zukommen zu lassen (Artikel 1 Absatz 4 VDSG). Die Auskunft muss in der Regel schriftlich erteilt werden (Artikel 8 Absatz 5 DSG). Wenn die angestellte Person einverstanden ist, kann der Arbeitgeber aber auch an Ort und Stelle Einsicht in die Daten gewähren (Artikel 1 Absatz 3 VDSG).

Der Arbeitgeber kann das Auskunftsrecht aufschieben, einschränken oder ganz verweigern, wenn:

- ein Gesetz im formellen Sinn dies vorsieht;
- es wegen überwiegender Interessen Dritter erforderlich ist;
- oder wenn eigene überwiegende Interessen es erfordern und er die Personendaten nicht Dritten bekannt gibt.

Der Arbeitgeber muss das Aufschieben, Beschränken oder Verweigern der Auskunft schriftlich begründen (siehe oben).

9.2 Auslagerung der Auswertung der Randdaten

Viele Unternehmen haben den ganzen IT-Bereich ausgelagert oder können oder wollen die Auswertung der Randdaten nicht selbst durchführen, weil es nicht kosteneffizient ist oder das nötige Know-how dafür im Unternehmen fehlt. Grundsätzlich stellt die Auslagerung der Auswertung

der Randdaten kein Problem dar. Artikel 10a DSG (Datenbearbeitung durch Dritte) hält aber fest, dass die Übertragung des Bearbeitens von Personendaten nur dann zulässig ist, wenn keine gesetzliche oder vertragliche Geheimhaltungspflicht besteht. Es muss im Einzelfall geprüft werden, ob eine konkrete gesetzliche Geheimhaltungspflicht die Datenbekanntgabe an den Dritten für den Zweck der Auswertung von Randdaten verbietet.

IV. Anhang: Musterreglement über die Internet- und E-Mail-Überwachung am Arbeitsplatz

(In diesem Musterreglement ist der Text in normaler Schrift verfasst, die Erklärungen und Hinweise zu notwendigen Ergänzungen in Klammern und in kursiver Schrift.)

1. Zweck und Geltungsbereich

1.1 Zweck

Dieses Reglement bezweckt den Schutz der Interessen von Arbeitgeber und Arbeitnehmer bei der Überwachung des Surfs und des E-Mails am Arbeitsplatz.

1.2 Geltungsbereich

Dieses Reglement gilt für alle internen und externen Arbeitnehmer der Firma.

2. Interessen und Risiken des Arbeitgebers und des Arbeitnehmers

2.1 Interessen und Risiken des Arbeitgebers

Durch Benutzung des vernetzten Computers am Arbeitsplatz können folgende Interessen und technische Einrichtungen unserer Firma beeinträchtigt werden:

- Speicherkapazität und Netzwerkbandbreite durch übermässige Internet- und E-Mail-Nutzung;
- Daten- und Anwendungssicherheit (Verfügbarkeit, Integrität, Vertraulichkeit) durch Einschleusen von Viren, Würmern, Trojanischen Pferden oder Installation von fremden Programmen;
- Arbeitszeit und andere finanzielle Interessen (Produktivitätsverluste, Kostensteigerung für zusätzliche Mittel und/oder Leistungen, Netzkosten usw.);
- weitere rechtlich geschützte Interessen, wie Ruf, Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse oder Datenschutz.

2.2 Interessen und Risiken des Arbeitnehmers

Der Arbeitnehmer trägt im Fall einer missbräuchlichen Nutzung eine Reihe von Risiken. Er riskiert arbeitsrechtliche Konsequenzen, welche bis zu einer Entlassung reichen können, und nimmt entsprechend auch ein grosses wirtschaftliches Risiko in Kauf. Aber auch bei einer zulässigen Nutzung trifft ihn ein gewisses datenschutzrechtliches Risiko. Es besteht zum Beispiel die Möglichkeit, dass persönliche Informationen aus E-Mails missbraucht werden.

3. Technische Schutzmassnahmen und Protokollierungen

3.1 Technische Schutzmassnahmen

Folgende technische Schutzmassnahmen werden in unserer Firma eingesetzt:

- ...
- ...
- ...

3.2 Protokollierungen

Unsere Informatikmittel führen Protokollierungen über die wichtigsten durchgeführten Aktivitäten durch; d.h., es werden fortlaufend die Randdaten «wer», «was» und «wann» aufgezeichnet. Die Protokollierung findet in unserer Firma an folgenden Stellen statt:

- ...
- ...
- ...

(Hier muss das Unternehmen die nötigen Protokollierungen, deren Zweck, Inhalt und Aufbewahrungsdauer angeben. Damit kommt die Firma ihrer Informationspflicht über die Datenbearbeitungen und -sammlungen gemäss Art. 4 Abs. 2 DSG nach.)

Die Protokollierung von privaten E-Mails enthält nur die E-Mail-Adresse des Arbeitnehmers, den Vermerk «privat», das Datum und die Zeitangaben.

4. Nutzungsregelung

(Ob Arbeitnehmer das Recht haben, am Arbeitsplatz Internet und E-Mail für private Zwecke zu nutzen, hängt in erster Linie vom Willen des Arbeitgebers ab. Ähnlich wie in anderen Bereichen des Arbeitsverhältnisses hat er ein Weisungsrecht. Der Umfang der Nutzungsberechtigung kann je nach Arbeitnehmerkategorie und ihren beruflichen Bedürfnissen unterschiedlich sein. In diesem Kapitel sind konkrete und unmissverständliche Regeln aufzustellen. Die Nutzungsregelung ist bei Bedarf zu aktualisieren.)

5. Überwachungsregelung

5.1 Vorrang technischer Schutzmassnahmen

Unsere Firma verpflichtet sich, in erster Linie technische Schutzmassnahmen gegen Missbrauch und technischen Schaden einzusetzen.

Sie passt die technischen Schutzmassnahmen regelmässig dem neusten Stand der Technik an. Die Anpassung erfolgt auch nach einer technischen Störung.

Nur wenn ein Missbrauch trotz technischen Schutzmassnahmen nicht verhindert werden kann, darf sie personenbezogene Auswertungen der Internet- und E-Mail-Protokollierungen vornehmen.

Unsere Firma verzichtet auf den Einsatz von Spion-Programmen.

5.2 Auswertung der Protokollierungen

Zur Kontrolle der Einhaltung der Nutzungsregelung wertet unsere Firma die Protokollierungen in anonymer oder pseudonymer Form aus.

Bei der anonymen Auswertung geht es um die statistische Analyse der Protokollierungen nach folgenden Kriterien: *(Hier hat das Unternehmen die in Frage kommenden Kriterien anzugeben.)*

Die pseudonyme Auswertung erfolgt nur stichprobenartig. *(Hier hat die Firma Zeitplan und Zeitspanne, in welchen die Stichprobe erfolgt, anzugeben.)*

Um die Anonymität und Pseudonymität zu gewährleisten, wird unsere Firma die untersuchte Personenmenge genügend gross halten und die Protokollierungen von der Korrespondenzliste physisch und funktionell getrennt aufbewahren.

Entsteht bei der anonymen oder pseudonymen Auswertung ein Missbrauchsverdacht oder wird ein Missbrauch festgestellt, werden die Protokollierungsauswertungen durch Verknüpfung mit der Korrespondenzliste namentlich ausgewertet. Als Missbrauch wird eine Verletzung des Nutzungsreglements verstanden.

Erhärtet sich ein Missbrauchsverdacht nicht, so stellt unsere Firma die namentliche Auswertung der Protokollierung sofort ein.

(Hier hat die Firma anzugeben, wer für die namentliche Auswertung der Protokollierung zuständig ist. In der Regel übernimmt der Datenschutzberater der Firma diese Funktion.)

Wenn eine Straftat durch Auswertung der Protokollierungen oder durch andere Hinweise festgestellt oder vermutet wird, sichert unsere Firma die entsprechenden Protokollierungen. Sie behält sich das Recht vor, Anzeige gegen die betroffene Person zu erstatten. Das weitere Vorgehen ist Sache der zuständigen Strafjustizbehörde. Unsere Firma verpflichtet sich, das Resultat der Ermittlungen gegenüber unberechtigten Dritten, insbesondere gegenüber den anderen Mitarbeitern, vertraulich zu behandeln.

(Der Entscheid, ob Anzeige erstattet wird oder nicht, liegt bei den Vorgesetzten, nicht bei den Informatikdiensten. Es besteht keine Anzeigepflicht. Es ist jedoch empfehlenswert, zumindest im Zusammenhang mit Offizialdelikten, Anzeige zu erstatten, um die Gefahr der Mittäterschaft zu verhindern.)

5.3 *Überwachung im Rahmen der Gewährleistung der Sicherheit und Funktionstüchtigkeit des betrieblichen EDV-Systems oder aufgrund anderer Hinweise*

Manifestiert sich eine Störung des EDV-Systems trotz technischer Schutzmassnahmen, können bei der Suche nach der Ursache die Protokollierungen beigezogen werden.

Liegt der Störung ein Missbrauch zugrunde, kann der identifizierte Mitarbeiter gemäss 5.8 dieses Reglements sanktioniert werden.

Entsteht durch andere Hinweise ein Missbrauchsverdacht oder wird ein Missbrauch festgestellt, können falls nötig die entsprechenden Protokollierungen oder deren Auswertungen beigezogen werden. Bei erwiesenem Missbrauch können die Sanktionen gemäss 5.8 dieses Reglements ergriffen werden.

5.4 *Unterscheidung zwischen privaten und geschäftlichen E-Mails*

Private E-Mails sind von den internen und externen Absendern durch die Vermerkoption «privat» zu kennzeichnen.

Die Firma nimmt weder Einsicht in noch bearbeitet sie E-Mails weiter, welche als «privat» gekennzeichnet sind.

Wenn kein Unterscheidungsvermerk zwischen privaten und geschäftlichen E-Mails besteht und die private Natur eines E-Mails aufgrund der Adressierungselemente nicht erkennbar und nicht anzunehmen ist, darf unsere Firma davon ausgehen, dass das E-Mail geschäftlich ist. Bestehen Zweifel über die Natur eines E-Mails, ist sie mit dem Angestellten zu klären. Interne und externe Absender sind darüber ausdrücklich zu informieren.

Für einen besseren Schutz privater E-Mails empfiehlt die Firma, einen webbasierten, verschlüsselten E-Mail-Dienst zu benutzen.

(Ob internetbasierte, verschlüsselte E-Mail-Dienste überhaupt benutzt werden dürfen, hängt vom Nutzungsreglement ab. Ist die private Internetnutzung verboten, so fällt diese Möglichkeit weg. Die Firma kann auch zur besseren Unterscheidung zwischen privaten und geschäftlichen E-Mails die namenlose, funktionelle Adressierung für die Geschäftskorrespondenz einführen.)

5.5 *Die Überwachung des geschäftlichen E-Mail-Verkehrs*

Unsere Firma hat das Recht, die geschäftlichen E-Mails zu protokollieren und bei Bedarf zu sichern.

Die Protokollierung der geschäftlichen E-Mails betrifft u.a. die Betreffzeile, Datum, Zeit, Absender- und Empfängeradressen.

5.6 *Die E-Mail-Verwaltung bei Abwesenheiten eines Mitarbeiters*

Bei Abwesenheiten definiert der Mitarbeiter einen Stellvertreter mit abgestufter Berechtigung zur Einsicht und Weiterbearbeitung der eingehenden geschäftlichen E-Mails.

Die als «privat» gekennzeichneten E-Mails sind für den Stellvertreter nicht sichtbar.

Die externen Absender müssen informiert werden, dass private E-Mails als solche zu kennzeichnen sind, ansonsten sie durch den Stellvertreter eingesehen werden können.

5.7 *Die E-Mail-Verwaltung beim Austritt eines Mitarbeiters*

Vor dem Austritt hat der Mitarbeiter die noch hängigen Geschäfte und E-Mails intern weiterzuleiten.

Der Mitarbeiter hat die Übergabe sämtlicher Geschäftsdokumente an unsere Firma zu bestätigen.

Der austretende Mitarbeiter hat die Möglichkeit, seine privaten E-Mails und andere Dokumente auf private Datenträger zu speichern und aus den Servern der Firma zu löschen.

Bei Austritt sperren wir spätestens am letzten Arbeitstag den E-Mail-Account des Betroffenen (wie übrigens auch alle anderen EDV-Accounts) und löschen seinen Briefkasten (wie alle anderen persönlichen Datenträger). Bei einem Todesfall wird der E-Mail-Account des Verstorbenen sofort gesperrt und die Daten werden gesichert.

Absender, welche E-Mails an die gesperrte E-Mail-Adresse schicken, werden automatisch informiert, dass die Empfängeradresse hinfällig ist. In der automatischen Antwort wird eine geeignete Ersatz-E-Mail-Adresse unserer Firma angegeben.

5.8 *Sanktionen bei Missbrauch*

Wenn die Voraussetzungen und die Regeln der Überwachung eingehalten sind, kann die Firma im Falle eines erwiesenen Missbrauchs arbeitsrechtliche Sanktionen gegen den fehlbaren Mitarbeiter aussprechen.

(Hier hat das Unternehmen die Sanktionen aufzulisten, die es im Falle eines Missbrauchs zu treffen gedenkt. In Frage kommen z.B. Abmahnungen, Sperrungen des Internetzugriffs, Schadenersatzforderungen, Streichung von Sonderprämien usw. In extremen Fällen, wie etwa bei wiederholtem Missbrauch mit technischer Störung trotz Abmahnung oder bei er-

wiesenen Straftaten, kann der Arbeitgeber sogar die Entlassung aussprechen. Eine fristlose Entlassung kann jedoch nur ausgesprochen werden, wenn dem Arbeitgeber nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden kann. Die Sanktionen müssen der Schwere des jeweiligen Missbrauches angepasst und in ihrem Umfang bereits in diesem Überwachungsreglement bestimmt sein.)

5.9 Ansprüche des Mitarbeiters bei unzulässiger Überwachung durch die Firma

Werden die Voraussetzungen und Regeln der Überwachung der Surf- und E-Mail-Aktivitäten verletzt, stehen dem betroffenen Mitarbeiter die zivilrechtlichen Ansprüche bei Persönlichkeitsverletzung zu (vgl. Art. 28 ff ZGB).

Der betroffene Arbeitnehmer kann im Falle einer missbräuchlichen Überwachung durch die Firma auch strafrechtliche Mittel ergreifen. Zu denken ist insbesondere an die Anzeige wegen Verletzung des Geheim- oder Privatbereiches durch Aufnahmegeräte (Art. 179^{quater} StGB) oder wegen unbefugten Beschaffens von Personendaten (Art. 179^{novies} StGB).

5.10 Weitere Bestimmungen

Unsere Firma schult regelmässig die Mitarbeiter über die Risiken im Zusammenhang mit der Benutzung von Internet und E-Mail.

Sowohl die Informatikdienste als auch die Vorgesetzten unserer Firma haben die Personendaten, die sie im Zusammenhang mit einer Überwachung bearbeiten, durch angemessene technische Massnahmen gegen unbefugte Zugriffe zu schützen.

Sie sorgen insbesondere für die Vertraulichkeit, die Verfügbarkeit und die Integrität der Personendaten.

Der Arbeitnehmer darf von der Firma jederzeit Auskunft darüber verlangen, ob und welche Daten über ihn bearbeitet werden.

Personendaten dürfen nicht ohne Einwilligung der betroffenen Personen oder einen anderen Rechtfertigungsgrund an unberechtigte Dritte bekannt gegeben werden. Die Arbeitskollegen der betroffenen Person gelten als Dritte.

Der Firma obliegt keine gesetzliche Aufbewahrungspflicht im Zusammenhang mit Protokollierungen. Zu Beweissicherungszwecken dürfen die Protokollierungen für eine beschränkte Zeit, in der Regel nicht länger als vier Wochen, aufbewahrt werden.

Die Aufbewahrungsdauer hängt vom Zweck der Protokollierung ab. Im Rahmen von Sanktionsverfahren oder Strafverfolgungen dürfen sie bis zum Ablauf der entsprechenden Rechtsmittelfristen aufbewahrt werden.

C. Rechtsprechung

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

Bundesgericht

Tribunal fédéral, Arrêt du 3 janvier 2012, Doss.-N° 4A_422/2011 (Rejet du recours en matière civile interjeté contre l'arrêt de la Cour de justice du canton de Genève, Chambre des prud'hommes, du 31 mai 2011)

Interprétation d'un «secondment contract» complétant le contrat de travail initial.

Une succursale n'étant pas dotée de la personnalité juridique ni en droit suisse ni en droit français, il faut considérer que l'employé a conclu les deux contrats invoqués avec la même personne juridique, à savoir la société intimée, représentée tantôt par sa succursale française, tantôt par sa succursale suisse (c. 2.3.1).

Art. 18 CO. Contrat de travail amendé par une deuxième convention. Le «secondment contract» se caractérise comme un contrat de modification ou d'amendement, qui a pour seul objet d'adapter le rapport de travail pendant la durée de l'affectation temporaire, le contrat initial subsistant à l'état latent pendant cette période. Le «secondment contract» ne constitue dès lors pas un nouveau contrat de travail, le contrat initial étant destiné à reprendre effet après l'affectation temporaire (c. 2.3.2). In casu, lorsque l'employeur a mis fin à l'affectation temporaire en Suisse, l'employé devait, selon les termes du «secondment contract», être rapatrié en France et le contrat initial reprenait ses effets. Que l'affectation provisoire prenne fin n'entraînait donc pas l'extinction de la relation de travail, laquelle se poursuivait avec le même employeur, mais dans un autre lieu (c. 2.3.3).

Extraits des faits:

Par contrat de travail du 30 juillet 1998, X., domicilié à Paris, a été engagé, dès le 1^{er} octobre 1998, en qualité d'ingénieur au sein de la direction du marketing et de la planification par la succursale en France de la Société Internationale Y., une société coopérative belge ayant son siège à Bruxelles. Le contrat précisait que l'entreprise pouvait être amenée, en fonction des nécessités de son exploitation, à muter l'employé dans un autre pays où elle exerçait ses activités. Un refus de ce dernier constituait une rupture du contrat. Le 12 mai 2000, X. a signé avec la société Y., sur papier mentionnant l'adresse de sa succursale à ... (Genève), un contrat en anglais intitulé «secondment contract», prévoyant le transfert de X. à Genève. Ce contrat, destiné à amender le précédent, devait prendre effet le 1^{er} juillet 2000. Le détachement était prévu pour une durée de trois ans, renouvelable par accord mutuel pour une période supplémentaire de deux

ans. Il était prévu que le contrat initial reprendrait effet à l'issue de la période de transfert. Ce «secondment contract» était expressément soumis au droit suisse; il réglait notamment les conditions salariales de l'employé en Suisse, ainsi que la prise en charge par l'employeur de frais de déménagement; il était indiqué que ce contrat était résiliable en tout temps par chacune des parties moyennant un préavis écrit de trois mois avant la résiliation; en cas de résiliation, X. serait rapatrié en France et le contrat d'origine reprendrait effet.

Par courriers des 8 et 22 septembre 2003, la société Y., sur papier à l'en-tête de la succursale de ..., a informé X. de la fin de son contrat de détachement. Il était expliqué qu'en raison d'une restructuration, son poste était devenu redondant. Par une lettre du 28 novembre 2003, l'employeur a formellement mis fin au contrat de détachement pour le 29 février 2004, confirmant à l'employé qu'il était réaffecté en France, dans la région parisienne, dès le 1^{er} mars 2004. X. a contesté la fin de son contrat de détachement, qu'il a qualifié de résiliation non valable et abusive. Par lettres des 5 et 15 mars 2004, la société Y., à l'adresse de sa succursale en France, a convoqué X. pour un entretien préalable, le 15 mars, reporté ensuite au 26 mars 2004. Ces courriers évoquaient une mesure de licenciement pour faute grave si X. ne se présentait pas à son lieu de travail à Paris. Par lettre signature du 29 mars 2004, la société Y. a signifié à X. son licenciement pour faute grave pour n'avoir pas repris ses fonctions à Paris à compter du 1^{er} mars 2004.

X. a introduit action contre la société Y. en France pour ses prétentions découlant du contrat initial et en Suisse pour ses prétentions fondées sur le «secondment contract». En ce qui concerne la procédure menée en Suisse, l'employé a expédié le 27 août 2004 une demande adressée à la Juridiction des prud'hommes du canton de Genève dirigée contre la société Y. à Bruxelles, ainsi que contre une société Y. néerlandaise (qui n'est plus en cause devant le Tribunal fédéral). En dernier lieu, il a conclu principalement à ce que ses parties adverses soient condamnées à lui payer en capital la somme de 701 811 fr. 10. Par jugement du 10 février 2010, le Tribunal des prud'hommes du canton de Genève a déclaré la demande irrecevable en tant qu'elle tendait à la constatation que le contrat de délégation était de durée minimale et que la résiliation ne pouvait prendre effet avant le 30 juin 2005; il a rejeté la demande, faute de légitimation passive, en tant qu'elle était dirigée contre la société néerlandaise; à l'égard de la société belge, il a condamné cette dernière à payer à X. la somme de 3289 fr. 60 (à titre d'indemnité de rapatriement) avec intérêts. X. a appelé de ce jugement, en reprenant ses conclusions de première instance et en apportant diverses modifications aux montants réclamés. Par arrêt du 31 mai 2011, la Chambre des prud'hommes de la Cour de justice du canton de Genève a rejeté l'appel et confirmé le jugement attaqué.

X. exerce un recours en matière civile au Tribunal fédéral contre l'arrêt cantonal du 31 mai 2011.

Extraits des considérants:

2.

2.1 En raison du siège en Belgique de l'intimée et du domicile en France du recourant, la cause revêt un caractère international et le Tribunal fédéral doit déterminer d'office quel est le droit applicable (ATF 136 III 142 consid. 3.2 p. 144; 132 III 609 consid. 4 p. 614, 626 consid. 2 p. 629).

La question doit être tranchée selon le droit international privé du for (ATF 136 III 142 consid. 3.2 p. 144; 132 III 661 consid. 2 p. 663). La qualification du rapport juridique litigieux doit être effectuée selon le droit interne du for (ATF 136 III 142 consid. 3.2 p. 144; 132 III 609 consid. 4 p. 615).

Selon le droit interne du for, il n'est pas douteux que le litige s'inscrit dans le contexte d'un contrat individuel de travail (art. 319 al. 1 CO), puisque le recourant s'était engagé à fournir ses services dans une position subordonnée et que l'intimée s'était obligée, en contrepartie, à lui verser un salaire.

Seules sont litigieuses devant la juridiction suisse des prétentions issues du «secondment contract». Les parties ont soumis expressément ce contrat au droit suisse (art. 116 LDIP). L'élection de droit est valable puisque l'intimée a un établissement dans ce pays (art. 121 al. 3 et art. 21 al. 4 LDIP) et le droit suisse est donc applicable. Au demeurant, on relèvera qu'il s'agit du pays dans lequel le travailleur accomplissait habituellement son travail pendant son affectation temporaire (cf. art. 121 al. 1 LDIP).

(...)

2.2.3 L'argumentation du recourant revient pour l'essentiel à discuter l'interprétation du «secondment contract», ainsi que des clauses qu'il contient ou qui ont été adoptées dans ce contexte.

Confronté à l'interprétation d'une disposition contractuelle, le juge doit tout d'abord s'efforcer de déterminer la commune et réelle intention des parties, sans s'arrêter aux expressions ou dénominations inexacts dont elles ont pu se servir, soit par erreur, soit pour déguiser la nature véritable de la convention (art. 18 al. 1 CO; ATF 135 II 410 consid. 3.2 p. 412 s.). Déterminer ce qu'un cocontractant savait ou voulait au moment de conclure relève des constatations de fait; la recherche de la volonté réelle des parties est qualifiée d'interprétation subjective (ATF 131 III 606 consid. 4.1 p. 611). Si le juge parvient à établir une volonté réelle et concordante des parties, il s'agit d'une constatation de fait qui lie en principe le Tribunal fédéral conformément à l'art. 105 LTF.

Si la volonté réelle des parties ne peut pas être établie ou si leurs volontés intimes divergent, le juge doit interpréter les déclarations faites et les comportements selon la théorie de la confiance; il doit donc rechercher comment une déclaration ou une attitude pouvait être comprise de bonne foi en fonction de l'ensemble des circonstances (on parle alors d'une interprétation objective). Le principe de la confiance permet ainsi d'imputer

à une partie le sens objectif de sa déclaration ou de son comportement, même s'il ne correspond pas à sa volonté intime. L'application du principe de la confiance est une question de droit que le Tribunal fédéral peut examiner d'office (art. 106 al. 1 LTF); cependant, pour trancher cette question, il doit se fonder sur le contenu des manifestations de volonté et sur les circonstances, dont la constatation relève du fait (ATF 135 III 410 consid. 3.2 p. 412 s.).

Le principe selon lequel l'interprétation subjective a la priorité sur l'interprétation objective relève du droit (ATF 131 III 606 consid. 4.1 p. 612).

2.3 Il convient maintenant d'examiner les griefs soulevés à la lumière des principes qui viennent d'être rappelés.

2.3.1 Le recourant soutient que le «secondment contract» constituerait un contrat individuel de travail en lui-même, distinct du contrat signé précédemment en France, pour le motif que l'employeur ne serait pas le même: dans le premier cas, il s'agissait de Y. France et dans le second cas de Y. Suisse.

Selon le site officiel du registre du commerce – dont le contenu est notoire – la société intimée est une société ayant son siège à Bruxelles (Belgique), qui a fait inscrire deux succursales en Suisse, l'une à ... et l'autre à

En droit suisse, une succursale est une partie d'une entreprise principale qui dispose durablement de ses propres installations où elle exerce une activité analogue à celle de l'entreprise principale et qui jouit d'une certaine indépendance financière et commerciale (ATF 117 II 85 consid. 3 p. 87). La succursale n'a pas la personnalité juridique (ATF 120 III 11 consid. 1a p. 13; arrêt 4P.146/2005 du 10 octobre 2005 consid. 5.2.2 publié in RtiD 2006 II p. 669; arrêt 4C.270/2003 du 28 novembre 2003 consid. 1.1).

Quant à la succursale française – dont l'existence est constatée dans l'arrêt attaqué (p. 16) –, il faut relever qu'une succursale en France d'une société étrangère ne dispose d'aucune personnalité juridique autonome (Jurisclasseur, sociétés, vol. 1, fascicule 28–40 n° 86; arrêt de la Cour de cassation, Chambre sociale, du 23 septembre 2008 n° 07-42862).

La succursale n'étant pas dotée de la personnalité juridique ni en droit suisse ni en droit français, le recourant a conclu les deux contrats invoqués avec la même personne juridique, à savoir la société intimée, représentée tantôt par sa succursale française, tantôt par sa succursale suisse.

Le premier argument soulevé ne résiste donc pas à l'examen.

2.3.2 Le second contrat conclu, rédigé en anglais, porte le titre de «secondment contract».

Selon les dictionnaires immédiatement disponibles sur internet, le terme de «secondment» vise un transfert temporaire à un autre poste dans une même organisation, une affectation provisoire, un détachement.

Le contenu du contrat confirme cette signification précise et montre que ce terme n'a pas été employé indûment. Etant rappelé que le contrat

d'origine prévoyait déjà la possibilité d'une mutation dans un autre pays, le second contrat prévoit un détachement à Genève pour une durée de trois ans, éventuellement renouvelable par accord mutuel pour une période supplémentaire de deux ans. Il était prévu qu'à la fin du détachement, l'employé serait rapatrié en France et que le contrat initial reprenait ses effets.

Ainsi, il en ressort clairement que le contrat initial ne s'est pas éteint avec l'adoption du «secondment contract», mais qu'il devait au contraire reprendre ses effets après la période d'affectation à Genève. Le «secondment contract» avait pour seul objet d'adapter les dispositions du contrat de travail pendant la durée, limitée dans le temps, de l'affectation en Suisse.

Le «secondment contract» se caractérise donc comme un contrat de modification ou d'amendement, qui a pour seul objet d'adapter le rapport de travail pendant la durée de l'affectation temporaire, le contrat initial subsistant à l'état latent pendant cette période. Le «secondment contract» ne constitue dès lors pas un nouveau contrat de travail, le contrat initial étant destiné à reprendre effet après l'affectation temporaire.

Dès lors qu'aucune intention réelle concordante n'avait été établie, la cour cantonale n'a pas violé les règles du droit fédéral sur l'interprétation des manifestations de volonté en donnant cette signification au «secondment contract» sur la base du texte des dispositions contractuelles adoptées par les deux parties (interprétation objective).

2.3.3 Lorsque l'employeur a mis fin à l'affectation temporaire en Suisse, l'employé devait, selon les termes du «secondment contract», être rapatrié en France et le contrat initial reprenait ses effets. L'intimée a d'ailleurs bien demandé au recourant de reprendre son travail à Paris.

Que l'affectation provisoire prenne fin n'entraînait donc pas l'extinction de la relation de travail, laquelle se poursuivait avec le même employeur (comme on l'a vu), mais dans un autre lieu (comme le «secondment contract» le prévoyait expressément).

Ainsi, la fin de l'affectation provisoire n'a pas entraîné la rupture de la relation de travail, qui se poursuivait conformément à l'accord des parties. Il ne s'agit dès lors pas d'un congé et c'est à juste titre que la cour cantonale n'a pas appliqué l'art. 336 CO.

2.3.4 Le recourant soutient que l'intimée ne pouvait pas mettre fin à l'affectation provisoire avant une durée de trois ans.

Selon les constatations cantonales – qui lient le Tribunal fédéral (art. 105 al. 1 LTF) –, il était prévu que l'affectation provisoire aurait une durée de trois ans, reconductible pour deux ans en cas de nouvel accord. Cependant, une clause spéciale prévoyait que chacune des parties pouvait «en tout temps» mettre fin à l'affectation provisoire moyennant un préavis écrit de trois mois.

L'expression «en tout temps» montre que chacune des parties pouvait, à n'importe quel moment, mettre fin à l'affectation provisoire moyennant un préavis de trois mois. Cette clause, selon son texte clair, n'était pas dépourvue de sens et de but. Elle permettait en effet à l'entreprise intimée

de déplacer son personnel selon ses besoins, objectif qu'elle avait déjà manifesté dans le contrat initial. Du point de vue du travailleur également, cette clause présentait un avantage, puisqu'elle donnait au recourant la possibilité d'exiger de retourner à Paris s'il ne se plaisait pas dans son emploi à Genève.

Imaginer, comme le fait le recourant, que la clause spéciale sur la résiliation – avec son préavis de trois mois – ne s'applique qu'à l'expiration du délai de trois ans puis de deux ans supplémentaires aurait pour effet d'enlever tout sens à l'expression «en tout temps».

En interprétant la clause de résiliation selon son sens clair, la cour cantonale n'a pas violé les règles du droit fédéral sur l'interprétation des manifestations de volonté (art. 18 CO). Dès lors, l'intimée a valablement mis fin à l'affectation provisoire.

Tribunal fédéral, Arrêt du 3 janvier 2012, Doss.-N° 4A_611/2011 (Rejet du recours en matière civile interjeté contre l'arrêt rendu le 20 septembre 2011 par le Juge délégué de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal du canton de Vaud)

Mesures provisionnelles tendant à la restitution par le travailleur de documents physiques et informatiques.

Art. 339a CO. Il n'est pas arbitraire de considérer que le devoir de restitution à charge du travailleur vise tous les types de documents, physiques ou informatiques, et que le travailleur n'est pas autorisé à conserver une copie de ce qu'il a restitué; il s'agit de préserver les intérêts de l'employeur quant à l'obligation de confidentialité qui perdure après la fin des rapports de travail (art. 321a al. 4 CO) et de diminuer les risques de concurrence déloyale (c. 4.3).

Art. 321a CO. En cours de contrat, le devoir de fidélité du travailleur s'oppose à ce que celui-ci détourne la clientèle de son employeur au profit d'une autre entreprise; ce même devoir de fidélité fonde l'obligation de restitution de l'art. 321b CO; il n'est ainsi pas insoutenable de considérer qu'à l'issue des relations contractuelles, le devoir de restitution de l'art. 339a CO s'étend aux copies de documents afin notamment de prévenir un risque de détournement de la clientèle de l'entreprise. Une telle prétention peut exister indépendamment de l'éventuel droit d'interdire à l'ex-employé d'exercer une activité concurrente (c. 4.3).

Extraits des faits:

La société Y. SA, qui effectue du courtage dans le domaine des assurances, a employé pendant quelques années X. en qualité de conseiller économique. Le contrat de travail qui liait ces deux parties contenait une

clause d'interdiction de concurrence assortie d'une peine conventionnelle de 15 000 fr. Il était précisé qu'à la fin de la collaboration, les clients fournis par Y. SA restaient la «propriété exclusive» de cette dernière; des dommages-intérêts ultérieurs étaient réservés. L'employé s'est vu soumettre un nouveau contrat qu'il a refusé; il a alors présenté sa démission pour le 31 mars 2011. Les parties ont convenu d'une libération anticipée au 28 février 2011. Entre le 13 janvier et le 23 février 2011, l'employé a transféré de sa messagerie électronique professionnelle à sa messagerie privée des documents scannés concernant diverses relations d'assurance. Le 1^{er} mars 2011, il a été engagé par une compagnie d'assurance. Entre cette date et le 20 avril 2011, il a signé une quinzaine de contrats avec des clients pour le compte de son nouvel employeur. Il conseillait déjà la plupart de ces clients alors qu'il était au service de Y. SA. Celle-ci, par courriers des 28 février et 10 mars 2011, a vainement sommé son ex-employé de lui restituer tous documents, copies de dossiers et informations lui appartenant.

Le 21 mars 2011, Y. SA a saisi le Président du Tribunal de prud'hommes de l'arrondissement de Lausanne d'une requête provisionnelle. Elle entendait d'une part faire interdire à son ex-employé de la concurrencer par des activités dans le domaine de l'assurance, en particulier de contacter les anciens clients de Y. SA, d'autre part l'obliger à restituer dans un délai de 48 heures tous les fichiers appartenant à Y. SA et l'entier des fichiers, photocopies et scans de propositions d'assurance et polices d'assurance, le tout sous la menace de la peine prévue à l'art. 292 CP. Le président du tribunal a rejeté cette requête par ordonnance du 16 mai 2011. Il a considéré en substance que le contrat de travail ne réservait pas la possibilité pour Y. SA de demander la cessation de l'éventuelle activité concurrente de son ex-employé et que cette société n'avait pas rendu vraisemblable le risque d'un préjudice sensible si elle n'obtenait pas la restitution immédiate des documents requis. Y. SA a déféré l'ordonnance provisionnelle au Juge délégué de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal. Par arrêt du 20 septembre 2011, le juge a réformé la décision entreprise en ce sens qu'ordre est donné à X., sous menace de la peine prévue à l'art. 292 CP, de restituer à Y. SA dans un délai de 48 heures l'entier des fichiers, photocopies et scans de propositions d'assurance et polices d'assurance, ainsi que tous les dossiers et fichiers appartenant à cette société.

X. (ci-après: le recourant) a interjeté un recours en matière civile auprès du Tribunal fédéral. Il a conclu principalement au rejet de l'appel formé par Y. SA (ci-après: l'intimée). Il a en outre requis que son recours soit assorti de l'effet suspensif, ce qui a été accordé par ordonnance préjudicielle du 2 novembre 2011.

Extraits des considérants:

4.

Le recourant se plaint ensuite d'une application arbitraire de l'art. 261 CPC.

4.1 Selon l'art. 261 CPC, le tribunal ordonne les mesures provisionnelles nécessaires lorsque le requérant rend vraisemblable, d'une part, qu'une prétention dont il est titulaire est l'objet d'une atteinte ou risque de l'être (al. 1 let. a) et, d'autre part, que cette atteinte risque de lui causer un préjudice difficilement réparable (al. 1 let. b).

Le requérant doit rendre vraisemblable qu'il s'expose, en raison de la durée nécessaire pour rendre une décision définitive, à un préjudice qui ne pourrait pas être entièrement supprimé même si le jugement à intervenir devait lui donner gain de cause. En d'autres termes, il s'agit d'éviter d'être mis devant un fait accompli dont le jugement ne pourrait pas complètement supprimer les effets (MICHAEL TREIS, in *Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO]*, 2010, n° 7 ad art. 261 CPC). Est difficilement réparable le préjudice qui sera plus tard impossible ou difficile à mesurer ou à compenser entièrement. Entrent notamment dans ce cas de figure la perte de clientèle, l'atteinte à la réputation d'une personne, ou encore le trouble créé sur le marché par l'utilisation d'un signe créant un risque de confusion (THOMAS SPRECHER, in *Basler Kommentar*, op.cit., n° 34 ad art. 261 CPC; TREIS, op.cit., n° 8 ad art. 261 CPC).

La mesure doit être proportionnée au risque d'atteinte. Si plusieurs mesures sont aptes à atteindre le but recherché, il convient de choisir la moins incisive, celle qui porte le moins atteinte à la situation juridique de la partie intimée. Il faut procéder à une pesée des intérêts contradictoires des deux parties au litige (Message du Conseil fédéral du 28 juin 2006 relatif au code de procédure civile suisse [CPC], FF 2006 6962; SPRECHER, op.cit., n°^{os} 47–51 ad art. 262 CPC; SABINE KOFMEL EHRENZELLER, in *Schweizerische Zivilprozessordnung, Kurzkomentar*, 2010, n° 12 ad art. 261 CPC).

Plus une mesure atteint de manière incisive la partie citée, plus il convient de fixer de hautes exigences quant à l'existence des faits pertinents et au fondement juridique de la prétention. Tel est en particulier le cas des mesures d'exécution anticipée provisoires lorsqu'elles sont susceptibles d'avoir un effet définitif, le litige étant alors privé d'intérêt au-delà du stade des mesures provisionnelles. Ces exigences élevées ne portent pas seulement sur la vraisemblance comme mesure de la preuve requise, mais également sur l'ensemble des conditions d'octroi de la mesure provisionnelle, en particulier sur l'appréciation de l'issue du litige au fond et sur celle des inconvénients que la décision incidente pourrait créer à chacune des deux parties (ATF 131 III 473 consid. 2.3 et 3.2).

4.2 Le recourant reproche à l'autorité précédente d'avoir arbitrairement retenu qu'un danger imminent menaçait les droits de l'intimée et

qu'elle encourait un risque de préjudice difficilement réparable. A ce sujet, il objecte que dans le cadre de son nouvel emploi, il a signé seulement 15 contrats en plus de 7 mois et qu'en tout état de cause, la peine prévue dans son contrat de travail suffira à couvrir l'éventuel dommage causé à l'intimée. Celle-ci chercherait à obtenir par la restitution de documents (art. 339a CO) ce qu'elle n'a pas pu obtenir en se fondant sur l'art. 340 CO (prohibition de faire concurrence).

4.3 Pour contester l'imminence du danger, le recourant se réfère aux écritures de la procédure d'appel, ce qui n'est pas admissible dans le cadre d'un recours restreint à l'arbitraire (cf. supra, consid. 2.1). Il n'y a dès lors pas à entrer en matière sur ce grief.

Quant au grief relatif au préjudice difficilement réparable, il doit être rejeté. L'autorité précédente a considéré que l'intimée disposait d'une prétention en restitution des documents litigieux fondée sur l'art. 339a CO; elle s'est référée à un auteur soutenant que le devoir de restitution vise tous les types de documents, physiques ou informatiques, et que le travailleur n'est pas autorisé à conserver une copie de ce qu'il a restitué; pour cet auteur, il s'agit de préserver les intérêts de l'employeur quant à l'obligation de confidentialité qui perdure après la fin des rapports de travail (art. 321a al. 4 CO) et de diminuer les risques de concurrence déloyale (RÉMY WYLER, *Droit du travail*, 2^e éd. 2008, p. 584).

Une telle interprétation de l'art. 339a CO est exempte d'arbitraire, et le recourant ne soutient pas le contraire. En cours de contrat, le devoir de fidélité du travailleur (art. 321a CO) s'oppose à ce que celui-ci détourne la clientèle de son employeur au profit d'une autre entreprise; ce même devoir de fidélité fonde l'obligation de restitution de l'art. 321b CO (ADRIAN STAEHELIN, *Zürcher Kommentar*, 4^e éd. 2006, n° 18 ad art. 321a CO et n° 1 ad art. 321b CO; WOLFGANG PORTMANN, in *Basler Kommentar, Obligationenrecht I*, 5^e éd. 2011, n° 6 ad art. 321a CO); il n'est ainsi pas insoutenable de considérer qu'à l'issue des relations contractuelles, le devoir de restitution de l'art. 339a CO s'étend aux copies de documents afin notamment de prévenir un risque de détournement de la clientèle de l'entreprise. Une telle prétention peut exister indépendamment de l'éventuel droit d'interdire à l'ex-employé d'exercer une activité concurrente (cf. art. 340b al. 3 CO). Quant à l'indemnisation que l'employeur pourrait cas échéant toucher pour le dommage causé par l'exercice d'une telle activité, elle n'exclut pas que l'employeur s'expose à un préjudice difficilement mesurable et donc difficilement réparable, dans la mesure où son ex-employé détiendrait des documents d'affaires propres à entraîner un détournement de sa clientèle. Or, l'arrêt attaqué reconnaît implicitement que le recourant détient de tels documents et ajoute qu'ils sont susceptibles de contenir des informations confidentielles (arrêt, p. 11), sans que le recourant ne cherche à démontrer le contraire. Au vu de ce qui précède, il n'était pas arbitraire de considérer que l'intimée était menacée d'un préjudice difficilement réparable.

4.4 Le recourant objecte encore que la cour cantonale a enfreint le principe de proportionnalité en ordonnant la mesure litigieuse; une pesée non arbitraire des intérêts en cause aurait dû la conduire à privilégier la situation du recourant et à tenir compte de son intérêt à conserver les documents pour des raisons de preuve.

L'arrêt attaqué constate que le recourant n'a plus d'intérêt actuel à conserver les documents litigieux dès lors qu'il a déposé une requête de conciliation le 14 juillet 2011 et produit des pièces à l'appui de cette écriture. Le recourant tente vainement de remettre en cause ce raisonnement en soulignant que la requête de conciliation doit se limiter à décrire l'objet du litige; en effet, les art. 202 s. CPC n'empêchent pas de produire des pièces au stade de la conciliation déjà. A cela s'ajoute que la loi permet à une partie de requérir la production de pièces détenues en mains de la partie adverse, un éventuel refus injustifié étant pris en compte lors de l'appréciation des preuves (cf. art. 160 al. 1 let. b et art. 164 CPC). La partie adverse ne peut se retrancher derrière ses intérêts commerciaux dès lors qu'au besoin, des mesures de protection peuvent être ordonnées (art. 156 CPC).

Le recourant laisse encore entendre qu'il existerait un risque de falsification de pièces car l'intimée aurait déjà eu une telle attitude par le passé; un tel élément ne ressort toutefois pas de l'arrêt attaqué. L'autorité cantonale n'a ainsi pas arbitrairement sous-estimé le prétendu intérêt du recourant à conserver les documents et fichiers litigieux.

4.5 Toujours en relation avec le principe de proportionnalité, le recourant plaide enfin que la mesure est irréversible et qu'une mesure moins incisive aurait dû être ordonnée, telle la consignation, le séquestre, la mise sous scellés ou l'interdiction de disposer assortie de la menace de peine de l'art. 292 CP.

Le principe de proportionnalité peut certes impliquer d'ordonner une mesure conservatoire plutôt qu'une mesure d'exécution anticipée si la première permet d'assurer au requérant la même protection (cf. KOFMEL EHRENZELLER, op.cit., n° 12 i.f. ad art. 261 CPC; cf. aussi PATRICIA DIETSCHY, *Les conflits de travail en procédure civile suisse*, 2011, p. 229 n° 468, qui ne mentionne que des mesures conservatoires comme exemples de mesures provisionnelles en cas d'action en restitution fondée sur l'art. 339a CO). En l'occurrence, le recourant prétend être atteint dans sa situation juridique parce que la mesure serait irréversible. Or, tel n'est pas le cas. La situation n'est en effet pas comparable à une prohibition de faire concurrence (ATF 131 III 473 précité consid. 2.3 p. 477) ou une expulsion de locataire (ATF 104 II 216 consid. 2b); rien ne s'oppose à ce que les documents visés soient restitués au recourant dans une procédure au fond lui donnant gain de cause.

A cela s'ajoute que l'état de fait sur lequel se fonde la mesure n'est pas litigieux, le recourant ne contestant pas avoir transféré des fichiers et documents appartenant à son employeuse d'alors. Quant au bien-fondé de la prétention au fond, il ne fait pas de doute pour le juge d'appel. Le recou-

rant lui-même ne discute pas à proprement parler l'existence d'une prétention en restitution, mais conteste – à tort – que la durée du procès soit susceptible de causer à l'intimée un préjudice difficilement réparable. L'on peut ainsi admettre que la partie adverse aurait pu obtenir la restitution des pièces litigieuses en recourant à la procédure applicable dans les cas clairs (art. 257 al. 1 CPC), procédure qui était en soi licite dès lors que la cause au fond n'était pas soumise à la maxime d'office (art. 257 al. 2 CPC en relation avec l'art. 58 al. 2 CPC). Dans son résultat, la mesure de restitution n'est pas arbitraire et ne porte pas atteinte à la situation juridique du recourant, d'autant moins que la décision provisionnelle contestée ne revêt pas l'autorité de chose jugée.

Tribunal fédéral, Arrêt du 10 janvier 2012, Doss.-N° 4A_489/2011 et 4A_491/2011 (Confirmation des arrêts de la Cour de justice du canton de Genève, Chambre civile, du 21 juin 2011), in: ATF 138 III 67

Art. 340 Abs. 2 OR; Gültigkeit eines Konkurrenzverbotes. Erbringt der Arbeitnehmer dem Kunden eine Leistung, die vorwiegend von seinen persönlichen Fähigkeiten geprägt ist, so dass der Kunde diesen Fähigkeiten eine grössere Wichtigkeit beimisst als der Identität des Arbeitgebers, ist ein Konkurrenzverbot gestützt auf den Einblick in den Kundenkreis ungültig (E. 2.2).

Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse des Arbeitgebers (Art. 340 Abs. 2 OR); Treuepflicht des Arbeitnehmers (Art. 321a OR). Die Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse des Arbeitgebers müssen spezifische technische, organisatorische oder finanzielle Fragen betreffen, die dieser geheim halten will. Die Treuepflicht des Arbeitnehmers erlischt mangels anderslautender gesetzlicher Vorschrift mit Ablauf des Arbeitsvertrags. Der Arbeitnehmer, der gemeinsam mit anderen die Gründung eines Konkurrenzunternehmens ins Auge fasst und hiezu noch vor Ablauf des Arbeitsvertrags Vorbereitungshandlungen vornimmt, verletzt seine Treuepflicht nicht, solange er seinen Arbeitgeber nicht zu konkurrenzieren bzw. dessen Arbeitnehmer oder Kundschaft abzuwerben beginnt. Anwendung dieser Prinzipien auf den vorliegenden Fall (E. 2.3).

Art. 340 al. 2 CO; validité d'une clause de prohibition de concurrence. Lorsque le travailleur fournit au client une prestation qui se caractérise surtout par ses capacités personnelles, de sorte que ce dernier attache plus d'importance auxdites capacités qu'à l'identité de l'employeur, une clause de prohibition de concurrence fondée sur la connaissance de la clientèle n'est pas valable (consid. 2.2).

Secrets de fabrication ou d'affaires de l'employeur (art. 340 al. 2 CO); devoir de fidélité du travailleur (art. 321a CO). Les secrets de fabrica-

tion ou d'affaires de l'employeur doivent toucher à des questions techniques, organisationnelles ou financières, qui sont spécifiques et que celui-ci veut garder secrètes. Le devoir de fidélité du travailleur s'éteint, en l'absence d'une disposition légale contraire, au terme du contrat de travail. Ne viole pas son devoir de fidélité le travailleur qui, envisageant avec d'autres de fonder une entreprise concurrente, entreprend des préparatifs avant que le contrat de travail ne prenne fin, pour autant cependant qu'il ne commence pas à concurrencer son employeur, à débaucher des employés ou à détourner de la clientèle. Application de ces principes au cas d'espèce (consid. 2.3).

Faits:

A.

X. SA (ci-après: X.) est une société anonyme, qui a son siège à Genève et ses bureaux à ... (France), dont le but social est l'organisation de training, séminaires, cycles de formation, notamment dans le développement des ressources humaines de l'entreprise, les conseils et l'assistance dans la direction et le management d'entreprise.

Par contrat du 23 février 2000, X. a engagé Y., domicilié dans le canton de Genève, en qualité de «training coach senior» dès le 1^{er} mars 2000. Le contrat contient une clause de prohibition de concurrence, interdisant à l'employé, en cas de démission après la première année de service, d'exercer une activité concurrente dans un délai de deux ans et dans l'espace de la Suisse romande et de la région frontalière de Genève; la clause est assortie d'une amende conventionnelle fixée au montant total de la rémunération de la dernière année d'activité, qu'elle soit complète ou partielle.

Par lettre du 28 août 2006, X. a engagé Z., domicilié dans le canton de Genève, en qualité de «training coach senior» dès le 1^{er} septembre 2006. La lettre contient également une clause de prohibition de concurrence pour une durée de deux ans limitée à l'espace de la Suisse romande; cette clause est assortie d'une amende conventionnelle d'un montant correspondant à la rémunération de la dernière année d'activité.

X. reproche à ses deux anciens employés, soit Y. et Z., d'avoir violé la clause de prohibition de concurrence et leur réclame la pénalité convenue. X. reproche également à ses deux anciens employés d'avoir violé leur devoir de fidélité en détournant de la clientèle avant la fin du rapport de travail, soit – selon ce qui reste litigieux devant le Tribunal fédéral – les clients B. et A. dans le cas de Y. et les clients D. et E. dans le cas de Z.

B.

B. a Par demande déposée au greffe de la juridiction des prud'hommes du canton de Genève, X. a réclamé en dernier lieu à Y. les sommes de 190 110 fr., 134 650 fr. et deux fois 27 000 fr., avec intérêts. Par arrêt du 21 juin 2011, la Chambre des prud'hommes de la Cour de justice du canton

de Genève, réformant le jugement de première instance, a considéré que la clause de prohibition de concurrence et la peine conventionnelle qui lui était liée n'étaient pas valables. Elle a conclu également qu'il n'était pas prouvé que l'employé ait détourné des clients par des déclarations faites avant la fin du rapport de travail. Elle a donc rejeté la demande principale.

B.b Par demande déposée au greffe de la juridiction des prud'hommes du canton de Genève, X. a réclamé en dernier lieu à Z. le paiement de 212 520 fr. avec intérêts. La Chambre des prud'hommes de la Cour de justice genevoise, par arrêt du 21 juin 2011 réformant le jugement de première instance, a rejeté la demande formée par X. La cour cantonale a estimé que la clause de prohibition de concurrence et la peine conventionnelle qui lui était liée n'étaient pas valables. Elle a également considéré qu'il n'était pas établi que l'employé ait violé son devoir de fidélité.

C.

X. a déposé deux actes de recours en matière civile au Tribunal fédéral contre les deux arrêts du 21 juin 2011. La recourante a conclu à l'annulation des arrêts attaqués et à ce que le Tribunal fédéral rende un arrêt conforme aux décisions de première instance. Le Tribunal fédéral, statuant par un seul arrêt, a rejeté les deux recours en matière civile.

Extrait des considérants:

2.

2.2 Le contrat de travail conclu avec chacun des intimés est assorti d'une clause de prohibition de concurrence au sens des art. 340 à 340c CO. En cas de violation de cette clause, une peine conventionnelle a été prévue (art. 160 à 163 CO; cf. également: art. 340b al. 2 CO).

La cour cantonale a conclu que la clause de prohibition de concurrence et en conséquence la clause pénale qui lui est liée n'étaient pas valables. Il s'agit là de la première question juridique qu'il convient de résoudre.

2.2.1 Selon l'art. 340 al. 2 CO, la prohibition de faire concurrence n'est valable que si les rapports de travail permettent au travailleur d'avoir connaissance de la clientèle ou de secrets de fabrication ou d'affaires de l'employeur et si l'utilisation de ces renseignements est de nature à causer à l'employeur un préjudice sensible.

Dans une jurisprudence ancienne, le Tribunal fédéral a considéré que l'employé ne pouvait tirer profit de sa connaissance de la clientèle lorsque les rapports entre la clientèle et l'employeur ont essentiellement un caractère personnel, fondé sur la compétence de cet employeur, par exemple s'il s'agit d'un avocat célèbre ou d'un chirurgien réputé; dans ce cas, en effet, la connaissance que l'employé possède de la clientèle ne lui procure pas, à elle seule, le moyen de rompre ou de distendre le lien existant entre l'employeur et sa clientèle (ATF 78 II 39 consid. 1 p. 40 s. et les arrêts cités).

Ultérieurement, la jurisprudence a eu l'occasion de se pencher sur la situation inverse, à savoir le cas où une relation personnelle était établie entre le client et l'employé lui-même, en l'occurrence un dentiste; il a été conclu que dans ce cas également, la clause de prohibition de concurrence n'était pas valable, parce que la personnalité de l'employé revêtait pour le client une importance prépondérante et interrompait le rapport de causalité qui doit exister entre la simple connaissance de la clientèle et la possibilité de causer un dommage sensible à l'employeur (arrêt 4C.100/2006 du 13 juillet 2007 consid. 2.6).

Cette jurisprudence a été approuvée par la doctrine unanime pour les cas où la relation entre la clientèle et l'employé repose essentiellement sur les capacités personnelles de ce dernier et relègue à l'arrière-plan l'identité de l'employeur (GABRIEL AUBERT, in *Commentaire romand, Code des obligations*, vol. I, 2003, n° 9 ad art. 340 CO; TERCIER/FAVRE, *Les contrats spéciaux*, 4^e éd. 2009, n. 3843 p. 573; PIERRE ENGEL, *Contrats de droit suisse*, 2^e éd. 2000, p. 391; STREIFF/VON KAENEL, *Arbeitsvertrag*, 6^e éd. 2006, n°s 10, 11 et 15 ad art. 340 CO; ADRIAN STAEHELIN, *Commentaire zurichois*, 1996, n° 16 ad art. 340 CO; JÜRIG BRÜHWILER, *Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag*, 2^e éd. 1996, n° 12 ad art. 340 CO; MANFRED REHBINDER, *Commentaire bernois*, 1992, n° 12 ad art. 340 CO; PHILIPPE CARRUZZO, *Le contrat individuel de travail*, 2009, n° 4 ad art. 340 CO p. 595; REMY WYLER, *Droit du travail*, 2^e éd. 2008, p. 599; CHRISTIAN FAVRE ET AL., *Le contrat de travail, Code annoté*, 2010, n° 2.3 ad art. 340 CO; CHRISTIANE BRUNNER ET AL., *Commentaire du contrat de travail*, 3^e éd. 2004, p. 309 s.; CHRISTOPH NEERACHER, *Das arbeitsvertragliche Konkurrenzverbot*, 2001, p. 39).

Une clause de prohibition de concurrence, fondée sur la connaissance de la clientèle, ne se justifie que si l'employé, grâce à sa connaissance des clients réguliers et de leurs habitudes, peut facilement leur proposer des prestations analogues à celles de l'employeur et ainsi les détourner de celui-ci. Ce n'est que dans une situation de ce genre que, selon les termes de l'art. 340 al. 2 CO, le fait d'avoir connaissance de la clientèle est de nature, par l'utilisation de ce renseignement, à causer à l'employeur un préjudice sensible. Il apparaît en effet légitime que l'employeur puisse dans une certaine mesure se protéger, par une clause de prohibition de concurrence, contre le risque que le travailleur détourne à son profit les efforts de prospection effectués par le premier ou pour le compte du premier.

La situation se présente différemment lorsque l'employé noue un rapport personnel avec le client en lui fournissant des prestations qui dépendent essentiellement des capacités propres à l'employé. Dans ce cas en effet, le client attache de l'importance à la personne de l'employé dont il apprécie les capacités personnelles et pour qui il éprouve de la confiance et de la sympathie. Une telle situation suppose que le travailleur fournisse une prestation qui se caractérise surtout par ses capacités personnelles, de telle sorte que le client attache plus d'importance aux capacités personnelles de

l'employé qu'à l'identité de l'employeur. Si, dans une telle situation, le client se détourne de l'employeur pour suivre l'employé, ce préjudice pour l'employeur résulte des capacités personnelles de l'employé et non pas simplement du fait que celui-ci a eu connaissance du nom des clients.

Pour admettre une telle situation – qui exclut la clause de prohibition de concurrence –, il faut que l'employé fournisse au client une prestation qui se caractérise par une forte composante personnelle. Dire si tel est le cas dépend des circonstances, dont la constatation relève du fait et lie le Tribunal fédéral (art. 105 al. 1 LTF).

2.2.2 En l'espèce, la cour cantonale a procédé à une appréciation des preuves recueillies. Un témoin a estimé que les qualités personnelles des animateurs comptaient pour 70% dans la décision de la clientèle. On ne voit pas ce qu'il y a d'arbitraire à le croire. Par ailleurs, les qualités oratoires des animateurs et les réactions positives de l'auditoire ont également été invoquées. Il n'a pas été établi que la recourante utilisait une méthode d'enseignement particulière ou que son matériel de soutien à la présentation jouait un rôle particulièrement important.

Pour des séminaires de formation, on conçoit facilement que les entreprises clientes attachent une importance prépondérante à la capacité de l'animateur d'attirer l'attention, de s'exprimer clairement et de transmettre un message que l'auditoire retiendra. On ne saurait dire que la cour cantonale a établi les faits de manière arbitraire. Sur cette base, il faut conclure qu'exploiter la seule connaissance de la clientèle ne suffisait pas pour causer un préjudice sensible à l'employeur et que le préjudice subi découle au contraire, de manière prépondérante, des capacités personnelles des travailleurs. En conséquence, la cour cantonale n'a pas violé l'art. 340 al. 2 CO en concluant que la clause de prohibition de concurrence n'était pas valable.

2.3 La recourante reproche aux intimés d'avoir indiqué à des clients, avant la fin des rapports de travail, qu'ils poursuivraient leur activité à titre indépendant ou dans une autre structure et d'avoir ainsi détourné de la clientèle de leur employeur; elle considère que les intimés ont violé leur devoir de fidélité et qu'ils lui ont causé un dommage.

2.3.1 Selon l'art. 321a al. 1 CO, le travailleur doit sauvegarder fidèlement les intérêts légitimes de l'employeur. Il ne doit pas faire concurrence à l'employeur pendant la durée du contrat (art. 321a al. 3 CO).

Pendant la durée du contrat, le travailleur ne doit pas utiliser ni révéler des faits destinés à rester confidentiels, tels que les secrets de fabrication et d'affaires dont il a pris connaissance au service de l'employeur; il est tenu de garder le secret même après la fin du contrat en tant que l'exige la sauvegarde des intérêts légitimes de l'employeur (art. 321a al. 4 CO).

Si le travailleur contrevient à ses obligations, il répond du dommage qu'il cause à l'employeur intentionnellement ou par négligence (art. 321e al. 1 CO).

2.3.2 Pour être qualifiées de secrets d'affaires ou de fabrication, les connaissances acquises par le travailleur doivent toucher à des questions

techniques, organisationnelles ou financières, qui sont spécifiques et que l'employeur veut garder secrètes; il ne peut s'agir de connaissances qui peuvent être acquises dans toutes les entreprises de la même branche (arrêts 4A_31/2010 du 16 mars 2010 consid. 2.1, in JdT 2011 II p. 220; 4A_417/2008 du 3 décembre 2008 consid. 4.1 et les références citées). L'existence de tels secrets ne ressort pas en l'espèce des constatations cantonales.

L'art. 340 al. 2 CO distingue d'ailleurs la connaissance de la clientèle, d'une part, et les secrets de fabrication ou d'affaires, d'autre part. La seule connaissance de la clientèle ne saurait donc en aucun cas constituer l'un de ces secrets particuliers que le travailleur devrait garder même après la fin du contrat de travail (art. 321a al. 4 CO). La recourante ne le prétend d'ailleurs pas, la cour cantonale ayant même constaté qu'elle publiait sur internet la liste de ses principaux clients.

2.3.3 Le contrat de travail, qui est un contrat de durée, n'oblige en principe les parties que pendant la période durant laquelle il déploie ses effets. En l'absence d'une disposition légale contraire, le travailleur peut se prévaloir, après l'extinction du contrat, de la liberté économique, qui comprend notamment le libre choix de la profession, le libre accès à une activité économique lucrative privée et son libre exercice (art. 27 Cst.). Ainsi, la jurisprudence a souligné que les parties à un contrat de travail – en dehors de l'hypothèse d'une prohibition de concurrence licite – ne sauraient valablement restreindre le droit du travailleur d'exercer une activité économique après la fin du contrat (ATF 102 II 211 consid. 5 p. 218).

2.3.4 Ainsi, le devoir de fidélité, invoqué par la recourante, s'est éteint avec l'extinction du rapport de travail.

Or il a été constaté que les deux contrats de travail ont été résiliés pour le 31 janvier 2008.

Que les intimés aient encore exercé quelques tâches pour leur ancien employeur après cette date – probablement sur la base d'un mandat comme l'admet la recourante – n'y change rien. En effet, il n'est ni allégué ni démontré que les actes reprochés aux intimés entreraient en contradiction avec les intérêts du mandant découlant de ces mandats particuliers.

La recourante assumant le fardeau de la preuve (art. 8 CC), il était essentiel qu'elle parvienne à prouver que les actes reprochés aux intimés ont eu lieu avant le 31 janvier 2008, date à laquelle le devoir de fidélité a pris fin.

2.3.5 Lorsqu'un employé envisage de se mettre à son compte ou de fonder avec d'autres une entreprise concurrente, il est en soi légitime qu'il puisse entreprendre des préparatifs avant que le contrat de travail ne prenne fin; son devoir de fidélité lui interdit cependant de commencer à concurrencer son employeur, de débaucher des employés ou de détourner de la clientèle avant la fin de la relation de travail (ATF 117 II 72 consid. 4 p. 74).

La limite entre les préparatifs admissibles et un véritable détournement de la clientèle n'est pas toujours facile à tracer.

Il est en tout cas certain que les intimés, après la fin du rapport de travail, étaient en droit de faire connaître leur entreprise et d'en vanter les prestations. La chronologie des événements joue donc un rôle essentiel.

2.3.6 Les faits les plus précis reprochés par la recourante aux intimés concernent un entretien que l'intimé Y. a eu avec une responsable de la banque B. La cour cantonale a conclu que la recourante n'était pas parvenue à prouver que cet entretien avait eu lieu avant la fin des rapports de travail. La recourante se plaint d'arbitraire dans l'établissement des faits et invoque avec précision un procès-verbal d'audience dressé le 15 juin 2009. D'après ce document, le témoin a affirmé que la banque avait appris que certains formateurs allaient quitter la recourante de sorte que la banque a décidé de suspendre au moins temporairement ses relations avec elle. Ce témoignage ne permet pas d'établir qui a fourni cette information à la banque. Une pièce a été présentée au témoin à savoir la pièce n° 9 produite par la demanderesse. Il s'agit d'un courrier électronique du 30 novembre 2007. Le témoin a ensuite évoqué l'entretien litigieux avec l'intimé pré-nommé, mais a ajouté: «Je ne suis pas en mesure de situer chronologiquement cette circonstance. Tout ce que je puis dire, c'est que cette circonstance était postérieure à l'e-mail que vous m'avez montré il y a un instant». Selon le procès-verbal, la seule pièce présentée au témoin a été ce courrier électronique du 30 novembre 2007. La cour cantonale n'a donc pas statué arbitrairement en concluant que le témoin avait affirmé que l'entretien litigieux avait eu lieu après le 30 novembre 2007. Dire qu'il n'est pas exclu que cet entretien ait pu avoir lieu après la fin du rapport de travail, soit postérieurement au 31 janvier 2008, ne peut pas être qualifié d'arbitraire (sur la notion d'arbitraire, notamment dans l'appréciation des preuves: cf. ATF 136 III 552 consid. 4.2 p. 560).

Ainsi, la recourante n'est pas parvenue à prouver les faits permettant de constater une violation du devoir de fidélité, puisque les faits invoqués peuvent s'être produits après l'extinction de ce devoir.

2.3.7 La recourante reproche aussi à l'intimé Y. d'avoir informé A. du fait qu'il allait poursuivre son activité dans une autre structure. Non seulement la cour cantonale a considéré qu'il ne s'agissait pas d'une violation du devoir de fidélité, mais elle a ajouté – à titre de motivation alternative – qu'il n'était pas prouvé que cette communication serait intervenue avant la fin du contrat de travail. Mais la recourante ne démontre pas que cette seconde motivation procéderait d'une appréciation arbitraire des preuves (art. 106 al. 2 LTF). Dès lors qu'il est possible que la déclaration ait été faite après l'extinction du devoir de fidélité, la cour cantonale n'a pas violé le droit fédéral en constatant qu'une violation de ce devoir n'avait pas été établie.

2.3.8 La recourante reproche à l'intimé Z. d'avoir déclaré aux clients D. et E. qu'ils pouvaient soit continuer leur relation contractuelle avec la

recourante, soit le suivre dans la nouvelle structure. La cour cantonale a estimé qu'une telle information, en soi complète et objective, ne pouvait pas être considérée comme une violation du devoir de fidélité, des propos réellement préjudiciables n'ayant pas été établis.

Quoi qu'il en soit, même si l'on voulait retenir une violation du devoir de fidélité, la recourante ne pourrait demander que la réparation du dommage qui en résulte pour elle (art. 321e al. 1 et 97 al. 1 CO). Or il est incontestable que l'intimé précité pouvait faire une semblable déclaration après la fin des relations de travail, puisque le devoir de fidélité s'était alors éteint. Le seul reproche que l'on pourrait lui faire est d'avoir fait cette déclaration prématurément. Pour qu'il en résulte un dommage, il faudrait que la recourante établisse que sa situation financière nette aurait été meilleure si la déclaration, plutôt que d'intervenir à la date à laquelle elle a été effectuée, avait eu lieu après le 31 janvier 2008. Alors que la cour cantonale avait signalé – sans le trancher – le problème du dommage, la recourante, qui traite du montant de son préjudice, n'explique pas comment elle aurait pu l'éviter si la révélation n'avait été faite qu'après le 31 janvier 2008. Ainsi, on ne voit pas que l'action en dommages-intérêts aurait pu aboutir et la décision de la rejeter ne viole pas le droit fédéral.

Tribunal fédéral, Arrêt du 13 janvier 2012, Doss.-N° 8C_200/2011 (Irrecevabilité du recours en matière de droit public et rejet du recours constitutionnel subsidiaire interjetés contre le jugement de la Cour de justice de la République et canton de Genève, Chambre administrative, du 1^{er} février 2011), in: ATF 138 I 232

Art. 9 BV; Art. 85 Abs. 2 und Art. 113 ff. BGG; Art. 329d OR; Art. 160C KV/GE; Personalreglement der Öffentlichen Verkehrsbetriebe Genf (TPG) vom 1. Januar 1999; Vollzugsvorschrift zum Personalreglement der TPG vom 1. Januar 1999.

Forderung eines Mitarbeiters der TPG auf Ausrichtung eines Ferienzuschlags auf den für Nacht-, Wochenend- sowie Feiertagsarbeit ausgerichteten Entschädigungen in Anwendung der gemäss BGE 132 III 172 betreffend Art. 329d OR entwickelten Grundsätze.

Unzulässigkeit der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten: Der Streitwert erreicht den massgebenden Betrag nicht und es stellt sich keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung, da Art. 329d OR hier nur unter dem Titel ergänzenden kantonalen Rechts Anwendung findet (E. 2).

Abweisung der subsidiären Verfassungsbeschwerde: Die vom kantonalen Gericht vorgenommene Auslegung der Vollzugsvorschrift zum Personalreglement der TPG, wonach diese die Frage der Ferienentschädigungen abschliessend regelt, ist nicht willkürlich (E. 6). Es ist auch nicht willkürlich zu erwägen, das kantonale öffentliche Personal-

recht könne von den Minimalgarantien des OR auf dem Gebiet des Arbeitsvertrags abweichen (E. 7).

Art. 9 Cst.; art. 85 al. 2 et art. 113 ss LTF; art. 329d CO; art. 160C Cst./GE; Statut du personnel des Transports publics genevois (TPG) du 1^{er} janvier 1999; règlement d'application du statut du personnel des TPG du 1^{er} janvier 1999.

Employé des TPG qui demande le paiement d'un supplément de vacances sur les indemnités versées pour le travail de nuit, du samedi, du dimanche et des jours fériés en application des principes développés dans l'ATF 132 III 172 à propos de l'art. 329d CO.

Irrecevabilité du recours en matière de droit public: la valeur litigieuse n'est pas atteinte et il ne s'agit pas d'une question juridique de principe, l'art. 329d CO ne pouvant s'appliquer ici qu'à titre de droit cantonal supplétif (consid. 2).

Rejet du recours constitutionnel subsidiaire: l'interprétation par la juridiction cantonale du règlement des TPG selon laquelle celui-ci règle exhaustivement la question de la rémunération durant les vacances n'est pas arbitraire (consid. 6). Il n'est pas non plus arbitraire de considérer que le droit cantonal de la fonction publique peut s'écarter des standards minimaux du CO en matière de contrat de travail (consid. 7).

Extraits des faits:

A.

A.a X. travaille au service des Transports publics genevois (ci-après: TPG) depuis 1988. Il est affecté au secteur Y. Il est appelé à travailler régulièrement la nuit, les week-ends et les jours fériés. Il est soumis au Statut du personnel des TPG du 1^{er} janvier 1999 ([SP] ci-après: le Statut), ainsi qu'à son règlement d'application, du 1^{er} janvier 1999 également ([RSP] ci-après: le règlement).

L'art. 2 du Statut prévoit que tous les employés sont liés aux TPG par un rapport de droit public (ch. 2). Le code des obligations, notamment son titre dixième (contrat de travail), s'applique à titre de droit public supplétif (ch. 3).

L'art. 31 ch. 3 du règlement prévoit ceci:

«Pour le personnel travaillant dans les divisions exploitation, technique, ainsi que planification et installations, le travail effectué entre 22 h 00 et minuit donne droit à une majoration de temps de 10%, entre minuit et 04 h 00 et entre 04 h 00 et 05 h 00 (prise de service avant 04 h 00) de 30% (dès 55 ans, de 40%).

De plus, le travail de nuit donne droit à une prime fixée à l'heure effective. Une fraction d'heure est arrondie à l'unité supérieure.»

Quant à l'art. 32, qui traite du travail le samedi, le dimanche et les jours fériés, il contient un ch. 2 ainsi libellé:

«Une prime est versée à l'employé qui est en service un samedi, un dimanche ou un jour férié au sens de l'art. 47 SP. Elle est fixée:

- a) à la journée lorsque l'employé effectue un horaire entier;
- b) à la demi-journée, lorsqu'un demi-horaire est effectué;
- c) à l'heure, une fraction d'heure étant arrondie à l'unité supérieure, dans les autres cas.»

Les TPG ont toujours considéré que le salaire perçu par les employés pendant les vacances ne comprend pas les primes pour le travail de nuit et pour le travail le samedi, le dimanche et les jours fériés (primes pour inconvénients).

A.b En 2009, huit employés des TPG ont demandé à la direction des TPG le paiement d'un supplément de vacances sur les indemnités versées pour le travail de nuit, du samedi et du dimanche et des jours fériés. Les TPG ont rejeté cette demande par décision du 18 janvier 2010.

B.

Les huit employés concernés ont recouru devant le Tribunal administratif du canton de Genève (depuis le 1^{er} janvier 2011: la Chambre administrative de la Cour de justice du canton de Genève). X. a conclu à l'annulation de la décision attaquée et au paiement de 3600 fr. plus intérêts à 5% l'an «à compter de la moyenne du 1^{er} novembre 2006».

La Chambre administrative a statué séparément sur chacun des recours, qu'elle a rejetés, en particulier celui de X. (arrêt du 1^{er} février 2011).

C.

X. interjette un recours en matière de droit public et un recours constitutionnel subsidiaire dans lequel il conclut à l'annulation du jugement attaqué et au paiement par les TPG de la somme de 3600 fr. (plus intérêts). Subsidiairement, il conclut au renvoi de la cause à l'autorité précédente pour nouveau jugement au sens des motifs.

Les TPG concluent à l'irrecevabilité du recours en matière de droit public, subsidiairement à son rejet, et au rejet du recours constitutionnel subsidiaire.

D.

Par des mémoires séparés, six autres employés des TPG ont également saisi le Tribunal fédéral d'un recours contre le jugement du Tribunal administratif les concernant. Il sera statué séparément sur le sort de leur recours.

Le recours en matière de droit public a été déclaré irrecevable; le recours constitutionnel subsidiaire a été rejeté.

Extrait des considérants:

1.

1.1 Conformément à l'art. 160C de la Constitution de la République et canton de Genève du 24 mai 1847 (Cst./GE; RSG A 2 00), un établissement de droit public est chargé de la gestion des transports publics. Cet

établissement est soumis à la surveillance du Conseil d'Etat. En application de cette disposition constitutionnelle, le législateur genevois a adopté la loi du 21 novembre 1975 sur les transports publics genevois (LTPG; RSG H 1 55). Selon l'art. 19 al. 1 LTPG, le Conseil d'administration est le pouvoir supérieur des TPG. Il établit le statut du personnel et fixe les traitements, après consultation du personnel (art. 19 al. 2 let. o).

1.2 Comme l'ont retenu avec raison les premiers juges, les règles adoptées par le Conseil d'administration d'un établissement de droit public, sur la base de compétences accordées directement par le législateur cantonal, sont à considérer comme relevant du droit public cantonal (cf. PIERRE MOOR, *Droit administratif*, vol. III, 1992, n° 2.2.3.5, p. 75; ANDRÉ GRISEL, *Traité de droit administratif*, vol. I, 1984, p. 87 s.).

1.3 La présente cause est donc une contestation en matière de rapports de travail de droit public, qui porte sur une contestation pécuniaire et qui ne tombe pas sous le coup de l'exception de l'art. 83 let. g LTF. En matière pécuniaire, le recours n'est en principe recevable que si la valeur litigieuse atteint 15 000 fr. (art. 85 al. 1 let. b LTF). Les causes des huit employés concernés n'ayant pas été réunies devant l'autorité précédente et n'ayant pas fait l'objet d'une décision unique, les divers chefs de conclusions ne peuvent pas être additionnés lors du calcul de la valeur litigieuse (ATF 116 II 587 consid. 1 p. 589 et les références citées). En l'espèce, la valeur litigieuse concernant X. est de 3600 fr. et n'atteint donc pas le seuil requis.

2.

2.1 Lorsque la valeur litigieuse est insuffisante, le recours est néanmoins recevable si la contestation soulève une question juridique de principe (art. 85 al. 2 LTF). Lorsque le recours n'est recevable qu'à cette condition, le recourant doit exposer en quoi l'affaire remplit cette exigence (art. 42 al. 2, 2^e phrase, LTF; ATF 134 III 267 consid. 1.2 p. 269; ATF 133 III 439 consid. 2.2.2.1 p. 442).

2.2 Le recourant soutient que la question posée ici soulève une question juridique de principe. Il invoque l'ATF 132 III 172. Selon cet arrêt, lorsque les suppléments à la rémunération de base versés en compensation du travail effectué la nuit, en fin de semaine et les jours fériés ont un caractère régulier et durable, ils doivent être pris en compte dans le calcul du salaire afférent aux vacances au sens de l'art. 329d al. 1 CO (consid. 3). Le recourant fait valoir que la portée de cet arrêt dans les rapports de travail liant un établissement public assurant une tâche de transport public et son personnel, lorsque le statut du personnel réserve le droit fédéral à titre de droit supplétif, n'a pas fait l'objet à ce jour d'une jurisprudence du Tribunal fédéral. Il relève l'importance du problème posé en pratique.

2.3 La jurisprudence a souligné qu'il fallait se montrer restrictif dans l'admission d'une dérogation à l'exigence de la valeur litigieuse sur la base de l'art. 74 al. 2 let. a LTF, respectivement de l'art. 85 al. 2 LTF. Elle s'est efforcée de cerner la notion de contestation soulevant une question juridi-

que de principe. En résumé, il faut qu'il soit nécessaire, pour résoudre le cas d'espèce, de trancher une question juridique qui donne lieu à une incertitude caractérisée, laquelle appelle de manière pressante un éclaircissement de la part du Tribunal fédéral, en tant qu'autorité judiciaire suprême chargée de dégager une interprétation uniforme du droit fédéral (ATF 135 III 397 consid. 1.2 p. 399; arrêt 4A_54/2010 du 4 mai 2010 consid. 1.1, non publié in ATF 136 I 290). Si la question se rapporte à une norme de droit cantonal que le Tribunal fédéral ne peut pas revoir librement, celui-ci ne saurait rendre une décision de principe (cf. arrêt 1C_58/2008 du 7 mai 2009 consid. 1.2). Si son pouvoir d'examen est limité à la violation des droits constitutionnels, il suffit, en effet, que le recourant interjette un recours constitutionnel subsidiaire et une dérogation à l'exigence de la valeur litigieuse ne se justifie pas (ATF 134 I 184 consid. 1.3 p. 187; arrêts 4A_517/2009 du 4 janvier 2010 consid. 1.3.1; 4A_64/2008 du 27 mai 2008 consid. 1.1; BERNARD CORBOZ, in Commentaire de la LTF, 2009, n° 36 ad art. 74 LTF).

2.4 En l'espèce, l'arrêt invoqué par le recourant a été rendu dans une cause civile et portait sur l'application du droit fédéral (art. 329d al. 1 CO). Les règles du code des obligations, dont se prévaut le recourant, ne pourraient être appliquées ici qu'à titre de droit cantonal supplétif, étant entendu que celui-ci ne change pas de nature; s'il y incorpore des notions de droit fédéral, ou s'il renvoie au droit fédéral, il n'en relève pas moins du droit cantonal (voir ATF 126 III 370 consid. 5 p. 372; ATF 108 II 490 consid. 7 p. 495), de sorte que le Tribunal fédéral ne peut en contrôler l'application que sous l'angle restreint de l'arbitraire ou d'autres droits constitutionnels en fonction des griefs invoqués (art. 106 al. 2 LTF; arrêt 2C_860/2008 du 20 novembre 2009 consid. 3.2). Partant, la recevabilité du recours en matière de droit public ne saurait être reconnue en application de l'art. 85 al. 2 LTF.

3.

Il reste à examiner le recours constitutionnel subsidiaire (art. 113 ss LTF) formé simultanément par le recourant. Ce recours ne peut être formé que pour violation des droits constitutionnels (art. 116 LTF). Quand il s'agit de droits constitutionnels, le Tribunal fédéral n'applique pas le droit d'office et ne peut entrer en matière que dans la mesure où un grief constitutionnel a été invoqué et suffisamment motivé dans l'acte de recours (art. 117 et 106 al. 2 LTF).

4.

Le recourant se plaint d'arbitraire. Selon lui, le renvoi par le Statut (art. 2 ch. 3) aux règles du code des obligations n'est soumis à aucune condition. Ce renvoi trouve application lorsque le Statut ne règle pas une question liée aux rapports de travail ou lorsqu'il la règle de manière contraire à une disposition impérative du droit fédéral, ce qui serait le cas en l'espèce. Ce renvoi devait conduire les premiers juges à appliquer en l'espèce la jurisprudence de l'ATF 132 III 172. Les premiers juges aurai-

ent ainsi de manière arbitraire refusé d'appliquer une disposition, pourtant expressément prévue par le Statut, et qui devait permettre la mise en conformité de la réglementation des conditions de travail aux TPG avec les standards minimaux que constituent les règles du droit privé en matière de contrat de travail. Le recourant invoque également une violation de son droit d'être entendu au motif que la décision attaquée n'est pas motivée sur la question du renvoi par le Statut aux règles du code des obligations.

5.

5.1 Eu égard à sa nature formelle, la violation du droit d'être entendu dénoncée par le recourant doit être examinée en premier lieu. Le droit d'être entendu garanti par l'art. 29 al. 2 Cst. implique notamment pour l'autorité l'obligation de motiver sa décision. Selon la jurisprudence, il suffit que le juge mentionne, au moins brièvement, les motifs qui l'ont guidé et sur lesquels il a fondé sa décision, de manière à ce que l'intéressé puisse se rendre compte de la portée de celle-ci et l'attaquer en connaissance de cause. L'autorité n'a pas l'obligation d'exposer et de discuter tous les faits, moyens de preuve et griefs invoqués par les parties, mais elle peut au contraire se limiter à ceux qui lui paraissent pertinents (ATF 137 II 266 consid. 3.2 p. 270; ATF 136 I 229 consid. 5.2 p. 236; ATF 134 I 83 consid. 4.1 p. 88; ATF 133 III 439 consid. 3.3 p. 445 et les arrêts cités).

5.2 Dans le cas particulier, comme on le verra, la cour cantonale, contrairement à ce que soutient le recourant, a bel et bien examiné le problème du renvoi du Statut aux règles du code des obligations. Elle a indiqué que ce renvoi n'était applicable que si le Statut ne réglait pas de manière exhaustive la question du droit aux vacances. Entre autres arguments, elle a retenu que le règlement excluait de manière explicite la prise en compte des primes litigieuses dans le calcul du droit aux vacances et, par conséquent, l'application de l'art. 329d CO. Ces considérations de l'arrêt entrepris suffisent pour affirmer que le grief soulevé ici par le recourant est dénué de fondement.

6.

6.1 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 (SUBILIA/DUC, Droit du travail – Eléments de droit suisse, 2010, n° 2 ad art. 342 CO; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ,

Commentaire du contrat de travail, 3^e éd. 2004, n° 1 p. 323; WOLFGANG PORTMANN, in Commentaire bâlois, Droit des obligations, vol. I, 5^e éd. 2011, n° 1 ad art. 342 CO; STAEHLIN/VISCHER, in Commentaire zurichois, 3^e éd. 1996, n° 2 ad art. 342 CO). Le droit fédéral n'oblige donc pas les TPG à régler le salaire afférent aux vacances de la même manière que l'art. 329d CO. Pour que cette disposition soit applicable, il faudrait que le règlement présente une lacune qu'il conviendrait de combler en l'appliquant à titre de droit cantonal supplétif en vertu de la clause générale de renvoi au code des obligations. 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 (arrêt 2C_860/2008 du 20 novembre 2009 consid. 3.2).

6.2 Appelé à revoir l'application faite d'une norme cantonale ou communale sous l'angle de l'arbitraire, le Tribunal fédéral ne s'écarte de la solution retenue que si celle-ci apparaît insoutenable ou en contradiction manifeste avec la situation effective, ou encore si elle a été adoptée sans motifs objectifs et en violation d'un droit certain. En outre, il ne suffit pas que les motifs de la décision critiquée soient insoutenables, encore faut-il que cette dernière soit arbitraire dans son résultat (ATF 136 I 316 consid. 2.2.2 p. 318 s.; ATF 135 V 2 consid. 1.3 p. 4), ce qu'il appartient au recourant de démontrer en vertu de l'art. 106 al. 2 LTF (ATF 133 II 396 consid. 3.2 p. 400).

6.3 Les premiers juges considèrent tout d'abord que la prime en question est destinée à compenser les inconvénients effectifs, directs ou indirects, causés par l'horaire de travail. Ces désagréments n'étant pas subis pendant les vacances, la prime correspondante n'est pas octroyée par le Statut et le règlement. Cette argumentation ne saurait toutefois être décisive, du moment que le seul critère à considérer, selon la jurisprudence en droit privé, réside dans le caractère régulier et durable des suppléments versés. Les premiers juges ne prétendent pas à cet égard que des spécificités du droit public justifieraient ici une interprétation divergente de celle du droit privé.

6.4 Les premiers juges insistent également sur le fait que la question de la rémunération des vacances dans les professions impliquant un travail de nuit, en fin de semaine et les jours fériés n'est pas récente. Elle était actuelle en 1999 déjà, lorsque le Statut a été négocié et adopté. L'absence de toute contestation des organisations syndicales pendant les dix premières années qui ont suivi démontre que la pratique aujourd'hui contestée correspondait à ce qui avait été convenu. Cette argumentation n'apparaît pas déterminante. Les TPG ne peuvent rien tirer de l'absence de réclamation du recourant, qui ne saurait être interprétée comme une renonciation à faire valoir ses droits éventuels (cf. ATF 132 III 172 p. 176 consid. 3.3; ATF 126 III 337 consid. 7b p. 344).

6.5 Les premiers juges font enfin référence à l'art. 61 ch. 3 du règlement.

6.5.1 Cette disposition traite du droit aux vacances lors d'un engagement ou d'une démission en cours d'année. Elle prévoit que si les vacances n'ont pas pu être prises, elles sont payées. En cas de paiement, les jours sont convertis en heures. Un jour est équivalent à la durée moyenne du travail journalier de la rotation. Les fractions de jour sont prises en compte pour tous les calculs; elles ne sont donc ni arrondies, ni abandonnées. Les premiers juges en déduisent que les employés engagés ou démissionnaires en cours d'année, qui n'ont pas pu prendre leurs vacances, reçoivent une rémunération proportionnelle à leur droit aux vacances calculée sur le salaire de base, à l'exclusion des primes pour inconvénients (la rémunération tenant compte, en revanche, du temps de travail la nuit, le week-end et les fins de semaine ainsi que des majorations en temps de travail pour le travail de nuit). Les premiers juges retiennent que ce mode de rémunération est l'expression d'une règle plus générale et vaut donc non seulement dans l'hypothèse envisagée par l'art. 61 ch. 3 du règlement, mais également lorsque le salaire est versé pendant les vacances. Ils en concluent que le règlement exclut de façon explicite la prise en compte des primes dans le calcul du salaire afférent aux vacances, de sorte que l'art. 329d CO ne trouve pas application.

6.5.2 Le recourant ne conteste pas cette interprétation du règlement par les premiers juges, qui n'apparaît du reste pas d'emblée insoutenable. En l'absence de tout grief à ce propos, le Tribunal fédéral n'a aucune raison de s'en écarter. Partant, on peut tenir pour acquis que le règlement comme tel ne contient pas une lacune, qui justifierait, sur le point ici en discussion, l'application du code des obligations à titre de droit cantonal supplétif et de la jurisprudence y relative.

7.

7.1 Le recourant déclare encore que même si le caractère exhaustif du règlement était admis, la jurisprudence de l' ATF 132 III 172 s'imposait à l'intimée depuis décembre 2005.

7.2 Cet argument pose la question de la portée des règles minimales du CO dans le domaine du droit cantonal de la fonction publique au regard du principe de l'égalité de traitement. Le recourant peut certes s'appuyer sur l'avis de MOSIMANN qui considère que les règles minimales du CO doivent s'appliquer dans le droit de la fonction publique si elles sont plus favorables (HANS-JAKOB MOSIMANN, *Arbeitsrechtliche Minimal Standards für die öffentliche Hand?*, ZBl 99/1998 p. 449 ss; plus spécialement p. 462 ss). Cette conception n'est toutefois pas unanimement partagée (d'un avis plus nuancé, MARTIN BERTSCHI, *Auf der Suche nach dem einschlägigen Recht im öffentlichen Personalrecht*, ZBl 105/2004 p. 617 ss, plus spécialement p. 628 ss; contra: LILIANE SUBILIA-ROUGE, *La nouvelle LPers: quelques points de rencontre avec le droit privé du travail*, RDAF 2003 I p. 289 ss, plus spécialement p. 297, qui estime nécessaire de consi-

dérer les avantages et désavantages respectifs de chaque système, lesquels s'équilibrent globalement, sans qu'il se justifie de procéder à une comparaison des systèmes point par point). Cependant, comme on l'a vu, le droit de la fonction publique peut comporter des contraintes plus sévères sur certains points (supra consid. 6.1; voir également l'arrêt 2P.107/2006 du 17 janvier 2007 consid. 5.2). Par ailleurs, le recourant ne prétend pas qu'un examen comparatif lui serait défavorable dans le cas concret.

Bundesgericht, Urteil vom 19. Januar 2012, Doss.-Nr. 4A_306/2011 (Bestätigung des Urteils des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt vom 22. Dezember 2010)

Erscheint der Arbeitnehmer nach durchgeführten Bestrahlungen zur Behandlung eines Krebsleidens wieder zur Arbeit und teilt dem Arbeitgeber seine Genesung mit, wird ihm aber ca. eine Woche nach Wiederaufnahme der Arbeit ordentlich gekündigt, ist die Kündigung nicht nichtig, nur weil als Kündigungsgrund u.a. der schlechte Gesundheitszustand des Arbeitnehmers angegeben wurde. Die vorinstanzliche Beweiswürdigung erweist sich nicht als willkürlich und der daraus gezogene Schluss der vorhandenen Arbeitsfähigkeit zur Zeit der Kündigung lässt sich vor dem Hintergrund des fehlenden ärztlichen Attestes einer (teilweisen oder ganzen) Arbeitsunfähigkeit für die relevante Zeit nicht als offensichtlich unhaltbar qualifizieren (E. 4.1 und 4.2).

Sachverhalt:

B. Y. (Arbeitnehmer) war seit 1. November 1977 für die X. (Beschwerdegegnerin), ab 1. Januar 1978 in der Funktion als Direktor, tätig. Die X. kündigte das Arbeitsverhältnis mit Schreiben vom 17. März 2006 auf den 31. Dezember 2006. Der Arbeitnehmer focht diese Kündigung am 6. März 2007 klageweise beim Zivilgericht Basel-Stadt an und beantragte, die X. sei zu verurteilen, ihm Fr. 234 951.25, eventualiter Fr. 443 073.85, jeweils zuzüglich Verzugszins zu 5% seit 1. März 2007, zu bezahlen. Die X. stellte das Rechtsbegehren, die Klage sei abzuweisen und verlangte widerklageweise, es sei festzustellen, dass die Kündigung gültig sei, das Arbeitsverhältnis der Parteien folglich am 31. Dezember 2006 geendet habe und keine weiteren Lohnzahlungen mehr geschuldet seien. Mit Entscheid vom 5. November 2008 wies das Zivilgericht Basel-Stadt die Klage ab und trat auf die Feststellungswiderklage nicht ein. Dagegen erhob B. Y. in Erneuerung seiner Anträge aus dem Verfahren vor Zivilgericht Appellation. Am 5. Dezember 2009 ist er verstorben. Seine Ehefrau, A. Y. (nachfolgend: Beschwerdeführerin), trat als Rechtsnachfolgerin ins Verfahren ein. Mit Zwischenurteil vom 22. Dezember 2010 lehnte das Appellationsgericht

des Kantons Basel-Stadt das mittels Eingabe vom 26. November 2010 von ihr gestellte Ablehnungsbegehren gegen die Appellationsgerichtspräsidenten L. und M. ab. Im Anschluss daran änderte das Appellationsgericht den Entscheid des Zivilgerichts insoweit ab, als es festhielt, die X. habe der Beschwerdeführerin eine Genugtuung in der Höhe von Fr. 8500.– zuzüglich Zins zu 5% seit 1. März 2007 zu bezahlen; im Übrigen wies es die Appellation ab (Urteil vom 22. Dezember 2010). A. Y. führt gegen das Urteil betreffend Forderung aus Arbeitsverhältnis Beschwerde in Zivilsachen und wiederholt die in der Klage und in der Appellation vorgebrachten Rechtsbegehren; ausserdem beantragt sie, die Gerichts- und Parteikosten sämtlicher drei Instanzen seien der Beschwerdegegnerin aufzuerlegen.

Aus den Erwägungen:

4.

Die Beschwerdeführerin wirft der Vorinstanz weiter vor, sie habe, basierend auf einer offensichtlich unrichtigen Sachverhaltsfeststellung, in willkürlicher Weise die Nichtigkeit der Kündigung des Arbeitsvertrages vom 17. März 2006 (wegen Verletzung der Sperrfrist infolge Krankheit gemäss Art. 336c Abs. 1 lit. b OR) verneint.

4.1 Das Appellationsgericht gelangt – ausgehend von der unbestrittenen Tatsache, dass die Kündigung vom 17. März 2006 dem Arbeitnehmer spätestens am 20. März 2006 zugegangen ist – in Würdigung der gesamten Umstände zur Auffassung, die Auflösung des Arbeitsverhältnisses durch die Beschwerdegegnerin sei gültig erfolgt. Der Arbeitnehmer sei im Zeitpunkt der Kündigung zu 100% arbeitsfähig gewesen, weshalb diese nicht in eine Sperrfrist gefallen sei. Ins Gewicht fällt dabei für die Vorinstanz namentlich, dass der Arbeitnehmer nach den vom 6. Januar bis 1. März 2006 durchgeführten Bestrahlungen zur Behandlung des Prostatakarzinoms die Arbeit am 9. März 2006 wieder aufgenommen hatte und sich selber an sämtliche Vorstandsmitglieder und Mitgliederverbände der Beschwerdegegnerin wandte mit der Mitteilung, er sei vollständig genesen, weshalb er «die administrative und wirtschaftspolitische Leitung (...) wieder vollumfänglich übernommen» habe. Zudem liege kein Arztzeugnis vor, welches für den Zeitpunkt der Kündigung eine volle oder teilweise Arbeitsunfähigkeit attestieren würde. Der behandelnde Dr. med. C., welcher den Arbeitnehmer letztmals am 1. März 2006 gesehen habe, habe am 26. Oktober 2006 retrospektiv nur eine allgemeine Einschätzung, basierend auf Erfahrungswerten, nicht bezogen auf die konkrete Situation, abgegeben. Darauf könne nicht abgestellt werden.

4.2 Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Beschwerdegegnerin habe die Arbeitsunfähigkeit zur Zeit der Kündigung anerkannt, indem sie in ihrer schriftlichen Begründung der Kündigung vom 31. März 2006 neben dem fehlenden Vertrauensverhältnis zwischen Direktor, leitendem Ausschuss und Vorstand den schlechten Gesundheitszustand als Kündi-

gungsgrund angegeben habe. Zu Recht wendet sie ein, das Appellationsgericht habe sich mit dieser Kündigungsbegründung nicht auseinandergesetzt.

Es ist der Beschwerdeführerin beizupflichten, dass es nicht auf das subjektive Empfinden eines Arbeitnehmers ankommt, ob er sich arbeitsfähig fühlt oder nicht. Andererseits sollte sich aber auch die Arbeitgeberin nicht anmassen, eine abschliessende Beurteilung der Auswirkungen eines Gesundheitszustandes auf die Arbeitsfähigkeit abzugeben. In diesem Sinn kann die Kündigungsbegründung der X. allerdings auch nicht verstanden werden. Soweit darin auf die schwere Erkrankung vom «16. September 2005» hingewiesen und festgestellt wird, dass der Arbeitnehmer «seit Monaten nicht mehr in der Lage» gewesen sei, seine Aufgaben als Direktor wahrzunehmen, geht es um den unbestrittenen Umstand, dass er zumindest während der Dauer der Bestrahlung (ab 6. Januar bis 1. März 2006) und davor aufgrund einer anderen Gesundheitseinschränkung auch schon in den letzten Monaten des Jahres 2005 seine Erwerbstätigkeit nicht ausüben konnte. Indem die X. weiter ausführt, es sei ihm nach der Rückkehr an den Arbeitsplatz – trotz anderslautenden Zusicherungen – nicht möglich gewesen, seine Arbeit mit jenem Einsatz auszuführen, den die anspruchsvolle Aufgabe erfordere, ist darin nicht ohne weiteres eine «Anerkennung» einer teilweisen oder vollen Arbeitsunfähigkeit zu sehen. Vielmehr kann diese Textstelle auch so verstanden werden, dass die Arbeitgeberin dem Direktor mit Blick auf dessen Gesundheitszustand die grosse Motivation und übermässige Einsatzbereitschaft absprach, um die X. weiterhin erfolgreich zu führen, was nicht mit der Verneinung einer ganzen Arbeitsfähigkeit gleichgesetzt werden kann. So oder anders erweist sich die vorinstanzliche Beweiswürdigung nicht als willkürlich und der daraus gezogene Schluss der vorhandenen Arbeitsfähigkeit zur Zeit der Kündigung lässt sich vor dem Hintergrund des fehlenden ärztlichen Attestes einer (teilweisen oder ganzen) Arbeitsunfähigkeit für die relevante Zeit nicht als offensichtlich unhaltbar qualifizieren.

Bundesgericht, Urteil vom 26. Januar 2012, Doss.-Nr. 9C_347/2011 (Bestätigung des Entscheids des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich vom 10. März 2011), in: BGE 138 V 32

Art. 356 ff. OR; Art. 1 Abs. 2 AVEG; Bundesratsbeschluss über die Allgemeinverbindlicherklärung des Gesamtarbeitsvertrages für den flexiblen Altersrücktritt im Bauhauptgewerbe (GAV FAR); Beitragspflicht des Arbeitgebers.

Die allgemeinverbindlich erklärte Pflicht des Arbeitgebers zur Entrichtung von Vorsorgebeiträgen an die Stiftung FAR beruht auf genügenden gesetzlichen Grundlagen (E. 3).

Art. 356 ss CO; art. 1 al. 2 LECCT; arrêté du Conseil fédéral étendant le champ d'application de la convention collective de travail pour la retraite anticipée dans le secteur principal de la construction (CCT RA); obligation de cotiser de l'employeur.

Le devoir de l'employeur de verser des cotisations de prévoyance à la fondation RA tel qu'il a été étendu par l'arrêté mentionné se fonde sur des bases légales suffisantes (consid. 3).

Sachverhalt:

A.

Der Schweizerische Baumeisterverband (SBV), die GBI Gewerkschaft Bau & Industrie (heute: Unia) sowie die Gewerkschaft SYNA schlossen am 12. November 2002 einen Gesamtarbeitsvertrag (GAV) für den flexiblen Altersrücktritt im Bauhauptgewerbe (GAV FAR), mit dessen Vollzug die Stiftung für den flexiblen Altersrücktritt im Bauhauptgewerbe (Stiftung FAR) betraut ist. Durch Beschluss des Bundesrates vom 5. Juni 2003 wurde der GAV FAR teilweise allgemeinverbindlich erklärt.

B.

H. führte bis 6. April 2010 als Einzelunternehmer eine Bauunternehmung, ohne dem SBV angeschlossen zu sein. Mit Schreiben vom 5. September 2007 forderte ihn die Stiftung FAR auf, «Lohnsummenmeldungen und Lohnbescheinigungen auszufüllen». Am 24. Oktober 2008 wurde ihm ein Zahlungsbefehl zugestellt betreffend eine Forderung von Fr. 100 000.– nebst Zins zu 5% seit 1. Juli 2003 für «einmalige Eintrittsbeiträge sowie Arbeitnehmer- und Arbeitgeberbeiträge, geschuldet für die Zeit vom 1. Juli 2003 bis 31. Dezember 2007 gemäss GAV FAR und Reglement FAR». H. entrichtete Beiträge für die Zeit ab 1. November 2007, bestritt aber für den vorangegangenen Zeitraum eine Beitragspflicht und verweigerte diesbezüglich auch Informationen betreffend Mitarbeiterzahl und Lohnsummen. Am 17. August 2009 erhob die Stiftung FAR Klage gegen H. und stellte u.a. folgenden Antrag:

«1. Der Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin die folgenden Beiträge zu bezahlen:

a) Fr. 680.– für jeden am 1. Juli 2003 angestellten Mitarbeiter, der unter den persönlichen Geltungsbereich des GAV FAR fällt, nebst Zins zu 5%;

b) 5,66% der AHV-pflichtigen Lohnsumme vom 1. Juli 2003 bis zum 31. Dezember 2004 jedes Mitarbeiters, der unter den persönlichen Geltungsbereich des GAV FAR fällt, nebst Zins zu 5%;

c) 5% der AHV-pflichtigen Lohnsumme vom 1. Januar 2005 bis zum 31. Oktober 2007 jedes Mitarbeiters, der unter den persönlichen Geltungsbereich des GAV FAR fällt, nebst Zins zu 5%.»

Mit Entscheid vom 10. März 2011 hiess das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich die Klage in dem Sinne gut, als es H. verpflichtete, Beiträge gemäss Antrag Ziff. 1 zu bezahlen.

C.

H. lässt Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten führen mit dem Antrag, der Entscheid vom 10. März 2011 sei aufzuheben und die Klage der Stiftung FAR abzuweisen. Ferner beantragt er, eine mündliche Parteiverhandlung und Urteilsberatung durchzuführen.

Die Stiftung FAR und das Bundesamt für Sozialversicherungen schliessen auf Abweisung der Beschwerde. Das kantonale Gericht verzichtet auf eine Stellungnahme.

Das Bundesgericht weist die Beschwerde ab.

Aus den Erwägungen:

2.

2.1 Der Beschwerdeführer stellt nicht in Abrede, dass seine Bauunternehmung gemäss Art. 2 des Bundesratsbeschlusses vom 5. Juni 2003 über die Allgemeinverbindlicherklärung des GAV FAR (nachfolgend: AVE GAV FAR; BBl 2003 4039) von dessen räumlichem und betrieblichem Geltungsbereich erfasst wurde. Er bringt vor, die Beitragserhebung entbehre einer genügenden gesetzlichen Grundlage, weshalb sie gegen das Legalitätsprinzip im Abgaberecht (Art. 127 BV) und das Gewaltentrennungsprinzip (Art. 164 Abs. 1 lit. d BV) verstosse. Weiter hält er durch die Erhebung von Beiträgen «ohne vorgängige persönliche Benachrichtigung» das Rechtsgleichheitsgebot (Art. 8 BV; Art. 2 Ziff. 4 des Bundesgesetzes vom 28. September 1956 über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen [AVEG; SR 221.215.311]), das Willkürverbot (Art. 9 BV) und das Legalitätsprinzip (Art. 127 BV) für verletzt. Schliesslich macht er für die auf das Jahr 2003 entfallenden Beiträge Verjährung geltend.

2.2 Soweit der Beschwerdeführer rügt, die Vorinstanz habe sich inhaltlich nicht mit den wesentlichen Punkten seiner Auffassung auseinandergesetzt und daher in materieller Rechtsverweigerung gegen Art. 9 BV verstossen, macht er sinngemäss eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV) geltend. Davon kann indessen nicht gesprochen werden, war doch eine sachgerechte Anfechtung des vorinstanzlichen Entscheides möglich (vgl. BGE 134 I 83 E. 4.1 S. 88; BGE 133 III 439 E. 3.3 S. 445; BGE 124 V 180 E. 1a S. 181).

3.

3.1

3.1.1 Alle wichtigen rechtsetzenden Bestimmungen sind in der Form des Bundesgesetzes zu erlassen. Dazu gehören insbesondere die grundlegenden Bestimmungen über den Kreis der Abgabepflichtigen sowie den Gegenstand und die Bemessung von Abgaben (Art. 164 Abs. 1 lit. d BV).

Rechtsetzungsbefugnisse können durch Bundesgesetz übertragen werden, soweit dies nicht durch die Bundesverfassung ausgeschlossen wird (Art. 164 Abs. 2 BV). Die Ausgestaltung der Steuern, namentlich der Kreis der Steuerpflichtigen, der Gegenstand der Steuer und deren Bemessung, ist in den Grundzügen im Gesetz selbst zu regeln (Art. 127 Abs. 1 BV). Diese Norm stimmt in ihrem Regelungsgehalt bezüglich öffentlicher Abgaben des Bundes mit dem genannten Art. 164 Abs. 1 lit. d BV überein (PIERRE TSCHANNEN, in: Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, Bernhard Ehrenzeller und andere [Hrsg.], 2. Aufl. 2008, N. 23 zu Art. 164 BV).

3.1.2 Der Bund kann Vorschriften erlassen über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (Art. 110 Abs. 1 lit. d BV). Gesamtarbeitsverträge dürfen nur allgemeinverbindlich erklärt werden, wenn sie begründeten Minderheitsinteressen und regionalen Verschiedenheiten angemessen Rechnung tragen und die Rechtsgleichheit sowie die Koalitionsfreiheit nicht beeinträchtigen (Art. 110 Abs. 2 BV).

3.1.3 Gegenstand der Allgemeinverbindlicherklärung können u.a. Bestimmungen sein, in Bezug auf welche eine Vereinbarung gemäss Artikel 323^{ter} des Obligationenrechts (in der bis 31. Dezember 1971 geltenden Fassung; die Norm entspricht seither Art. 357b OR [AS 1971 1465]) getroffen worden ist (Art. 1 Abs. 2 AVEG). In einem zwischen Verbänden abgeschlossenen Gesamtarbeitsvertrag können die Vertragsparteien vereinbaren, dass ihnen gemeinsam ein Anspruch auf Einhaltung des Vertrages gegenüber den beteiligten Arbeitgebern und Arbeitnehmern zusteht, soweit es sich namentlich um Beiträge an Ausgleichskassen und andere das Arbeitsverhältnis betreffende Einrichtungen handelt (Art. 357b Abs. 1 lit. b OR). Nach Art. 4 Abs. 1 AVEG gelten die gesamtarbeitsvertraglichen Verpflichtungen der beteiligten Arbeitgeber und Arbeitnehmer gegenüber den Vertragsparteien im Sinne von Artikel 357b OR auch für die am Vertrag nicht beteiligten Arbeitgeber und Arbeitnehmer, auf die der Geltungsbe- reich ausgedehnt wird.

3.2 Es trifft zu, dass sozialversicherungsrechtliche Arbeitgeberbeiträge als öffentlich-rechtliche Abgaben in rechtsdogmatischer Hinsicht (vgl. dazu HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl. 2010, S. 606 ff.) eine gewisse Ähnlichkeit mit Zweck- oder Kostenanlastungssteuern aufweisen (MAURER/SCARTAZZINI/HÜRZELER, Bundessozialversicherungsrecht, 3. Aufl. 2009, S. 86 Rz. 54; THOMAS LOCHER, Grundriss des Sozialversicherungsrechts, 3. Aufl. 2003, S. 402 Rz. 7). Andererseits können sie insoweit als Kausalabgaben (d.h. Beiträge resp. Vorzugslasten) aufgefasst werden, als der Arbeitgeber durch deren Bezahlung ihm im Zusammenhang mit dem Arbeitsvertrag obliegende Schutz- und Fürsorgepflichten erfüllt (vgl. ULRICH MEYER, Allgemeine Einführung, in: Soziale Sicherheit, SBVR Bd. XIV, 2. Aufl. 2007, S. 67 Fn. 291). Schliesslich werden Sozialversicherungsbeiträge mangels genügender Kompatibilität mit den abgaberechtlichen Begriffen bisweilen auch

als «Abgaben sui generis» bezeichnet (ALFRED MAURER, Bundessozialversicherungsrecht, 2. Aufl. 1994, S. 70; DERSELBE, Schweizerisches Sozialversicherungsrecht, Bd. I, 2. Aufl. 1983, S. 378 f.).

Ob es sich bei Arbeitgeberbeiträgen, die gestützt auf eine Allgemeinverbindlicherklärung zu entrichten sind, um öffentlich-rechtliche Abgaben handelt (vgl. E. 1.1; zur grundsätzlich privatrechtlichen Natur allgemeinverbindlicher GAV-Bestimmungen GIACOMO RONCORONI, Art. 1–21 AVEG, in: Handbuch zum kollektiven Arbeitsrecht, 2009, S. 397 Rz. 12 f. und S. 399 Rz. 20; STEFAN KELLER, Der flexible Altersrücktritt im Bauhauptgewerbe, 2008, S. 421), die überdies als Steuern zu qualifizieren sind, kann letztlich offenbleiben: In solchen Fällen sind strengste Anforderungen an die gesetzlichen Grundlagen nicht gerechtfertigt, zumal ein Schutz der Beitragspflichtigen vor zu hohen Abgaben (vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., S. 607 Rz. 2625c und S. 624 Rz. 2703 f.) auf andere Weise gewährleistet wird (E. 3.5).

3.3 Die auf einen allgemeinverbindlichen Gesamtarbeitsvertrag zurückzuführende Beitragspflicht trifft Arbeitgeber und Arbeitnehmer (Art. 1 Abs. 2 und Art. 4 Abs. 1 AVEG; Art. 357b OR). Dieser Kreis der Abgabepflichtigen wird durch die materiellen Voraussetzungen der Allgemeinverbindlicherklärung von Art. 2 Ziff. 3 AVEG weiter eingeschränkt: Danach werden insbesondere nur jene Arbeitgeber erfasst, die in einer Branche tätig sind, wo die Beteiligung der Arbeitgeber und -nehmer an einem Gesamtarbeitsvertrag bestimmte Quoren erfüllt (RONCORONI, a.a.O., S. 423 ff.). Damit ist der Kreis der Beitragspflichtigen bereits im formellen Gesetz genügend konkretisiert, auch wenn er durch die Festlegung des räumlichen und betrieblichen Geltungsbereichs im Rahmen der Allgemeinverbindlicherklärung zusätzlich eingeengt wird (vgl. Art. 2 f. AVEG FAR). Eine gesetzliche Bezeichnung potentiell betroffener Wirtschaftszweige, wie sie der Beschwerdeführer im konkreten Fall für das Bauhauptgewerbe verlangt, ist nicht erforderlich und wäre auch nicht sinnvoll, zumal kollektives Arbeitsrecht in jeder Branche zum Tragen kommen kann.

3.4 Laut gesetzlicher Vorgabe von Art. 1 Abs. 2 AVEG in Verbindung mit Art. 357b Abs. 1 lit. b OR können Beiträge an Ausgleichskassen und andere das Arbeitsverhältnis betreffende Einrichtungen erhoben werden. Dass die vom Arbeitgeber geschuldeten Beiträge an die Stiftung FAR nicht von dieser Bestimmung erfasst sein sollen, ist nicht ersichtlich (vgl. JEAN-FRITZ STÖCKLI, Berner Kommentar, Das Obligationenrecht, Bd. VI, 1999, N. 10 zu Art. 357b OR), steht die Vorsorgeeinrichtung doch – ebenso wie die ihr zu entrichtenden lohnabhängigen Beiträge – offensichtlich im Zusammenhang mit den jeweiligen Arbeitsverhältnissen. Damit beruht auch der Gegenstand der Abgabe auf einer genügenden Grundlage. Im Gegensatz zur Auffassung des Beschwerdeführers ist es mit Bezug auf das Legalitätsprinzip im Abgaberecht (E. 3.1.1) nicht notwendig, den Verwen-

dungszweck der erhobenen Beiträge, mithin die Ermöglichung des flexiblen Altersrücktritts, in einem formellen Gesetz festzuhalten.

3.5

3.5.1 Es liegt in der Natur der Sache, dass die konkrete Beitragspflicht und insbesondere die Bemessung von Beiträgen der Art, um die es hier geht, nicht in einem formellen Gesetz geregelt werden, ist es doch im Zusammenhang mit einer Allgemeinverbindlicherklärung gerade Sache der Sozialpartner, über allfällige Verpflichtungen und deren Umfang eine innerhalb einer bestimmten Branche tragfähige Einigung zu finden (vgl. Art. 1 AVEG; KELLER, a.a.O., S. 423). Üblicherweise Gegenstand von Gesamtarbeitsverträgen bildende normative und indirekt schuldrechtliche Bestimmungen – wie etwa die Festsetzung von Mindestlöhnen, die Pflicht zum Abschluss einer Krankentaggeldversicherung oder zur Beitragszahlung für die berufliche Weiterbildung (vgl. RONCORONI, a.a.O., S. 402 ff.) – beschränken den finanziellen Handlungsspielraum des Arbeitgebers im Verhältnis zu seinen Arbeitnehmern und wirken sich auf dessen wirtschaftliche Vermögenslage aus. Inwiefern sich die genannten Bestimmungen in abgaberechtlicher Hinsicht von gesamtarbeitsvertraglichen Regelungen der beruflichen Vorsorge unterscheiden sollen, ist nicht ersichtlich. Diese gelten denn auch in der Lehre als einer Allgemeinverbindlicherklärung zugänglich (RONCORONI, a.a.O., S. 403 f. Rz. 35 und 40). Folgte man der Auffassung des Beschwerdeführers, wonach die Bemessung der Beiträge einer formellgesetzlichen Grundlage bedürfe, würde in der Konsequenz das Institut der Allgemeinverbindlichkeit von Gesamtarbeitsverträgen – wie auch jenes des Gesamtarbeitsvertrages selber – weitgehend seines Gehalts entleert (vgl. zu deren Sinn und Zweck THOMAS GÄCHTER, in: Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, Bernhard Ehrenzeller und andere [Hrsg.], 2. Aufl. 2008, N. 29 zu Art. 110 BV; RONCORONI, a.a.O., S. 393 f. und 416), was nicht die Absicht des Verfassungs- und Gesetzgebers gewesen sein kann. Im Übrigen untersteht die Allgemeinverbindlichkeit spezifischen Voraussetzungen (vgl. Art. 2 f. AVEG), welche den berechtigten Interessen der am Gesamtarbeitsvertrag nicht beteiligten Arbeitgeber Rechnung tragen. Diese haben ausserdem die Möglichkeit, am Verfahren zur Allgemeinverbindlicherklärung teilzunehmen (vgl. Art. 9 f. AVEG).

3.5.2 Die Bemessung der Beiträge wird in generell-abstrakter Weise im allgemeinverbindlich erklärten Art. 8 GAV FAR festgelegt. Dass die Beiträge wesentlich höher als die entsprechenden Kosten (vgl. zum für die Stiftung FAR geltenden Rentenwert-Umlageverfahren Art. 7 Abs. 2 GAV FAR; KELLER, a.a.O., S. 439 ff.) oder als der Wert des entsprechenden Sondervorteils (vgl. E. 3.2) sein sollen, ist nicht ersichtlich und wird auch nicht geltend gemacht. Aufgrund dieser Gegebenheiten ist in Bezug auf die Höhe der Beiträge von der Wahrung des Kostendeckungs- und Äquivalenzprinzips auszugehen. Auch daher rechtfertigt sich der Verzicht auf eine Regelung der Grundzüge der Bemessung in einem formellen Gesetz.

3.6 Nach dem Gesagten steht fest, dass die allgemeinverbindlich erklärte Pflicht des Arbeitgebers zur Entrichtung von Vorsorgebeiträgen an die Stiftung FAR insgesamt auf genügenden gesetzlichen Grundlagen beruht und in diesem Zusammenhang von einer Verletzung des Legalitäts- oder Gewaltentrennungsprinzips nicht gesprochen werden kann.

4.

4.1 Die Allgemeinverbindlicherklärung des Gesamtarbeitsvertrages ist eine normative Regelung mit Rechtsetzungscharakter (Art. 4 AVEG), welche im Bundesblatt publiziert wird (Art. 14 Abs. 1 AVEG) und demzufolge als bekannt vorausgesetzt wird (SVR 2011 BVG Nr. 14 S. 51, 9C_297/2010 E. 4.2.1). Die Verpflichtung des Arbeitgebers zur Anmeldung und Bezahlung von Beiträgen an die Stiftung FAR ergibt sich unmittelbar aus der Allgemeinverbindlicherklärung bzw. dem allgemeinverbindlichen Vertrag mit Gesetzescharakter. Der AVE GAV FAR umschreibt den räumlichen, betrieblichen und persönlichen Geltungsbereich (Art. 2 f. AVE GAV FAR), der GAV FAR die Finanzierung, worunter in Art. 9 die Bezugsmodalitäten statuiert werden. Danach ist der Arbeitgeber Schuldner der Arbeitgeber- und Arbeitnehmerbeiträge (Abs. 1), wobei vierteljährlich Akontozahlungen abzuliefern sind (Abs. 2). Damit ist hinreichend klar umschrieben, welche Betriebe dem GAV FAR und damit der Beitragspflicht unterstehen (Urteil 9C_783/2011 vom 21. November 2011 E. 2.2). Ebenso klar wird in Art. 8 GAV FAR die Beitragsbemessung geregelt.

Meldet sich ein dem GAV FAR unterstellter Arbeitgeber nicht selber bei der Stiftung FAR an, ist von einer grobfahrlässigen Verletzung der sich unmittelbar aus einem allgemeinverbindlichen Vertrag mit Gesetzescharakter ergebenden Verpflichtung zur Anmeldung und Bezahlung von Beiträgen an die Stiftung FAR auszugehen (Urteil 9C_783/2011 vom 21. November 2011 E. 2.2). Unter diesen Umständen beginnt die fünfjährige Verjährungsfrist (Art. 41 Abs. 2 Satz 1 BVG [SR 831.40] in Verbindung mit Art. 89^{bis} Abs. 6 Ziff. 5 ZGB) erst mit der (zumutbaren) Kenntnis der Stiftung von ihrer Beitragsforderung gegenüber dem betroffenen Arbeitgeber zu laufen (BGE 136 V 73 E. 4.2 S. 79; Urteil 9C_783/2011 vom 21. November 2011 E. 2.2).

4.2 Nach dem Gesagten ist die Beitragserhebung bereits gestützt auf die gesetzeskonforme Publikation der AVE GAV FAR (E. 2.1), mithin ohne «vorgängige persönliche Benachrichtigung» der beitragspflichtigen Arbeitgeber durch die Stiftung FAR, zulässig. Ausserdem ist die Stiftung FAR – wie auch die in der obligatorischen Vorsorge tätigen, privat- oder öffentlichrechtlich organisierten Vorsorgeeinrichtungen – nicht befugt, Verfügungen betreffend Beitragspflicht oder -erhebung zu erlassen (vgl. Art. 73 BVG). Dass dem SBV angeschlossene Arbeitgeber aufgrund dieser Mitgliedschaft möglicherweise früher als andere Betroffene Kenntnis über ihre Beitragspflicht erlangt haben, verstösst nicht gegen das Gleichbehandlungsgebot: Einerseits ist es dem SBV unbenommen, seinen Mitgliedern Dienstleistungen zu erbringen und Nichtmitglieder davon auszuschliessen.

Andererseits belangt die Stiftung FAR sämtliche (potentiell) beitragspflichtigen Arbeitgeber, sobald sie ihr bekannt werden; dass dies bei SBV-Mitgliedern früher als bei (sich nicht selber meldenden) Nichtmitgliedern der Fall sein kann, liegt in der Natur der Sache. Dabei ist auch nicht von Belang, dass dem SBV als Vertragspartei des GAV FAR bestimmte Aufgaben betreffend die Sicherung des Finanzbedarfs der Stiftung obliegen. Ausserdem verhält sich der Beschwerdeführer wider Treu und Glauben, wenn er selber in grobfahrlässiger Weise seiner Meldepflicht nicht nachgekommen ist (E. 4.1) und in der Folge rügt, die Stiftung FAR habe es willkürlich und in Verletzung des Legalitätsprinzips unterlassen, ihm rechtzeitig Akontorechnungen zu stellen. Schliesslich ist die Einbringlichkeit der Arbeitnehmerbeiträge (vgl. Urteil 9C_378/2011 vom 9. Dezember 2011 E. 7.5.2), die Liquidität des Schuldners und dessen allgemeine wirtschaftliche Lage ohne Bedeutung für die Beitragspflicht.

4.3 Es besteht kein Anlass für die Annahme, dass es sich bei der Frist von Art. 41 Abs. 2 Satz 1 BVG um eine lediglich durch Klageanhebung zu wahrende Verwirkungsfrist handelt (vgl. SZS 2008 S. 574, 9C_614/2007 E. 5 in fine). Eine Verjährung der auf das Jahr 2003 entfallenden Beiträge fällt nur dann in Betracht, wenn die Stiftung FAR mindestens fünf Jahre vor Einleitung der Betreibung (vgl. Art. 41 Abs. 2 Satz 2 BVG in Verbindung mit Art. 135 Ziff. 2 OR), mithin spätestens im Oktober 2003, Kenntnis von ihrer Forderung hatte. Dass die Stiftung FAR im massgeblichen Zeitpunkt vom Betrieb des Beschwerdeführers und damit dessen Beitragspflicht wusste, ist nicht ersichtlich und wurde auch nie behauptet. Zwar bleibt unklar, wann sie dieses Wissen erlangte; hingegen steht fest, dass sie sich erstmals mit Schreiben vom 5. September 2007 an den Beschwerdeführer wandte und anschliessend ihre Interessen ohne Verzug verfolgte. Eine (teilweise) Verjährung der Forderungen kann unter diesen Umständen nicht angenommen werden. Die Beschwerde ist auch in diesem Punkt unbegründet.

Tribunal fédéral, Arrêt du 7 février 2012, Doss.-N° 8C_18/2011 (Admission du recours en matière de droit public interjeté contre le jugement du Tribunal cantonal vaudois, Cour de droit administratif et public, du 24 novembre 2010)

Renvoi pour justes motifs d'une fonctionnaire de la Municipalité de Lausanne.

Il appartient en premier lieu aux supérieurs hiérarchiques, ainsi qu'à l'autorité compétente de qualifier les prestations de l'employé, du moment qu'ils peuvent le mieux évaluer le travail quotidien et apprécier le comportement de l'intéressé (c. 5.2).

Il incombe à l'employeur public, comme à l'employeur privé (art. 328 CO), de protéger et respecter la personnalité du travailleur. Cette ob-

ligation comprend notamment le devoir de l'employeur d'agir dans certains cas pour calmer la situation conflictuelle et de ne pas rester inactif. Il doit prendre des mesures adéquates si un travailleur fait l'objet d'atteintes de la part de membres du personnel ou de ses supérieurs (c. 6.2).

Extraits des faits:

A., née en 1957, est titulaire d'une licence en sociologie et d'une demi-licence en psychologie. Le 1^{er} avril 1988, elle a été engagée par la Municipalité de Lausanne (ci-après: la municipalité) au Secrétariat X. Le 1^{er} janvier 1990, elle a été nommée fonctionnaire.

Après avoir travaillé quelque temps en qualité d'assistante sociale, A. a été transférée, à sa demande, au Service Y. pour occuper la fonction d'enquêtrice dès le 1^{er} janvier 1991. Sa mission consistait à déterminer et à contrôler les éléments à prendre en compte dans le calcul des prestations complémentaires (PC) pour les gestionnaires PC chargés de se prononcer sur le droit des assurés. Elle avait pour tâches principales d'effectuer les enquêtes PC (compléter les demandes, réunir les informations nécessaires à l'établissement des dossiers, rédiger des rapports sur la situation des assurés, suivre les enquêtes), d'assumer les tâches administratives en rapport avec son secteur (traiter la correspondance, assurer la coordination avec les autres unités et tenir à jour les statistiques), et d'accueillir et d'orienter les personnes au téléphone et au guichet. Elle était également chargée de procéder à la révision quadriennale des dossiers PC. Jusqu'en avril 1999, A. a travaillé sous la responsabilité de B. Après le départ à la retraite de celui-ci, P., chef du bureau des prestations complémentaires, est devenu son supérieur hiérarchique direct. Celui-ci était secondé par deux assistants, U. – remplacé en 2006 par R. –, et J. De 1999 à 2003, malgré quelques points à améliorer, le travail fourni par A. a été jugé globalement satisfaisant par P. Par la suite, celui-ci lui a fait savoir que ses prestations avaient nettement diminué de qualité et qu'elle ne remplissait pas les objectifs. Il lui a attribué des qualifications suffisantes en 2004 et insuffisantes en 2005. Parallèlement, il a constaté que l'état de santé de A. se dégradait, ce qui l'a incité à requérir l'avis du médecin-conseil, le docteur D. Celui-ci a confirmé l'aptitude au travail de la prénommée (rapport du 15 décembre 2006).

Le 15 juin 2007, les supérieurs de A. l'ont convoquée pour être entendue dans le cadre d'une procédure de mise en demeure au sens de l'art. 71^{bis} du Règlement pour le personnel de l'administration communale de la Ville de Lausanne (RPAC) du 11 octobre 1977. A cette occasion, P. a passé en revue onze points sur lesquels il estimait que son travail ne donnait pas satisfaction. Il lui était reproché un manque de fiabilité dans les enquêtes, un délai de traitement des dossiers trop long, un suivi inadapté des «suspens», des demandes répétées du même justificatif ou de documents inutiles, un volume de travail insatisfaisant, des écrits peu soignés,

une maîtrise insuffisante des outils de travail, un non-respect des consignes et des procédures, une incapacité à évoluer de manière autonome, un rejet de la critique et, enfin, un retard à répondre aux assurés. L'intéressée était mise en demeure de corriger ces insuffisances durant une période probatoire de 6 mois à l'échéance de laquelle un nouveau bilan de ses prestations serait dressé. Elle a également été rendue attentive qu'une procédure de renvoi pour justes motifs serait engagée si aucune amélioration ne devait être constatée au terme de cette période. Une lettre de mise en demeure formelle résumant le contenu de l'audition lui a été notifiée le 21 juin 2007. A. a exprimé son désaccord sur les manquements soulevés par lettre du 13 août 2007. Dès le 7 janvier 2008, elle a été mise en arrêt maladie et n'a plus repris son travail. Le bilan de la période probatoire a eu lieu le 28 mars 2008. A. a été informée que du point de vue de ses supérieurs, les prestations restaient insuffisantes. Le 2 avril suivant, la municipalité l'a suspendue de son obligation de travailler avec maintien du traitement.

Par lettre du 6 mai 2008, A. a demandé l'ouverture d'une enquête administrative interne pour actes de mobbing à son encontre. Dans une séance du 16 juillet 2008, la municipalité a décidé de ne pas y donner suite, considérant que les actes décrits ne permettaient pas de conclure à un harcèlement, et pris la décision de principe de licencier A. Celle-ci a demandé à consulter la Commission paritaire qui, après s'être réunie le 26 août 2008, a exprimé l'opinion que la procédure de licenciement était disproportionnée et qu'un déplacement de l'employée dans un autre service de l'administration serait souhaitable. Par décision du 26 septembre 2008, la municipalité a confirmé sa décision de principe et licencié l'intéressée avec un délai de congé de trois mois pour le 31 décembre 2008 en application de l'art. 70 RPAC. A. a recouru contre cette décision devant la Cour de droit administratif et public du Tribunal cantonal vaudois. Par décision du 24 novembre 2010, le Tribunal a admis le recours de A. et annulé la décision de licenciement du 26 septembre 2008.

La municipalité a formé un recours en matière de droit public dans lequel elle conclut à l'annulation de ce jugement et à la confirmation de sa décision.

Extraits des considérants:

2.

2.1 Sous le chapitre «Cessation des fonctions» et le titre marginal «Renvoi pour justes motifs», l'art. 70 RPAC (état au 1^{er} février 2007) prévoit que la municipalité peut en tout temps licencier un fonctionnaire pour de justes motifs en l'avisant trois mois à l'avance au moins si la nature des motifs ou de la fonction n'exige pas un départ immédiat (al. 1). D'après l'alinéa 2, constituent de justes motifs l'incapacité ou l'insuffisance dans l'exercice de la fonction et toutes autres circonstances qui font

que, selon les règles de la bonne foi, la poursuite des rapports de service ne peut être exigée.

2.2 L'art. 71bis RPAC prévoit une mise en demeure pour les cas où un licenciement avec effet immédiat ne s'impose pas. Le licenciement doit alors être précédé d'une mise en demeure formelle écrite, assortie d'une menace de licenciement si le fonctionnaire ne remédie pas à la situation. Selon les circonstances, cette mise en demeure peut être répétée à plusieurs reprises.

2.3 Enfin, si la nature des justes motifs le permet, la municipalité peut ordonner, à la place du licenciement, le déplacement du fonctionnaire dans une autre fonction (art. 72 RPAC).

3.

Le jugement attaqué repose sur une double motivation.

3.1 En premier lieu, la juridiction cantonale a considéré que les insuffisances professionnelles invoquées par l'employeur pour justifier le licenciement de A. n'étaient pas suffisamment étayées. En particulier, la municipalité avait échoué à établir que la prénommée effectuait des enquêtes lacunaires et peu fiables dès lors qu'elle n'avait avancé aucun chiffre concret permettant d'évaluer la proportion d'enquêtes retournées à A., et renoncé à l'audition des gestionnaires PC supposés mécontents du travail de celle-ci. La même conclusion s'imposait en ce qui concernait les erreurs d'orthographe, les retards dans le traitement des dossiers ou encore le volume de travail insatisfaisant, faute pour l'employeur d'avoir mis à disposition du tribunal des éléments de preuve tels que des courriers rédigés par A. et des statistiques sur le nombre d'enquêtes qui lui étaient attribuées par rapport à ses autres collègues ou sur les retards qui lui étaient imputables. Quant aux reproches liés aux difficultés de l'intéressée à se conformer aux directives reçues – par exemple celles relatives à l'horaire de passage au domicile des assurés – et à son manque d'autonomie dans le travail, ils étaient certes documentés au dossier mais ne présentaient pas un caractère de gravité suffisant pour entraîner un renvoi.

3.2 En second lieu, la juridiction cantonale a estimé que même s'il fallait reconnaître un travail insatisfaisant, le licenciement était abusif, l'employeur n'ayant pas satisfait à son devoir de protection de la personnalité de son employée. A cet égard, les premiers juges ont constaté que A. partageait son bureau avec S. et que celui-ci avait développé au fil du temps une animosité profonde à son égard, ce qui l'avait conduit, dès 2004, à surveiller ses faits et gestes et à émettre systématiquement des critiques sur son comportement et sa manière de travailler dans les rapports de travail mensuels qu'il établissait à l'intention de leur chef direct. Or, à partir de cette même période, A. avait commencé à se voir reprocher des prestations insuffisantes et à rencontrer des problèmes de santé à l'origine de nombreuses absences pour maladie. Au lieu de réagir devant l'hostilité croissante ouvertement exprimée par S., l'employeur était resté passif, tolérant la situation de stigmatisation dans laquelle se trouvait son employée et

attendant le mois d'avril 2007 pour déplacer le prénommé dans un autre bureau. Toujours selon les premiers juges, il fallait admettre, dans ces circonstances et en dépit de l'absence de mobbing avéré, que l'employeur avait contribué à la dégradation des conditions de travail de A. et, de ce fait, à une baisse de ses prestations.

4.

La recourante se plaint d'arbitraire dans l'appréciation des preuves et l'établissement des faits (art. 9 Cst.).

(...)

5.

5.1 Sur la question de l'existence de justes motifs de licenciement, la recourante reproche à la juridiction cantonale d'avoir fait fi des nombreux documents qu'elle avait produits à l'appui de sa réponse et dans lesquels les supérieurs directs de A. avaient constaté, exemples à l'appui, les multiples carences de celle-ci sur tous les onze points qui avaient fait l'objet de la mise en demeure du 21 juin 2007. Elle cite notamment les rapports de travail mensuels établis par U., R., J. sur la période de janvier 2004 à décembre 2007, les notes de service de P., ainsi que les entretiens de collaboration de A. (classeur VIII A-L). Devant ces éléments de preuve convergents, elle soutient avoir démontré à satisfaction de droit que les prestations de son employée étaient devenues à ce point insuffisantes qu'il n'était plus possible de la garder dans le service, ni même d'envisager son déplacement dans une autre fonction.

5.2 Il appartient en premier lieu aux supérieurs hiérarchiques, ainsi qu'à l'autorité compétente de qualifier les prestations de l'employé, du moment qu'ils peuvent le mieux évaluer le travail quotidien et apprécier le comportement de l'intéressé (cf. ATF 118 Ib 164 consid. 4b p. 166 s.; arrêt 8C_358/2009 du 8 mars 2010 consid. 4.2.1).

5.3 Dans les documents cités par la recourante, en particulier dans les rapports de travail mensuels des assistants de P., on trouve, en l'occurrence, un nombre considérable d'observations négatives sur le travail de l'intimée. Il y est relevé, par exemple, qu'en janvier 2006, A. n'avait toujours pas traité de nombreuses demandes PC entrées au début de l'année précédente (rapport de R. du 10 janvier 2006), qu'entre avril 2006 à février 2007, 45 dossiers d'enquêtes avaient dû lui être retournés pour être complétés contre seulement 9 à S. (rapport de R. du 5 mars 2007), qu'elle commettait des fautes susceptibles de conduire à des prises de décision erronées (rapports de J. du 4 novembre 2005 et 6 juin 2006), que le suivi de ses dossiers était inadapté (rapports de U. du 5 juillet 2005, de J. du 5 janvier 2007 et de R. du 5 septembre 2007), qu'une part significative de ses courriers remis pour signature nécessitait régulièrement des corrections (rapports de J. des 10 avril 2006 et 6 février 2007), qu'il lui arrivait souvent de demander le même justificatif plusieurs fois, ce qui engendrait des pertes de temps inutiles (rapports de R. des 2 mars et 3 avril 2006 et de J. du 6 juin 2006), qu'elle persistait à ne pas mettre en pratique certaines

directives (rapports de J. des 9 août 2006 et 8 août 2007), qu'elle se perdait dans les dossiers (rapport de R. du 5 juillet 2006), ou encore qu'elle ne maîtrisait pas les outils de travail (rapports de J. du 6 février 2007 et de R. du 5 octobre 2007). On retrouve des remarques critiques de même nature dans les documents relatifs à ses qualifications.

5.4 Alors que ces pièces mentionnent des faits objectifs qui ont indubitablement une pertinence pour apprécier l'existence de justes motifs de licenciement au sens de l'art. 70 al. 2 LPAC, on constate que les premiers juges en ont largement fait abstraction sans indiquer pour quelle raison il y aurait lieu de ne pas les prendre en considération. Le jugement entrepris ne comprend en vérité aucune discussion des éléments en défaveur de l'intimée soumis par la recourante que ce soit sous la forme de témoignages (voir par exemple les déclarations de P. et U.) ou de documents internes au service, tandis qu'il accorde d'emblée un poids déterminant aux objections de celle-ci. Il est également pour le moins discutable d'ignorer les pièces dans lesquelles il est question de la qualité des enquêtes de l'intimée pour retenir en défaveur de la recourante le fait qu'elle a renoncé à demander l'audition des gestionnaires PC. En définitive, on a l'impression que les juges cantonaux ont voulu sanctionner l'employeur pour avoir toléré que plusieurs de ses collaborateurs dévoient la finalité originelle des rapports de travail mensuels – celle de fournir au supérieur hiérarchique des informations sur le fonctionnement du service à des fins statistiques – en les utilisant comme un exutoire contre l'intimée, et pour s'en être servi comme d'un outil de contrôle du travail de celle-ci. Cependant, s'ils estimaient que ce procédé était illégal et constituait un motif valable de ne pas tenir compte de ces pièces, il leur incombait d'en faire la démonstration. Dans la mesure où ils ont simplement écarté sans motifs divers éléments de preuve régulièrement administrés et déterminants pour le sort de la procédure, les juges cantonaux ont procédé à un établissement des faits incomplet et arbitraire.

6.

6.1 En ce qui concerne le conflit existant entre S. et A., la recourante concède certes une lenteur d'action – en raison de problèmes de place – dans le déplacement de son collaborateur. Elle estime cependant qu'aucun manquement au devoir de protection de la personnalité de l'intimée ne saurait lui être reproché de ce fait. D'une part, A. ne s'était jamais plainte du comportement de son collègue alors qu'elle en avait eu de multiples occasions, laissant même entendre lors d'un entretien qu'elle s'était accommodée de la situation de rupture de dialogue entre eux. D'autre part, rien au dossier ne permettait de penser que les sentiments d'exaspération de S. se manifestaient autrement que par les commentaires critiques qu'il faisait dans ses rapports de travail mensuels. Dans la mesure où il n'était nullement établi que le prénommé aurait concrètement entravé l'exécution du travail de l'intimée, l'appréciation des premiers juges selon laquelle la baisse des prestations de cette dernière était imputable aux conditions de

travail dans lesquelles elle évoluait, était arbitraire. Elle s'écarterait au demeurant des conclusions du médiateur sur l'absence de mobbing et des rapports respectifs des docteurs D., médecin-conseil, et E., médecin traitant de l'intimée, qui avaient nié le fait que celle-ci était inapte à exercer sa fonction pour des motifs de santé ou que l'ambiance de travail risquait d'entraîner une atteinte à la santé.

6.2 Il incombe à l'employeur public, comme à l'employeur privé (art. 328 CO), de protéger et respecter la personnalité du travailleur. Cette obligation comprend notamment le devoir de l'employeur d'agir dans certains cas pour calmer la situation conflictuelle et de ne pas rester inactif. Il doit prendre des mesures adéquates si un travailleur fait l'objet d'atteintes de la part de membres du personnel ou de ses supérieurs (voir ATF 127 III 351 consid. 4b/dd p. 355 s.; arrêt 1C_320/2007 du 18 décembre 2007 consid. 3.3). Ainsi, une violation grossière du contrat, comme une atteinte grave au droit de la personnalité (cf. art. 328 CO) dans le contexte d'une résiliation, peut faire apparaître le congé comme abusif. Par exemple, un licenciement peut être qualifié d'abusif lorsqu'il est prononcé en raison des mauvaises prestations du travailleur, si celles-ci se révèlent être consécutives à un mobbing (ATF 125 III 70 consid. 2a p. 72 s.).

6.3 Il est constant qu'un conflit opposait S. à A. depuis juillet 2004, à la suite duquel ils ne se sont plus adressé la parole. Selon les constatations cantonales, la mésentente n'a fait que s'empirer du côté de S. qui s'est mis à contrôler le travail de sa collègue et à la critiquer dans ses rapports à la hiérarchie, sans hésiter à exprimer l'aversion qu'il avait pour elle. Il ne fait pas de doute que la nature et la virulence des propos formulés à l'encontre de A. appelaient une réaction de la part de l'employeur pour régler ce conflit relationnel qui allait manifestement au-delà d'une tension passagère entre deux collègues de travail. Or, d'après les pièces du dossier, l'employeur ne s'est soucié qu'une seule fois des conséquences préjudiciables que cette situation pouvait avoir sur l'intimée, soit au cours de l'entretien collaboration annuel de septembre 2004. A cette occasion, A. a fait savoir à P. qu'elle «n'en [voulait] plus du tout à M. S.». Depuis lors, l'employeur a apparemment considéré qu'il n'était pas nécessaire d'entreprendre quoi que ce soit d'autre alors même que les agissements de S. ont persisté jusqu'à la date de son déplacement en avril 2007. Même si de l'aveu même de A., celle-ci avait pris son parti de la rupture de dialogue entre elle et son collègue, il n'en demeure pas moins que la recourante ne pouvait permettre qu'un des ses employés s'immisce dans le travail d'un autre collaborateur et dénigre celui-ci sur une aussi longue période comme l'a fait S. Aussi, la constatation des premiers juges d'une violation du devoir de protection de l'employeur envers l'intimée n'est pas critiquable.

Pour autant, on ne peut les suivre lorsqu'ils retiennent que la baisse des prestations de A. résulte de l'absence de mesures prises par la recourante pour désamorcer le conflit existant entre elle et S. Comme cela ressort de l'ensemble de ses écritures, l'intimée ignorait, jusqu'à l'ouverture

de la procédure de licenciement, qu'elle avait fait l'objet d'une surveillance de son collègue de bureau. Par ailleurs, l'opinion des premiers juges se trouve en contradiction claire avec les conclusions du médiateur O. qui n'a pas pu mettre en évidence d'actes de la part de S. dont l'intimée aurait directement subi les effets dans l'exécution de son travail. Il est vrai qu'il a fait état d'une souffrance professionnelle, mais il ne l'a nullement liée à la circonstance que l'employeur avait tardé à agir dans ce conflit. Il a observé en outre que les premiers reproches professionnels dataient d'une période fort éloignée du début du conflit (1999) et que l'intimée était souvent malade avant même la survenue des événements en question. De même, les documents médicaux produits au dossier (des docteurs E. et C. ainsi que de la psychothérapeute F.) et les témoignages recueillis ne permettent pas d'établir un tel lien de causalité. Ils montrent tout au plus une concomitance dans le temps entre le problème survenu avec S. en 2004 et la fragilisation de l'état de santé de l'intimée, ce qui est en soi insuffisant à démontrer que le second est le résultat du premier. Les premiers juges n'étaient donc pas fondés à qualifier le licenciement d'abusif pour ce motif. Sur ce point également, le grief d'arbitraire dans l'appréciation des preuves doit être admis.

7.

Il découle de ce qui précède, que le recours est bien fondé. La cause doit être renvoyée à l'autorité précédente pour qu'elle procède à un réexamen du cas et qu'elle établisse les faits et apprécie les preuves dans le respect de l'art. 9 Cst. en ce qui concerne la question de l'existence de justes motifs de licenciement. Cette annulation ne préjuge en rien l'issue de la procédure, la Cour de droit administratif et public du Tribunal cantonal vaudois conservant sa liberté pour apprécier l'ensemble des preuves, dans les limites définies au consid. 5.4 supra (cf. arrêt 1C_418/2008 du 27 mai 2009 consid. 2.3).

Tribunal fédéral, Arrêt du 23 février 2012, Doss.-N° 4A_555/2011 (Rejet du recours en matière civile interjeté contre l'arrêt rendu le 23 juin 2011 par la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal du canton de Vaud)

La notion de licenciement «pour raisons économiques» ne doit pas être interprétée de manière trop restrictive. Elle ne suppose pas nécessairement un licenciement collectif ou une restructuration. Peut ainsi invoquer valablement des raisons économiques l'entreprise qui se trouve dans une situation financière difficile, en raison d'un recul des commandes, et qui ne peut plus assumer le paiement des salaires convenus (c. 2.3.3).

Extraits des faits:

Y., ingénieur-technicien, a travaillé dès 1968 pour la société A. SA puis, du 1^{er} juillet 1988 au 30 juin 1991, pour la société X. SA, active dans la fabrication et le commerce de machines et ayant son siège à ... (VD); en décembre 1991, il a été engagé par B. SA et a été transféré à sa filiale C. SA, au service de laquelle il est resté jusqu'à fin 2007. C. SA a connu des difficultés financières et est entrée en liquidation concordataire. Y. est alors retourné, dès le 1^{er} janvier 2008, au service de X. SA, qui a repris les activités et les actifs de C. SA. S'agissant de ce dernier engagement, un contrat de travail a été conclu entre X. SA et Y. le 1^{er} novembre 2007. Il prévoyait que Y. était engagé en qualité d'ingénieur par X. SA et que sa rémunération était fixée à 12 000 fr. brut par mois, part au treizième salaire et prime de vacances en sus. Il était précisé que le travailleur était considéré contractuellement comme ayant seize années d'ancienneté. En cas de licenciement pour raisons économiques intervenant avant le 31 décembre 2010, il était convenu que Y. bénéficierait du plan social défini par C. SA le 15 décembre 2006. Le renvoi à ce plan social permettait de comprendre, pour un salarié considéré comme ayant seize années d'ancienneté, qu'il aurait droit, dans ces conditions, à trois mois de salaire.

Au cours de l'année 2008, X. SA a connu de graves difficultés financières résultant notamment de la chute des commandes de machines. Elle a dû procéder à des licenciements économiques. Pour diminuer les coûts de production et sauvegarder des emplois, elle a proposé, en accord avec la commission d'entreprise, de réduire le temps de travail. La diminution de salaire devait être atténuée par un effort de l'entreprise et par les prestations de l'assurance-chômage. Cette proposition a été acceptée par la majorité des travailleurs lors d'une assemblée générale tenue le 3 février 2009. Par lettre du 28 avril 2009, Y. a informé X. SA qu'il refusait les mesures de chômage partiel. Alors que le chômage partiel devait commencer pour lui en août 2009, il a fait savoir, par courriel du 1^{er} juillet 2009, qu'il n'avait pas changé d'avis depuis sa lettre du 28 avril 2009 et qu'il refusait catégoriquement de chômer. Sous menace de licenciement, Y. a été sommé de se soumettre au chômage partiel par la direction tout d'abord, puis par le responsable de la commission d'entreprise. Il a persisté dans son refus. Par courrier du 9 juillet 2009, X. SA a résilié le contrat de travail conclu avec Y. pour le 31 octobre 2009.

Par demande du 28 avril 2010 adressée au Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne, Y. a conclu au paiement par X. SA de la somme de 99 000 fr. avec intérêt, à savoir 39 000 fr. à titre d'indemnité pour licenciement abusif au sens de l'art. 336a al. 2 CO et 60 000 fr. à titre d'indemnité prévue par le plan social de la société C. SA. Il a soutenu qu'il avait été victime d'un congé-modification abusif et qu'il avait droit par ailleurs à l'indemnité contractuelle pour le motif qu'il était licencié avant le 31 décembre 2010 pour des raisons économiques. Par jugement du

25 janvier 2011, le Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne a condamné X. SA à payer à Y. la somme de 36 000 fr., sous déduction des charges usuelles, avec intérêt. Le tribunal a considéré que le congé n'était pas abusif parce qu'il était motivé par des difficultés financières sérieuses. En revanche, le travailleur pouvait prétendre à trois mois de salaire (soit 36 000 fr.) en vertu de la clause contenue dans le contrat, puisqu'il avait été licencié avant le 31 décembre 2010 pour des raisons économiques. Saisie d'un appel formé par X. SA, la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal vaudois, par arrêt du 23 juin 2011, a confirmé le jugement attaqué.

X. SA exerce un recours en matière civile au Tribunal fédéral.

Extraits des considérants:

2.

2.1 La recourante invoque une violation de l'art. 335 al. 1 CO.

Selon cette disposition, le contrat de durée indéterminée peut être résilié par chacune des parties.

Le grief soulevé est incompréhensible. En effet, la cour cantonale a admis que la recourante avait valablement résilié le contrat de travail qu'elle avait conclu avec l'intimé. On cherche ainsi vainement en quoi le droit de celle-ci de résilier le contrat aurait été méconnu, au mépris de l'art. 335 al. 1 CO.

Si la recourante a été condamnée à payer 36 000 fr. à sa partie adverse, c'est parce qu'elle s'était engagée contractuellement à lui verser, à certaines conditions, une indemnité en cas de licenciement, ce qui n'a rien à voir avec la faculté accordée à chacune des parties par l'art. 335 al. 1 CO de résilier le contrat individuel de travail.

2.2 Dans sa motivation du grief, la recourante s'en prend au raisonnement de la cour cantonale concernant la notion de congé-modification.

La cour cantonale est parvenue à la conclusion qu'elle ne se trouvait pas en présence d'un congé-modification qui puisse être qualifié d'abusif. Il en résulte que la recourante n'a pas été condamnée – comme le demandait l'intimé – à payer, en sus de l'indemnité contractuelle, une indemnité pour licenciement abusif qui aurait pu atteindre jusqu'à six mois de salaire (art. 336a al. 2 CO). La recourante n'a pas d'intérêt à se plaindre d'un raisonnement qui aboutit à une conclusion qui lui est favorable. Or, un intérêt est requis pour l'exercice de toute voie de droit (ATF 130 III 102 consid. 1.3 p. 105; 127 III 429 consid. 1b p. 431). Les développements présentés par la recourante sont donc irrecevables.

Au demeurant, on ne voit pas en quoi le raisonnement de la cour cantonale violerait le droit fédéral. Il a été constaté en fait – de manière à lier le Tribunal fédéral (art. 105 al. 1 LTF) – que la demande de modification du contrat et le congé n'ont pas été adressés simultanément, de sorte que l'on ne se trouve pas, à strictement parler, en présence d'un congé-modification (sur cette notion: ATF 123 III 246 consid. 3 p. 248). Il a ce-

pendant été constaté que le congé avait été donné parce que le travailleur n'avait pas accepté la modification, ce qui peut être considéré comme un congé-modification au sens large (sur cette notion: ATF 123 III 246 consid. 3 p. 249). Selon la jurisprudence, un congé donné pour le motif que le travailleur n'accepte pas une modification du contrat doit être considéré comme abusif si la résiliation est utilisée comme un moyen de pression sans que la modification demandée ne soit sérieusement justifiée, notamment par un changement dans la situation du marché ou dans la gestion de l'entreprise (ATF 123 III 246 consid. 3b p. 250 s.). En l'espèce, la cour cantonale a estimé que l'insistance de la recourante à obtenir la réduction du temps de travail et le licenciement intervenu à la suite du refus de l'intimé étaient justifiés par des motifs sérieux, à savoir l'impossibilité pour l'entreprise de continuer à payer les salaires convenus en raison de sa situation financière difficile causée par un recul des commandes. A considérer l'état de fait retenu par la cour cantonale – qui n'a pas à être revu par le Tribunal fédéral (art. 105 al. 1 LTF) – le raisonnement adopté est conforme à la jurisprudence et ne viole pas le droit fédéral.

2.3 Se prévalant d'une transgression de l'art. 18 CO, la recourante se plaint de la manière dont a été interprétée la clause contractuelle prévoyant une indemnité en cas de licenciement du travailleur.

2.3.1 Il faut tout d'abord préciser que le contenu du contrat conclu, le contenu du plan social auquel il se réfère, ainsi que la date à laquelle le licenciement a été donné relèvent des constatations de fait qui, dès lors que l'arbitraire n'a pas été invoqué (art. 106 al. 2 LTF), lient le Tribunal fédéral (art. 105 al. 1 LTF). De la même manière, les motifs réels pour lesquels un congé a été donné relèvent des constatations de fait, qui, en l'absence d'un grief d'arbitraire, sont déterminantes pour le Tribunal fédéral (ATF 136 III 513 consid. 2.3 p. 515; 136 III 552 consid. 4 p. 559). Le raisonnement qui suit est donc fondé sur l'état de fait figurant dans l'arrêt cantonal.

Ainsi, il a été constaté que les parties sont convenues que l'employeur verserait au travailleur une indemnité si ce dernier était licencié pour des raisons économiques avant le 31 décembre 2010. Pour déterminer le montant de l'indemnité, la clause contractuelle se réfère à un plan social, conclu antérieurement et noué avec d'autres personnes. Il doit être précisé que le plan social n'est pas directement appliqué ici, puisqu'il lie en réalité d'autres personnes. Les parties l'ont incorporé dans leur clause contractuelle en vue de déterminer le montant de l'indemnité. Le plan social prévoit – toujours selon les constatations cantonales – le versement de trois mois de salaire pour les collaborateurs ayant entre quinze et dix-sept ans d'ancienneté. Dans le contrat de travail d'espèce conclu le 1^{er} novembre 2007, il a été précisé que l'intimé était censé avoir seize ans d'ancienneté. Il en résulte donc bien qu'il avait droit, en cas de licenciement pour motif économique avant le 31 décembre 2010, à une indemnité correspondant à trois mois de salaire. Il ressort également des constatations cantonales que le salaire convenu entre les parties s'élevait à 12 000 fr. par mois, de sorte

qu'une indemnité de trois mois correspond bien aux 36 000 fr. admis par la cour cantonale.

Il reste à examiner si les conditions convenues donnant droit à l'indemnité sont réunies. Il a été constaté que l'employeur avait licencié le travailleur par lettre du 9 juillet 2009 avec effet au 31 octobre 2009. Il n'est en conséquence pas douteux que l'intimé a été licencié avant le 31 décembre 2010, de sorte que la première condition fixée se trouve réalisée.

La seule question qui reste à résoudre est de savoir s'il a été licencié «pour raisons économiques». C'est sur ce point que porte le litige d'interprétation.

2.3.2 Confronté à l'interprétation d'une disposition contractuelle, le juge doit tout d'abord s'efforcer de déterminer la commune et réelle intention des parties, sans s'arrêter aux expressions ou dénominations inexacts dont elles ont pu se servir, soit par erreur, soit pour déguiser la nature véritable de la convention (art. 18 al. 1 CO; ATF 135 III 410 consid. 3.2 p. 412 s.). Déterminer ce qu'un cocontractant savait ou voulait au moment de conclure relève des constatations de fait; la recherche de la volonté réelle des parties est qualifiée d'interprétation subjective (ATF 131 III 606 consid. 4.1 p. 611). Si le juge parvient à établir une volonté réelle et concordante des parties, il s'agit d'une constatation de fait qui lie en principe le Tribunal fédéral conformément à l'art. 105 LTF. Si la volonté des parties ne peut pas être établie ou si leurs volontés intimes divergent, le juge doit interpréter les déclarations faites et les comportements selon la théorie de la confiance; il doit donc rechercher comment une déclaration ou une attitude pouvait être comprise de bonne foi en fonction de l'ensemble des circonstances (on parle alors d'une interprétation objective). Le principe de la confiance permet ainsi d'imputer à une partie le sens objectif de sa déclaration ou de son comportement, même s'il ne correspond pas à sa volonté intime; l'application du principe de la confiance est une question de droit que le Tribunal fédéral doit examiner d'office (art. 106 al. 1 LTF); cependant, pour trancher cette question, il doit se fonder sur le contenu des manifestations de volonté et sur les circonstances, dont la constatation relève du fait (ATF 135 III 410 consid. 3.2 p. 412 s.). Le principe selon lequel l'interprétation subjective a la priorité sur l'interprétation objective relève du droit (ATF 131 III 606 consid. 4.1 in fine p. 611).

2.3.3 En l'espèce, la cour cantonale n'a pas retenu d'indices qui permettraient de donner un sens particulier à la notion de «raisons économiques». Il faut donc interpréter ces termes selon la théorie de la confiance, c'est-à-dire en tenant compte du sens ordinaire des mots et de l'ensemble des circonstances propres au cas d'espèce.

Il a été constaté que l'employeur avait licencié l'intimé parce que celui-ci n'avait pas accepté la réduction du temps de travail. Partant, le congé n'est pas lié à une mauvaise qualité du travail ou à un comportement blâmable dans l'entreprise. En vertu de la liberté contractuelle, le travail-

leur n'est en principe pas obligé d'accepter une péjoration des conditions de travail que l'employeur voudrait lui imposer. In casu, le chômage partiel s'accompagnait d'une diminution de salaire, même si celle-ci était atténuée par un effort de l'entreprise et par les prestations de l'assurance-chômage. L'intérêt au contrat du travailleur réside précisément dans le salaire (cf. art. 319 al. 1 CO) et le travailleur a le droit de refuser une réduction de salaire (ATF 123 III 246 consid. 4a p. 251), l'employeur pouvant, en cas de nécessité économique, donner le congé en respectant les dispositions contractuelles. En refusant la modification du contrat de travail, l'intimé n'a fait qu'exercer sa liberté contractuelle et son attitude ne saurait justifier, prise isolément, le congé qui lui a été donné.

La recourante tente de soutenir que l'attitude de l'intimé serait contraire aux impératifs de la convention collective de travail et au principe du partenariat social. Elle n'invoque cependant aucune disposition légale, aucun article d'une convention collective et aucune clause contractuelle qui aurait obligé juridiquement l'intimé à accepter la réduction de son temps de travail et de son salaire. L'argument, tel qu'il est présenté, ne répond pas aux exigences de motivation de l'art. 42 al. 1 et 2 LTF puisque l'on ne parvient pas à discerner en quoi consisterait la violation du droit fédéral (art. 95 let. a LTF). Cette partie de l'argumentation, dès lors qu'il n'est pas possible de détecter la violation du droit fédéral qui serait mise en cause, est irrecevable.

Il faut alors s'interroger sur les motifs qui ont conduit la recourante à licencier l'intimé alors que celui-ci exerçait son droit de ne pas accepter une baisse de salaire. Les motifs résultent clairement des faits retenus par la cour cantonale. L'entreprise se trouvait dans une situation financière difficile, en raison d'un recul des commandes, et elle ne pouvait plus assumer le paiement des salaires convenus. L'intimé a donc reçu le congé parce que la recourante ne pouvait plus assumer la charge financière du salaire contractuel. Considérer en pareilles circonstances que le congé a été donné pour des «raisons économiques» est conforme au sens des mots et à ce que le travailleur pouvait comprendre de bonne foi à la lecture de la clause litigieuse.

La recourante soutient qu'un licenciement économique supposerait un licenciement collectif ou une restructuration. Si elle entendait restreindre ainsi la portée de la clause contractuelle, elle devait le dire clairement. Une telle restriction ne ressort pas du sens des termes employés.

Ainsi, la cour cantonale a interprété la clause litigieuse d'une manière conforme au droit fédéral. Il en résulte que la condamnation de la recourante échappe à toute critique et que le recours doit être rejeté.

Tribunal fédéral, Arrêt du 23 février 2012, Doss.-N° 5A_641/2011 (Rejet du recours en matière civile interjeté par X. contre l'arrêt de la Chambre civile du Tribunal cantonal du canton du Valais du 31 août 2011)

Action en protection de la personnalité d'un employé

Art. 28 ss CC et art. 328 CO. Selon la doctrine et la jurisprudence, seul celui qui subit ou a subi directement l'atteinte peut agir en protection de la personnalité. Si l'employeur doit certes veiller à la protection de la personnalité de ses employés, voire cas échéant prendre des mesures pour atteindre ce but, il n'est pas autorisé à intenter une action défensive en lieu et place de la personne directement concernée; c'est à cette dernière, et à elle seule, de décider si elle entend agir en protection (c. 5.2.4).

Extraits des faits:

X. est un établissement de droit public autonome doté de la personnalité morale. Il a pour but d'assurer la mise en œuvre de la planification hospitalière et de coordonner les activités des hôpitaux et des instituts médicaux-techniques qui le composent, notamment les hôpitaux de A. et B. ainsi que les Institutions C. L'hôpital de B. offre des prestations en pédopsychiatrie par le biais du Service D., anciennement Centre E. Le Dr Y. occupe le poste de médecin chef de clinique auprès de ce service. L'hôpital de A. forme avec les Institutions C., site de F., le centre hospitalier de A. dont le Dr V. est le directeur et chef du département de psychiatrie.

U., né le 8 août 1994, fils de T., a été hospitalisé auprès du service de pédiatrie de l'hôpital de A. du 23 mars 2009 au 2 avril 2009, puis en raison d'idées suicidaires et de tensions dans ses relations avec sa mère, il a été transféré au Service D., où il a séjourné jusqu'au 20 juillet 2009. Cette hospitalisation a été émaillée de plusieurs problèmes, principalement liés à l'opposition de la mère aux différents traitements proposés par les soignants, en particulier le Dr Y. T. a également tenu le Service D. pour responsable du tentamen de son fils survenu le 16 juin 2009. Après un court séjour à l'hôpital psychiatrique de la fondation de G., U. a été transféré à l'hôpital psychiatrique de F., où il a séjourné jusqu'au 21 octobre 2009. Entre novembre 2009 et mars 2010, il a été hospitalisé à quatre reprises dans ce même hôpital. Dans le même temps, il a été placé auprès de la Fondation Q., à Sion, dès le 17 janvier 2010. Durant ces hospitalisations, T. a fait montre d'une défiance marquée à l'endroit des Institutions C. et du Service D. Dès septembre 2009, elle a publié sur internet un historique concernant le cas de son fils en décrivant de manière très critique les méthodes thérapeutiques des services en cause, le refus des soignants de l'informer sur le diagnostic et les traitements médicamenteux de son fils ainsi que le sentiment de kidnapping de son enfant par les institutions. Bien

qu'anonymisé, le récit reprend les initiales des noms des soignants et du patient de sorte qu'il est aisé de les identifier.

Par courriel du 24 février 2011, S., journaliste auprès du quotidien I., appartenant à Z. SA, a pris contact avec le Dr V. et lui a indiqué qu'il avait été approché par une mère dont le fils avait été admis au Service D. puis à l'Hôpital de F., qu'il avait mené une enquête pour trouver d'autres témoignages confortant les affirmations de cette personne et que, sans que les personnes interrogées n'aient pu se concerter, plusieurs mères interrogées et dont les enfants ont également été suivis par le Service D. ont vivement critiqué ce service et, en particulier, le Dr Y. Désirant rédiger un article sur le sujet, le journaliste a sollicité un entretien avec le Dr V. Les deux hommes se sont rencontrés le 26 février 2011. Le 1^{er} mars 2011, S. a fait parvenir une synthèse de l'entretien au Dr V. qui a pu y apporter des modifications.

Par requête de mesures provisionnelles urgentes du 2 mars 2011, X. a conclu à ce qu'il soit fait interdiction au Journal I. par Z. SA de publier quelque article que ce soit faisant une allusion directe ou indirecte, même en termes dissimulés, au cas de U. et à X. Au titre de mesures provisionnelles et au fond, X. a pris des conclusions quasi-identiques. Par décision de mesures préprovisionnelles du même jour, le Juge du district de Sion a fait droit à la requête. Le 7 mars 2011, X. a complété sa demande et modifié ses conclusions au titre de mesures provisionnelles et au fond en ce sens qu'il soit fait interdiction, sous la menace des peines prévues à l'art. 292 CP, au Journal I., ou à tout autre journal par Z. SA, de publier quelque article que ce soit faisant une allusion directe ou indirecte, même en termes dissimulés, au cas U., au Centre E./Service D. et au Dr Y. dans le sens des propos résultant des e-mails du journaliste S. au Dr V. du 24 février et du 1^{er} mars 2011. À la suite de la détermination de l'intimée du 16 mars 2011, le Dr Y. a déclaré se joindre à la requête et aux conclusions de la requête par courrier du 22 mars 2011.

Par décision du 4 avril 2011, le Juge du district de Sion a admis la requête de mesures provisionnelles de X. et du Dr Y. dans le sens des conclusions prises le 7 mars 2011 et leur a imparti un délai de trente jours pour ouvrir action contre Z. SA.

Le 20 avril 2011, X. et le Dr Y. ont ouvert action au fond. Statuant sur appel de Z. SA, la Chambre civile du Tribunal cantonal du canton du Valais a, par arrêt du 31 août 2011, déclaré irrecevable la requête de mesures provisionnelles formée par le Dr Y. et a rejeté celle de X.

Le 15 septembre 2011, X. et le Dr Y. exercent un recours en matière civile contre cet arrêt auprès du Tribunal fédéral concluant à son annulation et à ce que la mesure ordonnée le 4 avril 2011 par le Juge du district de Sion soit maintenue jusqu'à droit connu sur l'action au fond.

Extraits des considérants:

3.

En substance, la cour cantonale a jugé que la requête du Dr Y. était irrecevable dès lors, qu'une fois la litispendance de l'action au fond valablement créée le 2 mars 2011, il ne lui était possible d'intervenir dans le procès intenté par X. qu'aux conditions des art. 73 à 83 CPC. Elle a ensuite considéré que X., qui avait agi exclusivement en son nom et pour son propre compte, n'était pas habilité à agir en protection des droits de la personnalité de U. et du Dr Y., faute d'une disposition légale qui l'y autoriserait. Enfin, la cour cantonale a jugé que, dans la mesure où le journaliste avait mené, avec sérieux, une enquête en vue d'établir la vérité, rien ne permettait de penser que l'information que l'intimée s'appropriait à publier portait sur des faits erronés. Elle a ainsi jugé que les craintes d'une atteinte illicite à la personnalité de X. étaient infondées. Elle a ajouté que le fait que le Dr V. ne s'était pas opposé, jusqu'au dépôt de la requête, à la publication d'un article permettait, à lui seul, de sérieusement douter de la vraisemblance de la gravité du préjudice allégué par X.

(...)

5.

X. se plaint ensuite de ce que la cour cantonale lui a dénié la faculté d'agir dans l'intérêt de U. et du Dr Y.

5.1 La qualité pour agir (ou légitimation active) est une question de droit matériel (ATF 125 III 82 consid. 1a; 123 III 60 consid. 3a; 121 III 118 consid. 3). Elle appartient au titulaire du droit litigieux; dans certains cas, un tiers – qui est étranger au rapport de droit en cause – peut cependant agir, parallèlement au titulaire, en son propre nom comme partie, soit en vertu d'une disposition expresse de la loi, soit en vertu de la jurisprudence (ATF 116 II 253 consid. 3; HOHL, Procédure civile, Tome I, 2001, n. 437 ss).

Dans le cadre d'une action défensive tendant à la protection de la personnalité, la légitimation active appartient à celui qui est titulaire du droit de la personnalité auquel il prétend qu'une atteinte a été portée. En raison du lien indissoluble existant entre les droits de la personnalité et leur titulaire, seuls peuvent agir les sujets qui sont personnellement et directement visés par l'atteinte, à l'exclusion de tiers (ATF 95 II 532 consid. 3; arrêt 5A_328/2008 du 26 novembre 2008 consid. 7.2; TERCIER, Le nouveau droit de la personnalité, 1984, n. 799 ss; MEILI, Basler Kommentar, 2010, n° 32 ad art. 28 CC). Aussi, en dehors des cas où la loi ou une règle de comportement leur accorde expressément un droit propre, les personnes qui ne sont lésées qu'indirectement ou par contrecoup n'ont pas qualité pour agir (DESCHENAUX/STEINAUER, Personnes physiques et tutelle, 2001, n. 573).

5.2 S'agissant des conclusions prises dans l'intérêt du Dr Y., le recourant fait valoir une application arbitraire de l'art. 328 CO ainsi qu'une vio-

lation des art. 29 et 30 Cst, en tant que ce dernier serait privé d'accès au juge.

5.2.1 Selon l'art. 328 al. 1 CO, l'employeur protège et respecte, dans les rapports de travail, la personnalité du travailleur. Il répond du comportement des employés qu'il charge de l'accomplissement de cette obligation (art. 101 al. 1 CO). L'employeur doit non seulement respecter la personnalité du travailleur, mais il doit encore la protéger, c'est-à-dire prendre des mesures adéquates si elle fait l'objet d'atteintes de la part de membres du personnel ou de tiers (ATF 132 III 257 consid. 5.1; REHBINDER, *Berner Kommentar*, n. 4 ad art. 328 CO; PORTMANN, *Basler Kommentar*, 2011, n. 7 ad art. 328 CO).

5.2.2 La cour cantonale a constaté que X. avait agi en son nom et pour son propre compte mais aussi en vue de protéger les droits de la personnalité du Dr Y. Elle a considéré que ni la législation cantonale, ni les règles sur le contrat de travail ne l'autorisaient à procéder de la sorte. La juridiction a également relevé qu'il n'avait pas été allégué que le Dr Y. aurait donné son consentement pour une action en justice et que X. n'avait pas établi se trouver dans un état de nécessité tel qu'il eût dû agir sans pouvoir obtenir ce consentement.

5.2.3 Le recourant fait valoir que l'art. 328 CO impose à l'employeur la prise de mesures de précaution pour empêcher une atteinte à la personnalité de son employé qui interviendrait dans le cadre des rapports de travail et que, faisant référence à l'ATF 127 III 351, X. pourrait devoir répondre des atteintes subies par le Dr Y. À cet égard, il allègue qu'il y avait urgence à agir afin d'éviter une campagne de presse contre ce dernier. S'agissant du consentement de l'intéressé, il invoque l'état de nécessité et précise que l'action en justice a été ratifiée par courrier du 22 mars 2011.

5.2.4 En l'espèce, le recourant a exclusivement agi en son propre nom de sorte qu'il importe peu de savoir si le Dr Y. a consenti à l'ouverture d'action ou si X. se trouvait dans un état de nécessité ne permettant pas de le recueillir. En effet, ces cas de figure ne peuvent être pris en compte que dans l'hypothèse où l'action est intentée au nom de celui qui est personnellement et directement menacé d'une atteinte.

Il ne demeure dès lors plus qu'à examiner si l'art. 328 CO habilitait X. à agir en justice pour protéger les droits de la personnalité de son employé. Selon la doctrine et la jurisprudence, seul celui qui subit ou a subi directement l'atteinte peut agir en protection de la personnalité (cf. consid. 5.1.2). L'art. 328 CO ne constitue en outre pas une disposition légale expresse dérogeant à ce principe. Si l'employeur doit certes veiller à la protection de la personnalité de ses employés, voire cas échéant prendre des mesures pour atteindre ce but, il n'est pas autorisé à intenter une action défensive en lieu et place de la personne directement concernée; c'est à cette dernière, et à elle seule, de décider si elle entend agir en protection. Enfin, on ne voit pas en quoi, X. pourrait être amené à répondre à l'égard de son employé du préjudice causé par l'article de presse litigieux; la per-

sonne dont émane l'atteinte n'est pas son auxiliaire au sens de l'art. 101 al. 1 CO comme c'était le cas dans la jurisprudence invoquée. Il suit de là que X. ne pouvait agir en protection de la personnalité du Dr Y.

5.3 Quant à la défense de la personnalité de U., X. se plaint d'une application arbitraire des art. 28 ss CC et 266 CPC, en relation avec l'art. 52 al. 2 CO et l'art. 16 de la loi cantonale valaisanne sur la santé du 14 février 2008 (RSV 800.1) ainsi que d'une violation des droits de procédure de l'enfant garantis aux art. 29 et 30 Cst.

5.3.1 La cour cantonale a considéré que X. – qui a ouvert action en son nom et pour son propre compte mais également dans l'intérêt de U. – n'était pas habilité à agir en protection des droits de la personnalité de celui-ci dès lors qu'il s'agissait de droits strictement personnels. Elle a précisé, d'une part, que ni la législation cantonale, ni les règles sur le contrat de mandat ne l'y autorisaient et que, d'autre part, il n'avait pas été établi que U. aurait consenti à l'acte ni que X. se trouvait dans un état de nécessité.

5.3.2 Le recourant avance qu'il avait le devoir d'agir, dans l'urgence, pour protéger U. contre le risque que des faits en relation avec sa situation médicale et personnelle ne soient diffusés dans la presse. Il fonde cette obligation sur la relation de mandat qui unit un patient et son médecin et qui s'étend également à une période allant au-delà de la durée stricte d'une hospitalisation. Cette obligation serait d'autant plus grande que l'enfant a refusé à sa mère tout accès à son dossier, qu'il se trouve en institution et qu'il est dépourvu de toute protection face à l'imminence d'une médiatisation de son cas médical. À cet égard, il précise, se référant à l'ATF 112 II 479, qu'il y a lieu de permettre à une personne d'agir en protection de la personnalité d'un tiers en cas de nécessité ou de légitime défense. Il fonde également le devoir d'agir de X. sur l'art. 16 de la loi cantonale valaisanne sur la santé.

5.3.3 Comme en ce qui concerne le Dr Y., il est établi que X. n'a pas agi au nom de U. de sorte qu'il n'y a pas lieu d'examiner si celui-là se trouvait dans un état de nécessité justifiant une intervention sans le consentement de celui-ci. En tant que X. a agi en son propre nom, ni les règles du mandat ni l'art. 16 al. 1 de la loi cantonale valaisanne sur la santé – qui prévoit que le professionnel de la santé veille au respect de la dignité humaine et des droits individuels des patients – ne constituent des dispositions légales expresses l'habilitant à ester en justice pour protéger la personnalité d'un patient. En effet, seul celui qui subit ou a subi directement l'atteinte peut agir en protection de la personnalité (cf. consid. 5.1.2). Enfin, la jurisprudence citée par le recourant ne lui est d'aucune aide; si elle reconnaît aux parents de la personne à interdire, qui auraient envers elle une obligation d'entretien en vertu de l'art. 328 CC, le droit de requérir l'interdiction, c'est qu'ils ont un intérêt à solliciter la protection que la loi est censée leur assurer en évitant de les exposer au danger de devoir subvenir aux besoins d'un membre de leur famille après que ce dernier eut dilapidé sa fortune (ATF 112 II 479 consid. 3). Or, en l'espèce, on ne voit pas

quel intérêt pourrait être invoqué par X., si ce n'est celui d'agir en protection de sa propre personnalité, intérêt que lui a d'ailleurs reconnu la cour cantonale.

5.4 Sur le vu de ce qui précède, X. n'était pas plus habilité à agir dans l'intérêt de U. que dans celui du Dr Y. Mal fondé, le recours doit donc être rejeté sur ce point.

Tribunal fédéral, Arrêt du 5 mars 2012, Doss.-N° 4A_723/2011 (Admission du recours en matière civile interjeté contre l'arrêt rendu le 31 octobre 2011 par la Chambre des prud'hommes de la Cour de justice du canton de Genève)

Devoir de diligence et de fidélité du travailleur.

Art. 321a et art. 337 CO. L'employeur est en droit d'exiger de son employé un comportement loyal et fidèle non seulement dans le cadre limité de l'activité explicitement convenue, mais aussi, le cas échéant, en rapport avec les autres affaires de l'entreprise auxquelles le travailleur prend également part. Le collaborateur d'une banque, quelle que soit sa fonction, viole le devoir de fidélité s'il propose un nouveau client en sachant que la relation à créer nuira très probablement à la réputation ou à d'autres intérêts de l'employeuse. Le collaborateur viole aussi le devoir de fidélité s'il intercède en faveur d'un client, même en marge de son activité habituelle, en sachant que l'opération favorisée par lui entraînera selon toute vraisemblance une perte pour l'employeuse. Dans de telles circonstances, les conditions d'un licenciement immédiat sont réunies (c. 4).

Extraits des faits:

Dès le 1^{er} avril 2008, A. est entré au service de la Banque X. avec mission d'établir un bureau de représentation de la banque à Dubaï, aux Emirats Arabes Unis, puis de gérer ce bureau, y compris trouver et contacter d'éventuels nouveaux clients pour les présenter à la banque. Le lieu de travail était fixé à Dubaï. Le salaire comprenait une part fixe au montant de 500 000 dollars étasuniens par année, payable par tranches mensuelles, plus une part variable à déterminer d'après des modalités convenues. Le contrat était résiliable en observant un délai de préavis de six mois. Il était soumis au droit suisse et le for judiciaire se trouvait à Genève.

Peu auparavant, A. avait présenté à l'employeuse deux clients avec qui il traitait alors qu'il se trouvait au service d'un autre établissement bancaire. Il s'agissait de la société C. Ltd, aux Iles Saint-Christophe et Nevis, et de son organe B., citoyen étasunien domicilié au Costa Rica. C. Ltd se présentait comme un club d'investisseurs et elle apportait un portefeuille de titres estimé à 260 millions de francs. Le 9 avril 2008, le comité supé-

rieur d'acceptation de la clientèle de la Banque X. a agréé C. Ltd «sous surveillance» et l'établissement lui a ouvert d'importants crédits garantis par des titres. Dès fin juillet 2008, B. est personnellement entré en relation d'affaires avec la banque; il faisait état de vingt ans d'expérience dans le domaine bancaire et il apportait lui aussi d'importants avoirs. Au sein de la direction, il était entendu que ces deux clients nécessitaient certaines précautions du point de vue de la déontologie bancaire («due diligence»). Le 24 septembre 2008, B. sollicita un crédit au montant de 8 millions de dollars à garantir par des titres dont la valeur, selon sa requête, atteignait plus de 25 millions de francs. A. et deux membres de la direction avaient contresigné cette requête. Le crédit fut accordé.

Le 14 novembre 2008, B. demanda le transfert des avoirs de C. Ltd sur un compte à ouvrir au nom de la société D. BV à Kuala Lumpur. Les documents d'ouverture de ce compte avaient été complétés par A. La banque n'exécuta pas ce transfert et ses investigations lui révélèrent que sur demande des autorités étasuniennes, lesquelles soupçonnaient une fraude de plus de 100 millions de dollars, une perquisition avait été exécutée au Costa Rica dans les bureaux d'une société qui paraissait liée à C. Ltd. Le 1^{er} décembre suivant, deux membres de la direction rencontrèrent A. à Genève mais ils n'abordèrent pas les informations récemment recueillies au sujet de C. Ltd. Entre-temps, le 24 novembre, un avocat de Los Angeles s'était adressé par courriel à A. pour lui faire savoir que ses clients avaient subi un dommage important et qu'ils en imputaient la responsabilité à B. et à la Banque X. Le 3 décembre, l'avocat transmit une copie de ce courriel à la banque. Celle-ci signala les relations ouvertes aux noms de B. et de C. Ltd au Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent de l'Office fédéral de la police, et elle bloqua les avoirs dans l'attente d'une décision de l'autorité compétente.

Le 22 décembre 2008, à Genève, A. fut interrogé par deux membres de la direction au sujet de ses relations avec B. et C. Ltd. En janvier 2009, il refusa un nouvel entretien que la banque voulait fixer au plus tard le 22 de ce mois.

Le 29 janvier 2009, la banque a résilié avec effet immédiat le contrat de travail de son représentant. Celui-ci s'est aussitôt opposé à ce congé. Invitée à motiver sa décision, l'employeuse a expliqué que A. avait présenté B. et C. Ltd en insistant et en prétendant bien les connaître. La banque était désormais exposée à une enquête pénale et aux réclamations de personnes lésées par les agissements frauduleux de ces deux clients. Elle ne parvenait pas à obtenir le remboursement des crédits accordés et les titres nantis se révélaient sans valeur. D'après la communication de l'avocat californien, A. ne pouvait pas ignorer ces agissements délictueux et il n'avait pas informé la banque du courriel reçu de ce même avocat le 25 novembre 2008. Il avait différé l'entretien demandé par la banque, finalement tenu le 22 décembre. La banque avait ensuite appris que A. organisait des fêtes à Dubaï, où B. se présentait à ses côtés comme un collaborateur de la banque. Dere-

chef convoqué à Genève en janvier 2009, A. avait refusé un nouvel entretien parce qu'il redoutait d'être arrêté.

Le 20 août 2009, A. a ouvert action contre l'employeuse devant le Tribunal de prud'hommes du canton de Genève. La défenderesse devait être condamnée à payer 500 000 dollars avec intérêts, à titre de dommages-intérêts et d'indemnité pour licenciement abusif. Le tribunal s'est prononcé le 26 novembre 2010; il a rejeté l'action. La Chambre des prud'hommes de la Cour de justice a statué le 3 octobre 2011 sur l'appel du demandeur. Accueillant partiellement l'action, elle a condamné la défenderesse à payer 250 000 dollars à titre de salaire brut, soumis aux déductions sociales, et 10 000 dollars à titre d'indemnité nette, ces deux sommes portant intérêts.

Agissant par la voie du recours en matière civile, la défenderesse requiert le Tribunal fédéral de réformer l'arrêt de la Cour de justice en ce sens que l'action soit entièrement rejetée. A titre subsidiaire, elle demande l'annulation de l'arrêt et le renvoi de la cause à l'autorité précédente pour nouvelle décision.

Extraits des considérants:

2.

Il est constant que les parties se sont liées par un contrat de travail et qu'elles ont convenu de soumettre leur relation au droit suisse, en l'occurrence celui de l'Etat où l'employeuse a son établissement, comme le permet l'art. 121 al. 3 LDIP.

3.

Conclu pour une durée indéterminée, ce contrat de travail était 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. (...)

4.

La défenderesse soutient que le rapport de confiance nécessaire au maintien de la relation de travail a été détruit par le comportement du demandeur relatif aux clients B. et C. Ltd., et elle reproche à la Cour de justice d'avoir ignoré, à ce sujet, des faits importants qui étaient pourtant allégués et prouvés.

La Cour retient que le contrat de travail portait exclusivement sur l'ouverture puis la gestion d'un bureau de représentation à Dubaï, que les démarches et interventions du demandeur auprès de l'employeuse, en tant qu'elles concernaient B. et la société dont celui-ci était l'organe, n'avaient aucun rapport avec l'activité ainsi convenue, et que ces démarches et interventions sont donc d'emblée inaptes à justifier une éventuelle résiliation abrupte du contrat.

Cette approche n'est pas compatible avec les règles du contrat de travail. L'art. 321a al. 1 CO impose au travailleur d'exécuter avec soin la tâche qui lui est confiée et de sauvegarder fidèlement les intérêts légitimes de

l'employeur. Ce dernier est donc en droit d'exiger un comportement loyal et fidèle non seulement dans le cadre limité de l'activité explicitement convenue, mais aussi, le cas échéant, en rapport avec les autres affaires de l'entreprise auxquelles le travailleur prend également part. Le collaborateur d'une banque, quelle que soit sa fonction, viole le devoir de fidélité s'il propose un nouveau client en sachant que la relation à créer nuira très probablement à la réputation ou à d'autres intérêts de l'employeuse. Le collaborateur viole aussi le devoir de fidélité s'il intercède en faveur d'un client, même en marge de son activité habituelle, en sachant que l'opération favorisée par lui entraînera selon toute vraisemblance une perte pour l'employeuse. On ne peut donc pas exclure a priori, comme le fait la Cour de justice, que des actes ou omissions concernant B. et la société dominée par lui puissent valablement motiver la résiliation abrupte du contrat de travail.

Selon l'argumentation développée devant le Tribunal fédéral, la rémunération très importante promise au demandeur autorisait l'employeuse à attendre de celui-ci une prudence et une diligence particulièrement marquées. A cet égard, la Cour aurait censément dû constater que l'employeuse fournissait à son représentant l'usage d'une maison à Dubaï et versait 28 000 dollars pour acquérir l'ameublement nécessaire. Ces circonstances-ci n'exercent toutefois pas d'influence décisive sur l'étendue du devoir de fidélité car le salaire était de toute manière très élevé. Chargé de développer de manière indépendante un nouvel établissement dans un Etat du Moyen-Orient, le représentant jouissait d'une position de confiance particulière. Récemment engagé, il lui incombait de faire la preuve de ses compétences et de sa loyauté.

Il ressort des constatations cantonales que le demandeur n'a pas informé son employeuse du courriel reçu le 24 novembre 2008 d'un avocat de Los Angeles et qu'il a refusé l'entretien voulu par l'employeuse au mois de janvier 2009. Il s'agit incontestablement de manquements aux obligations imposées par le contrat de travail. Dans ce contexte où il était apparu que le représentant avait introduit un client soupçonné d'une activité criminelle, avec qui il affirmait avoir une relation d'amitié, l'employeuse pouvait légitimement se montrer particulièrement méfiante et exigeante. Par son attitude, le représentant se révélait réticent à communiquer avec l'employeuse et même enclin à lui dissimuler des informations importantes. Cette situation était objectivement propre à rompre le rapport de confiance nécessaire à la continuation des rapports de travail. Contrairement à l'opinion de la Cour de justice, par suite des violations du contrat qui ressortent de ses constatations, les conditions d'un licenciement abrupt étaient réunies le 29 janvier 2009.

En dépit de l'argumentation soumise au Tribunal fédéral, il n'apparaît pas que les constatations cantonales soient lacunaires sur des points susceptibles d'influer sur le sort de la cause. En revanche, surtout, le demandeur n'est pas en droit de recevoir les prestations prévues par l'art. 337c al. 1 et 3 CO lorsque l'employeur a résilié abruptement le contrat sans

justes motifs. La décision allouant ces prestations doit être réformée selon les conclusions principales de la défenderesse.

Tribunal fédéral, Arrêt du 17 mars 2012, Doss.-N° 2C_892/2011 (Rejet du recours en matière de droit public interjeté contre l'arrêt de la Cour de justice de la République et canton de Genève, Chambre administrative, 1^{ère} section, du 27 septembre 2011)

Interdiction de travailler pendant les jours fériés.

Interdiction de travailler pendant les jours fériés. L'art. 19 LTr, applicable par renvoi de l'art. 20a al. 1 LTr, prévoit des dérogations à l'interdiction de travailler. Ces dérogations peuvent être régulières ou périodiques (cf. art. 19 al. 2 LTr) ou alors temporaires (cf. art. 19 al. 3 LTr; c. 3.1).

La loi sur le travail repose sur plusieurs dispositions constitutionnelles, parmi lesquelles l'art. 110 al. 1 let. a et b Cst. Les limitations de la liberté économique que la loi sur le travail prévoit en relation avec l'interdiction de travailler le dimanche et les jours fériés reposent ainsi non seulement sur une base légale valable, mais ont également un fondement constitutionnel. L'interdiction de travailler les jours fériés répond à un but de politique sociale et accorde aux travailleurs un temps libre supplémentaire (c. 4).

Extraits des faits:

X. SA est une société anonyme de droit suisse dont le siège est à Z. Son but social est l'achat et la vente de tous produits et toutes opérations annexes; l'acquisition et la gestion de toutes valeurs mobilières dans toutes sociétés ou entreprises; l'exploitation du site internet «xxx»; toutes opérations commerciales, industrielles, financières, mobilières ou immobilières se rattachant directement aux buts spécifiés; l'acquisition, la gestion et l'aliénation de participations. Dans le cadre de son activité, X. SA acquiert des parfums à l'étranger, les importe en Suisse avant de les exporter en France en fonction des commandes qu'elle reçoit par le biais de son site internet. Elle emploie 26 collaborateurs, dont 8 sont affectés à des tâches de secrétariat et 12 chargés de la logistique. La quasi-totalité de ses employés est constituée de frontaliers de nationalité française. En date du 9 avril 2011, X. SA a déposé une demande de dérogation pour pouvoir faire travailler 8 de ses employés le Vendredi saint 22 avril 2011, de 9 heures à 14 heures. Le 18 avril 2011, l'Office cantonal de l'inspection et des relations du travail du canton de Genève (ci-après l'Office cantonal) a refusé la dérogation sollicitée. X. SA a fermé son entreprise le Vendredi saint 22 avril 2011.

Par acte du 18 mai 2011, X. SA a recouru au Tribunal administratif de première instance du canton de Genève et demandé qu'il soit constaté

qu'elle est en droit de faire travailler son personnel le Vendredi saint ainsi que les autres jours ouvrables français. Le Tribunal administratif de première instance a transmis le recours et son dossier à la Chambre administrative de la Cour de justice du canton de Genève. Par arrêt du 27 septembre 2011, la Cour de justice a rejeté le recours de X. SA dans la mesure où il était recevable.

X. SA interjette un recours en matière de droit public au Tribunal fédéral contre l'arrêt de la Cour de justice. Elle demande, sous suite de frais et dépens, l'annulation de cet arrêt et qu'il lui soit accordé le droit de faire travailler ses collaborateurs et qu'il soit dit qu'elle est en droit de faire travailler son personnel le Vendredi saint.

Extraits des considérants:

3.

Dans un premier grief, la recourante reproche à l'instance précédente d'avoir mal interprété et appliqué le droit fédéral. Elle estime qu'à partir du moment où il a été établi qu'elle est particulièrement sollicitée par sa clientèle le Vendredi saint et que l'impossibilité de servir ses clients lui cause d'importants désagréments qui la rendent moins attractive sur le marché, il existe un besoin urgent de pouvoir faire travailler son personnel ce jour-là.

3.1 La loi sur le travail consacre le principe de l'interdiction de travailler le dimanche (cf. art. 18 al. 1 LTr). Le jour de la fête nationale est assimilé à un dimanche. Les cantons peuvent assimiler au dimanche 8 autres jours fériés par an au plus (cf. art. 20a al. 1 LTr). Dans le canton de Genève, le Vendredi saint a été déclaré jour férié (cf. art. 1 al. 1 let. b de la loi genevoise sur les jours fériés du 3 novembre 1951; RS-GE J 1 45).

L'art. 19 LTr, applicable par renvoi de l'art. 20a al. 1 LTr (cf. WOLFGANG PORTMANN/CHRISTINE PETROVIC, in Commentaire de la loi sur le travail, 2005, n° 16 ad art. 20a LTr; ROLAND A. MÜLLER, Kommentar Arbeitsgesetz, 7^{ème} éd. 2009, ad art. 19 LTr), prévoit des dérogations à l'interdiction de travailler. Ces dérogations peuvent être régulières ou périodiques (cf. art. 19 al. 2 LTr) ou alors temporaires (cf. art. 19 al. 3 LTr). Selon cette dernière disposition, le travail dominical temporaire est autorisé en cas de besoin urgent dûment établi, l'employeur devant alors accorder une majoration de salaire de 50% au travailleur. Le travailleur ne peut par ailleurs être affecté au travail dominical sans son consentement (art. 19 al. 5 LTr).

3.2 Le besoin urgent permettant d'obtenir une dérogation temporaire au sens de l'art. 19 al. 3 LTr est défini à l'art. 27 de l'ordonnance 1 relative à la loi sur le travail du 10 mai 2000 (OLT 1; RS 822.111). Selon cette disposition, le besoin urgent est établi lorsque s'imposent:

a) des travaux supplémentaires imprévus qui ne peuvent être différés et qu'aucune planification ou mesure organisationnelle ne permet d'exécuter de jour, pendant les jours ouvrables; ou

b) des travaux que des raisons de sûreté publique ou de sécurité technique exigent d'effectuer de nuit ou le dimanche; ou

c) des interventions de durée limitée, de nuit ou le dimanche, dans le cadre d'événements de société ou de manifestations d'ordre culturel ou sportif procédant des spécificités et coutumes locales ou des besoins particuliers de la clientèle.

3.3 Les dérogations au principe général de l'interdiction de travailler le dimanche et les jours fériés doivent en toute hypothèse être interprétées restrictivement et non pas extensivement, quand bien même les habitudes des consommateurs auraient subi une certaine évolution depuis l'adoption de la règle. Il n'appartient en effet pas au juge d'interpréter de manière large et contraire à l'esprit de la loi les exceptions au travail dominical, car cela reviendrait à vider de sa substance le principe de l'interdiction de travailler le dimanche expressément inscrit à l'art. 18 LTr (cf. ATF 134 II 265 consid. 5.5. p. 270 s.).

A l'occasion de révisions récentes, le législateur a introduit des assouplissements dans l'interdiction stricte de travailler le dimanche et les jours fériés. Il a ainsi prévu à l'art. 19 al. 6 LTr que les cantons peuvent fixer au plus quatre dimanches par an pendant lesquels le personnel peut être employé dans les commerces sans qu'une autorisation soit nécessaire. En outre, l'art. 19 al. 3 LTr donne à présent le droit d'obtenir une dérogation temporaire lorsque les conditions en sont remplies et ne laisse plus cette décision à l'appréciation des autorités (cf. ATF 131 II 200 consid. 6.4 p. 210). Il n'en demeure pas moins qu'en dehors de ces dérogations prévues par la loi, l'interdiction de travailler le dimanche et les jours fériés est maintenue.

3.4 En l'espèce et ainsi que la Cour de justice l'a relevé, la recourante n'invoque ni travaux supplémentaires imprévus, ni raisons de sûreté publique ou technique à l'appui de sa demande de dérogation (cf. art. 27 al. 1 let. a et b OLT 1). Seule entre par conséquent en considération l'éventuelle existence d'interventions de durée limitée dans le cadre d'événements de société ou de manifestations d'ordre culturel ou sportif procédant des spécificités et coutumes locales ou des besoins particuliers de la clientèle (cf. art. 27 al. 1 let. c OLT 1). Or, si la recourante relève qu'elle est particulièrement sollicitée par ses clients le Vendredi saint, elle ne cite aucun événement de société ou manifestation culturelle qui serait à l'origine de cette sollicitation spéciale et qui pourrait justifier l'octroi d'une dérogation temporaire. Le fait que, en France, pays avec lequel elle travaille principalement, le Vendredi saint ne soit pas un jour de congé ne justifie pas une dérogation en vertu de l'art. 27 OLT 1. Les conditions d'application de l'art. 19 al. 3 LTr en relation avec l'art. 27 OLT 1 ne sont ainsi manifestement pas remplies, de sorte que c'est à juste titre que la Cour de justice a refusé d'accorder la dérogation sollicitée à la recourante.

3.5 La recourante se prévaut également de l'art. 28 OLT 1. Elle allègue que l'impossibilité pour elle d'occuper son personnel le Vendredi saint

lui cause une perte de parts de marché dès lors que ses concurrents sis en France et qui s'adressent à la même clientèle peuvent travailler ce jour-là.

L'art. 28 OLT 1 définit le caractère indispensable du travail dominical régulier ou périodique selon l'art. 19 al. 2 LTr. Aux termes de l'art. 28 OLT 1, il y a notamment indispensabilité économique lorsque la compétitivité de l'entreprise est fortement compromise face aux pays à niveau social comparable, où la durée du travail est plus longue et les conditions de travail différentes, et que la délivrance du permis, selon toute vraisemblance, assure le maintien de l'emploi (cf. art. 28 al. 2 let. c OLT 1). Alors que la compétence pour accorder des dérogations temporaires conformément à l'art. 19 al. 3 LTr appartient aux autorités cantonales, ce sont les autorités fédérales qui statuent sur les dérogations demandées en application de l'art. 19 al. 2 LTr (cf. art. 19 al. 4 LTr).

Or, la dérogation demandée par la recourante qui fait l'objet de la présente procédure portait sur une dispense de travailler le Vendredi saint 22 avril 2011. Elle constituait donc une demande de dérogation temporaire. Partant, c'est à juste titre qu'elle a été adressée aux autorités cantonales compétentes, qui l'ont traitée. Elle ne peut donc pas être examinée sous l'angle de l'art. 19 al. 2 LTr. D'une part, cela reviendrait à modifier l'objet de la présente procédure, la faisant passer d'une demande d'autorisation temporaire à une demande de dérogation régulière. D'autre part, les autorités cantonales ne seraient pas compétentes pour statuer sur une telle demande. Point n'est par conséquent besoin d'examiner si, en l'espèce, la recourante remplirait les conditions nécessaires pour obtenir une dérogation au sens de ces dispositions.

3.6 Au vu de ce qui précède, on ne peut reprocher à la Cour de justice d'avoir violé la LTr ou l'OLT 1 en refusant la dérogation sollicitée par la recourante.

4.

La recourante se plaint par ailleurs d'une violation de la liberté économique. Elle estime que l'intérêt public visé par la législation sur le travail ne saurait être retenu dans le cas présent dès lors que ses collaborateurs avaient unanimement accepté de travailler le Vendredi saint qui, pour leurs familles domiciliées en France, n'était pas un jour de congé.

Selon l'art. 27 Cst., la liberté économique est garantie. L'art. 36 Cst. exige que toute restriction à une liberté fondamentale soit fondée sur une base légale, justifiée par un intérêt public ou par la protection d'un droit fondamental d'autrui, et proportionnée au but visé. Le Tribunal fédéral est tenu d'appliquer les lois fédérales et le droit international (art. 190 Cst.), mais cela ne lui interdit pas d'examiner la constitutionnalité des dispositions attaquées (cf. ATF 136 II 120 consid. 3.5.1 p. 130). Pour le surplus, le Tribunal fédéral vérifie librement si les exigences de l'intérêt public et de la proportionnalité sont respectées (cf. ATF 131 I 333 consid. 4 p. 339 s.).

La loi sur le travail repose sur plusieurs dispositions constitutionnelles, parmi lesquelles l'art. 110 al. 1 let. a et b Cst. relatif à la compétence législa-

tive en matière de protection des travailleurs. Les limitations de la liberté économique que la loi sur le travail prévoit en relation avec l'interdiction de travailler le dimanche et les jours fériés reposent ainsi non seulement sur une base légale valable, mais ont également un fondement constitutionnel. L'interdiction de travailler les jours fériés répond à un but de politique sociale et accorde aux travailleurs un temps libre supplémentaire. Dès lors que la recourante est une entreprise suisse, située sur le territoire suisse, c'est le régime légal suisse qui s'applique à son activité et elle ne peut prétendre ne pas devoir respecter les jours fériés du pays où elle exerce ses activités. Enfin, on ne voit pas en quoi une interdiction de travailler portant sur un jour férié déterminé viole l'exigence de proportionnalité.

Au vu de ce qui précède, le grief de violation de la liberté économique doit être rejeté.

5.

La recourante invoque également une violation du principe de la proportionnalité de l'activité administrative. Elle expose que des mesures moins incisives auraient été possibles, par exemple une autorisation limitée à quelques employés de secrétariat, ce qui aurait permis de répondre aux demandes téléphoniques tout en procédant aux livraisons le lendemain.

Exprimé de manière générale à l'art. 5 al. 2 Cst., le respect de la proportionnalité dans l'activité administrative exige que la mesure prise par l'autorité soit raisonnable et nécessaire pour atteindre le but d'intérêt public ou privé poursuivi (cf. ATF 136 I 87 consid. 3.2 p. 91 s.; arrêt 2C_857/2011 du 24 janvier 2012 consid. 2.2).

En l'espèce, force est de constater que la norme de l'art. 19 al. 3 LTr ne laisse aucune latitude à l'autorité en ce sens que la dérogation doit être accordée lorsque les conditions en sont remplies (cf. supra consid. 3.1). A contrario, elle doit par conséquent refuser la dérogation lorsque les conditions en font défaut. Or, tel était le cas en l'espèce (cf. supra consid. 3.2).

Dans ces conditions, le grief de violation du principe de la proportionnalité doit être rejeté.

6.

La recourante se plaint enfin d'une violation du principe de la bonne foi. Elle fait valoir que l'inspectrice du travail en charge de son dossier auprès de l'Office cantonal avait clairement laissé entendre à son représentant que la demande d'autorisation ne constituait qu'une simple formalité administrative, ce qui lui permettait de comprendre sans équivoque que la dérogation serait accordée.

6.1 Découlant directement de l'art. 9 Cst. et valant pour l'ensemble de l'activité étatique, le principe de la bonne foi protège le citoyen dans la confiance légitime qu'il met dans les assurances reçues des autorités, lorsqu'il a réglé sa conduite d'après des décisions, des déclarations ou un comportement déterminé de l'administration. Selon la jurisprudence, un renseignement ou une décision erronés de l'administration peuvent obliger celle-ci à consentir à un administré un avantage contraire à la réglementation.

tion en vigueur, à condition que a) l'autorité soit intervenue dans une situation concrète à l'égard de personnes déterminées, b) qu'elle ait agi ou soit censée avoir agi dans les limites de ses compétences et c) que l'administré n'ait pas pu se rendre compte immédiatement de l'inexactitude du renseignement obtenu. Il faut encore qu'il se soit fondé sur les assurances ou le comportement dont il se prévaut pour d) prendre des dispositions auxquelles il ne saurait renoncer sans subir de préjudice, et e) que la réglementation n'ait pas changé depuis le moment où l'assurance a été donnée (cf. ATF 131 II 627 consid. 6.1 p. 636 s.).

6.2 Ces conditions ne sont pas remplies en l'espèce. Ainsi que l'instance cantonale l'a en effet relevé, le fait qu'une inspectrice aurait «laissé entendre» à la recourante que sa demande n'était qu'une simple formalité n'est pas assimilable à un renseignement autorisant la recourante à conclure que la dérogation nécessaire lui serait accordée. De plus, selon l'état de fait retenu par la Cour de justice, l'attention de la recourante a été attirée par deux fois sur le fait que sa demande serait admise «dans la mesure où elle répondrait aux exigences légales applicables». Elle ne saurait par conséquent se prévaloir dans ces circonstances d'une violation du principe de la bonne foi et son recours doit être déclaré infondé sur ce point également.

Bundesgericht, Urteil vom 19. März 2012, Doss.-Nr. 4A_415/2011 (Bestätigung des Beschlusses des Obergerichts des Kantons Zürich vom 24. Mai 2011.), in: BGE 138 III 359

Art. 336 Abs. 2 lit. b OR; missbräuchliche Kündigung, Entlassung eines gewählten Arbeitnehmervertreters.

An der Rechtsprechung gemäss BGE 133 III 512, wonach eine Entlassung aus wirtschaftlichen Gründen nicht missbräuchlich ist, soweit kein Zusammenhang mit der Tätigkeit des Angestellten als gewählter Arbeitnehmervertreter besteht, wird festgehalten (E. 4, 5.3 und 6).

Art. 336 al. 2 let. b CO; résiliation abusive, congé donné à un représentant élu des travailleurs.

Confirmation de la jurisprudence publiée aux ATF 133 III 512 selon laquelle un licenciement donné pour des motifs économiques n'est pas abusif, pour autant qu'il ne soit pas en lien avec l'activité exercée par l'employé comme représentant élu des travailleurs (consid. 4, 5.3 et 6).

Aus den Erwägungen:

4.

Nach BGE 133 III 512 erlaubt Art. 336 Abs. 2 lit. b OR dem Arbeitgeber, einem gewählten Arbeitnehmervertreter nicht nur aus Gründen, die

dieser selbst gesetzt hat, sondern auch aus rein objektiven Gründen zu kündigen. Da die Gesetzesbestimmung an das Motiv der Kündigung anknüpft, muss auch eine Entlassung aus wirtschaftlichen Gründen zulässig sein, soweit kein Zusammenhang mit der Tätigkeit als Arbeitnehmervertreter besteht (BGE 133 III 512 E. 6.2 S. 515).

5.

(...)

5.3 Der Beschwerdeführer stellt die bundesgerichtliche Rechtsprechung in Frage. In der Beratung der eidgenössischen Räte sei der «begründete Anlass» gemäss Art. 336 Abs. 2 lit. b OR stets in einer Linie mit dem «begründeten Anlass» nach Art. 340c Abs. 2 OR und dem «wichtigen Grund» im Sinne von Art. 337 OR diskutiert worden. Umstritten sei lediglich die Intensität gewesen, welche die geltend gemachten Gründe aufweisen müssten. Bei letzteren beiden Bestimmungen falle eine wirtschaftlich motivierte Kündigung durch den Arbeitgeber ausser Betracht. Es sei deshalb nicht folgerichtig, die wirtschaftlichen Gründe bei Art. 336 Abs. 2 lit. b OR zuzulassen. Weder in der Botschaft des Bundesrates vom 9. Mai 1984 zur Volksinitiative «betreffend Kündigungsschutz im Arbeitsvertragsrecht» und zur Revision der Bestimmungen über die Auflösung des Arbeitsverhältnisses im Obligationenrecht (BBl 1984 II 551 ff.) noch in der Beratung der eidgenössischen Räte sei diskutiert worden, ob wirtschaftliche Gründe auch zum «begründeten Anlass» nach Art. 336 Abs. 2 lit. b OR zu zählen seien, weil wahrscheinlich klar gewesen sei, dass Arbeitnehmervertretern nicht aus rein wirtschaftlichen Gründen gekündigt werden könne. Damit sei davon auszugehen, dass nach dem Willen des historischen Gesetzgebers nur persönliche Gründe als «begründeter Anlass» im Sinne von Art. 336 Abs. 2 lit. b OR in Frage kommen könnten. Auch die teleologische Auslegung führe zum gleichen Ergebnis. Mit der Gesetzesrevision sei der Kündigungsschutz und insbesondere der Schutz gewählter Arbeitnehmervertreter verstärkt worden. Aus der aktuellen Meinungsäusserung des Bundesrates im erläuternden Bericht und Vorentwurf zur Teilrevision des Obligationenrechts (Sanktionen bei missbräuchlicher oder ungerechtfertigter Kündigung) vom September 2010 (nachfolgend: Bericht des Bundesrates) sei zu schliessen, dass BGE 133 III 512 den Intentionen des Gesetzgebers von 1985 widerspreche und die Zulassung wirtschaftlicher Gründe im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung der ratio legis nicht gerecht werde. Es müsse eine Rechtsprechungsänderung stattfinden, welche dazu diene, die ursprünglich beabsichtigte Rechtslage wieder herzustellen. Einer Gesetzesänderung bedürfe es dazu entgegen der Ansicht der Vorinstanz nicht. Die ausschliesslich auf wirtschaftlichen Gründen beruhende Entlassung des Beschwerdeführers sei demzufolge missbräuchlich, was zur Gutheissung der Klage führen müsse. Zumindest aber sei die Interpretation des Arbeitsgerichts zu übernehmen, wonach objektive Gründe als «begründeter Anlass» nur beschränkt zuzulassen seien, nämlich dann, wenn keine Verhandlungen zwischen Arbeitgeberschaft

und Arbeitnehmervertreter anstehen oder laufen würden. Da die Personalkommission vorliegend in Verhandlungen mit der Beschwerdegegnerin einbezogen worden sei, habe das Arbeitsgericht die Kündigung zu Recht als missbräuchlich qualifiziert.

6.

6.1 Die Änderung einer Rechtsprechung muss sich auf ernsthafte sachliche Gründe stützen können, die – vor allem im Hinblick auf das Gebot der Rechtssicherheit – umso gewichtiger sein müssen, je länger die als falsch oder nicht mehr zeitgemäss erkannte Rechtsanwendung für zutreffend erachtet worden ist. Eine Praxisänderung lässt sich grundsätzlich nur begründen, wenn die neue Lösung besserer Erkenntnis der ratio legis, veränderten äusseren Verhältnissen oder gewandelten Rechtsanschauungen entspricht (BGE 137 V 314 E. 2.2 S. 316 mit Hinweisen; BGE 136 III 6 E. 3 S. 8; BGE 135 I 79 E. 3 S. 82; BGE 134 V 72 E. 3.3 S. 76).

6.2 Ausgangspunkt jeder Auslegung bildet der Wortlaut der Bestimmung. Vom klaren, d.h. eindeutigen und unmissverständlichen Wortlaut darf nur ausnahmsweise abgewichen werden, u.a. dann, wenn triftige Gründe dafür vorliegen, dass der Wortlaut nicht den wahren Sinn der Norm wiedergibt. Solche Gründe können sich aus der Entstehungsgeschichte der Bestimmung, aus ihrem Grund und Zweck oder aus dem Zusammenhang mit andern Vorschriften ergeben. Eine historisch orientierte Auslegung ist für sich allein nicht entscheidend. Andererseits vermag aber nur sie die Regelungsabsicht des Gesetzgebers (die sich insbesondere aus den Materialien ergibt) aufzuzeigen, welche wiederum zusammen mit den zu ihrer Verfolgung getroffenen Wertentscheidungen verbindliche Richtschnur des Gerichts bleibt, auch wenn es das Gesetz mittels teleologischer Auslegung oder Rechtsfortbildung veränderten, vom Gesetzgeber nicht vorausgesehenen Umständen anpasst oder es ergänzt (BGE 137 V 13 E. 5.1 S. 17 mit Hinweisen).

6.2.1 In der Botschaft des Bundesrates (BBl 1984 II 551 ff.) wird klargestellt, dass die Kündigungsschutzbestimmungen entgegen dem Ansinnen der vom Christlich-Nationalen Gewerkschaftsbund eingereichten Volksinitiative keinen Schutz vor wirtschaftlich motivierten Entlassungen bieten sollen. Ein Schutz für Kündigungen aus wirtschaftlichen Gründen wirke tendenziell strukturerhaltend, könne Redimensionierungen verhindern und die Unternehmer zur Beschäftigung von Arbeitskräften zwingen, die sie nicht mehr benötigten; dies könne aber selbst überlebensfähige Betriebsteile gefährden. Ergebe sich die Notwendigkeit, dauerhafte Anpassungen vorzunehmen, sollten Entlassungen nicht erschwert werden. Von einer Regelung des Schutzes vor Kollektiventlassungen aus wirtschaftlichen Gründen sei auch deshalb abgesehen worden (BBl 1984 II 622 Ziff. 7; vgl. den Wortlaut des in der Volksinitiative vorgeschlagenen Art. 34^{octies} Abs. 2 BV in: BBl 1984 II 631). Beim Schutz vor missbräuchlichen Kündigungen umschreibe der Entwurf die Tatbestände scharf genug, um zu verhindern, dass der Schutz auch gegen wirtschaftlich motivierte

Entlassungen zur Anwendung komme. Korrekte Arbeitgeber und -nehmer hätten somit keine finanziellen Nachteile zu befürchten (BBl 1984 II 623 Ziff. 82). Dass Kündigungen aus wirtschaftlichen Gründen nicht missbräuchlich sein sollen, wurde in der parlamentarischen Beratung ebenfalls mehrfach erwähnt. Nationalrat Leuenberger bemerkte, dass es nicht um einen absoluten Kündigungsschutz gehe, «wie wir Gewerkschafter uns das vielleicht gelegentlich in unseren kühnsten Träumen vorstellen», sondern ganz einfach darum, den Kündigungsschutz in ganz bestimmten Fällen ein klein wenig zu verbessern (AB 1985 N 1092), während Nationalrat Jaeger betonte, dass an den grundsätzlichen Forderungen nach einer Verbesserung des Arbeitnehmerschutzes – unter anderem bei ungerechtfertigten, nicht wirtschaftlich bedingten Kündigungen – festgehalten werde (AB 1985 N 1097), und Nationalrat Ziegler wiederholte, mit dem Begehren nach Ausbau des Kündigungsschutzes solle weder der Strukturwandel in der Wirtschaft blockiert, noch die unternehmerische Freiheit und die Flexibilität der Arbeitgeber ungebührlich eingeschränkt werden, aber es seien Kautelen einzubauen, um willkürliche Entlassungen zu verhindern; oft würden bei Entlassungen auch wirtschaftliche Gründe nur vorgeschoben (AB 1985 N 1102). Bundesrätin Kopp wies in ihrem Votum im Ständerat darauf hin, dass eine gefestigte Rechtsprechung zu den wichtigen Entlassungsgründen bestehe; es sei somit ausgeschlossen, dass der Schutz ausufere und auch gegen wirtschaftlich motivierte Kündigungen zum Tragen käme (AB 1985 S 533).

6.2.2 Aus den Materialien geht deutlich hervor, dass ein Schutz vor wirtschaftlich begründeten Kündigungen mit dem geltenden Art. 336 OR nicht angestrebt wurde. Die Vermutung des Beschwerdeführers, wonach es den Räten klar gewesen sei, dass die wirtschaftlichen Gründe nicht zum «begründeten Anlass» gemäss Art. 336 Abs. 2 lit. b OR zählten, lässt sich in Anbetracht der klaren Ablehnung des ursprünglichen Anliegens der Volksinitiative in den Räten nicht stützen. Es trifft zwar zu, dass weder in der Botschaft noch in den parlamentarischen Beratungen darüber diskutiert wurde, ob wirtschaftliche Gründe unter den Begriff des «begründeten Anlasses» nach Art. 336 Abs. 2 lit. b OR fallen. Dies war aber nach der ausführlichen Grundsatzdiskussion zur Stossrichtung der Missbrauchsbestimmungen auch überflüssig. Der Vergleich in den einzelnen Voten mit den wichtigen Gründen nach Art. 337 OR und dem «begründeten Anlass» gemäss Art. 340c Abs. 2 OR betraf die Frage nach der Intensität des Fehlverhaltens eines Arbeitnehmervertreters, welches zur fristlosen oder ordentlichen Kündigung führen darf. Dabei bestand weitgehend Einigkeit, dass der «begründete Anlass» weniger weit gehe als der «wichtige Grund» (vgl. u.a. AB 1985 N 1133), während der «begründete Anlass» in Art. 336 Abs. 2 lit. b OR und Art. 340c Abs. 2 OR die gleiche Tragweite haben sollen (vgl. u.a. AB 1985 N 1132). Daraus lässt sich nicht schon mit dem Beschwerdeführer schliessen, dass sowohl bei Art. 336 Abs. 2 lit. b als auch bei Art. 340c Abs. 2 OR wirtschaftliche Gründe für eine Entlassung ausser Be-

tracht fallen, da dabei der unterschiedliche Kontext und Wortlaut (vgl. E. 6.2.3 hiernach) der beiden Normen übersehen werden, welche in der Diskussion der Räte über die Missbrauchsbestimmungen nicht thematisiert werden mussten.

6.2.3 Im Rahmen der Auslegung von Art. 336 Abs. 2 lit. b OR ist die vom Beschwerdeführer zitierte Rechtsprechung zu den wichtigen Gründen, welche zu einer fristlosen Entlassung gemäss Art. 337 OR Anlass geben können, nicht stichhaltig. Gemäss Art. 340c Abs. 2 OR (erster Satzteil) fällt das Konkurrenzverbot dahin, wenn der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis kündigt, ohne dass ihm der Arbeitnehmer dazu begründeten Anlass gegeben hat. Die Frage, ob dem Begriff des «begründeten Anlasses», welcher sowohl in Art. 340c Abs. 2 OR als auch in Art. 336 Abs. 2 lit. b OR verwendet wird, in beiden Bestimmungen der gleiche Bedeutungsgehalt zukommt, stellt sich bei näherer Betrachtung gar nicht. Denn bereits aus dem Wortlaut des Art. 340c Abs. 2 OR (mit dem Zusatz «ihm») wird klar, dass lediglich der Arbeitnehmer den begründeten Anlass setzen kann. Deshalb, nicht aufgrund einer Interpretation des unbestimmten Rechtsbegriffs des «begründeten Anlasses», fallen wirtschaftliche Gründe seitens des Arbeitgebers hier ausser Betracht. Diese Einschränkung auf die Person des Arbeitnehmers findet sich in Art. 336 Abs. 2 lit. b OR nicht. Daher kommt dem «begründeten Anlass» in Art. 336 Abs. 2 lit. b und Art. 340c Abs. 2 OR nicht dieselbe Bedeutung zu. Aufgrund der offenen Formulierung in Art. 336 Abs. 2 lit. b OR sind objektive und namentlich auch wirtschaftliche Gründe als «begründeter Anlass» für die Kündigung durch den Arbeitgeber zugelassen.

6.2.4 Dieses am Wortlaut orientierte Ergebnis wird auch durch die ratio legis gestützt. Die vorliegend diskutierte Gesetzesbestimmung soll den Arbeitnehmervertreter vor einer Entlassung schützen, welche in einem Zusammenhang mit seiner Tätigkeit in einer Personalkommission steht. Nicht beabsichtigt ist damit aber entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers ein absoluter Bestandesschutz (BGE 133 III 512 E. 6.3 S. 515). Um die Missbrauchsvermutung umzustossen, ist es nicht notwendig, dass der Arbeitgeber die Umstrukturierung zunächst zu Lasten anderer Arbeitnehmer vornimmt (BGE 133 III 512 E. 6.2 S. 515). Die Interpretation des Beschwerdeführers, wonach einem Arbeitnehmervertreter aus wirtschaftlichen Gründen gar nicht, oder nur, falls keine Verhandlungen zwischen dem Arbeitgeber und den Arbeitnehmervertretern anstehen oder laufen, gekündigt werden darf, kommt hingegen einer Kündigungssperrfrist gleich, welche durch den Sinn und Zweck des Gesetzes nicht gedeckt ist. Die Missbrauchsbestimmung sieht einen Schutz des Arbeitnehmervertreters vor, nicht aber dessen Privilegierung gegenüber anderen Arbeitnehmern bei Massenkündigungen. Die Kritik der Beschwerdegegnerin am Schluss des Arbeitsgerichts, wonach bereits anstehende Verhandlungen des Arbeitgebers mit den Arbeitnehmervertretern deren Entlassung verbieten sollen, ist begründet. Eine solche Auslegung würde in tatsächlicher Hinsicht eben-

so einer Sperrfrist gleichkommen, da der Arbeitgeber, welcher aus wirtschaftlicher Bedrängnis einen Stellenabbau erwägt, regelmässig zu Verhandlungen verpflichtet sein dürfte, womit die Privilegierung der Mitarbeitervertreter stets zum Tragen kommen würde. Schon in BGE 133 III 512 hat das Bundesgericht zu bedenken gegeben, dass sich ein überschüssender Schutz des Arbeitnehmervertreters zu Ungunsten der übrigen Arbeitnehmer auswirken kann, indem dem Arbeitgeber verunmöglicht würde, die effizientesten und sozialverträglichsten Massnahmen zu ergreifen, sofern diese den Arbeitnehmervertreter betreffen; praktische Folge davon wäre, dass die Einsparungen an anderer Stelle durchgeführt würden und allenfalls weniger sozialverträglich wären oder mehr Personen davon betroffen würden (E. 6.2 S. 514 f.).

6.3 Der Beschwerdeführer macht geltend, mit BGE 133 III 512 sei die Beweislastumkehr, wie sie in Art. 336 Abs. 2 lit. b OR vorgesehen werde, aufgehoben worden. Von einem zusätzlichen gesetzlichen Schutz könne nicht die Rede sein, wenn Art. 336 Abs. 2 lit. b OR vom Bundesgericht so ausgelegt werde, dass sich der Kündigungsschutz des Arbeitnehmervertreters in den Tatbeständen von Art. 336 Abs. 1 lit. b und d OR erschöpfe. Durch die geltende Rechtsprechung wird allerdings nicht in Frage gestellt, dass die Beweislast sowohl für den Nachweis des begründeten Anlasses als auch für die Tatsache, dass dieser zur Kündigung des Arbeitnehmervertreters geführt hat, nach Art. 336 Abs. 2 lit. b OR den Arbeitgeber trifft. An den durch den Arbeitgeber zu erbringenden Nachweis, dass die Entlassung nichts mit der Stellung als Arbeitnehmervertreter zu tun habe, sind – mit der Vorinstanz – besonders hohe Anforderungen zu stellen. Der Beschwerdeführer verkennt im Übrigen, dass in casu die Folgen der Beweislosigkeit zufolge positiven Beweisergebnisses gar nicht zum Tragen kommen (vgl. BGE 134 II 235 E. 4.3.4 S. 241; BGE 130 III 591 E. 5.4 S. 601 f.). Das Obergericht hat die wirtschaftlichen Gründe in der Gestalt eines Umsatzrückgangs und eines finanziellen Verlustes im Betriebsteil «Y.» als Motivation der Massenentlassung, und namentlich auch als Motivation der Entlassung des Beschwerdeführers, gestützt auf die eingereichten Belege, als erwiesen erachtet. Der Beschwerdeführer bestreitet weder die wirtschaftlichen Motive an sich noch liefert er genügend Anhaltspunkte, welche begründete Zweifel an diesen wecken oder darauf hinweisen könnten, dass die wirtschaftlichen Gründe – bei ihm als Arbeitnehmervertreter – nur vorgeschoben gewesen wären. Die vorinstanzliche Beweiswürdigung ist nicht offensichtlich unhaltbar, weshalb das Bundesgericht darauf abzustellen hat.

6.4 Zusammenfassend ergibt sich, dass weder eine an der Entstehungsgeschichte der Norm orientierte noch eine teleologische Interpretation etwas am bisher ermittelten Auslegungsergebnis ändert. Sinn und Zweck sowie gesetzgeberische Regelungsabsicht verlangen nicht nach einer über den Wortlaut hinausgehenden Subsumtion des vorliegenden Sachverhalts unter die Missbrauchsbestimmung. Daran vermag der Bericht des Bundesrates, aus welchem in der Beschwerde zitiert wird, nichts zu

ändern. Die darin geäusserte Kritik an der Rechtsprechung beruht insoweit auf einem Missverständnis, als das Bundesgericht durchaus anerkennt, dass der Gesetzgeber mit Art. 336 Abs. 2 lit. b OR einen erweiterten Kündigungsschutz für Arbeitnehmervertreter schaffen wollte, indem der Arbeitgeber in diesen Fällen zu beweisen hat, dass er für die Kündigung einen begründeten Anlass hat. Sollen jedoch – nach der im Bericht des Bundesrates geäusserten Meinung – wirtschaftliche Gründe im Rahmen der Entlassung eines Arbeitnehmervertreters als missbräuchlich qualifiziert werden, während sie ohne weiteres zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses mit den übrigen Mitarbeitern berechtigen, so lässt sich dieses Ergebnis tatsächlich nur durch eine Gesetzesänderung bewerkstelligen. De lege lata verbietet sich eine solcherart bevorzugende Behandlung der Arbeitnehmervertreter. Da zudem veränderte äussere Verhältnisse oder gewandelte Rechtsanschauungen seit dem erst vor kurzer Zeit ergangenen BGE 133 III 512 – zu Recht – nicht geltend gemacht werden, sieht sich das Bundesgericht mit Blick auf die aktuelle Rechtslage nicht zu einer Praxisänderung veranlasst.

Tribunal fédéral, Arrêt du 20 mars 2012, Doss.-N° 4D_98/2011 (Rejet du recours constitutionnel subsidiaire interjeté contre l'arrêt de la Cour de cassation civile du Tribunal cantonal du canton de Neuchâtel du 1^{er} novembre 2011)

Art. 322d CO. Le versement régulier d'une gratification plusieurs années consécutives et sans aucune réserve quant à son caractère facultatif permet de conférer à cette dernière le caractère d'un salaire. Le principe de la confiance permet en effet à l'employé de penser que le paiement de la gratification a perdu son caractère volontaire initial pour se transformer en obligation de l'employeur. Il est admis que la gratification doit avoir été versée de manière ininterrompue et sans réserve pendant trois ans pour qu'il en résulte une prétention de l'employé. Par ailleurs, un montant très élevé en comparaison du salaire annuel, égal ou même supérieur à ce dernier, et versé régulièrement, doit être considéré comme un élément de salaire variable, alors même que l'employeur en a réservé le caractère facultatif (c. 2.4).

Extraits des faits:

Y. (ci-après: l'employé) a été engagé dès le 1^{er} juin 2004 en qualité de dessinateur-architecte par X. SA (ci-après: l'employeuse) pour un salaire mensuel brut de 6670 fr. (augmenté dès le 1^{er} janvier 2006 à 7000 fr.) versé douze fois l'an. Durant quatre années consécutives (2004 [prorata temporis], 2005, 2006 et 2007), l'employé a reçu un montant de 7000 fr. «net» (calculé sur la base d'un montant brut de 7550 fr. duquel on a déduit la «plupart des cotisations sociales»), en sus du salaire convenu. N'ayant reçu, en 2008, que 2000 fr., il s'en est étonné auprès de l'employeuse, qui

lui a alors octroyé une somme supplémentaire de 5000 fr. sous certaines conditions, un courrier postérieur faisant mention d'un prêt octroyé sans intérêts, une décision devant être prise ultérieurement quant à savoir si la somme devrait être remboursée ou si elle serait allouée à l'employé à titre de bonus 2008 et/ou 2009. L'employé n'a reçu aucune rétribution supplémentaire en 2009. Le contrat de travail a été résilié par l'employeuse le 7 août 2009, avec effet au 31 octobre 2009, l'employé étant libéré de son obligation de travailler.

Le 7 janvier 2010, l'employé a ouvert action devant le Tribunal des prud'hommes du district de Boudry; il a conclu à ce que l'employeuse soit condamnée à lui verser la somme de 5000 fr. au titre de solde de treizième salaire pour 2008 et 5833 fr. au titre de treizième salaire au prorata pour 2009, soit un montant total de 10 833 fr., avec intérêts. Par jugement du 22 septembre 2010, le Tribunal des prud'hommes a condamné l'employeuse à payer à sa partie adverse le montant de 10 833 fr., intérêt en sus. Par arrêt du 1^{er} novembre 2011, la Cour de cassation civile du Tribunal cantonal neuchâtelois a rejeté le recours interjeté par l'employeuse. En substance, elle a confirmé le jugement de la première instance, expliquant notamment que le montant supplémentaire accordé chaque année à l'employé était supérieur au salaire mensuel brut convenu entre les parties et que, selon la jurisprudence fédérale, cette rétribution supplémentaire devait être considérée comme un élément du salaire, et non comme une gratification volontaire.

L'employeuse exerce un recours constitutionnel subsidiaire contre l'arrêt cantonal du 1^{er} novembre 2011. Elle conclut, sous suite de frais et dépens, à son annulation et à ce que la demande de l'employé soit rejetée, subsidiairement, au renvoi de la cause à l'autorité cantonale.

Extraits des considérants:

2.

La recourante soutient que la cour cantonale a apprécié les preuves de manière arbitraire en retenant qu'elle n'avait pas réservé le caractère facultatif de la gratification. Selon elle, tous les témoignages relatés dans le jugement de première instance confirment que le versement d'une gratification ne constituait qu'une simple possibilité pour l'employeuse, dont la réalisation dépendait de son bon vouloir.

(...)

2.2 La recourante se borne à présenter successivement trois extraits succincts tirés du compte-rendu des déclarations des témoins, sans indiquer lequel (ou lesquels) parmi ces derniers s'est (se sont) exprimé(s) dans ces extraits. Dans son acte de recours, elle ne renvoie donc pas de manière précise aux éléments du dossier (en l'occurrence aux propos des divers témoins prétendument favorables à sa thèse) et la recevabilité du moyen est dès lors douteuse.

Il ne ressort au demeurant pas des déclarations mises en évidence par la recourante que A., administrateur de la recourante, faisait clairement savoir à ses employés – qu’il convoquait pour un entretien à la fin de chaque année – que la gratification était octroyée «à bien plaisir», ou qu’il leur indiquait, par une formulation similaire, que la société n’entendait pas s’obliger à verser une gratification régulière (cf. entre autres auteurs: BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, Commentaire du contrat de travail, 3^e éd. 2004, n° 6 ad art. 322d CO; SUBILIA/DUC, Droit du travail, 2010, n° 15 ad art. 322d CO). Le fait que A. annonçait aux employés «s’il vers[ait] une gratification» ou qu’un employé «[était] content si quelque chose [venait] en plus» est impropre à le démontrer. Il n’était en tout cas pas insoutenable de retenir, comme l’a fait la cour cantonale, que ces témoignages mettaient plutôt en évidence que l’administrateur expliquait simplement à ses collaborateurs que le versement – non contesté sur le principe – dépendait des résultats de l’année écoulée et des perspectives de l’année à venir, étant encore précisé que l’employeuse n’a pas prouvé que le montant versé chaque année serait également dépendant de la qualité de la prestation de travail des employés.

Même à admettre la recevabilité du moyen soulevé par la recourante, celui-ci devrait être déclaré mal fondé.

2.3 Dans un deuxième moyen, la recourante reproche à la cour précédente d’avoir considéré à tort le montant de 7000 fr. comme étant un élément du salaire plutôt qu’une gratification facultative (ou à bien plaisir). Elle soutient que l’autorité cantonale a procédé à une application arbitraire de la jurisprudence fédérale selon laquelle un montant très élevé en comparaison du salaire annuel, égal ou même supérieur à ce dernier, et versé régulièrement, doit être considéré comme un élément de salaire variable, alors même que l’employeur en a réservé le caractère facultatif. Elle observe que la cour cantonale, pour procéder à la comparaison en l’espèce, s’est fondée sur le salaire mensuel, de sorte que c’est en se basant sur un critère erroné qu’elle a admis une disproportion entre la gratification et le salaire (mensuel) de base, et conclu que les montants versés en fin d’année constituaient un élément de salaire (et non une gratification au caractère facultatif).

La recourante n’indique pas expressément, dans le mémoire adressé à la Cour de céans, à quel arrêt du Tribunal fédéral elle fait référence, se limitant à renvoyer à la «jurisprudence fédérale» rappelée par la Cour de cassation civile neuchâteloise. Dans sa motivation, elle tente en outre de démontrer l’arbitraire en tirant argument d’une erreur commise par la cour cantonale (référence au salaire mensuel plutôt qu’au salaire annuel). Elle se borne toutefois à prétendre que cette erreur a «incontestablement eu un résultat (sic) sur la solution du litige», sans démontrer, de manière circonstanciée – soit sur la base des critères développés par la jurisprudence (ATF 129 III 276 consid. 2.1 p. 279 s.) – qu’une comparaison entre le salaire annuel et les gratifications versées par l’employeuse aurait exclu une qualification en tant que salaire. Cela étant, on peut, au regard des exigen-

ces strictes posées par l'art. 106 al. 2 LTF (par le renvoi de l'art. 117 LTF), douter de la recevabilité du moyen soulevé. Vu l'issue du recours, la question peut toutefois rester indécise en l'espèce.

2.4 Dans son argumentation, la recourante revient sur la question, objet de nombreuses décisions de la Cour de céans, des bonus versés en fin d'année aux travailleurs. Dans ce contexte, le Tribunal fédéral, soulignant le caractère accessoire de la gratification par rapport au salaire de base, a indiqué que, même si les parties étaient convenues de qualifier une rétribution déterminée de gratification, cette rétribution devait, à certaines conditions, être considérée comme un élément de salaire (variable). Ainsi, un montant très élevé en comparaison du salaire annuel, égal ou même supérieur à ce dernier, et versé régulièrement, doit être considéré comme un élément de salaire variable, alors même que l'employeur en a réservé le caractère facultatif (ATF 131 III 615 consid. 5.2 p. 621; 129 III 276 consid. 2.1 p. 279 s.; REHBINDER/STÖCKLI, *Berner Kommentar*, 2010, n° 1 ad art. 322d CO et les arrêts cités).

Il s'agit toutefois là d'une question particulière, résolue en tenant compte de l'accessorité de la gratification. En dehors de ces cas de figure (gratifications significatives au regard du salaire annuel de base), il n'en demeure pas moins qu'une rétribution supplémentaire versée par l'employeur peut être qualifiée comme un élément du salaire si cela résulte de la volonté des parties. Une prétention de l'employé au paiement de gratifications futures peut en effet être prévue dans le contrat de travail. Cette prétention peut également naître par actes concluants, lorsque les circonstances amènent à considérer que la rétribution octroyée par l'employeur est en réalité un salaire; le versement régulier d'une gratification plusieurs années consécutives et sans aucune réserve quant à son caractère facultatif permet de conférer à cette dernière le caractère d'un salaire (ATF 136 III 313 consid. 2 p. 317; arrêt 4C.244/2004 du 25 octobre 2004 consid. 2.1; arrêt 4C.263/2001 du 22 janvier 2002 consid. 4b; WOLFGANG PORTMANN, in *Basler Kommentar, Obligationenrecht I*, 4^e éd. 2007, n° 10 ad art. 322d CO). Le principe de la confiance permet en effet à l'employé de penser que le paiement de la gratification a perdu son caractère volontaire initial pour se transformer en obligation de l'employeur (RÉMY WYLER, *Droit du travail*, 2^e éd. 2008, p. 167 et les références). Il est admis que la gratification doit avoir été versée de manière ininterrompue et sans réserve pendant trois ans pour qu'il en résulte une prétention de l'employé (ATF 129 III 276 consid. 2 p. 278; arrêt 4C.244/2004 déjà cité consid. 2.1; ADRIAN STAEHELIN, *Zürcher Kommentar*, 4^e éd. 2006, n° 9 ad art. 322d CO et les références).

Ainsi, on ne saurait admettre que l'erreur commise par la cour cantonale, sur laquelle la recourante fonde toute son argumentation, a pour conséquence automatique l'admission de son grief. Même à admettre que la rétribution supplémentaire de l'employeuse n'est pas devenue significative par rapport au salaire de base, il conviendrait encore d'examiner si, selon le

principe de la confiance, cette rétribution s'est transformée en un élément du salaire. Or, il est constant en l'espèce que l'employé s'est vu verser durant quatre années consécutives (en 2004, prorata temporis, 2005, 2006 et 2007) une rétribution supplémentaire de 7000 fr. par an et que l'employeuse n'a émis aucune réserve quant au caractère facultatif de la rétribution (cf. supra consid. 2.2), de sorte qu'elle n'a pas empêché la naissance de la prétention de l'employé. L'argumentation de la recourante ne permet donc en tout cas pas de faire apparaître la décision entreprise comme arbitraire dans son résultat.

La recourante ne conteste pas le montant de la rétribution pour 2008 et 2009, que la cour cantonale a fixé à 7000 fr. sur la base des montants versés les années précédentes. Il n'y a donc pas lieu d'y revenir.

Bundesgericht, Urteil vom 20. März 2012, Doss.-Nr. 4A_614/2011 (Bestätigung des Urteils des Kantonsgerichts Basel-Landschaft vom 30. August 2011)

Macht die Arbeitnehmerin gestützt auf eine Lohndifferenz eine geschlechtsspezifische Diskriminierung glaubhaft, wird diese gemäss Art. 6 GIG vermutet. Wegen der Umkehr der Beweislast obliegt es dem Arbeitgeber, den vollen Beweis zu erbringen, dass die unterschiedliche Behandlung auf sachlichen Gründen ohne geschlechtsdiskriminierende Wirkung, wie z.B. Ausbildung, Dienstalter, Qualifikation, Erfahrung, Aufgabenbereich oder Leistung beruht. Vorliegend hat der Arbeitgeber diesen Beweis erbracht, da er nachweisen konnte, dass die unterschiedlichen Berufserfahrungen die Lohndifferenzen begründeten (E. 3.1, 4).

Sachverhalt:

A. (Beschwerdeführerin) war vom 21. November 2005 bis zum 31. August 2008 bei der X. AG (Beschwerdegegnerin) angestellt. Gemäss Arbeitsvertrag hatte sie die Abteilung «Vertragswesen» zu leiten. Ihr Anfangslohn betrug pro Monat Fr. 6000.– zuzüglich Fr. 500.– Pauschalspesen und Fr. 500.– Anteil 13. Monatslohn. Nach verschiedenen Lohnerhöhungen bezog die Beschwerdeführerin im Jahr 2008 Fr. 10 208.30 pro Monat (Bruttolohn CHF 8500.–, Anteil 13. Monatslohn Fr. 708.30, Pauschalspesen Fr. 500.–, Auto Fr. 500.–).

Am 2. April 2009 klagte die Beschwerdeführerin beim Bezirksgericht Arlesheim gegen die Beschwerdegegnerin auf Zahlung von Lohn in der Höhe von Fr. 117 674.50 nebst 5% Zins seit dem 1. Januar 2006 sowie auf Ausstellung eines Arbeitszeugnisses gemäss beigelegtem Entwurf. Die Lohnforderung begründete die Beschwerdeführerin mit einer Verletzung des Diskriminierungsverbots gemäss Art. 3 GIG, weshalb ihr nach Art. 5

Ziff. 1 lit. d GLG die Differenz zum geschuldeten Lohn nachzuzahlen sei. Das Bezirksgericht kam zum Ergebnis, eine Lohndiskriminierung sei nicht glaubhaft und ein Anspruch auf Neuformulierung des Arbeitszeugnisses nicht gegeben. Es wies daher die Klage mit Urteil vom 14. Dezember 2010 ab und verpflichtete die Beschwerdeführerin zur Zahlung einer Parteientschädigung von Fr. 17 216.–. Die dagegen gerichtete Appellation der Beschwerdeführerin wies das Kantonsgericht Basel-Landschaft am 30. August 2011 in der Sache ab, reduzierte jedoch die der Beschwerdegegnerin erstinstanzlich zugesprochene Parteientschädigung auf CHF 12 912.–. Die Beschwerdeführerin erhebt Beschwerde in Zivilsachen.

Aus den Erwägungen:

3.

3.1 Macht eine Person namentlich bezüglich der Entlohnung eine geschlechtsspezifische Diskriminierung glaubhaft, wird diese gemäss Art. 6 GLG vermutet. Diese Vermutung, welche zu einer Umkehr der Beweislast führt, kann durch den Gegenbeweis des Fehlens einer Diskriminierung entkräftet werden (vgl. BGE 127 III 207 E. 3). Hat die betroffene Person zum Beispiel gestützt auf eine Lohndifferenz eine geschlechtsspezifische Diskriminierung glaubhaft gemacht, obliegt dem Arbeitgeber, den vollen Beweis zu erbringen, dass die unterschiedliche Behandlung auf sachlichen Gründen ohne geschlechtsdiskriminierende Wirkung, wie zum Beispiel Ausbildung, Dienstalter, Qualifikation, Erfahrung, Aufgabenbereich oder Leistung beruht (BGE 130 III 145 E. 5.2 S. 164; 125 III 368 E. 5 S. 373; je mit Hinweisen).

3.2 Die Vorinstanz schloss sich zunächst der Argumentation des Bezirksgerichts an, nach welcher die Beschwerdeführerin den eingeklagten Anspruch auf Lohngleichheit aus ihrer individuellen Benachteiligung bezüglich ihrer Lohnhöhe ableite. Sodann stellte die Vorinstanz fest, der Nachfolger habe teuerungsbereinigt einen um 25% höheren Anfangslohn als die Beschwerdeführerin erhalten. Damit sei ihr gelungen, die Diskriminierung aufgrund ihres Geschlechts glaubhaft zu machen, weshalb eine Umkehr der Beweislast statfinde.

In einem zweiten Schritt prüfte die Vorinstanz, ob die Beschwerdegegnerin den vollen Beweis dafür erbringen könne, dass die unterschiedliche Entlohnung aufgrund objektiver Gründe gerechtfertigt war. Nach Auffassung der Vorinstanz hat die Beschwerdegegnerin diesen Beweis erbracht, da sie habe nachweisen können, dass die unterschiedlichen Berufserfahrungen die Lohndifferenzen begründeten.

Zum Werdegang und der Berufserfahrung der Beschwerdeführerin und ihres Nachfolgers stellte die Vorinstanz fest, beide hätten ein gleichwertiges Jusstudium absolviert. Der Nachfolger habe zusätzlich zwei Semester Wirtschaft studiert, und die Beschwerdeführerin habe eine Wirtschaftsmatura, so dass auch diesbezüglich die Ausbildungen als ebenbürtig

zu werten seien. Die Beschwerdeführerin habe während ihres Studiums drei Jahre lang als Sachbearbeiterin im Inkasso- und Mahnwesen bei einer Immobilienverwaltung gearbeitet, während des Semesters jeweils zu 40% und in den Ferien zu 80%, was einem durchschnittlichen Pensum von ca. 50% für drei Jahre entspreche. Der Nachfolger habe bis zum Studienabschluss während 10 Monaten an einem UBS-Projekt mitgearbeitet, und er sei während 2,5 Monaten bei der ÖKK tätig gewesen sowie während zweier Sommersaisons als Bademeister. Während gut drei Monaten habe er im Militär als Zugführer gedient. Seine Erfahrungen aus dem UBS-Projekt sowie die administrativen Erfahrungen bei der ÖKK und die Führungserfahrung aus dem Militär habe der Nachfolger in die Stelle bei der Beschwerdegegnerin einbringen können, während der Beschwerdeführerin ihre Kenntnisse im Miet- sowie im Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, die sie bei ihrer Tätigkeit für die Immobilienverwaltung erworben habe, zu Gute gekommen seien. Insgesamt bewertete die Vorinstanz die von den beiden Arbeitnehmern bis zum Studienabschluss erworbenen Arbeitserfahrungen mit Blick auf die Tätigkeit für die Beschwerdegegnerin als etwa gleichwertig.

Zur Praxis der beiden Angestellten nach dem jeweiligen Studienabschluss führte die Vorinstanz aus, die Beschwerdeführerin habe ein fünfmonatiges Volontariat bei der Justiz-, Polizei- und Militärdirektion Basel-Landschaft absolviert und anschliessend ein 21-monatiges Volontariat in einem Anwaltsbüro. Sie habe nach dem Lizenziat also 26 Monate Volontariat als Berufserfahrung vorzuweisen. Anschliessend habe sie sich auf die Anwaltsprüfung vorbereitet und hernach ihre erste feste Anstellung als Juristin bei der Beschwerdegegnerin angetreten.

Demgegenüber gestaltete sich das Volontariat des Nachfolgers wie folgt: Drei Monate bei der kantonalen Schiedskommission für Arbeitslosenversicherung Basel-Stadt, neun Monate Praktikum beim Verwaltungsgericht des Kantons Aargau, sieben Monate Anwaltspraktikum und drei Monate Praktikum bei der Schlichtungsstelle für Mietangelegenheiten Basel-Landschaft, insgesamt 22 Monate. Zusätzlich sei er 8,5 Monate Legal Trainee bei der ABB Schweiz AG und drei Monate bei der Cytrix Systems International GmbH gewesen, insgesamt 11,5 Monate. Anschliessend sei er als Legal Counsel tätig gewesen, 8 Monate für die Swissgrid AG und 13 Monate für die Daniel Swarovski Corporation AG, insgesamt 21 Monate.

Ein Gesamtvergleich der berufsspezifischen Erfahrungen nach dem Lizenziat zeige, dass die Beschwerdeführerin 26 Monate Volontariat absolviert habe, während ihr Nachfolger insgesamt 54,5 Monate als Volontär, Legal Trainee und Legal Counsel gearbeitet habe. Ungeachtet der Frage, ob das Legal Trainee-Programm einem Volontariat gleichzusetzen sei oder nicht, habe bei Stellenantritt die Berufserfahrung des Nachfolgers 28,5 Monate mehr als jene der Beschwerdeführerin betragen. Zudem habe der Nachfolger zu Beginn seiner Tätigkeit für die Beschwerdegegnerin bereits während insgesamt 21 Monaten als Legal Counsel, als Unternehmens-

jurist in zwei internationalen Firmen gearbeitet. Diese Erfahrung habe er bei der Beschwerdegegnerin einbringen können. Die grössere Berufserfahrung des Nachfolgers stelle ein objektives Kriterium dar, das einen höheren Anfangslohn gegenüber jenem der Beschwerdeführerin rechtfertige. Abgesehen davon sei der Nachfolger bei Stellenantritt 10 Jahre älter als die Beschwerdeführerin gewesen, welchem Kriterium allerdings nur zweitrangige Bedeutung zukomme.

3.3 Die Beschwerdeführerin erklärt vor Bundesgericht, die diesbezüglich von der Vorinstanz aufgeführten Tatsachen nicht in Abrede zu stellen, wohl aber deren Bewertung. Sie stützt jedoch ihre Ausführungen zum Teil auf Tatbestandselemente, die sich nicht im angefochtenen Urteil finden, ohne zugleich hinlänglich begründete Sachverhaltsrügen zu erheben.

3.3.1 Das gilt für ihre Behauptungen, der Nachfolger sei bei der UBS lediglich mit der Bearbeitung bzw. Indexierung elektronisch abgefasster Dokumente beschäftigt gewesen, was keinen Bezug zu seiner Tätigkeit bei der Beschwerdegegnerin aufweise, wogegen die Beschwerdeführerin durch ihre Arbeit bei der Immobilienverwaltung fundierten Einblick in die Praxis des Mietrechts und des SchKG gewonnen habe, welche Rechtsgebiete den Grossteil der Arbeit der Beschwerdeführerin für die Beschwerdegegnerin ausgemacht hätten.

3.3.2 Aus dem angefochtenen Urteil geht auch nicht hervor, dass sich die Beschwerdeführerin auf zusätzlich 6 bis 9 Monate Berufserfahrung aufgrund ihrer Vorbereitung für das Anwaltsexamen berufen hätte. Die auf diesen Behauptungen aufgebaute neue Berechnung der zu vergleichenden Berufserfahrungen läuft somit auf unzulässige appellatorische Kritik am angefochtenen Urteil hinaus, mit welcher sich weder eine Willkürüge noch eine Verletzung des Gleichstellungsgesetzes begründen lässt. Insoweit ist auf die Beschwerde nicht einzutreten.

3.4

3.4.1 Die Vorinstanz kam gestützt auf die Aussagen des Zeugen B. zum Ergebnis, der Nachfolger der Beschwerdeführerin habe den gleichen Aufgabenkreis gehabt wie sie. Bezüglich der Würdigung dieser Aussage erwog die Vorinstanz, es lägen keine Anhaltspunkte dafür vor, dass der Zeuge noch für die Beschwerdegegnerin tätig wäre. Auch aus seiner Aussage, dass er am Vorabend der Gerichtsverhandlung noch mit dem Geschäftsführer der Beschwerdeführerin gegessen, aber praktisch nicht über den Fall gesprochen habe, lasse sich nicht auf eine Beeinflussung oder Abhängigkeit schliessen. Seine Angaben seien widerspruchsfrei und glaubwürdig, weshalb darauf abgestellt werden könne.

3.4.2 Hierin erblickt die Beschwerdeführerin eine Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes nach Art. 9 (recte: 12) aGIG, des rechtlichen Gehörs und des richterlichen Ermessens nach Art. 4 ZGB. Der Zeuge, der bis Ende 2010 noch als Freelancer für die Beschwerdegegnerin tätig gewesen sei und am Vorabend der erstinstanzlichen Gerichtsverhandlung mit dem

Geschäftsführer diniert hatte, müsse aufgrund seiner engen Verbindung zur Beschwerdegegnerin bei objektiver Betrachtung als befangen gelten.

3.4.3 In allen Fällen von Diskriminierungsprozessen gilt von Bundesrechts wegen der Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung (Art. 12 Abs. 2 aGIG in Verbindung mit Art. 343 Abs. 4 aOR, welche im kantonalen Verfahren noch massgebend waren, da die Schweizerische Zivilprozessordnung noch nicht zur Anwendung kam). Auch wenn die Tatsachen, dass der Zeuge mit einem Mitarbeiter der Beschwerdegegnerin am Vorabend der Verhandlung zusammengekommen ist und der Zeuge nach seinem Ausscheiden aus der Beschwerdegegnerin für diese noch Aufträge ausgeführt hat, eine Befangenheit indizieren könnte, verfällt die Vorinstanz nicht in Willkür, wenn sie in einer Gesamtwürdigung seine Aussagen als glaubwürdig einstuft. Dass die Vorinstanz die Aussagen oder das Aussageverhalten des Zeugen auf unhaltbare Weise gewürdigt hätte, zeigt die Beschwerdeführerin nicht auf. Somit ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz trotz Umbenennung der Abteilung während des Arbeitsverhältnisses mit der Beschwerdeführerin in «Rechtsabteilung» und Rückbenennung in «Abteilung Vertragswesen» nach Ausscheiden der Beschwerdeführerin aufgrund der Aussagen des Zeugen davon ausging, damit sei keine Änderung des Aufgabenkreises in der betreffenden Abteilung einhergegangen und Gleichwertigkeit der verglichenen Arbeitsstellen annahm.

3.5

3.5.1 Die Beschwerdeführerin wollte im kantonalen Verfahren den Umstand, dass sie nach Antritt der Stelle das Anwaltspatent erlangt hatte, als wichtige Qualifikation berücksichtigt haben, die ihrem Nachfolger nicht zukam. Die Vorinstanz hielt dazu in Übereinstimmung mit dem Bezirksgericht fest, die Beschwerdegegnerin habe das Anwaltspatent nicht als Voraussetzung für die Anstellung betrachtet, da es für die Ausübung der konkreten Arbeitstätigkeit nicht erforderlich gewesen sei. Dass die Beschwerdeführerin in zwei von ihr erwähnten Fällen die Beschwerdegegnerin vor Gericht vertreten habe, stelle keine Besonderheit dar, träten doch Sachbearbeiter, auch ohne über spezielle juristische Kenntnisse oder gar ein Anwaltspatent zu verfügen, in arbeitsrechtlichen oder anderen einfacheren Zivilprozessen oft als Vertreter ihres Arbeitgebers auf. Das eine der beiden von der Beschwerdeführerin bezeichneten Verfahren sei zudem als Einigungsverhandlung (*Tentative de conciliation*) dokumentiert. Diese Tätigkeiten, die auch von ihrem Nachfolger erledigt worden seien, hätten kein bestandenes Anwaltsexamen erfordert. Aus der Sicht der Beschwerdegegnerin erweise sich das Anwaltspatent zwar als eine gute Zusatzausbildung, jedoch nicht als unabdingbare und verwertbare zusätzliche Qualifikation für die zu erbringende Arbeit. Dessen Bedeutung werde durch die grössere Berufserfahrung des Nachfolgers in international tätigen Betrieben relativiert.

3.5.2 Die Beschwerdeführerin hält vor Bundesgericht daran fest, dass sie mit der Erlangung des Anwaltspatents auch ihren Tätigkeitsbereich erweitert und somit über einen weiteren Aufgabenkreis als ihr Nachfolger

verfügt habe. Sie habe die Beschwerdegegnerin nachweislich in Gerichtsverfahren vertreten, und dies nicht «in kleineren Fällen», welche jeder Sachbearbeiter hätte besorgen können. Aus diesem Grunde seien die Arbeitsstellen der Beschwerdeführerin und ihres Nachfolgers nicht gleichwertig gewesen, weshalb sich ein Lohnvergleich verbiete. Unerheblich sei, dass der Nachfolger im November 2010 noch dasselbe Salär wie bei seinem Eintritt am 1. August 2008 bezogen habe und er seinen Anfangslohn damit nicht wie die Beschwerdeführerin habe steigern können, weil die Anpassungen ihres Lohnes wegen ihrer ausserordentlichen Leistungen, namentlich wegen der Erlangung des Anwaltspatents, erfolgt sei.

3.5.3 Inwiefern die Vorinstanz in Willkür verfallen sein soll, indem sie annahm, die Beschwerdeführerin habe keine eigentliche Anwaltstätigkeit für die Beschwerdegegnerin entfaltet, ist der Beschwerde nicht ansatzweise zu entnehmen. Entgegen der Behauptung der Beschwerdeführerin ist auch nicht festgestellt, dass ihre erste Lohnerhöhung um Fr. 1000.– nach sechs Monaten bei den Vertragsverhandlungen im Hinblick auf das erhoffte Bestehen der Anwaltsprüfung in Aussicht genommen wurde. Zwar könnte das nachträglich erworbene Anwaltspatent im Sinne einer Zusatzqualifikation tatsächlich eine Lohnerhöhung begründen. Wenn die Vorinstanz aber festhält, in Tat und Wahrheit sei die Lohnerhöhung nicht deswegen, sondern wegen der Vertiefung der Berufserfahrung gewährt worden, ist dies nicht weniger wahrscheinlich als das von der Beschwerdeführerin angeführte Motiv für die Lohnsteigerung. Auch wenn die Erlangung des Anwaltspatents der Beschwerdegegnerin zum Nutzen gereichte, legt eine grössere Gewichtung der praktischen Erfahrung im Beruf keine Geschlechtsdiskriminierung nahe. Eine Rechtsverletzung ist insoweit nicht auszumachen.

4.

4.1 Die Vorinstanz hat es abgelehnt, Ermittlungen über die Gleichwertigkeit der Funktion der Beschwerdeführerin mit jener von Abteilungsleitern bei der Beschwerdegegnerin anzustellen, da sie zum Schluss gelangte, die Arbeitsstellen der Beschwerdeführerin und ihres Nachfolgers hätten den gleichen Aufgabenkreis umfasst und seien daher offensichtlich gleichwertig. Unter diesen Umständen genügt nach Auffassung der Vorinstanz der direkte Lohnvergleich zwischen diesen beiden Arbeitnehmenden unterschiedlichen Geschlechts, und es bedarf keiner Expertise zur Gleichwertigkeit der Stellen der Verkaufsleiter, Abteilungsleiter und Angestellten der Managementstufe.

4.2 Die Beschwerdeführerin wendet ein, für den Rechtfertigungsnachweis des Arbeitgebers sei der volle Beweis zu erbringen, weshalb das Gericht das gesamte Lohnspektrum innerhalb des Unternehmens auf die Frage der Lohngleichheit zwischen den Geschlechtern zu untersuchen habe. Um ein beweiskräftiges Ergebnis zu erlangen, seien dabei drei bis fünf Vergleichsmöglichkeiten erforderlich. Eine einzige Vergleichsperson des anderen Geschlechts reiche zwar aus, um eine geschlechtsbezogene Dis-

kriminierung durch eine Lohndifferenz trotz vergleichbarer Position gemäss Art. 6 GlG glaubhaft zu machen, nicht aber für den der Arbeitgeberin obliegenden vollen Beweis der fehlenden Diskriminierung. Im Übrigen habe die Vorinstanz zu Unrecht festgestellt, dass die Arbeitsstellen der Beschwerdeführerin und ihres Nachfolgers gleichwertig seien. Die Vorinstanz habe daher Art. 12 aGlG in Verbindung mit Art. 343 Abs. 4 aOR sowie Art. 9 und 29 BV verletzt, indem sie in antizipierter Beweismwürdigung weitere Abklärungen, namentlich die Anordnung einer Expertise über die Lohnstruktur bei der Beschwerdegegnerin unterlassen habe.

4.3 In zivilrechtlichen Streitigkeiten über Diskriminierungen im Erwerbsleben schreibt das Gesetz ungeachtet des Streitwerts den Gerichten vor, den Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen (Art. 12 Abs. 2 aGlG und Art. 343 Abs. 4 aOR; ab 1. Januar 2011 Art. 243 Abs. 1 lit. a und 247 Abs. 2 lit. a ZPO; BGE 133 III 545 E. 4.2). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts hat ein Gericht gemäss dem Untersuchungsgrundsatz im Einzelfall zu prüfen, ob ein zur Rechtfertigung eines Lohnunterschiedes angerufenes objektives Kriterium tatsächlich den Grund für die Ungleichbehandlung bildete. Dieser Nachweis ergibt sich, wenn für eine ganze Berufsgruppe eine Einstufungsregelung existiert, am ehesten aus der Betrachtung der Gesamtpraxis, weshalb grundsätzlich alle Angestellten mit der gleichen Tätigkeit in die Abklärung einzubeziehen sind (BGE 118 Ia 35 E. 3b S. 40, der noch vor dem Inkrafttreten des Gleichstellungsgesetzes erging). Ein vollständiger Vergleich der Löhne der Arbeitnehmenden mit gleicher Arbeit ist aber hinreichend, wenn sich daraus klar ergibt, dass für Angestellte beider Geschlechter gleiche Lohnkriterien gelten. Diesfalls darf der Nachweis der Lohngleichheit als erbracht erachtet werden, ohne dass gleichwertige Arbeit im Betrieb zu ermitteln und zum Vergleich heranzuziehen ist. Ergäbe nämlich ein Gutachten, dass andere gleichwertige Stellen im Betrieb lohnmassig höher eingestuft sind als die klägerische, und steht fest, dass in der Position der Klägerin Frauen und Männern ein nach denselben Kriterien bemessener Lohn bezahlt wird, kann aufgrund der Expertise nicht mehr ohne Weiteres davon ausgegangen werden, dass die im Gutachten ermittelte Lohndiskriminierung auf dem Geschlecht beruht. Unter diesen Voraussetzungen kann die Einholung einer arbeitswissenschaftlichen Expertise mangels Entscheidrelevanz unterbleiben (vgl. FLORENCE AUBRY in: Aubert/Lempen [Hrsg.], *Commentaire de la loi fédérale sur l'égalité*, 2011, N. 49 zu Art. 3 GlG, mit Hinweisen). Die Parteien haben jedoch Anspruch auf Einholung eines von ihnen beantragten Gutachtens, wenn dem Gericht die zur Beantwortung einer hinsichtlich der Lohndiskriminierung erheblichen Frage erforderlichen Kenntnisse fehlen. Dies trifft bezüglich der Frage zu, ob statistisch nachweisbar zum Nachteil eines geschlechtstypisch identifizierten Berufs Lohnunterschiede bestehen, welche nicht sachbezogen in der Arbeit selber begründet sind (vgl. BGE 124 II 409 E. 8a S. 425; 124 II 436 E. 7a S. 441; 130 II 393 E. 6.1 und 6.2 S. 399 f.).

4.4 Dass neben der Beschwerdeführerin und ihrem Nachfolger weitere Arbeitnehmer in gleicher Stellung in derselben Abteilung tätig gewesen wären, deren Löhne zur Erweiterung der Vergleichsbasis hätten dienen müssen, bringt die Beschwerdeführerin nicht vor, und sie behauptet nicht, dass in der von ihr versehenen Position typischerweise, das heisst statistisch markant überwiegend, Frauen tätig sind. Insoweit erübrigten sich daher weitere Abklärungen.

Da gemäss den vorstehenden Erwägungen zwischen der Beschwerdeführerin und ihrem Nachfolger mit gleichem Aufgabenkreis keine Lohndiskriminierung aufgrund des Geschlechts bestand, war die Vorinstanz nicht gehalten, weitere Beweismassnahmen anzuordnen, zumal die in der Beschwerde wiedergegebenen Zeugenaussagen der ehemals bei der Beschwerdegegnerin angestellten Verkaufsleiterin C. allenfalls ihre eigene Diskriminierung glaubhaft machen können, jedoch keine Rückschlüsse auf eine mögliche Diskriminierung der Beschwerdeführerin aufgrund ihres Geschlechts zulassen. Ebenso wenig ist der Beschwerde zu entnehmen, inwiefern ein Gutachten unter der Voraussetzung, es sei dargetan, dass die Beschwerdegegnerin männliche und weibliche Inhaber der von der Beschwerdeführerin versehenen Stelle gleich behandelt hat, deren geschlechtsspezifische Diskriminierung zu indizieren vermöchte. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin hat die Vorinstanz demnach ihre Untersuchungspflicht nicht verletzt, wenn sie keine Expertise zur Gleichwertigkeit der Arbeit der Verkaufsleiter oder anderer Angestellter der Managementstufe einholte.

(...)

6.

Insgesamt erweist sich die Beschwerde als unbegründet und ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

Bundesgericht, Urteil vom 21. März 2012, Doss.-Nr. 4A_616/2011 (Bestätigung des Beschlusses des Obergerichts des Kantons Zürich vom 4. September 2011)

Bei Ablehnung des Betriebsübergangs wird das Arbeitsverhältnis gemäss Art. 333 Abs. 2 OR auf den Ablauf der gesetzlichen Kündigungsfrist aufgelöst. Dem Arbeitnehmer wird eine Bedenkfrist von einigen Wochen eingeräumt, innert welcher er die Ablehnung zu erklären hat, wobei die Frist mit dem Zeitpunkt der Kenntnis des Betriebsübergangs, welche der Arbeitnehmer in der Regel im Rahmen der Information und Konsultation durch den Arbeitgeber nach Art. 333a OR erhält, beginnt. Vorliegend kündigte die Arbeitnehmerin das Arbeitsverhältnis, nachdem die Arbeitgeberin ihre Mitarbeiter informiert hatte, es werde eine Auslagerung der Betriebseinheit geprüft. Da die

Arbeitnehmerin zu diesem Zeitpunkt noch keine sichere Kenntnis über den Betriebsübergang haben konnte, war eine Ablehnung des Übergangs des Arbeitsverhältnisses auf den Erwerber im vorliegenden Fall nicht möglich. Folgerichtig wurde sie zur Rückerstattung von Ausbildungsbeiträgen gemäss Ausbildungsvertrag verpflichtet, da der Arbeitsvertrag nicht ohne ihr Verschulden aus wirtschaftlichen Gründen aufgelöst wurde (E. 3.3).

Sachverhalt:

Am 1. Dezember 2005 trat X. (Arbeitnehmerin, Klägerin, Beschwerdeführerin) eine Stelle als «G-IT Administrative Assistant» bei der Y. AG (Arbeitgeberin, Beklagte, Beschwerdegegnerin) an, wobei sie ab dem 1. Juli 2008 als «Project Office Management Consultant» im Rechenzentrum tätig war. Mit Ausbildungsvertrag vom 12. Februar 2007 einigten sich die Parteien über eine Kostenbeteiligung der Arbeitgeberin an einer externen berufsbegleitenden Weiterbildung der Arbeitnehmerin an der Hochschule für Wirtschaft in Zürich. Es wurde vereinbart, dass die Arbeitgeberin die dafür anfallenden Studiengebühren und Lehrmittelkosten von rund Fr. 26 000.– zu 80% übernimmt. Weiter wurde folgende Klausel in den Vertrag aufgenommen:

«Bei Kostenbeteiligung über Fr. 1000.– total nimmt der/die Unterzeichnete zur Kenntnis, dass bei Austritt aus der Y. AG die nachstehend aufgeführten Beträge (in % der bewilligten Beiträge) in Abzug gebracht werden:

- Bei Austritt während der Kursdauer und innert 6 Monaten nach Abschluss: 100%
- Bei Austritt innert 12 Monaten nach Abschluss: 50%
- Bei Austritt nach 12 Monaten nach Abschluss: keine Rückforderung

Eine Kostenbeteiligung über Fr. 10 000.– verdoppelt obige Fristen nach Abschluss der Ausbildung bzw. Erlangen des Ausweises oder Diploms.»

Die Arbeitnehmerin schloss die Weiterbildung am 8. Oktober 2009 mit dem «Bachelor of Science ZFH» in Betriebsökonomie ab.

Im Herbst 2008 teilte die Arbeitgeberin ihren Mitarbeitern mit, dass eine Auslagerung des Rechenzentrums geprüft werde. Diese Information wurde in einem späteren Zeitpunkt dahin gehend konkretisiert, dass mit einer Auslagerung des Rechenzentrums an die praktisch ausschliesslich im Bereich der Informationstechnologie tätige Firma A. zu rechnen sei. Am 23. September 2009 erschien sodann eine Pressemitteilung der A., wonach sie von diesem Zeitpunkt an exklusive Verhandlungspartnerin der Arbeitgeberin für die Auslagerung der IT-Abteilung sei. Über diesen Umstand hat die Arbeitgeberin ihre Mitarbeiter am darauffolgenden Tag in Kenntnis gesetzt. Am 25. November 2009 teilte die Arbeitgeberin ihren Mitarbeitern

sodann mit, dass zwischen ihr und der A. ein «ten-year master service agreement» zustande gekommen sei, wobei die lokalen Bedingungen noch ausgehandelt würden. Es könne aber bestätigt werden, dass allen betroffenen Mitarbeitern eine Stelle bei der A. zu den gleichen Bedingungen angeboten werde mit einer zwölfmonatigen Anstellungsgarantie. Ausserdem werde der Wechsel auf die Erwerberin nicht vor Ende 2009 erfolgen und erst nach Abschluss der lokalen Vereinbarungen. Der Betriebsübergang fand schliesslich am 1. April 2010 statt. Ab April 2009 begann die Arbeitnehmerin sich für verschiedene andere Stellen bei der Arbeitgeberin zu bewerben. Ihre interne Stellensuche blieb jedoch erfolglos. Am 30. Oktober 2009 kündigte die Arbeitnehmerin ihr Arbeitsverhältnis bei der Arbeitgeberin auf den 31. Januar 2010. Daraufhin ersuchte die Arbeitgeberin die Arbeitnehmerin mehrmals um ein Gespräch über die Modalitäten der Rückzahlung der Ausbildungskosten, welches jedoch nicht zustande kam. Währenddem die Arbeitgeberin auf der Rückzahlung der Ausbildungskosten beharrte, machte die Arbeitnehmerin geltend, dass gemäss Ziff. 3.1 des Reglements über die Aus- und Weiterbildung keine Rückzahlung fällig werde, falls der Arbeitsvertrag ohne Verschulden des Mitarbeiters aus wirtschaftlichen Gründen aufgelöst werde. Eine Auslagerung stelle einen entsprechenden wirtschaftlichen Grund dar. In der Folge brachte die Arbeitgeberin mit den Lohnzahlungen für die Monate November und Dezember 2009 sowie Januar 2010 Ausbildungskosten in der Höhe von insgesamt Fr. 17 185.05 verrechnungsweise in Abzug.

Die Arbeitnehmerin klagte beim Arbeitsgericht Zürich gegen die Arbeitgeberin und beantragte, die Arbeitgeberin sei zu verpflichten, ihr die mit dem Lohn verrechneten Fr. 17 185.05 nebst Zins zu bezahlen. Die Arbeitgeberin machte widerklageweise eine Forderung von Fr. 4560.50 geltend für den restlichen, nicht bereits durch Verrechnung zurückerstatteten Ausbildungsbeitrag. Mit Urteil vom 7. Dezember 2010 hiess das Arbeitsgericht die Klage teilweise gut, es verpflichtete die Beklagte zur Zahlung von Fr. 2688.05 nebst Zins und wies die Widerklage ab. Das Arbeitsgericht kam zum Schluss, dass keine Treuwidrigkeit seitens der Beklagten ersichtlich sei und die Klägerin nicht im Zusammenhang mit dem Betriebsübergang gekündigt habe, weshalb sie zur Rückzahlung der Ausbildungskosten verpflichtet sei. Allerdings erachtete es das Arbeitsgericht als «nicht sachgemäss», wenn die Abstufung der Rückzahlungspflicht nicht auf die fortlaufende Dienstdauer der Arbeitnehmerin Rücksicht nehme und ging in der Folge von einer Rückzahlungspflicht pro rata aus. Demnach seien für die vier Monate Oktober 2009 bis Januar 2010 Fr. 7248.60 ($4 \times \text{Fr. } 1812.15$) in Abzug zu bringen, weshalb sich die Rückzahlungspflicht der Klägerin auf Fr. 14 497.– reduziere. Gegen dieses Urteil erhob sowohl die Klägerin als auch die Beklagte Berufung an das Obergericht des Kantons Zürich. Mit Beschluss vom 4. September 2011 wies das Obergericht die Klage ab und verpflichtete die Klägerin in Gutheissung der Widerklage zur Bezahlung von Fr. 4560.50. Mit Beschwerde in Zivilsachen beantragt die Klägerin

dem Bundesgericht, den Beschluss des Obergerichts des Kantons Zürich vom 4. September 2011 aufzuheben und die Beklagte zur Zahlung von Fr. 17 185.05 zu verpflichten.

Aus den Erwägungen:

3.

Die Beschwerdeführerin wirft der Vorinstanz eine Verletzung von Art. 333 OR vor; die Vorinstanz habe ihre Erklärung vom 30. Oktober 2009 zu Unrecht als Kündigung gewertet und nicht als Ablehnung des Übergangs des Arbeitsverhältnisses auf den Erwerber im Rahmen eines Betriebsübergangs.

3.1 Die Vorinstanz hat in tatsächlicher Hinsicht festgestellt, dass der Grund für die Kündigung der Klägerin nicht im Betriebsübergang gelegen habe. Aus dem Wortlaut ihrer Erklärung vom 30. Oktober 2009 («Hiermit kündige ich meine Stelle als PMO Consultant per 31. Oktober 2009 mit einer dreimonatigen Kündigungsfrist auf 31. Januar 2010») ergebe sich eindeutig, dass sie dabei nicht den Übergang des Arbeitsverhältnisses auf die Erwerberin abgelehnt, sondern klar eine Kündigung ihres Arbeitsverhältnisses bei der Beschwerdegegnerin ausgesprochen habe.

Nach den Erwägungen der Vorinstanz hat die Beschwerdegegnerin zwar bereits ab Herbst 2008 eine Auslagerung ihres Rechenzentrums geprüft, aber erst am 25. November 2009 definitiv beschlossen. Im Zeitpunkt der Erklärung der Beschwerdeführerin vom 30. Oktober 2009 war somit zwischen der Beschwerdegegnerin und der Erwerberin noch kein definitiver Entscheid gefallen, dass die IT-Abteilung ausgelagert werde. Weder war zu diesem Zeitpunkt ein Übernahmevertrag bereits unterzeichnet worden noch standen die Übergangsmodalitäten fest. Die Beschwerdeführerin hat folglich zum Kündigungszeitpunkt weder den Grund des bevorstehenden (allfälligen) Betriebsübergangs, noch dessen rechtliche, wirtschaftliche und soziale Folgen kennen können. Ungewissheit bestand ebenfalls darüber, welche Mitarbeiter überhaupt von der geplanten Auslagerung betroffen sein würden. Demnach konnte die Beschwerdeführerin im damaligen Zeitpunkt noch gar keine Kenntnis von einem Betriebsübergang haben, den sie hätte ablehnen können.

3.2 Gegen die Auffassung der Vorinstanz bringt die Beschwerdeführerin vor, eine Ablehnung des Übergangs des Arbeitsverhältnisses auf den Erwerber könne «zu jedem beliebigen Zeitpunkt», somit bereits vor der definitiven Vereinbarung der Auslagerung mit dem Erwerber, ausgesprochen werden. Es müsse nicht der definitive Entscheid des Zustandekommens der Auslagerung abgewartet werden, wenn für den Arbeitnehmer bereits vorher feststehe, dass er für einen konkreten Erwerber nicht arbeiten wolle.

3.3 Wenn der Arbeitgeber den Betrieb oder einen Betriebsteil auf einen Dritten überträgt, so geht das Arbeitsverhältnis mit allen Rechten und Pflichten mit dem Tage der Betriebsnachfolge auf den Erwerber über, so-

fern der Arbeitnehmer den Übergang nicht ablehnt (Art. 333 Abs. 1 OR). Bei Ablehnung des Übergangs wird das Arbeitsverhältnis gemäss Art. 333 Abs. 2 OR auf den Ablauf der gesetzlichen Kündigungsfrist aufgelöst. So lange sind der Erwerber des Betriebs und der Arbeitnehmer zur Erfüllung des Vertrages verpflichtet.

Dem Arbeitnehmer wird eine Bedenkfrist von einigen Wochen eingeräumt, innert der er die Ablehnung zu erklären hat. Die Frist beginnt mit dem Zeitpunkt, in welchem der Arbeitnehmer Kenntnis vom Betriebsübergang erhalten hat (BGE 137 V 463 E. 4.4 S. 469). Kenntnis über den Betriebsübergang erhält der Arbeitnehmer in der Regel im Rahmen der Information und Konsultation durch den Arbeitgeber nach Art. 333a OR. Er kann nur dann einen fundierten Entscheidungsprozess über die Ablehnung einleiten, wenn er über die für ihn wesentlichen Umstände des Betriebsübergangs ausreichend informiert ist (ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL, Arbeitsvertrag, 6. Aufl. 2006, S. 559 Rz. 11; CARL BAUDENBACHER, Aktuelle Entwicklungen des Europäischen und Internationalen Wirtschaftsrechts, Bd. 8, 2006, S. 449; LUKAS GLANZMANN, Umstrukturierungen, 2. Aufl. 2008, S. 265 Rz. 609; ISABELLE WILDHABER, Das Arbeitsrecht bei Umstrukturierungen, 2011, S. 172 f.; DEAN ANDREAS KRADOLFER, Der Betriebsübergang, 2008, S. 96).

Eine Ablehnung des Übergangs des Arbeitsverhältnisses auf die Erwerberin war im vorliegenden Fall am 30. Oktober 2009 nicht möglich, da die Beschwerdeführerin noch keine sichere Kenntnis über den Betriebsübergang haben konnte. Die Vorinstanz hat demnach kein Bundesrecht verletzt, indem sie die Erklärung der Beschwerdeführerin vom 30. Oktober 2009 als ordentliche Kündigung ihres Arbeitsverhältnisses mit der Beschwerdegegnerin qualifiziert hat. Die Rüge, die Vorinstanz habe Art. 333 OR verletzt, ist unbegründet.

4.

Im Ausbildungsvertrag vom 12. Februar 2007 haben die Parteien vereinbart, dass die Beschwerdeführerin bei einem Austritt innert 12 bzw. 24 Monaten nach Abschluss der Ausbildung im Umfang von 100% bzw. 50% rückzahlungspflichtig wird. Die Beschwerdeführerin bringt jedoch vor, die Rückzahlungspflicht sei entfallen, da die Beschwerdegegnerin nicht von ihr verlangen könne, weiterhin für sie zu arbeiten, obwohl sie ihre Stelle ausgelagert und ihr keine vergleichbare andere Stelle angeboten habe.

4.1 Die Vorinstanz hat festgestellt, dass die Beschwerdeführerin sich entschieden habe, ihr Arbeitsverhältnis bei der Beschwerdegegnerin nach Abschluss ihrer Ausbildung und ihrer damit verbundenen neuen Qualifikation aufzulösen, um eine neue Tätigkeit bei einem neuen Arbeitgeber aufzunehmen. Ihre Kündigung sei daher unabhängig vom Betriebsübergang der IT-Abteilung auf die Erwerberin erfolgt. Demnach seien auch keine «wirtschaftlichen Gründe» für eine Auflösung des Vertrages gemäss Ziff. 3.1 des Reglements Aus- und Weiterbildung gegeben gewesen, wes-

halb die Beschwerdeführerin zur Rückerstattung der Ausbildungskosten verpflichtet sei. Daran ändere auch nichts, dass sie sich im Vorfeld der geplanten Auslagerung der IT-Abteilung ab April 2009 bemüht habe, eine andere, ihrer neuen Qualifikation angepasste Stelle bei der Beschwerdegegnerin zu finden, die ihr bessere Zukunftsperspektiven bieten würde. Es liege zudem ohnehin nichts vor, wonach die Beschwerdegegnerin die Beschwerdeführerin nicht weiter beschäftigt hätte.

4.2 Die Beschwerdeführerin bringt vor, dass die Beschwerdegegnerin zu keinem Zeitpunkt in Erwägung gezogen habe, ihr eine von der Auslagerung nicht betroffene Stelle anzubieten. Die entsprechende Feststellung der Vorinstanz sei offensichtlich falsch (Art. 97 Abs. 1 BGG). Sie habe sich nach Beginn der Auslagerungsverhandlungen zwischen der Beschwerdegegnerin und der Erwerberin intensiv um eine neue Stelle bemüht, aber die Beschwerdegegnerin habe alle ihre internen Bewerbungen abgelehnt. Demnach habe ihr das Verhalten der Beschwerdegegnerin begründeten Anlass zur Kündigung gesetzt, was einer Auflösung des Arbeitsverhältnisses aus wirtschaftlichen Gründen gleichkomme, womit die Rückzahlungspflicht der Ausbildungskosten entfallen sei. Sie sei damit gar nicht mehr in der Lage gewesen, nach Abschluss der Ausbildung im Oktober 2009 während der Mindestdauer von 24 Monaten gemäss Ausbildungsvertrag für die Beschwerdegegnerin zu arbeiten. Die Vorinstanz habe demnach Art. 322 Abs. 1 OR verletzt, indem sie die Verrechnung der Beschwerdegegnerin von Fr. 17 185.05 mit ihrem Lohn für die Monate November, Dezember 2009 und Januar 2010 geschützt habe.

4.3 Die Beschwerdeführerin, die die Sachverhaltsfeststellungen der Vorinstanz anfechten will, kann sich nicht damit begnügen, den bestrittenen Feststellungen eigene tatsächliche Behauptungen gegenüberzustellen oder darzulegen, wie die Beweise ihrer Ansicht nach zu würdigen gewesen wären. Vielmehr hat sie klar und substantiiert aufzuzeigen, inwiefern die gerügten Feststellungen bzw. die Unterlassung von Feststellungen offensichtlich unrichtig sind oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruhen. Auf eine Kritik an den tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz, die diesen Anforderungen nicht genügt, ist nicht einzutreten (BGE 133 II 249 E. 1.4.3 S. 254 f.; 133 III 462 E. 2.4 S. 466 f.).

4.4 Die Beschwerdeführerin verkennet diese Grundsätze. Ihre Darlegungen beschränken sich mehrheitlich auf appellatorische Kritik und erfüllen insoweit die Begründungsanforderungen nicht. Die Beschwerdeschrift selbst hat die vom Gesetz geforderte Begründung zu enthalten; die Beschwerdeführerin begnügt sich jedoch mit einer unzulässigen Verweisung auf die kantonalen Rechtsschriften, welche unbeachtlich ist.

Die Beschwerdeführerin vermag nicht darzutun, dass die Beschwerdegegnerin sie nicht weiter als Arbeitnehmerin beschäftigt hätte. Es liegen für ihre gegenteiligen Behauptungen auch keine konkreten Beweise vor. Dass sich die Beschwerdeführerin vor ihrer Kündigung wiederholt bei der Beschwerdegegnerin erfolglos um eine andere Stelle beworben hat, ist un-

bestritten. Allein diese Tatsache lässt jedoch die vorinstanzliche Feststellung nicht als offensichtlich unrichtig und somit als willkürlich erscheinen.

4.5 Die Vorinstanz hat willkürfrei festgestellt, dass die Beschwerdeführerin ausdrücklich eine Kündigung ausgesprochen und nicht den Übergang ihres Arbeitsverhältnisses auf die Erwerberin abgelehnt hat. Sie hat ihr Arbeitsverhältnis bei der Beschwerdegegnerin aufgelöst, um eine neue Tätigkeit bei einem anderen Arbeitgeber aufzunehmen. Ihre Argumentation, wonach es ihr unmöglich gewesen wäre, während der Mindestdauer von 24 Monaten für die Beschwerdegegnerin tätig zu sein oder dass ihr die Beschwerdegegnerin begründeten Anlass zur Kündigung gegeben hätte, gehen damit fehl.

Die Vorinstanz hat Bundesrecht nicht verletzt, indem sie zum Schluss gelangte, dass die Beschwerdeführerin durch ihre Kündigung am 30. Oktober 2009 gemäss Ausbildungsvertrag vom 12. Februar 2007 für die von der Beschwerdegegnerin bezahlten Ausbildungskosten rückzahlungspflichtig geworden ist. Inwiefern die Vorinstanz das Verrechnungsverbot verletzt haben soll, indem sie die durch die Beschwerdeführerin geschuldeten Ausbildungskosten mit ihrem Lohn verrechnet hat, ist der Beschwerdeschrift nicht zu entnehmen und ist auch nicht ersichtlich.

(...)

6.

Nach dem Gesagten ist die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann.

Bundesgericht, Urteil vom 27. März 2012, Doss.-Nr. 4A_558/2011 (Aufhebung des Schiedsentscheids des Tribunal Arbitral du Sport [TAS] vom 29. Juni 2011), in: BGE 138 III 322

Art. 190 Abs. 2 lit. e IPRG; materieller Ordre public.

Begriff und Anwendungsfälle des materiellen Ordre public (E. 4.1). Eine im Sinne von Art. 27 Abs. 2 ZGB übermässige Bindung kann gegen den Ordre public verstossen, wenn sie eine offensichtliche und schwerwiegende Persönlichkeitsverletzung darstellt (E. 4.3.1 und 4.3.2). Fall einer auf das FIFA-Disziplinarreglement gestützten Vereinsstrafe, mit der einem Fussballspieler bei Ausbleiben einer auferlegten Zahlung ein unbegrenztes Berufsverbot angedroht wurde (E. 4.3.3–4.3.5).

Art. 190 al. 2 let. e LDIP; ordre public matériel.

Notion et cas d'application de l'ordre public matériel (consid. 4.1). Un engagement excessif, au sens de l'art. 27 al. 2 CC, peut violer l'ordre public s'il constitue une atteinte manifeste et grave à la personnalité (consid. 4.3.1 et 4.3.2). Peine statutaire, fondée sur le code disciplinaire de la FIFA, par laquelle un footballeur s'est vu menacé d'une interdiction illimitée d'exercer sa profession pour le cas où il n'exécuterait pas une condamnation pécuniaire (consid. 4.3.3–4.3.5).

Sachverhalt:

A.

A.a Francelino da Silva Matuzalem (Beschwerdeführer), Rom, geboren am 10. Juni 1980, ist ein professioneller Fussballspieler brasilianischer Nationalität. Er spielt derzeit beim Fussballclub SS Lazio Spa in Rom.

Die Fédération Internationale de Football Association (FIFA; Beschwerdegegnerin) ist ein Verein schweizerischen Rechts (Art. 60 ff. ZGB) mit Sitz in Zürich.

Real Saragossa SAD ist ein spanischer Fussballclub. Er ist Mitglied des spanischen Fussballverbands, der wiederum der FIFA angehört.

A.b Am 2. Juli 2007 löste der Beschwerdeführer seinen Arbeitsvertrag mit dem ukrainischen Fussballclub FC Shakhtar Donetsk zwei Jahre vor Ablauf der vereinbarten Vertragsdauer fristlos und weder aus wichtigem Grund («just cause») noch aus sportlich triftigen Gründen («sporting just cause») auf.

Mit Schreiben vom 16. Juli 2007 verpflichtete sich Real Saragossa SAD dem Beschwerdeführer gegenüber, ihn für allfällige Ersatzansprüche infolge der vorzeitigen Vertragsauflösung schadlos zu halten.

Am 19. Juli 2007 unterzeichnete der Beschwerdeführer einen neuen Arbeitsvertrag mit Real Saragossa SAD und verpflichtete sich für die nächsten drei Spielsaisons bis 30. Juni 2010.

Mit Vereinbarung vom 17. Juli 2008 transferierte Real Saragossa SAD den Beschwerdeführer für die Spielsaison 2008/2009 vorübergehend an den Fussballclub SS Lazio Spa in Rom. Am 23. Juli 2009 stimmte Real Saragossa SAD dem endgültigen Transfer zum italienischen Club zu.

A.c Mit Entscheid vom 2. November 2007 sprach die Kammer zur Beilegung von Streitigkeiten der FIFA («Dispute Resolution Chamber») dem Fussballclub FC Shakhtar Donetsk infolge der vertragswidrigen Kündigung Schadenersatz im Betrag von 6,8 Mio. Euro zu, zuzüglich Verzugszins zu 5% nach Ablauf von 30 Tagen ab Entscheidfällung.

Mit Schiedsentscheid vom 19. Mai 2009 hob das Tribunal Arbitral du Sport (TAS) den Entscheid vom 2. November 2007 teilweise auf und verpflichtete den Beschwerdeführer sowie den Fussballclub Real Saragossa SAD solidarisch zur Zahlung von 11 858 934 Euro zuzüglich Zins zu 5% seit dem 5. Juli 2007.

Eine vom Beschwerdeführer und Real Saragossa SAD gegen den Schiedsentscheid des TAS vom 19. Mai 2009 erhobene Beschwerde in Zivilsachen wies das Bundesgericht mit Urteil vom 2. Juni 2010 ab, soweit es darauf eintrat.

B.

B.a Am 14. Juli 2010 informierte der stellvertretende Sekretär der Disziplinarcommission («Disciplinary Committee») der FIFA den Beschwerdeführer und Real Saragossa SAD darüber, (a) dass gegen sie ein Disziplinarverfahren eingeleitet werde, weil sie dem Entscheid des TAS

vom 19. Mai 2009 keine Folge geleistet hätten, (b) dass entsprechend Sanktionen nach Art. 64 des FIFA-Disziplinarreglements («Disciplinary Code» [Ausgabe 2009]) verhängt würden, und (c) dass der Fall anlässlich der nächsten Sitzung der Disziplinarcommission beurteilt werde.

Das damals anwendbare FIFA-Disziplinarreglement (Ausgabe 2009) sah unter anderem Folgendes vor:

«Article 22 Ban on taking part in any football-related activity

A person may be banned from taking part in any kind of football-related activity (administrative, sports or any other).

(...)

Section 8. Failure to respect decisions

Article 64 [only]

1. Anyone who fails to pay another person (such as a player, a coach or a club) or FIFA a sum of money in full or part, even though instructed to do so by a body, a committee or an instance of FIFA or CAS (financial decision), or anyone who fails to comply with another decision (non-financial decision) passed by a body, a committee or an instance of FIFA or CAS:

a) will be fined at least CHF 5,000 for failing to comply with a decision;

b) will be granted a final deadline by the judicial bodies of FIFA in which to pay the amount due or to comply with the (non-financial) decision;

c) (only for clubs:) will be warned and notified that, in the case of default or failure to comply with a decision within the period stipulated, points will be deducted or demotion to a lower division ordered. A transfer ban may also be pronounced.

2. If the club disregards the final time limit, the relevant association shall be requested to implement the sanctions threatened.

3. If points are deducted, they shall be proportionate to the amount owed.

4. A ban on any football-related activity may also be imposed against natural persons. (...))»

Am 26. Juli 2010 teilte Real Saragossa SAD der Disziplinarcommission mit, er befinde sich in ernsthaften finanziellen Schwierigkeiten, die zur Insolvenz bzw. zum Konkurs führen könnten; die Voraussetzungen für eine Sanktion nach Art. 64 des FIFA-Disziplinarreglements seien nicht erfüllt, da sich der Club um eine Begleichung der Schuld bemühe.

Am 20. August 2010 schickte der Beschwerdeführer der Disziplinarcommission je eine Kopie seines Schreibens vom 19. August 2010, mit dem er Real Saragossa SAD zur Zahlung des ausstehenden Betrags an FC Shakhtar Donetsk aufgefordert hatte, und der bereits erwähnten Schadloshaltungserklärung von Real Saragossa SAD vom 16. Juli 2007.

Mit Entscheid vom 31. August 2010 sprach die Disziplinarcommission den Beschwerdeführer und den Fussballclub Real Saragossa SAD schuldig, ihre Verpflichtungen gemäss dem Schiedsentscheid des TAS vom 19. Mai 2009 nicht erfüllt zu haben. Im Weiteren verurteilte sie den Beschwerdefüh-

rer gestützt auf Art. 64 des FIFA-Disziplinarreglements solidarisch mit dem Club zu einer Busse von Fr. 30 000.– und räumte ihm eine letzte Frist von 90 Tagen zur Bezahlung der Forderung ein, verbunden mit der Androhung, im Falle des Ausbleibens der Zahlung werde dem Beschwerdeführer auf einfache Aufforderung des Gläubigers FC Shakhtar Donetsk hin jegliche in Zusammenhang mit dem Fussball stehende Tätigkeit verboten, ohne dass ein weiterer Entscheid der Disziplinarkommission erforderlich wäre:

«If payment is not made by this deadline, the creditor may demand in writing from FIFA that a ban on taking part in any football related activity be imposed on the player Matuzalem Francelino da Silva and/or six (6) points be deducted from the first team of the club Real Zaragoza SAD in the domestic league championship. Once the creditor has filed this/these requests, the ban on taking part in any football-related activity will be imposed on the player Matuzalem Francelino da Silva and/or the points will be deducted automatically from the first team of the club Real Zaragoza SAD without further formal decisions having to be taken by the FIFA Disciplinary Committee. The association(s) concerned will be informed of the ban on taking part in any football-related activity. Such ban will apply until the total outstanding amount has been fully paid. ...»

Am 1. September 2010 überwies Real Saragossa SAD 500 000 Euro auf ein im Namen des FC Shakhtar Donetsk eröffnetes Bankkonto. Weitere Zahlungen seitens Real Saragossa SAD oder des Beschwerdeführers blieben aus.

B.b Sowohl der Beschwerdeführer als auch Real Saragossa SAD erhoben gegen den Entscheid der FIFA-Disziplinarkommission vom 31. August 2010 Berufung beim Tribunal Arbitral du Sport (TAS). Mit Schiedsurteil vom 29. Juni 2011 wies das TAS die Berufungen von Real Saragossa SAD (Dispositiv-Ziffer 1) und des Beschwerdeführers (Dispositiv-Ziffer 2) ab und bestätigte den Entscheid der Disziplinarkommission der FIFA vom 31. August 2010 (Dispositiv-Ziffer 3). Es wies zudem alle weiteren Anträge ab (Dispositiv-Ziffer 4) und regelte die Kosten des Verfahrens (Dispositiv-Ziffern 5 und 6).

C.

Mit Beschwerde in Zivilsachen beantragt der Beschwerdeführer dem Bundesgericht, es sei der Schiedsentscheid des TAS vom 29. Juni 2011 aufzuheben.

Das Bundesgericht hebt Dispositiv-Ziffern 2–6 des Schiedsentscheids des TAS vom 29. Juni 2011 in Gutheissung der Beschwerde auf, soweit darauf eingetreten werden kann.

Aus den Erwägungen:

4.

Der Beschwerdeführer rügt eine Verletzung des Ordre public im Sinne von Art. 190 Abs. 2 lit. e IPRG (SR 291).

4.1 Der Ordre public (Art. 190 Abs. 2 lit. e IPRG) hat sowohl einen materiellen als auch einen verfahrensrechtlichen Gehalt (BGE 132 III 389 E. 2.2.1 S. 392; BGE 128 III 191 E. 4a S. 194; BGE 126 III 249 E. 3b S. 253 mit Hinweisen). Gegen den Ordre public verstösst die materielle Beurteilung eines streitigen Anspruchs nur, wenn sie fundamentale Rechtsgrundsätze verkennt und daher mit der wesentlichen, weitgehend anerkannten Wertordnung schlechthin unvereinbar ist, die nach in der Schweiz herrschender Auffassung Grundlage jeder Rechtsordnung bilden sollte. Zu diesen Grundsätzen gehören die Vertragstreue (*pacta sunt servanda*), das Rechtsmissbrauchsverbot, der Grundsatz von Treu und Glauben, das Verbot der entschädigungslosen Enteignung, das Diskriminierungsverbot und der Schutz von Handlungsunfähigen (BGE 132 III 389 E. 2.2.1; BGE 128 III 191 E. 6b S. 198 mit Hinweis).

Diese Aufzählung ist jedoch nicht abschliessend (Urteil 4A_458/2009 vom 10. Juni 2010 E. 4.1, in: SJ 2010 I S. 417). Auch die Versprechen von Schmiergeldzahlungen verstossen gegen den Ordre public, sofern sie nachgewiesen sind (BGE 119 II 380 E. 4b S. 384 f.; Urteil 4P.208/2004 vom 14. Dezember 2004 E. 6.1). Im Weiteren hat das Bundesgericht erwogen, dass ein Entscheid, der – auch nur mittelbar – einen derart fundamentalen Rechtsgrundsatz wie das Verbot der Zwangsarbeit missachtet, gegen den materiellen Ordre public verstösst (Urteil 4A_370/2007 vom 21. Februar 2008 E. 5.3.2). Ein Verstoss gegen den Ordre public ist sodann bei einer Verletzung von Art. 27 ZGB denkbar (vgl. Urteile 4A_458/2009 vom 10. Juni 2010 E. 4.4.3.2, in: SJ 2010 I S. 417; 4A_320/2009 vom 2. Juni 2010 E. 4.4; 4P.12/2000 vom 14. Juni 2000 E. 5b/aa mit Hinweisen). Der angefochtene Schiedsentscheid wird im Übrigen nur aufgehoben, wenn er nicht allein in der Begründung, sondern auch im Ergebnis dem Ordre public widerspricht (BGE 120 II 155 E. 6a S. 167).

4.2 Der Beschwerdeführer bringt vor, da er seinem früheren Arbeitgeber FC Shakhtar Donetsk den Schadenersatz von 11 858 934 Euro nebst Zins zu 5% seit dem 5. Juli 2007 nicht zahlen könne, werde ihm als professionellem Fussballspieler faktisch ein unbefristetes und weltweites Berufsverbot auferlegt, sofern der Gläubiger dies verlange. Er sieht darin einen schwerwiegenden Verstoss gegen die in Art. 27 Abs. 2 der Bundesverfassung (BV) und in internationalen Konventionen garantierte Berufsfreiheit sowie eine übermässige Beschränkung der persönlichen Freiheit, wie sie in Art. 27 des schweizerischen Zivilgesetzbuchs (ZGB) konkretisiert ist.

Entgegen der im angefochtenen Schiedsentscheid vertretenen Ansicht hat das Bundesgericht die Frage, ob es sich bei den verhängten bzw. angeordneten Disziplinar massnahmen um eine schwere Persönlichkeitsverletzung handelt, die gegebenenfalls zur Ordre public-Widrigkeit des angefochtenen Entscheids führt, mit seinem Urteil vom 2. Juni 2010 nicht vorweggenommen. Das Bundesgericht erwog lediglich, dass die fünfjährige arbeitsvertragliche Bindung des Beschwerdeführers unter dem Gesichtswinkel des Persönlichkeitsschutzes nicht unzulässig sei und sich eine übermässige Bindung

auch nicht damit begründen lasse, dass der Beschwerdeführer infolge Vertragsverletzung für den eingetretenen Schaden aufzukommen habe (Urteil 4A_320/2009 vom 2. Juni 2010 E. 4.4). Zur Vereinbarkeit von vereinsrechtlichen Disziplinar massnahmen im Falle des Ausbleibens der Schadenersatzzahlung mit dem Ordre public äussert sich der erwähnte Entscheid nicht (vgl. zudem den vergleichbaren Fall eines vertraglichen Schadenersatzanspruchs im Urteil 4A_458/2009 vom 10. Juni 2010 E. 4.4.8, in: SJ 2010 I S. 417, in dem das Bundesgericht die Frage der Ordre public-Widrigkeit einer Sanktion durch das zuständige FIFA-Organ infolge Ausbleibens der Zahlung ausdrücklich offengelassen hat).

4.3

4.3.1 Die Persönlichkeit des Menschen bedarf als fundamentales Rechtsgut des Schutzes der Rechtsordnung. Sie wird in der Schweiz etwa verfassungsrechtlich durch die Grundgarantie des Rechts auf persönliche Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV) geschützt, die neben dem Recht auf körperliche und geistige Unversehrtheit sowie der Bewegungsfreiheit all jene Freiheiten verbrieft, die elementare Erscheinungsformen der Persönlichkeitsentfaltung darstellen (BGE 134 I 209 E. 2.3.1 S. 211; BGE 133 I 110 E. 5.2 119; je mit Hinweisen). Die freie persönliche Entfaltung wird unter anderem auch durch das Grundrecht der Wirtschaftsfreiheit gewährleistet, das insbesondere die freie Wahl des Berufes sowie den freien Zugang zu einer privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit und deren freie Ausübung umfasst (Art. 27 Abs. 2 BV; vgl. BGE 136 I 1 E. 5.1 S. 12; BGE 128 I 19 E. 4c/aa S. 29).

Ein Schutz der freien persönlichen Entfaltung besteht jedoch nicht nur gegenüber Beeinträchtigungen von Seiten des Staates, sondern auch gegenüber Eingriffen Privater (vgl. Art. 27 f. ZGB, die in der Schweiz die persönliche Freiheit im Privatrecht konkretisieren). Dabei ist allgemein anerkannt, dass sich eine Person durch rechtsgeschäftliche Bindung nicht gänzlich ihrer Freiheit entäussern kann und einer Beschränkung ihrer Freiheit Grenzen gesetzt sind. Der in Art. 27 Abs. 2 ZGB niedergelegte Rechtsgrundsatz gehört zur wesentlichen, weitgehend anerkannten Wertordnung, die nach in der Schweiz herrschender Auffassung Grundlage jeder Rechtsordnung bilden sollte.

4.3.2 Eine vertragliche Beschränkung der wirtschaftlichen Freiheit wird nach schweizerischem Verständnis als übermässig im Sinne von Art. 27 Abs. 2 ZGB betrachtet, wenn sie den Verpflichteten der Willkür eines anderen ausliefert, seine wirtschaftliche Freiheit aufhebt oder in einem Masse einschränkt, dass die Grundlagen seiner wirtschaftlichen Existenz gefährdet sind (BGE 123 III 337 E. 5 S. 345 f. mit Hinweisen; vgl. auch Urteil 4P.167/1997 vom 25. November 1997 E. 2a). Auch wenn der Ordre public mit der blossen Rechtswidrigkeit nicht gleichzusetzen ist (BERNARD DUTOIT, *Droit international privé suisse*, 4. Aufl. 2005, N. 8 zu Art. 190 IPRG S. 678) und seine Verletzung wesentlich eingeschränkter zu würdigen ist als ein Verstoß gegen das Willkürverbot (BGE 132 III 389 E. 2.2.2

S. 393), kann eine derart übermässige Bindung Ordre public-widrig sein, wenn sie eine offensichtliche und schwerwiegende Persönlichkeitsverletzung darstellt (vgl. Urteile 4A_458/2009 vom 10. Juni 2010 E. 4.4.3.2, in: SJ 2010 I S. 417; 4A_320/2009 vom 2. Juni 2010 E. 4.4; 4P.12/2000 vom 14. Juni 2000 E. 5b/aa mit Hinweisen; vgl. auch EUGEN BUCHER, Berner Kommentar, 3. Aufl. 1993, N. 26 zu Art. 27 ZGB; WALTER/BOSCH/BRÖNNIMANN, Internationale Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, 1991, S. 236; ANTON HEINI, in: Zürcher Kommentar zum IPRG, 2. Aufl. 2004, N. 45 zu Art. 190 IPRG; WOLFGANG PORTMANN, Einseitige Optionsklauseln in Arbeitsverträgen von Fussballspielern, Causa Sport 2006 S. 209).

4.3.3 Die Schranken rechtsgeschäftlicher Bindung aufgrund des Persönlichkeitsschutzes gelten nicht nur für vertragliche Vereinbarungen, sondern auch für Statuten und Beschlüsse von Körperschaften (BUCHER, a.a.O., N. 18 zu Art. 27 ZGB; vgl. bereits BGE 104 II 6 E. 2 S. 8 f.). Vereinsstrafen, welche nicht bloss den korrekten Ablauf der Spiele sichern, sondern eigentlich in die rechtlichen Interessen der Betroffenen eingreifen, werden nach der Rechtsprechung der gerichtlichen Kontrolle unterworfen (BGE 120 II 369 E. 2 S. 370; BGE 119 II 271 E. 3c; BGE 118 II 12 E. 2 S. 15 ff.; vgl. schon BGE 108 II 15 E. 3 S. 19 ff.). Dies gilt insbesondere, wenn Vereinsstrafen das Persönlichkeitsrecht auf wirtschaftliche Entfaltung schwerwiegend beeinträchtigen; für diesen Fall hat das Bundesgericht erkannt, dass die Ausschlussautonomie eines Vereins durch das Persönlichkeitsrecht seiner Mitglieder beschränkt ist, wenn er als massgebende Organisation des betreffenden Berufsstandes oder Wirtschaftszweiges in der Öffentlichkeit auftritt (BGE 123 III 193 E. 2c/bb und cc S. 197 ff.). Dies entspricht dem Standpunkt, der insbesondere für Sportvereine eingenommen worden ist (BGE 123 III 193 E. 2c/bb S. 198 mit Hinweisen; vgl. auch BGE 134 III 193 E. 4.5 S. 200). In diesen Fällen wird das Recht des Vereins auf Ausschluss seines Mitglieds nicht nur unter dem Gesichtspunkt des Rechtsmissbrauchs überprüft, sondern es wird unter Berücksichtigung des Eingriffs in die Persönlichkeit eine Interessenabwägung vorgenommen und abgeklärt, ob ein wichtiger Grund vorliegt (BGE 123 III 193 E. 2c/cc S. 198 f.; vgl. auch BGE 134 III 193 E. 4.4).

Diese Grundsätze gelten auch für nach dem schweizerischen Recht verfasste Vereine mit Sitz in der Schweiz, die – wie die FIFA – den internationalen Sport ordnen. Massnahmen solcher Sportverbände, welche die wirtschaftliche Entfaltung der natürlichen Personen schwerwiegend beeinträchtigen, die den Sport als Beruf betreiben, sind nur zulässig, wenn das Gewicht der Verbandsinteressen den Eingriff in die Persönlichkeit überwiegt.

4.3.4 Der Beschwerdeführer hat als professioneller Fussballspieler seine arbeitsvertraglichen Pflichten gegenüber dem ukrainischen Verein FC Shakhtar Donetsk verletzt und ist aus diesem Grund zu Schadenersatz verurteilt worden – in solidarischer Haftung mit dem Fussballclub, der ihn während der noch laufenden Vertragsdauer angestellt hatte (vgl. Urteil

4A_320/2009 vom 2. Juni 2010). Die umstrittene Vereinsstrafe, die das TAS auf eine rechtsgeschäftliche Bindung des Beschwerdeführers an die in Art. 64 FIFA-Disziplinarreglement niedergelegten Sanktionen stützt, dient der privaten Vollstreckung des Urteils auf Schadenersatz, nachdem die Forderung nicht bezahlt worden ist. Der Beschwerdeführer soll auf einfache Aufforderung des Gläubigers mit einer Berufssperre für alle mit Fussball zusammenhängenden Tätigkeiten belegt werden, bis die Forderung von mehr als 11 Mio. Euro, nebst 5% Zins seit Mitte 2007 (d.h. 550 000 Euro jährlich), bezahlt ist. Es soll damit unmittelbar das Interesse eines Mitglieds der FIFA an der Bezahlung der Schadenersatzforderung durch den vertragsbrüchigen Arbeitnehmer und mittelbar das Interesse des Sportverbands an der Vertragstreue der Fussballspieler durchgesetzt werden.

Der Eingriff in die wirtschaftliche Freiheit des Beschwerdeführers mag geeignet sein, die Bereitschaft zur Zahlung und Bemühungen zur Aufbringung des geschuldeten Betrags zu fördern; wenn allerdings die Behauptung des Beschwerdeführers zutrifft, dass er jedenfalls den ganzen Betrag nicht zahlen kann, ist schon die Eignung der Massnahme zur Erreichung des unmittelbaren Zieles – nämlich der Bezahlung der Schadenersatzforderung – fraglich. Denn mit dem Verbot der bisher ausgeübten wirtschaftlichen und verwandter Tätigkeiten wird dem Beschwerdeführer die Möglichkeit genommen, durch Betätigung in seinem angestammten Beruf ein Einkommen zu erzielen, um seiner Verpflichtung nachzukommen. Die Vereinsstrafe ist aber jedenfalls zur Durchsetzung der verfügten Schadenersatzforderung nicht erforderlich: Dem ehemaligen Arbeitgeber des Beschwerdeführers steht die Vollstreckung des Urteils des TAS vom 19. Mai 2009 auf dem Weg des New Yorker Übereinkommens vom 10. Juni 1958 über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche (SR 0.277.12) offen, dem die meisten Staaten beigetreten sind und das insbesondere auch für den aktuellen Wohnsitzstaat des Beschwerdeführers Italien gilt.

Die Vereinsstrafe ist aber insbesondere auch insoweit unzulässig, als die Interessen, welche der Weltfussballverband damit durchsetzen will, den schwerwiegenden Eingriff in die Persönlichkeit des Beschwerdeführers nicht zu rechtfertigen vermögen. Das abstrakte Ziel der Durchsetzung der Vertragstreue der Fussballspieler gegenüber ihren Arbeitgebern ist eindeutig weniger gewichtig als das faktisch in zeitlicher und örtlicher Hinsicht unbegrenzte Berufsverbot des Beschwerdeführers für alle im Zusammenhang mit dem Fussballsport stehenden Betätigungen.

4.3.5 Die auf Art. 64 Abs. 4 des FIFA-Disziplinarreglements gestützte Androhung eines unbegrenzten Berufsverbots stellt einen offensichtlichen und schwerwiegenden Eingriff in die Persönlichkeitsrechte des Beschwerdeführers dar und missachtet die in Art. 27 Abs. 2 ZGB verankerten grundlegenden Schranken rechtsgeschäftlicher Bindung. Der angefochtene Schiedsentscheid führt bei Ausbleiben der auferlegten Zahlung nicht nur dazu, dass der Beschwerdeführer der Willkür seines ehemaligen Arbeitge-

bers ausgesetzt, sondern insbesondere seine wirtschaftliche Freiheit in einem Masse eingeschränkt wird, dass die Grundlagen seiner wirtschaftlichen Existenz gefährdet sind, ohne dass dies durch ein überwiegendes Interesse des Weltfussballverbands bzw. seiner Mitglieder gerechtfertigt wäre. Aufgrund der entsprechenden Androhung stellt der Schiedsentscheid des TAS vom 29. Juni 2011 eine offensichtliche und schwerwiegende Persönlichkeitsverletzung dar und ist mit dem Ordre public (Art. 190 Abs. 2 lit. e IPRG) unvereinbar.

Tribunal fédéral, Arrêt du 3 avril 2012, Doss.-N° 4A_716/2011 (Admission partielle du recours en matière civile interjeté contre l'arrêt rendu le 25 octobre 2011 par la Chambre des prud'hommes de la Cour de justice du canton de Genève)

Commission de performance liée aux résultats

Rémunération variable. En matière de hedge funds, la rémunération des gérants du fonds (managers) comprend habituellement deux postes. Le premier consiste en une commission de gestion (management fee) correspondant à un pourcentage donné des actifs du fonds, généralement entre 1 et 4%, le taux de 2% étant un standard. Le second poste est une commission de performance ou commission liée aux résultats (performance fee), typiquement fixée à 20% des profits réalisés par le fonds; la fourchette est toutefois large, le taux pouvant monter jusqu'à 50%. Des cauteles peuvent en outre être prévues afin que le manager ne perçoive une commission de performance que si le fonds excède un certain seuil de profit ou si les pertes réalisées lors des exercices précédents ont été compensées (c. 3.4).

Extraits des faits:

La société genevoise X. SA poursuit entre autres buts la gestion de fonds d'investissement et de placements financiers. Dans le cadre de ses activités, elle gérât différents fonds, dont un dénommé xxx. Par contrat de travail du 20 juin 2008, X. SA a engagé Y. en qualité de «Directeur – Senior Hedge Fund Advisor». Après période probatoire, le préavis de congé était d'un mois pendant la première année de service. En sus d'un salaire de base de 16 000 fr. brut par mois, l'employé avait droit à une rémunération définie de la façon suivante dans la langue originale du contrat: «a remuneration of 17,5% of a [recte: the] performance fee generated by the xxx Fund». L'employé a été licencié. Un litige a surgi quant au point de savoir si la résiliation avait été notifiée le 30 octobre 2008 pour l'échéance ordinaire du 30 novembre 2008, ou le 1^{er} décembre 2008 avec effet immédiat.

Par demande du 13 mars 2009, l'employé a actionné l'employeuse devant le Tribunal des prud'hommes du canton de Genève. Selon ses der-

nières conclusions, il réclamait la somme de 652 892 fr. à titre de salaire de base, performance fee et indemnité pour licenciement immédiat injustifié. Par jugement du 20 avril 2010, le tribunal a condamné l'employeuse à verser à l'employé 32 000 fr. bruts à titre de salaire pour les mois de décembre 2008 et janvier 2009, sous déduction de la somme nette de 14 074 fr. 85, laquelle devait être payée à la caisse de chômage. L'employeuse était invitée à procéder aux déductions sociales et légales usuelles. Elle était en outre condamnée à verser à l'employé une indemnité de 10 000 fr. pour licenciement immédiat injustifié. Le tribunal a par ailleurs constaté que l'employé avait déjà touché la somme nette de 95 000 fr. à titre de performance fee et n'avait plus de prétention de ce chef. L'employé a formé appel de cette décision devant la Chambre des prud'hommes de la Cour de justice. Il concluait à l'allocation de 215 688 fr. 70 brut à titre de performance fee, en sus des montants obtenus en première instance. Par arrêt du 25 octobre 2011, la Cour de justice a complété le jugement attaqué en condamnant l'employeuse à payer à l'employé la somme supplémentaire de 215 688 fr. 70 brut, dont à déduire les déductions sociales et légales usuelles. Elle a confirmé le jugement pour le surplus.

Par-devant le Tribunal fédéral, l'employeuse (ci-après: la recourante) a interjeté un recours en matière civile dans lequel elle requiert que l'employé (ci-après: l'intimé) soit débouté de l'ensemble de ses conclusions.

Extraits des considérants:

3.

3.1 La recourante fait en outre le grief à la Cour de justice d'avoir commis une double violation de l'art. 18 CO en interprétant comme elle l'a fait la clause relative à la performance fee. La cour se serait affranchie de la réelle et commune volonté des parties pour se focaliser sur le texte littéral de la clause, qu'elle aurait par ailleurs traduit de façon inexacte. L'expression performance fee ne signifierait pas «performance du fonds», mais «commission liée aux résultats». En conséquence, la rémunération concédée à l'intimé devrait se calculer non pas sur les résultats du fonds xxx, mais uniquement sur la participation aux résultats due à la recourante. La logique voudrait que la recourante ne puisse pas s'engager à donner plus qu'elle ne possédait elle-même.

3.2 En présence d'un litige sur l'interprétation d'une clause contractuelle, le juge doit s'efforcer de déterminer la commune et réelle intention des parties (art. 18 al. 1 CO). Cette interprétation subjective relève de l'appréciation des preuves et constitue une question de fait (ATF 132 III 626 consid. 3.1). Si le juge ne parvient pas à établir une telle volonté, il doit interpréter les déclarations et comportements des parties selon le principe de la confiance, en recherchant comment une déclaration ou une attitude pouvait de bonne foi être comprise en fonction de l'ensemble des circonstances; en procédant à une telle interprétation objective, il résout une

question de droit (ATF 133 III 61 consid. 2.2.1). Relève aussi du droit le principe selon lequel l'interprétation subjective a la priorité sur l'interprétation objective (ATF 131 III 606 consid. 4.1 p. 611). L'interprétation purement littérale est prohibée. Le sens d'un texte en apparence limpide n'est pas forcément déterminant; d'autres éléments du contrat, le but poursuivi par les parties ou d'autres circonstances peuvent faire apparaître que le texte de la clause ne reflète pas fidèlement le sens de l'accord conclu. Il n'y a cependant pas lieu de s'écarter du sens littéral du texte lorsqu'il n'y a aucune raison sérieuse de penser qu'il ne correspond pas à leur volonté (ATF 135 III 295 consid. 5.2; 131 III 606 consid. 4.2 p. 611).

3.3 A la lecture du considérant, on comprend clairement que la Cour de justice a procédé à une interprétation objective, question qui relève du droit. L'arrêt attaqué ne contient aucune constatation de fait quant à une éventuelle volonté réelle concordante sur le sens à donner à l'expression «performance fee generated by the xxx Fund». La recourante n'a pas cherché à démontrer que l'état de fait aurait été établi arbitrairement en tant qu'il ne retient pas l'existence d'une volonté concordante des parties. Par tant, l'on ne saurait reprocher à la cour cantonale d'avoir enfreint l'art. 18 CO en recourant à l'interprétation objective plutôt que subjective.

3.4 Le texte de la clause litigieuse est le suivant:

«(...) In addition to a monthly salary, you will be entitled to receive a remuneration of 17,5% of the performance fee generated by the xxx Fund.»

En matière de hedge funds, la rémunération des gérants du fonds (managers) comprend habituellement deux postes. Le premier consiste en une commission de gestion (management fee) correspondant à un pourcentage donné des actifs du fonds, généralement entre 1 et 4%, le taux de 2% étant un standard. Le second poste est une commission de performance ou commission liée aux résultats (performance fee), typiquement fixée à 20% des profits réalisés par le fonds; la fourchette est toutefois large, le taux pouvant monter jusqu'à 50% (KRYSTEL PASCHOUD, Hedge funds en Suisse, Réglementation actuelle et approche fiscale, in Bulletin CEDIDAC 2011 n° 55 p. 3; STEFAN OESTERHELT, in Basler Kommentar, Kollektivanlagengesetz, 2009, n° 243d des remarques précédant l'art. 1 LPCC; RAJNA GIBSON/SONGTAO WANG, Hedge Fund Alphas: Do they reflect manager skills or mere compensation for liquidity risk bearing?, Working Paper 485, National Centre of Competence in Research Financial Valuation and Risk Management, octobre 2008, p. 2 note 1; COMMISSION FÉDÉRALE DES BANQUES, Hedge-Fonds Marktentwicklung, Risiken und Regulierung, septembre 2007, p. 27 ch. 3.4, accessible sur le site Internet <http://www.finma.ch/archiv/ebk/d/publik/positions-papiere/index.html>). Des cautèles peuvent en outre être prévues afin que le manager ne perçoive une commission de performance que si le fonds excède un certain seuil de profit (Hurdle Rate) ou si les pertes réalisées lors des exercices précédents ont été compensées (High Water Mark; cf. DAVID WICKI, Hedge Funds im Schweizer Recht, 2011, p. 19 s.).

3.5 Dans le cas concret, la recourante était chargée de la gestion du fonds xxx, dont elle a précisé qu'il était incorporé aux Iles Caïman. Plus précisément, ce fonds était géré à titre principal par la société A. Ltd (arrêt p. 10), laquelle percevait 2% d'honoraires basés sur les avoirs à gérer et 20% des honoraires «basés sur la performance d[u] fonds»; ces derniers n'étaient dus qu'après compensation d'éventuelles pertes précédentes (arrêt p. 7).

La gérante principale avait conclu avec la recourante une convention de conseil en investissement (Investment Advisory Agreement); en sa qualité d'investment advisor, la recourante avait droit à «60% de la performance du fonds», selon l'expression retenue par l'arrêt attaqué (p. 16). Dans sa teneur originale, l'art. 5.1 de cette convention accordait à la recourante «60% of the monthly Performance Fee (...)» ainsi que «45% per annum of the Management Fee».

En d'autres termes, A. Ltd, en sa qualité de gérante principale du fonds, avait droit aux deux standards de rémunération, soit 2% de management fees et 20% de performance fees. Elle a délégué une partie de ses tâches à la recourante et s'est engagée à lui rétrocéder 45% de ses management fees et 60% de ses performance fees.

C'est dans ce contexte que la recourante a convenu d'allouer à l'intimé «17,5% of the performance fee generated by the xxx Fund», soit littéralement «17,5% de la commission de performance générée par le fonds xxx». La recourante soutient que le pourcentage de 17,5% portait sur la part de commission lui revenant comme sous-gérante [60% de la commission de 20%, soit une part de 12%], tandis que l'intimé plaide qu'il se rapportait à la commission entière [s'élevant à 20%].

La Cour de justice n'a pas méconnu l'objet du litige, même si elle a improprement traduit l'expression performance fee par «performance du fonds» ou «revenus du fonds». En substance, la cour a fait sien le raisonnement de l'intimé, en soulignant que le texte littéral de la clause ne précisait pas que la rémunération devait être calculée sur la part de commission due à la recourante en vertu de l'art. 5 du contrat conclu avec la gérante principale. L'intimé n'avait de surcroît pas connaissance de cet accord. Pour autant qu'il subsiste une ambiguïté, il fallait interpréter la clause en défaveur de la recourante qui l'avait rédigée (in dubio contra stipulatorem) (arrêt, p. 16 s.).

3.6 Il est exact que la clause litigieuse se réfère à la commission de performance générée par le fonds, et non à la part de commission due à la recourante. Un fonds ne génère pas à proprement parler une commission, mais des profits sur lesquels une commission peut être perçue. Or, la clause ne donne aucune indication sur le taux de cette commission, ni aucun autre détail. En bonne logique économique, l'intimé devait comprendre que l'employeuse entendait lui rétrocéder une part de ce qu'elle devait elle-même toucher pour la gestion du fonds. A cet égard, il n'est pas établi que la recourante se confonde avec la gérante principale et que la première ait

ainsi pu avoir la mainmise économique sur la totalité de la commission de performance due à la seconde. L'associé-gérant de la recourante a certes expliqué qu'il avait fondé A. en 2005, qu'il en avait été l'unique ayant droit économique avant de céder 60% de ses parts et qu'il en était l'un des deux administrateurs (arrêt, p. 10 s.). Ces éléments ne permettent toutefois pas de nier la réalité des sujets de droit concernés; la Cour de justice n'a du reste pas mis en cause la réalité de la convention passée entre la recourante et la gérante principale.

Se pose donc tout au plus la question de savoir si l'intimé pouvait de bonne foi partir du principe que la recourante touchait une commission de 20%. Il s'agit certes d'un taux standard, mais il n'existe pas de règle en la matière. Un taux de 50% peut aussi se rencontrer, tout comme un taux de 10–15%. De par la fonction qu'il exerçait, l'intimé devait connaître les aléas entourant la commission de performance. Il ne prétend du reste pas avoir cru de bonne foi que la recourante touchait une commission standard de 20%. En s'abstenant de faire préciser le taux de cette commission et les éventuelles réserves dont elle était assortie (*High Water Mark*, etc.), l'intimé montrait qu'il s'accommodait, quelle qu'elle soit, de la commission due à la recourante, sous réserve d'un comportement abusif. En l'occurrence, le taux de 12% (soit 60% de 20%) revenant à la recourante en vertu du contrat de sous-gestion n'était pas insolite, pas plus que la réserve de compensation des pertes, qui n'est du reste pas contestée. L'on ne saurait reprocher à la recourante d'avoir violé le principe de la bonne foi en s'abstenant d'attirer l'attention de l'intimé sur les spécificités de la commission. L'intimé pouvait dès lors tout au plus prétendre à 17,5% sur les 60% de performance fees revenant à la recourante.

En bref, le grief est bien fondé en tant qu'il se rapporte à l'interprétation de la clause de performance fee.

3.7 Pour déterminer la rémunération variable de l'intimé, la Cour de justice s'est fondée sur les commissions revenant à la gérante principale, alors qu'elle aurait dû se fonder seulement sur le 60% de ces commissions, correspondant à la part due à la recourante. Fondée sur cette base erronée, la cour est arrivée à la conclusion que pour toute la durée du contrat, l'intimé avait droit à 310 688 fr. 70 (arrêt, p. 17). Il convient d'appliquer le taux de 60% à cette somme pour obtenir la rémunération exacte due à l'intimé; celle-ci s'élève à 186 413 fr. 20. Il n'est pas contesté que la recourante avait déjà versé 95 000 fr., de sorte que le solde dû est de 91 413 fr. 20. Les intérêts à 5% l'an dès le 1^{er} février 2009 ne sont pas non plus contestés.

3.8 Le calcul effectué par la cour cantonale porte sur la période de juillet à septembre 2008, le fonds ayant ensuite essuyé des pertes dès le mois d'octobre. La recourante objecte que l'intimé ne devrait pas toucher de commission pour juillet 2008 au motif qu'il n'aurait été engagé que le 15 de ce mois et n'aurait pas été effectif les quinze jours suivants.

L'état de fait de l'arrêt attaqué précise tout au plus que les rapports de

travail ont duré «environ cinq mois» avant de prendre fin le 1^{er} décembre 2008 (arrêt, p. 21). Cela étant, la Cour de justice a précisé qu'elle reprenait le calcul de l'intimé basé sur les commissions du troisième trimestre 2008, en relevant que la recourante avait reconnu l'exactitude de ce calcul pour autant qu'on suive l'interprétation de l'intimé quant à l'expression «performance fee».

La recourante ne prétend pas que l'autorité précédente aurait appliqué arbitrairement l'ancien droit de procédure cantonal (régissant encore la présente cause) en renonçant à s'écarter du calcul de l'intimé, en particulier quant à la période de décompte. Elle ne soulève pas non plus de grief relatif à l'établissement des faits. Il n'y a dès lors pas de motif d'exclure le mois de juillet 2008 du calcul des commissions.

4.

4.1 En définitive, le recours est partiellement admis. L'arrêt attaqué est réformé en ce sens que la recourante est condamnée à payer à l'intimé la somme brute de 91 413 fr. 20 plus intérêts à 5% l'an dès le 1^{er} février 2009. (...)

Bundesgericht, Urteil vom 10. April 2012, Doss.-Nr. 4A_618/2011 (Bestätigung des Urteils des Obergerichts des Kantons Schaffhausen vom 2. September 2011)

Einzeltaggeldversicherung. Eine somatoforme Schmerzstörung bewirkt grundsätzlich keine Arbeitsunfähigkeit im Sinne von Art. 6 ATSG. Ist das psychische Beschwerdebild massgeblich vom belastenden sozialen Faktor des Stellenverlustes geprägt, vermögen sich die vom Arbeitnehmer wahrgenommenen Miss- oder Schmerzempfindungen nicht zu einem selbständigen Leiden zu verdichten, welches die Arbeitsfähigkeit beeinträchtigen könnte (E. 5.2.2)

Sachverhalt:

E. (Beschwerdeführer, Jg. 1965) war seit 15. Januar 1997 für die Y. GmbH, ab 1. Januar 2002 in der Funktion als Betriebsmitarbeiter im Bereich «Verpackung» tätig und über seine Arbeitgeberin bei der X. AG (Beschwerdegegnerin) im Rahmen eines Kollektivvertrags krankentaggeldversichert. Die Y. GmbH kündigte die Anstellung am 31. Januar 2008 per 30. April 2008, wobei sie E. ab sofort von der Arbeit freistellte. Die behandelnden Dres. med. F., Kinder- und Jugendpsychiatrie, Psychotherapie FMH und Familientherapie, und G., Innere Medizin und Rheumatologie FMH, attestierten ab 1. Februar 2008 eine 100%ige Arbeitsunfähigkeit. Wegen der Krankschreibung verlängerte sich das Arbeitsverhältnis bis 31. Oktober 2008. Auf den 1. November 2008 trat E. in die Einzeltaggeldversicherung der X. AG über. Die Beschwerdegegnerin erbrachte zunächst

Taggeldleistungen, stellte diese aber gemäss Schreiben vom 18. November 2008 (bestätigt am 26. November 2008) unter Hinweis auf die in den Gutachten der Dres. med. H., Facharzt für Psychiatrie und Psychotherapie, vom 24. Oktober 2008 und I., Facharzt für Rheumatologie und Innere Medizin FMH, vom 13. November 2008 angegebene uneingeschränkte Arbeitsfähigkeit in einer körperlich leichten, wechselbelastenden Beschäftigung – nach Gewährung einer dreimonatigen Übergangsfrist – per Ende Februar 2009 wieder ein.

Mit Klage vom 15. Januar 2010 beantragte E., die X. AG sei zu verpflichten, ihm auch für die Zeit ab 1. März (2009) Taggelder zufolge Arbeitsunfähigkeit auszubezahlen; eventualiter sei sie zu verpflichten, ihm für den Zeitraum vom 1. März bis 31. August 2009 Taggelder zufolge Arbeitsunfähigkeit auszubezahlen. Am 22. März 2010 teilte er mit, die IV-Stelle Schaffhausen habe Eingliederungsmassnahmen und eine Rente abgelehnt, wobei er dieser Ablehnung keinen Einfluss auf den Leistungsanspruch gegenüber der X. AG beimesse. Das Obergericht des Kantons Schaffhausen wies die Klage ab (Entscheid vom 2. September 2011). E. lässt am 10. Oktober 2011 Beschwerde in Zivilsachen erheben mit dem Rechtsbegehren, in Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheides sei die X. AG zu verpflichten, ihm für den Zeitraum vom 1. März bis 31. August 2009 Taggelder von insgesamt Fr. 20 976.– auszubezahlen.

Aus den Erwägungen:

5.

5.1 Nach Ziffer 8 der allgemeinen Versicherungsbedingungen (AVB) zur Taggeldversicherung der X. AG nach VVG (Ausgabe 2009) bezahlt die X. AG bei voller Arbeitsunfähigkeit das versicherte Taggeld entsprechend dem entstandenen nachgewiesenen Lohnausfall, wenn der Versicherte nach ärztlicher Feststellung arbeitsunfähig ist. Art. 9 AVB legt fest, dass Arbeitsunfähigkeit die durch eine Beeinträchtigung der körperlichen oder geistigen Gesundheit bedingte volle oder teilweise Unfähigkeit ist, im bisherigen Beruf oder Aufgabenbereich zumutbare Arbeit zu leisten; nach drei Monaten Arbeitsunfähigkeit wird auch die zumutbare Tätigkeit in einem anderen Beruf oder Aufgabenbereich berücksichtigt.

Gemäss Art. 6 ATSG ist Arbeitsunfähigkeit die durch eine Beeinträchtigung der körperlichen, geistigen oder psychischen Gesundheit bedingte, volle oder teilweise Unfähigkeit, im bisherigen Beruf oder Aufgabenbereich zumutbare Arbeit zu leisten; bei langer Dauer wird auch die zumutbare Tätigkeit in einem anderen Beruf oder Aufgabenbereich berücksichtigt.

5.2

5.2.1 Der Beschwerdeführer macht geltend, das Obergericht hätte den Begriff der Arbeitsunfähigkeit gemäss Taggeldversicherungsvertrag nicht undifferenziert demjenigen nach Art. 6 ATSG gleichstellen dürfen. Komme nämlich Art. 6 ATSG zur Anwendung, so werde über die Arbeitsunfähigkeit nicht allein durch den Arzt, sondern in sehr viel stärkerem Ausmass durch das Gericht entschieden. Vorliegend seien die Ziffern 8 und 9 der AVB zur Taggeldversicherung der X. AG nach VVG anzuwenden und nach Vertrauensprinzip so auszulegen, wie ein vernünftiger und korrekter «Rechtsgenosse» sie verstehe und verstehen dürfe.

5.2.2 Es kann offen bleiben, ob in der vorliegenden Streitsache der Begriff der Arbeitsunfähigkeit im Sinne von Ziffer 8 und 9 AVB oder nach Art. 6 ATSG massgebend ist. Dr. med. H. diagnostiziert in seinem psychiatrischen Gutachten vom 24. Oktober 2008 eine Schmerzverarbeitungsstörung nach ICD-10 F54. Er stellt eine rein subjektive Beeinträchtigung fest, welche er durch eine veränderte, mit einer spezifischen kognitiven Verarbeitung der körperlichen Empfindungen einhergehende Selbstwahrnehmung des Beschwerdeführers erklärt, und misst der Diagnose keinerlei Auswirkung auf die Arbeitsfähigkeit zu. Wie in der Expertise festgehalten wird, hatte der Beschwerdeführer auch Dr. med. H. berichtet, dass seine Schmerzen am Abend der ausgesprochenen Kündigung des Arbeitsverhältnisses (31. Januar 2008) aufgetreten seien und seitdem anhielten. Auf die Frage, welche nichtmedizinischen Probleme die Arbeitsfähigkeit beeinträchtigten, gibt der psychiatrische Gutachter die ungewisse berufliche Zukunft an. Weder Dr. med. H. noch Dr. med. I. konnten weitere psychische oder somatische Störungen feststellen, welche die Arbeitsfähigkeit in einer körperlich leichten, wechselbelastenden Tätigkeit beeinflussen. Wechselwirkungen sind somit zufolge Fehlens anderer erheblicher Leiden gar nicht möglich. Mit Blick darauf, dass das psychische Beschwerdebild massgeblich vom belastenden sozialen Faktor des Stellenverlustes geprägt ist, vermögen sich die vom Beschwerdeführer wahrgenommenen Miss- oder Schmerzempfindungen nicht zu einem selbstständigen Leiden zu verdichten, welches die Arbeitsfähigkeit beeinträchtigen könnte, unabhängig davon, ob sich Letztere nach den Ziffern 8 und 9 AVB oder nach Art. 6 ATSG definiert.

Da bereits das durch den Stellenverlust geprägte Leiden an sich zu keiner Einschränkung der Arbeitsfähigkeit führt, muss die vom Beschwerdeführer aufgeworfene Frage, ob die Überwindbarkeitspraxis im Sinne von BGE 136 V 279 und 130 V 352 im VVG-Taggeldbereich überhaupt anwendbar ist, nicht beantwortet werden.

5.3 Das kantonale Gericht hat den Gutachten der Dres. med. H. und I. und der bestätigenden Einschätzung von Dr. med. K., wonach in Anbetracht der gesamten Gesundheitssituation keine Arbeitsunfähigkeit gegeben sei, ausschlaggebendes Gewicht beigemessen, was weder als offensichtlich unrichtig bzw. willkürlich noch sonst wie bundesrechtswidrig qualifiziert

werden kann. Der Verweis des Beschwerdeführers auf die abweichende Einschätzung der Arbeitsfähigkeit durch die behandelnden Ärzte vermag an diesem Ergebnis nichts zu ändern. Entgegen seiner Ansicht kann es nicht darauf ankommen, ob behandelnde und begutachtende medizinische Fachpersonen insgesamt mehrheitlich von einer Arbeitsfähigkeit oder -unfähigkeit ausgehen. Die behandelnden Dres. med F. und G. weisen in ihren Berichten vom 8. Dezember 2008 und 6. Juli 2009 auf ein chronisches lumbospondylogenes, zervikospondylogenes und zervikovertebrales Schmerzsyndrom hin. Der Einwand des Beschwerdeführers, die Vorinstanz habe diese «somatischen» Befunde übersehen, ist nicht stichhaltig, da sie – ohne in Willkür zu verfallen – auf die ausführlich begründeten Einschätzungen des Dr. med. I., wonach sich diese Diagnosen nicht auf die Arbeitsfähigkeit in einer körperlich leichten Tätigkeit auswirken würden, abstellen durfte. Er übersieht zudem, dass der Psychiater Dr. med F. seinen Hinweis, dass somatisch bedingte Schmerzen des «lokomotorischen Apparats» vorhanden seien, zugleich mit der Feststellung relativierte, es liege im Kompetenzbereich der somatisch behandelnden Ärzte, die somatische Diagnose zu stellen. Sein Verdacht auf eine Persönlichkeitsstörung mit paranoidem und querulatorischem Einschlag und die vom behandelnden Rheumatologen Dr. med. G. diagnostizierte reaktive Depression mit Angst und Panikattacken liessen sich im psychiatrischen Gutachten des Dr. med. H. nicht erhärten. Damit bleibt es mangels ausgewiesener Arbeitsunfähigkeit bei der Ablehnung eines Taggeldanspruchs für die Zeit ab 1. März 2009.

Tribunal fédéral, Arrêt du 30 avril 2012, Doss.-N° 4A_99/2012 (Rejet du recours en matière civile interjeté contre l'arrêt de la Chambre des recours du Tribunal cantonal du canton de Vaud du 19 octobre 2011)

Violation de la personnalité du travailleur à l'occasion du licenciement.

Art. 328 et 336 CO. Dans le contexte d'une résiliation, accuser à la légère un travailleur d'une faute lourde, portant atteinte à son honneur personnel et professionnel, constitue une violation flagrante de l'obligation de l'employeur de respecter la personnalité du travailleur. Intervenant à l'occasion de la résiliation, cette manière de procéder rend le licenciement abusif. Le cas est encore aggravé par la stigmatisation auprès d'un tiers, en l'occurrence un service officiel (c. 2.2.2).

Extraits des faits:

Entre 1991 et 2001, la Fondation X., qui exploite un établissement médico-social dans le canton de Vaud, a engagé comme aides-soignantes, par des contrats séparés conclus à des dates différentes, A., B., C. et D.. Au cours de l'année 2006, une nouvelle directrice, R., a été nommée à la tête

de l'établissement médico-social précité (ci-après: l'EMS). Les mesures qu'elle a prises ont fait l'objet d'appréciations divergentes. Le 24 janvier 2008, l'infirmière-cheffe d'alors a adressé un courrier à la direction de l'EMS pour se plaindre d'un mauvais climat au travail qu'elle attribuait à A., B. et S., lesquelles étaient entraînées par D. Le même jour, plusieurs employés ont adressé une lettre commune à la directrice de l'EMS pour se plaindre des mêmes personnes. Il ressort des témoignages recueillis que c'est l'infirmière-cheffe qui a rédigé et fait signer cette seconde lettre, qu'elle était quelque peu dépassée par la situation et que les tensions existantes, bien que réelles, n'avaient pas l'intensité que suggérait le courrier envoyé. Le 7 février 2008, l'EMS a organisé une table ronde menée par deux médiateurs externes à l'établissement pour discuter de l'ambiance au travail. Cette discussion a plutôt aggravé le malaise.

Aux alentours d'avril 2008, une résidente (T.) s'est plainte de la brutalité avec laquelle D. s'occupait d'elle. Cette employée a reçu un avertissement écrit le 14 mai 2008. Un entretien extraordinaire a eu lieu le 27 juin 2008; l'horaire de travail de D. a été modifié et elle a été invitée à être à l'écoute des résidents, des collègues, des familles et de la hiérarchie. Une aide-soignante a témoigné qu'après cette date, D., à l'heure du coucher, «jetait» les pensionnaires dans leur lit et qu'elle fermait la porte sans leur souhaiter une bonne nuit. Au début de l'année 2009, une autre résidente (U.) s'est plainte d'actes de malveillance; selon le témoignage de la nouvelle infirmière-cheffe, ces plaintes concernaient la brusquerie de D. Le 3 mars 2009, l'EMS a licencié D. pour le 30 juin 2009, en la libérant immédiatement de l'obligation de travailler.

Au début de l'année 2009, l'inscription « salope » a été apposée sur le casier d'une collaboratrice. L'enquête effectuée n'a pas permis d'identifier l'auteur de cette inscription. Le 10 mars 2009, la directrice a mené des entretiens individuels, en présence de l'infirmière-cheffe et d'une facilitatrice, avec C., B. et A.. Préalablement, la directrice avait informé V., chef de service à l'Etat de Vaud, de sa décision de prendre des mesures à l'égard de collaboratrices, en raison de maltraitance à l'égard des résidents et de harcèlement à l'égard de collaborateurs. A l'issue de l'entretien du 10 mars 2009, les aides-soignantes citées ont reçu chacune un avertissement et un courrier valant congé-modification; leur horaire de travail était réduit et leurs tâches modifiées et il était indiqué que si la modification n'était pas acceptée, l'écriture valait résiliation du contrat de travail au 31 juillet 2009. Par courrier du 23 mars 2009, l'avocat commun des aides-soignantes a informé le président du comité de direction de l'EMS que les modifications proposées n'étaient pas acceptées. Les employées déclaraient faire opposition aux résiliations du contrat de travail considérées comme abusives.

Le 22 avril 2009, A., B., C. et D. ont ouvert action conjointement devant le Tribunal civil d'arrondissement de La Broye et du Nord vaudois, concluant à ce que la Fondation X. soit condamnée à verser à chacune

d'elles une indemnité pour licenciement abusif. Par jugement du 10 décembre 2010, le tribunal a condamné la défenderesse à payer à B. une indemnité de 8289 fr. 15 plus intérêts, à C. une indemnité de 7581 fr. 10 avec intérêts et à A. une indemnité de 25 502 fr. 75 avec intérêts; il a en revanche rejeté la demande de D.. La défenderesse a recouru contre le jugement susrappelé. Par arrêt du 19 octobre 2011, la Chambre des recours du Tribunal cantonal vaudois a rejeté le recours et confirmé le jugement attaqué.

La Fondation X. exerce un recours en matière civile au Tribunal fédéral.

Extraits des considérants:

2.

(...)

2.2.1 Selon l'art. 335 al. 1 CO, le contrat de travail conclu pour une durée indéterminée peut être résilié par chacune des parties; en droit suisse du travail, la liberté de la résiliation prévaut, de sorte que, pour être valable, un congé n'a en principe pas besoin de reposer sur un motif particulier. Le droit fondamental de chaque cocontractant de mettre unilatéralement fin au contrat est cependant limité par les dispositions sur le congé abusif (art. 336 ss CO) (ATF 136 III 513 consid. 2.3 p. 514; 131 III 535 consid. 4.1 p. 537 s.).

L'art. 336 al. 1 et 2 CO énumère des cas dans lesquels la résiliation est abusive; 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 considéré comme abusif en raison de la manière dont il est donné. Même lorsque la résiliation est légitime, celui qui exerce son droit de mettre fin au contrat doit agir avec des égards; le congé doit être considéré comme abusif si l'employeur porte une grave atteinte aux droits de la personnalité du travailleur dans le contexte d'une résiliation; un comportement simplement inconvenant ne suffirait cependant pas (ATF 132 III 115 consid. 2.2 p. 117 et 2.3 p. 118; 131 III 535 consid. 4.2 p. 538 s.; plus succinctement: ATF 136 III 513 consid. 2.3 p. 515).

L'obligation de l'employeur de protéger la personnalité du travailleur, résultant de l'art. 328 al. 1 CO, englobe notamment l'honneur personnel et professionnel (arrêt 4C.253/2001 du 18 décembre 2001 consid. 2c). L'employeur ne doit pas stigmatiser, de manière inutilement vexatoire et au-delà du cercle des intéressés, le comportement du travailleur (ATF 137 III 303 consid. 2.2.2 p. 309 s.). Il y a atteinte grave aux droits de la personnalité lorsque l'employeur formule des accusations lourdes qui se révèlent infondées alors qu'il ne disposait d'aucun indice sérieux ou n'avait fait aucune re-

cherche en vue d'établir les faits (arrêt 4C.253/2005 du 16 novembre 2005 consid. 4.2). L'employeur ne doit pas formuler des accusations accablantes si ses soupçons ne reposent sur aucun élément sérieux (arrêt 4C.543/1996 du 22 août 1997 consid. 2a). Même si les faits sont exacts, la stigmatisation à l'égard de tiers peut constituer, de la part de l'employeur, une violation de son devoir de protéger la personnalité du travailleur (ATF 130 III 699 consid. 5.2 p. 705 s.).

2.2.2 Il ressort des constatations cantonales – au sujet desquelles l'arbitraire n'a pas été invoqué – que les intimées ont été accusées, à l'époque de leur licenciement, de maltraiter les personnes âgées résidant au sein de l'établissement exploité par la recourante et que ces soupçons ont été communiqués à un service officiel surveillant les EMS. Pour une aide-soignante travaillant dans un établissement médico-social, l'accusation de maltraiter les pensionnaires est une atteinte grave à l'honneur professionnel. En faisant part de ses soupçons à un service officiel, l'employeur a procédé à un acte caractéristique de stigmatisation, de nature à porter atteinte à l'avenir professionnel des intéressées.

Or la recourante a été dans l'incapacité d'apporter la preuve de la moindre déclaration, écrite ou orale, émanant d'un pensionnaire dont on pourrait déduire que l'une ou l'autre des intimées s'est rendue coupable de mauvais traitement à l'égard des personnes âgées. Des plaintes n'ont été établies qu'à l'encontre de D., qui n'est plus en cause. La fille d'une résidente a déclaré que cette dernière se plaignait de ce que C. la considérait comme responsable du licenciement de D.; elle n'a cependant allégué aucun acte de maltraitance à l'égard de la résidente. Ainsi, si l'on considère les trois intimées qui restent en cause, on constate qu'il n'y a pas d'allégation de sévices dirigée à leur encontre, que ce soit de la part des pensionnaires, de leur famille, du personnel soignant ou des autres employés de la défenderesse. Les documents envoyés à la directrice le 24 janvier 2008 ne font pas allusion à de la maltraitance. Le tag injurieux de janvier 2009 n'a aucun rapport avec des actes de cette nature. Ainsi, sur la base des preuves apportées, il faut conclure que l'employeur, dans le cadre des résiliations de contrat de travail, a formulé contre les trois intimées encore concernées par la présente procédure une grave accusation, sans aucun indice sérieux pour l'étayer.

Dans le contexte d'une résiliation, accuser à la légère un travailleur d'une faute lourde, portant atteinte à son honneur personnel et professionnel, constitue une violation flagrante de l'obligation de l'employeur de respecter la personnalité du travailleur. Intervenant à l'occasion de la résiliation, cette manière de procéder rend le licenciement abusif. Le cas est encore aggravé par la stigmatisation auprès d'un tiers, en l'occurrence un service officiel. Ces circonstances justifient l'octroi d'une indemnité.

2.2.3 La recourante reproche aux intimées d'avoir commis des actes de mobbing à l'égard d'autres collaboratrices et de ne pas avoir suivi correctement les directives données par l'employeur (art. 321d CO). Ces

questions sont sans pertinence, puisque l'indemnité n'a pas été allouée pour ce motif. Il a déjà été rappelé qu'un licenciement peut être considéré comme abusif en raison de la manière dont il a été donné ou des circonstances qui l'entourent.

Au demeurant, il n'apparaît pas qu'une employée soit venue devant le tribunal se plaindre de mobbing de la part de l'une ou l'autre des trois intimées. Quant à l'affaire du tag injurieux, il ne résulte pas des constatations cantonales que son auteur aurait été identifié. S'agissant du peu d'empressement mis par les intimées à obéir à des directives nouvelles, il s'agit d'un élément qui peut expliquer pourquoi l'employeur a décidé d'adresser un congé ordinaire aux intimées, mais cette circonstance n'autorisait pas l'employeur à proférer des accusations de sévices sans aucun fondement sérieux.

Tribunal fédéral, Arrêt du 9 mai 2012, Doss.-N° 2C_462/2011 (Rejet du recours en matière de droit public interjeté contre l'arrêt de la Cour de justice du canton de Genève, Chambre administrative, 1^{ère} section, du 5 avril 2011)

Procédure interne de gestion des conflits.

Art. 51 LTr. Le fait que l'autorité cantonale intervienne à la suite d'une dénonciation d'un salarié d'une entreprise ne change pas la nature de la procédure fondée sur l'art. 51 LTr, qui poursuit avant tout un but préventif et se déroule indépendamment de toute atteinte à la santé du dénonciateur (c. 3.3).

Art. 6 LTr et 2 I OLT3. Pour déterminer de manière concrète quelles mesures doit prendre l'employeur pour protéger la santé psychique de ses salariés, il faut examiner non seulement les ordonnances, mais aussi les différentes recommandations et normes techniques correspondant aux standards de protection à prendre en considération au moment déterminant (c. 4.2).

Sous l'angle de la légalité, il est parfaitement possible d'imposer à une entreprise la désignation d'une personne de confiance dans le but de prévenir les conflits internes pouvant survenir en son sein. Comme le préconise le SECO, il est toutefois nécessaire que cette personne garantisse la confidentialité des entretiens qu'elle aura avec les salariés de l'entreprise et, si elle se trouve dans une structure interne déjà existante, qu'elle n'ait pas de rapports hiérarchiques avec les employés concernés (c. 4.3). On peut concevoir que, dans les petites ou moyennes entreprises, celles-ci s'adressent à leur association professionnelle respective pour mettre en place un système commun, à moins que leurs salariés aient la possibilité de faire appel à une structure déjà existante susceptible de traiter directement les problèmes ou de les déléguer à une personne compétente (c. 5.2).

Extraits des faits:

X. SA, dont le siège est à Genève, est active dans la tenue du secrétariat d'associations professionnelles du domaine de la construction, la défense des intérêts d'associations patronales de la construction et la gestion administrative de caisses de pensions et de compensations professionnelles, le calcul des salaires et l'établissement des fiches de paie, le conseil juridique et organisationnel aux membres des associations professionnelles et la comptabilité pour des tiers. Elle emploie une dizaine de personnes. Son capital-actions est détenu intégralement par A., qui est son administrateur unique. En décembre 2008, un grave conflit de travail est survenu au sein de X. SA entre une employée, B., et son supérieur hiérarchique direct, C., bras-droit de A. Incapable de travailler depuis mars 2009 pour cause de maladie, B. a été adressée, en juin 2009, aux urgences psychiatriques de l'Hôpital D.

Saisi d'une plainte déposée le 30 avril 2009 par B., l'Office cantonal genevois de l'inspection et des relations du travail (ci-après: l'Office cantonal) a ouvert une enquête, qu'il a suspendue temporairement en mai 2009 à la demande de A., qui souhaitait intervenir pour tenter un règlement à l'amiable entre les parties. B. a refusé la proposition de médiation proposée par X. SA et a donné son congé le 27 août 2009, en se plaignant de harcèlement moral de la part de son supérieur hiérarchique. Dans son rapport du 15 octobre 2009, l'inspecteur chargé de l'enquête a conclu que le dispositif de gestion des conflits existant au sein de X. SA était inefficace et impropre à garantir la protection de la santé des travailleurs contre les risques psychosociaux. Le 30 novembre 2009, X. SA a indiqué à l'Office cantonal qu'elle disposait d'une procédure de conflits relevant du droit du travail faisant intervenir en premier lieu A., qui était informé soit directement par l'employé concerné soit par d'autres employés. Celui-ci discutait avec les protagonistes et leur communiquait ses constatations. Si des tensions subsistaient, un médiateur était proposé. Si aucune solution n'était trouvée dans le cadre de la médiation, une procédure prud'homale pouvait être engagée par l'employé concerné. Le 11 janvier 2010, l'Office cantonal a imparti un délai de trois mois à X. SA pour lui faire parvenir un document décrivant les règles de procédure internes mises en place pour gérer hors hiérarchie les conflits de travail et toute forme d'atteinte à la personnalité et pour communiquer celles-ci à ses employés. Le 25 janvier 2010, X. SA a transmis la procédure mise en place, selon laquelle le personnel cherchait à résoudre directement le conflit avec la ou les personnes concernées. Si aucune solution satisfaisante n'était trouvée, le supérieur hiérarchique direct était sollicité pour un entretien. Si, dans les cinq jours ouvrables, l'action du supérieur ne donnait pas satisfaction ou si une des parties ne souhaitait pas l'intervention de celui-ci, le chef d'entreprise intervenait et entendait les parties dans les deux jours suivant la demande; il décidait des mesures qu'il jugeait adéquates. Si les parties n'étaient pas satisfaites, elles pou-

vaient recourir aux procédures prud'homales prévues à cet effet. Le 9 février 2010, l'Office cantonal a indiqué à X. SA que le processus proposé n'était pas conforme aux règles techniques contenues dans les directives du Secrétariat d'Etat à l'économie (ci-après: le SECO), car le recours à une personne de confiance hors hiérarchie n'était pas prévu par la procédure mise en place. X. SA était priée de soumettre des règles d'intervention prévoyant cette possibilité. Celle-ci s'y est opposée et plusieurs échanges de courriers ont suivi.

Par décision du 16 août 2010, l'Office cantonal a imposé à X. SA de concevoir et rédiger des règles d'intervention de personnes de confiance hors hiérarchie auxquelles le personnel pouvait s'adresser en cas de conflit pour des conseils et un soutien en vue de trouver une solution au problème, ainsi qu'à en informer les travailleurs; à défaut, il appartenait à X. SA de démontrer que les mesures existant au sein de l'entreprise respectaient les exigences en matière d'hygiène au travail par une expertise technique réalisée aux frais de la société par un expert externe reconnu et indépendant de l'entreprise. Des délais étaient impartis à X. SA pour s'exécuter. X. SA a recouru contre la décision du 16 août 2010 auprès du Tribunal administratif genevois (devenu, depuis le 1^{er} janvier 2011, la Chambre administrative de la Cour de justice), qui a rejeté son recours par arrêt du 5 avril 2011. Un délai de quarante-cinq jours a été imparti à X. SA pour transmettre à l'Office cantonal le dispositif demandé dans la décision du 16 août 2010 ou désigner un expert externe reconnu et indépendant de l'entreprise, choisi en concertation avec ses employés et l'Office cantonal; un délai de quatre mois supplémentaires était fixé pour la présentation à l'Office cantonal du rapport d'expertise.

A l'encontre de l'arrêt du 5 avril 2011, X. SA forme un recours en matière de droit public au Tribunal fédéral.

Extraits des considérants:

3.

La recourante invoque une violation des art. 29 Cst. et 9 Cst. Elle soutient qu'en refusant d'auditionner les témoins qu'elle avait requis afin d'établir, d'une part, que B. n'avait pas été victime de mobbing ou insultée et, d'autre part, que le comportement inapproprié de l'inspecteur de l'Office cantonal avait conduit à un rapport comportant des contre-vérités, la Cour de justice aurait violé son droit d'être entendue et refusé de tenir compte de faits pertinents.

3.1 Les droits découlant de l'art. 29 al. 2 Cst. sont de nature formelle, de sorte que leur violation conduit à l'annulation de la décision attaquée, indépendamment des chances de succès du recours sur le fond. Il convient ainsi d'examiner ce grief en premier lieu (ATF 137 I 195 consid. 2.2 p. 197; 135 I 279 consid. 2.6.1 p. 285), sous l'angle du droit constitution-

nel, dans la mesure où la recourante ne soutient pas que le droit cantonal de procédure lui offrirait une protection plus étendue.

3.2 Le droit d'être entendu, garanti par l'art. 29 al. 2 Cst., comporte notamment le droit d'obtenir l'administration de preuves de nature à influencer sur le sort de la décision à rendre. Il a pour corollaire que l'autorité doit en principe donner suite aux offres de preuve présentées en temps utile et dans les formes prescrites. Il n'y a toutefois pas violation du droit à l'administration de preuves lorsque la mesure probatoire refusée est inapte à établir le fait à prouver, lorsque ce fait est sans pertinence ou lorsque, sur la base d'une appréciation non arbitraire des preuves dont elle dispose déjà, l'autorité parvient à la conclusion que les faits pertinents sont établis et que le résultat, même favorable au requérant, de la mesure probatoire sollicitée ne pourrait pas modifier sa conviction (ATF 134 I 140 consid. 5.3 p. 148).

3.3 Pour déterminer si les faits à propos desquels la recourante a sollicité en vain des offres de preuves sont pertinents, il faut cerner l'objet de la présente procédure. Celui-ci porte sur le bien-fondé d'une mesure imposée à l'employeur en vue de protéger la santé de son personnel au sens de l'art. 6 de la loi fédérale du 13 mars 1964 sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (LTr; RS 822.11), prononcée initialement par l'Office cantonal. Cette autorité est chargée d'effectuer dans les entreprises les contrôles nécessaires pour s'assurer de l'observation des prescriptions en matière de santé au travail (cf. art. 79 al. 1 de l'ordonnance 1 du 10 mai 2000 relative à la loi sur le travail – OLT1 – RS 822.111; art. 3 de la loi genevoise sur l'inspection et les relations du travail du 12 mars 2004; RS/GE J 1 05); elle peut intervenir d'office ou être saisie à la suite d'une dénonciation d'un travailleur (art. 54 LTr; VINCENT CARRON, *Mobbing et demeure de l'employeur*, in *Panorama en droit du travail*, éd. Rémy Wyler, Berne 2009, p. 115 ss 130). L'autorité vérifie alors si l'entreprise respecte la LTr ou ses ordonnances et, si elle constate une infraction, elle invite l'entreprise, conformément à l'art. 51 al. 1 LTr, à se conformer à la prescription violée; c'est seulement lorsque le contrevenant ne donne pas suite à son intervention qu'elle prend la décision voulue (cf. art. 51 al. 2 LTr). La procédure prévue par l'art. 51 LTr se distingue ainsi d'une action déposée par un salarié s'estimant victime d'un acte de *mobbing* à l'encontre de son employeur et qui tend à obtenir une mesure protectrice le concernant directement en application de l'art. 328 CO ou de l'art. 4 de la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes du 24 mars 1995 (loi sur l'égalité; RS 151.1; pour le lien entre le droit public et le droit privé en matière de protection de la santé, cf. ATF 132 III 257 consid. 5 p. 259 ss). Le fait que l'autorité cantonale intervienne à la suite d'une dénonciation d'un salarié d'une entreprise ne change pas la nature de la procédure fondée sur l'art. 51 LTr, qui poursuit avant tout un but préventif (ROLAND A. MÜLLER, *ArG Kommentar*, 7^e éd. Zurich 2009, n. 9 ad art. 6 LTr; LAURENT MOREILLON, *Commentaire LTr*, Berne 2005, n. 3 et 14 ad art. 51 LTr) et se déroule indépendamment de toute atteinte à la santé du dénonciateur.

En l'espèce, l'intervention de l'Office cantonal s'inscrit dans le cadre de la procédure de l'art. 51 LTr. Saisi d'une dénonciation de B., l'autorité cantonale a mené une enquête sur les mesures de protection de la santé psychique du personnel mises en place par la recourante et en a conclu que ces mesures étaient insuffisantes. X. SA a alors présenté un premier système de gestion des conflits le 30 novembre 2009, dans lequel le chef de l'entreprise intervenait prioritairement. Le 11 janvier 2010, l'Office cantonal lui a imparti un délai pour fournir un document décrivant des règles de procédure internes permettant de gérer hors hiérarchie les conflits de travail. Le 25 janvier 2010, la recourante a présenté un système ne prévoyant que le recours au supérieur, puis au chef de l'entreprise. Considérant que ce processus n'était pas conforme aux règles techniques contenues dans les directives du SECO, l'Office cantonal a, le 9 février 2010, prié une nouvelle fois la recourante de lui soumettre des règles d'intervention prévoyant la possibilité pour les employés de se confier à une personne de confiance hors hiérarchie, exigence à laquelle la recourante s'est opposée. C'est seulement après avoir invité à plusieurs reprises la recourante à présenter un système conforme, que l'Office cantonal a prononcé, le 17 août 2010, une décision contraignante en vertu de l'art. 51 al. 2 LTr. Cette décision trouve donc son origine non pas dans le conflit B., qui n'a été que l'élément déclencheur de l'enquête menée par l'Office cantonal, mais dans le refus de la recourante de proposer un système de conflit faisant intervenir une personne de confiance hors hiérarchie dans son entreprise.

L'objet du litige est donc indépendant de la question de savoir si, en 2009, B. a ou non été victime d'actes de *mobbing* de la part de son supérieur hiérarchique et si, le cas échéant, la recourante peut en être tenue pour responsable en vertu de l'art. 328 CO. Cette problématique relève en effet du droit privé du travail et n'a pas à être tranchée dans la présente procédure. Par conséquent, c'est sans arbitraire que la Cour de justice a considéré qu'elle disposait de tous les éléments nécessaires pour statuer et que les faits en relation avec le cas de B., ainsi que la façon dont l'enquête menée sur cette affaire avait été diligentée, étaient sans pertinence.

3.4 En refusant de donner suite aux offres de preuves portant sur l'affaire B., les juges cantonaux n'ont donc pas violé l'art. 29 al. 2 Cst. Les circonstances de cette affaire n'étant pas déterminantes pour l'issue de la présente procédure, il n'y a pas lieu non plus d'examiner les griefs d'arbitraire (art. 9 Cst.) présentés par la recourante en relation avec ce litige, dès lors que ceux-ci ne seraient de toute façon pas de nature à influencer sur le résultat de l'arrêt entrepris (cf. ATF 137 I 1 consid. 2.4 p. 5; 136 I 316 consid. 2.2.2 p. 318).

3.5 Il est toutefois regrettable, qu'après avoir constaté à juste titre la non-pertinence des faits en rapport avec B., les juges cantonaux s'y soient référés, au terme de leur motivation, pour confirmer la gravité potentielle que le système proposé par la recourante faisait courir à son personnel. Dès lors que le Tribunal fédéral n'est pas lié par la motivation de l'arrêt atta-

qué, mais seulement par son dispositif (ATF 134 III 102 consid. 1.1 p. 104; 134 V 250 consid. 1.2 p. 252 et les arrêts cités) et qu'au demeurant, la référence à l'affaire B. a été ajoutée à titre superfétatoire dans l'arrêt attaqué, il n'y a pas lieu de tenir compte de cet élément.

4.

La recourante soutient en substance que l'exigence de nommer une personne de confiance hors hiérarchie qu'on lui impose ne repose sur aucune base légale. A titre subsidiaire, elle invoque une violation de la proportionnalité et de l'égalité de traitement.

4.1 L'art. 6 LTr prévoit que, pour protéger la santé des travailleurs, l'employeur est tenu de prendre toutes les mesures dont l'expérience a démontré la nécessité, que l'état de la technique permet d'appliquer et qui sont adaptées aux conditions d'exploitation de l'entreprise. Il doit en outre prendre toutes les mesures nécessaires pour protéger l'intégrité personnelle des travailleurs (al. 1). L'employeur doit notamment aménager ses installations et régler la marche du travail de manière à préserver autant que possible les travailleurs des dangers menaçant leur santé et du surmenage (al. 2). Les mesures de protection de la santé qui doivent être prises dans les entreprises sont déterminées par voie d'ordonnance (al. 4). La notion de protection de l'intégrité personnelle des travailleurs a été introduite dans la révision de la LTr de 1998 (FF 1998 II p. 1161), pour remplacer la notion de sauvegarde de la moralité de l'art. 33 al. 1^{er} qui était valable uniquement pour les femmes. Dans son Message du 2 février 1994, le Conseil fédéral précisait que, contrairement à la disposition générale du CO sur la protection des travailleurs (art. 328 CO) et l'obligation de droit privé prévue dans le projet de loi sur l'égalité des sexes, qui obligeaient les personnes concernées à faire valoir leur droit en justice, ce qui était difficile tant que durait le contrat de travail, la réglementation de droit public prévue à l'art. 6 al. 1 LTr avait la prévention pour objet. Il relevait aussi qu'un bon climat de travail constituait la meilleure prévention, mais que d'autres facteurs étaient importants, tels qu'une bonne information et la possibilité pour les personnes concernées de trouver conseil et soutien auprès d'une personne de confiance (cf. FF 1994 II p. 177/178).

4.2 Il s'ensuit que, lors de la révision de la loi sur le travail de 1998, entrée en vigueur le 1^{er} août 2000 (RO 2000 p. 1580), le législateur a instauré à l'art. 6 LTr une base légale pour prendre toutes les mesures nécessaires garantissant, d'une manière générale, la protection de l'intégrité de la personne. Il n'a certes pas mentionné les mesures concrètes à prendre dans les entreprises, celles-ci devant être déterminées, comme auparavant, par voie d'ordonnance (art. 6 al. 4 LTr). Ainsi, l'art. 2 al. 1 de l'ordonnance 3 du 18 août 1993 relative à la loi sur le travail (RS 822.113; OLT3) imposait déjà à l'employeur de prendre toutes les mesures nécessaires afin notamment de garantir la santé physique et psychique des travailleurs. Cette formulation vague permet de faire référence à l'état de la technique et à l'expérience qui évoluent en permanence (HANS-ULRICH

SCHEIDEGGER/CHRISTINE PITTELOUD, Commentaire LTr, n. 12 ad art. 6 LTr; ROLAND A. MÜLLER, ArG Kommentar, 7^e éd. Zurich 2009, n. 2 ad art. 6 LTr; CAROLE SONNENBERG, La protection de la personnalité du travailleur: sauvegarde de sa santé et sécurité au travail, thèse Lausanne 2010, p. 48 ss). Partant, pour déterminer de manière concrète quelles mesures doit prendre l'employeur pour protéger la santé psychique de ses salariés, il faut examiner non seulement les ordonnances, mais aussi les différentes recommandations et normes techniques correspondant aux standards de protection à prendre en considération au moment déterminant (cf. MÜLLER, op.cit., n. 7 ad art. 6 LTr).

A cet égard, le SECO, qui est l'autorité spécialisée du Département fédéral de l'économie ayant notamment pour objectif de contribuer à assurer la sécurité et la protection de la santé au travail (art. 5 al. 2 let. g de l'ordonnance sur l'organisation du Département fédéral de l'économie du 14 juin 1999; RS 172.216.1) est l'auteur de commentaires relatifs à la loi sur le travail et à ses ordonnances qui expliquent, au moyen d'exemples pratiques, comment interpréter et appliquer la législation. Ces commentaires ont valeur de directives (cf. art. 38 OLT3 au sujet des mesures d'hygiène). Ainsi, dans son commentaire concernant l'art. 2 OLT3 (annexe de mai 2011; document 302-A ss publié sur internet), le SECO a mis l'accent sur la prévention des risques psychosociaux au travail. A ce titre, il énumère certaines mesures importantes que l'employeur est tenu de prendre. Parmi celles-ci figure la désignation d'une personne interne ou externe de l'entreprise à laquelle les employés concernés peuvent s'adresser en cas de conflit. Il est précisé qu'il est important que cette personne de confiance dispose de la formation nécessaire et qu'elle ait un rapport de confiance avec les personnes qui demandent son conseil (obligation de garder le secret; absence de lien hiérarchique: cf. Commentaire SECO, op.cit., 302H). La désignation d'une personne de confiance à laquelle les salariés peuvent s'adresser est une mesure qui est aussi préconisée par la doctrine comme moyen de prévention du *mobbing* ou du harcèlement dans l'entreprise (cf. CARRON, op.cit., p. 128; JEAN-PHILPPE DUNAND, Le harcèlement psychologique (*mobbing*) en droit privé suisse du travail, RJN 2006 p. 13 ss, 32; MÜLLER, op.cit., n. 9 ad art. 6 LTr). Il s'agit d'ailleurs d'une mesure qui, comme on l'a vu (supra consid. 4.1) était déjà recommandée par le Conseil fédéral dans son Message du 2 février 1994 (FF 1994 II p. 178).

4.3 Au vu de cet examen, il faut admettre que, sous l'angle de la légalité, il est parfaitement possible d'imposer à une entreprise la désignation d'une personne de confiance dans le but de prévenir les conflits internes pouvant survenir en son sein. Comme le préconise le SECO, il est toutefois nécessaire que cette personne garantisse la confidentialité des entretiens qu'elle aura avec les salariés de l'entreprise et, si elle se trouve dans une structure interne déjà existante, qu'elle n'ait pas de rapports hiérarchiques avec les employés concernés. Reste à examiner si la mesure imposée

comme standard à la recourante est adaptée aux conditions d'exploitation de l'entreprise. Cette question se confond avec celle de la proportionnalité qui sera examinée ci-après.

5.

5.1 La recourante considère que, pour une entreprise de moins de dix personnes dans laquelle aucune situation de mobbing ou de harcèlement sexuel n'a été révélée, il est disproportionné de lui imposer la mise en place de règles de conflit faisant appel à une personne de confiance hors hiérarchie et de l'obliger à informer les salariés de cette procédure.

5.2 Lorsque l'autorité d'exécution, faisant usage de sa compétence tirée de l'art. 51 LTr, contraint l'employeur à mettre en place les mesures de prévention nécessaires (cf. supra consid. 3.3), elle doit respecter le principe de la proportionnalité (cf. art. 2 al. 2 OLT3; cf. sur les composantes de ce principe en relation avec la protection des travailleurs, ATF 130 II 425 consid. 5.2). A ce sujet, la jurisprudence a précisé que les mesures que l'employeur est tenu de prendre en vertu de l'art. 6 LTr doivent être supportables économiquement et leurs coûts rester dans un rapport raisonnable avec leur efficacité, étant précisé que la protection de la santé demeure toujours la première priorité (ATF 132 III 257 consid. 5.4.4 p. 261). En d'autres termes, il faut que la mesure soit nécessaire, que l'état de la technique permette de l'appliquer et qu'elle soit adaptée aux conditions d'exploitation de l'entreprise. Comme déjà indiqué, l'appel à une personne de confiance est une mesure de prévention contre les atteintes à la santé psychique des travailleurs qui est non seulement mentionnée par le Conseil fédéral dans son Message du 2 février 1994 et par le SECO dans son commentaire à l'art. 2 OLT3, mais est aussi recommandée par la doctrine (cf. supra consid. 4.2 in fine). Force est donc d'admettre qu'elle constitue un moyen adapté à la prévention des conflits pouvant survenir dans une entreprise. La question de savoir comment cette méthode de gestion des conflits doit être mise en place est plus délicate et dépend de la structure de l'entreprise, ainsi que du nombre de salariés qu'elle emploie. On peut concevoir que, dans les petites ou moyennes entreprises, celles-ci s'adressent à leur association professionnelle respective pour mettre en place un système commun, à moins que leurs salariés aient la possibilité de faire appel à une structure déjà existante susceptible de traiter directement les problèmes ou de les déléguer à une personne compétente. Le but de la mesure étant axé sur la prévention, celle-ci doit pouvoir intervenir rapidement, avant que le conflit ne dégénère au point de devoir être traité par un tribunal. Il ne s'agit donc pas de mettre en place une structure compliquée et coûteuse, mais seulement de désigner une ou plusieurs personnes de confiance, hors hiérarchie, dans ou à l'extérieur de l'entreprise, à qui le personnel puisse s'adresser en toute connaissance de cause. Quant au devoir d'information des travailleurs sur les mesures de protection dans l'entreprise, il n'a pas à être remis en cause, car il constitue de toute façon une obligation légale expressément prévue aux art. 48 al. 1 LTr et 10 let. a de la loi fédérale du

17 décembre 1993 sur la participation (RS 822.14), qui doit être respectée même si l'entreprise ne comprend qu'un seul salarié.

En l'espèce, la mesure imposée à la recourante s'inscrit dans ce cadre et reste donc raisonnable par rapport à l'intérêt de l'entreprise, mais aussi de la société en général, de prévenir les atteintes psychiques, compte tenu de l'absentéisme, de la perte de productivité et des coûts qu'elles engendrent (cf. sur ces questions, JOHANNE GAGNEBIN, *Prévention du stress au travail: un thème en évolution en Suisse et dans l'Union européenne*, Jusletter du 29 janvier 2007, p. 3; MARIE DEVAUD-PLÉDRAN, *Le harcèlement dans les relations de travail, Etude pluridisciplinaire de la question du harcèlement suivie d'une étude comparée entre le droit suisse et quelques législations étrangères*, éd. CERT 2011, p. 106/107). La mesure litigieuse imposant à la recourante de désigner une ou plusieurs personnes de confiance hors hiérarchie et d'en informer son personnel n'apparaît dès lors pas disproportionnée.

5.3 La recourante prétend aussi que la mesure imposée serait contraire au principe de l'égalité de traitement (art. 8 Cst.), car elle devrait être imposée à toutes les entreprises présentant les mêmes caractéristiques. On a vu que la désignation d'une personne de confiance hors hiérarchie dans ou à l'extérieur de l'entreprise n'est pas une norme obligatoire en tant que telle, mais fait partie des standards reconnus auxquels renvoie l'art. 6 al. 1 LTr (cf. supra consid. 4.2); les employeurs ont donc le choix soit de respecter cette mesure, soit de prévoir un système de gestion des conflits équivalent qui assure le même niveau de protection. La recourante s'est d'ailleurs vue offrir cette possibilité, mais en désignant son directeur et administrateur unique comme médiateur, sa proposition n'a pas pu être agréée par l'Office cantonal qui a estimé à juste titre qu'il ne pouvait pas s'agir de la personne de confiance à laquelle un employé de l'entreprise pourrait s'adresser librement. Le fait que toutes les entreprises de la catégorie de la recourante n'auraient pas mis en place de système de gestion des conflits relève de la motivation des chefs d'entreprise à prévenir les problèmes qui pourraient survenir avant l'intervention de l'autorité de surveillance (sur cette problématique, voir KARINE LEMPEN, *Prévention et sanction du harcèlement sexuel, Les difficultés liées à la mise en oeuvre de mesures au sein des entreprises*, in PJA 11/2006 p. 1432 ss). Il est sans pertinence par rapport à la situation de la recourante qui, elle, a fait l'objet de la procédure prévue à l'art. 51 LTr. Celle-ci ne saurait dès lors se plaindre d'une inégalité de traitement.

5.4 La recourante s'en prend enfin à l'alternative qui lui est offerte, soit la possibilité de désigner un expert externe reconnu et indépendant de l'entreprise pour démontrer que les mesures mises en place respectent les exigences en matière d'hygiène.

Selon l'art. 4 OLT3, les autorités peuvent demander à l'employeur de présenter un rapport d'expertise technique lorsqu'il existe de sérieux motifs de douter que les exigences en matière d'hygiène soient respectées. Un tel

rapport peut être demandé non seulement sur les aspects de la santé physique, mais aussi sur la santé psychique.

Comme on l'a relevé, le système exposé par la recourante le 25 janvier 2010 impliquait qu'un employé se trouvant en conflit avec son supérieur hiérarchique ou avec un collègue doive s'adresser directement au chef de l'entreprise lui-même, sans avoir de personne neutre à qui se confier. Dans un tel cas, les autorités cantonales pouvaient retenir sans abuser de leur pouvoir d'appréciation qu'un tel système n'offrait pas des garanties d'objectivité suffisantes pour traiter les conflits et qu'au vu de la résistance de la recourante à mettre en place une structure adéquate, il se justifiait de lui imposer une expertise technique au sens de l'art. 4 OLT3.

Tribunal fédéral, Arrêt du 15 mai 2012, Doss.-N° 4A_26/2012 (Rejet du recours en matière civile interjeté contre l'arrêt de la Cour de justice du canton de Genève, Chambre des prud'hommes, du 24 novembre 2011)

Art. 322 et art. 322d CO. Gratification versée pendant neuf ans avec une réserve rappelant son caractère facultatif. L'omission unique de renouveler la réserve ne permet nullement de conclure à la passation d'un accord tacite entraînant l'obligation de verser à l'employée une gratification. Pour qu'une réserve soit considérée comme une formule vide, juridiquement inefficace, il faut que la gratification ait été versée durant au moins dix ans. Tel n'est donc pas le cas lorsqu'elle a été octroyée, comme en l'espèce, durant neuf ans seulement (c. 5.2.1).

La gratification doit rester accessoire par rapport au salaire et ne peut ainsi avoir qu'une importance secondaire dans la rétribution du travailleur. Des bonus représentant un rapport moyen de 44% du salaire convenu doivent être considérés comme accessoires aux salaires fixes lorsque ces derniers sont élevés (c. 5.2.1).

La jurisprudence admet que les parties subordonnent le droit à la gratification à la condition que les rapports de travail ne soient pas résiliés lorsque le paiement de celle-ci doit intervenir (c. 5.2.2).

Extraits des faits:

Par lettre d'engagement du 15 mars 1999, Banque A. SA (ci-après: la banque) a engagé pour sa succursale genevoise X., en qualité de gestionnaire de fortune, fondée de procuration, moyennant le versement d'un salaire annuel brut de 145 000 fr. Ce document prévoyait que la durée d'engagement, arrêtée à quatre ans, pouvait être modifiée conformément aux normes stipulées dans le Règlement du personnel de la banque, lequel a été remis à la travailleuse au cours de l'année 2000. Ce règlement du personnel prévoit, à son art. 40, que les bonus éventuels sont facultatifs et ne peuvent faire l'objet d'aucune revendication des employés, même lorsque

les paiements ont été effectués plusieurs années durant (al. 1); le bonus n'est versé qu'aux collaborateurs dont les rapports de travail ne sont pas résiliés au moment de l'annonce du bonus, sinon aucun bonus n'est versé, pas même au prorata (al. 2); la décision d'octroyer un bonus et la fixation du montant sont à la libre appréciation de l'employeur; celui-ci pourra tenir compte du résultat de la banque, des performances individuelles et du comportement personnel du collaborateur durant l'exercice considéré (al. 3).

Par courrier du 9 juin 2003 se référant à la lettre d'engagement précitée, Banque B. (Israël) a informé X. que sa mission auprès de Banque A. SA était prolongée et que les conditions du contrat étaient inchangées, la prénommée étant invitée à contresigner le pli pour accord. Par courriel du 20 août 2003, la travailleuse a répondu notamment au directeur général de ladite banque suisse que la lettre d'engagement n'était plus pertinente pour sa «position», qu'elle avait été informée, sitôt engagée, du versement de son salaire annuel brut en deux parties, soit par salaires mensuels plus un bonus de fin d'année, mais qu'elle acceptait néanmoins, pour ne pas consacrer davantage de temps à cette question, de contresigner le pli du 9 juin 2003. Ce courriel n'a fait l'objet d'aucune réponse de la banque. X. a été nommée régulièrement par la banque à d'autres postes; son salaire annuel brut a ainsi atteint 163 435 fr. en 2000, 190 008 fr. en 2001, 210 002 fr. en 2002, 225 004 fr. en 2003 et 2004, puis 240 000 fr. en 2005 et 2006. A compter du 1^{er} janvier 2007, X. est devenue directrice de la succursale genevoise de la banque, son salaire annuel brut étant fixé à 295 000 fr., plus 13 200 fr. de frais de représentation. Il a été constaté que dès son entrée en fonction en 1999 et jusqu'en 2007, X. a perçu chaque année un bonus qui lui était versé le premier trimestre de l'année suivante; le bonus de 1999 se montait à 30 000 fr. (calculé pour huit mois d'activité), ceux de 2000 et 2001 à 80 000 fr. chacun, celui de 2002 à 65 000 fr., ceux de 2003 et 2004 à 90 000 fr. chacun, celui de 2005 à 110 000 fr. et ceux de 2006 et 2007 à 150 000 fr. chacun. Ni la lettre d'engagement ni les divers courriers annonçant à X. ses augmentations de rémunération ne mentionnaient l'existence de bonus. L'attribution des bonus annuels faisait chaque fois l'objet d'un courrier adressé à la travailleuse, qui était expédié au plus tôt le mois de décembre de l'année en cause, au plus tard le mois de mars de l'année qui suivait. A l'exception de la lettre annonçant le bonus pour 2007, ces courriers indiquaient que le paiement du bonus, fondé principalement sur les performances de l'intéressée, n'était pas une participation aux résultats de la banque, qu'il était effectué sur une base facultative et que seuls les collaborateurs qui se trouvaient en relation de travail «sans résiliation du contrat de travail au moment du paiement» pouvaient en bénéficier. Le courrier annonçant le versement d'un bonus pour 2005 précisait en outre que, malgré une faible rentabilité, le conseil d'administration de la banque avait décidé d'approuver le versement d'un bonus aux employés dont les accomplissements personnels avaient contribué aux revenus de la banque.

Par courrier du 27 octobre 2008, X. a résilié son contrat de travail pour le 30 avril 2009. Le 22 décembre 2008, la banque a pris acte de la démission de la précitée et l'a libérée de son obligation de travailler avec effet au 1^{er} janvier 2009, écrivant qu'en raison de la résiliation de son contrat par la travailleuse, celle-ci ne pouvait plus prétendre au paiement d'un bonus. Les parties sont alors entrées en litige, en particulier sur le versement d'un bonus pour 2008 et d'un bonus au prorata pour 2009, X. soutenant que ceux-ci étaient des composantes variables de son salaire. Le 27 juillet 2009, X. a saisi l'autorité prud'homale de Genève d'une demande en paiement contre la banque concernant notamment le versement des bonus. Par jugement du 13 janvier 2011, le Tribunal des prud'hommes de Genève a rejeté la demande en paiement. Saisie d'un appel de la demanderesse, la Chambre des prud'hommes de la Cour de justice du canton de Genève, par arrêt du 24 novembre 2011, a confirmé le jugement attaqué en ce qui concerne la question des bonus. X. exerce un recours en matière civile au Tribunal fédéral contre l'arrêt cantonal.

Extraits des considérants:

5.

La recourante reproche pour finir à la cour cantonale d'avoir enfreint les art. 322 et 322d CO. Elle rappelle que, selon les circonstances spécifiques de chaque cas, le bonus octroyé par l'employeur peut être soit constitutif d'une gratification soit représenter un élément du salaire. A son sens, les réserves émises par l'intimée de manière identique d'année en année lors du paiement régulier des bonus constitueraient des formules vides de sens, dénuées de portée juridique. La recourante ajoute que les bonus qu'elle a encaissés ont toujours représenté un montant substantiel en comparaison de son salaire annuel fixe, ce qui établirait que lesdits bonus n'ont jamais constitué un élément accessoire de sa rémunération, permettant de les qualifier de gratification selon l'art. 322d CO. Elle affirme encore que la progressivité des bonus qui lui ont été octroyés renforce la conclusion selon laquelle ceux-ci doivent être qualifiés de salaires variables, et non de gratifications discrétionnaires.

5.1 Il est incontesté que les parties, entre le 15 mars 1999 et le 30 avril 2009, ont été liées par un contrat individuel de travail tel que l'entend l'art. 319 CO.

Dans un tel contrat, des règles différentes sont applicables au salaire (art. 322 CO), d'une part, et à une éventuelle gratification (art. 322d CO), d'autre part.

Le salaire, dont les critères de fixation sont énoncés par l'art. 322 al. 1 CO, est une prestation en argent versée en contrepartie du travail. Il se calcule en fonction du travail effectivement fourni, dans le cas du travail aux pièces ou à la tâche, ou en fonction du temps que le travailleur consacre à l'employeur (art. 319 al. 1 et 323b al. 1 CO). Dans le cas présent, les

plaidéurs sont expressément convenus d'un salaire annuel fixe, qui a régulièrement augmenté, car la recourante, au fil des ans, a été nommée par la banque à d'autres postes. En sus d'un salaire fixe, les parties peuvent encore convenir d'un salaire variable qui se calcule d'après le chiffre d'affaires ou le bénéfice de l'entreprise (art. 322a CO).

La gratification, au sens de l'art. 322d CO, est pour sa part une rétribution spéciale que l'employeur verse en plus du salaire, par exemple une fois par année. Elle se distingue du salaire, et en particulier d'un éventuel treizième mois de salaire, en ceci qu'elle dépend au moins partiellement du bon vouloir de l'employeur. Si le versement d'une gratification n'a pas été convenu du tout, que ce soit expressément ou par actes concluants, cette prestation est entièrement facultative (ATF 136 III 313 consid. 2; 131 III 615 consid. 5.2). Mais si un versement a été convenu, l'employeur est tenu d'y procéder; il jouit cependant d'une certaine liberté dans la fixation du montant à allouer (ATF 136 III 313 consid. 2 p. 317; 131 III 615 consid. 5.2 p. 620).

D'après la jurisprudence, il faut juger de cas en cas, sur le vu des circonstances pertinentes, si un bonus doit être considéré comme une gratification au sens de l'art. 322d CO ou comme un élément du salaire tel que le comprend l'art. 322 CO (ATF 136 III 313 consid. 2 p. 317).

En l'absence d'un accord explicite, la gratification est considérée comme convenue lorsque l'employeur l'a versée durant plus de trois années consécutives, sans qu'il y ait d'interruption et sans en réserver, par une déclaration adressée au travailleur, le caractère facultatif (ATF 131 III 615 consid. 5.2 p. 620; 129 III 276 consid. 2 p. 278 in fine). Selon les circonstances, la gratification peut être due alors même que, d'année en année, l'employeur a exprimé et répété une réserve à ce sujet (ATF 131 III 615 consid. 5.2 p. 621; 129 III 276 consid. 2.3 p. 280 s.; cf. toutefois les critiques doctrinales sur ce point: REHBINDER/STÖCKLI, *Berner Kommentar*, 2010, n° 8 ad art. 322d CO; GABRIEL AUBERT, *Commentaire romand*, Code des obligations I, 2003, n° 5 ad art. 322d CO; NATHALIE BORNOZ, *Les critères de distinction entre les diverses rémunérations accessoires*, in *Panorama en droit du travail*, RÉMY WYLER (éd.), 2009, p. 47–50).

La gratification doit rester accessoire par rapport au salaire et ne peut ainsi avoir qu'une importance secondaire dans la rétribution du travailleur. Par conséquent, un montant très élevé en comparaison du salaire annuel, égal ou même supérieur à ce dernier, et versé régulièrement, doit être considéré comme un salaire variable même si l'employeur en réservait le caractère facultatif. Dans le cas de salaires modestes, un montant proportionnellement moins élevé peut déjà présenter le caractère d'un salaire variable (ATF 131 III 615 consid. 5.2 et 5.3 p. 621; 129 III 276 consid. 2.1 p. 279 s.).

5.2

5.2.1 Il a été retenu souverainement (art. 105 al. 1 LTF) que ni la lettre d'engagement de la recourante, ni les courriers qui lui annonçaient

des augmentations de rémunération en raison de changement de poste ne mentionnaient l'existence de bonus. Le versement d'une gratification n'a ainsi pas été prévu de manière expresse par les parties contractantes.

Certes la recourante a perçu annuellement un bonus pour les années 1999 à 2007, soit pendant neuf ans. Mais l'intimée a empêché la naissance d'un droit au paiement de la gratification en assortissant le versement d'une réserve, à teneur de laquelle celui-ci était effectué sur une base facultative. L'intimée a renouvelé cette réserve chaque année, sauf dans la lettre informant du versement d'un bonus pour l'année 2007. Cette omission unique de renouveler la réserve en cause ne permet nullement de conclure à la passation d'un accord tacite entraînant l'obligation de verser à la demanderesse une gratification (ATF 129 III 276 consid. 2.2; RÉMY WYLER, *Droit du travail*, 2^e éd. 2008, p. 168).

Il n'est pas possible d'admettre que la réserve, constamment énoncée par l'intimée pour éviter la naissance du droit à la gratification qu'elle versait régulièrement, est devenue une formule vide, autrement dit que la réserve est devenue inefficace. En effet, il faut alors que la gratification ait été versée durant au moins dix ans (ATF 129 III 276 consid. 2.3). Or in casu, le bonus a été octroyé à la travailleuse pendant neuf ans.

Il est vrai que dans un précédent mentionné par la recourante (arrêt 4C.244/2004 du 25 octobre 2004 consid. 2.1), le Tribunal fédéral a considéré que les paiements de bonus en 1994, puis successivement année après année de 1996 à 1999, dont la quotité a passé de 65 000 fr. à 160 000 fr. entre 1996 à 1999, représentaient des éléments du salaire et non des gratifications, malgré les réserves formelles indiquant le pouvoir discrétionnaire de l'employeur de les accorder. Mais, dans cet arrêt, le versement d'un bonus, dépendant du volume d'affaires gérées par la travailleur et son groupe ainsi que des bénéfices de l'employeur, était prévu explicitement dans le contrat de travail. Comme on l'a vu, rien de tel ne figurait dans la lettre d'engagement de la recourante, de sorte que ce précédent n'est pas pertinent in casu.

Dans ces conditions, on ne saurait retenir que le paiement de gratifications annuelles a été convenu par actes concluants selon l'art. 322d CO.

Il faut également reconnaître que les bonus accordés à la recourante ont gardé une importance secondaire par rapport à ses salaires fixes, lesquels étaient largement supérieurs à la moyenne des salaires en Suisse, puisqu'ils ont dépassé la somme de 200 000 fr. dès 2002 pour atteindre près de 300 000 fr. en 2008. Ainsi, il a été retenu que les bonus alloués ont varié au cours des ans entre le 30% et le 63% des rémunérations fixes, ce qui représente un rapport moyen de 44% du salaire convenu. De tels bonus doivent être considérés comme accessoires aux salaires fixes lorsque ces derniers sont élevés.

5.2.2 Chacun des courriers de l'intimée annonçant à la recourante le paiement d'un bonus précisait que ne pouvaient en bénéficier que les col-

laborateurs dont le contrat de travail n'était pas résilié «au moment du paiement».

Il suit de là que l'employeur a subordonné le droit à la gratification à la condition que les rapports de travail ne soient pas résiliés lorsque le paiement de celle-ci devait intervenir, ainsi que l'admet la jurisprudence (arrêts 4A_502/2010 du 1^{er} décembre 2010 consid. 2.2, 4A_509/2008 du 3 février 2009 consid. 4.1, 4C.426/2005 du 28 février 2006 consid. 5.1).

Selon l'état de fait, le paiement du bonus 2008 devait intervenir le premier trimestre 2009. Dès l'instant où la recourante avait déjà démissionné le 27 octobre 2008, elle ne pouvait plus prétendre au versement d'un bonus pour 2008, et, a fortiori, encore moins, prorata temporis, pour l'année 2009. Le moyen pris d'une transgression des art. 322 et 322d CO est sans fondement.

Tribunal fédéral, Arrêt du 21 mai 2012, Doss.-N° 4A_93/2012 (Rejet du recours en matière civile interjeté contre l'arrêt de la Cour de justice du canton de Genève, Chambre civile, du 12 décembre 2011)

Renseignements erronés donnés à un employeur par l'office cantonal du travail.

Art. 9 et art. 28 LTr. Travail supplémentaire. L'employeur ne saurait se prévaloir envers une employée de renseignements erronés que lui a donnés l'office cantonal du travail concernant l'application de la loi fédérale sur le travail. En effet, admettre une telle conséquence équivaldrait à accepter que l'employeur puisse faire supporter directement à l'employée le préjudice qu'il a subi du fait des dispositions qu'il a prises lui-même sur la base des assurances (contraire à la loi) qu'il a personnellement reçues de l'autorité administrative. On ne saurait raisonnablement accepter une telle conséquence, ce d'autant plus qu'elle placerait l'employée dans une situation inextricable; en effet, de son côté, celle-ci n'a reçu aucune promesse de l'autorité administrative, et elle ne pourrait invoquer ni la protection de sa bonne foi ni aucun autre fondement juridique pour réclamer à l'Etat le préjudice mis à sa charge par l'employeur (c. 4.3).

Extraits des faits:

Le 1^{er} octobre 2005, X. (ci-après: l'employée) a été engagée en qualité de chef de clinique FMH par les Hôpitaux Universitaires de Genève (ci-après: les HUG). Le 28 août 2008, l'employée a mis un terme à son contrat de travail, avec effet au 31 décembre 2008. Elle a alors réclamé le paiement d'heures de travail supplémentaires pour les années 2005 à 2008 et chiffré sa réclamation à 37 332 fr. 55. Les HUG, par courrier du 14 mai 2009, ont contesté le décompte-horaire fourni par leur ancienne employée.

A la suite de l'extension de la loi sur le travail (LTr) aux médecins assistants (englobant les chefs de clinique avec ou sans titre FMH), les HUG ont précisé dans un «Aide-mémoire» que la LTr était applicable, sauf exceptions qui n'entrent ici pas en ligne de compte, aux collaborateurs des HUG dès le 1^{er} janvier 2005. Entre 2005 et 2006, l'Association des Médecins d'Institutions de Genève (ci-après: l'AMIG) s'est plainte à deux reprises auprès de l'Office cantonal de l'Inspection et des Relations du Travail (ci-après: l'OCIRT) du non-respect de la LTr dans les services des HUG.

Le 1^{er} novembre 2007, une rencontre a eu lieu entre les représentants de l'OCIRT, du Secrétariat d'Etat à l'Economie (SECO), de l'AMIG et des HUG avec pour objectif de régler les modalités d'application de la LTr pour les médecins internes et chefs de clinique au sein des HUG. Une dérogation à la durée hebdomadaire de 50 heures (cf. art. 9 LTr) a été discutée et différents aménagements ont été proposés par l'OCIRT. L'aménagement principal consistait à permettre aux HUG de calculer la durée maximale de travail de 50 heures sur deux semaines (solution du «lissage sur deux semaines»), et non seulement sur une semaine comme cela est prévu dans la LTr; la limite des 140 heures de travail supplémentaires par année ne devait pas être dépassée. Il résulte toutefois des constatations cantonales que l'AMIG n'a pas donné son accord formel pour que ces aménagements puissent être entérinés par le SECO. Le 7 novembre 2007, l'OCIRT a néanmoins demandé aux HUG d'organiser le travail des médecins-assistants et chefs de clinique selon les aménagements discutés lors de la séance du 1^{er} novembre 2007. L'OCIRT partait du principe que ces modalités d'application dérogeant à la LTr seraient introduites lors d'une modification de l'ordonnance correspondante envisagée par le SECO et elle fixait aux HUG un délai au 1^{er} octobre 2008 pour s'organiser en conformité avec ces aménagements. Le 14 décembre 2007, l'AMIG a réagi au courrier de l'OCIRT et sollicité l'intervention du SECO pour ordonner à l'autorité cantonale de prendre des mesures contre les HUG en vue d'assurer le respect de la LTr, en particulier la limite hebdomadaire fixée par l'art. 9 de la loi. Par la suite, l'Association Suisse des Médecins Assistants et Chefs de Clinique (par courrier du 15 février 2008) et l'AMIG (par courrier du 28 mars 2008) se sont adressés encore au SECO; ils se sont opposés à l'octroi en faveur des HUG d'une dérogation au titre de l'art. 28 LTr, contestant avoir donné leur accord formel. Le 8 avril 2008, le SECO a alors constaté que, compte tenu du refus de l'AMIG de consentir au lissage sur deux semaines, aucune dérogation à la LTr ne pouvait être donnée sur la base de l'art. 28 LTr. Le 15 avril 2008, l'OCIRT a informé les HUG que les propositions discutées lors de la séance du 1^{er} novembre 2007 ne pouvaient être retenues. Le 19 août 2008, les HUG ont confirmé, à la demande de l'OCIRT, s'être engagés à garantir l'application de la LTr aux médecins internes et chefs de clinique et ils ont informé l'autorité cantonale que leur nouvelle directive entrerait en vigueur le 1^{er} octobre 2008.

Devant la juridiction des prud'hommes, l'employée a assigné les HUG en paiement de 35 133 fr. 31, montant finalement réduit à 34 916 fr. 06, intérêts en sus, au titre de paiement de 423 heures de travail supplémentaires entre 2005 et 2008. Par jugement du 14 octobre 2010, le Tribunal des prud'hommes a condamné les HUG à verser à sa partie adverse la somme brute de 33 922 fr. 90, intérêts en sus. Sur appel des HUG, la Chambre des prud'hommes de la Cour de justice du canton de Genève, par arrêt du 12 décembre 2011, a confirmé le jugement entrepris et débouté les parties de toutes autres conclusions. Les HUG exercent un recours en matière civile au Tribunal fédéral contre l'arrêt cantonal du 12 décembre 2011.

Extraits des considérants:

4.

Les recourants soulignent que, dans leurs courriers respectifs, l'OCIRT et le SECO, qui a fait sienne la position de l'OCIRT, ont confirmé aux HUG qu'il leur était donné un délai au 1^{er} octobre 2008 pour la mise en conformité de la durée hebdomadaire de 50 heures, en moyenne sur deux semaines (solution du lissage), et de la limite des 140 heures de travail supplémentaires par année. Ils considèrent qu'ils étaient ainsi légitimés à se fonder sur les assurances reçues de l'OCIRT et du SECO quant aux modalités d'application de la LTr et à se prévaloir «du principe de la bonne foi, applicable aussi bien en droit privé qu'en droit public (art. 2 CC)».

4.1 A titre préalable, il faut constater que les recourants ne prétendent pas que l'OCIRT aurait pris une décision bénéficiant d'une force exécutoire, de sorte que le juge civil serait lié par la décision de l'autorité administrative. Sur ce point, ils ne contestent pas l'appréciation des magistrats cantonaux selon laquelle l'invitation de l'OCIRT du 7 novembre 2007, faite en vertu de l'art. 51 al. 1 LTr, constituait une simple intervention préalable de l'autorité. Ils laissent toutefois entendre que l'intervention de l'autorité administrative cantonale, confirmée dans un premier temps par le SECO, doit plutôt être assimilée à une promesse effective qui doit aujourd'hui être honorée par l'Etat et, partant, ne saurait être ignorée par le juge civil.

Il n'est en outre pas contesté que les chefs de clinique (y compris l'intimée) sont engagés par les HUG sur la base d'un contrat de droit privé (auquel les art. 319 ss CO s'appliquent) et que les recourants peuvent invoquer le respect du principe de la bonne foi vis-à-vis des autorités puisqu'ils agissent ici en qualité de simple employeur.

4.2 Le principe de la bonne foi était implicitement garanti par la Constitution fédérale du 29 mai 1974, sous l'angle du principe général de l'égalité de traitement (art. 4 aCst.). Il a été développé à l'origine sur la base des concepts propres au droit civil (cf. art. 2 CC), et a été étendu par la jurisprudence à l'ensemble des domaines du droit (ATF 83 II 345 consid. 2 p. 348 s.; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse,

Vol. II, Les droits fondamentaux, 2^e éd. 2006, p. 544 n. 1161; HANS MERZ, in Berner Kommentar, 1962, n^o 63 ss ad art. 2 CC; ELISABETH CHIARELLO, *Treu und Glauben als Grundrecht nach Art. 9 der schweizerischen Bundesverfassung*, thèse Berne 2004, p. 99 ss).

S'agissant de l'activité étatique (relation entre organes de l'Etat et particuliers), le principe de la bonne foi est dorénavant explicitement consacré par deux dispositions de la Constitution fédérale du 18 avril 1999, à savoir l'art. 5 al. 3 Cst. (obligation imposée à l'Etat) et l'art. 9 Cst., cette dernière disposition représentant un droit constitutionnel qui peut être invoqué par le justiciable (cf. ATF 136 I 254 consid. 5.2 p. 261; 126 II 377 consid. 3a p. 387; MÜLLER/SCHEFER, *Grundrechte in der Schweiz*, 4^e éd. 2008, p. 25; HÄFELIN/HALLER/KELLER, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 7^e éd. 2008, § 25 n. 820; CHIARELLO, *op.cit.*, p. 103 s.).

En ce qui concerne les relations entre organes de l'Etat et particuliers, le principe de la bonne foi doit donc être directement rattaché à ces dispositions de la nouvelle Constitution fédérale, qui prennent le relais de l'art. 2 CC (ou des principes supérieurs que l'on déduisait de cette disposition) (PAUL-HENRI STEINAUER, *Le Titre préliminaire du Code civil*, in TDPS II/1 2009, p. 183). Les recourants invoquent le principe de la bonne foi en rapport avec de prétendues assurances données par les autorités, et non dans le contexte d'une relation (de droit privé) entre particuliers. Il est donc douteux que leur moyen, tiré de l'art. 2 CC et non de l'art. 9 Cst., soit recevable (cf. art. 106 al. 2 LTF et supra consid. 1.2). Vu l'issue du recours, la question peut toutefois rester indécise.

4.3 Le principe de la bonne foi garantit à l'administré le droit d'être protégé dans la confiance que celui-ci place légitimement dans les assurances qu'il reçoit des autorités. L'administré peut, à certaines conditions, exiger de l'autorité qu'elle se conforme aux promesses ou aux assurances qu'elle lui a faites et ne trompe pas la confiance qu'il a légitimement placée dans celles-ci. De jurisprudence constante, ces conditions sont les suivantes. Il faut: a) que l'autorité soit intervenue dans une situation concrète à l'égard de personnes déterminées; b) qu'elle ait agi ou soit censée avoir agi dans les limites de sa compétence; c) que l'administré n'ait pu se rendre compte immédiatement de l'inexactitude de l'acte selon lequel il a réglé sa conduite; d) qu'il se soit fondé sur l'acte en question pour prendre des dispositions qui ne peuvent être modifiées sans préjudice; e) que la loi n'ait pas changé depuis le moment où l'assurance a été donnée (cf. ATF 131 II 627 consid. 6.1 p. 636 s. et les nombreuses références citées; récemment: arrêt 9C_429/2011 du 15 mars 2012 consid. 5.1).

La protection de la confiance qu'on peut avoir dans les assurances données ne peut produire d'effet direct que dans les rapports entre un particulier et les autorités, c'est-à-dire l'Etat (ATF 96 II 161 consid. 4b p. 169). Il en est ainsi, par exemple, lorsqu'une autorité à laquelle on a recouru admet un recours tardif pour la raison que la juridiction précédente avait iniqué par erreur à la partie intéressée que le délai de recours s'élevait à

trente jours, alors qu'il n'était que de vingt jours. Certes, dans cet exemple, la protection de la confiance produit un effet sur la partie adverse puisque cette partie doit procéder sur un moyen qui a été présenté tardivement; il ne s'agit toutefois que d'une simple conséquence de la protection (blosse Reflexwirkung des Schutzes) que l'autorité doit assurer à celui qui a demandé des instructions sur les voies de recours, cela en vertu du principe de la bonne foi qui régit les rapports existant entre elle et lui (cf. ATF 96 II 161 consid. 4b p. 169; BEATRICE WEBER-DÜRLER, Vertrauensschutz im öffentlichen Recht, thèse d'habilitation Bâle 1983, p. 148 et les références).

En l'occurrence, dans l'hypothèse où les conditions d'application du droit à la protection de la bonne foi seraient réalisées (cf. toutefois infra consid. 4.4), les recourants pourraient, dans leur rapport (direct) avec l'autorité administrative, se prévaloir des assurances que celle-ci leur a fournies. Ce n'est toutefois pas ce que veulent les recourants en l'espèce; ils tentent de donner un effet «transversal» à la protection de la confiance, se prévalant des assurances reçues pour écarter la prétention émise par l'employée (intimée) sur la base de son contrat de travail.

Il faut d'emblée rappeler que l'employée n'a pas participé à la «procédure» administrative durant laquelle des assurances (aménagements proposés par l'OCIRT) ont été données à son employeur. Elle fait valoir ses prétentions sur la base d'un contrat de travail conclu avec les HUG; le régime dérogatoire proposé par l'OCIRT aux HUG est totalement étranger à cette relation contractuelle qui est soumise aux dispositions impératives de la LTr (notamment l'art. 9 LTr).

Cela étant, la situation d'espèce est totalement différente du cas de figure traitant du renseignement erroné donné par l'autorité; le fait que l'employée ne puisse plus faire valoir ses prétentions, selon la thèse défendue par les recourants, n'est pas, comme dans le précédent évoqué, la «simple conséquence», pour l'employée, de la protection que l'autorité doit assurer à l'employeur à qui des promesses ont été faites. Force est ici de constater que les HUG voudraient lier (directement) les tribunaux civils par les assurances qu'elles ont reçues, dans une procédure distincte, de la part des autorités administratives afin de faire obstacle aux prétentions émises par l'employée sur la base de son contrat de travail. Un tel effet juridique sur les prétentions tirées d'une relation contractuelle liant des particuliers ne peut être déduit du principe de la bonne foi (cf. ATF 96 II 161 consid. 4b p. 169 s.). Admettre un tel effet équivaldrait à accepter que l'employeur puisse faire supporter directement à l'employée le préjudice qu'il a subi du fait des dispositions qu'il a prises lui-même sur la base des assurances (contraire à la loi) qu'il a personnellement reçues de l'autorité administrative. On ne saurait raisonnablement accepter une telle conséquence, ce d'autant plus qu'elle placerait l'employée dans une situation inextricable; en effet, de son côté, celle-ci n'a reçu aucune promesse de l'autorité administrative, et elle ne pourrait invoquer ni la protection de sa bonne foi (cf. arrêt 2C_771/2010 du 22 mars 2011 consid. 5.3) ni aucun

autre fondement juridique pour réclamer à l'Etat le préjudice mis à sa charge par l'employeur.

C'est donc à bon droit que la cour cantonale a considéré que le juge civil, qui devait prendre une décision sur les prétentions émises par l'intimée sur la base de son contrat de travail et des règles impératives de la LTr, n'était pas lié par les assurances données par l'autorité administrative.

4.4 Au demeurant, on peut encore rappeler qu'il incombe à l'administré qui entend se plaindre avec succès de la violation d'une promesse d'établir la réalisation de toutes les conditions dont dépend le droit à la protection de la bonne foi (ANDRÉ GRISEL, *Traité de droit administratif*, Vol. I, 1984, p. 390). Or, il découle des faits établis par la cour cantonale que, même à admettre la compétence de l'OCIRT (qui a reçu dans un premier temps l'appui du SECO) en l'espèce (cf. supra consid. 4.3 condition b), les recourants n'ont pas démontré qu'ils ne pouvaient s'apercevoir du caractère illégal de l'acte selon lequel ils ont réglé leur conduite (cf. supra consid. 4.3 condition c).

Il ressort clairement du texte légal (cf. art. 28 LTr) qu'il ne peut être dérogé aux prescriptions impératives de la LTr qu'avec l'accord des travailleurs (majorité des travailleurs intéressés ou de leurs représentants dans l'entreprise). Or, il résulte des constatations cantonales – qui lient le Tribunal fédéral (art. 105 al. 1 LTF) – que, lors de la séance du 1^{er} novembre 2007 durant laquelle l'aménagement des conditions d'application de la LTr a été discuté, les intervenants n'ont pas constaté d'accord de l'AMIG, représentant les travailleurs. Les HUG ne pouvaient ainsi se fier aveuglément aux propositions contenues dans la lettre de l'OCIRT du 7 novembre 2007 et adapter leur organisation selon les modalités d'application de la LTr exposées dans ce courrier, ces aménagements ne respectant manifestement pas les exigences de l'art. 28 LTr. En prêtant l'attention commandée par les circonstances, les HUG, par la simple lecture du texte légal (cf. ATF 5A_704/2011 du 23 février 2012 consid. 8.3.2), auraient dû s'apercevoir de l'erreur commise par l'OCIRT. Dans l'esprit des recourants, il ne pouvait y avoir aucun doute quant au désaccord de l'AMIG, cette association ayant encore expressément contesté, le 14 décembre 2007, la solution du lissage présentée par l'OCIRT (cf. également supra consid. 3.2). Le caractère illégal de l'assurance donnée par l'administration était donc patent et il importe peu à cet égard que la position de l'OCIRT ait été, dans un premier temps, confirmée par le SECO (celui-ci affirmant finalement, le 8 avril 2008, qu'aucune dérogation ne pouvait être octroyée, compte tenu du refus de l'AMIG). Le moyen, pour autant qu'il soit recevable, doit être déclaré mal fondé.

Bundesgericht, Urteil vom 24. Mai 2012, Doss.-Nr. 4A_685/2011 (Aufhebung des Urteils des Obergerichts des Kantons Schaffhausen vom 23. September 2011)

Fristlose Entlassung einer Kaderperson, Art. 337 OR; mutwillige Prozessführung. Auch in den unentgeltlichen Verfahren – wie dem Entscheidverfahren bei Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis bis zu einem Streitwert von Fr. 30 000 (Art. 114 lit. c ZPO) – können bei böser oder mutwilliger Prozessführung die Gerichtskosten einer Partei auferlegt werden (Art. 115 ZPO). Mutwilligkeit setzt neben der objektiv feststellbaren Aussichtslosigkeit des Prozesses zusätzlich noch das subjektive Element voraus, dass das Verfahren wider besseres Wissen betrieben wurde. Das Merkmal der Aussichtslosigkeit für sich allein lässt einen Prozess noch nicht als leichtsinnig oder mutwillig erscheinen. Es bedarf vielmehr des zusätzlichen subjektiven und tadelnswerten Elements, dass die Partei die Aussichtslosigkeit bei der ihr zumutbaren vernunftgemässen Überlegung ohne weiteres erkennen konnte, den Prozess aber trotzdem führt. I.c. verneint (E. 6.2).

Sachverhalt:

A. (Beschwerdeführer) war ab 1. Juli 1997 durch die YZ. AG als Geschäftsführer der in Tschechien domizilierten YQ. angestellt worden. Am 8. Mai 2003 wurde das Anstellungsverhältnis rückwirkend per 30. April 2003 aufgelöst. Mit Wirkung ab 1. Juli 2003 war der Beschwerdeführer in geschäftsführender Funktion bei der Firma X. AG (Beschwerdegegnerin) tätig. Diese kündigte das Arbeitsverhältnis am 4. September 2006 namentlich infolge Verdachts auf betrügerische Handlungen fristlos. Der Beschwerdeführer bestritt in der Folge die gegen ihn erhobenen Vorwürfe.

Am 5. Dezember 2006 klagte der Beschwerdeführer beim Kantonsgericht Schaffhausen eine arbeitsvertragliche Forderung in Höhe von Fr. 29 999.– nebst Zins zu 5% seit dem 4. September 2006 ein. Als Begründung gab er an, die Beschwerdegegnerin schulde ihm wegen ungerechtfertigter fristloser Entlassung die Monatslöhne September 2006 bis Januar 2007 zuzüglich Spesen (im Betrag von Fr. 20 500.–), den 13. Monatslohn für das ganze Jahr 2006 und anteilmässig für Januar 2007 (im Betrag von Fr. 4441.65) sowie Lohnersatz gemäss Art. 337c Abs. 3 OR. Nach Durchführung einer Haupt- und einer Beweisverhandlung wies das Kantonsgericht die Klage mit Urteil vom 27. Januar 2011 ab; auf Grund mutwilliger Klageführung auferlegte es dem Beschwerdeführer Verfahrenskosten in Höhe von insgesamt Fr. 14 410.– (Fr. 6000.– Staatsgebühr und Fr. 8410.– Barauslagen) sowie eine zuhanden der Beschwerdegegnerin zu leistende Parteientschädigung von Fr. 17 000.–. Es erwog dabei zusammenfassend, dass der Beschwerdeführer unberechtigt, d.h. ohne Einverständnis der Beschwerdegegnerin, mit sich selber einen zweiten Arbeits-

vertrag als Geschäftsführer der YQ. abgeschlossen und sich so ein zweites Gehalt habe auszahlen lassen. Zudem habe er während seiner Tätigkeit bei der YQ. von der Firma R. monatliche Bonuszahlungen für Treibstoffeinkäufe im Betrag von durchschnittlich 20 000.– Tschechischen Kronen (CZK; entspricht etwa Fr. 1000.– [vgl. <http://de.exchange-rates.org/Rate/CHF/CZK>, besucht am 30. März 2012]) für sich selbst behalten, welche der Arbeitgeberin zugestanden hätten. Diese zwei Verfehlungen stellten wichtige Gründe dar, welcher jeder für sich eine fristlose Kündigung des Arbeitsvertrages durch die Beschwerdegegnerin rechtfertigte. Die dagegen erhobene Berufung wies das Obergericht des Kantons Schaffhausen ab (Urteil vom 23. September 2011, Dispositiv-Ziffer 1); allein der Umstand, dass der Beschwerdeführer während seiner Tätigkeit für die YQ. Bonuszahlungen für Treibstoffeinkäufe in der Höhe von rund CZK 20 000.– monatlich für sich behalten habe, anstatt sie der Arbeitgeberin abzuliefern, sei objektiv geeignet gewesen, das gegenseitige Vertrauen der Vertragsparteien zu zerstören. Durch sein Verhalten habe der Beschwerdeführer somit einen wichtigen Grund gesetzt, der die Beschwerdegegnerin berechtigt habe, ihm fristlos zu kündigen. Es verpflichtete den Beschwerdeführer – in gleichzeitiger Bestätigung der vorinstanzlichen Kosten- und Entschädigungsaufgabe – zufolge mutwilliger Prozessführung zur Bezahlung einer Staatsgebühr von Fr. 3000.– (Dispositiv-Ziffer 2) sowie eines Parteikostenersatzes von Fr. 2511.85 (Dispositiv-Ziffer 3). Der Beschwerdeführer gelangt ans Bundesgericht.

Aus den Erwägungen:

6.

Der Beschwerdeführer beanstandet ferner die vor Erst- und Zweitinstanz auf Grund mutwilliger Prozessführung erfolgte Kostenregelung.

6.1 Da das Verfahren mit Einreichung der Klage vom 5. Dezember 2006 bei Inkrafttreten der Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (Zivilprozessordnung, ZPO; SR 272) vor dem Kantonsgericht bereits rechtshängig war, galt das bisherige Verfahrensrecht (Art. 404 Abs. 1 ZPO). Gemäss aArt. 343 Abs. 3 OR (in Kraft gestanden bis 31. Dezember 2010) dürfen den Parteien bei Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis bis zu einem Streitwert von Fr. 30 000.– grundsätzlich weder Gebühren noch Auslagen des Gerichts auferlegt werden; jedoch kann das Gericht bei mutwilliger Prozessführung gegen die fehlbare Partei Bussen aussprechen und ihr Gebühren und Auslagen des Gerichts ganz oder teilweise auferlegen.

Im Zeitpunkt der Eröffnung des kantonsgerichtlichen Urteils Ende Januar 2011 stand die neue eidgenössische ZPO demgegenüber bereits in Kraft, sodass auf das nachfolgende Berufungsverfahren vor dem Obergericht deren Bestimmungen Anwendung fanden (Art. 405 Abs. 1 ZPO; BGE 137 III 130 E. 2 S. 131 f.). Danach werden gemäss Art. 114 lit. c ZPO im

Entscheidungsverfahren bei Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis bis zu einem Streitwert von Fr. 30 000.– keine Gerichtskosten gesprochen. Darunter fallen auch kantonale Rechtsmittelverfahren. Eine Ausnahme stipuliert Art. 115 ZPO, welcher die Möglichkeit einer Kostenauflegung bei böser oder mutwilliger Prozessführung auch in den unentgeltlichen Verfahren vorsieht.

6.2 Mutwilligkeit setzt neben der objektiv feststellbaren Aussichtslosigkeit des Prozesses zusätzlich noch ein subjektives Element voraus. Das Verfahren muss wider besseres Wissen oder zumindest wider die von der betroffenen Person nach Lage der Dinge zu erwartende Einsicht betrieben worden sein. Die Erhebung einer aussichtslosen Beschwerde darf einer leichtsinnigen oder mutwilligen Beschwerdeführung nicht gleichgesetzt werden. Das Merkmal der Aussichtslosigkeit für sich allein lässt einen Prozess noch nicht als leichtsinnig oder mutwillig erscheinen. Vielmehr bedarf es zusätzlich des beschriebenen subjektiven – tadelnswerten – Elements, dass die Partei die Aussichtslosigkeit bei der ihr zumutbaren vernunftgemässen Überlegung ohne weiteres erkennen konnte, den Prozess aber trotzdem führt (Urteil [des Bundesgerichts] 8C_903/2008 vom 27. März 2009 E. 4.1 mit Hinweisen). Die Gerichtspraxis zu aArt. 343 Abs. 3 OR bejahte Mutwilligkeit nur mit Zurückhaltung bei Vorliegen spezieller Konstellationen (zum Ganzen etwa VIKTOR RÜEGG, in: Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2010, N. 1 und 2 [mit weiteren Hinweisen] zu Art. 115 ZPO).

6.2.1 Im Klageverfahren wurde die Prozessführung durch den anwaltlich vertretenen Beschwerdeführer vor dem Hintergrund, dass er sich erwiesenermassen unberechtigt zwei Löhne habe auszahlen lassen und Bonuszahlungen von einem Lieferanten für sich einbehalten habe, welche der YQ. zugestanden hätten, als mutwillig beurteilt. Ihm hätte, nachdem die an ihn gerichtete Kündigung vom 4. September 2006 mit betrügerischen Handlungen sowie seiner Geschäftsführertätigkeit in einer zweiten Firma begründet worden war, bewusst sein müssen, dass die fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses durch die Beschwerdegegnerin gerechtfertigt gewesen sei.

Dem kann nicht beigespflichtet werden. Entgegen der Betrachtungsweise der ersten Instanz belegt insbesondere die Tatsache, dass der Grossteil der dem Beschwerdeführer seitens seiner ehemaligen Arbeitgeberin vorgeworfenen Verfehlungen im Rahmen des Beweisverfahrens unbewiesen blieben, keine geradezu unhaltbare Prozessführung. Der Umstand, dass die Klage letztendlich infolge zweier Pflichtverletzungen abgewiesen und damit als aussichtslos bezeichnet wurde, lässt für sich allein noch keinen Rückschluss auf mutwilliges Verhalten zu, zumal die zweite Instanz lediglich noch eine Verfehlung als ausgewiesen erachtete. Die entsprechenden Gerichtskosten von gesamthaft Fr. 14 410.– verstossen gegen aArt. 343 Abs. 3 OR und sind daher aufzuheben.

6.2.2 Das Obergericht betrachtete die Einleitung von Klage- und Berufungsverfahren sodann ebenfalls – in Übereinstimmung mit der kan-

tonsgerichtlichen Argumentation – als mutwillig erfolgt und verpflichtete den Beschwerdeführer zur Bezahlung von Staatsgebühren in Höhe von Fr. 3000.–.

Aus den bereits hiavor dargelegten Gründen kann auch für das diesbezügliche Verfahren nicht von einem wider besseres Wissen eingelegten Rechtsmittel ausgegangen werden. Die Erhebung von Gerichtskosten ist demnach, da nicht mit Art. 114 lit. c ZPO vereinbar, unrechtmässig. In teilweiser Gutheissung der Beschwerde ist mithin Dispositiv-Ziffer 2 des angefochtenen Urteils aufzuheben und in dem Sinne neu zu fassen, dass keine Gerichtskosten erhoben werden.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen. Dispositiv-Ziffer 2 des Urteils des Obergerichts des Kantons Schaffhausen vom 23. September 2011 wird aufgehoben und wie folgt neu gefasst: «2. Es werden keine Gerichtskosten erhoben.»

Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

Bundesgericht, Urteil vom 31. Mai 2012, Doss.-Nr. 4A_101/2012 (Bestätigung des Beschlusses und Urteils des Obergerichts des Kantons Zürich vom 23. Dezember 2011)

Fristlose Kündigung, Art. 337 OR; Abgangsentschädigung, Art. 339b OR. Art. 362 OR bestimmt, dass durch Abrede, Normal- oder Gesamtarbeitsvertrag zuungunsten des Arbeitnehmers nicht von den Voraussetzungen der Abgangsentschädigung nach Art. 339b OR abgewichen werden darf. Daraus folgt e contrario, dass insoweit vertragliche Abweichungen zugunsten des Arbeitnehmers zulässig sind. Somit kann vertraglich auf die Voraussetzung des Mindestalters des Arbeitnehmers (mindestens 50 Jahre) oder der Mindestdauer des Arbeitsverhältnisses (20 Dienstjahre) verzichtet werden, was (in beiden Fällen) der vorliegenden Regelung der Abgangsentschädigung entspricht. Vereinbarungen betreffend die Voraussetzungen einer Abgangsentschädigung ändern jedoch – gleich wie Vereinbarungen betreffend die Höhe der Abgangsentschädigung gemäss Art. 339c Abs. 1 OR – nichts an der Anwendbarkeit von Art. 339c Abs. 3 OR. Nach diesem Absatz kann die Abgangsentschädigung wegfallen, wenn – wie vorliegend – das Arbeitsverhältnis vom Arbeitgeber aus wichtigem Grund fristlos aufgelöst wurde. Es war daher nicht willkürlich zu verneinen, vorliegend hätten die Parteien eine vertragliche Abgangsentschädigung vereinbart, auf die Art. 339c OR nicht anwendbar sei (E. 3.3 und 3.4).

Sachverhalt:

Die von A. und B. gegründete Y. AG (Arbeitgeberin) betreibt in Zürich den Nachtclub Y. Als Managerin für den Nachtclub stellte sie ab dem 1. Dezember 2007 X. (Arbeitnehmerin) an. Sie ist die Freundin von B., der für die Arbeitgeberin sowohl den Arbeitsvertrag vom 1. Dezember 2007 als auch den Abänderungsvertrag vom 14. Januar 2008 unterzeichnete, der in Ziff. 9 (Besondere Vereinbarungen) eine Abgangsentschädigung in der Höhe von drei Monatsgehältern vorsah. B. schied jedoch bald nach der Gründung der Arbeitgeberin zufolge eines Streits mit A. aus der Gesellschaft aus. In diesem Zusammenhang wurde am 22. April 2008 der Arbeitgeberin bzw. deren Mitarbeitern für ihr Büro in der Liegenschaft der C. AG, die von B. und seiner Mutter beherrscht wird, ein Hausverbot erteilt. In der Zeit vom 1. bis 5. Mai 2008 sandte A. als Verwaltungsratspräsident der Arbeitgeberin und Vorgesetzter der Arbeitnehmerin dieser per E-Mail vier Abmahnungen, in denen ihr namentlich Verspätungen und unentschuldigte Abwesenheiten am Arbeitsort vorgeworfen wurden. Vom 5. Mai 2008 bis und mit 20. Juni 2008 war die Arbeitnehmerin krankgeschrieben. Sie nahm jedoch die Arbeit erst am 25. Juni 2008 wieder auf und erschien an diesem Tag zudem verspätet am Arbeitsplatz, weshalb ihr die Arbeitgeberin am frühen Nachmittag ein Abmahnungsschreiben übergab. Am späteren Nachmittag sprach die Arbeitnehmerin mit A. und dessen Anwalt Dr. D. im oberen Stock des Y. zunächst über Aktien der Arbeitgeberin, die A. nach Auffassung der Arbeitnehmerin noch nicht bezahlt hatte. Daraufhin besprach Dr. D. mit der Arbeitnehmerin die Möglichkeit einer einvernehmlichen Beendigung des Anstellungsverhältnisses, während A. im unteren Geschoss wartete. Nachdem der Versuch einer Einigung gescheitert war, begab sich Dr. D. nach unten zu A. Die Arbeitnehmerin verliess das Y. für kurze Zeit und hielt sich nach ihrer Rückkehr in der Nähe von Dr. D. und A. auf, der sie bat, sich zu entfernen. Dieser Bitte kam die Arbeitnehmerin nicht nach. Auf dieselbe Aufforderung Dr. Ds. antwortete sie sinngemäss, sie könne sich aufhalten, wo sie wolle. Daraufhin sprach Dr. D. die fristlose Entlassung aus, die nachträglich u.a. wegen Pflichtwidrigkeiten gemäss diversen Abmahnungen begründet wurde.

Mit Klage vom 15. August 2008 belangte die Arbeitnehmerin die Arbeitgeberin vor dem Arbeitsgericht Zürich auf Zahlung von Fr. 47 597.50 netto nebst Zins, vorbehältlich einer nachträglichen Reduktion im Fall des Antritts einer Stelle vor Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist sowie von Fr. 13 000.– nebst 5% Zins seit dem 25. Juni 2008. Das Arbeitsgericht hiess die Klage im Umfang von Fr. 46 059.40 netto nebst 5% Zins seit 26. Juni 2008 gut. Es erachtete die fristlose Kündigung für ungerechtfertigt und sprach daher der Arbeitnehmerin den Nettolohn bis Ende September 2008 einschliesslich des 13. Monatslohnes sowie der vertraglichen Abgangsentschädigung in der Höhe von drei Monatslöhnen zu, je zuzüglich Verzugszins. Die Forderung auf eine Entschädigung wegen ungerechtfertig-

tigter fristloser Entlassung nach Art. 337c Abs. 3 OR wies es dagegen ab. Auf Berufung der Arbeitgeberin hin merkte das Obergericht mit Beschluss und Urteil vom 23. Dezember 2011 vor, dass das Urteil des Arbeitsgerichts in Rechtskraft erwachsen war, soweit damit die Klage im Fr. 46 049.40 netto zuzüglich Zins übersteigenden Umfang abgewiesen wurde, und es verpflichtete die Arbeitgeberin, der Arbeitnehmerin Fr. 9551.95 netto zuzüglich 5% Zins seit 26. Juni 2008 zu bezahlen. Im Mehrbetrag wies es die Klage ab. Die Arbeitnehmerin (Beschwerdeführerin) beantragt dem Bundesgericht mit Beschwerde in Zivilsachen, das Urteil des Obergerichts aufzuheben und die Arbeitgeberin (Beschwerdegegnerin) entsprechend dem Urteil des Arbeitsgerichts zur Zahlung von Fr. 46 059.40 netto zuzüglich 5% Zins seit dem 26. Juni 2008 zu verpflichten, eventuell zur Zahlung von Fr. 27 872.20 netto zuzüglich 5% Zins seit dem 26. Juni 2008.

Aus den Erwägungen:

2.3.1 Die im Zeitraum vom 1. bis 5. Mai 2008 erfolgte Kaskade von Abmahnungen, die teilweise ausgesprochen wurden, ohne dass eine Reaktion der Beschwerdeführerin abgewartet bzw. möglich gewesen wäre, qualifizierte die Vorinstanz insgesamt als eine Verwarnung. Zu den darin geltend gemachten Pflichtwidrigkeiten erwog die Vorinstanz, zumindest die Rüge betreffend Verspätung beim Termin «Bombay Sapphire» sei begründet gewesen. Weiter habe sich ergeben, dass die Beschwerdeführerin ohne formelle Bewilligung am Wochenende des 3./4. Mai 2008 nicht zur Arbeit erschienen sei und dass sie für diese Tage auch keine Arbeitsunfähigkeit nachweisen konnte. Der diesbezügliche Vorwurf sei somit berechtigt gewesen, ebenso wie die wegen vorzeitigen Verlassens des Arbeitsplatzes am 30. April 2008 ausgesprochene förmliche Verwarnung der Beschwerdeführerin.

2.3.2 Inwiefern die Vorinstanz gegen Bundesrecht verstossen haben soll, wenn sie in den in einem engen Zeitraum ergangenen Ermahnungen, die durch das Verhalten der Beschwerdeführerin begründet waren, eine einzige rechtsrelevante Verwarnung erblickte, zeigt die Beschwerdeführerin nicht auf und ist nicht ersichtlich. Selbst wenn die Beschwerdegegnerin in ihren Abmahnungen zum Teil unberechtigte Vorwürfe erhoben haben sollte, bedeutet dies entgegen der Meinung der Beschwerdeführerin nicht, dass deswegen die durch ihr Fehlverhalten veranlassten Verwarnungen bedeutungslos geworden wären. Wird berücksichtigt, dass sie am 25. Juni 2008 wegen unbegründeten Nichterscheins bzw. verspäteten Erscheinens bei der Arbeit verwarnt wurde, liegt insoweit eine mehrfache Verwarnung vor.

2.4 Weiter erwog die Vorinstanz, zwar könnte das der fristlosen Kündigung unmittelbar vorangegangene Verhalten der Beschwerdeführerin, deren patzige Antwort und ihr Widerstand gegenüber der Aufforderung, sich zu entfernen, isoliert betrachtet keinen wichtigen Grund im Sinne von Art. 337 OR darstellen. Die Lage präsentiere sich indessen anders, wenn

berücksichtigt werde, dass die Beschwerdeführerin bereits anfangs Mai 2008 sowie gleichentags, nur Stunden vor der Entlassung, ausdrücklich disziplinarisch abgemahnt worden sei. Sie habe sich – immerhin in der Funktion als «Managerin» der Beschwerdegegnerin – in Anwesenheit weiterer Angestellter einer klaren Anweisung ihres Vorgesetzten widersetzt. Durch diese Respektlosigkeit habe sie ein weiteres Mal deutlich gemacht, dass sie nicht geneigt oder in der Lage gewesen sei, sich im Betrieb von A. unterzuordnen. Ihr Verhalten sei als gleichartige, wenn auch deutlich mildere Verfehlung anzusehen, wie sie bereits Thema der gleichentags sowie anfangs Mai 2008 erfolgten Verwarnungen gewesen sei. Zusammen mit dem Verhalten seit dem 21. Juni 2008 (Ankündigung der Wiederaufnahme der Arbeit erst auf den 24. Juni 2008 trotz bereits per 21. Juni 2008 wieder erlangter Arbeitsfähigkeit; tatsächliche und erst noch verspätete Arbeitsaufnahme erst am 25. Juni 2008 sowie provozierende Mails in patzigem Ton in diesem Zusammenhang), und vor dem Hintergrund der disziplinarischen Abmahnung von anfangs Mai 2008 habe das Verhalten der Beschwerdeführerin vom Nachmittag des 25. Juni 2008 objektiv genügt, um das Vertrauen der Beschwerdegegnerin endgültig zu zerstören. Im Hinblick auf die relativ kurze Dauer des Arbeitsverhältnisses von knapp sieben Monaten, die dreimonatige Kündigungsfrist und die relativ hohe Abgangsentschädigung von drei Monatslöhnen bei ordentlicher Kündigung sei der Beschwerdegegnerin die Weiterführung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist nicht zumutbar gewesen, zumal der ordnungsmässige Betrieb des Unternehmens durch die fehlende Zusammenarbeit der Beschwerdeführerin mit ihrem Vorgesetzten, dem Verwaltungsratspräsidenten der Beschwerdegegnerin, fraglos massgeblich beeinflusst worden sei.

2.5 Diese Einschätzung hält vor Bundesrecht stand. Auch wenn das widerborstige Verhalten der Beschwerdeführerin unmittelbar vor der Entlassung oberflächlich betrachtet nicht mit den im Mai 2008 abgemahnten unbegründeten Absenzen und dem vorzeitigen Verlassen ihres Arbeitsplatzes übereinstimmt, ist doch unverkennbar, dass die Beschwerdeführerin mehrfach ein die Anordnungen von A. missachtendes Verhalten an den Tag legte, welches die Mahnungen und letztlich auch die fristlose Entlassung auslöste. Dass die Beschwerdegegnerin der Beschwerdeführerin eine einvernehmliche Trennung vorgeschlagen hat, musste dieser vor Augen geführt haben, dass sie nicht mehr mit dem Wohlwollen der Beschwerdegegnerin rechnen konnte. Indem die Beschwerdeführerin sich kurz nach Ablehnung des betreffenden Angebots und trotz der Warnungen eine Weisung ihres Vorgesetzten missachtete, brachte sie zum Ausdruck, dass sie generell nicht bereit war, ihr Verhalten seinen Wünschen anzupassen. Unter diesen Umständen hat die Vorinstanz das ihr zustehende Ermessen nicht überschritten, wenn sie annahm, der Beschwerdegegnerin sei die Fortführung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist nicht zumutbar gewesen. Die Vorbringen der Beschwerdeführe-

rin, mit welchen sie dem Bundesgericht ihre eigene oder die Sicht des Arbeitsgerichts unterbreitet, vermögen an diesem Ergebnis nichts zu ändern.

3.

3.1 Endigt ein Arbeitsverhältnis eines mindestens 50 Jahre alten Arbeitnehmers nach 20 oder mehr Dienstjahren, so hat ihm der Arbeitgeber eine Abgangsentschädigung auszurichten (Art. 339b Abs. 1 OR). Die Höhe der Entschädigung kann durch schriftliche Abrede, Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag bestimmt werden, darf aber den Betrag nicht unterschreiten, der dem Lohn des Arbeitnehmers für zwei Monate entspricht (Art. 339c Abs. 1 OR). Die Entschädigung kann herabgesetzt werden oder wegfallen, wenn das Arbeitsverhältnis vom Arbeitnehmer ohne wichtigen Grund gekündigt oder vom Arbeitgeber aus wichtigem Grund fristlos aufgelöst wird, oder wenn dieser durch die Leistung der Entschädigung in eine Notlage versetzt würde (Art. 339c Abs. 3 OR).

3.2 Gestützt auf Art. 339c OR nahm die Vorinstanz an, aus dem Umstand, dass die fristlose Entlassung zu Recht erfolgt sei, folge, dass die vertragsgemässe Abgangsentschädigung nicht geschuldet sei.

3.3 Die Beschwerdeführerin wendet ein, Art. 339c OR beziehe sich auf gesetzliche Abgangsentschädigungen gemäss Art. 339b OR, welche ein Mindestalter des Arbeitnehmers und eine Mindestdauer des Arbeitsverhältnisses voraussetze. Vorliegend hätten die Parteien jedoch eine vertragliche Abgangsentschädigung vereinbart, auf die Art. 339c OR nicht anwendbar sei. Der Wortlaut der Vereinbarung: «Abgangsentschädigung in Höhe von 3 Monatsgehältern», mache klar, dass diese Entschädigung bei Auflösung des Arbeitsverhältnisses in jedem Fall geschuldet sei.

3.4 Art. 362 OR bestimmt, dass durch Abrede, Normal- oder Gesamtarbeitsvertrag zuungunsten des Arbeitnehmers nicht von den Voraussetzungen der Abgangsentschädigung nach Art. 339b OR abgewichen werden darf. Daraus folgt *e contrario*, dass insoweit vertragliche Abweichungen zugunsten des Arbeitnehmers zulässig sind. Somit kann vertraglich auf die Voraussetzung des Mindestalters des Arbeitnehmers oder der Mindestdauer des Arbeitsverhältnisses verzichtet werden, was der vorliegenden Regelung der Abgangsentschädigung entspricht. Vereinbarungen betreffend die Voraussetzungen einer Abgangsentschädigung ändern jedoch – gleich wie Vereinbarungen betreffend die Höhe der Abgangsentschädigung gemäss Art. 339c Abs. 1 OR – nichts an der Anwendbarkeit von Art. 339c Abs. 3 OR, der die Kürzung oder den Wegfall der Entschädigung regelt. Die Vorinstanz ist demnach mangels einer abweichenden Parteivereinbarung zu Recht von der Anwendbarkeit von Art. 339c Abs. 3 OR ausgegangen. Dass die Vorinstanz dabei Bundesrecht verletzte, indem sie die Abgangsentschädigung nicht bloss kürzte, sondern ganz wegfallen liess, macht die Beschwerdeführerin nicht geltend und ist in Anbetracht des Umstandes, dass das Arbeitsverhältnis bloss sieben Monate gedauert hat, auch nicht ersichtlich.

3.5 Da die Vorinstanz den Anspruch auf eine Abgangsentschädigung in Anwendung von Art. 339c Abs. 3 OR und nicht gestützt auf einen über-

einstimmenden Parteiwillen verneinte, ist die Rüge, die Vorinstanz habe den Parteien einen solchen Willen ohne jegliche Anhaltspunkte und damit willkürlich unterstellt, gegenstandslos.

4.

Aus den dargelegten Gründen erweist sich die Beschwerde als unbegründet und ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

Bundesgericht, Urteil vom 6. Juni 2012, Doss.-Nr. 4A_629/2011 (Bestätigung des Urteils des Kantonsgerichts Schwyz vom 30. August 2011)

Günstigkeitsprinzip, Art. 357 Abs. 2 OR. Gruppenvergleich. I.c. haben die Parteien mit der bewussten Beibehaltung der Wochenarbeitszeit von 45 Stunden eine stillschweigende, von der GAV-Regelung (41 Stunden) abweichende Vereinbarung getroffen. Der durchgeführte Günstigkeitsvergleich, bei dem auf den vier Mehrstunden pro Woche ein Überstundenzuschlag auf der Basis des effektiven Lohnes berücksichtigt wurde, ergab, dass der Arbeitnehmer durch die konkludente Abrede eine lohnmäßige Besserstellung erfuhr, sodass eine Verletzung von Art. 357 Abs. 2 OR zu verneinen war (E. 4 und 5.2.2).

Sachverhalt:

C. (Beschwerdeführer) war vom 23. März 1998 bis zu seiner Frühpensionierung am 31. Juli 2007 als Konstruktionsschlosser bei der X. AG (Beschwerdegegnerin) angestellt. Ein schriftlicher Arbeitsvertrag wurde nicht abgeschlossen. Mündlich vereinbarten die Parteien eine wöchentliche Arbeitszeit von 45 Stunden und einen Bruttomonatslohn von anfänglich Fr. 5000.– (ab 2004: Fr. 5500.–, ab 2005: Fr. 5600.–, ab 2006: Fr. 5650.– und ab 2007: Fr. 5700.–).

Am 26. Juni 2009 reichte C. beim Bezirksgericht March, Lachen, Klage gegen die X. AG ein und beantragte, diese habe ihm Fr. 28 944.80 (aufgeteilt in Fr. 24 785.35 Überstundenabgeltung und Fr. 3859.45 Entschädigung für nicht bezogene Ferientage sowie Fr. 300.– Vermittlungsgebühr) nebst Zins zu 5% seit 1. April 2007 zu bezahlen. In ihrer Klageantwort vom 18. September 2009 anerkannte die X. AG die Forderung für nicht bezogene Ferien der Jahre 2005 und 2006 im Betrag von Fr. 2592.15, beantragte aber im Übrigen die Abweisung der Klage. Die ehemalige Arbeitgeberin überwies die anerkannte Summe am 10. Dezember 2009 an C. Nach Durchführung eines zweiten Schriftenwechsels hiess das Bezirksgericht die Klage mit Einzelrichterentscheid vom 28. Februar 2011 teilweise gut und verpflichtete die X. AG, C. Fr. 3859.45 brutto (abzüglich Sozialversicherungsbeiträge für AHV/IV/EO und ALV) nebst Zins zu 5% seit 1. August 2007 auf dem sich für Fr. 1267.30 ergebenden Nettobetrag, sowie 5% Zins auf dem sich für Fr. 2592.15 ergebenden Nettobetrag für die

Zeit vom 1. August 2007 bis 10. Dezember 2009 zu bezahlen, wobei die X. AG berechtigt sei, davon den am 10. Dezember 2009 bereits bezahlten Betrag von Fr. 2592.15 in Abzug zu bringen; im Übrigen wies es die Klage ab. In teilweiser Gutheissung der dagegen von C. erhobenen Berufung hob das Kantonsgericht Schwyz Dispositiv-Ziffer 1 des Bezirksgerichtsentscheids auf und verpflichtete die X. AG zur Bezahlung von Fr. 1421.15, vermindert um die von C. geschuldeten Sozialabzüge auf dem massgeblichen Lohn, nebst Zins zu 5% ab 1. August 2007 bis 10. Dezember 2009 zusätzlich auf Fr. 2592.15; im Übrigen wies es die Klage ab, soweit sie nicht als durch Anerkennung erledigt abgeschrieben wurde (Entscheid vom 30. August 2011). C. lässt Beschwerde in Zivilsachen führen und das Rechtsbegehren stellen, in Abänderung des Kantonsgerichtsentscheids sei die X. AG zu verpflichten, ihm weitere Fr. 24 785.35 brutto (gesamthaft Fr. 26 206.50), vermindert um die vom Arbeitnehmer geschuldeten Sozialabzüge auf dem massgeblichen Lohn, nebst Zins zu 5% seit 1. August 2007 zu bezahlen.

Aus den Erwägungen:

3.

Vor Bundesgericht ist einzig noch die Überstundenentschädigung umstritten. Bereits im vorinstanzlichen Verfahren waren sich die Parteien einig, dass sie zu Beginn des Arbeitsverhältnisses mündlich eine Wochenarbeitszeit von 45 Stunden verabredet hatten. Diese Arbeitszeitregelung liegt über der wöchentlichen Arbeitszeit gemäss Art. 23.1 des – unstreitig auf das vorliegende Arbeitsverhältnis anwendbaren – Gesamtarbeitsvertrages für das Schweizerische Carrosseriegewerbe (GAV, gültig ab 1. Februar 2003 bis 30. Juni 2006 mit Verlängerung der Allgemeinverbindlicherklärung bis 30. Juni 2009) von 41 Stunden pro Woche. Der Beschwerdeführer nimmt an, bei der Differenz von vier Wochenstunden handle es sich um Überzeit, welche nunmehr nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses von der Arbeitgeberin zu entschädigen sei. Die Beschwerdegegnerin geht demgegenüber davon aus, im Zeitpunkt der Allgemeinverbindlicherklärung des GAV sei zwischen den Parteien stillschweigend die Beibehaltung der ursprünglichen Wochenarbeitszeit von 45 Stunden vereinbart worden, weshalb die Forderung ihres ehemaligen Arbeitnehmers unbegründet sei.

4.

Gemäss Art. 357 Abs. 2 OR sind Abreden in einem Einzelarbeitsvertrag nichtig, wenn sie gegen die unabdingbaren Bestimmungen eines GAV verstossen, und werden durch dessen Bestimmungen ersetzt. Jedoch können abweichende Vereinbarungen zu Gunsten des Arbeitnehmers getroffen werden. Haben die Parteien eine vom GAV abweichende Regelung getroffen, ist somit ein so genannter Günstigkeitsvergleich vorzunehmen. Es muss bezogen auf das einzelne Arbeitsverhältnis geprüft werden, ob die einzelarbeitsvertragliche Vereinbarung für den Arbeitnehmer günstiger ist

als die Regelung im GAV oder nicht (JEAN-FRITZ STÖCKLI, in: Berner Kommentar, 1999, N. 37 zu Art. 357 OR). Dabei kommt es nicht darauf an, welche Regelung dem konkreten Arbeitnehmer lieber ist. Vielmehr muss von einem objektiven Massstab ausgegangen werden (BGE 116 II 153 E. 2a/aa S. 155). Es ist darauf abzustellen, wie ein vernünftiger Arbeitnehmer unter Berücksichtigung des Berufsstandes und der Verkehrsanschauung die Bewertung treffen würde (VISCHER/ALBRECHT, in: Zürcher Kommentar, 4. Aufl. 2006, N. 23 zu Art. 357 OR; STÖCKLI, a.a.O., N. 38 zu Art. 357 OR). Die Objektivierung des Massstabs hat auch zur Folge, dass man nicht die einzelnen Bestimmungen isoliert miteinander vergleichen kann. Andererseits ist es aber auch nicht zulässig, in einem so genannten Gesamtvergleich den Einzelarbeitsvertrag insgesamt mit dem GAV zu vergleichen. Vielmehr ist ein Gruppenvergleich vorzunehmen (BGE 116 II 153 E. 2a/bb S. 156; VISCHER/ALBRECHT, a.a.O., N. 23 f. zu Art. 357 OR; STÖCKLI, a.a.O., N. 39 zu Art. 357 OR). Mit dem Gruppenvergleich werden eng zusammenhängende Bestimmungen des GAV mit den entsprechenden Regelungen im Einzelarbeitsvertrag verglichen (BGE 134 III 399 E. 3.2.4.3 S. 402 f.; VISCHER/ALBRECHT, a.a.O., N. 24 zu Art. 357 OR).

5.

5.1 Das Kantonsgericht weist darauf hin, dass die allgemeinverbindlich erklärten GAV-Bestimmungen als normative Regelungen mit Rechtsetzungscharakter als bekannt vorauszusetzen sind, und nimmt an, vorliegend seien auch überzeugende Anhaltspunkte für eine tatsächliche Kenntnis des GAV durch die Parteien vorhanden. Eine GAV-konforme Wochenarbeitszeit von 41 anstelle der bisherigen 45 Stunden sei offenbar zu keiner Zeit thematisiert worden. Aus der Untätigkeit bzw. dem Schweigen des Beschwerdeführers sei unter diesen Umständen auf einen konkludenten Willen zur Abrede nach Art. 357 Abs. 2 OR zu schliessen. Diese vom GAV abweichende Vereinbarung der Wochenarbeitszeit habe nicht zwingend schriftlich festgehalten werden müssen. Bei den differenten vier Wochenarbeitsstunden handle es sich nicht um Überstunden «im klassischen Sinn». Vielmehr liege eine Ausdehnung der geschuldeten Normalarbeitszeit vor, welche innerhalb der Grenzen des öffentlichen Rechts (Art. 9 ArG und Art. 26.2 GAV) zulässig sei. Die abweichende Vereinbarung betreffend Wochenarbeitszeit bedürfe denn auch nicht zwingend einer betrieblichen Notwendigkeit, zumal die Arbeitsleistung nicht einseitig durch die Arbeitgeberin angeordnet worden sei. Der Günstigkeitsvergleich nach Art. 357 Abs. 2 OR in Form eines Gruppenvergleichs durch Gegenüberstellung des Minimallohns gemäss GAV zuzüglich Überstundenentschädigung und des vereinbarten Lohns ergebe, dass der vereinbarte Lohn für den Arbeitnehmer günstiger gewesen sei, was zur Verneinung einer Verletzung des Günstigkeitsprinzips führe. Das Bezirksgericht sei für den Günstigkeitsvergleich durchgängig vom höheren Mindestlohn gemäss GAV 2006 von Fr. 3750.– ausgegangen. Durch die Addition der Arbeitszeitausdeh-

nung pro Tag, aufgerechnet auf die Arbeitstage pro Monat und umgerechnet in Stundenlohn zuzüglich 25% Zuschlag im Sinne von Art. 321c Abs. 3 OR ergebe sich für das Jahr 2004 ein Verdienst von Fr. 4422.25, im Jahr 2005 betrage er Fr. 4434.40, im Jahr 2006 Fr. 4634.80 und im Jahr 2007 Fr. 4642.70. Dieses Einkommen stehe dem vereinbarten Lohn von Fr. 5500.– (2004), Fr. 5600.– (2005), Fr. 5650.– (2006) und Fr. 5700.– (2007) gegenüber. Dabei sei zu Gunsten des Beschwerdeführers für die Jahre 2006 und 2007 auf fünf anstatt vier Stunden wöchentlicher Arbeitszeitausdehnung und auf den von ihm errechneten Stundenlohn abgestellt worden. Der vereinbarte Bruttomonatslohn habe selbst bei dieser Berechnungsweise den GAV-Minimallohn samt Überstundenentschädigung jeweils um mehr als Fr. 1000.– überstiegen und wäre sogar bei – nicht beantragter – Mitberücksichtigung einer Jahresendzulage höher gewesen. Der hier anzuwendende GAV sehe keine zwingende wöchentliche Arbeitszeit oder Höchstarbeitszeit vor, welche durch die geleistete Mehrarbeit verletzt worden wäre. Vielmehr sei in Art. 26.2 GAV ausdrücklich festgehalten, dass nebst einem Ausgleich in Form der Kompensation durch Freizeit auch eine allfällige Auszahlung nach betrieblicher Praxis erfolgen könne. Die Zulässigkeit einer Arbeitszeitausdehnung auf 45 Wochenarbeitsstunden erscheine bei der vorliegenden, überproportional höheren Entlohnung und in Übereinstimmung mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung jedenfalls als sachgerecht. Es sei nicht Aufgabe der Gerichte, im Rahmen des Günstigkeitsvergleichs zu untersuchen, welcher Lohn für den konkreten Arbeitnehmer angemessen wäre, sondern es sei bloss zu prüfen, ob die durch den GAV gesetzten Schranken und Mindestanforderungen eingehalten seien. Unter diesen Umständen bestehe in casu keine Forderung infolge unvergüteter Überstunden.

5.2 Gegen die Erwägungen des kantonalen Gerichts wird in der Beschwerde nichts vorgebracht, woraus auf eine Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 lit. a BGG oder einen Mangel in der vorinstanzlichen Feststellung des Sachverhalts gemäss Art. 97 Abs. 1 BGG zu schliessen wäre.

5.2.1 Der Beschwerdeführer macht geltend, die Feststellung im angefochtenen Gerichtsentscheid, wonach auf einen konkludenten Willen der Parteien zum Abschluss einer Abrede gemäss Art. 357 Abs. 2 OR geschlossen werden könne und er demnach bereit gewesen sein solle, gegenüber der gesamtarbeitsvertraglichen Arbeitszeit vier Stunden Mehrarbeit pro Woche ohne zusätzliche Entschädigung zu leisten, sei willkürlich. Grundsätzlich sei gestützt auf Art. 357 Abs. 1 OR davon auszugehen, dass ein Gesamtarbeitsvertrag, der während eines laufenden Arbeitsverhältnisses in Kraft trete, widersprechende Regelungen des Einzelarbeitsvertrages automatisch ausser Kraft setze. Deshalb habe er davon ausgehen dürfen, dass seine Arbeitspflicht ab 1. Februar 2003 nur noch 41 Stunden pro Woche umfasse und alle weiteren Stunden als Überstunden zu betrachten und zu entschädigen seien. Er habe sich auf die Unverzichtbarkeit der aus dem Gesamtarbeitsvertrag fliessenden Forderungen gemäss Art. 341

OR verlassen dürfen. Dies gelte unabhängig davon, ob er sich dieser Rechtslage im massgeblichen Zeitpunkt tatsächlich bewusst gewesen sei. Er habe den Umstand, dass die ehemalige Arbeitgeberin zwar weiterhin die Leistung von 45 Wochenstunden verlangt, diese Mehrleistung aber nicht entschädigt habe, nicht als Offerte zum Abschluss einer seine Rechtsposition massiv schwächenden Vereinbarung betrachten müssen. Es sei weder in seinem Interesse noch seine Pflicht gewesen, sie auf die bestehende Diskrepanz zwischen Zahlung und Berechtigung gemäss GAV hinzuweisen. Dazu komme, dass ihre Weigerung, die Arbeitszeitregelung des GAV einzuhalten, definitiv erst im Klageverfahren, als sie erstmals eine stillschweigende Vereinbarung behauptet habe, klar geworden sei und als Offerte für den Abschluss der dem Beschwerdeführer unterstellten Vereinbarung verstanden werden könnte. Das Akzept dieser «Offerte» würde diesfalls aber auf einen unzulässigen rückwirkenden Verzicht auf die Überstundenentschädigung hinauslaufen.

Die Parteien bestreiten die Annahme der Vorinstanz, wonach sie beide den Inhalt des GAV von Anfang an gekannt hätten, nicht. Der Beschwerdeführer weist letztinstanzlich sogar ausdrücklich darauf hin, dass er ab 1. Februar 2003, mit der Allgemeinverbindlicherklärung des GAV, von einer nur noch 41 Wochenstunden umfassenden Arbeitspflicht (gemäss Art. 23.1 GAV) habe ausgehen dürfen. Diese Argumentation zeigt, dass ihm die GAV-Regelung und insbesondere die Differenz zur mit der Arbeitgeberin mündlich vereinbarten Arbeitszeit von 45 Wochenstunden bereits vor der Allgemeinverbindlicherklärung bewusst war. Dennoch hatte er zu keiner Zeit darauf bestanden, nur noch 41 Stunden pro Woche zu arbeiten. Bei seiner Argumentation, wonach die Vorinstanz ihm nicht unterstellen könne, er hätte mit einem Schlag eine Lohnreduktion von über 10% akzeptiert, indem er durch Schweigen oder Untätigkeit bei einer Arbeitszeit von 41 Stunden zuzüglich vier Überstunden mit Zuschlag pro Woche geblieben sei, übersieht er, dass sein Lohn vor der Geltung des GAV gemäss mündlicher Übereinkunft mit der Arbeitgeberin auf der betriebsüblichen Arbeitszeit von 45 Stunden pro Woche basierte. Die Beschwerdegegnerin wendet zu Recht ein, dass er wohl mit einer Lohnreduktion im Rahmen einer Änderungskündigung hätte rechnen müssen, wenn er ab 1. Februar 2003 mit der bisherigen Arbeitszeit von 45 Stunden pro Woche nicht mehr einverstanden gewesen wäre. So aber konnte er auch ab 1. Februar 2003 von einem gleichbleibend hohen Lohnniveau profitieren. Das kantonale Gericht hat mit Blick auf die gesamten Umstände willkürfrei festgestellt, dass die Parteien mit der bewussten Beibehaltung der Wochenarbeitszeit von 45 Stunden eine stillschweigende, von der GAV-Regelung abweichende Vereinbarung gemäss Art. 357 Abs. 2 OR getroffen haben.

5.2.2 Als Eventualbegründung bringt der Beschwerdeführer vor, das Günstigkeitsprinzip gemäss Art. 357 Abs. 2 OR sei verletzt, falls von einer solchen konkludenten Abrede ausgegangen werde. Die absolut zwingende

Vorschrift des Art. 321c Abs. 1 OR bezeichne die über die gesamtarbeitsvertraglich bestimmte Arbeitszeit hinausgehenden Arbeitsstunden unmissverständlich als Überstunden. Nichts anderes habe auch das Bundesgericht in BGE 116 II 69 festgehalten. Die von der Vorinstanz ohne Angabe von Literatur oder Rechtsprechung neu eingeführte «Arbeitszeitausdehnung» bzw. die Leistung von Mehrarbeit gegenüber dem gesamtarbeitsvertraglichen Soll führe zu nichts anderem als zu gewöhnlichen Überstunden. Dabei verkennt der Beschwerdeführer allerdings, dass die vom GAV abweichende, stillschweigende Abrede unter den Parteien eben gerade die Leistung von Mehrarbeit (im Vergleich zur vom GAV vorgegebenen Normalarbeitszeit) – was von der Vorinstanz durchaus zutreffend als «Arbeitszeitausdehnung» umschrieben wird – und nicht die Verpflichtung zur permanenten Leistung von Überstunden zum Inhalt hatte. Eine solche Vereinbarung ist nicht von vornherein nichtig. Ihre Gültigkeit hängt davon ab, ob sie für den Arbeitnehmer günstiger ist (Art. 357 Abs. 2 OR; Urteil 4C.67/2005 vom 4. Mai 2005 E. 4; vgl. E. 4 hiervor). Da der von den Vorinstanzen durchgeführte Günstigkeitsvergleich im Sinne eines Gruppenvergleichs, bei welchem auf den vier Mehrstunden pro Wochen ein Überstundenzuschlag auf der Basis des effektiven Lohnes berücksichtigt wurde, ergab, dass der Beschwerdeführer durch die konkludente Abrede eine (lohnmassige) Besserstellung erfuhr, wurde eine Verletzung von Art. 357 Abs. 2 OR zu Recht verneint. Dem Einwand des Beschwerdeführers, dass eine GAV-widrige Regelung nicht durch einen finanziellen Sondervorteil erkaufte werden könne, ist entgegenzuhalten, dass die einzelvertragliche Vereinbarung einer höheren als der im GAV vorgesehenen Arbeitszeit zu einem entsprechend höheren Lohn dem Interesse des Arbeitnehmers im Zweifelsfall eher entspricht als die im GAV vorgesehene Regelung, sofern beim Abschluss des Einzelarbeitsvertrags kein Druck auf den Arbeitnehmer ausgeübt wurde und dieser sich der im GAV vorgesehenen Regelung bewusst war (VISCHER/ALBRECHT, a.a.O., N. 27 zu Art. 357 OR).

Der Beschwerdeführer spricht sich für einen Einzelvergleich aus, da bezüglich der sich beim Gruppenvergleich stellenden Frage der sachlogisch eng zusammenhängenden Bestimmungen, die zu einer Gruppe zusammengefasst werden dürfen, in der Rechtsprechung grosse Verwirrung herrsche. Dem kann zumindest für die vorliegende Angelegenheit nicht beigelegt werden. Von einem engen Zusammenhang zwischen Arbeitszeit und Verdienst ist schon in BGE 116 II 69 und auch im Urteil 4C.67/2005 vom 4. Mai 2005, welchem ein vergleichbarer Sachverhalt zugrunde liegt, ausgegangen worden. Es werden keine stichhaltigen Gründe vorgebracht, weshalb der vorliegende Fall anders behandelt werden sollte. Unklar bleibt schliesslich auch, welche Vorteile sich für den Beschwerdeführer aus dem von ihm favorisierten Einzelvergleich ergeben. Er erachtet es als offensichtlich, dass die Abrede, wonach er wöchentlich regelmässig vier Stunden Mehrarbeit leisten müsse, «ohne dafür eine besondere Vergütung zu erhalten», im Rahmen eines Einzelvergleichs nichtig

wäre, «selbst wenn sie tatsächlich zustande gekommen wäre». Dabei lässt er allerdings wiederum unberücksichtigt, dass eine Herabsetzung der Arbeitszeit von anfänglich 45 Wochenstunden auf die 41 Wochenstunden gemäss GAV per 1. Februar 2003 auch eine Lohnreduktion im Rahmen einer Änderungskündigung nach sich gezogen hätte. Seine Hypothese erweist sich als Trugschluss, da der Mehrarbeit auch bei einem Einzelvergleich ein entsprechender Verdienst gegenübersteht. Es erübrigt sich daher an dieser Stelle, auf die in der Beschwerde mehrfach zitierte Literaturmeinung von WOLFGANG PORTMANN (Einzelvergleich oder Gruppenvergleich?, ARV 2009 S. 185; vgl. DERSELBE in: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 5. Aufl. 2011, N. 41 zu Art. 357 OR) einzugehen, wonach die Rechtsprechung einen Übergang zum Einzelvergleich zu vollziehen habe.

6.

Die vom Beschwerdeführer vorgebrachten Rügen vermögen zusammenfassend an der vorinstanzlich bestätigten Ablehnung eines Anspruchs auf Überstundenentschädigung nichts zu ändern.

Tribunal fédéral, Arrêt du 26 juin 2012, Doss.-N° 8C_509/2011 (Rejet du recours en matière de droit public interjeté contre le jugement du Tribunal cantonal de la République et canton de Neuchâtel, Cour de droit public, du 25 mai 2011)

Droit de la fonction publique. Licenciement pour justes motifs.

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). Le statut de la fonction publique, qui, pour être en général globalement plus favorable, peut ainsi comporter par rapport au code des obligations des contraintes plus sévères sur certains points. De jurisprudence constante, 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 (c. 4.2).

Extraits des faits:

A. a été engagée le 1^{er} septembre 2003 par la Ville de X. en qualité de caissière à la billetterie du théâtre Y. à un taux d'activité de 50%. Le 26 octobre 2010, un entretien a eu lieu entre A., G., directeur du dicastère, E., cheffe du service des ressources humaines, et H., représentant syndical. L'employeur a rappelé la teneur de cet entretien dans une lettre du 12 novembre 2010. Y étaient évoqués les problèmes relationnels rencontrés par A. depuis 2006, la tendance problématique de celle-ci à re-

mettre en question les compétences des autres, l'impossibilité pour la commune de donner une suite favorable à sa demande de mutation faute de poste disponible, et le fait qu'il était envisagé de mettre fin à son engagement, étant donné également qu'elle avait déclaré ne pas imaginer pouvoir revenir travailler si la situation à la billetterie ne changeait pas et que le profil du poste ne pouvait pas être modifié. Invitée à se déterminer avant la prise d'une décision, A. a contesté les reproches qui lui étaient adressés, faisant grief à l'employeur de n'avoir jamais pris toute la mesure du stress engendré par l'activité de caissière.

Par décision du 21 janvier 2011, le conseil communal a prononcé le licenciement de l'intéressée pour justes motifs, avec un délai de congé de quatre mois pour le 31 mai 2011, en application de l'art. 18 du Règlement général pour le personnel de l'administration communale du 10 novembre 1986 (ci-après: le règlement). Saisi d'un recours contre cette décision, la Cour de droit public du Tribunal cantonal neuchâtelois l'a rejeté, par jugement du 25 mai 2011. A. interjette un recours en matière de droit public.

Extraits des considérants:

1.

(...)

1.2 Alors que la cour de droit public cantonale a implicitement admis sa compétence à raison de la matière pour connaître du litige opposant les parties et statué sur le fond, la recourante prétend pour la première fois en instance fédérale que ses rapports de travail avec la commune de X. reposent sur un contrat de droit privé. A l'appui de sa thèse, elle fait valoir qu'aucun acte de nomination en qualité de fonctionnaire ne lui aurait été notifié par la commune après son engagement provisoire comme le prévoit l'art. 4 du règlement. Preuve en était que son dossier personnel ne contenait aucune décision de nomination.

1.3 En l'espèce, il n'est pas douteux qu'on se trouve en présence d'un litige en matière de rapports de travail de droit public. Cette conclusion s'impose au vu de la lettre d'engagement de la recourante figurant au dossier, laquelle fait expressément référence pour ce qui a trait au traitement ou aux clauses régissant la période d'essai (avant nomination) au statut de la fonction publique, et de la décision de licenciement portée devant la cour cantonale, qui se fonde sur les dispositions du règlement relatifs à la fin de l'engagement des fonctionnaires. Le moyen nouveau soulevé par la recourante, outre qu'il ne prend appui sur aucun fait établi par les premiers juges, est ainsi en complète contradiction non seulement avec les constatations contenues dans le jugement attaqué – qui lient le Tribunal fédéral (cf. art. 105 al. 1 LTF) – et ses propres allégués en procédure cantonale, à tenir desquels elle bénéficiait du statut de fonctionnaire depuis 2004 (voir la page 2 de son écriture du 23 février 2011), mais également avec les pièces du dossier. On peut encore renvoyer à l'acte de nomination produit par

l'intimée avec sa réponse au recours, dont il y a lieu d'admettre la recevabilité (cf. art. 99 al. 1 LTF) compte tenu des allégués tardifs et contradictoires de la recourante.

(...)

3.

Sur le fond, la recourante avance deux arguments qui devraient, selon elle, entraîner l'annulation du jugement cantonal.

3.1 D'une part, elle soutient que l'art. 336c CO, qui protège l'employé contre une résiliation en temps inopportun, lui serait applicable et que l'intimée n'avait pas le droit de la licencier en date du 21 janvier 2011 tandis qu'elle se trouvait à ce moment-là encore en arrêt maladie. Telle que l'on peut comprendre son écriture, la recourante fonde son raisonnement sur le fait que la commune de X. a transféré l'exploitation et l'utilisation du théâtre Y. à une fondation de droit privé, la fondation Z., et en tire la conclusion qu'en tant qu'elle travaillait de fait pour un employeur privé, l'intimée ne pouvait faire application de dispositions de droit public moins favorables que celles du droit privé.

3.2 D'autre part, elle fait valoir que les justes motifs invoqués par l'employeur sont insuffisants pour justifier son licenciement. Comme le démontraient les procès-verbaux d'évaluation la concernant, ses prestations n'avaient jamais été remises en cause. Par ailleurs, l'employeur n'avait rien entrepris pour régler les conflits relationnels existant au sein de la billetterie. Enfin, l'intimée avait adopté un comportement contradictoire en résiliant son engagement le 21 janvier 2011 alors que dans une lettre du 10 décembre 2010, le conseil communal s'était enquis auprès d'elle de la date de sa reprise de travail. En bref, son licenciement était abusif.

4.

4.1 C'est en vain que la recourante prend prétexte des arrangements pris par la commune de X. avec la fondation Z. au sujet de la gestion du théâtre Y. pour tenter de discuter le régime auquel sont soumis ses rapports de travail avec l'intimée. Il est en effet établi que A. bénéficiait du statut de fonctionnaire communale (voir consid. 1. supra), si bien que ce sont les règles régissant ce statut qui lui sont applicables. Or, le règlement ne contient aucune disposition accordant aux fonctionnaires communaux une protection particulière contre le licenciement en cas d'incapacité de travail pour maladie.

4.2 On ajoutera que 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). Le statut de la fonction publique, qui, pour être en général globalement plus favorable, peut ainsi comporter par rapport au code des obligations des contraintes plus sévères sur certains points. De jurisprudence constante, 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 (arrêt 8C_200/2011

du 13 janvier 2012, consid. 6.1 et les références citées). Or, la recourante ne prétend pas que tel serait le cas ici, de sorte qu'il n'y a pas lieu de discuter ce point.

5.

5.1 La décision de licenciement litigieuse se fonde sur l'art. 18 du règlement qui prévoit ce qui suit:

1 Il peut être mis fin à l'engagement pour justes motifs. Le délai de préavis est de quatre mois.

2 Les opinions, notamment syndicales et politiques, ne constituent pas pour l'autorité un juste motif.

3 L'autorité a de justes motifs de mettre fin à la fonction lorsque l'intérêt public à la cessation de l'activité l'emporte sur l'intérêt privé au maintien de l'emploi. Constituent notamment de justes motifs l'incapacité professionnelle, les possibilités de changement de poste ayant été étudiées, l'inaptitude à observer les devoirs de fonction, la disparition d'une condition dont dépendait la nomination.

4 Une telle décision peut intervenir qu'il y ait ou qu'il n'y ait pas de faute de la part du fonctionnaire.

5.2 Appelé à revoir l'application faite d'une norme cantonale ou communale sous l'angle de l'arbitraire, le Tribunal fédéral ne s'écarte de la solution retenue que si celle-ci apparaît insoutenable ou en contradiction manifeste avec la situation effective, ou encore si elle a été adoptée sans motifs objectifs et en violation d'un droit certain. Il ne suffit pas que les motifs de la décision critiquée soient insoutenables, encore faut-il que cette dernière soit arbitraire dans son résultat (ATF 136 I 316 consid. 2.2.2 p. 318 s.; 135 V 2 consid. 1.3 p. 4), ce qu'il appartient à la recourante de démontrer en vertu de l'art. 106 al. 2 LTF (ATF 133 II 396 consid. 3.2 p. 400).

5.3 Formulées de manière générale, les critiques de la recourante ne permettent pas de discerner à quels aspects exactement du jugement attaqué elle entend s'en prendre. En tout état de cause, elle n'apporte pas la démonstration que le résultat auquel est parvenu la juridiction cantonale est indéfendable. Celle-ci a constaté que A. avait connu à intervalles réguliers des problèmes relationnels avec ses collègues et supérieurs, qu'elle avait en plusieurs occasions remis en cause la légitimité et les compétences de sa hiérarchie successive en adoptant parfois un ton autoritaire et irrévérencieux à son égard (voir ses courriels) et, finalement, qu'elle avait fait état de ses difficultés à assumer les exigences de la fonction de caissière et sollicité sa mutation. Or, en l'absence d'élément établissant que l'exercice de cette fonction constituerait un danger pour sa santé, il est admissible de considérer que les circonstances décrites ci-dessus sont de nature à rompre le rapport de confiance nécessaire au maintien de la relation de travail, de sorte que l'intérêt de l'intimée à résilier l'engagement l'emporte sur celui de la recourante à conserver sa fonction. Quant à l'affirmation selon laquelle l'employeur était resté inactif face à ses problèmes, elle est contredi-

te par les faits établis et les pièces du dossier. Enfin, on ne saurait déduire de la lettre citée par la recourante que l'intimée aurait adopté une attitude contradictoire à son égard. Il ne ressort pas des termes de cette lettre que l'employeur entendait revenir sur sa position exprimée le 12 novembre 2010. A. l'a d'ailleurs bien compris ainsi puisqu'en réponse à ce courrier, elle a informé le conseil communal qu'elle serait en arrêt maladie jusqu'au 31 janvier 2011 tout en réitérant son désaccord quant à la cessation de ses rapports de service fondée sur l'art. 18 du règlement (voir sa lettre du 21 décembre 2010).

Bundesgericht, Urteil vom 16. Juli 2012, Doss.-Nr. 4A_125/2012 (Bestätigung des Urteils des Kantonsgerichts St. Gallen vom 6. Februar 2012)

Verrichtet in einem internationalen Sachverhalt (Sitz der Arbeitgeberin: Fürstentum Liechtenstein; Wohnsitz des Arbeitnehmers: Schweiz) der Arbeitnehmer seine Arbeit in der Schweiz, ist gemäss Art. 121 Abs. 1 IPRG der Fall nach schweizerischem Recht zu beurteilen (E. 1). Vorliegend behauptete die Arbeitgeberin, der Arbeitnehmer habe diverse Arbeiten aus seinem Aufgabenbereich nicht oder nur schlecht verrichtet und ihr durch diverse Fehlmanipulationen einen erheblichen Schaden verursacht. Dass es ihr nicht möglich gewesen wäre, den Schaden zu beziffern (Art. 42 Abs. 2 OR) beziehungsweise die Höhe des geltend gemachten Schadens zu substantzieren, machte sie nicht geltend. Es verletzt kein Bundesrecht, wenn die Vorinstanz für die Durchführung des Beweisverfahrens hinreichend substantziierte Behauptungen zur Schadenshöhe verlangte. Da die Arbeitgeberin dies nicht tat, ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz kein Beweisverfahren durchführte und die beantragte Expertise nicht anordnete (E. 4.2).

Sachverhalt:

Y. (Beschwerdegegner) arbeitete vom 29. September 2008 bis Januar 2009 als Betriebsmechaniker in einer Zweigniederlassung der X. AG (Beschwerdeführerin). Am 30. April 2009 belangte er die Beschwerdeführerin vor dem Arbeitsgericht Rheintal auf Zahlung von insgesamt Fr. 30 000.– brutto als Entschädigung für ungerechtfertigte fristlose Entlassung, Überstunden und nicht bezogene Ferien. Die Beschwerdeführerin beantragte die Abweisung der Klage und verlangte mit Widerklage, der Beschwerdegegner sei zur Bezahlung von Schadenersatz in durch ein Beweisverfahren zu ermittelnder Höhe (maximal Fr. 30 000.–) zu verpflichten. Sie behauptete, der Beschwerdegegner habe diverse Arbeiten aus seinem Aufgabenbereich nicht oder nur schlecht verrichtet und ihr durch diverse Fehlmanipulationen einen erheblichen Schaden verursacht. Mit Entscheid vom 9. November 2009 schützte das Kreisgericht Rheintal die Klage des Beschwerdegegners im

Beträge von Fr. 22 180.– netto und Fr. 6155.10 brutto. Die Widerklage wies es ab, im Wesentlichen mit der Begründung, die Behauptungen der Beschwerdeführerin, der Beschwerdegegner sei für einen Schaden von maximal Fr. 30 000.– verantwortlich, seien völlig unsubstanziert und ungenügend zum Beweis verstellt worden. Die Beschwerdeführerin gelangte mit Berufung an das Kantonsgericht St. Gallen, zur Hauptsache mit dem Antrag auf Abweisung der Klage und Gutheissung der Widerklage. Das Kantonsgericht trennte das Verfahren betreffend die Widerklage ab und sprach dem Beschwerdegegner mit Entscheid vom 22. Juli 2010 Fr. 19 380.– netto und Fr. 6155.10 brutto zu. Die Beschwerdeführerin zog diesen Teilentscheid an das Bundesgericht weiter, welches die Beschwerde jedoch abwies (Urteil des Bundesgerichts 4A_517/2010 vom 11. November 2010). Insoweit ist das Urteil des Kantonsgerichts rechtskräftig. Nach Fortsetzung des Verfahrens betreffend die Widerklage wies das Kantonsgericht die Berufung am 6. Februar 2012 ab. Die Beschwerdeführerin beantragt dem Bundesgericht mit Beschwerde in Zivilsachen die Aufhebung des Entscheides vom 6. Februar 2012 und die Gutheissung der Widerklage.

Aus den Erwägungen:

1.

Da die Beschwerdeführerin ihren Sitz im Fürstentum Lichtenstein hat und der Beschwerdegegner in der Schweiz wohnt, liegt ein internationaler Sachverhalt vor. Die Vorinstanz beurteilte den Fall zu Recht nach schweizerischem Recht, da der Streit unter den Parteien seinen Ursprung in einem Arbeitsverhältnis hat und der Beschwerdegegner seine Arbeit in der Schweiz verrichtete (Art. 121 Abs. 1 IPRG).

2.

2.1 Nach Art. 42 Abs. 2 BGG ist in der Beschwerdeschrift in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Akt Recht verletzt. Soweit das Bundesgericht das Recht von Amtes wegen anwendet (Art. 106 BGG), ist zwar eine ausdrückliche Nennung bestimmter Gesetzesartikel nicht erforderlich, falls aus den Vorbringen hervorgeht, gegen welche Regeln des Bundesrechts die Vorinstanz verstossen haben soll. Unerlässlich ist aber, dass auf die Begründung des angefochtenen Urteils eingegangen und im Einzelnen dargetan wird, worin eine Verletzung von Bundesrecht liegen soll. Der Beschwerdeführer soll in der Beschwerde 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 (BGE 134 II 244 E. 2.1 S. 246; 134 V 53 E. 3.3 S. 60; vgl. BGE 116 II 745 E. 3 S. 748 f.).

2.2 Soweit eine Verletzung von Grundrechten und kantonalem oder interkantonalem Recht geltend gemacht wird, findet der Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen keine Anwendung, sondern es gilt das Rügeprinzip (Art. 106 Abs. 2 BGG). Es ist im Einzelnen darzulegen,

inwiefern verfassungsmässige Rechte missachtet wurden oder der Entscheid offensichtlich unhaltbar ist. Der Richter untersucht den angefochtenen Entscheid nicht von sich aus umfassend auf seine Verfassungsmässigkeit, sondern beschränkt sich auf die Prüfung der in der Beschwerde rechtsgenügend vorgebrachten Rügen (Art. 106 Abs. 2 BGG; BGE 133 III 393 E. 6 S. 397; 133 II 249 E. 1.4.2 S. 254 mit Hinweisen).

3.

3.1 Die Beschwerdeführerin vertrat vor der Vorinstanz den Standpunkt, sie habe den Schaden, für den sie Ersatz fordere, hinreichend substantiiert, indem sie auf eine Schadenszusammenstellung von Z. verwiesen habe, welcher die dem Beschwerdegegner angelasteten Schäden bzw. die 15 Mängel, die zu Schäden geführt hätten, genau dokumentiert habe. Für die Bezifferung des angerichteten Schadens sei eine Expertise anzuordnen.

3.2 Die Vorinstanz kam gestützt auf das noch anwendbare kantonale Zivilprozessrecht zum Ergebnis, die Beschwerdeführerin habe keine Angaben zur Höhe des Schadens geliefert, und zwar weder in Bezug auf die einzelnen Positionen noch auf den gesamten Schaden. Überdies habe die Beschwerdeführerin nicht dargetan, dass der Beschwerdegegner für die geltend gemachten Schäden an ihren Einrichtungen verantwortlich sei. Die Beschwerdeführerin habe in quantitativer Hinsicht lediglich pauschal geltend gemacht, aus Zuständigkeitsgründen habe sie die Forderung auf maximal Fr. 30 000.– beschränkt. Indessen wäre eine Bezifferung durchaus möglich gewesen, ohne dass die Beschwerdeführerin im Vorfeld des Prozesses zur Bestimmung der Schadenshöhe eine teure Expertise hätte in Auftrag geben müssen. Die Beschwerdeführerin hätte vielmehr eine Reparaturfirma mit der Instandstellung der Mängel betrauen und dafür eine Offerte einholen können, was mit geringem Aufwand möglich gewesen wäre. Dass es für die Beschwerdeführerin unmöglich oder unzumutbar gewesen wäre, die Höhe ihrer Ansprüche, das heisst die Kosten für die Mängelbehebung zu Beginn des Prozesses genau anzugeben, sei nicht ersichtlich. Darüber hinaus habe die Beschwerdeführerin auch den Zusammenhang zwischen den Fehlmanipulationen des Beschwerdegegners und den behaupteten Schäden nicht rechtsgenügend substantiiert. Nach kantonalem Prozessrecht sei unzulässig, zunächst nur unbestimmte Behauptungen aufzustellen in der Hoffnung, diese könnten aufgrund des Beweisverfahrens konkretisiert werden. Über ungenügend substantiierte Tatsachen sei kein Beweis abzunehmen.

4.

4.1 Da sich der Gegenstand der Behauptungs- und Substanziierungslast nach der materiellrechtlichen Anspruchsgrundlage richtet, bestimmen für Rechtsverhältnisse des Bundesprivatrechts die anwendbaren Normen des Bundesrechts, wieweit die anspruchsbegründenden Tatsachen inhaltlich zu substantzieren sind, damit sie unter die massgeblichen Bestimmungen des materiellen Rechts subsumiert werden können. Das kantonale Prozessrecht darf von den Parteien keine darüber hinausgehende Substanziie-

rung verlangen (BGE 108 II 337 E. 2b-d S. 339 f.; 133 III 153 E. 3.3 S. 162; 127 III 365 E. 2b S. 368 mit Hinweisen). Dagegen bleibt es dem kantonalen Prozessrecht überlassen, ob es eine Ergänzung der Substanziierung im Beweisverfahren zulassen oder diese bereits im Behauptungsstadium in einer Weise verlangen will, welche die Überprüfung der Sachvorbringen im Beweisverfahren erlaubt (BGE 108 II 337 E. 3 S. 341 f.).

4.2 Inwiefern die Vorinstanz gegen diese Grundsätze verstossen oder kantonales Prozessrecht willkürlich angewandt haben soll, als sie es ablehnte, eine Schadensbezzifferung durch Expertise zuzulassen, zeigt die Beschwerdeführerin nicht auf und ist nicht ersichtlich. Der Schaden ist vom Geschädigten grundsätzlich ziffernmässig nachzuweisen (Art. 42 Abs. 1 OR). Dass es ihr nicht möglich gewesen wäre, den Schaden zu beziffern (Art. 42 Abs. 2 OR) beziehungsweise die Höhe des geltend gemachten Schadens zu substantzieren, macht die Beschwerdeführerin nicht geltend. Es verletzt daher kein Bundesrecht, wenn die Vorinstanz für die Durchführung des Beweisverfahrens hinreichend substantzierte Behauptungen zur Schadenshöhe verlangt. Hätte die Beschwerdeführerin anhand von Voranschlägen die Kosten der notwendigen Reparaturen beziffert, hätte sich der Beschwerdegegner dazu substantziiert aussprechen und seinerseits Beweise offerieren können. Wenn die Beschwerdeführerin vorträgt, allfällige Kostenvoranschläge hätten von der Gegenseite als Parteibehauptung zurückgewiesen werden können und daraus ableitet, die angebotene Expertise sei zulässig gewesen, verkennt sie, dass ihr nach dem kantonalen Prozessrecht oblag, zunächst eben diese Parteibehauptungen zu den einzelnen Schadenspositionen aufzustellen. Da sie dies nicht getan hat, ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz kein Beweisverfahren durchführte und die beantragte Expertise nicht anordnete. Mangels hinreichend substantzierter Behauptungen war entgegen dem Antrag der Beschwerdeführerin auch Z. nicht als Zeuge einzuvernehmen. Die diesbezügliche Rüge der Verletzung ihres Gehörsanspruchs geht ins Leere.

5.

Aus den dargelegten Gründen ist die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

Tribunal fédéral, Arrêt du 17 juillet 2012, Doss.-N° 4A_130/2012 (Rejet du recours en matière civile interjeté contre l'arrêt rendu le 1^{er} février 2012 par la Chambre des prud'hommes de la Cour de justice du canton de Genève)

Art. 322a CO. Participation au résultat de l'exploitation. Lorsque l'employé a été libéré de son obligation de travailler durant le délai de congé, il peut se justifier de calculer la prime selon le chiffre d'affaires de l'exercice précédent, voire le chiffre moyen de plusieurs années précédentes. Ce mode de faire est notamment susceptible d'être retenu

lorsque l'activité du travailleur a un impact direct sur le chiffre d'affaires servant de base de calcul à sa rémunération. Il peut en aller ainsi, par exemple, dans le cas d'une personne employée en qualité d'esthéticienne, dont le salaire consiste en un pourcentage de son propre chiffre d'affaires (c. 4.2).

Extraits des faits:

La société anonyme Y. SA gère des caisses de compensation et perçoit à ce titre des honoraires. Le directeur administratif de Y. SA, X., a appris en novembre 2006 par le futur conseil d'administration que son salaire allait être réduit et sa prime d'intéressement – 6% du bénéfice brut – modifiée. Le prénommé a accepté les nouvelles conditions. Il a ensuite reçu un courrier du 22 décembre 2006 qui chiffrait son nouveau salaire réduit et précisait que sa prime serait maintenue selon une formule restant à définir. Il n'a pas exprimé d'opposition, mais a négocié et obtenu la même année un «complément de salaire» de 167 729 fr. brut qui, dans son esprit, représentait une compensation pour le changement de ses conditions salariales. Le 4 juin 2007, le conseil d'administration de Y. SA (ci-après: l'employeuse) a décidé que la prime des directeurs – désormais au nombre de trois, X. compris (ci-après: l'employé) – serait fixée à 7% du bénéfice brut de l'entreprise, pourcentage à diviser en trois parts égales.

Le 26 juin 2009, l'employeuse a résilié le contrat de travail de X. pour le 31 décembre 2009 au motif que son poste était supprimé. L'employé a été libéré de son obligation de travailler. Il s'est trouvé en incapacité de travail totale du 29 juin 2009 au 10 janvier 2010, de sorte que le terme du contrat a été prorogé au 31 juillet 2010. Un litige s'en est suivi, notamment sur la prime de l'employé pour les années 2009 et 2010.

Le 31 mars 2010, l'employé a intenté une action en paiement contre l'employeuse devant la juridiction prud'homale du canton de Genève. Par jugement du 16 novembre 2010, le Tribunal des prud'hommes a condamné l'employeuse à verser les sommes brutes suivantes: 17 343 fr. à titre de solde du salaire dû pendant la période d'incapacité de travail, 15 647 fr. pour la prime 2009 et 18 091 fr. pour la prime 2010. L'employé a fait appel auprès de la Chambre des prud'hommes de la Cour de justice, concluant au paiement de 54 624 fr. et 40 827 fr. à titre de primes 2009 et 2010, ainsi qu'à la confirmation du jugement pour le surplus. L'employeuse a exécuté le chiffre 2 du dispositif en versant la somme de 17 343 fr. Par arrêt du 1^{er} février 2012, la Cour de justice a cassé la décision entreprise. Statuant à nouveau, elle a donné acte à l'employeuse de son versement de 17 343 fr. et constaté que le point 2 du dispositif du jugement était privé d'objet. Pour le surplus, elle a condamné l'employeuse à payer 6895 fr. brut à titre de prime pour l'exercice 2010.

L'employé (ci-après: le recourant) saisit le Tribunal fédéral d'un recours en matière civile. Il conclut à la réforme de l'arrêt attaqué, en ce sens

que l'employeuse (ci-après: l'intimée) est condamnée à lui payer les sommes brutes de 54 624 fr. et 40 827 fr. à titre de primes 2009 et 2010.

Extraits des considérants:

3.

3.1 Le recourant se plaint tout d'abord de ce que l'intimée lui aurait imposé indûment une diminution de salaire en modifiant de façon unilatérale l'un des paramètres de fixation de sa prime. A son sens, les art. 322 et 322a al. 1 CO imposaient de recueillir l'accord de l'employé, dès lors que l'employeuse abandonnait sa pratique commerciale des rétrocessions et provoquait ainsi une diminution drastique de son bénéfice brut, et donc de la prime du recourant, sans subir elle-même de perte effective sur le solde disponible du bénéfice. A défaut de consentement, l'intimée aurait dû calculer les primes 2009 et 2010 sur la base du «dernier bénéfice non faussé», soit celui réalisé en 2008 avant le changement de pratique.

3.2 Il convient d'examiner en premier lieu si le recourant a consenti à une réduction de sa prime. En effet, une réponse affirmative priverait d'objet la question d'une éventuelle violation de l'art. 322a al. 1 CO.

3.3 Les considérations de l'autorité précédente peuvent se résumer comme il suit: les modifications concernant le tarif d'honoraires et le système des rétrocessions ont été évoquées au début de l'année 2006, décidées en 2007 et mises en application en 2009. Entre 2006 et 2009, ces mesures et leur incidence sur le bénéfice de l'entreprise, donc sur la prime d'intéressement des directeurs, ont fait l'objet de nombreuses discussions et séances auxquelles le recourant a assisté ou participé, ou dont il a en tout cas été informé sans retard et sans restriction. Même s'il n'avait pas la qualité d'administrateur, il occupait un poste déterminant dans l'entreprise depuis de très nombreuses années et aurait eu la possibilité, fût-ce à titre consultatif, de faire entendre sa voix. Or, aucun procès-verbal desdites séances ne montrait qu'il avait formulé des objections au nouveau système.

A réception du courrier du 22 décembre 2006 l'informant des modifications sur son salaire et le système de prime, le recourant n'a pas exprimé d'opposition, mais négocié et obtenu le versement d'une somme de 167 729 fr. pour l'exercice 2006, qualifiée de «complément de salaire». L'expression est inadéquate; en effet, le salaire mensuel brut de base du recourant n'a été réduit que d'environ 1500 fr. par mois pour 2007, de sorte qu'un véritable complément de salaire n'aurait guère excédé une vingtaine de milliers de francs pour un exercice. Selon toute vraisemblance, la somme obtenue compensait donc non seulement la réduction du salaire de base, mais aussi celle de la prime d'intéressement et ce, pour plusieurs exercices à venir. La question aurait pu se poser de savoir si le recourant, ainsi désintéressé, possédait encore un quelconque intérêt à agir et à réclamer des primes pour 2009 et 2010; l'intimée n'a toutefois pas soulevé un tel argument et l'instruction n'a pas porté sur ce point. Quoi qu'il en soit, il faut

en tout cas retenir que les modifications décidées par l'intimée ainsi que leurs incidences sur le bénéfice de l'entreprise n'ont pas été adoptées à l'insu du recourant. Même si elles n'ont pas formellement recueilli son consentement, elles sont intervenues dans un processus auquel il a été entièrement associé, et dont il devait de bonne foi mesurer les conséquences pour le calcul de sa prime d'intéressement.

3.4 Le recourant ne taxe pas d'arbitraires les constatations de fait dont il ressort en substance qu'il a été pleinement informé des modifications relatives aux honoraires et rétrocessions, respectivement de leur incidence sur le bénéfice de l'entreprise. Le recourant se borne à souligner de façon appellatoire qu'il a recueilli ces informations en qualité de directeur et qu'il n'a participé aux séances du conseil d'administration que dès décembre 2007. Ce dernier point n'a pas échappé à la Cour de justice, qui a précisé que le recourant ne contestait pas avoir auparavant toujours été informé de la teneur des délibérations de cet organe. Le recourant ne réfute pas cet élément, ni le fait que la réforme a en outre fait l'objet de nombreuses discussions auxquelles il a assisté, ou dont il a eu connaissance sans restriction.

La Cour de justice déduit que le recourant, avec les connaissances qu'il avait de la réforme et de son incidence sur le bénéfice de l'entreprise, «devait, de bonne foi, mesurer les conséquences sur le calcul de sa prime d'intéressement». Cette conclusion fondée sur le principe de la confiance coule de source dès lors que la prime est un pourcentage du bénéfice. Elle sous-entend en fait que les conséquences de la réforme sur le bénéfice de la société – et partant sur la prime – étaient mesurables; or, le recourant ne remet nullement en cause ce point de fait.

Le recourant ne s'est pas opposé à la décision du 4 juin 2007, qui réduisait sa prime à 2,33% du bénéfice brut, contre 6% auparavant; cette décision devait valoir tant que serait maintenu le système des rétrocessions. Après l'abrogation de cette pratique en janvier 2009 et le départ d'un des directeurs en mars 2009, l'intimée a décidé dans une séance du 2 décembre 2009 de continuer à calculer la prime selon le même pourcentage du bénéfice brut. L'arrêt attaqué ne précise pas si le recourant, qui était alors licencié et libéré de son obligation de travailler, a eu connaissance de cette décision. Ce point importe peu. Il est constant que le recourant était informé de la réforme, de ses effets sur le bénéfice d'exploitation et du moment où elle est entrée en vigueur. Il n'apparaît pas que dans l'intervalle compris entre l'entrée en vigueur du nouveau régime et le moment où la prime 2009 est devenue exigible (art. 323 al. 3 CO), il ait sollicité un nouveau mode de calcul de sa prime, en particulier lorsqu'il a appris la résiliation de son contrat et reçu une offre qui portait notamment sur sa prime 2010. Il a ainsi tacitement consenti au maintien du même mode de calcul de la prime. Pour le surplus, l'on ne saurait déduire de la décision du 4 juin 2007, telle qu'elle est rapportée dans l'arrêt attaqué, que l'intimée se serait engagée à maintenir le même niveau de salaire variable après l'abrogation des rétrocessions, d'autant moins que cette décision intervenait dans le contexte –

connu du recourant – d’une politique de réduction des honoraires pratiqués par l’intimée et de diminution des conditions salariales de ses employés.

Le recourant objecte que quand bien même il aurait adhéré comme directeur, doté au demeurant d’une simple voix consultative, à la mise en place de la réforme, il ne saurait être prétérîté dans ses droits d’employé.

Il est certes concevable qu’en sa qualité de directeur, le recourant ait pu adhérer à une réforme qu’il jugeait conforme aux intérêts de l’intimée, dès lors qu’il s’agissait de parer à une perte de clientèle en revenant à des bénéfices «plus raisonnables», pour reprendre les termes d’une directrice. Cette situation n’empêchait pas pour autant le recourant d’exprimer son opposition, comme employé, à une diminution de son salaire et d’exiger une rediscussion des critères de fixation de sa prime.

Le recourant critique enfin l’interprétation de la Cour de justice quant au motif du versement de 167 729 fr. effectué en 2006. Cet élément ne revêt toutefois pas d’importance particulière, puisque les juges cantonaux se sont en définitive abstenus de retenir que le recourant avait ainsi renoncé à toute prétention pour les primes 2009 et 2010.

En bref, sur la base de l’état de fait qui lie la Cour de céans, l’autorité précédente était fondée à retenir un consentement tacite du recourant à ce que sa prime continue d’être fixée selon le bénéfice réalisé au cours de l’exercice pour lequel elle était due.

4.

4.1 Le recourant voit encore un autre motif de calculer les primes 2009 et 2010 sur la base du bénéfice 2008. Références doctrinales à l’appui, il expose que lorsque l’employé a été libéré de son obligation de travailler durant le délai de congé, il convient de calculer la prime selon le chiffre d’affaires de l’exercice précédent.

4.2 Des auteurs précisent effectivement que dans un tel cas de figure, il peut se justifier de calculer la prime selon le chiffre d’affaires de l’exercice précédent, voire le chiffre moyen de plusieurs années précédentes. Ce mode de faire s’impose en particulier lorsque l’activité du travailleur a un impact direct sur le chiffre d’affaires servant de base de calcul à sa rémunération (PHILIPPE CARRUZZO, *Le contrat de travail individuel*, 2009, p. 126; GUYOT/JACCARD/KERN/ZAPPELLA, *Le contrat de travail*, 2^{ème} éd. 2010, publication de la Fédération des entreprises romandes, ch. 302.4 in fine). Le Commentaire bernois se réfère à un arrêt genevois concernant une personne employée en qualité d’esthéticienne, dont le salaire consistait en un pourcentage de son propre chiffre d’affaires (REHBINDER/STÖCKLI, *Commentaire bernois*, 2010, n° 8 ad art. 322a CO; JAR 1987 119).

4.3 En l’occurrence, l’arrêt attaqué indique tout au plus que le recourant était directeur et occupait un «poste déterminant» dans l’entreprise. La notion de bénéfice brut n’est pas explicitée. Ces quelques éléments ne permettent pas de retenir que le recourant aurait exercé une influence directe sur le critère pris en compte pour calculer sa rémunération variable. Il

s'ensuit qu'il n'y a pas de motif de calculer la prime sur la base d'exercices précédents, d'autant moins que l'évolution du bénéfice en 2009 et 2010 paraît essentiellement liée à une réforme décidée alors que le recourant était encore en fonction.

5.

5.1 Le recourant plaide enfin que l'intimée, dans sa décision du 4 juin 2007, aurait clairement manifesté l'intention d'attribuer une enveloppe de 7% du bénéfice à la direction de l'entreprise et de répartir cette enveloppe à parts égales entre les personnes exerçant une telle fonction. Il faudrait en inférer que le recourant pouvait de bonne foi prétendre à la moitié de cette enveloppe (soit 3,5%) en cas de départ d'un des trois directeurs, comme cela s'est produit en mars 2009. La décision de maintenir la prime de chacun des deux dirigeants à 2,33% du bénéfice ne lui serait pas opposable dès lors qu'elle a été prise après son licenciement.

5.2 Initialement, les deux directeurs de l'entreprise se partageaient 10% du bénéfice, à raison de 6% pour le recourant et 4% pour l'autre personne. Le 4 juin 2007, l'intimée a décidé que la prime des directeurs, désormais au nombre de trois, serait fixée à 7% du bénéfice brut, montant à diviser en trois parts égales. Cette décision devait valoir tant que le bénéfice serait rétrocédé aux actionnaires.

En l'absence de réserve expresse ou de précision selon laquelle l'enveloppe de 7% constituait une limite supérieure absolue, l'intimée ne pouvait pas revoir à la baisse le pourcentage de salaire variable du recourant dans l'hypothèse où le nombre de directeurs aurait augmenté. De la même façon, le recourant ne pouvait pas de bonne foi prétendre à une augmentation de sa quote-part en cas de diminution du nombre de directeurs.

5.3 Pour le surplus, le recourant ne remet pas en cause le calcul des primes 2009 et 2010 en tant qu'il se fonde sur un taux de 2,33% du bénéfice brut retenu pour les années 2009 et 2010.

Tribunal fédéral, Arrêt du 24 juillet 2012, Doss.-N° 4A_218/2012 (Rejet du recours en matière civile interjeté contre l'arrêt du Tribunal cantonal du canton de Neuchâtel, Cour d'appel civile, du 19 mars 2012)

Résiliation immédiate injustifiée.

L'indemnité prévue à l'art. 337c al. 3 CO n'a pas pour seule fonction de punir l'auteur du congé abusif; elle vise également la réparation du tort moral subi par le travailleur licencié. Ainsi, du fait de sa finalité réparatrice, ladite indemnité ne laisse en principe guère de place à l'application cumulative de l'art. 49 CO, car elle embrasse toutes les atteintes à la personnalité du travailleur qui découlent de la résiliation abusive du contrat (c. 2.3). Le temps que l'employé met à exercer une nouvelle activité est propre à aggraver l'atteinte causée par le congé

injustifié. Inversement, dans l'examen des effets économiques du licenciement, le juge est en droit de tenir compte du fait que l'employé a retrouvé relativement rapidement une activité professionnelle comparable à celle qu'il exerçait auparavant (c. 2.4).

Art. 49 CO. Le travailleur peut établir que le préjudice qu'il a subi ne résulte pas seulement de la résiliation injustifiée proprement dite, mais également d'une autre cause, en l'espèce, d'une procédure pénale menée à son encontre. Il s'agit alors d'examiner si c'est bien en raison du comportement illicite de l'employeur que le préjudice a été causé (c. 2.5.1).

Extraits des faits:

Engagé en 1986 par la banque Y. SA en qualité de collaborateur, et devenu fondé de pouvoir dès le 1^{er} janvier 1998, X. (ci-après: l'employé ou le demandeur) a été soupçonné de malversations dès l'été 1998. Après avoir été interrogé par des enquêteurs internes le 9 octobre 1998, l'employé a été suspendu dès le 15 octobre 1998, puis licencié avec effet immédiat le 27 novembre 1998. Il s'est aussitôt opposé à son licenciement, dont les motifs lui ont été communiqués, à sa demande, le 14 décembre 1998. En substance, son employeur lui a reproché d'avoir favorisé une connaissance, au détriment d'autres clients, dans l'attribution de produits dérivés nommés «xxx».

Le 13 janvier 1999, la banque a porté plainte contre son ex-employé, en même temps que contre son collègue A., lequel avait admis diverses irrégularités. La banque déclarait cette plainte complémentaire à celle qu'elle avait déjà déposée le 16 juin 1998 contre B., pour des faits de même nature. L'instruction pénale a été extrêmement longue. Par jugement du 18 avril 2008, le Tribunal pénal économique a acquitté «purement et simplement» l'ex-employé en laissant sa part de frais à charge de l'Etat.

Le 30 septembre 2009, le demandeur a ouvert action contre la banque, principalement en paiement de 321 769 fr. 95. Par jugement du 19 mai 2011, le juge instructeur de la I^{re} Cour civile du Tribunal cantonal neuchâtelois, statuant comme juge unique, a notamment condamné la défenderesse à verser au demandeur le montant brut de 39 476 fr. 60 et net de 1200 fr. (en couverture des prétentions de salaires et accessoires durant un délai de résiliation de trois mois), ainsi qu'une indemnité de 52 000 fr. (basée sur l'art. 337c al. 3 CO). Elle a rejeté toute autre prétention. Sur appel du demandeur, la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal neuchâtelois, par arrêt du 19 mars 2012, a confirmé le jugement attaqué, en considérant toutefois que la défenderesse devait encore verser à sa partie adverse le montant de 19 000 fr. à titre de prime (bonus) pour l'année 1998.

Le demandeur exerce un recours en matière civile contre l'arrêt cantonal du 19 mars 2012.

Extraits des considérants:

2.

2.1 La cour cantonale juge, au regard de l'ensemble des circonstances d'espèce, que l'intimée doit être condamnée à verser au recourant l'indemnité maximale (six mois de salaire) autorisée par l'art. 337c al. 3 CO. Elle considère par contre que l'atteinte subie par le recourant n'est pas telle qu'elle exigerait une réparation supplémentaire sous l'angle de l'art. 49 CO.

Insistant en particulier sur l'atteinte grave à sa personnalité résultant de la procédure pénale mise en œuvre par l'intimée, le recourant conteste le raisonnement de la cour précédente, estimant qu'une indemnité supplémentaire pour tort moral de 50 000 fr. doit lui être attribuée.

2.2 L'art. 337c al. 3 CO prévoit qu'en cas de résiliation immédiate injustifiée, le juge peut allouer au travailleur une indemnité dont il fixera librement le montant, en tenant compte de toutes les circonstances, mais sans dépasser l'équivalent de six mois de salaire.

Cette indemnité, qui s'ajoute aux droits découlant de l'art. 337c al. 1 CO, revêt une double finalité, à la fois réparatrice et punitive, quand bien même elle ne consiste pas en des dommages-intérêts au sens classique, car elle est due même si la victime ne subit ou ne prouve aucun dommage; revêtant un caractère sui generis, elle s'apparente à la peine conventionnelle (ATF 135 III 405 consid. 3.1 p. 407; 120 II 209 consid. 9b p. 214; cf. arrêt 4C.86/2001 du 28 mars 2002 consid. 1a).

L'indemnité est fixée d'après la gravité de la faute de l'employeur, la mesure de l'atteinte portée aux droits de la personnalité du travailleur et la manière dont la résiliation a été annoncée; d'autres critères tels que la durée des rapports de travail, l'âge du lésé, sa situation sociale, une éventuelle faute concomitante et les effets économiques du licenciement entrent aussi en considération (arrêt 4A_660/2010 du 11 mars 2011 consid. 3.2 et les références).

Statuant selon les règles du droit et de l'équité (art. 4 CC), le juge dispose d'un large pouvoir d'appréciation. Le Tribunal fédéral ne substitue qu'avec retenue sa propre appréciation à celle de la juridiction cantonale. Il n'intervient que si la décision s'écarte sans raison des règles établies par la doctrine et la jurisprudence en matière de libre appréciation, ou lorsqu'elle repose sur des faits qui, dans le cas particulier, ne devaient jouer aucun rôle, ou encore lorsqu'elle n'a pas tenu compte d'éléments qui auraient absolument dû être pris en considération; en outre, il sanctionnera les décisions rendues en vertu d'un pouvoir d'appréciation lorsqu'elles aboutissent à un résultat manifestement injuste ou à une iniquité choquante (cf. ATF 130 III 28 consid. 4.1 p. 32; 130 III 213 consid. 3.1 p. 220; 129 III 380 consid. 2 p. 382).

2.3 Selon la jurisprudence, l'allocation et l'évaluation d'une indemnité à verser en application de l'art. 49 al. 1 CO dépendent avant tout de la

gravité des souffrances causées par l'atteinte à la personnalité, et de la possibilité de l'adoucir sensiblement par le versement d'une somme d'argent (ATF 137 III 303 consid. 2.2.2 p. 309; 130 III 699 consid. 5.1 p. 704). Une indemnité est par exemple due au travailleur qui a été victime, dans l'entreprise de l'employeur, de harcèlement psychologique ou mobbing, lorsque, d'un point de vue objectif, il a subi une humiliation particulièrement sévère (ATF 125 III 70 consid. 3a p. 74 s.; voir aussi ATF 130 III 699 consid. 5.1 p. 704; récemment: arrêt 4A_607/2011 du 10 novembre 2011 consid. 3).

Là également, le juge apprécie selon les règles du droit et de l'équité (art. 4 CC) si une indemnité se justifie au regard des circonstances particulières de la cause (ATF 129 III 715 consid. 4.4 p. 725; récemment: arrêt 4A_578/2011 du 12 janvier 2012 consid. 6.2). Le Tribunal fédéral ne contrôle qu'avec réserve une décision d'équité prise en dernière instance cantonale (cf. *supra* consid. 2.2).

Comme on l'a déjà indiqué, l'indemnité prévue à l'art. 337c al. 3 CO n'a pas pour seule fonction de punir l'auteur du congé abusif; elle vise également la réparation du tort moral subi par le travailleur licencié (cf. arrêts 4C.84/2005 du 16 juin 2005 consid. 5.1; 4C.86/2001 déjà cité consid. 2a; 4C.310/1998 du 8 janvier 1999 consid. 4a publié in SJ 1999 I 277). Du fait de sa finalité réparatrice, ladite indemnité ne laisse guère de place à l'application cumulative de l'art. 49 CO, car elle embrasse toutes les atteintes à la personnalité du travailleur qui découlent de la résiliation abusive du contrat (arrêt 4C.310/1998 déjà cité consid. 4a).

Demeure réservée l'hypothèse dans laquelle une telle atteinte serait à ce point grave qu'un montant correspondant à six mois de salaire ne suffirait pas à la réparer. Sous cette réserve, l'application de l'art. 49 CO, parallèlement à l'art. 337c al. 3 CO, ne saurait entrer en ligne de compte que dans des circonstances exceptionnelles. On songe ici, par exemple, à des reproches de type diffamatoire, n'ayant aucun lien de connexité avec la relation de travail, que l'employeur adresserait au travailleur à l'occasion de son licenciement ou encore au dénigrement du second par le premier vis-à-vis de tiers et notamment des employeurs potentiels du travailleur congédié (arrêt 4C.86/2001 déjà cité consid. 2a; 4C.310/1998 déjà cité consid. 4).

2.4 Le recourant soutient en substance que, en estimant que les atteintes qu'il a subies (y compris la souffrance morale) sont réparées par l'indemnité correspondant à six mois de salaire, la cour cantonale a mal apprécié les circonstances; selon lui, l'autorité précédente devait considérer qu'une réparation supplémentaire s'imposait.

En lien avec les atteintes à la personnalité du recourant qui découlent de la résiliation injustifiée du 27 novembre 1998 (pour les atteintes résultant d'une autre cause, cf. *infra* consid. 2.5), on ne voit toutefois pas que la cour cantonale aurait omis de tenir compte de faits déterminants. Pour fixer l'indemnité maximale prévue par l'art. 337c al. 3 CO, elle a relevé que le recourant avait travaillé douze ans au service du même employeur, à la sa-

tisfaction très manifeste de celui-ci. L'autorité précédente a en particulier tenu compte des accusations (ayant conduit au licenciement immédiat) qui se sont révélées infondées, des circonstances du licenciement qui comportaient une «certaine dureté psychologique» (relative absence d'écoute aux explications de l'employé et absence de motifs précis, au moment de sa suspension), ainsi que des conséquences de la résiliation injustifiée sur la santé de l'employé (soit un état «anxio-dépressif et tensionnel» attesté par son médecin traitant). Toujours en se fondant sur les critères d'appréciation fixés par la jurisprudence, elle a également examiné les conséquences économiques du licenciement, soulignant qu'après une période de chômage de quelques mois, le recourant a fondé sa propre société, ce qui lui a permis de retrouver une situation professionnelle comparable.

Concernant ce dernier critère, il faut observer que le temps que l'employé met à exercer une nouvelle activité est propre à aggraver l'atteinte causée par le congé injustifié et qu'il peut à ce titre être pris en considération (arrêt 4A_660/2010 du 11 mars 2011 consid. 3.1 et 3.3). Ainsi, contrairement à ce que laisse entendre le recourant, l'autorité précédente, dans l'examen des effets économiques du licenciement, était en droit de tenir compte du fait qu'il avait retrouvé relativement rapidement une activité professionnelle comparable à celle qu'il exerçait auprès de l'intimée.

L'indemnité maximale autorisée par l'art. 337c al. 3 CO a été octroyée au recourant. Il n'apparaît pas que l'autorité précédente ait pris une décision choquante ou inéquitable en estimant que l'atteinte n'était pas grave, au sens de la jurisprudence précitée, au point que cette indemnité maximale ne suffisait pas à la réparer. Dans une situation comparable (cause 4C.86/2001), la Cour de céans avait d'ailleurs abouti à la même conclusion. Il était alors question d'un employé, ayant travaillé pendant plus de quinze ans pour son employeur, qui a dénoncé – à juste titre – le non-respect par certains chefs de service de prescriptions concernant la durée du travail ou la sécurité dans l'exploitation. Cet employé a fait l'objet de toute sorte de reproches dont certains se sont révélés discutables voire mal fondés; son licenciement s'est déroulé de manière relativement humiliante; la défenderesse a pris pour prétexte la plainte d'un usager pour le licencier, sans lui permettre de s'exprimer, n'offrant aucun espace de discussion; par ailleurs le licenciement a eu de sérieuses répercussions sur la santé de l'employé qui a souffert d'un état anxio-dépressif important et inquiétant à l'annonce de son futur licenciement; il a aussi eu de lourdes conséquences économiques puisque le travailleur s'est retrouvé au chômage et qu'il ne semble pas avoir pu reprendre rapidement une nouvelle activité professionnelle (arrêt cité consid. 1e); l'atteinte à la personnalité de l'employé a été considérée comme grave et une indemnité correspondant à six mois de salaire lui a été octroyée. La Cour de céans a alors observé qu'aucun des motifs pouvant justifier l'application de l'art. 49 CO n'a été constaté et que l'atteinte à la personnalité du travailleur se rattachait strictement au motif

du licenciement, à ses modalités et à ses conséquences (arrêt cité consid. 2b).

Compte tenu de la retenue avec laquelle le Tribunal fédéral substitue sa propre appréciation à celle de la juridiction cantonale, on ne voit donc pas que l'autorité précédente ait transgressé le droit fédéral en n'accordant pas, sous l'angle de l'art. 49 CO, une réparation supplémentaire à celle déjà octroyée sur la base de l'art. 337c al. 3 CO, étant encore précisé que les désagréments subis par le recourant par suite de la procédure pénale ne peuvent être considérés comme résultant de la résiliation injustifiée (cf. infra consid. 2.5).

2.5

2.5.1 Selon les constatations cantonales, le préjudice subi par le recourant ne résulte toutefois pas seulement de la résiliation injustifiée proprement dite (arrêt entrepris p. 9; cf. déjà: jugement de première instance p. 17), mais également d'une autre cause, soit de la procédure pénale menée à son encontre (et mise en œuvre plusieurs semaines après la résiliation injustifiée). L'autorité précédente fait d'ailleurs référence à la souffrance morale de l'ex-employé, laissant entendre que l'angoisse ressentie par celui-ci, dépassant «clairement les conséquences nécessairement liées à une résiliation de contrat injustifiée», trouve son origine dans les comparutions, qui lui rappelaient ses problèmes professionnels.

Il ressort indéniablement des constatations cantonales que la procédure pénale a causé une souffrance réelle au recourant. Plus précisément, on observe à la lecture de l'arrêt entrepris que la souffrance ressentie par l'ex-employé est due à la longueur extrême de la procédure, et en particulier aux comparutions qui ont jalonné celle-ci (arrêt entrepris p. 9).

Cette cause ne saurait être ignorée et il convient de déterminer si le cas d'espèce supposait l'application cumulative de l'art. 49 CO, en raison de circonstances n'étant plus directement rattachées à la résiliation injustifiée (cf. ATF 123 III 391 consid. 3c; arrêt 4C.86/2001 déjà cité consid. 2b; HARDY LANDOLT, *Zürcher Kommentar*, 3^e éd. 2007, no 879 ad art. 49 CO et les nombreuses références; ROLAND BREHM, *Berner Kommentar*, 3^e éd. 2006, n^o 76a ad art. 49 CO).

Il s'agit alors d'examiner si c'est bien en raison du comportement illécite de l'intimée que le préjudice a été causé (sur la nécessaire réalisation des conditions de l'art. 41 CO dans un cas d'application basé sur l'art. 49 CO: ATF 123 III 204 consid. 2^e p. 209 s.; BREHM, *op.cit.*, n^o 13 ad art. 49 CO; LANDOLT, *op.cit.*, n^o 92 ad art. 49 CO).

2.5.2 En l'espèce, il résulte des constatations cantonales – qui lient le Tribunal fédéral (art. 105 al. 1 LTF) – que les premiers soupçons de l'intimée à l'encontre du recourant étaient légitimes. Contrairement à ce que soutient le recourant, il n'importe à cet égard qu'il n'aurait pas été poursuivi pénalement sans le dépôt de la plainte de l'intimée. On ne saurait en tout cas considérer que celle-ci a déposé une plainte pénale contre son ex-employé (et donc mis en œuvre la procédure pénale) en sachant que sa

démarche était vouée à l'échec (cf. arrêt 4C.353/2002 du 3 mars 2003 consid. 5.1). Certes, la cour cantonale a constaté que, rétrospectivement, la position de plaignante de l'intimée à l'encontre du recourant «apparaît très discutable, quoi qu'il ait pu en dire à l'époque la Chambre d'accusation». Toutefois, l'ouverture d'une action, même objectivement injustifiée, ne saurait, à elle seule, engager la responsabilité de celui qui en est à l'origine (ATF 117 II 394 consid. 4 p. 398). L'intimée n'étant, lorsqu'elle a déposé plainte, pas de mauvaise foi, elle pouvait confier la défense de ses droits présumés aux autorités de poursuite pénale sans que l'on puisse parler d'une atteinte illicite à la personnalité du recourant susceptible de justifier l'octroi d'une indemnité pour tort moral (cf. ATF 117 II 394, *ibidem*).

2.5.3 S'agissant du maintien des accusations de la banque au cours de la procédure pénale, la cour cantonale a retenu que, depuis le rapport d'expertise de 2003, cette position n'était plus défendable. Il ressort cependant également de l'arrêt cantonal que les autorités de poursuite pénale, qui avaient à disposition le même rapport, ont toujours refusé, jusqu'au renvoi devant le juge de siège, de prononcer un non-lieu. Cela étant, si l'on peut certainement reprocher à l'intimée d'avoir trop longtemps maintenu un amalgame entre la situation du recourant et celle des autres prévenus (plutôt que d'admettre qu'elle n'avait pas de preuve de sa culpabilité [arrêt entrepris p. 15]), il est par contre délicat de qualifier d'emblée ce comportement d'illicite. La question peut toutefois rester indécise, la condition du lien de causalité faisant ici quoi qu'il en soit défaut.

S'agissant du lien de causalité naturelle, qui relève des constatations de fait (ATF 123 III 110 consid. 2; 116 II 305 consid. 2c/ee; 115 II 440 consid. 5b), il s'agissait de démontrer que la souffrance morale subie par le recourant, due à la procédure pénale, trouvait son origine dans le comportement de la banque.

A cet égard, il est établi que l'extrême longueur de la procédure pénale n'est pas due à l'attitude de l'intimée, qui a au contraire requis à plusieurs reprises sa progression plus rapide et a même déposé, le 10 décembre 2004, un recours pour retard injustifié, retiré vu la reprise des opérations (arrêt entrepris p. 10). Partant, on ne saurait reprocher à l'intimée d'avoir tiré, par l'utilisation de divers incidents de procédure, le procès en longueur. Dans cette perspective, la souffrance du recourant découlant de la longueur de la procédure pénale ne peut être considérée comme résultant du comportement de l'intimée.

Il reste à déterminer si le maintien des accusations portées par la banque à l'encontre du prévenu a causé le dommage évoqué. Il s'agissait alors d'établir que les autorités de poursuite pénale, instruisant des infractions se poursuivant d'office, se sont fondées de manière déterminante sur ces accusations (pour les détails cf. arrêt 4C.77/2001 du 12 septembre 2001 consid. 2d/aa publié in SJ 2002 I p. 9).

Il est constant que, si l'intimée a maintenu l'amalgame entre le comportement du recourant et ceux de B. et A., elle n'a pas usé de machina-

tions dans le but de créer une apparence de culpabilité, de façon à pousser les autorités pénales à poursuivre la procédure.

Il n'est en outre pas établi que le seul maintien des accusations de la plaignante aurait eu pour effet d'influencer les autorités de poursuite pénale, de sorte que celles-ci, plutôt que d'opter pour le non-lieu, auraient décidé de poursuivre la procédure et de renvoyer le recourant devant le Tribunal pénal économique. Certes, la cour cantonale a jugé «peu probable (...) que le Ministère public ait repris complètement l'examen du dossier, au moment déjà du renvoi des prévenus en instance de jugement, vu le préavis non différencié qui lui avait été transmis par la juge d'instruction» (arrêt cantonal p. 10). Ce constat est impropre à démontrer que le procureur général aurait prononcé un non-lieu si l'intimée n'avait pas maintenu ses accusations. Il faut à cet égard relever que, même à considérer que le Ministère public n'a pas repris l'examen complet du dossier avant le renvoi, il n'en demeure pas moins que celui-ci a été décidé sur la base d'un préavis du juge d'instruction. Certes, la cour cantonale indique que la position de la plaignante n'était plus défendable. Le juge d'instruction, dans son préavis, et à sa suite le Ministère public, ont toutefois apprécié la situation de façon différente (en tout cas à cette époque puisqu'ensuite le Ministère public, en audience de jugement, a conclu à l'acquittement du prévenu) et il n'est pas démontré que, dans le cadre de cette appréciation, ils auraient été influencés de façon déterminante par l'intimée.

Il ne résulte donc pas des constatations souveraines de l'autorité cantonale que le recourant aurait apporté la preuve que, sans le maintien des accusations de l'intimée, un non-lieu aurait été prononcé et que la procédure pénale (et donc les comparutions jalonnant celles-ci), à l'origine de ses souffrances, aurait pris fin plus rapidement.

L'existence d'un lien de causalité naturelle n'a pas été démontrée et l'art. 49 CO ne saurait trouver application en l'espèce.

Tribunal fédéral, Arrêt du 2 août 2012, Doss.-N° 4A_236/2012 (Rejet du recours en matière civile interjeté contre l'arrêt de la Cour de justice du canton de Genève, Chambre des prud'hommes, du 8 mars 2012)

Résiliation immédiate pour justes motifs.

Art. 337 CO. Le comportement des cadres doit être apprécié avec une rigueur accrue en raison du crédit particulier et de la responsabilité que leur confère leur fonction dans l'entreprise. Le contenu de l'activité confiée, en particulier dans le domaine bancaire, peut aussi impliquer un rapport de confiance particulièrement solide entre l'employeur et le travailleur. En vertu de l'art. 321d al. 2 CO, le travailleur a l'obligation de suivre les instructions particulières qui lui ont été données par son employeur. La désobéissance à un ordre – pour autant que celui-ci reste dans les limites du contrat – peut constituer

un juste motif de résiliation immédiate lorsque l'injonction ou la prescription concerne des intérêts importants de l'employeur; dans un tel cas, suivant les intérêts en jeu, la résiliation immédiate est justifiée, même sans avertissement préalable (c. 2.2).

Selon la jurisprudence, la partie qui résilie un contrat de travail en invoquant de justes motifs ne dispose en principe que d'un court délai de réflexion pour signifier la rupture immédiate des relations; un délai de deux à trois jours ouvrables de réflexion est présumé approprié. Toutefois, ce délai de réflexion est parfois considéré comme sévère et il peut être étendu en fonction d'une appréciation des circonstances concrètes (c. 2.4). En l'espèce, il faut admettre que l'employeur, dont le contrôle interne, le comité exécutif et la directrice des ressources humaines ont été alertés des manquements litigieux le 29 mars 2010, a agi avec la célérité requise aussi bien pour établir les faits que pour prendre sa décision de licenciement immédiat et la notifier, le 12 avril suivant (c. 2.5).

Extraits des faits:

Par contrat du 14 juin 2002, la banque W. SA, ayant son siège à Genève, devenue par la suite la banque Y. SA (ci-après: Y. ou la banque), a engagé X., en qualité de collaboratrice avec entrée en fonction le 1^{er} septembre 2002. Après diverses promotions, X. est devenue, le 1^{er} avril 2007, responsable du département Special Investor Group Personnel (SIGPE). Son salaire annuel était en dernier lieu de 134 004 fr.; chaque année, un bonus lui a été versé, auquel s'ajoutaient des actions bloquées de l'employeur. Selon les instructions édictées par la banque à l'intention de ses collaborateurs, chaque employé est responsable de ses mots de passe donnant accès au système informatique; avant de s'absenter de son poste de travail, l'employé est tenu de se déconnecter, de manière à empêcher un tiers d'accéder aux données qu'il gère. A l'instar des autres services de Y. chargés d'administrer les comptes de clients, les activités du département SIGPE étaient régies par le système dit «des 4 yeux». Selon cette règle, lorsqu'une subordonnée de X. initiait une opération après avoir reçu des instructions données par le titulaire d'un compte, il appartenait dans un second temps à X. de valider la transaction, à tout le moins lorsque celle-ci portait sur une somme supérieure à 20 000 fr.; ce système est destiné à empêcher un employé de disposer seul des actifs appartenant à un titulaire de compte; il tend également à prévenir des erreurs. Les prescriptions de Y. prévoyaient encore une procédure particulière de «call back» pour les transactions excédant 100 000 fr. Dans ce cas, un collaborateur de la banque devait rappeler le donneur d'ordre pour s'assurer qu'il était bien l'auteur des instructions communiquées. Enfin, pour détecter d'éventuelles anomalies, X. devait vérifier quotidiennement le journal des transactions

enregistrées la veille par son département, de même qu'elle devait contrôler le journal hebdomadaire publié chaque lundi.

Le 18 février 2010, une dispute s'est produite entre X. et deux de ses subordonnées. Depuis lors, X. ne leur adressait plus la parole. Informé de cet incident, le supérieur de X., A., s'est entretenu avec elle, puis l'a reçue le 18 mars 2010 en compagnie de ses subordonnées en vue de tenter de les concilier. X. s'est rapidement emportée et A. a mis fin à la discussion. Avisé de la situation par A., le supérieur de ce dernier, B., a reçu X., puis, le vendredi 26 mars 2010, les trois subordonnées de celle-ci. Ces dernières lui ont alors déclaré que X. leur avait communiqué ses propres mots de passe informatiques, de manière à ce qu'elles puissent elles-mêmes valider les transactions depuis son terminal durant ses absences; les trois intéressées rappelaient également les clients de la banque lorsque les ordres reçus requéraient la procédure de call back; de surcroît, elles contrôlaient elles-mêmes le journal des transactions à la place de X.

B. a demandé à ces trois interlocutrices de confirmer par écrit leurs déclarations, ce qu'elles ont fait dans un courrier électronique le premier jour ouvrable suivant, soit le lundi 29 mars 2010 à 15 h 27. A la suite de l'entretien, B. a également alerté le contrôle interne de la banque, qui a effectué des contrôles pendant deux ou trois jours. Il a également saisi de l'affaire le comité exécutif de Y., puis la directrice du service des ressources humaines. Le 1^{er} avril 2010, veille du Vendredi Saint (qui est jour férié dans le canton de Genève), la directrice du service des ressources humaines a saisi le service juridique de la banque. Le même jour, X. est partie pour ses vacances de Pâques, qu'elle avait été autorisée à prendre. Dès son retour, le lundi 12 avril 2010 à 09 h 15, B. a entendu X., en compagnie de la directrice des ressources humaines et de la directrice du service juridique. X. a reconnu qu'elle avait remis ses mots de passe à ses trois assistantes et que la procédure des «4 yeux» n'était pas respectée en ce sens que la même personne de son département initiait une opération, avant de la valider elle-même; elle a également admis qu'elle ne respectait pas systématiquement la procédure de call back; enfin, elle a reconnu qu'elle avait confié la vérification du journal des transactions à ses subordonnées. Après s'être entretenus encore avec des responsables du service juridique, B. et la directrice des ressources humaines ont licencié X., à 13 h 30, avec effet immédiat, en lui remettant un courrier qui confirmait cette décision. Son salaire, avec le solde de vacances, lui a été payé jusqu'au 12 avril 2010.

Le 23 septembre 2010, X. a ouvert action devant les autorités genevoises contre Y., lui réclamant le paiement de divers montants, dont son salaire jusqu'au 30 juin 2010 (26 800 fr. 80), ainsi qu'une indemnité nette de six mois de salaire pour licenciement immédiat injustifié. Par jugement du 31 mai 2011, le Tribunal des prud'hommes a rejeté la demande, considérant que le licenciement immédiat était justifié, car X. avait gravement violé ses obligations contractuelles et son devoir de fidélité pendant environ trois ans. Saisie d'un appel de X. qui reprenait l'intégralité de ses conclu-

sions, la Chambre des prud'hommes de la Cour de justice genevoise, a confirmé le jugement attaqué par arrêt du 8 mars 2012.

X. exerce un recours en matière civile au Tribunal fédéral contre l'arrêt précité.

Extraits des considérants:

2.

2.1 Il est constant que les parties sont convenues que la recourante fournirait son travail à l'intimée, laquelle s'engageait en échange à la rémunérer. Il n'est pas douteux que les parties ont conclu un contrat individuel de travail au sens de l'art. 319 al. 1 CO.

L'employeur a résilié le contrat en invoquant l'art. 337 al. 1 CO, qui instaure le congé immédiat pour justes motifs.

Le point de savoir si les conditions d'application de cette disposition sont réunies en l'espèce constitue la seule question litigieuse.

2.2 Selon l'art. 337 al. 1, 1^{ère} phrase, CO, l'employeur et le travailleur peuvent résilier immédiatement le contrat en tout temps pour de justes motifs. Doivent notamment être considérées comme telles toutes les circonstances qui, selon les règles de la bonne foi, ne permettent pas d'exiger de celui qui a donné le congé la continuation des rapports de travail (art. 337 al. 2 CO).

Mesure exceptionnelle, la résiliation immédiate pour justes motifs doit être admise de manière restrictive; d'après la jurisprudence, les faits invoqués à l'appui d'un renvoi immédiat doivent avoir entraîné la perte du rapport de confiance qui constitue le fondement du contrat de travail; seul un manquement particulièrement grave du travailleur justifie son licenciement immédiat; si le manquement est moins grave, il ne peut entraîner une résiliation immédiate que s'il a été répété malgré un avertissement; par manquement du travailleur, on entend en règle générale la violation d'une obligation découlant du contrat de travail, mais d'autres incidents peuvent aussi justifier une résiliation immédiate (ATF 130 III 28 consid. 4.1 p. 31 et les arrêts cités).

Le comportement des cadres doit être apprécié avec une rigueur accrue en raison du crédit particulier et de la responsabilité que leur confère leur fonction dans l'entreprise (ATF 130 III 28 consid. 4.1 p. 31 et l'arrêt cité). Le contenu de l'activité confiée, en particulier dans le domaine bancaire, peut aussi impliquer un rapport de confiance particulièrement solide entre l'employeur et le travailleur (cf. arrêt 4A_569/2010 du 14 février 2011 consid. 2.1, in JdT 2012 II 211).

En vertu de l'art. 321d al. 2 CO, le travailleur a l'obligation de suivre les instructions particulières qui lui ont été données par son employeur. La désobéissance à un ordre – pour autant que celui-ci reste dans les limites du contrat – peut constituer un juste motif de résiliation immédiate lorsque l'injonction ou la prescription concerne des intérêts importants de

l'employeur; dans un tel cas, suivant les intérêts en jeu, la résiliation immédiate est justifiée, même sans avertissement préalable (arrêt 4A_152/2011 du 6 juin 2011 consid. 2.3.1, in JdT 2012 II 212).

Le juge apprécie librement s'il existe de justes motifs (art. 337 al. 3 CO). Il applique les règles du droit et de l'équité (art. 4 CC). A cet effet, il prendra en considération tous les éléments du cas particulier, notamment la position et la responsabilité du travailleur, le type et la durée des rapports contractuels, ainsi que la nature et l'importance des manquements. Le Tribunal fédéral revoit avec réserve la décision d'équité prise en dernière instance cantonale; il intervient lorsque celle-ci s'écarte sans raison des règles établies par la doctrine et la jurisprudence en matière de libre appréciation, ou lorsqu'elle s'appuie sur des faits qui, dans le cas particulier, ne devaient jouer aucun rôle, ou à l'inverse, lorsqu'elle n'a pas tenu compte d'éléments qui auraient absolument dû être pris en considération; il sanctionnera en outre les décisions rendues en vertu d'un pouvoir d'appréciation lorsqu'elles aboutissent à un résultat manifestement injuste ou à une iniquité choquante (ATF 130 III 28 consid. 4.1 p. 32; 129 III 380 consid. 2 p. 382; 127 III 351 consid. 4a p. 354)

2.3 In casu, il ressort des constatations cantonales – qui lient le Tribunal fédéral (art. 105 al. 1 LTF) – que la recourante avait connaissance des instructions données par l'employeur sur la manière d'accomplir le travail. Elle avait donc l'obligation contractuelle de suivre les directives données (art. 321d al. 1 CO). Elle n'avait pas compétence pour décider, à la place de l'employeur, de la manière dont le travail devait être exécuté. En particulier, elle ne pouvait pas décider de supprimer les mesures de précaution voulues par l'employeur sous le prétexte que le travail pourrait être exécuté plus facilement ou plus rapidement.

Les instructions données touchaient des intérêts majeurs de l'entreprise. Il s'agissait en effet d'éviter des erreurs et surtout qu'un employé indélicat puisse détourner des fonds. L'importance de la procédure mise en place ne pouvait échapper à la recourante.

A cela s'ajoute que la recourante assumait une fonction de cadre et qu'il s'agissait d'assurer la fiabilité d'opérations financières, de sorte que l'employeur pouvait attendre de la recourante qu'elle respecte fidèlement les procédures prescrites.

En donnant pour instructions à ses subordonnées de valider elles-mêmes, grâce aux codes d'accès qu'elle leur avait donnés, les opérations qu'elles initiaient, la recourante a mis à néant le système de sécurité conçu par l'employeur afin d'éviter qu'une employée indélicata ne puisse détourner seule les fonds d'un client. Il s'agit là d'un manquement caractérisé à une obligation essentielle imposée par l'employeur; les faits sont d'autant plus graves qu'ils se sont produits de manière répétée pendant environ trois ans.

A cela s'ajoute que la recourante – à l'insu de l'employeur – a fait preuve de la plus grande désinvolture à l'égard des autres instructions données. Qu'un cadre donne ses codes informatiques à un subordonné ne peut

qu'inciter celui-ci à penser qu'il s'agit d'un acte banal et qu'il peut également procéder de la même façon à l'égard d'un autre employé. La sécurité des données informatiques est donc sérieusement mise en péril. Par ailleurs, il a été établi que la recourante ne respectait pas la procédure de «call back» et qu'elle ne contrôlait pas – comme elle le devait – le journal des opérations. Lors de l'audition des témoins, il est apparu qu'elle dissimulait également ses absences, ce qui est également de nature à susciter la méfiance de l'employeur. Au vu de l'ensemble de ces éléments, on peut comprendre que l'employeur ait perdu toute confiance en la recourante et qu'il n'ait pas pu tolérer plus longtemps sa présence dans la banque.

Il faut encore rappeler qu'il n'est pas nécessaire, pour qu'il y ait de justes motifs permettant un licenciement immédiat, que l'employeur ait effectivement subi un préjudice (ATF 124 III 25 consid. 3b p. 29; cf. également: arrêt 4A_152/2011 du 6 juin 2011 déjà cité, consid. 2.3.1). Peu importe également que d'autres personnes aient par ailleurs, avant ou après, commis des violations de leurs obligations contractuelles.

Ainsi, les deux juridictions cantonales successives n'ont pas abusé de leur pouvoir d'appréciation en admettant qu'il y avait en l'occurrence de justes motifs pour un congé abrupt.

2.4 La recourante soutient que l'employeur a tardé à prononcer le licenciement immédiat, de sorte qu'il serait déchu du droit de le faire.

L'art. 337 CO ne fixe aucun délai pour communiquer une résiliation immédiate. Toutefois, pour que l'on puisse admettre que la continuation du rapport de travail était devenue insupportable, il faut non seulement que l'analyse objective des circonstances aboutisse à cette conclusion, mais encore que l'on puisse constater, d'un point de vue subjectif, que la situation était effectivement devenue insupportable (cf. arrêt 4A_569/2010 du 14 février 2010 déjà cité, consid. 2.1). Or, si l'employeur tolère en connaissance de cause la présence de l'employé dans l'entreprise pendant un certain temps encore, on doit en déduire que la continuation du rapport de travail ne lui est pas devenue à ce point insupportable qu'il ne puisse pas attendre l'expiration ordinaire du contrat.

Ainsi, la jurisprudence considère que la partie qui résilie un contrat de travail en invoquant de justes motifs ne dispose que d'un court délai de réflexion pour signifier la rupture immédiate des relations; un délai de deux à trois jours ouvrables de réflexion est présumé approprié; un délai supplémentaire n'est accordé à celui qui entend résilier le contrat que lorsque les circonstances particulières du cas concret exigent d'admettre une exception à la règle (ATF 130 III 28 consid. 4.4 p. 34).

Il faut cependant aussi tenir compte du temps nécessaire pour élucider les faits, étant toutefois précisé que l'employeur doit prendre immédiatement et sans discontinuer toutes les mesures nécessaires pour clarifier la situation (arrêt 4C.188/2006 du 25 septembre 2006 consid. 2). Suivant les circonstances, il peut être d'ailleurs justifié de mener les investigations en secret (arrêt 4A_169/2007 du 20 août 2007 consid. 3.2). Le délai de réflexion

xion de trois jours ouvrables est considéré comme sévère et il peut être étendu en fonction d'une appréciation des circonstances concrètes; ainsi, il a été jugé qu'un délai d'une semaine était approprié s'il était nécessaire de recueillir l'approbation des organes d'une personne morale (arrêt 4A_454/2007 du 5 février 2008 consid. 2.4 et les références citées).

2.5 Dans le cas présent, le représentant de l'employeur devait accueillir avec circonspection les déclarations des trois collaboratrices, puisque celles-ci intervenaient dans le contexte d'un conflit personnel aigu. Il était légitime qu'il s'efforce, dans un premier temps, de contrôler la véracité de ces assertions. Il a donc simultanément ordonné un contrôle interne et demandé aux trois collaboratrices d'assumer par écrit leurs accusations. Il a reçu les déclarations écrites dans l'après-midi du jour ouvrable suivant, soit le lundi 29 mars 2010.

On peut admettre que les faits n'ont pas été établis de façon suffisante avant la fin de la journée du lundi 29 mars 2010. Il faut par ailleurs tenir compte de la procédure relativement complexe qui existe au sein d'une grande entreprise (cf. arrêt 4A_454/2007 du 5 février 2008 consid. 2.4). Ainsi, le représentant de l'employeur a saisi le comité exécutif de la banque et la directrice des ressources humaines; ensuite le service juridique de la banque a été informé de l'affaire. Les nécessités de la procédure interne justifient de considérer comme légitime un délai de réflexion, afin d'investigation, d'au moins trois jours ouvrables. Si l'on ajoute trois jours pleins après le 29 mars 2010, on constate que le licenciement pouvait intervenir au plus tôt le jeudi 1^{er} avril 2010. Il s'agissait de la veille du week-end de Pâques et on sait d'expérience qu'il est difficile de réunir plusieurs personnes ce jour-là. La cour cantonale a elle-même retenu – d'une manière qui lie le Tribunal fédéral – que la recourante est partie pour ses vacances de Pâques ce même jour. On ne saurait donc, sans tomber dans une analyse trop formaliste des circonstances concrètes, reprocher à la banque de ne pas avoir tenu une séance de licenciement ce jour-là.

La jurisprudence rappelée ci-dessus a toujours indiqué qu'elle comptait le délai de réflexion en jours ouvrables. Or, les jours du week-end de Pâques pendant lesquels la banque était fermée ne peuvent évidemment pas être considérés comme des jours ouvrables et ne comptent pas. Ensuite, la recourante était en vacances jusqu'au lundi 12 avril 2010. Pendant ce délai supplémentaire, on ne saurait dire que l'employeur a montré, par des actes, qu'il pouvait encore tolérer la présence de l'employée dans l'entreprise, puisque, précisément, celle-ci n'était pas présente.

Le lundi 12 avril 2010, une séance a eu lieu, dès 09 h 15, afin d'entendre pour la première fois la version de la recourante. Dès lors que celle-ci a reconnu les faits qui lui étaient reprochés, il a été décidé, après d'ultimes consultations, de lui notifier son licenciement immédiat oralement et par écrit, ce qui fut fait à 13 h 30.

Il sied d'admettre que l'employeur a agi avec la célérité requise aussi bien pour établir les faits que pour prendre sa décision et la notifier. On ne

peut en tout cas pas déduire de son attitude qu'il était prêt à poursuivre la relation de travail nonobstant les faits dénoncés. La recourante reproche à l'employeur d'avoir attendu son retour de vacances. Il était cependant légitime qu'il souhaite entendre sa version des faits avant de prendre sa décision définitive. La recourante ne peut d'ailleurs, sans violer le principe de la bonne foi, se plaindre de ce que l'employeur lui ait donné l'occasion de se défendre contre les reproches qui lui étaient adressés.

Ainsi, la cour cantonale n'a pas violé le droit fédéral en admettant que les conditions étaient remplies pour une résiliation immédiate du contrat de travail.

Tribunal fédéral, Arrêt du 22 août 2012, Doss.-N° 4A_172/2012 et 4A_174/2012 (Admission partielle des recours en matière civile interjetés contre l'arrêt rendu le 22 février 2012 par la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal du canton de Neuchâtel)

Art. 321c CO. A défaut d'une réglementation expresse du temps de travail, les cadres supérieurs ne peuvent prétendre à une indemnisation des heures supplémentaires effectuées que lorsqu'ils se voient confier des tâches excédant leur cahier des charges, ou lorsque l'ensemble du personnel a dû fournir un nombre conséquent d'heures supplémentaires pendant une certaine durée (c. 4.3.2).

Sous l'une des formes prescrites par l'art. 321c al. 3 CO – accord écrit, contrat-type ou convention collective –, les parties peuvent déroger au système légal de rétribution et convenir que les heures supplémentaires accomplies à l'avenir ne seront pas rémunérées, ou seront rémunérées sans supplément, et ce à tout le moins lorsque la rémunération de ces heures est forfaitairement comprise dans le salaire de l'intéressé. La règle de forme est impérative; elle ne peut pas être écartée par convention. Un accord verbal n'est pas valable. De manière générale, lorsque le travailleur conteste la validité d'un accord en invoquant la violation d'une règle impérative, il ne commet pas d'abus de droit, sauf circonstances particulières; il ne doit en effet pas être privé de la protection du droit impératif par le détour de l'art. 2 CC (c. 6.1).

Art. 322d CO. Selon le principe de la confiance, la gratification peut être considérée comme convenue lorsque l'employeur l'a versée pendant au moins trois années consécutives sans faire de réserves. Dans certaines circonstances, la gratification peut être due alors même que, d'année en année, l'employeur a exprimé une réserve à ce sujet. Tel est notamment le cas lorsque la réserve apparaît comme une clause de style vide de sens et que tout, dans le comportement de l'employeur, montre qu'il se sent obligé de verser une gratification (c. 8.2). Toutefois, seules des circonstances particulières permettent de s'écarter des

déclarations claires de l'employeur selon lesquelles il n'entend pas s'obliger à verser une gratification (c. 8.4).

Art. 321a al. 3 CO. Le travailleur qui accomplit du travail rémunéré pour un tiers au mépris de son devoir de fidélité s'expose, selon les circonstances, à une résiliation immédiate du contrat, auquel cas l'employeur pourra exiger la réparation du dommage causé par le congé anticipé (art. 337b CO); il doit en outre réparer l'éventuel dommage causé par la violation du devoir de fidélité (art. 321e CO). L'employeur reste en principe tenu de verser le salaire à l'employé. Selon l'art. 329d al. 3 CO, une réglementation spéciale est toutefois prévue lorsque le travail «au noir» a été effectué pendant les vacances (c. 9.1).

Extraits des faits:

Entre le 1^{er} octobre 1998 et le 31 décembre 2007, Y. a travaillé comme ouvrier, puis chef d'atelier au service de X., lequel exploitait en raison individuelle une entreprise de sertissage dans le canton de Neuchâtel. Le contrat conclu le 30 octobre 1998 prévoyait notamment la réglementation suivante: un salaire mensuel brut de 3600 fr., payable 13 fois l'an; un horaire de travail de 40 heures par semaine, à raison de 8 heures quotidiennes; l'obligation pour l'employé, en cas de besoin, d'accomplir les heures supplémentaires nécessaires à la bonne marche de l'entreprise. En septembre 2002, Y. a été promu chef d'atelier; ce changement de statut n'a fait l'objet d'aucune convention écrite. La nouvelle fonction impliquait de donner des instructions aux sertisseurs et de les surveiller, de préparer leur travail et de gérer les commandes. Du point de vue de l'organisation du temps de travail, le chef d'atelier devait arriver un peu avant les ouvriers le matin et rester un peu après leur départ en fin de journée. En 2006, l'employeur a soupçonné Y. de travailler parallèlement pour le compte d'un concurrent. Il a été établi que Y. a effectivement travaillé le soir dans une autre entreprise de sertissage pendant deux mois et demi environ, à la fin de l'année 2005 et aux alentours de la Foire de Bâle 2006.

En sus de l'horaire contractuel de 40 heures hebdomadaires, l'employé a effectué des heures supplémentaires. Celles-ci ont été rémunérées trimestriellement, dès l'engagement de l'employé jusqu'au mois d'avril 2003. Depuis lors, Y. n'a plus touché de rétribution pour ses heures supplémentaires et n'a pas pu prendre de congé compensatoire. Au préalable, l'employeur avait fait une communication sur les heures supplémentaires des employés dotés de responsabilité (cf. au surplus infra, consid. 6.3). Y. a continué à consigner au jour le jour ses heures supplémentaires, sans les communiquer à son employeur. Il a cessé de tenir un tel décompte lorsqu'une timbreuse a été installée dans l'entreprise en décembre 2006. L'employé a par ailleurs touché des gratifications bisannuelles dès son entrée en service jusqu'en 2005; il n'a ensuite plus rien obtenu. L'employeur a expliqué qu'il avait supprimé

cette prestation après avoir appris que son employé travaillait pour un tiers. En 2009, pour la première fois, aucune gratification n'a été versée dans l'entreprise en raison de la conjoncture économique. Le 9 octobre 2007, l'employé a résilié le contrat le liant à X. dans le délai contractuel, soit pour le 31 décembre 2007.

Le 10 juillet 2008, l'employé a ouvert action contre l'employeur devant l'une des Cours civiles du Tribunal cantonal du canton de Neuchâtel. L'employeur a conclu au rejet de la demande, subsidiairement à la constatation de la compensation entre l'éventuelle créance du demandeur et celle du défendeur. Par jugement du 15 avril 2011, la Juge instructeur de la I^{re} Cour civile a condamné l'employeur à établir un certificat de travail dans le sens des considérants (chiffre 2 du dispositif) et à payer la somme brute de 40 635 fr. 65 (chiffre 1 du dispositif), soit 36 000 fr. à titre de gratification pour les années 2006 et 2007 et 4635 fr. 65 à titre d'heures supplémentaires effectuées entre avril et juin 2003. Les deux parties ont contesté cette décision devant la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal. Par arrêt du 22 février 2012, le Tribunal cantonal a partiellement admis les deux appels et réformé le jugement en ce sens que l'employeur doit verser à l'employé non pas 40 635 f. 65, mais 52 592 fr., soit 16 000 fr. à titre de gratification pour les années 2006 et 2007 et 36 592 fr. pour les heures supplémentaires effectuées entre avril 2003 et décembre 2006.

Tant l'employeur que l'employé exercent un recours en matière civile devant le Tribunal fédéral.

Extraits des considérants:

4.

Les deux parties soulèvent une série de griefs à propos des heures supplémentaires.

4.1 A teneur de l'art. 321c al. 3 CO, l'employeur est tenu de rétribuer les heures de travail supplémentaires qui ne sont pas compensées par un congé en versant le salaire normal majoré d'un quart au moins, sauf clause contraire d'un accord écrit, d'un contrat-type de travail ou d'une convention collective.

Constituent des heures supplémentaires, au sens de l'art. 321c CO, les heures accomplies au-delà du temps de travail prévu par le contrat ou l'usage, par un contrat-type ou une convention collective (cf. art. 321c al. 1 CO; ATF 116 II 69 consid. 4a).

4.2 La cour d'appel a retenu que l'employé avait accompli les heures supplémentaires suivantes entre avril 2003 et décembre 2006:

2003: 347 heures;
2004: 321,5 heures;
2005: 194,5 heures;
2006: 181 heures.

La cour s'est fondée sur un horaire contractuel de 40 heures par semaine, ou 173,6 heures par mois, comme cela ressort implicitement du calcul qu'elle a effectué pour déterminer le salaire horaire applicable à la rémunération de ces heures supplémentaires (arrêt p. 20; cf. au surplus *infra*, consid. 7.2).

4.3

4.3.1 L'employeur reproche à la cour d'appel d'avoir méconnu le fait qu'en avril 2003, les parties avaient conclu un nouveau contrat modifiant l'horaire de travail de l'employé, en ce sens que ledit horaire intégrait la vingtaine ou quarantaine de minutes supplémentaires quotidiennes inhérentes à la fonction de chef d'atelier. Il fait observer qu'au moment de l'introduction de la timbreuse, un temps de travail normal de 8 h 50 a été attribué à l'employé. Cette modification de l'horaire aurait été compensée par un supplément de salaire proportionnel de 500 fr. et par une augmentation de la gratification plus substantielle que par le passé. Au demeurant, la position de cadre de l'employé excluait la notion même d'heures supplémentaires.

4.3.2 La jurisprudence admet qu'à défaut d'une réglementation expresse du temps de travail, les cadres supérieurs ne peuvent prétendre à une indemnisation des heures supplémentaires effectuées que lorsqu'ils se voient confier des tâches excédant leur cahier des charges, ou lorsque l'ensemble du personnel a dû fournir un nombre conséquent d'heures supplémentaires pendant une certaine durée. Cela étant, l'art. 321c CO s'applique aussi aux cadres supérieurs dans la mesure où leur horaire a été expressément défini par le contrat (ATF 129 III 171 consid. 2.1 p. 173).

Outre que la qualification de cadre dirigeant (cf. ATF 126 III 337 consid. 5) ne paraît pas pouvoir être retenue en l'espèce, l'employeur soutient précisément que le temps de travail de l'employé en tant que chef d'atelier était réglementé, de sorte qu'il pouvait prétendre à une rétribution pour les heures accomplies en sus.

4.3.3 L'arrêt attaqué ne constate pas que les parties auraient eu la réelle et commune volonté d'augmenter l'horaire de travail. L'existence d'un tel accord est une question de fait (cf. par ex. ATF 133 III 675 consid. 3.3 p. 681). Or, l'employeur ne se plaint pas d'arbitraire dans l'établissement des faits. Dans une démarche purement appellatoire, il se réfère au temps de travail introduit dans le système de timbrage; or, il ne ressort pas de l'arrêt qu'un horaire de base de 8 h 50 aurait été enregistré dans ledit système.

A défaut d'accord réel, il reste à examiner si l'employeur pouvait, selon le principe de la confiance, considérer que l'employé avait accepté de voir son horaire de base augmenté à 8 h 40 ou 8 h 50 par jour.

L'on peut inférer que la promotion de l'employé au rang de chef d'atelier induisait une légère augmentation de son temps de travail quotidien puisque, selon l'arrêt attaqué, il devait arriver un peu avant les autres ouvriers et repartir un peu après eux-ci. L'employé admet avoir touché

une augmentation de salaire de 500 fr. lors de sa promotion, intervenue en septembre 2002. La gratification a augmenté cette année-là de 4000 fr. pour atteindre 10 000 fr., alors que l'année précédente, elle avait passé de 3000 fr. à 6000 fr. Cela étant, l'employé promu a continué dans un premier temps à toucher une rétribution pour ses heures supplémentaires: l'arrêt attaqué indique en effet que les heures supplémentaires ont été payées périodiquement, dès l'engagement jusqu'en avril 2003. Or, l'arrêt ne dit pas qu'entre septembre 2002 et avril 2003, l'employé promu aurait été rémunéré sur la base d'un horaire supérieur à 40 heures. L'employeur lui-même ne le prétend pas, puisqu'il situe la prétendue modification de son temps de travail au mois d'avril 2003. A cette époque, la rétribution des heures supplémentaires a cessé suite à une communication de l'employeur. Selon les explications concordantes données par les recourants dans leurs mémoires, l'employeur avait fait savoir aux cadres, après constatation d'abus, que leurs heures supplémentaires ne seraient plus rétribuées. En 2003, le salaire a augmenté de 100 fr., tandis que la gratification est restée la même.

Ces éléments font apparaître non pas une augmentation consentie de l'horaire de travail, mais une modification relative à la rétribution des heures supplémentaires. L'analyse de l'employeur ne résiste pas à l'examen; il cherche en fait à contourner l'écueil que représente l'exigence de forme écrite pour tout accord restreignant la rétribution des heures supplémentaires (art. 321c al. 3 CO). En bref, la cour d'appel n'a pas enfreint le droit fédéral en considérant que le temps de travail contractuellement dû était de 40 heures hebdomadaires et que les heures accomplies en sus représentaient des heures supplémentaires au sens de l'art. 321c CO.

5.

5.1

5.1.1 L'employeur reproche à la cour cantonale d'être tombée dans l'arbitraire en retenant les heures supplémentaires alléguées par l'employé sur la base de simples relevés unilatéraux formellement contestés, et en partant de la prémisse que l'employé n'avait pas compensé les 20 ou 40 minutes supplémentaires quotidiennes liées à sa nouvelle fonction. Les relevés de timbrage démontreraient que lorsque l'employé dépassait son horaire une semaine, il compensait la semaine suivante. Il n'y aurait pas de motif de penser qu'il en allait différemment avant l'introduction de la machine à timbrer.

5.1.2 L'employeur conteste la force probante des décomptes de l'employé et s'en prend ainsi à l'appréciation des preuves, ce qui suppose d'expliquer de façon circonstanciée en quoi celle-ci serait entachée d'arbitraire. En l'occurrence, l'employeur ne discute pas les autres éléments pris en compte par la cour d'appel, à savoir le témoignage d'autres employés et les propres déclarations de l'employeur. Il insiste sur le fait que les heures supplémentaires ont été compensées, ce qu'il lui incombait de prouver. A l'en croire, cette preuve ressortirait des relevés de timbrage. La simple consultation de ces documents, auxquels l'employeur se conten-

te de renvoyer, ne permet pas de vérifier la thèse d'une compensation des heures (cf. infra, consid. 5.2.2); ceci suffit à sceller le sort d'un grief fondé sur l'arbitraire.

5.1.3 L'employeur paraît aussi contester avoir eu connaissance des heures supplémentaires effectuées par l'employé, mais il ne formule pas de grief suffisamment étayé à cet égard.

5.2

5.2.1 Pour sa part, l'employé se plaint d'un établissement manifestement inexact des faits dès lors qu'aucune heure supplémentaire n'a été retenue pour l'année 2007. Il concède que la timbreuse était programmée de telle façon qu'elle ne comptabilisait pas correctement ses heures supplémentaires. Toutefois, si l'on passe en revue les relevés de timbrage en prenant un par un les jours de travail et les heures accomplies par l'employé, il apparaît que celui-ci a effectué 237,5 heures supplémentaires cette année-là.

5.2.2 Les relevés de la timbreuse versés au dossier (D 2/7 b à l) ont enregistré, pour les mois de janvier à novembre 2007, les heures d'entrée et de sortie de l'employé aussi bien le matin que l'après-midi. Ils comportent une colonne censée indiquer le temps de travail effectif («cumuls/Eff.») et une colonne censée faire ressortir un solde positif ou négatif à la fin de chaque jour («crédit/débit»). Les chiffres figurant dans ces colonnes ne sont pas exploitables; comme l'a relevé la cour d'appel, le temps de travail effectif indiqué reste le même alors que les heures d'entrée et de sortie de l'employé varient d'un jour à l'autre. En conséquence, la cour d'appel a refusé de retenir des heures supplémentaires pour l'année 2007, en faisant valoir qu'on pouvait attendre de l'employé qu'il établisse un relevé détaillé des heures supplémentaires accomplies cette année-là, plutôt que de renvoyer l'autorité judiciaire à rectifier les erreurs et inexactitudes de la timbreuse.

De deux choses l'une. Si la cour d'appel est arrivée à la conclusion que les heures d'arrivée et de départ figurant sur ces relevés étaient aussi erronées, elle pouvait conclure sans arbitraire que ces documents n'étaient pas propres à établir les heures supplémentaires alléguées. En revanche, si elle a jugé qu'il n'y avait pas de motif de mettre en doute l'enregistrement des temps de présence, mais seulement les indications relatives au temps de travail effectif et au solde positif ou négatif, il était arbitraire d'écarter ce moyen de preuve. Il apparaît certes extrêmement fastidieux de décompter, sur la base des quatre entrées et sorties journalières de l'employé, le nombre d'heures effectivement accomplies en 2007. Toutefois, le juge aurait pu impartir un délai à l'employé pour qu'il procède lui-même à ce travail et indique en marge de chaque jour le nombre d'heures effectuées, et précise à la fin de chaque mois s'il existait un solde positif (ou négatif), par rapport au nombre d'heures contractuellement dues selon les constatations de l'arrêt attaqué, soit 173,6 heures par mois ou 40 heures par semaine. La

partie adverse et l'autorité judiciaire auraient eu toute liberté de contrôler le résultat de la synthèse effectuée par l'employé.

La cause doit donc être renvoyée à l'autorité précédente pour qu'elle indique si elle estime que les heures d'entrée et sortie de l'employé sont fiables et, dans l'affirmative, pour qu'elle détermine, cas échéant avec le concours de l'employé, si et combien d'heures supplémentaires ont été accomplies en 2007, sur la base d'un horaire contractuel de 40 heures par semaine.

6.

Les parties soulèvent ensuite des griefs portant sur la prétention de l'employé en indemnisation des heures supplémentaires. Pour sa part, l'employeur conteste toute prétention en invoquant l'abus de droit.

6.1 La jurisprudence fédérale a déjà eu l'occasion de préciser que sous l'une des formes prescrites par l'art. 321c al. 3 CO – accord écrit, contrat-type ou convention collective –, les parties peuvent déroger au système légal de rétribution et convenir que les heures supplémentaires accomplies à l'avenir ne seront pas rémunérées, ou seront rémunérées sans supplément, et ce à tout le moins lorsque la rémunération de ces heures est forfaitairement comprise dans le salaire de l'intéressé (ATF 124 III 469 consid. 3a).

Selon le Message du Conseil fédéral, l'exigence de forme vise à sauvegarder le principe du paiement du salaire, qui risquerait d'être largement abandonné si les accords verbaux étaient tolérés, et à créer un régime clair pour l'exception (Message du 25 août 1967 concernant la révision des titres 10 et 10^{bis} du code des obligations, FF 1967 II 314). La règle de forme est impérative; elle ne peut pas être écartée par convention (ADRIAN STAEHELIN, Commentaire zurichois, 4^{ème} éd. 2006, n° 23 ad art. 321c CO). Un accord verbal n'est pas valable (REHBINDER/STÖCKLI, Commentaire bernois, 2010, n° 11 ad art. 321c CO). Selon la doctrine, les éventuelles prestations supplémentaires fournies par l'employeur en vertu d'un accord non valable doivent être prises en compte et déduites de la prétention en indemnisation des heures supplémentaires invoquées (PHILIPPE CARRUZZO, Le contrat individuel de travail, 2009, p. 70 n° 14 in fine ad art. 321c CO; cf. aussi JUDITH BREGNARD-LUSTENBERGER, Überstunden- und Überzeitarbeit, 2006, p. 192, et KUHN/KOLLER, Aktuelles Arbeitsrecht für die betriebliche Praxis, vol. 3, partie 6 «Überstunden», chap. 4.1 p. 2 s., qui se réfèrent à une décision de l'Arbeitsgericht de Zurich retenant l'abus de droit).

Par ailleurs, il convient de réserver le cas d'une dénonciation abusive du vice de forme. Dans la pratique, une telle hypothèse a été retenue s'agissant d'un employé qui avait expressément refusé le renfort proposé par son employeur au motif qu'il préférerait toucher un revenu supplémentaire. L'employeur avait accepté cette solution uniquement moyennant renonciation de l'employé au supplément prévu pour les heures supplémentaires; un accord verbal en ce sens avait clairement été conclu (arrêt du gewerbli-

ches Schiedsgericht de Bâle-Ville rendu le 1^{er} octobre 1981, in JAR 1982 100, cité par REHBINDER/STÖCKLI, op.cit., n° 11 ad art. 321c CO).

De manière générale, lorsque le travailleur conteste la validité d'un accord en invoquant la violation d'une règle impérative, il ne commet pas d'abus de droit, sauf circonstances particulières; il ne doit en effet pas être privé de la protection du droit impératif par le détournement de l'art. 2 CC. Cette disposition peut exceptionnellement trouver application, notamment lorsque l'intérêt protégé par la norme de droit impératif disparaît ou a été assuré d'une autre manière (ATF 129 III 493 consid. 5.1). Celui qui exécute un contrat sans avoir connaissance du vice de forme ne commet pas d'abus à faire valoir le vice ultérieurement. Toutefois, un abus de droit peut être retenu si l'ayant droit tarde à faire valoir la nullité pour en retirer un avantage (arrêt 4A_462/2011 du 5 mars 2012 consid. 2.3.1 et 2.3.2, à paraître aux ATF; ATF 129 III 493 consid. 5.1 p. 498). Plus généralement, le simple fait de laisser s'écouler du temps tout en agissant dans le délai de prescription ne dénote pas un abus, sauf si le retard occasionne de manière reconnaissable des inconvénients pour le débiteur, tels que la difficulté à établir la créance, ou si l'ayant droit obtient un avantage injustifié (ATF 131 III 439 consid. 5.1 p. 443; 110 II 273 consid. 2).

6.2 L'employeur reproche à l'employé de commettre un abus de droit en agissant en justice dix mois après la fin des relations contractuelles, à la veille de l'audience de jugement pénal, alors qu'en avril 2003, il avait accepté la suppression du paiement de ses heures supplémentaires et que depuis lors, il s'était abstenu de présenter des décomptes et de contester les salaires payés par l'employeur.

6.3 La règle de forme écrite, de nature impérative, n'a pas été respectée. Il n'apparaît pas que l'employé ait eu connaissance de ce vice avant la présente procédure. Une telle connaissance ne saurait se déduire du seul fait qu'il a continué à tenir un décompte de ses heures à titre privé; cette attitude peut tout aussi bien s'expliquer par le fait qu'il n'acceptait pas la décision de l'employeur, mais n'entendait pas mettre en jeu leur relation contractuelle. Par ailleurs, l'on ne saurait retenir que l'intérêt protégé par la règle de forme a été assuré d'une autre manière. Celle-ci vise manifestement à éviter des problèmes de preuve et à jouer un rôle d'avertissement pour l'employé, qui doit être conscient de ce à quoi il renonce et ne pas s'engager à la légère.

En l'occurrence, les décisions cantonales ne se prononcent pas sur le contenu exact de la communication faite par l'employeur avant la suppression du paiement des heures supplémentaires en avril 2003. Toutefois, dans son recours, l'employeur admet lui-même avoir annoncé que ces heures ne seraient plus rétribuées en raison d'abus et qu'il était loisible aux «cadres» de donner leur congé si cette solution ne leur convenait pas. L'employé a cessé de produire des décomptes d'heures supplémentaires. En 2003, son salaire n'a augmenté que de 100 fr. et la gratification est restée la même. Il

n'a émis aucune protestation. Les heures supplémentaires qu'il a accomplies depuis lors l'ont été au su de l'employeur.

De telles circonstances n'établissent pas l'existence d'un accord clair de l'employé quant à la non-rétribution des heures supplémentaires. A supposer même qu'un consentement puisse être retenu, ce qui paraît fort douteux, il ne pourrait l'être que sur la base d'un acte concluant interprété selon le principe de la confiance. Or, l'exigence de forme écrite, qui est destinée au premier chef à protéger l'employé, vise précisément à éviter une situation de ce genre. Pour le surplus, l'employeur ne démontre pas quelles circonstances particulières rendraient abusif, au sens de la jurisprudence rappelée ci-dessus, le temps pris par l'employé avant d'ouvrir action.

Il s'ensuit qu'il n'était pas abusif d'invoquer le vice de forme.

6.4 La question de l'imputation d'éventuelles prestations supplémentaires ne se pose pas. D'une part, il n'apparaît pas que les parties aient eu la volonté concordante de rémunérer forfaitairement les heures supplémentaires par le biais du salaire et/ou de la gratification. D'autre part, l'interprétation des faits et comportements selon le principe de la confiance ne permet pas de retenir que le salaire et/ou la gratification aurait inclu une rémunération forfaitaire des heures supplémentaires. L'on se référera notamment à l'évolution globale du salaire et de la gratification depuis le début des relations, ainsi qu'à l'absence de modification en avril 2003, au moment où la rétribution des heures supplémentaires a été supprimée.

6.5 En bref, la cour d'appel n'a pas enfreint le droit fédéral en considérant que les heures supplémentaires accomplies dès avril 2003 devaient pleinement être indemnisées sur la base de l'art. 321c al. 3 CO.

7.

7.1 Pour sa part, l'employé reproche à l'autorité intimée d'avoir fait une erreur de calcul en retenant le montant de 36 592 fr. pour les heures accomplies entre avril 2003 et décembre 2006. Après avoir rappelé le régime légal de l'art. 321c al. 3 CO, selon lequel les heures supplémentaires sont rétribuées au salaire normal majoré d'un quart, la cour cantonale aurait omis d'appliquer cette majoration dans son calcul.

7.2 Le grief est bien fondé. La cour d'appel a indiqué pour chaque année concernée (2003 à 2006) le nombre d'heures supplémentaires effectuées et leur a appliqué un salaire horaire reconstitué de la façon suivante: elle a tout d'abord recalculé le salaire mensuel en y intégrant le 13ème mois (en 2003: $5600 \times 13/12 = 6066$ fr.; en 2004: $5625 \times 13/12 = 6093$ fr. 75; en 2005: $5725 \times 13/12 = 6202$ fr.; en 2006: $5785 \times 13/12 = 6267$ fr.). Elle a ensuite divisé ce salaire mensuel par 173,6, ce qui correspond au nombre d'heures mensuelles dues contractuellement (52 semaines de 40 heures, soit 2080, divisé par 12 mois = $\sim 173,6$); le résultat de cette division représentait le salaire horaire pour chaque année concernée, lequel a été multiplié par le nombre d'heures effectuées chaque année. La cour d'appel a retenu une indemnisation totale de 36 592 fr. pour les heures supplémentaires accomplies entre avril 2003 et décembre 2006.

Il résulte de ce qui précède que la majoration de 25% prévue par la loi n'a pas été prise en compte et doit être ajoutée. L'employé peut donc effectivement prétendre au montant de 45 740 fr. (36 592 fr. + 25%). Il lui a toutefois échappé que le calcul est entaché d'une autre inadvertance manifeste concernant l'année 2005. La cour a retenu un tarif horaire de 35,73 fr., soit plus précisément 35,726 (6202 fr./173,6 = 35,726). Or, si l'on multiplie 35,726 par les 194,5 heures retenues, le résultat (abstraction faite des centimes) est de 6948 fr., et non 6648 fr. comme constaté dans l'arrêt. L'employé avait donc droit à 300 fr. supplémentaires, montant qui doit encore être majoré de 25%, soit 375 fr. En définitive, l'employé a donc droit au montant revendiqué (45 740 fr.) plus 375 fr., soit 46 115 fr., pour la rétribution de ses heures supplémentaires. Le montant supplémentaire de 375 fr., non revendiqué par l'employé, paraît s'inscrire dans la limite de ses conclusions (97 654 fr. 80). Il est vrai que la cour d'appel doit encore statuer sur les heures supplémentaires relatives à l'année 2007, mais l'employé requiert aussi le paiement de 42 000 fr. de gratification, conclusion qui doit être entièrement rejetée (cf. infra, consid. 8). Quoi qu'il en soit, la cour se prononcera sur la question des heures supplémentaires afférentes à l'année 2007, puis indiquera, eu égard aux conclusions précitées, si l'employé a droit à 45 740 fr. ou à 46 115 fr. pour la période d'avril 2003 à décembre 2006.

8.

8.1 Les deux recourants soulèvent ensuite le grief de violation de l'art. 322d CO. En substance, l'employeur soutient qu'il a toujours été parfaitement clair pour les deux parties que la gratification était à bien plaisir, ce qui a été rappelé dans chaque décompte de salaire. L'augmentation des heures de travail liée au nouveau statut de l'employé aurait été compensée par une augmentation proportionnelle du salaire, tandis que la gratification aurait été augmentée moins pour ces heures supplémentaires que pour les responsabilités accrues. En outre, les gratifications allouées seraient toujours restées accessoires par rapport au salaire de base. Enfin, le comportement déloyal de l'employé justifierait amplement le refus de toute gratification.

Quant à l'employé, il objecte que la réserve «à bien plaisir» était dépourvue d'effet pratique. En outre, la gratification serait devenue dès 2003 un élément du salaire servant à rétribuer l'investissement supplémentaire dû à son activité de chef d'atelier. Le refus de verser une gratification en 2006 et 2007 contreviendrait à l'égalité de traitement. Au demeurant, la preuve qu'il aurait travaillé au service d'une autre entreprise de sertissage ne serait pas rapportée, pas plus que l'existence d'un préjudice causé par cette prétendue activité.

8.2 La gratification, au sens de l'art. 322d CO, est une rétribution spéciale que l'employeur verse en sus du salaire à des occasions particulières, telles que Noël ou la fin de l'exercice annuel. Elle se distingue du salaire, et en particulier d'un éventuel treizième mois de salaire, en ceci

qu'elle dépend au moins partiellement du bon vouloir de l'employeur. Si le versement d'une gratification n'a pas été convenu, que ce soit expressément ou par actes concludants, cette prestation est entièrement facultative. Si les parties se sont accordées simplement sur le principe d'une gratification, l'employeur est tenu de la verser, mais il jouit d'une certaine liberté dans la fixation du montant à allouer (ATF 136 III 313 consid. 2 p. 317 s.; 131 III 615 consid. 5.2; 109 II 447 consid. 5c p. 448). Le caractère facultatif de la gratification trouve ses limites dans le respect de l'égalité de traitement (cf. ATF 129 III 276 consid. 3.1).

Selon le principe de la confiance, la gratification peut être considérée comme convenue lorsque l'employeur l'a versée pendant au moins trois années consécutives sans faire de réserves (ATF 129 III 276 consid. 2 p. 278 in fine). Dans certaines circonstances, la gratification peut être due alors même que, d'année en année, l'employeur a exprimé une réserve à ce sujet (ATF 131 III 615 consid. 5.2 p. 621). Tel est notamment le cas lorsque la réserve apparaît comme une clause de style vide de sens et que tout, dans le comportement de l'employeur, montre qu'il se sent obligé de verser une gratification. Un engagement tacite peut ainsi se déduire du paiement répété de la gratification pendant des décennies («jahrzehntelang») sans que l'employeur ne fasse jamais usage de la réserve émise, alors même qu'il aurait eu des motifs de l'invoquer, tels qu'une mauvaise marche des affaires ou de mauvaises prestations de certains collaborateurs (ATF 129 III 276 consid. 2.3). Au sein de la doctrine, d'aucuns se montrent sinon opposés, du moins très restrictifs quant à une telle interprétation. Il est notamment souligné qu'une réserve expresse du caractère facultatif de la gratification ne peut en principe pas être interprétée contre son texte (cf. notamment REHBINDER/STÖCKLI, op.cit., n° 8 ad art. 322d CO; WOLFGANG PORTMANN, in Commentaire bâlois, 5^{ème} éd. 2011, n° 11 ad art. 322d CO), sauf circonstances exceptionnelles (cf. GABRIEL AUBERT, dans la première édition du Commentaire romand, 2009, n° 5 ad art. 322d CO; dans la deuxième édition 2012, n° 13 ad art. 322d CO, cet auteur se contente de souligner la prudence de la jurisprudence).

La gratification se différencie en outre du salaire par son caractère accessoire; elle ne peut avoir qu'une importance secondaire dans la rétribution du travailleur. Un montant très élevé en comparaison du salaire annuel, égal ou même supérieur à ce dernier, et versé régulièrement, doit être considéré comme un élément de salaire variable, alors même que l'employeur en a réservé le caractère facultatif. Dans le cas de salaires modestes, un montant proportionnellement moins élevé peut déjà présenter le caractère d'un salaire variable (ATF 131 III 615 consid. 5.2 p. 621; 129 III 276 consid. 2.1).

8.3 La cour d'appel a retenu les éléments de fait suivants: alors même que le contrat de travail ne prévoyait aucune gratification, l'employé avait touché dès son entrée en service jusqu'à fin 2005 des rétributions spéciales versées en juillet et décembre; les décomptes de salaire comportaient tou-

jours la mention «Grat. à bien plaire, pas un acquit (sic)». En juillet 2003, le versement de la rétribution s'était accompagné d'un courrier indiquant aux employés que malgré une situation économique «pas bien réjouissante», il avait été décidé de récompenser «le[ur]s efforts méritants par une gratification à bien plaire». Dans le cadre de la procédure civile, l'employeur avait allégué que le changement de statut de l'employé avait entraîné des prestations compensatoires intitulées «gratifications à bien plaire», qui ne se justifiaient que par l'engagement accru résultant de ce changement de statut. Lors de son interrogatoire, l'employeur avait encore expliqué que les gratifications touchées par les cadres étaient beaucoup plus élevées que celles des autres ouvriers et que les heures supplémentaires accomplies par l'employé étaient comprises dans cette rémunération.

En droit, la cour d'appel est arrivée à la conclusion que la gratification était une prestation due à l'employé, au moins dans son principe, dès lors que l'employeur avait versé pendant huit ans consécutifs, y compris en période de conjoncture défavorable, des rétributions spéciales censées au surplus compenser l'investissement accru inhérent à la promotion au rang de chef d'atelier.

8.4 Cette analyse ne saurait être suivie. Seules des circonstances particulières permettent de s'écarter des déclarations claires de l'employeur selon lesquelles il n'entend pas s'obliger à verser une gratification. Une telle situation d'exception n'est pas réalisée dans ce cas concret, où l'employeur a alloué pendant huit ans consécutifs des gratifications en réservant sans exception leur caractère facultatif, sans qu'il soit démontré que l'entreprise ait connu un revirement économique important qui aurait justifié d'exclure toute gratification. Indépendamment de la question de savoir si la durée de huit ans n'est pas déjà en soi insuffisante, l'on observe que dans cet intervalle, l'employeur s'est tout au plus inquiété à une reprise d'une situation économique «peu réjouissante» qui l'a conduit à s'interroger sur le versement des gratifications. En l'absence d'éléments plus précis sur la situation de l'entreprise, cette simple lettre ne suffit pas à conclure que la réserve systématiquement exprimée n'était qu'une clause de style vide de sens; le courrier pouvait du reste se comprendre comme un avertissement du risque de suppression de la gratification si la situation économique venait à s'aggraver. Or, il n'apparaît pas que l'entreprise ait connu de problèmes économiques avant 2009.

La cour d'appel tire aussi argument de la position défendue par l'employeur dans le cadre de la procédure civile, où il a allégué que les gratifications servaient à rémunérer l'engagement accru qu'exigeait la fonction de chef d'atelier. Il faut toutefois rappeler que le litige porte non seulement sur les gratifications, mais aussi sur l'indemnisation des heures supplémentaires. Les allégations de l'employeur visaient manifestement à contester toute prétention sur cet autre point litigieux. Dans un tel contexte, l'on ne saurait leur attribuer une importance particulière; tout au plus peut-on constater que l'argumentation de l'employeur est à double tranchant.

Pour le reste, l'état de fait ne permet pas de retenir que la gratification serait devenue un élément de salaire dès 2003. Encore une fois, l'on ne discerne quasi aucune évolution du salaire et de la gratification en 2003, année où cette dernière aurait prétendument changé de nature. Il est vrai qu'après la promotion, la gratification est devenue proportionnellement plus importante par rapport au salaire de base, particulièrement en 2004 et 2005; toutefois, elle lui est demeurée accessoire dès lors qu'elle ne représentait au plus qu'environ un quart de celui-ci (18 000 fr., pour un salaire annuel de 74 425 fr.).

Dès lors, en retenant que les parties avaient convenu du versement d'une gratification, la cour cantonale a enfreint le droit fédéral. Il s'agissait au contraire d'une prestation dont le principe même du versement dépendait entièrement du bon vouloir de l'employeur. Il est constant que dès la fin de l'année 2005, l'employé a travaillé pendant deux mois et demi environ pour une autre entreprise de sertissage. Aucun grief recevable n'est formulé contre ce fait. Dans ces circonstances, l'employeur pouvait renoncer à verser une gratification en 2006 et 2007 sans s'exposer au grief d'inégalité de traitement par rapport aux autres travailleurs.

8.5 Dans l'arrêt à intervenir, aucune gratification ne devra donc être allouée à l'employé pour les années 2006 et 2007.

9.

Dans un dernier grief, l'employeur reproche à l'autorité précédente de ne pas avoir tenu compte de la créance opposée en compensation, créance qui aurait pour fondement la violation du devoir de fidélité de l'employé.

9.1 Le travailleur qui accomplit du travail rémunéré pour un tiers au mépris de son devoir de fidélité (art. 321a al. 3 CO) s'expose, selon les circonstances, à une résiliation immédiate du contrat, auquel cas l'employeur pourra exiger la réparation du dommage causé par le congé anticipé (art. 337b CO); il doit en outre réparer l'éventuel dommage causé par la violation du devoir de fidélité (art. 321e CO) (REHBINDER/STÖCKLI, op.cit., n° 16 ad art. 321a CO; STAEHELIN, op.cit., n° 4 et 32 ad art. 321a CO; THOMAS BRÄNDLI, *Arbeitsvertrag und Nebenbeschäftigung*, 2000, p. 142 ss). L'employeur reste en principe tenu de verser le salaire à l'employé. Une réglementation spéciale est toutefois prévue lorsque le travail «au noir» a été effectué pendant les vacances (cf. art. 329d al. 3 CO; STAEHELIN, *ibidem*; BRÄNDLI, op.cit., p. 149–151).

9.2 L'employeur paraît tout d'abord exiger la restitution du salaire. Il ne ressort toutefois pas de l'arrêt attaqué que le travail «au noir» accompli par l'employé l'aurait été pendant ses vacances.

9.3

9.3.1 L'employeur soutient ensuite qu'il a perdu confiance en son employé suite à son comportement et qu'il a été contraint de lui retirer des responsabilités et de réorganiser l'entreprise. Une tierce personne aurait même dû être engagée. Les inconvénients subis seraient difficilement chif-

frables et devraient être fixés ex aequo et bono; à tout le moins devraient-ils correspondre aux prétentions formulées abusivement par l'employé.

9.3.2 Selon l'arrêt attaqué, il n'est pas établi que l'employé ait été partiellement libéré de ses tâches. Plus généralement, les prétendues mesures de réorganisation ne ressortent pas non plus de la décision attaquée. L'employeur tente vainement d'échapper aux conséquences du défaut de preuves qui pouvaient aisément être apportées en prétendant implicitement à l'application de l'art. 42 al. 2 CO.

9.4

9.4.1 L'employeur se plaint enfin d'avoir été empêché d'exercer son droit de résilier le contrat avec effet immédiat en raison des manœuvres de l'employé, qui l'aurait contraint, par ses dénégations, à mener une longue procédure pénale au terme de laquelle l'employé se serait empressé de donner son congé ordinaire. L'employeur estime avoir ainsi été privé des dommages-intérêts auxquels il aurait pu prétendre dans le cadre d'un congé anticipé, tandis que l'employé a pu bénéficier d'un délai de congé ordinaire.

9.4.2 L'employeur était libre de mettre un terme au contrat avec effet immédiat et ce, aussi bien avant qu'après la notification du congé ordinaire donné par l'employé. Il est vrai qu'en cas de congé immédiat injustifié, l'employeur s'exposait à des prétentions financières de l'employé. En l'occurrence, l'employeur devait pouvoir justifier d'une violation suffisamment caractérisée du devoir de fidélité et ne pas tarder à agir après la découverte du motif de congé. Quand bien même l'employé aurait immédiatement avoué les faits, cela n'aurait pas épargné à l'employeur le risque inhérent à la question juridique de savoir si une violation caractérisée du devoir de fidélité pouvait être retenue. Outre qu'une telle violation apparaît douteuse, l'employeur ne doit pas se méprendre sur la portée de l'indemnisation prévue à l'art. 337b CO, dont l'unique fonction est de réparer les conséquences financières en rapport de causalité adéquate avec le départ anticipé de l'employé (cf. ATF 133 III 657 consid. 3.2 p. 659). Or, un tel dommage ne s'est précisément pas produit.

9.5 En bref, le grief relatif à une prétendue compensation des créances doit être entièrement rejeté.

10.

En définitive, l'arrêt attaqué doit être annulé. La cause est renvoyée à l'autorité précédente pour qu'elle rende une nouvelle décision dans le sens des considérants sur les heures supplémentaires. Il est constaté que l'employé n'a le droit à aucune gratification pour les années 2006 et 2007.

L'employeur obtient gain de cause concernant les gratifications. L'employé l'emporte sur la question des heures supplémentaires en tant qu'elles sont afférentes aux années 2003 à 2006. S'agissant de l'année 2007, il soulève un grief justifiant le renvoi de la cause. En conséquence, il y a lieu d'admettre que les frais judiciaires, arrêtés à 5000 fr., seront mis à la charge de l'employeur par trois cinquièmes et à celle de l'employé par deux cinquièmes (art. 66 al. 1 LTF). La même clé de répartition sera utili-

sée pour les dépens, fixés à 6000 fr., qui seront partiellement compensés (art. 68 al. 1 et 2 LTF).

Bundesgericht, Urteil vom 23. August 2012, Doss.-Nr. 8C_844/2011 (Aufhebung des Entscheids des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 7. Oktober 2011), in: BGE 138 I 356

Art. 9 Abs. 1 lit. b, Art. 13 und 71 lit. b ArG; §§ 2 und 10 des kantonalzürcherischen Gesetzes über die ärztlichen Zusatzhonorare (Honorargesetz); derogatorische Kraft des Bundesrechts.

Die Entschädigungen, welche ein dem ArG unterstellter Oberarzt des Universitätsspitals Zürich aus Honorarpools nach dem Honorargesetz und dem Regierungsratsbeschluss 4094/1990 bezogen hat, sind nicht an den Lohn für geleistete Überzeit (d.h. über die Arbeitszeit von 50 Stunden gemäss Art. 9 Abs. 1 lit. b ArG hinausgehende Tätigkeit) anzurechnen. Das gegenteilige Verständnis von Spital und kantonalem Verwaltungsgericht verstösst gegen Art. 13 und 71 lit. b ArG und damit gegen den Grundsatz der derogatorischen Kraft des Bundesrechts (E. 5).

Art. 9 al. 1 let. b, art. 13 et 71 let. b LTr; §§ 2 et 10 de la loi du canton de Zurich sur les honoraires complémentaires des médecins (loi sur les honoraires); force dérogatoire du droit fédéral.

Les indemnités qu'un médecin en chef de l'Hôpital universitaire de Zurich, soumis à la LTr, a perçu de pools d'honoraires selon la loi sur les honoraires et l'arrêté du conseil exécutif 4094/1990, ne doivent pas être imputées sur le salaire pour les heures supplémentaires accomplies (c'est-à-dire en plus du temps de travail de 50 heures selon l'art. 9 al. 1 let. b LTr). L'opinion opposée de l'Hôpital et du Tribunal administratif cantonal est contraire aux art. 13 et 71 let. b LTr et, par tant, viole le principe de la force dérogatoire du droit fédéral (consid. 5).

Sachverhalt:

A.

A.a X. war bis 31. Mai 2009 als Oberarzt am Universitätsspital Zürich (USZ) in einem öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis angestellt. Das USZ wurde per 1. Januar 2007 in eine selbstständige öffentlich-rechtliche Anstalt umgewandelt. Gleichzeitig stellte das Amt für Wirtschaft und Arbeit des Kantons Zürich in einer Verfügung vom 24. Januar 2007 zuhanden des Verbands Schweizerischer Assistenz- und Oberärzte fest, das USZ sei mit der Verselbstständigung den Arbeits- und Ruhezeitvorschriften des Bundesgesetzes vom 13. März 1964 über die Arbeit in Industrie,

Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz, ArG; SR 822.11) unterworfen, unter Vorbehalt von Art. 71 lit. b ArG. Diese Feststellungsverfügung wurde von der Volkswirtschaftsdirektion des Kantons Zürich mit Verfügung vom 26. März 2008 bestätigt, nachdem das USZ dagegen Rekurs erhoben hatte. Damit galt für die Oberärzte ab 1. Januar 2007 eine wöchentliche Höchst-arbeitszeit gemäss Art. 9 Abs. 1 lit. b ArG von 50 Stunden.

A.b X. leistete in den Jahren 2007 und 2008 unbestrittenermassen 2002 Stunden Überzeit. Dies entspricht einem Überzeitlohn, einschliesslich des Zuschlags von 25% gemäss Art. 13 Abs. 1 ArG, von Fr. 131 957.–.

Im gleichen Zeitraum erhielt X. Entschädigungen von Fr. 157 785.– aus den Honorarpools ausbezahlt.

A.c Am 1. Januar 2008 trat das kantonalzürcherische Gesetz vom 12. Juni 2006 über die ärztlichen Zusatzhonorare (LS 813.14; nachfolgend: Honorargesetz) in Kraft. Gestützt darauf – und für die Zeit bis Ende 2007 gestützt auf einen Beschluss des Regierungsrates vom 19. Dezember 1990 (RRB 4094/1990) – verfügte die Spitaldirektion des USZ am 9. Oktober 2009, der Betrag von Fr. 157 785.– werde an die Entschädigung für geleistete Überzeit angerechnet.

A.d Hiegegen rekurrierte X. – wie 26 weitere Oberärzte und Oberärztinnen als Adressaten vergleichbarer Verfügungen – an den Spitalrat des USZ. Dieser fällte am 20. Oktober 2010 folgenden Grundsatzentscheid:

«1. Oberärztinnen und Oberärzten mit Bewilligung zur privatärztlichen Tätigkeit wird das Überzeitguthaben der Jahre 2007 und 2008 unter Anrechnung der in derselben Zeitperiode ausbezahlten Honorare bzw. Leistungsprämien aus den Honorarpools ausbezahlt. Vom anrechenbaren Betrag ist das von der Spitalleitung für die Jahre 2007 und 2008 festgesetzte und gemäss Anstellungsgrad und -dauer berechnete Minimal-Honorar gemäss Beschluss über die Verwendung des Oberarzt-Gemeinschaftspools vom 27.8.2003, Ziffer 2b, abzuziehen.

2. Oberärztinnen und Oberärzten ohne Bewilligung zur privatärztlichen Tätigkeit, welche als Honorare ausschliesslich das Minimal-Honorar aus dem Oberarzt-Gemeinschaftspool gemäss Beschluss über die Verwendung des Oberarzt-Gemeinschaftspools vom 27.8.2003, Ziffer 2b, erhalten haben, wird das Überzeitguthaben der Jahre 2007 und 2008 ohne Anrechnung von Honoraren ausbezahlt.

3. Dieser Beschluss ist den Rekursentscheiden betreffend Abrechnung Mehrzeitguthaben und Anrechnung der Honorarauszahlungen als Begründung beizulegen.»

Mit Entscheid vom gleichen Tag und unter Hinweis auf den oben genannten Grundsatzentscheid wies der Spitalrat den Rekurs von X. im Grundsatz ab und wies die Sache zur Neuberechnung der Minimal-Honorare an die Vorinstanz zurück.

B.

X. reichte Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Zürich ein mit dem Antrag, es sei der Entscheid des Spitalrats vom 20. Oktober

2010 aufzuheben und das USZ zur Zahlung von Fr. 131 957.– nebst Zins zu verpflichten. Das Verwaltungsgericht wies die Beschwerde mit Entscheid vom 7. Oktober 2011 ab.

C.

Mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten lässt X. – unter Aufrechterhaltung seiner vorinstanzlichen Rechtsbegehren – die Aufhebung des Entscheids des Verwaltungsgerichts vom 7. Oktober 2011 beantragen. Eventuell sei die Sache zur Abnahme weiterer Beweise und zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Das USZ lässt auf Abweisung der Beschwerde schliessen, soweit darauf eingetreten werden könne.

D.

Am 23. August 2012 hat das Bundesgericht eine publikumsöffentliche Beratung durchgeführt.

Das Bundesgericht heisst die Beschwerde teilweise gut.

Aus den Erwägungen:

5.

5.1 Der Beschwerdeführer rügt sodann einen Verstoß gegen Art. 13 und 71 lit. b ArG und damit eine Verletzung des Grundsatzes der derogatorischen Kraft des Bundesrechts (Art. 49 Abs. 1 BV).

Gemäss Art. 13 ArG hat der Arbeitgeber für die Überzeitarbeit einen Lohnzuschlag von wenigstens 25% auszurichten (...) (Abs. 1); wird Überzeit im Einverständnis mit dem einzelnen Arbeitnehmer innert eines angemessenen Zeitraums durch Freizeit von gleicher Dauer ausgeglichen, ist kein Zuschlag geschuldet (Abs. 2). Art. 71 lit. b ArG enthält einen allgemeinen Vorbehalt zugunsten der Vorschriften des Bundes, der Kantone und der Gemeinden über das öffentlich-rechtliche Dienstverhältnis; von den Vorschriften über den Gesundheitsschutz und über die Arbeits- und Ruhezeit dürfen aber auch diese nur zugunsten des Arbeitnehmers abweichen.

5.2 Die Vorinstanz prüfte aufgrund des Vorbehaltes von Art. 71 lit. b ArG, ob die Regelungen gemäss Honorargesetz und RRB 4094/1990 gleichwertig zur Lösung des Arbeitsgesetzes sind. Sie hat dies bejaht, denn das Arbeitsgesetz regle nicht, auf welche Weise die von Art. 13 ArG verlangte Entschädigung zu erfolgen habe. Erforderlich sei lediglich eine Zahlung, welche erkennbar der Entschädigung der geleisteten Überzeit diene. Der kantonale Gesetzgeber sei daher frei zu bestimmen, ob mit den Honoraren für privatärztliche Tätigkeit – auf die von Bundesrechts wegen kein Anspruch bestehe – die über der Höchstarbeitszeit liegende Arbeitsleistung abgegolten werden sollte.

5.3 Nach Auffassung des Beschwerdeführers widerspricht diese Auslegung dem Zweck von Art. 13 ArG. Diese Bestimmung wolle, dass die Überzeitarbeit den Arbeitgeber teurer zu stehen komme als die im Rahmen

der normalen Höchstarbeitszeit geleistete Arbeit. Die Mehrarbeit müsse die Ausnahme bleiben, solle der Schutzzweck der Norm eingehalten werden. Angesichts dieses Zwecks sei eine Verrechnung oder Anrechnung mit anderen Forderungen, die dem Arbeitnehmer aus anderen Titeln zustünden, absolut unzulässig. Art. 13 ArG lasse also zum Beispiel eine Verrechnung mit einem Anteil am Geschäftsergebnis (Art. 322a OR), einer Gratifikation (Art. 322d OR) oder einem Bonus nicht zu. Genau solches sei jedoch das Ergebnis der vorinstanzlichen Vorgehensweise. Nach dem Willen des Gesetzgebers hätten die Zahlungen an die Ärzte aus den Honorarpools verschiedene Zwecke erfüllen sollen. Die Leistung von Überzeit sei jedoch kein für die Auszahlung massgebliches Kriterium gewesen. Vielmehr seien die Honorarauszahlungen als Leistungsprämie konzipiert. Eine Gleichwertigkeit kantonaler Lösungen gegenüber den Vorschriften von Art. 13 ArG müsse zudem für alle Personen in allen denkbaren Fällen eine Gleichwertigkeit beinhalten. Dies sei aber hier nicht der Fall. Indem der Beschwerdeführer die Abgeltung der Überzeit durch Kompensation mit den Honorarentschädigungen gewählt habe, sei er schlechtergestellt, als er es im Fall einer zeitlichen Kompensation gewesen wäre.

5.4

5.4.1 Im vorinstanzlichen Verfahren präzisierter der Beschwerdeführer, seine Überzeit sei nicht durch privatärztliche Tätigkeit entstanden, sondern durch Einhaltung des Dienstplanes. Dies blieb unbestritten. Entsprechend hielt die Vorinstanz fest, die privatärztliche Tätigkeit des Beschwerdeführers sei während der durch den Klinikbetrieb notwendigen Präsenzzeit entstanden. Von diesem unbestrittenen Sachverhalt ist auszugehen.

5.4.2 Der Grundsatz des Vorrangs von Bundesrecht nach Art. 49 Abs. 1 BV schliesst in Sachgebieten, welche die Bundesgesetzgebung abschliessend regelt, eine Rechtssetzung durch die Kantone aus. In Sachgebieten, die das Bundesrecht nicht abschliessend ordnet, dürfen die Kantone nur solche Vorschriften erlassen, die nicht gegen Sinn und Geist des Bundesrechts verstossen und dessen Zweck nicht beeinträchtigen oder vereiteln. Der Grundsatz der derogatorischen Kraft des Bundesrechts kann als verfassungsmässiges Individualrecht angerufen werden. Das Bundesgericht prüft mit freier Kognition, ob die kantonale Norm mit dem Bundesrecht im Einklang steht (BGE 137 I 31 E. 4.1 S. 40 mit Hinweis; vgl. auch BGE 133 I 110 E. 4 S. 115 ff.; BGE 133 II 64 E. 5.3 S. 67; BGE 130 I 279 E. 2.2 S. 283; BGE 129 I 346 E. 3.1 S. 350; Urteil 2C_804/2010 vom 17. Mai 2011 E. 5.3.3; ALEXANDER RUCH, in: Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, Ehrenzeller und andere [Hrsg.], 2. Aufl. 2008, N. 17 zu Art. 49 BV; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, Bd. I, 2. Aufl. 2006, Rz. 1064).

Um zu entscheiden, ob ein Konflikt zwischen einer bundesrechtlichen Bestimmung und einer kantonalen Norm vorliegt, sind diese Regeln vorerst auszulegen (vgl. AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, a.a.O., Rz. 1056).

5.4.3 Gemäss Honorargesetz findet keine direkte Entschädigung von Überzeit statt. Grundgedanke des Gesetzes war vielmehr das Entfallen des Anspruchs auf finanzielle oder zeitliche Kompensation von Überzeit als Bedingung für eine Bewilligungserteilung beziehungsweise als Folge von Bezügen aus den Honorarpools. Entsprechend diesem grundsätzlichen Konnex unterscheidet die Arbeitszeitregelung zwischen Bewilligungsinhabern und sonstigen Bezüglern von Poolgeldern einerseits und den übrigen Ärzten andererseits (§ 10 Honorargesetz; vgl. auch Antrag des Regierungsrates vom 18. August 2004 zum «Gesetz über die ärztlichen Zusatzhonorare» [ABl 2004 871 ff.] S. 875 ff., S. 882 zu § 2 und S. 884 zu § 9). Dieser vom Gesetzgeber gewollte Konnex wurde durch das Unterstellen der Oberärzte unter das Arbeitsgesetz – als systemfremder Faktor, der den Verzicht auf Überzeitschädigung nicht zulässt – gestört (Schreiben der Gesundheitsdirektion des Kantons Zürich vom 12. Februar 2010 an den Spitalrat, lit. A.c). Entsprechend dieser Konzeption des Gesetzes wurde auch nicht vorgesehen, dass die in den Pool fallenden Honorare direkt entsprechend den geleisteten Überzeiten verteilt werden. Vielmehr sollte das Poolsystem der leistungsorientierten Verteilung der Honorareinnahmen dienen (Antrag des Regierungsrates, a.a.O., S. 884 zu § 8). Gemäss § 5 Honorargesetz werden solche Leistungsprämien namentlich an Bewilligungsinhaberinnen und Bewilligungsinhaber ausgerichtet (Abs. 1), wobei insbesondere folgende Kriterien zu berücksichtigen sind: Einsatzbereitschaft, Mitwirkung bei der Erbringung von Mehrleistungen für Patientinnen und Patienten im Privatpatientenstatus, Übernahme von Aufgaben im übergeordneten Klinik- oder Institutsinteresse sowie Erfüllung von qualitativen und quantitativen Leistungsvorgaben (Abs. 2). Die Mitwirkung bei der Honorargenerierung ist damit ein leistungsbezogener Faktor; daneben sind aber noch andere massgeblich. Die Honorarpools sollten daher als Führungsinstrument eingesetzt werden (Antrag des Regierungsrates, a.a.O., S. 883 zu §§ 4 und 5).

Gemäss Wortlaut sowie Systematik des Gesetzes und dem Willen des Gesetzgebers ist es also nicht so, dass ein Entschädigungsanspruch für Überzeit entsteht, der dann durch einen anderen Anspruch getilgt wird. Vielmehr soll gar kein Entschädigungsanspruch entstehen, weil gleichzeitig ein anderer Anspruch eingeräumt wird. Dem entspricht, dass das Honorargesetz keinen Mindestanspruch auf Leistungsprämien in Höhe der Überzeitschädigung gewährt.

5.4.4 Die Regelung gemäss RRB 4094/1990 entspricht in der Systematik jener des Honorargesetzes. Zwar kann Überzeit über 70 Wochenstunden in Ausnahmefällen entschädigt werden. Grundsätzlich entfällt aber gegenüber honorar- und gebührenberechtigten Oberärzten für die Überzeit bis 70 Stunden ein Entschädigungsanspruch.

Die im RRB getroffene Regelung ist im Übrigen nur rudimentär. Wie aber bereits der Spitalrat im Entscheid vom 20. Oktober 2010 festgehalten hat, galten auch bei Auszahlungen von Poolgeldern aus dem Oberarzt-Klinikpool gemäss Beschluss des Regierungsrates von 1999 über die

Oberarzt-pools als massgebliche Kriterien in erster Linie die Einsatz- und Leistungsbereitschaft für allgemeine Interessen und Aufgaben der Klinik, zweitens das von den Oberärzten tatsächlich erzielte Honorar und drittens die Obergrenze von indexiert Fr. 50 000.– gemäss RRB 4094/1990. Schliesslich diene gemäss dem spitalrätlichen Entscheid vom 20. Oktober 2010 der Oberarzt-Gemeinschaftspool der Weiterbildung und für Aufwendungen, welche der Attraktivität des USZ im Allgemeinen zugutekommen sollten. Auch diesbezüglich lässt sich somit festhalten, dass die Mitwirkung bei der Honorargenerierung ein leistungsbezogener Faktor war, aber nicht der einzige. Unter der Regelung des RRB gab es zudem auch noch die Möglichkeit, dass die Honorareinnahmen nicht in die Pools flossen, sondern vom privat tätigen Arzt direkt in Rechnung gestellt wurden und teilweise an das Spital weiterzugeben waren. Der Beschwerdeführer selber erhielt aber unbestrittenermassen die ganzen hier zur Diskussion stehenden Entschädigungen von Fr. 157 785.– aus Pools ausbezahlt. Im Übrigen waren aber auch solche Honorareinnahmen nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (Pra 1999 Nr. 3 S. 11, 2P.158/1997) als Leistungslohn mit Gewinnbeteiligung zu qualifizieren, worauf der Regierungsrat in seinem Antrag zum Honorargesetz (a.a.O., S. 877) zu Recht hingewiesen hat.

Zusammenfassend war es somit im Geltungsbereich des RRB ebenfalls so, dass keine direkte Entschädigung von Überzeit stattfand resp. stattfinden sollte. Vielmehr wurde, wie der Beschwerdegegner in der Beschwerdeantwort auch selber anführt, ein Anspruch auf Leistungsprämien «unter Berücksichtigung der Mehrleistungen und der weiteren Kriterien» eingeräumt.

5.4.5 Die entscheidende Frage ist deshalb, ob das Arbeitsgesetz zulässt, dass in öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnissen nach kantonalem Recht Überzeit nicht direkt entschädigt, dafür aber ein zusätzlicher (Leistungs-)Lohnanspruch gewährt wird. Dies hängt vorerst davon ab, ob eine Entschädigung im Sinn von Art. 13 ArG auch dann vorliegt, wenn diese nur in Form eines pauschalen Leistungslohns erfolgt (nachfolgend E. 5.4.5.1). Ist dies zu verneinen, stellt sich zweitens die Frage, ob die kantonale Regelung aufgrund des Vorbehalts von Art. 71 lit. b ArG trotzdem zulässig ist (nachfolgend E. 5.4.5.2).

5.4.5.1 Die Vorinstanz begründete ihre Auffassung damit, das Arbeitsgesetz regle nicht, auf welche Weise die Überzeit zu entschädigen sei. Erforderlich sei lediglich eine Zahlung, welche erkennbar der Entschädigung der geleisteten Überzeit dienen solle. Dies sei mit den Zahlungen aus dem Honorarpool der Fall. Das kantonale Gericht übernahm damit die entsprechenden Ausführungen des Beschwerdegegners in dessen vorinstanzlicher Vernehmlassung, welche sich ihrerseits auf STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 6. Aufl. 2006, N. 10 zu Art. 321c OR, sowie einen kantonalen Entscheid stützte.

Dem ist nicht zu folgen. Die zitierte Lehrmeinung bezieht sich – zu Recht – nur auf die Entschädigung von Überstunden. Art. 321c Abs. 3 OR

sieht ausdrücklich vor, dass von der (gesonderten) Überstundenentschädigung abweichende Vereinbarungen getroffen werden dürfen. Neben dem schlichten Verzicht ist die wohl häufigste Abweichung die Pauschalierung beziehungsweise die Vertragsbestimmung, Überstunden seien im Lohn inbegriffen (STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., N. 5 zu Art. 321c OR; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7. Aufl. 2012, N. 5 zu Art. 321c OR; REHBINDER/STÖCKLI, Berner Kommentar, 3. Aufl. 2010, N. 11 zu Art. 321c OR). Wieweit solche Abreden im Hinblick auf Überstunden zulässig sind (vgl. zu den kontroversen Lehrmeinungen, insbesondere zum vollständigen Verzicht: STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., N. 5 zu Art. 321c OR), ist hier nicht zu entscheiden. Nachdem jedoch mit BGE 126 III 337 anerkannt wurde, dass Art. 13 Abs. 1 ArG zwingend ist, schliesst dies jede abweichende Vereinbarung betreffend Überzeit aus, auch eine solche, wonach die Überzeit im Lohn inbegriffen sei oder durch andere Sonderleistungen abgegolten werde. Das entspricht auch dem Zweck des Arbeitsgesetzes. Wäre es zulässig zu vereinbaren, die Entschädigung für Überzeitarbeit sei im Lohn bereits enthalten oder durch gewisse Sonderleistungen pauschal entschädigt, bestünde für den Arbeitgeber keinerlei Anreiz, auf Überzeitarbeit zu verzichten oder die geleistete Überzeit mit Freizeit auszugleichen (BGE 136 III 539 E. 2.5.3 S. 543). Dem Beschwerdeführer ist somit zuzustimmen, wenn er im Hinblick auf den privatrechtlichen Arbeitsvertrag geltend macht, Abreden, mit denen Überzeitanprüche mit einem Anteil am Geschäftsergebnis, einer Gratifikation oder einem Bonus abgegolten oder verrechnet würden, seien nach Art. 13 Abs. 1 ArG nicht zulässig.

5.4.5.2 Zu prüfen ist somit weiter, nach welchen Kriterien sich die Gleichwertigkeit im Sinn von Art. 71 lit. b ArG bestimmt. Es geht mit anderen Worten darum, ob der kantonale öffentlich-rechtliche Arbeitgeber im Rahmen dieser Bestimmung eine Pauschalentschädigung vorsehen kann, obwohl diese allgemein nach Art. 13 ArG nicht zulässig wäre.

Zweifellos ging der kantonale Gesetzgeber davon aus, indem er einerseits von den Oberärzten einen Verzicht auf Überstundenentschädigung verlangte, ihnen aber gleichzeitig die Möglichkeit zur privatärztlichen Tätigkeit zugestand, habe er eine gleichwertige Lösung getroffen. Gemäss dem Wortlaut des Art. 71 lit. b ArG darf «von den Bestimmungen über den Gesundheitsschutz und über die Arbeits- und Ruhezeit (...) nur zu Gunsten der Arbeitnehmer abgewichen werden» («toutefois, les prescriptions en matière de protection de la santé, de temps de travail et de repos ne peuvent faire l'objet de dérogations qu'en faveur des travailleurs»; «le prescrizioni in materia di protezione della salute e sulla durata del lavoro e del riposo possono tuttavia essere oggetto di deroghe solo nell'interesse dei lavoratori»). Art. 13 ArG gehört zu den Bestimmungen über die Arbeits- und Ruhezeit. Art. 71 lit. b ArG wurde mit der Änderung des Arbeitsgesetzes vom 22. März 2002 (in Kraft seit 1. Januar 2005; AS 2002 2547) eingeführt. Die Gleichwertigkeit bezieht sich nach dem klaren Wortlaut auf die Berei-

che Gesundheitsschutz sowie Arbeits- und Ruhezeit. Das kantonale Recht darf daher in diesen Bereichen mehr, aber nicht weniger als das Arbeitsgesetz bieten. In der Lehre ist unklar, wie weit der Vergleich innerhalb dieser Bereiche gezogen werden darf. Es fragt sich beispielsweise, ob die in Art. 71 lit. b ArG erwähnten beiden Bereiche Gesundheitsschutz resp. Arbeits- und Ruhezeiten isoliert voneinander zu betrachten sind oder ob etwa mit grosszügigeren Vorschriften zum Gesundheitsschutz eine nachteiligere Arbeitszeitregelung kompensiert werden kann. Aufgrund des Wortlauts, der Systematik und auch des Zweckes des Arbeitsgesetzes ist aber zu schliessen, dass jedenfalls eine Kompensation mit anderen Leistungen, die im Arbeitsgesetz nicht geregelt sind, nicht zulässig ist (MAHON/BENOÎ [MICHÈLE TIEGERMANN], in: Arbeitsgesetz, Geiser/von Kaenel/Wyler [Hrsg.], 2005, N. 15 zu Art. 71 ArG; CHRISTOPH SENTI, Arbeitsrechtliche Vorschriften für Pflegeberufe in öffentlichen Spitälern, Mitteilungen des Instituts für Schweizerisches Arbeitsrecht [ArbR] 2005S. 67 ff., 81, 84), zumal der Gestaltungsspielraum, der den Kantonen im Arbeitsschutzrecht gemäss Art. 110 Abs. 1 lit. a BV bleibt, ohnehin nicht zu weit interpretiert werden darf (THOMAS GÄCHTER, in: Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, Ehrenzeller und andere [Hrsg.], 2. Aufl. 2008, N. 21 zu Art. 110 BV). Das Arbeitsgesetz regelt die Entlöhnung nicht resp. nur marginal. Ein Ausgleich mit Leistungsprämien ist daher auch gestützt auf Art. 71 lit. b ArG nicht zulässig.

5.4.6 Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass die kantonalen Bestimmungen, nach welchen bei Überzeit kein Anspruch auf Überzeitschädigung besteht, gegen Bundesrecht verstossen. Zu prüfen bleibt, welche Rechtsfolge dies hat.

Der Spitalrat hat im Entscheid vom 20. Oktober 2010 festgehalten, bei Einführung der hier umstrittenen Regelung habe das ausbezahlte Honorar – unabhängig von seiner Höhe – eine Art «Pauschalentschädigung für erbrachte Mehrleistungen» und damit nichts anderes als eine Form Überzeitlohn dargestellt. Mit der Unterstellung unter das Arbeitsgesetz sei diese «doppelte» Pauschalierung, bestehend darin, dass «jegliche Ansprüche aus Mehrleistungen, unabhängig der Höhe der Mehrleistung und unabhängig der Höhe der Honorareinnahmen, ausgeschlossen» worden seien, nicht mehr tragbar. Das ist insoweit richtig. Der Spitalrat zog dann aber den Schluss, es genüge, wenn nun anstelle der allgemeinen Pauschalierung konkret im Einzelfall die Überzeit ausgerechnet und der entsprechende Überzeitlohn dann mit den ausbezahlten Poolgeldern verrechnet werde. Das kantonale Gericht hat dies bestätigt und erwogen, § 10 Honorargesetz verstosse nur insofern gegen Art. 13 ArG, als die Bestimmung nach ihrem Wortlaut auch finanzielle Kompensationen von Überzeit wegbedinge, die im Einzelfall nicht durch die Höhe der erhaltenen Honorare gedeckt sei.

Dem ist nicht zu folgen. Die Bundesrechtswidrigkeit kantonomer Normen hat deren Nichtanwendbarkeit im Einzelfall zur Folge (AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, a.a.O., Rz. 1070; ARNOLD MARTI, in: Zürcher

Kommentar, 3. Aufl. 1998, N. 273 Vorb. Art. 5 und 6 ZGB; GIOVANNI BIAGGINI, in: Staatsrecht, Biaggini/Gächter/Kiener [Hrsg.], 2011, S. 108; BGE 135 V 134 E. 4.5 S. 140; BGE 129 I 346 E. 3.1 S. 350). Es bleibt daher beim bundesrechtlichen Anspruch auf Überzeitentschädigung. Eine Kompensation dieses Anspruchs im Einzelfall durch andersartige Entschädigungen schliesst das Arbeitsgesetz wie dargelegt aus. Der Beschwerdeführer hat somit Anspruch auf den geltend gemachten Überzeitlohn von Fr. 131 957.– zusätzlich zu den erhaltenen Poolgeldern.

Bundesgericht, Urteil vom 3. September 2012, Doss.-Nr. 8C_417/2011 (Bestätigung des Entscheids des Bundesverwaltungsgerichts vom 15. April 2011)

Fristlose Kündigung, Art. 12 Abs. 7 BPG. Eine Kündigung, die von der Beschwerdeinstanz als nichtig im Sinne von Art. 14 Abs. 1 BPG beurteilt wird, beendet das Arbeitsverhältnis grundsätzlich nicht. Aus Art. 14 Abs. 1–3 BPG ergibt sich das im Bundespersonalrecht allgemein gültige Primat der Weiterbeschäftigungspflicht des Arbeitgebers. Die Entschädigung nach Art. 19 Abs. 2–4 BPG ist im Verhältnis zur Weiterbeschäftigung subsidiär. Sie kommt namentlich dann in Frage, wenn das Arbeitsverhältnis trotz nichtiger Kündigung oder Aufhebung der Kündigung nicht mit der bisherigen oder einer anderen zumutbaren Arbeit fortgesetzt werden kann (Art. 19 Abs. 3 und 4 BPG). In diesem Sinne bietet das BPG Beschäftigungssicherheit, aber keine Arbeitsplatzgarantie (E. 5.1).

Von einer Weiterbeschäftigung kann im Einzelfall (i.c. psychischer Gesundheitszustand des Arbeitnehmers) abgesehen werden, wenn sich eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses als unmöglich oder praktisch nicht sinnvoll erweist (E. 5.2).

Sachverhalt:

Der 1955 geborene S. war seit 1. November 2008 als Chef der Gruppe X. sowie als stellvertretender Chef der Gruppe Y. bei der Abteilung Z. in A. in einem Arbeitspensum von 100% tätig. In der Zeit zwischen 16. Januar 2009 und 21. Januar 2010 fanden zwischen ihm und seinem Vorgesetzten mehrere Führungsgespräche statt, wobei namentlich sein Sozialverhalten und seine Selbstkompetenz Anlass zu Kritik gaben. Mit Schreiben vom 22. Januar 2009 war die Probezeit um zwei Monate verlängert worden. Nachdem S. im Anschluss an die Generalversammlung des Forums F. in A. vom 7. Mai 2010 versucht hatte, eine dort anwesende Gemeindepolitikerin über angebliche Mängel bzw. Missstände bei der Arbeitgeberin zu informieren, nahm dessen Vorgesetzter nach entsprechenden Abklärungen und der Einholung einer Stellungnahme des Betroffenen am

28. Mai 2010 eine Zwischenbeurteilung vor, die sehr negativ ausfiel. Bei dieser Gelegenheit wurden ihm Auflagen gemacht, mit der Androhung der Auflösung des Arbeitsverhältnisses für den Fall der Nichterfüllung. Im Anschluss daran wurde S. für den Rest des Tages freigestellt und aufgefordert, die Beurteilungsunterlagen in Ruhe zu Hause durchzulesen. Gleichzeitig wurde er verpflichtet, die in seinem Privatfahrzeug befindlichen Geschäftsunterlagen sowie die Zugangskarte zum EDV-System abzugeben. Die fraglichen Unterlagen sollte er in einer Einstellhalle den ihn begleitenden Mitarbeitern des Sicherheitsdienstes übergeben, damit dies nicht in aller Öffentlichkeit geschehen musste. Dieser Anordnung kam S. indes nicht nach, sondern entfernte sich plötzlich mit seinem Fahrzeug und durchbrach dabei die Zugangsbarriere beim Haupteingang des Geländes in F. Mit Schreiben vom 1. Juni 2010 wurde S. die beabsichtigte fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses angezeigt. Nachdem er am 4. Juni 2010 dazu Stellung nehmen konnte, löste der Chef der Abteilung Z. mit Verfügung vom 16. Juni 2010 das Arbeitsverhältnis fristlos auf und entzog einer allfälligen Beschwerde gegen die Kündigungsverfügung die aufschiebende Wirkung. Dagegen liess S. beim Eidgenössischen Departement für Verteidigung, Bevölkerungsschutz und Sport (VBS) Beschwerde führen und u.a. die Aufhebung der Verfügung und die Feststellung der Widerrechtlichkeit und Nichtigkeit der fristlosen Kündigung beantragen. Zudem sei ihm eine andere zumutbare Stelle anzubieten resp. anzuordnen, dass die Lohnfortzahlung infolge Krankheit ab dem Datum der Kündigung wieder aufgenommen werde. Mit Entscheid vom 18. Oktober 2010 wies das VBS die Beschwerde ab und bestätigte die fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses. Zur Begründung führte es das Verhalten des S. vom 28. Mai 2010, namentlich die Nichtherausgabe vertraulich eingestufte Akten, die Widerhandlung gegen die Weisungen des Vorgesetzten sowie die unerlaubte Wegfahrt und die dabei erfolgte Sachbeschädigung an. Einer allfälligen Beschwerde entzog es die aufschiebende Wirkung.

S. liess dagegen beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde erheben und um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde ersuchen. Zudem liess er u.a. beantragen, es sei der Entscheid aufzuheben und die Nichtigkeit der fristlosen Kündigung festzustellen. Ausserdem sei ihm eine andere zumutbare Stelle anzubieten resp. anzuordnen, dass die Lohnfortzahlung infolge Krankheit ab dem Datum der Kündigung wieder aufgenommen werde. Eventuell sei eine Entschädigung nach Art. 19 Abs. 3 BPG zu bezahlen. Mit Zwischenverfügung vom 21. Dezember 2010 hiess die zuständige Instruktionsrichterin das Gesuch gut und stellte die aufschiebende Wirkung der Beschwerde wieder her. Mit Entscheid vom 15. April 2011 hiess das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerde im Sinne der Erwägungen teilweise gut (Dispositiv-Ziffer 1); das Arbeitsverhältnis zwischen S. und der Abteilung Z. bezeichnete es als mit Datum des Entscheides aufgelöst (Dispositiv-Ziffer 2); zudem verpflichtete es die Abteilung Z., S. den Lohn bis zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses sowie zusätzlich eine Ent-

schädigung von drei Bruttomonatslöhnen, inklusive allfälliger Zulagen zu bezahlen (Dispositiv-Ziffer 3). Mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten lässt S. unter Beilage eines psychiatrischen Gutachtens des Dr. med. K., Facharzt FMH für Psychiatrie und Psychotherapie, zertifizierter medizinischer Gutachter SIM, zuhanden der IV-Stelle des Kantons Zürich (vom 9. März 2011) beantragen, Dispositiv-Ziffer 2 des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts sei aufzuheben, und es sei festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis zwischen dem Beschwerdeführer und dem VBS nach wie vor bestehe; weiter sei anzuordnen, dass die Lohnfortzahlung infolge Krankheit ab dem Datum der Kündigung wieder aufgenommen werde. Eventualiter sei das VBS anzuweisen, dem Beschwerdeführer eine andere zumutbare Stelle anzubieten. Ferner ersucht S. um Erteilung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde. Das VBS beantragt, der Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts sei aufzuheben und die Sache zur erneuten Beurteilung an dieses zurückzuweisen, damit es dem Versicherten das rechtliche Gehör zu einer allfälligen *reformatio in peius* gewähren könne; eventualiter sei die Beschwerde abzuweisen. Das Gesuch um aufschiebende Wirkung der Beschwerde sei abzuweisen. Das Bundesverwaltungsgericht schliesst auf Abweisung der Beschwerde. Mit Verfügung vom 26. August 2011 hat die Instruktionsrichterin das Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung und um Erlass einer andern vorsorglichen Massnahme abgewiesen.

Aus den Erwägungen:

4.

Streitig und zu prüfen ist vorerst die Rechtmässigkeit der fristlosen Kündigung des Arbeitsverhältnisses.

4.1 Wie im angefochtenen Entscheid zutreffend ausgeführt wird, gilt als Grund für eine fristlose Kündigung durch eine Vertragspartei nach Art. 12 Abs. 7 BPG jeder Umstand, bei dessen Vorhandensein der kündigenden Partei nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden darf. Dabei kann, da das Bundespersonalgesetz die Voraussetzungen für die fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses von Bundespersonal wörtlich gleich umschreibt wie Art. 337 Abs. 2 OR, bei der Frage, ob der kündigenden Partei die Fortführung des Arbeitsverhältnisses zugemutet werden darf, die zu Art. 337 Abs. 1 und 2 OR entwickelte Praxis angemessen berücksichtigt werden. Es ist allerdings den Besonderheiten des öffentlichen Dienstes Rechnung zu tragen. Dazu kommt, dass Art. 12 Abs. 6 lit. a–f BPG die Gründe für die ordentliche Kündigung durch den Arbeitgeber abschliessend (Art. 14 Abs. 1 lit. b BPG) aufzählt. Der wichtige Grund nach Art. 12 Abs. 7 BPG muss daher in jedem Fall schwerer wiegen als ein Kündigungsgrund nach den lit. a–f von Art. 12 Abs. 6 BPG. Als ordentliche Kündigungsgründe fallen gemäss Art. 12 Abs. 6 BPG namentlich in Betracht: lit. a): die Verletzung wichtiger gesetzlicher oder vertraglicher Pflichten, lit. b): Mängel in der Leistung

oder im Verhalten oder, lit. c): mangelnde Eignung, Tauglichkeit oder Bereitschaft im Blick auf die vereinbarte Arbeit (Urteil 2A.495/2006 vom 30. April 2007 E. 2 mit Hinweisen). Mit der Vorinstanz rechtfertigt nur ein besonders schweres Fehlverhalten des Angestellten die fristlose Kündigung. Dieses muss einerseits objektiv geeignet sein, die für das Arbeitsverhältnis wesentliche Vertrauensgrundlage zu zerstören oder zumindest so tief greifend zu erschüttern, dass dem Arbeitgeber die Fortsetzung des Vertrags nicht mehr zuzumuten ist. Andererseits wird vorausgesetzt, dass es tatsächlich zu einer entsprechenden Zerstörung oder Erschütterung des gegenseitigen Vertrauens geführt hat. Wiegen die Verfehlungen weniger schwer, ist die fristlose Auflösung wie im privaten Arbeitsrecht nur gerechtfertigt, wenn sie trotz Verwarnung wiederholt begangen wurden (vgl. BGE 130 III 28 E. 4.1 S. 31, 213 E. 3.1 S. 220 f.; Urteil 2A.495/2006 vom 30. April 2007 E. 2 mit Hinweisen).

4.2 Die Vorinstanz hat für das Bundesgericht verbindlich festgestellt, dass der Vorfall vom 28. Mai 2010, der den Arbeitgeber zur fristlosen Kündigung veranlasste, mit dem psychischen Gesundheitszustand des Beschwerdeführers in einem massgeblichen Zusammenhang stand. Zudem hat sie erwogen, dass es angesichts des Umstandes, dass der Vorgesetzte des Beschwerdeführers unmittelbar vor dem Vorfall vom 28. Mai 2010 feststellte, dass das Vertrauen unwiederbringlich verloren sei, das Arbeitsverhältnis aber trotzdem vorderhand weiterführte, für eine fristlose Kündigung einer Verfehlung bedurft hätte, die eine Weiterführung des trotz des bisherigen Verhaltens fortgesetzten Arbeitsverhältnisses als unzumutbar erscheinen liesse. Nach Würdigung der gesamten Umstände hat die Vorinstanz in Zweifel gezogen bzw. schlussendlich verneint, dass die Verfehlung vom 28. Mai 2010 als derart schwerwiegend zu qualifizieren ist. Werde überdies die psychische Erkrankung bzw. die problematische psychische Verfassung des Beschwerdeführers in die Gesamtbeurteilung miteinbezogen, sei die Zulässigkeit der fristlosen Kündigung klar zu verneinen.

4.3 Entgegen den Vorbringen der Beschwerdegegnerin ist das Bundesverwaltungsgericht nicht davon ausgegangen, die fristlose Kündigung sei aufgrund der gesundheitlichen Beeinträchtigung nicht zulässig gewesen. Vielmehr hat es explizit und zu Recht bestätigt, dass eine fristlose Entlassung grundsätzlich auch im Falle einer krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers vorgenommen werden kann (vgl. STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 6. Aufl., Zürich 2006, N. 2 zu Art. 336c OR und N. 4 zu Art. 337 OR). Die psychische Erkrankung des Beschwerdeführers fand allerdings insofern Berücksichtigung, als sie bei der Prüfung der Frage, ob dessen Verhalten vom 28. Mai 2010 als eine Verfehlung zu qualifizieren ist, die eine fristlose Entlassung zu rechtfertigen vermochte, im Rahmen der erforderlichen Würdigung sämtlicher konkreter Umstände miteinbezogen worden ist. Dies führte gemäss Vorinstanz zu einer gewissen Relativierung des Verhaltens des Beschwerdeführers vom 28. Mai 2010 (Durchfahren der Schranke

mit dem Auto) und liess die fristlose Kündigung als nicht begründet und unverhältnismässig erscheinen.

4.4 Mit der Vorinstanz ist festzustellen, dass gemäss geltender Rechtsprechung (BGE 132 II 161 E. 4.2 S. 166 f. mit zahlreichen Hinweisen auf Literatur und Rechtsprechung) dem Arbeitnehmer im Rahmen der Vertragsverhandlungen zwar gewisse vorvertragliche Auskunft- und Offenbarungspflichten erwachsen. Deren Umfang und Tragweite sind in Doktrin und Praxis im Einzelnen allerdings umstritten. Generell gilt, dass der Arbeitnehmer im Rahmen seiner Auskunftspflicht Fragen, welche in einem unmittelbaren Zusammenhang zum Arbeitsplatz und der zu leistenden Arbeit stehen, wahrheitsgetreu zu beantworten hat, falls der erfragte Umstand von unmittelbarem objektivem Interesse für das spezifische Arbeitsverhältnis ist, was sich nach dessen vorgesehener Dauer, der zu verrichtenden Arbeit, der Art des Betriebs sowie der zukünftigen Stellung des Arbeitnehmers in diesem beurteilt. Unabhängig von der zu besetzenden Stelle hat der Arbeitnehmer im Rahmen seiner Offenbarungspflicht alles von sich aus mitzuteilen, was ihn zu deren Übernahme als (absolut) ungeeignet erscheinen lässt, die vertragsgemässe Arbeitsleistung praktisch ausschliesst oder diese doch erheblich behindert. Das ist etwa der Fall, wenn er die fragliche Arbeitsleistung mangels entsprechender Fähigkeiten überhaupt nicht erbringen kann (fehlende Ausbildung oder Berufspraxis), wenn er zur Arbeitsleistung infolge chronischer Leiden, schwerer oder ansteckender Krankheiten ausserstande ist oder wenn feststeht, dass er bei Dienstantritt aller Voraussicht nach krank oder zur Kur sein wird. Immerhin gehören Gesundheitsdaten zu den besonders geschützten Personendaten (Urteil 4C.192/2001 vom 17. Oktober 2001 E. 2b/aa). Der Vorinstanz ist mithin darin beizupflichten, dass insbesondere bei der Stellensuche eine Offenbarungspflicht bezüglich psychischer Probleme nur zurückhaltend anzunehmen ist.

4.5 Ob die fristlose Kündigung nach dem Vorfall vom 28. Mai 2010, der entgegen den in den Erwägungen der Vorinstanz geäusserten Zweifeln objektiv als gravierend hätte qualifiziert werden müssen, mit Blick auf die gesundheitliche Beeinträchtigung im Rahmen einer Gesamtwürdigung tatsächlich nichtig im Sinne von Art. 14 Abs. 1 lit. b BPG gewesen ist, wie die Vorinstanz im Ergebnis erkannt hat, kann vorliegend offen bleiben. Mangels Zulässigkeit der Anschlussbeschwerde und infolge des Verbotes der reformatio in peius könnte auch bei Rechtmässigkeit der Kündigung die Dauer der Anstellung gegenüber dem angefochtenen Entscheid nicht verkürzt und die zugesprochene Entschädigung nicht entzogen werden, und wie nachfolgend gezeigt wird, käme auch bei Nichtigkeit der Kündigung eine Verlängerung nicht in Frage.

5.

5.1 Mit der Vorinstanz beendet eine Kündigung, die von der Beschwerdeinstanz als nichtig im Sinne von Art. 14 Abs. 1 BPG beurteilt wird, das Arbeitsverhältnis grundsätzlich nicht. Aus Art. 14 Abs. 1 bis 3

BPG ergibt sich das im Bundespersonalrecht allgemein gültige Primat der Weiterbeschäftigungspflicht des Arbeitgebers. Die Entschädigung nach Art. 19 Abs. 2 bis 4 BPG ist im Verhältnis zur Weiterbeschäftigung subsidiär (HARRY NÖTZLI, Die Beendigung von Arbeitsverhältnissen im Bundespersonalrecht, 2005, Rz. 356 und 383; WOLFGANG PORTMANN, Überlegungen zum bundespersonalrechtlichen Kündigungsschutz, in: LeGes 2002, S. 67 f.). Nach Art. 14 Abs. 3 BPG bietet der Arbeitgeber der betroffenen Person die bisherige oder, wenn dies nicht möglich ist, eine zumutbare andere Arbeit an, wenn die Beschwerdeinstanz die Kündigung aufgehoben hat, insbesondere weil sie missbräuchlich oder diskriminierend ist. Im Übrigen bleibt gemäss Art. 14 Abs. 5 BPG die Entschädigung nach Art. 19 BPG vorbehalten. Eine Entschädigung kommt dann in Frage, wenn das Arbeitsverhältnis durch eine wirksame Kündigung aufgelöst wurde (Art. 19 Abs. 2 BPG) oder wenn das Arbeitsverhältnis trotz nichtiger Kündigung oder Aufhebung der Kündigung nicht mit der bisherigen oder einer anderen zumutbaren Arbeit fortgesetzt werden kann (Art. 19 Abs. 3 und 4 BPG). In diesem Sinne bietet das BPG Beschäftigungssicherheit, aber keine Arbeitsplatzgarantie (NÖTZLI, a.a.O., Rz. 356; PETER HÄNNI, SBVR Bd. I, 2. Aufl. 2004, S. 41 Rz. 112; vgl. Urteil 8C_722/2010 vom 25. Mai 2011 E. 7).

5.2 Auch bei Nichtigkeit der Kündigung ist mithin eine Weiterbeschäftigung nicht in jedem Fall gegeben. Der Vorinstanz ist darin beizupflichten, dass sich weder aus dem BPG noch aus der Botschaft zum BPG vom 14. Dezember 1998 (BBl 1999 1597) ergibt, welche Umstände eine Weiterbeschäftigung verunmöglichen könnten. Auf Grund des Primats der Weiterbeschäftigungspflicht im BPG darf indes nicht leichtthin von der Unmöglichkeit einer Weiterbeschäftigung ausgegangen werden. Insbesondere hängt die Frage, ob eine Weiterbeschäftigung im konkreten Fall möglich ist, nicht allein von der Bereitschaft des Arbeitgebers ab, die betroffene Person weiterzubeschäftigen, denn dem Arbeitgeber kommt diesbezüglich kein Wahlrecht zu (PORTMANN, a.a.O. S. 68, NÖTZLI, a.a.O., Rz. 384). Andererseits soll, wie die Vorinstanz u.a. mit Verweis auf das Urteil 1C_277/2007 vom 30. Juni 2008 E. 7 zu Recht ausführt, ein Arbeitgeber nicht entgegen allen Schwierigkeiten, welche sich durch eine Weiterbeschäftigung für ihn unter Umständen ergeben könnten, dazu verpflichtet werden können. Von einer Weiterbeschäftigung kann im Einzelfall abgesehen werden, wenn sich eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses als unmöglich oder praktisch nicht sinnvoll erweist oder die Anordnung einer Weiterbeschäftigung aus anderen Gründen nicht als angemessen erscheint. Im Urteil 8C_722/2010 vom 25. Mai 2011 E. 7.5 wurde aufgrund der in verschiedenen Strafanzeigen gegen mehrere Angestellte der Arbeitgeberin enthaltenen Vorwürfe eine Zusammenarbeit in gegenseitigem Vertrauen, nachdem das bereits zerstörte Vertrauensverhältnis dadurch noch zusätzlich belastet wurde, sowohl in der konkreten Abteilung wie auch in einem andern Arbeitsbereich der Arbeitgeberin als praktisch unmöglich bestätigt.

5.3 Streitig und zu prüfen bleibt, ob der Beschwerdeführer weiterbeschäftigt werden kann oder nicht.

5.3.1 Das Bundesverwaltungsgericht erwog im angefochtenen Entscheid, dass das relativ kurze Arbeitsverhältnis (gut 18 Monate) seit Anbeginn belastet war. So habe der Beschwerdeführer trotz mehrmaliger Mahnungen zu keinem Zeitpunkt die Anforderungen der Arbeitgeberin an sein Sozialverhalten und seine Selbstkompetenz erfüllt. Mit dem Vorfall vom 7. Mai 2010 habe er das Arbeitsverhältnis derart belastet, dass sein Vorgesetzter in der Zwischenbeurteilung vom 28. Mai 2010 festhielt, das Vertrauen in ihn sei unwiederbringlich verloren. Der Vorgesetzte habe ausserdem mit den Auflagen und der Kündigungsandrohung klar signalisiert, dass eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses in der bisherigen Form nicht in Frage komme. Zwar scheine plausibel, dass zwischen dem Verhalten des Beschwerdeführers und dessen problematischer psychischer Verfassung zumindest teilweise ein Zusammenhang bestanden habe. Der Beschwerdeführer sei indes während seiner Arbeitstätigkeit nicht krankgeschrieben gewesen. Er habe die Arbeitgeberin nie auf seine problematische psychische Verfassung hingewiesen und bei dieser auch nie um Unterstützung nachgesucht. Im Zeitpunkt des Vorfalls vom 28. Mai 2010 sei das Arbeitsverhältnis somit bereits stark belastet gewesen. Aufgrund der gesamten Umstände sei nachvollziehbar, dass aufseiten der Arbeitgeberin das für eine sinnvolle Zusammenarbeit erforderliche Vertrauen in den Beschwerdeführer nicht mehr bestehe. Angesichts der Vorwürfe des Beschwerdeführers gegenüber der Arbeitgeberin scheine überdies trotz dessen Antrags auf Weiterbeschäftigung zweifelhaft, ob bei ihm das erforderliche Vertrauen in die Arbeitgeberin noch vorhanden sei. Damit sei davon auszugehen, dass die für eine sinnvolle Zusammenarbeit notwendige Vertrauensgrundlage nicht mehr bestehe. Eine Weiterbeschäftigung des Beschwerdeführers, gleichgültig ob in seiner angestammten oder einer anderen zumutbaren Tätigkeit, erachtete die Vorinstanz daher als praktisch nicht sinnvoll und unangemessen, weshalb sie den Antrag abwies.

5.3.2 Der Beschwerdeführer macht u.a. geltend, es sei nicht zulässig, die Weiterbeschäftigung eines Mitarbeiters, der krank sei, wegen seines krankheitsbedingten Verhaltens abzulehnen. Das beanstandete Verhalten sei vorliegend ja eben durch die psychischen Störungen bedingt und damit als unverschuldet zu betrachten. Das Arbeitsverhältnis hätte unter Berücksichtigung seines Gesundheitszustandes ohne weitere medizinische Abklärungen zur Prognose hinsichtlich einer Weiterbeschäftigung und unter Berücksichtigung der entsprechenden Vorschriften in der Bundespersonalgesetzgebung nicht aufgelöst werden dürfen. Zudem sieht er eine Verletzung von Bundesrecht (Art. 19 Abs. 1 BPG) darin, dass keine Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten an einer andern Stelle des VBS geprüft worden sei.

5.4

5.4.1 Die vorinstanzliche Feststellung, wonach es aufgrund der gesamten Umstände für eine Weiterbeschäftigung am bisherigen Arbeitsplatz

mit den bisherigen Vorgesetzten sowie Arbeitskolleginnen und -kollegen am nötigen Vertrauen fehlt und daher eine Weiterbeschäftigung an dieser Stelle nicht angemessen ist, beruht auf einer umfassenden Würdigung der gesamten Aktenlage, insbesondere auch der gesundheitlichen Situation, und überzeugt. Die Einwendungen des Beschwerdeführers vermögen diese nicht als nicht offensichtlich unrichtig oder als bundesrechtswidrig (Art. 97 Abs. 1 und 105 BGG) erscheinen zu lassen. Hingegen wurde, wie der Beschwerdeführer zu Recht bemängelt, weder von der Arbeitgeberin – weil sie sich zur fristlosen Entlassung berechtigt erachtete – noch von der Vorinstanz konkret geprüft, ob eine Weiterbeschäftigung an einem andern Arbeitsplatz im VBS bzw. in der Bundesverwaltung (Art. 3 BPG) möglich gewesen wäre. Mit Blick auf das Primat der Weiterbeschäftigungspflicht des Arbeitgebers im BPG (vgl. E. 5.1) ist eine mögliche Weiterbeschäftigung in andern Bereichen der Bundesverwaltung grundsätzlich zu prüfen. Dies kann ausnahmsweise lediglich dann unterbleiben, wenn aufgrund der gesamten Akten ohne zusätzliche Abklärungen im Sinne einer antizipierten Beweiswürdigung (BGE 136 I 229 E. 5.3 S. 236; 124 V 90 E. 4b S. 94 je mit Hinweisen) eine Weiterbeschäftigung auch in der weiteren Bundesverwaltung zum vornherein unmöglich, praktisch nicht sinnvoll oder aus andern Gründen nicht angemessen ist.

5.4.2 Wie sich aus dem letztinstanzlich eingereichten psychiatrischen IV-Gutachten des Dr. med. K. vom 9. März 2011 – das beachtet werden darf, nachdem der Sachverhalt in diesem Punkt nicht abgeklärt wurde (Art. 99 Abs. 1 BGG bzw. E. 1.2 hievor) – ergibt, trug die beim Beschwerdeführer diagnostizierte Persönlichkeitsstörung (ICD 10 F60.5) mit dazu bei, dass es zu Konflikten mit den Mitarbeitern als auch Vorgesetzten kam. Zudem liegt ein Messie-Syndrom vor, eine Mischung von Sucht und Zwang, die beim Beschwerdeführer ein erhebliches Ausmass angenommen hat und sein privates und berufliches Leben massiv bestimmte und beeinträchtigt. Laut Gutachter bedarf er einer angepassten Tätigkeit, da er mit seiner zwanghaften Persönlichkeit immer mehr anecke, insbesondere im zwischenmenschlichen Kontext, in der Zusammenarbeit im Team der Mitarbeiter sowie in der Zusammenarbeit und im Umgang mit dem Chef. Nachsicht und Verständnis eines künftigen Arbeitgebers seien erforderlich. Er werde wohl seine eigentümlichen Persönlichkeitsmerkmale behalten und nicht gross verändern können. Es werde daher massgeblich sein, einen verständnisvollen Arbeitgeber zu finden, der den Beschwerdeführer arbeiten lasse, wie er sei, und dabei aber sein enormes Wissenspotenzial, seine Erfahrungen und Ressourcen positiv für sich nutze. Zwischenzeitlich habe er sich wieder soweit erholt, dass ihm ein Wiedereinstieg in die Erwerbstätigkeit zumutbar sei. Medizinisch-theoretisch könne von einer Arbeitsfähigkeit mit Ganztagspensum ausgegangen werden.

Angesichts der schwierigen Persönlichkeitsstruktur des Beschwerdeführers mit entsprechendem Konfliktpotenzial, des ausgewiesenen mehrfach beanstandeten Verhaltens an der bisherigen Stelle, der wiederholt beschei-

nigten mangelnden Sozialkompetenz sowie mit Blick auf den massiven Vorfall vom 28. Mai 2010, der zeigt, dass der Beschwerdeführer zu unüberlegten Reaktionen neigt, ist ohne ergänzende Abklärungen davon auszugehen, dass dieser an einer andern Stelle in der Bundesverwaltung kaum zumutbar ist. Es kann von einem andern Arbeitgeber nicht erwartet werden, die mit der Weiterbeschäftigung des Beschwerdeführers für ihn und seine Mitarbeitenden mutmasslich verbundenen Schwierigkeiten auf sich zu nehmen. Nachdem den Arbeitgeber nach Art. 3 BPG wie auch jeden andern Arbeitgeber überdies keine gesetzliche Pflicht zur Übernahme eines Arbeitsverhältnisses treffen (NÖTZLI, a.a.O., Rz. 382; Urteil 8C_722/2010 vom 25. Mai 2011 E. 7), kann mit überwiegender Wahrscheinlichkeit davon ausgegangen werden, dass im vorliegenden Fall keine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit besteht. Die Vorinstanz hat unter diesen Umständen nicht Bundesrecht verletzt, indem sie den Antrag des Beschwerdeführers auf Weiterbeschäftigung in seiner bisherigen wie auch einer andern zumutbaren Tätigkeit bei einem andern Arbeitgeber abwies.

6.

Streitig bleibt nur mehr, ab wann das Arbeitsverhältnis als aufgelöst gilt und die Lohnfortzahlungspflicht endet. Unbestritten ist dagegen der auf Art. 19 BPG basierende Entschädigungsanspruch in der Höhe von drei Monatslöhnen.

6.1 Die Vorinstanz hat erkannt, dass das Arbeitsverhältnis per Entscheiddatum als aufgelöst gelte, da mit diesem Entscheid feststehe, dass eine Weiterführung des Arbeitsverhältnisses nicht in Frage komme. Mit der Auflösung des Arbeitsverhältnisses auf das Urteilsdatum hin würden sowohl die dreimonatige Kündigungsfrist nach Art. 12 Abs. 3 Bst. b BPG als auch die 90-tägige Sperrfrist gemäss Art. 336c Abs. 1 Bst. b OR eingehalten. Es könne daher offen bleiben, ob im Rahmen von Art. 19 Abs. 3 BPG eine Auflösung des Arbeitsverhältnisses auf einen früheren Zeitpunkt erfolgen dürfte, als dies bei der ordentlichen Kündigung der Fall wäre. Bis zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses bestehe eine Lohnfortzahlungspflicht der Arbeitgeberin.

Der Beschwerdeführer rügt den Zeitpunkt der Auflösung des Arbeitsverhältnisses auf den Urteilszeitpunkt hin als willkürlich, da dieser von der Verfahrensdauer abhängig sei. Zudem fehle eine gesetzliche Grundlage.

6.2 Nachdem eine weitergehende Lohnfortzahlung über den Urteilszeitpunkt hinaus ohnehin nicht in Frage kommt, da mit der zutreffenden Ablehnung der Weiterbeschäftigungsmöglichkeit eine weitergehende Lohnfortzahlung entfällt, ist auf die Einwendungen des Beschwerdeführers mangels Rechtsschutzinteresse nicht weiter eingehen. Die Frage der genügenden gesetzlichen Grundlage kann mithin offen bleiben, zumal mangels Anschlussbeschwerde auf die diesbezügliche Rüge der Beschwerdegegnerin nicht einzutreten ist. Die Beschwerde ist somit abzuweisen.

Bundesgericht, Urteil vom 7. September 2012, Doss.-Nr. 2C_237/2011 (Aufhebung des Entscheids des Kantonsgerichts St. Gallen, vom 18. Januar 2011), in: BGE 138 II 440

Art. 27 BV; Art. 8 Abs. 1 lit. d, Art. 12 lit. b und Art. 13 BGFA; Zulässigkeit körperschaftlich organisierter Anwaltskanzleien.

Allgemeine Bedeutung von Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA unter Berücksichtigung von Lehre und Praxis sowie der gesetzgeberischen Entwicklungen in der Schweiz und im Ausland (E. 3–12). Tragweite der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) und der institutionellen Unabhängigkeit (Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA) mit Bezug auf Anwaltskörperschaften (E. 13–22). Die institutionelle Unabhängigkeit ist gewahrt, wenn eine Anwaltskörperschaft vollständig durch registrierte Anwälte beherrscht wird (E. 17); Frage offengelassen hinsichtlich Multidisciplinary Partnerships (E. 23). Vereinbarkeit von Anwaltskörperschaften mit der Berufsausübung unter eigener fachlicher Verantwortung gemäss Art. 12 lit. b BGFA (E. 19) und dem Berufsgeheimnis des Art. 13 BGFA (E. 20). Vorkehren zur Wahrung der Unabhängigkeit in der zu beurteilenden Anwalts-AG (E. 23).

Art. 27 Cst.; art. 8 al. 1 let. d, art. 12 let. b et art. 13 LLCA; admissibilité d'une étude d'avocats organisée sous la forme d'une personne morale.

Signification générale de l'art. 8 al. 1 let. d LLCA en tenant compte de la doctrine et de la pratique, ainsi que des développements législatifs en Suisse et à l'étranger (consid. 3–12). Portée de la liberté économique (art. 27 Cst.) et de l'indépendance institutionnelle (art. 8 al. 1 let. d LLCA) en relation avec les sociétés d'avocats (consid. 13–22). L'indépendance institutionnelle est garantie lorsqu'une telle société est contrôlée entièrement par des avocats enregistrés (consid. 17); la question n'a pas été tranchée s'agissant des associations multidisciplinaires («Multidisciplinary Partnerships»; consid. 23). Compatibilité des sociétés d'avocats avec l'exercice par l'avocat de son activité sous sa propre responsabilité professionnelle selon l'art. 12 let. b LLCA (consid. 19) et avec le secret professionnel de l'art. 13 LLCA (consid. 20). Mesures prises en vue de garantir l'indépendance dans la société anonyme d'avocats en cause (consid. 23).

Sachverhalt:

A.

Die in der Anwaltskanzlei X. in St. Gallen tätigen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte ersuchten am 25. Mai 2010 die Anwaltskammer St. Gallen um Feststellung, dass sie nach der Umstrukturierung ihrer Kanzlei in eine Aktiengesellschaft im Anwaltsregister des Kantons St. Gallen eingetragen bleiben können. Die Anwaltskammer lehnte dieses Begehren

am 28. Juli 2010 ab und hielt fest, dass die Gesuchsteller nach der vorgesehenen Umstrukturierung im kantonalen Anwaltsregister gelöscht würden. Das Kantonsgericht St. Gallen wies am 18. Januar 2011 die gegen diesen Entscheid erhobene Beschwerde ab.

B.

A., die übrigen neun Partner und die Partnerin der Kanzlei X. (St. Gallen) beantragen dem Bundesgericht mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten, den erwähnten Entscheid des Kantonsgerichts aufzuheben und festzustellen, dass sie nach der Umstrukturierung ihrer Kanzlei in eine Aktiengesellschaft im Anwaltsregister des Kantons St. Gallen als deren Angestellte eingetragen bleiben können. (...)

Das Bundesgericht heisst die Beschwerde gut und stellt fest, dass die Beschwerdeführer nach der Umstrukturierung ihrer Kanzlei in eine Anwaltsaktiengesellschaft im Anwaltsregister des Kantons St. Gallen als Angestellte der Anwaltsaktiengesellschaft eingetragen bleiben.

Aus den Erwägungen:

1.

Streitgegenstand bildet die Frage, ob Anwälte, die bei einer als Aktiengesellschaft organisierten Anwaltskanzlei angestellt sind, ins kantonale Anwaltsregister eingetragen werden können. Zu beurteilen ist damit gleichzeitig, ob die Aktiengesellschaft als Organisationsform für Anwaltskanzleien, die im Monopolbereich tätig sein wollen, bundesrechtlich zulässig ist.

Die Vorinstanz gelangte gestützt auf eine Analyse von Art. 8 Abs. 1 lit. d des Bundesgesetzes vom 23. Juni 2000 über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (Anwaltsgesetz, BGFA; SR 935.61) zu einer negativen Antwort. Sie erachtete es mit der genannten Norm grundsätzlich für unvereinbar, dass sich eine Anwaltskanzlei als Aktiengesellschaft konstituiere. Sie lehnte somit die weitere Eintragungsfähigkeit der Beschwerdeführer im Anwaltsregister allein wegen der beabsichtigten Rechtsform ihrer Kanzlei ab. Die Abweisung des Gesuchs erfolgte also nicht bloss deshalb, weil die Aktiengesellschaft als Rechtsform für Anwaltskanzleien an sich in Betracht käme, die Kanzlei der Beschwerdeführer aber einzelne Anforderungen bei der Wahl dieser Rechtsform nicht erfüllte.

Die Beschwerdeführer kritisieren die vorinstanzliche Auslegung von Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA unter verschiedenen, nachstehend näher zu prüfenden Gesichtspunkten. Insbesondere rügen sie, dass die Interpretation der Vorinstanz zu einer Verfassungsverletzung führe. Ein Verbot, Anwaltskanzleien als Aktiengesellschaften zu organisieren, sei mit der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) nicht vereinbar.

2.

Zur Beurteilung der aufgeworfenen Streitfrage ist von der allgemeinen Tragweite von Art. 8 BGFA (E. 3–5) und dessen Auslegung in der

bisherigen Rechtsprechung auszugehen (E. 6 und 7). Anschliessend sind die bisherige kantonale Praxis zur Zulassung von Anwaltsaktiengesellschaften (E. 8), die heutigen faktischen Verhältnisse (E. 9), die in der Lehre vertretenen Auffassungen (E. 10), die Rechtslage in den Nachbarländern (E. 11) und die gegenwärtigen gesetzgeberischen Bestrebungen (E. 12) darzustellen. Vor diesem Hintergrund ist darauf durch Auslegung zu ermitteln, ob Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA die Aktiengesellschaft als Rechtsform für Anwaltskanzleien ausschliesst (E. 13–22). Schliesslich ist das konkret gestellte Feststellungsbegehren zu beurteilen (E. 23).

3.

Wer als Anwalt in der ganzen Schweiz Parteien vor Gericht vertreten will, muss sich im Anwaltsregister des Kantons, in dem sich seine Geschäftsadresse befindet, eintragen lassen (Art. 4 und 6 Abs. 1 BGFA). Für eine solche Eintragung ist als fachlicher Ausweis ein Anwaltspatent erforderlich (Art. 7 Abs. 1 BGFA). Ausserdem wird ins kantonale Register nur eingetragen, wer bestimmte persönliche Voraussetzungen erfüllt (Art. 8 BGFA). Zu diesen zählt die Unabhängigkeit. Nach Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA müssen Anwältinnen und Anwälte in der Lage sein, den Anwaltsberuf unabhängig auszuüben; sie können Angestellte nur von Personen sein, die ihrerseits in einem kantonalen Register eingetragen sind.

Die Unabhängigkeit, die Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA verlangt, ist institutioneller Natur (*indépendance institutionnelle*). Die Anwaltstätigkeit muss organisatorisch so strukturiert sein, dass sie unabhängig erfolgen kann. Darüber hinaus haben die Anwälte nach Art. 12 lit. b und c BGFA auch in jedem einzelnen Fall für eine unabhängige und von Interessenkonflikten freie Berufsausübung zu sorgen (*indépendance matérielle*). Sie sind mithin nicht nur zu institutioneller, sondern auch zu mandatsbezogener Unabhängigkeit verpflichtet. Während die Erstere Eintragungs- und damit Zulassungsvoraussetzung für die Anwaltstätigkeit bildet, erscheint die Zweite als Berufsregel, deren Verletzung disziplinarisch zu ahnden ist (vgl. BOHNET/MARTENET, *Droit de la profession d'avocat*, 2009, N. 1328 f.; WALTER FELLMANN, *Anwaltsrecht* [im Folgenden: *Anwaltsrecht*], 2010, N. 110 ff.; KASPAR SCHILLER, *Schweizerisches Anwaltsrecht*, 2009, N. 1022 und 1059; STAEHELIN/OETIKER, in: *Kommentar zum Anwaltsgesetz*, Fellmann/Zindel [Hrsg.], 2. Aufl. 2011, N. 31 zu Art. 8 BGFA; MICHEL VALTICOS, in: *Commentaire romand, Loi sur les avocats*, Valticos/Reiser/Chappuis [Hrsg.], 2010, N. 74 f. zu Art. 12 BGFA).

Wenn das Gesetz die Unabhängigkeit der Anwaltstätigkeit angesichts ihrer grossen Bedeutung auf zwei verschiedenen Ebenen sicherstellt, ist die unterschiedliche Ausrichtung der beiden Arten der Unabhängigkeit im Blick zu behalten. Die Prüfung der institutionellen Seite bezweckt, jene Anwälte von der Berufsausübung auszuschliessen, bei denen die Unabhängigkeit von vornherein, aus strukturellen Gründen fehlt. Auch nach einem Eintrag ins Register bleibt jedoch jeder Anwalt verpflichtet, bei Übernahme jedes einzelnen Mandats allfällige Interessenkonflikte zu prüfen und

das Unabhängigkeitsgebot gemäss Art. 12 lit. b und c BGFA zu beachten. Wie das Bundesgericht bereits erkannt hat, wirkt sich das auf den Beurteilungsmassstab aus, der an die institutionelle Unabhängigkeit zu stellen ist. Die Anforderungen dürfen hier nicht so hoch angesetzt werden, dass jegliche Beeinträchtigung der Unabhängigkeit schon von vornherein ausgeschlossen erscheint (BGE 130 II 87 E. 5.2 S. 103 f.). Der Eintrag darf deshalb nur demjenigen verweigert werden, bei dem angesichts seines besonderen Status ohne umfangreiche Abklärungen mit einiger Wahrscheinlichkeit auf das Fehlen der Unabhängigkeit geschlossen werden muss (Urteil 2A.126/2003 vom 13. April 2004 E. 4.3). Auch in der Literatur wird die Auffassung vertreten, die verlangte institutionelle Unabhängigkeit sei eng auszulegen, ja sie zähle nicht zum rechtstaatlich zwingenden Kernbereich des Anwaltsrechts (SCHILLER, a.a.O., N. 1146).

4.

Die institutionelle Unabhängigkeit schränkt als Erfordernis des Registereintrags die Wirtschaftsfreiheit jener ein, die in der ganzen Schweiz als Anwalt im Monopolbereich tätig sein wollen. Art. 27 Abs. 2 BV gewährleistet ausdrücklich den freien Zugang zu einer privatwirtschaftlichen Tätigkeit. Dazu zählt auch die Anwaltstätigkeit im Monopolbereich (BGE 130 II 87 E. 3 S. 92). Einschränkungen dieser Freiheit sind nur unter den in Art. 36 BV genannten Voraussetzungen zulässig.

In Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA findet das Erfordernis der institutionellen Unabhängigkeit eine genügende gesetzliche Grundlage. Nach Art. 36 Abs. 2 und 3 BV muss eine Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit auch durch ein öffentliches Interesse oder durch den Schutz von Grundrechten Dritter gerechtfertigt sein; sie muss sich überdies als verhältnismässig erweisen. Art. 190 BV verwehrt es dem Bundesgericht zwar, Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA aus verfassungsrechtlichen Gründen die Anwendung zu versagen. Doch hat es bei der Auslegung die verfassungsrechtliche Bedeutung der Norm mitzuberücksichtigen. Auch aus diesem Grund ist nach der Rechtsprechung darauf zu achten, dass die Anforderungen an die institutionelle Unabhängigkeit nicht überspannt werden. Die genannte Bestimmung ist so auszulegen, dass patentierten Anwälten die Parteivertretung vor Gericht nur insoweit verwehrt bleibt, als dies zur Verwirklichung der mit der Zulassungsbeschränkung verfolgten Zielsetzung notwendig ist (BGE 130 II 87 E. 3 S. 92 f.).

5.

Der Sinn der Unabhängigkeit anwaltlicher Tätigkeit, die Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA in institutioneller Hinsicht gewährleistet, ist unter den Beteiligten unbestritten. Das Bundesgericht hat schon mehrfach dargelegt, die Unabhängigkeit bezwecke, dass der Anwalt sich ganz der Wahrung der Interessen seines Klienten widmen könne, ohne durch sachfremde Umstände beeinflusst zu sein. Er soll Gewähr dafür bieten, dass sämtliche Handlungen, die er in einer Angelegenheit vornimmt, ausschliesslich vom Interesse seines Mandanten geleitet sind. Wer sich an einen Anwalt wendet, soll ge-

wiss sein, dass dieser in keiner Weise an einen Dritten gebunden ist, dessen Interessen den eigenen in irgendeiner Weise entgegenstehen könnten. Die Unabhängigkeit erscheint so als wesentliche Grundlage des Vertrauens in die Anwaltschaft (BGE 130 II 87 E. 4.1 und 4.2 S. 93 ff. mit Hinweisen).

Die Pflicht zur Unabhängigkeit untersagt es dem Anwalt aus diesen Gründen, Bindungen einzugehen, die ihn bei der Wahrnehmung der Klienteninteressen beeinträchtigen. Der Anwalt darf sich deshalb nicht in wirtschaftliche oder sonstige Abhängigkeiten zu staatlichen Behörden, zu Drittpersonen, aber auch zu seinen Klienten begeben. Er soll vielmehr die Interessen seines Mandanten uneingeschränkt und aus objektiver Warte, ohne Rücksichtnahme auf persönliche und wirtschaftliche Bindungen, vertreten können (vgl. BGE 130 II 87 E. 4.2 S. 95). Das Gebot zur Unabhängigkeit besteht insbesondere gegenüber Personen, die ihrerseits nicht in einem kantonalen Anwaltsregister eingetragen sind (Art. 10 Abs. 2 der Standesregeln des Schweizerischen Anwaltsverbands vom 10. Juni 2005 [<http://www.sav-fsa.ch/Regelwerk-national.769.0.html>]; FELLMANN, Anwaltsrecht, a.a.O., N. 268 f.). Der Anwalt hat seine Unabhängigkeit nicht nur in geistiger Hinsicht («independence in mind»), sondern auch bei seinem nach aussen sichtbaren Geschäftsgebaren («independence in appearance») zu wahren (STAEHELIN/OETIKER, a.a.O., N. 33 zu Art. 8 BGFA).

Das Gebot anwaltlicher Unabhängigkeit ist zwar allgemein anerkannt; seine Tragweite in den nationalen Rechtsordnungen aber sehr unterschiedlich. So untersagen die Länder des romanischen Rechtskreises dem Anwalt zusätzliche Erwerbstätigkeiten ausserhalb seines Berufs weitgehend. In den Staaten mit angelsächsischer Tradition sind demgegenüber solche Nebentätigkeiten in weitgehendem Mass erlaubt, während das deutsche Recht in dieser Frage eine Mittelposition einnimmt (BGE 123 I 193 E. 4a S. 195 f.; BOHNET/MARTENET, a.a.O., N. 1310 ff.).

6.

Die bundesgerichtliche Rechtsprechung hatte sich bisher bei der Anwendung von Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA allein mit der Frage zu befassen, in welchem Umfang Angestellte von Personen, die nicht im Anwaltsregister eingetragen sind, als unabhängig gelten. Nach dem Wortlaut dieser Norm schliesst jede Anstellung bei einem Nichtanwalt – abgesehen von dem in Art. 8 Abs. 2 BGFA geregelten Sonderfall der Anstellung bei anerkannten gemeinnützigen Organisationen – die Unabhängigkeit aus. Das Bundesgericht erkannte indessen, dass der Wortlaut zu weit gefasst ist und den Sinn der Bestimmung nicht richtig wiedergibt. Denn eine rein wörtliche Auslegung hätte zur Folge, dass auch eine bloss teilzeitliche Anstellung eine selbständige Anwaltstätigkeit ausschliesse. Ein solches Ergebnis ist indessen mit der Wirtschaftsfreiheit, die bei der Auslegung mitzuberücksichtigen ist (vgl. E. 4), nicht zu vereinbaren. Das Erfordernis institutioneller Unabhängigkeit untersagt nur Anstellungsverhältnisse, welche die Anwaltstätigkeit selber betreffen und bei denen der Arbeitgeber nicht im Anwaltsregister eingetragen ist. Hingegen steht die verlangte Unabhängigkeit

einer Anwaltstätigkeit ausserhalb des Gebiets des Anstellungsverhältnisses nicht entgegen (BGE 130 II 87 E. 5.2 S. 102 f.).

Gestützt auf diese Auslegung von Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA hat das Bundesgericht erklärt, einem vollzeitlich bei einem Industriebetrieb angestellten Anwalt, der in seiner Freizeit und mit ausdrücklicher Erlaubnis des Arbeitgebers private Mandate betreue, könne der Eintrag im kantonalen Anwaltsregister nicht verwehrt werden. Die Gefahr von Interessenkonflikten sei bei einer solchen Anstellung von vornherein viel kleiner als bei Tätigkeiten in Unternehmen, zu deren Aufgabenkreis die Beratung in Rechts- und Wirtschaftsfragen gehöre (Urteil 2A.111/2003 vom 29. Januar 2004 E. 7). Allerdings erachtete es den Eintrag im kantonalen Anwaltsregister auch bei einem vollzeitlich bei einer Versicherung angestellten Mitarbeiter als zulässig, der durch eine vertragliche Vereinbarung jede Vermischung zwischen arbeitsvertraglicher und anwaltlicher Tätigkeit ausgeschlossen hatte (Urteil 2A.124/2005 vom 25. Oktober 2005 E. 2). Umgekehrt sprach das Bundesgericht einem bei einem Medienunternehmen angestellten Anwalt, der Mandate des Arbeitgebers und dessen Mitarbeiter bzw. solche ihm nahestehender Gesellschaften übernehmen wollte, die erforderliche institutionelle Unabhängigkeit ab (Urteil 2A.285/2003 vom 7. April 2004 E. 2), ebenso einem Vizedirektor einer Bank und einem Verwaltungsrat einer Treuhandgesellschaft, da diese die erforderliche Entflechtung der Anwaltstätigkeit von ihrer Tätigkeit als Angestellte nicht hinreichend dargetan hatten (BGE 130 II 87 E. 7 S. 107 f.; Urteil 2A.126/2003 vom 13. April 2004 E. 5.2).

Von den dargestellten Grundsätzen liess sich das Bundesgericht auch leiten, als es die Vereinbarkeit von Tätigkeiten für die öffentliche Hand mit der Anwaltstätigkeit mit Blick auf die Unabhängigkeit der Justiz (Art. 30 BV) zu beurteilen hatte. Es erklärte es als unverhältnismässig, einer teilzeitlich an einem Aargauer Bezirksgericht angestellten Gerichtsschreiberin eine nebenamtliche Tätigkeit als Anwältin für das ganze Kantonsgebiet zu untersagen; eine Beschränkung der Anwaltstätigkeit auf Mandate ausserhalb der Zuständigkeit des fraglichen Bezirksgerichts sei ausreichend zur Wahrung der Unabhängigkeit (Urteil 2P.301/2005 vom 23. Juni 2006 E. 5, in: ZBl 107/2006 S. 586 ff., 589 ff.). Die Rechtsprechung hält überdies – mit Blick auf die richterliche Unabhängigkeit – eine Anwaltstätigkeit mit einem nebenamtlichen Richteramt grundsätzlich für vereinbar (BGE 133 I 1 E. 6.4.1 und 6.4.2 S. 7; kritisch zu dieser Praxis jedoch KIENER/MEDICI, Anwälte und andere Richter, SJZ 107/2011 S. 373 ff.).

7.

Die dargestellte Rechtsprechung betraf stets Anstellungen von Anwälten bei Arbeitgebern, die nicht im Anwaltsregister eingetragen sind. Dagegen hatte sich das Bundesgericht bis heute nie näher mit der Unabhängigkeit von Anwälten zu befassen, die bei Anwaltsbüros angestellt sind. Die bisherigen Äusserungen lassen jedoch darauf schliessen, dass es solche Anstellungen für unproblematisch hält, da in diesem Fall der Ar-

beitgeber selber die notwendigen Garantien bietet (BGE 130 II 87 E. 4.3.4 S. 99). Das Bundesgericht erklärte auch, dass der eingetragene Rechtsanwalt als Arbeitgeber im Gegensatz zu einer Treuhandfirma selber an die Standesregeln gebunden und damit ebenso der Disziplinargewalt unterworfen sei. Er dürfe deshalb nicht im Interesse eines anderen Klienten Einfluss auf seinen angestellten Kollegen ausüben, und bei Interessenkonflikten bestehe sowohl beim angestellten als auch bei dem als Arbeitgeber auftretenden Anwalt die Pflicht zur Mandatsniederlegung (Urteil 2P.187/2000 vom 8. Januar 2001 E. 4c, in: Pra 2001 Nr. 141 S. 835 ff., 843 f.).

8.

Im Zeitpunkt, als das Anwaltsgesetz erlassen wurde, war das Bedürfnis bereits absehbar, Anwaltskanzleien als Kapitalgesellschaften oder als andere Körperschaften zu organisieren. Der Bundesrat wollte die Entwicklung in diesem Bereich nicht blockieren und sah bewusst von einer Regelung ab (Botschaft vom 28. April 1999 zum Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte, BBl 1999 6013, 6038 Ziff. 172.17 Anm. 44). Auch die Eidgenössischen Räte verzichteten auf eine Regelung der Frage. Sie überwiesen indessen eine Motion von Ständerat Anton Cottier (99.3656), die den Bundesrat beauftragte, die verschiedenen Organisationsformen für den Zusammenschluss von Angehörigen der freien Berufe abzuklären und dem Parlament nötigenfalls eine geeignete rechtliche Grundlage zu unterbreiten. Die Bearbeitung der Motion wurde in der Folge jedoch zurückgestellt. Die in Aussicht genommene gesetzliche Regelung erfolgte bis heute nicht (vgl. E. 12).

Ungeachtet der ausgebliebenen gesetzlichen Regelung werden die kantonalen Aufsichtsbehörden seit 2006 mit Eintragungsgesuchen von Anwälten konfrontiert, die als Angestellte einer als Aktiengesellschaft oder GmbH organisierten Kanzlei tätig sein wollen. Nach einem ersten positiven Entscheid im Kanton Obwalden stellte die Zürcher Aufsichtskommission in einem viel beachteten Entscheid am 5. Oktober 2006 fest, dass auch in einer von Anwälten beherrschten Aktiengesellschaft die von ihr angestellten Anwälte über die erforderliche Unabhängigkeit gemäss Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA verfügten. Die Aufsichtskommission knüpfte an die dargestellte bundesgerichtliche Rechtsprechung zur institutionellen Unabhängigkeit (E. 6) an und erklärte, bei geeigneter Ausgestaltung der Aktiengesellschaft könne ausgeschlossen werden, dass nicht im Anwaltsregister eingetragene Personen auf die angestellten Anwälte Einfluss nähmen. Subordinationsverhältnisse, wie sie bei Anstellungen von Anwälten bei Treuhand- und Versicherungsgesellschaften oder bei Banken häufig bestünden, liessen sich von vornherein vermeiden (Beschluss der Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte vom 5. Oktober 2006, in: ZR 105/2006 Nr. 71 S. 294 ff., 299 f.).

Dieser Auffassung schlossen sich in den Jahren 2007 und 2008 die Aufsichtskommissionen der Kantone Aargau, Basel-Stadt, Bern, Graubünden, Luzern, Schwyz, Tessin, Uri, Waadt, Wallis und Zug an (vgl. die auf

<http://www.bgfa.ch> unter Rechtsprechung/Kantone gesammelten Entscheide und die näheren Hinweise bei GAUDENZ G. ZINDEL, Anwaltsgesellschaften in der Schweiz, SJZ 108/2012 S. 249 ff., 253; FELLMANN, Anwaltsrecht, a.a.O., N. 1600 ff.). Im Kanton Genf lehnte die Aufsichtskommission die Eintragung aufgrund einer besonderen kantonalen Bestimmung zunächst ab; doch das Verwaltungsgericht hob diesen Entscheid auf und erlaubte die Eintragung gestützt auf das Bundesrecht (vgl. MEIER/REISER, in: Commentaire romand, Loi sur les avocats, 2010, N. 55 zu Art. 8 BGFA). Heute lassen damit 14 Kantone die Organisation von Anwaltskanzleien in der Form einer Kapitalgesellschaft zu (ZINDEL, a.a.O., S. 253). Allerdings gestatten nicht alle Kantone auch branchenübergreifende Gesellschaften, sog. Multidisciplinary Partnerships (vgl. MEIER/REISER, a.a.O., N. 57 zu Art. 8 BGFA).

Einzig im Kanton St. Gallen lehnte es die Anwaltskammer am 28. Juli 2010 ab, die erwähnte Praxis zu übernehmen und Anwälte, die bei einer Anwaltsaktiengesellschaft angestellt sind, im kantonalen Register einzutragen. Die Vorinstanz bestätigte diesen Entscheid, und das Bundesgericht hat nun erstmals über die Zulässigkeit von Anwaltskörperschaften zu befinden.

9.

In den erwähnten 14 Kantonen ist von der Möglichkeit, Anwaltskanzleien als Kapitalgesellschaften zu organisieren, in reichem Mass Gebrauch gemacht worden. Bereits Ende 2009 hatten sich nach einer Erhebung unter den Mitgliedern des Schweizerischen Anwaltsverbands 80 Kanzleien mit insgesamt 908 Mitgliedern als Anwaltskörperschaften organisiert. Dabei wählten nicht nur grosse, sondern auch mittlere und kleinere Anwaltsbüros körperschaftliche Rechtsformen. In den meisten Fällen konstituierten sich Anwaltskanzleien als Aktiengesellschaften; vereinzelt kommt aber auch die Gesellschaft mit beschränkter Haftung vor (vgl. BEAT VON RECHENBERG, Die Anwalts-Gesellschaft als Faktum, Anwaltsrevue 2010 S. 190 ff.; ZINDEL, a.a.O., S. 250).

Die Gründe für eine körperschaftliche Organisationsform sind vielfältig. Im Vordergrund stehen Erleichterungen beim Wechsel in der Partnerschaft und Vorteile bei der Professionalisierung der Kanzlei (namentlich Etablierung der Firma, Festigung des Goodwills, flexiblere Entscheidungsprozesse, Finanz- und Risikokontrolle nach den Standards des Körperschaftsrechts). Weiter ermöglichen die Kapitalgesellschaften eine Haftungsbeschränkung für die einzelnen Gesellschafter, die angesichts des erhöhten Schadenspotenzials in einzelnen Bereichen einem zunehmenden Bedürfnis entspricht. In diesem Zusammenhang wird auch darauf hingewiesen, dass Schweizer Anwaltskanzleien der gleichen organisatorischen Möglichkeiten bedürfen, wie sie im Ausland bestehen, um sie im internationalen Umfeld konkurrenzfähig zu erhalten, ihnen ein sog. level playing field zu gewährleisten (ZINDEL, a.a.O., S. 251 ff.; vgl. auch BOHNET/

MARTENET, a.a.O., N. 2359; SCHILLER, a.a.O., N. 1247; VALTICOS, a.a.O., N. 123 zu Art. 12 BGFA).

10.

Von Seiten der Wissenschaft wird heute die Zulassung von Anwaltskörperschaften praktisch einhellig begrüsst. Sie betont, dass die Verfassung den Anwälten – gleich wie Angehörigen anderer Berufe – die Freiheit gewähre, ihre Tätigkeit ihren Bedürfnissen entsprechend zu organisieren. Ein Verbot körperschaftlicher Kanzleistrukturen sei nicht erforderlich, um die Unabhängigkeit und das Berufsgeheimnis zu gewährleisten. Es genüge, die Beherrschung der Gesellschaft durch registrierte Anwälte sicherzustellen. Eine solche Organisationsform sei nicht mit Nachteilen für die Klienten verbunden (vgl. namentlich BOHNET/MARTENET, a.a.O., N. 2401; FELLMANN, Anwaltsrecht, a.a.O., N. 1593 ff.; NATER/RAUBER, Zulässigkeit der Anwalts-AG: Stunde der Wahrheit, SJZ 107/2011 S. 212 ff., 214 f.; SCHILLER, a.a.O., N. 1248 ff.; ZINDEL, a.a.O., S. 259).

Allerdings ist nicht zu übersehen, dass in der Lehre Anwaltskörperschaften lange Zeit als unvereinbar mit der Unabhängigkeit galten (vgl. etwa RETO SANWALD, Rechtsformen für freie Berufe – eine Auslegeordnung, in: Festschrift 100 Jahre Verband bernischer Notare, Ruf/Pfäffli [Hrsg.], 2003, S. 239 ff., 242). Ein Meinungsumschwung setzte erst vor etwas mehr als zehn Jahren ein, als Marktveränderungen – insbesondere die verstärkte internationale Vernetzung – die Anwaltskanzleien vermehrt zu einer Überprüfung und Anpassung ihrer Organisationsstrukturen zwangen (vgl. BOHNET/MARTENET, a.a.O., N. 2359; PETER NOBEL, Rechtsformen der Zusammenarbeit von Anwälten: Organisationsfreiheit für Anwälte!, in: Schweizerisches Anwaltsrecht, Fellmann und andere [Hrsg.], 1998, S. 339 ff., 369 f.; MICHAEL PFEIFFER, Der Rechtsanwalt in der heutigen Gesellschaft, ZSR 115/1996 II S. 253 ff., 291 ff.; RETO VONZUN, Die Anwalts-Kapitalgesellschaft – Zulässigkeit und Erfordernisse, ZSR 120/2001 I S. 447 ff.). Inzwischen wird auch auf die mit Anwaltskörperschaften gemachten positiven Erfahrungen verwiesen und festgestellt, dass sich die früher geäusserten Befürchtungen nicht bewahrheitet hätten, ja den Aspekten der Unabhängigkeit und des Berufsgeheimnisses aufgrund der durch die Umstrukturierung bewirkten Sensibilisierung sogar verstärkt Beachtung geschenkt werde (ZINDEL, a.a.O., S. 260).

11.

Zahlreiche Länder lassen für die Ausübung des Anwaltsberufs nicht nur Personen-, sondern auch Kapitalgesellschaften zu. So können sich Anwaltskanzleien in Deutschland, Österreich, Frankreich und weiteren europäischen Ländern, aber auch in den USA als Gesellschaften mit beschränkter Haftung oder als Aktiengesellschaften konstituieren (vgl. BOHNET/MARTENET, a.a.O., N. 2345 ff.; SANWALD, a.a.O., S. 273 und 282). Besonders vielfältige Rechtsformen für Anwaltskanzleien stellt das französische Recht zur Verfügung; sie können sich in vier verschiedenen Formen einer *société d'exercice libéral* (à responsabilité limitée, à forme anonyme,

par actions simplifiées, en commandite par actions) organisieren (Art. 1 und 2 der Loi n° 90-1258 du 31 décembre 1990 relative à l'exercice sous forme de sociétés des professions libérales soumises à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé et aux sociétés de participations financières de professions libérales).

Aufschlussreich ist die Entwicklung der Rechtslage in Deutschland, da sie gewisse Parallelen zu jener in der Schweiz aufweist (vgl. dazu VOLKER RÖRMERMANN, Anwalts-AG – Ein Zwischenruf aus Deutschland, in: Jusletter vom 15. Januar 2007, Rz. 1 ff.). Der Gesetzgeber sah zunächst bewusst davon ab, eine Regelung über Anwaltsgesellschaften zu treffen. Nachdem das Bayerische Oberlandesgericht im Jahr 1994 einer Anwalts-GmbH eine Eintragung im Handelsregister ermöglicht hatte, wurde die Bundesrechtsanwaltsordnung vom 1. August 1959 (BRAO) um die §§ 59c–m ergänzt. Danach können Rechtsanwaltsgesellschaften als GmbH zugelassen werden (§ 59c Abs. 1 BRAO). Der Gesetzgeber hielt fest, er beschränke sich auf die Regelung der Rechtsanwaltsgesellschaft mit beschränkter Haftung. Im Jahr 2000 liess das Bayerische Oberlandesgericht auch die Aktiengesellschaft als Rechtsform für Anwaltskanzleien zu. Der Bundesgerichtshof in Zivilsachen erklärte in seinem Beschluss vom 10. Januar 2005 ebenfalls, aus dem Verzicht des Gesetzgebers, den Anwaltskanzleien die Aktiengesellschaft als Rechtsform zur Verfügung zu stellen, könne ein gesetzliches Verbot dieser Gesellschaftsform nicht hergeleitet werden (in: Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen [BGHZ] 161 [2005] S. 376 ff.). Denn für die Beurteilung, ob eine Aktiengesellschaft anwaltlich tätig sein dürfe, sei es nicht ausschlaggebend, ob es gesetzliche Bestimmungen gebe, die diese Tätigkeit zulassen. Vielmehr sei umgekehrt zu prüfen, ob es rechtliche Regelungen gebe, die eine entsprechende Berufsausübung verböten, und ob solche Regelungen, falls sie bestünden, mit dem Grundrecht auf freie Berufsausübung gemäss Art. 12 Abs. 1 des Grundgesetzes vereinbar seien (S. 382 f.).

12.

Auf Bundesebene stimmte das Parlament im Jahr 2011 der vom Bundesrat beantragten Abschreibung der in E. 8 erwähnten Motion von Anton Cottier zu. Der Bundesrat erklärte, aus heutiger Sicht bestehe kein Handlungsbedarf mehr, da die Praxis Wege gefunden habe, das Anliegen der Motion umzusetzen. Die kantonalen Aufsichtsbehörden würden unter bestimmten standesrechtlichen (recte: berufsrechtlichen) Voraussetzungen die Aktiengesellschaft und die Gesellschaft mit beschränkter Haftung als Organisationsformen für Anwaltskanzleien zulassen (Bericht vom 4. März 2011 über Motionen und Postulate der gesetzgebenden Räte im Jahre 2010, Auszug: Kapitel I, BBl 2011 2641, 2656). Dieser Beurteilung wird von Anwaltsseite zugestimmt (vgl. BEAT VON RECHENBERG, Anwaltskörperschaft – Wohin führt der Weg?, Anwaltsrevue 2010 S. 425 f.). Allerdings wird ebenfalls darauf hingewiesen, dass eine gesetzgeberische Regelung auf Bundesebene zur Rechtsklarheit und Rechtssicherheit beitrüge und

deshalb weiterhin wünschenswert erscheine (BOHNET/MARTENET, a.a.O., N. 2356; MEIER/REISER, a.a.O., N. 56 und 58 zu Art. 8 BGFA; SCHILLER, a.a.O., N. 1425; ZINDEL, a.a.O., S. 259).

In der Zwischenzeit hat der Schweizerische Anwaltsverband Vorarbeiten unternommen, um das Anwaltsrecht auf gesamtschweizerischer Ebene vollständig zu vereinheitlichen. Er hat einen Entwurf für ein Schweizerisches Anwaltsgesetz ausgearbeitet und im Februar 2012 der Bundesverwaltung eingereicht (vgl. ERNST STAEHELIN, Der Entwurf zum neuen Schweizerischen Anwaltsgesetz, *Anwaltsrevue* 2012 S. 68 ff.). Dieser sieht in Art. 38–42 auch eine ausdrückliche Regelung für Anwaltsgesellschaften vor. Danach könnten sich Anwaltskanzleien in allen im schweizerischen Recht zulässigen Rechtsformen und damit insbesondere auch in einer AG oder GmbH organisieren. Dabei wären bestimmte Voraussetzungen zu beachten, die sich an der bisherigen Praxis der kantonalen Aufsichtsbehörden orientieren. Neu sieht der Entwurf eine Meldepflicht für Anwaltsgesellschaften mit ausschliesslich registrierten Gesellschaftern bzw. eine Genehmigungspflicht für Gesellschaften mit registrierten und nicht registrierten Gesellschaftern vor (vgl. näher zum Entwurf ZINDEL, a.a.O., S. 256 ff.). Zudem ist eine Motion von Nationalrat Karl Vogler zum Erlass eines umfassenden Anwaltsgesetzes hängig (12.3372). Der Bundesrat beantragt die Annahme der Motion.

13.

Die dargestellte Ausgangslage ist bei der Beurteilung der Frage, ob Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA eine Anstellung von Anwälten bei einer Anwaltsaktiengesellschaft von vornherein ausschliesse, in verschiedener Hinsicht mitzuberücksichtigen. Das Bundesgericht hat sich jedoch bei seiner Entscheid auf die Auslegung und Anwendung der erwähnten geltenden Bestimmung zu beschränken und nicht rechtspolitisch tätig zu werden. Es hat sich insbesondere an die in seiner Rechtsprechung aufgestellten Auslegungsgrundsätze zu halten.

Ausgangspunkt jeder Auslegung bildet danach der Wortlaut der massgeblichen Norm. Ist der Text nicht ganz klar und sind verschiedene Interpretationen möglich, so muss nach der wahren Tragweite der Bestimmung gesucht werden, wobei alle Auslegungselemente zu berücksichtigen sind (Methodenpluralismus). Dabei kommt es namentlich auf den Zweck der Regelung, die dem Text zugrunde liegenden Wertungen sowie auf den Sinnzusammenhang an, in dem die Norm steht. Die Entstehungsgeschichte ist zwar nicht unmittelbar entscheidend, dient aber als Hilfsmittel, um den Sinn der Norm zu erkennen. Namentlich bei neueren Texten kommt ihr eine besondere Bedeutung zu, weil veränderte Umstände oder ein gewandeltes Rechtsverständnis eine andere Lösung weniger nahelegen. Vom Wortlaut darf abgewichen werden, wenn triftige Gründe dafür bestehen, dass er nicht den wahren Sinn der Regelung wiedergibt. Sind mehrere Auslegungen möglich, ist jene zu wählen, die der Verfassung am besten entspricht. Allerdings findet auch eine verfassungskonforme Auslegung ihre Grenzen

im klaren Wortlaut und Sinn einer Gesetzesbestimmung (BGE 137 III 217 E. 2.4.1 S. 221 f.; BGE 131 II 697 E. 4.1 S. 702 f.).

14.

Nach dem Wortlaut von Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA können die Anwälte, die sich im kantonalen Register eintragen lassen wollen, Angestellte nur von Personen sein, die ihrerseits in einem kantonalen Register eingetragen sind. Da Körperschaften nicht eintragungsfähig sind, schliesst die Vorinstanz, könnten auch die bei ihnen angestellten Anwälte nicht ins Register eingetragen werden.

Der Wortlaut der Norm ist jedoch nur vordergründig klar. Wie das Bundesgericht bereits früher erkannt hat, kommen der Rechtssinn der Norm und namentlich auch der Wille des Gesetzgebers im Wortlaut nur unklar zum Ausdruck (BGE 130 II 87 E. 5.1 und 5.2 S. 99 ff.). So schliessen nicht alle Anstellungen bei nicht registrierten Personen von vornherein eine Eintragung als Anwalt aus (vgl. E. 6). Vielmehr begründet der zweite Teilsatz von Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA eine widerlegbare Vermutung fehlender Unabhängigkeit bei (nicht von Anwälten) angestellten Anwälten (BGE 130 II 87 E. 5.1.1 S. 100). Noch nicht zu prüfen hatte das Bundesgericht bislang, ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen die Vermutung fehlender Unabhängigkeit bei körperschaftlich organisierten Anwaltskanzleien widerlegt werden kann (vgl. E. 7).

Mit Blick auf die bisherige Rechtsprechung des Bundesgerichts, mit der sich die Vorinstanz nicht näher auseinandersetzt, kommt dem Wortlaut für die aufgeworfene Auslegungsfrage keine ausschlaggebende Bedeutung zu.

15.

Der angefochtene Entscheid misst bei der Auslegung der erwähnten Norm der Entstehungsgeschichte ein besonderes Gewicht zu. Das entspricht der erwähnten Rechtsprechung, welche bei jüngeren Gesetzen verstärkt auf die Materialien abstellt (E. 13).

Wie bereits ausgeführt wollte der Bundesrat bei Erlass des Anwalts-gesetzes auf eine Regelung der zulässigen Organisationsformen von Anwaltskanzleien verzichten (E. 8 am Anfang). Der Ständerat folgte dagegen in seiner ersten Beratung einem Antrag der vorberatenden Kommission und nahm in Art. 11 lit. b E-BGFA (= Art. 12 lit. b BGFA) den Zusatz auf, dass Anwälte in der rechtlichen Organisation ihrer Kanzleien frei seien (vgl. AB 1999 S 1170 ff.). Bei der Beratung im Nationalrat beantragte die Mehrheit der vorberatenden Kommission, diesen Zusatz wieder zu streichen; eine Minderheit wollte die ständerätliche Fassung in modifizierter Weise übernehmen (vgl. AB 2000 N 41). Der Nationalrat folgte unter Verweis auf die bereits erwähnte Motion Cottier (E. 8) dem Antrag der Kommissionsmehrheit. Der Regelungsbedarf war zwar unbestritten, doch war die Mehrheit der Auffassung, mit dem Erlass einer Norm solle zugewartet werden, bis in Erfüllung der Motion Cottier die Anschlussfragen genügend abgeklärt seien. Die Voten im Nationalrat zeugen davon, dass

man die Frage vorerst offenlassen wollte (vgl. AB 2000 N 42 ff.). Der Ständerat schloss sich dem Nationalrat an und verwies darauf, dass damit die geltende Rechtslage weitergeführt werde (vgl. AB 2000 S 239).

Dabei fällt auf, dass der Ständerat die Organisationsfreiheit der Anwälte losgelöst von der Formulierung des heutigen Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA (= Art. 7 lit. e E-BGFA) diskutierte. So sprach sich der Ständerat in erster Beratung gleichzeitig für die Organisationsfreiheit der Anwälte (Art. 11 lit. b E-BGFA) und eine weit strenger gefasste Fassung der institutionellen Unabhängigkeit aus, als sie heute gilt (vgl. AB 1999 S 1164 ff.). Gemäss ständerätlichem Beschluss hätte Unabhängigkeit nur vorgelegen, «wenn keine Bindungen bestehen, welche die Anwältin und den Anwalt bei der Berufsausübung irgendwelchem Einfluss von Dritten, die nicht in einem kantonalen Register eingetragen sind, aussetzen» (AB 1999 S 1164). Der Nationalrat sprach sich für eine enger gefasste Umschreibung der institutionellen Unabhängigkeit aus und fügte das Kriterium «Anstellung» ein, welches letztlich auch vom Ständerat übernommen wurde (vgl. AB 2000 N 38 ff.; AB 2000 S 234 ff.). Unvereinbar mit dem Unabhängigkeitsgebot sollte – in Fortführung des Status quo – nur eine eigentliche Anstellung bei einem Nichtanwalt sein; Nebenbeschäftigungen eines Anwalts sollten dagegen weiterhin möglich sein, soweit sie seine Berufsausübung nicht beeinflussen (vgl. insb. die Voten von Nationalrat Erwin Jutzet, AB 2000 N 38, und Ständerat Rolf Schweizer, AB 2000 S 235).

Daraus ergibt sich, dass die institutionelle Unabhängigkeit nach dem Willen des Gesetzgebers darauf abzielt, Anstellungsverhältnisse bei nicht registrierten Personen auszuschliessen, soweit damit die Gefahr einer Beeinflussung durch Dritte bei der anwaltlichen Berufsausübung einhergeht (vgl. BGE 130 II 87 E. 5.2 S. 103). Der Gesetzgeber beabsichtigte jedoch nicht, mit Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA Anwaltskörperschaften auszuschliessen, sondern er fasste lediglich ins Auge, den Fragenkreis allenfalls in einem späteren Zeitpunkt näher zu regeln (ebenso BOHNET/MARTENET, a.a.O., N. 2343; FELLMANN, Anwaltsrecht, a.a.O., N. 1593; MEIER/REISER, a.a.O., N. 56 zu Art. 8 BGFA; STAEHELIN/OETIKER, a.a.O., N. 55c zu Art. 8 BGFA; VONZUN, a.a.O., S. 459 f.).

16.

Die Vorinstanz begründet ein Verbot von Anwaltskörperschaften nach dem geltenden Recht auch mit allgemeinen Erwägungen. Nach ihrer Auffassung würde die mit dem Anwaltsgesetz beabsichtigte – teilweise – Vereinheitlichung des Anwaltsrechts wieder rückgängig gemacht, wenn die Bestimmung der zulässigen Organisationsformen für Anwaltskanzleien der kantonalen Praxis überlassen würde. Ausserdem bedinge die Zulassung von Anwaltskörperschaften die gleichzeitige Festlegung der Voraussetzungen, die dabei einzuhalten seien. Trotz des Versäumnisses des Gesetzgebers, die Motion Cottier zu erfüllen und eine Regelung zu erlassen, komme ein richterliches Eingreifen – gewissermassen als Ersatzgesetzgeber – nicht

in Betracht. Eine richterliche Gesetzeskorrektur bzw. das Füllen sog. unechter Lücken sei nicht zulässig.

Diese Argumentation geht von der Vorstellung aus, dass der Gesetzgeber alle wesentlichen Belange der Anwaltstätigkeit regeln sollte und neue Organisationsformen erst zulässig sind, wenn entsprechende gesetzliche Bestimmungen vorliegen. Damit wird jedoch übersehen, dass die Ausübung und Organisation der Anwaltstätigkeit den Schutz der Wirtschaftsfreiheit genießt und sie deshalb grundsätzlich erlaubt ist, soweit sie nicht durch eine gesetzliche Regelung eingeschränkt wird, die den Anforderungen von Art. 36 BV genügt (SCHILLER, a.a.O., N. 1222; vgl. auch E. 4). Die Wirtschaftsfreiheit erstreckt sich auch auf die Befugnis, darüber zu entscheiden, in welcher Rechtsform die Anwaltstätigkeit ausgeübt wird (BGE 131 I 223 E. 1.1 S. 226). Die Beschwerdeführer machen deshalb zu Recht geltend, dass nicht danach zu fragen ist, ob es gesetzliche Bestimmungen gibt, welche die Anwaltskörperschaft zulassen, sondern umgekehrt zu prüfen ist, ob Normen bestehen, die eine solche Rechtsform verbieten (vgl. ZINDEL, a.a.O., S. 254, sowie das in E. 11 zitierte Urteil des deutschen Bundesgerichtshofs).

Die Zulässigkeit von Anwaltskörperschaften hängt demnach allein davon ab, ob Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA eine solche Organisationsform untersagt; sie setzt indessen entgegen der vorinstanzlichen Auffassung nicht voraus, dass der Bundesgesetzgeber sie ausdrücklich gestattet. Mit der Garantie der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) und der Pflicht zu institutioneller Unabhängigkeit (Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA) umschreibt das Bundesrecht den Rahmen zur Organisation der Anwaltstätigkeit für die ganze Schweiz einheitlich. Soweit erforderlich obliegt es dem Bundesgericht, die Tragweite von Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA für die körperschaftliche Organisationsform von Anwaltskanzleien zu klären. Die Gefahr einer Rechtszersplitterung erscheint damit nicht grösser als in anderen bundesrechtlich geregelten Gebieten, die durch die Kantone vollzogen werden.

17.

Nach dem Ausgeführten kommt bei der Auslegung von Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA weder dem Wortlaut noch der Entstehungsgeschichte ein ausschlaggebendes Gewicht zu. Ebenso wenig führen die erwähnten allgemeinen Erwägungen der Vorinstanz zu einem eindeutigen Ergebnis. Abzustellen ist unter diesen Umständen auf den Sinn und Zweck der Norm. Dabei ist auch ihre verfassungsrechtliche Tragweite mitzuberocksichtigen (vgl. E. 4).

Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA bezweckt, die Unabhängigkeit der anwaltlichen Tätigkeit sicherzustellen. Die Norm will diejenigen Beeinflussungen ausschliessen, die sich aus einer Anstellung ergeben (vgl. E. 5 und 15). Der Gesetzgeber erachtet allerdings nicht alle Anstellungsverhältnisse als unvereinbar mit der Unabhängigkeit. Das zeigt Art. 8 Abs. 2 BGFA, der Anstellungen bei anerkannten gemeinnützigen Organisationen erlaubt, aber auch Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA selber, der Anstellungen bei Personen zu-

lässt, die ihrerseits in einem kantonalen Anwaltsregister eingetragen sind. Diese letzte Ausnahme entspricht der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, wonach Anstellungen von Anwälten bei anderen Anwälten dem Erfordernis der Unabhängigkeit nicht entgegenstehen (vgl. E. 7). Das Bundesgericht legt Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA überdies im Lichte des Gesetzeszwecks einschränkend aus; Anstellungen, welche die Anwaltstätigkeit nicht berühren und die Unabhängigkeit nicht gefährden, werden von der Bestimmung nicht erfasst (vgl. E. 6).

Der Kreis der Personen, bei denen eine Anstellung nach Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA zulässig erscheint, ist ebenfalls mit Blick auf den Gesetzeszweck zu bestimmen. Wie erwähnt gefährdet eine Anstellung bei registrierten Anwälten die Unabhängigkeit nicht. Nicht anders ist es indessen, wenn die Anstellung nicht bei den registrierten Anwälten selber, sondern bei einer körperschaftlich organisierten Anwaltskanzlei erfolgt, die vollständig von diesen Anwälten beherrscht wird. Das formale Argument, dass juristische Personen selber nicht im Anwaltsregister eingetragen werden können, erscheint mit Blick auf die Unabhängigkeit ohne Bedeutung. Die Wirkung der Anstellung ist unter diesem Gesichtspunkt dieselbe, wie wenn sie direkt bei einem registrierten Anwalt erfolgt (vgl. SCHILLER, a.a.O., N. 1257 f.; STAEHELIN/OETIKER, a.a.O., N. 37 zu Art. 8 BGFA). Ob die Unabhängigkeit gegeben ist, hängt nicht von der Rechtsform einer Anwaltskanzlei, sondern von deren konkreter Organisationsstruktur ab. Ist diese so ausgestaltet, dass lediglich registrierte Anwälte auf die Anstellung Einfluss nehmen können, ist die erforderliche Unabhängigkeit gewahrt. Diese Voraussetzung kann auch bei Körperschaften erfüllt werden. Der Zweck von Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA erfordert demnach nicht, körperschaftliche Rechtsformen von Anwaltskanzleien generell zu untersagen.

18.

Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA eine weiterreichende Bedeutung zu geben, verbietet sich auch aus verfassungsrechtlichen Gründen. Da die Wahl der Rechtsform für die Anwaltstätigkeit den Schutz der Wirtschaftsfreiheit genießt, darf sie nur in dem Umfang eingeschränkt werden, als es zur Wahrung öffentlicher Interessen erforderlich ist.

Von keiner Seite – auch nicht von der Vorinstanz – wird indessen geltend gemacht, dass zur Wahrung der institutionellen Unabhängigkeit Anwaltskörperschaften generell untersagt werden müssten. Auch bei der Beratung von Art. 8 BGFA in den Eidgenössischen Räten vertrat niemand diesen Standpunkt. Die breite Zulassung körperschaftlicher Rechtsformen im Ausland (vgl. E. 11) und die bisher in der Schweiz gemachten Erfahrungen mit Anwaltskörperschaften (vgl. E. 10) belegen, dass keine Notwendigkeit besteht, solche Rechtsformen im Interesse der Unabhängigkeit generell zu verbieten. Wenn die Vorinstanz erklärt, eine Zulassung von Anwaltskörperschaften komme erst in Betracht, wenn der Bundesgesetzgeber die dabei zu beachtenden Rahmenbedingungen näher umschrieben habe, verkennt sie, dass die Wirtschaftsfreiheit die Wahl der Rechtsform

anwaltlicher Tätigkeit schützt und diese nur eingeschränkt ist, soweit dafür eine gesetzliche Grundlage besteht. Der Gesetzgeber hat zwar die Möglichkeit, die Anforderungen an die Anwaltskörperschaften detaillierter festzulegen als in Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA. Solange eine solche nähere Regelung fehlt, findet die Wirtschaftsfreiheit ihre Grenzen allein in der zuletzt genannten Norm (vgl. E. 16).

Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA schliesst demnach Anwaltskörperschaften nicht von vornherein aus. Diese sind jedoch nur in dem Umfang zulässig, als die Unabhängigkeit der angestellten Anwälte in gleicher Weise sichergestellt ist, wie dies bei einer Anstellung durch registrierte Anwälte selber der Fall ist.

19.

Nach Auffassung der Vorinstanz ist eine Zulassung von Anwaltskörperschaften allerdings neben der Unabhängigkeit auch mit weiteren Berufspflichten des Anwalts nicht zu vereinbaren. Dieser Umstand müsse bei der Auslegung von Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA mitberücksichtigt werden.

Zunächst bezieht sich die Vorinstanz auf Art. 12 lit. b BGFA. Danach übt der Anwalt seinen Beruf in eigenem Namen aus. Daraus den Schluss zu ziehen, dass damit ein direktes Mandat zwischen dem Anwalt und dem Klienten vorausgesetzt werde, wie dies die Vorinstanz annimmt, geht zu weit. Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA lässt ausdrücklich zu, dass Anwälte in einem Anstellungsverhältnis bei anderen registrierten Anwälten tätig sind. In diesem Fall besteht zwischen dem angestellten Anwalt und dem Klienten kein Auftragsverhältnis; das Mandat wird vielmehr mit dem Anwalt, der Arbeitgeber des angestellten Anwalts ist, abgeschlossen. Gleich verhält es sich bei Mandaten, die mit Anwaltskanzleien abgeschlossen werden, die als Kollektivgesellschaften organisiert sind. Die Aufsichtsbehörden haben soweit ersichtlich in einem solchen Vorgehen nie einen Verstoß gegen Art. 12 lit. b BGFA gesehen.

Die genannte Norm bezieht sich offensichtlich nicht auf das Auftragsverhältnis mit dem Klienten, sondern allein auf die berufsrechtliche Stellung des Anwalts, der das Mandat ausführt. Er handelt insofern in eigenem Namen, als er das Mandat unter eigener fachlicher Verantwortung erfüllt und dabei selber die spezifisch anwaltsrechtlichen Berufsregeln einzuhalten hat, auch wenn er angestellt ist. Er tritt auch allein vor Gericht auf und untersteht selber der disziplinarischen Aufsicht. Art. 12 lit. b BGFA steht Mandaten mit Anwaltskörperschaften nicht entgegen (ebenso BOHNET/MARTENET, a.a.O., N. 2408; FELLMANN, in: Kommentar zum Anwaltsgesetz [im Folgenden: Kommentar], 2. Aufl. 2011, N. 62 zu Art. 12 BGFA; SCHILLER, a.a.O., N. 1261 ff.; VALTICOS, a.a.O., N. 125 ff. zu Art. 12 BGFA; VONZUN, a.a.O., S. 468 f.).

20.

Aus den gleichen Gründen schliesst Art. 12 lit. b BGFA eine körperchaftliche Organisation von Anwaltskanzleien auch nicht aus, soweit er eine Berufsausübung auf eigene Verantwortung verlangt. Diese Vorschrift

bezieht sich ebenfalls allein auf die fachliche Verantwortung für die Einhaltung der Berufsregeln; dagegen verlangt sie nicht eine persönliche Haftung des Anwalts auf der zivilrechtlichen Ebene (vgl. BOHNET/MARTENET, a.a.O., N. 2413; FELLMANN, Kommentar, a.a.O., N. 63 zu Art. 12 BGFA; SCHILLER, a.a.O., N. 1276). Andernfalls ergäbe sich der bereits erwähnte Widerspruch zu Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA, der eine Anstellung eines Anwalts bei einem anderen Anwalt zulässt, obwohl der Erstere gegenüber dem Klienten zivilrechtlich nicht persönlich haftet. Eine persönliche Haftung der Anwälte vermöchte im Übrigen auch den Klienten im Allgemeinen keinen besseren Schutz zu gewähren, als er bei Einschaltung einer Körperschaft besteht. Denn die Zahlungsfähigkeit hängt nicht von der gewählten Rechtsform, sondern von den vorhandenen Mitteln ab (BOHNET/MARTENET, a.a.O., N. 2414, die darauf hinweisen, dass die Vermögenssituation von Aktiengesellschaften für Aussenstehende transparenter ist als bei Einzelpersonen und zudem Schutzvorschriften bei Überschuldung bestehen).

Die Vorinstanz erwägt diese Gesichtspunkte zwar auch. Sie gelangt aber zu einem anderen Schluss, weil sie befürchtet, dass der Ausschluss der persönlichen Haftung das Verantwortungsbewusstsein der Anwälte und damit das Vertrauen in die Anwaltschaft generell schmälern könnte. So sporne die Gefahr, persönlich haften zu müssen und allenfalls sogar wegen der Ausstellung von Verlustscheinen den Beruf nicht mehr ausüben zu können (vgl. Art. 8 Abs. 1 lit. c BGFA), zur Sorgfalt bei der Berufsausübung an. Dieses Argument vermag nicht zu überzeugen. Wie die Vorinstanz selbst einräumt, zeigt die berufsrechtliche Pflicht zum Abschluss einer Haftpflichtversicherung (Art. 12 lit. f BGFA), dass dem Gesetzgeber die Sicherstellung eines ausreichenden Haftungssubstrats und weniger die unbeschränkte persönliche Haftung des Anwalts wichtig war (SCHILLER, a.a.O., N. 1276; ZINDEL, a.a.O., S. 253). So reduziert sich mit dem Abschluss einer Haftpflichtversicherung das Risiko eines Konkurses (und damit von Verlustscheinen) erheblich.

Die vorinstanzliche Argumentation blendet weiter aus, dass angestellte Anwälte bei Fehlern der Körperschaft gegenüber haftbar werden können und auch für sie das Risiko besteht, wegen Verlustscheinen die Berufsausübungsbewilligung zu verlieren. Darüber hinaus haben die Angestellten und namentlich die Gesellschafter einer Anwaltskörperschaft ein eigenes wirtschaftliches Interesse daran, dass die Gesellschaft ertragreich arbeitet und ein Konkurs, nicht zuletzt aufgrund des damit einhergehenden Reputationsschadens, unter allen Umständen vermieden wird.

Dies zeigt, dass die mit der Wahl der Körperschaftsform zweifellos angestrebte Haftungsbegrenzung das Verantwortungsbewusstsein jedenfalls nicht in einem Mass einschränkt, dass dadurch das Vertrauen in die Anwaltschaft ernsthaft Schaden nehmen könnte.

Schliesslich sieht die Vorinstanz in Art. 13 BGFA, der die Anwälte zur Wahrung des Berufsgeheimnisses verpflichtet, ein Hindernis für die Zulassung von Anwaltskörperschaften. Sie verweist darauf, dass die bei einzelnen Körperschaften vorgeschriebene Revisionsstelle kein Hilfsorgan im Sinne von Art. 13 Abs. 2 BGFA darstelle und daher nicht zur Wahrung des Anwaltsgeheimnisses verpflichtet werden könne. Allerdings räumt sie ein, dass das Berufsgeheimnis durch die gegenüber Steuerbehörden übliche Anonymisierung auch gegenüber Revisoren gewahrt werden könne; doch gelte dies nicht mehr bei einer aktienrechtlichen Sonderprüfung.

Die Lehre erachtet demgegenüber das Berufsgeheimnis auch in Anwaltskörperschaften als gewahrt, da Revisoren und Sonderprüfer selber einer Geheimhaltungspflicht unterstünden (vgl. für die Aktiengesellschaft Art. 697d Abs. 4, Art. 697e Abs. 1 und Art. 730b Abs. 2 OR in Verbindung mit Art. 321 StGB), die mindestens gleichwertig sei wie das anwaltliche Berufsgeheimnis (BOHNET/MARTENET, a.a.O., N. 2409 f.; FELLMANN, Anwaltsrecht, N. 1636; NATER/ZINDEL, in: Kommentar zum Anwaltsgesetz, 2. Aufl. 2011, N. 39 f. zu Art. 13 BGFA; VONZUN, a.a.O., S. 467 f.; gleicher Meinung, aber mit teilweise anderer Begründung SCHILLER, a.a.O., N. 1348 ff.). Die Beschwerdeführer machen ausserdem geltend, dass nach Art. 727a Abs. 2 OR bei kleinen Aktiengesellschaften auf eine Revisionsstelle verzichtet werden könne. Da viele Anwaltsgesellschaften von dieser Möglichkeit Gebrauch machen könnten, ergäben sich bei ihnen von vornherein keine Konflikte mit dem Berufsgeheimnis.

Es erübrigt sich, zu den von der Vorinstanz aufgeworfenen Fragen abschliessend Stellung zu nehmen. Ausschlaggebend ist, dass Art. 13 BGFA gegenüber den gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen über die Revision und Sonderprüfung nicht den Vorrang beanspruchen kann. Zwar wird das Berufsgeheimnis des Anwalts in der Rechtsordnung besonders geschützt, weil es für die anwaltliche Berufsausübung und damit für eine ordnungsgemässe Rechtspflege unerlässlich ist (Urteil 2P.187/2000 vom 8. Januar 2001 E. 4c, in: Pra 2001 Nr. 141 S. 835 ff., 843). Doch gilt es nicht absolut, sondern ist in die Rechtsordnung eingebunden und wird durch sie ausgestaltet. Bereits aus Art. 13 Abs. 2 BGFA geht hervor, dass eine absolute Wahrung des Berufsgeheimnisses aus praktischen Gründen nicht möglich und daher auch nicht vorgeschrieben ist (VONZUN, a.a.O., S. 467). Aus diesem Grund kann aus dem Umstand, dass das Berufsgeheimnis bei einer körperschaftlichen Organisation einer Anwaltskanzlei allenfalls gewisse Relativierungen erfährt, nicht auf die Unzulässigkeit von Anwaltskörperschaften geschlossen werden.

Offenbleiben kann, ob die Revisoren und Sonderprüfer nicht insoweit zu den Hilfspersonen (der registrierten Anwälte) zu zählen sind, als die Bekanntgabe von vertraulichen Informationen an sie aus (kanzlei-)organisatorischen Gründen notwendig ist (vgl. SAVERIO LEMBO, *L'exercice de la profession en société de capitaux*, in: *Défis de l'avocat au*

XXI^e siècle, Jeanneret/Hari [Hrsg.], 2008, S. 365 ff., 382). Unabhängig davon kann jedenfalls angesichts der erwähnten strengen Geheimhaltungspflichten von Revisoren und Sonderprüfern keine Rede davon sein, dass der zur anwaltlichen Berufsausübung notwendige Vertraulichkeitsschutz durch die Wahl einer körperschaftlichen Rechtsform ernsthaft gefährdet würde. Zudem weisen die Beschwerdeführer zu Recht darauf hin, dass vergleichbare Relativierungen auch bei anderen Tätigkeiten möglich sind, die Berufs- und Geschäftsgeheimnisse zu wahren haben und die häufig als Körperschaften organisiert sind (Spitäler, Krankenversicherungen, Revisionsgesellschaften und Banken).

22.

Die von der Vorinstanz genannten Berufspflichten lassen demnach Anwaltskörperschaften ebenfalls nicht von vornherein als unzulässig erscheinen. Der angefochtene Entscheid erweist sich damit als bundesrechtswidrig und ist aufzuheben.

Bei diesem Ergebnis verlieren die Beschwerdeführer ihre Eintragungsfähigkeit im kantonalen Anwaltsregister nicht bereits dadurch, dass sie ihre Anwaltskanzlei in eine Aktiengesellschaft umwandeln. Dasselbe würde auch bei Wahl einer anderen Rechtsform gelten, solange die Unabhängigkeit der angestellten Anwälte in gleicher Weise sichergestellt ist, wie dies bei einer Anstellung durch registrierte Anwälte selber der Fall ist (vgl. E. 18).

23.

Die Beschwerdeführer sind der Auffassung, dass ihre Unabhängigkeit bei der vorgesehenen Umwandlung ihrer Kanzlei in eine Aktiengesellschaft genügend sichergestellt ist. Sie beantragen deshalb neben der Aufhebung des angefochtenen Entscheids auch die Feststellung, dass sie nach der Umstrukturierung ihrer Kanzlei in eine Aktiengesellschaft im Anwaltsregister des Kantons St. Gallen eingetragen bleiben können.

Da der Sachverhalt aus den eingereichten Dokumenten über die neue Organisationsstruktur (Statuten, Organisationsreglement, Aktionärsbindungsvertrag und Arbeitsverträge mit Gesellschaftern und mitarbeitenden Rechtsanwältinnen) eindeutig hervorgeht, rechtfertigt es sich, dass das Bundesgericht die erforderlichen Feststellungen selber trifft und auch das erwähnte Begehren beurteilt (Art. 105 Abs. 2 und Art. 107 Abs. 2 BGG).

Die Leitung der Anwalts-AG, in welche die Beschwerdeführer ihre Kanzlei überführen wollen, liegt ganz in den Händen von registrierten Anwälten. Das ist bereits im Zweck der Gesellschaft angelegt («Erbringen von Rechtsdienstleistungen im In- und Ausland durch in der Schweiz registrierte Anwältinnen und Anwälte») und wird durch die Statuten und einen Aktionärsbindungsvertrag abgesichert. Mit Letzterem schliessen sich die Aktionäre zu einer einfachen Gesellschaft zusammen, über welche die Aktionäre/Gesellschafter sämtliche Aktien gesamthänderisch halten. Alle Gesellschafter müssen in der Schweiz registrierte Anwälte sein. Bei Austritt eines Gesellschafters (insb. infolge Verlustes des Registereintrags,

Kündigung, Todes oder der übrigen in Art. 545 OR genannten Gründe) führen die Verbleibenden die Gesellschaft weiter. Statutarisch sind die Aktien vinkuliert und der Verwaltungsrat muss die Übertragung (wie auch die Bestellung einer Nutzniessung) verweigern, wenn der Erwerber kein in der Schweiz registrierter Anwalt ist. In der Generalversammlung ist eine Vertretung nur durch andere Aktionäre zulässig. Der Verwaltungsrat setzt sich aus Aktionären zusammen. Die Geschäftsführung kann delegiert werden, wobei auch die Delegierten Aktionäre der Anwalts-AG sein müssen.

Die genannten vertraglichen und statutarischen Massnahmen gewährleisten, dass die Anwalts-AG vollständig durch in der Schweiz registrierte Anwälte beherrscht wird. Damit ist das gesetzliche Erfordernis der institutionellen Unabhängigkeit erfüllt (Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA) und das Feststellungsbegehren gutzuheissen. Weitere Vorkehren, wie sie vorliegend auf Stufe Organisationsreglement und Arbeitsvertrag getroffen werden, sind keine Eintragungsvoraussetzung, sondern sichern die Einhaltung der Berufsregeln des Art. 12 BGFA innerhalb der Anwaltskörperschaft ab. Das Treffen solcher Vorkehren liegt – bei körperschaftlich wie anders organisierten Anwaltskanzleien – in der Verantwortung der einzelnen Anwälte, die dafür berufsrechtlich einzustehen haben (vgl. Urteil 2P.187/2000 vom 8. Januar 2001 E. 4c, in: Pra 2001 Nr. 141 S. 835 ff., 843 f.).

Nicht zu befinden ist an dieser Stelle darüber, ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen auch eine branchenübergreifende Organisationsform (Multidisciplinary Partnership), an der neben registrierten Anwälten auch Nichtanwälte bzw. nicht registrierte Anwälte Gesellschaftsanteile besitzen, mit dem Unabhängigkeitsgebot von Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA vereinbar ist.

Tribunal fédéral, Arrêt du 11 septembre 2012, Doss.-N° 4A_268/2012 (Rejet du recours en matière civile interjeté contre l'arrêt rendu le 3 janvier 2012 par la Chambre des recours du Tribunal cantonal du canton de Vaud)

Travail de nuit régulier.

Art. 17 al. 1 et 2 LTr. En accord avec la doctrine, il faut considérer que lorsque l'autorisation a été donnée pour un travail de nuit régulier, le travailleur n'a pas droit à un supplément quelconque de salaire, car le salaire convenu entre les parties est alors présumé tenir déjà compte des désavantages entraînés par le travail de nuit. En effet, lorsque le travailleur sait qu'il sera amené à travailler régulièrement la nuit, il lui est en principe possible de négocier avec l'employeur, avant d'être engagé, un salaire amélioré devant compenser les inconvénients d'un travail de cette nature (c. 8.1).

Extraits des faits:

X. a été engagée par la Fondation Y. (ci-après: la fondation), pour une durée indéterminée dès le 15 octobre 2004, en qualité de veilleuse de nuit remplaçante au sein de la Maison A., établissement socio-éducatif accueillant principalement des personnes handicapées mentales adultes. La fondation a adhéré, avec effet au 1^{er} janvier 2005, à trois conventions collectives de l'AVOP (Association vaudoise des organisations privées pour personnes en difficulté), qui ne régissent pas spécifiquement le statut de veilleuse. Le statut du personnel de l'AVOP est applicable aux employés de la fondation, dont les veilleuses de nuit en tant qu'il les concerne. Par lettre du 6 mars 2006, X. a été engagée par la fondation pour une durée indéterminée dès le 1^{er} mars 2006 en tant que veilleuse de nuit à un taux de 20%, avec la possibilité de continuer à effectuer des remplacements.

Le 16 juillet 2009, X. a ouvert action contre la fondation devant le Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne. Elle a réclamé (I) que, dès le 15 octobre 2004, son salaire comprenne une indemnité de 5 fr. par heure, ainsi qu'une compensation de 20% pour les heures travaillées de 20 heures le soir à 6 heures du matin et (II) que la défenderesse lui doive paiement de 76 641 fr. 45 plus intérêts. Par jugement du 8 juin 2010, dont la motivation a été envoyée le 15 août 2011, le tribunal d'arrondissement a rejeté les conclusions de la demande. Saisie d'un recours formé par la demanderesse, la Chambre des recours du Tribunal cantonal vaudois, par arrêt du 3 janvier 2012, l'a rejeté, le jugement attaqué étant confirmé. La cour cantonale a notamment considéré que la demanderesse n'était pas en droit d'invoquer l'art. 17b al. 2 de la loi fédérale du 13 mars 1964 sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (Loi sur le travail, LTr; RS 822.11).

X. exerce un recours en matière civile au Tribunal fédéral contre l'arrêt précité.

Extraits des considérants:

2.

Il est constant que les parties ont été liées par deux contrats individuels de travail (cf. art. 319 CO), le premier conclu pour la période du 15 octobre 2004 au 28 février 2006, le second pour celle ayant couru du 1^{er} mars 2006 au 30 juin 2010.

(...)

8.

La recourante se prévaut pour finir d'une violation de l'art. 17 al. 2 LTr (recte: 17b al. 2 LTr). Elle allègue que la cour cantonale n'a pas examiné la question du temps de repos compensatoire instauré par cette norme impérative, qui entraîne des effets obligatoires en droit privé s'agissant de la protection des travailleurs. En vertu du temps de repos compensatoire

dont elle a été indûment privée, la recourante devait avoir droit à l'allocation d'une indemnité en argent.

8.1 D'après l'art. 17b al. 2 LTr, le travailleur qui effectue un travail de nuit régulièrement ou périodiquement a droit à une compensation en temps équivalant à 10% de la durée de ce travail. Ce temps de repos compensatoire doit être accordé dans le délai d'une année. La compensation peut cependant être accordée sous forme de supplément salarial au travailleur dont le travail régulièrement fourni au début ou à la fin du travail de nuit n'excède pas une heure.

L'art. 17b al. 1 LTr dispose que le travailleur qui effectue un travail de nuit à titre temporaire a droit à un supplément de salaire d'au moins 25%. Dans le cas présent, il n'est pas contesté que la recourante a été engagée pour un travail se déroulant régulièrement la nuit. Vu le nombre d'heures annuelles pendant lesquelles elle a travaillé – lesquelles représentaient plus de 25 nuits par année civile –, elle était réputée opérer un travail de nuit régulier (cf. art. 31 al. 1 de l'Ordonnance 1 du 10 mai 2000 relative à la loi sur le travail; OLT 1, RS 822.111). L'art. 17b al. 1 LTr ne lui est ainsi pas applicable.

La doctrine est d'avis que lorsque l'autorisation a été donnée pour un travail de nuit régulier (cf. art. 17 al. 1 et 2 LTr), le travailleur n'a pas droit à un supplément quelconque de salaire, car le salaire convenu entre les parties est alors présumé tenir déjà compte des désavantages entraînés par le travail de nuit (CHRISTIAN FAVRE ET AL., *Le contrat de travail*, Code annoté, 2^e éd. 2010, n° 1.1 ad art. 17b LTr et les références à des décisions cantonales, p. 566; STÖCKLI/SOLTERMANN, in Geiser/von Kaenel/Wyler (éd.), *Loi sur le travail*, 2005, n° 1 ad art. 17b LTr, note infrapaginale 1 et la référence à un précédent jurassien, p. 279).

Cette opinion est convaincante. En effet, lorsque le travailleur sait qu'il sera amené à travailler régulièrement la nuit, il lui est en principe possible de négocier avec l'employeur, avant d'être engagé, un salaire amélioré devant compenser les inconvénients d'un travail de cette nature. Il ne serait pas à même de le faire en cas de travail de nuit temporaire, qui n'est autorisé qu'au cas par cas, exceptionnellement, à savoir en cas de besoin urgent de l'employeur dûment établi (art. 17 al. 3 LTr).

Le grief pris d'une transgression de l'art. 17b al. 2 LTr est infondé.

Bundesgericht, Urteil vom 11. September 2012, Doss.-Nr. 4A_183/2012 (Bestätigung des Urteils des Obergerichts des Kantons Zürich vom 22. Februar 2012)

Missbräuchliche Kündigung, Art. 336 OR; Ferienbezug. Eine Ausnahme vom Ferienabgeltungsverbot gemäss Art. 329d Abs. 2 OR gilt nur, wenn der Bezug der Ferien in der bis zur Beendigung des Ar-

beitsverhältnisses verbleibenden Zeit nicht möglich oder zumutbar ist. Vorliegend beschränkte der Arbeitnehmer seine Rüge einzig auf die Tatsache, dass man ihm keinen Tag zur Stellensuche gewährt habe. Tatsächlich bemühte er sich aber während der Kündigungsfrist nicht konkret um eine neue Stelle, was aufgrund seines Alters im Kündigungszeitpunkt von 63,5 Jahren auch plausibel erscheint. Angesichts der sechsmonatigen Kündigungsfrist war der Bezug der angeordneten Ferien während dieser Zeit durchaus möglich und zumutbar. Die Vorinstanz verletzte daher kein Bundesrecht, indem sie 98,5 Tage als angeordneten Ferienbezug berücksichtigte (E 4.4–4.6).

Sachverhalt:

Seit dem Jahre 1989 war A. (Arbeitnehmer, Kläger, Beschwerdeführer) für die X. AG (Arbeitgeberin, Beklagte, Beschwerdegegnerin), vormals Y. AG, als Geschäftsführer tätig. Zwanzig Monate vor seiner ordentlichen Pensionierung unterbreitete ihm die Arbeitgeberin drei verschiedene Änderungsanträge, die unter anderem eine Reduktion seines Monatslohnes, eine Änderung seiner Funktion und eine kürzere Kündigungsfrist vorsahen. Nachdem der Arbeitnehmer auch die dritte Änderungsanfrage nicht akzeptierte, kündigte die Arbeitgeberin das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der sechsmonatigen Kündigungsfrist auf den 31. Juli 2009. Aufgrund des hohen Ferienguthabens des Arbeitnehmers, welches im Kündigungszeitpunkt 119,5 Tage betrug, erstellte die Arbeitgeberin dem Arbeitnehmer am 2. Februar 2009 einen Ferienplan, worin sie ihm bis zum Ablauf seiner Kündigungsfrist (bis auf ein paar wenige Arbeitstage) Ferien anordnete.

Am 9. April 2009 reichte der Arbeitnehmer beim Arbeitsgericht Zürich Klage ein mit dem Antrag, es sei festzustellen, dass die Kündigung des Arbeitsverhältnisses missbräuchlich erfolgt sei, und es sei die Arbeitgeberin zu verpflichten, ihm eine Entschädigung von fünf Monatslöhnen im Betrag von Fr. 95 400.– zu bezahlen. Anlässlich der Hauptverhandlung ergänzte der Kläger seine Begehren und beantragte eine Entschädigung von Fr. 97 250.–, den Ersatz von Spesen im Umfang von Fr. 1237.45, die Bezahlung von Fr. 90 162.45 für nicht bezogene Ferien und die Aus- und Zustellung eines Arbeitszeugnisses. Mit Urteil vom 25. Januar 2011 hiess das Arbeitsgericht Zürich das Begehren auf Leistung einer Entschädigung infolge missbräuchlicher Kündigung im Umfang von Fr. 50 760.– sowie den geltend gemachten Ferienanspruch im Umfang von Fr. 55 518.75 brutto bzw. Fr. 52 159.85 netto gut. Mit Urteil vom 22. Februar 2012 hiess das Obergericht des Kantons Zürich die gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Zürich vom 25. Januar 2011 durch die Beklagte erhobene Berufung teilweise gut und reduzierte die Entschädigung für den geltend gemachten Ferienanspruch auf Fr. 15 101.10 brutto bzw. Fr. 14 187.50 netto zuzüglich Zins zu 5% seit dem 1. August 2009, wobei es die Entschädigung infolge

missbräuchlicher Kündigung im Umfang von Fr. 50 760.– bestätigte. Der Kläger gelangte mit Beschwerde in Zivilsachen ans Bundesgericht.

Aus den Erwägungen:

4.

Die Vorinstanz qualifizierte die gegen den Beschwerdeführer ergangene Kündigung – welche ihm nach zwanzigjähriger Tätigkeit kurz vor seiner ordentlichen Pensionierung ausgesprochen wurde, weil er eine Änderung seines Arbeitsvertrages zu seinen Lasten nicht akzeptierte – als missbräuchlich. In Bestätigung des erstinstanzlichen Urteils sprach sie ihm eine Entschädigung in der Höhe von drei Monatslöhnen bzw. Fr. 50 760.– zu, was nicht mehr streitig ist.

Streitig ist vor Bundesgericht nur noch die Reduktion des von der Beschwerdegegnerin abzugeltenden Ferienguthabens. Das Arbeitsgericht setzte die Entschädigung für nicht bezogene Ferientage ex aequo et bono auf Fr. 55 518.75 brutto bzw. Fr. 52 159.85 netto fest. Die Vorinstanz reduzierte in der Folge das abzugeltende Ferienguthaben auf Fr. 15 101.10 brutto bzw. Fr. 14 187.50 netto.

4.1 Die Vorinstanz hat erwogen, dass es der Beschwerdeführer als Geschäftsführer erheblich mitzuvertreten habe, dass sein Ferienguthaben auf 119,5 Tage angewachsen sei. Er sei mit der Anordnung der Beschwerdegegnerin zum Ferienbezug während der Kündigungsfrist von seinen Verpflichtungen gegenüber der Beschwerdegegnerin grundsätzlich entbunden gewesen. Der Beschwerdeführer habe keine konkreten Bemühungen um eine neue Arbeitsstelle angeführt und er habe ebenso wenig dargetan, dass ein Grund vorgelegen habe, sich über die Ferienanordnung der Beschwerdegegnerin hinwegzusetzen. Damit seien dem Beschwerdeführer von den unbestrittenen 104,5 Arbeitstagen im Zeitraum von März bis Juli 2009 insgesamt sechs (von der Beschwerdegegnerin anerkannte) Arbeitstage anzurechnen, womit 98,5 Tage als angeordneter Ferienbezug zu berücksichtigen seien. Damit seien dem Beschwerdeführer 17 Ferientage (unter Berücksichtigung der vier bereits ausbezahlten Ferientage) auszubezahlen.

4.2 Der Beschwerdeführer bringt vor, die Vorinstanz habe mit der Reduktion des abzugeltenden Ferienguthabens Art. 329 Abs. 3 und Art. 329c OR verletzt. Entgegen der Meinung der Vorinstanz, treffe ihn keine «Mitverantwortung» am hohen Feriensaldo. Es sei Pflicht des Arbeitgebers, dafür zu sorgen, dass der Arbeitnehmer seine Ferien während des laufenden Dienstjahres beziehe. Sodann müsse dem Arbeitnehmer während der Kündigungs- oder Freistellungsfrist genügend Zeit für die Stellensuche eingeräumt werden; demnach dürften Ferien nur bezogen werden, wenn für die Arbeitsuche noch genügend Zeit verbleibe. Die Vorinstanz habe ihm jedoch während der sechsmonatigen Kündigungsfrist keinen einzigen Tag für die Arbeitsuche gewährt, was bundesrechtswidrig sei.

Zudem sei die Feststellung der Vorinstanz, wonach er keine konkreten Bemühungen um eine neue Arbeitsstelle angeführt habe, offensichtlich unrichtig. Dabei beruft sich der Beschwerdeführer auf seine Ausführungen vor dem Arbeitsgericht und macht geltend, er habe sich um eine neue Arbeitsstelle bemüht bzw. seine Tätigkeiten im Zeitraum von März bis Ende Juli 2009 hätten darauf gezielt, «im Markt zu bleiben». Diese Behauptung sei vor erster Instanz unbestritten geblieben und hätte auch vor Obergericht als anerkannt zu gelten.

4.3 Mit seiner Sachverhaltsrüge vermag der Beschwerdeführer keine Willkür auszuweisen. Seine allgemeine Behauptung, er sei auf der Suche nach einer neuen Arbeitsstelle gewesen, kann ohne in Willkür zu verfallen nicht als hinreichende Substanziierung konkreter Bemühungen um eine neue Arbeitsstelle angesehen werden. Nachdem die Beschwerdegegnerin im Übrigen die Abgeltung der Ferien beim Obergericht angefochten hat, kann sich der Beschwerdeführer nicht darauf beschränken, auf die entsprechenden Ausführungen der ersten Instanz zu verweisen. Er hätte konkret darlegen müssen, worin seine Bemühungen im Einzelnen bestanden haben, was er weder vor erster noch vor zweiter Instanz getan hat, wie dies die Vorinstanz willkürfrei angenommen hat.

4.4 Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist der Zweck der Ferien 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. Das Abgeltungsverbot ist gemäss Art. 361 OR absolut zwingend. Daher müssen die Ferien auch während der Kündigungsfrist grundsätzlich in natura bezogen werden. Eine Ausnahme vom Abgeltungsverbot gilt nur, wenn der Bezug der Ferien in der bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses verbleibenden Zeit nicht möglich oder zumutbar ist. Der Arbeitnehmer muss jedenfalls in dieser Zeit die Möglichkeit haben, nach einer neuen Stelle zu suchen, denn Art. 329 Abs. 3 OR bestimmt, dass dem Arbeitnehmer nach erfolgter Kündigung die für das Aufsuchen einer anderen Arbeitsstelle erforderliche Zeit zu gewähren ist (vgl. BGE 128 III 271 E. 4 a/aa S. 280 f.).

Da die Suche nach einer neuen Arbeitsstelle mit dem Erholungszweck der Ferien grundsätzlich unvereinbar ist, muss im Einzelfall in Betrachtung der Gesamtumstände geprüft werden, wie es sich mit dem vom Arbeitgeber angeordneten Ferienbezug während der Kündigungsfrist verhält. Dabei muss auf die Dauer der Kündigungsfrist, die Arbeitsmarktlage, das verbleibende Ferienguthaben und die persönlichen Voraussetzungen des Arbeitnehmers, wie sein Alter oder seine beruflichen Fähigkeiten Rücksicht genommen werden (Urteil 4C.84/2002 vom 22. Oktober 2002 E. 3.2.1; vgl. auch ERIC CEROTTINI, *Le droit aux vacances*, Diss. Lausanne

2001, S. 298; ALFRED BLES, Die Freistellung des Arbeitnehmers, 2. Aufl. 2010, S. 164 f.).

4.5 Die Vorinstanz hat zu Recht erwogen, dass die Beschwerdegegnerin den Beschwerdeführer nicht freigestellt hat, sondern ihm bis zum Ablauf seiner sechsmonatigen Kündigungsfrist den Bezug seines Ferienguthabens angeordnet hat. Dem Beschwerdeführer wurde im Ferienplan – bis auf ein paar wenige Arbeitstage – Tag für Tag Ferien zugewiesen; es wurde genau bestimmt, wann er seine Ferien zu beziehen habe.

Die Anordnung von Ferien während der Kündigungsfrist ist dann zulässig, wenn der Bezug der Ferien während dieser Zeit möglich und zumutbar ist (vgl. E. 4.4 hievor). Nach den verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz hat kein Grund vorgelegen, dass sich der Beschwerdeführer über die Ferienanordnung der Beschwerdegegnerin hätte hinwegsetzen müssen. Er sei von seinen Verpflichtungen gegenüber der Beschwerdegegnerin entbunden gewesen und habe demnach bis auf ein paar wenige Tage keine Arbeitsleistung mehr erbringen müssen. Der Beschwerdeführer bringt nicht vor, dass der Ferienplan seitens der Beschwerdegegnerin nicht eingehalten worden wäre oder dass man ihn während seinen Ferien zur Arbeit gezwungen hätte; demnach war der Ferienbezug während der Kündigungsfrist für den Beschwerdeführer durchaus möglich.

Der Beschwerdeführer macht auch nicht geltend, dass ihm der angeordnete Ferienbezug keine Erholung gebracht hätte oder dass der Erholungszweck der Ferien durch den Ferienplan vereitelt worden wäre. Aus seinen Ausführungen geht nicht hervor, inwiefern der Ferienbezug während der Kündigungsfrist für ihn unzumutbar gewesen wäre; im Gegenteil, er bringt sogar selber vor, dass es ihm im Juli 2009 möglich gewesen sei, drei Wochen ununterbrochen Ferien zu beziehen. Der Beschwerdeführer beschränkt seine Rüge einzig auf die Tatsache, dass man ihm keinen Tag zur Stellensuche gewährt habe. Es steht jedoch nach den verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz fest, dass er sich während der Kündigungsfrist nicht konkret um eine neue Stelle bemüht hat, was aufgrund seines Alters im Kündigungszeitpunkt von 63,5 Jahren auch plausibel erscheint.

4.6 Mit der Vorinstanz ist davon auszugehen, dass es der Beschwerdeführer erheblich mitzuvertreten hat, dass sein Feriensaldo auf 119,5 Tage angewachsen ist. Er hat es als ehemaliger Geschäftsführer der Beschwerdegegnerin selber in der Hand gehabt, wann er seine Ferien während der Anstellungsdauer hat beziehen wollen; es erscheint nahezu missbräuchlich, wenn der Beschwerdeführer vorbringt, man hätte ihm – als Geschäftsführer – den Ferienbezug während des laufenden Dienstjahres vorschreiben sollen.

Angesichts der sechsmonatigen Kündigungsfrist des Beschwerdeführers war der Bezug der angeordneten Ferien während dieser Zeit durchaus möglich und zumutbar. Die Vorinstanz hat keine Bundesrechtsverletzung begangen, indem sie 98,5 Tage als angeordneten Ferienbezug berücksichtigt hat.

*Bundesgericht, Urteil vom 12. September 2012, Doss.-Nr. 4D_49/2012
(Nichteintreten auf die Beschwerde gegen das Urteil des Obergerichts
des Kantons Aargau vom 4. April 2012)*

Nach Art. 51 Abs. 1 lit. a BGG bestimmt sich der Streitwert bei Beschwerden gegen Endentscheide nach den Begehren, die vor der Vorinstanz streitig geblieben waren. Wurden dem Arbeitnehmer im erstinstanzlichen Urteil Fr. 17 185.90 zugesprochen, womit der Streitwert von Fr. 15 000.– gemäss Art. 74 Abs. 1 lit. a BGG für die zu beurteilende arbeitsrechtliche Streitigkeit erreicht worden wäre, erklärte sich der Arbeitgeber in seinem Rechtsbegehren vor der Vorinstanz aber bereit, Fr. 4502.65 zu bezahlen, womit im Appellationsverfahren einzig noch der Betrag von Fr. 12 683.25 im Streit lag, ist die Streitwertgrenze von Fr. 15 000.– nicht mehr erreicht. Auch stellt sich betreffend die Frage der Kompensation von Überstunden während der Freistellungszeit keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung, womit gemäss Art. 74 Abs. 2 lit. a BGG die Beschwerde in Zivilsachen unabhängig vom Streitwert zulässig wäre (E. 1).

Sachverhalt:

Y. (Beschwerdegegner 1) arbeitete ab dem 29. September 2008 im Betrieb von X. (Beschwerdeführer). Dieser kündigte das Arbeitsverhältnis am 15. Juni 2009 auf den 31. Juli 2009 und stellte den Beschwerdegegner 1 per sofort frei.

Mit Teilklage vom 6. Oktober 2009 beantragte der Beschwerdegegner 1 dem Arbeitsgericht Brugg, den Beschwerdeführer zu verpflichten, ihm Fr. 19 900.– nebst Zins zu bezahlen und ein Arbeitszeugnis auszustellen. Dem Verfahren trat die Öffentliche Arbeitslosenkasse des Kantons Solothurn (Beschwerdegegnerin 2) bei. Sie verlangte, ihr zufolge Subrogation vom eingeklagten Betrag Fr. 6109.70 direkt zuzusprechen. Das Arbeitsgericht hiess die Klage am 12. August 2010 teilweise gut und verpflichtete den Beschwerdeführer, dem Beschwerdegegner 1 Fr. 17 185.90 nebst Zins zu bezahlen und ihm ein Arbeitszeugnis bestimmten Inhalts auszustellen. Das Begehren der Arbeitslosenkasse wies es ab. Gegen dieses Urteil appellierte der Beschwerdeführer, im Wesentlichen mit dem Antrag, dem Beschwerdegegner 1 lediglich Fr. 4502.65 brutto zu bezahlen. Das Obergericht des Kantons Aargau wies die Appellation am 4. April 2012 ab. Der Beschwerdeführer beantragt dem Bundesgericht mit Beschwerde in Zivilsachen die Aufhebung des Urteils des Obergerichts.

Aus den Erwägungen:

1.

Nach Art. 51 Abs. 1 lit. a BGG bestimmt sich der Streitwert bei Beschwerden gegen Endentscheide nach dem Begehren, die vor der Vorinstanz streitig geblieben waren. Dies verkennt der Beschwerdeführer, wenn er unter Berufung auf das erstinstanzliche Urteil, mit welchem dem Beschwerdegegner 1 Fr. 17 185.90 nebst Zins zugesprochen wurde, behauptet, der Streitwert von Fr. 15 000.– gemäss Art. 74 Abs. 1 lit. a BGG werde für die zu beurteilende arbeitsrechtliche Streitigkeit erreicht. Er lässt dabei ausser Acht, dass er sich in seinem Rechtsbegehren vor der Vorinstanz bereit erklärt hat, Fr. 4502.65 zu bezahlen, womit im Appellationsverfahren einzig noch der Betrag von Fr. 12 683.25 im Streite lag, wie die Vorinstanz angab. Damit wird die Streitwertgrenze von Fr. 15 000.– nicht erreicht.

1.1 Der Beschwerdeführer macht allerdings geltend, das Bundesgericht habe sich zur Frage der Kompensation von Überstunden während der Freistellungszeit bisher nicht geäußert. Sollte er damit sinngemäss geltend machen wollen, es stelle sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung, womit die Beschwerde in Zivilsachen unabhängig vom Streitwert zulässig wäre (Art. 74 Abs. 2 lit. a BGG), genügen seine Vorbringen den Anforderungen an die Begründung, weshalb der Frage grundsätzliche Bedeutung zukommen sollte (Art. 42 Abs. 2 zweiter Satz BGG), nicht. Er zeigt nicht auf, dass sich die aufgeworfene Frage durch die Anwendung der Grundsätze der Rechtsprechung auf den konkreten Fall nicht beantworten liesse (BGE 135 III 1 E. 1.3 S. 4; 134 III 115 E. 1.2 S. 117). Vielmehr zieht er selbst die Rechtsprechung zur Frage der Verrechnung nicht bezogener Ferien mit Freistellungszeit (BGE 128 III 271 E. 4) heran. Zwar erwähnt er, die Erwägung des Bundesgerichts zum Zweck der Ferien (Erholung) treffe nur teilweise auf die Abgeltung der Überstunden durch Freizeit zu. Er beruft sich aber selbst auf Art. 24 Abs. 4 GAV Metzgergewerbe, wonach die Kompensation der Überstunden durch Freizeit von gleicher Dauer nur dann der Bezahlung zu weichen habe, wenn die Kompensation nicht möglich sei. Damit stellt er selbst die Analogie zur Abgeltungsregel betreffend Ferien (Art. 329d Abs. 2 OR) her. Er selbst gewinnt die Lösung durch Anwendung der Rechtsprechung auf den Einzelfall und zeigt nicht auf, dass eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung zur Debatte steht.

1.2 Die Beschwerde in Zivilsachen steht damit nicht offen. Zu prüfen bleibt, ob die Beschwerde als subsidiäre Verfassungsbeschwerde entgegengenommen werden kann (Art. 113 BGG). Mit dieser kann allerdings nur die Verletzung von verfassungsmässigen Rechten gerügt werden (Art. 116 BGG). Das Bundesgericht prüft demnach grundsätzlich nicht, ob die Vorinstanz Bundesrecht korrekt angewendet hat. Zulässig ist allerdings der Vorwurf, die Rechtsanwendung verletzte das Willkürverbot nach Art. 9 BV. Der Beschwerdeführer muss aber angeben, welches verfassungsmässige Recht verletzt wurde und substantiiert darlegen, worin die Verletzung

besteht (BGE 134 V 138 E. 2.1 S. 143; 133 III 439 E. 3.2 S. 444 mit Hinweis). Das Bundesgericht kann die Verletzung eines verfassungsmässigen Rechts nur insofern prüfen, als eine solche Rüge in der Beschwerde präzise vorgebracht und begründet worden ist (Art. 117 i.V.m. Art. 106 Abs. 2 BGG).

1.3 Eine derartige Rüge findet sich jedoch in der Beschwerdeschrift nicht.

1.3.1 Willkürlich ist ein Entscheid nach konstanter Rechtsprechung nicht schon dann, wenn eine andere Lösung ebenfalls vertretbar erscheint oder gar vorzuziehen wäre. Das Bundesgericht hebt einen kantonalen Entscheid wegen Willkür vielmehr nur auf, wenn er offensichtlich unhaltbar ist, mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft. Dabei genügt es nicht, wenn sich nur die Begründung des angefochtenen Entscheides als unhaltbar erweist. Eine Aufhebung rechtfertigt sich nur dann, wenn der Entscheid auch im Ergebnis verfassungswidrig ist (BGE 136 I 316 E. 2.2.2 S. 318 f.; 129 I 8 E. 2.1 S. 9; je mit Hinweisen).

1.3.2 Der Beschwerdeführer vertritt im Wesentlichen die Meinung, analog zur Ferienkompensation seien zufolge der erwähnten GAV-Regel Überstunden auch ohne klare Anweisung des Arbeitgebers mit der durch die Freistellung gewonnenen Freizeit auszugleichen. Damit nennt der Beschwerdeführer Umstände, die seine Rechtsauffassung stützen sollen. Dies genügt indessen nicht, um die davon abweichende Auffassung der Vorinstanz als offensichtlich unhaltbar auszuweisen. Ebenso wenig legt er dar, dass die Vorinstanz bei der Feststellung des Sachverhalts in Willkür verfallen wäre. Unter diesen Umständen kommt eine Konversion des Rechtsmittels nicht in Frage.

2.

Nach dem Gesagten ist auf die Beschwerde nicht einzutreten.

Tribunal fédéral, Arrêt du 20 septembre 2012, Doss.-N° 4A_391/2012 (Annulation du l'arrêt rendu le 2 mai 2012 par la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal du canton de Vaud), in: ATF 138 III 615

Art. 145 sowie 209 Abs. 3 und 4 ZPO. Die Frist zur Klageeinreichung beim Gericht nach Erteilung der Klagebewilligung steht während der Gerichtsferien still (E. 2).

Art. 145 et 209 al. 3 et 4 CPC. Les délais pour ouvrir action devant le tribunal ensuite de la délivrance d'une autorisation de procéder sont suspendus pendant les fêtes (consid. 2).

Faits:

A.

Dans le cadre de la résiliation litigieuse d'un contrat de bail portant sur un appartement sis dans le canton de Vaud, la Commission de conciliation en matière de baux à loyer a soumis aux parties une proposition de jugement que la locataire a rejetée.

Par acte du 30 novembre 2011 notifié le 1^{er} décembre 2011, l'autorité de conciliation a délivré une autorisation de procéder à la locataire. La décision écrite contenait notamment le passage suivant en caractères gras: la locataire «est en droit de porter l'action devant le Tribunal des baux dans un délai de trente jours à compter de la délivrance de la présente autorisation. Ce délai n'est pas suspendu par les fêtes (art. 145 al. 1 à 3 CPC)».

B.

Le 16 janvier 2012, la locataire a ouvert action devant le Tribunal des baux du canton de Vaud, concluant notamment à l'annulation de la résiliation, à la nullité du loyer et à la fixation d'un nouveau loyer initial. Par décision du 31 janvier 2012, le Tribunal a déclaré la demande irrecevable pour cause de tardiveté.

Le 24 février 2012, la locataire a interjeté appel, concluant à ce que sa demande du 16 janvier 2012 soit déclarée recevable. Statuant par arrêt du 2 mai 2012, la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal vaudois a confirmé la décision d'irrecevabilité; elle a jugé que durant les fêtes (art. 145 al. 1 CPC [RS 272]), le délai pour ouvrir action ensuite de la délivrance d'une autorisation de procéder après tentative de conciliation n'était pas suspendu (art. 145 al. 2 let. a et art. 209 al. 4 CPC).

C.

La locataire (ci-après: la recourante) a saisi le Tribunal fédéral d'un recours en matière civile, concluant à ce que sa demande du 16 janvier 2012 soit déclarée recevable. La bailleresse (ci-après: l'intimée) a déclaré se rallier à l'arrêt attaqué.

Par arrêt du 20 septembre 2012, le Tribunal fédéral a admis le recours, annulé l'arrêt attaqué et renvoyé la cause à l'autorité précédente pour suite de la procédure.

Extrait des considérants:

2.

La question à juger est celle de savoir si l'art. 145 al. 2 let. a CPC s'applique aux délais prévus par l'art. 209 CPC.

2.1 L'art. 209 CPC figure dans la deuxième partie du CPC traitant des «dispositions spéciales»; il se trouve, sous le titre «conciliation», dans le chapitre 3 intitulé «conciliation et autorisation de procéder», qui suit le chapitre 2 relatif à la «procédure de conciliation». L'art. 209 CPC traite de l'autorisation de procéder, délivrée lorsque la tentative de conciliation

n'aboutit pas. A teneur de l'art. 209 al. 3 CPC, le demandeur est en droit de porter l'action devant le tribunal dans un délai de trois mois à compter de la délivrance de l'autorisation de procéder; l'art. 209 al. 4 CPC réduit ce délai à trente jours notamment pour les litiges relatifs aux baux à loyer.

L'art. 145 CPC, qui ressortit aux «dispositions générales» du code (partie 1), figure dans le chapitre relatif aux délais. Selon l'art. 145 al. 1 CPC, les délais légaux et les délais fixés judiciairement ne courent pas durant les fêtes; l'art. 145 al. 2 let. a CPC précise toutefois que la suspension des délais ne s'applique pas «à la procédure de conciliation».

2.2 Les auteurs sont majoritairement d'avis que la suspension s'applique aux délais de l'art. 209 CPC. Ils soutiennent que ces délais courent dès la notification de l'autorisation de procéder, c'est-à-dire à un moment où la procédure de conciliation est terminée; ils ne feraient ainsi pas partie de la procédure de conciliation (THOMAS SUTTER-SOMM, *Das Schlichtungsverfahren der ZPO: Ausgewählte Problempunkte*, RSPC 2012 p. 82 s.; BARBARA MERZ, n° 13 ad art. 145 CPC, et URS EGLI, n° 21 ad art. 209 CPC, in *Schweizerische Zivilprozessordnung ZPO, Kommentar*, Brunner/Gasser/Schwander [éd.], 2011; FRANÇOIS BOHNET, in CPC, *Code de procédure civile commenté*, 2011, n° 15 ad art. 209 CPC; JURIJ BENN, n° 6 ad art. 145 CPC, et DOMINIK INFANGER, n° 21 et 25 ad art. 209 CPC, in *Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung*, 2010; GASSER/RICKL, *Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], Kurzkomentar*, 2010, n° 5 ad art. 209 CPC; URS H. HOFFMANN-NOWOTNY, in *ZPO, Kurzkomentar*, Oberhammer [éd.], 2010, n° 8 ad art. 145 CPC; *Le droit suisse du bail à loyer*, Commentaire, adaptation française de Burkhalter/Martinez-Favre, 2011, p. 767; BASTIEN SANDOZ, *La conciliation*, in *Procédure civile suisse – Les grands thèmes pour le praticien*, 2010, p. 84 n. 80; DAVID LACHAT, *Procédure civile en matière de baux et loyers*, 2011, p. 109 n. 10.10; JACQUES HALDY, *Les procédures spéciales*, in *Le Code de procédure civile – Aspects choisis*, 2011, p. 135).

D'autres auteurs, certains non sans hésitations, sont d'avis que la suspension ne s'applique pas. Ils se fondent sur le fait que l'art. 209 CPC se trouve dans le titre consacré à la conciliation et que les délais prévus dans cette disposition doivent dès lors être considérés comme faisant partie de la procédure de conciliation; ils relèvent aussi que cette solution est conforme au but du législateur de ne pas retarder à l'excès la procédure au fond (TAPPY/NOVIER, *La procédure de conciliation et la médiation dans le CPC*, in *Il Codice di diritto processuale civile svizzero*, 2011, p. 137; DENIS TAPPY, in CPC, *Code de procédure civile commenté*, 2011, n° 14 ad art. 145 CPC; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, *Schweizerisches Zivilprozessrecht*, 2010, p. 205 n. 8.63; JÖRG HONEGGER, in *Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO]*, Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [éd.], 2010, n° 10 ad art. 209 CPC). La Cour d'appel relève en outre que dans un article à paraître, un auteur (KATIA ELKAIM) ferait en substance observer que les seuls délais mentionnés dans le chapitre 2 con-

sacré à la procédure de conciliation sont des délais d'ordre (art. 203 al. 1 et al. 4 CPC), de sorte que l'art. 145 al. 2 let. a CPC serait dépourvu de portée pratique si l'on devait considérer, avec la doctrine majoritaire, que cette disposition vise uniquement la procédure de conciliation au sens étroit (publication désormais parue: cf. KATIA ELKAIM-LEVY, Premières expériences avec le nouveau code de procédure civile, *Le point de vue du magistrat*, in *Nouvelle procédure civile et espace judiciaire européen*, 2012, p. 35).

2.3 L'art. 145 al. 2 let. a CPC exclut la suspension des délais dans le cadre de la «procédure de conciliation» (Schlichtungsverfahren, procedura di conciliazione). Cette même notion de «procédure de conciliation» (Schlichtungsverfahren, procedura) forme l'intitulé du chapitre englobant les art. 202 à 207 CPC; ces dispositions règlent la procédure de conciliation proprement dite. Le chapitre suivant, intitulé «conciliation et autorisation de procéder» (Einigung und Klagebewilligung, intesa e autorizzazione ad agire), précise à l'art. 208 CPC, sous l'intitulé «conciliation» (Einigung, avvenuta conciliazione), la suite de la procédure en cas d'aboutissement de la conciliation, respectivement à l'art. 209 CPC, sous l'intitulé «autorisation de procéder» (Klagebewilligung, autorizzazione ad agire), la suite de la procédure en cas d'échec de la conciliation. L'art. 209 CPC se trouve ainsi dans un chapitre de la loi qui ne règle pas la procédure de conciliation, mais en précise les suites. Il n'y a aucune raison de considérer que la notion de «procédure de conciliation» n'aurait pas la même portée à l'art. 145 al. 2 let. a CPC que dans l'intitulé du chapitre englobant les art. 202 à 207 CPC; tel semble aussi avoir été l'avis des experts ayant rédigé l'avant-projet (voir ci-après).

Le délai de l'art. 209 CPC commence à courir avec la notification de l'autorisation de procéder, à savoir à un moment où il n'y a plus de procédure de conciliation en cours. Ce délai, à fortiori, s'écoule alors que cette procédure est close et l'autorité de conciliation dessaisie. On ne saurait dès lors admettre sans autre qu'il est un élément de la procédure de conciliation.

La consultation des travaux législatifs n'appelle pas une autre conclusion. L'avant-projet des experts de juin 2003 incluait déjà l'équivalent de l'actuel art. 145 al. 2 let. a CPC, en ce sens que les règles sur les fêtes ne devaient pas s'appliquer à la «procédure de conciliation» (cf. art. 138 al. 2 let. a AP-CPC). Après la délivrance de l'autorisation de procéder, le demandeur disposait d'un délai de deux mois pour porter l'action devant le tribunal; il était expressément précisé que ce «délai ne peut pas être suspendu» («diese Frist kann nicht stillstehen»; art. 202 al. 3 phrase 2 AP-CPC). Le rapport explicatif soulignait qu'il n'était pas question d'accorder un délai plus long, car il s'agissait de favoriser la rapidité de la procédure (Rapport accompagnant l'avant-projet de la commission d'experts, juin 2003, p. 100 ad art. 202, accessible sur le site internet de l'Office fédéral

de la justice [www.ejpd.admin.ch], en sélectionnant les rubriques Thèmes/Etat & Citoyen/Législation/Projets terminés).

Toutefois, dans le cadre de la procédure de consultation, d'aucuns ont préconisé de porter ce délai à trois mois, respectivement de suspendre le délai pendant les fêtes (cf. Classement des réponses à la procédure de consultation, 2004, p. 526 ss ad art. 202). Dans son projet, le Conseil fédéral a augmenté le délai à trois mois et a supprimé la clause qui excluait toute suspension du délai (FF 2006 7019, 7064, art. 206 al. 3 du projet). Il a simplement précisé que la raison d'être du délai était d'éviter que le défendeur ne reste pendant une période indéterminée sans savoir si la procédure allait se poursuivre ou non (Message du 28 juin 2006 relatif au code de procédure civile suisse [CPC], FF 2006 6841, 6941 ch. 5.13 ad art. 206).

Au vu de ce qui précède, la volonté de ne pas retarder la procédure doit être relativisée. Les fêtes peuvent prolonger le délai ordinaire d'un mois supplémentaire au maximum (cf. art. 145 al. 1 let. b CPC), ce qui ne paraît pas aller à l'encontre du but de la loi. Dans cette mesure, l'intérêt du défendeur à être fixé sur la poursuite du litige peut céder le pas face à l'intérêt du demandeur à ne pas devoir déposer une demande pendant les fêtes, sachant par ailleurs que si cette écriture devait être produite dans le délai non suspendu de l'art. 209 CPC, la procédure judiciaire n'en serait pas moins ralentie par les fêtes (cf. SUTTER-SOMM, *Schweizerisches Zivilprozessrecht*, 2^e éd. 2012, p. 187 n. 750; EGLI, op.cit., n° 21 ad art. 209 CPC; KARIN FISCHER, *Vom Friedensrichteramt zur Schlichtungsbehörde*, 2008, p. 62, à propos de l'ancienne procédure zurichoise). Et si la suspension s'applique au délai ordinaire de trois mois, il en va nécessairement de même pour le délai plus court concernant les litiges en matière de bail (art. 209 al. 4 CPC). Une différenciation entre les divers délais de l'art. 209 CPC n'entre pas en ligne de compte, d'autant moins que le délai de 30 jours de l'alinéa 4 n'a été introduit qu'au cours des débats devant le parlement (BO 2008 CN 956–958, CE 728). L'on ne saurait dès lors accorder une importance particulière au fait que, sous l'ancien droit, le délai de 30 jours imparti par le droit fédéral (ancien art. 274f al. 1 CO; RO 1990 822) pour saisir le juge après un acte de non-conciliation dans un litige de bail à loyer n'était pas suspendu par les fêtes du droit cantonal (cf. ATF 123 III 67 consid. 2). Au demeurant, la Conseillère nationale et avocate ANITA THANEI, qui a oeuvré pour maintenir une réglementation semblable aux anciens art. 274 ss CO (cf. BO 2008 CN 957), admet elle-même que le délai de 30 jours de l'art. 209 al. 4 CPC est suspendu pendant les fêtes (THANEI, *Auswirkungen der neuen Schweizerischen Zivilprozessordnung auf die mietrechtlichen Verfahren, insbesondere auf das Schlichtungsverfahren*, mp 2009 p. 189 s.).

Enfin, même si le fait de restreindre l'application de l'art. 145 al. 2 let. a CPC à la procédure de conciliation proprement dite (art. 202–207 CPC) avait pour conséquence qu'aucun délai légal impératif ne tombe sous le coup de cette disposition, elle n'en serait pas pour autant dépourvue de

portée. Car elle s'applique aux délais fixés aux parties par l'autorité de conciliation (cf. p.ex. art. 202 al. 4 CPC) et aux délais à tenir par l'autorité elle-même. L'objection est, pour ce motif déjà, infondée.

2.4 En résumé, il y a lieu de retenir que les délais pour ouvrir action ensuite de la délivrance d'une autorisation de procéder (art. 209 al. 3 et al. 4 CPC) sont suspendus pendant les fêtes (art. 145 al. 1 CPC).

Tribunal fédéral, Arrêt du 16 octobre 2012, Doss.-N° 4A_292/2012 (Rejet du recours contre l'arrêt de la Chambre des prud'hommes de la Cour de justice du canton de Genève du 12 avril 2012), in: ATF 138 III 750

Von einem ausländischen Staat im Dienst des Chefs einer ständigen Mission beschäftigte ausländische Hausangestellte; Garantieerklärung des Arbeitgebers gegenüber der Schweiz; Rechtswahl zugunsten des ausländischen Rechts (Art. 342 Abs. 2 OR; Art. 18 IPRG).

Durch die Unterzeichnung der Garantieerklärung hat sich der ausländische Staat gegenüber der Schweiz verpflichtet, die Lohn- und Arbeitsbedingungen einzuhalten, die auf eine in Genf arbeitende Hausangestellte anwendbar sind. Diese öffentlichrechtliche Verpflichtung hat gemäss Art. 342 Abs. 2 OR zivilrechtliche Wirkungen, indem sich die Hausangestellte vor dem Zivilgericht auf sie berufen kann (E. 2.3 und 2.4). Da Art. 342 Abs. 2 OR eine unmittelbar anwendbare Bestimmung im Sinne von Art. 18 IPRG ist, tritt das von den Parteien gewählte ausländische Recht gegenüber dem anwendbaren schweizerischen Recht zurück (E. 2.5).

Employée de maison étrangère engagée par un Etat étranger au service du chef d'une Mission permanente; déclaration de garantie de l'employeur envers la Suisse; élection de droit en faveur du droit étranger (art. 342 al. 2 CO; art. 18 LDIP).

En signant la déclaration de garantie, l'Etat étranger s'est engagé envers la Suisse à respecter les conditions de salaire et de travail applicables à une domestique travaillant à Genève. En vertu de l'art. 342 al. 2 CO, cette obligation de droit public a des effets de droit civil en ce sens que l'employée de maison peut s'en prévaloir devant le juge civil (consid. 2.3 et 2.4). Comme l'art. 342 al. 2 CO est une disposition d'application immédiate au sens de l'art. 18 LDIP, le droit étranger choisi par les parties doit céder le pas au droit suisse applicable (consid. 2.5).

Extrait des considérants:

2.

2.3 L'art. 342 al. 2 CO autorise une partie à un contrat de travail à agir civilement afin d'obtenir l'exécution d'une obligation de droit public

imposée à son cocontractant par des dispositions fédérales ou cantonales sur le travail et susceptible d'être l'objet d'un contrat individuel de travail. L'obligation de droit public peut résulter directement d'une norme générale et abstraite, mais elle peut également être fondée sur une décision (ATF 135 III 162 consid. 3.2.1 p. 166).

Dans le domaine du droit des étrangers ordinaire, le Tribunal fédéral a appliqué l'art. 342 al. 2 CO en rapport avec l'art. 9 al. 1 de l'ordonnance du 6 octobre 1986 limitant le nombre des étrangers (OLE, en vigueur jusqu'au 31 décembre 2007; cf. actuellement art. 22 LETr [RS 142.20] et art. 22 de l'ordonnance du 24 octobre 2007 relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative [OASA; RS 142.201]), disposition qui soumettait l'autorisation nécessaire pour exercer une activité lucrative, notamment, à la garantie que le travailleur bénéficie des conditions de rémunération usuelles dans la localité et la profession en question. Il a ainsi admis qu'une fois l'autorisation délivrée, l'employeur est tenu, en vertu d'une obligation de droit public, de respecter les conditions qui l'assortissent, en particulier le salaire approuvé par l'autorité administrative; le travailleur dispose alors d'une prétention qu'il peut exercer devant les juridictions civiles, le juge civil étant lié par les conditions de rémunération fixées dans l'autorisation délivrée pour un emploi donné (ATF 122 III 110 consid. 4d p. 114/115; ATF 129 III 618 consid. 5.1 p. 621/622 et consid. 6.1 p. 623).

Plus récemment, le Tribunal fédéral a eu à trancher le cas d'une domestique privée étrangère travaillant à Genève au service d'une diplomate auprès d'une mission permanente (ATF 135 III 162). La procédure permettant à l'employée de maison de travailler en Suisse n'était pas régie par le droit des étrangers ordinaire, mais impliquait l'octroi par le DFAE d'une carte de légitimation, valant à la fois titre de séjour et autorisation de travail dans un domaine délimité. Pour obtenir la carte de légitimation «F» en faveur de son employée de maison, l'employeuse avait remis aux autorités suisses notamment une déclaration de garantie, dans laquelle elle confirmait avoir pris connaissance des dispositions de la directive du 1^{er} mai 1998 du DFAE sur l'engagement des domestiques privés par les fonctionnaires internationaux, alors applicable; l'une des conditions posées par la dite directive était de travailler à plein temps pour un seul et même employeur. Le Tribunal fédéral en a déduit que l'employeuse, en signant la déclaration de garantie, s'était obligée envers les autorités suisses à engager à plein temps la domestique et que celle-ci pouvait se prévaloir de cette obligation de droit public devant le juge civil en vertu de l'art. 342 al. 2 CO (consid. 3.2.2 p. 168).

2.4 Le cas présent présente de larges similitudes avec l'affaire ayant fait l'objet de l'ATF 135 III 162. A l'instar de la domestique partie à cette dernière procédure, l'intimée ne travaillait pas à la Mission permanente, mais comme employée de maison à la résidence privée de l'Ambassadeur. Certes, comme elle avait conclu le contrat de travail avec l'Etat recourant,

elle n'était pas une «domestique privée», engagée par un membre du personnel de la mission permanente et bénéficiant à ce titre d'une carte de légitimation de type «F» (cf. ch. 1.2 de la directive du DFAE sur l'engagement des domestiques privés par les membres du personnel des missions diplomatiques, des missions permanentes, des postes consulaires et des organisations internationales en Suisse, en vigueur jusqu'au 30 juin 2011 [ci-après: directive sur les domestiques privés]; actuellement, art. 2 al. 1 et 2 de l'ordonnance du 6 juin 2011 sur les conditions d'entrée, de séjour et de travail des domestiques privés des personnes bénéficiaires de privilèges, d'immunités et de facilités [ordonnance sur les domestiques privés, ODPr; RS 192.126]). Titulaire d'une carte de légitimation de type «E» et engagée sur la base d'un contrat de droit privé, l'intimée n'était pas non plus un membre du «personnel de service», employé de carrière de l'Etat recourant sur la base du droit public de cet Etat, mais un membre du «personnel local», soumis à la directive CD 3 du 1^{er} avril 1987 de la Mission permanente de la Suisse relative au recrutement du personnel administratif et technique ainsi que du personnel de service par les Missions permanentes (cf. ch. 1.3 et 1.4 de la directive sur les domestiques privés; actuellement, art. 3 al. 2 ODPr et art. 5 de l'ordonnance du 7 décembre 2007 relative à la loi fédérale sur les privilèges, les immunités et les facilités, ainsi que sur les aides financières accordés par la Suisse en tant qu'Etat hôte [ordonnance sur l'Etat hôte, OLEH; RS 192.121]).

Cependant, plus que le statut accordé à l'intimée, c'est la procédure suivie pour que la gouvernante puisse venir travailler légalement en Suisse qui est déterminante. A cet égard, il ressort de l'état de fait cantonal que l'Etat recourant, par sa Mission permanente, a fourni à la Mission suisse à Genève trois formules, dont la déclaration de garantie de l'employeur. Le dépôt de ces documents a permis la délivrance à l'intimée du visa pour prise d'activité lucrative en Suisse, puis de la carte de légitimation de type «E», celle-ci valant à la fois titre de séjour et autorisation de travail (cf. ATF 135 III 162 consid. 3.2.2 p. 167). Il s'avère ainsi que la déclaration de garantie était nécessaire pour que l'intimée obtienne l'autorisation de travailler en Suisse. Or, cette déclaration de l'employeur comprend en particulier l'engagement de traiter l'employé aux conditions de rémunération et de travail en usage dans la localité et la profession concernées. Force est dès lors de conclure que, comme dans le cas envisagé dans l'ATF 135 III 162, l'employeur a, en signant la déclaration de garantie, souscrit à une obligation de droit public envers les autorités suisses.

Les conditions de rémunération et de travail que l'Etat recourant s'est engagé à respecter comprennent en tout cas celles résultant de dispositions impératives de la loi suisse applicable. En l'espèce, fondé sur l'art. 360a al. 1 CO entré en vigueur le 1^{er} juin 2004, le canton de Genève a déclaré impératifs, à partir du 3 mai 2005, les salaires minimaux figurant dans le contrat-type de travail genevois du 30 mars 2004 pour les travailleurs de

l'économie domestique à temps complet et à temps partiel, en vigueur jusqu'au 31 décembre 2011 (ci-après: CTT; cf. modifications du CTT du 1^{er} mars 2005 et du 13 mars 2007). Par ailleurs, l'art. 329a al. 1 CO, auquel il ne peut être dérogé en défaveur du travailleur (cf. art. 362 al. 1 CO), prévoit une durée minimale de vacances de quatre semaines par année de service pour les travailleurs âgés de plus de 20 ans. Enfin, un délai de congé inférieur à un mois ne pouvait être convenu entre les parties (cf. art. 335c al. 2 2^e phrase CO).

2.5 A ce stade du raisonnement, il apparaît, a priori, que l'employée de maison dispose d'une prétention de droit privé, déduite de l'art. 342 al. 2 CO, lui permettant d'obtenir l'exécution de l'obligation de droit public à la charge de l'employeur (cf. ATF 135 III 162 consid. 3.2.2 in fine p. 169). Il faut relever toutefois que les parties ont convenu d'une élection de droit en faveur du droit chilien. Il se pose dès lors la question de savoir si, sur les trois points en jeu (montant du salaire, durée des vacances et délai de congé), le droit suisse trouve tout de même à s'appliquer.

Le droit étranger choisi par les parties peut être mis à l'écart lorsque des lois suisses dites d'application immédiate doivent être prises en compte (art. 18 LDIP [RS 291]; aspect dit positif de l'ordre public suisse). Ces normes sont, en règle générale, des dispositions impératives qui répondent le plus souvent à des intérêts essentiels d'ordre social, politique ou économique (ATF 136 III 23 consid. 6.6.1 p. 35; ATF 135 III 614 consid. 4.2. p. 617); elles ont été édictées dans l'intérêt public de telle sorte que leur application de préférence au droit étranger désigné par la règle de conflit s'impose dans l'intérêt public pour autant qu'il existe un rapport suffisamment étroit avec la Suisse. Les lois d'application immédiate excluent l'application du droit étranger indépendamment du résultat auquel ledit droit aurait abouti (ATF 136 III 23 consid. 6.6.1 p. 35 et les arrêts cités).

En soumettant la délivrance de l'autorisation de travail à l'exigence que l'employeur s'engage à respecter les conditions de rémunération et de travail valables dans le lieu et la profession en cause, la Suisse poursuit un intérêt public lié au maintien de la paix sociale, en préservant les travailleurs suisses d'une sous-enchère salariale induite par la main-d'oeuvre étrangère, d'une part et en protégeant les travailleurs étrangers eux-mêmes, d'autre part (cf. ATF 122 III 110 consid. 4d p. 114/115; ATF 129 III 618 consid. 5.1 p. 621/622 et consid. 6.1 p. 623; ATF 135 III 162 consid. 3.2.2 p. 167). La règle appliquée dans le cas présent répond à un intérêt essentiel d'ordre social et apparaît ainsi comme d'application immédiate.

Comme on l'a vu, l'art. 342 al. 2 CO attribue des effets de droit civil à l'obligation de droit public mise à la charge de l'employeur de respecter les conditions de salaire et de travail applicables à un domestique travaillant à Genève. Dans la mesure où cette obligation de droit public relève de l'ordre public suisse, il se justifie, en parallèle, de ranger l'art. 342 al. 2 CO parmi les dispositions d'application immédiate au sens de l'art. 18 LDIP

(BERNARD DUTOIT, Droit international privé suisse, 4^e éd. 2005, n° 8 ad art. 18 LDIP; FRANK VISCHER, Zürcher Kommentar zum IPRG, 2^e éd. 2004, n° 15 ad art. 18 LDIP; VISCHER/HUBER/OSER, Internationales Vertragsrecht, 2^e éd. 2000, n° 798 p. 367).

Il s'ensuit que le droit chilien choisi par les parties doit céder le pas au droit suisse sur les questions du salaire, y compris pendant le délai de congé, et de l'indemnisation des vacances non prises, domaines dans lesquels l'intimée peut faire valoir directement des prétentions fondées sur le droit suisse.

En conclusion, le grief tiré d'une violation de la LDIP se révèle mal fondé.

Tribunal fédéral, Arrêt du 1^{er} novembre 2012, Doss.-N° 4A_316/2012 (Rejet du recours en matière civile interjeté contre l'arrêt de la Cour de justice du canton de Genève, Chambre des prud'hommes, du 24 avril 2012)

Art. 336a CO. Le travailleur victime d'un congé abusif ne peut pas en déduire que la résiliation est nulle ou annulable et qu'il continue d'avoir droit à son salaire. Un congé abusif permet seulement au travailleur de réclamer l'indemnité prévue par l'art. 336a CO (c. 2.1). En l'absence d'une sanction spécialement prévue, on doit supposer que l'article 17.2 de la convention collective cadre genevoise du commerce de détail 2008–2010 a pour but de compléter ou de préciser la protection légale. On ne peut donc pas, par voie d'interprétation, déduire de cette clause que les parties ont voulu la nullité ou l'annulabilité des congés qui y contreviendraient; il s'agit en réalité d'un complément qui s'insère dans le système légal, de sorte que sa violation ne trouve pas d'autre sanction que celle prévue par l'art. 336a CO (c. 2.2).

Art. 336b CO. Pour qu'une indemnité en raison d'un congé abusif puisse être octroyée, il faut que le travailleur ait observé les délais fixés par l'art. 336b CO. Il s'agit de délais de péremption, de sorte que leur non-respect entraîne la perte du droit (c. 2.1). L'employée qui, n'ouvre pas action en justice dans les 180 jours à compter de la fin du contrat (selon les exigences de l'art. 336b al. 2 CO), ne peut se prévaloir du fait que le syndicat dont elle est membre, agissant en sa qualité de signataire de la convention collective, a saisi en temps utile la Chambre genevoise des relations collectives de travail (c. 2.3). Elle ne peut, non plus, bénéficier de la restitution de délai de 60 jours prévue par l'art. 139 CO (disposition aujourd'hui abrogée et remplacée par l'art. 63 CPC). La restitution de délai prévue par l'art. 139 CO suppose en effet que l'action mal introduite soit retirée ou écartée en raison de l'incompétence de l'autorité saisie, d'un vice de forme réparable ou parce qu'elle est prématurée. En l'espèce, l'action du syndicat n'a pas

abouti, parce que celui-ci n'avait pas la légitimation active. L'art. 139 CO n'est pas applicable si l'action a été rejetée pour un motif de fond (c. 2.3).

Extraits des faits:

X. & Cie (ci-après: X.), société en nom collectif dont le siège est à Genève, a engagé A., domiciliée à Genève, en qualité de collaboratrice de vente temporaire dès le 18 novembre 2005. Elle a travaillé au rayon lingerie et confection homme du magasin «X.» à Genève. En dernier lieu, son salaire mensuel brut était de 3375 fr. pour un taux d'activité de 80%. X. & Cie était signataire, comme le syndicat Z., de la convention collective cadre du commerce de détail 2008–2010, qui s'appliquait à tout le personnel de X. L'art. 17.2 de cette convention a la teneur suivante: «Il est interdit de discriminer ou de licencier un employé en raison de son activité exercée en qualité de représentant, de délégué syndical ou de membre des commissions du personnel des employés». A. était membre du syndicat Z. Elle a représenté ce syndicat lors de séances de la commission paritaire de la convention collective cadre du commerce de détail genevois, ainsi que lors de réunions tripartites organisées par le Département de l'économie et de la santé. En décembre 2008, elle a été élue présidente de la section genevoise du syndicat. Alors que les rapports entre le syndicat Z. et X. étaient tendus, A. a été pressentie pour siéger au sein de la commission du personnel que le syndicat souhaitait mettre en place au sein des magasins X.

Le comportement au travail de A. a donné lieu à de nombreuses critiques portant notamment sur son caractère autoritaire et arrogant, ainsi que sur les relations difficiles qu'elle entretenait avec une majorité de ses collègues. Dans un article de la Tribune de Genève du 24 décembre 2008, A., présentée comme vendeuse dans une grande surface genevoise, sans aucune référence à son activité syndicale, a émis des vives critiques sur les pratiques relatives aux horaires de travail et au travail du soir. Par courrier du 18 février 2009, X. a remis à A. une lettre de licenciement pour le 30 avril 2009, invoquant d'une part son comportement au travail et, d'autre part, sa déclaration au quotidien la Tribune de Genève qui avait porté atteinte à la considération de l'entreprise. Par courrier de son syndicat du 24 février 2009, A. s'est opposée au licenciement.

Par demande du 30 avril 2009, le syndicat Z., agissant en sa qualité de signataire de la convention collective, a saisi la Chambre genevoise des relations collectives de travail d'une demande en annulation du licenciement de A. A titre provisionnel, cet organisme a ordonné la réintégration de A. jusqu'à droit jugé. Par décision du 16 mars 2010, la Chambre des relations collectives de travail a déclaré irrecevable la demande formée par le syndicat Z. Cette décision a fait l'objet d'un recours au Tribunal fédéral, qui a constaté, par arrêt du 12 juillet 2010, que la demande aurait dû être rejetée plutôt que déclarée irrecevable, parce que l'argumentation cantona-

le, fondée, revenait à dire que le syndicat n'avait pas la légitimation active pour demander l'annulation d'un congé donné dans un cas individuel (cause 4A_248/2010).

Par demande déposée le 10 septembre 2010 au greffe de la Juridiction des prud'hommes du canton de Genève, A. a conclu à ce que son employeur soit condamné à lui verser, en capital, la somme de 18 390 francs. Elle a soutenu que le congé était nul et qu'elle était en droit de continuer de réclamer son salaire, raison pour laquelle elle a, par la suite, amplifié sa demande. X. s'est opposée à la prétention en totalité. Par jugement du 24 août 2011, le Tribunal des prud'hommes a rejeté les conclusions prises par A. Saisie d'un appel formé par l'employée, la Chambre des prud'hommes de la Cour de justice, par arrêt du 24 avril 2012, a débouté A. de toutes ses conclusions. A. exerce un recours en matière civile au Tribunal fédéral contre l'arrêt cantonal du 24 avril 2012.

Extraits des considérants:

2.

2.1 Il résulte des constatations cantonales – qui lient le Tribunal fédéral (art. 105 al. 1 LTF) – que les parties ont conclu un contrat individuel de travail (art. 319 al. 1 CO), qui ne présente aucun caractère international et qui est donc soumis au droit suisse.

L'employeur a adressé à l'employée une résiliation ordinaire du contrat de travail (art. 335 et 335c CO).

L'employée (la recourante) soutient que ce congé est abusif en regard de l'art. 336 al. 1 let. b CO (congé donné en raison de l'exercice d'un droit constitutionnel), de l'art. 336 al. 2 let. a CO (congé donné en raison de l'appartenance à une organisation syndicale ou en raison de l'exercice conforme au droit d'une activité syndicale), ainsi que de l'art. 336 al. 2 let. b CO (congé donné pendant que l'employé, représentant élu des travailleurs, est membre d'une commission d'entreprise ou d'une institution liée à l'entreprise).

Pour dire si les conditions de l'une ou l'autre de ces dispositions sont réalisées, il faut en particulier déterminer quel est le motif réel de la résiliation; il s'agit d'une question de fait et le fardeau de la preuve incombe au travailleur, en tant que partie demanderesse (ATF 130 III 699 consid. 4.1 p. 702 s.). Toutefois, si le travailleur établit que le congé lui a été donné à un moment où il était, en tant que représentant élu des travailleurs, membre d'une commission d'entreprise ou d'une institution liée à l'entreprise, il incombe à l'employeur de prouver les faits permettant de constater que la résiliation a été causée par un motif justifié (art. 336 al. 2 let. b CO; ATF 133 III 512 consid. 6.1 p. 513 s.). Lorsqu'il y a plusieurs motifs réels de résiliation et que certains d'entre eux ne sont pas admissibles, il faut rechercher – ce qui relève également de l'établissement des faits – si le congé aurait été de toute manière donné même sans les motifs qui ne sont pas admissibles

(arrêt 4C.87/1993 du 11 novembre 1993 consid. 2c publié in SJ 1995 p. 798). Déterminer quels sont les motifs réels d'une résiliation étant une question de fait (ATF 131 III 535 consid. 4.3 p. 540; 130 III 699 consid. 4.1 p. 702), le Tribunal fédéral ne peut la revoir que sous l'angle restreint de l'arbitraire (art. 9 Cst.) et il incombe à la partie recourante de démontrer en quoi la décision cantonale serait insoutenable (art. 106 al. 2 LTF; ATF 137 I 58 consid. 4.1.2 p. 62).

A supposer que les conditions de l'une ou l'autre des dispositions invoquées soient réalisées, on ne pourrait pas en déduire que la résiliation serait nulle ou annulable et que le travailleur continue d'avoir droit à son salaire. Un congé abusif permet seulement au travailleur de réclamer l'indemnité prévue par l'art. 336a CO (ATF 134 III 67 consid. 4 p. 69).

Un cumul avec une prétention pour tort moral fondée sur l'art. 49 CO ne peut entrer en considération que si le travailleur a subi une atteinte à sa personnalité qui se distingue nettement de celle qui résulte déjà d'un congé abusif (ATF 135 III 405 consid. 3.2 p. 408 s.). En l'espèce, il ne ressort pas des constatations cantonales – qui lient le Tribunal fédéral (art. 105 al. 1 LTF) – que la recourante aurait subi une atteinte distincte de celle qui résulte de la résiliation, de sorte qu'elle ne peut prétendre, en cas de résiliation abusive, qu'à l'indemnité prévue par l'art. 336a CO.

Pour qu'une telle indemnité puisse être octroyée, il faut que le travailleur ait observé les délais fixés par l'art. 336b CO. Il s'agit de délais de prescription, de sorte que leur non-respect entraîne la perte du droit (ATF 134 III 67 consid. 5 p. 70).

Avant tout autre examen, il faut donc se demander si ces délais ont été respectés.

2.2 Probablement pour échapper à ce problème, la recourante soutient que le congé serait radicalement nul (art. 20 CO), parce qu'il contreviendrait à l'art. 17.2 de la convention collective applicable.

Il se pose donc un problème d'interprétation de la clause invoquée (sur l'interprétation des clauses normatives des conventions collectives: ATF 136 III 283 consid. 2.3.1 p. 284).

Il résulte de la clause invoquée – telle qu'elle est constatée par la cour cantonale (art. 105 al. 1 LTF) – qu'elle interdit la discrimination ou le licenciement d'un employé en raison de son activité exercée en qualité de représentant des travailleurs, de délégué syndical ou de membre d'une commission du personnel. Il faut toutefois observer que cette disposition ne prévoit aucune sanction spéciale en cas de violation de la norme. S'agissant plus précisément du cas du licenciement, la clause a manifestement pour but de protéger dans leur activité les représentants des travailleurs, les délégués syndicaux et les membres des commissions du personnel. On retrouve la même préoccupation à l'art. 336 al. 2 let. a et b CO. En l'absence d'une sanction spécialement prévue, on doit supposer que cette disposition a pour but de compléter ou de préciser la protection légale figurant déjà à l'art. 336 al. 2 let. a et b CO. On ne peut donc pas, par voie

d'interprétation, déduire de la clause citée que les parties ont voulu la nullité ou l'annulabilité des congés qui y contreviendraient; il s'agit en réalité d'un complément qui s'insère dans le système légal, de sorte que sa violation ne trouve pas d'autre sanction que celle prévue par l'art. 336a CO. Dès lors qu'il ne s'agit que de compléter le système légal sans aucune précision de procédure ou de sanction, il faut admettre que l'art. 336b CO est également applicable.

2.3 Il convient donc, en toute hypothèse, de déterminer si la recourante a respecté les règles de procédure de l'art. 336b CO.

Selon cette disposition, la partie qui entend demander l'indemnité fondée sur les art. 336 et 336a CO doit faire opposition au congé par écrit auprès de l'autre partie au plus tard jusqu'à la fin du délai de congé (art. 336b al. 1 CO). Il a été constaté en fait que la recourante, par l'entremise de son syndicat, a respecté ce délai et s'est opposée au congé. Cette question n'est d'ailleurs pas contestée.

Lorsque les parties ne s'entendent pas pour maintenir le rapport de travail (ce qui est le cas en l'espèce), la partie qui a reçu le congé peut faire valoir sa prétention à une indemnité; elle doit agir par voie d'action en justice dans les 180 jours à compter de la fin du contrat, sous peine de péremption (art. 336b al. 2 CO).

Il a été constaté en fait – d'une manière qui lie le Tribunal fédéral (art. 105 al. 1 LTF) – que la recourante n'a pas agi en justice dans les 180 jours à compter de la fin du contrat, fixée par la lettre de licenciement au 30 avril 2009.

En revanche, le syndicat dont elle est membre, agissant en sa qualité de signataire de la convention collective, a saisi en temps utile la Chambre genevoise des relations collectives de travail. Cet organisme a ordonné, à titre de mesures provisionnelles, le maintien du statu quo, c'est-à-dire la réintégration de l'employée jusqu'à droit jugé. Il ne s'est cependant pas prononcé, dans cette décision sur mesures provisionnelles, sur l'existence ou non d'un contrat de travail entre les parties durant la procédure. Il s'est révélé que l'organisme en question ne pouvait pas statuer sur ce qui lui était demandé; il est dès lors évident qu'il n'avait aucune qualité pour conclure, contre la volonté de l'employeur, un nouveau contrat de travail ou pour faire renaître celui qui était déjà éteint. La décision en question est donc sans pertinence pour déterminer le moment de la fin du contrat au sens de l'art. 336b al. 2 CO.

La Chambre genevoise des relations collectives du travail a finalement déclaré la demande irrecevable en considérant qu'elle ne pouvait pas statuer sur une demande tendant à faire annuler un licenciement individuel. Statuant sur recours contre cette décision, le Tribunal fédéral, par arrêt du 12 juillet 2010, a constaté que l'autorité cantonale aurait dû rejeter la demande, plutôt que de la déclarer irrecevable, parce que son argumentation, fondée, revient à dire que le syndicat n'avait pas la légitimation active pour demander l'annulation d'un congé individuel.

Dès le prononcé du Tribunal fédéral, la recourante a su que la procédure engagée par le syndicat était erronée.

Elle a introduit une action en justice, en son propre nom, le 10 septembre 2010, soit longtemps après l'expiration du délai de 180 jours à compter de la fin du contrat de travail, le 30 avril 2009.

Il faut toutefois se demander si elle ne pouvait pas bénéficier de la restitution de délai de 60 jours prévue par l'art. 139 CO, qui était en vigueur à l'époque. Depuis lors, cette disposition a été abrogée et remplacée par l'art. 63 CPC qui réduit d'ailleurs le délai à 30 jours.

La restitution de délai prévue par l'art. 139 CO ne s'applique pas seulement en cas de délai de prescription, mais aussi s'il s'agit d'un délai de péremption, comme c'est le cas en l'espèce (ATF 136 III 545 consid. 3.1 p. 547).

Elle suppose cependant que l'action mal introduite soit retirée ou écartée en raison de l'incompétence de l'autorité saisie, d'un vice de forme réparable ou parce qu'elle est prématurée. Cette liste est exhaustive (arrêt 4C.296/2003 du 12 mai 2004 consid. 3.5 publié in SJ 2004 I p. 589).

Dans son arrêt du 12 juillet 2010 (cause 4A_248/2010), le Tribunal fédéral a déjà constaté en l'espèce que la décision rendue par la Chambre des relations collectives de travail n'était pas une décision d'incompétence, mais une décision de rejet fondée sur la constatation que le syndicat n'avait pas la légitimation active pour demander l'annulation d'une résiliation en lieu et place de l'employée individuellement touchée. La recourante, qui n'était pas partie à la procédure ayant conduit à cet arrêt, ne conteste pas cette argumentation juridique et il n'y a donc pas lieu d'y revenir.

Un vice de forme réparable au sens de l'art. 139 CO pourrait consister dans la désignation défectueuse d'une partie, alors qu'il n'existe aucune incertitude sur la personne que l'on voulait en réalité désigner (ATF 136 III 545 consid. 3.4.1 p. 550 s.; 114 II 335 consid. 3a p. 336 s.). Or, en l'espèce, il n'y a pas eu une simple erreur de désignation. Le syndicat a agi en son propre nom, en sa qualité de signataire de la convention collective, habilité en tant que tel à saisir l'organisme cantonal. On ne saurait donc dire que c'était la recourante qui agissait et que celle-ci a été seulement mal désignée.

On ne se trouve donc manifestement pas dans l'une des trois hypothèses visées limitativement par l'art. 139 CO. L'action du syndicat n'a pas abouti, parce que celui-ci n'avait pas la légitimation active. Or, la légitimation, active ou passive, est une question de droit matériel, c'est-à-dire une question de fond (ATF 136 III 365 consid. 2.1 p. 367; 130 III 424 consid. 3.1).

L'art. 139 CO n'est pas applicable si l'action a été rejetée pour un motif de fond (PASCAL PICHONNAZ, in *Commentaire romand*, Code des obligations I, 2003, n° 9 ad art. 139 CO). Ainsi, il n'y a pas lieu d'appliquer l'art. 139 CO si l'action a été rejetée pour défaut de légitimation passive (ATF 32 II 186 consid. 2 p. 189; BERTI, in *Zürcher Kommen-*

tar, n° 28 ad art. 139 CO) ou pour défaut de légitimation active (arrêt 4C.296/2003 déjà cité consid. 3.5; ROBERT K. DÄPPEN, in Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 4^{ème} éd. 2007, n° 8a ad art. 139 CO).

Dès lors que l'action introduite par le syndicat a été rejetée pour cause de défaut de légitimation active, une restitution de délai sur la base de l'art. 139 CO est exclue et il faut constater que la recourante n'a pas agi dans le délai péremptoire fixé par l'art. 336b al. 2 CO, ce qui entraîne le rejet de ses conclusions sans autre examen.

Tribunal fédéral, Arrêt du 6 novembre 2011, Doss.-N° 4A_691/2011 et 4A_415/2012 (Rejet des recours en matière civile interjetés contre le jugement rendu le 15 avril 2011 par la Cour civile du Tribunal cantonal du canton de Vaud et contre l'arrêt rendu le 26 mars 2012 par la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal)

Droits sur les inventions faites par le travailleur.

L'art. 26 al. 2 de la loi sur le Tribunal fédéral des brevets consacre depuis le 1^{er} janvier 2012 une compétence concurrente de ce tribunal spécialisé et des tribunaux cantonaux pour connaître des actions civiles ayant un lien de connexité avec des brevets, en particulier celles qui concernent la titularité ou la cession des brevets. Sont notamment visés les litiges entre employeur et employé sur la titularité ou la rémunération des inventions de service au sens de l'art. 332 CO (c. 2.2).

L'art. 332 al. 1 CO traite des inventions dites «de service» (Aufgabenerfindungen). Pour être acquise à l'employeur, l'invention de l'employé doit réaliser deux conditions: elle doit être faite dans l'exercice de l'activité au service de l'employeur, et en vertu d'une obligation contractuelle. Il doit exister un rapport de connexité étroit entre l'activité exercée par l'employé et l'invention. En revanche, il importe peu qu'il l'ait réalisée pendant ses heures de travail ou son temps libre. Il faut par ailleurs rechercher si le travailleur a l'obligation contractuelle de déployer une activité inventive. Entrent en considération les circonstances de l'engagement, les directives données à l'employé, la position de celui-ci, l'importance de son salaire, sa formation et ses connaissances particulières, le degré d'indépendance dans l'exécution de son travail, les ressources logistiques et financières à disposition, le but social de l'entreprise qui l'emploie. L'employé peut aussi avoir d'autres tâches et n'être astreint à une obligation inventive qu'à titre accessoire (c. 3.1).

Lorsque l'employé fait une invention de service au sens de l'art. 332 al. 1 CO, la loi ne prévoit pas de rémunération autre que le salaire. En l'espèce, il n'est pas nécessaire d'examiner si, comme l'admet une partie de la doctrine, une indemnité spéciale peut devoir être allouée au travailleur lorsque les efforts déployés excèdent ce qu'on pouvait rai-

sonnablement attendre de lui, ou lorsque son invention est dotée d'une valeur économique particulièrement élevée que les parties ne pouvaient pas prévoir lorsqu'elles ont fixé le salaire (c. 4).

Extraits des faits:

La société anonyme Z. SA élabore et vend des machines destinées à l'impression de billets de banque. Sise dans le canton de Vaud, elle comprend notamment un atelier mécanique et un bureau technique composé d'ingénieurs chargés du développement des machines. Le 1^{er} mars 1985, X. (ci-après: l'employé) a été engagé en qualité de mécanicien spécialisé par une entité à laquelle la société précitée (l'employeuse) a succédé. L'employé n'a pas de diplôme d'ingénieur. Il portait assistance aux techniciens des fournisseurs de l'employeuse dans les travaux de montage et de démontage des machines d'impression. Il fabriquait des pièces pour prototypes, effectuait des modifications générales sur les machines et passait des commandes d'outillages et de matériel. Si l'employé n'avait pas pour mission, dans le travail courant, de réaliser des études et créations, son domaine de prédilection était l'amélioration des pièces et des composants de machines. Son rôle ne se limitait pas à celui d'un mécanicien; il participait directement à la réalisation d'inventions et initiait souvent des nouveautés de façon spontanée. Le 31 janvier 2001, une tâche supplémentaire a été formellement ajoutée à son cahier des charges, soit la participation à de nouveaux développements techniques. Dans les faits, l'employé a déployé une telle activité dès son entrée au service de l'employeuse. Au plus tard en juillet 1993, le règlement interne de l'employeuse a intégré une clause précisant que les inventions réalisées par les employés dans le cadre de leur activité restaient en tout temps la propriété de l'entreprise.

L'employé a été désigné comme inventeur dans sept familles de brevets européens délivrés à l'employeuse. L'un des brevets portait sur des parois de séparation placées dans l'encrier d'une machine d'impression afin d'assurer une étanchéité parfaite. Un autre brevet concernait un dispositif de mise en tension des plaques d'impression, destiné à diminuer la déformation due aux fortes pressions exercées lors de l'impression taille-douce. Ces inventions consistaient en de petits perfectionnements sur de grandes machines, qui pouvaient se révéler précieux ponctuellement. Il est admis qu'il s'agit d'inventions «de service» au sens de l'art. 332 al. 1 CO (cf. infra, consid. 3.1). L'employé les a conçues avec les moyens techniques mis à disposition par l'employeuse. Il réalisait les essais sur les machines de celle-ci. Toutes les conditions étaient réunies pour qu'il puisse exercer au mieux son activité inventive (mise à disposition de machines, collaboration d'autres employés). L'employé a dessiné six croquis datés du 23 novembre 2000. Ces esquisses très rudimentaires et schématiques représentent des variantes de configuration de machines d'impression taille-douce sans essuyage («no wipe») et recto verso. L'expert nommé dans le

cadre de la procédure judiciaire a examiné ces croquis. Il a conclu que les concepts imaginés par l'employé constituent une «contribution pratique et tout à fait intéressante, nouvelle et inventive», qui pourrait justifier la délivrance d'un brevet, sans que l'on puisse néanmoins la qualifier de «révolutionnaire».

Dans un courrier du 13 janvier 2003, le conseil de l'employeuse écrivait que si vraiment l'employé avait «travaillé sur un dossier en relation avec un système concernant le 'no wiping' de l'ampleur qu'il allégu[ait]», l'employeuse était «d'accord de discuter avec lui d'une rémunération équitable comme le prévo[yai]t la loi». L'employé a réclamé plusieurs millions de francs pour ses inventions, avant de revoir ses prétentions à la baisse. Les parties ont parlementé sans parvenir à trouver un accord.

L'employeuse a déposé une première demande de brevet européen le 15 janvier 2004, puis une demande internationale le 5 janvier 2005. L'employé y était désigné comme inventeur, aux côtés de trois autres personnes. Dans un rapport préliminaire, l'Office européen des brevets a jugé que certaines revendications, prises en combinaison, pouvaient être brevetables. Selon l'expert judiciaire, la demande internationale englobe les propositions déduites des dessins de l'employé; celui-ci a contribué seul à quelques revendications, tandis que plusieurs autres doivent être imputées à parts égales aux quatre personnes indiquées comme inventeurs. Le 30 août 2005, le conseil de l'employé a écrit à l'employeuse pour rappeler les prétentions de son client. Le 8 septembre 2005, l'employeuse a résilié le contrat de l'employé pour le prochain terme légal. Entre 1985 et 2005, le salaire annuel de l'employé a passé de 74 200 fr. à 139 930 fr.; il a notablement augmenté au moment des premières demandes de brevet.

Le 17 mai 2006, l'employé a actionné l'employeuse devant la Cour civile du Tribunal cantonal vaudois. En substance, il entendait faire constater qu'il était seul titulaire des droits relatifs à l'invention décrite dans la demande de brevet internationale, et notamment du droit à la délivrance du brevet. Il entendait en outre faire signifier à l'employeuse l'interdiction d'utiliser l'invention visée par la demande de brevet. L'employé demandait en outre le paiement de diverses sommes d'argent, dont 1,12 millions de francs à titre d'indemnité pour les sept inventions brevetées entre les années 1988 et 2000. La Cour civile a considéré qu'elle était compétente *ratione materiae* en tant que juridiction cantonale unique imposée par le législateur fédéral en matière de brevets (ancien art. 76 LBI) et en raison de la valeur litigieuse supérieure à 100 000 fr. (ancien art. 74 al. 2 de la loi vaudoise d'organisation judiciaire). Sur le fond, elle n'a admis les conclusions de l'employé qu'à concurrence de 14 694 fr. 70 pour un solde de vacances non pris. Elle a rejeté toute autre conclusion. Le jugement mentionne comme voies de recours l'appel auprès de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal et, s'agissant des prétentions relevant de l'instance cantonale unique prévue à l'art. 5 al. 1 let. a CPC (RS 272), le recours en matière civile au Tribunal fédéral. L'employé a déféré ce jugement au Tribunal fédé-

ral, en précisant qu'il agissait «à des fins conservatoires», dans l'hypothèse où son appel formé simultanément au niveau cantonal serait jugé irrecevable. Par ordonnance du 16 novembre 2011, la Présidente de la Cour de céans a suspendu la procédure de recours jusqu'à droit connu sur l'appel cantonal. La Cour d'appel civile a relevé que les prétentions litigieuses trouvaient toutes leur fondement dans le droit du travail, y compris celles ayant trait aux inventions de l'employé. En conséquence, elle a considéré que la Cour civile avait statué en première instance au sens de l'art. 308 CPC et que l'appel était entièrement recevable. Cela étant, elle l'a rejeté par arrêt du 26 mars 2012. L'employé (ci-après: le recourant) a déposé un second recours en matière civile au Tribunal fédéral, dans lequel il réitère les conclusions prises en appel.

Extraits des considérants:

2.

2.1 Le recours en matière civile au Tribunal fédéral est recevable contre les décisions prises par les autorités cantonales de dernière instance, soit les tribunaux supérieurs institués par les cantons conformément à l'art. 75 al. 2 LTF. Ces tribunaux statuent sur recours, sauf si une loi fédérale prévoit une instance cantonale unique (art. 75 al. 2 let. a LTF). L'art. 75 al. 2 LTF pose donc l'exigence de principe d'une double instance au niveau cantonal. L'art. 5 CPC énonce divers domaines où la juridiction cantonale doit statuer en instance unique. Tel est en particulier le cas des litiges portant sur des droits de propriété intellectuelle (art. 5 al. 1 let. a CPC). Lorsqu'elle émane d'une telle juridiction unique, la décision est directement déférée au Tribunal fédéral sans égard à la valeur litigieuse (art. 74 al. 2 let. b LTF).

Le délai de recours est de trente jours à compter de la notification de la décision (art. 100 al. 1 LTF).

2.2 La Cour civile a statué selon l'ancienne procédure cantonale. Toutefois, lorsqu'elle a communiqué son jugement, le CPC fédéral était entré en vigueur, tout comme l'art. 75 al. 2 LTF. Il s'ensuit que les voies de droit contre le jugement de la Cour civile sont régies par ces nouvelles réglementations (cf. art. 405 al. 1 CPC et art. 130 al. 2 LTF).

En l'occurrence, le recourant a formé des prétentions qui ressortissent typiquement au droit du travail, telle l'indemnité pour le congé abusif, ou encore le droit au paiement des vacances non prises. Toutefois, il a aussi fait valoir des droits liés aux inventions qu'il a conçues. Se pose la question de savoir si cet aspect de la cause doit être qualifié de litige sur la propriété intellectuelle ou de contentieux de droit du travail. Cette qualification importe pour les voies de droit. En effet, si l'on opte pour la première solution, cela implique que la Cour civile a statué au moins partiellement comme instance cantonale unique au sens de l'art. 5 al. 1 let. a CPC, et que sa décision devait directement être déférée au Tribunal fédéral. En revan-

che, si l'on estime que le litige était entièrement contractuel (droit du travail), il devait d'abord faire l'objet d'un appel cantonal (art. 308 al. 1 let. a CPC et art. 75 al. 2 LTF) avant d'être porté devant le Tribunal fédéral.

En l'occurrence, il n'est pas nécessaire d'examiner cette question plus avant. A supposer que la Cour civile ait partiellement statué comme instance cantonale unique, cela entraînerait l'irrecevabilité de certains griefs de fait afférents à cet aspect du litige, qui ont été formulés tardivement dans le second recours, soit plus de 30 jours après la communication du jugement de la Cour civile. Or, supposés recevables, ces moyens devraient de toute façon être rejetés (*infra*, consid. 3.2–3.4).

La qualification du litige a d'autant moins d'importance que la question de la compétence est désormais clairement résolue par la loi. En effet, l'art. 26 al. 2 de la loi sur le Tribunal fédéral des brevets consacre depuis le 1^{er} janvier 2012 une compétence concurrente de ce tribunal spécialisé et des tribunaux cantonaux pour connaître des actions civiles ayant un lien de connexité avec des brevets, en particulier celles qui concernent la titularité ou la cession des brevets; selon le Message du Conseil fédéral, sont notamment visés les litiges entre employeur et employé sur la titularité ou la rémunération des inventions de service au sens de l'art. 332 CO (LTFB – RS 173.41; RO 2011 2241; Message du 7 décembre 2007 concernant la loi sur le Tribunal fédéral des brevets, FF 2007 400).

3.

Le recourant se plaint d'une violation de l'art. 332 CO et de constatations de fait inexactes ayant une incidence sur l'application de cette disposition. En substance, il conteste que les deux systèmes d'impression conçus (sans essuyage et recto verso) soient des inventions de service rémunérées par son seul salaire, et entièrement acquises à son employeuse.

3.1 L'art. 332 al. 1 et 2 CO a la teneur suivante:

«1 Les inventions que le travailleur a faites et les designs qu'il a créés, ou à l'élaboration desquels il a pris part, dans l'exercice de son activité au service de l'employeur et conformément à ses obligations contractuelles, appartiennent à l'employeur, qu'ils puissent être protégés ou non.

2 Par accord écrit, l'employeur peut se réserver un droit sur les inventions que le travailleur a faites et sur les designs qu'il a créés dans l'exercice de son activité au service de l'employeur, mais en dehors de l'accomplissement de ses obligations contractuelles.»

L'alinéa 1 traite des inventions dites «de service» (*Aufgabenerfindungen*). Pour être acquise à l'employeur, l'invention de l'employé doit réaliser deux conditions: elle doit être faite dans l'exercice de l'activité au service de l'employeur, et en vertu d'une obligation contractuelle. La doctrine relève que ces critères sont interdépendants, en ce sens que si l'employé accomplit une obligation contractuelle, il agit forcément dans l'exercice de son activité (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, *Arbeitsvertrag*, 7^e éd. 2012, n° 7 ad art. 332 CO; WOLFGANG PORTMANN, *Die Arbeitnehmererfindung*, 1986, p. 50). Elle observe aussi que l'activité inventive ne

peut souvent être décrite que de façon générale, eu égard à l'incertitude planant sur le résultat (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, *ibidem*).

Selon la jurisprudence fédérale, il doit exister un rapport de connexité étroit entre l'activité exercée par l'employé et l'invention. En revanche, il importe peu qu'il l'ait réalisée pendant ses heures de travail ou son temps libre (ATF 72 II 270 consid. 4 p. 273, à propos de l'ancien art. 343 CO). Il faut par ailleurs rechercher si le travailleur a l'obligation contractuelle de déployer une activité inventive. La convention à ce sujet peut être expresse ou se déduire des circonstances (ATF 100 IV 167 consid. 1; 57 II 304 consid. 2 p. 310). Entrent en considération les circonstances de l'engagement, les directives données à l'employé, la position de celui-ci, l'importance de son salaire, sa formation et ses connaissances particulières, le degré d'indépendance dans l'exécution de son travail, les ressources logistiques et financières à disposition, le but social de l'entreprise qui l'emploie (arrêt 2A.204/2006 du 22 juin 2007 consid. 7.1, in RtiD 2008 I 946; ATF 72 II 270 consid. 4 pp. 273 i.f. et 274). L'employé peut aussi avoir d'autres tâches et n'être astreint à une obligation inventive qu'à titre accessoire (STAEHELIN/VISCHER, *Zürcher Kommentar*, 3^e éd. 1996, n° 7 ad art. 332 CO; PORTMANN, *op.cit.*, p. 49 n. 9).

3.2

3.2.1 Dans un premier moyen de fait, le recourant réfute les constatations selon lesquelles il aurait collaboré directement avec la direction technique et aurait été la personne de référence pour les membres du bureau technique. La Cour d'appel aurait fait preuve d'arbitraire et d'inconséquence dans l'appréciation des témoignages et aurait méconnu la portée d'un courrier (pièce 37). Dans un grief distinct, mais lié au précédent, le recourant conteste avoir eu un rôle excédant celui de mécanicien; il serait inexact d'affirmer que son cahier des charges de 1995 (pièce 24) mentionnait expressément le travail technique relatif aux projets de développement des machines d'impression.

3.2.2 Le recourant ne critique que quelques points précis et plutôt secondaires d'un ensemble d'éléments ayant conduit la Cour d'appel à constater que le rôle de l'employé ne se limitait pas à celui de mécanicien et consistait aussi à exécuter des tâches de développement technique et ce, dès son entrée en service.

Quoi qu'il en soit, les griefs ne sont pas fondés. Les juges cantonaux n'ont pas ignoré que le cahier des charges dans sa teneur de 1995 ne mentionnait pas la participation à des développements techniques. Cela étant, le courrier du 16 janvier 1995 auquel était annexé ledit cahier (pièce 24) précisait à l'employé qu'il conservait le même chef responsable – B. – «pour le travail technique en relation avec les projets de développement», ce qui constituait l'un des indices permettant de retenir sans arbitraire l'existence d'une activité de recherche et de développement, au même titre que le courrier du 8 février 1988 adressé au fondateur de l'employeuse (pièce 37), dans lequel le recourant se référait à son travail de recherche et disait avoir

besoin d'une collaboration technique adéquate pour pouvoir développer son idée sur une machine à échelle normale.

Les témoins C. et D., respectivement directeur général technique de l'employeuse et superviseur des travaux du bureau technique, ont qualifié d'exacte l'allégation selon laquelle le recourant «était une personne de contact privilégiée (...) pour le bureau technique» (all. 188); le premier a précisé qu'il y avait d'autres personnes compétentes auxquelles le bureau s'adressait, tandis que le second affirmait que le recourant était «la personne de référence». Le recourant ne conteste pas avoir été le responsable de fait de l'atelier mécanique, en tant que mécanicien le mieux formé et le plus expérimenté. L'autorité d'appel pouvait dès lors retenir sans arbitraire, nonobstant les liens professionnels entre les témoins et l'employeuse, que le recourant était la personne de référence pour les membres du bureau technique. Une telle constatation n'excluait naturellement pas que ce bureau puisse à l'occasion s'adresser à d'autres personnes compétentes. Pour le surplus, le recourant ne prétend pas que les juges auraient appliqué arbitrairement l'ancienne procédure cantonale en retenant une tournure s'écartant quelque peu de l'allégué 188.

S'agissant enfin de la collaboration directe avec la direction technique, la Cour d'appel s'est fondée sur les déclarations de D., corroborées par celles de B., également superviseur des travaux du bureau technique. Il n'était pas arbitraire de retenir ces déclarations concordantes, au demeurant corroborées dans une certaine mesure par le courrier précité du 16 janvier 1995, d'autant moins que le témoin B. paraît avoir cessé de travailler pour l'employeuse en 2001 déjà, si l'on comprend bien les explications données dans le cadre de sa déposition. Par ailleurs, la Cour civile s'était expliquée sur les raisons l'ayant conduite à préférer les deux témoignages précités à celui de E., dans une motivation que l'autorité d'appel a manifestement faite sienne, et que le recourant ne cherche pas à réfuter.

Pour le surplus, le recourant reproche essentiellement à la Cour d'appel de s'être fondée sur les découvertes brevetées déjà réalisées pour extrapoler à tort une obligation générale de déployer une activité inventive; cette question sera traitée plus loin (infra, consid. 3.5.2).

3.3

3.3.1 Le recourant se plaint d'une contradiction, qui résiderait dans le fait de constater qu'il touchait un salaire plus élevé que les collaborateurs du bureau technique, tout en reconnaissant que l'un d'eux, dénommé F., touchait un salaire supérieur au recourant.

3.3.2 En page 8 de son arrêt, la Cour d'appel constate que le recourant touchait un salaire plus élevé que «plusieurs collaborateurs» du bureau technique, ce qui n'excluait pas qu'un autre membre de ce bureau touche une rémunération encore plus importante que celle du recourant. Dans ses considérants en droit, la cour a relevé qu'il importait peu de savoir si le salaire du recourant était le plus élevé du bureau technique, ou parmi les plus élevés. L'on ne discerne ainsi aucune contradiction. En réalité, le recourant

reproche essentiellement à la Cour d'appel d'avoir retenu une obligation d'activité inventive sur la base notamment de son salaire et des remarques y relatives de l'expert, que le recourant ne remet par ailleurs pas en cause (cf. au surplus infra, consid. 3.5.2).

3.4

3.4.1 Le recourant conteste que les systèmes d'impression «sans essuyage» et «recto verso» n'aient été que des améliorations de systèmes déjà existants; cette constatation serait contredite par l'expert, qui a qualifié la contribution de «nouvelle» et d'«inventive». La Cour d'appel aurait en outre enfreint les règles fédérales en matière de preuve en retenant sans expertise une allégation de nature technique (all. 403).

3.4.2 L'allégué litigieux se rapporte aux sept croquis établis par le recourant et affirme qu'il s'agit d'«esquisses très schématiques de 7 variantes de configuration de machines d'impression taille-douce». Le recourant ne prétend pas avoir requis une expertise, ce qui exclut en soi une violation de son droit à la preuve. Pour le surplus, c'est une question de procédure cantonale et d'appréciation des preuves que de dire si une expertise pouvait et devait être ordonnée d'office, ou si l'allégation pouvait être retenue sur la base des preuves recueillies. Or, le recourant ne soulève pas le grief d'arbitraire dans l'application du droit cantonal ou dans l'appréciation des preuves (cf. ATF 133 III 462 consid. 2.3; 136 III 552 consid. 4.2). Tout au plus met-il en exergue une prétendue contradiction avec l'analyse de l'expert. Or, il n'est pas incompatible de retenir que le recourant a présenté des variantes de configuration de systèmes d'impression déjà existants, et que ses propositions comportent un aspect inventif intéressant.

3.5

3.5.1 En droit, le recourant se plaint d'une fausse application de l'art. 332 al. 1 CO. En résumé, la Cour d'appel aurait considéré à tort que les systèmes d'impression sans essuyage et recto verso étaient des inventions de service, alors qu'il n'y aurait aucun rapport logique étroit entre ces découvertes et sa fonction de simple mécanicien, qui l'aurait uniquement obligé à réaliser des travaux de modification mécanique sur diverses installations. Les deux inventions litigieuses n'entreraient pas dans ce type de travaux. Contrairement aux inventions brevetées, il ne s'agirait pas de simples améliorations de pièces et de composants, mais de nouveaux systèmes proposant des fonctionnalités complètement différentes.

3.5.2 Le recourant ne conteste pas que les sept inventions brevetées dont il est désigné comme l'auteur ou le coauteur sont des inventions de service. Sur le principe, l'obligation de déployer une activité inventive est donc établie. La question litigieuse se résume à déterminer l'étendue de cette obligation. Le recourant insiste sur la différence de nature entre les inventions déjà brevetées et les deux systèmes litigieux, lesquels sortiraient du champ de son activité de mécanicien.

L'état de fait des deux décisions cantonales fournit relativement peu d'indications sur la nature des inventions brevetées. L'on sait en particulier

que l'une d'elles portait sur des parois de séparation dans l'encrier d'une machine d'impression et que d'autres concernaient les plaques d'impression des machines d'impression taille-douce ou les plaques d'encrage. Il s'agissait de petits perfectionnements sur de grandes machines, pouvant se révéler précieux ponctuellement.

L'on ne peut certes pas exclure que les systèmes d'impression sans essuyage et recto verso imaginés par le recourant aient une autre ampleur que les précédentes inventions, portent sur une partie de machine plus importante et/ou plus complexe, ou revêtent plus d'incidences pratiques. Il est vrai aussi que le rôle du recourant, comme mécanicien spécialisé, était au premier chef d'assurer le bon fonctionnement des machines d'impression et de remédier aux éventuels défauts et dysfonctionnements constatés à l'utilisation. L'on ne saurait pour autant en déduire que les deux découvertes réalisées sortent du cadre de l'obligation contractuelle d'activité inventive.

Le recourant était manifestement attiré par la recherche et le développement. Son activité de prédilection était d'améliorer les pièces et composants de machines. Il avait déjà participé à plusieurs inventions et souvent initié des nouveautés de façon spontanée. Il pouvait compter sur la collaboration d'autres employés et sur les moyens techniques de l'employeuse. Son salaire a notablement augmenté lorsque les premières demandes de brevets ont été déposées. Sa rémunération était plus élevée que celle perçue par plusieurs collaborateurs du bureau technique. De l'avis de l'expert judiciaire, l'augmentation de salaire remarquable enregistrée dès les premières demandes de brevet montre que l'employeuse reconnaissait les contributions de l'employé et en tenait compte généreusement dans sa rétribution; le salaire obtenu dans les années 2000–2005 atteignait un niveau tout à fait extraordinaire eu égard à la formation du recourant. Un tel salaire ne se serait jamais justifié si le recourant n'avait pas eu la charge de déployer des contributions inventives et de développement dans le cadre de son contrat de travail.

L'on peut inférer de ce qui précède que l'intimée a reconnu le potentiel inventif de l'employé et l'a rémunéré en conséquence, tout en faisant en sorte qu'il puisse exercer au mieux son activité inventive en mettant des moyens à sa disposition. Si réellement l'obligation de recherche du recourant avait dû se confiner à apporter de petits perfectionnements sur des détails pratiques, l'on concevrait mal que l'intimée ait accordé une telle rémunération au recourant, sachant par ailleurs que les brevets précédemment déposés grâce à l'activité inventive du recourant n'avaient en fin de compte qu'une valeur très relative. Il n'apparaît pas que ceux-ci aient eu pour l'intimée une incidence particulière au niveau commercial, ou même simplement pratique.

En bref, même si le recourant a peut-être conçu des développements plus conséquents que les inventions réalisées jusque-là, il faut admettre que

ces découvertes, qui n'avaient rien de révolutionnaire, s'inscrivent encore dans le champ de l'obligation contractuelle inventive.

Le recourant objecte que l'intimée, dans son courrier du 13 janvier 2003, se disait prête à lui accorder pour ses travaux une rémunération équitable «comme le prévoit la loi». Il faudrait y voir un aveu de ce que les inventions sortiraient du champ contractuel, puisque la «rétribution spéciale équitable» de l'art. 332 al. 4 CO concerne précisément les inventions faites dans l'exercice de l'activité professionnelle, mais en dehors du champ des obligations contractuelles.

La Cour d'appel n'indique pas clairement si l'obligation de déployer une activité inventive découle d'une volonté réelle concordante des parties, dégagée par l'interprétation dite subjective, ou d'une volonté présumée, déterminée par interprétation objective en recourant au principe de la confiance. Quoi qu'il en soit, il faut constater que l'interprétation subjective ressortit à l'appréciation des preuves, que le Tribunal fédéral ne peut examiner que sous l'angle de l'arbitraire (ATF 132 III 626 consid. 3.1). Or, le recourant n'a pas soulevé un tel grief, de sorte qu'il n'y a pas à examiner si la cour a méconnu la portée de ce courrier. Quant à l'interprétation objective, elle exclut de prendre en compte des circonstances postérieures à la conclusion de l'obligation contractuelle (ATF 118 II 365 consid. 1). Le courrier litigieux ayant été rédigé après la conception des inventions, il est sans pertinence dans l'optique d'une interprétation objective.

3.6 En définitive, les cours cantonales n'ont pas enfreint le droit fédéral en considérant que les deux systèmes d'impression sans essuyage et recto verso conçus par le recourant étaient des inventions de service au sens de l'art. 332 al. 1 CO et que comme telles, elles étaient acquises à l'employeuse, ne conférant pas à l'employé d'autre droit que celui de se voir désigné comme inventeur dans le cadre d'un brevet.

4.

Le recourant soutient qu'il aurait droit à une rétribution spéciale pour les sept inventions de service qui ont donné lieu à un brevet.

4.1 Lorsque l'employé fait une invention de service au sens de l'art. 332 al. 1 CO, la loi ne prévoit pas de rémunération autre que le salaire. Certains auteurs admettent qu'une indemnité spéciale peut devoir être allouée au travailleur lorsque les efforts déployés excèdent ce qu'on pouvait raisonnablement attendre de lui, ou lorsque son invention est dotée d'une valeur économique particulièrement élevée que les parties ne pouvaient pas prévoir lorsqu'elles ont fixé le salaire (MANFRED REHBINDER, *Berner Kommentar*, 1992, n° 8 ad art. 332 CO, et STAEHELIN/VISCHER, *op.cit.*, n° 11 ad art. 332 CO, qui se réfèrent tous à un arrêt saint-gallois publié in JAR 1989 193 consid. 3). D'autres auteurs, non sans critiquer la solution légale, sont d'avis que le législateur a pris en compte ce problème et que de lege lata, l'employeur n'a pas à rétribuer spécialement l'employé, sauf disposition contractuelle spéciale (RÉMY WYLER, *Droit du travail*,

2^e éd. 2008, p. 375 spéc. note infrapaginale 1330; PORTMANN, op.cit., p. 76 s.).

4.2 En l'occurrence, le recourant ne s'attache pas à démontrer que les conditions posées par la doctrine et la jurisprudence cantonale précitées seraient réalisées. Il se contente de procéder à des comparaisons avec le salaire de F. Cet élément n'est pas pertinent; le seul fait qu'un autre collaborateur touche une rémunération plus élevée n'implique pas nécessairement que l'inventeur a déployé une activité excédant ce que l'on pouvait raisonnablement attendre de lui.

Il s'ensuit le rejet du grief, sans qu'il soit nécessaire d'examiner plus avant si une rétribution spéciale devrait exceptionnellement être allouée à l'employé qui fait une invention de service.

Tribunal fédéral, Arrêt du 12 novembre 2012, Doss.-N° 4A_466/2012 (Rejet du recours en matière civile interjeté contre l'arrêt de la Cour civile du Tribunal cantonal du canton du Jura du 19 juin 2012)

Validité d'une clause de prohibition de concurrence et conséquences de sa violation.

Art. 340 al. 2 CO. La prohibition de faire concurrence n'est valable que si les rapports de travail permettent au travailleur d'avoir connaissance de la clientèle ou de secrets de fabrication ou d'affaires de l'employeur. A juste titre, la doctrine récente estime que la maîtrise par le travailleur des bases de calcul de l'employeur est rattachée à la notion de secrets d'affaires, et non à la connaissance de la clientèle (c. 3.1). Il doit, par ailleurs, exister une relation de causalité naturelle – et au surplus adéquate – entre les connaissances qu'a le travailleur de la clientèle de l'employeur et la possibilité de causer à ce dernier un préjudice (c. 3.2).

Art. 340a al. 1 CO. Quant au lieu, l'interdiction de concurrence ne saurait s'étendre au-delà du territoire sur lequel l'employeur déploie son activité (principe du marché). En dehors de ce territoire, l'employeur ne dispose d'aucun intérêt digne de protection à interdire au travailleur d'exercer une activité, qui ne peut lui causer de préjudice (c. 5.2.1). En outre, l'interdiction de concurrence ne doit pas compromettre l'avenir économique du travailleur contrairement à l'équité. A cet égard, il sied de comparer les intérêts du salarié et ceux de l'employeur. La clause est valable si les intérêts des deux parties sont d'égale valeur ou si ceux de l'employeur l'emportent (c. 5.2.2).

Art. 340b al. 2 CO. Si la clause de non-concurrence est transgressée par le travailleur, l'employeur peut exiger notamment le paiement de la peine conventionnelle prévue par le contrat (art. 340b al. 2 CO). Une réduction de la peine conventionnelle peut se justifier en particulier lorsqu'il existe une disproportion crasse entre le montant convenu

et l'intérêt du créancier à maintenir la totalité de sa prétention, mesuré concrètement au moment où la violation contractuelle est survenue. Pour juger du caractère excessif de la peine conventionnelle, il ne faut pas raisonner abstraitement, mais, au contraire, prendre en considération toutes les circonstances concrètes de l'espèce. Il y a ainsi lieu de tenir compte notamment de la nature et de la durée du contrat, de la gravité de la faute du travailleur, du montant de sa rémunération, de sa position hiérarchique et de l'absence de preuve par l'employeur d'un dommage. La doctrine admet que le salaire annuel du travailleur constitue la limite supérieure de la clause pénale (c. 6.1).

Extraits des faits:

Z. SA, qui a son siège à ... (Jura), est une société active dans le domaine du placement de personnel, qui disposait de janvier 2009 à juillet 2011 d'une succursale dans une autre localité du canton.

Par contrat de travail du 1^{er} avril 2002, Z. SA a engagé X., qui a une formation d'employée de commerce, en qualité de chargée de recrutement à l'agence de Hormis une précédente activité de trois mois, la prénommée n'avait jamais travaillé dans une agence de placement auparavant. Dès le 1^{er} décembre 2003, la travailleuse a été promue responsable de l'agence de Son contrat de travail a été remplacé par un avenant du 14 novembre 2003. A teneur de cet avenant, comme la salariée était titulaire du droit de signature collective à deux, le délai de résiliation du contrat, après le temps d'essai, a été fixé à six mois; l'avenant, à son art. 17, contenait une clause de non-concurrence ayant le contenu suivant:

«Non concurrence

17.1 Après la fin du contrat et quelle que soit la cause du départ, l'employée n'exercera pas pour son compte personnel, ni pour le compte d'autrui, à titre lucratif ou gratuit, une activité de placement fixe ou temporaire et ne fera pas concurrence à l'employeur d'une autre manière.

17.2 Cette prohibition s'étend aux territoires suivants: Canton du Jura, Canton de Berne et Canton de Neuchâtel.

17.3 Cette prohibition vaut pour une période de 3 ans dès l'expiration du contrat.

17.4 En cas de violation de la prohibition de concurrence, l'employée devra, sur la base de la présente clause pénale, la somme de 100 000 francs. Elle devra, en outre, réparer le dommage qui excédera le montant de la peine.

17.5 L'employeur se réserve le droit d'exiger la cessation de la contravention».

D'après l'avenant en question, la salariée, en tant que responsable d'agence, avait notamment pour mission d'identifier les entreprises à prospector pour chaque année et d'établir une liste de 150 entreprises soigneusement sélectionnées d'après leur potentiel, d'identifier les meilleurs

clients des concurrents, d'établir les offres commerciales, de détecter l'émergence de nouveaux clients potentiels locaux et en informer son responsable hiérarchique, de mener les entretiens de recrutement, de rechercher et sélectionner les candidats et de négocier les conditions de règlement des clients. Toutes ces tâches ont été exercées par la travailleuse. Il a été constaté que le dernier salaire annuel brut de l'employée se montait à 81 900 fr., correspondant à une rémunération brute de 6300 fr. par mois, versée treize fois l'an. Un intéressement de 6% était prévu en sus du salaire fixe, mais cette rémunération complémentaire n'a pas été payée en raison de la crise économique.

Le 16 août 2010, la travailleuse a informé l'employeur qu'elle désirait résilier son contrat de travail de manière anticipée, soit pour la fin août 2010. Par courrier du 18 août 2010, celui-ci a accepté de mettre fin au contrat pour le 31 août 2010, tout en rendant la travailleuse attentive à la clause d'interdiction de concurrence stipulée dans l'accord qui les liait. Le 26 août 2010, X. a signé un contrat de travail avec l'agence de placement A. SA, société pour laquelle elle a débuté une activité de consultante dès le 1^{er} septembre 2010. Elle perçoit un salaire mensuel brut de 7000 fr. Par courrier recommandé du 27 septembre 2010, Z. SA, qui avait appris par des clients que X. travaillait dorénavant pour A. SA, a reproché à son ancienne employée d'avoir violé la prohibition de lui faire concurrence et l'a invitée à lui faire parvenir, dans les dix jours, le montant de la peine conventionnelle prévue par contrat, à savoir 100 000 fr.. X. n'a pas obtempéré.

Par demande du 20 décembre 2010, Z. SA (demanderesse) a ouvert action contre X. (défenderesse) devant le Conseil de prud'hommes du Tribunal de première instance du canton du Jura. La demanderesse a réclamé à sa partie adverse paiement de la peine conventionnelle de 100 000 fr. ainsi que la réparation du préjudice concret qu'elle aurait subi (art. 340b al. 1 CO), chiffré à 191 372 fr.. Par jugement du 22 novembre 2011, le Conseil de prud'hommes a condamné la défenderesse à payer à la demanderesse la somme nette de 63 000 fr. à titre de peine conventionnelle pour avoir violé la clause de prohibition de concurrence. Saisie d'appels formés par les deux parties, la Cour civile du Tribunal cantonal du canton du Jura, par arrêt du 19 juin 2012, a globalement confirmé le jugement attaqué.

X. exerce un recours en matière civile au Tribunal fédéral contre l'arrêt cantonal.

Extraits des considérants:

2.

Il est constant que les parties ont été liées successivement par deux contrats individuels de travail (cf. art. 319 CO), le premier conclu pour la période du 1^{er} avril 2002 au 30 novembre 2003, le second ayant couru entre le 1^{er} décembre 2003 et le 31 août 2010. Ce dernier contrat contenait une

clause de prohibition de concurrence au sens de l'art. 340 al. 1 CO. Le litige porte seulement sur la validité de cette clause et sur les conséquences entraînées par sa violation. La recourante ne conteste apparemment plus avoir enfreint la prohibition de concurrence contenue dans l'avenant du 14 novembre 2003.

3.

La recourante soutient que, sur plusieurs points, l'état de fait retenu par la cour cantonale a été établi de manière inexacte, c'est-à-dire arbitrairement.

S'agissant d'un grief de nature constitutionnelle, il appartient à la partie recourante de démontrer l'arbitraire par une argumentation répondant aux exigences de l'art. 106 al. 2 LTF (ATF 137 I 58 consid. 4.1.2 p. 62; 133 II 249 consid. 1.4.3 p. 254 s.).

Selon la jurisprudence, l'arbitraire, prohibé par l'art. 9 Cst., ne résulte pas du seul fait qu'une autre solution pourrait entrer en considération ou même qu'elle serait préférable; le Tribunal fédéral n'annulera la décision attaquée que lorsque celle-ci est manifestement insoutenable, qu'elle se trouve en contradiction claire avec la situation de fait, qu'elle viole gravement une norme ou un principe juridique indiscuté, ou encore lorsqu'elle heurte de manière choquante le sentiment de la justice et de l'équité. Pour qu'une décision soit annulée pour cause d'arbitraire, il ne suffit pas que la motivation formulée soit insoutenable, il faut encore que la décision apparaisse arbitraire dans son résultat (ATF 137 I 1 consid. 2.4 p. 5; 136 I 316 consid. 2.2.2 p. 318/319; 136 III 552 consid. 4.2 p. 560).

Concernant l'appréciation des preuves, la décision n'est arbitraire que si le juge n'a manifestement pas compris le sens et la portée d'un moyen de preuve, s'il a omis, sans raison sérieuse, de tenir compte d'un moyen important propre à modifier la décision attaquée ou encore si, sur la base des éléments recueillis, il a fait une déduction insoutenable (ATF 137 I 58 consid. 4.1.2 p. 62; 136 III 552 consid. 4.2 p. 560; 134 V 53 consid. 4.3).

3.1 Pour la recourante, l'autorité cantonale ne devait pas faire intervenir, dans le cadre de sa réflexion sur la connaissance de la clientèle par la travailleuse, un élément ayant trait aux secrets d'affaires, à savoir la méthode de calcul des prix ayant cours chez l'intimée.

Il est soutenu dans la doctrine récente – à juste titre – que la maîtrise par le travailleur des bases de calcul de l'employeur est rattachée à la notion de secrets d'affaires, et non à la connaissance de la clientèle (WOLFGANG PORTMANN, in Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 5^e éd. 2011, n° 24 ad art. 321a CO et n° 3 ad art. 340 CO; RÉMY WYLER, Droit du travail, 2^e éd. 2008, p. 600 let. c; PASCAL MOESCH, La prohibition de concurrence, in Panorama en droit du travail, Rémy Wyler (éd.), Berne 2009, p. 341/342).

Il est vrai qu'en l'espèce la cour cantonale a intégré le savoir de la travailleuse quant à la technique de calcul des prix prévalant chez son ex-employeur dans le raisonnement qui l'a amenée à retenir que la recourante

avait connaissance de la clientèle de l'intimée. Mais elle a opéré cette déduction à partir de toute une série d'autres éléments de fait qu'elle a évoqués au considérant 3.4.1 de l'arrêt déféré: il s'agit de la connaissance non seulement de la composition de la clientèle (employeurs intéressés à engager des temporaires, travailleurs susceptibles d'être embauchés pour des missions limitées dans le temps), mais également des besoins spécifiques desdits clients, du fait que la défenderesse s'occupait elle-même de ces clients et qu'elle était au courant singulièrement des compétences propres de chaque demandeur d'emploi, lesquelles sont déterminantes pour les employeurs potentiels. Il appert ainsi que la maîtrise par la recourante des techniques de calcul de l'intimée n'a pas influé sur la constatation des magistrats jurassiens que la travailleuse connaissait la clientèle de son ancien employeur (cf. art. 97 al. 1 in fine LTF).

3.2 La recourante soutient que la cour cantonale a retenu de manière indéfendable l'existence d'un lien de causalité naturelle entre les connaissances qu'elle a acquises auprès de l'intimée et la possibilité de causer à celle-ci un préjudice sensible au sens de l'art. 340 al. 2 in fine CO.

Il doit en effet exister une relation de causalité naturelle – et au surplus adéquate – entre les connaissances qu'a le travailleur de la clientèle de l'employeur et la possibilité de causer à ce dernier un préjudice (ATF 138 III 67 consid. 2.2.1 et 2.2.2; WYLER, op.cit., p. 600 ch. 2.5).

Un fait est la cause naturelle d'un résultat s'il en constitue une condition sine qua non; le constat de la causalité naturelle relève du fait (ATF 133 III 462 consid. 4.4.2 p. 470; 132 III 715 consid. 2.2 p. 718).

Il y a manifestement un rapport de cause à effet entre le fait qu'un salarié connaisse la clientèle de son employeur et l'éventualité qu'il mette à profit cette liste de clients auprès d'un concurrent de celui-ci qui l'a engagé immédiatement après la fin des relations de travail, de telle sorte que l'ancien employeur en subisse un préjudice sensible. Le moyen est dénué de fondement.

3.3 A suivre la recourante, la cour cantonale aurait omis de considérer la nature de la clientèle de l'intimée et établi arbitrairement les faits s'y rapportant. Les juges cantonaux auraient ainsi retenu de manière insoutenable que les clients de l'intimée sont principalement des entreprises tertiaires de la région, alors que celle-ci ne prospecte ses clients qu'auprès des entreprises du secteur secondaire.

Cette circonstance n'a aucune influence sur le sort de la querelle. Ce qui importe en l'occurrence, c'est que la recourante ait eu connaissance des clients de l'intimée – constatation qui n'a pas été taxée d'arbitraire – et nullement le domaine économique dans lequel ceux-ci exercent leur activité. Le moyen est inconsistent.

4.

La recourante invoque une violation de l'art. 340 al. 2 CO. Elle fait valoir que sa connaissance de la clientèle de l'intimée n'était pas de nature à lui causer un dommage sensible, car toutes les agences de placement ac-

tives dans l'arc jurassien disposaient du même fichier de clients. Les besoins potentiels de ces clients constituent aussi des éléments publics, car ils peuvent être déduits du but statutaire des entreprises. La recourante explique encore longuement que les clients des agences temporaires, qu'ils soient employeurs ou travailleurs, n'entretiennent de relations exclusives avec aucune de ces agences, de sorte qu'il serait impossible d'envisager qu'un travailleur puisse détourner un client d'une agence temporaire.

4.1 Selon l'art. 340 al. 2 CO, la prohibition de faire concurrence n'est valable que si les rapports de travail permettent au travailleur d'avoir connaissance de la clientèle ou de secrets de fabrication ou d'affaires de l'employeur et si l'utilisation de ces renseignements est de nature à causer à l'employeur un préjudice sensible. Comme on l'a vu, il est nécessaire qu'il y ait une relation de causalité adéquate entre les connaissances acquises et le risque, après la rupture des rapports de travail, de provoquer un préjudice sensible à l'ancien employeur. Mais lorsque le travailleur fournit au client une prestation qui se caractérise surtout par ses capacités personnelles, de sorte que ce dernier attache plus d'importance auxdites capacités qu'à l'identité de l'employeur, une clause de prohibition de concurrence fondée sur la connaissance de la clientèle n'est pas valable (ATF 138 III 67 consid. 2.2).

Un fait constitue la cause adéquate d'un résultat s'il est propre, d'après le cours ordinaire des choses et l'expérience de la vie, à entraîner un résultat du genre de celui qui s'est produit; le constat de la causalité adéquate relève du droit (ATF 123 III 110 consid. 2 p. 111 et 3a p. 112).

4.2 Il a été retenu en fait de manière définitive (art. 105 al. 1 LTF) que la recourante avait une parfaite connaissance et de la composition de la clientèle de l'intimée et des besoins de celle-ci; de plus, elle savait de qui elle pouvait espérer des commandes. Elle s'occupait des deux branches de clients de l'intimée, à savoir des employeurs cherchant à engager du personnel temporaire ainsi que des ouvriers en quête de missions de durée déterminée, quels que soient leurs profils. Elle connaissait en plus le montant des salaires qui étaient versés aux travailleurs.

Sur la base de ces constatations de fait, la cour cantonale n'a pas enfreint l'art. 340 al. 2 CO en admettant que les connaissances sus-décrites de la recourante, acquises auprès de l'intimée, étaient susceptibles, d'après le cours ordinaire des choses de la vie, de provoquer un préjudice sensible à celle-ci si elles étaient utilisées au bénéfice du nouvel employeur de la défenderesse, société concurrente de son précédent employeur.

La critique est sans fondement.

5.

5.1 La recourante se plaint de transgressions de l'art. 340a al. 1 CO. Elle affirme, d'une part, que la clause de prohibition de concurrence stipulée entre les parties est excessive quant à son étendue géographique, car l'intimée ne déploie son activité que sur l'arc jurassien, lequel n'inclut pas l'ensemble des cantons de Berne et de Neuchâtel. D'autre part, la clause de

prohibition de concurrence compromettrait son avenir économique; à en croire la recourante, reconnaître la validité de cette clause reviendrait à la contraindre à changer de profession.

5.2 A teneur de l'art. 340a al. 1, 1^{re} phrase, CO, la prohibition doit être limitée convenablement quant au lieu, au temps et au genre d'affaires, de façon à ne pas compromettre l'avenir économique du travailleur contrairement à l'équité.

5.2.1 Quant au lieu, l'interdiction de concurrence ne saurait s'étendre au-delà du territoire sur lequel l'employeur déploie son activité (principe du marché). En dehors de ce territoire, l'employeur ne dispose d'aucun intérêt digne de protection à interdire au travailleur d'exercer une activité, qui ne peut lui causer de préjudice (arrêt 4C.44/2002 du 9 juillet 2002 consid. 2.4; MANFRED REHBINDER, *Berner Kommentar*, n° 2 ad art. 340a CO).

La clause de prohibition de concurrence litigieuse s'étend géographiquement aux territoires des cantons du Jura, de Neuchâtel et de Berne. La cour cantonale a constaté, sans se voir reprocher l'arbitraire, que cette limite correspond au champ territorial des activités effectives de l'intimée. Du moment qu'il ne saurait être nié que cette dernière a un intérêt au respect de la clause dans le marché sur lequel elle est active, le moyen reposant sur la limitation quant au lieu de ladite clause doit être rejeté.

5.2.2 L'interdiction de concurrence ne doit pas compromettre l'avenir économique du travailleur contrairement à l'équité. A cet égard, il sied de comparer les intérêts du salarié et ceux de l'employeur. La clause est valable si les intérêts des deux parties sont d'égale valeur ou si ceux de l'employeur l'emportent (GABRIEL AUBERT, in *Commentaire romand*, Code des obligations I, 2^e éd. 2012, n° 6 ad art. 340a CO; WYLER, *op.cit.*, p. 603 *infra*).

Il résulte de l'état de fait déterminant que la recourante, qui a une formation d'employée de commerce, a de multiples possibilités d'emplois et qu'elle n'est en rien obligée de travailler au sein d'une agence de placement dans un des trois cantons précités.

L'intérêt de l'intimée à empêcher la recourante d'utiliser ses connaissances de la clientèle acquises auprès d'elle au profit d'un concurrent l'emporte clairement sur celui de la défenderesse à travailler pour une agence de placement exerçant sur le même marché que son ancien employeur. A considérer la formation de la défenderesse, qui ouvre selon l'expérience générale de nombreux débouchés, il n'est pas possible d'admettre que l'interdiction de concurrence compromette son avenir économique, d'autant qu'elle n'avait travaillé que trois mois dans le placement de personnel avant d'être engagée par la demanderesse. Ce second pan du moyen est infondé.

6.

D'après la recourante, qui se réfère à l'art. 163 CO, il conviendrait de réduire le montant de la peine conventionnelle dans une mesure plus importante que celle admise par la cour cantonale. Elle fait valoir que

l'intéressement prévu en sus de son ancien salaire s'élevait à 3%, et non pas à 6% comme l'ont retenu les magistrats jurassiens.

6.1 Si la clause de non-concurrence est transgressée par le travailleur, l'employeur peut exiger notamment le paiement de la peine conventionnelle prévue par le contrat (art. 340b al. 2 CO).

La clause pénale est soumise aux dispositions des art. 160 ss CO (cf. AUBERT, *op.cit.*, n° 3 ad art. 340b CO; PORTMANN, *op.cit.*, n° 3 ad art. 340b CO). En application de l'art. 163 al. 3 CO, le juge doit réduire le montant de la peine conventionnelle dont la quotité est excessive. (ATF 133 III 43 consid. 3.3 p. 48, 201 consid. 5.2 p. 209 et les références).

Pour des motifs tenant à la fidélité contractuelle et à la liberté de contracter, il convient de faire preuve de réserve dans le processus de réduction, car les parties sont libres de fixer le montant de la peine (art. 163 al. 1 CO). L'intervention du juge dans le contrat n'est nécessaire dans la mesure où le montant fixé est si élevé qu'il dépasse toute mesure raisonnable, au point de n'être plus compatible avec le droit et l'équité (ATF 133 III 43 consid. 3.3.1 p. 48, 201 consid. 5.2 p. 509).

Une réduction de la peine conventionnelle se justifie en particulier lorsqu'il existe une disproportion crasse entre le montant convenu et l'intérêt du créancier à maintenir la totalité de sa prétention, mesuré concrètement au moment où la violation contractuelle est survenue. Pour juger du caractère excessif de la peine conventionnelle, il ne faut pas raisonner abstraitement, mais, au contraire, prendre en considération toutes les circonstances concrètes de l'espèce. Il y a ainsi lieu de tenir compte notamment de la nature et de la durée du contrat, de la gravité de la faute du travailleur, du montant de sa rémunération, de sa position hiérarchique et de l'absence de preuve par l'employeur d'un dommage (ATF 133 III 43 consid. 3.3.2 p. 48 s., 201 consid. 5.2 p. 509; WYLER, *op.cit.*, p. 612 ch. 6.2; CHRISTIAN FAVRE ET AL, *Le contrat de travail*, 2^e éd. 2010, n° 2.1 ad art. 340b CO).

La doctrine admet que le salaire annuel du travailleur constitue la limite supérieure de la clause pénale (cf. PORTMANN, *op.cit.*, *ibidem*; WYLER, *op.cit.*, p. 612 ch. 6.2).

Dans un arrêt 4A_107/2011 du 25 août 2011 consid. 3.4, résumé in Jdt 2012 II 207, le Tribunal fédéral a jugé admissible une peine conventionnelle de 100 000 fr., qui correspondait à huit mois du revenu réalisé par le travailleur auprès de son précédent employeur et à trois mois d'honoraires réalisés par l'employeur en raison de l'activité développée par son employé.

6.2 In casu, le contrat de travail du 1^{er} décembre 2003 prévoyait, en cas de transgression de la clause de prohibition de concurrence, une peine conventionnelle de 100 000 fr. La Cour civile, suivant les juges de première instance, a considéré que la peine était excessive et l'a réduite au montant de 63 000 fr. au vu de la faute commise par la travailleuse, de la nature

et de la durée du contrat qui la liait à l'intimée ainsi que de la quotité de son dernier salaire annuel.

A l'appui de son grief tendant à une nouvelle réduction de la clause pénale, la recourante fait valoir que son contrat de travail ne prévoyait, en plus de son salaire fixe, qu'un intéressement de 3%, et non pas de 6% comme l'a retenu la Cour civile au considérant 8.2 de son arrêt. Il n'importe, dès l'instant où il a été constaté, sans que l'arbitraire fût invoqué, qu'aucun intéressement n'a été versé à la défenderesse du fait de la crise économique.

La peine conventionnelle arrêtée en instance cantonale correspond à un peu moins de 77% du dernier salaire annuel brut perçu par la recourante (i.e. 76,92% de 81 900 fr.). Elle est donc inférieure à la limite supérieure admissible préconisée en doctrine. Si elle peut paraître in abstracto élevée, il faut tenir compte que les rapports contractuels ont existé plus de huit ans, ce qui n'est pas une durée brève. La recourante était responsable d'agence, de sorte qu'elle avait une position de cadre. En outre, la travailleuse a obtenu de son employeur, à bien plaisir, que son contrat prenne fin dans le mois, alors que le préavis contractuel de résiliation était de six mois. Or dès le début du mois suivant, elle a été engagée par une entreprise concurrente de l'intimée et a utilisé pour ce nouvel employeur la connaissance de la clientèle qu'elle avait pu acquérir chez la demanderesse, bien que celle-ci, avant le terme de son contrat, l'eût formellement rendue attentive au respect de la clause de non-concurrence convenue. La recourante a donc commis une faute qui doit être qualifiée de grave.

Tout bien pesé, même s'il faut prendre en compte que l'intimée n'a pas prouvé avoir subi un dommage effectif, la peine conventionnelle fixée par les magistrats cantonaux, même si elle se situe dans le haut de la fourchette de ce qui est admissible, n'est pas excessive, de sorte qu'il n'y a pas lieu de la réduire une nouvelle fois.

Le grief est infondé.

Tribunal fédéral, Arrêt du 27 novembre 2012, Doss.-N° 4A_163/2012 (Annulation du l'arrêt de la Chambre des prud'hommes de la Cour de justice du canton de Genève du 20 février 2012), in: ATF 139 III 60

Wirkungen eines Gesamtarbeitsvertrags (Art. 357 OR); Gleichbehandlungsklausel; Vertrag zugunsten Dritter (Art. 112 OR).

Auslegung einer Gleichbehandlungsklausel in einem Unternehmens-GAV als echter Vertrag zugunsten der nicht als Gewerkschaftsmitglieder organisierten Arbeitnehmer, die damit über ein eigenes Recht gegenüber dem Arbeitgeber verfügen (E. 5).

Effets d'une convention collective de travail (art. 357 CO); clause d'égalité de traitement; stipulation pour autrui (art. 112 CO).

Interprétation d'une clause d'égalité de traitement figurant dans une CCT d'entreprise dans le sens d'une stipulation pour autrui parfaite en faveur des travailleurs non syndiqués, qui disposent ainsi d'un droit propre contre l'employeur (consid. 5).

Extraits des faits:

A.

X. SA est une entreprise active dans le domaine du nettoyage d'avions. Elle a conclu deux conventions collectives de travail (ci-après: CCT) avec le Syndicat suisse des services publics (SSP): la CCT pour le personnel mensualisé et la CCT pour le personnel auxiliaire.

Selon l'art. 1 de la CCT pour le personnel mensualisé, celle-ci est applicable à tout le personnel de X. SA Genève – sauf aux cadres (al. 3) – travaillant selon des horaires irréguliers et avec un taux d'occupation d'au moins 50%; ce personnel reçoit un salaire mensuel (al. 1). Selon l'art. 1 de la CCT pour le personnel auxiliaire, celle-ci s'applique à tout le personnel auxiliaire de X. SA Genève; le personnel auxiliaire est rémunéré à l'heure.

X. SA a engagé A. comme nettoyeuse auxiliaire. A l'origine, la durée hebdomadaire du travail était fixée à 15 heures. A partir d'une date indéterminée, A. a été amenée à travailler environ 30 heures par semaine de manière régulière; tel était le cas entre janvier 2004 et juin 2009.

A. a toujours été payée à l'heure. Son salaire de base ainsi que la rémunération des heures de nuit et du dimanche ont été augmentés à chaque fois en fonction des majorations prévues dans la CCT pour le personnel auxiliaire.

A. a adhéré au SSP le 1^{er} décembre 2008.

B.

Par demande déposée le 21 août 2009, A. a ouvert action en paiement contre X. SA. Elle réclamait en particulier un montant de 80 807 fr. représentant la différence entre le salaire perçu de janvier 2004 à juin 2009 et le salaire calculé conformément à la CCT pour le personnel mensualisé. L'employée soutenait en effet que la CCT pour le personnel mensualisé lui était applicable dès lors qu'elle travaillait à plus de 50%.

Par jugement du 19 juillet 2010, le Tribunal des prud'hommes du canton de Genève a rejeté la demande sur ce point. Statuant le 20 février 2012 sur appel de A., la Chambre des prud'hommes de la Cour de justice du canton de Genève a confirmé le jugement de première instance.

C.

A. a interjeté un recours en matière civile.

Le Tribunal fédéral a admis le recours et renvoyé la cause à la cour cantonale pour nouvelle décision. Dans un considérant non publié, il a reconnu tout d'abord que la recourante entrait dans le champ d'application personnel de la CCT pour le personnel mensualisé. L'arrêt a été rendu à la suite d'une délibération en séance publique.

Extrait des considérants:

5.

Il convient à présent d'examiner si la CCT pour le personnel mensuelisé est applicable à la relation de travail liant les parties et, en particulier, si la recourante peut fonder sa prétention salariale sur cette convention collective pour la période antérieure à son adhésion au syndicat.

5.1 Selon l'art. 357 al. 1 CO, les clauses normatives de la convention collective de travail – dont notamment celles relatives au salaire – n'ont en principe d'effet direct et impératif qu'envers les employeurs et travailleurs qu'elles lient, c'est-à-dire les employeurs qui sont personnellement parties à la convention, les employeurs et les travailleurs qui sont membres d'une association contractante (art. 356 al. 1 CO), ou encore les employeurs et les travailleurs qui ont déclaré se soumettre individuellement à la convention (art. 356b al. 1 CO). En outre, le champ d'application de la CCT peut être étendu par décision d'une autorité cantonale ou fédérale (art. 1 de la loi fédérale du 28 septembre 1956 permettant d'étendre le champ d'application de la convention collective de travail [LECC; RS 221.215.311]); en ce cas, les clauses conventionnelles s'appliquent également aux employeurs et travailleurs auxquels elle est étendue. En tant qu'ils dérogent à des clauses impératives, les accords entre employeurs et travailleurs liés par la CCT sont nuls et remplacés par ces clauses, sauf si les dérogations sont stipulées en faveur des travailleurs (art. 357 al. 2 CO).

Par ailleurs, un employeur, lié ou non, peut convenir avec un travailleur non lié d'incorporer la CCT dans le contrat individuel de travail; il faut que les parties manifestent, fût-ce tacitement, la volonté réciproque et concordante de le faire. La CCT ne produit alors pas directement un effet normatif puisque l'employeur conserve, en principe, la faculté de résilier le contrat de travail et d'en conclure un nouveau qui déroge aux clauses normatives de la convention en défaveur du travailleur. Le travailleur peut néanmoins exiger le respect de la CCT en réclamant l'exécution des clauses de son contrat de travail qui reprennent les dispositions conventionnelles (effets dits indirects de la CCT; ATF 123 III 129 consid. 3c p. 135).

Un autre cas de figure se présente lorsque la CCT contient une clause faisant obligation aux employeurs liés par elle d'appliquer ses dispositions normatives à tous leurs employés, qu'ils soient membres d'une association de travailleurs ou non (clause d'égalité de traitement ou clause d'extension). Selon la jurisprudence, le travailleur non organisé ne peut déduire d'une telle clause aucune prétention civile à l'encontre de l'employeur, qui n'engage sa responsabilité qu'envers les parties à la CCT s'il n'applique pas la clause d'égalité de traitement (ATF 81 I 1 consid. 4 p. 3 ss; ATF 123 III 129 consid. 3 p. 131 ss). Dans le dernier arrêt cité, le Tribunal fédéral a refusé de remettre en cause le principe posé dans le premier arrêt, lequel se fonde sur le texte légal et sur la volonté exprimée en son temps par le législateur fédéral (ATF 123 III 129 consid. 3b/aa p. 133);

en particulier, il a rejeté l'argument tiré de l'art. 112 al. 2 CO relatif à la stipulation pour autrui parfaite, en précisant qu'il ne s'agissait que d'une présentation différente du grief touchant la portée des clauses d'égalité de traitement et que, de toute manière, une stipulation pour autrui parfaite ne conférerait pas au travailleur le droit d'actionner directement son employeur puisque que celui-ci n'est pas une «partie» au sens de l'art. 112 al. 2 CO (même arrêt consid. 3d p. 136).

5.2 L'art. 1 al. 1 de la CCT pour le personnel mensualisé contient une clause d'égalité de traitement en tant qu'il prévoit que la convention collective de travail s'applique à «tout le personnel de l'entreprise», indépendamment d'une appartenance au syndicat signataire. Contrairement aux cas envisagés dans les deux arrêts cités plus haut (consid. 5.1), la CCT en cause est une convention collective d'entreprise, c'est-à-dire qu'elle a été conclue par l'employeur lui-même, et non par une association d'employeurs. Il y a lieu de rechercher si, comme la recourante le prétend, cette circonstance a une incidence sur l'issue de la cause.

La clause d'égalité de traitement (ou d'extension) contenue dans une CCT s'analyse juridiquement comme une stipulation pour autrui en faveur des travailleurs non syndiqués (PETER KREIS, *Der Anschluss eines Aussenseiters an den Gesamtarbeitsvertrag*, 1973, p. 46). La stipulation pour autrui, au sens de l'art. 112 CO, est une convention par laquelle un sujet, le stipulant, se fait promettre par un autre, le promettant, une prestation en faveur d'un tiers, le bénéficiaire (ATF 117 II 315 consid. 5d p. 320). L'art. 112 CO distingue la stipulation pour autrui imparfaite (al. 1) de la stipulation pour autrui parfaite (al. 2 et 3). Dans la première, le bénéficiaire est uniquement destinataire de la prestation et seul le stipulant peut agir contre le promettant. En revanche, dans la seconde, stipulant et promettant accordent au tiers le droit d'exiger directement la prestation et, le cas échéant, d'actionner le promettant (arrêt 4A_627/2011 du 8 mars 2012 consid. 3.5.1; PIERRE ENGEL, *Traité des obligations en droit suisse*, 2^e éd. 1997, p. 419 s.). La stipulation pour autrui parfaite ne se présume pas (ATF 123 III 129 consid. 3d p. 136). Elle peut résulter des manifestations de volonté concordantes des parties ou de l'usage (art. 112 al. 2 CO; arrêt précité du 8 mars 2012 consid. 3.5.1).

Lorsqu'une CCT passée par des associations contient une clause d'extension, celle-ci n'est pas de nature normative, mais obligationnelle (VISCHER/ALBRECHT, *Zürcher Kommentar*, 4^e éd. 2006, n° 23 ad art. 356b CO; JEAN-FRITZ STÖCKLI, *Berner Kommentar*, 1999, n° 16 ad art. 356b CO; ESTHER ANNAHEIM-BÜTTIKER, *Die Stellung des Aussenseiter-Arbeitnehmers im System des Gesamtarbeitsvertragsrecht*, 1990, p. 12; KREIS, *op.cit.*, p. 47). La clause d'extension concerne uniquement les droits et obligations des parties à la convention. Le travailleur non lié censé bénéficier de la CCT ne dispose d'aucun moyen direct de faire respecter la convention à son égard (stipulation pour autrui imparfaite); il peut uniquement demander que les parties à la CCT interviennent auprès de l'employeur lié (cf. ATF 81 I 1 con-

sid. 4 p. 4; ATF 123 III 129 consid. 3a p. 132; VISCHER/ALBRECHT, op.cit., n° 23 ad art. 356b CO; KREIS, op.cit., p. 47).

Il est toutefois possible, dans certains cas, que la clause d'égalité s'interprète comme une stipulation pour autrui parfaite; le travailleur non organisé dispose alors d'un droit propre, mais uniquement contre l'association patronale signataire de la convention, afin qu'elle agisse auprès de son membre (cf. ATF 123 III 129 consid. 3d p. 136; VISCHER/ALBRECHT, op.cit., n° 23 ad art. 356b CO; STÖCKLI, op.cit., n° 16 ad art. 356b CO; KREIS, op.cit., p. 47).

Lorsque la clause d'extension figure dans une convention collective d'entreprise, le promettant n'est pas une association d'employeurs, mais bien l'employeur lui-même. Si la volonté des parties à la convention est d'accorder un droit propre au travailleur non syndiqué, rien n'empêche ce dernier, en ce cas, d'agir directement contre l'employeur pour obtenir le respect de la CCT (cf. VISCHER/ALBRECHT, op.cit., n° 23 ad art. 356b CO; THOMAS GEISER, *Probleme des Gesamtarbeitsvertragsrechts in der Schweiz*, ARV/DTA 2004 p. 139).

5.3 Pour déterminer si la stipulation pour autrui contient un droit en faveur du tiers bénéficiaire, il y a lieu d'interpréter avant tout la volonté des parties, ce qui suppose de prendre en considération toutes les circonstances de l'espèce, dont en particulier les termes utilisés (GONZENBACH/ZELLWEGE/GUTKNECHT, in *Basler Kommentar, Obligationenrecht*, vol. I, 5^e éd. 2012, n° 9 ad art. 112 CO).

En l'espèce, la CCT pour le personnel mensualisé indique clairement qu'elle s'applique sans réserve à tout le personnel de l'entreprise remplissant les conditions posées, cadres mis à part (art. 1). En outre, l'art. 5 al. 1 CCT prévoit le prélèvement d'une participation aux frais d'exécution de la convention collective sur les salaires de tous les travailleurs soumis à ladite convention, étant précisé que cette participation sera restituée par le syndicat signataire aux salariés membres de l'association (art. 5 al. 3 CCT). Les travailleurs non organisés participent donc à la même hauteur que les employés syndiqués aux frais d'exécution de la CCT. Enfin, l'art. 14 al. 2 CCT prévoit que la convention et ses annexes font partie intégrante du contrat de travail. Il faut y voir la volonté des parties à la convention collective de n'opérer aucune distinction entre travailleurs syndiqués et non syndiqués et, en particulier, de leur accorder les mêmes droits. Il s'ensuit que la clause d'égalité de traitement figurant dans la CCT pour le personnel mensualisé doit être interprétée comme une stipulation pour autrui parfaite en faveur des travailleurs non syndiqués qui remplissent les conditions personnelles mises à l'application de la convention.

5.4 Avant le 1^{er} décembre 2008, la recourante n'était pas membre du SSP. Comme on l'a vu (consid. 4.3 non publié), elle entre par ailleurs dans le champ d'application personnel de la CCT pour le personnel mensualisé. Pour la période de janvier 2004 à novembre 2008, elle dispose en principe

envers l'intimée d'une prétention salariale fondée sur ladite convention en vertu d'une stipulation pour autrui parfaite.

Cependant, d'après les constatations de la cour cantonale, les parties ont manifesté tacitement leur volonté réciproque et concordante d'incorporer la CCT pour le personnel auxiliaire dans le contrat de travail individuel. Il convient à présent d'examiner l'éventuelle incidence de cette incorporation.

Le travailleur non lié qui peut se prévaloir d'une CCT à la suite d'une incorporation de la convention dans le contrat de travail dispose d'une obligation de nature contractuelle (cf. consid. 5.1). Invoquant l'art. 357 al. 2 CO, la recourante voudrait que cet accord des parties soit écarté au bénéfice de la CCT pour le personnel mensualisé. Selon la disposition susmentionnée, les accords entre employeur et travailleur liés par la convention qui dérogent à des clauses impératives de celle-ci sont nuls et remplacés par ces clauses, sauf si les dérogations sont stipulées en faveur du travailleur (principe de la clause la plus favorable; cf. STREIFF/VON KAENEL/RUDOPH, *Arbeitsvertrag: Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR*, 7^e éd. 2012, n° 3 ad art. 357 CO p. 1467). On peut se demander si le travailleur non syndiqué dont les droits découlent d'une stipulation pour autrui parfaite est lié au sens de l'art. 357 al. 2 CO. La réponse à cette question importe toutefois peu. En effet, s'il ne s'applique pas directement, l'art. 357 al. 2 CO s'applique du moins par analogie. En effet, en vertu des règles de la bonne foi (art. 2 al. 1 CC), l'employeur ne peut pas, par une stipulation pour autrui parfaite, accorder aux travailleurs non organisés des droits tirés d'une convention collective et, par ailleurs, limiter ces droits par le biais d'un accord contractuel, par exemple en incorporant au contrat de travail les dispositions moins favorables d'une autre convention.

Il s'ensuit que la recourante peut fonder ses prétentions salariales pour la période de janvier 2004 à novembre 2008 sur la CCT pour le personnel mensualisé.

5.5 Il en va a fortiori de même pour la période de décembre 2008 à juin 2009, pendant laquelle la recourante était liée par la CCT pour le personnel mensualisé en tant que membre du syndicat signataire.

Tribunal fédéral, Arrêt du 10 décembre 2012, Doss.-N° 4A_465/2012 (Rejet du recours en matière civile interjeté contre l'arrêt de la Cour de justice du canton de Genève, Chambre des prud'hommes, du 19 juin 2012)

Tort moral.

Art. 336 CO. Pour pouvoir invoquer l'application de l'article 336 al. 1 lettre c ou d CO, l'employé doit démontrer l'existence de «prétentions» qui résultent du contrat de travail. Tel n'est pas le cas de prestations prévues par un plan social qui ne repose pas sur le contrat de

travail mais prend la forme d'une convention collective de travail particulière, voire d'un nouvel accord conclu entre les parties (c. 2.3).

Art. 49 CO. L'allocation d'une indemnité pour tort moral suppose que l'atteinte ait une certaine gravité objective et qu'elle ait été ressentie par la victime, subjectivement, comme une souffrance morale suffisamment forte pour qu'il apparaisse légitime qu'une personne, dans ces circonstances, s'adresse au juge pour obtenir réparation. Ainsi, dans certaines situations, malgré l'illicéité de l'atteinte à la personnalité, la victime ne pourra bénéficier d'aucun dédommagement au titre du tort moral. En l'espèce, il ne suffisait pas, pour la victime, de démontrer que les données personnelles avaient été traitées de façon illícite. En effet, il lui appartenait, en vertu de l'art. 8 CC, d'alléguer et de prouver les faits permettant de constater que l'atteinte ressentie était objectivement et subjectivement grave (c. 3.2).

Extraits des faits:

En 1998, X. (ci-après: l'employé) a été engagé comme technicien en informatique auprès de Z. SA (ci-après: Z. ou l'employeuse. Il était chargé d'installer le matériel informatique, de le remettre en état en cas de défectuosité et de répondre à la hotline. Son dernier salaire mensuel brut s'élevait à 7390 fr.

L'employeuse dispose d'une «Charte d'utilisation des systèmes d'information du Groupe A.Z.» (ci-après: la Charte informatique). Cette Charte prévoit, en particulier, que «l'utilisation du système informatique est réservée, par principe à un usage professionnel. Toutefois une utilisation pour motifs personnels des systèmes d'information du Groupe peut être tolérée à condition notamment que cet usage ne puisse pas nuire aux intérêts du Groupe et se cantonne dans des limites de fréquence très modérées». Il y est également précisé que «tout échange et publication d'informations appartenant au groupe, à travers le réseau Internet, doit être soumis à l'autorisation préalable de la hiérarchie de niveau adéquat. Par ailleurs, afin de garantir la sécurité des Systèmes d'information du Groupe, l'ensemble des échanges réalisés par les utilisateurs peut être audité à tout moment».

A la fin du mois d'octobre 2009, la direction générale de Z. a reçu une lettre anonyme faisant état de dysfonctionnements et de comportements inappropriés au sein de la société. Le département informatique, notamment, y était mis en cause, ce courrier indiquant, entre autres, que des membres de l'équipe informatique avaient accès, sans droit, à certaines données et que des personnes avaient téléchargé des films et des programmes informatiques non autorisés. Cette lettre contenait, de plus, une liste des salaires de nombreux employés de l'entreprise. Afin de déterminer si les faits dénoncés s'étaient réellement produits, l'employeuse a mandaté le cabinet d'audit A. pour conduire une enquête. A. a été chargée de vérifier

si des membres du service informatique avaient eu accès à des fichiers de salaires, des boîtes e-mail et des procès-verbaux de séances du conseil d'administration et de la direction, à des dossiers personnels des ressources humaines et à des téléchargements non autorisés. Le 2 novembre 2009, A. a fait réunir le personnel des «groupes IP et support et applications» de Z. pour lui exposer le déroulement des opérations à venir. L'employé était présent à cette occasion, parmi plusieurs autres membres de son service. Ensuite, A. s'est fait remettre les ordinateurs fixes, les ordinateurs portables et les supports de données de l'ensemble des membres de l'équipe IP. A. a obtenu et analysé notamment les ordinateurs et supports de données que l'employé lui a remis, après quoi elle a interrogé les collaborateurs du service concerné. Il résulte du rapport établi par A., communiqué le 18 décembre 2009 à Z., que le cabinet d'audit n'a trouvé aucune trace de la lettre anonyme précitée, ni de dossiers personnels des ressources humaines dans les ordinateurs et supports de données que lui a remis l'employé. En revanche, le rapport mettait en évidence que celui-ci possédait sur son disque dur diverses données non autorisées et qu'il avait échangé, en violation de la Charte informatique de l'employeuse, des courriels avec son épouse.

Parallèlement à cette enquête, Z. a mis en place une procédure de licenciement collectif. Il a été retenu que la mesure, qui était susceptible de concerner une trentaine de personnes, ne visait pas les membres du service informatique mais qu'elle touchait essentiellement les visiteurs médicaux sur le terrain. Le 10 novembre 2009, tous les employés de Z. ont été informés que, finalement, vingt-quatre personnes seraient licenciées le 30 novembre 2009. Dans ce contexte, l'employeuse a élaboré un plan social. Par courrier du 18 décembre 2009, date à laquelle elle s'est fait remettre le rapport de A., l'employeuse a licencié son employé, pour le 31 mars 2010, indiquant que le lien de confiance était rompu «en raison des faits mentionnés oralement». Il a été libéré de l'obligation de travailler durant le délai de congé. Le 20 janvier 2010, l'employé a adressé un courrier recommandé à Z., dans lequel il contestait son congé, le qualifiant d'injuste. Il a demandé le bénéfice du plan social et une confirmation écrite des motifs du congé litigieux.

Le 18 juin 2010, l'employé a saisi le Tribunal des prud'hommes du canton de Genève d'une demande en paiement. Il a conclu à ce que l'employeuse soit condamnée à lui payer 44 340 fr. à titre d'indemnité pour licenciement abusif, 90 063 fr. à titre d'indemnité fondée sur le plan social, et 10 000 fr. pour tort moral. L'employeuse devait en outre être condamnée à lui remettre un certificat de travail avec un contenu déterminé. Dans ses écritures du 23 mars 2011, l'employé a porté sa conclusion en paiement d'une indemnité pour tort moral de 10 000 fr. à 20 000 fr., argumentant que l'employeuse avait également accédé à ses boîtes de messagerie à son insu et sans son autorisation. Par jugement du 11 juillet 2011, le Tribunal des prud'hommes a condamné l'employeuse à délivrer à l'employé un certificat de travail adapté et il a débouté le demandeur de ses autres conclusions.

La Chambre des prud'hommes de la Cour de justice du canton de Genève, par arrêt du 19 juin 2012, a rejeté l'appel formé par l'employé et confirmé le jugement entrepris.

L'employé exerce un recours en matière civile au Tribunal fédéral contre l'arrêt cantonal du 19 juin 2012.

Extraits des considérants:

2.

2.1 Les juges cantonaux ont considéré que le motif de congé allégué par l'intimée, à savoir la rupture des liens de confiance consécutive à divers manquements de l'employé, était réel. Ils ont également rappelé que le recourant ne faisait pas partie des personnes visées par la procédure de licenciement collectif, que, partant, les prestations prévues par le plan social ne lui étaient pas destinées et que le congé litigieux n'avait dès lors pas pour but de le priver de ces prestations.

Le recourant soutient que le motif invoqué par l'employeuse n'était pas réel et qu'elle lui a notifié son congé afin d'éviter, dans son cas, d'appliquer le plan social qui avait été mis en œuvre en faveur de ses collègues licenciés durant la même période pour raisons économiques.

2.2 Selon l'art. 335 al. 1 CO, le contrat de travail conclu pour une durée indéterminée peut être résilié par chacune des parties. En droit suisse du travail, la liberté de la résiliation prévaut, de sorte que, pour être valable, un congé n'a en principe pas besoin de reposer sur un motif particulier. Le droit de chaque cocontractant de mettre unilatéralement fin au contrat est cependant limité par les dispositions sur le congé abusif (art. 336 ss CO). L'art. 336 al. 1 et 2 CO énumère des cas dans lesquels la résiliation est abusive. Cette liste n'est toutefois pas exhaustive et un abus du droit de mettre un terme au contrat de travail peut également se rencontrer dans d'autres situations, qui apparaissent comparables, par leur gravité, aux cas expressément envisagés à l'art. 336 CO (ATF 136 III 513 consid. 2.3 p. 514 s.; 132 III 115 consid. 2.1 p. 116 s.; 131 III 535 consid. 4.1 et 4.2 p. 537 s.).

Il appartient à la personne licenciée d'apporter la preuve du caractère abusif du congé (ATF 130 III 699 consid. 4.1 p. 703; 123 III 246 consid. 4b p. 252 et les références).

2.3 En l'espèce, le recourant ne tente pas de démontrer que le congé serait abusif pour un motif non énuméré dans la liste exemplative de l'art. 336 al. 1 et 2 CO. En particulier, il ne revient pas sur la motivation de la cour cantonale qui traite de la manière dont il a été licencié (arrêt entrepris consid. 4.2 p. 21 s.), étant rappelé que l'abus de la résiliation peut découler non seulement des motifs du congé, mais également de la façon dont la partie qui met fin au contrat exerce son droit (cf. ATF 136 III 513 consid. 2.3 p. 514).

Le recourant se plaint de ce que l'intimée a voulu le priver des prestations prévues par le plan social qu'elle avait mis sur pied. Il se réfère ainsi à des prétentions auxquelles il aurait droit et, implicitement, renvoie aux let. c et d de l'art. 336 al. 1 CO. Il n'indique toutefois pas précisément laquelle des deux situations il entend viser.

Il n'importe en l'espèce, puisque l'argumentation du recourant tombe à faux, que l'on se fonde sur l'un ou l'autre de ces motifs.

Le recourant considère que la société intimée a voulu l'empêcher, par un congé-prétexte, d'intégrer la procédure de licenciement collectif et de bénéficier du plan social. Il est fort douteux que cette «construction» réalise les conditions d'application des let. c et d de l'art. 336 al. 1 CO. Il faut rappeler que, dans les deux cas de figure, les «prétentions» doivent découler du contrat de travail (sur l'ensemble de la question: cf. MARIE-GISELE ZOISS, *La résiliation abusive du contrat de travail*, thèse Lausanne 1997, p. 196 s. et p. 202 ss et les références citées); or, les prestations dont se prévaut le recourant sont prévues par un plan social qui ne repose pas sur le contrat de travail mais prend la forme d'une convention collective de travail particulière, voire d'un nouvel accord conclu entre les parties (pour les détails: RÉMY WYLER, *Droit du travail*, 2^e éd. 2008, p. 483 ss). On voit en outre mal que le congé donné à l'employé ait pu «empêcher la naissance de prétentions juridiques» en sa faveur (cf. art. 336 al. 1 let. c CO), le licenciement collectif ayant déjà été prononcé (le 30 novembre 2009) lorsque le recourant a été licencié à son tour (le 18 décembre 2009). Enfin, le recourant n'a pas allégué qu'avant d'être licencié il aurait formulé vis-à-vis de l'employeuse une quelconque prétention en rapport avec le plan social (cf. art. 336 al. 1 let. d CO).

Il n'est toutefois pas utile d'approfondir ces divers points, la prémisse de fait sur laquelle s'appuie le recourant (soit l'affirmation selon laquelle il était également concerné par la restructuration ayant conduit à la procédure de licenciement collectif) n'étant de toute façon pas avérée. Il résulte en effet clairement des constatations cantonales qu'étant donné qu'il «travaillait pour le compte du service informatique, [le recourant] ne faisait pas partie des personnes visées par la procédure de licenciement», celle-ci touchant «essentiellement les visiteurs médicaux sur le terrain». Le recourant soutient que ce constat est arbitraire (art. 9 Cst.), le plan social élaboré par la société intimée ayant été conçu de façon plus large, qu'il en était bénéficiaire et que rien ne permettait de réduire la portée de ce plan dans le but de l'en exclure.

L'argumentation basée sur la portée du plan social est sans consistance. Le recourant n'entrait pas dans la catégorie des travailleurs touchés par le licenciement collectif et il n'était donc pas bénéficiaire de ce plan. Ce dernier document, présenté par le recourant lui-même, indique d'ailleurs bien, dans un résumé dépourvu de toute ambiguïté, que les employés concernés sont «donc les personnes dont le contrat à durée indéterminée est résilié le 30 novembre et qui sont aptes au travail à l'issue dudit contrat au

sens de la Loi sur le chômage». Quand le recourant parle d'interprétation du plan social selon le principe de la confiance (art. 18 CO), d'égalité de traitement (art. 8 Cst. en lien avec l'art. 328 CO), d'abus de droit (art. 2 al. 2 CC) et d'application des normes sur le contrat de travail (art. 319 ss CO, plus singulièrement l'art. 322 CO), il vise exclusivement l'application de ce plan à ses bénéficiaires (auxquels il n'appartient pas). Toute discussion à ce sujet est donc vaine.

A lui seul, le fait que le nombre de membres du help desk (dont le recourant faisait partie) soit passé de quatre en 2009, à deux en 2011, est impropre à démontrer que le recourant aurait été licencié, en 2009, pour cause de restructuration. Partant, il ne permet a fortiori pas de démontrer que la cour cantonale aurait arbitrairement retenu qu'en 2009 le secteur informatique (soit également le recourant) n'était pas concerné par la restructuration. Il n'est d'ailleurs pas contesté que les autres membres du service informatique licenciés à la même époque (sur la base du rapport de A.) l'ont été en raison de divers manquements, et non pour des raisons économiques.

On observera au demeurant, pour conclure sur ce point, qu'on voit mal pourquoi la société intimée aurait dû se fonder sur la «construction» présentée par le recourant pour écarter celui-ci des prestations offertes par le plan social. A cet égard, il faut rappeler que le droit suisse n'impose pas à l'employeur le paiement de prestations supplémentaires (sous la forme de plan social) autres que celles qui sont ordinairement prévues par le contrat de travail (entre autres auteurs: WYLER, op.cit., p. 481). Si l'employeur estimait n'avoir pas les moyens de s'acquitter d'un plan social pour des personnes supplémentaires (outre les vingt-quatre personnes touchées par les congés notifiés le 30 novembre 2009), il avait la possibilité d'atténuer les conséquences du licenciement avec un plan social plus modeste.

Il s'ensuit que le recourant ne pouvait se prévaloir d'aucune prétention juridique en rapport avec le plan social, de sorte que l'hypothèse qu'il dénonce ne correspond pas aux situations visées par l'art. 336 al. 1 let. c et d CO. On ne saurait donc pas reprocher à la cour précédente d'avoir transgressé l'art. 336 al. 1 CO évoqué de façon générale par le recourant, ni d'ailleurs l'art. 2 al. 2 CC et l'art. 328 CO qu'il se limite à citer dans la même perspective dans le mémoire de recours.

Les griefs tirés de l'arbitraire (art. 9 Cst.) évoqués par le recourant dans la première partie de son mémoire ont pour seul objectif de démontrer que le motif invoqué par la société intimée n'était qu'un prétexte destiné à éviter de lui faire bénéficier des prestations prévues par le plan social. Le congé n'ayant de toute manière pas fait obstacle d'une quelconque manière à une prétention (inexistante) au sens de l'art. 336 al. 1 let. c et d CO, il n'est pas nécessaire d'examiner les nombreux moyens soulevés par le recourant sous l'angle de l'arbitraire.

3.

3.1 Indépendamment de la notification du congé en tant que telle, la cour cantonale a examiné si le recourant avait subi des atteintes à sa per-

sonnalité dans le cadre des rapports de travail. Elle a écarté les atteintes alléguées par le recourant (agression prétendument physique, usage de surnoms, local dévalorisant mis à disposition, absence d'invitation à une formation en lien avec son travail). En rapport avec l'enquête menée pour étudier les dysfonctionnements au sein de la société, les magistrats précédents ont admis que l'intimée, en mandatant A. pour effectuer une enquête ponctuelle, a troublé la sphère privée du travailleur, en particulier en vérifiant ses messageries privée et professionnelle. Ils ont toutefois indiqué que cette atteinte était justifiée par le consentement du recourant, ainsi que par un intérêt prépondérant de la société intimée.

Le recourant ne revient pas sur la plupart des atteintes alléguées en procédure cantonale. Il est par contre d'avis que c'est de manière arbitraire (art. 9 Cst.) que l'instance cantonale retient que les enquêteurs de A. ont pu se prévaloir de son consentement pour accéder à sa messagerie personnelle, autrement dit à sa boîte électronique privée, celui-ci n'ayant jamais été donné, même implicitement. Invoquant la transgression des art. 328, 328b CO, de l'art. 28 CC et des art. 1 ss LPD, il reproche à la cour cantonale d'avoir considéré l'atteinte comme justifiée en l'absence de consentement et d'intérêt prépondérant de l'auteur de l'atteinte.

3.2 En l'espèce, il n'est pas contesté que l'intimée a troublé la sphère privée du recourant en accédant à sa messagerie privée. La cour cantonale estime toutefois qu'elle pouvait se prévaloir des motifs justificatifs prévus à l'art. 28 al. 2 CC. La question peut ici rester indécise, le tort moral – qui découlerait de l'atteinte illicite à la personnalité du recourant – n'étant de toute façon pas établi.

Le salarié victime d'une atteinte à sa personnalité contraire à l'art. 328 CO (soit également à l'art. 328b CO) du fait de son employeur peut, le cas échéant, prétendre à une indemnité pour tort moral aux conditions fixées par l'art. 49 al. 1 CO (art. 97 al. 1 et art. 99 al. 3 CO; ATF 130 III 699 consid. 5.1 p. 704; 125 III 70 consid. 3a p. 74).

Cette disposition prévoit que celui qui subit une atteinte illicite à sa personnalité a droit à une somme d'argent à titre de réparation morale, pour autant que la gravité de l'atteinte le justifie et que l'auteur ne lui ait pas donné satisfaction autrement. N'importe quelle atteinte légère à la réputation professionnelle, économique ou sociale d'une personne ne justifie pas une réparation (ATF 130 III 699 consid. 5.1 p. 704; 125 III 70 consid. 3a p. 75). L'allocation d'une indemnité pour tort moral fondée sur l'art. 49 al. 1 CO suppose que l'atteinte ait une certaine gravité objective et qu'elle ait été ressentie par la victime, subjectivement, comme une souffrance morale suffisamment forte pour qu'il apparaisse légitime qu'une personne, dans ces circonstances, s'adresse au juge pour obtenir réparation (arrêts 4A_665/2010 du 1^{er} mars 2011 consid. 6.1; 4A_128/2007 du 9 juillet 2007 consid. 2.3). Ainsi, dans certaines situations, malgré l'illicéité de l'atteinte à la personnalité, la victime ne pourra bénéficier d'aucun dédommagement au titre du tort moral (cf. ATF 129 III 715 consid. 4.4. p. 726).

Il ne suffit pas, pour la victime, de démontrer que les données personnelles ont été traitées de façon illicite (DAVID ROSENTHAL, in Handkommentar zum Datenschutzgesetz, 2008, n° 50 ad art. 15 al. 1 LPD). En l'espèce, il appartenait au recourant, en vertu de l'art. 8 CC, d'alléguer et de prouver les faits permettant de constater que l'atteinte ressentie était objectivement et subjectivement grave (cf. ATF 120 II 97 consid. 2b p. 99; CORRADO RAMPINI, in Basler Kommentar, Datenschutzgesetz, 2^e éd. 2006, n° 22 ad art. 15 LPD).

Le recourant ne fournit pas cette démonstration. Il ne prouve pas qu'il aurait subi un tort sérieux sur le plan personnel (par exemple des souffrances psychiques ou une atteinte à la considération). Il part du principe que l'atteinte doit être qualifiée de grave «car absolument injustifiée et touchant la sphère secrète», sans donner la moindre explication à ce sujet; il se limite à affirmer qu'une messagerie privée «est susceptible de contenir des informations telles que des communications relatives à la santé de l'intéressé ou de tiers, à la vie familiale, ou d'autres éléments éminemment personnels». Il fournit ainsi une simple hypothèse sans toutefois démontrer si celle-ci, dans les circonstances d'espèce, a eu pour effet de lui causer un véritable tort moral (cf. ATF 129 III 715 consid. 4.4 p. 725; ROSENTHAL, op.cit., n° 50 ad art. 15 LPD). Le recourant ne prétend pas non plus avoir effectué les allégations correspondantes en procédure cantonale et on ne trouve aucune trace de telles allégations. Il apparaît ainsi que son argumentation juridique repose sur des faits qui n'ont pas été allégués précédemment et dont le Tribunal fédéral ne saurait dès lors tenir compte (art. 99 al. 1 LTF; ATF 130 III 28 consid. 4.4 p. 34; 129 III 135 consid. 2.3.1 p. 144 et l'arrêt cité; arrêt 4A_245/2009 du 6 avril 2010 consid. 4.4).

Bundesgericht, Urteil vom 21. Dezember 2012, Doss.-Nr. 4A_595/2012 (Bestätigung des Urteils des Kantonsgerichts St. Gallen vom 26. September 2012)

Der Arbeitnehmer ist auch dann, wenn eine Kündigung aus begründetem Anlass im Sinne von Art. 340c Abs. 2 OR zum Wegfall des nachvertraglichen Konkurrenzverbots geführt hat, während der Kündigungsfrist noch an das aus Art. 321a OR fliessende Konkurrenzverbot gebunden. Zwar ist es ihm erlaubt, während der Kündigungsfrist eine nachvertragliche konkurrenzierende Tätigkeit vorzubereiten, wozu auch die Gründung einer Konkurrenzgesellschaft gehört; er darf aber damit eine vertragliche Erweiterung des aus der allgemeinen Treuepflicht (Art. 321a OR) fliessenden Konkurrenzverbots nicht verletzen (E. 2).

Gemäss Art. 163 Abs. 3 OR hat der Richter eine übermässig hohe Konventionalstrafe wegen Verletzung der vertraglichen Erweiterung

des aus der allgemeinen Treuepflicht fliessenden Konkurrenzverbots nach seinem Ermessen herabzusetzen (E. 5.1).

Sachverhalt:

Mit Arbeitsvertrag vom 23. April 2008 wurde F. (Arbeitnehmer, Beklagter, Beschwerdeführer) von der Z. AG (Arbeitgeberin, Klägerin, Beschwerdegegnerin) als «Global Product Line Manager – PIR & Traffic» mit Arbeitsbeginn am 13. Juli 2008 angestellt. Der Arbeitnehmer war bereits in den Jahren 2003 bis 2008 für eine Tochtergesellschaft der Rechtsvorgängerin der Z. AG sowie eine Gesellschaft des Z.-Konzerns in den USA im Bereich Verkauf tätig. Im genannten Arbeitsvertrag vereinbarten die Parteien unter Ziffer XIV für die Dauer des Vertragsverhältnisses sowie sechs Monate nach dessen Beendigung ein Konkurrenz- und Abwerbeverbot, unter Abrede einer Konventionalstrafe von sechs Bruttomonatslöhnen. Mit Schreiben vom 6. Februar 2009 kündigte der Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis auf den 6. April 2009. Kurz vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses, am 19. März 2009, gründete er zusammen mit sechs weiteren Personen die X. AG mit Sitz in Y.

Am 22. April 2010 reichte die Arbeitgeberin beim Kreisgericht See-Gaster Klage gegen den Arbeitnehmer ein mit dem Begehren, der Arbeitnehmer sei unter Nachklagevorbehalt zu verpflichten, ihr eine Konventionalstrafe von Fr. 85 000.– zuzüglich Zins von 5% seit dem 15. Oktober 2009 zu bezahlen und es sei der in der Betreibung Nr. nnn. des Betreibungsamtes Chur erhobene Rechtsvorschlag in diesem Umfang zu beseitigen. Mit Entscheid vom 11. Oktober 2011 hiess das Kreisgericht See-Gaster die Klage teilweise gut und verpflichtete den Beklagten, der Klägerin Fr. 25 000.– nebst 5% Zins seit dem 15. Oktober 2009 zu bezahlen und hob den Rechtsvorschlag in der Betreibung Nr. nnn. des Betreibungsamtes Chur in diesem Umfang auf. Soweit das Kreisgericht die Klage teilweise schützte und im Übrigen abwies, führte es aus, dass das im Arbeitsvertrag vereinbarte nachvertragliche Konkurrenzverbot dahingefallen sei, da der Beklagte das Arbeitsverhältnis aus begründetem Anlass gekündigt habe. Hingegen habe dieser noch während des Arbeitsverhältnisses mit seiner Beteiligung bei der Gründung der X. AG, die wie die Klägerin Verkehrsdetektoren produziere und verkaufe, die in Ziffer XIV des Arbeitsvertrages konkretisierte Treuepflicht verletzt. Für diese Verletzung erscheine die vereinbarte Konventionalstrafe von Fr. 85 000.– indes als zu hoch; unter Berücksichtigung der besonderen Umstände sei sie auf Fr. 25 000.– herabzusetzen. Gegen diesen Entscheid erhob der Beklagte beim Kantonsgericht St. Gallen Berufung mit dem Antrag, es sei der erstinstanzliche Entscheid aufzuheben und die Klage abzuweisen. Die Klägerin erhob Anschlussberufung mit dem Antrag, die Klage sei vollumfänglich gutzuheissen. Mit Entscheid vom 26. September 2012 wies das Kantonsgericht St. Gallen die

Berufung und die Anschlussberufung ab. Der Beklagte gelangte ans Bundesgericht.

Aus den Erwägungen:

2.

Die Vorinstanz erwog, dass der Beschwerdeführer aus begründetem Anlass im Sinne von Art. 340c Abs. 2 OR gekündigt habe, womit sich die Beschwerdegegnerin nicht auf das vereinbarte nachträgliche Konkurrenzverbot berufen könne. Allerdings sei der Arbeitnehmer auch dann, wenn eine Kündigung aus begründetem Anlass zum Wegfall des nachvertraglichen Konkurrenzverbots geführt habe, während der Kündigungsfrist noch an das aus Art. 321a OR fliessende Konkurrenzverbot gebunden. Zwar sei es ihm erlaubt, während der Kündigungsfrist eine nachvertragliche konkurrierende Tätigkeit vorzubereiten, worunter auch die Gründung einer Konkurrenzgesellschaft gehöre, dürfe aber damit eine vertragliche Erweiterung des aus der allgemeinen Treuepflicht (Art. 321a OR) fliessenden Konkurrenzverbots nicht verletzen. Ein solches vertraglich erweitertes Konkurrenzverbot ergebe sich aus Ziffer XIV des Arbeitsvertrages; indem der Beschwerdeführer während des laufenden Arbeitsverhältnisses ein Konkurrenzunternehmen mitgegründet und sich daran beteiligt habe, habe er Ziffer XIV des Arbeitsvertrages verletzt.

3.

Nicht mehr strittig ist vor Bundesgericht die Frage, ob der Beschwerdeführer aus begründetem Anlass gekündigt hat und damit das nachvertragliche Konkurrenzverbot weggefallen ist. Streitig ist nur noch die Frage, ob die Vorinstanz den Beschwerdeführer zu Recht zur Bezahlung einer (reduzierten) Konventionalstrafe, wegen Verletzung der vertraglichen Erweiterung des aus der allgemeinen Treuepflicht fliessenden Konkurrenzverbots, verurteilt hat.

4.

4.1 Der Beschwerdeführer rügt eine Verletzung von Art. 321a ff. OR, insbesondere von Art. 321e OR. Er macht geltend, der vereinbarten Konventionalstrafe komme eindeutig nur Schadenausgleichscharakter zu, was gestützt auf Art. 321e OR unzulässig sei. Wäre es die Absicht der Parteien gewesen, mit der Konventionalstrafe, nebst der Schadenausgleichsfunktion, auch eine Konventionalstrafe mit Vorteilsausgleichs-, Straf- und/oder Disziplinarcharakter zu vereinbaren, hätte dies ausdrücklich und separat im Arbeitsvertrag geregelt werden müssen. Aus der Formulierung der Ziffer XIV des Arbeitsvertrages könne man nicht schliessen, es sei zusätzlich eine Konventionalstrafe mit Bussencharakter vereinbart worden. Aus dem Schlusssatz gehe vielmehr hervor, dass sich der Arbeitgeber vorbehalte, den Ersatz des weiteren Schadens geltend zu machen. Daraus ergebe sich e contrario, dass die Konventionalstrafe nach dem Willen der Parteien nur Schadenausgleichsfunktion haben sollte.

4.2 Der Inhalt eines Vertrags bestimmt sich in erster Linie durch subjektive Auslegung, das heisst nach dem übereinstimmenden wirklichen Parteiwillen (Art. 18 Abs. 1 OR). Wenn dieser 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, die ihnen vorausgegangen und unter denen sie abgegeben worden sind, verstanden werden durften und mussten (BGE 132 III 24 E. 4 S. 27 f.; 131 III 606 E. 4.1 S. 611; je mit Hinweisen). Das Bundesgericht überprüft diese objektivierte Auslegung von Willenserklärungen als Rechtsfrage, wobei es an Feststellungen des kantonalen Richters über die äusseren Umstände sowie das Wissen und Wollen der Beteiligten grundsätzlich gebunden ist (Art. 105 Abs. 1 BGG; BGE 133 III 61 E. 2.2.1 S. 67 mit Hinweisen).

4.3 Die Vorinstanz hat festgestellt, dass die von den Parteien im Arbeitsvertrag vom 23. April 2008 in Ziffer XIV vereinbarte Konventionalstrafe einerseits Straf- und Disziplinarcharakter habe, andererseits aber offensichtlich auch deshalb vereinbart worden sei, um einen allfälligen Schaden der Beschwerdegegnerin auszugleichen. Dass dies insbesondere auch von der Beschwerdegegnerin so verstanden wurde, ergebe sich einerseits implizit aus dem Umstand, dass sie die Höhe der geltend gemachten Konventionalstrafe unter anderem mit dem angeblich eingetretenen Schaden begründe, und es folge andererseits auch aus ihrer eigenen Übersetzung des Schlusssatzes von Ziffer XIV des Arbeitsvertrages («Der Arbeitgeber behält sich ausserdem vor, den Ersatz des weiteren Schadens geltend zu machen»). Die vereinbarte Konventionalstrafe habe demnach teilweisen Ersatzcharakter und sei in dieser Hinsicht – soweit Verletzungen des Konkurrenzverbots während des laufenden Arbeitsverhältnisses betroffen seien – aufgrund der relativ zwingenden Bestimmung von Art. 321e i.V.m. Art. 362 Abs. 1 OR ungültig. Aus diesem Grund sei dem erstinstanzlichen Gericht beizupflichten, dass die vereinbarte Konventionalstrafe herabzusetzen sei.

4.4 Diese Ausführungen sind bundesrechtlich nicht zu beanstanden. Die Vorinstanz hat mittels Auslegung des Schlusssatzes von Ziffer XIV des Arbeitsvertrages («In addition, the Employer reserves the right to claim compensation for damages as well as the right to the remedy of specific performance»; deutsche Übersetzung: «Der Arbeitgeber behält sich ausserdem vor, den Ersatz des weiteren Schadens geltend zu machen») erkannt, dass der vereinbarten Konventionalstrafe nebst der Straf- und Disziplinarfunktion auch Ersatzcharakter zukommt. Es ist nicht ersichtlich, inwiefern diese Auslegung falsch sein soll, plädiert doch der Beschwerdeführer selber dafür, dass die von den Parteien in Ziffer XIV vereinbarte Konventionalstrafe als Ganzes Ersatzcharakter zukomme. Bezüglich der Feststellung der Vorinstanz, wonach nicht zu bezweifeln sei, dass der vereinbarten Konventionalstrafe (auch) Straf- und Disziplinarcharakter haben sollte, was dem Üblichen entspreche, bringt der Beschwerdeführer nichts vor. Er

macht lediglich geltend, dass disziplinarische Massnahmen im Arbeitsvertrag klar umschrieben, verhältnismässig und vorbestimmt sein müssen, tut aber nicht dar, inwiefern Ziffer XIV des Arbeitsvertrages dem nicht genügen würde. Es ist demnach auch im bundesgerichtlichen Verfahren davon auszugehen, dass der von den Parteien vereinbarten Konventionalstrafe sowohl Ersatz- als auch Strafcharakter zukommt.

5.

Insoweit als der vereinbarten Konventionalstrafe somit Ersatzcharakter zukommt, hat die Vorinstanz zu Recht erwogen, dass diese mit Art. 321e OR unvereinbar und dementsprechend zu reduzieren ist. Der Beschwerdeführer bringt vor, die von der Vorinstanz vorgenommene Kürzung der Konventionalstrafe sei unverhältnismässig. Eine Konventionalstrafe dürfe einen Tagesverdienst nicht überschreiten.

5.1 Gemäss Art. 163 Abs. 3 OR hat der Richter übermässig hohe Konventionalstrafen nach seinem Ermessen herabzusetzen. Dabei ist aus Gründen der Vertragstreue und der Vertragsfreiheit Zurückhaltung geboten, denn die Strafe kann von den Parteien an sich in beliebiger Höhe festgesetzt werden (Art. 163 Abs. 1 OR). Ein richterlicher Eingriff in den Vertrag rechtfertigt sich nur, wenn der verabredete Betrag so hoch ist, dass er das vernünftige, mit Recht und Billigkeit noch vereinbarte Mass übersteigt (BGE 133 III 201 E. 5.2 S. 209; 133 III 43 E. 3.3.1 S. 48). Eine Herabsetzung der Konventionalstrafe rechtfertigt sich insbesondere, wenn zwischen dem vereinbarten Betrag und dem im Zeitpunkt der Vertragsverletzung bestehenden Interesse des Ansprechers, daran im vollen Umfang festzuhalten, ein krasses Missverhältnis besteht. Ob diese Voraussetzung gegeben ist, entscheidet sich nicht allgemein, sondern hängt von den Umständen des Einzelfalles ab. Dazu gehören insbesondere die Art und Dauer des Vertrags, die Schwere des Verschuldens und der Vertragsverletzung, das Interesse des Ansprechers an der Einhaltung des Verbots sowie die wirtschaftliche Lage der Beteiligten, namentlich des Verpflichteten. Zu berücksichtigen sind ferner allfällige Abhängigkeiten aus dem Vertragsverhältnis und die Geschäftserfahrungen der Beteiligten. Gegenüber einer wirtschaftlich schwachen Partei rechtfertigt sich eine Herabsetzung eher als unter wirtschaftlich gleichgestellten und geschäftskundigen Vertragspartnern (BGE 133 III 201 E. 5.2 S. 209 f.; 133 III 43 E. 3.3.2 S. 48 f.; je mit Hinweisen). Die tatsächlichen Voraussetzungen einer Herabsetzung und damit auch das Missverhältnis zum Erfüllungsinteresse sind nicht vom Gläubiger, sondern vom Schuldner zu behaupten und nachzuweisen (Art. 8 ZGB; BGE 133 III 201 E. 5.2 S. 210; 133 III 43 E. 4.1 S. 53 f.).

Das Ermessen des Richters (Art. 163 Abs. 3 OR; Art. 4 ZGB) bezieht sich sowohl auf die Frage der Übermässigkeit der Strafe als auch auf den Umfang der Herabsetzung. Beide Male hat der Richter nach Recht und Billigkeit zu entscheiden. Wenn er der Auffassung ist, die Strafe sei übermässig im vorstehend genannten Sinn, hat er sie bloss soweit zu reduzieren, dass sie nicht mehr in dieser Weise als übermässig erscheint (BGE 133 III

201 E. 5.2 S. 210). Diesen Ermessensentscheid überprüft das Bundesgericht an sich frei. Es übt dabei aber Zurückhaltung und schreitet nur ein, wenn die Vorinstanz grundlos von in Lehre und Rechtsprechung anerkannten Grundsätzen abgegangen ist, wenn sie Tatsachen berücksichtigt hat, die für den Entscheid im Einzelfall keine Rolle spielen dürfen, oder wenn sie umgekehrt Umstände ausser Betracht gelassen hat, die hätten beachtet werden müssen. Es greift ausserdem in Ermessensentscheide ein, wenn sich diese als offensichtlich unbillig, als in stossender Weise ungerecht erweisen (BGE 129 III 380 E. 2 S. 381 f.).

5.2 Die Vorinstanz gelangte gestützt auf diese Grundsätze zu einer Herabsetzung der vereinbarten Konventionalstrafe bzw. hat erwogen, dass die vom erstinstanzlichen Gericht vorgenommene Kürzung der eingeklagten Konventionalstrafe auf Fr. 25 000.– angemessen sei. Dabei falle insbesondere ins Gewicht, dass der Beschwerdeführer das Konkurrenzverbot nur punktuell, nämlich mit der Mitwirkung bei der Gründung der Konkurrenzgesellschaft und der finanziellen Beteiligung an dieser verletzt habe, wobei dies zu einem Zeitpunkt gewesen sei, als das Ende des Verbots unmittelbar bevorstanden habe, nämlich rund zweieinhalb Wochen vor der Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Vor diesem Hintergrund dürfe das Interesse der Beschwerdegegnerin an der Einhaltung des Verbots nicht überbewertet werden. Hinzu komme, dass die Verletzung während der Kündigungsfrist erfolgt sei und dem Konkurrenzverbot in dieser Zeit – zumal der Beschwerdeführer das Arbeitsverhältnis aus begründetem Anlass gekündigt habe – nicht mehr das gleiche Gewicht habe beigemessen werden können, welches ihm im ungekündigten Verhältnis zugekommen wäre. Andererseits falle in Betracht, dass den Beschwerdeführer ein nicht unerhebliches Verschulden treffe; der gesetzlichen Treuepflicht komme bei Mitarbeitern in Kaderfunktion, wie sie der Beschwerdeführer inne gehabt habe, eine erhöhte Bedeutung zu. Hinzu komme, dass der Beschwerdeführer – wenn auch nur für beschränkte Zeit – Einblick in den schweizerischen Kundenkreis der Beschwerdegegnerin gehabt habe und demnach auch davon auszugehen sei, dass er die Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnisse gekannt habe. Schliesslich sei dem Beschwerdeführer entgegen zu halten, dass er es in der Hand gehabt habe, auf eine Verschiebung der Gründung der Konkurrenzgesellschaft um wenige Wochen hinzuwirken.

5.3 Es besteht kein hinlänglicher Anlass für das Bundesgericht, in das Ermessen der Vorinstanz einzugreifen. Die Vorinstanz hat überzeugend dargelegt, inwiefern eine Kürzung der eingeklagten Konventionalstrafe auf Fr. 25 000.–, was rund dem Doppelten des dem Beschwerdeführer im Durchschnitt ausbezahlten Bruttomonatslohn entspricht, angemessen ist. Daran ändert nichts, dass sich das erstinstanzliche Gericht bei der Kürzung der Konventionalstrafe nicht mit der Funktion der vereinbarten Konventionalstrafe, resp. mit dem mit Art. 321e OR unvereinbaren Ersatzcharakter auseinandergesetzt hat. Der Beschwerdeführer bringt nicht vor, inwiefern die Vorinstanz bei der Prüfung der Angemessenheit ihr Ermessen über-

schritten hätte, noch was eine Korrektur des vorinstanzlichen Ermessensentscheids rechtfertigen könnte. Insbesondere kann der vom Beschwerdeführer zitierten Lehrmeinung, wonach eine Konventionalstrafe einen Tagesverdienst nicht überschreiten dürfe, nicht gefolgt werden.

Bundesgericht, Urteil vom 21. Dezember 2012, Doss.-Nr. 8D_1/2012 (Bestätigung des Beschlusses des Obergerichts des Kantons Zürich vom 19. Juni 2012)

Eine Frau hat Anspruch auf Mutterschaftsentschädigung, wenn sie Arbeitnehmerin im Sinne von Art. 10 ATSG ist (Art. 16b Abs. 1 lit. c EOG). Der Anspruch auf Mutterschaftsentschädigung besteht bei allen kantonalen Arbeitsverhältnissen unabhängig davon, ob die Angestellte im Monats- oder Stundenlohn, voll- oder teilzeitlich angestellt ist. Bei Angestellten im Stundenlohn mit unregelmässigen Einsätzen wird in der Regel mit dem Durchschnittslohn der vorangehenden zwölf Monate gerechnet, sofern für die betreffende Zeit der Abwesenheit kein konkreter Einsatzplan vorliegt. Vorliegend gelangte die Ersatzrichterin allerdings nur sehr sporadisch zum Einsatz. Ist somit anzunehmen, dass sie auch ohne Mutterschaft im fraglichen Zeitraum nicht mit einer weiteren Tätigkeit als Ersatzrichterin hätte rechnen können und daher auch keine entsprechenden Taggelder zu erwirtschaften in der Lage gewesen wäre, ist ihr ein Anspruch auf Lohnfortzahlung während des besagten Zeitraums abzusprechen (E. 3.2.2 und 4.2.2).

Sachverhalt:

Mit Beschluss der Verwaltungskommission des Obergerichts des Kantons Zürich (nachfolgend: Obergericht) vom 15. Juni 2009 wurde S. bis einstweilen 30. Juni 2010 zur nebenamtlichen Ersatzrichterin am Bezirksgericht X. mit Einzelrichterbefugnis ernannt. Die Ernennung wurde in der Folge um ein weiteres Jahr verlängert. In den zwölf Monaten vor der Geburt ihrer Tochter am 18. Februar 2010 hatte S. für ihre Tätigkeit als Ersatzrichterin Taggelder in der Höhe von insgesamt Fr. 2838.– brutto bezogen. Mit Schreiben vom 18. Juli 2011 stellte sie den Antrag, es sei ihr für die Zeit ihres Mutterschaftsurlaubs ab Februar 2010 ein Betrag von Fr. 873.25 brutto (unter Berücksichtigung der üblichen Abzüge) zu entrichten. Am 27. Juli 2011 wies der Generalsekretär des Obergerichts das Ersuchen um Lohnfortzahlung infolge Mutterschaftsurlaubs verfügungsweise ab. Den dagegen erhobenen Rekurs wies die Verwaltungskommission des Obergerichts mit Beschluss vom 19. Juni 2012 ab. S. führt subsidiäre Verfassungsbeschwerde und beantragt, in Aufhebung des vorinstanzlichen Be-

schlusses sei ein Anspruch auf Lohnfortzahlung während ihres Mutterschaftsurlaubs zu bejahen.

Aus den Erwägungen:

2.

2.1 Die Vorinstanz hat einen Anspruch der Beschwerdeführerin auf Auszahlung von Taggeldern während des Mutterschaftsurlaubs abgelehnt. Die Ernennung zur bezirksgerichtlichen Ersatzrichterin durch Beschluss der Verwaltungskommission des Obergerichts begründe zum einen keinen Rechtsanspruch auf Zuteilung von Verfahren zur Bearbeitung oder auf die Leistung einer bestimmten Anzahl von regelmässigen Einsätzen. Hingegen bestehe ebenfalls keine Pflicht, Einsätze zu übernehmen. Gegenteiliges ergebe sich auch nicht aus der von der Beschwerdeführerin angerufenen E-Mail des Generalsekretärs des Obergerichts vom 26. November 2010. Ferner würden Ersatzrichterinnen und -richter mittels Taggeldern entschädigt. Sie seien somit weder voll- noch teilzeitlich, noch im Monats- oder Stundenlohn angestellt. Die Weisungen der kantonalen Verwaltung fänden in Bezug auf die unregelmässige, auf Taggeldbasis zu entschädigende Ersatzrichtertätigkeit bezüglich Lohnfortzahlung bei Schwangerschaft (recte: Mutterschaft) keine Anwendung. Gegen eine Behandlung der Ersatzrichtereinsätze analog einer gewöhnlichen Anstellung spräche sodann auch das übliche Vorgehen bei der Beendigung eines Ersatzrichterverhältnisses sowie der Umgang mit der Lohnfortzahlung bei Krankheit oder Unfall: Eine Streichung einer Ersatzrichterin oder eines -richters von der Liste der nebenamtlichen Ersatzrichter erfolge nicht unter Berücksichtigung der bei einem Arbeitsverhältnis massgeblichen Form- und Fristerfordernisse, sondern werde – einem Auftragsverhältnis gleich – einseitig durch die obergerichtliche Verwaltungskommission mit sofortiger Wirkung bei der nächsten Verabschiedung der Liste der nebenamtlichen Ersatzrichterinnen und -richter vorgenommen. Auch hier kämen die Weisungen der kantonalen Verwaltung folglich nicht zum Tragen. Gleiches gelte schliesslich bei Krankheit oder Unfall einer Ersatzrichterin oder eines -richters. Falle ein für ein bestimmtes Verfahren vorgesehener nebenamtlicher Ersatzrichter aus, bevor er Vorbereitungsarbeiten oder Verhandlungstätigkeiten in Angriff nehmen konnte, so bestehe gemäss gängiger Praxis ebenfalls kein Anspruch auf Lohnfortzahlung.

2.2 Die Beschwerdeführerin macht letztinstanzlich geltend, die Vorinstanz wende kantonales Recht, insbesondere die §§ 43 lit. b des kantonalzürcherischen Gesetzes über das Arbeitsverhältnis des Staatspersonals vom 27. September 1998 (Personalgesetz, PG; LS 177.10) sowie 78 und 96 Abs. 1 der Vollzugsverordnung zum Personalgesetz vom 19. Mai 1999 (VVO; LS 177.111), welche einen Anspruch auf einen bezahlten Mutterschaftsurlaub stipulierten, in sachlich unhaltbarer Weise an und verstoße dadurch gegen das in Art. 9 BV verankerte Willkürverbot. Sie sei in ihrer

Ersatzrichterfunktion als Arbeitnehmerin nach Art. 10 ATSG zu qualifizieren, welche in unselbstständiger Stellung Arbeit leiste, dafür Lohn beziehe und daher auch Mutterschaftsentschädigung im Sinne von Art. 16b EOG beanspruchen könne. Die Art der Anstellung spiele in diesem Zusammenhang ebenso wenig eine Rolle wie die Form, in welcher ihr Lohn ausbezahlt werde (Monatslohn, Stundenlohn, Taggeld etc.). Auch sei im vorliegenden Kontext irrelevant, wie die Lohnfortzahlung von Ersatzrichterinnen und -richtern bei Krankheit oder Unfall gehandhabt werde. Mit ihrer Weigerung, ihr einen Entschädigungsanspruch während des Mutterschaftsurlaubs zuzugestehen, verletze die Vorinstanz schliesslich zudem Art. 8 Abs. 2 und 3 BV, wonach niemand auf Grund seines Geschlechts diskriminiert werden dürfe bzw. Mann und Frau gleichberechtigt seien.

3.

3.1 Das PG gilt grundsätzlich für das gesamte Staatspersonal des Kantons Zürich, d.h. für das Personal der staatlichen Zentral- und Bezirksverwaltung, die Kantonspolizei, die Gerichte und Notariate sowie die unselbstständigen kantonalen Anstalten (§ 1 Abs. 1 PG; FRITZ LANG, Das Zürcher Personalgesetz vom 27. September 1998, in: Personalrecht des öffentlichen Dienstes, 1999, S. 49 ff., insb. S. 61). Ausdrücklich ausgenommen vom Geltungsbereich des Gesetzes sind u.a. die als Magistratspersonen bezeichneten Mitglieder des Regierungsrates, der obersten Gerichte (Obergericht, Verwaltungsgericht und Sozialversicherungsgericht) sowie die Ombudsperson (§ 1 Abs. 3 PG); ihr Arbeitsverhältnis wird durch besondere Beschlüsse des Kantonsrates geregelt (LANG, a.a.O., S. 62). Laut § 2 PG kann der Regierungsrat durch Verordnung die Mitglieder von Verwaltungs- und Gerichtsbehörden im Nebenamt sowie Personen mit weiteren nebenamtlichen Aufgaben dem Gesetz unterstellen. Gestützt darauf wurde in § 2 Abs. 1 lit. b der kantonalen Personalverordnung vom 16. Dezember 1998 (PV; LS 177.11) festgehalten, dass das PG und seine Ausführungsbestimmungen, soweit keine besonderen gesetzlichen Vorschriften bestehen, auch für nicht vollamtliche Bezirksrichterinnen und -richter sowie Ersatzmitglieder der Bezirksgerichte gelten (vgl. auch LANG, a.a.O., S. 62).

3.2

3.2.1 In Bezug auf Begründung und Dauer des Arbeitsverhältnisses bleiben für dem Gesetz unterstellte Mitglieder von Behörden im Nebenamt sowie Personen mit weiteren nebenamtlichen Aufgaben die Bestimmungen über die Wahl auf Amtsdauer vorbehalten (§ 15 Abs. 1 lit. b PG). Das Arbeitsverhältnis der auf Amtsdauer gewählten, dem PG unterstellten Angestellten endet mit dem Tag des Ablaufs der Amtsdauer (§ 25 PG; vgl. auch § 2 Abs. 2 PV). In den §§ 29–41 enthält die PV unter lit. c sodann weitere Vorgaben für Verwaltungs- und Gerichtsbehörden im Nebenamt. Gemäss § 33 («2. Taggelder und weitere Vergütungen») erhalten die Mitglieder nebenamtlicher Behörden im Sinne des § 34 («Ersatzmitglieder von Bezirksbehörden») Taggelder gemäss dem Minimum der jeweiligen Lohnklasse.

Diese gelten für eine ganztägige Beanspruchung und schliessen den Anteil für Ferien und Frei-Tage sowie, soweit nichts anderes bestimmt ist, den Aufwand für Vorbereitungen mit ein. Für Beanspruchungen von weniger als einem Tag wird die Vergütung anteilmässig ausgerichtet. § 34 Abs. 2 PV hält ferner fest, dass Ersatzmitglieder der Bezirksgerichte ein Taggeld nach Massgabe der Lohnklasse 24 erhalten. Die Taggelder nach § 34 PV betragen für eine ganztägige Beanspruchung $\frac{1}{260}$ des Jahreslohnes gemäss Lohnstufe 1 der jeweiligen Einreihungsklasse (§ 55 Abs. 1 VVO). Schliesslich steht den in § 34 PV genannten Behördenmitgliedern der Ersatz der Fahrauslagen vom Wohn- zum Arbeitsort gemäss den Regelungen betreffend den Ersatz der dienstlichen Auslagen zu (§ 40 PV).

Vorbehältlich der Kündigungsbestimmungen findet das staatliche Personalrecht demnach Anwendung auf Ersatzmitglieder der Bezirksgerichte (so ebenfalls LANG, a.a.O., S. 62). Dies wird von Vorinstanz und Beschwerdegegner denn auch nicht bestritten.

3.2.2 Mit Blick auf die von der Beschwerdeführerin geforderte Lohnfortzahlung während des Mutterschaftsurlaubs findet sich in den personalrechtlichen Bestimmungen folgende Regelung: Gemäss § 43 lit. b PG regelt der Regierungsrat den Anspruch der weiblichen Angestellten auf bezahlten Mutterschaftsurlaub. Die Angestellte hat nach § 96 Abs. 1 VVO Anspruch auf einen bezahlten Mutterschaftsurlaub von insgesamt 16 Kalenderwochen, der frühestens zwei Wochen vor dem ärztlich bestimmten Niederkunftstermin beginnt. Muss die Angestellte ihre Tätigkeit wegen schwangerschaftsbedingter Beschwerden früher niederlegen, werden die letzten zwei Wochen der Abwesenheit vor der Niederkunft an den Mutterschaftsurlaub angerechnet. Als Lohn im Sinne der Bestimmungen des VI. Abschnitts («Ferien und Urlaub, Mutterschaft, Krankheit, Unfall und Tod, Militärdienst, Schutzdienst und Zivildienst») gelten der Grundlohn zuzüglich ständige Zulagen mit Lohncharakter (§ 78 VVO; zum Ganzen vgl. auch LANG, a.a.O., S. 73 f.). In der Weisung «Elternschaft» der Finanzdirektion vom 1. Juli 2008 (enthalten im vom zürcherischen Personalamt verfassten Handbuch Personal, Unterlage VI.3.1 vom 1. Juli 2008, abrufbar unter: http://www.pa.zh.ch/internet/finanzdirektion/personalamt/de/dienstleistungen/veroeffentlichungenpa/handbuch_personalrecht.html) wird in Ziff. 4 präzisierend ausgeführt, dass während des Mutterschaftsurlaubs der bisherige Lohn auszuzahlen ist. Dieser Lohnanspruch besteht bei allen kantonalen Arbeitsverhältnissen unabhängig davon, ob die Angestellte im Monats- oder Stundenlohn, voll- oder teilzeitlich angestellt ist. Bei Angestellten im Stundenlohn mit unregelmässigen Einsätzen wird in der Regel mit dem Durchschnittslohn der vorangehenden zwölf Monate gerechnet, sofern für die betreffende Zeit der Abwesenheit kein konkreter Einsatzplan vorliegt.

4.

4.1 Da die Beschwerdeführerin in ihrer Funktion als bezirksgerichtliche Ersatzrichterin dem Personalrecht des Kantons Zürich untersteht, ist

entgegen der vorinstanzlichen Betrachtungsweise kein sachlich haltbarer Grund ersichtlich, weshalb sie nicht grundsätzlich in den Genuss der explizit verankerten Lohnfortzahlung während des Mutterschaftsurlaubs kommen sollte. Infolge der Wahl auf Amtsdauer finden kraft ausdrücklichen gesetzlichen Vorbehalts einzig die Kündigungsbestimmungen des PG auf die ihm unterstellten Mitglieder von Behörden im Nebenamt sowie Personen mit weiteren nebenamtlichen Aufgaben keine Anwendung. Eine entsprechende Ausnahmeklausel für die die Lohnfortzahlung während des mutterschaftsbedingten Urlaubs betreffende Normierung lässt sich dem Personalrecht – und zwar unabhängig davon, ob die Tätigkeit der Beschwerdeführerin als (echte oder unechte) Arbeit auf Abruf qualifiziert wird (zur Definition vgl. etwa Urteil [des Bundesgerichts] 4A_509/2009 vom 7. Januar 2010 E. 2.3 mit Hinweisen) – nicht entnehmen. Daran vermag weder der Umstand der Wahl auf Amtsdauer noch die in Form von Taggeldern erfolgte Entlohnung etwas zu ändern.

4.2 Zu beachten gilt es vorliegend jedoch Folgendes:

4.2.1 Die Beschwerdeführerin wurde im Juni 2009 in ihr Amt als nebenamtliche Ersatzrichterin am Bezirksgericht X. gewählt. Im November 2009 erfolgten ihre zwei einzigen Einsätze in dieser Funktion (vgl. Lohnabrechnung Dezember 2009 der Finanzdirektion des Kantons Zürich). Am ... Februar 2010 brachte sie ihre Tochter zur Welt. Aus den Akten, namentlich der E-Mail-Korrespondenz zwischen der Beschwerdeführerin und dem obergerichtlichen Generalsekretär vom 25. und 26. November 2010, ergibt sich sodann, dass der Beschwerdeführerin im Sommer/Herbst 2010 ein Ersatzrichtermanandat erteilt worden war, welches sie aus Gründen von Betreuungspflichten jedoch abgelehnt hatte (siehe auch vorinstanzliche Rekursbegründung, S. 2). In der Folge wurde der Präsident des Bezirksgerichts X. angewiesen, der Beschwerdeführerin keine entsprechenden Fälle mehr zuzuweisen, was bis zu ihrem Amtsende im Juni 2011 denn auch geschah.

4.2.2 Diese Chronologie zeigt deutlich auf, dass die Beschwerdeführerin keinen abrupten Unterbruch ihrer Ersatzrichterrinnen-tätigkeit auf Grund ihrer Mutterschaft erlitten hat. Sie hatte ihren ersten diesbezüglichen Einsatz erst fünf Monate nach ihrer Wahl. Nach November 2009 bis Sommer/Herbst 2010 sind alsdann keine weiteren Aufgebote ausgewiesen. Erst in der zweiten Hälfte 2010 wurde ihr ausweislich der Akten erneut ein Mandat erteilt, welches sie aber wegen Betreuungspflichten ihrerseits ablehnte. Bis im Juni 2011 blieben weitere Fallzuweisungen aus. Daraus lässt sich der Schluss ziehen, dass die Beschwerdeführerin, wenn überhaupt, nur sehr sporadisch zum Einsatz gelangte. Anhaltspunkte dafür, dass von Mitte Februar bis Mitte Juni 2010 weitere Mandate infolge ihrer mutterschaftsbedingten Auszeit ausgeblieben wären, sind weder erkennbar noch macht die Beschwerdeführerin derartiges geltend. Ist somit anzunehmen, dass sie auch ohne Mutterschaft im fraglichen Zeitraum nicht mit einer weiteren Tätigkeit als Ersatzrichterin hätte rechnen können und daher auch keine

entsprechenden Taggelder zu erwirtschaften in der Lage gewesen wäre, ist ihr ein Anspruch auf Lohnfortzahlung während des besagten Zeitraums abzusprechen.

Kanton Bern

Obergericht des Kantons Bern, Urteil vom 9. März 2012 (Bestätigung des Urteils des Gerichtspräsidenten 2 des Gerichtskreises IX Schwarzenburg-Seftigen vom 10. Dezember 2010)

Lohnfortzahlungsanspruch bei Krankheit, Art. 324a OR. Hat der Arbeitgeber begründeten Anlass, die Richtigkeit des Arztzeugnisses in Frage zu stellen, insbesondere weil dieses keine Diagnose enthält – die im Übrigen, da unter das Arztgeheimnis fallend, vom Arbeitgeber nicht verlangt werden kann –, ist dem Arbeitgeber gerade in solchen Fällen das Recht zuzuerkennen, eine vertrauensärztliche Untersuchung anzuordnen. Verweigert der Arbeitnehmer den Besuch beim Vertrauensarzt, obschon die Aufforderung sachlich gerechtfertigt war, begeht er eine Beweisvereitelung. Zwar kann die Verweigerung des Besuchs beim Vertrauensarzt nicht per se dazu führen, dass die Arbeitsunfähigkeit verneint wird, doch muss verlangt werden, dass die vom Arbeitnehmer vorgelegten Beweise so hieb- und stichfest sind, dass eine andere Beurteilung durch den Vertrauensarzt ausgeschlossen erscheint (E. III. 3.b 33, 38, 39).

Sachverhalt:

Dem Arbeitnehmer Y. (Kläger) wurde mündlich, jedoch (mangels Einhaltung der vertraglichen Formvorschrift) nicht rechtsgültig, gekündigt. Noch gleichentags suchte er seinen Hausarzt auf, welcher ihn (im Rahmen kontinuierlicher Konsultationen) für rund 2 Monate zu 100% krank schrieb. Die Arbeitgeberin X. (Beklagte) forderte den Arbeitnehmer nach rund einer Woche auf, sich einer vertrauensärztlichen Untersuchung zu unterziehen, welche wiederum rund eine Woche später stattfinden sollte. Der Arbeitnehmer weigerte sich, dieser Aufforderung nachzukommen. Strittig war unter den Parteien, ob der Arbeitnehmer für die (gesamte) Dauer seiner vom Hausarzt attestierten Arbeitsunfähigkeit Anspruch auf Lohnfortzahlung hat.

Aus den Erwägungen:

III.

3.b

32.

Gemäss Art. 324a OR hat der Arbeitgeber dem infolge Krankheit ohne sein Verschulden an der Arbeitsleistung verhinderten Arbeitnehmer für

eine beschränkte Zeit den Lohn weiter zu entrichten (Abs. 1), und zwar (vorbehaltlich für den Arbeitnehmer günstigerer Individualvereinbarung) im ersten Dienstjahr den Lohn für drei Wochen und danach für eine angemessene längere Zeit (Abs. 2). Vorliegend haben die Parteien eine Zahlung des vollen Gehalts während 8 Wochen vereinbart.

33.

Die Beweislast für eine krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit trägt nach der allgemeinen Beweislastregel von Art. 8 ZGB der Arbeitnehmer, da dieser aus seiner Arbeitsunfähigkeit Rechte ableitet (BGer 4C.315/2006 E. 3.2.2). Der Beweis wird in der Regel durch ein ärztliches Zeugnis erbracht. Hat der Arbeitgeber begründeten Anlass, die Richtigkeit des ihm vom Arbeitnehmer vorgelegten Arztzeugnisses in Frage zu stellen, ist er nach herrschender Auffassung als Ausfluss der Treuepflicht auch ohne entsprechende vertragliche Grundlage berechtigt, den Arbeitnehmer anzuhalten, sich vom Vertrauensarzt untersuchen zu lassen, und der Arbeitnehmer im Sinne einer Obliegenheit verpflichtet, dieser Anordnung Folge zu leisten. Verweigert der Arbeitnehmer den Besuch beim Vertrauensarzt, obwohl die Aufforderung sachlich gerechtfertigt war, darf er im Allgemeinen als gesund gelten und besteht kein Anspruch auf Lohnfortzahlung, wobei einzelne Autoren verlangen, dass eine Abmahnung vorausgegangen ist. In jedem Fall aber ist die Verweigerung einer vertrauensärztlichen Untersuchung geeignet, Zweifel an der Arbeitsunfähigkeit nahezulegen (vgl. Urteil des Kantonsgerichts St. Gallen, III. Zivilkammer, vom 15. Dezember 2009, BZ.2009.64 E. III.1.a; ZK-A. STAEHELIN, N 9 f. zu Art. 324a OR, BRÜHWILER, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 2. Aufl., N 9 zu Art. 324a OR; BSK OR I-PORTMANN, N 24 f. zu Art. 324a OR; STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., N 12 zu Art. 324a/b OR, je m.w.H.).

(...)

35.

Der Kläger stellt sich auf den Standpunkt, er habe seine Arbeitsunfähigkeit durch die Atteste von seinem Hausarzt Dr. P. rechtsgenügend bewiesen. Es hätten objektiv keine begründeten Zweifel an dessen Zeugnissen vorgelegen. Der vorliegende Fall würde sich von den in der Literatur zu diesem Thema herangezogenen Fällen unterscheiden. Dr. P. sei zudem zur Beurteilung der Arbeitsunfähigkeit des Klägers mindestens gleich kompetent gewesen wie der Vertrauensarzt Dr. G., verfüge dieser doch über eine spezifischere Fachausbildung als jener. Im Gegensatz zu der bei STREIFF/VON KAENEL geäusserten Meinung gehe aus der dort zitierten Rechtsprechung nicht hervor, dass die Weigerung zur vertrauensärztlichen Untersuchung einen Einfluss auf den Lohnfortzahlungsanspruch habe. Die vertrauensärztliche Untersuchung müsse gemäss dem dort zitierten JAR 1997 Entscheid zudem unverzüglich angeordnet werden, womit sich der Termin als verspätet erweise. Die Beklagte hätte ausserdem vor Anordnung der vertrauensärztlichen Untersuchung ihr vertragliches Recht zu Kontrollbesuchen ausüben müssen.

36.

Das Bundesgericht hatte in seinem Urteil vom 12. Dezember 1995 (JAR 1997 S. 132 ff.) ausgeführt: «C'est au salarié qu'il incombe d'apporter la preuve d'un empêchement de travailler au sens de CO 324a (CC 8). En cas de maladie, d'accident ou de grossesse, celui-ci aura le plus souvent recours à un certificat médical. Un tel document ne constitue pas un moyen de preuve absolu; l'employeur peut mettre en cause sa validité en invoquant d'autres moyens de preuve; [...]. Pourront en particulier être pris en compte pour infirmer une attestation médicale le comportement du salarié [...] et les circonstances à la suite desquelles l'incapacité de travail a été alléguée [...]. Si la force probante d'un certificat médical n'est ainsi pas absolue, la mise en doute de sa véracité suppose néanmoins des raisons sérieuses [...]. Il n'est pas nécessaire que le certificat décrive l'atteinte à la santé, question qui est en principe couverte par le secret médical [...]. L'employeur est cependant en droit de faire vérifier, à ses propres frais, l'existence et le degré de l'empêchement par un médecin conseil [...]. On exigera de lui qu'il requière cet examen sans délai [...]. Sauf exception, le refus du salarié de se soumettre à un tel examen de contrôle pourra être interprété comme l'aveu du caractère non sérieux du certificat produit [...]»

In BGE 125 III 70 ff. E. 3.c erwog das Bundesgericht zum Vorbringen, die Anordnung einer vertrauensärztlichen Untersuchung durch einen Psychiater sei persönlichkeitsverletzend: «Ob die Arbeitgeberin ihre Lohnfortzahlung mindestens bei begründeten Zweifeln von einer vertrauensärztlichen Untersuchung abhängig machen kann oder ob eine Obliegenheit der Arbeitnehmer, sich auf entsprechende Aufforderung hin einer vertrauensärztlichen Untersuchung zu unterziehen, ausdrücklich vereinbart sein muss, ist in der Lehre umstritten [...]. Jedenfalls war die Klägerin für ihre unverschuldete Arbeitsunfähigkeit im Hinblick auf die Lohnfortzahlung beweissbelastet [...]. Die Beklagte konnte daher der Klägerin mitteilen, dass sie an ihrer Arbeitsunfähigkeit zweifelte und ihre Lohnfortzahlung von einer vertrauensärztlichen Untersuchung abhängig machen wolle. Die Aufforderung an die im massgebenden Zeitpunkt noch krankheitsabwesende Klägerin, sich einer vertrauensärztlichen Untersuchung zu unterziehen, kann grundsätzlich nicht als Persönlichkeitsverletzung qualifiziert werden.»

(...)

37.

Dem Gesagten ist entgegen der Ansicht des Klägers zu entnehmen, dass sich die genannte Rechtsprechung sehr wohl auf die Lohnfortzahlungspflicht der Arbeitgeberin im Krankheitsfalle des Arbeitnehmers bezog. Zu Recht weist der Kläger dagegen darauf hin, dass das Bundesgericht ausführte, die Arbeitgeberin habe die vertrauensärztliche Untersuchung unverzüglich zu verlangen. Einerseits kann aber auch das Bundesgericht nur gemeint haben, es dürfe (aus Gründen von Treu und Glauben) nach Aufkommen der Zweifel an der Arbeitsunfähigkeit mit der Aufforderung nicht über Gebühr zugewartet werden. Andererseits wird das Erfordernis

der Unverzüglichkeit auch in der Lehre relativiert, indem ausgeführt wird, der Beweiswert der vertrauensärztlichen Untersuchung sinke, wenn sie zu spät vorgenommen werde (STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., m.w.H.).

38.

Nach den tatsächlichen Feststellungen war die durch Dr. P. attestierte Erkrankung des zuvor an keinen gravierenden gesundheitlichen Problemen leidenden Klägers unmittelbare Folge des Kündigungsgesprächs. Die Beklagte musste aufgrund des zeitlichen Ablaufs und des von ihr bzw. ihren Vertretern wahrgenommenen Verhaltens des Klägers auch ohne explizite ärztliche Diagnose davon ausgehen, dieser leide an einer Art Schockzustand bzw. an einer irgendwie gearteten psychischen Störung. Da solche Schockzustände in der Regel nicht lang andauernd nachwirken und gerade bei psychischen Störungen ein grosser ärztlicher Interpretationsspielraum hinsichtlich der Arbeitsunfähigkeit besteht, durfte die Beklagte zumindest nach einer gewissen Zeit Zweifel an der Arbeitsunfähigkeit des Klägers haben, gerade zumal die von jenem eingereichten Arztzeugnisse keine Diagnose enthielten. Eine solche Diagnose fällt zwar unter das Arztgeheimnis und kann vom Arbeitgeber nicht verlangt werden, doch ist dem Arbeitgeber nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung gerade in solchen Fällen das Recht zuzuerkennen, die Arbeitsfähigkeit durch einen Vertrauensarzt bestätigen zu lassen. An dieser Möglichkeit, ihre Zweifel zu erhärten, wurde die Beklagte jedoch durch die Verweigerung der vertrauensärztlichen Untersuchung durch den Kläger gehindert. Damit beging der Kläger eine Beweisvereitelung (ROLAND MÜLLER, Arztzeugnisse in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten, AJP 2010, 167 ff., S. 171), indem er der Beklagten verunmöglichte, den Gegenbeweis anzutreten. Mit der Anordnung der Untersuchung hat die Beklagte auch nicht etwa über Gebühr zugewartet. Vielmehr hat sie spätestens nach Erhalt des zweiten Arztzeugnisses, also rund 1 Woche nach Beginn der angeblichen Arbeitsunfähigkeit, reagiert, mithin in einem Zeitpunkt, in welcher sie an der Fortdauer der Arbeitsunfähigkeit zu zweifeln beginnen durfte. Weiter geht der Kläger fehl in der Annahme, die Beklagte habe zuerst das vertraglich vereinbarte Recht zu Kontrollbesuchen ausüben müssen. Einerseits sieht der Arbeitsvertrag keine solche Rangordnung vor und andererseits dürften Kontrollbesuche am Wohnort des Arbeitnehmers, nota bene durch – im Gegensatz zum Vertrauensarzt – nicht einer Geheimnispflicht unterliegende Personen, regelmässig stärker in die Rechte des Arbeitnehmers eingreifen. (...).

39.

Es stellt sich die Frage, wie die Verweigerung der vertrauensärztlichen Untersuchung im Rahmen der Beweiswürdigung zu werten ist. Zwar kann die Verweigerung des Besuchs beim Vertrauensarzt nicht per se dazu führen, dass die Arbeitsunfähigkeit verneint wird, doch muss verlangt werden, dass die vom Arbeitnehmer vorgelegten Beweise so hieb- und stichfest sind, dass eine andere Beurteilung durch den Vertrauensarzt ausgeschlossen erscheint. Andernfalls würde das Institut des Vertrauensarztes

untergraben und der Betroffene von seinem vertragswidrigen Verhalten profitieren, indem seine Beweismittel in einem günstigeren Licht erscheinen als bei Vorliegen einer möglicherweise abweichenden Zweitmeinung des Vertrauensarztes.

40.

In casu liegen zwar keine Anhaltspunkte dafür vor, dass die Atteste von Dr. P. als Gefälligkeitszeugnisse qualifiziert werden müssten. Insbesondere genügt hierfür die Bekanntschaft von Kläger und Arzt aus dem Tennisclub nicht. Der Kläger litt jedoch an einem diffusen, auf «weichen» Faktoren beruhenden Krankheitsbild (Wutgefühle, Verzweiflung, Angst, Schlafstörungen, Gefühle der Unsicherheit, Unruhe und Unsicherheit). Die Atteste Dr. P. beruhten gemäss dessen Aussagen auf den Schilderungen des Klägers. Auch wenn Dr. P. daher zum Schluss kam, dass es dem Kläger klarerweise schlecht ging, hätte der Vertrauensarzt der Beklagten durchaus zu einer anderen Beurteilung kommen können, und sei es bloss hinsichtlich des Grades der Arbeitsunfähigkeit. Die vom Kläger ins Feld geführten, angeblich unterschiedlichen fachlichen Voraussetzungen der Ärzte zur Beurteilung der Arbeitsfähigkeit hätten bei der gerichtlichen Würdigung der Befunde eine Rolle spielen können. Der Arbeitnehmer kann jedoch der Arbeitgeberin die Wahl ihres Vertrauensarztes nicht vorschreiben. Zudem beruhte die damalige Weigerung des Klägers auf grundsätzlichem Widerstand gegen den Beizug eines Vertrauensarztes und nicht auf angeblich dessen angeblich schlechteren Kompetenzen. Wenn schon, hätte er die Beklagte nach Erhalt des Aufgebots auf die Frage der fachlichen Voraussetzungen aufmerksam machen müssen (vgl. Urteil des Gewerblichen Schiedsgerichts Basel vom 13.11.2008, JAR 2009 483). Möglicherweise hätte eine Beurteilung durch den Vertrauensarzt auch zu einem anderen Behandlungskonzept und zu Zuweisung zumutbarer Arbeit geführt, was der Kläger jedoch nach dem Gesagten zum Vornherein vereitelte.

41.

Die Kammer kommt deshalb zum Beweisergebnis, dass dem Kläger der zweifelsfreie Nachweis seiner Arbeitsunfähigkeit zumindest für die gesamte Dauer seiner Abwesenheit misslingt. Die Beklagte hegte jedoch nicht von Anbeginn der Abwesenheit des Klägers den Verdacht, dieser sei womöglich arbeitsfähig. Wie bereits ausgeführt, bezogen sich ihre Zweifel somit weniger auf die Erkrankung als solche, als auf deren Fortdauer. Es erscheint auch für die Kammer nachvollziehbar, dass der Kläger aufgrund der (wenn auch nicht rechtsgültig) ausgesprochenen Kündigung in einen psychischen Ausnahmezustand geriet, aufgrund dessen er zumindest kurzfristig nicht mehr arbeitsfähig war. Es bestehen wie gesagt keine Anhaltspunkte, dass es sich bei den Attesten von Dr. P. um Gefälligkeitszeugnisse handeln würde. Der Kläger hatte auch keine Vorgeschichte als Simulant oder Ähnliches. Solche psychischen Ausnahmezustände sind jedoch in der Regel regredient. Mit zunehmender Dauer der attestierten Arbeitsunfähigkeit verlieren die ins Recht gelegten Arztzeugnisse daher an Beweiskraft

und die Verweigerung der vertrauensärztlichen Untersuchung lassen bei der Kammer Zweifel an der Fortdauer der Arbeitsunfähigkeit entstehen. Wäre die Untersuchung durch den Vertrauensarzt Dr. G. am besagten Termin durchgeführt worden, ist davon auszugehen, dass dieser allenfalls eine zukünftige, kaum aber eine zurückliegende Arbeitsfähigkeit festgestellt hätte. Die Kammer erachtet daher aufgrund der ins Recht gelegten Arztzeugnisse die Arbeitsunfähigkeit des Klägers immerhin für den Zeitraum vom Kündigungsgespräch bis zum Termin der vorgesehenen vertrauensärztlichen Untersuchung als erstellt. (...)

42.

Nach dem Gesagten hat der Kläger gestützt auf Art. 324a OR für diesen Zeitraum Anspruch auf Fortzahlung des Lohnes im vollen Umfang.

43.

Dagegen hat der Kläger für die Zeit danach keinen Lohnanspruch.
Eingesandt von A. Günther, Gerichtsschreiber

Obergericht des Kantons Bern, Urteil vom 2. Mai 2012 (Bestätigung des Urteils der Schlichtungsbehörde Bern-Mittelland vom 13. Februar 2012)

Art. 337 OR. Je kürzer die Bindung an das Arbeitsverhältnis, desto weniger wird man den Rückgriff auf die fristlose Entlassung zulassen. Deshalb werden auch fristlose Entlassungen während der Probezeit mit ihrer sehr kurzen Kündigungsfrist oder im bereits gekündigten Verhältnis nur zurückhaltend anerkannt. Daraus ergibt sich, dass es dem Arbeitgeber vorliegend ohne weiteres zuzumuten gewesen wäre, die ordentliche Kündigungsfrist von bloss zwei Tagen gemäss Einsatzvertrag vom 18. August 2011 einzuhalten, statt dem Arbeitnehmer fristlos zu kündigen. Da jedoch i.c. die beiden Tage der Kündigungsfrist auf ein Wochenende (Samstag und Sonntag) gefallen wären, hätte dies bei einer ordentlichen Kündigung zur Folge gehabt, dass der Arbeitnehmer nur noch den ganzen Freitag hätte arbeiten und daher nur noch für diese Arbeit hätte entlöhnt werden müssen, ihm hingegen kein Lohnanspruch aus der zweitägigen Kündigungsfrist, welche auf ein Wochenende gefallen wäre, zugestanden wäre (E. III. 4–6).

Sachverhalt:

Mit Schlichtungsgesuch vom 10. Dezember 2011 verlangte der Arbeitnehmer (Kläger, Beschwerdeführer) sinngemäss, die Arbeitgeberin (Beklagte, Beschwerdegegnerin) sei zu verurteilen, ihm gestützt auf den Einsatzvertrag vom 18. August 2011 einen Betrag von Fr. 587.– aus Lohnforderung zu bezahlen. Mit Urteil vom 13. Februar 2012 verurteilte die Vorsitzende der Schlichtungsbehörde Bern-Mittelland die Beklagte, dem

Kläger Fr. 329.30 zu bezahlen. Weitergehend wies er die Klage ab. Gegen diesen Entscheid erhob der Beschwerdeführer Rechtsmittel und beantragte, ihm sei nebst dem zugesprochenen Betrag von Fr. 329.30 auch der Lohn für die Kündigungsfrist von zwei Tagen zuzusprechen.

Aus den Erwägungen:

III.

1.

Die Vorinstanz erwägt in ihrem Entscheid, die am 2. September 2011 ausgesprochene Kündigung erweise sich als ungerechtfertigt. Zur Begründung führt sie aus, die Beschwerdegegnerin hätte das Arbeitsverhältnis zum Beschwerdeführer gemäss Einsatzvertrag vom 18. August 2011 mit einer Kündigungsfrist von zwei Tagen auflösen können. Da eine ordentliche Kündigung wegen des bevorstehenden Wochenendes die Arbeitsbeziehung zum Einsatzbetrieb nur unwesentlich verlängert hätte, verglichen mit der fristlosen Kündigung, wäre eine ordentliche Kündigung zumutbar gewesen. Damit stünden dem Beschwerdeführer noch folgende Bruttolohnansprüche zu:

Donnerstag, 1. September 2011:

10 Stunden 5 Minuten (=10,08 Std.) à CHF 28.00 = CHF 282.25

Freitag, 2. September 2011:

9,15 Std.(Durchschnitt vom 22.08.11–01.09.11)

à CHF 27.00 = CHF 247.05

Zwischentotal: = CHF 529.30

Pauschalentschädigung für September – CHF 200.00

Gesamttotal (Brutto) = CHF 329.30

Da, so die Vorinstanz weiter, die ordentlich zweitägige Kündigungsfrist auf die arbeitsfreien Tage Samstag und Sonntag falle, habe sie keine weitere Lohnzahlung zur Folge. Die vom Beschwerdeführer geltend gemachte Ferienentschädigung sei im vertraglichen Lohntotal von Fr. 28.– pro Stunde mit dem Betrag von Fr. 2.32 bereits enthalten. Die Beschwerdegegnerin verrechne den Lohnanspruch des Beschwerdeführers mit Schadenersatz ihrerseits, den der Beschwerdeführer durch den zu Unrecht verursachten Polizeieinsatz in der Firma schulden soll. Indessen sei ein solcher Schaden weder bewiesen noch beziffert worden, weshalb in diesem Punkt mangels Substantiierung nicht darauf eingetreten werden könne.

2.

In seiner Beschwerde bringt der Beschwerdeführer im Wesentlichen vor, er finde, ihm sollte die Kündigungsfrist von zwei Tagen auch ausbezahlt werden. Art. 337c Abs. 1 OR sowie das Kündigungsschreiben vom 2. Dezember 2011 besagten, dass die Kündigungsfrist immer ausbezahlt werden müsse, unabhängig davon, ob ein Wochenende dazwischen liege oder nicht.

3.

Gemäss Art. 337 Abs. 1 OR können der Arbeitgeber wie der Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis aus wichtigen Gründen jederzeit fristlos auflösen. Als wichtiger Grund gilt namentlich jeder Umstand, bei dessen Vorhandensein dem Kündigenden nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden darf (Abs. 2). Über das Vorhandensein solcher Umstände entscheidet der Richter grundsätzlich nach seinem Ermessen (Abs. 3). Als wichtige Gründe im Sinne des Gesetzes gelten gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts besonders schwerwiegende Verfehlungen des Arbeitnehmers (Verbrechen oder Vergehen gegen den Arbeitgeber oder Mitarbeitende) oder weniger schwerwiegende Verfehlungen des Arbeitnehmers, welche trotz vorgängiger Verwarnung wiederholt vorgekommen sind (STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 6. Auflage 2006, N2 zu Art. 337).

4.

Im Zusammenhang mit der Länge der Kündigungsfrist kann STREIFF/VON KAENEL (a.a.O., N 16 zu Art. 337) Folgendes entnommen werden: Bei der Beurteilung der Begründetheit der fristlosen Entlassung spielt eine Rolle, ob die Kündigungsfrist bzw. die Restdauer des befristeten Arbeitsverhältnisses kurz oder lang ist. Je kürzer die Bindung an das Arbeitsverhältnis, desto weniger wird man den Rückgriff auf die fristlose Entlassung zulassen (gl.M: BBWB N 12, BRÜHWILER in SJZ 1985 S. 70, SCHWEINGRUBER N 2, BGer in JAR 1999 S 271 = Pra 1999 Nr. 73, JAR 1987 S. 215). Deshalb werden auch fristlose Entlassungen während der Probezeit mit ihrer sehr kurzen Kündigungsfrist oder im bereits gekündigten Verhältnis nur zurückhaltend anerkannt (BGer in SJ 1993 S. 370, AGer ZH in ZR 2002 Nr. 74).

5.

Daraus ergibt sich, dass es der Beschwerdegegnerin vorliegend ohne weiteres zuzumuten gewesen wäre, die ordentliche Kündigungsfrist von bloss zwei Tagen gemäss Einsatzvertrag vom 18. August 2011 einzuhalten, statt dem Beschwerdeführer am Freitagmorgen (2. September 2011, 7:15 Uhr) fristlos zu kündigen. Damit ist die Schlussfolgerung der Vorinstanz, dass sich die am 2. September 2011 ausgesprochene fristlose Kündigung als ungerechtfertigt erweise, zu bestätigen, womit der Beschwerdeführer grundsätzlich auch Anspruch auf Auszahlung dieser zwei Tage (Kündigungsfrist) hätte.

6.

Da jedoch in casu die beiden Tage der Kündigungsfrist auf ein Wochenende (Samstag und Sonntag) gefallen wären, hätte dies bei einer ordentlichen Kündigung zur Folge gehabt, dass der Beschwerdeführer nur noch den ganzen Freitag hätte arbeiten und daher nur noch für diese Arbeit hätte entlohnt werden müssen, ihm hingegen kein Lohnanspruch aus der zweitägigen Kündigungsfrist, welche auf ein Wochenende gefallen wäre,

zusteht. Der noch ausstehende Bruttolohnanspruch, welcher die Vorinstanz errechnet hat, ist damit ebenfalls zu bestätigen:

Lohnanspruch 01. Sept. 2011	CHF	282.25
Lohnanspruch 02. Sept. 2011	CHF	247.05
Zwischentotal	CHF	529.30
Minus Pauschalentschädigung Sept.	CHF	200.00
Gesamttotal (brutto)	CHF	329.30

Nach dem Dargelegten muss die Beschwerde abgewiesen werden.
Eingesandt von A. Günther, Gerichtsschreiber

Obergericht des Kantons Bern, Urteil vom 13. Juni 2012 (teilweise Aufhebung des Entscheids des Regionalgerichts Emmental-Oberaargau vom 3. November 2011)

Neben den heiklen Abgrenzungsfragen beim Lohn gibt es auch Bereiche, wo eine nachträgliche Forderung gestützt auf Art. 341 ZPO mit grosser Wahrscheinlichkeit Erfolg verspricht, soweit die Forderung nicht in einem echten Vergleich aufgegeben worden ist. Dies betrifft u.a. Ansprüche, die sich auf zwingende Normen stützen, wie beispielsweise Überstunden- und Überzeitschädigung. Vorliegend wurde bei Berechnung der Überstundenentschädigung auf die Unterlagen der Arbeitnehmerin zurückgegriffen, da die Aufzeichnungen der Arbeitgeberin mangelhaft waren (E. IV. 3.4).

Die Kürzung des Ferienanspruchs bei schuldloser Verhinderung aus Gründen, die in der Person des Arbeitnehmers liegen (Art. 329b Abs. 2 OR), beginnt nach dem zweiten Monat der Abwesenheit. Dann beträgt die Kürzung $\frac{1}{12}$ des jährlichen Anspruchs und es bestehen solange keine Ferienansprüche mehr, bis der Arbeitnehmer wieder zur Arbeit erscheint. Erscheint er nicht mehr, bestehen nach Ablauf der Karenzfrist keine Ferienansprüche mehr (E. IV. 6.2).

Sachverhalt:

Mit Eingabe vom 16. Juni 2010 reichte die Arbeitnehmerin (Klägerin, Beschwerdeführerin), eine Klage aus Arbeitsrecht mit den Rechtsbegehren: «korrekte Abrechnung über: Ferien-, Freizeit und Überzeit, nicht erhaltene Freitage, 13. Monatslohn, Essensgeld (Verpflegungsabzüge), Lohnabrechnung. Des Weiteren: ein korrektes Arbeitszeugnis, Arbeitsbestätigung, persönliche Arbeitsutensilien, Entschädigung für Kamera & externe Festplatte (Wasserschaden)» im Betrag von Fr. 7962.– ein. Mit Entscheid vom 3. November 2011 sprach das Regionalgericht Emmental-Oberaargau der

Klägerin Fr. 1077.10 zu, wies aber weitergehend die Klage ab. Gegen diesen Entscheid brachte die Klägerin Beschwerde ein.

Aus den Erwägungen:

IV.
(...)
2.

Unbestritten ist, dass die Beschwerdeführerin vom 1. August 2009 bis zum 30. April 2010 beim Beschwerdegegner angestellt war, sie Ende 2009 verunfallte und von da an nicht mehr beim Beschwerdegegner arbeitete.

3.

3.1 Zunächst ist festzuhalten, dass die Behauptung der Vorinstanz, wonach die Geltendmachung von Überstunden nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses verspätet und damit unzulässig sei, unzutreffend ist. So ist STREIFF/VON KAENEL zu entnehmen, dass es neben den heiklen Abgrenzungsfragen beim Lohn auch Bereiche gibt, wo eine nachträgliche Forderung gestützt auf Art. 341 ZPO mit grosser Wahrscheinlichkeit Erfolg verspricht, soweit die Forderung nicht in einem echten Vergleich aufgegeben worden ist. Dies betrifft u.a. Ansprüche, die sich auf zwingende Normen stützen, wie beispielsweise Überstunden- und Überzeitentschädigung (STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 6. Auflage, Zürich u.a. 2006, N 6 zu Art. 341). Da somit keine Grundlage zur Annahme der Verwirkung eines solchen Anspruchs besteht, hat die Vorinstanz durch ihre falsche Annahme das Recht unrichtig angewendet (Art. 320 lit. a ZPO).

3.2 Sodann hält die Vorinstanz fest, selbst wenn der Anspruch nicht verwirkt sei, sei fraglich, ob Überstunden überhaupt nötig gewesen wären, da der Zeuge X. als Koch keine solchen ausweise und er solche auch nicht bei der Beschwerdeführerin festgestellt habe. Zu prüfen ist damit, ob die Vorinstanz durch diese Begründung den Sachverhalt richtig oder offensichtlich unrichtig festgestellt hat. Hier bilden sowohl Art. 321c OR als auch Art. 21 Abs. 3 L-GAV (vorliegend ist die Version des L-GAV vom Januar 2009 anwendbar) die Rechtsgrundlage. Nach OR hat der Arbeitnehmer nachzuweisen, dass er Überstunden leistete und dass sie angeordnet oder betrieblich notwendig waren (STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., N 10 zu Art. 321c). Nach L-GAV ist der Arbeitgeber zur Führung von Arbeitszeitkontrollen verpflichtet. Dies auch dann, wenn er die Führung der Kontrollen dem Arbeitnehmer überlässt. Unterlässt der Arbeitgeber die Buchführung, werden die Aufzeichnungen des Arbeitnehmers als Beweismittel zugelassen (Art. 21 Abs. 3 L-GAV).

3.3 Im vorliegenden Fall hat der Zeuge X. anlässlich der Hauptverhandlung vom 18. Mai 2011 ausgesagt, er höre das mit den Überstunden der Beschwerdeführerin zum ersten Mal. Dies erscheine ihm nicht realistisch. Die Differenz zu ihm erscheine ihm zu gross, wenn er seine Präsenz

betrachte. Seines Erachtens dürften keine grossen Unterschiede zwischen der Präsenz der Beschwerdeführerin und seiner eigenen bestehen. Der Arbeitszeitkontrolle, welche notabene durch den Beschwerdegegner selbst geführt wurde, ist zu entnehmen, dass der Zeuge X. recht massive Überzeiten anhäufte, diese dann aber im November und Dezember – im Unterschied zur Beschwerdeführerin – auch kompensierte. Damit erweist sich die Begründung der Vorinstanz bezüglich der Nichtanordnung von Überstunden als offensichtlich falsch.

3.4 Der Beschwerdegegner liess die Beschwerdeführerin – wie alle seine weiteren Arbeitnehmer – die Arbeitskontrolle selber führen. Im Oktober 2009 fand eine Besprechung zwischen den Parteien statt, in welcher die Praxis der Stundenkontrolle gemäss den Wünschen des Beschwerdegegners «angepasst» worden sei. Die Beschwerdeführerin führte ihre eigenen Rapporte weiter, ohne dass der Beschwerdegegner diese je unterzeichnet hätte. Dieser führte seine eigene Arbeitskontrolle, wie aus der Klagebeilage 5 hervorgeht. Von dieser erhielt die Beschwerdeführerin aber erst Kenntnis, als das Arbeitsverhältnis aufgelöst wurde. Offen bleibt ausserdem, wann der Beschwerdeführer seine eigene Arbeitskontrolle führte. Fest steht jedenfalls, dass er die Arbeitszeiten nicht an den jeweiligen Arbeitstagen eingetragen hat, gab er doch selbst an, den Arbeitsbeginn und die Rauchpausen im Nachhinein «aus dem Kopf» heraus korrigiert zu haben. Der Beschwerdegegner hätte die – seiner Meinung nach falschen – durch die Beschwerdeführerin festgehaltenen Arbeitszeiten vielmehr bereits zum damaligen Zeitpunkt unterbinden müssen, statt diese nachträglich zu korrigieren. Aus diesen Gründen ist auf die Originale der Beschwerdeführerin abzustellen, mit Ausnahme derjenigen Einträge, die sich auf den zu frühen Arbeitsbeginn der Beschwerdeführerin beziehen, welcher der Beschwerdegegner an der Besprechung im Oktober ausdrücklich gerügt hat und von der Beschwerdeführerin akzeptiert worden war.

3.5 Die Beschwerdeführerin geht in ihrer Überstundenberechnung generell von einer monatlichen Sollzeit von 168 Stunden aus (4×42 Std). Gemäss Berechnungsbeispiel des Kommentars zum L-GAV (zu Art. 15) berechnet sich die Sollzeit indessen aufgrund der effektiven Kalendertage. Für die Monate Februar (28 Tage), März (31 Tage) und April (30 Tage) berechnet sich die Sollarbeitszeit auf der Basis einer 42-Stunden-Woche damit wie folgt (wobei Abwesenheitstage wegen Ferien, Krankheit, Unfall, Schwangerschaft, Mutterschaft und Militär für die Berechnung der Sollarbeitszeit abgezogen werden; vgl. Kommentar L-GAV zu Art. 15):

Februar	28 Tage:	$7 \text{ Tage} \times 42 \text{ Stunden}$	= 168 Stunden
März	31 Tage:	$7 \text{ Tage} \times 42 \text{ Stunden}$	= 186 Stunden
April	30 Tage:	$7 \text{ Tage} \times 42 \text{ Stunden}$	= 180 Stunden

Der monatliche Bruttolohn von CHF 3823.00 ist sodann wie folgt in einen Stundenlohn umzurechnen: 52 Wochen im Jahr: 12 Monate = 1 Monat hat durchschnittlich 4,33 Wochen. Bei einer wöchentlichen Arbeitszeit von 42 Stunden, ausmachend monatlich 182 Stunden ($42 \times 4,33$)

ist der monatliche Bruttolohn von Fr. 3823.– durch 182 Stunden zu dividieren. Dies ergibt einen Stundenlohn von Fr. 21.–. Auch hier ging die Beschwerdeführerin von einer falschen Berechnung aus, indem sie den monatlichen Bruttolohn von Fr. 3823.– durch die falsch berechneten monatlichen 168 Sollzeit-Stunden teilte und damit auf einen Stundenlohn von Fr. 22.75 kam. Der gemäss Ziffer 5 Bst. c des Arbeitsvertrags festgesetzte Zuschlag für Überstunden von 25% ist korrekt. [Damit ergibt sich ein Total von Fr. 1354.– für geleistete Überstunden.]

(...)

6.

6.1 Die Vorinstanz errechnete an Ferienanspruch für die Zeit von August 2009 bis Dezember 2009 einen Anspruch von 14,583 Tagen, ausmachend Fr. 2786.90 ($14,583 \times 8.4 \text{ h} \times \text{Fr. } 22.75$). Für die Zeit von Januar 2010 bis Ende April 2010 errechnet die Vorinstanz einen Ferienanspruch von 2,92 Tagen, ausmachend Fr. 245.30. Für diese Zeit beansprucht die Beschwerdeführerin indessen 10,951 Tage, ausmachend Fr. 2092.75 ($10,951 \times 8.4 \text{ h} \times \text{Fr. } 22.75$). Dieser Unterschied ist darauf zurückzuführen, dass die Beschwerdeführerin bei der Berechnung für das Jahr 2010 den jeweils monatlichen Ferienanspruch um $\frac{1}{12}$ kürzt und nicht, wie die Vorinstanz, den jährlichen Ferienanspruch.

6.2

Gemäss Art. 329b Abs. 1 OR kann der Arbeitgeber die Ferien des Arbeitnehmers für jeden vollen Monat der Verhinderung um einen Zwölftel kürzen, wenn der Arbeitnehmer durch sein Verschulden während eines Dienstjahres insgesamt um mehr als einen Monat an der Arbeitsleistung verhindert ist. Der Beschwerdegegner vertritt den Standpunkt, dass Art. 329b OR entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin eine Kürzung des jährlichen Ferienanspruchs betreffe, nicht des monatlichen Ferienanspruchs. Dies folge daraus, dass Art. 329a OR den jährlichen Ferienanspruch bemesse und sich Art. 329b OR auf diese Bestimmung beziehe.

Damit stellt sich vorab die Frage, was die Kürzung des Ferienanspruchs um $\frac{1}{12}$ bedeutet. Im Kommentar zum L-GAV (Der Gesamtarbeitsvertrag im Schweizer Gastgewerbe, 1. Auflage, Stand 1. Januar 2012, Art. 17, S. 45) wird ein Beispiel angeführt, in welchem von der Kürzung des jährlichen Ferienanspruchs die Rede ist («Der Mitarbeiter fehlt während 85 Tagen im Jahr. Dies begründet eine Ferienkürzung von $\frac{1}{12}$ des jährlichen Ferienanspruchs: die ersten 30 Tage sind eine Karenzfrist, während der keine Kürzung erfolgt, der zweite Monat ist vollständig und begründet eine Kürzung von $\frac{1}{12}$, der dritte Monat bleibt unvollständig und begründet keine Kürzung»). Nach STREIFF/VON KAENEL (a.a.O., N 7 zu Art. 329b OR) beginnt die Kürzung erst nach dem zweiten abwesenden Monat. Dann allerdings beträgt die Kürzung $\frac{1}{12}$ des jährlichen Anspruchs; mit anderen Worten bestehen solange keine Ferienansprüche mehr, bis der Arbeitnehmer wieder zur Arbeit erscheint. Erscheint er – wie vorliegend die Beschwerdeführerin – nicht mehr, bestehen nach Ablauf der Karenz-

frist keine Ferienansprüche mehr. Die Beschwerdeführerin versteht dies fälschlicherweise so, dass der monatliche (statt jährliche) Anspruch um jeweils $\frac{1}{12}$ gekürzt wird.

Die Berechnung hat dabei nicht auf dem umgerechneten Stundenlohn zu erfolgen, wie dies die Vorinstanz und die Beschwerdeführerin getan haben, sondern ist gemäss Art. 17 Abs. 5 L-GAV zu berechnen, wonach am Ende des Arbeitsverhältnisses nicht bezogene Ferientage mit je $\frac{1}{30}$ des monatlichen Bruttolohnes zu bezahlen sind.

6.3 Damit steht fest, dass die Vorinstanz das Recht (Art. 329b OR und L-GAV) unrichtig angewendet hat, indem sie die Ferien unrichtig berechnet hat. Vorliegend geht die Kammer von einem Ferienanspruch für die Monate August 2009 bis Januar 2010, mithin sechs Monaten, aus. Der Ferienanspruch für die restlichen Monate fällt weg, zumal die Beschwerdeführerin nach Ablauf der Karenzfrist nicht mehr zur Arbeit erschien. Die Beschwerdeführerin hat somit Anspruch auf 17,52 Ferientage (Jahresanspruch = 35 Ferientage; $35: 12 \times 6 = 17,5$ Tage; oder: $6 \times 2,92$ Tage). Die Zahl 17,5 ist mit $\frac{1}{30}$ des Bruttolohnes (i.c. Fr. 3823.00), zu multiplizieren; dies ergibt einen Anspruch aus nicht bezogenen Ferientagen von Fr. 2230.10.

(...)

Die Kammer entscheidet:

1. Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen.
 2. Der Beschwerdegegner wird verurteilt, der Beschwerdeführerin einen Betrag von Fr. 1462.50 zu bezahlen.
 3. Soweit weitergehend wird die Beschwerde abgewiesen.
- Eingesandt von A. Günther, Gerichtsschreiber

Kanton Basel-Landschaft

Kantonsgerichts Basel-Landschaft, Urteil vom 17. Dezember 2012 (teilweise Aufhebung des Urteils des Bezirksgerichts Arlesheim vom 31. Januar 2012)

Kürzt der Arbeitgeber den Grenzgängern aufgrund der Eurokrise den Lohn (in Schweizer Franken), erhalten diese für die gleiche Arbeit weniger Lohn als die inländischen Arbeitnehmer, womit eine indirekte Diskriminierung nach dem Freizügigkeitsabkommen Schweiz-EU (FZA) vorliegt. Der schwache Eurokurs ist kein sachlicher Rechtfertigungsgrund dafür, nur bei den Grenzgängern die Löhne zu senken. Weiter liegt eine unzulässige Überwälzung des Währungsrisikos als Bestandteil des Betriebsrisikos vor. Lehnt der Arbeitnehmer die Änderungskündigung ab, erweist sich die Arbeitgeberkündigung als missbräuchlich im Sinne von Art. 336 Abs. 1 lit. d OR (E. 3.6, 3.9).

Aus dem Sachverhalt:

Seit 2. Januar 1990 arbeitete A. (Arbeitnehmer, Kläger, Berufungsbeklagter) bei der B. AG (Arbeitgeberin, Beklagte, Berufungsklägerin). Am 24. Juni 2010 hat die Arbeitgeberin ihre Mitarbeitenden anlässlich einer Personalversammlung darüber informiert, dass die Entwicklung des Eurokurses zu einer finanziell schwierigen Situation geführt habe. Mit Schreiben vom 26. Juli 2010 hat die Arbeitgeberin sodann den in ihrem Betrieb angestellten Grenzgängern mitgeteilt, dass der schwache Eurokurs für die Grenzgänger eine Lohnerhöhung von mindestens 12% bedeute. Ihnen werde deshalb vorgeschlagen, den Lohn ab 1. September 2010 um 6% zu reduzieren, wobei diese Massnahme bei einem Eurokurs von 1.50 wieder aufgehoben werde und die Pensionskassenbeiträge unverändert bleiben würden. Die Grenzgänger wurden aufgefordert, ihre Zustimmung oder Ablehnung zur Lohnreduktion mit dem beigelegten Formular, auf welchem je konkret der alte Lohn, die Reduktion und der neue Lohn aufgeführt waren, bis spätestens 31. August 2010 der Arbeitgeberin zukommen zu lassen. A., ebenfalls Grenzgänger, lehnte die Lohnreduktion ab. Mit Schreiben vom 6. September 2010 kündigte ihm die Arbeitgeberin das Arbeitsverhältnis auf den 31. Dezember 2010. Die Arbeitgeberin bot ihm gleichzeitig einen neuen Arbeitsvertrag per 1. Januar 2011 an, welcher wiederum einen um 6% reduzierten Bruttolohn vorsah, jedoch keine Erhöhung mehr auf den bisherigen Lohn bei einem Anstieg des Eurokurses. Mit dem neuen Vertrag war weiter vorgesehen, die Pensionskassenbeiträge dem neuen Lohn anzupassen. Der Arbeitnehmer nahm diesen neuen Arbeitsvertrag nicht an. Er

erhob mit Schreiben vom 23. Oktober 2010 bei der Arbeitgeberin schriftlich Einsprache gegen die Kündigung und behielt sich eine Klage wegen missbräuchlicher Kündigung vor.

Eine solche leitete er in der Folge ein und machte beim Bezirksgericht Arlesheim gegen die Arbeitgeberin Forderungen im Betrag von Fr. 31 330.– (ohne Sozialversicherungsabzüge) als Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung sowie von Fr. 6950.– brutto bzw. Fr. 6516.– netto als Entschädigung für geleistete Überstunden, je zuzüglich Zins von 5% ab Klageeinreichung, geltend. Mit Entscheid vom 31. Januar 2012 hiess das Bezirksgericht Arlesheim die Klage gut und verurteilte die Beklagte, dem Kläger Fr. 38 280.– nebst 5% Zins seit 6. April 2011 zu bezahlen, wovon von Fr. 6950.– die gesetzlichen und vertraglichen Sozialbeiträge abzuziehen seien. Gegen diesen Entscheid erklärte die Arbeitgeberin Berufung.

Aus den Erwägungen:

3.

3.1 Die Vorinstanz gelangte nach ausführlichen Erwägungen zusammenfassend zum Schluss, sofern das Unternehmen den Lohn seiner Arbeitnehmenden kürzen möchte, dürfe nicht an deren ausländischen Wohnsitz angeknüpft werden. Tiefe Lebenshaltungskosten im Ausland seien kein sachlicher Rechtfertigungsgrund, um den Lohn zu reduzieren. Eine diesbezügliche GAV-Bestimmung würde durch das FZA (Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit vom 21. Juni 1999, SR 0.142.112.681) verdrängt und sei nicht anwendbar. Der Wechselkurs gehöre zum Betriebsrisiko, dieses könne nicht auf die Arbeitnehmenden überwälzt werden. Mangels Rechtfertigungsgrund stelle die an den Kläger gerichtete Vertragsänderungs-offerte mit tieferem Lohn eine unzulässige Diskriminierung gemäss Art. 9 Abs. 1 Anhang I FZA dar. Mit seiner Weigerung, den neuen Arbeitsvertrag mit tieferem Lohn anzunehmen, habe der Kläger Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis geltend gemacht. Die darauf folgende Kündigung der Arbeitgeberin sei deshalb missbräuchlich gemäss Art. 336 Abs. 1 lit. d OR.

3.2 Die Arbeitgeberin bestreitet nicht, dass sich der Kläger unmittelbar und direkt auf das FZA berufen kann und das FZA auch eine indirekte Diskriminierung verbietet. Sie ist jedoch der Auffassung, dass auch FZA-Begünstigte keinen Anspruch auf absolute Lohngleichheit hätten. Diese würden gegenüber den Inländern keine Besserstellung geniessen, sondern seien gleich wie die Inländer nur vor willkürlichen Benachteiligungen und Ungleichbehandlungen geschützt. Es sei aber weder willkürlich noch unsachlich, wenn ein exportabhängiger Arbeitgeber, der unter der Eurokrise leide, einem Mitarbeiter mit Wohnsitz im kostengünstigen Euroland etwas weniger Lohn in Schweizerfranken offeriere als den Mitarbeitern, die in

der teuren Schweiz leben würden und entsprechend höhere Lebenshaltungskosten zu finanzieren hätten. Solche privatautonomen Differenzierungen seien zulässig und gerechtfertigt.

3.3 Der Arbeitnehmer entgegnet, die Arbeitnehmerin verkenne die rechtliche Situation, wenn sie davon ausgehe, dass das FZA nur eine «willkürliche» Ungleichbehandlung verbiete. Grundsätzlich sei das Diskriminierungsverbot absolut zu verstehen. Abweichungen von diesem Grundsatz seien ausnahmsweise möglich, bedürften aber einer qualifizierten Begründung und müssten einer strengen Verhältnismässigkeitsprüfung standhalten.

3.4 Die Vorinstanz hat unter Ziffer 6.3 ihrer Entscheidungsbegründung allgemeine Ausführungen zum FZA gemacht, auf welche verwiesen werden kann und die folgendermassen lauten:

«6.3 Das Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit trat am 1. Juni 2002 in Kraft. Das Freizügigkeitsabkommen bezweckt, die Freizügigkeit der Personen zwischen den Mitgliedstaaten auf der Grundlage der in der Europäischen Gemeinschaft geltenden Bestimmungen zu verwirklichen (vgl. die Präambel des Freizügigkeitsabkommens; BGE 137 II 242 E. 3.2.1). Nach dem allgemeinen Diskriminierungsverbot von Art. 2 FZA dürfen die Staatsangehörigen einer Vertragspartei, die sich rechtmässig im Hoheitsgebiet der anderen aufhalten, bei der Anwendung des Abkommens nach den Anhängen I, II und III nicht auf Grund ihrer Staatsangehörigkeit diskriminiert werden. Zwar können sich die Staatsangehörigen der Vertragsparteien im Anwendungsbereich des Abkommens unmittelbar auf diesen Grundsatz berufen, doch ist er nur in Situationen direkt anwendbar, für welche das Abkommen keine speziellen Nichtdiskriminierungsbestimmungen enthält. Art. 9 Anhang I FZA bestimmt den Geltungsbereich dieses Grundsatzes für Arbeitnehmende und ihre Familienangehörigen (CLAIRE DE COULON/DIETER W. GROSSEN: Wesentliche Grundsätze des Freizügigkeitsabkommens, in: Bilaterale Verträge I & II Schweiz – EU, Schulthess Juristische Medien AG 2007, S. 143 N 26 f.; CHANTAL DELLI, Verbotene Beschränkungen für Arbeitnehmende?, Basel 2009, S. 44). Art. 9 Abs. 1 Anhang I FZA sieht vor, dass ein Arbeitnehmer, der Staatsangehöriger einer Vertragspartei ist, auf Grund seiner Staatsangehörigkeit im Hoheitsgebiet der anderen Vertragspartei hinsichtlich der Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen, insbesondere im Hinblick auf Entlohnung, nicht anders behandelt werden darf als die inländischen Arbeitnehmer. Gemäss Art. 9 Abs. 4 Anhang I FZA sind alle Bestimmungen in Tarif- oder Einzelarbeitsverträgen oder Kollektivvereinbarungen betreffend den Zugang zur Beschäftigung, die Beschäftigung, die Entlohnung und alle übrigen Arbeits- und Kündigungsbestimmungen von Rechts wegen insoweit nichtig, als sie für ausländische Arbeitnehmende, die Staatsangehörige der Vertragsparteien sind, diskriminierende Bestimmungen vorsehen oder

zulassen. Sinn dieser Vorschriften ist, schweizerische Arbeitnehmende vor Lohnunterbietung durch ausländische Arbeitskräfte zu schützen. Die gleichen Lohn- und Arbeitsbedingungen dienen damit letztlich dem Arbeitsfrieden (MANFRED REHBINDER/JEAN-FRITZ STÖCKLI, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, VI/2/2/1, Bern 2010, Art. 322 OR N 9). Das Diskriminierungsverbot verbietet sowohl die offene oder direkte (formelle) Diskriminierung, d.h. jede Unterscheidung, die ausdrücklich auf die Staatsangehörigkeit abstellt, als auch die versteckte oder indirekte (materielle) Diskriminierung. Eine solche liegt vor, wenn eine benachteiligende Regelung an ein anderes Kriterium als die Staatsangehörigkeit knüpft, aber in ihren Auswirkungen zum gleichen Ergebnis führt, ohne dass dies durch objektive Umstände gerechtfertigt wäre. Dabei müssen in der grossen Mehrzahl der von der Norm geregelten Fälle Angehörige anderer Staaten betroffen sein (BGE 4A_593/2009 vom 5. März 2010 E. 1.4; 2P.305/2002 vom 27. November 2003 E. 3.2.3; KURT PÄRLI, Bedeutung der EuGH-Rechtsprechung für die arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsansprüche nach dem Personenfreizügigkeitsabkommen, in: Jusletter 14. August 2006, Rz 75, zitiert KURT PÄRLI, Bedeutung der EuGH-Rechtsprechung). Der Rückgriff auf den Wohnsitz oder den Ausbildungs-ort sind typische Unterscheidungskriterien, die im Ergebnis eine Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit bewirken (ASTRID EPINEY, Das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit, in: SJZ 105 (2009), S. 25, 29). Sofern eine Massnahme bestimmte Personen mit ausländischem Wohnsitz anders behandelt als Personen mit inländischem Wohnsitz indiziert das Unterscheidungskriterium «Wohnsitz» regelmässig eine mittelbare Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit, da die Mehrzahl der Menschen in demjenigen Staat wohnt, dessen Staatsangehörigkeit sie besitzt (OLIVIER STEINER, Das Verbot der indirekten Diskriminierung aufgrund des Geschlechts im Erwerbsleben, Basel 1999, S. 122). Das Diskriminierungsverbot ist u.a. bezüglich der arbeitsrechtlichen Bestimmungen unmittelbar anwendbar (CHANTAL DELLI, a.a.O., S. 25) und es entfaltet Drittwirkung: Verpflichtet sind sowohl staatliche wie auch private Arbeitgeber (KURT PÄRLI, Bedeutung der EuGH-Rechtsprechung, Rz 73 und 102; YVO HANGARTNER, Der Grundsatz der Nichtdiskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit im Freizügigkeitsabkommen der Schweiz mit der Europäischen Gemeinschaft, in: AJP 2003, S. 257, 261; BGE 4A_593/2009 vom 5. März 2010). Die ausländischen Arbeitnehmenden haben demnach einen gerichtlich durchsetzbaren Anspruch auf gleichen Lohn für gleichwertige Arbeit (MANFRED REHBINDER/JEAN-FRITZ STÖCKLI, a.a.O., Art. 322 OR N 9).»

3.5 Die massgebenden Bestimmungen des FZA lauten folgendermassen:

«Art. 2 Nichtdiskriminierung

Die Staatsangehörigen einer Vertragspartei, die sich rechtmässig im Hoheitsgebiet einer anderen Vertragspartei aufhalten, werden bei der An-

wendung dieses Abkommens gemäss den Anhängen I, II und III nicht auf Grund ihrer Staatsangehörigkeit diskriminiert.

Anhang I: Art. 9 Gleichbehandlung

(1) Ein Arbeitnehmer, der Staatsangehöriger einer Vertragspartei ist, darf auf Grund seiner Staatsangehörigkeit im Hoheitsgebiet der anderen Vertragspartei hinsichtlich der Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen, insbesondere im Hinblick auf Entlohnung, Kündigung und, falls er arbeitslos geworden ist, im Hinblick auf berufliche Wiedereingliederung oder Wiedereinstellung nicht anders behandelt werden als die inländischen Arbeitnehmer. (...)

(4) Alle Bestimmungen in Tarif- oder Einzelarbeitsverträgen oder sonstigen Kollektivvereinbarungen betreffend den Zugang zur Beschäftigung, die Beschäftigung, die Entlohnung und alle übrigen Arbeits- und Kündigungsbedingungen sind von Rechts wegen insoweit nichtig, als sie für ausländische Arbeitnehmer, die Staatsangehörige der Vertragsparteien sind, diskriminierende Bedingungen vorsehen oder zulassen.»

Angesichts des Wortlauts von Art. 9 Abs. 4 Anhang I zum FZA und der Auslegung nach Sinn und Zweck der Bestimmungen im Kontext des FZA ist von einer umfassenden und unmittelbaren Drittwirkung auszugehen. Private sind durch das Diskriminierungsverbot des FZA im Bereich der Arbeitnehmerfreizügigkeit unmittelbar gebunden (PHILIPP GREMPER, Frage der Zulässigkeit der Zahlung des Lohnes in Euro, in: *Anwaltsrevue* 2/2012, S. 73, S. 76; YVO HANGARTNER, Der Grundsatz der Nichtdiskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit im Freizügigkeitsabkommen der Schweiz mit der Europäischen Gemeinschaft, in: *AJP* 3/2003, S. 257, S. 261; weitere Literaturhinweise siehe vorinstanzlicher Entscheid, E. 6.3). Dies bestreitet die Arbeitgeberin im Berufungsverfahren nicht.

3.6 Gemäss Art. 2 FZA in Verbindung mit dessen Anhang I Art. 9 darf ein Arbeitnehmender, der Staatsangehöriger einer Vertragspartei ist, hinsichtlich der Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen, insbesondere auch im Hinblick auf die Entlohnung, nicht anders behandelt werden als inländische Arbeitnehmer. Das Diskriminierungsverbot nach FZA verbietet sowohl die offene oder direkte (formelle) Diskriminierung, d.h. jede Unterscheidung, die ausdrücklich auf die Staatsangehörigkeit abstellt, wie auch die versteckte oder indirekte (materielle) Diskriminierung. Ein indirekte Diskriminierung liegt vor, wenn eine benachteiligende Regelung an ein anderes Kriterium als die Staatsangehörigkeit anknüpft, aber in ihren Auswirkungen zum gleichen Ergebnis führt, ohne dass dies durch objektive Umstände gerechtfertigt wäre. Dabei müssen in der grossen Mehrzahl der von der Norm geregelten Fällen Angehörige anderer Staaten betroffen sein (BGer 4A_593/2009 vom 5. März 2010, E. 1.4; BGE 131 V 209, E. 6; BGE 130 I 26, E. 3.2).

Die Arbeitgeberin knüpfte betreffend Adressatenkreis für die Offerte zur Lohnsenkung nicht an die Staatsangehörigkeit an, so dass keine direkte Diskriminierung vorliegt. Sie knüpfte jedoch an das Kriterium «Grenzgän-

ger» an. Es entspricht eher der Ausnahme, dass schweizerische Staatsangehörige, welche in der Schweiz arbeiten, im Ausland wohnen. So handelte es sich denn auch bei den bei der Berufungsklägerin beschäftigten und im Ausland wohnenden Arbeitnehmenden gemäss Ausführungen der Arbeitgeberin nur gerade bei deren zwei um schweizerische Staatsangehörige. Von den betroffenen 120 Grenzgängern waren 118 ausländische Staatsangehörige. Somit waren in der grossen Mehrzahl ausländische Arbeitnehmende betroffen. Soll nunmehr nur der Lohn der Grenzgänger aufgrund der Eurokrise gesenkt werden und erhalten diese folglich für die gleiche Arbeit weniger Lohn als die inländischen Arbeitnehmenden, werden sie diesen gegenüber benachteiligt. Somit liegt eine indirekte Diskriminierung vor. Dass das FZA auch auf die Grenzgänger anwendbar ist, ist unbestritten und ergibt sich aus Art. 7 Anhang I FZA.

3.7 Die Arbeitgeberin macht geltend, das Gleichbehandlungsgebot und Diskriminierungsverbot habe weder eine andere noch eine weitergehende Tragweite als jenes gemäss Art. 8 BV. Insbesondere schreibe das FZA auch keinen Anspruch auf «absolute Lohngleichheit» vor. Auch gegenüber Arbeitnehmern, die sich auf das FZA berufen könnten, seien deshalb nur willkürliche, nicht aber sachlich gerechtfertigte Benachteiligungen unzulässig. Wäre es nicht so, würde eine Ungleichbehandlung durch Besserstellung der Grenzgänger gegenüber den Arbeitnehmern mit Wohnsitz in der Schweiz resultieren. Das sei weder dem Wortlaut noch der ratio legis des FZA zu entnehmen. Auch gegenüber Arbeitnehmern mit Wohnsitz im Ausland gelte deshalb das gleiche beschränkte Gleichbehandlungsgebot wie gegenüber Arbeitnehmern mit Wohnsitz im Inland. Selbst wenn ein Anspruch auf absolute Lohngleichheit und damit eine Besserstellung gegenüber Inländern in das FZA hineininterpretiert würde, ändere dies nichts daran, dass Staatsverträge gleich wie Bundesgesetze verfassungskonform auszulegen seien. Eine FZA-Auslegung dergestalt, dass im Ergebnis für Grenzgänger im Vergleich zu Inländern eine lohndifferenzierungsmässige Besserstellung resultiere, sei verfassungswidrig, weil dadurch die Wirtschafts-, Vertrags- und Verhandlungsfreiheit ohne klare Rechtsgrundlage und ohne öffentliches Interesse beschränkt würde.

Ob das FZA einen Anspruch auf absolute Lohngleichheit gewährt, ist im vorliegenden Verfahren nicht zu beurteilen, denn der Kläger hat gar keinen Anspruch auf absolute Lohngleichheit geltend gemacht, sondern lediglich, dass es nicht zulässig sei, nur bei den Grenzgängern eine Lohnreduktion wegen der Eurokrise vorzunehmen. Der Kläger hat zwar behauptet, das Lohnniveau der Grenzgänger sei im Betrieb der Beklagten bereits generell tiefer als jenes der schweizerischen Arbeitnehmenden, aber er hat keine diesbezügliche Anpassung und somit keine absolute Lohngleichheit verlangt. Auf die Ausführungen der Arbeitgeberin betreffend absoluter Lohngleichheit und die in diesem Zusammenhang erfolgten Ausführungen betreffend verfassungskonformer Auslegung des FZA, ist daher nicht weiter einzugehen.

3.8 Nachdem eine indirekte Diskriminierung bejaht wird, gilt es zu prüfen, ob Rechtfertigungsgründe vorliegen. Dazu ist ein sachlicher Grund für die Benachteiligung erforderlich, welcher zudem die Differenzierung als geboten erscheinen lässt. Schliesslich ist das Element der Verhältnis-mässigkeit zu berücksichtigen. Insbesondere ist der Eingriff in die Gleichbehandlung auf das Erforderliche zu beschränken (JEAN-FRITZ STÖCKLI, Lohngleichheit für Grenzgänger bei Währungsverschiebungen, in: ARV online 2012 Nr. 262, Rz 63). Die Arbeitgeberin bringt vor, die Änderungskündigung mit offerierter Weiterbeschäftigung zu einem 6% tieferen Lohn sei aus marktbedingten Gründen betrieblich notwendig gewesen und deshalb sachlich gerechtfertigt. Aufgrund der Eurokrise habe sie rasch wirk-same Kostensenkungsmassnahmen ergreifen müssen, was praktisch nur mit Lohnreduktionen möglich sei. Die Grenzgänger hätten von der Euro-krise profitiert. Die Lebenshaltungskosten seien in Frankreich rund 19% tiefer als in der Schweiz. Zusätzlich hätte die Wechselkursschwankung für die Grenzgänger eine faktische Lohnerhöhung von 19% bewirkt. Auch mit der Lohnreduktion von 6% seien die Grenzgänger im Vergleich zu den In-ländern noch um 32% besser gestellt. Wenn man den Inländern die gleiche Lohnreduktion zugemutet hätte, obwohl sie im Unterschied zu den Grenz-gängern nicht von der Eurokrise profitierten, wären stossende Ungerech-tigkeiten entstanden und der innerbetriebliche Arbeitsfrieden gefährdet gewesen. Der um 6% reduzierte Lohn sei immer noch über dem orts- und branchenüblichen Niveau gelegen, wie die Tripartite Kommission festge-stellt habe.

3.8.1 Wie bereits die Vorinstanz ist auch das Kantonsgericht der Auf-fassung, dass der tiefe Eurokurs nicht nur einseitig den Grenzgängern zu Gute kommt. Inländer kaufen zunehmend im Euroraum ein, dies vor allem in Zeiten des schwachen Eurokurses. Gerade in den grenznahen Gebieten – wie hier vorliegend – ist der «Einkaufstourismus» in den Euroraum beson-ders ausgeprägt. Dabei handelt es sich nicht nur um den Einkauf von Le-bensmitteln und Kosmetikprodukten. Zunehmend gehen Inländer auch für Dienstleistungen wie Restaurantbesuche, Coiffeurbesuche, Autoreparatu-ren und Zahnarztbehandlungen in Euroländer. Beim Profit der Schweizer vom tiefen Eurokurs handelt es sich nicht nur um Kleinigkeiten. So gehen die inländischen Grossverteiler davon aus, dass ihnen wegen dem Ein-kaufstourismus in die Eurozone milliardenschwere Umsätze verloren ge-hen. In der Schweiz wohnhafte Arbeitnehmende profitieren somit ebenfalls vom tiefen Eurokurs. Dies auch, in dem in der Schweiz vermehrt Produkte aus dem EU-Raum unter dem Titel «Euro-Bonus» günstiger angeboten werden. Eine währungsbedingte Kaufkraftsteigerung kommt somit nicht nur den Grenzgängern zu Gute. Zudem kaufen die Grenzgänger zum Teil auch in der Schweiz ein, gehen hier Mittagessen, haben teilweise auch Hy-potheken in Schweizerfranken oder schicken ihre Kinder zum Teil auch in schweizerische Privatschulen. Diese Ausgaben fallen ihnen somit auch in Schweizerfranken an und sie können diesbezüglich auch nicht vom Euro-

kurs profitieren. Der schwache Eurokurs ist gestützt auf diese Ausführungen kein sachlicher Rechtfertigungsgrund dafür, einseitig nur den Grenzgängern die Löhne zu senken.

3.8.2 Soweit die Arbeitgeberin die tieferen Lebenshaltungskosten ins Feld führt, ist festzuhalten, dass die mit Offerte vom 26. Juli 2010 vorgeschlagene Lohnreduktion mit dem schwachen Eurokurs begründet wurde und die vorgeschlagene Reduktion bei einem Kurs von 1.50 wieder aufgehoben werden sollte. Es ging der Arbeitgeberin somit nicht darum, ein neues Lohnsystem basierend auf den Lebenshaltungskosten der Arbeitnehmenden einzuführen, sondern lediglich darum, die mit der Eurokrise zusammenhängenden (zeitlich befristeten) Schwierigkeiten durch (zeitlich befristete) kostensenkende Massnahmen zu lösen. Es geht somit einzig um eine währungsbezogene Lohndifferenzierung und nicht um eine wohnortbezogene Differenzierung (siehe auch JEAN-FRITZ STÖCKLI, Lohnungleichheit für Grenzgänger bei Währungsverschiebungen, in: ARV online 2012 Nr. 262, Rz 29). Die Lebenshaltungskosten wie auch bereits die Frage der absoluten Lohnungleichheit (siehe Erwägung 3.7) sind daher für die Beurteilung der Frage, ob die konkret getroffene, zeitlich befristete Massnahme (Senkung der Grenzgängergelöhne bis der Kurs wieder auf 1.50 ist) zulässig ist, nicht massgebend. Daher ist auch auf den von den Parteien diskutierten Entscheid «Sotigu» des EuGH bzw. wie dieser zu interpretieren ist, nicht einzugehen. Auch das Argument des Ortszuschlags, welches vorgebracht wurde, ist nicht geeignet. Dieser Ortszuschlag knüpft ohnehin an den Arbeitsort an und nicht an den Wohnort bzw. die daran gekoppelten Lebenshaltungskosten. Ebenso ist unbeachtlich, dass die «Tripartite Kommission Flankierende Massnahmen des Kantons Basel-Landschaft» im Schreiben vom 25. November 2010 zum Ergebnis kam, dass die Arbeitgeberin die orts- und branchenüblichen Löhne nicht wiederholt missbräuchlich unterschritten hat, da die «Tripartite Kommission» nur bei Lohndumping einschreitet.

3.8.3 Weiter ist zu beachten, dass selbst von dem von der Arbeitgeberin immer wieder zitierten JEAN-FRITZ STÖCKLI verlangt wird, dass bei gegenläufigen Währungsverschiebungen eine umgekehrte Kompensation greifen muss (JEAN-FRITZ STÖCKLI, a.a.o, Rz 32 ff.). Die Offerte vom 26. Juli 2010 sah zwar eine Aufhebung der Lohnsenkung bei einem Kurs von 1.50 vor, eine umgekehrte Anpassung bei einem noch höheren Kurs als 1.50 wurde jedoch nicht erwähnt und von der Arbeitgeberin auch nicht behauptet. Der Arbeitnehmer brachte vor, es sei nicht über Lohnerhöhungen gesprochen worden, als der Kurs auf über 1.65 gewesen sei. Dies wurde von der Arbeitgeberin nicht bestritten. Eine Währungsanpassung in beide Richtungen ist nicht ersichtlich, vielmehr nur eine Lohnreduktion bei einem tiefen Eurokurs, jedoch keine Lohnerhöhung bei hohem Kurs. Das mit Schreiben vom 26. Juli 2010 offerierte Angebot war daher auch aufgrund der fehlenden umgekehrten Kompensation bei gegenläufigen Währungsverschiebungen nicht sachgerecht.

3.8.4 Schliesslich ist ebenfalls zu berücksichtigen, dass entsprechend der Lehre vom sogenannten Betriebsrisiko Betriebsstörungen betriebstechnischer, wirtschaftlicher oder behördlicher Art zum Risiko des Arbeitgebers gehören und dieser die Folgen zu tragen hat, obwohl er sie nicht verschuldet hat (MANFRED REHBINDER/JEAN-FRITZ STÖCKLI, Berner Kommentar, Obligationenrecht, Band VI/2/2/1, Bern 2010, Art. 324 N 38 f., mit weiteren Hinweisen). Genauso wie ein Rohstoffmangel und die damit verbundenen Preiserhöhungen stellen auch die negativen Folgen einer Währungsschwankung eine vom Arbeitgeber zu tragende wirtschaftliche Betriebsstörung dar, welche nicht auf den Arbeitnehmer überwältzt werden kann (PHILIPP GREMPER, a.a.O., S. 75). In diesem Zusammenhang stellt das gewählte Vorgehen auch eine unzulässige Überwälzung des Währungsrisikos als Bestandteil des Betriebsrisikos dar.

3.8.5 Soweit sich die Arbeitgeberin in diesem Zusammenhang auf die Bestimmungen des GAV in der Maschinen-, Elektro- und Metallindustrie beruft, ist Art. 9 Abs. 4 Anhang I FZA zu beachten. Dieser besagt, dass alle Bestimmungen in Tarif- oder Einzelarbeitsverträgen oder sonstigen Kollektivverträgen u.a. betreffend die Entlohnung von Rechts wegen insoweit nichtig sind, als sie für ausländische Arbeitnehmer, die Staatsangehörige der Vertragsparteien sind, diskriminierende Bedingungen vorsehen oder zulassen. Wie bereits festgestellt, liegt eine indirekte Diskriminierung vor, so dass sich die Arbeitgeberin nicht auf den GAV berufen kann, weil das FZA eine GAV-Bestimmung verdrängt, soweit diese diskriminierend ist.

3.9 Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Lohnsenkung der Grenzgänger wegen der Eurokrise bzw. die Offerte vom 26. Juli 2010 eine indirekte Diskriminierung nach FZA darstellt. Sachliche Rechtfertigungsgründe für diese Diskriminierung liegen nicht vor, da auch die Schweizer von der Eurokrise profitieren. Zudem wurde eine gegenläufige Kompensation im Sinne einer Lohnerhöhung bei hohem Eurokurs nicht vorgesehen. Weiter liegt eine unzulässige Überwälzung des Währungsrisikos als Bestandteil des Betriebsrisikos vor. Der Inhalt des am 26. Juli 2010 angebotenen Vertrages versties gegen das FZA. Der Arbeitnehmer durfte diese Offerte daher in guten Treuen ablehnen. Mit der Ablehnung dieser Offerte hat er somit nach Treu und Glauben Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis geltend gemacht. Die aufgrund seiner Ablehnung erfolgte Kündigung ist auch aus diesem Grund missbräuchlich im Sinne von Art. 336 Abs. 1 lit. d OR.

(...)

5.5 Die Vorinstanz ist bei der Berechnung der Entschädigung vom Monatslohn des Klägers von brutto Fr. 4820.– zuzüglich Anteil des 13. Monatslohns ausgegangen. Diese Basis ist korrekt und wurde von der Arbeitgeberin auch nicht gerügt. Die Entschädigung beträgt demnach Fr. 20 886.65 (4 x Fr. 4820.– = Fr. 19 280.– zuzüglich Anteil 13. ML von Fr. 1606.65). Da es sich um eine Strafzahlung handelt, ist der Betrag ohne jeden Abzug von Sozialversicherungsprämien rein netto auszurichten

(STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 336a N 2, mit weiteren Hinweisen). Das vorinstanzliche Urteil ist dementsprechend betreffend Entschädigung aus missbräuchlicher Kündigung zu ändern und die Berufung in diesem Punkt teilweise gutzuheissen.

Kanton Basel-Stadt

Gewerbliches Schiedsgericht Basel-Stadt, Urteil vom 25. Januar 2012

Art. 13 ArGV 1. Es ist nicht zulässig, bei einem sog. Call-Center-Agenten die Entlöhnung vertraglich auf die reine Gesprächszeit zu beschränken, während die übrige Zeit, in der sich der Arbeitnehmer weiterhin in den Räumlichkeiten der Arbeitgeberin aufhält und zur Arbeitsleistung bereit ist, nicht entlohnt wird.

Sachverhalt:

K. schloss mit der S. GmbH am 31. Januar 2011 einen Arbeitsvertrag als Call-Center-Agent und am 9. März 2011 einen Arbeitsvertrag als Teamleiter ab. In beiden Verträgen wurde ein Bruttostundenlohn von Fr. 30.– vereinbart, wobei im Call-Center-Agentenvertrag die Telefongesprächszeit als massgebend bezeichnet wurde. Hinzu kam eine Nettoumsatzbeteiligung auf den Eigenverkauf.

Nach erfolglosem Schlichtungsverfahren begehrte K. am 9. November 2011 mit Klage vor dem Arbeitsgericht Basel-Stadt die Verurteilung der S. GmbH zur Zahlung von Lohndifferenzen hauptsächlich wegen nicht bezahlter Arbeitszeit. Das Arbeitsgericht hiess die Klage am 25. Januar 2012 teilweise gut, wobei es Folgendes in Erwägung zog.

Aus den Erwägungen:

2.4 Umstritten ist unter den Parteien ferner, welche Zeit als Arbeitszeit gilt, die zu entlohnen ist. Die Beklagte beruft sich für die Tätigkeit des Klägers als Call-Center-Agent darauf, dass der betreffende Arbeitsvertrag in § 7 die Telefongesprächszeit für massgebend erklärt. Für den Kläger hingegen ist die gesamte Zeit, die mit dem Betreten des Arbeitsortes beginnt und dem Verlassen desselben endet, zu entlohnende Arbeitszeit.

Arbeitszeit ist die Zeit, während der sich der Arbeitnehmer zur Arbeitsleistung inner- oder ausserhalb des Betriebes zur Verfügung der Arbeitgeberin bereit hält und daher nicht darüber frei verfügen kann (Art. 13 ArGV 1; STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 6. Auflage 2006, zu Art. 321 OR N 9, S. 122). Deshalb gehören auch Bereitschafts- und Pikettdienste zur Arbeitszeit (STREIFF/VON KAENEL, a.a.O.). Auch Pausen sind Arbeitszeit, wenn der Arbeitsplatz, das heisst die zur Arbeitsleistung vorgesehenen und dienenden Räumlichkeiten, nicht verlassen werden darf (Art. 15 Abs. 2 ArG; BGE 4A_343/2010 E. 4.4). Die umschriebene Arbeitszeit ist Grundlage zur Be-

rechnung des Zeitlohnes. Hingegen kann die Entlohnung nicht auf die reine Gesprächszeit vertraglich beschränkt werden, während die übrige Zeit, in der sich der Arbeitnehmer weiterhin in den Räumlichkeiten des Arbeitgebers aufhält und zur Arbeitsleistung bereit ist, nicht entlohnt wird. Die Beklagte hat die Zulässigkeit für eine Entlohnung allein der Gesprächszeit mit dem Hinweis auf Akkordlohnarbeit begründet. Akkordlohnarbeit ist jedoch definitionsgemäss jede Art von leistungs- und nicht zeitabhängig entlohnter Arbeit (STREIFF/VON KAENEL, Art. 326 OR N 2, S. 324; Art. 326 Abs. 2 OR). Sie stellt entweder auf die Menge oder die Güte der Arbeitsleistung oder auf eine Kombination von beidem ab (BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 326 OR N. 3, S. 422). Dabei kann als massgebende Menge der Arbeitsleistung nicht die Zeit allein, die der Arbeitnehmer für seine Tätigkeit aufwendet, eingesetzt werden, wenn dies zu einer Umgehung der erläuterten Definition der Arbeitszeit gemäss Arbeitsgesetz führen würde. Dies wäre vorliegend denn auch der Fall.

Eingesandt von F. Emmel, Gerichtsschreiber

Gewerbliches Schiedsgericht Basel-Stadt, Urteil vom 19. April 2012

Art. 340 ff. OR; Art. 106 f. ZPO. Konkurrenzverbote für in Personalvermittlungs- und Personalverleihunternehmen tätige Personalberater sind rechtsgültig. Kein Wegfall des Konkurrenzverbotes durch Kündigung seitens des Personalberaters mangels eines begründeten Anlasses zur Kündigung. Bemessung der aufgrund der Umstände angemessenen Konventionalstrafe. Bemessung der vom Personalberater zu tragenden Parteientschädigung aufgrund des vollen Klagbegehrens trotz Reduktion der zugesprochenen Konventionalstrafe, wenn kein übermässiges Überklagen vorliegt.

Sachverhalt:

M. trat am 1. Juni 2009 als Personalberater bei der I. SA, einem Personalvermittlungs- und Personalverleihunternehmen, in deren Filiale in der X...strasse in Basel ein. Seine Tätigkeit umfasste folgende Aufgaben: «Verwaltung und Betreuung der Bewerber und der Vermittlungsagentur, Durchführung von Tests, Prüfung von Arbeitszeugnissen sowie Auswahl und Vermittlung angeworbener Arbeitskräfte, telefonische Akquisitionstätigkeit zur Vermittlung von Zeitarbeitskräften sowie festangestellten Arbeitskräften an Firmen, Besuche bei Firmenkunden und potenziellen Kunden.» Im Weiteren sah der Arbeitsvertrag folgendes «Wettbewerbsverbot» vor: «Herr M. hat die Vertraulichkeit der ihm direkt oder indirekt während seiner Tätigkeit für die I. zur Kenntnis gelangten Informationen zeitlich und örtlich unbegrenzt zu wahren. Dies gilt insbesondere für die von ihm behandelten Angelegenheiten, die Organisation von I., ihre Arbeitsweise,

Kunden, Beschäftigte und alle sonstigen Angelegenheiten, die Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse darstellen, sowie seine eigenen Beziehungen zu I. Es ist Herrn M. daher untersagt, die oben genannten Geschäftsgeheimnisse zu seinen eigenen Zwecken zu nutzen bzw. sie direkt oder indirekt an Dritte weiterzugeben. Desgleichen ist es Herrn M. untersagt, sich direkt oder indirekt an einem Unternehmen gleich welcher Rechts- und Wirtschaftsform zu beteiligen, das der Vermittlung von Temporär- oder Dauerstellen nachgeht, namentlich auf eigene Rechnung und/oder als Angestellter. Dieses Verbot gilt für das gesamte Gebiet des Kantons Basel-Stadt, und neben Kantonen während der Laufzeit dieses Vertrags als auch für die Dauer von zwei Jahren nach seiner Beendigung. Wird das vorgenannte Verbot einmal oder mehrmals verletzt, kann I. alle vertraglichen Beziehungen zwischen den Parteien fristlos kündigen und strafrechtlich gegen Herrn M. vorgehen, namentlich auf Grundlage von Artikel 162 des Schweizerischen Strafgesetzbuchs. Darüber hinaus hat Herr M. der I. bei jeder weiteren Verletzung eine Vertragsstrafe in Höhe von fünfzigtausend Schweizer Franken zu zahlen. Herr M. hat der I. ferner Ersatz für alle Schäden zu leisten, die diesen Betrag übersteigen. Weder die Zahlung einer Vertragsstrafe noch die Leistung von Schadenersatz an I. entbindet Herrn M. von der Pflicht, die oben genannten Verbote einzuhalten. I. kann jederzeit die Unterlassung der Verletzungshandlung fordern, und zwar insbesondere im Gerichtswege sowie erforderlichenfalls durch Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung.»

Nachdem der Filialleiter R. sein Arbeitsverhältnis auf den 30. April 2010 gekündigt hatte, kündigte auch M. seinen Arbeitsvertrag auf den 12. April 2010. Bereits am 10. März 2010 schloss M. mit der T. AG, einem Personalvermittlungs- und Personalverleihunternehmen mit Geschäftsräumlichkeiten ebenfalls an der X...strasse, einen Arbeitsvertrag als Personalberater mit Beginn am 1. Mai 2010 ab. Nach erfolglosem Schlichtungsverfahren begehrte die I. SA mit Klage vom 10. Januar 2012 vor Arbeitsgericht Basel-Stadt die kostenfällige Verurteilung von M. zur Zahlung von Fr. 15 000.– Konventionalstrafe wegen Verletzung des Wettbewerbsverbotes. Das Arbeitsgericht hiess die Klage am 19. April 2012 im Umfang von Fr. 7500.– gut und verurteilte M. zur Tragung einer Parteientschädigung, die auf dem vollen Klagebegehren von Fr. 15 000.– berechnet wurde. Eine von M. gegen dieses Urteil erhobene Berufung wies das Appellationsgericht Basel-Stadt am 16. April 2013 ab.

Aus den Erwägungen:

2.2 Nach Art. 340 Abs. 1 OR kann sich der handlungsfähige Arbeitnehmer der Arbeitgeberin gegenüber schriftlich dazu verpflichten, dass er sich nach der Beendigung des Arbeitsverhältnisses jeder konkurrenzierenden Tätigkeit enthält, namentlich nicht in einem Geschäft als Angestellter tätig ist, das mit der Arbeitgeberin im Wettbewerb steht. Das Konkurrenz-

verbot ist nur dann verbindlich, wenn der Arbeitnehmer im Arbeitsverhältnis Einblick in den Kundenkreis oder in Geschäfts- oder Fabrikationsgeheimnisse hatte. Zudem muss die Verwendung dieser Kenntnisse die Arbeitgeberin erheblich schädigen können (Abs. 2). Beim Einblick in den Kundenkreis ist erforderlich, dass der Angestellte die regelmässigen Kunden und ihre Gewohnheiten kennt und ihnen daher gleichartige Leistungen anbieten könnte, um sie abzuwerben (BGE 138 III 67 E. 2.2.1 = Pra 2012 Nr. 76, S. 521). Durch ein Konkurrenzverbot nicht geschützt werden kann eine Kundenbeziehung, die massgeblich auf den persönlichen Eigenschaften und Fähigkeiten des Arbeitnehmers beruht. Vorausgesetzt wird dabei, dass die Leistungen, die die Kunden erhalten, entsprechend durch den Angestellten und nicht durch die Identität des Arbeitgebers geprägt sind (BGE 138 III 67 E. 2.2.1 = Pra 2012 Nr. 76, S. 521). Dies wurde in der Rechtsprechung beispielsweise für Damen-Coiffeure bzw. Hairstylisten und Kosmetikerinnen angenommen (AppGer. BS, BJM 2006, S. 92 E. 3.4; AGer ZH; ZR 1994, Nr. 61, S. 173).

Für Personalverleih- und -vermittlungsfirmen ist es wie für Unternehmen und Betriebe anderer Wirtschaftszweige unerlässlich, dass sie über einen möglichst breiten und treuen Kundenstamm verfügen. Dies bringt es mit sich, dass die für sie tätigen Personalberater zu diesen Kunden oft einen langjährigen und intensiven Kontakt aufbauen, der ihnen den Abschluss und die Vermittlung von Aufträgen für die Arbeitgeberin entscheidend erleichtert. Dies trifft jedoch auf zahlreiche Angestellte mit Kundenkontakt zu, sei es die Floristin im Blumengeschäft, den Handelsreisenden für seine durch ihn beworbenen Produkte oder sei es den Akquisiteur im Schreinereibetrieb. Zwar schätzt es die Kundschaft, dass sie dabei den Arbeitnehmer als persönliche Ansprechperson des Unternehmens kennt und mit seiner Arbeitsweise vertraut ist, was den Abschluss und die Abwicklung der Geschäfte massgeblich vereinfacht. Hingegen beruhen die den Kunden erbrachten Leistungen vielfach nicht massgebend auf den besonderen Eigenschaften und Fähigkeiten des Arbeitnehmers, sondern vielmehr auf dem Angebot der Arbeitgeberin und ihres Unternehmens. Die ständige Rechtsprechung geht deshalb davon aus, dass auch die Personalberater der Personalverleih- und Personalvermittlungsbranche rechtsgültig Konkurrenzverbote nach den Art. 340 ff. OR eingehen können (z.B. BGE 130 III 353; 4A_126/2009; AppGer BS, BJM 1996, S. 17; ZGer BS, BJM 1991, S. 81). Aus der Sicht ihrer Kunden, Arbeitgeber wie Arbeitnehmer, sind regelmässig die Person und die Fähigkeiten der zum Verleih oder zur Vermittlung angebotenen Arbeitskraft bzw. die Qualitäten des Einsatzbetriebes wesentlich, hingegen lediglich in geringerem Umfang die Eigenschaften der Personalberater wichtig (ZGer BS, BJM 1991, S. 81 E. 7b/bb). Zum selben Schluss gelangte das Bundesgericht selbst bei einem eigentlichen Unternehmensberater in Personalfragen, und zwar auch dann, wenn anzunehmen sei, dass die Kunden, die persönliche Beziehungen zu den Beratern bevorzugten, die Arbeitgeberin nach seinem Abgang ohnehin verlas-

sen hätten (BGer. 4A_107/2011 E. 3.3). Hingegen gestand das Bundesgericht zwei Schulungsleitern, sogenannten Training Coaches, einer Firma, die Ausbildungskurse, Seminare und Lehrgänge im Bereich der Weiterbildung von Unternehmenspersonal anbietet, zu, dass die Firmenkunden ihren persönlichen Qualitäten – nämlich ihrer Fähigkeit, in den Seminaren die Aufmerksamkeit der Zuhörer zu gewinnen, sich klar auszudrücken und an diese eine klare Botschaft weiterzugeben – überwiegende Bedeutung bemessen würden. Deshalb waren die mit den Schulungsleitern vereinbarten Konkurrenzverbote unbeachtlich (BGE 138 III 67 E. 2.2.2 = Pra 2012 Nr. 76, S. 521).

2.3 Im schriftlichen Arbeitsvertrag vom 25. Mai 2009, den der Beklagte eigenhändig unterzeichnet hatte, verpflichtete er sich, nicht in einem Unternehmen tätig zu sein, das die Vermittlung von Temporär- und Dauerstellen betreibt. Das Verbot wurde für das Gebiet des Kantons Basel-Stadt und die Nachbarkantone sowie für die Dauer von zwei Jahren nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses abgeschlossen. Die Klägerin ist eine Aktiengesellschaft, die an Kunden temporär- oder festangestelltes Personal verleiht und vermittelt. Gemäss Arbeitsvertrag hatte der Beklagte als «Personalberater» die Tätigkeit eines Personalverleihers und -vermittlers inne. Der Beklagte hatte Arbeitskräfte anzuwerben, auszusuchen, zu testen und ihre Unterlagen zu prüfen, um sie vorübergehend oder dauernd an Firmen zu vermitteln, die er ebenfalls zu akquirieren und zu betreuen hatte. Es ist unter den Parteien anerkannt, dass mit der Vermittlung auch die Verleihung gemeint war, wie der Fall des früheren Temporärmitarbeiters der Beklagten S. exemplarisch aufzeigt.

Der Beklagte will allerdings bei seiner Tätigkeit für die Klägerin nur wenig Kundenkontakt gehabt haben. Den grössten Teil seiner Arbeitszeit habe er sich mit dem Empfang, mit Telefonaten und der Anlegung der Kandidatendossiers beschäftigt, weil er mit dem Filialleiter R. alleine in der Filiale Basel gewesen sei. Ihnen habe eine Sekretärin gefehlt, weswegen sie auch an den Hauptsitz in Lausanne gelangt seien. Der Vermittlungstätigkeit könne man nur schlecht nachgehen, wenn man sich ständig mit anderen Dingen beschäftigen müsse. Dieser Aussage widersprach hingegen der als Zeuge einvernommene R., der ausführte, dass der Beklagte als Personalberater und -vermittler in der Baubranche und Handwerkerbranche tätig gewesen sei, während er selber das Backoffice erledigt habe. Ebenso bestätigte der als Zeuge befragte P., Geschäftsführer der T. AG und nachfolgenden Arbeitgeberin des Beklagten, dass dieser während seiner Anstellung bei der Klägerin hauptsächlich im Baunebengewerbe als Vermittler tätig gewesen sei. Die T. AG sei in einem Aufschwung gewesen und habe einen Berater mit Erfahrung in diesem Bereich gesucht, die für sie wichtig gewesen sei. Der Beklagte sei dabei ihr Wunschkandidat gewesen.

Daher ist davon auszugehen, dass der Beklagte bei der Klägerin effektiv als Personalverleiher und -vermittler mit Arbeitnehmern und Arbeitgebern in Kontakt gestanden hatte. Damit hatte er Einblick in den Kunden-

kreis der Klägerin und auch die Gewohnheiten dieser Kunden kennengelernt. Die Verleihung und Vermittlung von Personal bringt es mit sich, dass der betreffende Personalberater zudem mit den Geschäftsgeheimnissen, namentlich den Anstellungsbedingungen und weiteren Modalitäten der Verleihung und Vermittlung, namentlich den Preisen, der Preisbildung und den Margen, die regelmässig weder allgemein bekannt noch leicht zu ermitteln sind, vertraut ist. All diese Kenntnisse sind dazu geeignet, der bisherigen Arbeitgeberin durch einen Einsatz in einem Konkurrenzunternehmen erheblichen Schaden zuzufügen (AppGer BS, BJM 1996, S. 17 E. 2; ZGer BS, BJM 1991, S. 81 E. 2b + c). Die Kunden und Geschäftsgeheimnisse konnte der Beklagte ausreichend kennenlernen, obwohl er vom 1. Juni 2009 bis 12. April 2010 und damit während nur fast zehneinhalb Monaten in den Diensten der Klägerin stand. Auch das Bundesgericht ging bei einer Verkaufsrepräsentantin, die für die Arbeitgeberin bloss zehn Monate tätig war und geltend machte, dass sie effektiv nur während fünf Monaten Kundenkontakt gehabt habe, davon aus, dass es auch bei einer relativ kurzen Vertragsdauer nicht ausgeschlossen sei, mit wichtigen Personen persönliche Kontakte herzustellen, die später dazu benützt würden, die bisherige Arbeitgeberin durch Abwerbung der Kunden zu schädigen (BGer. 4P.234/2006 E. 7.1 ff.).

Unter allen diesen Umständen hat sich der Beklagte gegenüber der Klägerin rechtsgültig verpflichtet, ihr nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses keine Konkurrenz zu machen. Dieses Konkurrenzverbot kann auch nicht als übermässig bezeichnet werden, sondern erweist sich im Rahmen von Art. 340a OR als angemessen. Das Verbot ist, was die Tätigkeit und damit den Gegenstand des Verbots angeht, auf die Verleih- und Vermittlungstätigkeit beschränkt, wie sie der Beklagte bei der Klägerin ausgeübt hatte. In örtlicher Hinsicht bezieht sich das Verbot ausschliesslich auf den Kanton Basel-Stadt und die Nachbarkantone, wo die Klägerin ihre Zweigniederlassung unterhielt bzw. sich geschäftlich betätigte, was massgebend ist (BGE 4C.44/2002 E. 2.4). Ferner ist das Konkurrenzverbot auf zwei Jahre beschränkt, was im ordentlichen gesetzlichen Rahmen von drei Jahren liegt und jedenfalls mit Rücksicht auf die zu schützenden Geschäftsgeheimnisse der Klägerin nicht als übermässig angesehen werden kann (vgl. BGer. 4A_62/2011 E. 4.1.1). Zu untersuchen ist im Weiteren, ob der Beklagte das Konkurrenzverbot übertreten hat.

2.4 Der Beklagte trat im Anschluss an die Beendigung seines Arbeitsverhältnisses mit der Klägerin von Mitte April 2010 bei der T. AG als Personalberater ein. Der vom Beklagten eingereichte Arbeitsvertrag mit der T. AG wurde bereits am 10. März 2010 und damit am Tage vor der Kündigung des Beklagten am 11. März 2010 unterzeichnet. Das Arbeitsverhältnis begann am 1. Mai 2010. Die T. AG bezweckt die Erbringung von Dienstleistungen im Bereich des Personalverleihs für Unternehmen im In- und Ausland sowie die Vermittlung von Temporär-, Dauer- und Kaderstellen. Ihr Geschäftszweck deckt damit jenen der Klägerin mehr als ab.

Zudem unterhält sie in unmittelbarer Nähe zur damaligen Filiale der Klägerin ebenfalls in der X...strasse ihren Geschäftssitz, wo der Beklagte als Personalberater arbeitete und heute nach einem Unterbruch erneut angestellt ist. Damit verletzte der Beklagte sein rechtsgültig abgeschlossenes Konkurrenzverbot. Nicht wesentlich ist dabei, ob der Beklagte effektiv seine bei der Klägerin erworbenen Kenntnisse über ihre Kundschaft und ihre Geschäftsgeheimnisse einsetzte und sogar ihre Kunden, das heisst Arbeitskräfte wie auch Arbeitgeber, kontaktierte. Wesentlich für die Verletzung des Konkurrenzverbots ist nicht, ob der Arbeitnehmer seine Kenntnisse verwertet. Vielmehr genügt es nach Art. 340 OR bereits, dass er bei seiner neuen Anstellung die Möglichkeit einer Verwendung des erlangten Wissens hat (AppGer BS, BJM 1996, S. 17 E. 2). Daher kann dahingestellt bleiben, ob die Beteuerungen des als Zeugen befragten P. zutreffen, wonach der Beklagte bei der T. AG deren Kandidaten und Kunden übernommen habe, während diese an seinen Kundenbeziehungen nicht interessiert sei. Davon abgesehen hätte die jetzige Arbeitgeberin selber ein Interesse daran, eine Konkurrenzierung der Klägerin in Abrede zu stellen, sollte sie den Beklagten unlauter, das heisst in Verletzung des UWG, einsetzen. Zudem ist festzustellen, dass auf dem Personalvermittlungs- und Personalverleihmarkt der Schweiz zahlreiche Firmen ihre Dienste anbieten und um Kunden werben. Entsprechend gross und intensiv ist der Wettbewerb unter den Marktteilnehmern. Es erstaunt deshalb nicht, dass die Personalverleih- und Personalvermittlungsfirmen in den Arbeitsverträgen mit ihren Personalberatern regelmässig Konkurrenzverbote vereinbaren, was gerichtsnotorisch ist (vgl. ZGer BS, BJM 1991 S. 81 E. 7b/bb). Bereits festgehalten wurde, dass die T. AG wie die Klägerin in Basel ihre Geschäfte tätigt bzw. tätigte. Die Geschäftsräumlichkeiten beider Gesellschaften befanden sich zum Zeitpunkt des Eintritts des Beklagten in die T. AG in der X...strasse. Aus alledem ist ersichtlich, dass der Beklagte das Konkurrenzverbot klarerweise verletzt hat, und zwar selbst dann, wenn die Geltungsdauer einzuschränken und die örtliche Ausdehnung des Verbotes auf das Gebiet des Kantons Basel-Stadt zu beschränken wäre. Dazu besteht jedoch, wie ausgeführt, kein Anlass.

2.5 Der Beklagte ist der Ansicht, dass das Konkurrenzverbot weggefallen sei, weil er sein Arbeitsverhältnis mit der Klägerin aus begründetem Anlass gekündigt habe. Nachdem der Leiter der Zweigniederlassung der Klägerin R. gekündigt habe, habe dieser ihm geraten, auch selber zu kündigen. Er wisse nicht, ob die Filiale in Basel weiterbestehen würde. Für ihn sei klar gewesen, dass die Klägerin mit R. einen Grossteil der Kunden und Mitarbeiter verlieren würde. Dieses Verhalten seines Vorgesetzten sei vollumfänglich der Klägerin zuzurechnen, auch wenn sie sich mit diesem in rechtlichen Auseinandersetzungen befinde. Zudem habe er sich nach der Kündigung von R. beim Hauptsitz bei einer Angestellten mit Namen A. erkundigt, ob die Filiale Basel weitergeführt würde, aber darauf nie eine Antwort erhalten. Deshalb habe er nach Ablauf von drei Wochen gekün-

digt. Erst danach habe er zufällig erfahren, dass mit J. eine neue Filialleiterin eingesetzt worden sei, als eine Woche später für sie ein Paket mit Visitenkarten in der Filiale eingetroffen sei.

2.5.1 Nach Art. 340c Abs. 1 OR fällt ein Konkurrenzverbot dahin, wenn die Arbeitgeberin kein erhebliches Interesse daran hat, es noch aufrecht zu erhalten. Zudem fällt es dahin, wenn der Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis aus einem begründeten Anlass auflöst, der von der Arbeitgeberin zu verantworten ist (Abs. 2). Nach der ständigen Rechtsprechung ist unter einem begründeten Anlass abstrakt jedes der Arbeitgeberin zuzurechnende Ereignis zu verstehen, das dem Angestellten bei vernünftiger kaufmännischer Erwägung einen erheblichen Anlass für eine Kündigung geben kann. Nicht vorzuliegen braucht eine Vertragsverletzung oder gar ein wichtiger Grund nach Art. 337 OR für eine fristlose Kündigung (BGE 130 III 353 E. 2.2.1; 4A_33/2011 E. 4.2). Für das Vorliegen eines begründeten Anlasses für seine Kündigung ist nach der allgemeinen Beweisregel (Art. 8 ZGB) der Arbeitnehmer, somit der Beklagte, beweispflichtig.

2.5.2 Falls eine Arbeitgeberin ihren Betrieb definitiv schliesst oder an einen anderen Ort verlegt, um dort einen neuen Kundenstamm aufzubauen, verliert sie entsprechend das Interesse an der Aufrechterhaltung eines Konkurrenzverbotes (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, 7. Auflage 2012, Art. 340c OR N 2 m.H., S. 1275). Unter solchen Umständen spricht vieles dafür, dass der Arbeitnehmer im Hinblick auf die geplante Betriebsschliessung oder Standortverlegung sich durch eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses auch des Konkurrenzverbotes entledigen kann. Entscheidend sind dabei die konkreten Verhältnisse des Einzelfalles. Allgemein lässt sich immerhin sagen, dass das Konkurrenzverbot dahinfällt, falls das Kündigungsende mit der Betriebsschliessung bzw. Standortverlegung zusammenfällt. Je früher die Kündigung das Arbeitsverhältnis vor der Schliessung bzw. Verlegung beendet, desto weniger kann jedoch das Verbot aufgrund dieser Kündigung untergehen.

2.5.3 Vorliegend kann festgestellt werden, dass der Beklagte sein Arbeitsverhältnis am 11. März 2010 auf den 12. April 2010 gekündigt hat. Nach Angaben der Klägerin in der Hauptverhandlung hat sie ihre Filiale in Basel Ende 2010 geschlossen. Durch J. ist hingegen bezeugt, dass die Aktivitäten der Filiale Basel erst im März 2011 eingestellt wurden. Dies deckt sich mit den Eintragungen im Handelsregister. Seither arbeitet J. für die Zweigniederlassung Basel der N. SA mit Sitz in Lausanne, die die Vermittlung und Verleihung von temporär- oder festangestelltem kaufmännischen Personal betreibt und von denselben Personen wie die Klägerin beherrscht wird. Ausgehend von der Einstellung der Aktivitäten der Zweigniederlassung der Klägerin eventuell bereits Ende 2010, spätestens jedoch im März 2011 hatte der Beklagte keinen begründeten, von der Arbeitgeberin zu verantwortenden Anlass, das Arbeitsverhältnis damals zu beenden. Eine Kündigung, die – ausgehend von einer Schliessung Ende 2010 – mehr als neuneinhalb Monate vor der Betriebsschliessung ausgesprochen wird und

das Arbeitsverhältnis mehr als achteinhalb Monate vorher enden lässt, würde bei einem Hinfall des Konkurrenzverbotes dazu führen, dass der Arbeitnehmer die Arbeitgeberin noch während fast drei Viertel eines Jahres rechtmässig konkurrenzieren dürfte. Zudem sind Personalberater, wie auch die umgehende Anstellung des Beklagten durch die T. AG zeigt, auf dem Arbeitsmarkt durchaus gesuchte Arbeitskräfte, so dass der Beklagte, wenn überhaupt, nicht mit einer längeren Arbeitslosigkeit hätte rechnen müssen, hätte er seine Stelle infolge der späteren Betriebsschliessung verloren. Dahin gestellt bleiben kann bei diesem Ergebnis, ob für die Frage der Kündigungsberechtigung auch eine allfällige Weiterbeschäftigung des Beklagten bei der Zweigniederlassung der N. SA, wie sie J. angeboten wurde, zu berücksichtigen wäre. Zu prüfen ist jedoch, ob der Beklagte im Zeitpunkt seiner Kündigung davon ausgehen durfte und musste, dass die Klägerin ihre Zweigniederlassung auf viel kürzere Zeit hinaus als nach über drei Viertel eines Jahres schliessen würde. Er beruft sich dafür auf den damaligen Filialleiter und Vorgesetzten R. Dieser habe ihm geraten, sich umzuschauen, er wisse nicht, wie lange es die Filiale noch geben werde.

2.5.4 R. gab als Zeuge zu Protokoll, er habe mehrmals gesagt, dass es mit der Filiale nicht so laufe, wie er sich dies vorgestellt habe. Als sich eine Gelegenheit zum Wechsel gegeben habe, habe er das Arbeitsverhältnis gekündigt. Von einem gewissen B., dessen Wort bei ihm jedoch kein grosses Gewicht gehabt habe, habe er gehört, dass die Filiale geschlossen werde. Etwas «offizielles» habe es dazu jedoch nicht gegeben. Er habe den Beklagten weder aufgefordert noch ihm geraten zu kündigen. Er habe ihm lediglich gesagt, dass die Filiale vielleicht geschlossen werde. R. hat damit lediglich eine mögliche Entwicklung erwähnt, jedoch noch nicht einmal eine – im Übrigen ebenfalls nicht hinreichende – Vermutung geäussert. Der Beklagte kann daher für seine Kündigung nicht geltend machen, er habe sich auf Äusserungen seines Vorgesetzten über eine bevorstehende Filialschliessung verlassen dürfen, die dieser in seiner Funktion als Hilfsperson der Geschäftsleitung der Klägerin gemacht habe. Hinzu kommt, dass R. als Filialleiter Basel, wie auch der Beklagte wissen musste, nur kollektivzeichnungs-berechtigt war. Er hätte deshalb, selbst wenn er die ihm zugeordneten Äusserungen gemacht hätte, für die Klägerin rechtsgültig nicht allein handeln können. Unter Umständen hätte R. entsprechende Äusserungen eines Organs der Klägerin an den Beklagten weiterleiten können. Dafür, dass dies geschehen wäre, gibt es jedoch keinerlei Hinweise.

Davon abgesehen hat der Beklagte die Aussagen von R. offensichtlich dahingehend verstanden, dass die Filiale als Folge von dessen Kündigung schliessen werde. Es sei ihm nämlich klar gewesen, «dass die Klägerin mit Herrn R. gleichzeitig einen Grossteil der Kunden und Mitarbeiter verlieren würde». Dieser habe das Portefeuille mitgenommen, wie der Beklagte zu wissen vorgibt, und sei «die Wurzel des Übels» gewesen. Obwohl der Beklagte am Weiterbestand der Filiale Basel derart gezweifelt haben will, riet er, wie er auf Einwendung der Klägerin anlässlich der

Hauptverhandlung einräumte, dennoch seinem Bekannten und damals arbeitslosen Personalvermittler B., sich als seinen Nachfolger bei der Klägerin zu bewerben, was dieser befolgte und von der Klägerin in der Folge denn auch angestellt wurde.

Der Beklagte kann seine Kündigung ferner auch nicht damit rechtfertigen, dass er Angst davor gehabt habe, bei einer Filialschliessung erneut arbeitslos zu werden, nachdem er vor der Anstellung bei der Klägerin arbeitslos gewesen sei und danach in den ersten vier Monaten Einarbeitungszuschüsse bezogen habe. Die Schliessung der Filiale Basel war damals noch nicht abzusehen, sondern ergab sich in der Folge aufgrund des Entschlusses der Klägerin, den Verleih und die Vermittlung von Personal in Basel auf das kaufmännische Gewerbe zu konzentrieren und damit die N. SA zu betrauen. Dabei ermöglichte die Klägerin ihren Angestellten, wie sich bei J. zeigte, die übrigens weder vorher noch heute im Handelsregister als zeichnungsberechtigte Filialleiterin aufgeführt ist, bei dieser mit ihr verbundenen Gesellschaft weiterzuarbeiten. Es ist nicht ausgeschlossen, dass auch der Beklagte von einer Weiterbeschäftigung profitiert hätte. Jedenfalls war seine Zukunft bei der T. AG keineswegs sicherer. Dort wurde er nämlich im Februar 2011 gemäss Aussagen des Zeugen P. entlassen, «damit er seine privaten Probleme in den Griff bekomme». Welcher Art diese Probleme waren, ist nicht bekannt. Es fällt jedoch auf, dass die vorübergehende Trennung von der T. AG einige Monate später erfolgte, nachdem der Rechtsvertreter der Klägerin beim Beklagten wegen Verletzung des Konkurrenzverbotes vorstellig geworden war. Es wäre ein Zufall, wenn die erneute Einstellung des Beklagten durch die T. AG, die nach den Aussagen des Zeugen P. am 1. April 2012 wirksam wurde, nicht mit dem Ablauf der zweijährigen Dauer des Konkurrenzverbotes und insbesondere mit dem damit verbundenen Wegfall der drohenden Konventionalstrafe (siehe nachfolgend Ziffer 2.6.) in Verbindung steht.

2.6 Da das Konkurrenzverbot rechtsgültig vereinbart wurde und noch Gültigkeit hatte, als der Beklagte zur Konkurrentin der Klägerin wechselte, wodurch er dieses verletzte, schuldet er der Klägerin Ersatz für entstandenen Schaden (Art. 340b Abs. 1 OR). Die Parteien haben im Arbeitsvertrag eine Konventionalstrafe von Fr. 50 000.– vereinbart, die der Beklagte bei jeder Verbotsverletzung zu bezahlen hat, wobei er sich mit deren Leistung in Abweichung von Art. 340b Abs. 2 OR nicht vom Konkurrenzverbot befreien kann. Das Gericht hat eine übermässige Konventionalstrafe nach seinem Ermessen herabzusetzen (Art. 163 Abs. 3 OR). Das Gericht hat nur einzugreifen, wenn der festgelegte Betrag jedes vernünftige sowie mit Recht und Fairness vereinbare Mass übersteigt (BGE 4A_233/2009 E. 4; 133 III 201 E. 5.2 = Pra 2007, Nr. 126, S. 873). Dabei sind alle konkreten Umstände zu berücksichtigen. Namentlich ist dem Interesse der Arbeitgeberin an der Einhaltung des Konkurrenzverbotes, der Art und Dauer des Vertrags, der Schwere der Verletzung des Konkurrenzverbotes, dem Verschulden des Verpflichteten sowie der wirtschaftlichen Lage der Parteien,

insbesondere jener des Arbeitnehmers, und ihrer Geschäftserfahrung Rechnung zu tragen (BGE 4A_233/2009 E. 4; 133 III 201 E. 5.2 = Pra 2007, Nr. 126, S. 873; AppGer BS, BJM 1996, S. 17 E. 5). Es ist Sache des Arbeitnehmers, die besonderen Umstände für eine Reduktion darzutun und zu beweisen (BGE 4A_233/2009 E. 4; 133 III 201 E. 5.2 = Pra 2007, Nr. 126, S. 873).

2.6.1 Der Beklagte bringt als Reduktionsgründe vor, dass es sich um ein kurzes Arbeitsverhältnis gehandelt habe, dass die örtliche Ausdehnung des Konkurrenzverbotes ziemlich weit gefasst sei. Zudem sei es nur zulässig, den Kundenstamm während sechs Monaten zu schützen. Auch habe er keine Kunden abgeworben. Ausserdem hätte er keine Arbeitsstelle mehr gehabt. Deshalb sei, wenn überhaupt nur eine symbolische Strafe von Fr. 900.– geschuldet. Die Klägerin andererseits erachtet bereits den eingeklagten Betrag von Fr. 15 000.– als deutliche Reduktion aufgrund der vorliegenden Umstände, die sie angesichts einer in Basel zurückhaltenden Rechtsprechung vorgenommen habe.

2.6.2 Es wurde bereits festgestellt, dass in der Personalverleih- und Personalvermittlungsbranche zahlreiche Firmen ihre Dienste anbieten, weshalb unter ihnen ein dauernder und intensiver Wettbewerb herrscht (siehe unter Ziffer 2.4.). Aus diesem Grund ist das Interesse der Klägerin an der Einhaltung des Konkurrenzverbotes als erheblich zu veranschlagen. Zu berücksichtigen ist zudem, dass die Klägerin die Tätigkeit ihrer Filiale in Basel, die auf das Bau- und Baunebengewerbe ausgerichtet war, frühestens Ende 2010 und damit fast neun Monate nach dem Ausscheiden des Beklagten eingestellt hat. Dies wirkt sich insofern mildernd auf die Strafe aus, als das Konkurrenzverbot, was den Kundenstamm der Klägerin angeht, in der Folge an Wirksamkeit eingebüsst hat.

Eine Herabsetzung der Verbotsstrafe rechtfertigt auch der Umstand, dass das Arbeitsverhältnis des Beklagten vom 1. Juni 2009 bis 12. April 2010 lediglich zehneinhalb Monate gedauert hat, wodurch der Einblick in den Kundenkreis und in die Geschäftsgeheimnisse der Klägerin während vergleichsweise kurzer Zeit stattfand. Zudem war der Beklagte für die Klägerin nicht in einer qualifizierten Funktion mit entsprechender höherer Stellung im Betrieb und Unternehmen tätig, die ihm entsprechend erweiterte und vertiefte Kenntnisse der Kundenbeziehungen und Geschäftsgeheimnisse der Zweigniederlassung in Basel erlaubt hätten. In die gleiche Richtung geht auch die geringe Geschäftserfahrung des Beklagten. Mildernd wirkt sich ausserdem aus, dass der Beklagte aufgrund der Erfahrungen, die er während der Arbeitslosigkeit vor der Anstellung bei der Klägerin gemacht hatte, bei dem für ihn überraschenden Weggang seines Vorgesetzten und einzigen Mitarbeiters in der Filiale Basel R. in einem gewissen Grad verunsichert gewesen sein dürfte. Diese Annahme wird allerdings dadurch relativiert, dass er dem arbeitslosen Berufskollegen B. zur Bewerbung um seine Nachfolge riet und diesen auch der Klägerin empfohlen hat. Als Milderungsgrund kommt hinzu, dass die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des

Beklagten, der bei der Klägerin monatlich Fr. 5000.– brutto bei dreizehn Monatslöhnen verdient hatte, doch begrenzt ist, obwohl er bei der T. AG ab 1. Juni 2010 mit Fr. 5500.– brutto bei zwölf Monatslöhnen zuzüglich eines Bonus bereits mehr verdienen konnte. Demgegenüber wird die wirtschaftliche Lage der Klägerin, die in der Schweiz neben dem Hauptsitz in Lausanne in verschiedenen Kantonen diverse Zweigniederlassungen eingetragenen hat und fast alle auch effektiv betreibt, wesentlich besser sein.

Als strafe erhöhend ist andererseits zu berücksichtigen, dass der Beklagte das Arbeitsverhältnis offensichtlich darum kündigte, um eine Anstellung bei einer Konkurrentin der Klägerin anzutreten. Dabei kam das Thema seiner Anstellung bereits Ende Februar 2010 auf, wie der Zeuge P. zu Protokoll gab, während der Beklagte erklärte, er habe nach der Kündigung durch R., die am 15. Februar 2010 erfolgt war, erst gekündigt, nachdem er auf seine Anfrage am Hauptsitz der Klägerin, ob die Filiale weitergeführt werde, drei Wochen lang keine Antwort erhalten habe. In Wirklichkeit hat der Beklagte sein Arbeitsverhältnis am 11. März 2010 gekündigt, nachdem er am Tage zuvor bei der T. AG den Arbeitsvertrag unterschrieben und vorher diesbezüglich mit der neuen Arbeitgeberin verhandelt hatte. Die Behauptung, er habe zuvor noch auf anderem Gebiet eine Anstellung gesucht und nicht gefunden, ist unbelegt und unglaubwürdig. Zudem behauptete der Beklagte in der Hauptverhandlung, er habe sich nach der Kündigung des Filialleiters R. sogar noch vorstellen können, dass er in Zukunft selber die Filiale leiten würde. Dies steht jedoch in Widerspruch, dass er aufgrund der (behaupteten) Mitnahme des Portefeuilles durch R. am Weiterbestand der Filiale gezweifelt haben wollte.

Unter Berücksichtigung aller dieser Umstände ist die Konventionalstrafe auf Fr. 7500.– festzulegen, was weniger als eineinhalb Bruttomonatslöhnen des Beklagten bei der Klägerin entspricht. Hinzuweisen ist zum Vergleich darauf, dass das Appellationsgericht eine Konventionalstrafe von weniger als zwei Monatslöhnen, die gegenüber einer langjährigen Filialleiterin aus der Personalverleih- und Personalvermittlungsbranche verhängt wurde, als «recht milde» bezeichnet hatte, obwohl damals ebenfalls einige Milderungsgründe zu berücksichtigen waren (AppGer BS, BJM 1996 S. 17 E. 5).

Damit ist die Klage im Umfang von Fr. 7500.– gutzuheissen, im Übrigen aber abzuweisen. Hinzu kommt Verzugszins zu 5% (Art. 104 Abs. 1 OR) seit dem 24. Juni 2010, als die Klägerin den Beklagten bezüglich der Konventionalstrafe mahnte, nachdem dieser sie am 1. Mai 2010 zu konkurrieren begonnen hatte.

3.

Das Verfahren vor Arbeitsgericht ist bis zu einem Streitwert von Fr. 30 000.– unentgeltlich (Art. 114 lit. c ZPO). Dies ist vorliegend bei einem Streitwert von Fr. 15 000.– brutto der Fall. Zu verteilen sind jedoch auch im Verfahren vor Arbeitsgericht die ausserordentlichen Kosten. Nach Art. 106 Abs. 1 ZPO werden die Prozesskosten der unterliegenden Partei

auferlegt. Das Gericht kann von diesem Verteilungsgrundsatz abweichen und die Prozesskosten nach seinem Ermessen verteilen, «wenn die Klage zwar grundsätzlich, aber nicht in der Höhe der Forderung gutgeheissen wurde und diese Höhe vom gerichtlichen Ermessen abhängig [...] war» (Art. 107 Abs. 1 lit. a ZPO). Die Festlegung der angemessenen Höhe einer Konventionalstrafe geschieht nach dem Ermessen des Gerichts (Art. 163 Abs. 3 OR) und erfolgt vorliegend durch die Ermessensausübung des Arbeitsgerichts.

Der Beklagte hat die Klage durch sein verbotsverletzendes Verhalten veranlasst. Diese ist im Grundsatz, nicht aber im vollen, geltend gemachten Umfang gutzuheissen. Ein Überklagen durch die Klägerin ist darauf zurückzuführen, dass die Gewichtung der Faktoren zur Festlegung der Höhe der Konventionalstrafe im Rahmen der gerichtlichen Ermessensbetätigung erst nach der Durchführung des Prozesses, insbesondere des Beweisverfahrens, möglich ist und war. Zudem steht dem Gericht stets ein gewisser Ermessensspielraum zu. Entscheidend ist, dass die Klägerin die vereinbarte Konventionalstrafe von Fr. 50 000.– in ihrer Klage auf Fr. 15 000.– und damit bereits deutlich reduziert hatte. Ihre Klageforderung lautete auf das Doppelte der im Urteil nun zuzusprechenden Konventionalstrafe. Darin liegt kein übermässiges Überklagen, weshalb der Beklagte zur Tragung einer vollen, auf dem Streitwert von Fr. 15 000.– berechneten Parteientschädigung an die Klägerin zu verurteilen ist.

Eingesandt von F. Emmel, Gerichtsschreiber

Gewerbliches Schiedsgericht Basel-Stadt, Urteil vom 25. Mai 2012

Art. 330a OR. Der Anspruch auf Ausstellung eines Arbeitszeugnisses ist persönlicher Natur und kann weder vererbt, noch gepfändet, noch abgetreten werden.

Sachverhalt:

Z. war bei V. seit dem 1. Januar 1978 als Direktor angestellt. V. kündigte das Arbeitsverhältnis auf den 31. Dezember 2006 und stellte ihm auf Verlangen im Oktober 2007 ein Arbeitszeugnis aus. Mit Klage vom 6. Dezember 2007 begehrte Z. beim Arbeitsgericht Basel-Stadt die Verurteilung von V. zur Ausstellung eines detaillierten Arbeitszeugnisses gemäss eigenem Zeugnisentwurf. Das Arbeitsgericht sistierte in der Folge das Zeugnisverfahren bis zum Abschluss des von Z. eingeleiteten Prozesses betreffend Gültigkeit bzw. Missbräuchlichkeit der Kündigung, der vor der Kammer des Zivilgerichts Basel-Stadt hängig war. Eine von Z. gegen die Sistierung geführte Beschwerde wies das Appellationsgericht Basel-Stadt am 5. November 2008 ab. Am 28. Januar 2010 teilte R. mit, dass Z. am 5. Dezember 2009 verstorben war und dass sie als dessen Alleinerbin

und Rechtsnachfolgerin in den hängigen Zeugnisprozess eintrete. Nach Abschluss des Kündigungsprozesses mit rechtskräftigem Urteil des Bundesgerichts vom 19. Januar 2012 wurde der Zeugnisprozess fortgeführt. Das Arbeitsgericht wies die Klage am 25. Mai 2012 ab, soweit darauf einzutreten war, wobei es Folgendes in Erwägung zog.

Aus den Erwägungen:

2.1 Nach Art. 330a OR kann der Arbeitnehmer von der Arbeitgeberin jederzeit ein Arbeitszeugnis verlangen, das sich über die Art und Dauer des Arbeitsverhältnisses sowie über seine Leistungen und sein Verhalten ausspricht. Das Arbeitszeugnis dient dem Zweck, dem Arbeitnehmer den weiteren Berufsweg zu erleichtern (LUKAS FAESCH, Das Arbeitszeugnis im schweizerischen Arbeitsvertragsrecht, OR Art. 330a, 1984, S. 5 m.H.), indem er sich über sein bisheriges Arbeitsverhältnis, die dort geleistete Arbeit, die dabei erbrachten Leistungen und das gezeigte Verhalten ausweisen kann. Der Anspruch auf Ausstellung eines Arbeitszeugnisses ist persönlicher Natur, so dass grundsätzlich nur der Angestellte selber diesen Anspruch geltend machen kann. Der Zeugnisanspruch kann weder vererbt, noch gepfändet, noch abgetreten werden (SUSANNE JANSSEN, Die Zeugnispflicht des Arbeitgebers, 2. Auflage 1996, S. 53 f. m.H.; FAESCH, S. 9 m.H.).

2.2 Vorliegend ist die Klägerin als Alleinerbin des ursprünglichen Klägers und Arbeitnehmers in dessen Rechtsstellung eingetreten und hat alle nicht mit dessen Person untrennbar verbundenen Rechte übernommen (Art. 560 ZGB). Dazu gehört jedoch nicht der Anspruch auf Ausstellung eines Arbeitszeugnisses, so dass die Klägerin diesbezüglich nicht aktivlegitimiert ist. Hinzu kommt, dass mit dem Tod des Arbeitnehmers das aktuelle Rechtsschutzinteresse an der Zeugnisausstellung weggefallen ist. Der Zweck, wozu das Arbeitszeugnis dient, ist nicht mehr verfolg- und erreichbar. Der Zeugnisanspruch setzt voraus, dass der Arbeitnehmer noch eine berufliche Zukunft hat und sich um eine neue Arbeitsstelle bewerben kann. Dies gilt umso mehr, wenn wie hier die Arbeitgeberin dem Arbeitnehmer zu dessen Lebzeiten ein Arbeitszeugnis ausgestellt hat und es sich im geführten Zeugnisprozess lediglich um die Frage einer Berichtigung bzw. Ergänzung des ausgestellten Arbeitszeugnisses handelt.

Eingesandt von F. Emmel, Gerichtsschreiber

Kanton Freiburg

Tribunal cantonal du canton de Fribourg, I^{re} Cour d'appel civil, Arrêt du 26 mars 2012 (Rejet du recours interjeté contre le jugement de la Présidente du Tribunal des prud'hommes de la Gruyère du 19 avril 2011)

Art. 320 al. 2 CO. La fiction de conclusion d'un contrat de travail s'applique quand bien même la preuve de la conclusion d'un contrat de travail n'est pas rapportée, voire s'il a été renoncé sous certaines conditions à demander un salaire, lorsque l'équité exige que des prestations de travail soient rémunérées (c. 2b). Le juge fixe le salaire en équité eu égard à la relation contractuelle existante entre les parties et au travail effectué (c. 2c).

Extraits des faits:

En date du 8 juillet 2010, un contrat de partenariat a été conclu entre le Centre ORIF Vaulruz, E. et T., pour une durée limitée, prolongeable de semaine en semaine. T. était engagé en qualité de stagiaire non rémunéré selon les conditions générales jointes au contrat. Le 10 août 2010, T. a été informé par l'ORIF que l'Office de l'assurance-invalidité ne cautionnait pas sa réinsertion en qualité de chauffeur de taxi et que, s'il ne quittait pas son poste, il ne percevrait plus d'indemnités journalières en septembre 2010. E. a également été informée de cette décision lors de cette rencontre, et, dans tous les cas, entre le 12 et le 27 août 2010. Un contrat de travail a été conclu entre T. et E. le 12 août 2010. T. a été engagé en qualité de chauffeur taxi pour une rémunération mensuelle de 3500 francs brut, allocations familiales de 230 francs versées en sus. En l'absence d'indication quant à la date d'entrée en fonction du contrat, les parties se sont accordées sur la date du 1^{er} octobre 2010. Ayant eu connaissance de cette nouvelle relation contractuelle en date du 19 août 2010, l'Office de l'assurance-invalidité a rendu une décision en date du 29 septembre 2010 interrompant le versement des indemnités journalières en faveur de T. à partir du 31 août 2010. A la réception de dite décision, T. a demandé à E. de mettre fin à son contrat de travail. Partant, en date du 30 septembre 2010, E. a licencié T.

Par courriers des 5 et 8 octobre 2010, T. a déposé une action en paiement à l'encontre de E. tendant au paiement du salaire du mois de septembre 2010, soit 3500 francs, allocations familiales par 230 francs versées en sus. Par jugement du 19 avril 2011, la Présidente du Tribunal des prud'hommes de l'arrondissement de la Gruyère a admis partiellement la demande en paiement de T. et a astreint E. à verser un montant de 2500 francs brut en faveur de l'intimé à titre de salaire de stagiaire pour le

mois de septembre 2010. Le 6 juillet 2011, E. a recouru contre la décision de la Présidente du Tribunal des prud'hommes de l'arrondissement de la Gruyère du 19 avril 2011.

Extraits des considérants:

2.

a) La recourante fait grief au premier juge d'avoir constaté de manière inexacte les faits de la cause; elle fait valoir une dissimulation par l'intimé de son statut par rapport à l'Office de l'assurance-invalidité pour recevoir son salaire de septembre 2010, une rupture de contrat de travail en temps inopportun ainsi qu'un comportement inadéquat de l'intimé, lequel aurait même porté préjudice à l'entreprise.

b) Selon l'art. 320 al. 2 CO, il y a fiction de conclusion d'un contrat de travail 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. Peu importe que les parties ne soient pas convenues de se lier par un contrat de travail ou qu'elles soient convenues de ne pas se lier par un contrat de travail (G. AUBERT in Commentaire romand du code des obligations I, n. 8 ad art. 320). Cette présomption est irréfragable (JAR 2005 p. 370). Ainsi, l'art. 320 al. 2 CO s'applique quand bien même la preuve de la conclusion d'un contrat de travail n'est pas rapportée, voire s'il a été renoncé sous certaines conditions à demander un salaire, lorsque l'équité exige que des prestations de travail soient rémunérées (cf. ATF 107 Ia 107 consid. 2b p. 110; 95 II 126 consid. 4 p. 131). Par contre, la présomption légale ne s'applique pas lorsque manque l'un des deux éléments essentiels du contrat de travail que sont la rémunération et le rapport de subordination (RJN 1996, p. 238).

c) En l'espèce, la recourante n'a pas contesté que l'intimé a travaillé en septembre 2010 comme chauffeur de taxi à plus de 85% pour le compte de sa société. Elle n'a pas non plus contesté que quand bien même un contrat de travail a été conclu le 12 août 2010 avec effet au 1^{er} octobre 2010, aucun contrat ne liait les parties pour septembre 2010 et que durant cette période aucun salaire n'a été prévu. Enfin, la société recourante a eu connaissance entre le 12 août et la fin août 2010 que T. ne bénéficierait plus des indemnités journalières de l'assurance-invalidité pour le mois de septembre 2010.

Vu ce qui précède, la Cour de céans ne peut que confirmer le jugement rendu en date du 19 avril 2010 par le premier juge, à savoir qu'un contrat de travail a bel et bien été conclu entre les parties, au sens de l'art. 320 al. 2 CO, pour le mois de septembre 2010. En effet, l'employeur a accepté, en toute connaissance de cause, la prestation de travail comme suite du stage ORIF et l'employé a accepté et même demandé de poursuivre son activité durant le mois de septembre 2010. A ce titre, quand bien même l'intimé a accepté de travailler en l'absence d'une rémunération, il

sied de relever l'ampleur de l'activité exercée, laquelle ne pouvait être fournie que contre un salaire. L'intimé a dès lors droit à une rémunération pour son activité professionnelle effectuée au sein de l'entreprise E. en septembre 2010.

La Cour constate que le montant alloué à l'intimé, et fixé en équité, n'est pas contesté en tant que tel par la recourante. Au demeurant, le salaire retenu par le premier juge, à savoir 2500 francs, tient notamment compte du taux d'activité de l'intimé à hauteur de 87.5%, des dédommagements perçus pour les repas, du besoin de formation du stagiaire et du travail de nuit effectué par ce dernier. Ce montant a dès lors été fixé eu égard à la relation contractuelle existante entre les parties et au travail effectué par l'intimé. Vu ce qui précède, le salaire de 2500 francs, et par là même le calcul établi par le premier juge, n'offre pas le flanc à la critique.

Arrêt communiqué par R. Brühwiler, greffière-adjointe au Tribunal cantonal du canton de Fribourg

Tribunal cantonal du canton de Fribourg, II^e Cour d'appel civil, Arrêt du 16 avril 2012 (Admission partielle du recours interjeté contre le jugement de la Présidente de la Chambre des prud'hommes de la Gruyère du 30 novembre 2010)

Art. 329a al. 3 CO. Si à l'issue des rapports de travail il s'avère que trop de vacances ont été prises, la restitution de l'excédent a lieu en espèces. Toutefois, même si la résiliation est imputable au travailleur, lorsque l'employeur ferme l'entreprise pour tous les travailleurs et que cela entraîne une anticipation du droit aux vacances, l'employeur n'a pas le droit de demander le remboursement de celles-ci en cas de rupture prématurée des rapports de travail. La situation est cependant différente lorsque le travailleur a été informé de la possibilité de travailler pendant la fermeture de l'entreprise. Charge de la preuve (c. 2c).

Art. 324a al. 1 CO. Un document rédigé par un médecin qui constate des maux de dos et prescrit une thérapie de 10 jours, consistant notamment à se reposer, à se faire masser et à effectuer une balnéothérapie, n'emporte pas la preuve d'une incapacité de travail de l'employé (c. 3b).

Extraits des faits:

T. a travaillé pour E. SA dès le 23 juin 2009, d'abord sur la base d'un contrat oral de durée déterminée, puis selon un contrat écrit de durée indéterminée, qui prévoit un engagement à plein temps en qualité de monteur en charpentes métalliques pour un salaire mensuel brut de 5500 francs, versé 13 fois l'an. Au surplus, ce contrat renvoie aux dispositions de la convention collective de travail pour l'industrie suisse des produits en béton. Le 29 mars 2010, E. SA a résilié ce contrat avec effet au 30 avril 2010.

T. s'est absenté de son poste de travail les mercredi 31 mars et jeudi 1^{er} avril 2010. Par courrier du 8 avril 2010, son employeur l'a mis en demeure de reprendre immédiatement son travail, sous peine de licenciement immédiat. L'employé s'est trouvé en incapacité de travail, ce qui a eu pour effet de reporter le terme des rapports de travail au 31 mai 2010. En 2009, T. s'est trouvé en vacances les deux premières semaines d'août, ainsi qu'à partir du 18 décembre à midi, ces dates correspondant aux vacances de l'entreprise; il en outre pris congé un demi-jour les 29 juin, 3 juillet, 30 novembre et 17 décembre, et un jour entier les 25 novembre et 9 décembre. En 2010, il a eu congé les deux premières semaines de janvier, les vacances d'entreprise se poursuivant jusqu'au lundi 18 janvier; il a de plus pris congé un demi-jour le 26 février, et toute la journée les 31 mars et 1^{er} avril.

Le 23 juin 2010, T. a ouvert action en paiement à l'encontre de E. SA. Il a conclu au versement du montant total de 4672 fr. 95, soit 2820 fr. 30 en remboursement de la retenue de salaire opérée par l'employeur pour des jours de vacances pris en trop, 252 fr. 10 à titre de remboursement de la retenue de salaire pour le lavage des vêtements de travail, 1260 fr. 60 en remboursement de la retenue pour des jours d'incapacité de travail non pris en compte par l'assurance perte de gain et 339 fr. 95 en paiement du solde du 13^{ème} salaire pour l'année 2010. La Présidente de la Chambre des prud'hommes de la Gruyère (ci-après: la Présidente) a statué le 30 novembre 2010. Elle a admis la demande, sauf en ce qui concerne la retenue liée au nettoyage des vêtements de travail. Par acte du 25 juillet 2011, E. SA a interjeté recours contre le jugement du 30 novembre 2010. Elle conclut principalement au rejet de l'action en paiement.

Extraits des considérants:

2.

a) La recourante s'en prend d'abord au montant qu'elle a été astreinte à verser à son ancien employé à titre de remboursement d'une retenue de salaire pour des vacances prises en trop. A cet égard, elle soutient que la Présidente a constaté les faits de manière arbitraire et en violation des règles relatives à la preuve. Selon la recourante, il ne lui incombait pas de prouver que son employé savait qu'il pouvait rattraper ses jours de vacances excédentaires en travaillant pendant les vacances d'entreprise ou les samedis; au demeurant, elle affirme avoir établi ce fait. Subsidiairement, elle fait valoir que la première juge aurait dû constater, à tout le moins, que l'intimé avait pris, en sus des vacances d'entreprise, 5.5 jours de congés supplémentaires, pour lesquels une retenue de salaire était en tout cas justifiée.

b) La Présidente a retenu en substance que T. avait dépassé son quota de vacances de 10.2 jours au 31 mai 2010. Toutefois, selon elle, il n'avait pas à compenser ces jours pris en trop, dès lors que les dates des vacances étaient imposées par l'employeur et que son contrat de travail a été résilié,

le privant ainsi de la possibilité de compenser les jours pris en trop; elle a notamment relevé que E. SA n'avait pas établi que son employé savait qu'il pouvait rattraper l'excédent de jours de congé en venant travailler pendant les vacances d'entreprise ou les samedis, ajoutant que selon le principe de la confiance, on ne pouvait exiger de l'employé qu'il s'attende à pouvoir travailler dans une entreprise fermée.

c) aa) Selon l'art. 329a al. 3 CO, *«les vacances sont fixées proportionnellement à la durée des rapports de travail lorsque l'année de service n'est pas complète»*. Comme l'a retenu à juste titre la Présidente, si à l'issue des rapports de travail il s'avère que trop de vacances ont été prises, la restitution de l'excédent a lieu en espèces. Toutefois, même si la résiliation est imputable au travailleur, lorsque l'employeur ferme l'entreprise pour tous les travailleurs et que cela entraîne une anticipation du droit aux vacances, l'employeur n'a pas le droit de demander le remboursement de celles-ci en cas de rupture prématurée des rapports de travail: en effet, il ne saurait y avoir restitution d'un excédent des vacances ordonnées unilatéralement par l'employeur (WYLER, Droit du travail, 2^{ème} éd., Berne 2008, p. 362 ss). En l'espèce, la recourante ne critique pas ce point de vue, mais conteste que toutes les vacances aient été imposées, faisant valoir que, pendant sa période de fermeture de deux semaines en août, ses employés ont néanmoins la possibilité de venir travailler dans l'entreprise, et alléguant que l'intimé a été invité à travailler au moins durant la première semaine d'août 2009, compte tenu de sa prise d'activité au 23 juin 2009. L'intimé conteste pour sa part avoir reçu cette information, soutenant ne pas avoir connu cette possibilité de travail avant son licenciement. Il convient dès lors d'examiner à qui incombe la charge de la preuve de ce fait, la Présidente ayant retenu – à tort selon la recourante – que c'est à celle-ci que revient cette tâche.

bb) Aux termes de l'art. 8 CC, chaque partie doit, si la loi ne prescrit le contraire, prouver les faits qu'elle allègue pour en déduire son droit. Cette règle est considérée comme un principe de base de la répartition du fardeau de la preuve en droit privé. Selon la conception dominante, il en découle en principe que le rapport entre les normes matérielles applicables détermine la répartition du fardeau de la preuve. Ce rapport détermine de cas en cas si le fait à prouver fait naître, éteint respectivement modifie ou empêche un droit (SCHMID, Commentaire bâlois, art. 8 CC N 38; KUMMER, Commentaire bernois, art. 8 CC N 125). Celui qui prétend être le titulaire d'un droit doit prouver les faits générateurs dont dépend la naissance du droit. En revanche, c'est à celui qui invoque l'extinction d'un droit ou conteste sa naissance ou sa mise en application qu'incombe de prouver les faits destructeurs et dirimants (SCHMID, op.cit., art. 8 CC N 42 et 56; KUMMER, op.cit., art. 8 CC N 146, 160 et 164). Il convient cependant de remarquer qu'il s'agit là d'un principe qui peut, d'une part, être renversé par des règles légales en matière de fardeau de la preuve et qui doit, d'autre part, être concrétisé de cas en cas (SCHMID, op.cit., art. 8 CC N 39; KUMMER, op.cit., art. 8 CC N 131).

En l'espèce, nul ne conteste qu'au total, l'intimé a bénéficié de

10.2 jours de vacances de trop jusqu'au 31 mai 2010. La recourante n'a pas non plus contesté qu'elle fermait l'entreprise pendant 2 semaines en août et 3 à 4 semaines en décembre-janvier, mais a allégué offrir néanmoins à ses employés la possibilité de venir travailler pendant la fermeture d'août, respectivement le samedi. L'intimé n'a pas contesté ce fait, mais a en revanche allégué ne pas en avoir été informé, ce que la recourante, à son tour, a contesté, ajoutant avoir même invité son employé à venir travailler pendant la fermeture d'août 2009. Dès lors que l'intimé poursuit le paiement de son salaire, c'est à lui qu'il incombe d'établir que les conditions de cette créance sont réunies: il y est parvenu, puisqu'il est admis qu'il a pris ses vacances – notamment – pendant la fermeture de l'entreprise. Il est certes également admis qu'au mois d'août et le samedi, cette fermeture n'empêchait pas tout travail. Il est cependant contesté que l'intimé en ait été informé. Dès lors qu'à cet égard, l'employé alléguait un fait négatif indéfini – soit le fait de ne pas avoir été informé de la possibilité de venir travailler en août et le samedi –, les règles de la bonne foi imposaient à la recourante, en raison de la difficulté de prouver un tel fait négatif, de contribuer à éclaircir la situation de fait en offrant la preuve du contraire (ATF 100 Ia 12, JdT 1975 I 226; 119 II 305, JdT 1994 I 217; 106 II 29, JdT 1980 I 354), particulièrement en fournissant à tout le moins des indices sérieux qu'elle ait informé son employé à ce sujet. Il incombait de plus à E. SA d'établir que, comme elle l'affirmait, il avait été recommandé à l'intimé de travailler pendant la fermeture d'août, ce que ce dernier aurait refusé. A cet égard, en énonçant que E. SA n'avait pas prouvé avoir informé son employé de la possibilité de travailler en août et le samedi, la Présidente a certes laissé inexactement entendre que la charge de la preuve incombait à E. SA, alors qu'à strictement parler, tel n'était pas le cas (ATF 119 II 305, JdT 1994 I 217); il faut néanmoins considérer que la première juge devait dans tous les cas faire supporter à la recourante la charge des éclaircissements nécessaires quant à l'information donnée à l'employé et la charge de la preuve qu'elle avait invité en vain celui-ci à venir travailler à ces périodes; ainsi, en dépit de la formulation imprécise utilisée, la Présidente n'a pas violé l'art. 8 CC.

cc) Il reste à examiner si, comme le soutient la recourante, la Présidente a arbitrairement admis l'absence d'indices suffisants que l'employé savait qu'il pourrait venir travailler même en période de fermeture de l'entreprise, soit en août ou le samedi. Selon la recourante, en l'absence de preuves directes et face à des versions contradictoires, la Présidente s'est contentée, sans motifs, de retenir la version du demandeur, omettant à tort divers indices, notamment le fait que certains des propos de S. ont été attestés par pièces et confirmés par Y., alors que, parallèlement, la crédibilité du demandeur est douteuse, dès lors qu'il s'est contredit à plusieurs reprises pendant la procédure.

Pour apprécier les preuves administrées, la Présidente a tout d'abord retenu comme établi que les employés pouvaient venir travailler en août et

le samedi malgré la fermeture de l'entreprise. Toutefois, en se fondant sur les déclarations des deux parties et sur celles du témoin Y., qui a indiqué ne pas savoir si un employé pouvait venir travailler seul le samedi, sans se prononcer en outre sur la possibilité d'être admis à travailler en août, la première juge a admis que les deux parties avaient une version divergente et, implicitement, que le témoignage de Y. ne renforçait pas les propos de E., de sorte qu'elle a estimé non établi que le demandeur ait été informé, comme le prétendait E. SA. Même en gardant à l'esprit que la preuve de sa non-information incombait formellement à T., on ne saurait voir d'arbitraire dans cette appréciation: en effet, E. SA n'a apporté aucun indice sérieux – alors que cette tâche lui incombait – que l'intimé, quoi qu'il en dise, avait bien été informé. Dans la mesure où même l'épouse séparée du représentant de E. SA, qui a travaillé des années dans l'administration de l'entreprise, ne savait pas exactement si un employé avait bien la possibilité de demander à travailler pendant la fermeture, il faut admettre que cette information était pour le moins mal diffusée. Il en va de même de A., actuelle compagne de E. et employée de E. SA: même si elle a déclaré – manifestement à tort – que *«l'entreprise ne ferme pas en été»* et que *«l'employé qui veut partir en vacances au mois d'août le peut même si l'entreprise n'est pas fermée»*, elle a aussi déclaré ne pas savoir si les employés travaillant le samedi matin avaient demandé à le faire ou si cela leur avait été imposé. La confusion régnant même parmi les personnes les plus proches de la direction ne constitue en tout cas pas un indice qu'un employé nouvellement arrivé aurait été mieux informé qu'elles. Au reste, le fait que E. ait établi que l'entreprise était accessible aux employés en août et le samedi, ce que le demandeur ne contestait pas, ne peut constituer un indice particulier que ce dernier en a été informé pendant les relations de travail. Quant aux éléments relevés pour mettre en doute la crédibilité du demandeur, ils ne sont pour la plupart pas en lien avec le fait litigieux et, en outre, laissent intact le constat selon lequel E. SA n'a pas fourni d'indices sérieux appuyant les déclarations contestées de E. quant à l'information donnée à son employé. Quant au fait, certes troublant, que, dans son courrier à la Présidente du 14 octobre 2010, le demandeur ait déclaré avoir pensé qu'avec le temps, en 2010–2011, il pourrait rattraper les heures de travail manquantes en raison *«du fait que lors des vacances il y a trop de jours en congé»*, il n'implique pas nécessairement que son auteur savait comment il pourrait opérer ce rattrapage; à tout le moins sous l'angle de l'arbitraire, il ne suffit ainsi pas à admettre que, pendant les rapports de travail déjà, le demandeur savait que les jours de vacances d'août n'étaient pas imposés.

d) En revanche, il n'est pas contesté que l'intimé a pris des jours de vacances en sus de ceux qu'il croyait imposés par l'employeur, soit en tout 5.5 jours sur le total de 10.2 jours excédentaires au 31 mai 2010. Or, selon les propres déclarations de T., O. lui a dit au début de son activité que *«l'entreprise fermait deux semaines en été et trois semaines en hiver»*, ce qui épuisait son quota annuel de vacances, soit 5 semaines, prévu par la

convention collective. De plus, il a reconnu qu'ayant reçu chaque mois ses décomptes de salaire, il était bien au courant de l'évolution de son solde de vacances. Dans ces conditions, il faut retenir qu'en prenant des jours de congé en sus, il savait qu'il allait nécessairement dépasser son quota de vacances, d'autant que son engagement avait débuté en cours d'année. En outre, il ne s'agissait certes pas là de jours de vacances imposés par l'employeur, mais bien de congés choisis; l'intimé ne le conteste d'ailleurs pas. Dès lors, ces jours excédentaires doivent être compensés en argent (SUBILIA/DUC, Droit du travail, Lausanne 2010, art. 329a N 29), de sorte que la retenue opérée à ce titre par la recourante s'avère fondée. Le recours sera ainsi admis sur ce point.

e) Selon le jugement attaqué, qui n'est pas contesté sous cet angle, la retenue pour les 10.2 jours de vacances prises en trop s'élève à 2820 fr. 30. Etant donné que seuls 5.5 jours doivent être compensés en argent (*supra*, ch. 2d), E. SA doit rembourser à l'intimé la part de la retenue correspondant au solde de 4.7 jours ($10.2 - 5.5 = 4.7$), ce qui correspond à la somme de 1299 fr. 55.

3.

a) La recourante fait aussi grief à la première juge de lui avoir imposé le remboursement à T. de 4 jours d'absence, du 6 au 9 avril 2010, au cours desquels celui-ci se trouvait en Macédoine et a bénéficié d'un traitement médical, étant admis que ces jours n'ont pas été pris en charge par l'assurance perte de gain. Elle fait valoir qu'il incombe au travailleur de prouver son empêchement de travailler et qu'en l'espèce, il ne résulte pas du document médical macédonien produit par le demandeur qu'il se trouvait en incapacité de travail, qui plus est à 100%.

A cet égard, la Présidente a retenu que l'intimé avait produit des certificats attestant son incapacité de travailler, notamment du 6 au 11 avril 2010, de sorte qu'il avait droit au salaire correspondant.

b) Il résulte de l'art. 324a al. 1 CO que si le travailleur est empêché de travailler sans faute de sa part, notamment en raison d'une maladie, il a droit à son salaire. Comme le relève la recourante, il appartient au travailleur de prouver son incapacité de travail (WYLER, op.cit., p. 224). En l'espèce, selon les documents produits par le demandeur, qui ont été établis le 6 avril 2010 par un médecin macédonien, le Dr P., il a souffert de problèmes de dos et une thérapie de 10 jours lui a été prescrite, consistant notamment à se reposer, à se faire masser et à effectuer une balnéothérapie; il lui a été conseillé, en cas de douleurs insupportables, de prendre des analgésiques ou des antirhumatismaux. Au contraire de ce qu'a retenu la Présidente, rien dans ces documents n'atteste une incapacité de travail, ni *a fortiori* le taux de celle-ci. Dans ces conditions, il est manifestement inexact de retenir que l'intimé aurait prouvé son incapacité de travail pendant la période litigieuse. Le recours doit dès lors être admis sur ce point.

Arrêt communiqué par R. Brühwiler, greffière-adjointe au Tribunal cantonal du canton de Fribourg

Tribunal cantonal du canton de Fribourg, II^e Cour d'appel civil, Arrêt du 25 septembre 2012 (Rejet de l'appel interjeté contre le jugement du Tribunal des prud'hommes de l'arrondissement de la Sarine du 20 avril 2011)

Art. 320 al. 3 CO. Relation contractuelle de fait. Dès lors que le contrat est nul, la clause relative au salaire l'est aussi; il ne s'agit pas d'exécuter tel quel le contrat nul. Celui qui fournit du travail de bonne foi, en exécution d'un contrat d'apprentissage non valable, sans recevoir en contrepartie une formation professionnelle reconnue, a droit à une rémunération raisonnable, qui sera en général fixée d'après le salaire d'un assistant sans formation (c. 2b.ba).

Art. 344 CO. Lorsque l'apprenti est engagé selon un contrat qui s'avère invalide ou qui n'est pas exécuté, son dommage consiste dans la différence entre le salaire usuel d'un assistant sans formation professionnelle et le salaire d'apprenti qui a été versé (c. 2b.bc).

Extraits des faits:

Le 1^{er} octobre 2008, les parties ont conclu un contrat de travail. E, tenancier d'une Confiserie-Pâtisserie, sise à Fribourg, a engagé T. en qualité de serveuse pour un salaire mensuel brut de 3400 francs. L'activité de cette dernière consistait alors à officier dans l'enceinte du tea-room de l'établissement. Le 1^{er} novembre 2008, les parties ont conclu un nouveau contrat de travail. Le contrat en question prévoyait que l'intimée entame, avec effet immédiat, un préapprentissage – cela pour une durée déterminée, courant jusqu'au 31 août 2009 –, préapprentissage qui serait immédiatement suivi, à son terme, d'un apprentissage sous la direction du recourant également. Dans cette optique, le salaire brut de l'intimée a été revu à la baisse et a été fixé, d'entente entre les parties, à 1200 francs par mois. Constatant diverses irrégularités dans l'exécution du contrat de préapprentissage, notamment le fait qu'elle n'a reçu aucune formation, que le recourant ne l'a jamais inscrite à la journée de cours hebdomadaire et que celui-ci a, qui plus est, omis de solliciter l'autorisation idoine auprès du Service de la formation professionnelle de Fribourg (ci-après: SFP) – autorisation indispensable pour former des pré-apprentis –, l'intimée a résilié son contrat, avec effet au 31 juillet 2009; E. a accepté ce congé.

Le 7 décembre 2009, T. a déposé une demande en paiement à l'encontre de E.; elle a conclu au versement en sa faveur d'un montant de 19 800 francs (montant brut), avec intérêts, à titre de salaire pour les mois de novembre 2008 à juillet 2009. Par jugement du 20 avril 2011, la Chambre des prud'hommes de l'arrondissement de la Sarine (ci-après: la Chambre des prud'hommes) a fait droit à la demande en paiement susmentionnée. Par mémoire du 16 juin 2011, E. a interjeté appel de ce jugement. Il conclut à son annulation.

Extraits des considérants:

2.

a) Le recourant fait grief aux premiers juges d'avoir constaté de manière inexacte les faits dans l'appréciation du contrat, ainsi que dans l'application de l'art. 18 CO; il fait valoir que les parties entendaient conclure, de manière claire et concordante, un contrat de préapprentissage et que le non-respect de la forme légale imposée pour un tel contrat n'est pas un élément déterminant justifiant de déroger à cette qualification. Le recourant allègue au surplus que les parties se sont entendues sur tous les termes du contrat, y compris la rémunération et que dès lors le fait que ledit contrat ne remplisse pas les conditions légales n'a aucune incidence sur le salaire convenu.

Les premiers juges ont retenu – après avoir recherché la réelle et commune intention des parties en procédant à l'interprétation du contrat (art. 18 CO) – que la volonté des parties était impossible à déterminer dans le cas d'espèce, considérant qu'il fallait dès lors appliquer le principe de la confiance et, partant, retenir le sens que les parties pouvaient et devaient, selon les règles de la bonne foi, donner à leurs manifestations réciproques. Ils ont cependant relevé que la validité d'un contrat de préapprentissage ne dépendait pas uniquement de la volonté des parties et du respect de la forme écrite, mais aussi du respect d'un certain nombre de dispositions légales formelles qui n'étaient pas remplies en l'espèce, retenant en définitive que le contrat de préapprentissage conclu entre les parties n'était pas valable.

L'intimée, quant à elle, estime que c'est avec raison que les premiers juges ont retenu la conclusion d'un contrat de préapprentissage. En revanche, elle allègue que ledit contrat est non seulement nul en raison des informalités légales constatées par les premiers juges, mais également au motif qu'il serait entaché de vices du consentement. Tout en reconnaissant qu'elle souhaitait effectivement conclure un contrat de préapprentissage, elle prétend que telle n'était pas l'intention du recourant qui, selon elle, a juste voulu profiter de son inexpérience en affaires pour réduire ses charges salariales.

En définitive, les parties s'entendent sur le fait qu'elles ont conclu un contrat de préapprentissage. Leurs opinions divergent en revanche s'agissant du contenu qu'elles entendaient donner à ce contrat.

(...)

Quoi qu'il en soit, la question de savoir si le préapprentissage conclu entre les parties doit être qualifié de préapprentissage reconnu ou libre, tout comme la question de l'éventuelle nullité du contrat, peuvent au demeurant rester ouvertes: la solution est en effet identique dans les deux cas (cf. *infra* let. b).

b) Dans un second moyen, le recourant soutient que dans tous les cas – que le contrat de préapprentissage soit valable, ou que, comme l'a retenu

la Chambre des prud'hommes, il soit nul et doive être qualifié de contrat de travail –, rien ne justifie que l'on s'écarte de la rémunération prévue par les parties dans le contrat du 1^{er} novembre 2008, de sorte que les premiers juges ont violé les art. 320 al. 3 et 322 al. 1 CO en admettant un autre salaire que celui convenu librement par les parties. Selon l'intimée en revanche, le contrat de préapprentissage qui a été conclu est bien nul et il n'y a pas eu relation d'apprentissage de fait, dès lors qu'elle n'a pas reçu la formation prévue et qu'elle a déployé une activité identique à celle prévue selon le contrat précédent, voire plus étendue, ce qui justifie le versement du salaire initialement prévu de 3400 francs par mois. Il faut dès lors examiner à quelle rémunération l'intimée pouvait prétendre dans l'hypothèse de la nullité du contrat de préapprentissage (cf. *infra* let. ba), et dans celle de sa validité (cf. *infra* let. bb).

ba) Aux termes de l'art. 320 al. 3 CO, si le travailleur fournit de bonne foi un travail pour l'employeur en vertu d'un contrat qui se révèle nul par la suite, tous deux sont tenus de s'acquitter des obligations découlant des rapports de travail, comme s'il s'agissait d'un contrat valable, jusqu'à ce que l'un ou l'autre mette fin aux rapports de travail en raison de l'invalidité du contrat. En somme, le fait que le contrat soit nul ne signifie pas encore que celui-ci est inexistant et qu'aucun rapport juridique ne lie les parties; l'existence d'un contrat de préapprentissage de fait est envisageable dans un tel cas de figure (CR CO I-AUBERT, ad art. 320 al. 3 CO, N°1 ss; ATF 132 III 753, JdT 2007 I 239, SJ 2007 I 253) et, pour autant qu'il soit conforme aux conditions usuelles, le juge peut le compléter (CR CO I-AUBERT, ad art. 344a CO, N°1).

L'art. 322 al. 1 CO dispose, quant à lui, que l'employeur paie au travailleur le salaire convenu, usuel ou fixé par un contrat-type de travail ou par une convention collective de travail.

Si l'on doit admettre que le contrat est nul, ainsi que l'ont retenu les premiers juges, il y a alors relation contractuelle de fait dont il résulte, pour l'employeur, l'obligation de payer un salaire (art. 320 al. 3 CO); au demeurant, les deux parties invoquent cette disposition, qui est effectivement applicable aux contrats de (pré-)apprentissage qui s'avèrent nuls (ATF 132 précité). Contrairement à ce que semble croire le recourant, dès lors que le contrat est nul, la clause relative au salaire l'est aussi; l'expression contenue à l'art. 320 al. 3 CO «comme s'il s'agissait d'un contrat valable», qu'il cite, n'a pas la portée qu'il lui donne: il ne s'agit pas d'exécuter tel quel le contrat nul. Ceci s'impose d'autant plus en l'espèce qu'en raison même de la nullité du contrat, les prestations fournies par l'intimée ne l'ont été que contre le salaire réduit prévu par le contrat vicié, sans la contrepartie essentielle que représente la formation professionnelle qui était aussi due par le recourant. Le salaire doit alors être fixé par le juge selon son appréciation. S'agissant d'un (pré-)apprenti, il lui est dû en règle générale un salaire moindre dès lors qu'en contrepartie, l'employeur assume l'obligation particulière de lui dispenser une formation professionnelle pour un métier dé-

terminé. Il en résulte que celui qui fournit du travail de bonne foi – ce qui n'est pas litigieux en l'espèce –, en exécution d'un contrat d'apprentissage non valable, sans recevoir en contrepartie une formation professionnelle reconnue, a droit à une rémunération raisonnable, qui sera en général fixée d'après le salaire d'un assistant sans formation (JAR 1981 230; Basler juristische Mitteilungen (BJM) 1993, p. 286; cf. *infra* let. bc).

bb) Si l'on doit admettre que les parties ont voulu conclure un contrat de préapprentissage libre, au sens des art. 344 ss CO, de sorte que leur contrat est valable, il faut en tout cas constater que leur accord impliquait le suivi d'une formation, qui constitue la prestation caractéristique de la relation de (pré)apprentissage(art. 344 CO; ATF 132 précité). Or, si l'intimée a bien fourni le travail prévu, E. ne conteste pas que non seulement il n'a pas inscrit sa «pré-apprentie» aux cours hebdomadaires et a omis de l'annoncer au SFP, mais encore, de façon générale, qu'elle n'a été qu'«initiée aux travaux très variés de la gestion de vente d'une pâtisserie-confiserie»; cela revient à admettre, en définitive, qu'il ne l'a fait bénéficier d'aucune formation plus poussée que la simple expérience que tout employé ordinaire acquiert nécessairement par son travail quotidien. Il ne conteste pas non plus que l'intimée a travaillé à 100%, ce qui signifie qu'elle n'a bénéficié d'aucun temps consacré à l'étude et à l'acquisition de connaissances théoriques, même non-reconnues par le SFP. Il n'est ainsi de loin pas établi que l'intimée ait acquis plus de connaissances que si le contrat de travail précédemment conclu entre les parties s'était poursuivi. Le recourant ne prétend d'ailleurs pas qu'à la suite de ce «préapprentissage», l'intimée pourra se prévaloir d'une formation plus ample que l'expérience liée à quelques mois de travail au comptoir et en salle dans une boulangerie-pâtisserie-tea-room. Reste alors à examiner quelles sont les conséquences de cette inexécution, ce qui rejoint l'examen du troisième et dernier grief (cf. *infra* let. c), dans lequel le recourant se prévaut de l'acceptation au moins tacite de l'intimée d'effectuer un stage et lui reproche d'être de mauvaise foi.

En ce qui concerne ce que l'intimée a accepté, il n'y a pas lieu d'y revenir, ce point ayant déjà été examiné et le grief du recourant, rejeté (cf. *supra* let. a). Quant à la mauvaise foi ou une acceptation ultérieure invoquées, il est vrai que, comme le relève le recourant, face à l'inexécution de l'obligation de lui donner une formation, l'intimée est d'abord restée passive. Toutefois, cela ne signifie pas qu'elle a renoncé à cette formation et finalement accepté un simple «stage» au sens où le recourant dit avoir entendu le contrat, de sorte qu'elle abuserait aujourd'hui de son droit en se prévalant de l'absence de formation. Il n'est notamment pas prétendu qu'elle aurait refusé des cours ou aurait décliné toute autre prestation de formation qui lui aurait été offerte. On a vu (cf. *supra* let. ab) qu'elle a d'abord attendu que la formation prévue débute, puis a décidé de résilier le contrat pour tester d'autres professions. Il en résulte que l'inexécution de la prestation caractéristique du contrat ne résulte pas d'un accord, initial ou

subséquent, des parties, et qu'elle est bien imputable au seul recourant, dont de plus, on pouvait attendre qu'il n'ignore pas, en tant qu'employeur et – aux dires de l'intimée – formateur de plusieurs apprentis, les démarches à effectuer auprès du SFP et le fait qu'un pré-apprenti doit suivre des cours. Quant au fait d'avoir résilié le contrat de préapprentissage, il ne prive pas l'intimée du droit de demander réparation du préjudice résultant pour elle de l'inexécution: au contraire, il est admis que si la résiliation du contrat de (pré-)apprentissage est imputable à l'employeur, la personne en formation a droit à des dommages-intérêts; tel est notamment le cas si l'employeur néglige d'entreprendre les démarches administratives pour permettre la reconnaissance de la formation professionnelle, provoquant ainsi une prolongation de la durée de l'apprentissage (JAR 1995 229), ou s'il engage une jeune fille pour un salaire très bas alors qu'il n'avait en réalité aucune intention de lui dispenser la formation promise (BJM 1993 286; TERCIER/FAVRE, *Les contrats spéciaux*, 4^{ème} éd., Zurich 2009, N°3944). En l'espèce, il n'est pas contestable que l'absence de la prestation essentielle – soit la formation – est due au recourant. Il doit dès lors en indemniser son employée.

bc) Lorsque l'apprenti est engagé selon un contrat qui s'avère invalide ou qui n'est pas exécuté, il est admis par la jurisprudence et la doctrine que son dommage consiste dans la différence entre le salaire usuel d'un assistant sans formation professionnelle et le salaire d'apprenti qui a été versé (JAR 1982 et 1995 op cit. et réf. citées; BJM 1993 op.cit. et réf. citées). En l'espèce, dès lors qu'immédiatement avant la conclusion du contrat de préapprentissage, l'intimée avait déjà été engagée par le recourant comme employée sans formation, il est justifié de se fonder, comme l'ont fait les premiers juges, sur la rémunération prévue dans ce premier contrat: il faut en effet admettre que si elles n'avaient pas conclu le contrat de préapprentissage, c'est ce salaire qui aurait continué d'être versé. Le recourant prétend qu'en ce cas il aurait résilié le premier contrat, mais a ensuite affirmé en audience ne pas en avoir eu l'intention. De fait, il n'a jamais licencié son employée. Il faut donc retenir que le dommage subi par l'intimée du fait de l'inexécution du contrat de préapprentissage équivaut à la différence entre le salaire effectivement perçu et celui auquel elle a renoncé en faveur de ce préapprentissage, dont les prestations essentielles ne lui ont cependant pas été fournies. Au vu de ce qui précède, le second grief du recourant manque également sa cible et doit donc être rejeté.

Arrêt communiqué par R. Brühwiler, greffière-adjointe au Tribunal cantonal du canton de Fribourg

Canton de Genève

Cour de justice de Genève, Chambre des prud'hommes, Arrêt du 19 janvier 2012 (Admission de l'appel interjeté contre le jugement rendu le 22 juillet 2010 par le Tribunal des prud'hommes de Genève).

Distinction entre contrat d'engagement des voyageurs de commerce (art. 347 CO) et contrat d'agence (art. 418a CO). L'existence de règles relatives à des vacances rémunérées du prestataire de services constitue un indice du rattachement du rapport contractuel au contrat de travail et notamment la fixation des périodes de vacances par le cocontractant, ou la nécessité pour le travailleur de remplir un formulaire afin d'annoncer les dates de celle-ci. L'agent peut, à l'inverse, décider librement des périodes durant lesquelles il entend ne fournir aucune prestation en faveur de son cocontractant. De même, il peut choisir la durée de ces interruptions (c. 2).

Constituent des indices de l'existence d'une relation de travail: des indications relatives à l'absence de droit à une rémunération et à une compensation pour les heures supplémentaires; une clause relative à l'octroi de 5 semaines de vacances annuelles moyennant un préavis de 15 jours ouvrables pour les annoncer; ou encore, la mention qu'il faut, afin de veiller à préserver les intérêts de l'entreprise, se conformer à ses directives commerciales, notamment en ce qui concerne la déontologie, la méthodologie et la territorialité (c. 3).

Selon l'art. 327a al. 3 CO, les accords en vertu desquels le travailleur supporte lui-même tout ou partie de ses frais nécessaires est nul. Le fait que cette disposition ne soit pas mentionnée dans le catalogue des art. 361 et 362 CO n'est pas déterminant. Il résulte en effet clairement de sa teneur qu'il ne s'agit pas de droit dispositif. L'art. 327a al. 3 CO est violé aussi bien par l'accord selon lequel le travailleur s'engage à rembourser à l'employeur les dépenses nécessaires à l'exécution du travail, que par celui par lequel le travailleur s'engage à pourvoir directement au règlement de ce type de dépenses à l'égard de tiers (c. 3).

Extraits des faits:

E. SA est une société sise à Genève dont le but social est de réaliser de la promotion immobilière en Suisse et à l'étranger. Son administrateur unique est C.. Le 5 juin 2007, E. SA et T., à l'époque domiciliée en France, ont signé une «*convention de collaboration*» aux termes de laquelle cette dernière était engagée en qualité «*d'agent local*» chargée de «*servir d'intermédiaire pour la négociation de contrats de vente pour le compte*

exclusif de E. SA» et «d'effectuer de la prospection en matière de recherche d'objets à publier sur le site Internet» de la société. L'agent local s'obligeait à préserver les intérêts de la société en se conformant, entre autres, «aux directives commerciales mises en place par la société, notamment en ce qui concerne la déontologie, la méthodologie et la territorialité». L'article II de la convention prévoyait un mode de rémunération au commissionnement. L'agent devait exercer son activité de manière indépendante. Il était par ailleurs prévu que la société avait la charge de «procéder aux déclarations et versement de cotisations résultant de la législation suisse et des accords bilatéraux avec la France». L'article III disposait que l'agent répartissait «son temps de travail de façon totalement libre. Il en résulte qu'il n'a pas le droit à rémunération ou à compensation des heures supplémentaires qui sont intégralement comprises dans le mode de rémunération. Il en résulte également qu'il n'a pas droit à rémunération de ses périodes de congé ou d'absence». L'agent pouvait prétendre à 5 semaines de congé annuel avec la précision que «celui-ci pourra en disposer à sa guise, mais devra respecter un délai de prévenance, de la société, de 15 (quinze) jours ouvrables». Selon l'article IV, la convention était conclue pour une durée indéterminée à compter de sa signature et la période d'essai était fixée à trois mois. Durant la période d'essai, la résiliation était libre. A l'expiration de cette période, la convention pouvait être résiliée moyennant un préavis de trois mois. Les décomptes de commissions remis périodiquement à T. par E. SA portaient en déduction de celles-ci les charges sociales AVS, AI, APG et chômage. A compter du second semestre 2008, figurait également la mention «vacances incluses: 8,33%». En fin d'année, un certificat de salaire à l'attention des autorités fiscales lui était remis. Au courant du mois de mars 2009, un litige est survenu entre C. et T. en relation avec une vente immobilière. En raison notamment du fait que son compte d'accès à la banque de données de la société avait été bloqué, cette dernière mit un terme aux relations contractuelles par courrier de son conseil du 23 avril 2009, avec effet au 31 juillet 2009.

Par demande déposée au greffe de la Juridiction des prud'hommes le 3 novembre 2009, T. a assigné E. SA en paiement de CHF 13 213.65 plus intérêts au titre de salaire, de CHF 7412.20 plus intérêts au titre d'indemnités-vacances, de CHF 9142.20 plus intérêts, au titre de provision due sur la commission perçue par E. SA pour une vente immobilière, de CHF 3656.90 plus intérêts au titre de provision due sur la commission perçue par E. SA en relation avec une autre vente immobilière et de CHF 28 020.– plus intérêts au titre de remboursement de frais encourus pour l'exécution de son travail pour E. SA. Par jugement sur compétence du 22 juillet 2010, le Tribunal des prud'hommes a déclaré irrecevable la demande en paiement de T.. Le Tribunal a considéré que les parties étaient liées par un contrat de mandat. Les agents immobiliers jouissaient d'une grande liberté d'action et d'une indépendance dans l'organisation de leur travail. Certains avaient des activités pour d'autres sociétés. Ils étaient

libres de prendre des vacances à la date souhaitée. Les frais professionnels demeuraient à leur charge et ils étaient tous rémunérés à la commission. Ils n'étaient soumis à aucun horaire.

Par mémoire du 23 août 2010, T. a appelé de ce jugement. Par courrier du 17 février 2011, le conseil de T. communiqua l'arrêt du groupe 3 de la Cour d'appel des prud'hommes, CAPH/14/2011 du 16 février 2011, rendu dans la cause n° C/5501/2008 – 3 opposant E. SA à F.. Il relevait que cet arrêt avait annulé le jugement du Tribunal des prud'hommes rendu dans cette cause et retenu la compétence *ratione materiae* de la juridiction des prud'hommes s'agissant des relations contractuelles qui liaient les parties à ce litige. Par arrêt du 16 juin 2011, la Cour de céans a suspendu l'instruction de la présente cause jusqu'à droit connu dans la procédure pendante devant le Tribunal fédéral opposant F. à E. SA suite au recours formé par cette dernière contre l'arrêt de la Cour d'appel des prud'hommes du 16 février 2011. Par arrêt du 21 juin 2011, cause n° 4A_184/2011, le Tribunal fédéral rejeta le recours interjeté par E. SA. Par arrêt du 30 juin 2011, la Cour de céans ordonna la reprise de l'instruction de la présente cause et l'apport de la cause n° C/5501/2008 – 3 en invitant les parties à s'exprimer à son sujet dans un délai échéant au 22 août 2011.

Extraits des considérants:

2. Dans son arrêt CAPH/14/2011 du 16 février 2011, rendu dans la cause n° C/5501/2008 – 3 opposant B. SA à F., le groupe 3 de la Cour d'appel des prud'hommes a exposé de manière circonstanciée les critères qui permettent de qualifier une relation de travail. S'agissant plus particulièrement du contrat d'engagement du voyageur de commerce, assimilée au contrat de travail, l'art. 347a al. 1 CO dispose qu'il doit être fait par écrit et régler notamment la durée et la fin du contrat (lit. a), les pouvoirs du voyageur (lit. b), la rémunération et le remboursement des frais (lit. c), le droit applicable et le for, lorsqu'une des parties est domiciliée à l'étranger. Selon l'art. 348 al. 1 CO, le voyageur de commerce visite la clientèle de la manière qui lui est prescrite, à moins qu'un motif justifié ne l'oblige à s'en écarter; sauf autorisation écrite de l'employeur, il ne peut négocier ou conclure d'affaires ni pour son propre compte, ni pour le compte de tiers. Si le voyageur de commerce est autorisé à conclure les affaires, il observe les prix et autres conditions qui lui sont prescrites et réserve pour toute dérogation le consentement de l'employeur (al. 2). Le voyageur de commerce fait régulièrement rapport sur son activité, transmet immédiatement à l'employeur toutes les commandes qu'il a reçues et porte à sa connaissance tous les faits importants qui concernent le cercle de sa clientèle (al. 3).

A teneur de l'art. 349a al. 1 CO, l'employeur paie au voyageur de commerce un salaire comprenant un traitement fixe, avec ou sans provision. Un accord écrit prévoyant que le salaire consiste exclusivement ou principalement en une provision n'est valable que si cette dernière consti-

tue une rémunération convenable des services du voyageur de commerce (al. 2).

La jurisprudence a précisé qu'une rémunération qui correspond aux exigences de l'art. 349a al. 2 CO ne comprend pas automatiquement le salaire afférent aux vacances. L'art. 329d al. 2 CO s'applique aux voyageurs de commerce (salaire afférent aux vacances); lorsque les parties entendent y déroger, elles doivent le faire par écrit (art. 347a CO; ATF 129 III 664).

Selon la doctrine et la jurisprudence, la distinction entre le contrat d'engagement des voyageurs de commerce et le contrat d'agence (art. 418a ss CO) peut s'avérer délicate (STREIFF/VON KAENEL, *Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht*, 5^{ème} éd., n. 3 ad art. 347/347a CO; STAEHELIN, *Commentaire zurichois*, n. 9 ad art. 347 CO; JAR 2004, p. 302). En effet, l'agent et le voyageur de commerce exercent une fonction économique identique: tous deux sont des représentants qui doivent établir ou maintenir la liaison entre l'entreprise qu'ils représentent et la clientèle. Les deux négocient ou concluent des affaires pour le compte de leur partenaire contractuel et leur mode de rétribution est similaire. Seule leur situation juridique diffère. Le rapport de subordination revêt une importance primordiale dans la qualification du contrat de travail. Il présuppose que le travailleur est soumis à l'autorité de l'employeur pour l'exécution du contrat et cela au triple point de vue personnel, fonctionnel et économique. La dépendance personnelle réside en ceci que le travailleur s'engage à développer une activité dont la nature, l'importance, les modalités et l'exécution ne sont souvent déterminées que de manière très générale dans le contrat de travail et doivent être précisées et concrétisées par le biais d'informations et d'instructions particulières, données au fil du temps par l'employeur. Le travailleur s'engage ainsi à respecter les instructions et avis de l'employeur, et à se soumettre aux mesures de supervision que celui-ci ordonne. La notion de rapport fonctionnel implique le fait que le travailleur est incorporé dans l'entreprise et l'employeur se voit attribuer une position déterminée au sein de son organisation. La dépendance économique réside, quant à elle, en ceci que le salaire permet au travailleur d'assurer sa subsistance (SJ 1990, p. 185; STAEHELIN, *Commentaire zurichois*, n. 27 à 30 ad art. 319 CO; AUBERT, in *Code des obligations I*, *Commentaire romand*, 2003, ad art. 319 CO, p. 1674; REHBINDER, *Commentaire bernois*, p. 30, ch. 2).

On ajoutera encore que l'existence de règles relatives à des vacances rémunérées du prestataire de services constitue un indice du rattachement du rapport contractuel au contrat de travail et notamment la fixation des périodes de vacances par le cocontractant, ou de la nécessité pour le travailleur de remplir un formulaire afin d'annoncer les dates de celle-ci. L'agent peut, à l'inverse, décider librement des périodes durant lesquelles il entend ne fournir aucune prestation en faveur de son cocontractant. De même, il peut choisir la durée de ces interruptions (DAVID AUBERT, *Le contrat de travail des voyageurs de commerce*, Lausanne, 2010, n. 301 et 302).

3. Dans ladite cause dont l'apport a été ordonné, la Cour d'appel des prud'hommes a qualifié les relations contractuelles liant les parties de contrat de voyageur de commerce.

Du point de vue de la convention de collaboration, elle a retenu en substance ce qui suit:

- Les indications relatives à l'absence du droit de l'agent à une rémunération et à une compensation pour les heures supplémentaires effectuées – celles-ci étant intégralement comprises dans sa rémunération – sont inhabituelles dans un contrat d'agence et relèvent plutôt du contrat de travail, ces précisions étant généralement réservées aux cadres salariés des entreprises.

- Les indications selon lesquelles l'appelant peut prétendre à 5 semaines de vacances annuelles moyennant un préavis de 15 jours ouvrables pour les annoncer sont caractéristiques du contrat de travail.

- Cette limitation contractuelle de la durée des vacances annuelles de l'agent à 5 semaines constitue en effet une restriction de sa liberté temporelle à l'égard de l'intimée qu'un agent indépendant n'a pas à subir.

- La mention selon laquelle l'agent doit, afin de veiller à préserver les intérêts de l'intimée, se conformer aux directives commerciales mises en place par la société, notamment en ce qui concerne la déontologie, la méthodologie et la territorialité est un indice de rapport de subordination.

- Relève également du contrat de travail, la mention figurant sur la convention relative à la retenue, sur la rémunération de l'agent, de cotisations sociales.

Ces observations peuvent être intégralement reprises dans la présente cause. Le contenu de la convention de collaboration est en effet strictement identique dans les deux cas.

On ajoutera que s'agissant du dernier point évoqué, l'intimée n'a également pas pu établir que c'est en raison d'exigences de nature administrative propre au statut d'agent indépendant domicilié à l'étranger qu'elle avait procédé à ces déductions sur les commissions au même titre que celles qui devaient intervenir pour un salarié. En tout état de cause, une telle exigence ne résulte aucunement des règles d'assujettissement communautaire reprises dans le contexte de l'Accord entre la Communauté européenne et ses Etats membres, d'une part, et la Confédération suisse, d'autre part, sur la libre circulation des personnes entré en vigueur le 1^{er} juin 2002 (RS 0.142.112.681; BETTINA KAHIL-WOLFF/CORINNE PACIFICO, Sécurité sociale, droit du travail et fiscalité, le droit applicable en cas de situations transfrontalières, *in* Assujettissement, cotisations et questions connexes selon l'Accord sur la libre circulation des personnes CH-CE, Berne, 2004). Des cotisations ont été effectivement payées à la caisse de compensation comme cela ressort du compte individuel de l'appelante et celle-ci était assurée par l'Institution supplétive en matière de prévoyance professionnelle au même titre qu'un salarié.

En ce qui concerne le remboursement des frais, la convention de collaboration ne prévoyait pas que les agents y avaient droit et les décomptes de commissions remis à l'appelante chaque mois ne font pas état de tels remboursements. Il n'en demeure pas moins que certains de ses collègues avaient pu bénéficier à diverses occasions de tels remboursements.

En tout état de cause, aux termes de l'art. 327a al. 3 CO, les accords en vertu desquels le travailleur supporte lui-même tout ou partie de ses frais nécessaires est nul. Le fait que cette disposition ne soit pas mentionnée dans le catalogue des art. 361 et 362 CO n'est pas déterminant. Il résulte en effet clairement de sa teneur qu'il ne s'agit pas de droit dispositif (ATF 124 III 305 consid. 3; plus récemment BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, *Commentaire du contrat de travail*, 3^e éd., Lausanne 2004, n. 7 ad art. 327a CO, qui la considèrent comme relativement impérative; Tercier, *Les contrats spéciaux*, 3^e éd., Zurich 2003, n. 3200 p. 463, qui la qualifie d'impérative). Selon la jurisprudence, l'art. 327a al. 3 CO est violé aussi bien par l'accord selon lequel le travailleur s'engage à rembourser à l'employeur les dépenses nécessaires à l'exécution du travail, que celui par lequel le travailleur s'engage à pourvoir directement au règlement de ce type de dépenses à l'égard de tiers (ATF 124 III 305 consid. 5), principe qui vaut respectivement pour les frais prévus à l'art. 327b al. 1 CO.

S'agissant des conditions dans lesquelles l'appelante réalisait son activité, l'intimée n'a jamais prétendu qu'elles différaient de celles de F.

A l'instar de ce dernier, elle devait rendre des comptes en relation avec les mandats qu'elle avait amenés. Il ressort des enquêtes conduites dans les deux causes que des objectifs d'obtention de mandats, en principe 4 par semaines, devaient être remplis. De même, les collaborateurs devaient se rendre chaque lundi après-midi à des réunions hebdomadaires dans les locaux de la société.

Il ressort par ailleurs de la cause dont l'apport a été ordonné que lors de ces réunions étaient abordées, souvent en présence de C., les questions relatives au marché, immobilier, les objectifs des «commerciaux» et les problèmes qu'ils rencontraient dans leurs activités. Ces réunions étaient préparées par I., un collaborateur qui avait la charge de veiller à la cohésion de l'équipe des «commerciaux» et qui préparait des graphiques avec les résultats de ces derniers. Un compte-rendu était établi lequel comprenait des statistiques en relation avec les mandats «rentrés» et les ventes réalisées.

En ce qui concerne l'obligation d'annoncer les vacances, son non respect était suivi de conséquences. A cet égard, il convient de se référer au témoignage de H. recueilli dans la cause apportée duquel il ressort qu'elle a été licenciée pour ne pas avoir respecté le délai de préavis de 15 jours.

Il existait ainsi un cadre structuré imposant des contraintes assimilables à un lien de subordination que n'a pas à subir un agent indépendant.

Au regard de l'ensemble de ces éléments, le fait que l'appelante déléguait à une tierce personne une partie de ses activités, soit des démarches

téléphoniques, n'a pas d'incidence sur la qualification juridique de la relation contractuelle et une telle délégation peut au demeurant être admise aux conditions de l'art. 321 CO.

Il résulte de ce qui précède que les parties étaient liées par un contrat de travail et qu'en conséquence, il convient d'annuler le jugement déferé et renvoyé la cause au Tribunal des prud'hommes pour instruction et décision sur le fond.

Arrêt communiqué par M^e W. Gloor, avocat, Genève.

Cour de justice de Genève, Chambre des prud'hommes, Arrêt du 17 février 2012 (Rejet de l'appel interjeté contre le jugement du Tribunal des prud'hommes du 29 novembre 2010).

Transfert des rapports de travail. Entrent dans le champ d'application de l'article 333 CO: la reprise d'un ou plusieurs actifs, la conclusion d'un bail ayant pour conséquence la reprise d'un restaurant, la location de droit d'usage et des moyens de production, la vente, l'échange, la donation ou l'apport à une société, le legs ainsi que le partage successoral portant sur une entreprise ou une partie d'entreprise. En revanche, la cession d'éléments corporels aux fins d'une gestion économique propre est insuffisante en soi à exclure ou admettre l'existence d'un transfert (c. 2.1).

Art. 336 CO. Les licenciements opérés, avant ou après le transfert, en vue de restructurer l'entreprise ne sont pas abusifs lorsqu'ils répondent à un motif autre que le seul transfert. Il faut prendre en compte les circonstances objectives du licenciement pour déterminer s'il s'agit d'un licenciement pour cause économique, technique organisationnelle, ou alors pour cause de transfert (c. 3.1).

Extraits des faits:

A compter du 1^{er} février 2007, l'agence E1 et E2 a engagé T. en qualité de conseiller, moyennant une rémunération composée d'un salaire fixe et de diverses commissions d'acquisition, de renouvellement, de gestion, de conclusion d'affaires avec des sociétés partenaires et de «super commissions». Le contrat de travail, établi sur la base de contrats-type imposés par la direction générale de X., prévoyait une dénonciation des rapports de travail moyennant un préavis d'un mois, ceci durant les trois premières années d'activité. En 2009, l'agence E1 et E2 comptait, parmi ses effectifs, cinq personnes affectées aux services internes (administratifs) et dix-sept personnes en charge des services externes (conseillers-vendeurs) dont T.. Au mois de juin 2009, dans le cadre d'une politique de restructuration impliquant une réduction du nombre des agences générales en Suisse, la société X. (Suisse) SA résilia le contrat d'agence général la liant à l'agence E1 et E2 pour le

31 décembre 2009. X. (Suisse) SA décida en outre que, à compter du 1^{er} janvier 2010, le portefeuille de clients traités par l'agence E1 et E2 serait dorénavant géré par l'agence B., étant précisé que, dans ce domaine d'activité, le portefeuille de clients appartient à l'assureur (X.) et non à l'agent général (agence E1 et E2) qui ne peut en disposer. A la suite de cette décision, l'agence générale E1 et E2 cessa son activité au 31 décembre 2009, sans que les attributs de son activité (bail, mobilier, équipement, etc.) aient été repris par B.. Tous les employés de l'agence E1 et E2 ont été informés de la fermeture de l'agence pour le 31 décembre 2009.

A compter de l'été 2009, B., sachant qu'il allait reprendre la gestion du portefeuille de clients traités auparavant par l'agence E1 et E2, a alors initié des contacts avec les conseillers-vendeurs de l'agence E1 et E2 afin d'assurer le suivi des clients de l'agence appelée à disparaître. A la suite de ces contacts, respectivement d'entretiens individuels avec les intéressés, B. décida d'engager une douzaine de conseillers-vendeurs précédemment employés par l'agence E1 et E2. En revanche, T. et Z., n'ont pas été engagés par l'agence B. Par courrier du 9 novembre 2009, reçu le 19 novembre 2009, l'agence E1 et E2 a informé T. de la résiliation de son contrat de travail pour le 31 décembre 2009. Le motif invoqué était la fermeture prochaine de l'agence à la suite de la dénonciation du contrat d'agence générale par X. (Suisse) pour le 31 décembre 2009. Par courrier du 24 décembre 2009 adressé à l'agence E1 et E2, T. a indiqué qu'il considérait son licenciement du 9 novembre 2009 comme nul et non avenu, dans la mesure où il lui avait été donné en violation des règles sur le transfert d'entreprise prévues à l'article 333 CO; à titre subsidiaire, il précisait que le congé devait être considéré comme abusif.

Par demande du 11 mars 2010, T. a assigné, conjointement et solidairement, l'agence E1 et E2 et B. en paiement d'une somme de 44 919 fr. 90 à titre d'indemnité pour licenciement abusif. Par jugement du 29 novembre 2010, le Tribunal des prud'hommes a rejeté les réclamations de T.. Par acte d'appel du 29 décembre 2010, T. interjette appel à l'encontre de ce jugement.

Extraits des considérants:

2. A l'appui de son argumentaire, l'appelant soutient que l'opération de reprise des activités d'assurance déployées par l'agence E1 et E2 par l'agence B., au 1^{er} janvier 2010, répond à un transfert d'entreprise au sens de l'article 333 CO, alors que cette qualification est réfutée par les intimés.

2.1. L'article 333 al. 1 CO prévoit que si l'employeur transfère l'entreprise ou une partie de celle-ci à un tiers, les rapports de travail passent à l'acquéreur avec tous les droits et les obligations qui en découlent au jour du transfert, à moins que le travailleur ne s'y oppose.

Les articles 333 et 333 a CO ont été introduits dans l'ordre législatif suisse pour tenir compte de la Directive 77/187/CEE du Conseil des Com-

munautés européennes du 14 février 1977 (concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprise), dans sa teneur non modifiée par la Directive 98/50/CE du 29 juin 1998. L'article 333 al. 1 CO a été révisé afin que les rapports de travail existant au moment du transfert d'une entreprise passent automatiquement à son acquéreur par le fait même du transfert. L'article 333 al. 1^{bis} CO a été introduit afin de respecter l'obligation de l'acquéreur, prévue par la Directive 77/187/CEE et alors inconnue en droit suisse, de maintenir les conditions de travail stipulées dans la convention collective qui régit les rapports de travail existant au moment du transfert de l'entreprise (WYLER, Droit du travail, 2^{ème} édition, p. 393).

Par entreprise, il faut entendre une unité organisée pour la production de biens et de services d'une manière durable et qui participe de manière indépendante à la vie économique; on ne peut parler d'un transfert d'entreprise que si l'unité conserve son identité quant à son but, son organisation et ses caractéristiques essentielles; l'identité est conservée lorsqu'il y a transfert de l'infrastructure, des moyens de production et de la clientèle, en vue de poursuivre une activité économique analogue (arrêt non publié du Tribunal fédéral du 29 mars 1999 dans la cause 4C.37/1999 consid. 1a; arrêt non publié du Tribunal fédéral du 25 avril 2002 dans la cause 4C.50/2002 consid. 1b).

Ainsi, pour qu'il y ait transfert au sens de l'article 333 al. 1 CO, il suffit que l'exploitation ou une partie de celle-ci soit effectivement poursuivie ou reprise par le nouveau chef d'entreprise (ATF 123 III 466 consid. 3a; arrêt non publié du Tribunal fédéral du 2 août 1999 dans la cause 4C.176/1999 consid. 1a). L'exploitation est considérée comme poursuivie en tout ou partie par l'acquéreur lorsqu'elle conserve son identité, c'est-à-dire son organisation et son but (Staehelin, Commentaire zurichois, n° 6 ad art. 333 CO; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER, Commentaire du contrat de travail, 3^{ème} éd., n°1 ad art. 333; BRÜHWILER, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 2^{ème} éd., n°1 ad art. 333 CO; AUBERT, La nouvelle réglementation des licenciements collectifs et des transferts d'entreprise *in* Journée 1994 de Droit du travail et de la sécurité sociale, Zürich 1995, p. 87 ss, 110; AUBERT, Droit des obligations I, Commentaire romand, n° 2 ad art. 333 CO; JAR 2005, 244; ATF 129 III 335 = JT 2003 II 74 = JAR 2004, 212).

On retient qu'entrent dans le champ d'application de l'article 333 CO la reprise d'un ou plusieurs actifs, la conclusion d'un bail ayant pour conséquence la reprise d'un restaurant, la location de droit d'usage et des moyens de production, la vente, l'échange, la donation ou l'apport à une société, le legs ainsi que le partage successoral portant sur une entreprise ou une partie d'entreprise. Dans certaines circonstances, des hésitations peuvent survenir et il convient alors de tenir compte de l'ensemble des éléments qui caractérisent l'opération en cause. En particulier, la cession d'éléments corporels aux fins d'une gestion économique propre est insuffisante en soi à exclure ou admettre l'existence d'un transfert (WYLER, loc.cit., p. 400); dans une affaire

liée à une attribution de marché en droit communautaire, la Cour de justice des Communautés européennes a jugé que la circonstance que les éléments corporels soient repris par le nouvel adjudicataire sans que ces éléments lui aient été cédés aux fins d'une gestion économique propre ne peut conduire à exclure ni l'existence d'un transfert des éléments d'exploitation, ni l'existence d'un transfert d'entreprise au sens de la directive européenne; en l'espèce, l'Etat allemand avait mis à disposition d'une société chargée des contrôles de passagers et des bagages à l'aéroport de Düsseldorf des équipements de sécurité aérienne destinés au contrôle des passagers (portiques de détection, tapis roulant, etc.); le contrat de cette société a été résilié et le marché du contrôle de la sécurité aérienne a été attribué à une autre société, la propriété des installations précitées demeurant à l'Etat allemand. Le nouvel adjudicataire ayant alors repris une partie des salariés précédemment occupés par l'ancien exploitant, la question principale consistait à déterminer si une telle situation relevait d'un transfert d'entreprise au sens de la directive européenne; la Cour a ainsi jugé que le transfert des éléments d'exploitation aux fins d'une gestion économique propre ne constituait pas une condition nécessaire pour la constatation d'un transfert, mais qu'il convenait de se référer à l'ensemble des circonstances caractérisant l'opération en cause, tels que le type d'entreprise, le transfert d'éléments corporels et leur valeur au moment du transfert, la reprise des effectifs par le nouveau chef d'entreprise, le transfert de la clientèle, le degré de similarité des activités exercées avant et après le transfert ou la durée d'une éventuelle suspension des activités (Cour de justice des communautés européennes du 15 décembre 2005 dans la cause *Securicorp Aviation (Germany) Ltd et Kötter Aviation Security GmbH*, Recueil 2005, p. I-11237; WYLER, loc.cit., p. 392-393).

2.2. La Chambre des prud'hommes, au regard de cette notion juridique aux contours protéiformes, peut concéder que la question est litigieuse mais son analyse la conduit à nier au cas d'espèce la qualification d'un transfert d'entreprise au sens de l'article 333 CO. Tout d'abord, il sera rappelé que l'agence B. a été amenée à gérer les portefeuilles de clients sur la seule instruction de X. Suisse, titulaire des portefeuilles de clientèle, et sans aucun pouvoir décisionnel de l'ancien gérant, l'agence E1 et E2; c'est en effet X. Suisse et non l'agence E1 et E2 qui a remis à B en gestion le portefeuille de clients précédemment géré par l'agence E1 et E2, au motif que, dans ce domaine d'activité, les portefeuilles de clients n'appartiennent pas aux agents généraux, mais uniquement à l'assureur. Que X. Suisse ait décidé de confier la gestion du portefeuille de ses clients à un agent général, plutôt qu'à un autre, ne saurait être suffisant pour constituer, à lui seul, un transfert d'entreprise au sens de l'article 333 CO. De plus, le cas d'espèce ne correspond pas à la poursuite par un chef d'entreprise d'une exploitation qui conserverait son identité, soit son organisation et son but, puisque seuls les portefeuilles de clients ont fait l'objet d'une reprise, au demeurant sans intervention du précédent gestionnaire; dans ce contexte, il convient de rappeler que la cessation des activités de l'agence E1 et E2 n'a

impliqué aucune reprise des locaux, du fonds de commerce, de l'agencement, du mobilier, de l'équipement dont bénéficiait cette agence avant sa fermeture. Enfin, il y a lieu de relever que les employés de l'agence E1 et E2 n'ont pas tous été repris par l'agence B., puisque le personnel administratif n'a pas été engagé par l'intimé qui bénéficiait de sa propre logistique et que seuls douze commerciaux ont fait l'objet d'un engagement, après une procédure d'évaluation sérieuse, aux fins d'assumer le suivi des portefeuilles de clients repris par B. à compter du 1^{er} janvier 2010. Tous ces éléments conduisent à nier l'existence d'un transfert d'entreprise au sens de l'article 333 CO.

2.3. Les arguments de l'appelant pour asseoir un transfert d'entreprise sont vains et doivent être rejetés. Comme vient de le rappeler la Chambre des prud'hommes, le fait que X. Suisse décide de confier la gestion du portefeuille de ses clients à un nouvel agent général, impliquant le retrait de cette gestion à l'agent précédent, ne saurait constituer à lui seul un transfert d'entreprise au sens de l'article 333 CO. L'appelant ne peut donc voir dans cette opération une situation analogue à celle visée par les dispositions légales précitées en dépit des explications que, de façon d'ailleurs assez floues, les services de X. ont pu rapporter dans leurs communications écrites; l'explication ainsi donnée ne saurait d'ailleurs lier le juge qui doit déterminer, compte tenu de l'ensemble des éléments, si l'opération incriminée correspond à un transfert d'entreprise au sens de la disposition précitée. Cet argument ne peut ainsi être retenu.

De même, l'argument de l'appelant selon lequel les contrats de travail des collaborateurs de l'agence E1 et E2 n'auraient pas été résiliés ne peut également être pris en considération. C'est oublier que la dénonciation des rapports contractuels ne doit pas obéir, sauf cas particulier, à un formalisme particulier et que les rapports juridiques peuvent être dénoués sans formalité particulière. En l'espèce, compte tenu de la spécificité de l'activité et l'existence de contrats-type de travail imposés par X. Suisse, la signature d'un avenant avec un nouvel agent général impliquait la rupture des rapports contractuels avec le précédent agent et la conclusion d'une nouvelle relation contractuelle avec le nouvel agent choisi par l'assureur. La dénonciation des rapports de travail des collaborateurs de l'agence E1 et E2 s'est ainsi effectuée selon une procédure suffisamment claire pour établir que, à compter du 31 décembre 2009, les rapports de travail des collaborateurs de l'agence E1 et E2 étaient éteints.

De même, la Chambre des prud'hommes ne peut retenir l'argument selon lequel B. se serait engagé à reprendre l'intégralité du personnel de l'agence E1 et E2 à compter du 1^{er} janvier 2010. Les témoignages recueillis dans la procédure à ce sujet sont trop imprécis ou contradictoires et ne soutiennent d'ailleurs pas l'allégation de l'appelant puisque seuls douze collaborateurs commerciaux sur dix-sept ont fait l'objet d'un engagement par B.. Enfin, l'argument selon lequel les décomptes de commissions de tous les collaborateurs auraient été transmis au nouvel agent général B. est

irrelevant dès lors que les décomptes sont établis par X. Suisse concernant les portefeuilles de ses clients gérés jusqu'au 31 décembre 2009 par l'agence E1 et E2 et légitimement communiqués au nouvel agent général qui en reprenait la gestion à compter du 1^{er} janvier 2010.

3. A supposer que l'on retienne que l'opération obéissait à un transfert d'entreprise au sens de l'article 333 CO, l'appel de T. ne devrait pas moins être rejeté.

3.1. Après avoir considéré que le congé donné pour éluder les conséquences de l'article 333 CO était nul, la Cour d'appel des prud'hommes a jugé qu'un tel licenciement pouvait désormais être considéré comme abusif au sens de l'article 336 al. 1 lit. c CO (arrêt de la Cour d'appel des prud'hommes du 19 avril 2004, dans la cause C/711/2003-5). Toutefois, les licenciements opérés, avant ou après le transfert, en vue de restructurer l'entreprise ne se heurtent pas à cette norme dès lors qu'ils répondent à un motif autre que le seul transfert (Aubert, Commentaire romand, loc.cit., n° 5 ad. art. 333 CO). Une interdiction de licencier ne met pas en cause le pouvoir du cédant et du cessionnaire de procéder à une réorganisation de l'entreprise. Afin de déterminer s'il s'agit d'un licenciement pour cause économique, technique, organisationnelle ou pour cause de transfert, le droit communautaire recommande de prendre en considération les circonstances objectives du licenciement (Karagiosi, Les transferts d'entreprise en droit du travail *in* Droit du travail en pratique, 2003, p. 95 ss).

3.2. En l'espèce, les débats ont montré que la cessation de l'activité de l'agence E1 et E2 était motivée par une décision de X. Suisse qui, dans un souci de réorganisation de ses activités, souhaitait réduire le nombre de ses agences en Suisse romande. L'agence E1 et E2 s'est vue en effet notifier la dénonciation de son contrat d'agence pour le 31 décembre 2009, situation qui impliquait la fermeture de l'agence. Le licenciement de T. par l'agence E1 et E2 était ainsi motivé par des raisons organisationnelles de restructuration et la lettre de licenciement se réfère expressément au fait que l'agence E1 et E2 ne disposera plus au 31 décembre 2009 d'une structure d'agence et ne pourra donc plus conserver de personnel. La Chambre des prud'hommes de la Cour de justice relève ainsi que le congé notifié à T. n'a ainsi pas été donné aux seules fins de faire échec aux conditions posées par l'article 333 CO, à supposer que l'opération obéisse à un transfert d'entreprise au sens des dispositions précitées; partant, le congé ne se révèle pas abusif au sens de l'article 336 al. 1 lit. c CO.

A l'appui de son argumentaire, T. indique que son congé serait également abusif au motif qu'il lui aurait été notifié en raison de son âge, ses performances ne pouvant être remises en question. Là également, l'instruction du litige a permis de démontrer que l'agence E1 et E2 n'avait eu aucune marge de manœuvre dans le recrutement du personnel par B., n'ayant jamais assisté aux entretiens d'évaluation effectués par ce dernier et n'ayant pas été consultée sur les propositions d'engagement effectuées par cet agent. Dès lors que, pour des raisons qui échappaient à l'agence E1

et E2, T. n'a pas été engagé par B., l'employeur n'avait d'autre choix que de dénoncer le contrat de travail de son employé dans la mesure où l'agence devait impérativement fermer ses portes le 31 décembre 2009. Sur ce point également, la Chambre des prud'hommes de la Cour de justice ne peut considérer que le licenciement notifié à T. par l'agence E1 et E2 le 9 novembre 2009 violerait l'article 336 al. 1 lit. a CO.

Arrêt communiqué par M^e W. Gloor, avocat, Genève.

Cour de justice de Genève, Chambre des prud'hommes, Arrêt du 12 avril 2012 (Admission partielle des appels interjetés contre le jugement du Tribunal des prud'hommes du 17 juillet 2009).

Par arrêt du 16 octobre 2012, le Tribunal fédéral a rejeté le recours en matière civile interjeté par l'employeur contre l'arrêt cantonal (TF, cause 4A_292/2012 = ATF 138 III 750).

Art. 18 et 121 LDIP. Le choix d'un droit étranger cède le pas aux normes de l'Etat du for qui, pour des raisons d'ordre social, politique ou économique sont d'ordre public, c'est-à-dire requièrent leur application immédiate. Une éléction de droit étranger ne saurait priver le travailleur de la protection de ces normes (c. 2.2.3). En matière de contrat de travail international, il est admis que sont des règles d'ordre public celles qui relèvent du droit public de l'Etat du for. En font aussi partie les règles dont le respect est une condition posée par l'Etat du for pour la délivrance d'une autorisation de travail (c. 2.2.4). Sont notamment considérées dispositions d'ordre public celles qui règlent la durée du temps de travail et des vacances, les délais de congé, les conditions minimales de sécurité, santé et d'hygiène au travail, la protection des femmes enceintes, la rémunération minimale et les autorisations de travail (c. 2.2.4.1). En Suisse, il faut considérer que les normes protectrices du travailleur, déclarées impératives (cf. art. 361 et 362 CO) constituent, de par leur finalité, des règles d'application immédiate (c. 2.2.4.4).

Art. 342 al. 2 CO. Les contrats de travail des domestiques des membres officiels des Représentations diplomatiques, permanentes ou consulaires, établies en Suisse sont impérativement régis par le droit suisse du travail (c. 2.2.5.1). En prenant l'engagement vis-à-vis des autorités suisses de «traiter son employé aux conditions de rémunération et de travail en usage dans la localité et la profession concernées», le candidat employeur au DFAE s'engage aussi directement vis-à-vis de l'employé. Ce dernier peut s'en prévaloir directement devant le juge civil (c. 2.2.5.4).

Extraits des faits

T., ressortissante chilienne, célibataire, née en 1957, a été engagée, par contrat écrit du 1^{er} octobre 2005, par la Mission permanente de la REPUBLIQUE DU CHILI auprès de l'Organisation Mondiale du Commerce, à Genève, en qualité de «*encargada de la Residencia*» de l'Ambassadeur, à temps plein (45 h/sem du lundi au samedi, conformément au *Código del Trabajo Chileno*), et pour une durée indéterminée. Les parties sont convenues d'un salaire mensuel brut de Fr. 1900,-, du maintien de son affiliation à la sécurité sociale chilienne et par conséquent du principe que le montant du salaire brut en espèces serait amputé des cotisations sociales, part salariée; il était prévu, en outre, que l'employée serait nourrie et logée à la Résidence de l'Ambassadeur (art. 9). Conformément à la Directive du Département fédéral des affaires étrangères (DFAE) CD 3 du 1er avril 1987 – en vigueur jusqu'au 31 décembre 2007 – relative au «Recrutement du personnel administratif et technique ainsi que du personnel de service par les Missions permanentes», laquelle régissait également le recrutement du personnel attaché aux Chefs de Mission, la Mission permanente de la REPUBLIQUE DU CHILI a déposé, le 19 septembre 2005, auprès de la Mission suisse à Genève, trois formules DFAE, en trois exemplaires chacune, dûment remplies et signées, à savoir: une «Demande d'autorisation d'entrée en Suisse», une «Déclaration du domestique privé» ainsi qu'une «Déclaration de garantie de l'employeur», ainsi qu'une copie du passeport ordinaire No. 8.648.248-7 de l'employée. La *Déclaration de garantie* – dans sa version en vigueur jusqu'à fin 2007 – avait la teneur suivante; (cf. annexe 1 à la Directive CD 3 du 1. 4. 1987): «*Département fédéral des affaires étrangères. 1. Par la présente déclaration, l'employeur garantit le paiement des frais médicaux et d'hospitalisation ainsi que les frais de rapatriement de son employé. 2. L'employeur répondra des frais susmentionnés aussi longtemps que la garantie ne sera pas assumée par un autre employeur ou qu'il n'aura pas été libéré de cette obligation par l'autorité compétente. 3. L'employeur s'engage à traiter son employé aux conditions de rémunération de travail en usage dans la localité et la profession concernée. Date et signature de l'employeur.*» Sur ce, l'Ambassade suisse au Chili a été instruite de délivrer à T. un «visa pour prise d'activité lucrative en Suisse» (Directive DFAE CD 3). T. est arrivée en Suisse fin septembre 2005. Les parties ont signé leur contrat à Genève le 1^{er} octobre 2010, date du début de leurs rapports de travail. Ce contrat avait été préparé par l'Etat employeur; l'Ambassadeur l'a soumis à T. pour signature – toutefois sans lui expliquer la portée des références faites au Code du travail chilien. Après le dépôt, par la Mission permanente de la REPUBLIQUE DU CHILI, auprès de la Mission suisse, d'une «Demande d'enregistrement» de T., le DFAE a fait délivrer à celle-ci une carte de légitimation de type «E» (No. 0348235); la carte contient, sous la rubrique «Titre/Fonction», la mention suivante: «Personnel domestique, Mission permanente du Chili auprès de l'OMC».

Suite à son engagement, dûment annoncé à la Mission permanente de la Suisse, le Département fédéral des affaires étrangères lui a fait délivrer une carte de légitimation DFAE de type E (No. 0342549) destinée aux membres du personnel administratif des Missions permanentes à Genève. T. a travaillé à la Résidence privée de l'Ambassadeur du Chili auprès de l'OMC à Genève du 1^{er} octobre 2005 jusqu'au 28 février 2008. Elle y était nourrie et logée.

Le 28 février 2008, l'épouse de l'Ambassadeur, agissant au nom de son mari, respectivement de la REPUBLIQUE DU CHILI, a résilié les rapports de travail de T. – sans indiquer l'échéance du délai de congé; l'intéressée a été libérée avec effet immédiat de sa place de travail. Le 6 mars 2008, T., venue dans les locaux de la Mission permanente, a été priée par l'Ambassadeur, M. B., de signer séance tenante un «*finiquito por termino de contrato de trabajo*» (soit: un «solde pour fin de contrat de travail»).

Par acte déposé au greffe de la Juridiction des prud'hommes en date du 22 mai 2008, T. a assigné la REPUBLIQUE DU CHILI en paiement de Fr. 90 057.15, soit de Fr. 42 392.– à titre de «différence de salaire payé/salaire CTT», de Fr. 41 467.– à titre «d'indemnité heures supplémentaires», de Fr. 1908,15 à titre «d'indemnités vacances non prises», et de Fr. 4290,– à titre de «préavis» (salaire afférent au délai de congé), le tout avec intérêts moratoires. Par jugement du 17 juillet 2009, le Tribunal des prud'hommes, à la forme, a déclaré irrecevable la demande formée le 22 mai 2008 par T. contre la REPUBLIQUE DU CHILI, en tant qu'elle tendait à la constatation du caractère lésionnaire, voire usurier de la rémunération payée, et l'a déclarée recevable pour le surplus; statuant ensuite au fond, le Tribunal a condamné la REPUBLIQUE DU CHILI à payer à T. la somme brute de Fr. 35 601.25, plus intérêts. Par mémoire de son conseil, déposé à l'Office postal le 21 août 2009, T. a formé appel contre ce jugement. Par mémoire-appel de son conseil, déposé à l'Office postal en date du 24 août 2009, la REPUBLIQUE DU CHILI a également formé appel principal contre le jugement du Tribunal. Par arrêt du 21 mai 2010, le Premier Président de la Juridiction des prud'hommes a prononcé la suspension de la présente procédure – motif pris à un litige en cours quant à l'existence réelle du *Syndicat Sans Frontières*, quant à la légitimité et les compétences, et quant à la qualité de *mandataires professionnels* de ses dirigeants. Par arrêt du 21 octobre 2010 (4A_268/2010), le Tribunal fédéral a admis l'existence et la légitimité du Syndicat Sans Frontières, mais confirmé la décision cantonale en tant qu'elle avait dénié à son président la qualité de *mandataire professionnelle-ment qualifié*. Par arrêt du 7 juillet 2011, la Cour de Justice/Chambre des prud'hommes a annulé, pour raisons de clarté, le jugement entrepris, et après avoir confirmé sa compétence internationale – qui n'était pas contestée – et matérielle, elle a rejeté l'exception d'immunité de juridiction soulevée par l'Etat défendeur. Statuant sur recours de l'Etat défendeur, le Tribunal fédéral a confirmé cette décision par arrêt du 30 novembre 2011 (4C_544/2011 *République du Chili c/ T.*).

Extraits des considérants:

2. 2.1. L'Etat défendeur, motif pris dans la clause d'élection de droit contenue dans le contrat de travail, réclame l'application du droit du travail chilien.

2.2. A teneur de l'art. 116 al. 1 de la loi fédérale sur le droit international privé suisse (LDIP, RS 291), «le contrat [international] est régi par le droit choisi par les parties». L'art. 117 al. 1 LDIP précise qu'«à défaut d'élection de droit, le contrat est régi par le droit de l'Etat avec lequel il présente les liens les plus étroits». S'agissant d'un contrat de travail international, ce dernier est régi, en l'absence d'une élection de droit, «par le droit de l'Etat dans lequel le travailleur accomplit habituellement son travail» (art. 121 al. 1 LDIP).

2.2.1. «L'élection de droit doit être expresse ou ressortir de façon certaine des dispositions du contrat» (art. 116 al. 2 LDIP); en particulier, et selon la doctrine et la jurisprudence, elle doit reposer sur la volonté *réelle, réciproque et concordante* (art. 1 et art. 18 CO) des parties, ce qui n'est généralement pas le cas en présence d'un *contrat d'adhésion* (BONOMI, in: Bucher, (éd), Loi sur le droit international privé/Convention de Lugano, Bâle, 2011, N. 38 ad art. 116 LDIP; VISCHER/HUBER/OSER, Internationales Vertragsrecht, Bern, 2000, p. 103 Rz. 199; LAMBERT «L'élection de droit dans le contrat international de travail, l'exemple de l'art. 121 al. 3 LDIP» in: Duc (éd), Le travail et le droit, Fribourg, 1994, p. 251; cf. aussi ATF 4C.460/1999 du 18.4.2000 cons. 1).

2.2.2.1. En l'espèce, l'on peut sérieusement douter que la demanderesse, employée sans formation particulière, et sans notion aucune en matière de droit international privé, ait réalisé la portée de son adhésion à la clause d'élection de droit et que l'accord y relatif ait été valablement conclu (art. 1 CO).

2.2.2. Cela étant, en matière de contrat de travail international, l'art. 121 al. 3 LDIP limite le choix du droit applicable à celui «de l'Etat dans lequel le travailleur a sa résidence habituelle ou dans lequel l'employeur a son établissement, son domicile ou sa résidence habituelle».

2.2.3. Le choix d'un droit étranger cède le pas face aux normes de l'Etat du for qui, pour des raisons d'ordre social, politique ou économique sont *d'ordre public*, c'est-à-dire requièrent leur application immédiate (art. 18 LDIP; BUCHER, in: Bucher (éd), op.cit., N. 6 ad art. 18 LDIP). Une élection d'un droit étranger ne saurait priver le travailleur, partie faible au contrat, de la protection de ces normes.

2.2.4. En matière de contrat de travail international, il est généralement admis que sont des règles d'ordre public (ou «lois de police») celles qui, relèvent du droit public de l'Etat du for (en Suisse: entre autres: la loi fédérale sur le travail [LTr], la loi fédérale sur le travail détaché [Ldét], la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes [LEg], la loi sur la circulation routière [LCR]; et les ordonnances d'application de ces lois)

(Bonomi, op.cit. N. 20 ad art. 121 LDIP). En font également partie les règles – qu’elles soient contenues dans une loi, une ordonnance, une convention collective ou dans un contrat-type de travail – dont le respect est une condition posée par l’Etat du for pour la délivrance d’une autorisation de travail (art. 342 al. 2 CO; ATF 135 III 162).

2.2.4.1. Ainsi, sont considérées *règles d’ordre public* notamment celles qui règlent la durée du temps de travail et des vacances, les délais de congé minima; les conditions minimales de sécurité, de santé et d’hygiène au travail, la protection des femmes enceintes, la *rémunération minimale*, les autorisations de travail (BONOMI, op.cit N. 21 ad art. 121 LDIP; VISCHER/OSER, op.cit., p. 366 Rz 796; VISCHER, «Zwingendes Recht und Eingriffsgesetze nach dem schweizerischen IPR-Gesetz» in: *RebelsZ* 1989 p. 446) ainsi que, d’une façon générale, toutes les normes de droit public susceptibles d’être l’objet d’un contrat individuel de travail (DUTOIT, *Droit international privé suisse*, Bâle, 4^e éd, 2005, N. 8 ad art. 18 LDIP; BERENSTEIN/MAHON/DUNAND, *Labour Law in Switzerland*, 2nd ed., Alphen aan den Rijn [Kluwer]/Berne [Stämpfli], 2012, p. 75).

2.2.4.2. A teneur de la législation européenne en la matière, les parties à un *contrat de travail international* ne sauraient, par éléction de droit, déroger aux règles impératives (*mandatory rules*) du droit du travail de l’Etat du lieu où le travailleur accomplit son travail (cf. art. 3 al. 3 et 8 al. 1 Règlement (CE) No. 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome-I) in: *Journal officiel de l’Union européenne* JO L 177/6 du 4.7.2008; cf. CJCE, arrêt du 14.4.2005 *Commission des Communautés européennes vs. République fédérale d’Allemagne*, cons. 24 et 25 in: *Rec. 2005 I 2735*; MAGNUS, «Die Rom I – Verordnung» in: *IPRax* 2010 p. 34 et 40; TASCHNER, *Arbeitsvertragstatut und zwingende Bestimmungen nach dem europäischen Schuldvertrags-übereinkommen*, Frankfurt a. M., 2003, p. 271 ss; cf. GSGer. BS JAR 2005 p. 331 cons. 1.8).

2.2.4.3. A noter que la Convention interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux, signée à Mexico le 17 mars 1994 – mais non encore entrée en vigueur – s’inspire largement de la Convention de Rome de 1980 (à présent: Règlement Rome-I). Ainsi, son art. 11 al. 1 réserve l’application des règles impératives de l’Etat du for («Notwithstanding the provisions of the preceding articles, the provisions of the law of the forum shall necessarily be applied when they are mandatory requirements» (cf. ALBORNOZ, «Une relecture de la Convention interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux à la lumière du Règlement Rome-1» in: *CLUNET-J.D.I.*, 2012 p. 3 ss, notamment p. 34).

2.2.4.4. En Suisse, il a été considéré que les normes protectrices du travailleur, réputé partie faible au contrat, et de ce fait, déclarées impératives (art. 361 et 362 CO), constituent, de par leur finalité, des *règles d’application immédiate* (CAPH GE Gr. 5, 25.9.2003 cons. 35 ss X vs. *République d’Indonésie*; MESAROS, «Droit applicable aux contrats de travail internationaux» in: *Ernst & Young, Legal News*, Zürich, mai 2011,

p. 2; AUBERT, in: FJS No. 843; VOSER, Die Theorie der lois d'application immédiate im Internationalen Privatrecht, Bâle, 1993, p. 61; GLOOR, «Arbeitgeberstaaten in der Praxis des Genfer Arbeitsgerichts» in: ArbR 1996 p. 63 ss). Cette approche est également celle de la doctrine allemande par rapport à la portée des règles dites impératives («zwingende Bestimmungen») du droit du travail allemand (MANKOVSKI, «Zwingende Bestimmungen als Schranken der Rechtswahl im Arbeitskollisionsrecht» in: RdA 2007 p. 352; LOOSCHELDERS, Internationales Privatrecht – Art. 3–46 EGBG, Berlin, 2004, N. 1 ad art. 30 EGBGB).

2.2.5. En l'espèce, la question de savoir si les règles impératives du droit du travail suisse sont ou non d'application immédiate n'a pas besoin d'être tranchée, et ce pour les raisons suivantes.

2.2.5.1. Les contrats de travail des domestiques des membres officiels des Représentations diplomatiques, permanentes ou consulaires établis en Suisse sont impérativement régis par le droit du travail suisse. Ces contrats ne sauraient contenir une clause d'élection de droit en faveur d'un droit étranger, fût-ce le droit de l'Etat dont l'employeur est le ressortissant (cf. DFAE/DDIP «Détermination du Département fédéral des affaires étrangères sur le statut des membres des représentations étrangères sises en Suisse», juin 2011, § 3.3; in: www.dfae.admin.ch). Ceci à la *différence* du personnel de service de carrière et du personnel dit «local» – dont les contrats *peuvent* désigner – mais dans la limite de l'art. 18 LDIP – l'application de la loi de l'Etat accréditant/d'envoi (cf. *ibid*, § 3.1 et 3.2; cf. aussi l'Ordonnance sur les conditions d'entrée, de séjour et de travail des domestiques privés des personnes bénéficiaires de privilèges, d'immunités et de facilités du 6 juin 2011 [ODPr., RS 192.126]; art. 18 Ordonnance sur l'Etat hôte du 7.12.2007, [OLEH, RS 192.121]).

2.2.5.2. De fait, dans sa pratique constante (depuis 1987), le DFAE fait dépendre la délivrance du visa au domestique étranger pour prise d'activité lucrative au service d'un diplomate, consul ou fonctionnaire international en Suisse (et l'octroi subséquent d'une carte de légitimation) de l'engagement pris par l'employeur – au travers d'une *Déclaration de garantie* qu'il doit signer et remettre à la Mission suisse/Service du Protocole – de «traiter son employé aux *conditions de rémunération et de travail en usage dans la localité et la profession concernée*» (cf. «Directive DFAE CD 3» du 1.4.1987; «Directive DFAE sur l'engagement des domestiques privés par les membres des Missions permanentes sises à Genève» du 1.3.1998 § 1.3; «Directive DFAE sur l'engagement des domestiques privés par les membres du personnel des Missions diplomatiques, des Missions permanentes, des Postes consulaires et des Organisations internationales en Suisse» du 1.5.2006, Préambule et § 8.4).

2.2.5.3. Le DFAE applique cette pratique par analogie à l'engagement de domestiques privés des Représentants diplomatiques ou permanents ou autres Chefs de poste, nonobstant le fait que dans ces cas-là l'employé signe généralement son contrat de travail non pas avec l'employeur «maté-

riel», mais l'employeur «formel», i.e. avec l'Etat accréditant/Etat d'envoi du Représentant; (cf. TPH GE JAR 1996 p. 137 cons. 8).

2.2.5.4. La remise de la *Déclaration de garantie* par le candidat employeur au DFAE constitue ainsi un *acte-condition* de droit public pour délivrance du visa d'entrée pour prise d'activité lucrative en Suisse du domestique étranger. En prenant l'engagement vis-à-vis des autorités suisses de «traiter son employé aux conditions de rémunération et de travail en usage dans la localité et la profession concernées», c'est-à-dire d'appliquer le droit du travail suisse, il s'engage aussi vis-à-vis du domestique. Ce dernier, motif pris à l'art. 342 al. 2 CO peut s'en prévaloir directement devant le juge civil (cf. ATF 135 III 162 cons. 3.2.1; cf. déjà ATF 122 III 110 cons. 4 d).

2.2.5.5. D'une façon générale, il paraît hautement douteux qu'en économie domestique – domaine de prédilection pour toute sorte d'abus – la Suisse, Etat du for, puisse admettre que les parties à un contrat de travail puissent déroger, par le choix d'un étranger, au droit objectivement applicable (cf. aussi art. 5 al. 3 LDIP). Il en va de sa politique sociale: il faut que les employés domestiques puissent bénéficier de conditions de travail en rapport avec le coût de la vie en Suisse.

2.2.6. Enfin, tout porte à penser que le droit international privé du travail de l'Etat défendeur – droit qui n'est pas codifié – refuse son application à des contrats exécutés à l'étranger. Ainsi lit-on, dans une Ordonnance No. 3426/205 de la Dirección del trabajo du Gouvernement chilien du 5 juillet 1999 (publiée sur www.dt.gob.cl/legislacion) que la «*Ley laboral chilena sólo rige dentro del territorio de la República*» et que «*la ley chilena no rige ni obliga a chilenos ni extranjeros, aunque conserven su domicilio en Chile, cuando se encuentran fuera del país*».

2.3. Pour ces motifs, la Cour est amenée à appliquer le droit du travail suisse dans son *intégralité*.

2.3.1. Ce droit englobe, notamment, les dispositions d'un contrat-type de travail cantonal ou fédéral ainsi que la jurisprudence y afférente (cf. art. 359–360 a CO).

2.3.2. Le contrat-type de travail est édicté par le canton ou la Confédération et s'applique directement aux rapports de travail qu'il régit. Il peut prévoir que les accords dérogeant à certaines de ses dispositions doivent être passés en la forme écrite (cf. art. 360 CO). Les règles impératives du code des obligations restent réservées (art. 361, 362 CO).

2.3.3. En l'occurrence, les rapports de travail sont soumis au «Contrat-type de travail pour les travailleurs de l'économie domestique à temps complet et à temps partiel» du 30 mars 2004 (ci-après: CTT) en vigueur, avec des adaptations différentes jusqu'au 31 décembre 2011 (RS/GE/J 1.50.03).

2.3.4. Enfin, à teneur de l'art. 360 a CO, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2005, les cantons peuvent déclarer *impératifs* les salaires minima énoncés dans un contrat-type de travail.

2.3.5. Usant de ce droit, le canton de Genève a déclaré impératifs les salaires minimums énoncés dans le CTT de l'économie domestique, et ce à compter du 1^{er} mai 2005 et pour une durée de travail hebdomadaire de 46 heures [horaire CTT dans sa version de 2004 à fin 2011] (cf. art. 18 al. 8 CTT). [...].

Arrêt communiqué par M^e W. Gloor, avocat, Genève.

Cour de justice de Genève, Chambre des prud'hommes, Arrêt du 26 octobre 2012 (Admission partielle de l'appel interjeté contre le jugement rendu le 16 mai 2011 par le Tribunal des prud'hommes de Genève).

Convention collective nationale pour les hôtels, restaurants et cafés. L'art. 37 al. 1 CCNT 98/2007 réserve les prescriptions «légales» plus favorables, par quoi il faut également entendre les accords salariaux régionaux étendus qui seraient plus favorables aux travailleurs (c. 2.3). Heures supplémentaires. L'absence de contrôle de la durée du travail par l'employeur ne conduit pas à un renversement du fardeau de la preuve; l'art. 21 al. 3 CCNT attribuant dans ce cas-là seulement force probante au contrôle de la durée du temps de travail tenu par le travailleur. Mais de simples affirmations du travailleur, qui ne reposent sur un aucun support de contrôle d'heures régulièrement tenu par lui, ne suffisent pour prouver la réalité des heures supplémentaires alléguées (c. 4.10).

Art. 321c CO et 22 LTr. Les heures supplémentaires effectuées durant les jours de repos ne doivent pas être rémunérées en sus des jours de repos. Il faut notamment relever que dans la branche de l'hôtellerie-restaurants, les deux jours de repos par semaine prescrits par l'art. 16 CCNT ne tombent pas forcément sur le week-end, et par conséquent, il n'est pas dit d'avance que les heures supplémentaires, observées lors du décompte hebdomadaire, aient été effectuées ces jours-là (c. 4.18).

Extraits des faits:

T. a été engagé, le dimanche 1^{er} mars 2009, en qualité de «serveur/barman» par E. SARL. Les parties ont rempli une formule-contrat pré-imprimée de l'association professionnelle de l'employeur, qui se réfère, pour les points non réglés, à la CCNT pour l'hôtellerie et la restauration. A teneur de ce contrat, T. était engagé pour une durée indéterminée, et elles sont convenues d'un système de rémunération à l'heure, et ont fixé le taux de salaire horaire à 19 fr., s'y ajoutant 1 fr. 58 à titre d'indemnité-vacances 8,33%, et 0 fr. 43 à titre d'indemnités jours fériés 2,27%. Sans que cela ne soit précisé dans le texte écrit de leur contrat, il était entendu entre les parties que l'engagement serait à plein temps, et que l'horaire, soit

42 H/sem. selon la CCNT, serait réparti sur 5 jours. Par ailleurs, les parties se sont entendues, en marge du contrat écrit, sur un salaire mensuel (mensualisation non-contestée) de 3400 fr., brut censé déboucher, toutes déductions sociales et fiscales faites, sur une paie mensuelle de 3000 fr. net. T. détient un *Certificat d'aptitude professionnelle (CAP)* de cuisinier, mais il ne possède pas un CAP de serveur. Il a toutefois une expérience de 5 ans comme serveur. Les rapports de travail ont commencé le lundi 2 mars 2009. T. a de suite été mis à contribution en qualité de serveur/barman. Son travail était apprécié de l'employeur.

En automne 2009, T. a fait part à son entourage professionnel de son intention de se mettre à son compte en France voisine et qu'il allait donner son congé à la fin du mois d'octobre 2009. Le 30 octobre 2009, T. a résilié, par déclaration orale, les rapports de travail pour fin novembre 2009. Par courrier simple du 31 octobre 2009, E. SARL lui a donné acte de cette décision. T. a encore travaillé jusqu'au 14 novembre 2009, date à laquelle il avait été libéré pour prendre le solde de ses vacances. E. SARL n'enregistrait pas la durée du temps de travail effectué par les employés; aucune feuille de contrôle de la durée de travail, portant les signatures de l'employeur et du travailleur, n'a été tenue. Un tel système n'a été introduit par l'employeur qu'à partir du mois de janvier 2010, soit après le départ de T.. Ce dernier n'a pas non plus enregistré, au fur et à mesure, sur un support personnel, le nombre des heures effectuées chaque jour et chaque semaine. Le 4 décembre 2009, T. est tombé malade. L'incapacité de travail aura duré jusqu'au 19 décembre 2009. Le 21 décembre 2009, T. a appelé E. SARL en indiquant qu'il était incapable de se rendre à Genève et que sa sœur, X., viendrait chercher à sa place le solde de son salaire, le même jour. La sœur s'étant présentée, elle a reçu un montant de 2000 fr. et a signé la quittance pour le mois de novembre. A cette occasion, elle a également remis à l'employeur les certificats médicaux. Par courrier de son conseil du 10 février 2010, T. a donné acte à E. SARL de ce qu'il aurait été licencié avec effet immédiat le 21 décembre 2009, décision que l'employeur lui aurait communiquée par l'entremise de sa sœur.

Par acte déposé au Greffe du Tribunal des prud'hommes en date du 30 avril 2010, T. a assigné E. SARL en paiement de 69 460 fr. 50 brut avec intérêts. Par jugement du 16 mai 2011, le Tribunal des Prud'hommes a condamné E. SARL à payer à T. la somme brute de 1051 fr. 20, plus intérêts. Par mémoire de son conseil déposé au Greffe de la Cour de Justice en date du 14 juin 2011, T. a formé appel contre le jugement du Tribunal.

Extraits des considérants:

2. 2.1. Il n'est pas contesté que les rapports entre les parties sont régis par la Convention collective nationale de travail pour les hôtels, restaurants et cafés du 6 juillet 1998, dont le champ d'application a été étendu par Arrêté du Conseil fédéral du 19 novembre 1998 (FF 1998 V 4856). Valable

initialement limitée jusqu'au 31 décembre 2002, cette extension vise la plupart des dispositions normatives et a, par la suite, à plusieurs reprises été prolongée, la dernière prolongation datant du 17 décembre 2007, valable jusqu'à fin 2010 (FF 2007 8149; TF 4A_86/2008 du 23.9.2008 cons. 3.2.4.2). Ces prolongations d'extension ont également profité aux nombreuses modifications apportées au texte de la CCNT 98 dans la période considérée, et qui ont notamment touché aux salaires minima et à la durée maximale de l'horaire hebdomadaire (Hôtel & Gastro Union, Syna, Unia/GastroSuisse, hôtelleriesuisse (éd), Commentaire [paritaire] de la CCNT, édition janvier 1.1.2010, p. 99, historique des extensions; id., édition 1.1.2007, p. 86 ss).

2.2. Une décision d'extension prise par l'autorité compétente permet l'application d'une convention collective de travail aux employeurs et aux travailleurs qui appartiennent à la branche économique ou la profession visée et qui ne sont pas liés par cette convention (cf. art. 1 al. 1 de la loi fédérale du 28.9.1956 permettant d'étendre le champ d'application de la convention collective de travail [LECCT, RS 221.215.331]).

2.3. Par ailleurs, il n'est pas contesté non plus que, s'agissant des salaires minima de la branche, les parties sont concernées par l'Accord salarial genevois dans le secteur de l'hôtellerie-restauration (ASHR, RS/GE J 1 50.20 du 31 janvier 2006), étendu par arrêté du Conseil d'état du 17 janvier 2007 (ArASHR, RS/GE/J 50.19). En effet, l'art. 37 al. 1 CCNT 98/2007 réserve les prescriptions «légales» plus *favorables*, par quoi il faut également entendre les accords salariaux régionaux étendus qui seraient plus favorables aux travailleurs (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Zurich, 2012, N. 6 ad art, 356 CO; RONCORONI, in: Andermatt et alii (éd), Droit collectif du travail, Bâle, 2010, N. 287 ad art. 12 LECCT).

2.4. Les dispositions d'une convention collective relatives à la conclusion au contenu et à l'extinction des contrats individuels de travail ont, pour la durée de la convention, un effet direct et impératif envers les employeurs et travailleurs qu'elles lient (art. 357 al. 1 CO ou qui sont concernés par la décision d'extension (cf. art. 4 LECCT)).

3. 3.1. Les parties sont en désaccord quant au début et à la fin des rapports de travail, ainsi que sur le montant du salaire brut convenu, sur le salaire CCNT applicable et sur le montant total des salaires versés.

3.2. L'art. 8 CC règle la répartition du fardeau de la preuve pour tous les rapports juridiques de droit fédéral (ATF 115 III 300 cons. 3) et, par tant, les conséquences de l'absence de preuve. En d'autres termes, le créancier doit prouver l'existence du rapport juridique sur lequel il fonde sa créance, alors que c'est au débiteur qu'il incombe d'établir soit l'inexistence du rapport de droit invoqué ou l'extinction de la créance. En droit du travail, il incombe au travailleur de prouver que le contrat a été conclu et le montant du salaire convenu. C'est à l'employeur, en revanche, qu'il revient d'établir que le contrat a pris fin à une date déterminée (ATF 125 III 78 *it.* cons. 3 a = SJ 1999 p. 385).

3.3. L'appelant affirme que les rapports de travail auraient été conclus et commencés le 14 février 2009. Or, il n'en apporte pas la preuve. Les témoignages invoqués à cet égard, n'ont pas convaincu la Cour. En effet, le témoin D. n'a rien pu déclarer à ce sujet. Certes, le témoin R., voisin de l'appelant, a déclaré l'avoir conduit en voiture à Genève Plainpalais «en février-mars 2009» de temps à autre; mais cette déclaration manque de précision; il n'a pas affirmé avoir déposé l'appelant à l'établissement de l'intimée. Quant au témoin C., il s'agit de la mère de l'appelant, et sa déposition doit être appréciée avec retenue.

3.4. La Cour retiendra donc, avec le Tribunal, que les rapports de travail ont été conclus le dimanche 1^{er} mars 2009 et ils ont commencé le lundi 2 mars 2009. Du reste, cette conclusion s'impose sur le vu du contrat de travail produit par l'intimée; il date du 2 mars 2009. Certes, l'appelant a contesté l'authenticité de ce document, affirmant que la signature apposée sous la rubrique «employé» ne serait pas la sienne. Or, cet allégué, il ne le prouve d'aucune façon. Il n'a, du reste, pas déposé plainte pénale pour faux ou usage de faux (art. 251 CPS) et les réserves formulées à l'encontre de l'authenticité de cette pièce ne convainquent pas.

3.5. L'appelant affirme que les rapports de travail auraient pris fin le 21 décembre 2009, et ce par suite d'un licenciement immédiat injustifié.

3.6. Or, la preuve du licenciement immédiat sans justes motifs, et partant, du bienfondé des prétentions basées sur l'art. 337 c al. 1 et 3 CO incombe *au travailleur* (TF 4A_37/2010 du 13.4.2010 cons. 4.1; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, op.cit. N. 10 ad art. 337 c CO).

3.7. En l'espèce, l'appelant n'a pas apporté la preuve de son prétendu licenciement immédiat. Aucune pièce n'a été produite à l'appui de ses dires, et aucun témoin n'est venu déposer dans ce sens.

3.8. Plus crédible, et de nature à emporter la conviction de la Cour, est la thèse défendue par l'intimée, à savoir que les rapports de travail ont été résiliés sur l'initiative de l'appelant, fin octobre 2009, pour l'échéance du 30 novembre 2009, et qu'il a été libéré le 14 novembre 2009 avec prière de prendre ses vacances durant le solde du préavis.

3.9. En effet, le témoin M. a déclaré que l'appelant avait annoncé, en automne 2009, à son entourage professionnel, son intention de partir et de se mettre à son compte, ce que ce dernier a admis lors de son interrogatoire. L'appelant n'a pas non plus protesté contre la lettre de l'intimée du 31 octobre 2009, dans laquelle cette dernière prenait acte de sa décision, communiquée lors d'un entretien la veille, de résilier les rapports de travail pour fin novembre 2009. L'allégué de l'appelant selon lequel il n'aurait jamais reçu ce courrier ne paraît pas crédible. Par ailleurs, sa thèse d'une rupture *à l'initiative de l'employeur*, et, avec effet immédiat de surcroît, le 21 décembre 2009, l'appelant ne l'a présentée, pour la première fois, qu'à travers le courrier de son conseil du 10 février 2010. Enfin, si, comme il l'a affirmé par la suite, il a subi une incapacité de travail à compter du 6 décembre 2009 (son conseil la date à compter du 30 novembre 2009), et

se sentait toujours sous contrat, l'on comprendrait mal pourquoi il aurait attendu jusqu'au 21 décembre 2009, date à laquelle il a mandaté sa sœur pour venir chercher le solde du salaire de novembre 2009, et pour signaler à l'employeur son empêchement de travailler et produire les certificats médicaux.

3.10. Enfin, à teneur de l'art. 82 CO, il incombe à la partie qui poursuit l'exécution d'un contrat bilatéral de prouver qu'il a exécuté – ou à tout le moins offert d'exécuter – sa propre obligation. En l'occurrence, l'appelant affirme avoir *fonction-là*, il ne saurait prétendre qu'au salaire minimum d'un collaborateur sans apprentissage (art. 10 al. 1 échelon I).

3.18. En l'espèce, il ressort du dossier que l'appelant, serveur sans formation professionnelle pour cette fonction, a touché un salaire mensuel de 3400 fr. brut.

3.19 Or, à teneur de l'Accord salarial genevois dans le secteur de l'hôtellerie restauration du 31 janvier 2006 (RS/GE J. 1. 50.20), le salaire minimum genevois d'un collaborateur sans apprentissage (pour l'activité effectivement exercée) s'élève à 3400 fr.. Ce montant est supérieur au salaire minimum CCNT pour 2009, qui est de 3383 fr.

3.20. A l'instar du Tribunal, la Cour retiendra dès lors que le salaire mensuel brut versé à l'appelant était conforme aux minima prévus par la CCNT. La prétention en paiement d'un différentiel de salaire par rapport à 3567 fr. brut par mois s'avère infondée, et l'appelant débouté de sa conclusion en paiement, prise sous ce titre, d'un montant de 4544 fr.

3.21. L'appelant allègue n'avoir pas reçu, tous les mois, les 3400 fr. brut respectivement son équivalent net, soit 3000 fr.. En particulier, pour juin 2009, il n'aurait reçu que le montant de 2000 fr. net.

3.22. Il ressort des fiches de paie versées aux débats (mars à novembre 2009), et sur le vu des quittances signées par l'appelant, que celui-ci a touché, pour mars 3000 fr., pour avril 3000 fr. net, pour mai 3500 fr. net, pour juin, juillet et août, 3000 fr. net chaque fois, pour septembre 4000 fr. net, pour octobre 3000 fr. net et pour novembre 3000 fr. net.

3.23. S'agissant de la quittance pour juin 2009, l'appelant conteste l'avoir signée; il conteste également avoir signé la quittance pour septembre 2009. Or, il a admis les signatures figurant sur les autres quittances. Dans leur structure de base, les signatures sur les pièces 3 et 4 déf. ne diffèrent pas de celle, reconnue authentique, de la pièce 2 déf. L'appelant ne fournit d'ailleurs aucun motif autre permettant de douter de l'authenticité des signatures. Par ailleurs, la signature d'une personne peut varier d'un mois à l'autre.

4.4.1. L'appelant affirme avoir effectué, du 14 février 2009 au 30 novembre 2009, un total de 1499 heures supplémentaires, et il réclame, de ce chef, un montant de 39 695 fr. 50 brut. L'intimée concède qu'il en a fourni, à partir du 2 mars 2009 et jusqu'au 14 novembre 2010, tous les mois, soit un total de 332 heures; elle ajoute intégrée dans le contrat de tra-

vail, dès lors que celui-ci se réfère expressément à la CCNT (même solution: TF 4A_86/2008 du 23.9.2008 cons. 3.2.4.2 *in fine*).

4.9. En l'occurrence, force est de constater que l'intimée a failli à son devoir de tenir décompte ou registre des heures fournies par l'appelant, et qui, de surcroît, serait signé par ce dernier.

4.9.1. La pièce 7 déf, intitulée «planning mensuel» ne saurait être qualifiée de registre d'heures effectuées, quoi qu'en dise l'intimée. L'appelant ne l'a jamais vue affichée quelque part, pas plus que le témoin P.. Quant à la déposition, favorable à l'employeur sur ce point, du témoin M., elle n'emporte pas la conviction, pour la bonne et simple raison que lors de son interrogatoire, en appel, l'intimée a concédé elle-même «n'avoir enregistré les heures de travail effectivement fournies par nos employés qu'à partir de mars 2010».

4.9.2. Enfin, ce document a manifestement été établi *après* la fin des rapports de travail; en effet, une feuille contrôle de la durée de travail comporterait, si l'on se réfère aux modèles de GastroSuisse (consultable sur le site www.gastrosuisse.ch), une page 4A pré-formatée *par mois*, ou une feuille A4 à 12 entrées mensuelles. In casu, l'on peut s'étonner que la pièce 7 déf, intitulée «planning mensuel», comporte précisément neuf entrées mensuelles, marquées, à la main: de «mars» à «novembre»; or, il n'a jamais été question entre les parties d'un emploi pour une durée *déterminée* de neuf mois.

4.10. L'absence de contrôle de la durée du travail par l'employeur ne conduit pas à un renversement du fardeau de la preuve; l'art. 21 al. 3 CCNT attribue dans ce cas-là seulement *force probante* au *contrôle de la durée du temps de travail tenu* par le travailleur (TF 4A_86/2008 du 23.9.2008 cons. 4.2 = JAR 2009 353; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, op.cit. N. 10 ad art. 321 c CO p. 227). Mais de simples affirmations du travailleur, qui ne reposent sur un aucun support de contrôle d'heures régulièrement tenu par lui, ne suffisent pour prouver la réalité des heures supplémentaires alléguées (TF 4A_168/2009 du 30.9.2009 cons. 5.3; 4A_73/2008 du 4.6.2008 cons. 3.1 et 3.2 = JAR 2009 276 et DTA 2008 p. 290; 4A_86/2008 du 23.9.2008 cons. 4.2 = JAR 2009 353; TF 4P.802005 du 20.5.2005 cons. 3; KG SG, arrêt du 8.5.2007 cons. 2 b in: www.gerichte.sg.ch; OG LU du 19.1.2010 cons. 4. 2 = JAR 2011 p. 527).

4.10.1. En l'occurrence, l'appelant n'a pas non plus enregistré, au fur et à mesure, la durée de son travail. Il s'est borné à remettre à son avocat, puis au Tribunal, un décompte, dressé *ex post*, et *de mémoire*. Cela ne saurait suffire pour valoir preuve. Toutefois, l'employeur n'a jamais contesté que l'appelant a effectivement fourni un nombre appréciable d'heures supplémentaires.

4.11. Lorsque, comme en l'espèce, il est établi que le salarié a effectué des heures supplémentaires dont il ne parvient pas à prouver le nombre avec exactitude, le juge peut en faire l'estimation en appliquant par analogie l'art. 42 al. 2 CO (TF 4C.381/1996 du 20.1.1997 cons. 4 a non publié à

l'ATF 123 III 84; TF 4C.141/2006 du 24.8.2006 cons. 4.2.2.= RSPC 2007 p. 165; TF 4C.414/2005 du 29.3.2006 cons. 5.1; ATF 128 III 271 cons. 2 b p. 276; 4A_543/2001 du 17.10.2011 cons. 3.1.1).

4.12. Pour procéder à cette estimation, il convient d'abord de déterminer les plages horaires effectuées par l'appelant tout au long de la semaine. A ce propos, les positions des deux parties divergent, et l'appelant lui-même a varié dans ses indications.

4.12.1. Sur le vu des allégués respectifs, des pièces produites et des témoignages (hélas trop vagues), mais aussi compte tenu de l'expérience de la vie et du cours ordinaire des choses, la Cour retient, en équité (art. 4 CC), que l'appelant a effectué, du 2 mars 2009 au 14 novembre 2009, semaine par semaine, l'horaire suivant:

Lundi au mercredi:	10 h 30–14 h 00, et de 17 h 30–24 h 00
Jeudi et vendredi:	10 h 30–14 h 00, et de 17 h 30–1 h 00
Samedi:	17 h 30–02 h 00
Dimanche:	17 h 00–23 h 00

4.12.2. L'arrivée matinale retenue constitue une moyenne des déclarations faites par l'appelant; idem pour ce qui est des reprises le soir et de la fin du travail. A noter que l'intimée a déclaré en audience, sans avoir été contredite, que lorsqu'il n'y avait plus de clients, l'établissement n'avait pas ouvert jusqu'à 02 h 00 les jeudis et vendredis, et que, par conséquent, l'appelant pouvait partir plus tôt.

4.12.3. Enfin, il est constant que ces plages horaires ont été interrompues à raison d'une demi-heure chacune, pour le repas, ce fait n'a pas été contesté. Le temps consacré aux repas n'est pas compris dans l'horaire de travail (art. 15 al. 4 CCNT).

4.12.4. Ainsi, la Cour retiendra que du lundi au vendredi, l'appelant a effectué, temps de repas déduits, 47 heures en moyenne par semaine. Sur la base d'un horaire hebdomadaire de 42 heures, cela correspond à une moyenne de 5 heures supplémentaires par jour du lundi au vendredi.

4.13. A teneur de l'art. 15 al. 5.4 CCNT, les heures supplémentaires qui n'ont pu être compensées en temps équivalent durant les rapports de travail doivent être indemnisées au taux de base majoré à 125%. Le taux de base est calculé sur la base du salaire mensuel brut fixe (art. 15 al. 5.5 CCNT).

4.13.1. En l'espèce, le taux horaire de base correspond à 18 fr. 68 (3400: 182 H/sem ($4,33 \times 42$); le taux majoré à 23 fr. 35. Le nombre d'heures supplémentaires retenues, du lundi au vendredi, s'élève à 5; la période du 2 mars 2009 au 14 novembre 2009 comporte 36,8 semaines, ce qui donne un total de 184 heures supplémentaires. L'indemnité afférente aux heures supplémentaires correspond donc à 4278 fr. brut. (184×23 fr. 25).

4.13.2. Il ressort des pièces, que l'employeur a indemnisé 332 heures supplémentaires, et ce en plusieurs tranches mensuelles, un total de 8300 fr. brut.

4.14. Dans l'estimation qui précède des heures supplémentaires de l'appelant, la Cour n'a pas tenu compte des heures de travail que ce dernier a effectuées les samedis et les dimanches, à dessein.

4.15. La question de savoir si les heures supplémentaires effectuées durant les jours de repos doivent être rémunérées *en sus* des jours de repos, est fort controversée.

4.16. Une partie de la jurisprudence – déjà ancienne – et de la doctrine l'admet, motif pris dans le souci de rendre onéreux à l'excès à l'employeur le fait de ne pas faire prendre au travailleur ses jours de repos légaux ou prescrits par une CCT (cf. OG OW du 9.7.1986 cons. 2 a et b = JAR 1988 190; ArG ZH du 5.10.1988 = JAR 1990 208) ou motif pris dans le fait qu'il s'agirait de deux institutions différentes, visant des buts différents (BREGNARD-LUSTENBERGER, *Ueberstunden und Überzeitarbeit*, Berne, 2007, p. 174 ad CCNT).

4.17. L'autre partie de la doctrine et de la jurisprudence semble exclure l'idée d'un cumul de l'indemnisation des jours de repos avec l'indemnisation des heures supplémentaires fournies durant les jours de repos, à tout le moins en droit du travail ordinaire (ATF 128 III 271 cons. 3 b = JdT 2003 I 606; CAPH GE C/16321/2009 – 2 du 17.12.2010 cons. 5 in: [www.ge.ch/justice/Chambre des prud'hommes](http://www.ge.ch/justice/Chambre%20des%20prud%27hommes); KG GR 4.9.2004 cons. 2 h in: www.gr.ch/gerichte; PORTMANN, in: Geiser/Von Kaenel/Wyler, *Loi sur le travail*, Berne, 2005, N. 10 ad art. 22 LTr; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, op.cit. N. 12 ad art. 321 c CO p. 235). Certains auteurs envisagent, tout au plus, d'accorder la majoration de 25% (sans le taux de base) pour les heures supplémentaires effectuées un dimanche ou autre jour de repos.

4.18. La Cour opte pour le non-cumul, et ce, pour les raisons suivantes: dans la branche de l'hôtellerie-restaurants, les deux jours de repos par semaine prescrits par l'art. 16 CCNT ne tombent pas forcément sur le week-end, et par conséquent, il n'est pas dit d'avance que les heures supplémentaires, observées lors du décompte hebdomadaire, aient été effectuées ces jours-là. Ensuite, il convient de parer au risque que des travailleurs, avides de *travailler plus pour gagner plus* (slogan présidentiel français 2007–2011), en viennent à en faire trop, quitte à porter atteinte à leur santé. Enfin, le Commentaire paritaire CCNT 98 (édition 2007) prône lui-même, lorsqu'il traite de l'interaction entre heures supplémentaires et jours de repos, que la compensation des heures supplémentaires, *fussent-elles clairement fournies durant un jour de repos*, s'effectue au taux de 1:1 par un jour de repos supplémentaire (op.cit. p. 39); il n'envisage nulle part qu'à la fin des rapports de travail, lorsqu'il s'agit de liquider des positions encore ouvertes, que les heures supplémentaires effectuées lors d'un jour de repos donneraient droit à deux indemnisations pour le *même temps* (op.cit. p. 36 et 38).

4.19. A teneur de l'art. 16 al. 1 CCNT, le travailleur a droit à deux jours de repos par semaine. Les jours de repos hebdomadaires doivent, si

possible, être accordés de manière consécutive. L'employeur doit accorder au moins un jour entier de repos par semaine. Le temps de repos restant peut aussi être accordé en demi-journées (art. 16 al. 2 CCNT).

4.20. A teneur de l'art. 16 al. 3.2 CCNT, «est réputé demi-journée de congé l'intervalle allant jusqu'à 12 heures ou de 14 heures au début du repos nocturne. Les jours où est accordé la demi-journée de congé, la durée du travail ne doit pas dépasser *cinq heures* et ne peut être interrompue que par le repas».

4.21. Pendant les absences dues à un empêchement de travailler, ou à une libération de la place de travail durant le préavis, le droit aux jours de repos est supprimé. Les jours de repos non pris doivent être indemnisés, au taux du $\frac{1}{22}$ du salaire mensuel brut par jour (Commentaire paritaire CCNT 2007, p. 36).

4.22. La preuve que les jours de repos prescrits par la CCNT aient été accordés – ou, à défaut, indemnisés à la fin des rapports de travail – incombe à l'employeur, débiteur de la prestation (art. 8 CC).

4.23. En l'espèce, l'appelant – qui n'est pas juriste – a déclaré avoir bénéficié de demi-jours de congé libres par semaine dans la période du 2 mars 2009 au 15 mars 2009, et d'une matinée libre par semaine dans la période du 1^{er} septembre 2009 au 15 novembre 2009.

4.24. *Iura novit cura*. Savoir si – juridiquement parlant – il a bénéficié d'un demi-jour de congé au sens de l'art. 16 al. 3.2 CCNT est une question de droit. Il avait été retenu en fait, ailleurs, sur la base de l'appréciation des preuves, que l'appelant avait travaillé *tous les jours*, y compris les samedis et dimanche, plus de 5 heures. Il s'ensuit que, vu la teneur de l'art. 16 al. 3.2 CCNT sus-mentionné, vu en outre le résultat des probatoires, que l'appelant n'a bénéficié d'aucun jour de repos entier, et d'aucun demi-jour de repos durant la période du 2 mars 2009 au 15 novembre 2009.

4.25. En l'espèce, le total des jours de repos dus pour les 36,8 semaines de travail effectif (2.3.2009–14.11.2009) ascende à 72 jours. Le prix d'un jour de repos s'élève à 154 fr. 55 (3400: 22); le total de l'indemnisation due au titre de jours de repos non pris correspond donc à 11 127 fr. 60 brut.

4.26. De ce montant de 11 127 fr. 60 brut il convient de déduire l'excédent de l'indemnisation versée pour les heures supplémentaires, soit 4022 fr. brut (8300 fr. brut – 4278 fr. brut), ce qui donne un reliquat dû à l'appelant, aux titres conjoints «heures supplémentaires/jours de repos», de 7105 fr. 60. brut. [...].

Arrêt communiqué par M^e W. Gloor, avocat, Genève.

Kanton Graubünden

Kantonsgericht von Graubünden, Urteil vom 24. Februar 2012 (Bestätigung des Entscheids des Einzelrichters am Bezirksgericht Plessur vom 21. Oktober 2011)

Ausbildung zum Arbeitsagogen. Weiterbildungskosten gehen grundsätzlich zulasten des Arbeitnehmers, soweit die Weiterbildung nicht von der Arbeitgeberin angeordnet wurde und damit als notwendige Auslage gemäss Art. 327a Abs. 1 OR zu qualifizieren ist. Beteiligt sich die Arbeitgeberin an den Kosten einer freiwilligen Weiterbildung – etwa, weil sie sich durch die neu erworbenen Kenntnisse des Arbeitnehmers selber einen Nutzen verspricht – und wird das Arbeitsverhältnis später aufgelöst, so kann sie daher unter gewissen Voraussetzungen bezahlte Kosten zurückverlangen. Hierfür muss eine entsprechende Vereinbarung bestehen, die vor Beginn der Weiterbildung getroffen wurde. In Anlehnung an Art. 340a Abs. 1 OR wird eine auf drei Jahre begrenzte Rückzahlungsabrede pro rata temporis als zulässig erachtet. Entsprechend Art. 340c Abs. 2 OR entsteht die Rückzahlungspflicht bei einer Kündigung durch die Arbeitgeberin nur, wenn ein begründeter Anlass für die Kündigung besteht, den nicht die Arbeitgeberin zu vertreten hat (E. 3.b und f).

Sachverhalt:

Mit Vertrag vom 14. September 2005 wurde X. (Kläger, Beschwerdeführer) per 1. Januar 2006 auf unbestimmte Zeit bei der Y. (Beklagte und Beschwerdegegnerin) als Abteilungsleiter in der Werkstätte Chur eingestellt. Am 22., 23. und 27. Juni 2006 schlossen die Y. und X. einen Weiterbildungsvertrag, damit sich X. von Januar 2007 bis Mai 2009 am Institut für Arbeitsagogik zum Arbeitsagogen weiterbilden konnte. Gemäss dieser Vereinbarung übernahm die Y. die Schulgeldkosten vollumfänglich und die Reise-, Unterkunfts-, Verpflegungs- sowie Lehrmittelkosten zur Hälfte. Zudem unterstützte die Y. die Weiterbildung durch die Anrechnung von maximal 76 Tagen Abwesenheit als Arbeitszeit. Betreffend Kostenrückerstattung wurde vereinbart, dass der Mitarbeiter bei vorzeitigem Abbruch bzw. bei Kündigung während oder nach der Weiterbildung die von der Arbeitgeberin bezahlten Kosten gemäss Punkt 3.4 des Reglementes Aus-, Fort- und Weiterbildung rückzuerstatten habe (Ziff. 5 des Weiterbildungsvertrages). Auf dieses Reglement wurde bereits im Arbeitsvertrag Bezug genommen. Das Arbeitspensum von X. wurde in der Folge auf 80% reduziert. Im Mai 2009 schloss X. seine Ausbildung zum Arbeitsagogen erfolg-

reich ab. Am 29. Januar 2010 meldete der Leiter der Werkstätte X. aufgrund immer wieder auftretender kurzer Absenzen und massivem Unwohlsein bei der Arbeit bei der IV-Stelle der Sozialversicherungsanstalt des Kantons Graubünden zur Früherfassung an. Als Beginn der Arbeitsunfähigkeit wurde der Juli 2008 eingetragen, als Grund der Arbeitsunfähigkeit eine schwere Depression. Ein eingeleitetes Job-Coaching wurde wieder abgebrochen. Am 27. Mai 2010 wurde X. von der Y. auf den 31. August 2010 gekündigt. Gleichzeitig wurde ihm ein neuer Arbeitsvertrag angeboten, der eine Anstellung als Mitarbeiter in der Werkstätte Chur mit einem Pensum von 80% vorsah. Den neuen Arbeitsvertrag unterzeichnete X. nicht. Mit Wirkung vom 1. Juni 2010 bis Ende November 2010 wurde X. 100% arbeitsunfähig geschrieben. Mit der provisorischen (23. November 2010) und der definitiven Lohnabrechnung (24. Dezember 2010) machte die Y. eine «Rückforderung Weiterbildungskosten 25%» in Höhe von Fr. 4405.– als Lohnabzug geltend.

Mit Entscheid vom 21. Oktober 2011 wies der Einzelrichter am Bezirksgericht Plessur das klägerische Begehren von X. auf Zahlung von Fr. 4405.– durch Y. ab. X. erhob gegen diesen Entscheid beim Kantonsgericht von Graubünden zivilrechtliche Beschwerde.

Aus den Erwägungen:

3.

a) Der Beschwerdeführer verlangt die Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils und stellt den Antrag, die Beschwerdegegnerin sei zu verpflichten, ihm Fr. 4405.– zuzüglich 5% Zins seit dem 1. Dezember 2010 zu bezahlen. Zur Begründung führt er aus, die Beschwerdegegnerin habe ihm in der Lohnabrechnung vom November 2010 zu Unrecht Fr. 4405.– unter dem Titel Rückforderung von Weiterbildungskosten vom Lohn abgezogen.

b) Art. 327a Abs. 1 OR verpflichtet die Arbeitgeberin, dem Arbeitnehmer alle Auslagen zu ersetzen, die durch die Ausführung der Arbeit notwendigerweise entstehen. Diese Pflicht stellt einen Aspekt der allgemeinen Fürsorgepflicht der Arbeitgeberin dar (PORTMANN, in: Honsell/Vogt/Wiegand [Hrsg.], Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 5. Aufl., Basel 2011, N 1 zu Art. 327a). Bei Ausbildungskosten ist für die Frage der Ersatzpflicht danach zu unterscheiden, ob es sich um eine blossе Ausbildung zu Einarbeitungszwecken oder um eine eigentliche Weiterbildung handelt. Kosten für eine Einarbeitung hat die Arbeitgeberin zu tragen, während Weiterbildungskosten grundsätzlich zulasten des Arbeitnehmers gehen, soweit die Weiterbildung nicht von der Arbeitgeberin angeordnet worden ist (und damit als notwendige Auslage zu qualifizieren wäre). Neben der Motivation für die Weiterbildung – Anordnung der Arbeitgeberin oder Freiwilligkeit – ist relevant, ob die Ausbildung in erster Linie den Interessen der Arbeitgeberin dienen oder ob das Erlernte auch bei anderen Arbeitgebern verwertbar ist. Beteiligt sich die

Arbeitgeberin an den Kosten einer freiwilligen Weiterbildung – etwa, weil sie sich durch die neu erworbenen Kenntnisse des Arbeitnehmers selber einen Nutzen verspricht – und wird das Arbeitsverhältnis später aufgelöst, so kann sie unter gewissen Voraussetzungen bezahlte Kosten zurückverlangen. Hierfür muss eine entsprechende Vereinbarung bestehen, die vor Beginn der Weiterbildung getroffen wurde und sowohl den zurückzuvergütenden Betrag wie auch den Zeitraum bestimmt, innert welchem eine Kündigung die Rückzahlungspflicht auslöst. In Anlehnung an Art. 340a Abs. 1 OR wird eine auf drei Jahre begrenzte Rückzahlungsabrede pro rata temporis als zulässig erachtet. Der Arbeitnehmer muss infolge der Sonderleistung einen bleibenden Vorteil erhalten. Die Kündigungsfreiheit des Arbeitnehmers darf nicht übermässig eingeschränkt werden. Entsprechend Art. 340c Abs. 2 OR muss bei einer Kündigung durch die Arbeitgeberin ein begründeter Anlass für die Kündigung vorliegen bzw. es darf – bei einer Kündigung durch den Arbeitnehmer – kein von der Arbeitgeberin zu vertretender Anlass bestehen, das Arbeitsverhältnis aufzulösen (zum Ganzen PORTMANN, a.a.O., N 4 f. zu Art. 327a; STAEHELIN, in: Gauch/Schmid [Hrsg.], Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Obligationenrecht, Teilband V 2c, Der Arbeitsvertrag, Art. 319–330a OR, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2006, N 3 zu Art. 327a).

c) Zunächst ist zu untersuchen, ob die Kosten für die vom Beschwerdeführer absolvierte Ausbildung zum Arbeitsagogen als notwendige Auslagen zu qualifizieren sind. Die Vorinstanz hielt dazu fest, der Beschwerdeführer habe anlässlich seiner Befragung in der Hauptverhandlung zu Protokoll gegeben, sein damaliger Vorgesetzter habe ihm von der Ausbildung erzählt und sie ihm «schmackhaft» gemacht. Der Beschwerdeführer habe die Ausbildung zum Arbeitsagogen absolvieren wollen, nachdem ihm sein damaliger Vorgesetzter diese als eine Investition in seine Zukunft – auch bei anderen Arbeitgebern – dargestellt habe. Diese Aussagen zeigten deutlich auf, dass die Ausbildung zum Arbeitsagogen nicht von der Arbeitgeberin verordnet worden sei. Zudem werde in Ziff. 3.4 des Reglements Aus-, Fort- und Weiterbildung explizit erwähnt, dass nur betrieblich verordnete Weiterbildungen voll durch die Arbeitgeberin finanziert würden und in anderen Fällen der Abschluss eines Weiterbildungsvertrages in Betracht gezogen werden sollte. Im vorliegenden Fall sei ein solcher Weiterbildungsvertrag geschlossen worden. Zu erwähnen sei, dass die Nennung der Weiterbildung «Arbeitsagoge» unter der Rubrik «Interessengrad I» des Reglements bloss als Beispiel zu verstehen sei, für Fälle nämlich, in denen die Arbeitsagogenausbildung zur Erfüllung der Arbeitspflicht zwingend notwendig und damit direkt auf den Arbeitsplatz bezogen sei, was vorliegend nicht zutrefte. Die Vorinstanz kommt daher zum Schluss, dass die Ausbildung zum Arbeitsagogen freiwillig erfolgte. Die Sachverhaltsfeststellungen der Vorinstanz stützen sich auf die Akten und sind in keiner Weise willkürlich. Den anderslautenden Vorbringen des Beschwerdeführers ist nicht zu folgen. Sie stehen im Widerspruch zu seinen eigenen Aus-

sagen anlässlich der Parteibefragung. Auch die rechtliche Würdigung der Vorinstanz ist zu stützen, lag die Arbeitsagogenausbildung doch in beidseitigem Interesse. So hatte der Beschwerdeführer gemäss dem Befragungsprotokoll bereits in der Werkstätte der Beschwerdegegnerin Mitarbeiter zu betreuen und wurde aufgrund der absolvierten Ausbildung in eine höhere Lohnklasse eingestuft. Er schloss seine Ausbildung mit einer anerkannten höheren Fachprüfung ab und erwarb Fähigkeiten und Kenntnisse, die ihm selbst nach eigener Einschätzung auch andernorts von Nutzen sein können. Die Kosten für die Ausbildung zum Arbeitsagogen sind somit in Übereinstimmung mit der Vorinstanz nicht als notwendige Auslagen i.S.v. Art. 327a Abs. 1 OR zu qualifizieren, und eine Beteiligung der Arbeitgeberin an den Weiterbildungskosten ist als freiwillig einzustufen.

d) Sodann ist zu prüfen, ob sich die Rückforderung der Ausbildungskosten auf eine gültige Vereinbarung stützt. Die Parteien haben vor Beginn der Ausbildung einen Weiterbildungsvertrag geschlossen, der in Ziff. 5 zur Frage der Kostenrückerstattung vorsieht, dass der Mitarbeiter «bei vorzeitigem Abbruch, resp. bei Kündigung» während oder nach der Weiterbildung die von der Arbeitgeberin bezahlten Kosten gemäss Ziff. 3.4 des Reglements Aus-, Fort- und Weiterbildung zurückzuerstatten hat. Dieses staffelt die Rückerstattungspflicht pro rata temporis und sieht vor, dass bei Kündigung im vierten Halbjahr nach Abschluss der Weiterbildung 25% der Weiterbildungskosten zurückerstattet werden müssen und dass jegliche Rückerstattungspflicht mit Beginn des fünften Halbjahres nach Abschluss der Weiterbildung erlischt. Es schränkt die persönliche (Kündigungs-) Freiheit des Arbeitnehmers daher nicht übermässig ein. Das Reglement wurde dem Beschwerdeführer bereits anlässlich des Abschlusses des Arbeitsvertrages ausgehändigt und durch die ausdrückliche Bezugnahme darauf zum Vertragsbestandteil erhoben (BUCHER, in: Honsell/Vogt/Wiegand [Hrsg.], a.a.O., N 52 zu Art. 1). Dass der Beschwerdeführer tatsächlich Kenntnis genommen hat vom Inhalt des Reglements, ist nicht erforderlich (Globalübernahme; SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Bern 2009, N 45.03). Da der Inhalt des Reglements – im Gegensatz zum Weiterbildungsvertrag selber – kaum Gegenstand vertraglicher Verhandlungen zwischen dem Beschwerdeführer und der Beschwerdegegnerin, sondern von dieser vorformuliert war, muss der Inhalt des Reglements allerdings im strittigen Punkt auf Ungewöhnlichkeit überprüft werden. Die sog. Ungewöhnlichkeitsregel besagt, dass solche allgemeinen Geschäftsbedingungen dann nicht bindend sind, wenn sie Regelungen enthalten, mit denen der Betroffene nach den Umständen nicht rechnen muss (BUCHER, a.a.O., N 60 zu Art. 1). Leistet eine Arbeitgeberin freiwillige Beiträge an die Ausbildung ihres Arbeitnehmers, so erscheint es nicht ungewöhnlich, dass sie diese Beiträge pro rata temporis zurückfordern möchte, wenn das Arbeitsverhältnis innert einer relativ kurzen Zeit seit Abschluss der Ausbildung aufgelöst wird. Vielmehr ist es geradezu folgerichtig und in keiner Weise geschäftsfremd, dass sie die Kosten zu-

mindest teilweise zurückfordert, welche sie in den vermeintlichen Nutzen der neu erworbenen Kenntnisse ihres Arbeitnehmers investiert hat. Festzuhalten ist somit, dass der Weiterbildungsvertrag mitsamt dem Verweis auf das Reglement Aus-, Fort- und Weiterbildung gültig und auf die vorliegende Streitsache anwendbar ist.

e) Da sich die Parteien nicht einig darüber sind, wie der Passus «bei Kündigung» zu verstehen ist, ist zu untersuchen, wie diese Worte auszulegen sind. Die gerichtliche Vertragsauslegung hat zum Ziel, den übereinstimmenden wirklichen Willen der Parteien zu ermitteln. Ist dies nicht möglich, muss nach dem Vertrauensprinzip untersucht werden, wie der Erklärungsempfänger den Inhalt des Vertrages nach Treu und Glauben verstehen durfte. Bei der Vertragsauslegung sind der Wortlaut sowie die gesamten Umstände des Einzelfalls – wie beispielsweise die Vorverhandlungen, die Interessenlage der Parteien beim Vertragsschluss, das Verhalten danach und der jeweilige Vertragszweck – zu berücksichtigen. Von Bedeutung sind auch Verkehrssitten und Handelsusancen sowie das Prinzip von Treu und Glauben (zum Ganzen SCHWENZER, a.a.O., N 33.02 ff.). Die sog. Unklarheitenregel besagt sodann, dass Unklarheiten zulasten jener Partei gehen, die die allgemeinen Geschäftsbedingungen formuliert hat (BUCHER, a.a.O., N 59 zu Art. 1; SCHWENZER, a.a.O., N 45.10; BGE 124 III 155 E. 1.b) S. 158 f.). Das Reglement Aus-, Fort- und Weiterbildung nennt als auslösendes Ereignis für die Rückerstattungspflicht die Kündigung, ohne zu unterscheiden, ob diese vom Arbeitnehmer oder von der Arbeitgeberin ausgesprochen worden ist. Der Beschwerdeführer macht geltend, das Reglement könne nur so verstanden werden, dass lediglich eine durch den Arbeitnehmer selber ausgesprochene Kündigung die Rückerstattungspflicht auslöse. Dem ist zu widersprechen. Der Passus «bei Kündigung» lässt nach seinem Wortlaut offen, von wem die Kündigung zu erfolgen hat. Die Wahl dieser offenen Formulierung indiziert, dass eine Kündigung von beiden Seiten erfasst sein soll, wäre es doch sehr leicht gewesen, die Bestimmung enger zu formulieren, wenn es die Parteien tatsächlich so gewollt hätten. Auch spricht der mit der Rückerstattungspflicht verbundene Zweck nicht gegen diese Auffassung: Anders als vom Beschwerdeführer dargestellt, macht es durchaus Sinn, dass sich die Arbeitgeberin, die sich freiwillig an Ausbildungskosten beteiligt, für den Fall der Auflösung des Arbeitsverhältnisses absichert. Ihre Kostenübernahme dürfte als Investition in erweiterte Kenntnisse des Arbeitnehmers zu verstehen sein, die teilweise auch ihr zugutekommen. Entfällt dieser Nutzen aufgrund einer Kündigung relativ kurz nach Abschluss der Weiterbildung, so entgeht ihr der erhoffte Mehrwert und sie hat ein Interesse daran, dass ihr die Investitionen wenigstens teilweise zurückerstattet werden. Da der Passus «bei Kündigung» nach seinem Wortlaut also einen deutlichen Sinn hat, kann auch der Argumentation des Beschwerdeführers nicht gefolgt werden, die Regelung sei unklar.

f) Entsprechend Art. 340c Abs. 2 OR entsteht die Rückzahlungspflicht bei einer Kündigung durch die Arbeitgeberin nur, wenn ein begründeter An-

lass für die Kündigung besteht, den nicht die Arbeitgeberin zu vertreten hat (PORTMANN, a.a.O., N 4 zu Art. 327a; STAEHELIN, a.a.O., N 3 zu Art. 327a). Die Vorinstanz hat sich ausführlich mit der Frage befasst, ob die Beschwerdegegnerin begründeten Anlass hatte, dem Beschwerdeführer zu kündigen. Die Rechtsmittelinstanz kann die vorinstanzliche Sachverhaltsdarstellung im Beschwerdeverfahren nur auf Willkür überprüfen. Abgesehen davon, dass der Beschwerdeführer eine Verletzung des Willkürverbots gar nicht geltend macht, ist an der vorinstanzlichen Sachverhaltsdarstellung, die sich umfangreich mit den Akten und den Aussagen des Beschwerdeführers in der Parteibefragung auseinandersetzt, nichts Willkürliches zu erkennen. Was der Beschwerdeführer hinsichtlich des Sachverhalts vorbringt, ist demnach unbeachtlich. In tatsächlicher Hinsicht hat die Vorinstanz gestützt auf die Akten und das Protokoll der richterlichen Befragung festgestellt, der Beschwerdeführer habe Probleme mit der Software für Produktionsplanung gehabt. Es seien immer grössere Schwierigkeiten im Umgang mit den Vorgesetzten und mit der Arbeitsatmosphäre aufgetreten. Zudem hätten ihn die administrativen Arbeiten belastet, die neben handwerklichen Aufgaben zum Posten des Abteilungsleiters gehörten. Aus den Personalbeurteilungs- und Personalstandortgesprächen gehe ausserdem hervor, dass sich mit zunehmendem wirtschaftlichem Druck Anzeichen der Überforderung häuften, welche trotz der Unterstützung durch eine zu seiner Entlastung eingesetzten Mitarbeiterin zu einer Früherfassung des Beschwerdeführers bei der Invalidenversicherung führten. Die Vorinstanz ist daher zu Recht zum Schluss gelangt, dass der Beschwerdeführer seinen Aufgaben nicht mehr gewachsen war. (...) Die Beschwerdegegnerin hatte aufgrund der nachgewiesenen Umstände somit berechtigten Anlass zur Kündigung. Indem die Beschwerdegegnerin zunächst mit der Einstellung einer zusätzlichen Mitarbeiterin versuchte, den Beschwerdeführer zu entlasten, später Frühinterventionsmassnahmen in die Wege leitete und schliesslich einen neuen Arbeitsvertrag anbot, als sie ihm kündigte, war ihr Verhalten auch keineswegs treuwidrig.

g) Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die im Weiterbildungsvertrag und im zugehörigen Reglement Aus-, Fort- und Weiterbildung getroffene Regelung über die Rückerstattungspflicht gültig zustande gekommen und auf den vorliegenden Fall anwendbar ist. Die Beschwerdegegnerin hat dem Beschwerdeführer aus begründetem Anlass gekündigt und den Lohnabzug in der Lohnabrechnung vom November 2010 korrekt getätigt. Die Beschwerde ist daher abzuweisen.

Kantonsgericht von Graubünden, Urteil vom 11. September 2012 (Bestätigung des Urteils Bezirksgerichts F. vom 17. März 2011)

Gemäss Art. 15 Abs. 1 lit. b ArG ist die Arbeit bei einer täglichen Arbeitszeit von mehr als sieben Stunden durch eine Pause von mindes-

tens einer halben Stunde zu unterbrechen. Wenn der Arbeitnehmer seinen Arbeitsplatz nicht verlassen darf, gilt die Pause als Arbeitszeit (Art. 15 Abs. 2 ArG). Muss die Pause in einem speziell dafür vorgegebenen Pausenraum verbracht werden, gilt sie gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung auch dann als im Sinne von Art. 15 Abs. 1 ArG gewährt, wenn sie dem Arbeitnehmer zur ungestörten Erholung zur Verfügung steht. Sind somit bereits Pausen, die in einem Pausenraum zu beziehen sind, nicht als entschädigungspflichtige Arbeitszeit zu qualifizieren, kann dies umso weniger gelten, wenn – wie vorliegend bei einem Nachtportier – für den Pausenbezug grundsätzlich ein ganzes Hotelgebäude zur Verfügung steht. Ebenso wenig vermag die jederzeitige, durch einen Piepser sichergestellte Erreichbarkeit als solche den gewöhnlichen Pausenbezug zu verhindern. Denn es ist kein Grund ersichtlich, weshalb der Nachtportier die allfällig ausnahmsweise unterbrochenen Pausen nicht hätte nachholen können, stand ihm hierfür doch bis zum Morgen hinreichend Zeit zur Verfügung (E. 4.b/aa, b/cc).

Sachverhalt:

X. (Kläger, Berufungskläger) schloss mit der Y. AG (Beklagte, Berufungsbeklagte) mehrere befristete Arbeitsverträge als Nachtportier ab, zuletzt am 3. August 2009 mit Geltung 27. November 2009 bis 17. April 2010 bei einem Bruttolohn von Fr. 3850.– bzw. einem Nettolohn von Fr. 3372.85. Die wöchentliche Arbeitszeit betrug durchschnittlich 43.5 Stunden.

Eine von ihm eingebrachte Klage auf Zahlung von Fr. 12 144.60 durch die Y. AG wies das Bezirksgericht F. mit Urteil vom 17. März 2011 ab. Dagegen erhob X. Berufung beim Kantonsgericht von Graubünden.

Aus den Erwägungen:

4.

a/aa) In der Sache hat der Berufungskläger seine eingeklagte Forderung bereits vor der Vorinstanz auf nach seiner Ansicht entschädigungspflichtige Pausen beziehungsweise Essenszeiten abgestützt. Die auf diese Weise generierten Überstunden seien ihm aber nicht gutgeschrieben worden. Sinngemäss hat er ausgeführt, als Nachtportier sei er ganz alleine hauptsächlich für die Bewachung und Sicherheit des Hotels verantwortlich und er dürfe während seines Dienstes das Hotel, welches sein wirklicher Arbeitsplatz sei, unter keinen Umständen verlassen. Er dürfe seine Aufgaben nicht einem Dritten übertragen und müsse bis zur Dienstablösung an seinem Arbeitsplatz bleiben. Selbst wenn er eine Pause oder eine Essenszeit habe, stehe er faktisch durchgehend zur Verfügung seiner Arbeitgeberin. Deshalb müsse er auch während einer Pause anwesend und erreichbar

sein. Die «Pause» und die «Essenszeit» müssten folglich als entschädigungspflichtige Arbeitszeit betrachtet werden.

a/bb) Nach den Ausführungen der Berufungsbeklagten sagte der Berufungskläger ausdrücklich, die Pause sei in Ordnung gewesen, da er es in der Nacht sowieso langweilig habe und es genügend Zeit gebe, um seine Pausen je nach Lust und Laune zu beziehen. Es habe keine Weisung gegeben, in der Nacht den Arbeitsplatz nicht zu verlassen. Der Berufungskläger habe es sich frei einteilen können, wo er innerhalb des Hotels sitzen, sich ausruhen oder seine Beine vertreten habe wollen. Der Besuch der Kantine sei auch erlaubt gewesen. Erwiesen sei auch, dass er in der Nacht stundenlang privat gesurft habe und so surfend seiner Arbeit nachgegangen sei. Der Berufungskläger habe somit genügend Gelegenheit und Orte gehabt, um ungestört seine Pausen machen zu können. Bei den gegebenen Arbeitszeiten sei dem Berufungskläger klar gewesen, dass ihm eine Pause abgezogen werden müsse. Kein Arbeitnehmer dürfe ohne Pause durcharbeiten. Ein Nachtportier könne sich im Haus frei bewegen, beispielsweise im Foyer fernsehen oder im Personalaufenthaltsraum etwas essen und trinken gehen oder frische Luft vor dem Hauseingang schnappen. Der Berufungskläger sei jedoch die meiste Zeit vor dem PC gewesen und habe privat im Internet gesurft.

a/cc) Die Vorinstanz führte im Wesentlichen aus, eine Vorschrift für den Berufungskläger, sich stets und ununterbrochen an der Rezeption aufzuhalten, könne offensichtlich nicht bestanden haben. Während seiner Pausen habe er sich von seinem hauptsächlichen Arbeitsplatz, der Rezeption, entfernen dürfen. Es sei kein Ereignis erstellt, bei welchem der Berufungskläger aus einer Pause weggerufen worden sei. Sei dies aber höchstens ausnahmsweise der Fall gewesen, seien seine Pausen nicht als Arbeitszeit zu rechnen. Durch die seltene Möglichkeit, aus einer Pause gerufen zu werden, habe sich der Kläger nicht in einem Masse zur Verfügung des Betriebes halten müssen, dass Präsenzzeit und somit Arbeitszeit im Sinne von Art. 13 Abs. 1 ArGV 1 vorgelegen hätte. Im Folgenden ist demnach zu prüfen, unter welchen Voraussetzungen Pausen als entschädigungspflichtige Arbeitszeit gelten.

b/aa) Gemäss Art. 15 Abs. 1 lit. b ArG ist die Arbeit bei einer täglichen Arbeitszeit von mehr als sieben Stunden durch eine Pause von mindestens einer halben Stunde zu unterbrechen. Wenn der Arbeitnehmer seinen Arbeitsplatz nicht verlassen darf, gilt die Pause als Arbeitszeit (Art. 15 Abs. 2 ArG). Arbeitsplatz im Sinne von Art. 15 Abs. 2 ArG ist jeder Ort im Betrieb oder ausserhalb des Betriebs, an dem sich der Arbeitnehmer zur Ausführung der ihm zugewiesenen Arbeit aufzuhalten hat (Art. 18 Abs. 5 ArGV 1) und als Arbeitszeit gilt die Zeit, während der sich der Arbeitnehmer zur Verfügung des Arbeitgebers zu halten hat (Art. 13 Abs. 1 Satz 1 ArGV 1). Darauf (Art. 13 Abs. 1 Satz 1 ArGV 1) verweist auch der Kommentar zu Art. 15 Abs. 4 L-GAV 98 (Art. 15 Abs. 2 L-GAV 2010), wonach die pro Mahlzeit mindestens eine halbe Stunde betragende Essenszeit

nicht Arbeitszeit ist, jedoch sehr wohl als solche gilt, wenn sich der Mitarbeiter während der Essenszeit zur Verfügung des Arbeitgebers halten muss. In der gerichtlichen Rechtsprechung anderer Kantone wurde bereits entschieden, Pause am Arbeitsplatz läge nicht vor, wenn die Arbeit als solche zwar ruhe, der Arbeitnehmer aber während der Pause an der von ihm bedienten Maschine verbleiben und sich arbeitsbereit zu halten habe oder aber eine technische Einrichtung oder andere Arbeitnehmer zu kontrollieren oder zu überwachen habe, das heisst in der Arbeitsatmosphäre verbleiben müsse und keine volle Entspannung habe. Für die Pausen könne daher ein Zuschlag gemacht werden (Urteil des Obergerichts des Kantons Aargau vom 30. April 1979 E. 2, JAR 1981 S. 198). Hinsichtlich eines «faktischen Geschäftsführers» eines Restaurantbetriebs wurde erwogen, im konkreten Fall habe es den Gepflogenheiten entsprochen, während der Arbeitszeit oder zwischendurch einen Happen oder ein Sandwich im Hintergrund zu essen, um ohne Unterbrechung die Kundschaft weiter bedienen zu können. Daraus folge, dass der betreffende Kläger sich zur Arbeit habe bereithalten müssen, was als Arbeitszeit zu gelten habe und dementsprechend zu entschädigen sei (Urteil des Einzelrichters des Bezirksgerichts Schwyz EB 03 34 vom 18. Dezember 2003 E. 4.b, EGV-SZ 2003 S. 15). Das Kantonsgericht St. Gallen führte schliesslich aus, die Präsenzzeit, die einem Kellner erlaube, sich auszuruhen, Kaffee zu trinken oder die Zeitung zu lesen, könne nicht als Kompensation von Überstunden berechnet werden. Bereitschaftsdienst des Arbeitnehmers im Betrieb zähle als normale Arbeitszeit und sei mangels abweichender Vereinbarung zu entlöhnen. Der Arbeitgeber könne dem Arbeitnehmer Weisungen erteilen, wie er sich in solchen Zeiten, in denen keine Gäste zu bedienen seien, zu verhalten habe und könne ihm zumutbare Arbeiten zuweisen (Urteil vom 30. August 2001 E. 6.ee, JAR 2002 S. 159). Auch nach der Rechtsprechung des Bundesgericht liegt – mangels abweichender Vereinbarung – entschädigungspflichtige Arbeitszeit vor, wenn der Arbeitnehmer im Betrieb auf Arbeit wartet (innerbetrieblicher Bereitschaftsdienst), dies im Gegensatz zur Rufbereitschaft ausserhalb des Betriebs (BGE 124 III 249 E. 3.a; vgl. dazu auch STAEHELIN/VISCHER, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band: Obligationenrecht, Teilband V 2c Der Arbeitsvertrag Art. 319–362 OR, 3. Aufl., Zürich 1996, Art. 319 N 11 f.; GEISER, Grundlagen und Schranken flexibler Arbeitszeiten im Einzelarbeitsvertragsrecht, in: AJP 1997 S. 1333; PKG 89 Nr. 9 E. 1.c).

Nach der bereits von der Vorinstanz zitierten bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist es demgegenüber nicht willkürlich, Pausen, die in einem von mehreren eigens zur Verbringung der Pausen eingerichteten Räume zu verbringen sind, nicht als entschädigungspflichtige Arbeitszeit zu qualifizieren (Urteil des Bundesgerichts 4A_343/2010 vom 6. Oktober 2010 E. 4.4; in diesem Sinne auch *Chambre d'appel des prud'hommes du Canton de Genève*, Urteil vom 14. Oktober 2002 E. 5, JAR 2003 S. 381; weitergehend: Urteil der Berufungskammer des Arbeitsgerichts Genf vom

21. Juni 1999 E. 3, SAE 2000 S. 126, wonach es, da die Pause im konkreten Fall in der Arbeitszeit eingeschlossen sei, Sache des Arbeitnehmers sei, seine Arbeit so zu organisieren, dass er eine Pause einschalten könne, ohne den Arbeitsplatz zu verlassen). Steht dem Arbeitnehmer die Pause also – Notfälle vorbehalten – zur ungestörten Erholung zur Verfügung, gilt sie auch dann als im Sinne von Art. 15 Abs. 1 ArG gewährt, wenn sie in einem vorgegebenen Pausenraum verbracht werden muss (ROGER RUDOLPH, in: ARV online 2010 Nr. 666, Bundesgericht, Urteil vom 6. Oktober 2010 4A_343/2010 – mit Kommentar von ROGER RUDOLPH). Ausserdem müssen die Pausenzeiten nicht die gleiche Gestaltungsfreiheit gewähren wie die eigentliche Freizeit (Urteil des Bundesgerichts 4A_528/2008 vom 27. Februar 2009 E. 4.3; RUDOLPH/VON KAENEL, Aktuelle Fragen zur Arbeitszeit, in: AJP 2012 S. 201).

b/bb) Aus den Aussagen der von der Vorinstanz am 8. Februar 2011 einvernommenen Zeugen geht hervor, dass der Berufungskläger während seines Dienstes als Nachtportier, welcher in der Regel von 22.30 Uhr abends bis 7.00 Uhr oder 7.30 Uhr morgens dauerte, allgemein für Ruhe, Ordnung und Sicherheit im Hotel zu sorgen hatte. Administrativ hatte er den – offenbar automatischen – Tagesabschluss zu starten. Weiter gehörten insbesondere kleinere Reinigungsarbeiten zu seinen Aufgaben (bestimmte Bereiche des Hotels staubsaugen, Aschenbecher leeren, schmutziges Geschirr abräumen, Glastische in der Rezeption und in der Lobby putzen etc). Ausserdem musste der Berufungskläger Rundgänge durch das Hotel machen und ausserhalb der Öffnungszeiten der Rezeption eintreffende neue Gäste einchecken sowie auf ihr Zimmer begleiten, während die übrigen Gäste sich auch nachts selbständig Zutritt zum Hotel verschaffen konnten. Während der Pausen hatte sich der Berufungskläger, dessen jederzeitige Erreichbarkeit mit einem Piepser sichergestellt war, nicht unbedingt im Bereich der Rezeption aufzuhalten, sondern konnte auch etwa in der Kantine verweilen. Alle drei einvernommenen Zeugen waren – sei es aufgrund ihrer eigenen Einschätzung, sei es aufgrund von Gesprächen mit dem Berufungskläger – der Auffassung, der Berufungskläger habe hinreichend Gelegenheit gehabt, um mindestens eine Pause von jeweils 30 Minuten einzuschalten.

b/cc) Nach dem oben Ausgeführten steht dem gewöhnlichen, nicht als Arbeitszeit geltenden Pausenbezug nicht entgegen, dass der Berufungskläger währenddessen das Hotelgebäude nicht weiträumig verlassen durfte. Denn wenn bereits Pausen, die weisungsgemäss in einem speziell dafür vorgesehenen Pausenraum zu beziehen sind, nicht als entschädigungspflichtige Arbeitszeit zu qualifizieren sind, kann dies umso weniger gelten, wenn – wie vorliegend – für den Pausenbezug grundsätzlich ein ganzes Hotelgebäude zur Verfügung steht. Ebenso wenig vermag die jederzeitige, durch einen Piepser sichergestellte Erreichbarkeit des Berufungsklägers als solche den gewöhnlichen Pausenbezug zu verhindern. Zwar schränkte ihn diese in der Gestaltung seiner Pausen etwas ein, jedoch müssen die Pausenzeiten nach höchstrichterlicher Rechtsprechung nicht die gleiche Ge-

staltungsfreiheit wie die eigentliche Freizeit gewähren. Auch wenn der Berufungskläger aufgrund seiner speziellen Tätigkeit als Nachtportier gelegentlich seine Pausen zum Zweck eines Arbeitseinsatzes (beispielsweise Einchecken eines verspäteten Gastes, Feueralarm) unterbrochen haben sollte, stand dies dem Zweck der Pausen, der in der kurzfristigen Erholung des Arbeitnehmers und in dessen Möglichkeit zur Verpflegung besteht (MÜLLER, in: Geiser/von Kaenel/Wyler [Hrsg.], Handkommentar Arbeitsgesetz, Bern 2005, Art. 15 N 4), nicht entgegen (vgl. betreffend einen Rettungssanitäter das Urteil des Bundesgerichts 4A_528/2008 vom 27. Februar 2009 E. 4.3). Denn es ist kein Grund ersichtlich, weshalb der Berufungskläger diese allfällig ausnahmsweise unterbrochenen Pausen nicht hätte nachholen können, stand ihm hierfür doch bis zum Morgen hinreichend Zeit zur Verfügung (vgl. zur Möglichkeit der Pausennachholung die in den Urteilen des Bundesgerichts 4A_528/2008 vom 27. Februar 2009 E. 4.1 sowie 4A_343/2010 vom 6. Oktober 2010 E. 4 zitierten Vorinstanzen). Schliesslich ist ohne Belang, dass der Berufungskläger vorliegendenfalls im Gegensatz zu den zitierten Bundesgerichtsentscheiden zu Grunde liegen Konstellationen nicht (nur) auf das Verlassen des Gebäudes während der Pausen verzichten musste oder jederzeit erreichbar zu sein hatte, sondern diese Einschränkungen kumulativ gegeben waren. Auch diesfalls ist der Erholungs- und Verpflegungszweck der Pause nicht gefährdet, wenn Letztere höchstens ausnahmsweise durch Arbeitseinsätze unterbrochen wird sowie ohne weiteres nachgeholt werden kann. Die (objektive) Beweislast dafür, dass zu beziehende Pausen infolge (zu) häufiger, pausenunterbrechender Arbeitseinsätze nicht in natura bezogen werden konnten, liegt – trotz Anwendbarkeit der Untersuchungsmaxime (vgl. MEIER, a.a.O., 274 f.) – offensichtlich beim Berufungskläger, welcher für die Pausenzeit Entschädigungsansprüche stellt. Jedoch hat der Berufungskläger vorliegend nicht einmal behauptet, geschweige denn bewiesen, dass er tatsächlich jemals im Pausengenuss unterbrochen worden wäre. Umso weniger ist erwiesen, dass dies mit solcher Häufigkeit erfolgte, dass der Pausenbezug in gewissen Nächten schlicht unmöglich und das Nachholen der Pause ausgeschlossen gewesen wäre. Dies wäre vorliegend aber nötig, um die Pausen als entschädigungspflichtige Arbeitszeit zu qualifizieren. Die unbestrittenermassen erforderliche ständige Erreichbarkeit sowie die – kumulativ hinzutretende – Verpflichtung, das Hotel während der Pausen nicht zu verlassen, genügten hierfür nach dem Gesagten nicht. Schliesslich lässt sich auch die Auffassung der Vorinstanz, wonach sich der Berufungskläger zum Pausieren von seinem (hauptsächlichen) Arbeitsplatz an der Rezeption entfernen und sich in das Foyer oder vor das Hotel begeben konnte, lediglich präzisieren, nicht aber grundsätzlich beanstanden. Zwar hatte der Berufungskläger seine geschuldete Arbeitsleistung nicht nur an der Rezeption zu erbringen, sondern hatte er auch in andern Räumlichkeiten kleinere Putzarbeiten vorzunehmen. Als Arbeitsplatz im Sinne von Art. 15 Abs. 2 ArG und Art. 18 Abs. 5 ArGV 1 kann damit wohl nicht nur

die Rezeption angesehen werden. Vielmehr befand sich dieser auch in anderen Räumlichkeiten (beispielsweise die zu putzende Lobby). Jedoch waren diese Räumlichkeiten sowohl vor als auch nach Vornahme der (kleineren) Arbeiten durchaus geeignet, eine Pause im Sinne des Arbeitsgesetzes einzulegen, weshalb sie während dieser Zeiten nicht als Arbeitsplatz gelten konnten. Aufgrund der blossen Tatsache, dass der Berufungskläger etwa vor dem Hotel die Aschenbecher zu leeren hatte, kann nicht gesagt werden, der Bereich vor dem Hotel stelle – über die ganze Nacht hinaus – ein zum Pausieren ungeeigneter Arbeitsplatz dar. Dasselbe gilt selbstredend für die Kantine oder für den Bereich vor dem Hotel, wo der Berufungskläger ebenfalls ohne weiteres seine Pausen in natura beziehen konnte. Somit standen dem Berufungskläger genügend Örtlichkeiten zur Verfügung, um ungestört und abseits seines Arbeitsplatzes im Sinne von Art. 15 Abs. 2 ArG und Art. 18 Abs. 5 ArGV 1 seine Pausen zu beziehen. Der Berufungskläger hatte nicht permanent Kontrollaufgaben zu erfüllen – das Hotel war in der Nacht ja geschlossen und die spät rückkehrenden Gäste konnten sich mittels einer Karte selbständig Einlass verschaffen – und auch etwa eine sofortige Eingriffsmöglichkeit in einen Produktionsprozess war nicht notwendig. Dies zeigt sich bereits dadurch, dass der Berufungskläger mit einem Piepser ausgestattet war, welcher ihm zudem in der Auswahl der Örtlichkeiten der zu beziehenden Pausen innerhalb des Hotels und vor diesem eine erhebliche Freiheit einräumte. Schliesslich stellt die Pausenzeit des Berufungsklägers auch keinen innerbetrieblichen Bereitschaftsdienst dar, denn während seiner Pausen hatte der Berufungskläger nicht auf Arbeit, das heisst auf entsprechende Weisungen seiner Arbeitgeberin, zu warten. Aus dem Ausgeführten erhellt, dass der Berufungskläger während seiner Pausenzeit nicht im Sinne von Art. 13 Abs. 1 Satz 1 ArGV zur Verfügung seiner Arbeitgeberin stehen musste. Wie gesagt vermögen daran auch allfällige – aufgrund der durch den Piepser sichergestellten ständigen Erreichbarkeit theoretisch stets mögliche – Unterbrechungen der (ohne weiteres nachholbaren) Pausen nichts zu ändern. Unerheblich ist, dass im E-Mail der Kontrollstelle für den L-GAV vom 9. April 2010, welches ganz offensichtlich in Unkenntnis der Akten und sämtlicher Umstände des konkreten Falles verfasst wurde, offenbar eine gegenteilige rechtliche Auffassung vertreten wird.

c) Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass dem Berufungskläger nicht gefolgt werden kann, wenn er seine Pausen beziehungsweise Essenszeiten als entschädigungspflichtige Arbeitszeit zu qualifizieren sucht. Die daraus abgeleitete Forderung hat die Vorinstanz demnach zu Recht abgewiesen. Seine Berufung ist entsprechend ebenfalls abzuweisen.

Da die mangels eigener Regelung im Personalreglement des Regionalspitals übernommenen Normen des OR nicht als Privatrecht, sondern als subsidiäres öffentliches Recht des Kantons gelten, bleibt das Erfordernis eines sachlichen Kündigungsgrundes, welches für die Auflösung sämtlicher öffentlichrechtlicher Dienstverhältnisse Geltung hat, bestehen. Eine Kündigung ist dann sachlich begründet, wenn die Weiterbeschäftigung des betreffenden Arbeitnehmers dem öffentlichen Interesse widerspricht. Gerade bei Kadermitarbeitern gehört ein intaktes Vertrauensverhältnis zu den wesentlichen Voraussetzungen für eine erfolgreiche Tätigkeit im öffentlichen Interesse. Ein grundlegend gestörtes Vertrauensverhältnis rechtfertigt daher eine Kündigung selbst dann, wenn den Arbeitnehmer kein Verschulden trifft. I.c. missbräuchliche Kündigung verneint (E. 3.b).

Sachverhalt:

Mit Arbeitsvertrag vom 7. September 2007 (Arbeitsbeginn 1. Dezember 2007) hatte das Regionalspital A. die Klägerin als Leiterin des Pflegedienstes eingestellt. Auf Ende 2010 kam es zu einem Wechsel an der Spitze der Spitaldirektion. Offenbar traten in der Folge Probleme auf zwischen der heutigen Klägerin und dem neuen Spitaldirektor sowie auch zwischen der Klägerin und der Ärzteschaft des Regionalspitals. Nach verschiedenen Gesprächen wurde der Klägerin anlässlich einer Besprechung vom 19. April 2011 per 31. Oktober 2011 gekündigt. Diese Kündigung wurde gleichentags noch schriftlich bestätigt und die Klägerin auch per sofort freigestellt. Am 26. Mai 2011 verlangte die heutige Klägerin vom Regionalspital ein Arbeitszeugnis und eine schriftliche Begründung für ihre Kündigung. In der Antwort vom 17. Juni 2011 führte der Spitaldirektor als Gründe für die Entlassung an, dass der Klägerin die fachliche Ausbildung und die notwendige berufliche Erfahrung für die Ausübung der Pflegedienstleitung auf der Stufe der Spitalleitung im Regionalspital fehle und dass zudem keine ausreichende gegenseitige Vertrauensbasis in Bezug auf die uneingeschränkte Umsetzung der Zielvorgaben der Spitaldirektion bestünde. Mit Schreiben vom 17. August 2011 erhob die Klägerin bei ihrer Arbeitgeberin Einsprache gegen die ausgesprochene Kündigung. Diese Kündigung sei missbräuchlich. Sie ersuche um eine Präzisierung der im Antwortschreiben vom 17. Juni 2011 genannten Kündigungsgründe. Der folgende Schriftenwechsel zwischen der Klägerin und dem Regionalspital respektive führte zu keiner Annäherung der Standpunkte.

Am 24. Januar 2012 reichte die Arbeitnehmerin verwaltungsgerichtliche Klage gegen das Regionalspital A. betreffend missbräuchliche Kündigung ein. Es wurde dabei das Begehren um Zusprechung einer Entschädi-

gung gemäss Art. 336a Abs. 2 OR von maximal drei Monatslöhnen gestellt.

Aus den Erwägungen:

3.

a) Die seit Dezember 2007 als Leiterin des Pflegedienstes im Regionalspital A. tätige Klägerin stellt sich auf den Standpunkt, dass ihr missbräuchlich gekündigt worden sei. Zunächst ist festzuhalten, dass sich die Parteien zu Recht darin einig sind, dass die Kündigung eines öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnisses grundsätzlich zulässig ist. Gemäss Art. 4 Abs. 1 lit. b des Personalreglements beträgt die Kündigungsfrist nach der Probezeit drei Monate soweit nicht besondere Vereinbarungen im Arbeitsvertrag vereinbart wurden (Abs. 3 der erwähnten Norm). Von diesem Vorbehalt haben die Parteien Gebrauch gemacht und eine Kündigungsfrist von sechs Monaten abgemacht. Diese Kündigungsfrist von sechs Monaten wurde unbestritten eingehalten, weshalb es sich bei der zur Diskussion stehenden Kündigung um eine ordentliche handelt.

b) Das Personalreglement der Beklagten enthält keine Regelung bezüglich der ordentlichen Kündigung, weshalb gemäss Art. 2 Abs. 3 des Reglements die Bestimmungen des OR und demzufolge auch die Missbrauchsbestimmungen analog anwendbar sind. Weil die übernommenen Normen des OR nicht als Privatrecht, sondern als subsidiäres öffentliches Recht des Kantons gelten, bleibt – wie sich die Parteien zu Recht einig sind – das Erfordernis eines sachlichen Kündigungsgrundes, welches für die Auflösung sämtlicher öffentlich-rechtlicher Anstellungsverhältnisse Geltung hat, bestehen. Die Entlassung einer Arbeitnehmerin durch den Arbeitgeber stellt nämlich eine Verfügung, also einen Widerruf eines Verwaltungsaktes dar. Das Bundesgericht verlangt für die Aufhebung eines Angestelltenverhältnisses das Vorliegen von triftigen Gründen. Das gilt selbst dann, wenn das Personalrecht selber sich dazu ausschweigt und lediglich eine Kündigungsfrist vorsieht. Dabei braucht es nicht besonders qualifizierte, sondern lediglich sachlich zutreffende Gründe, die es dem Arbeitgeber bei pflichtgemässer Ausübung seines Ermessens erlauben, eine Entlassung auszusprechen (vgl. BGE 124 II 56). Die Wahlbehörde darf die Kündigung somit aussprechen, wenn sie im gesamten angemessen erscheint. Diese Forderung ergibt sich, obwohl der Angestellte keinen Anspruch auf Beschäftigung über die Kündigungsfrist hinaus besitzt, aus der Tatsache, dass die Entlassung durch den Arbeitgeber einen belastenden Verwaltungsakt darstellt. Es muss deshalb in jedem einzelnen Fall die Verhältnismässigkeit und die Notwendigkeit aufgrund des Gebotes des rechtsstaatlichen Handelns überprüft werden (vgl. HÄNNI, Das öffentliche Dienstrecht der Schweiz, S. 511 f. mit Hinweisen). Für eine Kündigung in diesem Sinne genügen objektive, nicht vom Arbeitnehmer verschuldete Gründe. Allgemein umschrieben ist eine Kündigung dann sachlich begründet, wenn die Weiterbeschäftigung des

betreffenden Angestellten dem öffentlichen Interesse, insbesondere demjenigen an einer gut funktionierenden Verwaltung, widerspricht (vgl. MICHEL, Beamtenstatus im Wandel, S. 299). Gerade bei Kadermitarbeitern gehört ein intaktes Vertrauensverhältnis zu den wesentlichen Voraussetzungen für eine erfolgreiche Tätigkeit im öffentlichen Interesse. Ein grundlegend gestörtes Vertrauensverhältnis rechtfertigt daher eine Kündigung selbst dann, wenn den Arbeitnehmer kein Verschulden trifft (vgl. HÄNNI, a.a.O., S. 519, Verwaltungsgerichtsurteil U 08 69, U 06 38, U 05 21).

c) Vorliegend ist klar, dass die Kündigung sachlich begründet war. Aus den Darlegungen der Klägerin ergibt sich doch selbst, dass das Vertrauensverhältnis zwischen dem neuen Spitaldirektor und der Klägerin erheblich gestört war. Der Klägerin fehlte darüber hinaus offensichtlich die fachliche Ausbildung für die Ausübung der Pflegedienstleistung auf der Stufe Spitalleitung im Regionalspital A., zumal die Klägerin ihre Leistungsdefizite in ihrem Antrag vom 22. Januar 2010 an den Spitalvorstand sogar selber bestätigt hat. Es stellt sich somit die Frage, ob trotz sachlichen Ansatzpunkts dennoch von einer rechtsmissbräuchlichen Kündigung auszugehen ist.

4.

Die Klägerin bezeichnet die Kündigung einmal mit Hinweis auf Art. 336 Abs. 1 lit. c OR als rechtsmissbräuchlich. Art. 336 Abs. 1 lit. c erklärt die Kündigung als missbräuchlich, die ausschliesslich der Vereitelung von Ansprüchen aus dem Arbeitsvertrag dient (sog. Vereitelungskündigung). Konkret sieht die Klägerin diesen Rechtsmissbrauchstatbestand darin erfüllt, dass sie die Einlösung des Versprechens bei der Anstellung betreffend Weiterbildung habe einlösen wollen und der CEO sowie der Vorstand dies aus Kostengründen verweigert hätten. Diese Begründung hält einer näheren Prüfung indessen nicht Stand. Durch Zeugenbeweis ist zwar bestätigt, dass die Weiterbildungsfrage bei der Einstellung und auch später ein Thema gewesen ist. Die Klägerin behauptet aber selber nicht einmal, dass ihr je das Versprechen gegeben worden ist, dass sie diese Weiterbildung auf Kosten des Regionalspitals machen könnte. Der Zeuge Z. sagt denn auch aus, dass er mit der von der Klägerin vorgeschlagenen Gesamtausbildung nicht einverstanden gewesen sei, da diese Gesamtausbildung nicht nötig gewesen sei und die Ressourcenmöglichkeiten der Klägerin überstiegen hätten. Was die Weiterbildungskosten betrifft, hatte sich das Spital ja dazu bereit erklärt, 50% der Kosten zu tragen. Damit war aber die Klägerin nicht einverstanden. Es trifft also offensichtlich nicht zu, dass das Spital die Kündigung aussprach, um sich eines eigenen Versprechens zu entledigen. Ebenso wenig ist der Tatbestand von Art. 336 Abs. 1 lit. d OR erfüllt. Diese Bestimmung soll die Partei vor einer Kündigung schützen, die nach Treu und Glauben (Art. 2 ZGB) Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis geltend macht (sog. Racheündigung). Mit Ansprüchen aus dem Arbeitsverhältnis meint die Klägerin offenbar wiederum die versprochene Weiterbildung. Auch hier gilt aber, dass keine entsprechenden Rechtsan-

sprüche gegenüber dem Regionalspital bestehen. Die Klägerin spricht von einer Rachekündigung, ohne aber auch nur im Ansatz darzutun, womit sie diese Rache begründen will.

Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden, Urteil vom 30. Oktober 2012 (Bestätigung des Entscheids des Departements für Volkswirtschaft und Soziales vom 27. Februar 2012)

Während der Saison sind Betriebe in Fremdenverkehrsgebieten, die der Befriedigung spezifischer Bedürfnisse der Touristen dienen, von der Bewilligungspflicht für Sonntagsarbeit befreit (Art. 4 Abs. 2 ArGV 2 i.V.m. Art. 27 Abs. 2 lit. c ArG und Art. 25 ArVG). Die im Alpenrhein Village Outlet Shopping in Landquart (AVOS) angesiedelten Geschäfte sind nur während der Sommer- und Wintersaison, nicht aber während des ganzen Jahres (als «Saison») von der Bewilligungspflicht für Sonntagsarbeit befreit. Während den Perioden bloss unterdurchschnittlicher touristischer Aktivitäten rechtfertigt sich kein Eingriff in die Arbeitnehmerrechte im Sinne der Aufhebung des grundsätzlichen Sonntagsarbeitsverbots (E. 1.a, 2.a, 3.b).

Sachverhalt:

Das Alpenrhein Village Outlet Shopping in Landquart (AVOS) ist ein Outlet-Zentrum im Stile eines alpinen Dorfes mit etwa 90 Geschäftslokalen, das im November 2009 eröffnet wurde. Ende des Jahres 2009 bzw. anfangs des Jahres 2010 stellten die Gewerkschaft X. einerseits und die Y. AG (Eigentümerin AVOS), die Q. (nach dem Parteiwechsel ersetzt durch Z. GmbH als Betreiberin AVOS) sowie zahlreiche Betreiber von einzelnen Geschäftslokalen andererseits beim Amt für Industrie, Gewerbe und Arbeit (KIGA) ein Feststellungsbegehren betreffend Sonntagsarbeit. Mit Verfügung vom 21. Oktober 2010 stellte das KIGA fest, dass die im AVOS angesiedelten Geschäfte die Voraussetzungen für die Befreiung von der Bewilligungspflicht für Sonntagsarbeit gemäss Art. 4 Abs. 2 ArGV 2 in Verbindung mit Art. 27 Abs. 2 lit. c ArG und Art. 25 ArGV 2 erfüllten und demnach berechtigt seien, die mit der Bedienung der Kundschaft beschäftigten Arbeitnehmer während der Saison an Sonntagen zu beschäftigen. Im Weiteren wurde festgestellt, dass die Sommersaison im Kanton Graubünden von Anfang Juni bis Ende Oktober und die Wintersaison vom ersten Adventwochenende bis Ende April dauert. Hiergegen erhob zunächst die Gewerkschaft X. am 19. November 2010 Beschwerde ans Departement für Volkswirtschaft und Soziales (DVS) Graubünden. Im Weiteren erhoben dann auch die Y. AG sowie die Q. GmbH (nunmehr Z. GmbH) jeweils am 22. November 2010 gegen die genannte Verfügung des KIGA Beschwerde ans DVS mit dem Antrag auf Aufhebung der angefoch-

tenen Verfügung und Feststellung, dass die im AVOS angesiedelten Geschäfte berechtigt seien, die mit der Bedienung der Kundschaft beschäftigten Arbeitnehmer während des ganzen Jahres und ohne saisonale Beschränkung zu beschäftigen. Die Beschwerden erfolgten in formell getrennten, inhaltlich aber praktisch identischen Eingaben. Mit Entscheid vom 27. Februar 2012 wies das DVS nach Durchführung eines doppelten Schriftenwechsels die beiden Beschwerden ab. Hiergegen erhoben die Y. AG sowie die Q. GmbH (nunmehr Z. und Mitbeteiligte) am 29. März 2012 jeweils Beschwerde ans Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden mit dem Antrag auf Aufhebung der angefochtenen Verfügung.

Aus den Erwägungen:

1.

a) Anfechtungsobjekt im vorliegenden Verfahren ist die Verfügung des Departements für Volkswirtschaft und Soziales (DVS) vom 27. Februar 2012, mit welcher die Vorinstanz die Verwaltungsbeschwerden der Beschwerdeführer abgewiesen hat. Streitig und zu prüfen ist, inwiefern die im Alpenrhein Village Outlet Shopping in Landquart (AVOS) angesiedelten Geschäfte die Voraussetzungen für die Befreiung von der Bewilligungspflicht für Sonntagsarbeit gemäss Art. 4 Abs. 2 ArGV 2 in Verbindung mit Art. 27 Abs. 2 lit. c ArG und Art. 25 ArGV 2 erfüllen und demnach berechtigt sind, die mit der Bedienung der Kundschaft beschäftigten Arbeitnehmer während des ganzen Jahres als Saison an Sonntagen zu beschäftigen (vgl. erstinstanzliche Verfügung des Amtes für Industrie, Gewerbe und Arbeit Graubünden [KIGA] vom 21. Oktober 2010).

(...)

2.

a) Nach Art. 18 Abs. 1 ArG ist die Beschäftigung von Arbeitnehmern zwischen Samstag 23 Uhr und Sonntag 23 Uhr grundsätzlich untersagt. Dauernde oder regelmässig wiederkehrende Sonntagsarbeit kann vom Bundesamt bewilligt werden, sofern sie aus technischen oder wirtschaftlichen Gründen unentbehrlich ist (Art. 19 ArG). Gemäss Art. 27 ArG können zudem bestimmte Gruppen von Betrieben oder Arbeitnehmern auf dem Verordnungsweg vom Sonntagsarbeitsverbot bzw. der entsprechenden Bewilligungspflicht ausgenommen und Sonderbestimmungen unterstellt werden, soweit dies mit Rücksicht auf die besonderen Verhältnisse notwendig erscheint. Der Bundesrat hat hiervon für «Betriebe, die den Bedürfnissen des Fremdenverkehrs oder der landwirtschaftlichen Bevölkerung dienen» in Art. 27 Abs. 2 lit. c ArGV 2 Gebrauch gemacht. Als Betriebe in Fremdenverkehrsgebieten gelten nach Art. 25 Abs. 2 ArGV 2 Betriebe in Kur-, Sport-, Ausflugs- und Erholungsorten, in denen der Fremdenverkehr von wesentlicher Bedeutung ist und erheblichen saisonmässigen Schwankungen unterliegt. Auf solche Betriebe, die der Befriedigung spezifischer Bedürfnisse der Touristen dienen, und auf die in ihnen mit der

Bedienung der Kundschaft beschäftigten Arbeitnehmer sind während der Saison die Artikel 4 Absatz 2 für den ganzen Sonntag sowie die Artikel 8 Absatz 1, 12 Absatz 1 und 14 Absatz 1 anwendbar (Art. 25 Abs. 1 ArGV 2). Danach darf die mit der Bedienung der Kundschaft beschäftigte Arbeitnehmerschaft unter anderem ohne behördliche Bewilligung ganz oder teilweise am Sonntag beschäftigt werden (Art. 4 Abs. 2 ArGV 2).

b) Im Zusammenhang mit der Auslegung und der Anwendung der erwähnten arbeitsgesetzlichen Grundlagen bestehen zwischen den Parteien unterschiedliche Rechtsauffassungen:

Die Beschwerdeführer gehen davon aus, dass die in Art. 25 ArGV 2 statuierte saisonale Beschränkung der Befreiung von der Bewilligungspflicht für Sonntagsarbeit keine genügende gesetzliche Grundlage im ArG habe, weswegen die Bestimmung ungültig sei. Wenn man dennoch eine genügende gesetzliche Grundlage annehmen wollte, zeigten die tatsächlichen Verhältnisse auf, dass in den Einzugsgebieten des AVOS ganzjährig eine Saison gegeben sei.

Die Beschwerdegegnerin hält dagegen, dass keine Verletzung der Wirtschaftsfreiheit gemäss Art. 27 BV gegeben sei, da Einschränkungen nach Art. 36 BV zulässig seien. Hier gehe es um den Schutz der Arbeitnehmer (Art. 110 BV), welcher im ArG umgesetzt worden sei, wonach unter anderem nach Art. 18 ArG ein Sonntagsarbeitsverbot gelte. Eine Verfassungswidrigkeit von Art. 25 ArGV 2 sei nicht auszumachen.

Umstritten ist somit im Rahmen des vorliegenden Entscheids, inwiefern die von der Vorinstanz geschützte erstinstanzliche Festlegung der Saison im Kanton Graubünden auf eine Sommer- (Juni bis Oktober) und eine Wintersaison (Dezember bis April) gemäss Art. 25 ArGV 2 vor Bundesrecht (ArG, BV) standhält. (...)

3.

a) Ausgangspunkt der hier umstrittenen Frage der Gültigkeit von Art. 25 ArGV 2 ist das in Art. 18 ArG statuierte Verbot der Sonntagsarbeit, mit welchem der Bundesgesetzgeber zugunsten des Schutzes der Arbeitnehmer (Art. 110 BV) die Wirtschaftsfreiheit der Arbeitgeber (Art. 27 BV) eingeschränkt hat. Von Bundesrechts wegen haben Arbeitgeber also keinen Anspruch darauf, die Arbeitnehmer jeweils auch sonntags beschäftigen zu dürfen. Vielmehr hat der Bundesgesetzgeber zwecks Schutzes der Arbeitnehmer (öffentliches Interesse) die Wirtschaftsfreiheit insofern eingeschränkt (Art. 36 BV). Unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit (Art. 5 und 36 Abs. 2 BV) hat der Bundesgesetzgeber dieses Verbot jedoch nicht absolut statuiert, sondern – neben den gesetzlichen Ausnahmen gemäss Art. 19 ArG – dem Bundesrat in Art. 27 ArG eine fakultative Ermächtigung eingeräumt, für bestimmte Gruppen von Betrieben oder Arbeitnehmern Sonderbestimmungen und dabei Ausnahmen vom Sonntagsarbeitsverbot vorzusehen (z.B. gemäss Art. 27 Abs. 2 lit. c ArG für Betriebe, die den Bedürfnissen des Fremdenverkehrs oder der landwirtschaftlichen Bevölkerung dienen). Grundsätzlich vermittelt die

von den Beschwerdeführern erwähnte Wirtschaftsfreiheit nach Art. 27 BV daher keinen Anspruch auf bewilligungsfreie Sonntagsarbeit. Ein Anspruch auf bewilligungsfreie Sonntagsarbeit besteht gestützt auf die Delegationsnorm von Art. 27 ArG nur insoweit, als eine bundesrätliche Verordnung Sonderbestimmungen vorsieht. Die Beschwerdeführer anerkennen dabei, dass es sich hier um eine «Kann-Vorschrift» handle, so dass an sich kein Rechtsanspruch auf den Erlass solcher Sonderbestimmungen besteht. Indessen vertreten die Beschwerdeführer die Auffassung, im Rahmen des Erlasses von Sonderbestimmungen durch den Bundesrat bestehe kein Raum für eine zeitliche oder andersartige Einschränkung der Sonderbestimmungen. Die Beschwerdeführer gehen also davon aus, dass – wenn anerkannt wird, dass das AVOS touristische Bedürfnisse befriedigt und daher die Geltung des Sonntagsarbeitsverbotes für das Verkaufspersonal der Geschäfte im AVOS aufgehoben wird – diese Aufhebung für das ganze Jahr gelten muss. Nach beschwerdeführerischer Auffassung bilden Art. 27 Abs. 1 und 2 lit. c ArG mithin keine gesetzliche Grundlage für eine zeitliche oder saisonale Beschränkung von Sonderregelungen.

b) Die beschwerdeführerische Argumentation überzeugt jedoch nicht. Die Beschwerdeführer scheinen zu übersehen, dass es sich bei Art. 27 ArG um eine Kann-Vorschrift handelt, welche es dem Bundesrat im Rahmen seines Ermessens erlaubt, von dieser Befugnis Gebrauch zu machen, soweit dies mit Rücksicht auf die besonderen Verhältnisse notwendig ist. Eine Auslegung der Bestimmung von Art. 27 ArG im Sinne des bundesgerichtlichen Methodenpluralismus führt daher zu den folgenden Ergebnissen:

Grammatikalische Auslegung: Der Wortlaut der Bestimmung gibt entgegen den Beschwerdeführern keine funktionale Betrachtungsweise vor, indem nur auf die dienende Funktion der Fremdenverkehrsbetriebe abzustellen ist. Vielmehr lässt die Bestimmung dem Bundesrat einen erheblichen Raum für Gestaltung, indem explizit statuiert wird, bestimmte Gruppen von Betrieben oder Arbeitnehmern könnten durch Verordnung ganz oder teilweise von den Vorschriften der Art. 9–17a, 17b etc. Sonderbestimmungen unterstellt werden. Der Wortlaut der Delegationsnorm selbst belegt damit, dass der Bundesrat auch teilweise Ausnahmen vom Sonntagsarbeitsverbot erlassen kann, wenn dies mit Rücksicht auf die besonderen Verhältnisse notwendig ist.

Historische Auslegung: In historischer Hinsicht ist mit der Vorinstanz auf die seinerzeitige Botschaft zum ArG zu verweisen, wo das Folgende festgehalten wird (vgl. BBl 1960 909, S. 981 ff.): Die Vorschriften über die Arbeits- und Ruhezeit (Art. 8 bis 19 und 21 bis 28) sowie die entsprechenden Sondervorschriften für jugendliche und weibliche Arbeitnehmer (Art. 29, 32 und 34) sind weitgehend in Anlehnung an die geltende Fabrikgesetzgebung aufgestellt worden. Sie können jedoch nicht durchwegs auf nicht-industrielle Betriebe und in solchen beschäftigte Arbeitnehmer angewendet werden. Deshalb ist es unerlässlich, für bestimmte Gruppen von

Betrieben oder Arbeitnehmern Sonderbestimmungen aufzustellen. Für diese Gruppen bleibt zwar grundsätzlich die allgemeine Ordnung der Arbeits- und Ruhezeit anwendbar, wie sie in den Artikeln 8 bis 19, 21 bis 23, 29, 32 und 34 enthalten ist. Aber es sollen Ausnahmen von den genannten Vorschriften zugelassen werden, soweit dies trotz der Ausnützung aller nach den allgemeinen Vorschriften, zum Beispiel auch über die Überzeitarbeit, gebotenen Möglichkeiten mit Rücksicht auf besondere Verhältnisse notwendig ist, so in Bezug auf die Höchstarbeitszeit und auf die tägliche und wöchentliche Ruhezeit. Dabei müssen die Vorschriften des Gesetzes über die Arbeits- und Ruhezeit, die als nicht anwendbar erklärt werden, in der Verordnung durch entsprechende besondere Bestimmungen ersetzt werden (Abs. 1). Die Ausführungen des historischen Gesetzgebers lassen erkennen, dass dem Ordnungsgeber ein erheblicher Gestaltungsspielraum gewährt wurde, um das öffentliche Interesse des Schutzes der Arbeitnehmer auch im Falle von Sonderbestimmungen gewährleisten zu können.

Teleologische Auslegung: Fragt man nach dem Sinn und Zweck des Gesetzes bzw. Art. 27 ArG, so ergibt sich die Schlussfolgerung, dass damit die gesetzliche Grundlage (Delegation) geschaffen wird, um mittels Verordnungen Ausnahmen vom grundsätzlichen Sonntagsarbeitsverbot schaffen zu können, soweit dies mit Rücksicht auf die besonderen Verhältnisse notwendig ist (vgl. Art. 18 ArG und 36 BV). Sonderbestimmungen sollen also nur insoweit erlassen werden, als hierfür eine Notwendigkeit besteht. Art. 27 ArG konkretisiert im Hinblick auf die statuierte Notwendigkeit den Grundsatz der Verhältnismässigkeit. Das in Art. 5 Abs. 2 BV verankerte Verhältnismässigkeitsprinzip, welches im gesamten Bereich des Verwaltungsrechts zur Anwendung zu bringen ist, besagt, dass Verwaltungsmassnahmen zur Verwirklichung eines im öffentlichen Interesse liegenden Ziels geeignet und erforderlich sein und in einem vernünftigen Verhältnis zu den den Privaten auferlegten Freiheitsbeschränkungen stehen müssen (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl. 2010, 581 ff.). Diesem gesetzgeberischen Ziel kann nur dann entsprochen werden, wenn im Rahmen von Verordnungen, welche sich auf Art. 27 ArG stützen, mehr als blosses «Schwarz/Weiss-Regelungen» (vollständige Aufhebung des Verbots oder keine Aufhebung des Verbots) zulässig sind.

Systematische Auslegung: Entgegen den beschwerdeführerischen Ausführungen ist systematisch nicht von einem Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit auszugehen. Schliesslich basiert der vom Bundesgesetzgeber definierte Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit auf Art. 18 ArG und Art. 36 BV (Verbot der Sonntagsarbeit). Art. 27 ArG definiert hingegen im Rahmen der stets zu beachtenden Verhältnismässigkeit die bundesrätlichen Kompetenzen, zugunsten der Privaten vom grundsätzlichen Verbot abzuweichen, wobei dem Ordnungsgeber bewusst ein gewisses Ermessen eingeräumt wird. Der von den Beschwerdeführern behauptete Grundrechtseingriff basiert demnach weder auf Art. 27 ArG noch auf Art. 25 ArGV 2, so dass auch kein Verstoß gegen Verfassungsbestimmungen ersichtlich ist.

Eine Auslegung der Delegationsnorm von Art. 27 ArG führt damit – entgegen den beschwerdeführerischen Behauptungen – zur Schlussfolgerung, dass der Bundesrat im Rahmen seiner Kompetenz gestützt auf Art. 27 ArG durchaus nicht nur eine vollständige Befreiung vom Sonntagsarbeitsverbot statuieren darf. Vielmehr ist es dem Bundesrat erlaubt, diejenigen Regelungen zu erlassen, welche es ermöglichen, vom Sonntagsarbeitsverbot nur insofern abzuweichen, als es mit Rücksicht auf die besonderen Verhältnisse notwendig ist. Somit war es dem Bundesrat im Rahmen der verfassungsmässigen Grundsätze auch erlaubt, die Ausnahme vom Verbot der Sonntagsarbeit in Art. 25 ArGV 2 für die Dauer der Touristiksaison zu gestatten, mithin eine blosse teilweise Ausnahme vom grundsätzlichen Sonntagsarbeitsverbot zu statuieren. Offensichtlich entsprach es der Rechtsauffassung des Bundesrates, dass nicht jedes irgendwie geartete touristische Bedürfnis die Ausserkraftsetzung des Sonntagsarbeitsverbotes rechtfertigen kann. Werden damit die berechtigten Interessen der Geschäftsinhaber im AVOS einerseits und die Interessen bzw. der Schutz der Arbeitnehmerschaft andererseits berücksichtigt, überzeugt diese Auffassung: Während der Zeit, in der bloss unterdurchschnittliche touristische Aktivitäten bestehen, rechtfertigt sich nach der zutreffenden Auffassung des Bundesrates ein Eingriff in die Arbeitnehmerrechte im Sinne der Aufhebung des grundsätzlichen Sonntagsarbeitsverbots nicht. Hingegen dürfen die betreffenden Betriebe selbstverständlich an den übrigen Tagen der Woche im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben für die verbliebenen Touristen verfügbar sein. Eine Verletzung des Legalitätsprinzips ist entsprechend nicht gegeben. Art. 27 ArG bildet (zusammen mit dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit nach Art. 5 Abs. 2 BV bzw. Art. 36 Abs. 3 BV) eine genügende gesetzliche Grundlage für Art. 25 ArGV 2.

(...)

4.

Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass die angefochtene Verfügung vom 27. Februar 2012 nicht zu beanstanden ist, weshalb die Beschwerden abzuweisen sind.

Kantons Luzern

Obergericht des Kantons Luzern, Urteil vom 14. Dezember 2011

Art. 330a OR, Art. 91 und 212 Abs. 1 ZPO; Streitwert eines Arbeitszeugnisses. Da ein gutes Arbeitszeugnis die Stellensuche ganz erheblich erleichtert, ist ein Streitwert von einem Bruttomonatslohn bei Zeugnisstreitigkeiten gerechtfertigt. Diese Faustregel gilt für Klagen auf Erteilung eines qualifizierten Arbeitszeugnisses (Vollzeugnis) im Sinne von Art. 330a Abs. 1 OR. Bei Klagen auf Änderung (Berichtigung und/oder Ergänzung) eines Vollzeugnisses kommt je nach der Bedeutung der Änderung ein entsprechend tieferer Streitwert zur Anwendung. Bei Klagen auf Ausstellung oder Änderung eines einfachen Zeugnisses (Arbeitsbestätigung) gemäss Art. 330a Abs. 2 OR müssen schon besondere Umstände vorliegen, dass der Streitwert die Spruchkompetenz der Schlichtungsbehörde (bis Fr. 2000.–) übersteigt. Eine reine Arbeitsbestätigung erleichtert kaum das wirtschaftliche Fortkommen, wird doch diese in der Arbeitswelt im Allgemeinen gedeutet, dass die Leistungen und/oder das Verhalten des Arbeitnehmers zu beanstanden waren (E. 5.2.3 und 5.2.4).

Sachverhalt:

Vor der Schlichtungsbehörde Arbeit verlangte der Kläger (Arbeitnehmer) von der Beklagten (Arbeitgeberin) die Abänderung seines Arbeitszeugnisses. Eine Einigung kam nicht zustande. Da ein entsprechender Antrag des Klägers im Sinne von Art. 212 Abs. 1 ZPO vorlag und die Schlichtungsbehörde einen Streitwert von höchstens Fr. 1000.– annahm, entschied diese in der Sache selbst. Vor Obergericht machte die Beklagte geltend, die Schlichtungsbehörde hätte nicht in der Sache entscheiden dürfen, sondern dem Kläger eine Klagebewilligung ausstellen sollen.

Aus den Erwägungen:

5.2 Ob die Vorinstanz zur Entscheidfällung kompetent war, hängt somit vom Streitwert der Klage ab. Dieser bestimmt sich durch das Rechtsbegehren oder wird – sofern wie hier das Rechtsbegehren nicht auf eine bestimmte Geldsumme lautet – vom Gericht festgesetzt, sofern sich die Parteien darüber nicht einigen oder ihre Angaben offensichtlich unrichtig sind (Art. 91 ZPO).

5.2.1 Der Kläger verlangte im Schlichtungsgesuch vom 2. Mai 2011 die Abänderung des Arbeitszeugnisses. Einen bestimmten Streitwert nann-

te er nicht. Die Akten geben auch keinen Anhaltspunkt, dass sich die Parteien auf einen Streitwert geeinigt hätten. Es lag daher an der Schlichtungsbehörde, den Streitwert festzusetzen. Sie führte dazu aus, Zeugnisstreitigkeiten seien vermögensrechtlicher Natur. Vielfach – und so auch die Praxis des Arbeitsgerichts des Kantons Luzern – werde für den Zuspruch eines Arbeitszeugnisses als Streitwert ein Monatslohn eingesetzt, während dem für eine blosser Berichtigung des Arbeitszeugnisses in der Regel ein erheblich tieferer Wert veranschlagt werde. Hier gehe die Schlichtungsbehörde von einem Streitwert von höchstens Fr. 1000.– aus, womit ihre Zuständigkeit für ein Urteil gegeben sei. Zu prüfen ist, ob dieser Streitwert angemessen ist.

5.2.2 Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sind Zeugnisprozesse vermögensrechtlicher Natur (BGE 116 II 379 E. 2b S. 380; Urteil des Bundesgerichts 4C.60/2005 vom 28.04.2005 E. 1). Begründet wird dies damit, dass der Anspruch auf ein Zeugnis (Art. 330a OR) dem Arbeitnehmer das wirtschaftliche Fortkommen erleichtern soll (BGE 74 II 44). Der Klage auf Ausstellung oder Formulierung eines Arbeitszeugnisses ist demnach ein Streitwert beizumessen. Der Streitwert wird in erster Linie durch die Parteien einvernehmlich festgesetzt (REHBINDER/STÖCKLI, Berner Komm., Art. 330a OR N 23). Sofern dieser nicht offensichtlich unrichtig ist, stellen die Gerichte auch bei Zeugnisstreitigkeiten auf den von den Parteien angegebenen Streitwert ab (Urteil des Bundesgerichts 4C.337/2004 vom 05.11.2004 E. 6.; BGE 116 II 379 E. 2b S. 380). Geben die Parteien keinen Streitwert an oder ist dieser streitig, setzt das Gericht den Streitwert fest. Unter der Herrschaft der kantonalen Zivilprozessordnungen entwickelten sich in den Kantonen unterschiedliche Regeln für die Festlegung des Streitwertes nach richterlichem Ermessen. Die Spannweite reicht von einem symbolischen Betrag von Fr. 50.– (Kanton Bern) bis zu einem Monatslohn und mehr (z.B. Kanton Zürich, Aargau, Thurgau; s. Hinweise bei REHBINDER/STÖCKLI, a.a.O., Art. 330a OR N 23; MICHEL HEINZMANN/WILLI EGLOFF, Das zukünftige arbeitsgerichtliche Verfahren im Kanton Bern, in: ZBJV 146 [2010] S. 1058; Urteil des Bundesgerichts 8C_151/2010 vom 31.08.2010 E. 2.4). Das Arbeitsgericht und das Obergericht des Kantons Luzern sind praxisgemäss von einem Streitwert von einem Monatslohn ausgegangen (Urteil des Obergerichts 11 07 32 i.S. S.A. gegen CH-S. AG vom 25.05.2007 E. 1; Urteil des Obergerichts 11 06 13 i.S. M.A. gegen M.K. AG vom 11.05.2006 E. 1; Urteil des Obergerichts 11 08 446 i.S. J.H. gegen B AG vom 05.01.2009 E. 1). Ob nach der Vereinheitlichung des Zivilprozessrechts auf Bundesebene eine solche Diskrepanz bei den Streitwerten noch tolerierbar ist, ist fraglich.

5.2.3 Soweit ersichtlich, musste sich das Bundesgericht seit Einführung der Schweizerischen Zivilprozessordnung noch nicht ausdrücklich zu dieser Frage äussern (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_385/2011 vom 07.10.2011 E. 1.2). Noch in der jüngsten Vergangenheit lehnte es das Bundesgericht ab, den Streitwert in Verfahren betreffend Ausstellung oder In-

halt eines Arbeitszeugnisses absolut nach einer bestimmten Anzahl Monatslöhnen zu bestimmen. Im Sinne eines allgemeinen Grundsatzes berücksichtigt es die Erschwerung des beruflichen Fortkommens des Arbeitnehmers. In Betracht fallen dabei Kriterien wie Beruf, Qualifikation, Funktion, Dauer des Arbeitsverhältnisses, Lohnniveau und die Situation auf dem Arbeitsmarkt (Urteil des Bundesgerichts 8C_151/2010 vom 31.08.2010 E. 2.5–2.8). Allerdings ist die Ausgangslage für das Bundesgericht eine andere als für die erstinstanzlichen Gerichte. Das Bundesgericht hat nur zu prüfen, ob der in der Vorinstanz angenommene Streitwert angemessen ist. Ein Abweichen davon drängt sich nur auf, wenn der Streitwert überhaupt streitig ist und die Parteien substantiierte Ausführungen zum Streitwert machen, die es dem Bundesgericht erlauben, den Streitwert ohne weiteres zu schätzen. Demgegenüber stehen die erstinstanzlichen Gerichte häufig vor der Aufgabe, den Streitwert für die Ausstellung bzw. Abänderung eines Arbeitszeugnisses zu bestimmen, ohne dass sich die Parteien selber dazu äussern. Deshalb ist es notwendig, ihnen eine einfache und zuverlässige Methode zur Bestimmung des Streitwertes eines Arbeitszeugnisses an die Hand zu geben (a.M. SUSANNE JANSSEN, Die Zeugnisspflicht des Arbeitgebers, Bern 1996, S. 164). Weil es schlechterdings unmöglich ist, die genannten Bewertungskriterien (Beruf, Qualifikation, Funktion, Höhe des Lohns, Dauer des Arbeitsverhältnisses, Arbeitsmarkt) so in eine Argumentationskette einzuordnen, dass am Schluss eine bestimmte Zahl herauskommt (JAR 1990 S. 220), bleibt das Obergericht bei seiner Praxis, den Streitwert von Arbeitszeugnissen grundsätzlich auf einen Monatslohn festzulegen, und zwar auf einen Bruttomonatslohn, da sich dieser Lohn in der Regel sicher bestimmen lässt. Soweit ersichtlich, halten auch die Gerichte des Kantons Zürich an ihrer bisherigen Praxis von einem Monatslohn fest (siehe Internetauftritt: <http://www.gerichte-zh.ch/themen/arbeit/hilfen/prozesskosten.html>; dito Praxis in Deutschland: <http://www.arbeitszeugnis.de/Streitwert.php>). Bei Zeugnisstreitigkeiten nur von einem bloss symbolischen oder nur wenige hundert Franken hohen Streitwert auszugehen (JAR 1996 S. 342 ff.), wird der vermögensrechtlichen Natur der Streitsache nicht gerecht. Arbeitszeugnisse stellen eine wesentliche Entscheidungshilfe für Arbeitgeber dar, wenn es um die Einstellung von neuen Mitarbeitenden geht. Ein gutes Arbeitszeugnis erleichtert deshalb die Stellensuche ganz erheblich (EDI CLASS, Das Arbeitszeugnis und seine Geheimcodes, 6. Aufl., S. 10 f.). Der Arbeitnehmer erhofft sich ein Zeugnis, das ihm wenn möglich zu einer besseren, zumindest aber zu einer gleichwertigen Anstellung verhilft. So gesehen ist der Streitwert von einem Bruttomonatslohn bei Zeugnisstreitigkeiten gerechtfertigt. Die Parteien haben es in der Hand, dem Gericht Argumente vorzutragen die zu einer Anpassung des sonst üblichen Streitwertes nach oben oder, nach unten führen können, um so dem Einzelfall gerecht zu werden. Das Gericht wird seinerseits verpflichtet, die Abweichung vom sonst üblichen Streitwert zu begründen.

5.2.4 Die Faustregel eines Bruttomonatslohns als Streitwert gilt für Klagen auf Erteilung eines qualifizierten Arbeitszeugnisses (Vollzeugnis) im Sinne von Art. 330a OR. Dieses gibt nicht nur Auskunft über die Art und Dauer des Arbeitsverhältnisses, sondern es äussert sich ebenso zu Leistung und Verhalten des Arbeitnehmers. Es hat alle wesentlichen Tatsachen und Bewertungen zu enthalten, die für dessen Gesamtbeurteilung von Bedeutung sind (CLASS, a.a.O., S. 15, JANSSEN, a.a.O., S. 18, REHBINDER/STÖCKLI, a.a.O., Art. 330a OR N 6). Bei Klagen auf Änderung (Berichtigung und/oder Ergänzung) eines Arbeitszeugnisses kommt je nach der Bedeutung der Änderung ein entsprechend tieferer Streitwert zur Anwendung. Richtschnur ist dabei, welche Bedeutung die streitige Textpassage für das wirtschaftliche Fortkommen des Arbeitnehmers hat. Sind Berichtigungen oder Ergänzungen streitig, die die übrigen Zeugnisaussagen zur Führung und Leistung des Arbeitnehmers bestätigen oder relativieren, kann das Gericht zur Überzeugung kommen, dass sich eine Reduktion des Streitwerts nicht rechtfertigt. Demgegenüber kann eine bewertungsneutrale Berichtigung oder Ergänzung (z.B. Beginn des Stellenantritts stimmt nicht) zu einem sehr geringen Streitwert führen. Eine zahlenmässige Vorgabe der Streitwerthöhe im Sinne einer Faustregel (z.B. Klage auf Berichtigung eines Zeugnisses = $\frac{1}{2}$ Bruttomonatslohn) drängt sich bei Klagen auf Änderung eines Arbeitszeugnisses nicht auf. Immerhin wird sich nur ausnahmsweise ein Streitwert rechtfertigen, der die Spruchkompetenz der Schlichtungsbehörde begründet, wenn Zeugnisaussagen streitig sind, die den Arbeitnehmer in ein ungünstigeres Licht stellen und das sonst gute Zeugnis relativieren.

Bei Klage auf Ausstellung oder Änderung eines einfachen Zeugnisses (Arbeitsbestätigung) ist es gerade umgekehrt. Das einfache Zeugnis gibt ausschliesslich Auskunft über die Dauer der Anstellung und die ausgeübte Funktion. Bemerkungen über Leistung und Verhalten sowie der Kündigungsgrund dürfen darin nicht enthalten sein (CLASS, a.a.O., S. 19; REHBINDER/STÖCKLI, a.a.O., Art. 330a OR N 5). Hier müssen schon besondere Umstände vorliegen, dass der Streitwert die Spruchkompetenz der Schlichtungsbehörde (bis Fr. 2000.– [Art. 212 Abs. 1 ZPO]) übersteigt. Eine reine Arbeitsbestätigung erleichtert kaum das wirtschaftliche Fortkommen, wird doch diese in der Arbeitswelt im Allgemeinen gedeutet, dass die Leistungen und/oder das Verhalten des Arbeitnehmers zu beanstanden waren (JANSSEN, a.a.O., S. 19).

6.

Im konkreten Fall hat der Kläger der Beklagten einen Zeugnisvorschlag unterbreitet, den die Beklagte weitgehend zum Zeugnis erhob. Streitig ist ausschliesslich der letzte Absatz. Der Kläger versuchte schon aussergerichtlich, diesen durch einen vom ihm vorformulierten Absatz zu ersetzen. Die Beklagte weigerte sich mit der Begründung, der Arbeitgeber könne den Beendigungsgrund erwähnen, wenn dieser zur Schilderung des Gesamtbildes notwendig sei, und fügte an, dies sei bei den besonderen

Umständen im Zusammenhang mit dem 13. April 2010 hier gerechtfertigt. Die Parteien konnten sich in der Folge nicht einigen. Im Gegenteil. Die Beklagte doppelte im Schreiben vom 10. März 2011 nach, sie erachte es aufgrund der besonderen Umstände und des Verhaltens der Geschäftsleitungsmitglieder als unbedingt nötig, die Art und Weise der Beendigung des Arbeitsverhältnisses zur Darstellung eines richtigen Gesamtbildes im Zeugnis zu erwähnen. Als Alternative bot sie dem Kläger die Ausstellung einer Arbeitsbestätigung an. Ein Vergleich des erteilten Zeugnisses mit dem vom Kläger gewünschten zeigt deutlich, dass der streitige Absatz das Gesamtbild des Zeugnisses erheblich tangiert. Während der vom Kläger gewünschte Absatz das gute Zeugnis abschliessend bestärkt, relativiert der letzte Absatz das an sich gute Arbeitszeugnis vom 31. Mai 2011 ganz entscheidend. Der letzte Absatz erweckt Zweifel an der Loyalität des Klägers gegenüber dem Arbeitgeber, was seine Chancen bei einem zukünftigen Arbeitgeber für eine Kaderstelle mindert. Streitig ist somit kein nebensächlicher Punkt im Zeugnis, weshalb die (nicht weiter begründete) Streitwertfestsetzung von Fr. 1000.– durch die Schlichtungsbehörde der Wichtigkeit der Sache für die Parteien nicht gerecht wird. Indes entkräftet der letzte Absatz das Zeugnis nicht vollends. Versierte Personalverantwortliche würden den Kläger kaum einzig wegen des letzten Absatzes im Arbeitszeugnis zum Voraus als möglichen Kandidaten für eine (Kader-)Stelle ausschliessen, sondern sich bei ihm nach seiner Sicht der Dinge, wie es zum Abgang kam, erkundigen, zumal – was gerichtsnotorisch ist – die Vorgänge bei der Beklagten für Schlagzeilen in der Presse sorgten. So gesehen rechtfertigt sich eine Reduktion des Streitwerts. Ermessensweise wird der Streitwert auf rund drei Viertel eines Bruttomonatslohns festgesetzt. Der Bruttomonatslohn (ohne Berücksichtigung der Spesen) betrug zuletzt Fr. 12 308.–, was abgerundet einen Streitwert von Fr. 9000.– ergibt.

7.

Der angenommene Streitwert von Fr. 9000.– übersteigt die Entscheidungskompetenz der Schlichtungsbehörde (Art. 212 Abs. 1 ZPO), weshalb ihr Urteil vom 15. Juni 2011 aufzuheben ist. Die Streitsache ist an die Schlichtungsbehörde zurückzuweisen, damit sie dem Kläger die Klagebewilligung ausstellen kann (Art. 209 Abs. 1 ZPO). Bei diesem Ausgang hat sich das Obergericht nicht (weiter) materiell zum Zeugnisstreit zu äussern. Dies wird Aufgabe des Arbeitsgerichts sein, sofern der Kläger klagt.

Obergericht des Kantons Luzern, Urteil vom 12. Januar 2012

Eine Berichtigung des Entscheids ist nur vorzunehmen, wenn das Urteilsdispositiv unklar, widersprüchlich oder unvollständig ist oder mit der Begründung im Widerspruch steht (Art. 334 Abs. 1 ZPO). Die Vorinstanz ging bei der Zusprechung der Ferienentschädigung von ei-

nem unzutreffenden Prozentsatz von 8,33% aus, ohne zu berücksichtigen, dass der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer stets eine solche von 10,64% ausgerichtet hat. Dabei handelt es sich nicht etwa um einen Schreib- oder Rechenfehler, der hätte berichtigt werden können, es ging vielmehr um eine inhaltliche Änderung des Entscheids. Da der Arbeitgeber die Begehren des Arbeitnehmers anerkannt hat, sind ihm die Kosten nach Art. 106 Abs. 1 ZPO aufzuerlegen (E. 6.1.2, 6.1.3).

Sachverhalt:

Der Kläger hatte gegen ein arbeitsgerichtliches Urteil beim Obergericht Berufung eingelegt, weil die Vorinstanz nicht berücksichtigt hatte, dass der Beklagte dem Kläger stets eine Ferienentschädigung von 10,64% ausgerichtet hatte. Vor Obergericht wurde das Verfahren zufolge Anerkennung durch den Beklagten abgeschrieben. Der Beklagte verlangte indes, die zweitinstanzlichen Kosten seien vollumfänglich dem Kläger aufzuerlegen, weil der Kläger ihn nach Ergehen des vorinstanzlichen Urteils nie kontaktiert habe und ihm die Gelegenheit verwehrt worden sei, den offensichtlichen Irrtum der Vorinstanz einvernehmlich zu bereinigen. Dem Kläger wäre das Berichtigungsverfahren nach Art. 334 ZPO zur Verfügung gestanden.

Aus den Erwägungen:

6.1.1. Das Berufungsverfahren wurde durch den Kläger eingeleitet. Er machte geltend, gemäss zutreffender Feststellung im vorinstanzlichen Urteil rechtfertige sich die Zusprechung einer Ferienentschädigung, wie sie vom Beklagten regelmässig bezahlt worden sei. Das Arbeitsgericht habe indessen übersehen, dass der Beklagte stets eine Ferienentschädigung von 10,64% bezahlt habe. Dies gehe aus sämtlichen Lohnabrechnungen des Beklagten eindeutig hervor. Für acht Monate seien somit je Fr. 266.– als Ferienentschädigung geschuldet, woraus sich ein Betrag von Fr. 2128.– ergebe, anstatt, wie vom Arbeitsgericht irrtümlicherweise eingerechnet, ein Betrag von Fr. 1666.–. Zudem sei der Zins antragsgemäss zu gewähren, weil bei der Auflösung des Arbeitsverhältnisses sämtliche Ansprüche des Klägers spätestens fällig geworden seien und dies vom Beklagten nie bestritten worden sei.

6.1.2. Bei den Vorbringen des Klägers handelt es sich nicht um Begehren, die einer Berichtigung des Urteilsdispositivs durch die Vorinstanz zugänglich gewesen wären. Eine Berichtigung ist nur vorzunehmen, wenn das Dispositiv unklar, widersprüchlich oder unvollständig ist oder mit der Begründung im Widerspruch steht (Art. 334 Abs. 1 ZPO). Die Berichtigung dient nicht der Abänderung eines Entscheids, sondern der inhaltlichen Klarstellung und Beseitigung von formellen Fehlern. Eine Berichtigung ist vorzunehmen, wenn im Urteilsdispositiv Schreib- und Rechenfeh-

ler, Irrtümer in den Parteibezeichnungen oder ein Vertausch der klagenden und beklagten Partei enthalten sind (HERZOG, Basler Komm., Basel 2010, Art. 334 ZPO N 1 und 7).

Das Dispositiv der Vorinstanz war nicht unklar, sondern stimmte mit E. 4 überein, wonach eine Ferienentschädigung von 8,33% bzw. Fr. 1666.– brutto geschuldet sei. Die Vorinstanz hat nicht berücksichtigt, dass der Beklagte dem Kläger stets eine Ferienentschädigung von 10,64% ausgerichtet hat. Sie ging daher von einem unzutreffenden Prozentsatz von 8,33% aus. Dabei handelt es sich nicht um einen Schreib- oder Rechenfehler, der hätte berichtigt werden können. Es ging vielmehr um eine inhaltliche Änderung des Entscheids (vgl. Urteil des Bundesgerichts 5A_860/2010 vom 25.08.2011 E. 2). Dasselbe gilt für den vor Obergericht beantragten Zins von 5% auf Fr. 10 834.85 netto seit dem 1. Dezember 2010. Um zu einer Änderung des Urteilspruchs zu kommen, musste der Kläger daher Berufung einlegen.

6.1.3. Der Beklagte hat die Begehren des Klägers anerkannt, weshalb die Kosten nach Art. 106 Abs. 1 ZPO ihm aufzuerlegen sind. Für eine Kostenverlegung nach Art. 107 ZPO bleibt nach dem Gesagten kein Platz.

Obergericht des Kantons Luzern, Urteil vom 30. Januar 2012

In der Literatur ist umstritten, ob sich die Pflicht zur Unterziehung einer ärztlichen Untersuchung unmittelbar aus der Treuepflicht des Arbeitnehmers gemäss Art. 321a Abs. 1 OR ergibt oder ob es einer besonderen Vereinbarung im Vertrag bedarf. Gemäss h.L. darf der Arbeitgeber eine vertrauensärztliche Untersuchung auch dann verlangen, wenn dies im Arbeitsvertrag nicht ausdrücklich vorgesehen ist, sofern er aufgrund objektiver Anhaltspunkte an der Richtigkeit des Arztzeugnisses zweifelt. Vorliegend bestätigte ein vom Arbeitgeber angefragter Arzt in Marokko, Marokkaner würden nach Marokko in die Ferien fahren und Krankenatteste kaufen. Da somit objektive Anhaltspunkte für eine Infragestellung dieses vom Arbeitnehmer beigebrachten Arbeitszeugnisses vorlagen, war der Arbeitgeber berechtigt, eine vertrauensärztliche Untersuchung zu verlangen (E. 4.5.1, 4.5.3).

Sachverhalt:

Der Kläger war bei der Beklagten ab 18. Februar 2008 als System Engineer angestellt. Die Beklagte kündigte das Arbeitsverhältnis am 26. März 2009 mit einer Kündigungsfrist von drei Monaten auf den 30. Juni 2009. Im Berufungsverfahren war streitig, ob der Kläger während der Kündigungsfrist arbeitsunfähig war und sich dadurch die Kündigungsfrist verlängerte.

Aus den Erwägungen:

4.5.1. Der Beweis für die Arbeitsverhinderung durch Krankheit oder Unfall obliegt dem Arbeitnehmer und wird meist durch Arztzeugnisse erbracht. Ein Arztzeugnis verbessert die Beweislage des Arbeitnehmers entscheidend, da die Gerichte meistens darauf abstellen, solange nicht begründete Zweifel an dessen Richtigkeit geweckt wurden. Zweifel ergeben sich vor allem dann, wenn der Beginn der attestierten Arbeitsunfähigkeit mehrere Tage und ohne nachvollziehbare Gründe vor der Erstkonsultation liegt, die vertrauensärztliche Untersuchung oder im Prozess die erforderliche Entbindung vom Arztgeheimnis verweigert wird, häufig der Arzt gewechselt wird oder ausserbetriebliche Aktivitäten oder geleistete Arbeit das Zeugnis in Frage stellen (STREIFF/VON KAENEL, Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht, 6. Aufl., Art. 324a/b OR N 12).

In der Literatur ist umstritten, ob sich die Pflicht zur Unterziehung einer ärztlichen Untersuchung unmittelbar aus der Treuepflicht des Arbeitnehmers gemäss Art. 321a Abs. 1 OR ergibt oder ob es einer besonderen Vereinbarung im Vertrag bedarf. Das Bundesgericht hat diese Frage bisher offen gelassen (BGE 125 III 70 E. 3c S. 76). Die herrschende Lehre geht aber davon aus, dass der Arbeitgeber eine vertrauensärztliche Untersuchung auch dann verlangen darf, wenn dies im Arbeitsvertrag nicht ausdrücklich vorgesehen ist, sofern er aufgrund objektiver Anhaltspunkte an der Richtigkeit des Arztzeugnisses zweifelt (MÜLLER/VON GRAFFENRIED, Unterschiede zwischen privatrechtlicher und öffentlich-rechtlicher Anstellung, in: recht 2011 S. 163; RUDOLPH/VON KAENEL, Arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit – Eine rechtliche Auslegeordnung zu einem um sich greifenden Phänomen, in: SJZ 106 [2010] S. 365 FN 30; STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., Art. 324a/b OR N 12; PORTMANN, Basler Komm., 5. Aufl., Art. 324a OR N 25; ROLAND MÜLLER, Arztzeugnisse in arbeitsvertraglichen Streitigkeiten, in: AJP 2010 S. 170 mit Hinweis auf CA GE in JAR 1982, 113; GEISER/MÜLLER, Arbeitsrecht in der Schweiz, Bern 2009, N 434; REHBINDER/STÖCKLI, Berner Komm., Bern 2010, Art. 324a OR N 19; VISCHER, SPR, Bd. VII/4, Der Arbeitsvertrag, 3. Aufl., S. 128 FN 32; STAEHELIN, Zürcher Komm., 4. Aufl., Art. 324a OR N 10; vgl. auch Urteil des Luzerner Obergerichts vom 25.04.2006, in: JAR 2007 S. 461 = LGVE 2006 I Nr. 36). Wenn ein Arbeitnehmer behauptet, krank zu sein, und dies mit einem Zeugnis des Arztes seines Vertrauens beweisen will, so muss die Arbeitgeberin ihrerseits verlangen können, dass sich der Arbeitnehmer auch von einem Arzt ihres Vertrauens untersuchen lässt. Der Arbeitnehmer begeht eine Beweisvereitelung und trägt die Folgen der daraus resultierenden Beweislosigkeit gemäss Art. 8 ZGB für den Fall, dass er den Vertrauensarzt nicht insoweit vom Arztgeheimnis entbindet, als dies zur Beantwortung der berechtigten Fragen der Arbeitgeberin notwendig ist (MÜLLER, a.a.O., S. 171). Die Verweigerung einer berechtigterweise verlangten vertrauensärztlichen Untersuchung ist als Entkräftung eines beste-

henden Arbeitsunfähigkeitszeugnisses durch den Arbeitnehmer einzustufen (RUDOLPH/VON KAENEL, a.a.O., S. 365). Verweigert der Arbeitnehmer trotz entsprechender Abmahnung die grundsätzlich berechtigterweise geforderte Untersuchung ohne triftigen Grund, fällt der Lohnfortzahlungsanspruch dahin (GEISER/MÜLLER, a.a.O., N 435).

4.5.2. Es ist unbestritten, dass die Beklagte die vertrauensärztliche Untersuchung bei Dr. X. verlangte und der Kläger sich dieser auch unterzog. Unbestritten ist ebenfalls, dass der Kläger Dr. X. nicht von der ärztlichen Schweigepflicht entband, auch nicht im vorliegenden Verfahren. Die Beklagte bestreitet, je Auskunft über die Arbeitsfähigkeit oder Arbeitsunfähigkeit des Klägers erhalten zu haben. Der Kläger macht jedoch geltend, vier Ärzte hätten seine Krankheit schriftlich bestätigt und legt diesbezüglich die auf dem Schreiben der Beklagten vom 27. April 2009 angefügte Bestätigung von Dres. X. («das macht der Hausarzt. Wir arbeiten nicht für den Arbeitgeber, sondern für Patienten») auf. Aus dieser Bestätigung sowie den übrigen Akten geht nicht hervor, dass Dr. X. eine Arbeitsunfähigkeit des Klägers bestätigte.

Die übrigen von der Beklagten mit E-Mail vom 20. April 2009 vorgeschlagenen Vertrauensärzte in Marokko hat der Kläger nicht aufgesucht. Mit E-Mail vom 30. April 2009 teilte ihm die Beklagte mit, sie würde weiterhin von seiner Arbeitsfähigkeit ausgehen, sollte er die bezeichneten Vertrauensärzte Dres. X. nicht von der Schweigepflicht entbinden oder keine Bestätigung der Vertrauensärzte für seine Krankheit beibringen. Zudem hat er sich trotz Aufforderung der Beklagten vom 4. bzw. 8. Mai 2009 auch keiner vertrauensärztlichen Untersuchung in der Schweiz unterzogen. Dies ist unbestritten.

4.5.3. Das Arztzeugnis vom 13. April 2009 stammt von Dr. Y., Chirurgie Générale. Es wurde während der Kündigungsfrist in Marokko ausgestellt. Aus den Akten geht nicht hervor, dass der Kläger bereits vorher Krankheitsanzeichen aufgewiesen hätte. Gemäss Angaben des Direktors des Krankenhauses, wo Dr. Y. arbeitet, hätte das ärztliche Attest zudem obligatorisch auf Briefpapier mit vorgedrucktem Briefkopf des Krankenhauses ausgestellt werden müssen. Das Attest sei zudem weder im Register eingetragen noch mit einer Ordnungsnummer versehen gewesen. Dr. Z., Arzt in Marokko, hat ausserdem in seinem Schreiben vom 5. Juni 2009 bestätigt, dass Marokkaner nach Marokko in die Ferien fahren und Krankenatteste kaufen würden. Da objektive Anhaltspunkte für eine Infragestellung dieses vom Kläger beigebrachten Arbeitszeugnisses vorlagen, war die Beklagte berechtigt, eine vertrauensärztliche Untersuchung zu verlangen. Dies ist unbestritten.

Durch die Nichtentbindung der Vertrauensärztin Dr. X. von ihrer Schweigepflicht in Bezug auf die berechtigten Fragen der Beklagten bzw. durch die Weigerung des Klägers, andere Vertrauensärzte aufzusuchen, wurden begründete Zweifel an der Richtigkeit der vom Kläger aufgelegten Arztzeugnisse erweckt. Zu berücksichtigen ist auch, dass der Hausarzt

Dr. W. am 4. Mai 2009 mehrere Wochen rückwirkend eine Arbeitsunfähigkeit feststellte und davon ausgegangen werden muss, dass der Kläger von seinen Vertrauensärzten hauptsächlich aufgrund seiner Aussagen für arbeitsunfähig erklärt worden ist, hat doch Dr. V. in seinem Schreiben vom 7. Mai 2009 festgehalten, beim Kläger liege eine reaktiv bedingte psychische Dekompensation mit depressiver Symptomatik und Ängsten und psychosomatischen Beschwerden vor in Folge eines beruflichen Konflikts.

Erstinstanzlich beantragte der Kläger zu Punkt 5 der Replik (Ärztliches Attest/Fälschung) die Zeugenbefragungen von Dr. Y., Dr. W. und Dr. V. ohne jedoch anzugeben, was welcher Zeuge bestätigen soll. Vor Obergericht beantragte er keine weiteren Beweismittel, um seine Arbeitsunfähigkeit nachzuweisen. Es bleiben daher beachtliche Zweifel an der Arbeitsunfähigkeit des Klägers bestehen.

4.5.4. Die Arbeitsunfähigkeit des Klägers ist folglich nicht rechtsgenüglich nachgewiesen.

Obergericht des Kantons Luzern, Urteil vom 7. Februar 2012

Nachdem der Arbeitgeber durch die Freistellung auf sein Weisungsrecht weitgehend verzichtet, kann allein im Schweigen auf seine einseitige Anordnung, die Überzeit während der Freistellung zu kompensieren, kein konkludentes Einverständnis der Arbeitnehmerin erblickt werden, zumal diese Anordnung zu ihren Lasten geht. Mit der Empfangsbestätigung zur Anordnung gibt die Arbeitnehmerin noch kein Einverständnis (E. 4.2).

Sachverhalt:

Die Klägerin war ab 1. November 1989 bei der Beklagten angestellt. Ende April 2008 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis per 31. Juli 2008 unter sofortiger Freistellung. Streitig war, ob die Klägerin verpflichtet war, während der Freistellung Überzeit zu kompensieren.

Aus den Erwägungen:

4.1. Das Arbeitsgericht ist davon ausgegangen, dass die Klägerin während der Freistellung Überzeit im Umfang von 179 Stunden kompensiert hat. Die Klägerin stellt sich in der Berufung demgegenüber auf den Standpunkt, dass eine solche Kompensation entgegen den Feststellungen des Arbeitsgerichts nicht vereinbart war und nach Art. 341 Abs. 1 OR ohnehin nichtig wäre. Letzteres ist ohne weiteres unzutreffend, da die Klägerin selber auf den vom Arbeitsgericht angeführten BGE 123 III 84 verweist, der eine solche Vereinbarung bezüglich Überstunden zulässt. Somit ist zu prüfen, ob die Parteien eine entsprechende Abrede getroffen haben.

4.2. Das Arbeitsgericht hat aufgrund verschiedener Umstände eine konkludente Vereinbarung angenommen. Soweit es dabei Umstände im Zusammenhang mit Minusstunden berücksichtigt, eignen sich diese zur Begründung einer konkludenten Vereinbarung nicht, weil Minusstunden nicht nachgewiesen sind. Fest steht, dass die Beklagte die Kompensation angeordnet hat. Nachdem aber der Arbeitgeber durch die Freistellung auf sein Weisungsrecht weitgehend verzichtet (BGE 123 III 84 E. 5a S. 84 f.), kann allein im Schweigen auf eine solche einseitige Anordnung kein konkludentes Einverständnis der Arbeitnehmerin erblickt werden, zumal diese Anordnung zu ihren Lasten geht. Auch die Tatsache, dass die Klägerin während der von der Beklagten angeordneten Freistellung nicht zur Arbeit erschienen ist, kann nicht als Einverständnis zur Kompensation gedeutet werden. Denn die Freistellung wurde einseitig angeordnet und erfolgte nicht unter der Bedingung der Kompensation. Schliesslich kann auch im Umstand der Empfangsbestätigung der Kündigung durch die Klägerin keine Annahme hergeleitet werden. Wer eine Empfangsbestätigung abgibt, bestätigt nur (aber immerhin), eine Erklärung der Gegenseite zur Kenntnis genommen zu haben. Ein Einverständnis mit dem Inhalt der betreffenden Erklärung liegt damit nicht vor. Wer die Kenntnisnahme einer Kündigung bestätigt, verzichtet damit weder auf Rechte (beispielsweise auf die Anfechtung der Kündigung) noch auf Ansprüche (beispielsweise auf die Abgeltung von aufgelaufenen Überstunden). Die Behauptung der Beklagten, die Klägerin habe geschwiegen bzw. nicht opponiert, ist für ihren Standpunkt demnach ohne Belang, und die in diesem Zusammenhang angerufenen Zeugen sind bereits deswegen nicht einzuvernehmen.

4.3. Die Beklagte rügt weiter, das Verhalten der Klägerin sei rechtsmissbräuchlich. Bei lang andauernder Freistellung kann die Weigerung zur Kompensation offenbar rechtsmissbräuchlich im Sinne des Art. 2 Abs. 2 ZGB sein (BGE 123 III 84), wobei soweit ersichtlich nirgends näher ausgeführt wird, was eine lang andauernde Freistellung ist. Da es um eine ordentliche Kündigungsfrist von drei Monaten bei einem Arbeitsverhältnis von beinahe 20 Jahren geht, kann nicht per se von einer lang andauernden Freistellung ausgegangen werden. Zur Annahme eines offenbaren Missbrauchs bedarf es ausserordentlicher Umstände, da Art. 2 Abs. 2 ZGB einen ausgesprochenen Ausnahmetatbestand darstellt. Nicht einmal aus dem Umstand, dass im ungekündigten Verhältnis ein Kompensationsmodus tatsächlich gelebt wurde, kann gemäss der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung auf offenbaren Rechtsmissbrauch erkannt werden, wenn der Arbeitnehmer bei Freistellung durch den Arbeitgeber aufgelaufene Zeit entgolten haben will (Urteil des Bundesgerichts 4C.337/2001 vom 01.03.2002 E. 2b).

Ein offenbarer Rechtsmissbrauch kann auch nicht aus dem Umstand hergeleitet werden, dass nach Darstellung der Beklagten die Klägerin die Kündigung durch ihr Fehlverhalten verursacht hat. Denn die Beklagte hat sich Schadenersatzforderungen gegen die Klägerin ausdrücklich vorbehalten.

ten, so dass in diesem Zusammenhang nicht von einem Entgegenkommen auszugehen ist. Ob ein solches unter Umständen eine Kompensation unter dem Blickwinkel des offenbaren Rechtsmissbrauchs hätte rechtfertigen können, kann demnach offen bleiben.

4.4. Soweit sich die Beklagte auf Art. 13 Abs. 2 ArG bzw. Art. 25 Abs. 2 ArGV 1 und die dort unter anderem genannte Frist von zwölf Monaten beruft, ist sie bereits deswegen nicht zu hören, da es an einer entsprechenden Vereinbarung nach Art. 13 Abs. 2 ArG fehlt (vgl. auch STAEHELIN, Zürcher Komm., 4. Aufl., Art. 321c OR N 17).

4.5. Damit ist im Ergebnis festzuhalten, dass die Klägerin nicht verpflichtet war, während der Freistellung Überzeit zu kompensieren.

Obergericht des Kantons Luzern, Urteil vom 25. April 2012

Für die Gewährung der Realerfüllung des Konkurrenzverbots durch vorsorgliches Verbot der konkurrenzierenden Tätigkeit ist neben der Gefährdung oder Verletzung erheblicher Arbeitgeberinteressen ein besonders treuwidriges Verhalten des Arbeitnehmers vorausgesetzt. Lässt sich der Arbeitnehmer im Zusammenarbeitsvertrag mit dem neuen Arbeitgeber nicht nur die Bezahlung der Konventionalstrafe, sondern auch die unlimitierte Übernahme sämtlicher möglicher Kostenfolgen sowie nach Ablauf der einjährigen Sperrfrist die Stelle zu den gleichen Konditionen für mindestens drei Jahre zusichern, ist darin ein besonders treuwidriges Verhalten des Arbeitnehmers zu erblicken. Da vorliegend (atypischerweise) weder die Realerfüllung selbst noch deren vorsorgliche Anordnung den Arbeitnehmer einschneidend treffen können, sind keine erhöhten Anforderungen an das Arbeitgeberinteresse und dessen Glaubhaftmachung zu stellen (E. 10.6.1 und 10.6.2).

Sachverhalt:

Der Beklagte stand seit 15. März 2008 in einem Arbeitsverhältnis mit der Klägerin. Zunächst war er als Associate Product Manager tätig, zuletzt als International Product Manager. Der Einzelarbeitsvertrag vom 26./29. Februar 2008 enthält ein Konkurrenzverbot mit besonderer schriftlicher Realerfüllungsabrede i.S.v. Art. 340b Abs. 3 OR. Am 23. Januar 2012 kündigte der Beklagte das Arbeitsverhältnis per 31. Januar 2012. Am 24. Januar 2012 bestätigte die Klägerin die Kündigung, hielt fest, dass das Arbeitsverhältnis per 30. April 2012 ende, und stellte den Beklagten per sofort frei. In der Folge stellte die Klägerin der Vorinstanz ein Gesuch um vorsorgliche Massnahmen bzw. um Erlass eines vorsorglichen Verbots der konkurrenzierenden Tätigkeit an den Beklagten. Gegen den abweisenden Entscheid der Vorinstanz erhob die Klägerin Berufung ans Obergericht.

Aus den Erwägungen:

10.6.1. Der Arbeitsvertrag enthält eine formgültig abgeschlossene Realerfüllungsvereinbarung im Sinn von Art. 340b Abs. 3 OR. Die Realerfüllung ist grundsätzlich nur in Ausnahmefällen zu gewähren. Die verletzen oder bedrohten Interessen des Arbeitgebers und das Verhalten des Arbeitnehmers müssen die Beseitigung der Konkurrenzfähigkeit rechtfertigen. Vorausgesetzt ist hierfür einerseits eine Gefährdung oder Verletzung erheblicher Interessen des Arbeitgebers. Der Arbeitgeber muss besonders gewichtige Gründe dafür haben, die Einhaltung des Verbots zu verlangen. Gemeint ist damit in der Regel vorbehaltlich des Vorliegens besonderer immaterieller Interessen der hypothetische Schaden, der aufgrund der Verletzung droht. Zu verlangen ist zumindest, dass dieser deutlich grösser ist als die vereinbarte Konventionalstrafe und eine konkrete Wahrscheinlichkeit des Eintritts dieses Schadens besteht. Die Realerfüllung darf indes nicht auf eigentliche Notfälle beschränkt oder davon abhängig gemacht werden, dass der vom Arbeitgeber glaubhaft gemachte Schaden dessen Unternehmen existenziell bedroht. Daher darf die Realerfüllung auch Grossbetrieben oder Konzerngesellschaften nicht von vornherein verwehrt werden (BGE 131 III 473 = Pra 2006 Nr. 32 E. 3.2; LGVE 1990 I Nr. 16; PORTMANN, Basler Komm., 5. Aufl., Art. 340b OR N 6; STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsvertrag, 6. Aufl., Art. 340b OR N 8, mit Hinweisen auf die Rechtsprechung; CHRISTOPH NEERACHER, Das arbeitsvertragliche Konkurrenzverbot, Bern 2001, S. 119ff.). Vorausgesetzt ist andererseits ein besonders treuwidriges Verhalten des Arbeitnehmers. Darunter fallen nach Lehre und Rechtsprechung etwa die Nutzung von Mitteln des alten Arbeitgebers, eine Vereinbarung, wonach sich der Arbeitnehmer die Konventionalstrafe vom neuen Arbeitgeber bezahlen lässt, oder ganz allgemein ein Verhalten des Arbeitnehmers, das jegliche Bereitschaft, sich an das vereinbarte Verbot zu halten, vermissen lässt (STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., Art. 340b OR N 8, mit Hinweisen auf die Rechtsprechung; NEERACHER, a.a.O., S. 120f.).

Es ist eine Interessenabwägung vorzunehmen, wobei Art. 340b Abs. 3 OR dem Gericht einen weiten Ermessensspielraum einräumt. Wenn es, wie hier, um die vorsorgliche Realerfüllung geht, kommt der Interessenabwägung im Rahmen der Nachteilsprognose besondere Bedeutung zu. Je einschneidender die vorsorgliche Massnahme den Arbeitnehmer treffen kann, desto höhere Anforderungen sind an die Glaubhaftmachung, an die Prognose über den Ausgang der Streitigkeit in der Hauptsache und an die Würdigung der Nachteile, die für die Parteien durch die Massnahme entstehen können, zu stellen. Je eher somit die vorsorglichen Massnahmen geeignet sind, die Lage des Arbeitnehmers zu beeinträchtigen, umso grösser müssen die Nachteile des Arbeitgebers und die Erfolgschancen der Hauptsache sein.

10.6.2. Der Beklagte hat sich im Zusammenarbeitsvertrag vom 17./23. Januar 2012 von der X. AG nicht nur die Bezahlung der Konventionalstrafe, sondern auch die unlimitierte Übernahme sämtlicher möglicher Kostenfolgen zusichern lassen. Er hat sich, offenkundig im Bewusstsein, dass eine Realerfüllungsabrede besteht und er ein bestehendes Konkurrenzverbot verletzt, für den Fall abgesichert, dass die Klägerin die Realerfüllung durchsetzen würde und könnte. Damit hat er ein Verhalten an den Tag gelegt, das jegliche Bereitschaft vermissen lässt, sich an das vereinbarte Verbot zu halten. Bereits dies erscheint als besonders treuwidrig im dargelegten Sinn. Darüber hinaus sind sowohl der Beklagte als auch seine neue Arbeitgeberin offensichtlich davon ausgegangen oder haben zumindest damit gerechnet, dass die Klägerin ein Realerfüllungsrecht hat und dieses durchsetzen wird und kann. Angesichts des grob erscheinenden Vertragsbruchs durch den Beklagten sind die Anforderungen an das Arbeitgeberinteresse nicht hoch anzusetzen.

Der Beklagte hat sodann im Fall der Gewährung der Realerfüllung für die Dauer der einjährigen Sperrfrist ab 1. Mai 2012 keinerlei finanzielle Einbussen zu gewärtigen und überdies die Gewähr, dass er nach Ablauf der Sperrfrist die Stelle zu den gleichen Konditionen für mindestens drei Jahre antreten kann. Dadurch unterscheidet sich der vorliegende Fall grundlegend von den üblicherweise zu beurteilenden Fällen betreffend vorsorgliche Arbeitsverbote und den üblicherweise mit einem solchen Verbot verbundenen gravierenden negativen Folgen für den Arbeitnehmer.

Da atypischerweise weder die Realerfüllung selbst noch deren vorsorgliche Anordnung den Beklagten einschneidend treffen können, sind – entgegen der Auffassung der Vorinstanz und des Beklagten – keine erhöhten Anforderungen an das Arbeitgeberinteresse und an dessen Glaubhaftmachung zu stellen. Dass der hypothetische Schaden, der der Klägerin droht, deutlich grösser ist als die vereinbarte Konventionalstrafe von Fr. 50 000.– und bei Aufnahme der geplanten konkurrenzierenden Tätigkeit des Beklagten eine konkrete Wahrscheinlichkeit des Eintritts dieses Schadens besteht, ist hinreichend glaubhaft gemacht. Ein besonders krass treuwidriges Verhalten des Arbeitnehmers, welches hier in Frage steht, könnte die Realerfüllung im Übrigen sogar in einem Fall rechtfertigen, in welchem das Schadenspotenzial allein diese noch nicht nahegelegt hätte (ROGER RUDOLPH, Die Realexekution von arbeitsrechtlichen Konkurrenzverboten, in: TREX 6/2003 S. 326f.). Auch die Erfolgschancen der Hauptsache sind hinreichend glaubhaft gemacht. Die Klage erscheint klar als begründet.

Verwaltungsgericht des Kantons Luzern, Urteil vom 26. Oktober 2012

Art. 342 Abs. 1 lit. a OR. §§ 10 Abs. 3 und 16 Abs. 1 PG (LU). Das private Arbeitsrecht sieht keine explizite gesetzliche Grundlage für die Kündigung vor Stellenantritt vor. Gemäss Art. 335 Abs. 1 OR kann

ein unbefristetes Arbeitsverhältnis von jeder Vertragspartei gekündigt werden. Gestützt auf diese Bestimmung qualifiziert die herrschende Lehre und Rechtsprechung eine Kündigung vor Stellenantritt als zulässig. Die Kündigung vor Stellenantritt ist auch im öffentlichen Personalrecht zulässig. Dies ergibt sich nicht nur aus einer analogen Anwendung des Bundesprivatrechts, sondern entspricht auch der ratio legis des Luzerner Personalgesetzes (E. 3).

Aus den Erwägungen:

3.

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. 319ff. OR (HÄNNI, Beendigung öffentlicher Dienstverhältnisse, in: Münch/Metz, Stellenwechsel und Entlassung, Basel 2012, S. 215).

Das Luzerner Personalgesetz sieht in § 15 verschiedene Beendigungsarten des Arbeitsverhältnisses vor (vgl. lit. a–i). Die Kündigung vor Stellenantritt wird von diesem Katalog jedoch nicht umfasst. Auch der Botschaft zum Personalgesetz sind diesbezüglich keine Weiterungen zu entnehmen (GR 2001 429 ff., insbesondere S. 451). Trotz fehlender ausdrücklicher gesetzlicher Regelung ist eine Kündigung vor Stellenantritt nicht unzulässig. Das Personalgesetz kennt die Kündigung während der Probezeit (vgl. § 10 Abs. 3 PG) und die Kündigung nach der Probezeit (vgl. § 16 Abs. 1 PG sowie die vorliegend nicht interessierende Ausnahme nach Abs. 2). Allein daraus kann jedoch nicht abgeleitet werden, dass der Gesetzgeber eine Kündigung vor der Probezeit ausschliessen wollte. Solches liesse sich weder aus dem Gesetzestext noch aus der Gesetzessystematik folgern. Stellt der Arbeitgeber fest, dass er bei der Wahl von unzutreffenden Tatsachen ausging oder sich die Arbeitslage seither veränderte, muss eine Auflösung des Arbeitsverhältnisses umgehend möglich sein, was selbstverständlich auch für den Gewählten gilt. Die Beteiligten befinden sich ab dem Zeitpunkt der Wahl in einem besonderen Verhältnis, in welchem sie sich nach Treu und Glauben zu verhalten haben. Unter diesem Aspekt ist es wenig sinnvoll, bis zum Stellenantritt zuzuwarten und gleich am ersten Arbeitstag das Arbeitsverhältnis zu kündigen. Diese Vorgehensweise bringt denn auch Vorteile für beide Seiten mit sich, da der Arbeitnehmer sogleich mit der Stellensuche beginnen bzw. der Arbeitgeber ein neues Bewerbungsverfahren einleiten kann.

Anders als im privaten Arbeitsrecht kennt das öffentliche Personalrecht keine Kündigungsfreiheit. Wie bei all seinen Tätigkeiten bleibt das Gemeinwesen auch in diesem Bereich an das Willkürverbot, die Grundrechte und die verfassungsrechtlichen Grundprinzipien gebunden. Diese verfassungsmässigen Grundsätze gebieten es, dass sich Arbeitnehmer und Arbeitgeber gegenseitig über geänderte Ausgangslagen informieren, damit beide Seiten die Möglichkeit haben, entsprechende Massnahmen in die Wege zu leiten. Weiter ist die Kündigung vor Stellenantritt als Beendigungsart *sui generis* zwischen der ordentlichen und der fristlosen Beendigung anzusiedeln, weshalb auch bei dieser Beendigungsform die sonst im Personalrecht anwendbaren Prinzipien – insbesondere in formeller Hinsicht – zu beachten sind.

Nichts anderes ergibt schliesslich der Blick auf das Bundesprivatrecht. Auch das private Arbeitsrecht sieht keine explizite gesetzliche Grundlage für die Kündigung vor Stellenantritt vor. Gemäss Art. 335 Abs. 1 OR kann ein unbefristetes Arbeitsverhältnis aber von jeder Vertragspartei gekündigt werden. Gestützt auf diese Bestimmung qualifiziert die herrschende Lehre und Rechtsprechung eine Kündigung vor Stellenantritt als zulässig (vgl. PORTMANN, Basler Kommentar zum OR, 4. Aufl., Basel 2007, N 23 zu Art. 335). Umstritten ist hingegen, zu welchem Zeitpunkt die Kündigungsfrist zu laufen beginnt sowie welche finanziellen Folgen an die Kündigung vor Stellenantritt zu knüpfen sind.

Diese Fragen stellen sich auch im öffentlichen Personalrecht. Vermögensrechtliche Ansprüche sind jedoch im Klageverfahren zu beurteilen, weshalb vorliegend nicht weiter darauf einzugehen ist (vgl. § 72 Abs. 2 i.V.m. § 75 PG).

Damit steht fest, dass die Kündigung vor Stellenantritt im öffentlichen Personalrecht zulässig ist. Dies ergibt sich nicht nur aus einer analogen Anwendung des Bundesprivatrechts, sondern entspricht auch der *ratio legis* des Personalgesetzes.

Kanton St. Gallen

Kantonsgericht St. Gallen, Urteil vom 7. März 2012

Anhängige Klage bei der Schlichtungsstelle für Arbeitsverhältnisse. Gemäss Art. 68 ZPO kann sich jede prozessfähige Person im Prozess vertreten lassen (Abs. 1). Die berufsmässige Vertretung ist dabei grundsätzlich registrierten Anwälten vorbehalten (Art. 68 Abs. 2 lit. a ZPO), vor den Schlichtungsbehörden sind jedoch auch patentierte Sachwalter und Rechtsagenten zugelassen (Art. 68 Abs. 2 lit. b ZPO). Aus dem Gesetzestext ergibt sich somit, dass bei der berufsmässigen Vertretung das Anwaltsmonopol – in leicht abgeschwächter Form – auch für das Schlichtungsverfahren gilt und die berufsmässige Vertretung in den Verfahren im Bereich der schweizerischen Zivilprozessordnung, einschliesslich Schlichtungsverfahren, den in Art. 68 Abs. 2 ZPO genannten Personen vorbehalten ist. Im Schlichtungsverfahren können sich die Parteien von einem Rechtsbeistand oder einer Vertrauensperson begleiten lassen (Art. 204 Abs. 2 ZPO). Wenn vorliegend die Begleitung durch einen angestellten Rechtsanwalt einer Rechtsschutzversicherung ausdrücklich als «Rechtsbeistand» erfolgen sollte, war dies nicht zulässig, da ein angestellter Rechtsanwalt die Voraussetzungen von Art. 68 Abs. 2 lit. b ZPO nicht erfüllt (E. 3.b.aa. und cc).

Sachverhalt:

Die Beschwerdeführerin machte auf Briefpapier einer Rechtsschutzversicherung mit Angabe des zuständigen Mitarbeiters, Rechtsanwalt A.B., bei der Schlichtungsstelle für Arbeitsverhältnisse eine Klage anhängig. Darin kündigte sie an, Rechtsanwalt A.B. werde sie als «Rechtsbeistand» an die Schlichtungsverhandlung begleiten. Der Präsident der Schlichtungsstelle verfügte daraufhin, dass die Verbeiständung an der Schlichtungsverhandlung durch einen Vertreter der Rechtsschutzversicherung nicht zulässig sei. Dagegen erhebt die Beschwerdeführerin Beschwerde beim Kantonsgericht.

Aus den Erwägungen:

3.

a/aa) Der Präsident der Schlichtungsstelle stellt sich auf den Standpunkt, die berufsmässige Vertretung bleibe – auch im Schlichtungsverfahren – registrierten Anwältinnen und Anwälten vorbehalten. Dass das Ge-

setz in Art. 204 Abs. 2 ZPO die Möglichkeit einer Begleitung im Sinn einer Rechtsbeistandung einräume, dürfe kaum die Meinung haben, dass der Gesetzgeber das Anwaltsmonopol für das Schlichtungsverfahren habe lockern wollen. Entscheidend für die Zulassung einer Drittperson zum Verfahren – ob es sich nun um eine eigentliche Vertretung oder nur um eine Rechtsbeistandung handle – sei allein, ob diese berufsmässig agiere oder nicht.

bb) Die Beschwerdeführerin macht demgegenüber geltend, die blosser Begleitung im Rahmen des vorprozessualen Schlichtungsverfahrens im Sinn von Art. 204 Abs. 2 ZPO sei von der Vertretung einer Partei im Prozess, wie sie Art. 68 ZPO regle, zu unterscheiden. Die begleitete Partei müsse sich selber aktiv an der Verhandlung beteiligen; die Begleitperson habe sich im Hintergrund zu halten. Zudem sei der Kreis für die Auswahl der Begleitperson offen; in Art. 198 des Vorentwurfs sei denn auch noch explizit von der anwaltlichen Begleitung die Rede gewesen, während im heute anwendbaren Gesetzestext von Art. 204 Abs. 2 ZPO nur noch von Rechtsbeiständen die Rede sei. Schliesslich sei die Schlichtung eine vorgegerichtliche bzw. aussergerichtliche Streitbeilegung, die dem eigentlichen Gerichtsprozess vorgelagert sei, weshalb das Berufsmonopol der in einem kantonalen Anwaltsregister eingetragenen Rechtsanwälte nicht einfach unbesehen auf das Schlichtungsverfahren ausgeweitet werden könne.

b/aa) Gemäss Art. 68 ZPO kann sich jede prozessfähige Person im Prozess vertreten lassen (Abs. 1). Die berufsmässige Vertretung ist dabei grundsätzlich registrierten Anwälten vorbehalten (Art. 68 Abs. 2 lit. a ZPO), vor den Schlichtungsbehörden sind jedoch auch patentierte Sachwalter und Rechtsagenten zugelassen (Art. 68 Abs. 2 lit. b ZPO). Bereits aus dem Gesetzestext ergibt sich somit, dass bei der berufsmässigen Vertretung das Anwaltsmonopol – in leicht abgeschwächter Form – auch für das Schlichtungsverfahren gilt und die berufsmässige Vertretung in den Verfahren im Bereich der schweizerischen Zivilprozessordnung, einschliesslich Schlichtungsverfahren, den in Art. 68 Abs. 2 ZPO genannten Personen vorbehalten ist (vgl. STAEHELIN/SCHWEIZER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, a.a.O., N 7 zu Art. 68 ZPO). Insofern erscheint die Argumentation der Beschwerdeführerin, soweit sie auf eine unterschiedliche Behandlung von Schlichtungs- und Gerichtsverfahren hinausläuft, demnach als nicht stichhaltig, zumal die Schlichtungsbehörde unter Umständen sogar entscheiden kann (vgl. Art. 212 ZPO).

bb) Um der Besonderheit des Schlichtungsverfahrens Rechnung zu tragen, sind die Parteien grundsätzlich zum persönlichen Erscheinen vor den Schlichtungsbehörden verpflichtet und ist eine Vertretung nur in Ausnahmefällen möglich (Art. 204 Abs. 1 und Abs. 3 ZPO); allerdings können sich die Parteien von einer Rechtsbeistandin, einem Rechtsbeistand oder einer Vertrauensperson begleiten lassen (Art. 204 Abs. 2 ZPO).

Bei der Vertrauensperson ist der Kreis für die Auswahl der Begleitperson offen, d.h. begleiten kann jede Person, zu der die Partei ein beson-

deres Vertrauensverhältnis hat. Das Vertrauensverhältnis kann dabei auch beruflicher Natur sein, womit unter Umständen insbesondere ein Treuhänder oder ein anderer Berater als Vertrauensperson an einem Schlichtungsverfahren teilnehmen kann (vgl. URS EGLI, DIKE-Komm-ZPO, N 10 zu Art. 204 ZPO). Da die «Begleitung» dem bisherigen Terminus der Verbeiständung, d.h. der Unterstützung in der Verhandlung durch Dritte, entspricht (vgl. WYSS, Stämpfli's Handkommentar ZPO, N 5 zu Art. 204 ZPO), kann mit Rechtsbeiständin und Rechtsbeistand nichts anderes als die gemäss Art. 68 Abs. 2 lit. b ZPO für das Schlichtungsverfahren zugelassenen (Rechts-)Vertreter gemeint sein. Bei ihnen muss es sich allerdings – und deshalb verwendet das Gesetz auch nicht die Formulierung: «... von einer Anwältin, einem Anwalt ... begleiten lassen», wie dies noch im Vorentwurf (vgl. Schweizerische Zivilprozessordnung ZPO, Vorentwurf der Expertenkommission, Juni 2003, Art. 198 [S. 46]), vorgesehen war – nicht um Anwälte handeln, da, wie ausgeführt (lit. aa hiervor), auch patentierte Sachwalter und Rechtsagenten zugelassen sind (EGLI, a.a.O., N 9 zu Art. 204 ZPO; vgl. auch BSK ZPO-INFANGER, N 7 zu Art. 204 ZPO, welcher in diesem Zusammenhang von den mit dem Fall mandatierten Rechtsbeiständen bzw. Rechtsanwältinnen spricht, und Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO, in dem der Begriff der Rechtsbeiständin und des Rechtsbeistands ebenfalls nur in einem engeren Sinn verstanden wird).

cc) Hier möchte sich die Beschwerdeführerin durch einen bei einer Rechtsschutzversicherung angestellten Rechtsanwalt begleiten lassen. Die Begleitung soll ausdrücklich als «Rechtsbeistand» erfolgen, was nach dem hiervor Ausgeführten nicht zulässig ist, da ein angestellter Rechtsanwalt die Voraussetzungen von Art. 68 Abs. 2 lit. b ZPO – zu Recht unbestrittenmassen – nicht erfüllt. Nicht geltend gemacht hat die Beschwerdeführerin, dass es sich bei A.B. um eine «Vertrauensperson» handelt. Von einem dafür erforderlichen besonderen Vertrauensverhältnis ist bei einem Angestellten der Rechtsschutzversicherung, welcher erst im Falle eines Rechtsstreits beigezogen wird, auch nicht auszugehen. Abgesehen davon könnte bei einem juristischen Beistand ein solches Vertrauensverhältnis nur in besonderen Fällen angenommen werden. Es kann nämlich kaum Wille des Gesetzgebers sein, dass jeder Rechtsbeistand, welcher die Voraussetzungen für eine Vertretung bzw. Begleitung (nach Art. 68 Abs. 2 lit. b ZPO) nicht erfüllt, als Vertrauensperson dann doch als Begleiter im Sinn von Art. 204 Abs. 2 ZPO zugelassen wird, zumal zwar die Meinung ist, dass sich die Begleitperson im Hintergrund zu halten hat, sich dies in der Praxis gerade beim Rechtsbeistand jedoch nicht durchsetzen lässt und auch nicht sinnvoll ist (WYSS, a.a.O., N 6 zu Art. 204 ZPO; EGLI, a.a.O., N 11 zu Art. 204 ZPO). A.B. als bei einer Rechtsschutzversicherung angestellter Rechtsanwalt ist daher als Begleitperson an der Verhandlung vor der Schlichtungsstelle für Arbeitsverhältnisse nicht zuzulassen und die Beschwerde ist abzuweisen.

Kanton Tessin

Tribunal d'appel du canton du Tessin, II^e Chambre civile, Arrêt du 24 février 2012 (Admission de l'appel interjeté contre la décision du Préteur de la juridiction du Mendrisio du 30 mars 2011)

Art. 322 CO. Le salaire fixé par les parties constitue en principe le salaire brut duquel il est soustrait les déductions sociales et conventionnelles pour déterminer le salaire net. Lorsque les parties n'ont pas précisé si le salaire est brut ou net, il est d'usage que le salaire s'entend brut de sorte qu'il est possible de retenir une présomption à cet égard. Le travailleur est cependant fondé à retenir que le salaire versé par l'employeur constitue le salaire net et que les déductions sociales ont bien été effectuées. Il en résulte qu'en cas d'erreur persistante de l'employeur en faveur du travailleur sur le principe ou le montant des déductions sociales, le travailleur ne peut être tenu de rembourser les sommes correspondant aux cotisations non retenues (c. 6).

Ritenuto in fatto (estratti):

Il 1^o marzo 2007 AO 1, in qualità di proponente, e AP 1, in qualità di consulente, hanno sottoscritto un contratto di consulenza per lo sviluppo, la promozione e la gestione operativa del progetto Y., della durata determinata al 31 agosto 2007, con espressa volontà di proseguire il contratto nei termini successivamente concordati. Quale remunerazione mensile, al consulente sono stati riconosciuti fr. 7000.– per il mese di marzo 2007 e fr. 10 000.– mensili dal 1^o aprile 2007, oltre al rimborso spese per missioni e viaggi. Il 14 febbraio 2008 AO 1 ha posto fine al rapporto contrattuale con effetto al successivo 29 febbraio, dispensando da subito il consulente dal prestare la sua attività. In virtù del citato contratto, AO 1 ha versato a AP 1 fr. 7000.– come stipendio per il mese di marzo 2007, fr. 10 000.– mensili da aprile 2007 a gennaio 2008 compreso. Al consulente sono state inoltre rimborsate spese diverse, principalmente di viaggio. A partire dal 3 marzo 2008 AP 1 ha rivendicato a AO 1 il versamento del salario di febbraio 2008. Per lo stesso titolo, il 7 marzo 2008 egli ha fatto spiccare nei confronti della società dall'Ufficio esecuzione e fallimenti di Mendrisio il PE n. 123 per l'importo di fr. 10 000.–, oltre interessi e spese, al quale l'escussa ha interposto opposizione.

Con istanza 4 aprile 2008 AP 1 ha convenuto AO 1 dinanzi alla Pretura della giurisdizione di Mendrisio sud, chiedendone la condanna al pagamento di fr. 10 000.– oltre interessi, a titolo di spettanze salariali arretrate, oltre il rigetto in via definitiva dell'opposizione interposta dalla conve-

nuta al PE n. 123. All'udienza di discussione 28 maggio 2008, quest'ultima si è opposta all'istanza chiedendone l'integrale respingimento e avanzando in via subordinata e riconvenzionale nei confronti dell'istante una pretesa di fr. 7764.20, corrispondente al saldo in suo favore risultante dalla compensazione delle pretese vantate dal lavoratore e le proprie per deduzioni sociali non effettuate, ma a carico del lavoratore stesso. Nel mentre, con decisione su opposizione del 28 novembre 2008, l'Istituto delle assicurazioni sociali ha confermato la tassazione d'ufficio per contributi paritetici del 25 settembre 2008, con cui la Cassa cantonale di compensazione AVS/AI/IPG, per l'anno 2007 (da marzo a dicembre), ha imposto a AO 1 il pagamento di fr. 13 893.45 di contributi paritetici per il salario versato a AP 1. Riconoscendo quest'ultimo come lavoratore dipendente di AO 1, la Cassa prima e l'Istituto delle assicurazioni sociali poi, hanno ricalcolato in fr. 103 080.– il salario lordo del dipendente, partendo dal salario netto versato di fr. 97 000.– (da marzo a dicembre 2007, appunto). Con conclusioni scritte del 15 luglio 2009 l'istante ha riconfermato le sue pretese. La convenuta, con memoriale del 14 luglio 2009, ha riconosciuto all'istante fr. 8502.30 e aumentato la sua pretesa riconvenzionale a fr. 19 822.05. Con decisione del 30 marzo 2011 il Pretore aggiunto ha accolto l'istanza limitatamente all'importo di fr. 8533.– netti, oltre interessi, rigettando in via definitiva l'opposizione della convenuta al PE n. 123 UEF di Mendrisio limitatamente a detto importo, e ha accolto la domanda riconvenzionale limitatamente all'importo di fr. 15 696.90. Contro la citata decisione è insorto l'istante con atto d'appello del 13 maggio 2011.

Considerato in diritto (estratti):

3.

Il Pretore ha accertato che, per ammissione di entrambe le parti, il rapporto tra loro esistente era un contratto di lavoro, la cui disdetta, data dalla datrice di lavoro il 14 febbraio 2008, esplica i propri effetti dal 30 marzo 2008 (nel primo anno di servizio, disdetta per la fine del mese con preavviso di un mese ai sensi dell'art. 335c cpv. 1 CO). Al lavoratore pertanto spetta il salario rivendicato per il mese di febbraio 2008. Dal momento che il contratto sottoscritto dalle parti non specifica se la remunerazione riconosciuta al lavoratore debba intendersi netta o lorda, il primo giudice ha ritenuto di considerarla lorda. Egli ha pertanto riconosciuto all'istante, quale salario per il mese di febbraio 2008, fr. 10 000.– lordi corrispondenti a fr. 8533.– netti, importo quest'ultimo limitatamente al quale ha accolto l'istanza e rigettato in via definitiva l'opposizione interposta dalla convenuta al PE n. 123. Di conseguenza, il Pretore ha condannato il lavoratore a versare alla datrice di lavoro l'importo a suo carico per oneri sociali mai trattenuti da quest'ultima, ma che la stessa, nella misura in cui non ancora avvenuto, dovrà versare ai competenti istituti. L'importo totale calcolato dal primo giudice per le trattenute a carico del lavoratore per

AVS/AI/IPG (5,05%), AD (1%), INP (1,12%) e LPP (7,5%) nel periodo marzo 2007–gennaio 2008 ammonta a fr. 15 696.90, importo limitatamente al quale ha accolto la richiesta riconvenzionale della convenuta.

4.

L'appellante critica il Pretore per aver disatteso le prove da lui offerte, con le quali l'istante avrebbe dimostrato che i concordati fr. 10 000.– mensili da aprile 2007 fossero intesi dalle parti al netto di ogni trattenuta. Egli punta la sua attenzione sulla decisione su opposizione del 28 novembre 2008 dell'Istituto delle assicurazioni sociali, nella quale l'Autorità ha ricalcolato in fr. 103 080.– il salario lordo del dipendente, partendo dal salario netto versato di fr. 97 000.– (da marzo a dicembre 2007, appunto). Ancora, l'appellante fa notare che la convenuta, a far tempo dal 1° marzo 2007 l'avesse assicurato per perdita di guadagno in caso di malattia e per la previdenza professionale senza mai trattenergli la relativa quota parte dallo stipendio versato. I versamenti a titolo di salario dimostrati dall'istante con la produzione dei suoi estratti bancari sono pertanto, a suo dire, da ritenersi al netto di ogni trattenuta che, di conseguenza, deve rimanere interamente a carico dell'ex datrice di lavoro. Di conseguenza, priva di qualsivoglia fondamento sarebbe la pretesa riconvenzionale avanzata dalla convenuta.

5.

Posto che la convenuta, con le sue conclusioni scritte del 14 luglio 2009, ha riconosciuto che il contratto di consulenza sottoscritto fra le parti il 1 marzo 2007 debba intendersi come un contratto di lavoro ai sensi degli art. 319 segg. CO, non è il caso di ritornare sull'originaria disamina in merito alla qualifica contrattuale. Ciò anche in ragione del fatto che, con la sua risposta all'appello, la convenuta ha chiesto la conferma integrale della sentenza impugnata. Controversa rimane pertanto, anche in questa sede, unicamente la questione a sapere se la remunerazione riconosciuta contrattualmente al lavoratore dovesse intendersi netta o lorda.

6.

Ora, comunemente, le parti stabiliscono il salario lordo, dal quale vengono poi dedotte le trattenute sociali e convenzionali, che permettono quindi di determinare il salario netto. Se le parti non precisano se il salario stabilito contrattualmente sia lordo o netto, è consuetudine che sia da intendersi lordo, potendo a questo proposito essere ammessa tale presunzione (WYLER, *Droit du travail*, 2^a ed., p. 177). Però, il lavoratore è legittimato a ritenere che il salario versatogli dal datore di lavoro sia quello netto e che le deduzioni sociali, che il datore di lavoro è tenuto a versare alle diverse assicurazioni, siano state effettuate. Ne deriva che, in caso di errore persistente del datore di lavoro in favore del lavoratore sul principio o sull'importo di tali deduzioni, il lavoratore non può essere tenuto a rimborsare le somme corrispondenti ai contributi non trattenuti (BRUNNER/BÜHLER/ WAEBER/BRUCHEZ, *Commentaire du contrat de travail*, 3^a ed., p. 83). In generale, l'interpretazione delle clausole di un contratto di lavoro

segue il principio dell'affidamento e della buona fede. Infatti, quando non può essere determinata la reale e comune volontà delle parti, occorre tentare di scoprire il senso che queste potevano e dovevano ragionevolmente dare alle loro manifestazioni di volontà reciproche, in funzione dell'insieme delle circostanze. Il momento decisivo per tale interpretazione è la conclusione del contratto e gli eventi posteriori possono costituire un indizio della reale volontà delle parti. Il principio dell'affidamento permette di imputare ad una parte il senso oggettivo del suo comportamento, anche se questo non corrisponde alla sua intima volontà (FAVRE/MUNOZ/TOBLER, *Le contrat de travail* Code annoté, 2010, n. 2.19 ad art. 320, p. 44).

7.

L'istante ha dimostrato che la convenuta gli ha versato fr. 7000.– come stipendio per il mese di marzo 2007, fr. 10 000.– mensili da aprile 2007 a gennaio 2008 compreso. La convenuta sostiene che, avendolo assunto come consulente esterno, e quindi indipendente, il pagamento degli oneri sociali fosse ad esclusivo carico dell'istante. Per tale ragione essa non l'ha indicato nella dichiarazione dei salari per l'anno 2007 alla Cassa cantonale di compensazione AVS/AI/IPG. La stessa convenuta però ammette di aver assicurato per perdita di guadagno l'istante, come favore da quest'ultimo richiesto. Nessuna deduzione a questo proposito è stata comunque effettuata sul salario versato al dipendente. Ancora, risulta dagli atti che AO 1 ha inoltre assicurato l'istante presso la fondazione X. per la previdenza professionale, senza decutarne la quota parte di premio a carico del lavoratore.

Nella fattispecie, pertanto, le circostanze portano a considerare la remunerazione stabilita contrattualmente quale salario netto, ovvero, a partire dal mese di aprile 2007, fr. 10 000.– mensili, poi regolarmente versati all'istante per quasi un anno in aggiunta alle spese di viaggio e altre assicurazioni.

Per il mese di febbraio 2008, a titolo di salario, all'istante va quindi riconosciuto l'importo di fr. 10 000.– netti, oltre interessi al 5% dal 29 febbraio 2008 e per lo stesso importo va respinta l'opposizione interposta dalla convenuta al precetto esecutivo n. 123 dell'UEF di Mendrisio.

Di conseguenza, i contributi sociali relativi al salario versato a AP 1 da marzo 2007 a febbraio 2008 compreso restano a carico della convenuta, che non può quindi pretendere dall'istante la restituzione di quanto dalla stessa versato a tale titolo ai vari istituti. La domanda riconvenzionale si rileva pertanto priva di fondamento.

Arrêt communiqué par E. Epiney-Colombo, Président de la seconde Chambre civile du Tribunal d'appel du canton du Tessin.

Art. 7 al. 1 LEg. Qualité pour agir des associations. La possibilité qui doit être donnée à l'employeur de prendre position, avant l'ouverture d'une procédure de conciliation ou d'une action, a pour but de lui permettre de corriger ses propres erreurs ou de rechercher une solution consensuelle. Il est possible de renoncer à une telle procédure lorsque l'employeur a manifesté son manque de volonté de traiter de manière sérieuse la question soulevée par l'organisation. Aussi bien l'offre de prendre position que la prise de position ne doivent pas revêtir une forme spéciale. Lorsqu'une procédure judiciaire est engagée sans que l'employeur ait pu prendre position, le procès doit être suspendu pendant le temps nécessaire à la communication d'une telle prise de position. Une éventuelle violation de la procédure prévue dans la loi n'implique aucunement la perte de la prétention fondée sur une inégalité salariale (c. 3.1).

Ritenuto in fatto (estratti):

Il 22 aprile 2009 il AO 1 (in seguito: «AO 1») ha inviato una missiva a [...], Direttore della AP 1, (in seguito: «AP 1»). Riferendosi a un colloquio telefonico intercorso nelle settimane precedenti, il collaboratore sindacale [...] ha affermato che AO 1 aveva «approfondito la questione della disparità salariale uomo-donna che investe il personale di vendita occupato presso AP 1». Egli ha soggiunto che era intenzione del AO 1 incontrare il direttore di AP 1 «per discutere e analizzare la problematica», ma che erano ormai passate diverse settimane dal colloquio telefonico testé menzionato senza che questi, contrariamente a quanto a suo dire convenuto, avesse inviato «le proposte di data» per tale incontro. AO 1 ha quindi affermato di dedurre l'assenza, da parte di AP 1, dell'intenzione di approfondire la problematica nell'ambito di un incontro con la nostra organizzazione e di individuare un percorso condiviso che possa permettere di porre fine alla disparità salariale che colpisce il personale femminile» e ha dichiarato che avrebbe avviato la «procedura legale per porre fine alla discriminazione». Il 24 aprile 2009 il Direttore [...] e la Responsabile del dipartimento risorse umane di AP 1, [...], hanno risposto a AO 1, sostenendo di essere sorpresi che essa ritenesse riuniti gli estremi per avviare una procedura legale. Essi hanno affermato, al riguardo, che «tuttavia il fatto non ci preoccupa, poiché siamo in grado di dimostrare in ogni tempo che a AP 1 la parità salariale è una realtà». Essi hanno spiegato che l'azienda applica il «metodo X.», ovvero un «sistema di valutazione delle funzioni e dei relativi salari, la cui validità è stata dimostrata da numerosi studi e che è stata inoltre approvata da diverse istanze e autorità pubbliche». Essi hanno aggiunto che tale me-

todo «permette di assicurare la parità di trattamento e di remunerazione tra uomo e donna» e che AP 1 «è in grado, nel quadro di un'eventuale procedura, di dimostrare che la parità tra uomo e donna è parte integrante della sua politica aziendale, realtà della quale i partner sociali e contrattuali di AP 1 hanno più volte avuto occasione di convincersi». Essi hanno quindi invitato il AO 1 a segnalare se ritiene che vi siano casi di discriminazione tra i suoi dipendenti, sottolineando che se avesse dato loro «delle indicazioni precise» avrebbero così avuto «l'opportunità di prendere posizione». Il 27 aprile 2009 [...] ha risposto che AO 1 da tempo aveva il sospetto che il salario delle lavoratrici presso AP 1 fosse inferiore a quello dei colleghi di sesso maschile, motivo per cui avevano «approfondito la questione». Egli ha dichiarato che «alla luce di un'analisi dettagliata abbiamo purtroppo dovuto constatare che sulla base di un campione esteso e di parecchi criteri (quali la formazione, gli anni di servizio, l'esperienza, la posizione professionale, il tipo di lavoro svolto per non citarne che alcuni) risulta esserci una considerevole differenza salariale tra le donne e gli uomini, che non trova altra spiegazione che non il sesso. Alla luce della considerazione di cui sopra riteniamo di trovarci in presenza di una discriminazione ai sensi della Legge sulla parità. Proprio per questo motivo avrei auspicato un incontro con lei nel quale affrontare la problematica e individuare delle possibili soluzioni condivise». Il 6 maggio 2009 [...] e [...] hanno comunicato a AO 1 che con il loro scritto 24 aprile 2009 l'avevano invitata a segnalare loro se riteneva che vi fossero dei casi di discriminazione, fornendo «le indicazioni precise «e dando quindi a AP 1 «l'opportunità di prendere posizione». Essi hanno dichiarato che «la vostra [di AO 1] proposta non ci fornisce indicazioni precise e non ci permette di entrare nel merito concreto. Non possiamo che ribadire quanto già richiesto dal momento che solo l'indicazione dei casi concreti ci permette di procedere alle verifiche». Essi hanno ribadito che AP 1 utilizza il «metodo X.», che «permette di assicurare la parità di trattamento e di remunerazione tra uomo e donna», precisando che «la parità è senza ombra di dubbio parte integrante della nostra politica aziendale».

Il 13 maggio 2009 AO 1 si è rivolta al competente Ufficio di conciliazione in materia di parità dei sessi, che ha preso atto della mancata conciliazione. Il AO 1 si è quindi rivolto alla Pretura del Distretto di Bellinzona, chiedendo con petizione 30 settembre 2010 di accertare l'esistenza di una discriminazione sessuale nei confronti del personale femminile di AP 1. Statuendo il 31 agosto 2011 limitatamente alle questioni preliminari, il primo giudice ha respinto la censura circa la mancata possibilità di prendere posizione da parte della convenuta (dispositivo n. 1) mentre ha accolto quella sull'assenza di legittimazione ad agire del Sindacato attore in base alla LCSi (dispositivo n. 2 prima frase). Nel dispositivo il Pretore ha dichiarato che AO 1 è legittimata ad agire solo con un'azione di accertamento basata sulla LPar (dispositivo n. 2 seconda frase). Egli non ha prelevato tasse e spese e ha compensato le ripetibili. Con appello 9 settembre 2011

AP 1 è insorta contro il giudizio testé menzionato, chiedendo, previa concessione dell'effetto sospensivo, la riforma del querelato giudizio nel senso di accogliere le sue «censure (...) circa la mancata possibilità di prendere posizione prima che venisse avviata la procedura avanti all'UC».

Considerato in diritto (estratti):

2.

In appello è unicamente dibattuta la questione di sapere se alla convenuta è stato concesso, da parte dell'attore, l'opportunità di prendere posizione sull'allegata discriminazione salariale, rispettivamente se il dispositivo n. 2, omessa la dichiarazione sulla legittimazione attiva per quanto concerne la LPar, debba essere completato nel senso che la petizione è respinta in ordine, per mancanza di tale legittimazione, limitatamente alla richiesta di giudizio n. 1 lett. b e c. Di conseguenza, quanto espresso dall'appellante nel merito della vertenza non è rilevante ai fini del presente giudizio.

3.

Come detto, l'appellante critica il Pretore per aver ritenuto che essa aveva avuto l'opportunità di prendere posizione sulla questione dell'asserita disparità salariale.

3.1 Secondo l'art. 7 cpv. 1 LPar le organizzazioni che esistono da almeno due anni e, secondo gli statuti, promuovono l'uguaglianza fra donna e uomo oppure tutelano gli interessi dei lavoratori possono, a proprio nome, far accertare in giudizio una discriminazione se l'esito della procedura avrà verosimilmente ripercussioni su un gran numero di rapporti di lavoro. Prima di avviare la procedura di consultazione o di intentare un'azione, tali organizzazioni devono dare al datore di lavoro l'opportunità di prendere posizione. La seconda frase del disposto testé menzionato ha lo scopo di evitare che il datore di lavoro sia sorpreso dall'introduzione di una causa, senza aver avuto la possibilità di correggere spontaneamente i propri errori oppure di giungere a una soluzione consensuale. L'obiezione da parte del datore di lavoro circa la mancanza di una simile offerta non può essere presa in considerazione qualora dal comportamento di quest'ultimo sia emersa la sua indisponibilità a trattare in maniera adeguata la questione sollevata dall'organizzazione. Sia l'offerta di prendere posizione sia la presa di posizione medesima non deve rivestire una forma particolare. Inoltre, la mancata opportunità di prendere posizione va se del caso sanata nel corso di un procedimento già avviato. In tale evenienza, il procedimento dovrà essere sospeso per il tempo necessario a tale presa di posizione. Un'eventuale violazione dell'art. 7 cpv. 1 seconda frase LPar non comporta in ogni caso alcuna perdita della pretesa fondata sulla disparità salariale (FREIVOGEL in: KAUFMANN/STEIGER-SACKMANN, Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, Basilea 2009, n. 36 e 39 ad art. 7 LPar).

3.2 Il Pretore ha accertato l'esistenza, prima della procedura conciliativa, di un colloquio telefonico tra il Direttore della convenuta,[...], e [...] di AO 1. Egli ha reputato che non seguirono altri contatti dopo tale telefonata a causa della mancata disponibilità del primo, soggiungendo che AP 1 aveva in ogni caso avuto la possibilità di sanare ogni eventuale carenza procedurale in occasione della procedura conciliativa.

3.3 L'appellante contesta, anzitutto, che ulteriori colloqui siano mancati a causa della sua indisponibilità. A suo dire, dalla testimonianza di [...] (membro della Direzione regionale di AO 1, responsabile del settore terziario e membro del comitato centrale a livello nazionale) emergerebbe proprio il contrario, ovvero che questi non aveva colto l'indicazione del Direttore di AP 1 di voler contattare la responsabile delle risorse umane, dato che il AO 1 voleva affrontare la questione dal profilo «politico» direttamente con il Direttore. Inoltre, il testimone avrebbe ammesso di non aver inviato alla convenuta alcun documento. Nello scritto 22 aprile 2009 [...] si è lagnato del fatto che dopo diverse settimane AP 1, al contrario di quanto era stato convenuto in occasione del colloquio telefonico con il Direttore [...], non gli aveva trasmesso delle proposte di data per un incontro al fine di discutere e analizzare la problematica dell'asserita disparità salariale. Il AO 1 ha quindi informato la datrice di lavoro che avrebbe avviato la procedura legale per porre fine all'asserita discriminazione. La datrice di lavoro non ha contestato quanto testé indicato, ovvero l'esistenza del colloquio telefonico, della mancata indicazione, da parte sua, di date come convenuto e del fatto che erano trascorse diverse settimane. Essa ha invece dichiarato di essere sorpresa che AO 1 ritenesse riuniti gli estremi per una procedura legale e che, in ogni caso, tale circostanza non la preoccupava poiché «in grado di dimostrare in ogni momento che a AP 1 la parità salariale è una realtà». La datrice di lavoro ha aggiunto di utilizzare il metodo X. e ha chiesto al AO 1 di segnalargli gli asseriti casi di discriminazione tra i suoi dipendenti, ovvero delle indicazioni precise che le permettessero di prendere posizione.

3.4 Sebbene la LPar non dia indicazioni sul lasso di tempo che deve intercorrere per permettere al datore di lavoro di prendere posizione sull'asserita disparità, esso deve corrispondere a quello necessario per poter realmente esercitare la propria presa di posizione. La dottrina lo quantifica in almeno un paio di giorni (FREIVOGEL, op. Cit., n. 37 ad art. 7 LPar). Ne consegue che già alla luce delle diverse settimane intercorse tra il colloquio telefonico e lo scritto 22 aprile 2009 di AO 1, il AO 1 poteva adire le vie legali senza violare l'art. 7 LPar cpv. 1 seconda frase, in ragione del fatto che AP 1 dopo diverse settimane non aveva dato seguito a quanto concordato. Va altresì rilevato che con missiva 27 aprile 2009 AO 1 non è tornata sui suoi passi, nel senso di concedere alla convenuta ulteriormente l'opportunità di prendere posizione, dato che ha affermato, al passato, di aver «auspicato un incontro con lei [...] nel quale affrontare la problematica e individuare delle possibili soluzioni condivise». In caso contrario, si sa-

rebbe posta la questione di sapere se doveva decorrere un ulteriore lasso di tempo. L'appellante sostiene che lo scambio di corrispondenza di cui sopra «rende evidente» che il AO 1 non aveva alcuna reale intenzione di offrire la possibilità di esprimersi, mentre essa insisteva perché il rimprovero di disparità salariale fosse in qualche modo concretato e documentato. La convenuta dimentica, tuttavia, che gli scritti in questione sono successivi al colloquio telefonico summenzionato e che essa, come detto, dopo diverse settimane non aveva dato seguito all'opportunità che le era stata concessa di prendere posizione sulla questione. La datrice di lavoro sostiene altresì che l'intenzione di AO 1 di giungere a ogni costo a un contenzioso emergerebbe anche dal contenuto del colloquio telefonico summenzionato. Essa sostanzia il proprio asserto nella pagina precedente, ove afferma che l'attore voleva affrontare la questione con il Direttore di AP 1 e non con la responsabile delle risorse umane, così come non avrebbe inviato a [...] alcun documento. Va tuttavia detto che dalla missiva 22 aprile 2009 menzionata sopra non emerge che il AO 1 dovesse inviare a [...] dei documenti, mentre è unicamente con lo scritto 24 aprile 2009 che AP 1 postula la consegna di «indicazioni precise». Come concordato telefonicamente toccava, invero, al Direttore sottomettere all'attrice delle date per un incontro, cosa che, come accertato sopra, egli non ha fatto. Quanto all'insistenza, da parte di [...], nel senso di avere un incontro direttamente con il Direttore, non si intravede come ciò possa comportare la mancanza di opportunità, da parte di AP 1, di esprimersi sulla questione della disparità salariale. Al riguardo, è utile evidenziare il contenuto dell'audizione testimoniale di [...], che ha sottoscritto le due lettere summenzionate. Egli ha dichiarato che il colloquio telefonico a cui si fa riferimento è avvenuto attorno alla fine del mese di marzo 2009. Egli ha spiegato di aver «discusso con il Direttore al fine di affrontare con lui una discussione di fondo su questa problematica in relazione alle disparità salariali fra dipendenti uomini e donne che avevamo determinato in precedenza sulla base di inchieste. Volevo vedere se ci fossero degli spiragli per risolvere la questione, trovando una soluzione. Rispettivamente se ci fosse la volontà da parte di AP 1 di chinarsi sul problema per arrivare ad un punto d'incontro, una soluzione comune che ci evitasse di procedere in via giudiziale. La discussione telefonica è durata 5–10 minuti. Il direttore mi aveva inizialmente proposto di incontrarmi con la signora [...] (responsabile delle risorse umane). Io volevo però affrontare con lui una discussione di tipo politico ad ampio raggio ritenuto che in questa discussione avremmo comunque toccato gli aspetti tecnici. All'inizio lui era un po' scettico. Gli ho chiesto se poteva propormi delle date e lui mi ha detto che mi avrebbe mandato delle proposte per e-mail. Ho aspettato alcune settimane ma le attese proposte di date non mi sono pervenute, ragione per cui ho redatto lo scritto di cui al doc. G.» (verbale 7 aprile 2011, pag. 4 seg.). Dalla testimonianza in questione emerge che il Direttore di AP 1 ha aderito alla proposta del AO 1 di incontrarsi direttamente. A ciò si aggiunga che nulla ostava a AP 1 di far partecipare a tale

colloquio anche la responsabile delle risorse umane. In tal senso, non può essere condivisa nemmeno la censura dell'appellante secondo la quale l'affermazione «affrontare una discussione di tipo politico ad ampio raggio» espressa da [...] non corrisponde a quanto previsto dall'art. 7 cpv. 1 seconda frase LPar. La convenuta sembra, infine, ritenere che «un'unica telefonata e il breve scambio di corrispondenze» non siano sufficienti ad adempiere i requisiti posti dalla norma testé menzionata. La censura non può essere seguita. Come detto (sopra, consid. 3.1), il disposto in questione non indica alcuna esigenza di forma o di numero di contatti. Per tacere del fatto che, alla luce di quanto suesposto, risulta che già il colloquio telefonico adempie i requisiti posti dalla norma in questione.

3.5 La fattispecie richiede tuttavia una precisazione. Invero, nella propria risposta 17 ottobre 2011 AO 1 ha affermato che gli scritti 22 aprile rispettivamente 27 aprile 2009 sono delle «ulteriori richieste». Ciò collide con il contenuto delle missive in questione, che come detto non contempla un sollecito relativo alla trasmissione di date da parte di AP 1. Sia come sia, resta il fatto che anche in tale ipotesi la datrice di lavoro, al contrario di quanto concordato, non ha proposto le date per un incontro nemmeno dopo gli scritti in questione. Va ricordato, al riguardo, che la procedura di conciliazione è stata introdotta da AO 1 con istanza 13 maggio 2009 e, quindi, dopo quasi tre settimane dall'ultima raccomandata testé menzionata. È ben vero che AP 1 afferma di aver chiesto, il 24 aprile 2009, di volerle segnalare «se ritenete che vi siano casi di discriminazione tra i nostri dipendenti. Se ci darete delle indicazioni precise avremo così l'opportunità di prendere posizione». Sennonché, essa dimentica che nella medesima missiva ha già dato una risposta alla sua richiesta, dato che ha affermato in maniera categorica l'assenza di qualsiasi discriminazione salariale tra il suo personale, poiché dispone del metodo cosiddetto X.: «siamo in grado di dimostrare in ogni momento che a AP 1 la parità salariale è una realtà. Infatti la nostra azienda dispone del metodo X., un sistema di valutazione delle funzioni e dei relativi salari, la cui validità è stata dimostrata da numerosi studi e che è stata inoltre approvata da diverse istanze e autorità pubbliche. Il metodo X. permette di assicurare la parità di trattamento e di remunerazione tra uomo e donna. La AP 1 è in grado, nel quadro di un'eventuale procedura, di dimostrare che la parità tra uomo e donna è parte integrante della sua politica aziendale, realtà della quale i partner sociali e contrattuali di AP 1 hanno già avuto occasione di convincersi». In altre parole, la datrice di lavoro non si è riservata di prendere posizione sulla questione una volta in possesso di quanto da essa richiesto, ma ha già pronunciato chiaramente il proprio punto di vista. Non va dimenticato che, come detto (sopra, consid. 3.1), la seconda frase dell'art. 7 LPar ha lo scopo di evitare che il datore di lavoro sia sorpreso dall'introduzione di una causa, senza aver avuto la possibilità di correggere spontaneamente i propri errori oppure di giungere a una soluzione consensuale. Nella fattispecie, quindi, essa non aveva né intenzione di correggere eventuali errori o di transare, né si può dire sor-

presa dall'inoltro dell'istanza dinanzi al competente Ufficio di conciliazione. Tant'è che nello scritto 24 aprile 2009 AP 1 ha perfino affermato che l'avvio di una procedura legale non la preoccupava. A nulla muta il contenuto del secondo scritto, datato 6 maggio 2009, ove essa ha ribadito l'invio di «indicazioni precise», dichiarando che la risposta 27 aprile 2009 di AO 1 non le permetteva di «entrare nel merito concreto», ovvero «procedere alle verifiche». Anche in tale occasione, invero, la datrice di lavoro ha ribadito di usare il metodo X. che «permette di assicurare la parità di trattamento e di remunerazione tra uomo e donna», sottolineando che «la parità è senza ombra di dubbio parte integrante della nostra politica aziendale». Essa ha quindi categoricamente negato la possibilità di disparità al proprio interno, sicché non si comprende in che misura le informazioni da essa richieste avrebbero potuto farle cambiare opinione. Già si è detto (sopra, consid. 3.1) che l'obiezione da parte del datore di lavoro circa la mancanza dell'opportunità di prendere posizione non può essere presa in considerazione qualora dal comportamento di quest'ultimo sia emersa la sua indisponibilità a trattare in maniera adeguata la questione sollevata dall'organizzazione. Ciò che, come illustrato, si avvera nel caso precipuo. Al riguardo, non è pertinente la censura dell'appellante secondo la quale se essa «non ha classificato dei profili, ne ha ben spiegato i motivi e non ha agito pretestuosamente». Ciò si riferisce, invero, alla procedura di conciliazione. In definitiva, su questo punto l'appello dev'essere respinto.

3.6 L'appellante critica il Pretore anche per aver ritenuto che essa aveva comunque avuto la possibilità di prendere posizione nella procedura conciliativa. Per i motivi illustrati nei consid. 3.3–3.5, tale argomentazione è ininfluenza ai fini del giudizio.

3.7 AP 1 sostiene che controparte avrebbe leso la sua immagine poiché «già uscita sulla stampa a livello cantonale e svizzero, presentando come accertato ciò che non è. Facendo proprio valere di avere avviato una procedura giudiziaria per disparità salariale». Essa sembra motivare la sua censura nel senso che l'asserita violazione dell'art. 7 cpv. 1 seconda frase LPar non sarebbe stata sanata poiché si sarebbe trovata «trascinata» in una procedura giudiziaria, ove il AO 1 avrebbe «dato il massimo risalto alla sua iniziativa». Anche tale censura non è tuttavia rilevante per i motivi esposti sopra (consid. 3.3–3.5). Lo stesso dicasi dell'argomentazione secondo la quale tale sanatoria sarebbe ancora più urtante poiché la controparte avrebbe agito in maniera temeraria, non essendo un suo partner contrattuale e non essendo, a suo dire, chiaro quali siano i suoi reali obiettivi e avendo in passato «condotto campagne di stampa e anche veri attacchi, con violenze verbali e fisiche» nei suoi confronti. Ne consegue che, su questo punto, l'appello è respinto.

Arrêt communiqué par E. Epiney-Colombo, Président de la seconde Chambre civile du Tribunal d'appel du canton du Tessin.

Tribunal d'appel du canton du Tessin, II^e Chambre civile, Arrêt du 26 octobre 2012 (Rejet de l'appel interjeté contre la décision du Préteur du district de X. du 14 février 2011)

Art. 334 al. 3 CO. Contrat de durée déterminée de plus de dix ans. La norme légale a pour but de protéger la personnalité des parties contre des engagements excessifs (cf. art. 27 al. 2 CC). L'employeur peut s'en prévaloir au même titre que le travailleur. Un contrat de travail conclu pour plus de dix ans devient *ex lege* un contrat de durée indéterminée après dix ans. Toutefois, si aucune des parties ne le résilie, le contrat se poursuit jusqu'à l'échéance convenue (c. 4.1).

Ritenuto in fatto (estratti):

In data 30 marzo 1998 AP 1 e la società AO 1 hanno concluso un contratto di lavoro a tempo determinato. L'inizio del rapporto di lavoro è stato fissato per il 1° gennaio 1998 con scadenza al 30 giugno 2009. La data del 30 giugno 2009 corrispondeva al raggiungimento dell'età pensionistica di. Il punto 4.1 della pattuizione prevedeva che *«il rapporto di lavoro cesserà alla scadenza, senza disdetta, salvo continuazione tacita»* e il punto 4.2 che il contratto poteva essere disdetto *«dopo dieci anni...in ogni tempo da ciascuna delle parti per la fine di un mese, con preavviso di sei mesi»*. Con scritto raccomandato 30 giugno 2008 la AO 1 ha rescisso il rapporto di lavoro con effetto al 30 settembre 2008. Le trattative volte alla ricerca di una soluzione bonale della vertenza, in particolare in merito alle conseguenze della cessazione del rapporto di impiego, sono fallite. Il datore di lavoro ha versato al lavoratore il salario pattuito fino al 31 dicembre 2008.

Con petizione 21 luglio 2009 promossa presso la Pretura del Distretto di X., AP 1 ha chiesto di condannare la AO 1 al pagamento dell'importo complessivo di fr. 154 908.-, di cui fr. 77 454.- a titolo di salari non pagati da gennaio a giugno 2009 e fr. 77 454.- a titolo di indennità di partenza ex art. 339b CO, oltre interessi. Con sentenza 14 febbraio 2011 il Pretore ha integralmente respinto la petizione. Con atto d'appello 11 marzo 2011 l'attore chiede di riformare il querelato giudizio, limitatamente alla pretesa salariale per i mesi da gennaio a giugno 2009.

Considerato in diritto (estratti):

4.

L'appellante contesta l'applicazione dell'art. 334 cpv. 3 CO. A suo dire la volontà delle parti di concludere un contratto di durata determinata fino al 30 giugno 2009, corrispondente al raggiungimento dell'età pensionistica del lavoratore, era chiara. L'applicazione dell'art. 334 cpv. 3 CO violerebbe il principio della buona fede, poiché avrebbe per effetto di pro-

teggere il lavoratore da un vincolo di durata sproporzionata da lui stesso voluto.

4.1 Giusta l'art. 334 cpv. 3 CO un rapporto di lavoro di durata determinata stipulato per più di dieci anni può, dopo dieci anni, essere disdetto in ogni tempo da ciascuna delle parti per la fine di un mese, con preavviso di sei mesi. L'art. 334 cpv. 3 CO è una norma assolutamente imperativa ai sensi dell'art. 361 CO, alla quale non può essere derogato né a svantaggio del lavoratore né a svantaggio del datore di lavoro. Questa norma concretizza il principio della protezione della personalità ai sensi dell'art. 27 cpv. 2 CC e mira a proteggere entrambe le parti da impegni eccessivi, che possono mettere in pericolo la loro personalità (DTF 130 III 495, consid. 5). Il legislatore, contestualmente alla modifica del 1988 concernente la revisione delle disposizioni in materia di risoluzione del rapporto di lavoro (FF 1984 II 494 segg.) ha espressamente ampliato tale protezione anche al datore di lavoro (STAEHELIN, Zürcher Kommentar, N. 27 ad art. 334 CO con riferimento ai dibattiti parlamentari). Ne discende che il contratto di lavoro concluso per più di dieci anni può, dopo dieci anni, essere disdetto sia dal lavoratore sia dal datore di lavoro per la fine di ogni mese, rispettando un termine di preavviso di sei mesi. Di conseguenza il contratto di lavoro di durata determinata, concluso per più di dieci anni, diventa per legge, dopo dieci anni, un contratto di durata indeterminata rescindibile per la fine di un mese con un preavviso di sei mesi. Se nessuna delle parti disdice il rapporto di lavoro, esso dura fino alla scadenza pattuita (STAEHELIN, op.cit., N. 29 ad art. 334 CO; DTF 4C.321/2005 del 27 febbraio 2006, consid. 8).

4.2 Nel caso concreto le parti hanno concluso un contratto di lavoro di durata determinata, con inizio al 1° gennaio 1998 e scadenza al 30 giugno 2009. A giusta ragione il Pretore ha qualificato il contratto di lavoro come contratto di lunga durata ai sensi dell'art. 334 cpv. 3 CO. In applicazione di tale norma, il rapporto di lavoro poteva quindi, a partire dal 1° gennaio 2008, essere disdetto da ciascuna delle parti per la fine di un mese con un preavviso di sei mesi. La disdetta è stata notificata dal datore di lavoro al lavoratore il 30 giugno 2008, quindi 10 anni e sei mesi dopo la conclusione del contratto ed è pertanto valida. Ritenuto il preavviso di sei mesi la stessa esplica i suoi effetti a partire dal 31 dicembre 2008. Nel caso concreto l'attore ha sempre ammesso di avere ricevuto il salario fino al 31 dicembre 2008. Ne discende che per quanto concerne la pretesa salariale per i mesi da gennaio 2009 a giugno 2009 l'appello è infondato.

Arrêt communiqué par E. Epiney-Colombo, Président de la seconde Chambre civile du Tribunal d'appel du canton du Tessin.

Kanton Waadt

Tribunal cantonal du canton de Vaud, Chambre des recours, Arrêt du 20 février 2012 (Rejet du recours interjeté contre le jugement rendu le 2 février 2011 par la Cour civile du Tribunal cantonal)

Art. 328 CO. Mobbing. La causalité naturelle cesse dès que le lien logique entre la survenance d'un préjudice et une circonstance déterminée fait défaut; tel est le cas lorsqu'à un processus causal initial s'en substitue un autre, c'est-à-dire lorsqu'un dommage aurait pu être causé par un certain fait, mais résulte en réalité d'autres circonstances (causalité dépassante) ou lorsqu'un dommage résulte d'une certaine cause, mais qu'on peut admettre selon toute probabilité qu'il serait survenu même sans elle en vertu d'une autre cause (causalité dépassée ou hypothétique); (c. 4d).

Art. 49 CO. Une indemnité pour tort moral de 30 000 fr. se situe à la limite supérieure envisageable dans un cas de mobbing mais elle se justifie vu les circonstances exceptionnelles du cas d'espèce (troubles psychiques importants entraînant de grandes souffrances morales, durée de l'incapacité, gravité de la faute de l'employeur); (c. 7c).

Extraits des faits:

Du 1^{er} mars au 31 décembre 1994, la demanderesse T. a travaillé comme employée intérimaire au service de T. Dès le 1^{er} janvier 1995, elle a été engagée par «contrat de droit privé» pour une durée de deux ans, en qualité d'employée de bureau spécialisée. Le 10 octobre 1995, ce contrat a été prolongé pour une durée indéterminée. A compter du 1^{er} février 1996, la demanderesse a été promue en qualité d'employée d'administration. En date du 18 juillet 1997, le supérieur de T. lui a remis une lettre recommandée, datée du même jour, laquelle résiliait son contrat de travail pour le 30 septembre 1997. Le licenciement de la demanderesse était motivé par des raisons professionnelles, ayant trait au désintérêt que l'intéressée avait montré à l'égard de son travail et à certains de ses comportements. Le 30 avril 1998, [...] a écrit à la demanderesse la lettre suivante: *«Suite à votre intervention auprès de moi en août dernier, par laquelle vous estimiez injustifiée la résiliation de votre contrat de travail, j'ai tenu à tirer la situation au clair et à confier l'analyse de votre cas à une tierce personne indépendante et au fait des questions de harcèlement, à savoir Madame [...], déléguée cantonale à l'égalité entre les femmes et les hommes. Madame [...] vous a entendue de manière approfondie, ainsi que votre supérieur hiérarchique, Madame G. A ma demande, Madame [...] a encore*

procédé aux auditions de vos collègues de travail, ainsi que de la doctoresse M., qui était pour ce faire libérée par vous-même du secret professionnel. Au terme de son enquête, Madame [...] considère que la résiliation de votre contrat de travail n'apparaît pas comme une mesure de rétorsion consécutive à un harcèlement sexuel. Donné dans les délais légaux, le congé qui vous a été adressé est donc valable.» Par lettre du 15 mai 1998, la demanderesse a répondu à [...] qu'elle se plaignait de mobbing, et non de harcèlement sexuel, et lui a fait part de sa détresse et de son désaccord face à un licenciement injustifié.

En date du 11 octobre 1999, T. a formé une demande en paiement contre E. En cours d'instance, une expertise médicale a été confiée au Docteur G. Il a supervisé le travail d'un de ses collègues, le Docteur D. Les experts G. et D. ont déposé leur rapport le 21 décembre 2004 et un rapport complémentaire le 18 mars 2005. Leurs constatations et conclusions sont en bref les suivantes: la demanderesse est une femme d'origine portugaise, dont la personnalité s'est construite sur un ensemble de valeurs morales strictes, un sens du devoir et des responsabilités élevé. Femme de caractère et de principes, pouvant apparaître comme une battante, elle se présente volontiers comme une intellectuelle, issue d'une classe sociale plutôt élevée. Sa vie durant, elle s'est beaucoup investie professionnellement. En 1994, à quelques mois d'intervalle, la demanderesse est victime de l'explosion de son logement, puis du décès brutal de son mari. Ces événements l'ont fragilisée de manière significative. La demanderesse est alors sujette à un état anxio-dépressif posttraumatique important. Développant un mécanisme que l'on peut qualifier de «*survie psychologique*» et soutenue par les encouragements prodigués par sa responsable hiérarchique, elle se réfugie dans le travail. Lorsque celle-ci fait part de ses sentiments amoureux, la demanderesse se trouve alors prise au dépourvu, plongée dans une complexité relationnelle qui, selon toute vraisemblance, dépassait ses capacités d'adaptation à ce moment-là. Il est par exemple frappant, pour les experts, qu'à aucun moment, elle n'ait songé à requérir un changement de poste, une mutation ou même à quitter l'administration. Elle développe progressivement un sentiment de préjudice qui ira en s'accroissant. Le licenciement est mal vécu. C'est un nouveau traumatisme. La demanderesse a le sentiment d'avoir perdu tout ce en quoi elle avait pu croire, un système de valeurs morales, d'honnêteté et de correction. A l'heure actuelle, le tableau clinique de la demanderesse est celui d'un état anxiodépressif, d'intensité sévère. Ses troubles de la pensée et ceux du sommeil, son hyperémotivité, ses difficultés à assumer le quotidien sont, selon les experts, des symptômes compatibles avec ceux que l'on trouve chez les personnes victimes de harcèlement psychologique. Ayant le sentiment de ne plus pouvoir obtenir d'aide de qui que ce soit, hormis ses parents au Portugal, la demanderesse est une femme brisée, qui fait dépendre sa survie d'une décision de justice. Elle a totalement perdu confiance en elle et en ses capacités relationnelles et professionnelles. Elle n'a donc pas retrouvé de travail.

Depuis 1998 au moins, elle est en incapacité totale. Vu son âge, ce statut paraît définitif. L'état de la demanderesse ne pourra que légèrement s'améliorer une fois que les démarches administratives auront abouti, et, au vu de l'évolution des troubles, celle-ci ne retrouvera probablement pas sa pleine santé physique. De l'avis des experts, les causes de l'état de santé actuel de la demanderesse ne sont pas exclusivement liées aux difficultés rencontrées au travail. Si on l'admettait, cela reviendrait à nier l'importante fragilité dans laquelle elle se trouvait à la suite des événements de 1994 ou à considérer qu'elle était guérie, ce qui n'est pas le cas. On peut en revanche estimer que l'évolution de sa symptomatologie consécutive aux événements de 1994, qui était en voie de nette amélioration, aurait pu continuer, sa capacité de travail étant préservée notamment. Les experts estiment importante la contribution des difficultés professionnelles dans l'évolution clinique négative. Il est impossible d'affirmer que la demanderesse serait totalement asymptomatique à l'heure actuelle si les difficultés professionnelles n'avaient pas eu lieu. Cette éventualité reste parfaitement plausible.

Dans son mémoire de droit du 29 août 2006, T. a déclaré actualiser ses conclusions et les a détaillées comme suit: 860 fr. 45 à titre de compensation financière pour les jours de vacances qui n'ont pas été pris, 999 fr. en paiement des heures supplémentaires effectuées, 332 224 fr. 45 représentant la perte de gain effective, 52 700 fr. à titre de perte de gain future, 136 394 fr. représentant le dommage de rentes et 100 000 fr. à titre de tort moral. Par jugement du 2 juillet 2007, la Cour civile a condamné le défendeur à verser à la demanderesse le montant de 1079 fr. avec intérêt, condamné la demanderesse à verser des dépens au défendeur et rejeté toutes autres ou plus amples conclusions. Contre cette décision, la demanderesse a recouru en réforme et en nullité auprès de la Chambre des recours, par acte reçu le 11 décembre 2007. Par arrêt du 23 avril 2008, cette instance a rejeté le recours et confirmé le jugement. Le 16 septembre 2008, la demanderesse a déposé un recours en matière de droit public auprès du Tribunal fédéral, concluant à la réforme, subsidiairement à la nullité de l'arrêt de la Chambre des recours du 23 avril 2008. Par arrêt du 27 mai 2009 (TF 1C_418/2008), le Tribunal fédéral a admis le recours, annulé la décision attaquée et renvoyé la cause à la Chambre des recours pour nouvelle décision dans le sens des considérants. Par arrêt du 18 novembre 2009, la Chambre des recours a admis le recours de T., annulé le jugement et renvoyé la cause à la Cour civile pour statuer à nouveau dans le sens des considérants. Par jugement du 2 février 2011, la Cour civile du Tribunal cantonal a dit que le défendeur E. devait payer à la demanderesse T. divers montants dont les sommes de 406 355 fr. 40 avec intérêt, 136 384 fr. avec intérêt et 30 000 fr. avec intérêt. Les premiers juges ont admis que la demanderesse avait été victime de mobbing de la part de collaborateurs du défendeur, plus particulièrement de la part de sa cheffe G., et qu'elle avait été incapable de travailler après son licenciement en raison du harcèlement psy-

chologique subi, ce qui avait entraîné une perte de gain et un dommage de rente. Par acte du 11 novembre 2011, E. a interjeté appel auprès de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal contre ce jugement.

Extraits des considérants:

4.

a) Dans un premier grief, le recourant reproche aux premiers juges d'avoir retenu l'existence d'un lien de causalité naturelle entre le dommage et le mobbing. Il fait valoir que l'intimée n'était pas en incapacité de travail lors de son licenciement, que dès l'expiration de son contrat de travail le 30 septembre 1997, elle s'est inscrite au chômage et qu'elle a touché des indemnités – ce qui suppose qu'elle était considérée comme apte au travail – jusqu'en septembre 1999; en outre, elle a travaillé du 1^{er} février au 30 avril 1999 à l'entière satisfaction de son employeur. Ainsi, selon le recourant, si l'intimée pouvait être considérée comme capable de travailler durant les années ayant suivi le cas de mobbing, il ne serait pas possible d'admettre un lien de causalité naturelle entre celui-ci et l'incapacité de travail survenue plus de cinq ans après, l'intimée n'ayant déposé une demande de rente AI que le 26 septembre 2002. Au regard de certains développements contenus dans le rapport d'expertise médicale du 21 décembre 2004, précisé par le rapport complémentaire du 18 mars 2005, il y aurait lieu de constater que la principale cause de l'incapacité de travail de l'intimée réside dans la perte de son activité professionnelle et dans la longue période de chômage qui s'en est suivie, la connexité temporelle entre le mobbing et l'incapacité de travail faisant défaut.

b) En droit suisse de la responsabilité civile, un fait est la cause naturelle d'un résultat s'il en constitue l'une des conditions sine qua non. En d'autres termes, il existe un lien de causalité naturelle entre deux événements lorsque, sans le premier, le second ne se serait pas produit; il n'est pas nécessaire que l'événement considéré soit la cause unique ou immédiate du résultat. L'existence d'un lien de causalité naturelle entre le fait générateur de responsabilité et le dommage est une question de fait que le juge doit trancher selon la règle du degré de vraisemblance prépondérante, à savoir un allègement de la preuve qui se justifie lorsque, en raison de la nature même de l'affaire, une preuve stricte n'est pas possible ou ne peut être raisonnablement exigée de celui qui en supporte le fardeau (ATF 133 III 462 c. 4.4.2).

c) Les griefs du recourant relatifs à la prétendue inexistence d'un rapport de causalité naturelle entre le mobbing et le dommage sont mal fondés.

Certes, comme le souligne le recourant, il ressort du rapport d'expertise médicale du 21 décembre 2004 que l'intimée avait un «investissement professionnel important», qu'elle avait «toujours accordé une place prioritaire au travail dans son existence» et vivait «ainsi très mal ne plus pouvoir

travailler». Il ressort également de ce même rapport que la confrontation au chômage «n'a pu qu'amplifier les mécanismes d'externalisation à l'œuvre» et que son licenciement avait été «vécu par l'expertisée comme un véritable traumatisme dans l'après-coup». Il n'en demeure pas moins que selon les constatations sans appel des experts médicaux, l'intimée présente une incapacité totale de travail depuis au moins 1998, et ce d'une manière définitive. D'ailleurs, par décision prise dans le courant du mois de mai 2005, l'Office de l'assurance-invalidité pour le canton de Vaud a reconnu à l'intimée le droit à une rente d'invalidité entière dès le 1^{er} septembre 2001, compte tenu d'une incapacité de travail totale remontant à 1998 et d'un degré d'invalidité de 100%. C'est donc manifestement à tort que le recourant soutient que l'incapacité de travail ne serait survenue qu'en 2002.

Le fait que l'intimée ait touché des indemnités de chômage et qu'elle ait brièvement travaillé en 1999 ne permet pas d'infirmer la constatation d'une incapacité de travail totale et permanente, sans interruption notable. Il faut au contraire retenir que l'intimée, qui selon les experts a vécu son licenciement au 30 septembre 1997 comme un véritable traumatisme, est en incapacité totale de travail depuis le 1^{er} octobre 1997. Il y a donc bien un lien de connexité temporelle immédiat entre le mobbing et l'incapacité de travail. Quant au lien de causalité naturelle entre le mobbing et le dommage, il doit également être retenu sur la base des conclusions de l'expertise. Comme l'ont exposé à juste titre les premiers juges, les rapports d'expertise déposés aux mois de décembre 2004 et mars 2005 établissent que les difficultés de l'intimée liées à son travail – dont il est constant qu'elles tenaient au harcèlement subi par l'intimée – ont contribué de manière importante à son incapacité totale de travail; en effet, selon les experts, si l'intimée avait été fragilisée de manière significative par les événements de 1994, elle présentait une nette amélioration de la symptomatologie consécutive à ces événements avant de connaître ses difficultés professionnelles et on peut estimer qu'en l'absence de celles-ci, l'évolution aurait pu se poursuivre sur la voie de l'amélioration, avec préservation de la capacité de travail qui était entière avant son licenciement. Ainsi, l'incapacité de travail de l'intimée ne se serait pas produite sans harcèlement psychologique et les actes dommageables des employés du recourant sont donc bien en lien de causalité naturelle avec le dommage.

d) Le recourant soutient toutefois que le mobbing serait dans un rapport de causalité dépassée avec le dommage, lequel serait selon toute vraisemblance survenu même sans le harcèlement psychologique. En effet, au vu de l'absence de certitude, selon les conclusions des experts, quant à la poursuite de l'évolution positive de la symptomatologie consécutive aux traumatismes de 1994, ainsi que de l'intervalle de cinq ans entre le cas de mobbing et l'incapacité de travail, il ne semblerait en l'espèce pas exclu d'admettre que la dépression de l'intimée serait intervenue, même en l'absence du cas de mobbing (causalité dépassée). Dans un tel cas – c'est-à-dire lorsqu'abstraction faite du comportement de l'auteur, la victime au-

rait selon toute vraisemblance subi le préjudice, notamment en raison de ses prédispositions constitutionnelles –, il y aurait lieu d'admettre que c'est le processus causal initial (soit les faits de 1994 en l'espèce) qui a entraîné le dommage.

Selon la jurisprudence et la doctrine, la causalité naturelle cesse dès que le lien logique entre la survenance d'un préjudice et une circonstance déterminée fait défaut; tel est le cas lorsqu'à un processus causal initial s'en substitue un autre, c'est-à-dire lorsqu'un dommage aurait pu être causé par un certain fait, mais résulte en réalité d'autres circonstances (causalité dépassante) ou lorsqu'un dommage résulte d'une certaine cause, mais qu'on peut admettre selon toute probabilité qu'il serait survenu même sans elle en vertu d'une autre cause (causalité dépassée ou hypothétique) (CREC I 13 mai 2011/175, c. 5c/bb; WERRO, *La responsabilité civile*, 2^e éd., 2011, Berne 2011, n. 199, p. 64).

En l'espèce, il ne résulte absolument pas des conclusions des experts médicaux que l'incapacité de travail totale de l'intimée serait, selon toute probabilité, survenue même en l'absence de harcèlement psychologique. En effet, comme on l'a vu (cf. c. 4c supra), les experts ont constaté que si l'intimée avait été fragilisée de manière significative par les événements de 1994, elle présentait une nette amélioration de la symptomatologie consécutive à ces événements avant de connaître ses difficultés professionnelles et on peut estimer qu'en l'absence de celles-ci, l'évolution aurait pu se poursuivre sur la voie de l'amélioration, avec préservation de la capacité de travail qui était entière avant son licenciement. S'il est, selon les experts, impossible d'affirmer avec certitude que l'intimée serait totalement asymptotique à l'heure actuelle si les difficultés professionnelles n'avaient pas eu lieu, on ne saurait en tirer la conclusion inverse que l'incapacité de travail totale de l'intimée serait selon toute probabilité survenue même en l'absence de harcèlement psychologique. Mal fondé, le moyen tiré d'une prétendue causalité dépassée doit donc être rejeté (cf. aussi c. 5 ci-dessous sous l'angle de la prédisposition constitutionnelle).

5.

a) A titre subsidiaire, pour l'hypothèse où le lien de causalité serait admis – ce qui est le cas (cf. c. 4 supra) –, le recourant reproche aux premiers juges de ne pas avoir réduit en application de l'art. 44 CO l'indemnité allouée à l'intimée en raison d'une prédisposition constitutionnelle de cette dernière. Il relève que les premiers juges ont retenu à cet égard que les experts avaient certes constaté qu'une prédisposition influençait l'état de santé final de l'intimée, mais qu'ils n'en avaient pas évalué l'ampleur et avaient relevé l'importance des difficultés professionnelles dans l'évolution clinique négative. Or un tel élément ne serait pas susceptible d'exclure l'application de l'art. 44 CO. En effet, dès lors que cette disposition doit être appliquée d'office, les premiers juges auraient dû, selon le recourant, requérir un complément d'expertise propre à déterminer

l'ampleur des conséquences de cette prédisposition, complément d'expertise que le recourant requiert expressément en deuxième instance.

b) Aux termes de l'art. 44 al. 1 CO, le juge peut 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. Si l'art. 44 CO doit certes être appliqué d'office par le juge (ATF 111 II 156 c. 4, JT 1986 I 28), il n'en incombe pas moins, dans une procédure soumise comme en l'espèce à la maxime des débats (cf. art. 4 CPC-VD) et dans laquelle le juge n'a pas à établir d'office les faits (cf. art. 343 al. 4 CO abrogé avec effet au 1^{er} janvier 2011), à la partie d'alléguer et de prouver les faits dont elle entend déduire son droit (art. 8 CC).

c) En l'espèce, il appartenait donc au recourant d'alléguer et de prouver, en présentant ses offres de preuve dans les formes prescrites par le CPC-VD, les faits qui justifieraient une réduction de l'indemnité (cf. TF 4C.89/2005 du 13 juillet 2005 c. 4.2). N'ayant pas requis la Cour civile d'administrer conformément à l'art. 291 CPC-VD un complément d'expertise qui aurait par hypothèse pu démontrer de tels faits, le recourant doit supporter l'absence de preuve sur ce point; il ne saurait invoquer en instance de recours des moyens de preuve qu'il aurait pu soulever devant la première instance. Au regard des faits qui doivent être retenus sur la base notamment de l'expertise médicale, les premiers juges ont estimé à bon droit qu'il n'y avait pas lieu à réduction de l'indemnité selon l'art. 44 CO en raison de la prédisposition constitutionnelle de l'intimée.

6.

a) Le recourant soutient que les premiers juges auraient dû réduire l'indemnité allouée à l'intimée en raison d'une faute concurrente de cette dernière. Il sollicite à cet égard une «réappréciation des preuves sur les carences imputables à l'intimée», plus précisément sur la qualité déficiente de son travail, sur ses carences comportementales (recours, pp. 16–18) et sur les événements ayant déclenché son licenciement en été 1997. Exposant une série de faits qui devraient selon lui être retenus, le recourant fait valoir que le comportement de l'intimée, tel qu'il résulte des faits exposés, aurait largement contribué à créer un dommage, voire à l'augmenter, de sorte que l'indemnité allouée à l'intimée devrait être sensiblement réduite.

b) L'art. 44 al. 1 CO, dont la teneur a été énoncée ci-dessus (c. 5b), qui institue un principe juridique général du droit de la responsabilité civile, laisse au juge un large pouvoir d'appréciation (ATF 130 III 182 c. 5.5.2; ATF 127 III 453 c. 8c; TF 4C.89/2005 du 13 juillet 2005 c. 4.2). Une faute concomitante du lésé doit être retenue si ce dernier, par son comportement, a contribué dans une mesure importante à créer ou à aggraver le dommage alors que l'on aurait pu attendre raisonnablement de tout tiers se trouvant dans la même situation qu'il prenne des mesures de précaution, susceptibles d'écarter ou de réduire ce dommage (TF 4A_124/2007 du 23 novembre 2007 c. 5.4.1; TF 4C.393/2006 du 27 avril

2007 c. 3.3.3 et les arrêts cités). Conformément à l'art. 8 CC, il incombe au responsable qui se prévaut de motifs de réduction de les établir (TF 4C.89/2005 du 13 juillet 2005 c. 4.2).

c) En l'espèce, l'appréciation de la Cour civile repose sur les conclusions du rapport circonstancié de dix-neuf pages établi le 26 novembre 1997 par le Bureau de l'égalité et sur son rapport du 17 mars 1998 établi à la suite de son complément d'enquête opéré en février 1998. Comme le relève le recourant, les premiers juges ont retenu que dès 1996, l'intimée s'était désintéressée de son travail et que des erreurs avaient été découvertes après son départ, en particulier des saisies fausses ou incomplètes. Le jugement entrepris retient également que durant son incapacité de travail du 7 février au 7 mars 1996, l'intimée était partie en Guadeloupe avec son compagnon de l'époque, qu'elle était moins appréciée que G. par certains collaborateurs et collaboratrices et que MM. [...] et [...] semblaient avoir été excédés par l'attitude, voire la personnalité de l'intimée. Ces éléments ne justifient cependant en rien les actes de mobbing dont l'intimée a été victime entre 1996 et 1997 et on ne voit pas en quoi celle-ci, par son comportement, aurait contribué dans une mesure importante à créer ou à aggraver le dommage qui est directement dû aux actes illicites dont répond le recourant. C'est donc à juste titre que les premiers juges n'ont pas retenu de faute concurrente de l'intimée qui aurait justifié de réduire les dommages-intérêts qu'ils lui ont alloués.

7.

a) Le recourant critique enfin le montant de l'indemnité pour tort moral allouée à l'intimée. Il estime qu'une indemnité de 30 000 fr. est largement supérieure à celle qui serait usuellement octroyée en cas de mobbing, se situant entre 10 000 fr. et 15 000 francs. Le montant alloué par les premiers juges apparaîtrait manifestement hors de toute proportion, le Tribunal fédéral ayant admis une limite supérieure à 25 000 fr. dans un cas particulièrement grave (TF 4C.343/2003 du 13 octobre 2004). Dès lors, au vu de la jurisprudence, des circonstances du cas d'espèce et de la prédisposition constitutionnelle dont les premiers juges devaient tenir compte, la fixation d'un montant de 30 000 fr. à titre de tort moral relèverait manifestement de l'arbitraire.

b) Selon la jurisprudence, le montant de la réparation morale due au titre de l'art. 328 CO dépend avant tout de la gravité des souffrances physiques ou psychiques consécutives à l'atteinte subie par la victime et de la possibilité d'adoucir, sensiblement, par le versement d'une somme d'argent, la douleur morale qui en résulte; l'ampleur et la durée de l'incapacité de travail liées à des actes de violation des droits de la personnalité commis par l'employeur est un critère pertinent pour fixer le montant du tort moral (CREC I, 13 mai 2011/175 c. 4b/bb et la référence à l'arrêt TF 4C.343/2003 du 13 octobre 2004).

En raison de sa nature, l'indemnité pour tort moral, qui est destinée à réparer un dommage qui ne peut que difficilement être réduit à une simple

somme d'argent, échappe à toute fixation selon des critères mathématiques, de sorte que son évaluation en chiffres ne saurait excéder certaines limites; l'indemnité allouée doit être équitable (TF 4C.320/2005 du 20 mars 2006 c. 2.2; TF 4C.24/2005 du 17 octobre 2005 c. 7.1; TF 2C.2/2000 du 4 avril 2003 c. 4.8). Toute comparaison avec d'autres affaires doit intervenir avec prudence, puisque le tort moral touche aux sentiments d'une personne déterminée dans une situation donnée et que chacun réagit différemment face au malheur qui le frappe; cela étant, une comparaison n'est pas dépourvue d'intérêt et peut être, suivant les circonstances, un élément utile d'orientation (TF 4C.343/2003 du 13 octobre 2004 c. 8.1; TF 6S.334/2003 du 10 octobre 2003 c. 5.2).

Dans un arrêt 2C.2/2000 du 4 avril 2003 (c. 4.8) cité par le recourant, le Tribunal fédéral a jugé équitable une indemnité de 12 000 fr. au titre de tort moral au regard des atteintes subies par la demanderesse (incapacité de travail durant quatre mois, harcèlement psychologique durant deux ans) et du fait que le défendeur avait déployé des efforts pour aider l'intéressée à se replacer et avait ainsi contribué à atténuer les souffrances de la demanderesse. L'arrêt 4C.24/2005 du 17 octobre 2005 (c. 7.2) cité par le recourant, dans lequel le Tribunal fédéral a fixé à 10 000 fr. l'indemnité pour tort moral due par l'employeur au travailleur, ne concernait pas, tout comme les arrêts qui y sont cités, un cas de mobbing mais un cas d'atteinte à la personnalité.

Dans un arrêt 4C.343/2003 du 13 octobre 2004 (c. 8.1), le Tribunal fédéral a jugé que compte tenu de l'ensemble des circonstances exceptionnelles de l'espèce – gravité de l'atteinte subie par le travailleur, victime de troubles psychiques qui avaient entraîné une invalidité et une incapacité totale et définitive de travailler; gravité de la faute de l'employeur, dont l'auxiliaire avait harcelé pendant près d'une année le travailleur et qui n'avait pris aucune mesure sérieuse et efficace – et des montants alloués dans d'autres cas (cf. TF 2C.2/2000 du 4 avril 2003 c. 4.8, déjà cité; TF 4C.310/1998 du 8 janvier 1999, publié in SJ 1999 I p. 277 c. 4), l'indemnité pour tort moral de 25 000 fr. fixée par les juges cantonaux se situait à la limite supérieure, sans que l'on puisse toutefois leur reprocher d'avoir mésusé du pouvoir d'appréciation dont ils disposaient en la matière.

c) En l'espèce, l'intimée a subi d'importantes souffrances psychiques dues au mobbing dont elle a été victime sur son lieu de travail entre 1996 et 1997. Elle est depuis 1998 au moins dans un état anxio-dépressif, d'intensité sévère, ayant entraîné une incapacité de travail totale de longue durée qui a persisté jusqu'à ce qu'elle atteigne l'âge de la retraite le 26 novembre 2007. Elle souffre de troubles de la pensée et du sommeil, ainsi que d'hyperémotivité; ayant totalement perdu confiance en elle et en ses capacités relationnelles et professionnelles, elle a des difficultés à assumer le quotidien. Sur le vu de ces circonstances exceptionnelles (troubles psychiques importants entraînant de grandes souffrances morales, durée de

l'incapacité de travail, gravité de la faute de l'employeur), le cas est comparable à celui dans lequel le Tribunal fédéral avait admis en 2004 une indemnité pour tort moral de 25 000 fr. L'indemnité de 30 000 fr. allouée par les premiers juges se situe assurément à la limite supérieure envisageable dans des cas de mobbing, même graves – limite qui ne saurait être fixée une fois pour toutes au montant de 25 000 fr. admis par le Tribunal fédéral il y a déjà plus de sept ans – mais échappe à la critique et peut être confirmée.

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 19 mars 2012 (Admission de l'appel interjeté contre le jugement incident rendu le 18 juillet 2011 par le Tribunal de prud'hommes de l'arrondissement de Lausanne)

Compétence *ratione materiae*. Les faits déterminants pour la compétence et pour le bien-fondé de l'action – faits doublement pertinents ou de double pertinence – doivent être admis sans preuve en principe, s'agissant de la compétence, et leur réalité ne doit être examinée qu'au stade de l'examen au fond. Sont doublement pertinents les faits qui ont trait à l'existence du contrat de travail. Ne sont que des faits de simple pertinence ceux de caractère purement géographique comme le siège ou le domicile du défendeur ou le lieu d'accomplissement du travail (c. 2c).

Art. 319 CO. Eléments caractéristiques du contrat de travail. Le rapport de subordination revêt une importance primordiale. Il n'existe que si les directives et les instructions influencent directement l'activité de l'employé et que l'ayant droit dispose d'un droit de contrôle. Les modalités de l'exercice de ce pouvoir réglementaire varient selon les qualifications et les responsabilités du travailleur. Le droit de donner des directives est ainsi réduit lorsque celui-ci a des responsabilités de gérant et qu'il est laissé relativement libre dans l'organisation du commerce qui lui est confié (c. 3a/aa). Lorsqu'il s'agit d'opérer une distinction entre activité dépendante et indépendante, les indices qui plaident en faveur d'une activité indépendante sont le risque économique supporté par l'indépendant, l'organisation libre du travail, de même que son accomplissement notamment; en revanche, même un travailleur peut avoir un horaire libre de travail, et utiliser le matériel fourni par l'employeur selon sa propre organisation (c. 3a/ab).

Extraits des faits:

T. était, jusqu'en 2010 au moins, détenteur d'une autorisation de type B pour l'exploitation d'un service de taxis. E. est titulaire d'une autorisation de type A pour l'exploitation d'un service de taxis. Le 2 juillet 2010, les parties ont signé un premier document intitulé «convention entre les deux parties», dont la teneur était la suivante: «Le locataire soussigné, exploitant de taxi indépendant avec autorisation «B» à Lausanne, loue, aux conditions ci-dessous, un véhicule équipé TAXI dont le propriétaire et loueur est Monsieur E. L'horaire disponible est de 06 h 00 à 18 h 00. Pour tout changement d'horaire, un arrangement doit être discuté avec Monsieur E. Conditions: La location est de CHF 1600.– par mois (soit CHF 1200.– pour le véhicule et CHF 400.– pour la participation à la cotisation de la centrale des taxis). Monsieur T. prendra soin du véhicule pour les réparations et les services. Il se chargera de la livraison et de la reprise du véhicule au garage. Les frais de réparations sont à la charge du loueur. Vu sa qualité d'indépendant, Monsieur T. qui est affilié au centre patronal vaudois de par son autorisation «B» est responsable de la tenue de sa propre comptabilité en relation avec ses revenus. Il se doit de payer ses charges AVS-AI-APG LPP et l'éventuelle TVA. Le carburant et les éventuelles amendes sont à la charge du locataire. Le locataire s'engage à garder le véhicule propre et soigné. L'assurance du véhicule ainsi que son entretien sont à la charge de son propriétaire; soit le loueur. En cas d'accident, le locataire est tenu d'entreprendre toutes les démarches qui incombent pour régler le sinistre. (Coordonnées du lésé, avertir l'assurance, établir le constat à l'amiable ou faire intervenir la police, etc.) Les frais de réparation du taxi et ceux du lésé sont à la charge du locataire; dans la mesure d'un montant de CHF 1500.– pour couvrir la franchise et le malus. Dans le cas où le locataire n'est pas responsable et si le véhicule doit être immobilisé, l'indemnité d'immobilisation revient au loueur; le locataire ne pourra prétendre à aucune indemnité. (...)). Selon une déclaration manuscrite figurant au bas de cet accord et munie apparemment de la signature des parties, la convention aurait été annulée le 9 août 2010.

E. et T. ont également signé le même jour une deuxième convention intitulée «Contrat de travail». Elle prévoyait les conditions suivantes: «1. L'employeur met à disposition de l'employé un véhicule équipé des accessoires obligatoires et conformes à l'exploitation d'un taxi. 2. L'employé prendra soin du véhicule pour les réparations et les services; il se chargera de la livraison, de l'attente et de la reprise du véhicule au garage. 3. L'utilisation du véhicule par l'employé est limitée à l'horaire préalablement convenu entre les parties. 4. Le décompte se fera chaque semaine. 5. En cas d'accident, si l'employé est fautif, un montant de CHF 1500.– lui sera demandé pour couvrir la franchise et le malus. 6. L'engagement ne deviendra définitif qu'après un temps d'essai de 3 mois à partir du mardi 20 juillet 2010. 7. En cas de litige, les deux parties reconnaissent le for ju-

ridique de Lausanne vu que l'employeur exerce en autorisation «A» sur Lausanne. 8. Le salaire de l'employé est calculé à raison de 50% du chiffre d'affaires mensuel (vacances comprises) jusqu'à une recette mensuelle de CHF 9000.–. Au-delà, le salaire sera de 52%. (Vacances comprises). 9. Vu que l'employé est affilié en qualité d'indépendant au centre patronal vaudois et qu'il possède ses propres assurances pertes de gains maladie et accidents auprès de la [...] assurances, respectivement la [...] et étant donné qu'il est en possession d'une autorisation «B» de la commune de Lausanne pour l'exploitation d'un service de taxi il n'est pas soumis à la déduction des charges sociales AVS-AI-APG-LPP.»

Les parties ont enfin signé le 9 août 2010 une troisième convention, également intitulée «Contrat de travail», dont les conditions étaient les suivantes: «1. L'employeur met à disposition de l'employé un véhicule équipé des accessoires obligatoires et conformes à l'exploitation d'un taxi. Le carburant est à la charge de l'employeur. 2. L'employé prendra soin du véhicule pour les réparations et les services; il se chargera de la livraison, de l'attente et de la reprise du véhicule au garage. Les factures sont à la charge de l'employeur. 3. L'utilisation du véhicule par l'employé est limitée à l'horaire préalablement convenu entre les parties (travail de jour). Modifications sur entente préalable. 4. La remise du 50% des recettes se fera chaque semaine auprès de l'employeur. Le décompte sera effectué au fur et à mesure des jours travaillés sur le formulaire remis à l'employé. 5. En cas d'accident, si l'employé est fautif, un montant de CHF 1500.– lui sera demandé pour couvrir la franchise et le malus. L'employé doit préserver les droits de l'employeur en cas d'accident non fautif. (Constat à l'amiable ou appel à la police). 6. Le temps d'essai est de trois mois à partir du 1^{er} jour de travail qui a débuté le 20 juillet 2010. 7. Le salaire de l'employé est calculé à raison de 50% du chiffre d'affaires mensuel brut (vacances comprises) jusqu'à une recette mensuelle de CHF 9000.–. Au-delà, le salaire sera de 52% (vacances comprises). Le salaire est convenu et doit être considéré BRUT pour NET. 8. Cependant vu que l'employé est affilié en qualité d'indépendant au centre patronal vaudois et qu'il possède ses propres assurances pertes de gains maladie et accidents auprès de la [...] assurances, respectivement la [...] de par l'autorisation «B» qu'il détient de la commune de Lausanne pour l'exploitation d'un service de taxis «B»; l'employeur a informé l'employé qu'il n'est dès lors pas tenu de payer les charges sociales du salaire brut pour net ainsi que la LPP sur les salaires réalisés. Monsieur T. doit annoncer ceux-ci dans sa propre comptabilité d'indépendant. (...)».

Dès la fin du mois de septembre 2010, les parties se sont trouvées en conflit à propos de la convention entre parties du 2 juillet 2010, comme aussi du chiffre 8 du contrat de travail du 9 août 2010, dont T. contestait la légalité. Ce dernier reprochait également à E. de ne lui avoir pas fourni pendant trois jours un véhicule de remplacement suite à la panne du taxi initialement loué. Au cours du mois d'octobre 2010, T. a adressé à ce sujet

divers courriers à E. Par lettre du 4 octobre 2010, E. a mis fin aux rapports contractuels qui le liaient à T. en ces termes: «Suite à notre dernier entretien, je suis dans l'obligation de mettre fin à votre contrat de travail. Celui-ci prévoit une période d'essai de trois mois, avec un licenciement à 7 jours dès la date de réception de la présente. Cette période d'essai se terminera le 13 octobre 2010. Notre relation de travail sera terminée dès le 15 octobre prochain (...)».

En date du 16 novembre 2010, T. a déposé une demande en justice contre E. devant le Tribunal de prud'hommes de l'arrondissement de Lausanne. Par jugement incident du 18 juillet 2011, le Tribunal de prud'hommes a décliné sa compétence à raison de la matière. En droit, les premiers juges ont considéré que la relation contractuelle entre parties ne constituait pas un contrat de travail. Il a estimé que le fait que l'intimé ait conservé sa propre autorisation de type «B» pour l'exploitation d'un service de taxis, qu'il ait maintenu sa situation d'indépendant et que le requérant perçoive une location pour son autorisation et son véhicule ne permettait pas de présumer de l'existence d'un contrat de travail sur la base de l'art. 320 al. 2 CO. Par acte du 11 octobre 2011, T. a interjeté appel contre ce jugement auprès de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal.

Extraits des considérants:

2.

c) La preuve des faits fondant le déclinatoire rationae materiae appartient à la partie requérante, le déclinatoire devant être rejeté en cas de doute. Dans ce cas, le juge initialement saisi devra statuer au fond, ce qui n'exclut pas que le jugement au fond retienne finalement, sur la base d'une instruction plus complète, des faits qui auraient justifié l'admission du déclinatoire s'ils avaient été établis à un stade antérieur. Il en va de même lorsque les faits en question concernent la qualification d'un contrat déterminante pour fonder la compétence d'une juridiction spécialisée, de sorte qu'une telle juridiction peut se trouver finalement amenée à appliquer des règles juridiques sortant normalement de son champ d'application (JT 2005 III 79).

Le juge saisi doit examiner sa compétence sur la base des allégués, moyens et conclusions de la demande, sans tenir compte des objections de la partie défenderesse. Les faits déterminants pour la compétence et pour le bien-fondé de l'action – faits doublement pertinents ou de double pertinence – doivent être admis sans preuve en principe, s'agissant de la compétence, et leur réalité ne doit être examinée qu'au stade de l'examen au fond. Les objections de la partie adverse, en ce qui les concerne, ne sont pas prises en compte au stade de l'entrée en matière, à moins qu'ils n'apparaissent d'emblée invraisemblables ou incohérents (ATF 136 III 486). Sont doublement pertinents les faits qui ont trait à l'existence du contrat de travail. Ne sont que des faits de simple pertinence ceux de caractère

purement géographique comme le siège ou le domicile du défendeur ou le lieu d'accomplissement du travail (ATF 137 III 32; RSPC 2011 p. 10).

3.

L'appelant conteste la qualification donnée par le premier juge au contrat liant les parties. Il soutient qu'il s'agit d'un contrat de travail et que le Tribunal de prud'hommes est effectivement compétent pour juger la cause. La question de la qualification du contrat liant les parties doit ainsi être examinée à la lumière des principes régissant l'examen de la compétence du tribunal saisi.

a/aa) Conformément à l'art. 319 al. 1 CO, le contrat individuel de travail est un contrat synallagmatique parfait par lequel le travailleur s'engage, pour une durée déterminée ou indéterminée, à travailler au service de l'employeur et celui-ci à payer un salaire fixé d'après le temps ou le travail fourni. Le contrat de travail se caractérise ainsi par quatre éléments essentiels (REHBINDER, *Berner Kommentar*, 2010, n. 42 ad art. 319 CO; ENGEL, *Contrats de droit suisse*, 2^{ème} éd., 2000, p. 292; WYLER, *Droit du travail*, 2^{ème} éd., pp. 58–59). Premièrement, le travailleur doit s'engager à fournir un travail, soit une activité déterminée de caractère physique ou intellectuel (TERCIER/FAVRE/EIGENMANN, *Les contrats spéciaux*, 4^{ème} éd., 2009, n. 3262, p. 476; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, *Commentaire du contrat de travail*, 3^{ème} éd., 2004, n. 2 ad art. 319 CO, p. 37). Deuxièmement, cette activité doit se faire au service de l'employeur; le travailleur doit ainsi se soumettre à une relation de subordination, tant du point de vue organisationnel et temporel que personnel (TERCIER/FAVRE/EIGENMANN, *op.cit.*, n. 3263, p. 477; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, *op.cit.*, n. 3 ad art. 319 CO, p. 37). Troisièmement, l'activité doit s'exercer pendant une certaine durée, qui peut être déterminée ou indéterminée (TERCIER/FAVRE/EIGENMANN, *op.cit.*, n. 3264, p. 477; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, *op.cit.*, n. 5 ad art. 319 CO, p. 38). Enfin, quatrièmement, l'employeur s'engage à verser une rémunération en fonction du temps ou du travail fourni (TERCIER/FAVRE/EIGENMANN, *op.cit.*, n. 3265 ss, p. 477; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, *op.cit.*, n. 6 ad art. 319 CO, p. 38–39).

Le rapport de subordination revêt une importance primordiale. Il pré-suppose que le travailleur est incorporé dans l'organisation de l'entreprise. Ce rapport de subordination n'existe que si les directives et les instructions influencent directement l'activité de l'employé et que l'ayant droit dispose d'un droit de contrôle. Les modalités de l'exercice de ce pouvoir réglementaire varient selon les qualifications et les responsabilités du travailleur. Le droit de donner des directives est ainsi réduit lorsque celui-ci a des responsabilités de gérant et qu'il est laissé relativement libre dans l'organisation du commerce qui lui est confié (FAVRE/MUNOZ/TOBLER, *Le contrat de travail code annoté*, 2^{ème} éd., 2010, n. 1.5 ad art. 319 CO, p. 3 et les références citées).

La question de la qualification du contrat doit être résolue d'après les circonstances objectives – les rapports effectifs entre les parties – permettant de conclure, sous l'angle de la protection sociale accordée au travailleur, à l'existence d'un contrat de travail (art. 320 al. 2 CO; STAEHELIN, *Zürcher Kommentar*, 4^{ème} éd., n. 7 ad art. 320 CO, pp. 50 s.). Seul l'ensemble des circonstances du cas particulier permet de déterminer si le travail est effectué de manière dépendante ou indépendante (ATF 112 II 41, JT 1986 I 253).

a/ab) Lorsqu'il s'agit d'opérer une distinction entre activité dépendante et indépendante, les indices qui plaident en faveur d'une activité indépendante sont le risque économique supporté par l'indépendant, l'organisation libre du travail, de même que son accomplissement notamment; en revanche, même un travailleur peut avoir un horaire libre de travail, et utiliser le matériel fourni par l'employeur selon sa propre organisation (CARUZZO, *Le contrat individuel de travail*, pp. 6–7 et la jurisprudence citée). Selon la jurisprudence, un chauffeur poids lourds qui s'engage à effectuer des livraisons avec son propre véhicule est considéré comme indépendant lorsqu'il assume lui-même tous les frais de transport, les risques et les profits, et que le contrat ne prévoit rien en matière d'horaire, de vacances ou d'assurances sociales, le chauffeur ayant conclu ce contrat dans le but d'augmenter ses revenus (arrêt cité par FAVRE/MUNOZ/TOBLER, *op.cit.*, n. 1.27 ad art. 319 CO).

a/b) Selon l'art. 18 CO; pour apprécier la forme et les clauses d'un contrat, il y a lieu de rechercher la commune et réelle intention des parties, sans s'arrêter aux expressions et dénominations inexactes qu'elles ont pu utiliser, soit par erreur, soit pour déguiser la nature véritable de leur convention (ATF 131 III 606 c. 4.1; ATF 127 III 444).

La jurisprudence a déduit de cette disposition qu'il convenait de chercher à déterminer en premier lieu la réelle et commune intention des parties (interprétation subjective) et, si celle-ci n'était pas établie ou si les volontés intimes divergeaient, adopter la méthode d'interprétation selon le principe de la confiance (méthode objective; ATF 132 III 626 c. 3.1 et les références citées, JT 2007 I 423; ATF 125 III 305 c. 2b et références). Dans le cadre de l'interprétation subjective, le juge s'intéressera en premier lieu aux termes utilisés et/ou aux comportements des parties, les termes utilisés étant pris au sens habituel (moyens primaires d'interprétation; WINIGER, *Commentaire romand*, Bâle 2003, nn. 25 et 26 ad art. 18 CO, p. 86). Pour préciser la volonté des parties, le juge prendra en compte notamment le comportement des parties aussi bien avant qu'après la conclusion du contrat, leurs déclarations antérieures, les projets de contrat, la correspondance échangée, leurs intérêts respectifs et le but du contrat (moyens complémentaires d'interprétation; WINIGER, *op.cit.*, n. 32 ss ad art. 18 CO, pp. 87 ss).

b) S'attachant à qualifier la nature dépendante ou indépendante de l'activité déployée par l'appelant au moyen du taxi mis à sa disposition par l'intimé, les premiers juges ont estimé que l'appelant assumait une part de

risque importante sur le plan économique, puisqu'il ne réalisait de gains que dans la mesure où son activité était productive. Quant à l'organisation du travail, ils ont relevé qu'il exerçait son activité de chauffeur de taxi sans avoir à se soumettre à quelque directive que ce soit sur la manière de pratiquer son travail, les seules restrictions consistant dans l'horaire de travail et le périmètre défini pour l'exercice de son activité. Le tribunal a retenu comme déterminant le fait que l'appelant avait parallèlement conservé son autorisation de type B pour l'exploitation d'un service de taxis et maintenu sa situation d'indépendant ainsi que le fait que l'intimé avait perçu de l'appelant une location pour sa concession et son véhicule. Au vu de ce qui précède, les premiers juges ont considéré que l'appelant n'exerçait pas une activité dépendante et que la relation contractuelle entre parties ne constituait dès lors pas un contrat de travail. Au surplus, ils ont considéré que l'art. 320 al. 2 CO n'était pas applicable, dans la mesure où l'appelant réalisait un revenu en fonction de l'activité déployée, tout en louant son matériel de travail à l'intimé.

c/a) En l'espèce, les parties ont conclu le 2 juillet 2010 une première convention intitulée «convention entre parties». Cet accord ne prévoit aucun élément permettant d'aller dans le sens d'un contrat de travail, puisqu'il semble plutôt s'agir uniquement d'une location d'un véhicule «équipé taxi», la convention précisant au demeurant que T. est tenu, en sa qualité d'indépendant, de tenir sa propre comptabilité en relation avec ses revenus et de payer les charges sociales y afférentes.

Cette convention, qui aurait été annulée par les parties en date du 9 août 2010, plaide certes en faveur d'un statut d'indépendant. Toutefois, le fait que l'intimé n'ait pas déduit les cotisations sociales de la rémunération versée à l'appelant, ni lui-même versé de prestations patronales aux assurances sociales n'a que valeur d'indice et n'est pas déterminant (JT 2005 III 79).

Par ailleurs, le fait que l'intimé ait conservé parallèlement le bénéfice d'une autorisation de type B pour l'exploitation d'un service de taxis et effectué des courses pour un enfant handicapé ne constitue pas un indice fort, tant un indépendant qu'un travailleur pouvant travailler pour plusieurs personnes.

Au surplus, le fait que l'appelant soit libre de travailler et d'organiser son activité dans le cadre de l'horaire préalablement convenu par les parties pour l'utilisation du véhicule ne constitue pas davantage un indice fort parlant en faveur d'un statut d'indépendant. L'organisation n'était pas aussi libre que le soutient l'intimé, puisque l'appelant devait se plier à certains horaires, même s'il pouvait décider dans ce cadre de travailler peu ou beaucoup, et rendre disponible la voiture à certains moments.

c/b) D'autres éléments plaident en revanche en faveur du contrat de travail. Les parties ont signé le 2 juillet 2010 une deuxième convention, intitulée «contrat de travail», prévoyant notamment la mise à disposition de l'employé d'un véhicule équipé des accessoires obligatoires et conformes à

l'exploitation d'un taxi (ch. 1), la limitation de l'utilisation du véhicule à un horaire préalablement convenu (ch. 3), un temps d'essai (ch. 6), un salaire calculé selon le chiffre d'affaires mensuel, vacances comprises (ch. 8) et une réglementation particulière quant aux charges sociales (ch. 9).

Dans une troisième convention du 9 août 2010, également intitulée «contrat de travail», les parties sont notamment convenues que le carburant était à la charge de l'employeur (ch. 1), tout comme les factures de garage (ch. 2), que l'utilisation du véhicule était limitée à un horaire préalablement convenu (ch. 3), que la recette était remise hebdomadairement à l'employeur, qui délivrait un formulaire (ch. 4), qu'un temps d'essai de trois mois était prévu (ch. 6), que le salaire était convenu avec un ajout «brut pour net» (ch. 7) et, enfin, que l'employé était affilié en qualité d'indépendant s'agissant des charges sociales (ch. 8).

La prise en charge, par l'intimé, des factures relatives à l'entretien du véhicule, de même que celles relatives au carburant sont caractéristiques du contrat de travail (art. 327a CO), comme aussi la mise à disposition de l'appelant d'un véhicule à moteur (art. 327b CO). De même, le contrat de travail, qu'il s'agisse de celui du 2 juillet 2010 ou du 9 août 2010, prévoit un temps d'essai caractéristique du contrat de travail (art. 335b CO). Il stipule en outre le versement d'un salaire, qui tient compte des vacances; la mention des vacances est caractéristique du contrat de travail (art. 329a CO). Enfin, le contrat prévoit que l'appelant doit remettre le 50% de sa recette chaque semaine auprès de l'employeur, ce dernier effectuant un décompte au fur et à mesure des jours travaillés sur le formulaire remis à l'employé; en l'espèce, des «décomptes de salaire» ont été établis tout au long des relations contractuelles.

Par ailleurs, les divers témoignages confirment, entre autres, que le titulaire d'une autorisation de type A ne peut s'associer avec un autre indépendant, mais peut en revanche employer des chauffeurs salariés, même s'il semble effectivement que cet aspect du règlement n'est pas respecté par certains bénéficiaires de l'autorisation A, ce qui ne saurait être déterminant en l'espèce. Cet indice plaide également en faveur d'un contrat de travail, le seul bénéficiaire de l'autorisation A ne pouvant être que l'intimé (art. 19 al. 1 du règlement intercommunal sur les services de taxis). A cet égard, on ne saurait préjuger que ce dernier aurait délibérément violé le règlement, au risque de perdre son autorisation.

Quant au risque économique, il apparaît bien plus supporté par l'intimé, puisqu'il s'agissait de mettre à disposition de l'appelant un véhicule équipé pour faire le taxi, payer le carburant et les frais et assumer toutes les charges y relatives. Même si l'appelant ne roulait pas, l'intimé en supportait les frais, et donc le risque économique.

Enfin, on relève que l'intimé, qui plaide le statut d'indépendant, a adressé le 4 octobre 2010 à l'appelant une lettre résiliant son contrat de travail et indiquant, par référence au temps d'essai convenu, que leur relation de travail prendrait fin le 14 octobre 2010.

c/c) En définitive, on constate que l'examen de l'ensemble des éléments fait plutôt pencher la balance en faveur du contrat de travail et qu'il y a à tout le moins doute sur la qualification des relations contractuelles entre parties de sorte qu'en application de la jurisprudence précitée (cf. supra ch. 2c), le déclinatoire doit être rejeté. Le Tribunal des prud'hommes devra statuer au fond sur le litige divisant T. d'avec E., ce qui ne saurait l'empêcher d'admettre, au terme d'une instruction plus complète, l'application d'autres règles que celles qui fondent sa compétence matérielle.

Au vu de ce qui précède, l'appel doit être admis, de sorte qu'il n'y a pas lieu d'examiner les moyens tirés d'éventuels vices de procédure.

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 19 mars 2012 (Rejet de l'appel interjeté contre le jugement rendu le 5 juillet 2011 par le Tribunal civil de l'arrondissement de La Côte)

Art. 322d CO. Caractère accessoire de la gratification. Le versement de bonus correspondant en moyenne au 28,9% du salaire annuel brut de l'employé, lequel s'élevait en moyenne à 224 166 fr., ne s'oppose pas à ce que ces montants soient qualifiés de gratification au sens de l'art. 322d CO (c. 3c).

Art. 335d ch. 2 CO. Il y a licenciement collectif, dans une entreprise comprenant comme en l'espèce plus de 100 employés, lorsqu'un congé est donné à au moins 10% des travailleurs, pour un motif non inhérent à leur personne, dans un délai de trente jours. Ce délai se calcule à partir de la résiliation. Un échelonnement des résiliations dans le temps n'est pas exclu, pour autant qu'il ne s'agisse pas d'une manœuvre abusive tendant à éluder la réglementation sur les licenciements collectifs (c. 4b). Ne constitue en principe pas un abus le fait d'adapter l'effectif de l'entreprise au fur et à mesure que les clients retirent leurs capitaux (c. 4c).

Extraits des faits:

Par contrat de travail à durée indéterminée du 31 octobre 2003, la société E., défenderesse, a engagé T., demandeur, en qualité de responsable des opérations au taux d'activité de 100%. Le contrat prévoyait en substance que le demandeur serait rémunéré par un salaire annuel brut de 180 000 fr. payable à raison de treize mensualités. Ni le contrat de travail du demandeur, ni le règlement du personnel de la défenderesse ne contenaient de disposition réglementant un éventuel bonus. Le 2 juin 2005, les parties ont conclu un nouveau contrat de travail, selon lequel le demandeur

était engagé en qualité de gestionnaire au sein du département Asset Allocation. L'article 5 du nouveau contrat, libellé «Rémunération», disposait ce qui suit: «Sur la base d'une activité à plein temps, le collaborateur est rémunéré pour la période s'échelonnant du 1^{er} juin 2005 au 31 mai 2006 par un salaire de CHF 220 000.– (deux cent vingt mille francs suisses) brut – base annuelle – Dès le 1^{er} juin 2006, le collaborateur sera rémunéré par un salaire annuel de CHF 250 000.– (deux cent cinquante mille francs suisses) brut – base annuelle – Un bonus minimum de CHF 60 000.– (soixante mille francs suisses) sera versé au collaborateur le 30 avril 2006 au titre de l'exercice 2005. Le collaborateur ne pourra prétendre à un bonus supplémentaire en 2006. Dès 2007, un bonus pourra être servi, au titre de l'exercice précédent, à l'entière discrétion de la société.» Le salaire convenu était versé treize fois l'an. En 2006, le demandeur a touché un bonus de 60 000 fr., correspondant au montant minimum qui avait été convenu contractuellement pour l'exercice 2005. La défenderesse lui a néanmoins adressé un courrier daté du 7 mars 2006 précisant ce qui suit: «Nous vous rappelons que ce bonus ne constitue nullement un engagement pour l'avenir et ne doit pas être incorporé à votre salaire, qu'il est accordé à bien plaisir par l'Actionnaire selon les mérites de chaque collaborateur.» Par la suite, le demandeur a touché en 2007 un bonus de 40 000 fr. pour l'exercice 2006 et en 2008 un bonus de 149 000 fr. pour l'exercice 2007. En des termes identiques à ceux employés dans son courrier du 7 mars 2006, la défenderesse lui a expressément rappelé, par courriers des 16 mars 2007 et 14 mars 2008, la nature des montants qui lui étaient versés. En 2009, le demandeur a touché un bonus de 50 000 fr. pour l'année 2008. Dans un courrier d'accompagnement, la défenderesse lui a précisé ce qui suit: «Nous vous rappelons que *ce bonus ne constitue nullement un engagement pour l'avenir* et qu'il est accordé à bien plaisir par le Conseil d'Administration.» De 2004 à 2008, le demandeur a réalisé les salaires annuels bruts suivants: en 2004: 180 000 fr.; en 2005: 203 333 fr.; en 2006: 237 500 fr.; en 2007: 250 000 fr.; en 2008: 250 000 fr. Compte tenu des bonus perçus par le demandeur entre 2004 et 2008, s'élevant respectivement à 25 000 fr., 60 000 fr., 40 000 fr., 149 000 fr. et 50 000 fr., le rapport entre le salaire annuel moyen (224 166 fr. 67) et le bonus annuel moyen (64 800 fr.) perçus par le demandeur était de 28,9%; ce chiffre ne tient pas compte de l'année 2003, dès lors que les collaborateurs de la défenderesse ne perçoivent pas de bonus pour leur première année de service.

La défenderesse est une société dont l'activité principale est la gestion de portefeuilles et de fonds alternatifs (hedges funds). Elle a été créée en 1992 par le financier [...] et fait partie du Groupe [...] qui réunit des sociétés ayant leur siège en Suisse et à l'étranger. Au 1^{er} janvier 2009, la société défenderesse employait cent un collaborateurs. La défenderesse comme beaucoup d'autres établissements de gestion de fortune ou de banques en Suisse ou dans le monde a été frappée à la fin de l'année 2007 par la crise des subprimes et au second semestre de l'année 2008 par plu-

sieurs catastrophes financières de portée mondiale. A cet égard, le demandeur a exposé qu'au début de l'année 2009, [...] aurait pris la décision de supprimer 30% de ses effectifs en raison de l'instabilité des marchés boursiers et que c'est dans ce contexte que la société défenderesse aurait licencié près de trente personnes en 2009. Selon un tableau produit par la défenderesse retraçant les sorties des collaborateurs des différentes sociétés du Groupe [...] en Suisse pour l'année 2009, la société défenderesse s'est séparée de vingt-neuf collaborateurs. Il ressort de ce document que huit d'entre eux ont donné leur démission, que deux collaborateurs ont été congédiés en raison de problèmes qualitatifs et que dix-neuf employés ont été licenciés pour des raisons économiques. S'agissant des licenciements économiques, le tableau indique que trois d'entre eux ont été prononcés en 2008; les seize autres sont intervenus aux dates suivantes: 23 janvier 2009 (un licenciement); 26 janvier 2009 (deux licenciements); 9 février 2009 (un licenciement); 26 février 2009 (deux licenciements); 30 mars 2009 (deux licenciements); 28 avril 2009 (deux licenciements); 2 juin 2009 (un licenciement); 23 juin 2009 (un licenciement); 24 juin 2009 (un licenciement); 25 juin 2009 (un licenciement); 28 juillet 2009 (un licenciement); 30 novembre 2009 (un licenciement). Quatre témoins ont été entendus lors de l'audience de jugement du 5 juillet 2011 sur la question des circonstances dans lesquelles les licenciements économiques avaient eu lieu. De manière univoque, les témoins ont déclaré que les licenciements économiques n'étaient pas le fruit d'une décision unique, mais avaient fait l'objet de décisions distinctes prises au fur et à mesure que les clients de la défenderesse retiraient leurs fonds. Les témoins ont expliqué que la société défenderesse avait dû réagir à la crise financière de la fin de l'année 2008 en ajustant sa structure en conséquence; pour ce faire, sa direction se réunissait régulièrement, semaine après semaine, afin de faire le point sur l'évolution de la situation, et prenait lors de ces réunions les décisions relatives aux effectifs de la société.

Par lettre du 24 juin 2009, la défenderesse a résilié pour le 30 septembre 2009 le contrat de travail le liant au demandeur en lui indiquant que la suppression de son poste intervenait dans le cadre d'une restructuration organisationnelle de sa société. Par courrier du 25 août 2009, le demandeur a fait opposition à son congé, faisant valoir qu'intervenant dans le cadre d'un licenciement collectif, il était abusif selon l'art. 336 al. 2 let. c CO. A ce titre, il a réclamé à la défenderesse le paiement d'une indemnité de 41 667 francs. Il lui a également réclamé le paiement d'un montant de 64 750 fr. à titre de bonus pour l'année 2009.

Par demande du 29 septembre 2009, le demandeur a ouvert action contre la défenderesse, en concluant, avec suite de frais et dépens, à ce que celle-ci soit reconnue sa débitrice et lui doive prompt paiement du montant de 100 000 fr., sous déduction des retenues légales sur la part à définir avec le tribunal, avec intérêt. Par jugement du 5 juillet 2011, le Tribunal civil de

l'arrondissement de La Côte a rejeté la demande de T. Par acte du 6 février 2012, T. a fait appel de ce jugement.

Extraits des considérants:

3.

a) L'appelant prétend tout d'abord que les bonus qu'il a reçus chaque année constituaient un élément de son salaire, eu égard à leur proportion par rapport à son salaire annuel.

b) Le salaire régi par l'art. 322 al. 1 CO est une prestation en argent versée en contrepartie du travail. Il se calcule en fonction du temps que le travailleur consacre à l'employeur ou du travail effectivement fourni, dans le cas du travail aux pièces ou à la tâche (art. 319 al. 1 et 323b al. 1 CO). Les parties peuvent convenir, en sus ou à la place d'un autre mode de rémunération, d'un salaire variable à calculer d'après le chiffre d'affaires ou le bénéfice de l'entreprise (art. 322a CO).

Une gratification, aux termes de l'art. 322d CO, est une rétribution spéciale que l'employeur accorde en sus du salaire à certaines occasions, telles que Noël ou la fin de l'exercice annuel, par exemple une fois par année. Elle se distingue du salaire, et en particulier d'un éventuel treizième mois de salaire, en ceci qu'elle dépend au moins partiellement du bon vouloir de l'employeur. Si le versement d'une gratification n'a pas été convenu, expressément ou par actes concluants, cette prestation est entièrement facultative. Si un versement de ce genre est convenu, l'employeur est tenu d'y procéder mais il jouit d'une certaine liberté dans la fixation du montant à allouer. La gratification est accessoire par rapport au salaire et elle ne peut avoir qu'une importance secondaire dans la rétribution du travailleur. Un montant très élevé en comparaison du salaire annuel, équivalent ou même supérieur à ce dernier, et versé régulièrement, doit être considéré comme un salaire variable même si l'employeur en réservait le caractère facultatif. Cela concerne les revenus les plus considérables; dans le cas de salaires modestes, un montant proportionnellement moins élevé peut déjà présenter le caractère d'un salaire variable (ATF 131 III 615 c. 5.2; ATF 129 III 276 c. 2 traduit au JT 2003 I 346). Dans un arrêt de 2002, le Tribunal fédéral a jugé que le versement d'un bonus correspondant au quart d'un salaire de 100 000 fr. (dont il a précisé qu'il ne pouvait être qualifié de modeste) ne s'opposait pas à ce que ce montant soit qualifié de gratification (ATF 129 III 276 précité c. 2.1). Dans un arrêt récent, il a considéré qu'un bonus plafonné à 40% d'un salaire annuel de 330 000 fr. était accessoire par rapport à ce salaire (TF 4A_705/2011 du 20 décembre 2011 c. 4).

c) En l'espèce, le salaire convenu était dû pour chaque année de travail et réparti en treize mensualités. Dès sa deuxième année de service, l'appelant a reçu en sus un bonus représentant en moyenne le 28,9% de son salaire annuel brut, lequel s'élevait en moyenne à 224 166 fr 7. Au regard de la jurisprudence susmentionnée, force est de constater que la quotité du

bonus versé ne revêt qu'une importance secondaire en comparaison avec le salaire annuel de l'appelant, peu importe qu'il faille selon lui qualifier son salaire de moyen et non pas de supérieur. Il s'ensuit que l'appréciation des premiers juges, selon laquelle le versement de bonus correspondant en moyenne au 28,9% du salaire annuel brut de l'appelant ne s'oppose pas à ce que ces montants soient qualifiés de gratification au sens de l'art. 322d CO, peut être confirmée.

Le moyen de l'appelant doit être rejeté.

4.

a) L'appelant prétend que son licenciement résulterait d'une décision de principe de l'intimée de réduire ses effectifs de 30%, de sorte que les congés qu'elle a donnés en 2009 étaient constitutifs d'un licenciement collectif au sens des art. 335d ss CO et auraient dû respecter les règles y relatives. La procédure de consultation prévue pour les licenciements collectifs n'ayant pas été suivie, son congé aurait été abusif et lui donnerait droit à une indemnité qu'il chiffre à 41 667 francs.

b) Selon l'art. 335d ch. 2 CO, il y a licenciement collectif, dans une entreprise comprenant comme en l'espèce plus de 100 employés, lorsqu'un congé est donné à au moins 10% des travailleurs, pour un motif non inhérent à leur personne, dans un délai de trente jours. Ce délai se calcule à partir de la résiliation (Wyler, Droit du travail, 2^e éd., Berne 2008, p. 470 et les auteurs cités). Un échelonnement des résiliations dans le temps n'est pas exclu, pour autant qu'il ne s'agisse pas d'une manœuvre abusive tendant à éluder la réglementation sur les licenciements collectifs (ibidem, p. 471).

c) En l'espèce, au 1^{er} janvier 2009, l'intimée employait un total de cent un employés. Seize d'entre eux ont été licenciés pour des motifs économiques de janvier à novembre 2009. S'il n'y pas eu un licenciement de 10% de l'effectif, soit environ dix salariés, dans une période de trente jours, au sens de l'art. 335d ch. 2 CO, la question se pose en revanche de savoir si l'intimée a délibérément étalé les congés dans le temps pour éluder cette disposition.

En se fondant sur un article consacré au fondateur et président du Groupe [...] [...], publié dans la presse le [...] 2009, l'appelant fait valoir que l'intimée aurait pris la décision de réduire de 30% ses effectifs et soutient que l'échelonnement des congés constitue un abus de droit. Ce pourcentage n'a cependant été articulé dans la presse qu'au niveau mondial, s'agissant du Groupe [...], de sorte que l'on ignore s'il peut concerner aussi la seule place suisse. On ne sait pas davantage dans quel délai l'objectif de réduction des effectifs aurait dû être atteint. De toute manière, l'intimée a exposé de façon convaincante, en faisant entendre des témoins, qu'après la crise financière intervenue en 2008, elle avait adapté son effectif au fur et à mesure que ses clients avaient retiré leurs capitaux, processus qu'elle avait contrôlé semaine après semaine. L'appelant, auquel la preuve de l'existence d'un licenciement collectif incombait (art. 8 CC), n'a pas ap-

porté d'éléments permettant d'infirmer les explications de l'intimée relatives à l'échelonnement des congés, en démontrant par exemple qu'ils ne correspondaient pas à de tels retraits de capitaux. Dans ces circonstances, rien ne permet de retenir un abus de droit de l'intimée et le moyen de l'appelant doit 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 4 avril 2012 (Admission partielle de l'appel principal et rejet de l'appel joint interjetés contre le jugement rendu le 8 décembre 2011 par le Tribunal de prud'hommes de l'arrondissement de l'Est vaudois)

Art. 334 et 335c CO. Un contrat de durée maximale prend fin de lui-même à l'échéance maximale convenue entre les parties, mais il peut être résilié pour une échéance anticipée. La nature d'un tel contrat est mixte. Il doit être considéré comme un contrat de durée déterminée lorsqu'il prend fin de lui-même à l'échéance convenue. En revanche, les parties peuvent, avant cette échéance, donner congé en tout temps, moyennant les délais de congé contractuels ou légaux. Dans un tel cas, cette résiliation suivra les règles du contrat de durée indéterminée, avec toutes les protections contre les congés y relatives (c. 5c).

Art. 337 CO. La gifle reçue par une employée de la part du gérant de son employeur, dans le cadre de son travail et devant la clientèle du restaurant, pour un banal différend au sujet du fonctionnement de la caisse enregistreuse électronique, n'est pas qu'un incident anodin, mais bien un acte contraire au droit. Ajoutée au fait que son auteur n'a pas pris la peine de s'excuser de son comportement, alors que l'employée était revenue sur son lieu de travail dans l'idée de recevoir des excuses de sa part, une telle atteinte est indéniablement constitutive de juste motif de résiliation immédiate (c. 4c).

Art. 337b al. 1 CO. Le travailleur amené à donner une résiliation immédiate peut réclamer la perte de gain consécutive à la résiliation anticipée des rapports de travail, ce qui équivaut au montant auquel peut prétendre, en vertu de l'art. 337c al. 1 et 2 CO, un salarié injustement licencié avec effet immédiat par son employeur (c. 5b).

Art. 337c al. 2 CO. Pour déterminer si le travailleur a renoncé intentionnellement à un revenu, il faut tenir compte des circonstances du cas. La charge de la preuve appartient en principe à l'employeur, étant précisé que le travailleur doit aussi, en vertu du principe de la bonne foi, collaborer à l'établissement des faits (c. 3b).

Extraits des faits:

La défenderesse E. Sàrl est une société à responsabilité limitée active dans l'exploitation de cafés-restaurants, ainsi que dans toute activité liée à l'hôtellerie et au tourisme. Son siège est à Sainte-Croix. Le Restaurant X., sis aux Diablerets, est géré par la société E. Sàrl, qui en délègue toutefois la direction à C., fondé de procuration. La demanderesse E. a conclu avec la défenderesse un contrat de travail «pour des contributions irrégulières et les petits volumes de travail rémunérés sur la base d'un salaire horaire» débutant le 1^{er} décembre 2010 et prenant fin le 30 avril 2011, pour un emploi de serveuse dans le Restaurant X., aux Diablerets.

Le contrat de travail contient les clauses suivantes: Art. 2 (Début et durée du contrat): Le présent contrat n'entre en vigueur que lorsque toutes les autorisations de travail nécessaires au regard du droit des étrangers, le cas échéant, ont été obtenues. Début du contrat: 01.12.2010. Durée du contrat: Contrat de travail à durée déterminée résiliable selon l'art. 10; fin du contrat: 30.04.2011. Le salaire horaire net total de la demanderesse était fixé à 21 fr. 97 net selon l'art. 5 du contrat de travail. Art. 10 (Temps d'essai): Il n'y a pas de temps d'essai. Art. 11 (Délai de congé): Après le temps d'essai, le contrat de travail peut uniquement être résilié pour la fin d'un mois. Après le temps d'essai, le délai de congé est d'un mois de la première à la cinquième année et de deux mois à partir de la sixième année (Durée minimale selon l'art. 6 de la CCNT). Si le collaborateur n'est pas sollicité pendant 12 mois, le contrat prend fin à l'expiration de cette période sans résiliation.

Les parties avaient déjà conclu par le passé trois contrats similaires au contrat précité (en 2008, 2009, 2010). Les horaires de travail de la demanderesse consistaient généralement en la tenue du service de midi (de 12 heures à 15 heures), puis, dès la fin d'après-midi, en quelques heures une partie de la soirée. Le 23 janvier 2011, lors du service de midi, les parties ont connu un différend concernant le fonctionnement de la caisse enregistreuse électronique, que la demanderesse jugeait défectueuse. C. a alors giflé cette dernière, devant l'ensemble des consommateurs. Malgré la sollicitation immédiate d'excuses, ce dernier s'y est refusé. La demanderesse est revenue effectuer sa tâche pour le service du soir. Une discussion a alors eu lieu entre les parties concernant la manière de travailler de T. La défenderesse s'est à nouveau refusée à présenter des excuses. Le 24 janvier 2011, la demanderesse ne s'est pas présentée sur son lieu de travail. Deux appels téléphoniques ont été émis par la défenderesse, à 9 heures 42 ainsi qu'à 19 heures 10, à destination de la demanderesse. Par courrier du même jour, cette dernière a mis fin avec effet immédiat à son contrat de travail. La demanderesse, à la suite de la résiliation de ses rapports de travail avec la défenderesse, a travaillé à l'hôtel N. au mois de février 2011, percevant à titre de salaire la somme de 1012 fr. 50. Elle a également travaillé pour l'Ecole suisse de ski, comme elle le faisait déjà auparavant parallèlement à

son travail au service de la défenderesse. Elle a perçu, pour le mois de février 2011, la somme nette de 1266 fr. 90 et pour le mois de mars 2011, la somme nette de 1051 fr. 30 à titre de salaire. De plus, T. a cherché du travail, mais n'a pu obtenir que des propositions de travail au noir, ce qu'elle a refusé.

Le 19 avril 2011, T. a déposé une demande en paiement contre E. Sàrl devant le Tribunal de prud'hommes de l'arrondissement de l'Est vaudois. Par jugement directement motivé du 8 décembre 2011, le Tribunal a dit que la défenderesse E. Sàrl est reconnue débitrice de la demanderesse T. et lui doit immédiat paiement de la somme de 10 095 fr. 25, sous déduction des charges sociales, avec intérêts. Le 6 janvier 2012, E. Sàrl a interjeté appel contre ce jugement. Par acte du 29 février 2012, T. a conclu au rejet de l'appel formé par E. Sàrl et formé un appel joint.

Extraits des considérants:

3.

a) L'appelante principale se plaint tout d'abord de constatation inexacte des faits. Le tribunal aurait en effet retenu, sans que cela soit prouvé par l'intimée, que cette dernière avait recherché du travail, après avoir quitté son emploi auprès de E. Sàrl. Or, quand bien même la preuve d'une telle recherche d'emploi incombait à l'intimée (cf. art. 8 CC), celle-ci n'a jamais donné suite à sa réquisition de pièce 152, portant sur le «détail des offres d'emploi, recherches de travail effectuées par elle après la rupture de son contrat, pour la période du 24 janvier au 30 avril 2011». L'appelante s'étonne qu'une personne travaillant dans la restauration n'ait pas pu trouver de nouvel emploi en pareille saison dans une station touristique ou qu'elle n'ait pas pu augmenter son taux de travail comme monitrice de ski.

b) En vertu de l'art. 337c CO, lorsque l'employeur résilie immédiatement le contrat sans justes motifs, le travailleur a droit à ce qu'il aurait gagné, si les rapports de travail avaient pris fin à l'échéance du délai de congé ou à la cassation du contrat conclu pour une durée déterminée (al. 1). On impute sur ce montant ce que le travailleur a épargné par suite de la cessation du contrat de travail ainsi que le revenu qu'il a tiré d'un autre travail ou le revenu auquel il a intentionnellement renoncé (al. 2).

L'imputation prévue à l'art. 337c al. 2 CO est une expression du principe général selon lequel celui qui subit un dommage doit faire tout ce que l'on peut raisonnablement exiger de lui pour le réduire (art. 44 al. 1 CO). Pour déterminer si le travailleur a renoncé intentionnellement à un revenu, il faut tenir compte des circonstances du cas. La charge de la preuve appartient en principe à l'employeur, étant précisé que le travailleur doit aussi, en vertu du principe de la bonne foi, collaborer à l'établissement des faits (TF 4A_570/2009 du 7 mai 2010 c. 7.3; TF 4C.293/2004 du 15 juillet 2005 c. 2.3 et les références citées; CARRUZZO, Le contrat individuel de travail,

commentaire des articles 319 à 341 du Code des obligations, Zurich 2009, n. 2 ad art. 337c CO, p. 573).

c) Contrairement à ce que soutient l'appelante, la charge de la preuve touchant le revenu tiré par le travailleur d'un autre travail ou auquel il aurait intentionnellement renoncé appartient en principe, selon la jurisprudence et la doctrine précitées, à l'employeur, même si le travailleur doit aussi collaborer à l'établissement des faits. En réponse à la réquisition de pièces 151 et 152 de l'appelante, l'intimée a produit d'une part trois documents émanant de l'Hôtel des Diablerets, qui attestent qu'elle a reçu de cet établissement, au mois de février 2011, la somme totale de 1012 fr. 50 à titre de salaire; d'autre part deux documents de l'Ecole suisse de ski, qui établissent qu'elle a touché, pour le mois de février 2011, la somme nette de 1266 fr. 90 et pour le mois de mars 2011, la somme nette de 1051 fr. 30 à titre de salaire. L'appelante ne s'est pas plainte, avant ou pendant l'audience de jugement, de ce que la production de ces pièces serait incomplète. En particulier, elle n'a pas renouvelé à l'audience sa réquisition tendant à la production de la pièce 152. Le procès-verbal de l'audience du 31 août 2011 mentionne que le président a auditionné les parties et procédé à l'épuration des faits. C'est sur cette base, et sans qu'on puisse lui en faire le reproche, que le tribunal a retenu que la demanderesse avait déclaré avoir cherché du travail, mais qu'au vu de la période de recherche et de la situation de la station des Diablerets, elle n'avait pu obtenir que des propositions de travail au noir qu'elle avait refusées. Les premiers juges ont cependant tenu compte, à juste titre, de la somme reçue par la demanderesse pour son travail auprès de l'Hôtel des Diablerets en la soustrayant du montant alloué pour couvrir son dommage consécutif à la résiliation. Quant à son activité de monitrice de ski, dont il n'est pas contesté que l'intimée l'exerçait parallèlement à son travail de serveuse, le revenu réalisé en cette qualité n'avait pas à être imputé sur le montant alloué pour couvrir son dommage consécutif à la résiliation. Au reste, l'instruction n'ayant pas du tout porté sur cette seconde activité, en particulier sur le taux de travail auquel elle était exercée, l'argument de l'appelante relatif à une possible augmentation de ce taux apparaît purement spéculatif et doit être rejeté,

4.

a) L'appelante principale conteste ensuite l'existence d'un juste motif de résiliation immédiate du contrat, au sens de l'art. 337 al. 1 CO. Elle se prévaut à cet égard d'un arrêt du Tribunal fédéral (JAR 2003 p. 325), dans lequel ce dernier a considéré qu'un coup léger et sans conséquence donné par l'employeur sur la tête de l'employé ne répondait pas au critère de gravité requis par la notion de justes motifs. Tout en reconnaissant que la gifle administrée à la demanderesse par son gérant était un «geste malheureux», il n'y aurait eu en l'occurrence, selon elle, ni violence, ni marque de mépris, si bien que l'intimée ne pouvait, en raison de son «rapport de complicité avec le gérant de l'établissement», considérer que son geste était de na-

ture à rompre de manière irrémédiable le lien de confiance nécessaire à la continuation des rapports de travail.

b) Selon l'art. 337 al. 1 1^{ère} phrase CO, l'employeur et le travailleur peuvent résilier immédiatement le contrat de travail en tout temps pour de justes motifs. Doivent notamment être considérées comme tels toutes les circonstances qui, selon les règles de la bonne foi, ne permettent pas d'exiger de celui qui a donné le congé la continuation des rapports de travail (art. 337 al. 2 CO).

Selon la jurisprudence, la résiliation immédiate pour justes motifs, qui constitue une mesure exceptionnelle, doit être admise de manière restrictive; les faits invoqués à l'appui d'une résiliation immédiate doivent avoir entraîné la perte du rapport de confiance qui constitue le fondement du contrat de travail. En règle générale, seule une violation particulièrement grave des obligations contractuelles peut justifier une telle résiliation, mais d'autres incidents peuvent également justifier une telle mesure; ainsi, une infraction pénale commise au détriment de l'autre partie constitue en règle générale un motif justifiant la résiliation immédiate (ATF 137 III 303 c. 2.1.1). Lorsque – comme c'est le cas en l'occurrence – la résiliation immédiate est donnée par le travailleur, la jurisprudence a considéré qu'il y avait justes motifs notamment en cas d'atteinte grave aux droits de la personnalité de ce dernier (TF 4A_132/2009 du 18 mai 2009 c. 3.1.1). D'après la jurisprudence, constitue un juste motif de résiliation du contrat de travail le fait de ne pas amener un employé qui a giflé une serveuse de restaurant lors d'une querelle pour des broutilles à s'excuser auprès d'elle (JAR 1980 p. 271; AUBERT, Quatre cents arrêts sur le contrat de travail, Lausanne 1984, n. 240, p. 140).

Le juge apprécie librement s'il existe de justes motifs (art. 337 al. 3 in initio CO) et il applique les règles du droit et de l'équité (art. 4 CC). A cet effet, il prendra en considération tous les éléments du cas particulier, notamment la position et la responsabilité du travailleur, le type et la durée des rapports contractuels, ainsi que la nature et l'importance des incidents invoqués (ATF 137 III 303 c. 2.1.1). La partie qui résilie un contrat de travail en invoquant de justes motifs ne dispose que d'un court délai de réflexion pour signifier la rupture immédiate des relations, à défaut de quoi on peut admettre que la continuation des rapports de travail est possible jusqu'au terme ordinaire du contrat. Un délai général de deux à trois jours ouvrables de réflexion est présumé approprié; une prolongation de quelques jours n'est admissible qu'à titre exceptionnel, selon les circonstances particulières du cas concret (TF 4C.348/2003 du 24 août 2004 c. 3.2; ATF 130 III 28 c. 4.4).

c) Comme l'ont retenu à bon droit les premiers juges, la gifle reçue par la demanderesse de la part du gérant de son employeur, dans le cadre de son travail et devant la clientèle du restaurant, pour un banal différend au sujet du fonctionnement de la caisse enregistreuse électronique, n'est pas qu'un incident anodin, mais bien un acte contraire au droit. Ajoutée au

fait que son auteur n'a pas pris la peine de s'excuser de son comportement, alors que la demanderesse était revenue sur son lieu de travail dans l'idée de recevoir des excuses de sa part, une telle atteinte est indéniablement constitutive de juste motif, au sens de la disposition précitée et de la jurisprudence susmentionnée. De surcroît, le fait de donner une gifle constitue une voie de fait au sens de l'art. 126 CP. Par ailleurs, l'appelante ne peut rien déduire en sa faveur de l'arrêt JAR 2003 p. 325 (correspondant à l'arrêt TF 4C.332/2001 du 20 mars 2002) qu'elle invoque, les circonstances de fait étant différentes. Dans l'arrêt précité, il s'agissait d'un coup léger sur la tête et non d'une véritable gifle. Son auteur s'était en outre excusé, contrairement à la présente espèce. Enfin, le Tribunal fédéral avait souligné dans cet arrêt qu'il s'agissait d'un cas limite et s'était contenté d'admettre que les juges cantonaux n'avaient pas abusé de leur pouvoir d'appréciation en niant l'existence d'un juste motif. Au reste, le soi-disant «rapport de complicité» entre les deux protagonistes, outre le fait qu'il n'est pas prouvé, est sans pertinence pour juger du bien-fondé de la résiliation du contrat, comme le retient à juste titre le jugement attaqué. Enfin, comme le relève également celui-ci et pour les motifs qui s'y trouvent exposés, les conditions d'exercice du droit à la résiliation immédiate sont en l'espèce remplies. En effet, le délai de deux à trois jours ouvrables de réflexion fixé par la jurisprudence a été respecté par l'intimée.

Il s'ensuit que le moyen doit être rejeté.

5.

a) A titre subsidiaire, l'appelante principale se plaint d'une violation de l'art. 337b al. 1 CO. Elle fait valoir, d'une part, que les premiers juges n'ont pas calculé correctement le prétendu dommage de l'intimée, invoquant que le contrat de travail aurait pu être résilié par l'employeur pour une échéance anticipée, soit pour la fin du mois de février 2011 et non uniquement pour le 30 avril 2011 comme l'ont retenu les premiers juges et, d'autre part, qu'ils n'ont pas tenu compte de l'obligation de l'intimée de réduire son dommage.

b) Aux termes de l'art. 337b al. 1 CO, si les justes motifs de la résiliation immédiate du contrat consistent dans son inobservation par l'une des parties, celle-ci doit réparer intégralement le dommage causé, compte tenu de toutes les prétentions découlant des rapports de travail.

Le dommage couvert par l'art. 337b al. 1 CO correspond à l'ensemble des préjudices financiers qui sont dans un rapport de causalité adéquate avec la fin anticipée du contrat de travail. Pour le travailleur, la réparation du dommage sert essentiellement à compenser la perte de prétentions de nature salariale. Ainsi, le travailleur amené à donner une résiliation immédiate peut réclamer la perte de gain consécutive à la résiliation anticipée des rapports de travail, ce qui équivaut au montant auquel peut prétendre, en vertu de l'art. 337c al. 1 et 2 CO, un salarié injustement licencié avec effet immédiat par son employeur. Lorsque la résiliation immédiate émane du travailleur – comme c'est le cas en l'espèce –, celui-ci ne peut pas pré-

tendre à une indemnité sur la base de l'art. 337c al. 3 CO (ATF 137 III 303 c. 2.1.1; ATF 133 III 657 c. 3.4 et les références citées; CARRUZZO, op.cit., p. 569). Le travailleur a ainsi 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 (cf. BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, Commentaire du contrat de travail, 3^e éd., Lausanne 2010, n. 1 ad art. 337b, p. 283; STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 6^e éd., 2006, n. 5 ad art. 337b, p. 766 et n. 2 ad art. 337c, p. 769; DUC/SUBILIA, Droit du travail, 2^e éd., Lausanne 2010, n. 5 ad art. 337b, p. 636).

En l'espèce, la demanderesse a chiffré son dommage à la somme totale de 21 187 fr. 76, couvrant notamment ses salaires des mois de fin janvier, février, mars et avril 2011. Les premiers juges lui ont alloué à ce titre une somme de 10 095 fr. 25. La question se pose cependant de savoir si le contrat conclu entre les parties était un contrat de durée déterminée, comme l'ont admis les premiers juges, ou s'il ne s'agissait pas en réalité d'une autre forme de contrat.

c) Selon l'art. 2 du contrat de travail passé entre parties le 30 décembre 2010, ledit contrat est «à durée déterminée résiliable selon l'art. 10, fin du contrat: 30.4.2011». L'art. 10 du même contrat spécifie qu'il n'y a pas de temps d'essai. Le délai de congé est, quant à lui, réglé à l'art. 11 dudit contrat, qui dispose qu'«après le temps d'essai, le contrat peut uniquement être résilié pour la fin d'un mois» et que «le délai de congé est d'un mois de la première à la cinquième année et de deux mois à partir de la sixième année».

Il convient d'abord de préciser qu'il ressort des articles qui précèdent, qu'il y a eu une erreur de plume à l'art. 2 du contrat de travail lorsqu'il indique qu'il s'agit d'un «contrat travail à durée déterminée résiliable selon l'art. 10». En effet, l'art. 10 est relatif au temps d'essai et non au délai de résiliation, régi par l'art. 11. L'art. 2 distingue trois types de contrats: le contrat de durée indéterminée (let. a), le contrat de durée non résiliable à durée déterminée (let. b) et le contrat de durée (maximale) déterminée résiliable (let. c). Lorsqu'une résiliation est prévue, l'art. 2 fait à chaque fois référence à l'art. 10, alors que seule une référence à l'art. 11 fait sens. D'ailleurs, la nouvelle version du formulaire type de «contrat de travail pour des contributions irrégulières» élaboré par l'Office de contrôle de la CCNT pour l'hôtellerie-restauration suisse a réparé cette erreur et renvoie désormais à l'art. 11. Partant, il faut corriger l'art. 2 en ce sens que lorsqu'une résiliation est prévue, c'est l'art. 11 auquel il faut renvoyer.

Au vu des dispositions précitées du contrat de travail conclu entre les parties, on n'a pas affaire, en l'occurrence, à un contrat de durée déterminée au sens strict, mais à un contrat de durée maximale, qui prend fin de lui-même à l'échéance maximale convenue entre les parties, mais qui peut être résilié pour une échéance anticipée. La nature d'un tel contrat est mixte. Il doit être considéré comme un contrat de durée déterminée lors-

qu'il prend fin de lui-même à l'échéance convenue. En revanche, les parties peuvent, avant cette échéance, donner congé en tout temps, moyennant les délais de congé contractuels ou légaux. Dans un tel cas, cette résiliation suivra les règles du contrat de durée indéterminée, avec toutes les protections contre les congés y relatives (cf. WYLER, *Droit du travail*, 2^e éd., Berne 2008, chap. 9, p. 437; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, *op.cit.*, n. 3 ad art. 334, pp. 221–222; ATF 114 II 349; FF 1984 II pp. 616–617).

Il s'ensuit que, contrairement à ce qu'ont considéré les premiers juges, la période de réparation du dommage subi par la demanderesse s'étend non pas jusqu'à fin avril 2011, échéance maximale du contrat, mais jusqu'à fin février 2011, échéance la plus proche à laquelle la défenderesse pouvait donner congé à la demanderesse au jour où celle-ci a résilié ledit contrat. Le montant à allouer à cette dernière doit donc être limité à la période du 22 janvier à fin février 2011. Si l'on se réfère aux conclusions de la demanderesse, on observe que celle-ci conclut au versement de sommes net et non brut, ce qui n'est guère habituel. Les premiers juges, quant à eux, ont alloué pour le mois de janvier un montant net et pour les mois suivants des montants bruts, tout en déduisant sur la somme totale à laquelle ils sont parvenus, soit 10 095 fr. 25 (salaire net + salaires bruts), les charges sociales usuelles. Il convient de distinguer la période restant à couvrir au mois de janvier, représentant selon le calcul non contesté des premiers juges le montant net de 2287 fr. 75 et celle du mois de février, où le calcul doit se faire, selon le même calcul non contesté des premiers juges, sur la base du salaire brut, aboutissant au total de 2940 fr. brut, soit 120 heures multipliées par le salaire horaire brut de 24 fr. 50.

d) Il y a lieu dès lors de réformer le ch. I du dispositif du jugement attaqué, en ce sens que les montants alloués à la demanderesse à titre de réparation de son dommage – sous réserve de la question du tort moral, dont il sera question ci-dessous – se limitent ainsi à son salaire net pour la période du 22 au 31 janvier 2011, par 2287 fr. 75, et à son salaire brut pour le mois de février, par 2940 francs. On imputera sur ce dernier montant le salaire réalisé par la demanderesse au cours de ce même mois de février au service de l'Hôtel des Diablerets, représentant une somme globale de (275 + 200 + 537.50) 1012 fr. 50, ce qui donne en définitive un montant de 1927 fr. 50 sous déduction des charges sociales. Les deux montants précités doivent être alloués valeur échue, la demanderesse n'ayant pas réclamé d'intérêt sur ces sommes dans ses conclusions.

6.

a) Dans son appel joint, l'intimée réclame, comme elle l'avait déjà fait en première instance, la somme de 4000 fr. du chef de son prétendu préjudice moral. Elle fait valoir à cet égard que si la gifle que lui a administrée le gérant de la défenderesse ne constituait pas un geste d'une violence physique exceptionnelle, elle procédait d'une violence morale beau-

coup plus grave qu'un simple coup et que cette violence morale était en l'occurrence multipliée par le fait qu'elle a été portée en public.

b) Ainsi qu'expliqué plus haut, lorsque la résiliation immédiate émane du travailleur, celui-ci ne peut pas prétendre à une indemnité sur la base de l'art. 337c al. 3 CO. En revanche, s'il y a eu atteinte à ses droits de la personnalité (art. 328 CO), il peut réclamer une indemnité pour tort moral aux conditions de l'art. 49 CO (ATF 137 III 303 c. 2.1.1; ATF 133 III 657 c. 3; ATF 130 III 699 c. 5.1). Cette disposition prévoit que celui qui subit une atteinte illicite à sa personnalité a droit à une somme d'argent à titre de réparation morale, pour autant que la gravité de l'atteinte le justifie et que l'auteur ne lui ait pas donné satisfaction autrement. N'importe quelle atteinte légère à la réputation professionnelle, économique ou sociale d'une personne ne justifie pas une réparation. Au contraire, il faut que l'atteinte soit objectivement grave et apparaisse comme une douleur morale qui se caractérise par des souffrances dépassant par leur intensité celles qu'une personne doit être en mesure de supporter selon les conceptions actuellement en vigueur (cf. également WERRO, in Thévenoz/Werro (éd.), Commentaire romand, Code des obligations I, Bâle 2003, nn. 4 et 5 ad art. 49 CO, p. 343). L'ampleur de la réparation morale dépend avant tout de la gravité des souffrances physiques ou psychiques consécutives à l'atteinte subie par la victime et de la possibilité d'adoucir sensiblement, par le versement d'une somme d'argent, la douleur morale qui en résulte (ATF 130 III 699 c. 5.1)

c) En l'espèce, se référant à la jurisprudence précitée du Tribunal fédéral, les premiers juges ont considéré que les conditions fixées à l'art. 49 CO pour l'octroi d'une telle indemnité n'étaient en l'occurrence pas remplies. Ils ont relevé que, dans le cas particulier, le caractère vexatoire d'une gifle administrée en public et sans que l'auteur ne présentât ses excuses, n'était pas tel qu'il constitue une atteinte grave à la personnalité de la demanderesse. De plus, les souffrances purement physiques engendrées par la gifle reçue demeurent minimes au regard de la notion d'«intensité insupportable» précisée par la jurisprudence.

Il convient de se rallier à l'appréciation faite par les premiers juges. L'appelante par voie de jonction fait certes valoir que l'excellente collaboration et la confiance réciproque entretenues jusqu'à l'incident litigieux par les deux protagonistes ont été anéanties par le geste brutal du gérant de la défenderesse, lequel n'a pas même pris la peine de lui présenter ses excuses. On ne saurait cependant y voir la cause de grandes souffrances chez la demanderesse, qui n'en a nullement rapporté la preuve alors que la charge lui en incombait (art. 8 CC). Dès lors, l'appel joint doit être rejeté, sans qu'il soit nécessaire de procéder à un deuxième échange d'écritures sur ce point, comme requis par l'appelante principale.

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, Arrêt du 19 septembre 2012 (Rejet du recours interjeté contre le jugement rendu le 31 mai 2012 par le Tribunal de prud'hommes de l'Administration cantonale)

Art. 5 al. 1 let. c LEg. Harcèlement sexuel. L'action en constatation de droit est ouverte si la partie demanderesse a un intérêt important et digne de protection à la constatation immédiate de la situation de droit (c. 2.1.3). En l'espèce, il est évident que l'employée avait un tel intérêt à la constatation immédiate de la situation de droit, à savoir d'un cas de harcèlement sur sa personne de la part de son supérieur hiérarchique, situation qu'elle ne pouvait tolérer plus longtemps. De plus, la conclusion condamnatrice tendant à l'obtention d'une indemnité a été rejetée, ce qui rend d'autant plus pertinente l'action constatatoire, aucun autre moyen ne permettant sinon à l'employée d'obtenir directement le respect de ses droits (c. 2.2.2).

Art. 4 LEg. Comme pour toutes les atteintes à la personnalité, il n'y a pas harcèlement sexuel au sens de l'art. 4 LEg lorsque la victime a consenti à l'atteinte. L'existence d'un consentement librement donné doit être admise avec prudence. Compte tenu de la multiplicité des manifestations du harcèlement, il faut apprécier la nature du refus en fonction de la conduite non désirée et du cadre dans lequel elle se produit. On ne peut donc pas faire du refus une condition sine qua non pour déterminer l'existence d'un comportement de harcèlement sexuel, mais bien comme un des faits qui permet de présumer que l'auteur d'une conduite savait que celle-ci était non désirée (c. 6.1.2).

La loi prohibe le harcèlement sexuel sur le lieu du travail. Le lieu de travail englobe tous les locaux à l'intérieur et à l'extérieur de l'entreprise qui servent à l'accomplissement de l'activité professionnelle proprement dite ou qui sont en rapport avec le travail au sens large. Lorsqu'un harcèlement sexuel commis par un collègue ou un supérieur se produit hors de l'entreprise, pendant le temps libre, l'art. 4 LEg trouve application si le comportement a pour effet de rendre l'exécution du travail plus difficile pour la personne harcelée (c. 6.1.3).

Extraits des faits:

La demanderesse, T. (ci-après: la demanderesse ou M^{me} T.), a été engagée dans le cadre d'un contrat à durée déterminée par le défendeur, E. en qualité d'enseignante primaire à l'établissement [...], dès le 9 juillet 1996 à plein temps et dès le 1^{er} août 1998 à mi-temps. Elle a bénéficié du renouvellement de ce contrat à plusieurs reprises. En date du 13 mai 2004, un contrat de durée indéterminée a été signé entre la demanderesse et l' [...], ce pour un taux d'activité s'élevant à 85,7143%. Dès 1998, M., partie interve-

nante, a été engagé comme nouveau directeur de l'établissement [...] précité, dans lequel il est toujours en place à ce jour en cette qualité. A partir du 25 juin 1997, la demanderesse a présenté de nombreuses incapacités de travail pour raisons médicales, notamment en lien avec une maladie génétique dont elle est atteinte et pour laquelle elle a dû subir plusieurs interventions chirurgicales. En février 2003, l'époux de la demanderesse a quitté le domicile conjugal. Le 1^{er} juin de la même année, la demanderesse a alors tenté de se suicider, ce qui a entraîné une hospitalisation d'urgence et un arrêt de travail immédiat.

Le 6 février 2007, la demanderesse a déposé plainte pour harcèlement auprès du Groupe Impact. Cette entité a rendu un rapport en date du 22 août 2007, concluant que la demanderesse avait été victime de harcèlement sexuel dont l'auteur était M. En date du 2 novembre 2007, T. A déposé une requête devant le Tribunal de prud'hommes de l'Administration cantonale (ci-après: TRIPAC). Elle a notamment conclu à ce que E. soit condamné à lui verser une somme de 29 020 fr. M. a formulé une requête d'intervention volontaire qui a finalement été acceptée. L'instruction de la cause a été lourde et longue. Par jugement du 31 mai 2012, le Tribunal de prud'hommes de l'Administration cantonale a partiellement admis la demande de T.; constaté que cette dernière a été victime de harcèlement sexuel, dont l'auteur est M. et rejeté toutes autres ou plus amples conclusions. Par mémoire immédiatement motivé du 29 juin 2012, M. a conclu, principalement, à la réforme du jugement du 31 mai 2012 en ce sens que la demande de T. soit rejetée et, subsidiairement, à l'annulation dudit jugement.

Extraits des considérants:

2.1.3 Aux termes de l'art. 5 al. 1 let. c LEg, quiconque subit ou risque de subir une discrimination au sens des art. 3 et 4 peut requérir le tribunal ou l'autorité administrative de constater l'existence de la discrimination, si le trouble qu'elle a créé subsiste.

Selon la jurisprudence, l'action en constatation de droit est ouverte si la partie demanderesse a un intérêt important et digne de protection à la constatation immédiate de la situation de droit; il n'est pas nécessaire que cet intérêt soit de nature juridique, il peut s'agir d'un pur intérêt de fait; la condition est remplie notamment lorsque les relations juridiques entre les parties sont incertaines et que cette incertitude peut être levée par la constatation judiciaire; pour cela, n'importe quelle incertitude ne suffit pas; il faut au contraire que l'on ne puisse pas exiger de la partie demanderesse qu'elle tolère plus longtemps le maintien de cette incertitude, parce que celle-ci l'entrave dans sa liberté de décision (ATF 131 III 319 c. 3.5 p. 324 ss; 123 III 414 c. 7b p. 429; 120 II 20 c. 3a p. 22; 110 II 352 c. 2 p. 357).

L'intérêt pratique à une constatation de droit fait normalement défaut pour le titulaire du droit lorsque celui-ci dispose d'une action en exécution,

en interdiction ou d'une action formatrice, immédiatement ouverte, qui lui permettrait d'obtenir directement le respect de son droit ou l'exécution de l'obligation (ATF 123 III 49 c. 1a p. 51; TF 4C.138/2003 du 25 août 2003 c. 2.1 non publié in ATF 129 III 715). Dans ce sens, l'action en constatation de droit est subsidiaire par rapport à une action condamnatoire ou une action formatrice (ATF 119 II 368 c. 2a p. 370). Seules des circonstances exceptionnelles pourraient conduire à admettre l'existence d'un intérêt à la constatation de droit bien qu'une voie d'exécution soit ouverte (ATF 123 III 49 c. 1a p. 51; TF 4C. 138/2003 déjà cité c. 2.1). Un litige doit en principe être soumis au juge dans son ensemble par la voie de droit prévue à cet effet; le créancier qui dispose d'une action en exécution ne peut en tout cas pas choisir d'isoler des questions juridiques pour les soumettre séparément au juge par la voie d'une action en constatation, comme s'il sollicitait un avis de droit.

(...)

2.2.2

(...)

Pour le reste, il est évident que la demanderesse avait un intérêt important et digne de protection à la constatation immédiate de la situation de droit, à savoir d'un cas de harcèlement sur sa personne de la part de son supérieur hiérarchique, situation qu'elle ne pouvait tolérer plus longtemps. De plus, la conclusion condamnatoire tendant à l'obtention d'une indemnité a été rejetée, ce qui rend d'autant plus pertinente l'action constatatoire, aucun autre moyen ne permettant sinon à la demanderesse d'obtenir directement le respect de ses droits.

Il s'ensuit que les griefs du recourant doivent être rejetés.

(...)

6.

Le recourant invoque une violation des art. 3 et 4 L'Eg. Il soutient tout d'abord que tous les actes qui lui sont reprochés se sont déroulés dans un cadre exclusivement privé, en dehors du lieu de travail, de sorte qu'ils ne tombent sous le coup de la loi précitée. Il conteste ensuite tout comportement discriminatoire ayant pu porter atteinte à la dignité, tout comportement inopportun et à caractère sexuel et toute création d'un climat hostile au travail.

6.1 L'art. 4 L'Eg dispose que, par comportement discriminatoire, on entend tout 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. Cette disposition s'applique aussi bien aux relations de travail de droit public qu'à celles de droit privé (KAUFMANN, in Bigler-Eggenberger/Kaufmann, Commentaire de la Loi sur l'égalité, Lausanne 2000, n. 36 ad art. 4 L'Eg).

6.1.1 L'énumération de l'art. 4 LEg n'étant pas exhaustive, la définition n'exclut pas d'autres actes portant atteinte à la dignité du travailleur et ne relevant pas d'un abus d'autorité, mais contribuant à rendre le climat de travail hostile, par exemple des plaisanteries déplacées. Les comportements suivants sont ainsi qualifiés de harcèlement sexuel par la doctrine et la jurisprudence: remarques concernant les qualités ou les défauts physiques, propos obscènes et sexistes, regards qui déshabillent, actes consistant à dévisager ou siffler, avances, gestes non désirés et importuns (contacts physiques, attouchements, invitations orales et écrites avec intentions perceptibles, proposition d'actes sexuels), etc. (WYLER, Droit du travail, 2^{ème} éd., Berne 2008, p. 714; KAUFMANN, op.cit., n. 27 ad art. 4 LEg).

Le harcèlement se caractérise avant tout par le fait que le comportement n'est pas souhaité par la personne qui le subit. L'intention de l'auteur n'est pas déterminante. Selon la doctrine, le caractère inopportun doit être déterminé non seulement d'un point de vue objectif de la personne raisonnable, à savoir en tenant compte de la sensibilité moyenne des femmes, mais également d'un point de vue subjectif, soit en tenant compte de la sensibilité de la victime (LEMPEN, Le harcèlement sexuel sur le lieu de travail et la responsabilité civile de l'employeur, p. 134). La question de savoir si une personne accusée de harcèlement sexuel entendait obtenir des faveurs sexuelles se pose uniquement lorsqu'il s'agit d'établir l'existence d'un chantage sexuel au sens de l'art. 4 LEg in fine. Lorsque le harcèlement revêt une autre forme, la motivation de l'auteur – le fait qu'il n'ait pas été volontairement grossier et/ou qu'il n'ait pas eu pour but d'empoisonner les rapports de travail – est sans pertinence (AUBERT/LEMPEN, Commentaire de la Loi fédérale sur l'égalité, 2011, n. 9 ss ad art. 4 LEg).

Selon la forme et le type de harcèlement sexuel, la fréquence des comportements incriminés peut jouer un rôle important. Dans le cas «quid pro quo», où la personne est menacée de sérieux préjudices ou se voit promettre des avantages professionnels, il est manifeste qu'en règle générale un acte unique constitue déjà un harcèlement. Lorsque le harcèlement consiste à créer un climat de travail hostile, la question est plus difficile à trancher. Selon les procédés utilisés, plusieurs incidents peuvent être nécessaires pour constituer une discrimination au sens de l'art. 4 LEg. La question doit cependant être jugée de cas en cas. Il est toutefois exclu de faire de la répétition d'acte ou de l'accumulation d'incidents une condition constitutive de cette forme de harcèlement sexuel (KAUFMANN, op.cit., n. 59 ad art. 4 LEg).

6.1.2 Comme pour toutes les atteintes à la personnalité, il n'y a pas harcèlement sexuel au sens de l'art. 4 LEg lorsque la victime a consenti à l'atteinte. S'agissant de la notion de consentement, on peut opposer une conception orientée vers la protection de la personnalité, partant du principe que les individus des deux sexes sont libres de refuser clairement les comportements qui les importunent, à une approche antidiscriminatoire,

prenant en considération la réalité vécue par les femmes harcelées qui souvent demeurent silencieuses. Alors que la première tendance privilégie l'argument selon lequel l'auteur ne pouvait pas reconnaître l'inopportunité de son comportement en l'absence de refus explicite, la seconde attend de lui qu'il prenne conscience des obstacles empêchant les femmes harcelées de se plaindre et considère que la réaction de ces dernières ne peut servir de seul critère pour admettre ou non l'existence d'un consentement (LEMPEN, *op cit*, p. 139).

L'existence d'un consentement librement donné doit être admise avec prudence. Compte tenu de la multiplicité des manifestations du harcèlement, il faut apprécier la nature du refus en fonction de la conduite non désirée et du cadre dans lequel elle se produit (par ex. sollicitation sexuelle pressante = «non» plus ou moins exprès; avance plus discrète = ignorée = refus implicite). On ne peut donc pas faire du refus une condition sine qua non pour déterminer l'existence d'un comportement de harcèlement sexuel, mais bien comme un des faits qui permet de présumer que l'auteur d'une conduite savait que celle-ci était non désirée (arrêt du Tribunal de prud'hommes de la Riviera du 20 avril 1998 cité par LEMPEN, *op.cit.* pp. 139-140).

6.1.3 L'art. 4 LEG prohibe le harcèlement sexuel sur le lieu du travail. Le lieu de travail englobe tous les locaux à l'intérieur et à l'extérieur de l'entreprise qui servent à l'accomplissement de l'activité professionnelle proprement dite ou qui sont en rapport avec le travail au sens large, le but de la loi étant d'éviter qu'un acte de harcèlement sexuel rende l'exécution du travail plus difficile pour la victime. Entrent dès lors dans la notion de lieu de travail non seulement les bureaux, les salles de réunions, ou les cafétérias, mais également les locaux externes où sont organisées des rencontres avec la clientèle, des séminaires, ou les repas du personnel. L'atmosphère de détente qui règne dans les cantines ou les autres espaces de récréation peut en effet favoriser la survenance de comportements harcelants. La place de travail à domicile est également incluse dans la notion de lieu de travail. Enfin, un harcèlement se produisant sur le chemin du travail, pendant le temps libre, ou durant les vacances tombe sous le coup de cette disposition lorsque l'auteur est un supérieur ou un collègue avec lequel la victime doit collaborer sur le plan professionnel (LEMPEN, *op.cit.*, p. 148)

Lorsqu'un harcèlement sexuel commis par un collègue ou un supérieur se produit hors de l'entreprise, pendant le temps libre, l'art. 4 LEG trouve application si le comportement a pour effet de rendre l'exécution du travail plus difficile pour la personne harcelée (KAUFMANN, *op.cit.*, n. 64 ad art. 4 LEG; AUBERT/LEMPEN, *op.cit.*, n. 120 ad art. 4 LEG). Lorsque le comportement n'intervient pas dans l'exécution du travail, il faut par contre établir que cela porte malgré tout atteinte à la dignité de la personne en tant que travailleur. Il s'agit de prouver que ce comportement, bien que survenu à l'extérieur de l'entreprise, rend les conditions de travail plus dif-

ficiles. Le contact avec l'auteur du comportement dans le cadre de l'exécution du travail est à cet égard un élément important. C'est le cas par exemple si l'auteur est un supérieur ou un collègue avec lequel la victime doit étroitement collaborer (AUDREY LEUBA, *Harcèlement sexuel: plaider pour une application raisonnable de la loi, Mélanges en l'honneur de Pierre-Robert Schüpbach*, Bâle, 2000, p. 136). Afin d'apprécier les conséquences du harcèlement sur les rapports de travail, il convient d'examiner le lien hiérarchique qui unit les personnes concernées, les modalités plus ou moins étroites de collaboration entre elles, ainsi que la gravité des actes incriminés (AUBERT/LEMPEN, *op.cit.*, n. 19 ss ad art. 4 LEg). Ainsi, une détérioration des relations de travail pourra être retenue lorsqu'un supérieur hiérarchique se livre à un chantage sexuel au domicile d'une collaboratrice (AUBERT/LEMPEN, *ibid.*, n. 20 ad art. 4 LEg).

6.2

6.2.1 Conformément à l'appréciation des premiers juges, on doit admettre que les comportements mentionnés ci-dessous et pris dans leur ensemble constituent un cas de discrimination au sens de l'art. 4 LEg par le recourant envers l'intimée.

Ainsi, dès le 10 juin 2003, soit peu après l'hospitalisation de T. à la suite de sa tentative de suicide, M. a commencé à envoyer à la jeune femme des sms dont la majorité n'avaient aucun contenu professionnel, mais portaient sur des propositions de rencontres, de sorties au restaurant ou de questions concernant l'état de santé de celle-ci. Dans un sms du 24 septembre 2003, T. lui a dit qu'elle avait besoin d'espace et qu'elle voulait qu'il cesse de lui envoyer des sms. Elle a cependant reçu douze messages de sa part dans les cinq jours qui ont suivi.

Le 12 juin 2003, afin de préparer la séance des parents d'élèves, T. et M. se sont rencontrés seuls pour la première fois en dehors de l'établissement, au chalet du recourant. M. ne s'en est pas tenu aux sujets professionnels, mais a tenté de s'immiscer dans la vie privée de l'intimée, en parlant notamment de ses problèmes de santé et en lui proposant une séance de visualisation mentale. La proposition de se voir en dehors du cadre scolaire revenait au prénommé et le but était de discuter des rumeurs dans un cadre discret et sans risque de rencontrer des parents d'élèves ou des collègues. Le recourant n'a pas contesté avoir proposé à l'intimée une séance de visualisation, dans le but d'anticiper les séances avec les parents d'élèves et les enseignants.

Par ailleurs, durant cette période, M. a offert à T. une dizaine de romans (cf. *supra* parmi lesquels on citera «Le Goût du bonheur», «Ulik au pays du désordre amoureux», «Biographie de la faim», «Au secours, il m'aime», «Autobiographie d'un amour». (...))

Dans le courant du mois de mars 2005, T. a appris que certains parents faisaient à nouveau courir des rumeurs sur son état de santé. Elle a demandé à M. de convoquer les parents afin de rétablir la vérité, ce qu'il a fait par lettre du 31 mars 2005, dont il lui a transmis copie. Le courrier ac-

compagnant cette copie était à l'en-tête de l'Etat de Vaud, Etablissement primaire d'Yverdon-les-Bains, et contenait après la formule d'usage «avec les compliments de la direction de l'établissement primaire [...]», la note manuscrite suivante: «et quelques tendres et gros bisous de M. PS J'ai libéré une soirée du 7 avril si vous avez envie de causer et de boire un verre...».

Le soir du 9 avril 2005, après un repas dans un restaurant, M. a ramené T. à son domicile, puis l'a accompagnée pour promener son chien. Au moment de prendre congé, il a tenté d'embrasser la jeune femme, ce qu'elle a refusé en baissant la tête. Ils se sont alors quittés.

Après cet épisode, M. a envoyé à T. un certain nombre de sms le soir même ainsi que le lendemain matin, (...).

6.2.2 Les épisodes décrits ci-dessus ont, dans leur ensemble, un caractère sexuel ou à connotation sexuelle. Le caractère sexuel et intime du baiser et des sms qui l'ont suivi ne fait aucun doute. De même, les livres offerts ont le plus souvent trait au thème de l'amour et constituaient, au regard de leur quantité, bien plus que de simples gestes de soutien à l'endroit d'une personne malade. Les titres des ouvrages offerts sont explicites: «Ulik au pays du désordre amoureux; Les tremblements intérieurs; Accepter et vivre ses émotions, autobiographie d'un amour; Au secours il m'aime». Les livres comportaient également des dédicaces ambiguës, voire de nature clairement sexuelle: «Quel plaisir suave de ne pas se prendre le chou pour des prunes!... et cette petite robe rouge qui vous va à ravir»; «un livre choc d'une auteure que j'apprécie à plus d'un titre(s)... en hommage à l'amie courageuse que vous êtes et dont je goûte... à juste titre la compagnie gourmande et spirituelle.» Quant à la rencontre au chalet du recourant et à la séance de visualisation, elles n'avaient pas lieu d'être et les rencontres auraient dû se dérouler à l'école. De plus, M. ne s'est alors pas tenu aux sujets professionnels, mais a tenté de s'immiscer dans la vie privée de T., en parlant notamment de ses problèmes de santé. Enfin, les comportements précités sont totalement inadéquats et constituent, en raison de leur succession et de leur fréquence, une ingérence manifeste dans la vie privée et intime de l'enseignante. De plus, il est évident que le recourant n'aurait jamais agi de la sorte envers un professeur de sexe masculin.

Le caractère inopportun des événements précités est également avéré. D'une part, ces comportements n'étaient pas souhaités par la jeune femme, qui les a au demeurant très mal ressentis. Ainsi, T. a déclaré que pour elle, il ne s'agissait que d'une relation professionnelle. Elle a clairement refusé le baiser et n'a pas répondu aux premiers sms qui ont suivi cet épisode. S'agissant des rencontres à l'extérieur de l'établissement scolaire, elle ne pouvait que difficilement s'y opposer compte tenu de la position dirigeante de son directeur et des motifs professionnels invoqués pour fixer ces rencontres. Quant aux livres, ils étaient difficilement refusables, dès lors qu'il s'agissait de présents, la jeune femme ayant au demeurant affirmé à plusieurs reprises qu'elle ne les souhaitait pas et ne les avait d'ailleurs pas lus.

D'autre part, il résulte également du dossier que les parties avaient une grande différence d'âge, d'environ 18 ans. De plus, le recourant était le directeur et donc le supérieur hiérarchique de l'intimée. A ce titre, il jouissait donc d'un ascendant certain sur l'enseignante. Il l'avait également mise en confiance en lui parlant de sa relation sentimentale stable avec une amie. Par ailleurs, à l'époque des faits, l'intimée se trouvait dans une situation de grande fragilité physique et psychique. En effet, elle était récemment séparée de son mari, avait fait une tentative de suicide, souffrait d'une maladie évolutive douloureuse, était la cible de rumeurs chez les parents d'élèves et craignait de perdre son poste en raison de ses nombreuses absences. A l'époque des faits, elle se trouvait donc, ce que M. savait, dans un état de faiblesse et de fatigue importantes, sous traitements médicamenteux lourds, ce qui notamment l'empêchait de se concentrer.

Dès lors, il ne fait aucun doute qu'une femme de sensibilité moyenne mise dans la même situation se serait sentie importunée par l'ensemble de ces événements. Il est également clair que la succession des événements précités était de nature à rendre le travail plus difficile pour l'intimée.

6.2.3 Contrairement aux allégations du recourant, on doit admettre que les événements précités se sont déroulés dans le cadre des rapports de travail et non pas d'amitié. En effet, la rencontre au chalet de M. devait servir à préparer la séance des parents d'élèves. Le repas du 9 avril 2005 à la suite duquel est intervenue la tentative du baiser avait pour but de donner à l'enseignante le retour qu'elle attendait de la réunion du 7 avril visant à mettre un terme aux nouvelles rumeurs propagées par les parents. Le recourant a envoyé à l'intimée un message tendre et romantique sur du papier à en-tête de l'Etat. Ainsi, il résulte de l'ensemble des événements qu'il n'y avait en réalité pas de séparation stricte et claire entre la fonction de directeur et celle d'ami, étant encore rappelé que M. était le supérieur hiérarchique de T. dont il connaissait bien la situation de faiblesse.

6.3 Les conditions de l'art. 4 LEg étant réalisées, il y a cependant lieu de relever que la constatation du caractère illicite du comportement du recourant devrait suffire à le sanctionner, sans autre sanction disciplinaire comme semble le réclamer le syndicat. En effet, la faute de l'auteur des actes incriminés – qui n'est d'ailleurs pas déterminante – est d'une gravité toute relative, l'intimée, par son manque de réaction jusqu'à l'épisode du baiser, ayant pu laisser croire au recourant qu'une relation d'amitié pourrait se développer, quand bien même celui-ci devait se rendre compte qu'un refus exprès de l'enseignante était délicat au vu des relations hiérarchiques des parties. A cela s'ajoute que les faits litigieux remontent maintenant à plus de sept ans, sans qu'il apparaisse que le recourant ait depuis lors commis d'autres actes contraires à la LEg.

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 25. Mai 2012 (Aufhebung des Urteils des Arbeitsgerichtes Zürich vom 8. Dezember 2010)

Ist der Carried Interest (= Entschädigung an den Fondsmanager, die bei Erreichen einer gewissen Mindestrendite [Hurdle Rate] am Ende der Laufzeit des Fonds in einem Prozentsatz der realisierten Gewinne ausbezahlt wird) Bestandteil der vertraglichen Entschädigung aus dem Arbeitsverhältnis zwischen Fondsmanager und Management-Gesellschaft, handelt es sich dabei um einen Lohnbestandteil in Form einer besonderen Gewinnbeteiligung. Bei deren Einräumung hat der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer die nötigen Aufschlüsse zu erteilen und Einsicht in die Geschäftsbücher zu gewähren (Art. 322a Abs. 2 OR). Auch muss die Gewinnbeteiligung in der Lohnabrechnung separat ausgewiesen werden, was ihre Berechnung durch den Arbeitgeber voraussetzt (E. III.3.b und d).

Sachverhalt:

Der Kläger (Berufungskläger) war ab 15. November 1999 als Finanzspezialist für die Beklagte tätig. Per 1. Juni 2000 war er bereits zum Mitglied der Geschäftsleitung und der Direktion der Beklagten ernannt worden. Nebst einem Lohn, einem Bonus (bei Zielerreichung gemäss spezieller Vereinbarung) und einer pauschalen Aufwandentschädigung sah Ziffer 12 des Arbeitsvertrags eine Beteiligung an einem «Carried Interest Pool» vor. Die Beklagte kündigte das Arbeitsverhältnis auf den 31. Januar 2004.

Mit Klageschrift vom 24. April 2008 machte der Kläger das vorliegende Verfahren namentlich mit folgendem Rechtsbegehren (Nr. 3) rechtshängig: «Die Beklagte sei zu verpflichten, über sämtliche Erlöse aufgrund der von ihr getätigten Verkäufe der von ihr vorgenommenen Anlagen gemäss Ziff. II.1.2 («Carried Interest Pool»-relevante Anlagen) inkl. erhaltener Kompensationszahlungen für «liquidated damages» infolge Vertragsbeendigungen und über die sich daraus ergebenden Ansprüche des Klägers gegenüber dem «Carried Interest Pool» unter Vorlegung aller relevanten Geschäftsunterlagen abzurechnen.» Mit Urteil vom 8. Dezember 2010 wies die Vorinstanz die Klage ab. Der Kläger erklärte gegen das Urteil Berufung.

Aus den Erwägungen:

III.

3.

b) Beim sog. Carried Interest handelt es sich um einen feststehenden Begriff im Vergütungssystem von ...-Fonds. Eine Management-Gesellschaft wie die Beklagte erbringt ihre Verwaltungstätigkeit aufgrund von Management-Verträgen. Für ihre Dienstleistung erhält eine Management-Gesellschaft eine laufende, von der Performance unabhängige Tätigkeitsvergütung, die sog. Management Fee. Nebst dieser Grundvergütung finden sich bei ...-Fonds weitere Vergütungselemente, insbesondere die Beteiligung der Managementgesellschaft und der Fondsmanager an den erwirtschafteten Gewinnen («Carried Interest»). Zuweilen wird auch von Performance Fee gesprochen. Bei Erreichen einer gewissen Mindestrendite (Hurdle Rate) werden die Fondsmanager bzw. die Management-Gesellschaft am Ende der Laufzeit des Fonds mit einem Prozentsatz der realisierten Gewinne in Form eines Carried Interest entschädigt (BSK KAG-OESTERHELT, N 243a und 243b vor Art. 1 KAG; JESCH/STRIEGEL/BOXBERGER [Hrsg.], Rechtshandbuch Private Equity, München 2010, S. 69 f., S. 132 ff.). In diesem Sinne hat sich auch die Beklagte vernehmen lassen.

c) In diesem Kontext wird hinreichend klar, um was es dem Kläger geht: Er erhebt Anspruch auf seine – im Arbeitsvertrag, den Anhängen zu den Arbeitsvertrags-Zusätzen und in den Carried Interest-Plänen festgelegten – Quoten am Carried Interest, für dessen Teilungssubstrat er nicht nur Performance Fees, sondern auch allfällige Kompensationsansprüche infolge (vorzeitiger) Beendigung von Managementverträgen berücksichtigt wissen will. Wohl hat der Kläger im Zusammenhang mit Kompensationen nur auf einen von drei Arbeitsvertrags-Zusätzen verwiesen. Der Arbeitsvertrags-Zusatz «Carried Interest Pool for E. AG and F. AG» und der Arbeitsvertrag-Zusatz «Carried Interest for third party assets» enthalten indes analoge Schutzbestimmungen, worauf auch die Beklagte hingewiesen hat. Weil vorliegend die Untersuchungsmaxime zum Tragen kommt, können auch diese analogen Regelungen (wie überhaupt alle durch die Akten erstellten Tatsachen) in den Prozess einbezogen werden (BGE 107 II 236; BK-REHBINDER, N 22 zu Art. 343 OR; BSK OR I-PORTMANN, N 74 vor Art. 319 ff. OR; sehr weitgehend GEISER/MÜLLER, Arbeitsrecht in der Schweiz, Bern 2009, N 95: «keine Substantiierungslast»). Freilich veranschlagte der Kläger den an die Mitarbeiter zufließenden Anteil dieser Kompensationen einmal auf 75% und einmal auf 50%, was mit der verschiedenen Herkunft der Mittel zusammenhängen könnte. Diese Ungeheimtheit liesse sich indes bei endgültiger Bezifferung ohne weiteres beheben und hindert eine Abrechnung durch die Beklagte in keiner Weise.

d) Damit hat der Kläger in genügender Weise behauptet, dass er über einen Anspruch auf Carried Interest verfügt. Dieser Anspruch wird vom

Kläger als Bestandteil der vertraglichen Entschädigung aus dem Arbeitsverhältnis zwischen ihm und der Beklagten – welche die Funktion einer sog. Management-Gesellschaft versah – begriffen. Und zwar ist diese Entschädigung von der Performance der einzelnen Investitionen resp. von Kompensationen abhängig. Ist der Carried Interest Bestandteil der vertraglichen Entschädigung aus dem Arbeitsverhältnis zwischen Fondsmanager und Management-Gesellschaft, handelt es sich dabei um einen Lohnbestandteil in Form einer besonderen Gewinnbeteiligung (vgl. – mit mehr steuerrechtlichem Fokus – BSK KAG-OESTERHELT, N 243a und N 243k vor Art. 1 KAG). Bei Einräumung einer Gewinnbeteiligung hat der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer die nötigen Aufschlüsse zu erteilen und Einsicht in die Geschäftsbücher zu gewähren (Art. 322a Abs. 2 OR). Auch muss die Gewinnbeteiligung in der Lohnabrechnung separat ausgewiesen werden (BK-REHBINDER/StÖCKLI, N 4 zu Art. 323b OR), was ihre Berechnung durch den Arbeitgeber voraussetzt. Insofern hat eine «Beteiligungsabrechnung» durch den Arbeitgeber zu erfolgen (STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsvertrag, 6. Aufl., Zürich 2006, N 10 zu Art. 322a OR). Damit hat der Kläger auch ausreichend behauptet, dass er über einen selbständigen Informationsanspruch (ZK-STAEHELIN, N 14 zu Art. 322a OR) gegenüber der Beklagten verfügt. Entgegen der Auffassung der Beklagten und der Vorinstanz muss der Kläger nicht aufzeigen, wie – unter Berücksichtigung von verschiedenen Pools und ihrer Eigenschaften – hinsichtlich der aufgeführten 195 Investitionen zu verfahren ist. Wird auf Rechnungslegung geklagt, braucht nicht angegeben zu werden, wie die Rechnung zu lauten habe, soll doch die Rechnungslegung dem Kläger erst Kenntnis von den Abrechnungsverhältnissen verschaffen (BGE 116 II 219 mit Verweis auf GULDENNER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Zürich 1979, S. 194 Ziff. 7). Darum schadet es dem Kläger auch nicht, dass er den an die Mitarbeiter zufließenden Anteil dieser Kompensationen einmal auf 75% und einmal auf 50% veranschlagte. Auch überlässt der Kläger den Abrechnungsmodus nicht dem Gericht. Das Urteilsdispositiv muss nicht angeben, wie abzurechnen ist, sondern lediglich anordnen, dass und worüber abzurechnen ist. Es wird gegebenenfalls Sache der Beklagten sein, detailliert abzurechnen bzw. dem Kläger die Berechnungsgrundlagen zu liefern, die er zur Konkretisierung seines Hauptanspruchs benötigt. Der Kläger hat in den Rechtsbegehren zum Ausdruck gebracht, dass es ihm um Erträge in Form von Dividenden, Zinsen und Kapitalgewinnen, um Erlöse aus Verkäufen von Geschäftsanteilen samt Kompensationszahlungen und um Forderungsverzichte geht. Über den genauen Umfang der Auskunftserteilung muss an dieser Stelle zwar noch nicht Stellung bezogen werden. Doch muss diese – falls der Kläger tatsächlich einen Anspruch auf Carried Interest besitzt – einen solchen Detaillierungsgrad aufweisen, dass dem Arbeitnehmer die genaue Berechnung und Nachprüfung seines Anspruchs ermöglicht wird.

(...)

4.

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Klage nicht wegen mangelnder Substantiierung abgewiesen werden kann. Die Vorinstanz wird zunächst über die Hilfsansprüche (Rechtsbegehren Ziffer 2 bis 4) zu befinden haben. Um diese zu beurteilen, muss vorab entschieden werden, ob dem Kläger grundsätzlich ein Anspruch auf Carried Interest zusteht.

Obergericht des Kantons Zürich, Urteil vom 8. Juni 2012 (Bestätigung des Urteils des Arbeitsgerichtes Zürich vom 25. März 2011)

Die wöchentliche Höchstarbeitszeit für Büropersonal, technische und andere Angestellte beträgt 45 Stunden (Art. 9 Abs. 1 lit. a ArG). Wird darüber hinausgehende Überzeitarbeit geleistet, hat der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer für nicht durch Freizeit ausgeglichene Überzeit zwingend den Grundlohn mit einem Lohnzuschlag von wenigstens 25% auszurichten, dem Büropersonal sowie den technischen und andern Angestellten jedoch nur für die Überzeitarbeit, die 60 Stunden im Kalenderjahr übersteigt (Art. 13 Abs. 1 ArG). Die Erwägung der Vorinstanz ist nicht zu beanstanden, dass mit dem Passus im Anstellungsreglement: «nicht unübliche Mehrarbeit ist im zumutbaren Rahmen im Lohn inbegriffen», die vom Arbeitnehmer geleisteten Mehrstunden bis und mit der 60. Überzeitstunde als nicht unübliche Mehrarbeit im zumutbaren Rahmen zu taxieren sind, sodass der Arbeitnehmer keinen Anspruch auf Überstundenentschädigung (Art. 321c OR) hat, wohl aber auf Entschädigung von Überzeitarbeit, soweit diese 60 Stunden im Kalenderjahr übersteigt (Art. 13 Abs. 1 ArG) (E. III.4.c, 6. d f).

Sachverhalt:

Im Anstellungsvertrag wurde das Anstellungsreglement, das vom Kläger ebenfalls unterzeichnet wurde, und der GAV der Zürcher Handelsfirmen zum integrierenden Vertragsbestandteil erklärt. Das Anstellungsreglement enthält in den Ziffern 1 und 2 folgende Regelung: «1. Arbeitszeit: Sie entscheiden. Wir arbeiten 5 Tage in der Woche à 8 Stunden. Sie können Anfang und Ende und Mittagspause jeden Tag frei bestimmen. Doch während der Blockzeiten, 09.00 Uhr bis 12.00 Uhr und 14.00 bis 17.00 Uhr, müssen ihre Kolleginnen und Kollegen fest mit ihrer Anwesenheit rechnen können. Diese Flexibilität ermöglicht es ihnen, private Angelegenheiten ausserhalb der Arbeitszeit zu erledigen. 2. Überzeit kommt vor – Freitage gibt's ebenfalls: In unserer lebendigen Branche lässt sich der Arbeitsanfall nicht nach Belieben regulieren. Über die reguläre Arbeitszeit hinausgehende, für eine Werbeagentur nicht unübliche Mehrarbeit in zumutbarem Rahmen ist im Lohn inbegriffen. Ab und zu vorkommende

Überzeit wird auch mit der nachfolgenden Regelung übers Jahr abgegolten. Zwischen Weihnachten und Neujahr bleibt die Agentur geschlossen und die anfallenden Ferientage werden voll und ganz von der Agentur übernommen. Am Knabenschiessen-Montag bleibt die Agentur den ganzen Tag geschlossen. Nach der Auffahrt bleibt die Agentur am Freitag geschlossen. Zu ihrem Geburtstag schenkt Ihnen die Agentur einen freien Tag, den Sie allerdings in der Woche Ihres Geburtstags beziehen müssen. Darüber hinausgehende Kompensationswünsche werden nur in Ausnahmefällen von der Geschäftsleitung bewilligt. Und wie steht's mit dem Sächsilüüte? Wir arbeiten am Vormittag und empfangen nachmittags die Kunden zum traditionellen Apéro in der Agentur – selbstverständlich in Ihrem Beisein.» Mit Schreiben vom 27. März 2008 machte der Kläger gegenüber der Beklagten ein Guthaben aus im Jahre 2006 und 2007 geleisteten Überstunden geltend.

Am 19. September 2008 gelangte der Kläger an das Arbeitsgericht Zürich. Ausgehend von einer 40-Stundenwoche und unter Berücksichtigung von maximal 100 zumutbaren, durch den Lohn abgegoltenen Mehrstunden pro Jahr errechnete der Kläger für das Jahr 2006 391 und für das Jahr 2007 233 Überstunden, die er zu einem Stundenlohn von Fr. 114.90 zuzüglich 25% Lohnzuschlag entschädigt haben will. Mit Urteil vom 25. Mai 2011 hiess die Vorinstanz die Klage nach Durchführung eines Beweisverfahrens teilweise gut und verpflichtete die Beklagte, dem Kläger Fr. 27 069.05 netto zuzüglich Zins zu 5% seit 31. März 2008 zu bezahlen. Im darüber hinausgehenden Umfang wurde die Klage abgewiesen. Der Kläger erhob gegen das Urteil Berufung.

Aus den Erwägungen:

II.

1.

Die Vorinstanz erwog, beim Kläger könne nicht von einem höheren leitenden Angestellten gesprochen werden, weshalb das Arbeitsgesetz (ArG) für ihn Gültigkeit beanspruche. Für die Beurteilung der Frage, ab wann Mehrstunden separat zu entschädigen seien, müsse das Reglement nach objektiven Kriterien ausgelegt werden, da die Parteien in diesem Punkt keinen übereinstimmenden (wirklichen) Willen behauptet hätten. Die Parteien hätten nicht jegliche Zahlung für Mehrstunden wegbedungen. Gemäss Reglement sei nicht unübliche Mehrarbeit im zumutbarem Rahmen im Lohn inbegriffen. Bei der Auslegung des Reglements bzw. der Zumutbarkeit sei die Leitungstätigkeit des Klägers, die Lohnhöhe und der Hinweis im Reglement, dass Überzeit vorkomme, zu berücksichtigen. Der Kläger sei Leiter einer Betriebseinheit mit vier bis fünf Angestellten und direkt dem CEO unterstellt gewesen; er habe relativ gut bzw. weit überdurchschnittlich verdient und gewusst, worauf er sich beim Antritt der Stelle einlasse. Unter diesen Umständen müsse die umstrittene Klausel so verstanden werden, dass der Kläger sowohl auf die Bezahlung der über

40 Stunden pro Woche bis zu den gemäss Art. 9 ArG für seine Mitarbeiterkategorie geltenden Höchstarbeitszeit von 45 Stunden pro Woche hinausgehenden Stunden als auch auf die ersten 60 über die Höchstarbeitszeit hinausgehenden Stunden pro Jahr gemäss Art. 13 ArG verzichtet habe. Ein weitergehender Verzicht sei nicht anzunehmen. Einerseits sei Art. 13 ArG zwingend; andererseits könnte bei noch mehr geleisteten Arbeitsstunden nicht mehr von zumutbarer Mehrarbeit gesprochen werden. Eine solche Auslegung sei mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (BGE 126 III 337 ff.) sehr gut vereinbar. Zu entschädigen habe die Beklagte somit nur die Stunden, die über 45 Stunden pro Woche und (weitere) 60 Stunden pro Jahr hinausgehen würden. Aufgrund des Beweisergebnisses könne für die Quantifizierung der geleisteten Überstunden auf die vom Kläger eingereichten Time-Sheets, die dem Zeiterfassungssystem der Beklagten (...) entstammten, abgestellt werden; das Beweisverfahren habe mit aller Deutlichkeit ergeben, dass Überstunden bei der Beklagten (wie auch in der gesamten Branche) notwendig gewesen seien. Nach dem Abzug von Feiertagen und entschädigungslos zu leistenden Überstunden würden 189 Stunden im Jahre 2006 und 12 Stunden im Jahre 2007 verbleiben, die zum Normalstundenansatz von Fr. 114.90 zuzüglich 25% zu entschädigen seien. Auf diese Weise errechne sich eine Überzeiteentschädigung von Fr. 28 873.65 brutto oder Fr. 27 069.05 netto.

2.

Mit seiner Berufung rügt der Kläger im Wesentlichen eine fehlerhafte Auslegung von Ziffer 2 des Anstellungsreglements. Die getroffene Regelung indiziere, dass die nicht unübliche Mehrarbeit begrenzt sei und bei Überschreitung dieser Grenze Mehrarbeit entschädigt werden müsse. Aus dem Wortlaut könne nicht abgeleitet werden, dass die Grenze der Üblichkeit bzw. Zumutbarkeit bei 45 Stunden pro Woche liege und nur Überstunden nach Arbeitsgesetz, nicht aber Überstunden nach Art. 321c OR zu entgelten seien. Lediglich die übliche Mehrarbeit im zumutbaren Rahmen sei im Lohn inbegriffen. Aufgrund der Zeugenaussagen müssten 43 Stunden pro Woche als betriebsübliches und zumutbares Pensum betrachtet werden. Dies gelte auch für den Kläger, der aufgrund seiner Leitungsfunktion für ein Team von vier Personen noch nicht als leitender Angestellter betrachtet werden könne und sich nicht im Klaren gewesen sei, welche Arbeitsbelastung ihn erwarte. Habe der Kläger mehr als 43 Stunden pro Woche geleistet, bestehe ein Anspruch auf Überstundenentschädigung. Wäre seitens der Beklagten beabsichtigt worden, die Kompensation sämtlicher Überstunden auszuschliessen, hätte sie gar kein Anstellungsreglement mit diesem sybillinischen Text verfassen müssen. Vielmehr hätte sie lediglich festhalten können, dass nur Mehrarbeit im Sinne des Arbeitsgesetzes ausbezahlt werde und alle andere Mehrarbeit durch den Lohn abgegolten sei. Jedenfalls müssten allfällige, durch die «Überzeitklausel» bestehende Unklarheiten zulasten der Beklagten gehen. Die Grenze des Üblichen sei durch Arbeitsverträge, Anstellungsbedingungen und Time-Sheets aller

Mitarbeiter des Klägers festzulegen, weshalb er einen entsprechenden Antrag auf Edition stelle. Die Zulässigkeit dieses Antrags ergebe sich daraus, dass die betriebsübliche Arbeitsbelastung vor Vorinstanz nicht Beweisthema gewesen sei. Der Hinweis der Vorinstanz auf BGE 126 III 337 ff. gehe ins Leere, da in jenem Fall keine Überstunden sondern einzig Überzeit nach ArG geltend gemacht worden sei. Ausgehend von der Berechnung der Vorinstanz seien 349 Überstunden im Jahre 2006 und 166 Überstunden im Jahre 2007 auszuzahlen, was inkl. Zuschlag einen Anspruch von Fr. 66 817.60 ergebe.

3.

Die Beklagte hält in der Berufungsantwort dafür, die Vorinstanz habe die umstrittene Vertragsklausel richtigerweise dahingehend ausgelegt, dass der Kläger auf die Bezahlung von Überstunden bis zur Grenze des gesetzlich Zulässigen verzichtet habe. Ihrer Auffassung nach sei mit dieser Klausel auf die Vergütung von noch weit mehr Stunden verzichtet worden, doch sei sie sich der Schranken, die das Gesetz einem solchen Verzicht setze, gar nicht bewusst gewesen. Aufgrund der Zeugenaussagen sei klar, dass in der Werbebranche üblicherweise Mehrarbeit von deutlich über 45 Stunden geleistet werde, was auch allseits bekannt sei. Das Anstellungsreglement trage dem dynamischen Arbeitsumfeld in der Werbung Rechnung und lasse in seiner Wortwahl für die Anwendung der Unklarheitenregel keinen Raum. Den Zeugenaussagen könne nicht entnommen werden, dass die durchschnittliche oder gar zumutbare Mehrarbeit in einer Werbeagentur drei Überstunden pro Woche ausmache. Nach bundesgerichtlicher Rechtssprechung gelte der in einem Betrieb übliche zeitliche Umfang der Arbeit für leitende Angestellte ohnehin nicht. Beim Kläger könne aufgrund seines Salärs, seiner Stellung als «Head Brand Consulting», seiner Leitungsfunktionen und seiner Kompetenzen nicht von einem gewöhnlichen Angestellten gesprochen werden. Dass der Kläger seine Arbeitszeit habe frei einteilen können, habe er selbst eingeräumt. Als Kenner der Branche habe der Kläger gewusst, was es bedeute, in einer Werbeagentur zu arbeiten und was ihn unter dem Titel «für eine Werbeagentur nicht unübliche Mehrarbeit» erwarten würde. Mit dem Hinweis auf die Werbebranche habe der Kläger von mehr als fünf (bzw. etwas mehr als sechs) zusätzlichen Wochenstunden ausgehen müssen. Aufgrund der leitenden Tätigkeit, des Salärs und der klägerischen Erfahrung hätten die Parteien Ziffer 2 der Anstellungsbedingungen nur in dem von der Vorinstanz ausgelegten Sinn verstehen können bzw. dürfen. Mit Unterzeichnung des Anstellungsreglements habe der Kläger auf die Bezahlung aller Überstunden, d.h. der über 40 Stunden pro Woche bis zu den gemäss Art. 9 ArG für seine Mitarbeiterkategorie geltenden Höchstarbeitszeit von 45 Stunden pro Woche hinausgehenden Stunden und die ersten 60 darüber hinausgehenden Stunden pro Jahr gemäss Art. 13 ArG, nicht aber auf darüber hinausgehende Überzeit verzichtet. Die mit der Anschlussberufung geforderte Reduktion liege darin begründet, dass sich die zu vergütenden Mehrstunden nach der Auf-

stellung in Beilage 13 richten würden. Demnach seien im Jahr 2006 nur 183.5 Mehrstunden zu berücksichtigen, was zu einer Vergütung von Fr. 26 359.80 brutto.

III.

4.

a) Es ist unbestritten, dass der Kläger in den Jahren 2006 und 2007 erheblich mehr als die in Ziffer 1 des Anstellungsreglements festgelegten 40 Wochenstunden geleistet hat.

b) Für Überstundenarbeit, die nicht durch Freizeit ausgeglichen wird, hat der Arbeitgeber Lohn samt einem Lohnzuschlag zu bezahlen, sofern nichts anderes schriftlich verabredet oder durch Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag bestimmt ist (Art. 321c Abs. 3 OR).

c) Die wöchentliche Höchstarbeitszeit für Büropersonal, technische und andere Angestellte beträgt 45 Stunden (Art. 9 Abs. 1 lit. a ArG). Wird darüber hinausgehende Überzeitarbeit geleistet, hat der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer für nicht durch Freizeit ausgeglichene Überzeit zwingend den Grundlohn mit einem Lohnzuschlag von wenigstens 25% auszurichten, dem Büropersonal sowie den technischen und andern Angestellten jedoch nur für die Überzeitarbeit, die 60 Stunden im Kalenderjahr übersteigt (Art. 13 Abs. 1 ArG; BGE 126 III 337).

(...)

6.

a) Auf dem Wege der objektivierten Vertragsauslegung bleibt zu klären, was die Parteien mit dem Passus, wonach «nicht unübliche Mehrarbeit im zumutbaren Rahmen im Lohn inbegriffen» sei, gemeint haben.

b) Das primäre Auslegungsmittel ist der Wortlaut der von den Parteien verwendeten Worte. Mangels anderer Anhaltspunkte ist davon auszugehen, dass die Parteien die Worte gemäss dem allgemeinen Sprachgebrauch zur Zeit des Vertragsabschlusses verwendet haben. Wurde ein Wort verwendet, dem ein juristischtechnischer Sinn zukommt, so ist zu vermuten, dass die Parteien dieses Wort entsprechend seinem juristischen Sinn verstanden haben. Dies gilt allerdings nur, wenn der juristische Sinn des Wortes eindeutig und allgemein – zumindest aber in den Kreisen der beteiligten Parteien – bekannt ist (GAUCH/SCHLUEP, Schweizerisches Obligationenrecht, AT, 9. Aufl., Zürich 2008, N 1206 f., und N 1209, mit weiteren Hinweisen).

c) Der Kläger hat in der Berufungsschrift ausgeführt, der Wortlaut des Anstellungsreglements lasse keinen Raum dafür, dass sämtliche Überstunden mit dem fixen Monatslohn abgegolten seien. Er lasse auch keinen Raum dafür, dass über die Überstunden hinaus noch (weitere) 60 Stunden mit dem Lohn abgegolten seien.

d) In Ziffer 2 des Anstellungsreglements haben die Parteien präzisierend festgehalten, dass Überzeit vorkomme und ab und zu vorkommende Überzeit auch mit zusätzlichen Freitagen abgegolten werde. Das schweizerische Recht unterscheidet zwischen «Überstundenarbeit» und «Überzeit»

arbeit». Wird die gesetzliche Höchstarbeitszeit überschritten, wird von Überzeitarbeit gesprochen (Art. 12 f. ArG). Es handelt sich dabei um einen juristisch-technischen Begriff im obgenannten Sinne.

e) Es mag zutreffen, dass die Begriffe «Überstunden» und «Überzeit» umgangssprachlich und auch in Arbeitsverträgen nicht immer in ihrem juristisch technischen Sinn verwendet werden. Der Kläger hat indes im vorinstanzlichen Verfahren nicht behauptet, er habe den Begriff «Überzeit» nicht in seinem juristisch technischen Sinn verstanden bzw. verstehen müssen. Er hat auch im Berufungsverfahren keine entsprechende Rüge erhoben. Haben die Parteien sogar die geleistete Überzeit als «im Lohn inbegriffen» erklärt, so versteht sich von selbst, dass die Parteien die Auszahlung von Überstunden soweit als möglich ausgeschlossen haben.

f) Aber auch wenn die Parteien anstelle des Begriffs «Überzeit» den Ausdruck «Überstunden» gewählt hätten, wäre Ziffer 2 des Anstellungsreglements nicht anders auszulegen. Dass ein Lohn von Fr. 240 000.– als weit überdurchschnittlich zu betrachten ist, braucht keiner weiteren Darlegungen und wird vom Kläger nicht in Abrede gestellt. Zu Recht erfolgte durch die Vorinstanz auch der Hinweis auf die im Anstellungsreglement erwähnte Lebendigkeit der Werbebranche und den in einer Werbeagentur schwer zu regulierenden Arbeitsanfall. (...) Die vom Kläger geleisteten Überstunden fügen sich nahtlos in die Arbeitsbelastung der übrigen Mitarbeiter gleicher und tieferer Hierarchiestufe ein. Eine stundengenaue Abrechnung, wie sie der Kläger nunmehr mit seinem Editionsantrag anzustreben scheint, erweist sich als unnötig. Die Kriterien der Üblichkeit und Zumutbarkeit entziehen sich einer messerscharfen Bestimmung. Wie bereits ausgeführt, akzeptiert der Kläger im Prozess entschädigungslos zu erbringende Mehrarbeit in einem auch von den anderen Mitarbeitern geleisteten Rahmen. Mit der Vorinstanz sind die vom Kläger geleisteten Mehrstunden bis und mit der 60. Überzeitstunde als nicht unübliche Mehrarbeit im zumutbaren Rahmen zu taxieren. Der Kläger musste Ziffer 2 des Anstellungsreglements als verständig und redlich Urteilender daher so verstehen, dass er je nach Arbeitsanfall über die normale Arbeitszeit hinaus beansprucht wird und die Auszahlung von Überstunden – soweit nicht durch die erwähnten Freitage abgegolten oder zwingend entschädigungspflichtig – ausgeschlossen ist. Insofern besteht kein Anspruch auf Überstundenvergütung. Für die Anwendung der Unklarheitsregel bleibt kein Raum. Was sich der Kläger bei Vertragsabschluss tatsächlich genau vorstellte, ist wiederum nicht relevant, kommt es doch bei der normativen Auslegung auf die subjektiven Erwartungen des Klägers nicht an.

g) Es ergibt sich, dass die Vorbringen des Klägers die vorinstanzliche Auslegung von Ziffer 2 des Anstellungsreglements nach dem Vertrauensprinzip nicht bundesrechtswidrig erscheinen lassen, weshalb sich die Berufung als unbegründet erweist.

Boni gelten ohne eine ausdrückliche Vereinbarung oder vorbehaltlose Übung als grundsätzlich freiwillige Gratifikationszahlungen gemäss Art. 322d OR. Als solche sind sie vom Ermessen des Arbeitgebers abhängig, sei dies bereits bezüglich der Zahlung als solcher oder mindestens bezüglich der Höhe der Zahlung (Ermessensboni). Lohncharakter haben Boni nur, soweit sie zugesichert sind, nach ermessensfreien objektiven Kriterien berechnet werden können oder im Verhältnis zum fixen Grundgehalt eine überragende wirtschaftliche Bedeutung für den Arbeitnehmer erlangen, d.h. nicht akzessorisch sind. Vorliegend war die Schweizer Arbeitgeberin aufgrund des Konzernverhältnisses verpflichtet, die konzernweit infolge staatlicher Auflagen nach einer milliardenschweren Rettungsaktion der ausländischen Konzernmutter erlassenen neuen Regeln zu übernehmen, was zur Streichung der Ermessensboni und Ausrichtung aufgeschobener Vergütungen in Form von Anleihen führte. Wenn die Muttergesellschaft die neuen Regeln jedem Mitarbeiter im Konzern direkt und persönlich kommunizierte, so handelte sie in Vertretung der zuständigen Organe der ihr als Tochtergesellschaft untergeordneten Schweizer Arbeitgeberin (E. III.1 und 2)

Sachverhalt:

Der Kläger und Berufungskläger (nachfolgend nur noch Kläger genannt) schloss mit der Beklagten und Berufungsbeklagten (nachfolgend nur noch Beklagte genannt) am 9. August 2005 einen Arbeitsvertrag ab mit Arbeitsbeginn am 1. September 2005. Das Salär wurde zunächst auf Fr. 155 040.– brutto jährlich festgesetzt, aufgeteilt in 12 monatliche Raten. Weiter wurde vereinbart, dass der Kläger berechtigt sei, am «... Bonus ...» (nachfolgend Bonusreglement genannt) teilzunehmen. Im Anhang des Arbeitsvertrages wurde dazu eine beispielhafte Zielbonusberechnung vorgenommen und der Zielbonus mit Fr. 17 230.– bzw. $\frac{1}{5}$ des Fixsalärs errechnet. Auf den 1. April 2006 wurde der Kläger zum Vizepräsidenten befördert, sein fixes Jahresgehalt inkl. Pauschalspesen wurde 2008 auf Fr. 162 840.– erhöht und der Zielbonus mit Fr. 40 710.– bzw. $\frac{1}{4}$ des Fixsalärs errechnet. Der Zielbonus wurde als von der 100%igen Erreichung der individuell vereinbarten Jahresziele sowie ausreichender Mittel der Beklagten abhängig bezeichnet. Für ein Erreichen bzw. Übertreffen der individuellen Ziele sah das Bonusreglement in der auf den Kläger anwendbaren Bonuskategorie B eine Erhöhung des jeweiligen (Ziel)Bonus in 3 Stufen auf bis zu 52% vor, was bezogen auf das mit 80% eingesetzte Fixsalär eine Erhöhung des Bonus auf bis zu 41,6% des Fixsalärs bedeuten konnte. Für die Kalenderjahre 2006 und 2007 erhielt der Kläger infolge Erreichung

seiner Ziele in Anwendung dieser Berechnungsmethode jeweils im März des Folgejahres einen Bonus von Fr. 44 790.– bzw. Fr. 45 600.– ausbezahlt. Ob er auch für 2005 bereits einen Bonus erhalten hat, ist umstritten. Die Bonusbekanntgaben 2006 und 2007 waren jeweils mit einem ausdrücklichen Hinweis auf das Bonusreglement sowie mit dem Vermerk versehen, man hoffe zwar, auch im Folgejahr zur Bezahlung eines Bonus in der Lage zu sein, der Bonus bleibe aber eine ermessensweise Vergütung und bilde keinen Präzedenzfall bzw. kein vertragliches Recht, welche eine Auszahlung auch in den Folgejahren garantierten. Im März 2009 teilte C., die Muttergesellschaft der Beklagten, dem Kläger mit, dass sie angesichts der weltweiten Finanzkrise und der damit verbundenen erheblichen Änderungen bei den Vergütungsrichtlinien sowie angesichts ihres im 2008 erlittenen beispiellosen Verlustes eine grundlegende Veränderung bei der Leistungsvergütung einführe. Für das Kalenderjahr 2008 werde kein Ermessensbonus mehr in bar bezahlt, sondern es würden aufgeschobene Vergütungen in Form von C.-Anleihen ausgerichtet. Die Vergütung 2008 für den Kläger gemäss diesem «E. Plan» betrage Fr. 21 000.– und werde in 3 Raten à Fr. 7000.– im Juni 2010, Juni 2011 und Juni 2012 entrichtet. Am 29. Januar 2010 kündigte der Kläger den Arbeitsvertrag per Ende April 2010. Für die Kalenderjahre 2008 und 2009 erhielt er weder einen Barbonus noch Anleihenzertifikate.

Am 13. Juli 2011 machte der Kläger beim Arbeitsgericht Zürich für die Kalenderjahre 2008 und 2009 je einen Barbonus von Fr. 41 460.– geltend. Das Arbeitsgericht wies die Klage mit Urteil vom 25. Januar 2012 vollumfänglich ab.

Aus den Erwägungen:

II.

2.

Die Vorinstanz hat in ihrem Urteil erwogen, eine freiwillig ausgerichtete Gratifikation könne vom Arbeitgeber jederzeit einseitig eingeschränkt oder gestrichen werden. Ein Bonus bzw. variable Arbeitsvergütung sei nach Lehre und Rechtsprechung dann als freiwillige Gratifikation im Sinne von Art. 322d OR zu betrachten, wenn sie mindestens in einem gewissen Mass vom Willen des Arbeitgebers abhängt. Dafür genüge es, wenn der Arbeitgeber zumindest bei der Festlegung der Höhe des Bonus ein gewisses Ermessen habe. Dies sei u.a. dann der Fall, wenn die Höhe des Bonus nicht allein vom Erreichen eines bestimmten Geschäftsergebnisses oder bestimmter individueller Ziele, sondern auch von der subjektiven Einschätzung der persönlichen Arbeitsleistung durch den Arbeitgeber, von der Konjunkturlage, von der wirtschaftlichen Zukunft des Unternehmens, von strukturellen Änderungen etc. abhängig gemacht werde. Ein Bonus sei auch dann als Gratifikation zu behandeln, wenn im Arbeitsvertrag festgehalten werde, der Arbeitgeber könne über dessen Ausrichtung am Ende

des Jahres nach Gutdünken frei entscheiden; der freie Entscheid über die Ausrichtung umfasse auch den freien Entscheid über dessen Höhe. Ob es sich bei einem Bonus im Sinne einer Gratifikation um eine vollständig freiwillige Leistung des Arbeitgebers handle, oder ob ein grundsätzlicher Anspruch auf die Ausrichtung einer solchen Zahlung bestehe, könne vertraglich vereinbart werden. Werde ein Bonus im Sinne einer Gratifikation vorbehaltlos während mindestens drei aufeinander folgenden Jahren ausgerichtet, so gelte er auch ohne ausdrückliche Vertragsabrede als stillschweigend vereinbart. Sei hingegen der Bonus betragsmässig fest vereinbart oder lasse er sich aufgrund objektiver Kriterien oder nach einem vereinbarten Massstab berechnen, so bilde er einen klagbaren Bestandteil des Lohnes und könne nicht einseitig vom Arbeitgeber reduziert werden. Vom Lohncharakter eines Bonus sei auch dann auszugehen, wenn der ordentliche Lohn im Vergleich zum Bonus betragsmässig relativ tief sei bzw. der Bonus den Lohn übersteige. Diesfalls könne der Bonus den Charakter eines Arbeitsentgeltes erlangen und seine Ausrichtung dürfe nicht mehr dem freien Ermessen des Arbeitgebers anheimgestellt sein. Habe der Bonus Lohncharakter, sei ein angebrachter Freiwilligkeitsvorbehalt damit unvereinbar. Im vorliegenden Fall, so befand die Vorinstanz, sei mit Arbeitsvertrag und Bonusreglement die Ausrichtung eines Bonus und dessen relativ ermessensfreie Berechnung bei Erreichen der individuellen Leistungsziele ausdrücklich geregelt worden, was für eine rechtliche Qualifikation des Bonus als Lohnbestandteil spreche. Umgekehrt halte das Bonusreglement in Ziff. 3 ii) aber auch fest, dass die Bonuszahlungen nach Ermessen des Verwaltungsrates der Beklagten erhöht oder reduziert werden könnten, ohne die Voraussetzungen für solche Abänderungen zu umschreiben. Ebenso würden in Ziff. 4 iii) des Bonusreglements alle Bonuszahlungen von der Zustimmung durch den CEO und die Vergütungskommission des Verwaltungsrates der Beklagten abhängig gemacht, welche bei Vorliegen ausserordentlicher Umstände die Beträge nach Ermessen abändern könnten. An gleicher Stelle erwähne das Bonusreglement, dass seine Anwendung nicht gefeit sei vor Einflüssen des Geschäftsergebnisses der Beklagten oder ihrer Muttergesellschaft als Ganzes, und dass es daher möglich sei, dass von Zeit zu Zeit die Möglichkeit der Bank zur Bezahlung des vollständigen Bonus eingeschränkt sei. Weiter werde dort festgehalten, dass die Bonuszahlung eine Ermessensleistung und kein vertragliches Recht darstelle und dass die Ausrichtung des Bonus in einem Jahr nicht als Präzedenzfall betrachtet werden könne, welcher eine Zahlung in den Folgejahren garantiere. Diese Bestimmungen des Bonusreglements betonten die Freiwilligkeit der Zahlung, was für eine Qualifikation des Bonus als Gratifikation spreche. Arbeitsvertrag und Bonusreglement stellten sich vorliegend bezüglich des Bonus daher als Mischform von Lohnbestandteil und Gratifikation dar. Der aus dem Arbeitsvertrag ableitbare Anspruch auf einen Bonus sei daher nur ein bedingter und als solcher abhängig vom Vorliegen oder Nichtvorliegen bestimmter vorbehaltenen Sachverhalte und Ereignisse.

Bezogen auf die konkrete Streitfrage stellte die Vorinstanz fest, es sei unbestritten, dass die Muttergesellschaft der Beklagten 2008 einen Verlust von 24,1 Milliarden Pfund erlitten habe, von D. [Staat] mit 25,5 Milliarden Pfund habe unterstützt werden müssen und D. im Gegenzug die Aktienmehrheit der Muttergesellschaft übernommen habe. Dabei habe er zur Auflage gemacht, dass 2008 keine Boni mehr in bar ausbezahlt werden dürfen. Damit habe eine Ausnahmesituation in Sinne von Ziff. 4 iii) Abs. 3 des Bonusreglements vorgelegen, welche der Beklagten das Recht zur Bonuskürzung gegeben habe bzw. – in majore minus – zur Ausrichtung eines aufgeschobenen Bonus in Form von Anleihen. Das entsprechende «Award Certificate 2009» über Fr. 21 000.– habe der Kläger tatsächlich auch erhalten. Die Kündigung des Arbeitsvertrages durch den Kläger am 29. Januar 2010 sei vor dem Auszahlungstermin des Bonus 2009 im März 2010 erfolgt. Da Ziff. 4 iv) Abs. 2 des Bonusreglements vorsehe, dass der Arbeitnehmer zur Zeit der Auszahlung des Bonus nicht in einem von ihm gekündigten Arbeitsverhältnis stehen dürfe, habe der Kläger die Voraussetzung für eine Ausrichtung nicht mehr erfüllt. Im Übrigen habe die Beklagte für 2009 ohnehin keine Boni ausbezahlt. Diese Erwägungen führten zur vollständigen Klageabweisung im vorinstanzlichen Verfahren.

(...)

III.

1.

(...) Zu Recht hat die Vorinstanz erwogen, dass ohne eine ausdrückliche Vereinbarung oder vorbehaltlose Übung Boni als grundsätzlich freiwillige Gratifikationszahlungen gelten. Als solche sind sie vom Ermessen des Arbeitgebers abhängig, sei dies bereits bezüglich der Zahlung als solcher oder sei dies mindestens bezüglich der Höhe der Zahlung. Lohncharakter hätten Boni nur, soweit sie zugesichert seien, nach ermessensfreien objektiven Kriterien berechnet werden könnten oder im Verhältnis zum fixen Grundgehalt eine überragende wirtschaftliche Bedeutung für den Arbeitnehmer erlangten. Für die rechtliche Qualifikation des Bonus im vorliegenden Fall ist die Vorinstanz sodann zu Recht von einer vertraglichen und rechtlichen Einheit von individuellem Arbeitsvertrag und allgemeinem betrieblichem Bonusreglement ausgegangen. Wo der individuelle Arbeitsvertrag dem Kläger einen Bonus überhaupt in Aussicht stellt, so verweist er gleichzeitig auf das einschlägige betriebliche Bonusreglement («Sie sind berechtigt, am <... Bonus ...> teilzunehmen»). Ohne dieses Reglement liesse sich ein Bonus überhaupt nicht konkretisieren und der im Individualvertrag enthaltene Hinweis auf einen Bonus wäre Makulatur. Wenn im Anhang zum Individualvertrag ein Bonusbetrag erwähnt bzw. eine Aufstellung der Gesamtvergütung gemacht wird, so wird diese ausdrücklich als Rechenbeispiel bezeichnet zur Veranschaulichung der Reglementsanwendung. Für sich allein stellt auch diese Zusammenstellung keine nachvollziehbare Bonusberechnungsmethode und keine Bonuszusicherung dar, denn es ist dort lediglich von einem Zielbonus die Rede, somit einem theoretischen Bo-

nuswert bei voller Zielerreichung. Die Bonusfrage bei Nichterreichen oder Übertreffen der Ziele und die Feststellung der Zielerreichung ist offen. Dem Kläger kann daher nicht gefolgt werden, wenn er aufgrund der Unterschriften eine unterschiedliche rechtliche Rangfolge zwischen Arbeitsvertrag und Bonusreglement vornehmen will. Beide Dokumente bilden gesamthaft die Grundlage für allfällige Bonuszahlungen. Den einleitenden Feststellungen der Vorinstanz, vorliegend spreche zunächst der Umstand, dass der Bonus nicht vorbehaltlos während mindestens drei Jahren ausgerichtet worden sei, und dass seine Höhe im Verhältnis zum festen Lohn noch immer als akzessorisch einzustufen sei, gegen eine Qualifikation als Lohnbestandteil, ist ebenfalls zuzustimmen. Die Beklagte hat mindestens in den aktenkundigen Ankündigungen der Boni für die Kalenderjahre 2006 und 2007 einen ausdrücklichen Hinweis auf die Freiwilligkeit angebracht und ausdrücklich erklärt, aus dieser Zahlung lasse sich kein Präjudiz oder vertraglicher Anspruch für die Auszahlung eines Bonus auch im Folgejahr ableiten. Es kann daher offen bleiben, ob bereits für das Kalenderjahr 2005 und damit für ein drittes Jahr ein Bonus ausbezahlt wurde. Auch der Individualvertrag enthält für sich allein noch keine Bonuszusicherung; ein Bonus wird nur in Aussicht gestellt. Dass der Betrag der Boni von rund Fr. 45 000.– im Verhältnis zum Grundlohn von Fr. 162 840.– nur akzessorischen Charakter hatte und nicht als hauptsächliche Gegenleistung für die geleistete Arbeit und damit nicht als Lohn gelten kann, wird vom Kläger zu Recht nicht in Frage gestellt. Die Vorinstanz hat sodann sorgfältig die massgeblichen Kriterien für die Qualifikation des Bonus aufgrund des Bonusreglementes als ermessensabhängige Gratifikation bzw. als ermessensfreier variabler Lohnbestandteil geprüft. Es kann auch hier, um Wiederholungen zu vermeiden, auf die vorinstanzlichen Erwägungen verwiesen werden. Zunächst bezeichnet der individuelle Arbeitsvertrag den Bonus nur als Teilnahmerecht, formuliert also keine verbindliche Zusage eines Bonus, sondern stellt diesen nur in Aussicht. Zurecht hat die Vorinstanz sodann erkannt, dass zwar die leistungsbezogene Berechnungsweise des Bonus in Ziff. 2 und 3 des Reglementes zunächst detailliert und transparent geregelt ist, dass jedoch verschiedene weitere Bestimmungen des Reglementes die tatsächliche Ausrichtung des derart objektiv bestimmbar Bonus betragsmässig noch von anschliessenden reinen Ermessensentscheiden der Geschäftsleitung der Beklagten oder von weiter nicht umschriebenen Ermessensentscheiden des CEO oder des Vergütungsausschusses des Verwaltungsrates bei Vorliegen ausserordentlicher Umstände (Ziff. 4 iii) Abs. 1) bzw. bei schlechtem Geschäftsergebnis der Bankgruppe (Ziff. 4 iii) Abs. 3) abhängig machen. Bereits die Lohnvereinbarung ab April 2006 verweist auf die Abhängigkeit des Bonus von ausreichenden finanziellen Mitteln. Weiter verweist das Reglement ausdrücklich auf die grundsätzliche Freiwilligkeit der Bonusleistung und auf den unpräjudiziellen Charakter der Bonuszahlung in einem bestimmten Jahr für die Folgejahre und dass kein vertragliches Recht darauf besteht (Ziff. 4 iii). Schliesslich behält sich

die Beklagte das Recht vor, das Bonusreglement ohne Vorankündigung ersatzlos ganz oder teilweise aufzuheben, auszusetzen oder abzuändern (Ziff. 5 Abs. 2). Die Beklagte behält sich somit im Reglement vor, den anhand der Zielerreichung rechnerisch ermittelten Bonus anschliessend nach Ermessen zu korrigieren oder zu streichen, wobei dieses abschliessende Ermessen gemäss Ziff. 3 ii) und Ziff. 4 iii) Abs. 4 völlig frei und von keinen weiteren Bedingungen abhängig ist. Dies charakterisiert den Bonus vorliegend sowohl im Grundsatz als auch bezüglich der Höhe letztlich als Ermessensleistung und somit als freiwillige Sondervergütung, auf die kein klagbarer Anspruch besteht (vgl. dazu etwa BGE 4A_28/2009 vom 26.3.2009 Erw. 2.3 und 2.4 sowie BGE 4A115/2007 vom 13.3.2007 Erw. 4.3.3, je mit weiteren Hinweisen).

Nicht entscheidend ankommen kann es für die Qualifikation, ob die ausgerichteten Bonuszahlungen in der beruflichen Vorsorge versichert wurden. Dies ist lediglich ein Indiz (BGE 4C.6/2003 vom 24.4.2003, Erw. 2.2 am Ende), das aber vorliegend hinter die anderen und überragenden Qualifikationskriterien zurücktreten muss. Sodann wurden vorliegend ohnehin jeweils nur 50% der tatsächlich erfolgten Bonuszahlungen versichert und in der Form, dass dafür ein separates Vorsorgekonto mit separaten Konditionen geführt wurde. Das Bonusvorsorgekonto gehörte offensichtlich nicht zum ordentlichen Vorsorgeplan, sondern war eine mit der tatsächlichen Auszahlung eines Bonus verbundene Liberalität. Wenn die Vorinstanz die Ansicht vertritt, das Bonusreglement räume dem Kläger einen bedingten Rechtsanspruch auf einen Bonus ein, abhängig von der Bedingung des Nichteintritts ausserordentlicher Ereignisse oder eines schlechten Geschäftsergebnisses, so kann ihr insoweit nicht gefolgt werden. Das von der Vorinstanz dazu angeführte Zitat (CH. SENTI, Die Abgrenzung zwischen Leistungslohn und Gratifikation, in AJP 6/2002, S. 677) stützt diese Auffassung nicht, befasst sich der Autor an der angeführten Stelle doch mit der verbindlich zugesagten Gratifikation und der fehlenden Eignung einer nicht verbindlich zugesagten Gratifikation als Motivation für gute Leistungen. Eine verbindliche, allgemeingültige Zusage liegt vorliegend angesichts der verschiedenen abschliessenden Ermessensvorbehalte – insbesondere gemäss Ziffer 4 iii) Abs. 1 und 4 des Bonusreglementes – wie auch angesichts der Formulierung im Individualvertrag (Teilnahmeberechtigung am Bonusprogramm) indessen gerade nicht vor, auch wenn sich aus dem Bonusreglement die erkennbare Absicht der Beklagten ergibt, ihren Mitarbeitenden – als Anerkennung ihrer Leistungen, als Ansporn und zu ihrer eigenen Attraktivitätssteigerung als Arbeitgeberin – nach Möglichkeit einen Bonus auszurichten. Allein die mit dem Bonus verfolgten Absichten der Beklagten verleihen dem Bonus – entgegen der Auffassung des Klägers – noch nicht den Charakter eines verbindlich vereinbarten und klagbaren Rechtsanspruchs. Doch selbst wenn man der Auffassung der Vorinstanz von einem bedingten Bonusanspruch folgen würde, so waren vorliegend für das Kalenderjahr 2008 die Bedingungen für eine

uneingeschränkte Auszahlung nicht erfüllt. Ziff. 4 iii) Abs. 3 des Bonusreglementes regelt ausdrücklich die Einschränkung der Zahlungen, falls die Geschäftsergebnisse der B. Gruppe oder der Muttergesellschaft der Beklagten dies nicht zulasse. Bereits die Vorinstanz hat zurecht festgestellt, dass der Geschäftsgang der Muttergesellschaft im Jahr 2008 sehr schlecht war und sie von der Regierung [von D.] massiv gestützt werden musste. Dies blieb auch im Berufungsverfahren unbestritten. Nachdem aber ausdrücklich auch der Geschäftsgang der Muttergesellschaft und nicht nur der Beklagten allein zur Bedingung für die uneingeschränkte Bonuszahlung gemacht wurde, ist es müssig, näher auf die Behauptungen des Klägers einzugehen, die Beklagte selber habe 2008 ein gutes Ergebnis erzielt und ihre Bonustöpfe seien gefüllt gewesen. Ebenso irrelevant ist es unter diesen Umständen, ob die Zielerreichung mit dem Kläger bereits besprochen und ein Bonus-Antrag durch seinen Vorgesetzten intern bereits eingegeben worden war, als die Beklagte im März 2009 die Bonusänderung ankündigte. Offen bleiben kann auch, ob das Verbot der Regierung [von D.] zur Bezahlung von Barboni in der gesamten C. nicht auch unter dem Titel der «clausula rebus sic stantibus» die Beklagte zur Beschneidung ihrer Boni unbesehen bisheriger arbeitsvertraglicher Verpflichtungen berechtigt hätte. Ist der arbeitsvertragliche Bonus somit vom Grundsatz als auch von der Höhe her als freiwillige Gratifikationsleistung der Beklagten zu qualifizieren, so war die Beklagte grundsätzlich befugt, diese einseitig abzuändern bzw. vom bisherigen Zahlungsmodus abzuweichen.

2.

(...) Vorliegend wurde die Änderung der Bonusregeln für das Kalenderjahr 2008 bzw. der neue «E. Plan» nach der Mitarbeiterbeurteilung und Feststellung der Zielerreichung durch den direkten Vorgesetzten des Klägers, unbestrittenermassen aber noch vor Bekanntgabe eines nach altem Bonusreglement durch die zuständigen Organe der Beklagten abschliessend genehmigten und dem Kläger verbindlich zugesicherten oder bereits bezahlten Bonus kommuniziert. In jenem Zeitpunkt war daher gemäss den Übergangsbestimmungen eine einseitige Abänderung der Regeln zur Ausrichtung einer freiwilligen Gratifikation ohne Vorankündigung noch zulässig; ein Rechtsanspruch war noch nicht entstanden. Ebenso gut hätte die Beklagte die Boni unmittelbar gestützt auf Ziff. 4 iii) Abs. 3 und 4 des Bonusreglementes streichen oder reduzieren könne, ohne dafür ein neues, all-gemeingültiges Regulativ zu erlassen. Dass die Mitteilung des neuen «E. Plan», der an die Stelle des Bonusreglementes trat, unmittelbar durch die Muttergesellschaft erfolgte, schadet ihrer Rechtswirksamkeit nicht. Aufgrund des Konzernverhältnisses war die Beklagte verpflichtet, die konzernweit infolge staatlicher Auflagen erlassenen neuen Regeln zu übernehmen, und sie hat sie auch tatsächlich übernommen. Wenn die Muttergesellschaft die neuen Regeln jedem Mitarbeitenden im Konzern direkt und persönlich kommunizierte, so handelte sie offensichtlich in Vertretung der zuständigen Organe der ihr als Tochtergesellschaft untergeordneten Be-

klagten und direkten Arbeitgeberin des Klägers. Zumindest hat die Beklagte diese Mitteilung ihrer Vertreterin als für sich verbindlich genehmigt. Der einseitige Ersatz des Bonusreglementes durch den «E. Plan» im Februar 2009 und die Berechnung des Bonus für das Kalenderjahr 2008 nach dem neuen «E. Plan» ist daher nicht zu beanstanden.

(...)

4.

Zusammenfassend ist daher festzustellen, dass der Bonus vorliegend als freiwillige und jederzeit abänderbare Sondervergütung der Arbeitsgeberin zu qualifizieren ist. Ein Rechtsanspruch darauf war im Arbeitsvertrag weder im Grundsatz noch bezüglich der Höhe oder Art vereinbart, noch lässt sich ein solcher aus einer jahrelangen vorbehaltlosen Leistung ableiten. Ein Anspruch auf einen konkreten Jahresbonus ergab sich jeweils erst nach einem diesbezüglichen abschliessenden Entscheid und dessen Bekanntgabe durch das zuständige Organ der Beklagten. Das die freiwillige Leistung näher umschreibende Bonusreglement konnte daher betreffend Bonusgrundlage, Höhe, Form sowie weitere Bedingungen, wie z.B. die Übergangsregelung für austretende Mitarbeiter, einseitig durch die Beklagte geändert werden. Gestützt auf die mit dem «E. Plan» erfolgten Änderungen steht dem Kläger infolge seiner Kündigung kein Anspruch auf die Boni 2008 und 2009 mehr zu. Dies führt zur Abweisung der Klage in vollem Umfang und zur Abweisung der Berufung.

Obergericht des Kantons Zürich, Urteil vom 15. August 2012 (Aufhebung des Urteils des Arbeitsgerichtes Zürich vom 31. März 2011)

Nach Art. 329 OR hat ein Arbeitnehmer Anspruch auf wöchentliche Frei- bzw. Ruhezeit. Pro Woche ist mindestens ein ganzer Ruhetag zu gewähren. Die übrige Ruhezeit kann auch in halben Ruhetagen gewährt werden. Hingegen ist die Kompensation nicht bezogener Ruhetage durch den Bezug einzelner arbeitsfreier Stunden ausgeschlossen. Daraus erhellt, dass es für die Beantwortung der Frage, ob ein Arbeitnehmer bei Auflösung des Arbeitsverhältnisses noch Anspruch auf Entschädigung für nicht bezogene Ruhetage hat, nicht darauf ankommt, ob sich die vertragliche Soll-Arbeitszeit und die tatsächlich geleisteten Arbeitsstunden die Waage halten, sondern einzig, ob die dem Arbeitnehmer zustehenden Ruhetage, sei es in Form von ganzen oder halben Tagen, bezogen wurden oder nicht. Hat der Arbeitnehmer somit an den vorgesehenen Ruhetagen gearbeitet, sind ihm die dadurch allenfalls gegenüber der Soll-Arbeitszeit angehäuften Überstunden gemäss Art. 321c OR zu entschädigen und er hat zusätzlich bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses Anspruch auf Entschädigung der ausgefallenen Ruhetage (E. 4.7).

Sachverhalt:

Der Kläger und Berufungsbeklagte (fortan Kläger) arbeitete als Küchenhilfe für die Beklagte und Berufungsklägerin (fortan Beklagte). Mit seiner Klage machte er Entschädigung für Überstunden und Ruhetage betreffend den Zeitraum vom 1. November 2004 bis 31. Mai 2008 geltend. Es sei die Beklagte zu verpflichten, ihm aus der Forderung der nicht gezahlten Überstunden im Betrag von Fr. 35 394.85 und der nicht gegebenen 186.81 Ruhetage im Betrag von Fr. 28 870.65 eine Teilzahlung von Fr. 30 000.– zu leisten. Mit Urteil vom 31. März 2011 verpflichtete das Arbeitsgericht Zürich in teilweiser Gutheissung der Teilklage die Beklagte, dem Kläger Fr. 22 675.60 netto zu bezahlen. Im Mehrbetrag wies sie die Klage ab. Die Beklagte erhob Berufung.

Aus den Erwägungen:

4.

4.1. (...) Streitig ist, wann genau der Kläger bei der Beklagten zu arbeiten begonnen hat, wobei der Kläger vorliegend nur Ansprüche aus der Zeit vom 1. November 2004 bis 31. Mai 2008 geltend macht. Am 27. Januar 2005 schlossen die Parteien auf den 1. Februar 2005 einen neuen schriftlichen Arbeitsvertrag, worin der monatliche Bruttolohn auf Fr. 3150.– und das Arbeitspensum auf 100% erhöht wurden sowie neu nur ein Ruhetag pro Woche vereinbart wurde. Die wöchentliche Arbeitszeit wurde nicht geregelt, wobei – da es sich bei der Beklagten weder um einen Saisonbetrieb noch um einen Kleinbetrieb handelt – von einer wöchentlichen Arbeitszeit von 42 Stunden auszugehen ist (Art. 15 Ziff. 1 L-GAV in Verbindung mit Anhang 1 zu Art. 15 Ziff. 1 L-GAV). Am 11. Mai 2006 schlossen die Parteien auf den 1. Juni 2006 erneut einen schriftlichen Arbeitsvertrag, worin der monatliche Bruttolohn auf Fr. 3300.– erhöht und weiterhin ein Ruhetag pro Woche vereinbart wurde. Auch in diesem Vertrag wurde keine wöchentliche Arbeitszeit vereinbart, wobei aus den oben ausgeführten Überlegungen ebenfalls von einer wöchentlichen Arbeitszeit von 42 Stunden ausgegangen werden muss. In den beiden Verträgen wurde zudem eine pauschale Abgeltung von Überzeit von Fr. 572.75 (Vertrag vom 27. Januar 2005) bzw. von Fr. 600.– (Vertrag vom 11. Mai 2006) vereinbart. Das Arbeitsverhältnis endete am 31. Mai 2008.

4.2. Gemäss dem Bericht der zuständigen Kontrollstelle, auf welchen der Kläger in seiner Klagebegründung massgebend verweist, habe der Kläger in der Zeit vom 1. November 2004 bis 31. Mai 2008 2084.6 Überstunden geleistet, was einer Forderung von Fr. 58 960.60 entspreche. Nach Abzug dafür ausbezahlter Fr. 23 565.75 (entsprechend der monatlich ausbezahlten Überzeitpauschale von Fr. 572.75 bzw. Fr. 578.55 bzw. Fr. 600.–) resultiere ein Guthaben von Fr. 35 394.85.

4.3. Die Vorinstanz führte in ihrem Urteil zusammengefasst aus, der Kläger habe infolge Verpassens der Beweisantrittsfrist den Beweis, überhaupt Überstunden geleistet zu haben, nicht erbringen können. Entsprechend stünden ihm keine Ansprüche wegen geleisteter Überstunden zu. Hinsichtlich der Ruhetagsentschädigung ging die Vorinstanz – ohne die von der Beklagten hierzu fristgerecht offerierten Beweise formell abgenommen zu haben – von der Darstellung der Beklagten und damit davon aus, dass der Kläger 27.5 Ruhetage mehr als von ihm behauptet bezogen habe. Für die damit verbleibenden, nicht bezogenen 159.31 Ruhetage sprach sie dem Kläger je $\frac{1}{22}$ des letzten monatlichen Bruttolohnes von Fr. 3400.–, mithin brutto Fr. 24 620.64 bzw. netto Fr. 22 675.60 zu.

4.4. Die Beklagte betont in ihrer Berufungsbegründung, die Vorinstanz habe festgehalten, es stehe aus prozessualen Gründen fest, dass der Kläger keine Ansprüche wegen geleisteter Überstunden habe. Sodann habe die Vorinstanz im Sinne eines obiter dictums festgehalten, dass dem Kläger während der ganzen Anstellungszeit ein Gesamtbetrag von Fr. 28 805.75 als Überstundenentschädigung ausbezahlt worden sei. Diese Bemerkung mache keinen direkten Sinn. Entweder bestehe ein durchsetzbarer Anspruch und dieser werde durch erwähnte Zahlung abgegolten, oder der Anspruch auf Entschädigung von Überstunden bestehe nicht und die Zahlung der Beklagten sei ohne Grund erfolgt. Aus der Bemerkung der Vorinstanz ergebe sich eindeutig, dass die an den Kläger geleistete Zahlung von Fr. 28 805.75 aus rechtlicher Sicht ohne Grund erfolgt sei. Sodann begründe die Vorinstanz, weshalb dem Kläger für nicht bezogene 159.31 Ruhetage ein Betrag von Fr. 24 620.64 brutto bzw. Fr. 22 675.60 netto zustehe. Sie mache keinerlei Ausführungen zur für jeden Betrachter des Urteilswortlauts sofort im Raum stehenden Frage, weshalb die unter dem Titel Ruhetagsentschädigung dem Kläger allenfalls zustehende Forderung nicht durch die zuvor erwähnten, auch in prozessualer Hinsicht ohne Rechtsgrund geleisteten Zahlungen für Überstunden abgegolten seien. Es möge zutreffen, dass die Forderung auf Bezahlung nicht bezogener Ruhetage gemäss Art. 16 Abs. 5 L-GAV an sich erst nach dem Ende des Arbeitsverhältnisses entstehe. Die während der Dauer des Arbeitsverhältnisses von der Beklagten ohne Grund geleisteten Pauschalzahlungen seien mithin vor der Fälligkeit der Forderung des Klägers geleistet worden. Dessen ungeachtet habe er sich diese anrechnen zu lassen, wenn ihm nun wegen nicht bezogener Ruhetage eine Forderung im Betrag von Fr. 22 675.60 netto zustehen solle. Bei der Zuwendung der Beklagten handle es sich um eine Zahlung, deren Rechtsgrund aus prozessualen Gründen nachträglich weggefallen sei. Der Kläger habe während des ganzen Anstellungsverhältnisses gewusst, dass er tatsächlich keine Überstunden geleistet, mithin die pauschale Überstundenentschädigung ohne tatsächlichen Rechtsgrund bezogen habe. Die Beklagte erkläre hiermit Verrechnung ihrer Forderung aus ungerechtfertigter Bereicherung im Betrag von Fr. 28 805.75 mit der entgegen

gerichteten Forderung des Klägers aus der Nichtgewährung von Ruhetagen im Betrag von Fr. 24 620.64 brutto bzw. Fr. 22 675.60 netto.

Was die schon vor Vorinstanz geltend gemachten Verrechnungsforderungen über Fr 12.– (zu viel ausbezahlter Lohn September 2004) und Fr. 2162.75 (zu viel ausbezahlter Lohn Januar 2005) angehe, so habe sich der Kläger – entgegen dem von der Vorinstanz etwas kryptisch behaupteten guten Glauben des Klägers – offensichtlich treuwidrig verhalten, habe ihm doch spätestens beim Betrachten des monatlichen Kontoauszuges der Irrtum des Arbeitgebers auffallen müssen. Bei Bösgläubigkeit wie vorliegend sei die Bereicherung auch dann zurückzuerstatten, wenn der Empfänger gar nicht mehr bereichert sein sollte. Damit seien entgegen der Ansicht der Vorinstanz die Voraussetzungen von Art. 63 OR erfüllt.

(...)

4.6. Vor dem Hintergrund der Ausführungen der Parteien ist festzuhalten, dass der Anspruch des Klägers auf Fr. 24 620.64 brutto bzw. Fr. 22 675.60 netto für 159.31 nicht bezogene Ruhetage gemäss dem Urteil der Vorinstanz von der Beklagten im Berufungsverfahren nicht bestritten wurde. Hingegen will sie diverse Gegenforderungen zur Verrechnung bringen. Demgegenüber rügt der Kläger, die Vorinstanz habe trotz bestrittenem Sachverhalt hinsichtlich der zusätzlich bezogenen 27.5 Ruhetage unbesehen auf die Darstellung der Beklagten abgestellt. Gleichwohl beantragt er lediglich die Bestätigung des angefochtenen Urteils, ohne im entsprechenden Umfang (27.5 Ruhetage à $\frac{1}{22}$ von Fr. 3400.– entsprächen Fr. 4250.– brutto bzw. [gemäss Berechnungsformel der Vorinstanz] Fr. 3914.25 netto) Anschlussberufung zu erheben. Inhaltlich ist seine Rüge begründet. So ist der Klagebegründung in Verbindung mit dem Bericht der Kontrollstelle hinreichend substantiiert zu entnehmen, dass der Kläger seinen Ruhetagsanspruch für die Zeit vom 1. November 2004 bis zum 31. Mai 2008 auf 373.71 beziffert, wobei er wöchentlich anstatt zwei nur einen Ruhetag, mithin insgesamt 186.9, habe beziehen können. Die Beklagte bestritt dies alsdann für die Zeit von November 2004 bis Januar 2005, Januar 2007 bis Mai 2007 sowie für je eine Woche im November und Dezember 2007 bzw. machte substantiiert geltend, er habe in der besagten Zeitperiode 27.5 zusätzliche Ruhetage bezogen. Bei dieser Sachlage musste der Umfang der bezogenen Ruhetage als bestritten gelten. Dass der Vertreter des Klägers sich replicando hierzu nicht mehr äusserte, ändert daran nichts bzw. lässt die Darstellung der Beklagten nicht als unbestritten erscheinen, zumal der Kläger im Rahmen der persönlichen Befragung zumindest für den Zeitraum vom 22. Januar bis 1. Juni 2007 explizit erklärte, Sonntags jeweils in der Filiale im C. (zusätzlich) gearbeitet zu haben. In der Folge auferlegte die Vorinstanz der Beklagten mit Beweisauftragbeschluss vom 20. Juli 2010 – zu Recht – den Hauptbeweis für den behaupteten Bezug (zusätzlicher) Ruhetage. Im angefochtenen Urteil kam sie darauf ohne nähere Begründung zurück und betrachtete die Vorbringen der Beklagten neu als anerkannt. Dies ist als willkürliche tatsächliche Annahme

zu qualifizieren und kann mit Berufung geltend gemacht werden (Art. 310 lit. b ZPO; REETZ/THEILER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., 2010, Art. 310 N 29 f.). Da der Kläger diesbezüglich jedoch keine unmittelbaren Forderungen ableitet und vorliegend auch im Berufungsverfahren die Dispositionsmaxime gilt, ist zunächst zu prüfen, ob das Urteil der Vorinstanz zu bestätigen ist. Nur wenn dies nicht der Fall sein sollte, die Beklagte somit mit ihrer Berufung zumindest teilweise durchdringt, trägt der Kläger dadurch, dass zu seinen Lasten das Beweisverfahren hinsichtlich der Ruhetage nicht zu Ende geführt wurde, einen Nachteil und sind seine Rechte insofern wieder herzustellen.

4.7. Verrechnung mit bereicherungsrechtlichem Rückforderungsanspruch im Umfang von Fr. 28 805.75

Schon vor Vorinstanz hatte die Beklagte geltend gemacht, die fehlenden Ruhetage durch die Bezahlung von Überstundenentschädigungen abgegolten zu haben. Diese Argumentation verfängt nicht. Die Fragen der Überstundenentschädigungen und der Auszahlung von Ruhetagen, die am Ende des Arbeitsverhältnisses nicht bezogen werden können, dürfen nicht vermengt werden. Nach Art. 329 OR bzw. Art. 16 L-GAV haben die Arbeitnehmer Anspruch auf wöchentliche Frei- bzw. Ruhezeit. Pro Woche ist mindestens ein ganzer Ruhetag zu gewähren. Die übrige Ruhezeit kann auch in halben Ruhetagen gewährt werden. Hingegen ist die Kompensation nicht bezogener Ruhetage durch den Bezug einzelner arbeitsfreier Stunden ausgeschlossen. Daraus erhellt, dass es für die Beantwortung der Frage, ob ein Arbeitnehmer bei Auflösung des Arbeitsverhältnisses noch Anspruch auf Entschädigung für nicht bezogene Ruhetage hat, nicht darauf ankommt, ob sich die vertragliche Soll-Arbeitszeit und die tatsächlich geleisteten Arbeitsstunden die Waage halten, sondern einzig, ob die dem Arbeitnehmer zustehenden Ruhetage, sei es in Form von ganzen oder halben Tagen, bezogen wurden oder nicht. Hat der Arbeitnehmer somit an den vorgesehenen Ruhetagen gearbeitet, sind ihm die dadurch allenfalls gegenüber der Soll-Arbeitszeit angehäuften (Über-)Stunden gemäss Art. 321c OR bzw. Art. 15 L-GAV zu entschädigen und hat er zusätzlich bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses Anspruch auf Entschädigung der ausgefallenen Ruhetage (Art. 16 Abs. 5 L-GAV). Insbesondere ist eine zum Voraus vereinbarte, regelmässige Entschädigung oder Auszahlung von Ruhetagen nicht zulässig.

Neu will die Beklagte die Forderung des Klägers aus nicht bezogenen Ruhetagen mit einer bereicherungsrechtlichen Forderung auf Rückleistung von bezahlten Überstundenentschädigungen verrechnen. Sinngemäss scheint die Beklagte hierzu geltend zu machen, diese (Rück-)Forderung sei erst durch das Urteil der Vorinstanz und die darin enthaltene Feststellung, der Kläger habe nicht beweisen können, überhaupt Überstunden geleistet zu haben, entstanden, weshalb sie die Verrechnung im jetzigen Prozessstadium noch geltend machen könne. Dem kann nicht gefolgt werden. Wie den – zugestandenermassen rudimentären – Ausführungen der Klagebe-

gründung im Zusammenhang mit dem bereits erwähnten Bericht der Kontrollstelle klar zu entnehmen ist, hat der Kläger lediglich ein Entgelt für die bisher nicht entschädigten Überstunden eingeklagt. Im Einklang hierzu führte auch die Beklagte vor Vorinstanz aus, der Kläger sei monatlich pauschal für Überstunden entschädigt worden, wobei die Zahlung jeweils dem nicht bezogenen zweiten Ruhetag bzw. vier Ruhetagen pro Monat entsprochen habe. Darauf ist sie zu behaften und es ist ausdrücklich festzustellen, dass die geleisteten und bereits entschädigten Überstunden nicht Prozessgegenstand sind und entsprechend nicht an der Rechtskraftwirkung des abweisenden Urteils teilhaben können (wobei der konkrete Umfang der Rechtskraftwirkung bei Teilklagen offen gelassen werden kann; vgl. hierzu BGer 4A_209/2007 E. 2.2.2; BOPP/BESSENICH, in Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., 2010, Art. 86 N 10; BSK ZGB I-OBERHAMMER, N 8 ff.; FRANK EMMEL, a.a.O., Ziff. 3.1.3. m.w.H.). Daran vermag auch eine obiter dictum erfolgte Bemerkung der Vorinstanz nichts zu ändern.

Bei dieser Sachlage kann nicht davon ausgegangen werden, dass der Beklagten durch das angefochtene Urteil bzw. durch die darin enthaltenen Feststellungen neu eine Forderung auf Rückleistung von bezahlten Überstundenentschädigungen entstanden ist. Damit genügt ihre diesbezügliche Verrechnungseinrede den Voraussetzungen von Art. 317 ZPO nicht, sondern ist verspätet und inhaltlich nicht weiter zu prüfen.

4.7.1. Verrechnung mit Lohnforderungen

Was hingegen die bereits vor Vorinstanz erhobenen Verrechnungserklärungen über Fr. 312.– (Teillohn September 2004) und Fr. 2162.75 (Teillohn Januar 2005) angeht, ist die Sache differenzierter zu betrachten: Weder bestritt der damalige Vertreter des Klägers, dass die Beklagte dem Kläger irrtümlich zu viel Lohn ausbezahlt hatte, noch machte er geltend, daraus nicht mehr bereichert zu sein. Von diesen prozessualen Obliegenheiten, mithin von der Behauptungs- bzw. Bestreitungspflicht entbindet auch die hier geltende soziale Untersuchungsmaxime die Parteien nicht. Die im Berufungsverfahren erfolgten Bestreitungen sind klarerweise verspätet und entsprechend nicht zu berücksichtigen (Art. 317 ZPO). Bei dieser Sachlage kann offen bleiben, ob der Kläger bei Entgegennahme der Zahlungen gut- oder bösgläubig war. Vielmehr ist die Forderung der Beklagten im Umfang von Fr. 2474.75 mit dem Guthaben des Klägers – da die Voraussetzungen der Art. 120 OR offensichtlich erfüllt sind und die Hauptforderung des Klägers nicht seinen unmittelbaren Lohnanspruch als solchen beschlägt, weshalb eine Verrechnung nicht ausgeschlossen ist (vgl. Art. 125 Ziff. 2 OR) – zu verrechnen.

4.8. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass dem Kläger mindestens ein Guthaben von Fr. 24 620.64 brutto bzw. Fr. 22 675.60 netto aus nicht-bezogenen 159.31 Ruhetagen zusteht. Demgegenüber hat die Beklagte eine Verrechnungsforderung über Fr. 2747.75. Bei diesem Ergebnis wirkt sich der oben erörterte Einwand des Klägers, die Vorinstanz sei willkürlich da-

von ausgegangen, dass der Bezug von 27.5 Ruhetagen unbestritten geblieben sei, prozessrelevant aus und es stellt sich die Frage einer diesbezüglichen Rückweisung des Verfahrens an die Vorinstanz. Eine solche kann erfolgen, wenn die Vorinstanz einen wesentlichen Teil der Klage nicht beurteilt hat oder der Sachverhalt in einem wesentlichen Teil zu vervollständigen ist (Art. 318 lit. c ZPO). Vorliegend wurde der Sachverhalt betreffend den bestrittenen Bezug von 27.5 Ruhetagen – und damit in einem wesentlichen Teil – beweismässig nicht abgeklärt, obwohl die Beklagte hierzu bereits ihre Beweise offeriert hat. Nebst verschiedenen Urkunden will sie auch mehrere Zeugen befragt haben, womit – vorbehältlich einer vergleichweisen Einigung – ein ausgedehntes Beweisverfahren durchzuführen sein wird. Bei dieser Sachlage ist das angefochtene Urteil, soweit die Klage nicht rechtskräftig abgewiesen wurde, aufzuheben und das Verfahren zur Vervollständigung des Sachverhalts und neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen (REETZ/HILBER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO-Komm., 2010, Art. 318 N 35 f.). (...)

Obergericht des Kantons Zürich, Urteil vom 1. November 2012 (Bestätigung des Urteils des Bezirksgerichts Uster vom 10. April 2012)

Zu den Umständen nach Art. 337c Abs. 3 OR gehören insb. die soziale und wirtschaftliche Lage der Parteien, der Grad der Persönlichkeitsverletzung der entlassenen Partei, die Intensität und Dauer der arbeitsvertraglichen Beziehungen, die Art und Weise der Kündigung sowie ein allfälliges Mitverschulden des Arbeitnehmers. Vorliegend wurde der nach ca. anderthalbjähriger Beschäftigung fristlos entlassenen Reinigungsangestellten eine Entschädigung von drei Monatslöhnen zugesprochen, dies insb. unter Berücksichtigung ihrer Lebenssituation und der wirtschaftlichen Auswirkungen der Kündigung. Eine Regel, wonach eine Entschädigung von mehr als einem Monatslohn bei unter zweijähriger Dauer des Arbeitsverhältnisses ausgeschlossen sei, gibt es nicht (E. 3.a–c).

Sachverhalt:

Die Klägerin 1 war seit dem 1. März 2010 bei der Beklagten als Reinigungsangestellte beschäftigt. Sie machte vor Vorinstanz geltend, ihr sei am 26. September 2011 fristlos gekündigt worden, und forderte Lohn für die Monate Oktober und November 2011, Ferienlohn für 15 Arbeitstage und drei Monatslöhne als Entschädigung wegen der fristlosen Entlassung. Zudem verlangte sie u.a. die Ausstellung eines Arbeitszeugnisses. Die Klägerin 2 forderte von der Beklagten die Erstattung der an die Klägerin 1 ausbezahlten Arbeitslosengelder. Die Beklagte liess sich an der mündlichen Verhandlung vor Vorinstanz unentschuldig nicht vertreten. Mit Ur-

teil vom 10. April 2012 verpflichtete das Bezirksgericht Uster die Beklagte, der Klägerin 1 Fr. 16 871.60 brutto nebst 5% Zins seit 26. September 2011 zu bezahlen, wobei sich dieser Betrag folgendermassen zusammensetzt: Fr. 2840.– brutto für die Kündigungszeit vom 1. Oktober 2011 bis 30. November 2011; Fr. 11 400.– brutto Entschädigung wegen fristloser Entlassung (3 Monatslöhne); Fr. 2631.60 brutto Ferienlohn für 15 Arbeitstage. Mit ihrer Berufung will die Beklagte die Klageabweisung erreichen.

Aus den Erwägungen:

2.

Die Beklagte macht in der Berufungsbegründung geltend, die Klägerin 1 habe verschiedentlich verwarnt und abgemahnt werden müssen. Wer sich wie sie aufführe, müsse sich nicht wundern, wenn ihr danach gekündigt werde. Sie sei des Öfteren zu spät gekommen, habe ihre Arbeit nicht richtig gemacht und verschiedene Weisungen nicht befolgt. Damit sei auch gleich gesagt, dass das Arbeitszeugnis nicht stimme. Die fristlose Kündigung sei durchaus gerechtfertigt gewesen, weshalb auch kein Lohn nachzuzahlen sei. Diese neuen Behauptungen der Beklagten sind im Berufungsverfahren nicht zulässig. Die Beklagte macht nicht geltend, dass die Voraussetzungen von Art. 317 ZPO erfüllt wären. Überdies wären die Ausführungen der Beklagten auch zu unbestimmt, um näher auf sie einzugehen.

3.

a) Die Beklagte erachtet eine Entschädigung als nicht gerechtfertigt, insbesondere nicht in der vorgesehenen Höhe. Die Klägerin 1 habe nicht einmal zwei Jahre bei der Beklagten gearbeitet, womit klar sei, dass eine Entschädigung von über einem Monat ausgeschlossen sei. Die Klägerin 1 habe auch nicht behauptet, sie sei persönlich verletzt oder sonst geschädigt worden. Insofern träfen die Ausführungen auf Seite 5 des angefochtenen Urteils nicht zu. Das Gericht spreche von Lebenssituation und wirtschaftlicher Auswirkung, ohne diese genauer zu umschreiben. Die Klägerin 1 habe keine solchen Verhältnisse und Situationen geltend gemacht. Es sei allerhöchstens die Dauer des Arbeitsverhältnisses und das Verhalten der Klägerin 1 zu berücksichtigen, was dazu führe, dass keine Entschädigung geschuldet sei.

b) Die Vorinstanz hat der Klägerin 1 wegen fristloser Entlassung im Sinne von Art. 337c Abs. 3 OR eine Entschädigung in der Höhe von drei Monatslöhnen unter Würdigung aller Umstände, insbesondere unter Berücksichtigung ihrer Lebenssituation und der wirtschaftlichen Auswirkungen der Kündigung zugesprochen, zumal ihre Sachdarstellung betreffend die Umstände der Kündigung unbestritten geblieben seien.

c) Nach Art. 337c Abs. 3 OR kann der Richter den Arbeitgeber bei ungerechtfertigter fristloser Entlassung verpflichten, dem Arbeitnehmer ei-

ne 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. Zu den Umständen gehören insb. die soziale und wirtschaftliche Lage der Parteien, der Grad der Persönlichkeitsverletzung der entlassenen Partei, die Intensität und Dauer der arbeitsvertraglichen Beziehungen, die Art und Weise der Kündigung sowie ein allfälliges Mitverschulden des Arbeitnehmers (BSK OR I-PORTMANN, Art. 337c N 6). Die Entschädigung verfolgt einen doppelten Zweck, Bestrafung und Genugtuung. Es handelt sich bei der Entschädigung nicht um Schadenersatz im klassischen Sinne, weil sie auch geschuldet ist, selbst wenn der Betroffene keinen Schaden erlitten hat (Praxis 87 Nr. 24, E. 3 c; Praxis 99 Nr. 8 E. 3.1). In aller Regel ist eine Entschädigung geschuldet. Nur wenn ausserordentliche Umstände vorliegen, die trotz ungerechtfertigter fristloser Kündigung keine Strafzahlung zu Lasten des Arbeitgebers rechtfertigen, kann sie verweigert werden (BGE 120 II 243 E. 3e S. 247; BGer 4A_511/2010 E. 6.1).

Eine Regel, wonach eine Entschädigung von mehr als einem Monatslohn bei unter zweijähriger Dauer des Arbeitsverhältnisses ausgeschlossen sei, gibt es nicht (vgl. nur schon BGer 4A_511/2010 – das Arbeitsverhältnis hatte ein Jahr gedauert, die Entschädigung betrug zwei Monatslöhne). Nach der massgeblichen Sachdarstellung der Klägerin 1 vor Vorinstanz traf sie keinerlei Mitverschulden an der Kündigung und sie war zuvor auch nie verwarnt worden. D. von der Beklagten sei in den Club gekommen, wo die Klägerin 1 gearbeitet habe. Er sei ziemlich aggressiv gewesen und habe sie auf Deutsch angeschrien. Sie habe die Situation nicht begriffen und Angst vor D. gehabt. Unter diesen Umständen erscheint die von der Vorinstanz zugesprochene Entschädigung als angemessen und ist zu bestätigen.

Arbeitsgericht Zürich, Urteil vom 10. Januar 2012, in: Entscheide des Arbeitsgerichts Zürich 2012 Nr. 11

Vorliegend kündigte der bisherige Arbeitgeber sämtlichen fünf Arbeitnehmern per 31. Dezember 2010, wobei der Erwerber, der den Betrieb per 1. Januar 2011 übernahm, den Arbeitnehmern neue Arbeitsverträge zu den alten Konditionen, aber mit einer dreimonatigen Probezeit ausstellte. Ein solches Vorgehen lässt nur den Schluss zu, dass die Flexibilität, über die der Erwerber nach Kündigung der Arbeitsverhältnisse verfügen sollte und welche er in Form einer Probezeitanordnung offenkundig auch in Anspruch zu nehmen beabsichtigte, Auslöser für die Kündigung der Arbeitsverhältnisse durch den bisherigen Arbeitgeber war. Solche Motive müssen im Lichte von Art. 333 OR aber als unzulässig beurteilt werden. Bei einer Kündigung, die gegen Art. 333 OR verstösst, handelt es sich um eine unter

Gesetzesumgehung ausgesprochene Kündigung. Die umgangene Norm beansprucht Geltung und die Kündigung ist als nichtig zu behandeln.

Sachverhalt:

Die Beklagte 2 übernahm per Beginn des Jahres 2011 den Kleinbetrieb der Beklagten 1. Zu diesem Zweck übergab die Beklagte 1 der Beklagten 2 Infrastruktur und Lagerbestände und trat fortan als Hauptmieterin/Gebrauchsüberlasserin auf. Operativ war ab 1. Januar 2011 nur mehr die Beklagte 2.

Im Hinblick auf die Produktionseinstellung hatte die Beklagte 1 sämtlichen fünf Arbeitnehmern per 31. Dezember 2010 gekündigt. Die Beklagte 2 stellte den Arbeitnehmern derweil neue Arbeitsverträge zu den alten Konditionen, aber mit einer dreimonatigen Probezeit aus. Der Kläger war damit nicht einverstanden und wünschte andere Konditionen. In der Folge kam es zu keinem neuen Vertrag und die Beklagte 2 liess den Kläger ab Januar 2011 nicht mehr weiterarbeiten. Zu prüfen war, ob eine ungültige und/oder missbräuchliche Kündigung gegeben war.

Aus den Erwägungen:

Vorliegend lässt die Beklagte 1 ausführen, ihre Vertreter hätten gar keine Kenntnis von der Bestimmung in Art. 333 OR gehabt. Sie hätten das Vorgehen, nämlich die Kündigung zufolge Produktionseinstellung auf den Übergangstermin, für notwendig und korrekt gehalten. Die Beklagte 2 habe sodann mit sämtlichen Mitarbeitern Verträge zu den genau gleichen Bedingungen abgeschlossen wie zuvor, mit Ausnahme der Vereinbarung einer neuerlichen Probezeit. Der in der Probezeit verkürzte Sozialschutz habe sich denn auch nicht zulasten eines Mitarbeiters ausgewirkt, da keine Kündigungen hätten ausgesprochen werden müssen. Zudem hätten in einem Streitfall wegen der neu angesetzten Probezeit die Richter ohnehin korrigierend eingegriffen, indem sie die Probezeit aufgrund des zwingenden Charakters von Art. 333 OR als unbeachtlich abgetan hätten. Damit habe weder eine Umgehungsabsicht seitens der Beklagten 1 bestanden, noch hätte den Mitarbeitenden der Verlust sozialer Schutzbestimmungen gedroht.

Dieser Argumentation kann nicht gefolgt werden. Gerade die Kündigung mehrerer oder gar aller Arbeitsverhältnisse auf den Zeitpunkt des Betriebsübergangs stellt ein starkes Indiz für eine Gesetzesumgehung dar (STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., N. 10 zu Art. 333). Zudem gaben die Beklagten 1 und 2 selbst noch anlässlich der Hauptverhandlung als Grund für die Kündigung an, dass es für einen Familienbetrieb eben wichtig sei, mit übernommenen Arbeitnehmern eine Probezeit zu vereinbaren. Die Übernahme der Produktion durch eine neue Trägerschaft würde zwangsläufig Unsicherheiten bezüglich des Betriebsklimas und der voraussichtlichen

Kompatibilität der Zusammenarbeit mit sich bringen, so die Beklagten weiter. Die Beklagte 1 habe den Beteiligten daher die Möglichkeit eröffnen wollen, die jeweiligen Arbeitsverhältnisse in einem neuen Vertrag zu regeln. Es wurde denn auch nie bestritten, dass die Probezeitthematik anlässlich der Gespräche mit dem Kläger und in der geführten Korrespondenz tatsächlich ein Thema war – selbst wenn auch noch andere Punkte hätten streitig sein sollen.

Eine solche Argumentation lässt nur den Schluss zu, dass die Flexibilität, über welche die Beklagte 2 nach Kündigung der Arbeitsverhältnisse verfügen sollte und welche sie in Form einer Probezeitanordnung offenkundig auch in Anspruch zu nehmen beabsichtigte, Auslöser für die Kündigung der Arbeitsverhältnisse durch die Beklagte 1 war. Eben solche Motive müssen im Lichte von Art. 333 OR aber als unzulässig beurteilt werden. Selbst wenn es zuträfe, dass die Vertreter der Beklagten 1 oder 2 Inhalt und Tragweite von Art. 333 OR tatsächlich nicht kannten, würde dies nichts daran ändern, dass der Kündigungsgrund gegen die Rechtsordnung verstieß. Die fehlende Kenntnis juristischer Details auf Seiten des Arbeitgebers könnte in diesem Fall dem (ebenfalls rechtsunkundigen) Arbeitnehmer nicht zum Nachteil gereichen.

Die Kündigung erfolgte somit weder aus individuellen sachlichen Gründen noch war sie betriebsbedingt. Letzteres leuchtet unmittelbar ein, da ja bereits vor der Kündigung im August 2010 feststand, dass die Produktion in vergleichbarem Umfang und mit den bestehenden Arbeitsverhältnissen weitergeführt werden würde, was auch von den Beklagten gar nicht bestritten wird. Damit erfolgte die Kündigung tatsächlich nur im Hinblick auf den Betriebsübergang. Der Einwand der Beklagten, dass es sich um einen Familienbetrieb handle, dass ein neues EDV-System einzuführen war und der Übergang jedes Betriebes allgemein mit Unsicherheiten verbunden sei, rückt die Kündigung nicht in den Bereich einer betrieblichen Notwendigkeit und vermag an der Unzulässigkeit des Vorgehens nichts zu ändern.

Über die Konsequenzen einer gegen Art. 333 OR verstossenden Kündigung hat das Bundesgericht sich nicht ausgesprochen. Es ist jedoch mit PORTMANN davon auszugehen, dass eine unter Gesetzesumgehung ausgesprochene Kündigung keine Wirkung entfaltet. Die umgangene Norm beansprucht Geltung und die Kündigung ist als nichtig zu behandeln (PORTMANN, a.a.O., N 10 zu Art. 333, STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., N. 10 zu Art. 333 m.w.H.). Das Arbeitsverhältnis ist daher per 1. Januar 2011 auf die Beklagte 2 übergegangen, sofern der Kläger diesen Übergang nicht ablehnte, was nachfolgend zu prüfen sein wird.

Die Beklagten führten aus, der Kläger habe in seinem Vertragsentwurf vom 22. November 2010 ein erhöhtes Pensum und anderes Stellenprofil präsentiert und dadurch zum Ausdruck gebracht, dass er mit einer Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zu den «alten» Bedingungen nicht

einverstanden sei. Daher habe das Arbeitsverhältnis am 31. Dezember 2010 geendet.

Dieser Interpretation kann nicht gefolgt werden. Zwar ist eine konkludente Ablehnung des Übergangs grundsätzlich möglich und der Kläger hat unbestrittenermassen einen Vertrag neuen Inhalts unterbreitet. Daraus aber zu folgern, dass der Kläger seine Arbeitskraft zu den bisherigen Bedingungen schlichtweg nicht mehr in den Dienst des neuen Arbeitgebers habe stellen wollen, wäre allerdings verfehlt. Um eine solche Ablehnung annehmen zu dürfen, hätte die Beklagte 2 dem Kläger zumindest einmal einen Arbeitsvertrag mit gleichen Konditionen und ohne Ansetzung einer Probezeit unterbreiten müssen, was aber nie geschah. Nachdem die Probezeit bei den Vertragsverhandlungen sehr wohl ein Thema war und die Beklagte 2 dem Kläger dennoch nie eine probezeitlose Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses anbot, kann es dem Kläger also nicht als Ablehnung des Übergangs angerechnet werden, wenn er die beklagtenseits vorgeschlagenen Verträge nicht unterzeichnete.

Das Gericht kam zum Schluss, dass das Arbeitsverhältnis von der Beklagten 2 noch im Dezember gekündigt wurde und das Arbeitsverhältnis somit noch bis Ende Februar 2011 gedauert habe. Als Strafentschädigung wurde ein halber Monatslohn zugesprochen.

Arbeitsgericht Zürich, Urteil vom 20. März 2012, in: Entscheide des Arbeitsgerichts Zürich 2012 Nr. 4

Bonus in Form einer Gratifikation, Art. 322d OR. Nach der Rechtsprechung kann eine ursprünglich freiwillige Gratifikation zu einer geschuldeten Leistung werden, wenn sie vorbehaltlos während mindestens drei aufeinanderfolgenden Jahren ausgerichtet worden ist, es sei denn, der Bonus werde regelmässig unter dem Vorbehalt der Freiwilligkeit ausbezahlt. Vorliegend wurde vertraglich festgehalten, der Bonus sei in jeder Beziehung eine freiwillige Leistung, die zudem weder in gekündigtem Arbeitsverhältnis noch pro rata ausbezahlt werde. Obwohl dem Arbeitnehmer in den Jahren 2005 bis 2010 sechsmal ein Bonus ausbezahlt worden ist, hat er damit keinen Anspruch auf eine Bonuszahlung.

Sachverhalt:

Der Kläger betrachtete seine Entlassung als missbräuchlich, weshalb ihm auch für dieses Jahr ein Bonus zustehe.

Aus den Erwägungen:

Das Arbeitsvertragsrecht des OR enthält keine Regelungen, die sich ausdrücklich auf den Bonus beziehen. Daher kommt es entscheidend auf die Willenserklärungen der Parteien an, welche rechtliche Bedeutung dem unter der Bezeichnung Bonus stehenden Geschäft im Einzelfall beizumessen ist. So kann sich der Bonus unter Umständen als Anteil am Geschäftsergebnis im Sinne von Art. 322a OR oder als sonstiger Lohnbestandteil erweisen. In der Regel wird er jedoch am ehesten einer Gratifikation gemäss Art. 322d OR entsprechen. Eine solche ist eine Sondervergütung aus bestimmtem Anlass, die eine freiwillige Leistung des Arbeitgebers darstellt. Somit handelt es sich bei einer Gratifikation im Sinne von Art. 322d OR um eine ausserordentliche Zulage, die in einem gewissen Masse immer vom Willen des Arbeitgebers abhängt. Das hat zur Folge, dass ein im Voraus festgesetzter und fest vereinbarter Betrag wie der 13. Monatslohn nicht als Gratifikation, sondern als Lohnbestandteil qualifiziert wird, der nicht der Bestimmung von Art. 322d OR untersteht und somit auch dann pro rata temporis auszurichten ist, wenn es an einer entsprechenden Vereinbarung fehlt.

Der Bonus im Bankbereich ist in Bezug auf Ausrichtung und Höhe grundsätzlich als freiwillige und variable Leistung der Bank konzipiert. Indessen kann nach der Rechtsprechung eine ursprünglich freiwillige Gratifikation zu einer geschuldeten Leistung werden, wenn sie vorbehaltlos während mindestens drei aufeinanderfolgenden Jahren ausgerichtet worden ist, es sei denn der Bonus werde regelmässig unter dem Vorbehalt der Freiwilligkeit ausbezahlt. Ferner sind Boni, die den ordentlichen Lohn übersteigen nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung anders zu behandeln, was im vorliegenden Fall aber keine Rolle spielt, weshalb darauf nicht näher eingegangen wird.

Die erste vertragliche Grundlage für den zwischen den Parteien vereinbarten Bonus findet sich im Arbeitsvertrag, wo festgehalten ist, die Beklagte könne einem Direktionsmitglied aus Anlass des Abschlusses des Geschäftsjahres einen Bonus ausrichten. Weiter ist dem Vertragswerk zu entnehmen: «Der Bonus stellt eine freiwillige, variable Sondervergütung im Sinne von Art. 322d OR dar; ein Anspruch auf Ausrichtung eines Bonus besteht nicht. Die Festlegung und Auszahlung des Bonus erfolgt jeweils im Frühjahr nach Vorliegen der massgebenden Bemessungsgrundlagen.» Schliesslich wird betont: «Auch wenn über mehrere aufeinanderfolgende Jahre ein Bonus entrichtet worden ist, kann dadurch kein Anspruch auf künftige Zahlungen oder eine bestimmte betragliche Höhe des Bonus abgeleitet werden.»

Es besteht somit kein Zweifel, dass es sich bei dem zwischen den Parteien vereinbarten Bonus um eine Gratifikation im Sinne von Art. 322d OR handelt, die definitionsgemäss kein Lohnbestandteil ist und deren Ausrichtung im Ermessen der Beklagten liegt.

Es kommt dazu, dass gemäss Art. 322d Abs. 2 OR ein verhältnismässiger Teil der Gratifikation nur dann geschuldet ist, wenn es die Vertragsparteien so verabredet haben. Das taten die Prozessparteien nicht. Im Gegenteil. Der Arbeitsvertrag hält ausdrücklich fest, der Bonus werde nur ausgerichtet, wenn sich das Direktionsmitglied im Zeitpunkt der Auszahlung in einem ungekündigten Arbeitsverhältnis befindet. Auch das «Arbeitsvertragsreglement Direktion», auf das im Arbeitsvertrag verwiesen wird, enthält keine gegenteilig lautende Bestimmung. Es wird nochmals in ausführlicher Art und Weise betont, der Bonus sei in jeder Beziehung eine freiwillige Leistung, die zudem weder in gekündigtem Arbeitsverhältnis noch pro rata ausbezahlt werde.

Obwohl dem Kläger in den Jahren 2005 bis 2010 sechsmal ein Bonus ausbezahlt worden ist, hat er damit keinen Anspruch auf eine Bonuszahlung und die Klage ist in ihrem Rechtsbegehren 2 abzuweisen.

Arbeitsgericht Zürich, Urteil vom 20. März 2012, in: Entscheide des Arbeitsgerichts Zürich 2012 Nr. 14

Reicht der entlassene Arbeitnehmer noch während laufender Kündigungsfrist ein Schlichtungsgesuch beim Friedensrichteramt ein, ergibt sich aus der Klage, dass sich der Arbeitnehmer der Kündigung zufolge Missbräuchlichkeit widersetzt. Auch das Erfordernis der Schriftform ist im vorliegenden Fall erfüllt, so dass die formellen und inhaltlichen Voraussetzungen einer Einsprache im Sinne von Art. 336b OR als erfüllt zu gelten haben. Das Missachten der Verpflichtung, über die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zu verhandeln, führt entgegen dem missverständlichen gesetzlichen Wortlaut nicht zum Verlust des Anspruchs auf eine Entschädigung nach Art. 336a OR. Da das Verfahren vor dem Friedensrichter ein Sühnverfahren ist, hätte auch dort die Möglichkeit bestanden, über eine allfällige Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zu verhandeln.

Sachverhalt:

Nach seiner Entlassung reichte der Kläger noch während der laufenden Kündigungsfrist ein Schlichtungsgesuch beim Friedensrichteramt ein. Zu prüfen war, ob das als gültige Einsprache zu werten ist.

Aus den Erwägungen:

In formeller Hinsicht stellt sich die Frage, ob die Voraussetzungen für die Geltendmachung einer Entschädigung nach Art. 336b OR erfüllt sind. Art. 336b Abs. 1 OR verlangt eine schriftliche Einsprache während der Kündigungsfrist. Erfolgt die Einsprache nicht frist- und formgerecht, ist

der Anspruch auf eine Entschädigung verwirkt. Die Frist ist gewahrt, wenn diese am letzten Tag der Kündigungsfrist bei der kündigenden Partei eintrifft. An Formulierung und Sprache dürfen nicht allzu hohe Anforderungen gestellt werden. Aus dem Schreiben des Gekündigten muss indessen hervorgehen, dass er sich der Kündigung widersetzt (JAR 1990 S. 243 f.), obwohl der Begriff «Einsprache» nicht ausdrücklich verwendet zu werden braucht (ZK-STAEHELIN, N. 4 zu Art. 336b OR).

Eine Einsprache wird vom Kläger weder behauptet noch eine solche vorgelegt. Es ist die Beklagte selber, die erwähnt, der Kläger habe am 23. September 2010 eine Begründung verlangt, ohne dieses Schreiben jedoch zu den Akten zu produzieren. Der Kläger seinerseits erwähnt es nicht einmal.

Nach dem überwiegenden Teil der Lehre ist das blosses Verlangen einer Kündigungsbegründung noch nicht als Einsprache zu qualifizieren (STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., N. 3 zu Art. 336b OR, mit weiteren Verweisen). In diesem Zeitpunkt zu beurteilen, ob das Schreiben des Klägers vom 23. September 2010 als Einsprache anerkannt werden kann, ist nicht möglich, da dessen Inhalt unbekannt ist und auch aus dem Antwortschreiben der Beklagten vom 13. Oktober 2010 nichts auf diesen schliessen lässt. Letztlich kommt es aber nicht darauf an, ob eine Einsprache erfolgt oder unterlassen worden ist.

Geht man davon aus, der Kläger habe bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses am 31. August 2011 keine Einsprache gemacht, stellt sich nämlich die Frage, ob der Umstand, dass der Kläger bereits während der Kündigungsfrist Klage erhoben hat, einer Einsprache gleichzusetzen ist. Die vorliegende Klage wurde am 9. März 2011, also noch klar während des laufenden Arbeitsverhältnisses beim Friedensrichteramt 7+8 der Stadt Zürich rechtshängig gemacht. Der beklagten Partei wurde diese zugestellt und die Sühnverhandlung am 31. März 2011 abgehalten. Aus der Klage bzw. aus den klägerischen Rechtsbegehren ergibt sich somit hinreichend deutlich, dass der Kläger sich der Kündigung zufolge Missbräuchlichkeit widersetzt. Auch das Erfordernis der Schriftform ist im vorliegenden Fall erfüllt, so dass die formellen und inhaltlichen Voraussetzungen einer Einsprache im Sinne von Art. 336b OR als erfüllt zu gelten haben.

Freilich wurde mit diesem Vorgehen das eigentliche Einspracheverfahren übersprungen. Dieses hat primär den Sinn, dem Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer Gelegenheit zu geben, ihre Differenzen zu bereinigen und das Arbeitsverhältnis fortzusetzen (STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., N. 4 zu Art. 336b OR). Allerdings führt das Missachten der Verpflichtung, über die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zu verhandeln, entgegen dem missverständlichen gesetzlichen Wortlaut nicht zum Verlust des Anspruchs auf eine Entschädigung nach Art. 336a OR (BK-REHBINDER, a.a.O., N. 2 zu Art. 336b OR; STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., N. 3 zu Art. 336b OR; BRÜHWILER, a.a.O., N. 1 und 2 zu Art. 336b OR). Eine Verhandlung über

eine allfällige Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses ist nicht Voraussetzung für die Entstehung des Anspruchs.

Es kommt noch dazu, dass das Verfahren vor dem Friedensrichter ein Sühnverfahren ist und deshalb auch dort die Möglichkeit bestanden hätte, über eine allfällige Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zu verhandeln. Damit wäre auch der Absicht des Gesetzgebers, den Parteien eine Möglichkeit zur Einigung zu eröffnen, Genüge getan. Aus all diesen Gründen ist eine Klage während der Kündigungsfrist als Einsprache zu behandeln. Dies entspricht der bisherigen Praxis des Arbeitsgerichts Zürich (AN980865 vom 26. Januar 1999). Damit ist auch die Frist von 180 Tagen eingehalten und die Klage zuzulassen.

Arbeitsgericht Zürich, Urteil vom 19. April 2012, in: Entscheide des Arbeitsgerichts Zürich 2012 Nr. 5

Eine mindestens gleichwertige Regelung im Sinne von Art. 324a OR kann darin bestehen, dass der Arbeitnehmer regelmässig einen bestimmten Lohnzuschlag ausbezahlt erhält, um im Krankheitsfall auf eine Lohnfortzahlung zu verzichten. In einem solchen Fall hat der Arbeitgeber den Arbeitnehmer ausdrücklich darüber aufzuklären, dass dieser im Krankheitsfall überhaupt keine Ansprüche hat, wenn er keine Krankentaggeldversicherung abschliesst. Um dieser Verantwortung genügend nachzukommen, muss der Arbeitnehmer arbeitsvertraglich verpflichtet werden, eine Krankentaggeldversicherung abzuschliessen. Mit dem blossen Hinweis auf den Vertragspassus, wonach im Lohn ein Beitrag an die persönliche Krankenversicherung des Arbeitnehmers in der Höhe von 3% des AHV-Lohnes enthalten ist, kann sich der Arbeitgeber nicht von seiner Lohnfortzahlungspflicht nach Art. 324a OR befreien.

Sachverhalt:

Der Arbeitsvertrag enthielt folgende Regelung: «Ebenfalls [in der Entschädigung von Fr. 24.– pro Stunde] enthalten ist ein Beitrag an die persönliche Krankenversicherung des Mitarbeiters in der Höhe von 3% des AHV-Lohnes. Durch diesen Beitrag gilt die Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers gemäss Art. 324a OR als erfüllt.»

Aus den Erwägungen:

Eine mindestens gleichwertige Regelung im Sinne von Art. 324a OR kann darin bestehen, dass der Arbeitnehmer regelmässig einen bestimmten Lohnzuschlag ausbezahlt erhält, um im Krankheitsfall auf eine Lohnfortzahlung zu verzichten. Eine solche Lösung ist aber keineswegs unproble-

matisch, weshalb im Hinblick auf die dem Arbeitgeber obliegende Mitverantwortung für die soziale Sicherheit des Arbeitnehmers gewisse Voraussetzungen eingehalten werden müssen. Der Lohnzuschlag muss erstens genügend hoch sein. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Kosten bei Abschluss einer Einzelversicherung höher sind als bei einer Kollektivversicherung. Zweitens hat der Arbeitgeber den Arbeitnehmer ausdrücklich darüber aufzuklären, dass dieser im Krankheitsfall überhaupt keine Ansprüche hat, wenn er keine Krankentaggeldversicherung abschliesst. Um dieser Verantwortung genügend nachzukommen, muss der Arbeitnehmer arbeitsvertraglich verpflichtet werden, eine Krankentaggeldversicherung abzuschliessen. Zudem hat sich der Arbeitgeber zu vergewissern, dass sich der Arbeitnehmer tatsächlich versichert hat (Entscheide des Arbeitsgerichtes Zürich 2003 Nr. 10; STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., N. 24 und 27 zu Art. 324a/b OR), denn Art. 324a OR bezweckt, dass der Arbeitnehmer und dessen Familie während der Arbeitsverhinderung tatsächlich über ein angemessenes Einkommen verfügen können. Gleichwertig heisst im Lichte von Art. 324a OR nicht einfach eine finanzielle Gleichstellung per Saldo, sondern gleichwertigen Sozialschutz (STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., N. 14 zu Art. 324a/b OR).

Gemäss Arbeitsvertrag ist im Stundenlohn «ein Beitrag an die persönliche Krankenversicherung des Mitarbeiters» enthalten. Daraus geht nicht hinreichend hervor, dass die Klägerin eine solche Versicherung zunächst abzuschliessen hat, um überhaupt in den Genuss von Versicherungsleistungen zu kommen; eine eigentliche Verpflichtung zum Abschluss einer derartigen Versicherung lässt sich dem unbestimmten Wortlaut der Vertragsklausel nicht entnehmen. Die Beklagte hätte die Klägerin demnach anderweitig ausdrücklich auf die Notwendigkeit entsprechender Vorkehrungen aufmerksam machen und den Abschluss einer entsprechenden Police in angemessener Weise überprüfen müssen. Die Beklagte sah sich jedoch ausserstande, diesbezügliche Auskünfte zu erteilen. Aus den Lohnabrechnungen vom Juni, Juli, August, November und Dezember 2009 geht jedenfalls nicht hervor, dass im Stundenlohn – neben dem Ferienanteil von 8,33% – auch ein Betrag von 3% des AHV-Lohnes für die persönliche Krankentaggeldversicherung vorgesehen war. Im Sinne grösstmöglicher Transparenz bei ausserordentlichen Abweichungen von gesetzlich vorgesehenen Schutznormen hätte die Beklagte den Beitrag an die Krankentaggeldversicherung wenigstens in den Lohnabrechnungen regelmässig ausweisen müssen. Dabei lässt sich durchaus die strenge bundesgerichtliche Praxis zur Formgültigkeit einer Klausel beziehen, wonach die Ferien im Lohn inbegriffen sein sollen. Diese fordert, dass der Ferienlohnanteil in jeder einzelnen Lohnabrechnung ausgewiesen wird (etwa BGE 118 II 136 E. 3b, 116 II 515 E. 4a). Bezweckt aber ein klar ausgewiesener Ferienlohn den effektiven Ferienbezug und damit den präventiven Gesundheitsschutz, so erscheint ein Arbeitnehmer, bei dem eine gesundheitliche Beeinträchtigung bereits eingetreten ist, umso schützenswerter, und die Anforderungen

an eine vom Gesetz abweichende Vereinbarung sind wenigstens gleich hoch anzusetzen.

Die Beklagte kann sich demnach mit dem blossen Hinweis auf den Vertragspassus von ihrer Lohnfortzahlungspflicht nach Art. 324a OR nicht befreien, und die Frage, ob 3% des AHV-Lohnes als Beitrag an die persönliche Krankenversicherung einen genügend hohen Lohnzuschlag darstellen, kann somit offen bleiben.

Arbeitsgericht Zürich, Urteil vom 29. Mai 2012, in: Entscheide des Arbeitsgerichts Zürich 2012 Nr. 20

Vorliegend erhöhte die klagende Arbeitnehmerin den ursprünglichen, Fr. 30 000.– nicht übersteigenden Streitwert (inklusive Arbeitszeugnis und Abrechnungsbegehren) mit Einreichung der Klage an das Arbeitsgericht Zürich auf insgesamt beinahe Fr. 100 000.–. Der geänderte Anspruch ist im Gegensatz zum ursprünglichen Anspruch somit nicht mehr im vereinfachten, sondern im ordentlichen Verfahren und damit nach einer anderen Verfahrensart zu beurteilen. Gemäss Art. 227 Abs. 1 ZPO ist eine Klageänderung nur zulässig, wenn der geänderte oder neue Anspruch nach der gleichen Verfahrensart zu beurteilen ist. Übersteigt der Streitwert der geänderten Klage (ohne die Verfahrensart zu tangieren) bloss den sachlichen Zuständigkeitsbereich des angerufenen Gerichts, so erfolgt gemäss Art. 227 Abs. 2 ZPO eine Überweisung an das Gericht mit der höheren sachlichen Zuständigkeit, was vorliegend aber nicht möglich ist, da die Klageänderung nicht aufgrund der fehlenden sachlichen Zuständigkeit, sondern mangels Beurteilung der ursprünglichen und der geänderten Ansprüche nach der gleichen Verfahrensart unzulässig ist.

Sachverhalt:

Vor dem Friedensrichteramte machte die Klägerin einen Betrag von Fr. 19 000.– unter dem ausdrücklichen Vorbehalt der Nachklage, ein Arbeitszeugnis und Provisionsabrechnungen geltend. Vor Arbeitsgericht erhöhte sie die Geldforderung auf rund Fr. 85 000.–. Die Beklagte beantragte, auf die Klage nicht einzutreten eventualiter sei die Klage auf einen Betrag von Fr. 19 000.– zu reduzieren.

Aus den Erwägungen:

Gemäss Art. 202 Abs. 2 ZPO sind im Schlichtungsgesuch neben der Gegenpartei das Rechtsbegehren und der Streitgegenstand zu bezeichnen. Mit der Einreichung des Schlichtungsgesuchs wird die Klage rechtshängig. Das Rechtsbegehren der klagenden Partei bzw. der Streitgegenstand wird

jedoch erst mit der Ausstellung der Klagebewilligung auf seinen Wortlaut fixiert (Art. 209 Abs. 2 lit. b ZPO; vgl. dazu auch LEUENBERGER in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 227 N. 24). Für eine Änderung des Streitgegenstandes im Schlichtungsverfahren brauchen daher die Voraussetzungen des Art. 227 ZPO nicht erfüllt zu sein; entscheidend ist, dass die beklagte Partei (bereits im Schlichtungsverfahren) zur geänderten Klage Stellung nehmen kann und ihr die Möglichkeit einer friedlichen Streitbeilegung gegeben wird (BSK ZPO-FREI/WILLISEGGER, Art. 227 N. 4). Üblicherweise wird das Rechtsbegehren der bewilligten Klage für die Eingabe ans Gericht in unveränderter Form übernommen. Erfolgt eine Veränderung, so ist zu prüfen, ob dies eine Klageänderung darstellt und wenn ja, ob sie zulässig ist oder nicht (BÜHLER/EDELMANN/KILLER, Kommentar zur aargauischen Zivilprozessordnung, Aarau 1998, § 185 N. 2, zit. in: BSK ZPO-Frei/Willisegger, Art. 227 N. 4).

Im Ergebnis bleibt damit festzuhalten, dass nicht bereits das Schlichtungsgesuch den Streitgegenstand fixiert, sondern eine Klageänderung im Schlichtungsverfahren auch ausserhalb der Voraussetzungen von Art. 227 ZPO möglich ist. Mit der Ausstellung der Klagebewilligung wird indessen der Streitgegenstand fixiert und eine Klageänderung ist nur noch im Rahmen von Art. 227 ZPO zulässig. Unerheblich ist, ob die Klage nach Ausstellung der Klagebewilligung oder nach Einreichung der Klageschrift geändert wird. Die Zulässigkeit der Klageänderung als Prozessvoraussetzung ist von Amtes wegen zu prüfen. Wird die Zulässigkeit verneint, so ist auf die geänderte Klage nicht einzutreten und die ursprüngliche Klage zu beurteilen ((BSK ZPO-FREI/WILLISEGGER, Art. 227 N. 25).

Unter einer Klageänderung wird jede inhaltliche Änderung der Klage verstanden, durch die sie ihre objektive Identität einbüsst. Eine Klageänderung tritt ein, wenn die klägerische Partei ihr Rechtsbegehren und/oder das zugrunde liegende Klagefundament derart abändert, dass ein neuer Streitgegenstand vorliegt. Bei nicht individualisierten Rechten (z.B. Geldforderungen) besteht der Streitgegenstand dabei aus dem Rechtsbegehren und dem Lebensvorgang bzw. Lebenssachverhalt (Klagefundament bzw. -grund; BSK ZPO-FREI/WILLISEGGER, Art. 227 N. 2; LEUENBERGER, a.a.O., Art. 227 N. 1). Eine Änderung des Rechtsbegehrens – und damit eine Klageänderung – tritt dementsprechend ein, wenn die klägerische Partei mehr oder etwas anderes als im ursprünglichen Rechtsbegehren verlangt. Wird das Rechtsbegehren nachträglich ergänzt oder erweitert, indem der Klage ein neues Begehren als Haupt- oder Eventualbegehren angefügt wird, schlägt sich die Klageänderung in einem «geänderten Anspruch» nieder (Klageerweiterung). Eine solche Klageerweiterung kann dadurch erfolgen, dass der eingeklagte Anspruch bzw. die Klagesumme erhöht, eine weitere verfallene Hauptforderung in die Klage miteinbezogen oder die Klage durch Aufnahme eines eventuellen Begehrens ergänzt wird. Demgegenüber wird mit der Klageänderung ein «neuer Anspruch» erhoben, sofern das Rechtsbegehren der ursprünglichen Klage ersetzt und an dessen

Stelle eine neue Rechtsfolge begehrt wird (Klageänderung im engeren Sinn; BSK ZPO-FREI/WILLISEGGER, Art. 227 N. 7). Keine Klageänderung liegt bei einer nachträglichen Bezifferung des Rechtsbegehrens gestützt auf Art. 85 Abs. 2 ZPO vor (PAHUD, Dike-Komm-ZPO, Art. 227 N. 3).

Eine Klageänderung im Sinne von Art. 227 Abs. 1 ZPO ist zulässig, sofern der geänderte bzw. neue Anspruch nach der gleichen Verfahrensart zu beurteilen ist und mit dem bisherigen Anspruch in einem sachlichen Zusammenhang steht oder die Gegenpartei ihre Zustimmung dazu abgibt. In Bezug auf die gleiche Verfahrensart ist zu berücksichtigen, dass der geänderte (oder neue Anspruch) in jedem Fall nach der gleichen Verfahrensart wie der ursprüngliche beurteilt werden muss, wobei die Verfahrensart für den Anspruch vor der Klageänderung sowie – sofern sich die Verfahrensart nach der Streitwertgrenze richtet (Art. 243 Abs. 1 ZPO) – für die gesamte nachträglich erhöhte Klagesumme zu bestimmen ist (BSK ZPO-FREI/WILLISEGGER, Art. 227 N. 20). Von konnexen Ansprüchen ist auszugehen, wenn sich beide Ansprüche auf das gleiche Rechtsverhältnis stützen oder ihnen derselbe Lebenssachverhalt zugrunde liegt (PAHUD, a.a.O., Art. 227 N. 8).

Übersteigt der Streitwert der geänderten Klage (ohne die Verfahrensart zu tangieren) bloss den sachlichen Zuständigkeitsbereich des angerufenen Gerichts, so erfolgt gemäss Art. 227 Abs. 2 ZPO eine Überweisung an das Gericht mit der höheren sachlichen Zuständigkeit, wobei diese Bestimmung nicht anwendbar ist, sofern ein neuer Klagegrund gesetzt wird und die sachliche Zuständigkeit von der Natur der Klage abhängt (BSK ZPO-FREI/WILLISEGGER, Art. 227 N. 22). Vor einer Überweisung hat das angerufene Gericht zu prüfen, ob die Klageänderung zulässig ist. Fehlt es an einer Prozessvoraussetzung oder Zulässigkeitsvoraussetzung der Klageänderung im Sinne von Art. 227 Abs. 1 ZPO, so tritt es auf die Klage im Umfang ihrer Änderung nicht ein. Wegen fehlender sachlicher Zuständigkeit alleine darf hingegen nicht eine Klageerweiterung im Sinne von Art. 227 Abs. 2 ZPO abgelehnt und ein Nichteintretensentscheid ausgefällt werden (BSK ZPO-FREI/WILLISEGGER, Art. 227 N. 27; vgl. sinngemäss dazu PAHUD, a.a.O., Art. 224 N. 11 und 22 sowie Art. 227 N. 6).

Vorliegend erhöhte die Klägerin den ursprünglichen, Fr. 30 000.– nicht übersteigenden Streitwert (inklusive Arbeitszeugnis und Abrechnungsbegehren) mit Einreichung der Klage an das Arbeitsgericht Zürich auf insgesamt beinahe Fr. 100 000.–. Der geänderte Anspruch ist im Gegensatz zum ursprünglichen Anspruch somit nicht mehr im vereinfachten, sondern im ordentlichen Verfahren und damit nach einer anderen Verfahrensart zu beurteilen. Nach dem oben Ausgeführten erweist sich die Klageänderung somit als unzulässig.

Der Einwand der Klägerin, wonach sie als Schwangere besonders von einer ungerechtfertigten fristlosen Kündigung betroffen sei, weshalb sich unter dem Aspekt der Prozessökonomie eine grosszügige Zulassung der Klageänderung aufdränge, beschlägt einerseits vorab die Frage der Konne-

xität zwischen dem bisherigen und dem geänderten Anspruch, die eine Klageänderung nach Art. 227 ZPO auch voraussetzt. Andererseits eröffnet der klare Wortlaut von Art. 227 ZPO keinen Spielraum für richterliches Ermessen hinsichtlich der Auslegung der «gleichen Verfahrensart». Vielmehr verlangen die Eventualmaxime sowie der Schutz der beklagten Partei, die sich auf ein bestimmtes Rechtsbegehren eingestellt hat, dass die Klageänderung nicht schrankenlos zulässig ist (BSK ZPO-FREI/WILLISEGGER, Art. 227 N. 1; FRANK/STRÄULI/MESSMER, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 1997, § 61 N. 1).

Unbehelflich ist der Klägerin der Hinweis auf Art. 227 Abs. 2 ZPO, da die Klageänderung nicht aufgrund der fehlenden sachlichen Zuständigkeit, sondern mangels Beurteilung der ursprünglichen und der geänderten Ansprüche nach der gleichen Verfahrensart unzulässig ist.

Der von der Klägerin schliesslich bereits im Schlichtungsverfahren angebrachte Nachklagevorbehalt stellt nur klar, dass es sich um eine Teilklage i.S. von Art. 86 ZPO handelt (vgl. FÜLLEMANN, Dike-Komm-ZPO, Art. 86 N. 4). Zwar sind (offene oder verdeckte) Teilklagen zulässig. Der Sache nach behält sich die klagende Partei damit vor, zunächst nur den einen Teil eines Anspruches einzuklagen, um später einen weiteren Teil zu fordern. Im Rahmen einer einmal erhobenen Teilklage ist das Nachschieben eines weiteren Teiles indessen nur soweit zulässig, als die prozessualen Voraussetzungen einer Klageänderung gegeben sind.

Dass die Klägerin im Schlichtungsverfahren nur eine Teilklage erhoben hat, ergibt sich nicht nur aus dem Nachklagevorbehalt. Vielmehr thematisierte sie bereits dort Lohnersatz ab 20. Juni 2011 bis zum Ende der durch ihre Schwangerschaft verlängerten Kündigungsfrist und eine Strafzahlung von bis zu 6 Monatslöhnen, gleichwohl beschränkte sie aber den Streitwert ihrer Forderung explizit auf Fr. 19 000.–. Aus welchen Gründen auch immer aktualisierte die Klägerin ihre Rechtsbegehren auch bis zum Abschluss des Schlichtungsverfahrens am 2. November 2011 nicht, weder beispielsweise hinsichtlich ihrer Lohnersatzansprüche (aufgerechnet bis und mit Oktober 2011) noch mit Bezug auf die von ihr als angemessen erachtete Strafzahlung von Fr. 46 500.–. Das ist zwar innerhalb des Rahmens von Art. 86 ZPO ebenso wenig zu beanstanden wie der Umstand, dass die klägerische Beschränkung der Rechtsbegehren die Kostenlosigkeit des Schlichtungsverfahrens zur Folge hatte. Allerdings kann die offenbar bewusste Beschränkung einer Klage im Schlichtungsverfahren vor Gericht nur unter den Voraussetzungen und in den Grenzen von Art. 227 ZPO korrigiert werden.

Auf die Klage ist demnach im Umfang ihrer Änderung nicht einzutreten.

Ein Anstellungsreglement, das bei Unfall eine Zahlung von 80% des jährlichen Bruttoeinkommens auf lebenslange Dauer vorsieht, wobei die Lohnfortzahlung aber erst nach einer Karenzfrist von 60 Tagen geschuldet ist, kann nicht als gleichwertig im Sinne von Art. 324a OR qualifiziert werden. Zweck des Sozialschutzgedankens von Art. 324a OR ist es, eine Notlage des Arbeitnehmers aufgrund eines längeren Lohnausfalls zu vermeiden. Mit diesem Zweck verträgt sich eine Karenzfrist von 60 Tagen nicht. Bei der abstrakten Beurteilung der Gleichwertigkeit ist weiter dem Umstand Rechnung zu tragen, dass die weitaus häufigsten krankheits- oder unfallbedingten Verhinderungen an der Arbeitsleistung weniger als 60 Tage dauern.

Die Leistung der obligatorischen Unfallversicherung tritt nur dann vollständig an die Stelle der Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers, wenn die für die beschränkte Zeit im Sinne von Art. 324a OR geschuldeten Versicherungsleistungen mindestens 80% des auf diese Zeit entfallenden Lohnes ausmachen (Art. 324b Abs. 1 OR). Dies ist vorliegend nicht der Fall, da ein wesentlicher Teil des vereinbarten Lohnes des Arbeitnehmers klar über dem im Unfallzeitpunkt obligatorisch versicherten Höchstverdienst von Fr. 106 800.– lag, zumal der Kläger ein Fixsalär von Fr. 250 000.– bezog.

Sachverhalt:

Der Kläger erhielt ein Fixum von Fr. 250 000.– sowie einen Bonus. Das Anstellungsreglement sieht bei Unfall eine Zahlung von 80% des jährlichen Bruttoeinkommens auf lebenslange Dauer vor, wobei die Lohnfortzahlung erst nach einer Karenzfrist von 60 Tagen geschuldet ist. Zu prüfen war, ob diese Regelung mit Art. 324a OR gleichwertig ist.

Aus den Erwägungen:

Auf den ersten Blick erweist sich diese Regelung für den Kläger als grosszügig, insbesondere angesichts der auch bei langjähriger Beschäftigung durchwegs weit über der gesetzlichen Regelung von Art. 324a Abs. 2 OR und den dazu entwickelten Skalen liegenden Leistungsdauer (vgl. PORTMANN, BK, a.a.O. N. 20 zu Art. 324a OR). Klar nachteilig fällt aber die unüblich lange Karenzdauer von 60 Tagen ins Gewicht. Praxisgemäss sind Karenztage, auch wenn sie durch eine längere Leistungsdauer aufgewogen werden, nur in sehr beschränktem Umfang zulässig. Die Gleichwertigkeit wurde von der Rechtsprechung bei Fällen mit 7, 30 oder 60 Karenztagen klar verneint (STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., N. 24 zu Art. 324a/b OR). Da die Beurteilung der Gleichwertigkeit nicht auf einen konkreten

Unfall- oder Krankheitsfall bezogen werden darf, fällt nicht ins Gewicht, dass das Reglement den Kläger mit Bezug auf die behauptete unfallbedingte Erwerbsunfähigkeit finanziell massiv begünstigt. Zweck des Sozialschutzgedankens von Art. 324a OR ist es, eine Notlage des Arbeitnehmers aufgrund eines längeren Lohnausfalls zu vermeiden (STREIFF/VON KAENEL, a.a.O. N. 24). Mit diesem Zweck verträgt sich eine Karenzfrist von 60 Tagen beziehungsweise ein Ausfall von zwei Monatslöhnen nicht. Bei der abstrakten Beurteilung der Gleichwertigkeit ist weiter dem Umstand Rechnung zu tragen, dass die weitaus häufigsten krankheits- oder unfallbedingten Verhinderungen an der Arbeitsleistung weniger als 60 Tage dauern. Für diese Verhinderung besteht im Rahmen der vorliegend gewählten Regelung – jedenfalls gesamthaft – keine Deckung. Die Gleichwertigkeit ist daher zu verneinen.

An dieser Sichtweise ändert nichts, dass der Kläger während der Karenzfrist jedenfalls für den obligatorisch versicherten Lohnanteil Leistungen der Unfallversicherung erhielt. Die Leistung der obligatorischen Unfallversicherung tritt nur dann vollständig an die Stelle der Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers, wenn die für die beschränkte Zeit im Sinne von Art. 324a OR geschuldeten Versicherungsleistungen mindestens 80% des auf diese Zeit entfallenden Lohnes ausmachen (Art. 324b Abs. 1 OR; vgl. STREIFF/VON KAENEL, a.a.O. N. 31). Dies ist vorliegend offensichtlich nicht der Fall, da – unstrittig – ein wesentlicher Teil des vereinbarten Lohnes des Klägers klar über dem im Unfallzeitpunkt obligatorisch versicherten Höchstverdienst von Fr. 106 800.– lag, zumal der Kläger ein Fixsalär von Fr. 250 000.– bezog. Dem Kläger wurde ein Taggeld von 80% des versicherten Höchstverdienstes ausbezahlt. Damit verblieb ihm ein kalkulatorisches Manko 65,8% im Vergleich zur vollen Lohnfortzahlung nach Art. 324a Abs. 2 OR. Die Zahlung der obligatorischen Unfallversicherung vermag damit das Ergebnis der Beurteilung der Gleichwertigkeit zwar positiv zu beeinflussen. Da aufgrund der gesetzlichen Regelung von Art. 324a und 324b OR keinerlei Anhaltspunkte für eine Beschränkung der Lohnfortzahlungspflicht auf Saläre unterhalb des gemäss UVG versicherbaren Höchstverdienstes bestehen, kann die Gleichwertigkeit der vertraglichen Regelung trotz der obligatorischen Leistungen nicht angenommen werden. Die Zahl von 60 Karenztagen ist dafür zu hoch.

Arbeitsgericht Zürich, Urteil vom 1. November 2012, in: Entscheide des Arbeitsgerichts Zürich 2012 Nr. 10

Art. 330a OR; Austrittsdatum und Schlussworte im Zeugnis. Die festgestellte ungerechtfertigte fristlose Entlassung der Arbeitnehmerin durch den Arbeitgeber darf im Ingress des Zeugnisses nicht dadurch (verdeckt) zum Ausdruck kommen, dass der Tag der fristlosen Entlas-

sung als Enddatum des Anstellungsverhältnisses erscheint. Praxisgemäss ist vielmehr das Ende der ordentlichen Kündigungsfrist auszuweisen. Unzutreffend und wahrheitswidrig wäre hingegen eine Bescheinigung, dass die Arbeitnehmerin auf eigenen Wunsch aus dem Betrieb des Arbeitgebers ausgeschieden sei, selbst wenn sich die fristlose Entlassung als nicht gerechtfertigt erwies.

Aus den Erwägungen:

Die festgestellte ungerechtfertigte fristlose Entlassung der Klägerin durch die Beklagte darf im Ingress des Zeugnisses nicht dadurch (verdeckt) zum Ausdruck gebracht werden, dass der Tag der fristlosen Entlassung als Enddatum des Anstellungsverhältnisses erscheint. Praxisgemäss ist vielmehr das Ende der ordentlichen Kündigungsfrist auszuweisen (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., N. 5b zu Art. 330a OR).

Im letzten Abschnitt des vorgeschlagenen Zeugnisses verlangt die Klägerin die Schlussworte «Frau M. verlässt uns auf eigenen Wunsch, was wir sehr bedauern. Wir wünschen ihr für ihre berufliche Zukunft alles Gute.»

Grundsätzlich hat der Arbeitnehmer gemäss Praxis keinen Anspruch darauf, dass Dankesworte, Zukunftswünsche oder Bedauernsbekundungen über den Austritt ins Zeugnis aufgenommen werden. Er hat auch keinen Anspruch auf eine bestimmte Formulierung und kann dem Arbeitgeber nicht vorschreiben, wie er sich ob des Ausscheidens des Arbeitnehmers zu fühlen hat (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., N. 3h zu Art. 330a OR). Die Beklagten können daher nicht verpflichtet werden, im Zeugnis den Austritt der Klägerin zu bedauern. Die besten Wünsche für die Zukunft finden sich dagegen bereits im von der Beklagten ausgestellten Zeugnis, weshalb sie auch in den bereinigten Text aufzunehmen sind.

Unzutreffend und damit wahrheitswidrig wäre dagegen eine Bescheinigung, dass die Klägerin auf eigenen Wunsch aus dem Betrieb der Beklagten ausgeschieden sei, selbst wenn sich die fristlose Entlassung durch die Beklagte als nicht gerechtfertigt erwies.

D. Bibliografie

Zusammengestellt von
ANGELA OBRIST, MLaw

Bibliografie des schweizerischen Arbeitsrechts im Jahre 2011

Siehe die Rezensionen zu Publikationen dieser Bibliografie in ArbR 2012.

I. Umfassende Darstellungen

- a) BRÄUNLICH KELLER, IRMTRAUD: Arbeitsrecht – vom Vertrag bis zur Kündigung, 11. Aufl., Zürich 2011, 272 S.
- b) GEISER, THOMAS/HÄFLIGER, BENEDIKT: Entwicklungen im Arbeitsrecht, in: SJZ 2011, S. 336 ff.
- c) SCHÜRER, HANSUELI: Arbeit und Recht, 11. Aufl., Zürich 2011, 328 S.
- d) SCHÜRER, HANSUELI/SCHÜRER, CHRISTOPH: Arbeitsrecht im Betrieb – 200 Fragen und Antworten, Männedorf 2011, 138 S.
- e) UEBE, WESSELINA/GEISER, THOMAS: Arbeitsrecht, in: Kellerhals, Andreas/Baumgartner, Tobias: Wirtschaftsrecht Schweiz – EU, Zürich/St. Gallen 2011, S. 139 ff.

II. Individualarbeitsrecht

1. Pflichten des Arbeitnehmers

- a) BALMER, JOHANNES: Mitarbeitenden-Bindung und Geheimnisschutz über arbeitsvertragliche Konkurrenzverbote, in: ius.full 2011, S. 93 ff.
- b) HIRSIGER, RENÉ: Die Zielvereinbarung im Einzelarbeitsverhältnis (Diss.), Bern 2011, 374 S.
- c) HIRSIGER, RENÉ: Ausgewählte Einzelfragen zu vereinbarten Leistungszielen im Einzelarbeitsverhältnis, in: ArbR 2011, S. 87 ff.
- d) IMBACH HAUMÜLLER, DIANA: Whistleblowing in der Schweiz und im internationalen Vergleich – ein Bestandteil einer effektiven internen Kontrolle? (Diss.), Zürich/Basel/Genf 2011, 380 S.
- e) KÄLIN, THOMAS/KIRCHHOFF, KERSTIN: Whistleblowing – Eine Anleitung, in: Jusletter vom 20. Juni 2011.
- f) MEIER-GUBSER, STEFANIE: Teilzeitarbeit – Mögliche arbeitsrechtliche Stolpersteine, in: TREX 2011, S. 22 ff.
- g) MERKL, GEORG: Der Schutz von ausländischen Whistleblowern im US-Finanzmarktrecht – Implikationen für Schweizer Arbeitnehmer und für den Vorentwurf des Bundesamts für Justiz, in: ARV 2011, S. 165 ff.
- h) PURTSCHERT, BRUNO/KÜHN, STEFAN: Whistleblowing für Pensionskassen, in: Der Schweizer Treuhänder 2011, S. 398 ff.

- i) RIEDI, BARBARA: Whistleblowing in der Bundesverwaltung, in: Der Schweizer Treuhänder 2011, S. 741 ff.
- j) SETHE, ROLF: Compliance, Whistleblowing und Critical Incident Reporting, in: FS Rolf H. Weber, Bern 2011, S. 189 ff.

2. Pflichten des Arbeitgebers

- a) BEYELER, JEAN-MARC: Quelques questions concernant les travailleuses qui allaitent, in: Questions de droit, Lausanne 2011, no. 71, S. 3 ff.
- b) GEISER, THOMAS: Interne Untersuchungen des Arbeitgebers – Konsequenzen und Schranken, in: AJP 2011, S. 1047 ff.
- c) MÜLLER, ROLAND/STENGEL, MANUEL: Berufskleidung im Arbeitsrecht – Vorschriften, Kostentragung, Depot, in: AJP 2011, S. 222 ff.
- d) SUBILIA, OLIVIER: Quelle valeur pour un certificat de travail?, in: ZZP 2011, S. 511 ff.
- e) WYLER, RÉMY: La responsabilité civile de l'employeur: y compris en ce qui concerne les actes de ses organes et auxiliaires, in: ARV 2011, S. 249 ff.

3. Lohnfragen

- a) BRÄNDLI, SANDRA/STENGEL, MANUEL: Währungsfragen im Zusammenhang mit dem Lohn von Grenzgängern, in: Tanner, Anne-Catherine/Siebeneck, Claudia/Brändli, Beat (Hrsg.): Schweiz und Europa – Auswirkungen auf Wirtschaft, Recht und Gesellschaft, Bern 2011, S. 337 ff.
- b) CHAPPUIS, BENOÎT: Bonus des dirigeants: la jurisprudence du Tribunal fédéral à l'épreuve des règles de la FINMA, in: La pratique contractuelle 2, Genève 2011, S. 91 ff.
- c) HENNENBERGER, FRED/RIEDER, STEFAN: Bemessung der Entschädigung der Wartezeiten bei echter Arbeit auf Abruf, in: AJP 2011, S. 1057 ff.
- d) MORF, ROGER PETER: Lohn und besondere Vergütungsformen im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis (Diss.), Bern 2011, 402 S.
- e) MÜLLER, ROLAND: Honorierung von Verwaltungsräten aus rechtlicher Sicht, in: ZBJV 2011, S. 113 ff.
- f) REICH, MARKUS: Rückerstattung von übersetzten Boni und anderen Lohnzahlungen, in: ASA 2011, S. 109 ff.
- g) REITER, CATHERINE: Verzicht des Arbeitnehmers auf die nicht gemäss Art. 321c Abs. 3 OR wegbedungene Vergütung für bereits geleistete Überstunden, in: AJP 2011, S. 946 ff.

- h) RUDOLPH, ROGER: Neuere Entwicklungen im Bonusrecht, in: TREX 2011, S. 92 ff.
- i) SENTI, CHRISTOPH: Leistungslohn oder Gratifikation?, in: ARV 2011, S. 1 ff.
- j) UEBERSCHLAG, JAKOB: Recht auf entlohnte Stillpausen – quo vadis?, in: ARV 2011, S. 260 ff.
- k) VON DER CRONE, HANS CASPAR: Salärgovernance und Markt für Führungskräfte, in: FS Rolf H. Weber, Bern 2011, S. 331 ff.

4. Vertragsänderung und Übergang des Arbeitsverhältnisses

- a) BAISCH, RAINER: Arbeitnehmerschutz bei M&A Transaktionen und Sanierungen, in: Jusletter vom 20. Juni 2011.
- b) KREUTZ, DENISE: Sozialpläne – Zweck, Inhalt und Auswirkungen in einem Nachlassstundungs- bzw. Konkursverfahren, in: Jusletter vom 21. Februar 2011.
- c) PIETRUSZAK, THOMAS: Betriebsübergang bei Arbeitsverhältnissen im Konzern: Urteil des EuGH vom 21. Oktober 2010 Rs. C-242/09 («Albron Catering») und die Rechtslage in der Schweiz, in: ARV 2011, S. 23 ff.
- d) VON KAENEL, ADRIAN: Grundlagen der Massenentlassungen und des Sozialplans, in: Sprecher, Thomas (Hrsg.), Sanierung und Insolvenz von Unternehmen, Zürich/Basel/Genf 2011, S. 1 ff.
- e) WILDHABER, ISABELLE: Das Arbeitsrecht bei Umstrukturierungen, Zürich 2011, 484 S.

5. Kündigung

- a) DORMANN, AGNES: Die Zulässigkeit und die Rechtsfolgen einer Kündigung bei einem Verstoss gegen Kündigungsbeschränkungen, in: AJP 2011, S. 1069 ff.
- b) EHRENSTRÖM, PHILIPPE: Système de réforme des indemnités en cas de résiliation de rapports de travail de droit privé, in: Jusletter vom 20. Juni 2011.
- c) HUMBERT, DENIS G.: Die missbräuchliche Kündigung im Spannungsfeld zwischen Kündigungsfreiheit, Generalklausel von Art. 336 OR und Fürsorgepflicht des Arbeitgebers, in: AJP 2011, S. 1471 ff.
- d) MOCK, PATRICK: La notion de licenciement collectif, in: Questions de Droit, Lausanne 2011, S. 7 ff.
- e) PÄRLI, KURT: Missbräuchliche Kündigung – Sanktionen wenig abschreckend, in: plädoyer 3/11, S. 33 ff.

- f) RUDOLPH, ROGER: Die neue bundesgerichtliche Rechtsprechung zum sachlichen Kündigungsschutz, in: Jusletter vom 20. Juni 2011.
- g) RUDOLPH, ROGER: Konflikte am Arbeitsplatz und Kündigung, in: ARV 2011, S. 77 ff.
- h) RUDOLPH, ROGER/WIESLI, CAROLINE: Fristlose Kündigung und Beschäftigungsanspruch eines Profi-Fussballers, in: Jusletter vom 22. August 2011.
- i) SCHWAAB, JEAN CHRISTOPHE: Les règles de l'OIT sur la protection contre le licenciement, in: Jusletter vom 20. Juni 2011.

III. Geschlechtergleichheit

- a) MILANI, DOMINIK: Die Geltendmachung von Entschädigungsansprüchen infolge Anstellungsdiskriminierung bei privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen im erstinstanzlichen gerichtlichen Entscheidverfahren, in: ArbR 2011, S. 39 ff.
- b) PÄRLI, KURT: Neues beim arbeitsrechtlichen Diskriminierungsschutz – mit einem Seitenblick auf die Entwicklung in der Europäischen Union, in: Jusletter vom 7. Februar 2011.

IV. Besondere Arbeitsverhältnisse

- a) MEIER-GUBSER, STEFANIE: Lehrvertrag und jugendliche Arbeitnehmer, in: TREX 2011, S. 358 ff.

V. Öffentliches Arbeitsrecht

- a) MARTENET, VINCENT: La protection contre le tabagisme passif à l'épreuve du fédéralisme: questions choisies de droit fédéral et genevois, in: AJP 2011, S. 479 ff.
- b) MÜLLER, ROLAND/VON GRAFFENRIED, CAROLINE: Unterschiede zwischen privatrechtlicher und öffentlich-rechtlicher Anstellung, in: recht 2011, S. 156 ff.
- c) VÖGELI, ANDREAS: Bundesgesetz gegen die Schwarzarbeit – erste Erfahrungen in der Praxis, in: AJP 2011, S. 1183 ff.

VI. Arbeitsgerichtsbarkeit und Rechtsprechung

- a) BEYELER, JEAN-MARC: L'arbitrage en matière de conflits du travail, in: Questions de droit, Lausanne 2011, no. 67, S. 3 ff.
- b) DIETSCHY, PATRICIA: Les conflits de travail en procédure civile suisse (Diss.), Bâle 2011, 507 S.
- c) GEISER, THOMAS: Arbeitsrechtliche Rechtsprechung 2010, in: AJP 2011, S. 243 ff.
- d) KOLLER, THOMAS: Die arbeitsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2009, in: ZBJV 2011, S. 406 ff.
- e) REITER, MATTHEW/WIDMER, LAURA: Schweizerisches Bundesgericht, Urteil vom 17. März 2011 (4A_483/2011) i.S. Gewerkschaft X. c. A. AG, sowie Obergericht des Kantons Solothurn, Urteil vom 16. Juli 2010 (ZKAPP.2009.74), in: AJP 2011, S. 1103 ff.
- f) RUDOLPH, ROGER: Besprechung des Urteils des Bundesgerichts vom 15. Juli 2011, I. zivilrechtliche Abteilung, Beschwerde in Zivilsachen (BGE 4A_42/2011), in: ARV 2011, S. 273 ff.

VII. Europäisches und Internationales Recht

- a) EPINEY, ASTRID/METZ, BEATE/MOSTERS, ROBERT: Das Personenfreizügigkeitsabkommen Schweiz – EU, Zürich 2011, 188 S.
- b) EPINEY, ASTRID/MOSTERS, ROBERT: Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit und ihre Implikationen für das Freizügigkeitsabkommen Schweiz – EU, in: Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht, Bern 2011, S. 75 ff.
- c) GROSSEN, DIETER/DÄPP, STEFAN: Personenfreizügigkeit, in: Kellerhals, Andreas/Baumgartner, Tobias (Hrsg.): Wirtschaftsrecht Schweiz – EU, Zürich/St. Gallen 2011, S. 171 ff.
- d) HÄNNI, PETER/HUSMANN, MARKUS: Gleichstellungsrecht zwischen Frauen und Männern in der EU, in: Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht, Bern 2011, S. 39 ff.
- e) 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: FS Rolf H. Weber, Bern 2011, S. 167 ff.
- f) RIEDER, STEFAN: Whistleblowing als Menschenrecht – Urteil des EGMR stärkt Whistleblowern den Rücken, in: Jusletter vom 28. November 2011.

VIII. Sozialversicherungsrecht

- a) BLOETZER, STÉPHANIE: Le Suicide d'un travailleur: un accident de travail?, in: Questions de droit, Lausanne 2011, no. 71, S. 8 ff.
- b) CARCAGNI ROESLER, ROMINA/FISCHER, ALEXANDER: Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, in: Backer McKenzie (Hrsg.), Entwicklungen im schweizerischen Wirtschaftsrecht 2010–2011, Zürich 2011, S. 89 ff.

IX. Verschiedenes

- a) DERUNGS, VITUS: Ausbildungsentschädigung im Fussball und Eishockey (Diss.), Bern 2011, 314 S.
- b) DEVEAUD-PLÉDRAN, MARIE: Le harcèlement dans les relations de travail – Etude pluridisciplinaire de la question du harcèlement suivie d'une étude comparée entre le droit suisse et quelques législations étrangères (Diss.), Genève/Zürich/Bâle 2011, 386 S.
- c) EGLI, URS: Soziale Netzwerke und Arbeitsverhältnis, in: Jusletter vom 17. Januar 2011.
- d) GEISER, THOMAS: Weiterbildung im Arbeitsrecht, in: recht 2011, S. 118 ff.
- e) MICHLIG, MATTHIAS: Die gemeinnützige Arbeit – ein Auslaufmodell?, in: ZSR 2011, S. 595 ff.
- f) PEYER, PATRIK R./SCHAUB, ROLAND: Umsetzung des FINMA-Rundschreibens «Vergütungssysteme» bei Banken, in: SJZ 2011, S. 149 ff.
- g) PORTMANN, WOLFGANG/STREULI-NIKOLIĆ, IVANA: Zur Verjährung von Forderungen aus positiver Vertragsverletzung im Fall von Spätschäden – Ein Problem insbesondere auch des Arbeitsrechts, in: ArbR 2011, S. 13 ff.
- h) SCHEFER, MARKUS/HESS-KLEIN, CAROLINE: Die Gleichstellung von Menschen mit Behinderung bei Dienstleistungen, in der Bildung und in Arbeitsverhältnissen, in: Jusletter vom 19. September 2011.
- i) SENTI, CHRISTOPH: Die Geschäftsführung bei der GmbH – Schnittstellen zwischen Arbeits- und Gesellschaftsrecht, in: AJP 2011, S. 18 ff.
- j) STÖCKLI, JEAN-FRITZ: Arbeitsvertragliche Regelung der Weiterbildung, in: ArbR 2011, S. 117 ff.